

GUTACHTEN

Gutachterliche Bewertung der europarechtlichen Vereinbarkeit der Gesetzesnovellen der Bundesregierung zur Überführung der Vorgaben aus der Neufassung der Richtlinie (EU) 2018/2001 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (RED II)

im Auftrag der Verbände

Verband der Deutschen Biokraftstoffindustrie e. V. (VDB), vertreten durch den Geschäftsführer Herrn Dipl.-Ing. Elmar Baumann, am Weidendamm 1 A, 10117 Berlin

Bundesverband der deutschen Bioethanolwirtschaft e.V. (BDBe), vertreten durch den Geschäftsführer Herrn Stefan Walter, Reinhardtstr. 16 - 10117 Berlin

Mittelstandsverband abfallbasierter Kraftstoffe e.V. (MVaK), vertreten durch den Geschäftsführer Detlef Evers, Unter den Linden 10, 10117 Berlin

Union zur Förderung von Oel- und Proteinpflanzen e.V. (UFOP), vertreten durch den Vorsitzenden des Vorstands Detlef Kurreck, Haus der Land- und Ernährungswirtschaft, Claire-Waldoff-Str. 7, 10117 Berlin

erstellt durch

Rechtsanwältin Dr. Dörte Fouquet

Rechtsanwältin Janka Schwaibold



05.05.2021



BECKER BÜTTNER HELD

Dieses Gutachten wurde für unseren Mandanten VDB und auf der Grundlage des mit dem VDB bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist für den eigenen Gebrauch der Auftraggeber bestimmt. Vor einer Weitergabe des Gutachtens, ganz oder in Teilen, einer Veröffentlichung oder einer Bezugnahme im Außenverhältnis bedarf es einer schriftlichen Zustimmung durch uns.

Gegenüber Dritten, die den Inhalt dieses Gutachtens ganz oder in Teilen zur Grundlage eigener Entscheidungen machen, übernehmen wir keine Verantwortung oder Haftung, es sei denn, dieser Dritte wurde ausdrücklich und durch schriftliche Vereinbarung in den Schutzbereich des Mandatsvertrages mit unserem Mandanten VDB einbezogen oder wir haben mit diesem Dritten schriftlich etwas Abweichendes vereinbart.

Inhaltsverzeichnis

Teil 1	Hintergrund und Aufgabenstellung	4
Teil 2	Untersuchungsgegenstand	6
Teil 3	Rechtliche Würdigung	7
A.	Europarechtlicher Zusammenhang	7
B.	Eckpunkte der RED II im Verkehrssektor	8
C.	Eckpunkte der FQD	8
D.	Unzulässige Mehrfachanrechnung für E-Mobilität	9
	I. Mehrfachanrechnung nach FQD	10
	1) Überblick	10
	2) Berechnungsmodell nach Art. 7 a FQD	10
	3) Möglichkeit eines delegierten Rechtsaktes nach Art. 10 a FQD	12
	4) FQD als lex specialis für Kraftstoffe	13
	II. Mehrfachanrechnung nach RED II	13
	III. Zielerreichungshürde durch Mehrfachanrechnungen	18
E.	Zielpfadberechnung und Verletzung des Effet-Utile-Prinzips	18
	I. Der Effet-Utile-Grundsatz	18
	1) Verstoß gegen das Effet-Utile-Prinzip über Missachtung der Entscheidungen im kommenden EU Klimagesetz	21
	2) Verstoß gegen die Umsetzungsvorgaben der EU unter dem Pariser Übereinkommen	21
F.	Fehlerhafte Berechnung im Zielpfad und die jüngste Entscheidung des BVerfG zum deutschen Klimagesetz (KSG)	22
G.	Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens	25
Teil 4	Zusammenfassendes Ergebnis	26

Teil 1 Hintergrund und Aufgabenstellung

Die Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung, im Folgenden: **RED II**) definiert den Rechtsrahmen für die Förderung erneuerbarer Energien auf europäischer Ebene. Sie wurde am 21. Dezember 2018 verkündet, ist am 24. Dezember 2018 in Kraft getreten und ist bis 30. Juni 2021 in nationales Recht umzusetzen.

Die RED II etabliert als verbindliches europäisches Gesamtziel einen Erneuerbare Energien-Anteil von mindestens 32 % bis 2030. Nach Art. 3 Abs. 1 müssen die Mitgliedstaaten ab 2021 gemeinsam sicherstellen, dass das EU-weite EE-Ausbauziel von 32 % bis 2030 erreicht wird (Art. 3 Abs. 1). Ziele für die einzelnen Mitgliedsstaaten enthält die RED II jedoch nicht. Die Mitgliedstaaten legen ihre nationalen Beiträge gemäß Art. 3 Abs. 2 RED II in nationalen Klima- und Energieplänen (NECP) fest. Die Kommission überprüft das Gesamtziel bis 2023 und verschärft es bei Bedarf (Art. 3 Abs. 1).

Der Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Treibhausgasminderungsquote (Stand 01.02.2021, im Folgenden: **Gesetzesentwurf oder BImSchG-E**) soll nun die Vorgaben der RED II in Deutschland umsetzen und die Erreichung der Ziele der Europäischen Lastenteilungsverordnung (Verordnung (EU) 2018/842, auch „Effort-Sharing-Regulation“, im Folgenden **ESR**) fördern, denn:

Die EU-Mitgliedstaaten haben in den Wirtschaftssektoren, die nicht unter das EU-Emissionshandelssystem (EU-EHS) fallen, verbindliche Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021-2030 zu erfüllen. Zu diesen Sektoren zählt neben der Landwirtschaft und dem Gebäudesektor insbesondere der Verkehrsbereich. Diese Non-EU-ETS-Sektoren, machen etwa 60 % der Gesamtemissionen der EU aus¹.

Mit dem Gesetzesentwurf soll u.a. eine Steigerung des Anteils erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch des Verkehrssektors auf mindestens 14 % bis 2030 erreicht werden, wie von der RED II vorgegeben.

„Dadurch wird der Anteil erneuerbare Energie am Endenergieverbrauch des Verkehrssektors im Jahr 2030 signifikant über die EU-Mindestvorgaben

¹ Vgl. https://ec.europa.eu/clima/policies/effort/regulation_de.

*hinaus erhöht, wodurch nachhaltige Optionen für den Verkehr gefördert werden, die zur Erreichung der Klimaschutzziele notwendig sind.*¹²

Die Umsetzung erfolgt in Form der bisher gültigen THG-Quote im BImSchG, die schrittweise von 6,5 % ab dem Kalenderjahr 2022 auf 22 % ab dem Kalenderjahr 2030 angehoben wird (§37a Abs. 4 BImSchG-E).

Der Gesetzentwurf sieht für § 37 a Abs. 4 Satz 2 BImSchG den folgenden Minderungspfad vor:

Ab dem Kalenderjahr 2020	6 %
Ab dem Kalenderjahr 2022	6,5 %
Ab dem Kalenderjahr 2023	7 %
Ab dem Kalenderjahr 2024	8 %
Ab dem Kalenderjahr 2026	10 %
Ab dem Kalenderjahr 2028	14,5 %
Ab dem Kalenderjahr 2030	22 %

Die regulatorische Umsetzung der THG-Quote wird durch energetische Unterquoten und Obergrenzen in nachgelagerten BImSchVs ergänzt. Darüber hinaus ist für fortschrittliche Biokraftstoffe, die über dem Mindestanteil liegen sowie für strombasierte Kraftstoffe der Anrechnungsfaktor 2, für Strom in Elektrofahrzeugen der Faktor 3 vorgesehen.

Gegenüber dem Minderungsziel für 2020 ist für 2022 eine minimale Erhöhung, in den Folgejahren bis 2026 eine „vorerst moderate“³ Anhebung der Quote auf 10 % vorgesehen. Von 2026 bis 2030 soll diese THG-Quote dann auf 22 % ansteigen. Diese zögerliche, ungleichmäßige Umsetzung ist nicht geeignet, weil das THG-Einsparpotenzial der zur Verfügung stehenden erneuerbaren Erfüllungsoptionen im Zeitraum bis einschließlich 2025 nicht ausgeschöpft wird.

² Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Treibhausgasminderungs-Quote, Drucksache 19/27435, S. 17.

³ Gesetzentwurf, Drucksache 19/27435, S.2.

