

Würzburger Studien zum Umweltenergierecht

Wie man (k)einen einheitlichen Rechtsrahmen für erneuerbaren Wasserstoff schafft

Die Delegierte Verordnung zu erneuerbarem Wasserstoff und anderen erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs (RFNBO) im Spannungsverhältnis zur Erneuerbare-Energien-Richtlinie und ihrer Novellierung

32 | 19.11.2023

erstellt von
Burkhard Hoffmann
Johanna Kamm
Fabian Pause, LL.M. Eur.

II Wie man (k)einen einheitlichen Rechtsrahmen für erneuerbaren Wasserstoff schafft

Zitiervorschlag:

Hoffmann/Kamm/Pause, Wie man (k)einen einheitlichen Rechtsrahmen für erneuerbaren Wasserstoff schafft, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 32 vom 19.11.2023.

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Norddeutsches Reallabor – Neue Markt- und Geschäftsmodelle, Regulatorik (FKZ 03WR007M2)“



Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

**Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg**

Telefon
+49 931 794077-0

Telefax
+49 931 7940 77-29

E-Mail
**hoffmann@stiftung-umweltenergierecht.de
kamm@stiftung-umweltenergierecht.de
pause@stiftung-umweltenergierecht.de**

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand
**Prof. Dr. Thorsten Müller
Fabian Pause, LL.M. Eur.**

Stiftungsrat
**Prof. Dr. Monika Böhm
Prof. Dr. Franz Reimer
Prof. Dr. Markus Ludwigs
Prof. Dr. Sabine Schlacke**

Spendenkonto
**Sparkasse Mainfranken Würzburg
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83
BIC: BYLADEM1SWU**

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	1
A. Einführung	3
I. Rechtsetzung durch delegierte Rechtsakte: Politisches Konfliktfeld	4
II. Ablauf und Ineinandergreifen der Rechtsetzungsverfahren: Zwischen Wasserstoff-Delegierte-Verordnung und Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie	5
1. Anforderungen der Ermächtigungsgrundlage für einen delegierten Rechtsakt im Verkehrsbereich	6
2. Vorschlag der KOM zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (Juli 2021)	7
3. Entwurf der EU-Kommission für eine delegierte Verordnung (Mai 2022)	8
4. Allgemeine Ausrichtung des Rates zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (Juni 2022)	8
5. Abänderungen des EU-Parlaments am Kommissionsvorschlag zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (September 2022)	8
6. Erlass der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung (Februar 2023)	8
7. Trilogieinigung zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (März 2023)	9
8. Inkrafttreten der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung (Juli 2023)	9
III. Strom, Wasserstoff und Zielvorgaben – Ein Überblick über die Anrechenbarkeit	9
1. Anrechenbarkeit von Wasserstoff auf die Zielvorgaben	9
2. Hintergrund: Anrechnung von Wasserstoff bei Erfüllung der Quote durch Kraftstoffanbieter	10
3. Anforderungen an den eingesetzten Strom und an die Treibhausgasminderung	11
4. Verankerung im deutschen Recht	11
IV. Gang der Untersuchung	12
B. Das Rechtsinstrument delegierter Rechtsakt: EU-rechtliche Rahmenbedingungen für die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung	14
I. Rolle und Relevanz von delegierten Rechtsakten im EU-Recht	14
II. Bindungswirkung delegierter Verordnungen	15
1. Rangverhältnis zu anderen europäischen Rechtsakten	15
2. Inhaltliche Bindungswirkung	16
3. Zeitliche Geltung	16
a) Grundfall	16
b) Entfall der Ermächtigungsgrundlage bei Novellierung des Basisrechtsakts	17
c) Fortbestand bei Änderung der Ermächtigung	17
d) Fortbestand bis zur Neuregelung	18
III. Rechtliche Anforderungen an die Delegation	18

IV Wie man (k)einen einheitlichen Rechtsrahmen für erneuerbaren Wasserstoff schafft

1. Inhalt der Ermächtigung	19
2. Wesentlichkeitsvorbehalt	19
a) Wesentlichkeitskriterien der Rechtsprechung	20
b) Bedeutung für die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung	20
3. Bestimmtheit der Ermächtigung	21
4. Ausübung der Befugnisübertragung durch die EU-Kommission	23
IV. Demokratische Kontrolle von delegierten Rechtsakten	23
1. Verfahrensrechtliche Kontrollmöglichkeiten der Legislative	23
2. Judikative Kontrolle	24
V. Ergebnis	25

C. Die Anrechenbarkeit von erneuerbarem Wasserstoff im Verkehrsbereich nach Erneuerbare-Energien-Richtlinie und Wasserstoff-Delegierte-Verordnung

26

I. Anrechnungsvorgaben in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie

26

1. Grundregel, Art. 27 Abs. 3 UAbs. 4 EE-RL	26
2. Ausnahmeregeln, Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 und 6 EE-RL	26
a) Ausnahme für Direktbezug, Unterabsatz 5	27
b) Ausnahme für Netzbezug, Unterabsatz 6	27
3. Ermächtigungsgrundlage für Konkretisierung der Anforderungen, Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL	27
a) Auslegung von Unterabsatz 6 (Netzbezug) anhand der Intention des Richtliniengebers	28
b) Vorschriften für zeitliche und geografische Korrelation	29
c) Vorgaben zum Zusätzlichkeitskriterium	30