Teil 2 Untersuchungsgegenstand

Gegenstand dieses Kurzgutachtens ist vor diesem Hintergrund zum einen die Prüfung, ob die vorgesehenen Mehrfachanrechnungen, insbesondere die Mehrfachanrechnung für E-Mobilität, unter der THG-Quote zulässig sein können, obwohl die der THG-Quote zugrundeliegende sogenannten Fuel-Quality-Richtlinie, der Richtlinie 2009/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009⁴ - (FQD) keine solchen Mehrfachanrechnungen vorsieht. Die FQD ist nach wie vor neben der RED II in Kraft.⁵

Im Kurzgutachten ist ferner zu prüfen, ob das Einsparziel im Verkehrssektor nach dem Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) effektiv durch den Gesetzentwurf gefährdet wird.

Weiter ist zu prüfen, ob der Gesetzentwurf mit seinem derzeitigen THG-Minderungspfad einen Verstoß gegen Unionsrecht und insbesondere gegen die Regeln zur effektiven Rechtsumsetzung darstellen sowie gegen weiteres Recht der Europäischen Union außerhalb der RED II verstoßen kann.

Es wird geprüft, ob der Gesetzentwurf gegen die Vorgaben des Pariser Übereinkommens zum Klima (Pariser Übereinkommen) der UN verstößt.

Abschließend wird auch geprüft, ob Schlussfolgerungen aus jüngsten Beschlüssen des BVerfG⁶ zu Klimaklagen eine Änderung der Ausbauziele und eine Stärkung der Biokraftstoffe in dem Gesetzentwurf notwendig machen.

⁴ Richtlinie 2009/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Spezifikationen für Otto-, Diesel- und Gasölkraftstoffe und die Einführung eines Systems zur Überwachung und Verringerung der Treibhausgasemissionen sowie zur Änderung der Richtlinie 1999/32/EG des Rates im Hinblick auf die Spezifikationen für von Binnenschiffen gebrauchte Kraftstoffe und zur Aufhebung der Richtlinie 93/12/EWG.

⁵ S. DG CLIMA der EU-Kommission: "The Fuel Quality Directive requires a reduction of the greenhouse gas intensity of transport fuels by a minimum of 6% by 2020. Member States are obliged to ensure that suppliers respect the target of 6% after the year 2020. The monitoring and reporting obligations relating to greenhouse gas emissions intensity also remain applicable after that date. Together with the Renewable Energy Directive, it also regulates the sustainability of biofuels." https://ec.europa.eu/clima/policies/transport/fuel_de.

⁶ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 in Sachen: 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

Teil 3 Rechtliche Würdigung

A. Europarechtlicher Zusammenhang

Neben den Zielen, auch für den Verkehrssektor, in der RED II, legt die ESR für den Zeitraum 2021-2030 fest, dass die Emissionen in den Non-ETS-Sektoren wie dem Verkehr EU-weit um 30 % gegenüber 2005 sinken sollen. Durch die Lastenteilungsverordnung⁷ wurde diese Verpflichtung für alle Mitgliedstaaten in verbindliche Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021-2030 umgesetzt, die auf den Grundsätzen der Fairness, Kostenwirksamkeit und Umweltintegrität basieren. Für die Mitgliedstaaten wurden verbindlichen Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen Zeiträume 2021-2030 festgelegt, unter weiterer Einbeziehung des Zeitraums 2013-2020 über die Regelungen zu den Sicherheitsreserven für Mitgliedstaaten in Art. 11 ESR.⁸ Diese Ziele betreffen u.a. den Verkehrssektor⁹.

Aufgrund der Corona-Krise hat Deutschland im Jahr 2020 rund 42,3 % weniger klimaschädliche Treibhausgase verursacht als im Vergleichsjahr 1990. Insgesamt wurden 722 Millionen Tonnen CO₂ emittiert, 80 Millionen Tonnen weniger als im Vorjahr.¹⁰ Diese Zahlen spiegeln jedoch noch keine nachhaltige Zielerreichung wieder. Dem dringenden Bedarf nach mehr Klimaschutz auch im Verkehrsbereich soll daher auch im Rahmen einer ambitionierten Umsetzung der RED II begegnet werden.¹¹

⁷ Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013.

⁸ So beschreibt Artikel 1 der ESR: " Diese Verordnung regelt die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich ihrer Mindestbeiträge für den Zeitraum 2021 bis 2030 zwecks Erfüllung des Ziels der Union, im Jahr 2030 eine Reduzierung ihrer Treibhausgasemissionen um 30 % gegenüber dem Stand von 2005 in den unter Artikel 2 dieser Verordnung fallenden Sektoren zu erreichen, und trägt zur Verwirklichung der Ziele des Übereinkommens von Paris bei. Zudem enthält diese Verordnung Vorschriften zur Festlegung der jährlichen Emissionszuweisungen und über die Bewertung der Fortschritte der Mitgliedstaaten bei der Erfüllung ihrer Mindestbeitragsverpflichtungen. "

⁹ Vgl. etwa Erwägungsgrund (12) der ESR.

¹⁰ S. Deutsche Welle (DW) Deutschland übertrifft wegen Corona Klimaziel 2020, <https://www.dw.com/de/deutschland-%C3%BCbertrifft-wegen-corona-klimaziel-2020/a-56121979> .

¹¹ Gesetzentwurf Drucksache 19/27435, S. 1 (s. auch den direkten Bezug zur Richtlinie in Fn 4)

B. Eckpunkte der RED II im Verkehrssektor

Die RED II regelt in den Art. 25 ff. den Ausbau der erneuerbaren Energien im Verkehrssektor. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Kraftstoffanbieter – in der Regel Mineralölunternehmen – den Anteil erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch des Verkehrssektors bis 2030 auf mindestens 14 % steigern, vgl. Art. 25 RED II.

Die für den Verkehrsbereich als *lex specialis* bis zur Verabschiedung der Vorläufer-Richtlinie zur Förderung erneuerbarer Energien (2009/28/EG (RED) geltende Biokraftstoffrichtlinie (Richtlinie 2003/30/EG des europäischen Parlamentes und des Rates vom 8. Mai 2003 zur Förderung der Verwendung von Biokraftstoffen oder anderen erneuerbaren Kraftstoffen im Verkehrssektor) war bereits mit Verabschiedung der RED (2009/28/EG) außer Kraft getreten.

Aufgrund nachhaltiger Kritik auf EU-Ebene und auf Ebene der Mitgliedstaaten an unzureichender Umsetzung der Biokraftstoffförderrichtlinie (2003/30/EG) einigten sich die europäischen Institutionen, dass der Anteil an Energien aus erneuerbaren Quellen am Endenergieverbrauch, vorrangig erbracht durch Biokraftstoffe, bis 2020 als verbindliches Ziel mindestens 10 % betragen muss und zu regeln sei.¹² Dieses verbindliche Ziel für den Verkehrssektor fand dann Eingang in die RED vom 23. April 2009. Nach Art. 26, Abs. 3 der RED-RL 2009/28/EG wurde die Biokraftstoffrichtlinie 2003/30/EG mit Wirkung vom 1. Januar 2012 aufgehoben.

Das 10 %-Ziel für Energie aus erneuerbaren Quellen im Verkehrssektor bis 2020 wurde für alle Mitgliedstaaten verbindlich und einheitlich festgelegt. Zugleich wurden Mindestanforderungen für erneuerbare Kraftstoffe an den Nachweis von Nachhaltigkeit der Treibhausgasminderung eingeführt, die - und dies ist im Warenverkehr mit Rohstoffen zur energetischen Nutzung ein Alleinstellungsmerkmal - ebenfalls in Drittstaaten umgesetzt werden müssen.

C. Eckpunkte der FQD

Nicht aufgehoben und weiter wirksame rechtliche Grundlage für Maßnahmen zur Verringerung der THG-Emission im europäischen Verkehrsbereich bildet die FQD.

Die FQD umfasst ein konkretes Treibhausgasreduktionsziel in Höhe von 6 % für Kraftstoffe im Verkehr bis einschließlich 2020 und darüber hinaus. Im Rahmen

¹² Siehe Vorschlag der Kommission zunächst in KOM(2006) 848 endgültig - Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament Fahrplan für erneuerbare Energien-Erneuerbare Energien im 21. Jahrhundert: Größere Nachhaltigkeit in der Zukunft, Brüssel, den 10.1.2007.

05.05.2021

dieser Vorgaben bestehen insbesondere strenge Anforderungen an die Nachhaltigkeit von Biokraftstoffen. Mit der Richtlinie (EU) 2015/1513 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 zur Änderung der Richtlinie 98/70/EG über die Qualität von Otto- und Dieselmotorkraftstoffen und zur Änderung der Richtlinie 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (ILUC-Richtlinie)¹³ wurde die Art und Weise, wie die Mitgliedstaaten das Ziel von 10 % für erneuerbare Energien in Kraftstoffen für den Verkehr erreichen können, weiter modifiziert. Biokraftstoffe aus „Nahrungs- und Futtermittelpflanzen“ wurden auf 7 % begrenzt und die Produktion fortschrittlicher Biokraftstoffe aus Abfall und Reststoffen mit der Einführung von Mindestquoten stärker in den Vordergrund gerückt.

In Deutschland wird dies durch die Treibhausgasminderungs-Quote (im Folgenden: **THG-Quote**) gemäß § 37a ff. des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (im Folgenden: **BImSchG**) umgesetzt.¹⁴ Inverkehrbringer von Otto- und Dieselmotorkraftstoffen sind verpflichtet, die Treibhausgasemissionen der von ihnen in Verkehr gebrachten Kraftstoffe gegenüber einem bestimmten Referenzwert zu mindern. Seit dem Jahr 2020 liegt die Minderungsverpflichtung bei 6 %, womit die Anforderungen aus der Vorgänger-Richtlinie der RED II¹⁵ und der FQD umgesetzt werden. Die deutsche THG-Quote verfolgt bisher - wie auch das europäische Recht - einen technologieoffenen Ansatz: Sie kann daher sowohl durch nachhaltige Biokraftstoffe als auch strombasierte Kraftstoffe oder auch Strom erreicht werden. Den wesentlichen Beitrag für die Senkung der Treibhausgasemissionen im Verkehrssektor haben bisher die Bio-kraftstoffe (in der Regel als Beimischung zu fossilen Kraftstoffen) geleistet.¹⁶

D. Unzulässige Mehrfachanrechnung für E-Mobilität

Der Gesetzentwurf ordnet die zur Verfügung stehenden Erfüllungsoptionen nun jedoch neu. Statt der bisherigen, gleichwertigen Erfüllungsoptionen soll etwa elektrischer Strom zur Verwendung in Straßenfahrzeugen künftig mehrfach auf die Quote angerechnet werden können.¹⁷ Auch wird eine Mehrfachanrechnung von

¹³ Abl. L 239/1 vom 15.9.2015

¹⁴ Die Richtlinienkonformität des Minderungspfades und der Mehrfachanrechnung wurde durch die Verfasser auch bereits für ein privatrechtliches Unternehmen begutachtet.

¹⁵ Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen.

¹⁶ Vgl. Umweltbundesamt, „Erneuerbare Energien in Zahlen“, abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/erneuerbare-energien/erneuerbare-energien-in-zahlen#uberblick>, zuletzt abgerufen am 20.01.2021.

¹⁷ Vgl. Gesetzentwurf, Drucksache 19/27435, S.3f.

grünem Wasserstoff, der in Raffinerien zur Produktion konventioneller Kraftstoffe eingesetzt wird, auf die THG-Quote möglich.

Die Mehrfachanrechnung der E-Mobilität wird nachfolgend im Lichte der FQD und der RED II evaluiert.

I. Mehrfachanrechnung nach FQD

1) Überblick

Die Quotenberechnung im Verkehrsbereich hat ihre methodische Grundlage in der FQD. Diese sieht ausdrücklich keine Mehrfachanrechnungen für Elektromobilität vor und enthält keinerlei Konzepte für eine Ableitung solcher Mehrfachanrechnungen. Gleiches gilt für strombasierte Kraftstoffe.

2) Berechnungsmodell nach Art. 7 a FQD

Als Rechtsgrundlage für Anrechnungsmodelle könnte allenfalls das Berechnungsmodell auf Grund von Art. 7 a FQD iVm Vorschriften der Richtlinie 2015/652 des Rates vom 20. April 2015¹⁸ zur Festlegung von Berechnungsverfahren in Betracht kommen.

Art. 7 a FQD regelt in Abs. (1) S. 2, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen,

„dass Anbieter elektrischen Stroms zur Verwendung in Straßenfahrzeugen die Möglichkeit haben, einen Beitrag zur Minderungsverpflichtung gemäß Absatz 2 zu leisten, wenn sie nachweisen können, dass sie den elektrischen Strom, der zur Verwendung in diesen Fahrzeugen bereitgestellt wird, ordnungsgemäß messen und überwachen können.“

Eine Anrechnung ist damit zwar grundsätzlich eröffnet. Ein Vorrang gegenüber biogenen Kraftstoffen, wie er durch den deutschen Gesetzgeber jetzt angestrebt wird, kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden. Vielmehr verlangt Art. 7 a FQD, lediglich, dass zu vermeiden ist, dass missbräuchlich seitens der Anbieter elektrischen Stroms nicht ordnungsgemäß bilanziert wird.

In Art. 7a FQD Abs. 3 (Minderung der Treibhausgasemissionen) ist vorgegeben:

„(3) Lebenszyklustreibhausgasemissionen von Biokraftstoffen werden gemäß Artikel 7 d berechnet. Lebenszyklustreibhausgasemissionen von anderen

¹⁸ Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates vom 20. April 2015 zur Festlegung von Berechnungsverfahren und Berichterstattungspflichten gemäß der Richtlinie 98/70/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Qualität von Otto- und Dieselmotorkraftstoffen.

05.05.2021

Kraftstoffen und Energieträgern werden nach einem Verfahren berechnet, das gemäß Absatz 5 des vorliegenden Artikels festgelegt wird."

Diese Vorgaben sind näher umgesetzt durch die Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates vom 20. April 2015 zur Festlegung von Berechnungsverfahren und Berichterstattungspflichten gemäß der Richtlinie 98/70/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Qualität von Otto- und Dieselmotorkraftstoffen¹⁹. Diese Richtlinie des Rates legt die Vorschriften zu den Verfahren der Berechnung und den Berichterstattungspflichten nach der FQD fest. Auch die darin etablierten Vorgaben stützen aber gerade ebenfalls nicht das Vorgehen des deutschen Gesetzgebers. Die Berücksichtigung der Lebenszyklustreibhausemissionen von Fahrzeugen mit Elektroantrieb ist darin ausschließlich durch eine Faktorierung der Antriebsstrangeffizienz sichergestellt.²⁰

Im Anhang I der Richtlinie 2015/652 sind die Berechnungsvorgaben für die Berichterstattung der Treibhausgasintensität aufgeführt. Für die Lebenszyklustreibhausgasintensität von Kraftstoffen (außer Biokraftstoffe und Strom) sind entsprechende Umrechnungswerte vorgegeben. Für elektrischen Strom können die Mitgliedstaaten oder ggf. die Anbieter entsprechende Treibhausgaswerte festlegen.

Multiplikatoren für treibhausgasrelevante Faktoren sind jedoch nur für einen Formelwert im Anhang I Ziffer 3 f. vorgesehen, bezogen auf die Antriebsstrangeffizienz. Vorgegeben ist mithin, dass eine Privilegierung batteriegestützter Elektroantriebe und wasserstoffzellengestützter Elektroantriebe gegenüber Verbrennungsmotoren durch die Berücksichtigung in der Antriebseffizienz umgesetzt wird und nicht über eine Multiplikation des THG-Wertes des Einsatzstoffes selbst. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen anzumerken, warum die Batterie selbst als immanenter Bestandteil des Antriebes mit Strom bei der THG-Bilanzierung nicht berücksichtigt wird.

Die Mehrfachanrechnungen widersprechen damit den Berechnungsvorgaben der FQD. Ihre Einführung stünde nicht nur im Widerspruch zur FQD, sondern wäre als Privilegierung gegenüber Biokraftstoffen auch unverhältnismäßig. Einzig Biokraftstoffe können in Bestandsflotten eingesetzt werden, die ebenfalls defossilisiert werden müssen, um die jährlichen Klimaschutzziele gemäß Klimaschutzgesetz erreichen zu können. Der Beitrag von nachhaltigen Biokraftstoffen ist also als zusätzlich notwendig zu bewerten und ihre Nutzung darf nicht durch die Mehrfachanrechnung der E-Mobilität und anderer Technologien

¹⁹Abl. L 107/26 vom 25.4.2015.

²⁰Vgl. Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2015/652.

05.05.2021

verdrängt werden. Für diese Benachteiligung gibt es unter der FQD keinen sachlichen und rechtlichen Grund.

Nun könnte die Europäische Kommission zwar nach Art. 7 a Abs. 5 FQD Durchführungsrechtsakte gemäß dem in Art. 11 Absatz 3 FQD genannten Prüfverfahren erlassen, um ausführliche Vorschriften durch die Mitgliedstaaten festzulegen, ein solcher Durchführungsrechtsakt kann jedoch keine Modelle für Mehrfachanrechnungen einführen, wenn diese in Art. 7 a Abs. 3 und Abs. 4 FQD nicht bereits angelegt sind. Damit wäre auch dann eine Mehrfachanrechnung der Elektromobilität oder anderer Erfüllungsoptionen nicht umsetzbar.