II. Anforderungen nach der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung

31

1. Vorgaben für Direktbezug, Art. 3 Wasserstoff-DelVO	32
2. Vorgaben für Netzbezug, Art. 4 Wasserstoff-DelVO	32
3. Nachweispflichten des Kraftstoffherstellers und Konformitätsbescheinigung	34

III. Mögliche Überschreitungen der Ermächtigung durch die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung

34

1. Zusätzlichkeit bei Strombezug über Direktleitung	35
2. Zusätzlichkeitserfordernis beim Netzbezug	36
a) Zulässigkeit der Regelung in Art. 5 lit. a) Wasserstoff-DelVO?	36
b) Zulässigkeit der Übergangsbestimmung in Art. 11 Wasserstoff-DelVO?	36

IV. Ergebnis

37

D. Änderungen in der novellierten Erneuerbare-Energien-Richtlinie für die zukünftige Nutzung von erneuerbarem Wasserstoff

39

I. Inhalt der Einigung im Trilog

39

1. Erweiterung der Begriffsbestimmung erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs	39
2. Quote für erneuerbare Brennstoffe nicht biogenen Ursprungs für die Industrie	40
3. Unterquote für den Verkehrssektor	40
4. Änderungen bei den Berechnungsregeln, Art. 27 EE-RL (neu)	40
a) Änderung der Überschrift von Artikel 27	41
b) Multiplikatoren für Anrechnung von erneuerbarem Wasserstoff	41
c) Änderung des Regelungsortes und Ausweitung der Bezugnahme der Anrechnungsvoraussetzungen	41
d) Einführung von Berichts- und bedingter Anpassungspflicht	42

II. Folgen der Erweiterung des Anwendungsbereichs von Wasserstoff auf andere Sektoren **43**

1. Ausweitung der Wasserstoff-Anforderungen für andere Zielvorgaben	43
a) Auslegung des Wortlauts	43
b) Systematische Überlegungen	44
c) Gesetzgeberische Erwägungen und Sinn und Zweck	45
d) Bewertung	45
2. Ausblick: Was passiert mit der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung?	46
3. Exkurs: Die Anforderungen der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung als Maßstab auch für andere Regelungsbereiche über die Erneuerbare-Energien-Richtlinie hinaus?	48

III. Ergebnis **49**

E. Gesamtbewertung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung und allgemeine Schlussfolgerungen für die Verwendung von delegierten Rechtsakten **50**

I. Gesamtbewertung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung und Empfehlungen für die künftige Ausgestaltung **50**

1. Die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung im Zusammenspiel mit ihrer Ermächtigungsgrundlage	50
a) Rechtliche Unklarheiten bei vorhandenen Regeln	50
b) Zur Delegationsfähigkeit der Sachverhalte	51
2. Empfehlungen für einen rechtssicheren und einheitlichen Wasserstoffrahmen	52
a) Empfehlungen in Bezug auf die Ermächtigungsgrundlage	53
b) Empfehlungen in Bezug auf materiellen Regelungsbedarf	53

II. Allgemeine Schlussfolgerungen für die Verwendung von delegierten Rechtsakten **54**

1. Erhöhung der Komplexität	54
2. Zeitversetzte Rechtsetzung	54
3. Politisch relevanter Bereich	55
4. Konzeptuelle und strategische Erwägungen für delegierte Rechtsetzung	56

Zusammenfassung

In den letzten Monaten und Jahren haben mehrere Rechtsetzungsverfahren auf EU-Ebene die Diskussion um die Ausgestaltung des zukünftigen Rechtsrahmens für erneuerbaren Wasserstoff geprägt. Der Erlass der Delegierten Verordnung zu erneuerbarem Wasserstoff am 10. Februar 2023 durch die EU-Kommission, die die Nutzung aller erneuerbaren Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs (nach dem englischen Akronym des Begriffs auch als „RFNBO“ bekannt) regelt, wurde dabei mit besonderem Interesse von der Fachöffentlichkeit begleitet. Parallel dazu erfolgte im Rahmen des *Fit for 55*-Pakets die Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie, die am 20. November 2023 in Kraft tritt und in vielfacher Hinsicht Änderungen für erneuerbaren Wasserstoff mit sich bringt. Hervorzuheben sind hier die Erweiterung des Anwendungsbereichs über die Nutzung allein im Verkehrssektor hinaus und die Änderungen bei der Ermächtigungsgrundlage für die Delegation von Rechtsakten an die EU-Kommission, auf die sich die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung stützt.