3) Möglichkeit eines delegierten Rechtsaktes nach Art. 10 a FQD

Es ist fraglich, ob die Kommission überhaupt einen delegierten Rechtsakt zur Mehrfachanrechnung unter den Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 1 FQD auf den Weg bringen könnte und damit auch die im Gesetzentwurf vorgesehenen Mehrfachanrechnungen zumindest nachträglich „heilen“ könnte, sollte der Gesetzentwurf in seiner jetzigen Form verabschiedet werden.

Art. 10 FQD regelt grundsätzlich Verfahren für die Anpassung der zulässigen Analysemethoden und zulässigen Dampfdruckabweichungen und erlaubt delegierte Rechtsakte unter den Voraussetzungen des Art. 10 a FQD. Dies ist nach Art. 10 Abs. 1 Satz 1 FQD zulässig,

„soweit dies erforderlich ist, um die zulässigen Analysemethoden im Hinblick auf Kohärenz mit etwaigen Überarbeitungen der in Anhang I oder II genannten europäischen Normen anzupassen. [...]“

Anhang I der FQD behandelt die umweltbezogenen Spezifikationen für handelsübliche Kraftstoffe zur Verwendung in Fahrzeugen mit Fremdzündungsmotor (Typ Ottokraftstoff) und Anhang II umweltbezogene Spezifikationen für handelsübliche Kraftstoffe zur Verwendung in Fahrzeugen mit Kompressionszündungsmotor (Typ Diesel). Das Erfordernis eines delegierten Rechtsaktes kann sich damit nur auf den Verbrennungsantrieb beschränken. Die Privilegierung der Elektromobilität wäre wiederum ausgeschlossen.

Art. 10 a FQD regelt die Bedingungen für die Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte durch die Europäische Kommission. Hierin wird aber nur auf die Befugnisübertragung in den Art. 7 a Abs. 6, Art. 7 d Abs. 7 und Art. 10 Abs. 1 FQD Bezug genommen. Somit ergibt sich hieraus keine (eigene) Rechtsgrundlage für einen delegierten Rechtsakt zu Mehrfachanrechnungen für die Elektromobilität. Da auch die anderen Anwendungsbereiche für delegierte Rechtsakte nach der FQD

05.05.2021

nicht greifen, bleibt festzuhalten, dass zum einen die FQD keinerlei Mehrfachanrechnungen vorsieht und auch zum anderen keine Öffnungsklauseln enthält, diese über einen delegierten Rechtsakt der Kommission einzuführen.

4) FQD als *lex specialis* für Kraftstoffe

Für die Überwachung und Verringerung von Treibhausgasemissionen von Kraftstoffen bleibt die FQD als *lex specialis* maßgeblich. War aber die FQD bereits Rechtsgrundlage für den bisherigen Minderungspfad des BImSchG, kann eine Modifikation des Minderungspfades auf Basis der RED II nur nach der Maßgabe erfolgen, dass auch diese Modifikation die FQD als spezielleres und damit vorrangiges Primärrecht weiterhin berücksichtigt.

Für den Bereich des Antriebs einerseits und des Kraftstoffeinsatzes andererseits sind damit letztlich auch die Vorgaben der RED II so umzusetzen, dass ein Widerspruch zu den Vorgaben der FQD ausgeschlossen ist. Eine Mehrfachanrechnung wie im Gesetzentwurf vorgesehen, stellt daher einen Verstoß gegen Primärrecht dar.

Für die Einführung einer Mehrfachanrechnungsmöglichkeit wäre also letztlich eine Änderung der FQD erforderlich.

II. Mehrfachanrechnung nach RED II

Selbst wenn man die FQD nicht als vorgehendes Spezialrecht, sondern lediglich als gleichrangiges Primärrecht ansieht und damit die in der RED II angelegte Möglichkeit der Mehrfachanrechnung grundsätzlich anerkennt, entspricht die Umsetzung im Gesetzentwurf dennoch nicht den Zielen der RED II.

Die RED II sieht in Art. 25 Abs. 1 Unterabsatz 4 innerhalb der 14 %-Mindestquote erneuerbarer Energien im Verkehrssektor einen Mindestbeitrag fortschrittlicher Biokraftstoffe und Biogase am Anteil des Endenergieverbrauchs des Verkehrssektors vor: 2022 soll dieser mindestens 0,2 %, 2025 mindestens 1 % und 2030 mindestens 3,5 % betragen. Art. 27 RED II stellt die Berechnungsregelung für die Errechnung der Mindestanteile und die Anrechnung verschiedener Energieanteile als erneuerbar auf. Eine Mehrfachanrechnung ist in der RED II, wie bereits in der Vorläuferrichtlinie 2009/28/EG, neben bestimmten Rohstoffeinsätzen zur Produktion von Biokraftstoffen, vgl. Anhang IX, nur für den **Direkteinsatz von erneuerbarem Strom** im Verkehr vorgesehen:²¹

²¹ Im Umkehrschluss aus Art. 27 II, III RED II.

„Um dem Einsatz von erneuerbarer Elektrizität im Verkehrssektor zu fördern und den komparativen Nachteil in der Energiestatistik zu verringern, sollten auf für den Verkehrssektor bereitgestellte erneuerbarer Elektrizität Multiplikatoren angewandt werden.“²²

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Mehrfachanrechnung für die Elektromobilität entspricht diesem Ziel jedoch nicht. Die uneingeschränkte Option der Mehrfachanrechnung für den Einsatzstoff Strom führt zu einer Verdrängung nachhaltiger Biokraftstoffe, die wie bisher nur „einfach“ angerechnet werden. Völlig konträr zu den Klimaschutzzielen der FQD und der RED II ist, dass diese Verdrängung auch dann einsetzt, wenn der für die Elektromobilität eingesetzte Strom vollständig aus Kohlekraft erzeugt wird. Denn mit der Mehrfachanrechnung gehen keinerlei verbindliche Vorgaben für einen nachhaltigen und damit THG-minderungswirksamen Strommix für die Elektromobilität einher. Die nach der RED II allein denkbare Faktorierung erneuerbarer Elektrizität in der Elektromobilität wurde also überhaupt nicht umgesetzt. Dabei soll die Umstellung auf eine emissionsarme Mobilität Teil eines gesamtwirtschaftlichen Nachhaltigkeitskonzepts sein.²³

Der deutsche Gesetzgeber rechtfertigt seinen Ansatz wie folgt:

„Da insbesondere nachhaltige Biomasse begrenzt ist und der signifikante Hochlauf der Elektromobilität sowie der Aufbau von Produktionskapazitäten für Energieerzeugnisse wie grünen Wasserstoff und fortschrittliche Biokraftstoffe noch mehrere Jahre in Anspruch nehmen wird, gilt es in der ersten Hälfte des Jahrzehnts, d.h. zunächst für einen Zeitraum von fünf Jahren bis 2026, diesen Transitionsprozess durch eine vorerst moderate Anhebung der Quote auf 10 % anzureizen, sowie weitere Maßnahmen zu ergänzen. In den nachfolgenden Jahren erfolgt bis zum Jahr 2030 eine ambitionierte Anhebung der Treibhausgasreduzierungs-Quote auf 22 %, wodurch nachhaltige Optionen für den Verkehr gefördert werden, die zur Erreichung der Klimaschutzziele notwendig sind.“²⁴

Zwar gibt auch die RED II den Mitgliedstaaten vor sicherzustellen, dass die Nachfrage nach Elektrizität im Verkehrssektor durch zusätzliche Kapazitäten zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen gedeckt wird.²⁵ Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, es sei zulässig, Elektromobilität ohne

²² Vgl. Erwägungsgrund 87 RED II.

²³ Vgl. Erwägungsgrund 12 ESR.

²⁴ Gesetzesentwurf Drucksache 19/27435, S. 2.

²⁵ Erwägungsgrund 87 RED II.

05.05.2021

Nachhaltigkeitsvorgaben zu privilegieren. Im Fokus des deutschen Gesetzgebers steht vor allem die Anreizwirkung, die sich auch positiv auf den schleppenden Ausbau der für die Elektromobilität erforderlichen Infrastruktur auswirken soll. Dass sich dies entsprechend zu Lasten nachhaltigkeitszertifizierter Biokraftstoffe auswirken kann, nimmt der Gesetzgeber billigend in Kauf²⁶ und drängt diese so aus dem Markt.²⁷ Damit werden die Ziele der FQD und der RED II für eine mittelbare Infrastrukturförderung zweckentfremdet. Gerade die Infrastrukturförderung muss im beihilferechtlichen Kontext aber transparent und gesetzeskonform umgesetzt werden. Versäumnisse bei Aufbau und Förderung der Infrastruktur können jedenfalls nicht mittelbar durch Quote und Anrechnungserhöhung geheilt werden, die in der Richtlinie 2015/652 nicht vorgesehen ist.

Für Elektromobilität ohne Einsatzstoffvorgabe muss es daher wegen des Vorranges des Europarechts allein bei den Faktoren der Antriebsstrangeffizienz nach Anhang I Ziffer 3 f, Richtlinie 2015/652 bleiben. Der Gesetzesentwurf stellt zielerfüllungswidrig die Weichen zur Abkehr von der Technologieoffenheit.

Weiteres Ziel der RED II ist die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Kraftstoffanbietern die Gewährleistung eines Mindestanteils fortschrittlicher Biokraftstoffe und bestimmter Biogase vorzuschreiben. Das soll dazu dienen, die stetige Entwicklung fortschrittlicher Kraftstoffe, einschließlich der Biokraftstoffe, voranzutreiben.²⁸ Durch die Einbeziehung von fortschrittlichen Kraftstoffen in die Obergrenze werden die Biokraftstoffe der 1. Generation verdrängt, statt sie zu ergänzen und so kurzfristig mehr Reduktionspotential zu heben. Diese Verdrängung bei gleichzeitiger Privilegierung von Antriebsalternativen beschränkt bereits bestehendes CO₂-Minderungspotential. Mit Blick auf die derzeitige Klimabilanz, die im Wesentlichen durch die Coronakrise beschönigt ist, kann sich Deutschland den Verzicht auf bewährte Reduktionsmittel, die fortentwickelt werden können und müssen, nicht leisten.

²⁶ Vgl. Gesetzesentwurf, Drucksache 19/27435, S. 27.

²⁷ Dieser Effekt wird noch verschärft durch die deutsche Verwaltungspraxis, die die Einfuhr nachhaltigen Biomethans aus anderen Mitgliedstaaten durch eine Verhinderung der Anrechnung auf die THG-Quote benachteiligt, vgl. Ziffer 70 und 71 der Vorläufigen Fassung der Dienstvorschrift zur Überwachung der Einhaltung der Treibhausgasminderung nach § 37 a Abs. 4 BImSchG vom 6. Januar 2016. Dass eine vergleichbare Beschränkung der Anrechenbarkeit von importiertem Biomethan gegen Primärrecht, Art. 34 AEUV, verstößt, da sie ein Handelshindernis darstellt, hat der EuGH bereits festgestellt, EuGH Ur. V. 22.6.2017, Rs. C-549/15, vgl. insbesondere Rn. 79 und RN. 100.

²⁸ Vgl. Erwägungsgrund 85 RED II.

05.05.2021

Im Interesse einer progressiven und gleichmäßigen Erhöhung der THG-Quote als notwendiger Änderung zum Gesetzentwurf, muss Technologieneutralität an erster Stelle stehen. Alle Maßnahmen sollten allein anhand ihrer realen Klimaschutzwirkung auf die THG-Quote angerechnet werden. Verschiedene Studien, in denen Szenarien für das Erreichen der Klimaschutzziele im Verkehrssektor definiert werden, kommen zu dem Ergebnis, dass neben der direkten Elektrifizierung auch andere Technologien und Kraftstoffe wie strombasierte Kraftstoffe und Biokraftstoffe notwendig sein werden.²⁹ Dies gilt insbesondere dort, wo der direkte Einsatz von Strom auf absehbare Zeit keine verfügbare Option sein wird, wie etwa im Schwerlast-, Flug- oder Schiffsverkehr.³⁰ Da zudem weiterhin nicht absehbar ist, wann strombasierte Kraftstoffe in ausreichendem Maße und kosteneffizient produziert werden können, sind nachhaltige Biokraftstoffe bei rund 59 Millionen Fahrzeugen auf deutschen Straßen unerlässlich, um die Treibhausgasemissionen des Verkehrssektors effektiv zu reduzieren und die Klimaziele zu erreichen.³¹

Vor dem Hintergrund dieser Vorgaben und Ziele widerspricht das Vorgehen des deutschen Gesetzgebers den europäischen Vorgaben: Durch die Privilegierung der Elektromobilität und letztlich auch durch die Faktorierung strombasierter Kraftstoffe wird der eigentlich europarechtlich gewollte Einsatz sofort einsetzbarer, klimafreundlicher biogener Kraftstoffe im Verbrennungsantrieb zurückgedrängt. Diese einseitige Bevorteilung unterläuft damit die erforderliche Gewährleistung für die Investitionssicherheit in den Aufbau von Kapazitäten für die Produktion fortschrittlicher Biokraftstoffe. Investitionsströme für die Weiterentwicklung von Biokraftstoffen, die von der RED II erwünscht ist, werden durch eine Mehrfachanrechnung im Bereich E-Mobilität behindert werden.

Die Biokraftstoffnutzung und ihre Weiterentwicklung ist Programmatik der Europäischen Union in ihrem Klimaschutzkonzept. So ist es nach der ILUC-Richtlinie 2015/1513 (zur Änderung der FOD) das Ziel der Europäischen Union,

²⁹ Andreas Kemmler u.a., Energiewirtschaftliche Projektionen und Folgeabschätzungen 2030/2050 - Dokumentation von Referenzszenario und Szenario mit Klimaschutzprogramm 2030, 10. März 2020, Prognos, Studie im Auftrag des BMWi, S. 99 ff.; Altrock/Kost/Altmaier u.a., Ein integriertes Energiekonzept für 2050 und die Einbindung von EE-Kraftstoffen, Studie im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums, Kurzfassung veröffentlicht im November 2018; Prognos, Klimapfade für Deutschland, Studie im Auftrag des BDI, S. 172ff (95%-Klimapfad).

³⁰ Altrock/Kost/Altmaier u.a., a.a.O. S. 172ff.

³¹ Altrock/Kost/Altmaier u.a., Ein integriertes Energiekonzept für 2050 und die Einbindung von EE-Kraftstoffen, Studie im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums, Kurzfassung veröffentlicht im November 2018.

„die Forschung und Entwicklung in Bezug auf neue fortschrittliche Biokraftstoffe zu fördern, die nicht um landwirtschaftliche Flächen für die Nahrungsmittelproduktion konkurrieren, und die Auswirkungen verschiedener Kulturpflanzengruppen auf direkte und indirekte Landnutzungsänderungen genauer zu untersuchen.“³²

Gerade die RED II selbst hat in diesem Zusammenhang in ihrem Art. 26 Abs. 2 einen sogenannten delegierten Rechtsakt der Kommission vorgesehen, in dem die Kriterien für die Bestimmung von Rohstoffen zur Herstellung von Biobrennstoffen mit hohem ILUC-Risiko (Biobrennstoffe, in deren Fall eine wesentliche Ausdehnung der Produktionsflächen auf Flächen mit hohem Kohlenstoffbestand zu beobachten ist) und die Kriterien für die Zertifizierung von Biokraftstoffen, flüssigen Biobrennstoffen und Biomasse-Brennstoffen mit geringem Risiko indirekter Landnutzungsänderungen (indirect land-use change, ILUC) festgelegt werden sollten. Diesen Rechtsakt hat die Europäische Kommission erlassen. Außerdem wurde ein Anhang zum Rechtsakt angenommen, in dem die Ausdehnung der Produktionsflächen verschiedener Arten von Kulturpflanzen aufgezeigt wird. Zur Umsetzung des neuen Konzepts werden in diesem delegierten Rechtsakt Kriterien für Folgendes festgelegt:

- die Bestimmung der Rohstoffe mit hohem ILUC-Risiko, in deren Fall eine wesentliche Ausdehnung der Produktionsflächen auf Flächen mit hohem Kohlenstoffbestand zu beobachten ist,
- die Zertifizierung von Biokraftstoffen, flüssigen Biobrennstoffen oder Biomasse-Brennstoffen mit geringem ILUC-Risiko.

Demgegenüber verlangsamt der Gesetzentwurf in Deutschland die Umstellung auf einen nachhaltigen Verkehrssektor und gefährdet gerade diesen Modernisierungsschub, der für den Bereich des direkten Einsatzes von Biokraftstoffen für Verbrennungsmotoren im Unionsrecht nach wie vor vorgesehen ist. Diese wird letztlich verzögert und erschwert, in dem zwar gezielt der Umstieg auf strombasierte Mobilität angereizt wird, gleichzeitig biogene Kraftstoffe aber insgesamt massiv zurückgedrängt werden, weil die Mehrfacherrechnung der E-Mobilität Biokraftstoffe unter der THG-Quote erheblich benachteiligen. Das etablierte hohe Minderungspotential eingeführter nachhaltiger Biokraftstoffe wird direkt behindert.

³² Siehe Erwägungsgrund 5 der ILUC-Richtlinie 2015/1513.

05.05.2021

Eine derartige rein rechnerische Festlegung bzw. Faktorierung zu Gunsten bestimmter Energieträger schließt die RED II aber bereits durch ihre sich aus den Erwägungsgründen eindeutig bestimmbar Zielen aus.

III. Zielerreichungshürde durch Mehrfachanrechnungen

Im Übrigen würde eine beliebige Umsetzung über Anrechnungen mit einem höheren Faktor letztlich die Zielerreichung auch der ESR konterkarieren. Diese Einschätzung findet sich auch in einem Änderungsantrag der FDP im deutschen Gesetzgebungsverfahren.³³ Gemäß ESR haben alle Mitgliedstaaten im Zeitraum von 2021 bis 2030 einen jährlichen Mindestbeitrag zu leisten und zur Erfüllung des übergeordneten Ziels der Union, in den unterschiedlichen IPCC-Quellenkategorien, zu denen u.a. der Verkehrsbereich gehört³⁴ bis 2030 eine Reduzierung der THG-Emissionen um 30% gegenüber dem Stand von 2005 zu erreichen.³⁵ Die Höhe dieser Mindestbeiträge ist im Anhang der Verordnung geregelt und beinhaltet für Deutschland kumulativ bis 2030 eine Reduktion von 38% gegenüber den THG-Emissionen im Jahre 2005.³⁶ Die Bundesrepublik Deutschland hat sich darüber hinaus in ihrem Klimaschutzplan im Lichte der Ziele von Kyoto und Paris verpflichtet, bis 2030 die Treibhausgasemissionen im Verkehrssektor um 40 - 42% gegenüber 1990 zu senken.³⁷

E. Zielpfadberechnung und Verletzung des Effet-Utile-Prinzips

I. Der Effet-Utile-Grundsatz

Die RED II ist bis zum 30. Juni 2021 in deutsches Recht umzusetzen. Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ist eine Richtlinie für jeden Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet ist,

³³ BT Drucksache 19/28437 vom 13.04.2021, Keine Bilanzfälschung beim Klimaschutz im Verkehr- Erneuerbare-Energien-Richtlinie RED II technologieneutral umsetzen“ S. 2f. „Da es für den Klimaschutz keinerlei Rolle spielt, durch welche Technologie die Emissionen gesenkt werden, käme beispielsweise eine Mehrfachanrechnung des Ladestroms für Elektromotoren einer ideologisch motivierten Klima-Bilanzfälschung gleich. Die CO₂-Einsparung durch die Beimischung von E-Fuels, Bio- oder anderen alternativen Kraftstoffen muss daher ebenso mit dem Faktor 1 abgerechnet werden wie die Nutzung von Ladestrom für die Elektromobilität.“

³⁴ Vgl. Entscheidung der Kommission zur Festlegung von Durchführungsbestimmungen für die Entscheidung 280/2004/EG über ein System zur Überwachung der Treibhausgasemissionen in der Gemeinschaft und zur Umsetzung des Kyoto-Protokolls , Abl. Nr. L 245 vom 29.09.2003 S. 1.

³⁵ Vgl. Art. 1 und 2 Abs. 1 ESR.

³⁶ Vgl. Anhang 1 ESR.

³⁷ Klimaschutzplan 2050, klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, S. 8.

05.05.2021

hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel.

Zu prüfen ist daher, ob der Gesetzentwurf das zu erreichende Ziel der RED II effektiv umsetzt. Es ist das sog. Effet-Utile-Prinzip³⁸ als Auslegungsgrundsatz des EuGH zu beachten, wonach Wirkungen des Gemeinschaftsrechts in den nationalen Gesetzen zu gewährleisten sind und darauf zu achten ist, dass die praktische Wirksamkeit nicht ernsthaft gefährdet würde.³⁹

Die RED II enthält für den Verkehrssektor klare Vorgaben, wie die folgende Übersicht erläutert:

ERNEUERBARE ENERGIETRÄGER	ZIELERFÜLLUNG DER MITGLIEDSSTAATEN NACH RED II	
	ANRECHNUNGSGRENZE (ENERGETISCHER ANTEIL)/MINDESTANTEIL (ANRECHNUNG)	MEHRFACHANRECHNUNG
KONVENTIONELLE BIOKRAFTSTOFFE	Maximal: Anteil in 2020 + 1 % (max. 7 %)	nein
BIOKRAFTSTOFFE NACH ANHANG IX, TEIL A (ABFÄLLE, RESTSTOFFE UND ALGEN)	Mindestens 3,5 % (entspricht real 1,75 %)	2
BIOKRAFTSTOFFE NACH ANHANG IX, TEIL B (ALTSPEISEÖLE UND TIERFETTE)	1,7 % (Mitgliedstaaten können den Grenzwert bei Rohstoffverfügbarkeit erhöhen; Genehmigung durch Europäische Kommission erforderlich)	2
STROMBASIERTE KRAFTSTOFFE	nein	nein
ERNEUERBARER STROM	nein	4 (Straßenverkehr)/ 1,5 (Schienenverkehr)
RECYCLED CARBON FUELS	nein	nein
EE-KRAFTSTOFFE IM FLUG- UND SCHIFFSVERKEHR	nein	1,2

Quelle: *VDB Berechnungen auf Grundlage der Übersicht über Zielerfüllung der Mitgliedstaaten nach RED II [Werkstattbericht-Alternative Kraftstoffe; Nationale Plattform Zukunft Mobilität, 2020].*

³⁸ Zur Übersicht über regelmäßige Anwendung des Prinzips vgl. Mayer, Recht der EU, August 2020, EVU Art. 19 Rn. 57 f.: „Der teleologischen Auslegung verwandt und den Besonderheiten des Unionsrechts angemessen ist die Berücksichtigung der nützlichen Wirkung („effet utile“) schon früh etwa in der Rs. Fédération charbonnière de Belgique (EuGH, 29.11.1956 - 8/55) und in weiteren Rechtssachen, beispielsweise der Rs. Broekmeulen (EuGH, 06.10.1981 - 246/80) ...Hier wird allgemein vom Gerichtshof derjenigen Auslegung der Vorzug eingeräumt, die die Verwirklichung der Vertragsziele und die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft sicherstellt.“

³⁹ Dieser Grundsatz wird aus der Pflicht der Mitgliedstaaten zur „loyalen Kooperation“ in Art. 4 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der europäischen Union (EUV) abgeleitet. Vgl. Übersicht der Rechtsprechung des EuGH in Potacs, Michael, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR, Heft 4-2009, S. 465 ff, S. 468.

05.05.2021

Für den Verkehrssektor maßgeblich sind die Art. 25 bis 28 der RED II. Nach Art. 25 Abs. 1 Unterabs. 1 der RED II muss sich der verpflichtende Anteil erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch des Sektors Straße und Schiene pro Mitgliedstaat auf mindestens 14 % bis 2030 erhöhen. Deutschland gibt zur Umsetzung des RED II-Zieles einen THG-Minderungspfad vor. Dies soll im Gesetzentwurf insbesondere durch Änderungen im zweiten Abschnitt des BImSchG (Treibhausgasminderung bei Kraftstoffen (§ 37 a -§ 37d) umgesetzt werden.

Der Gesetzentwurf sieht für § 37 a Abs. 4 Satz 2 BImSchG den folgenden Minderungspfad vor:

Ab dem Kalenderjahr 2020	6 %
Ab dem Kalenderjahr 2022	6,5 %
Ab dem Kalenderjahr 2023	7 %
Ab dem Kalenderjahr 2024	8 %
Ab dem Kalenderjahr 2026	10 %
Ab dem Kalenderjahr 2028	14,5 %
Ab dem Kalenderjahr 2030	22 %

Wie bereits einleitend vorgestellt, ist die für 2022 vorgeschlagene Erhöhung mithin minimal und es bleibt in den Folgejahren bis 2026 bei einer bescheidenen Anhebung der Quote auf 10 %. Von 2026 bis 2030 soll diese THG-Quote dann auf 22 % ansteigen. Dieser Ausbaupfad ist zu zögerlich, um die Ziele der RED II effektiv in Deutschland zu erreichen. Diese fehlerhafte Zielbestimmung im Gesetzentwurf wird die Position der Bundesrepublik, die kommenden härteren Reduktionsziele zu erfüllen, nachhaltig behindern.

Es ist auch anzumerken, dass der Gesetzentwurf die weiteren Instrumente und Maßnahmen nicht ausreichend einbindet, welche die RED II anregt, wie die Senkung des Energieverbrauchs, die Zunahme technischer Verbesserungen, das Setzen von Anreizen für die Nutzung und den Ausbau öffentlicher Verkehrsmittel, als wirksame Mittel zur Verringerung der Treibhausgasemissionen.⁴⁰

⁴⁰ Vgl Erwägungsgrund 11 der REDII.

05.05.2021

1) Verstoß gegen das Effet-Utile-Prinzip über Missachtung der Entscheidungen im kommenden EU Klimagesetz

Im April 2021 haben sich Kommission, Parlament und Rat im sogenannten Trilog auf ein Europäisches Klimagesetz geeinigt.

Dieses sieht vor, die Treibhausgasemissionen in der EU bis 2030 um mindestens - 55 % gegenüber 1990 zu senken. Es verstößt gegen das Effet-Utile-Prinzip, wenn die Bundesregierung keine geeigneten Ausbaupfade zur effizienten Erreichung der derzeit über die RED II vorgeschriebenen Zielpfade umsetzt, sondern inhärent in seinem Vorschlag in Kauf nimmt, dass das Minderungsziel insgesamt nicht erreicht werden kann.

2) Verstoß gegen die Umsetzungsvorgaben der EU unter dem Pariser Übereinkommen

Der versetzte und in seiner Prägnanz auf den Zeitraum nach 2025 nach hinten verschobene o.g. Ausbaupfad im Gesetzentwurf missachtet auch die Anforderungen aus dem völkerrechtlich verbindlichen UNFCCC „Paris Agreement“⁴¹ der Vereinten Nationen (Pariser Übereinkommen).

Um die Ziele des Pariser Übereinkommens zu erreichen und die Risiken und Auswirkungen des Klimawandels deutlich zu verringern, besteht das globale Ziel darin, den Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur deutlich unter 2°C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu halten und Anstrengungen zu unternehmen, um den Temperaturanstieg auf 1,5°C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen.⁴²

Am 8. Oktober 2018 veröffentlichte der Zwischenstaatliche Ausschuss für Klimaänderungen (Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC) den Sonderbericht über die Folgen einer globalen Erwärmung um 1,5°C, in dem festgestellt wird, dass die Begrenzung der globalen Erwärmung auf 1,5°C rasche, weitreichende und beispiellose Veränderungen in allen Bereichen der Gesellschaft erfordert und dass die Begrenzung der globalen Erwärmung auf 1,5°C statt auf 2°C

⁴¹ https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

⁴² Grundsätze etwa in:

https://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/paris_de.

05.05.2021

mit der Schaffung einer nachhaltigeren und gerechteren Gesellschaft Hand in Hand gehen könnte.⁴³

Am 17. Dezember 2020 hatten Deutschland und die Europäische Kommission in Vertretung der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten einen modifizierten Emissionsreduktionsplan vorgelegt⁴⁴. Darin wurde u.a. auch gegenüber der internationalen Staatengemeinschaft der Beitrag der EU und ihrer Mitgliedstaaten zur Erreichung der Ziele des Übereinkommens eben deutlich angehoben.⁴⁵ Auch vor diesem Hintergrund ist der derzeit vorgeschlagene Ausbauplan zur Emissionsreduzierung im Verkehrssektor eines Mitgliedstaates mit bedeutenden CO₂-Emissionen insgesamt im Verkehr unzureichend. Es besteht daher das Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland (s. dazu auch unter Teil 2 F.). Die EU-Kommission wäre auch gezwungen, diesen Weg zu gehen, denn sie ist direkt gegenüber dem Paris Übereinkommen zur Einhaltung der europäischen Ziele verpflichtet. Deutschland als großer Emittent von Treibhausgasen würde in einem Verfehlen seines Zielpfades unmittelbar auch die Erfüllung der von der Europäischen Union der Weltgemeinschaft im Pariser Übereinkommen zugesagten Ziele gefährden.

F. Fehlerhafte Berechnung im Zielpfad und die jüngste Entscheidung des BVerfG zum deutschen Klimagesetz (KSG)

Der moderate THG-Quotenpfad in dem Zeitraum bis 2025 wie im Gesetzentwurf vorgesehen, ist auch in Bezug auf die gerade ergangenen Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) nicht haltbar. In einer Reihe von Verfassungsbeschwerden wandten sich mehrere Beteiligte gegen die im KSG

⁴³ S. Erwägungsgrund (4) der Verordnung (EU) 2019/2089 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1011 hinsichtlich EU-Referenzwerten für den klimabedingten Wandel, hinsichtlich auf das Übereinkommen von Paris abgestimmter EU-Referenzwerte sowie hinsichtlich nachhaltigkeitsbezogener Offenlegungen für Referenzwerte.

⁴⁴ „Submission by Germany and the European Commission on behalf of the European Union and Its Member States“;
https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/European%20Union%20oFirst/EU_NDC_Submission_December%202020.pdf, zuletzt abgerufen am 02.05.2021.

⁴⁵ Vgl. S. 27. The EU and its Member States wish to communicate the following NDC. The EU and its Member States, acting jointly, are committed to a binding target of a net domestic reduction of at least 55% in greenhouse gas emissions by 2030 compared to 1990. This NDC and accompanying information contained in the Annex replaces the 6 March 2015 submission of the EU and its Member States contained in the UNFCCC interim NDC registry and will, as of the date of the receipt of this submission by the Secretariat, be considered to be the current NDC maintained by the EU and its Member States under Article 4 of the Paris Agreement.“

vorgegebenen Gesamtminderungsziele und sahen sich darin in ihren Grundrechten verletzt.⁴⁶ Das BVerfG führt aus:⁴⁷

„Ein Verstoß gegen Grundrechte liegt jedoch vor, weil es infolge der Emissionsmengen, die das Klimaschutzgesetz für den aktuellen Zeitraum zulässt, in späteren Zeiträumen zu hohen Emissionsminderungslasten kommen kann; insoweit verletzen § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG in Verbindung mit Anlage 2 die Beschwerdeführenden (...) in ihren Grundrechten.“

Zwar könne ein Verstoß gegen das Vorsorgeschutzprinzip des Staates für künftige Generationen nach Art. 20a GG⁴⁸ im Ergebnis nicht festgestellt werden,

„Jedoch fehlt es an den hier grundrechtlich zur Freiheitssicherung über Zeit und Generationen hinweg gebotenen Vorkehrungen zur Abmilderung der hohen Emissionsminderungslasten, die der Gesetzgeber mit den angegriffenen Vorschriften auf Zeiträume nach 2030 verschoben hat (...).“⁴⁹

Nach Ansicht des BVerfG schützen die Grundrechte vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a Grundgesetz (GG) aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft.⁵⁰ Genau eine solche Verlagerung in die Zeit nach 2025 ergibt sich aber ausdrücklich nach dem Gesetzentwurf und der dort festgelegten Ausbaupfade der vorgesehenen THG-Quote.⁵¹

Die für das BVerfG maßgebliche Grundrechtsgefährdung entsteht durch die Regelungen, die festlegen, welche CO₂-Emissionsmengen heute zulässig sind (§ 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG in Verbindung mit Anlage 2). Der Verbrauch der dort bis 2030 geregelten Jahresemissionsmengen verzehre notwendig und unumkehrbar Teile des verbleibenden CO₂-Budgets.⁵² Hinsichtlich der Bestimmung dieses Restbudgets besteht erhebliche Unsicherheit. Dann setzt Art. 20a GG den Entscheidungen des Gesetzgebers – zumal solchen mit unumkehrbaren Folgen für

⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 in Sachen: 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, Rn. 142.

⁴⁸ Art. 20a GG: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“

⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, Rn. 142.

⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, Rn. 183.

⁵¹ Gesetzentwurf Drucksache 19/27435, S. 2.

⁵² BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, Rn. 187.

die Umwelt – aber Grenzen und erlegt ihm, auch in Verantwortung für die künftigen Generationen, eine besondere Sorgfaltspflicht auf.⁵³ Zur Wahrung der Budgetgrenzen müsste demzufolge nach 2030 alsbald Klimaneutralität realisiert werden. Dass dies gelingen könnte, ist aber nicht wahrscheinlich.⁵⁴

Auch wenn das BVerfG sich in seinen Ausführungen auf die Zeit nach 2030 bezieht, ist ein wesentlicher Aspekt der Kritik die Absicherung und Erkennbarkeit der weiteren Reduktionsziele zuvor.⁵⁵ Betont das Gericht aber, dass bereits jetzt Weichen gestellt werden müssen, um einer Verlagerung des Problems in die Zukunft zu begegnen, kann die bis 2030 im Gesetzentwurf vorgesehene THG-Minderungsvorgabe, die auf Mehrfachanrechnungen - insbesondere der Elektromobilität - abhebt und so reale THG Minderungen vernachlässigt, nicht weiter verfolgt werden. Eine durch Mehrfachanrechnung erzielte Privilegierung der (nicht zwingend auf der Nutzung erneuerbaren Energien basierenden) Elektromobilität zu Lasten der real THG-reduzierenden Alternativen ist damit nicht mehr haltbar.

Die Ansichten des Gerichts zeigen mittelbar auch die Mängel der vorgesehen THG-Quote und der Mehrfachanrechnungen deutlich auf:⁵⁶

*„Das Grundgesetz gibt nicht im Einzelnen vor, was zu regeln ist, um Voraussetzungen und Anreize für die Entwicklung klimaneutraler Alternativen zu schaffen. Grundlegend hierfür und damit für eine vorausschauende Schonung künftiger Freiheit ist allerdings, dass der Gesetzgeber einer möglichst frühzeitigen Einleitung der erforderlichen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse auch für die Zeit nach 2030 Orientierung bietet und diesen damit zugleich ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermittelt. Der nötige Entwicklungsdruck entsteht, indem absehbar wird, dass und welche Produkte, Dienstleistungen, Infrastruktur-, Verwaltungs- und Kultureinrichtungen, Konsumgewohnheiten oder sonstigen heute noch CO₂-relevanten Strukturen schon bald erheblich umzugestalten sind. **Legte der Gesetzgeber beispielsweise frühzeitig konkret fest, dass dem Verkehrssektor ab einem bestimmten Zeitpunkt nur noch geringe jährliche Emissionsmengen zur Verfügung stehen, könnte dies Anreiz und Druck für die Entwicklung und Verbreitung alternativer Techniken und der***

⁵³BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, Rn. 229.

⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, Rn. 234.

⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, Rn. 258.

⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, Rn. 249.

dafür erforderlichen Infrastruktur entfalten." (Hervorhebung durch die Verfasser)

Der regulatorische Druck zur real beitragenden THG-Reduktion im Verkehrssektor muss frühzeitig aufgebaut werden, um diese Innovationsanreize zu sichern. Damit kann keine Verdrängung etablierter erneuerbarer Optionen beabsichtigt sein, welche diese die Reduktionsanreize sachwidriger Weise wieder konterkariert.

Der Gesetzentwurf beschränkt sich derzeit jedoch zum einen auf eine Verlagerung der Reduktionslast in die Zukunft, zum anderen auf eine einseitige Förderung der Elektromobilität, ohne hierfür deren Nachhaltigkeit und tatsächlicher CO₂-Relevanz zu fordern. Biokraftstoffe, die den CO₂-Ausstoß bereits jetzt senken und strengen Nachhaltigkeitskriterien gemäß Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung genügen, werden dagegen aus dem Markt gedrängt, um statt aller zur Verfügung stehenden Techniken in gleichem Maße gezielt die Elektromobilität zu fördern.

Es ist damit erforderlich, dass der Gesetzgeber nun nicht nur einen grundrechtsschützenden Senkungspfad im KSG für die Zeit nach 2030 festlegt, sondern im Zuge dessen auch den Entwurf des BImSchG im Lichte des Beschlusses überarbeitet.

G. Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens

Sollte der Gesetzentwurf in seiner jetzigen Fassung umgesetzt werden, setzt die Bundesrepublik sich in mehrfacher Hinsicht dem Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens aus.

Die Europäische Kommission hat die Bundesrepublik in der Vergangenheit bereits im Bereich der Schadstoffemissionen wegen des Verstoßes effektiver Umsetzung aufgrund einer fehlerhaften Zielbestimmung erfolgreich einem Vertragsverletzungsverfahren unterworfen, welches auch Rückschlüsse für diesen Gesetzentwurf ermöglicht.

In der Rechtssache C-59/89 stellte der EuGH fest, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus dem EWG-Vertrag verstoßen hat, dass sie nicht alle erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen hat, um die Richtlinie 82/884/EWG des Rates vom 3. Dezember 1982 betreffend einen Grenzwert für den Bleigehalt in der Luft (Abl. L 378, S. 15) vollständig in nationales Recht umzusetzen. Der EuGH folgte in seinem Urteil der Kommission. Diese hatte argumentiert, dass die Bundesrepublik keine geeigneten Maßnahmen ergriffen hätte, um sicherzustellen, dass der in der Richtlinie vorgeschriebene

Grenzwert tatsächlich eingehalten werde, wie es Art. 3 der Richtlinie verlange⁵⁷. Es lasse sich nicht sicherstellen, dass der in der Richtlinie festgelegte Grenzwert tatsächlich eingehalten werde. Insbesondere nähmen die durchzuführenden Verfahren so viel Zeit in Anspruch, dass es nicht möglich sei, die tatsächliche Einhaltung des Grenzwerts unverzüglich zu gewährleisten.⁵⁸ Der Gerichtshof urteilte, dass Deutschland nicht so umgesetzt hatte, dass alle denkbaren Fällen erfasst wurden und die notwendige zwingende Regelung fehle, die erforderlich sei, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen.⁵⁹

Diese Argumente des EuGH können auf die geplante Umsetzung der RED II in nationales Recht übertragen werden. Denn der Gesetzentwurf birgt einen vergleichbaren Fehler: Es wird kein ausreichender indikativer Minderungspfad umgesetzt, obwohl dieser bereits im NECP und im KSG niedergelegt wurde. Im Gegenteil wird sogar das Risiko der weiteren Verwässerung des Zielpfades in Kauf genommen, indem das Instrument einer Mehrfachanrechnung für strombasierte Kraftstoffe entgegen dem Wortlaut der FQD und vor der eventuellen Einführung einer solchen Methodologie über einen delegierten Rechtsakt der Kommission unter der RED II in deutsches Recht implementiert werden soll.

Teil 4 Zusammenfassendes Ergebnis

Der Gesetzentwurf verletzt die Vorgaben der erneuerbaren Richtlinie der EU (EU) 2018/2001 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (RED II). Der Gesetzentwurf missachtet die Anforderungen an das Erreichen von Minderungszielen aus der ESR-Verordnung (EU) 2018/842, „Effort-Sharing-Regulation“.

Der im Gesetzentwurf vorgesehene THG-Minderungspfad ist nicht geeignet, um die europäischen Minderungsziele im Sinne des ESR durch eine nationale Zielsetzung abzusichern. Der Gesetzentwurf übersieht das Fehlen einer Rechtsgrundlage in der einschlägigen Fuel-Quality-Richtlinie, der Richtlinie 2009/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 -(FQD) für eine Mehrfachanrechnung für Elektromobilität.

⁵⁷ Art. 3 Absatz 1 der Richtlinie schreibt vor, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen zu treffen haben, um sicherzustellen, dass der Bleigehalt in der Luft den Grenzwert von zwei Mikrogramm/m³ nicht überschreitet.

⁵⁸ EuGH a.a.O. Rn. 25.

⁵⁹ EuGH, a.a.O. Rn. 34.

Der Entwurf verstößt gegen das sog. Effet-Utile-Prinzip, wonach die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts durch nationale Gesetze nicht gefährdet werden darf. Sowohl der Minderungspfad als auch die Mehrfachanrechnung und die Privilegierung der E-Mobilität gegenüber biogenen Kraftstoffen verletzen europäische Rechtsakte, namentlich die RED II und insbesondere die FQD. Darüber hinaus fehlen erforderliche Klarstellungen zur Technologieoffenheit, um den Einsatz biogener Kraftstoffe entsprechend der Zielsetzung der RED II weiter auszubauen. Durch eine künstlich erhöhte Ergebnisquote - ohne eine dieser entsprechende faktische THG-Minderung - verfehlt Deutschland sein Klimaziel bis 2030.

Der Gesetzentwurf gefährdet die Erreichung der Ziele unter dem Pariser Übereinkommen.

Der Gesetzentwurf bedarf dringend einer Anpassung vor dem Hintergrund des jüngsten Beschlusses des BVerfG zu den diversen Klimaklagen.

Mit der Umsetzung des Gesetzes - wie geplant - setzt sich die Bundesrepublik der Gefahr eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Europäische Kommission aus.

Dr. Dörte Fouquet
Rechtsanwältin

Janka Schwaibold
Rechtsanwältin