Mit dieser Verordnung sind detaillierte Anforderungen für den zur Produktion von erneuerbarem Wasserstoff genutzten erneuerbaren Strom festgelegt worden. Nur wenn Erzeuger von erneuerbarem Wasserstoff für den Verkehr diese Voraussetzungen einhalten, kann dieser vollständig auf die Zielvorgabe für den Verkehrssektor angerechnet werden. Dies ist für Kraftstoffanbieter von Bedeutung, die verpflichtet sind, einen Mindestanteil an erneuerbaren Kraftstoffen in Verkehr zu bringen. Die Vorgaben der Delegierten Verordnung werden im Rahmen der nationalen Treibhausgas-minderungs-Quote in die 37. Bundes-Im-missionsschutzverordnung aufgenommen.

Mit dieser Studie werden die verschiedenen Ebenen und zeitlichen Abläufe des Zusammenspiels der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung mit der ihr zugrundeliegenden Ermächtigungsgrundlage in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie rechtlich bewertet. Dabei werden Inkonsistenzen und Unklarheiten aufgezeigt und analysiert, und zwar hinsichtlich der Rechtslage bis zum Inkrafttreten der Novellierung der

Richtlinie am 20. November 2023 und hinsichtlich der sich danach ergebenden geänderten Rahmenbedingungen. Hierauf aufbauend werden strukturelle Regelungsherausforderungen bei der Rechtsetzung durch delegierte Rechtsakte herausgearbeitet und so auch ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit diesem Rechtsinstrument geleistet.

Delegierte Rechtsakte – ein Oberbegriff, welcher auch delegierte Verordnungen umfasst – sind nicht nur für den Wasserstoffrechtsrahmen von großer Bedeutung. Vielmehr hat dieses Rechtsinstrument seit seiner Einführung durch den Vertrag von Lissabon 2007 im Energierecht und auch darüber hinaus stark an Relevanz gewonnen und ist inzwischen fester Bestandteil europäischer Gesetzgebung. Die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Instrument ist allerdings noch lückenhaft und die mit der Nutzung verbundenen grundsätzlichen Vor- und Nachteile noch nicht umfassend aufgearbeitet. Für eine konsistente Gesetzgebung ist eine solche Befassung jedoch unabdingbar.

Grundsätzlich können mittels delegiertem Rechtsakt bestimmte, nicht wesentliche Vorschriften des ermächtigenden Basisrechtsakts ergänzt oder geändert werden. Sie werden also verwendet, um Detailregelungen eines Rechtsakts aus dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren herauszunehmen und eine schnelle und flexible Regelung durch die EU-Kommission zu ermöglichen. Aus gesetzgeberischer Perspektive kann sich eine Auslagerung in delegierte Rechtsakte auch strategisch anbieten, da mit Überarbeitung des delegierten Rechtsakts nicht jedes Mal die gesamte Materie des Basisrechtsakts zur Disposition gestellt wird. Allerdings ist die Verwendung von delegierten Rechtsakten auch mit rechtlichen und faktischen Herausforderungen verbunden. So muss der Gesetzgeber bei der Delegation sicherstellen, dass die Ermächtigungsgrundlage hinreichend bestimmt ist und keine wesentliche Regelungsmaterie delegiert wird. Ob eine Materie wesentlich ist, hängt vom Einzelfall ab und ist nicht immer leicht bestimmbar. Wenn per delegiertem Rechtsakt

Regelungen getroffen werden sollen, über deren grundsätzliche Ausgestaltung noch kein ausreichender Konsens besteht, birgt dies erhebliches Konfliktpotenzial.

Die mit delegierten Rechtsakten verbundenen Herausforderungen sind bei der Ausgestaltung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung deutlich geworden. So führt eine Auslegung der Ermächtigungsgrundlage in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL nicht zu einem eindeutigen Ergebnis über deren Inhalt und Umfang. Damit ist der zulässige Inhalt der delegierten Verordnung unklar, was sich in zahlreichen Folgeproblemen zeigt. Für einzelne Regelungen der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung ist demnach nicht eindeutig, ob sie noch von der Ermächtigungsgrundlage umfasst sind. Diskutieren lässt sich dies insbesondere bei den Regelungen zur Zusätzlichkeit. Besonders zweifelhaft ist, ob sich der für den Direktbezug gewährte Spielraum noch innerhalb des von der Ermächtigung abgesteckten Rahmens bewegt. Es besteht ein gewisses Risiko, dass einzelne Regelungen gerichtlich angegriffen werden und womöglich von einem Gericht deren (Teil-)Nichtigkeit festgestellt wird. Dies führt zu Rechtsunsicherheiten, was den politisch gewollten schnellen Hochlauf der Wasserstoffwirtschaft hemmt.

Für die weitere rechtliche Einordnung ist auch die Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie von Bedeutung, die wichtige Änderungen für erneuerbaren Wasserstoff enthält: Mit der neuen Fassung werden die Regeln zur Anrechenbarkeit von zur Wasserstoff-Produktion genutzter Elektrizität auch auf andere Sektoren ausgeweitet. Ebenso wird für den Einsatz von erneuerbaren Brennstoffen nicht biogenen Ursprungs eine eigene Zielvorgabe für den Industriesektor geschaffen und die Zielvorgabe für den Verkehrssektor angehoben. Zudem wird festgelegt, dass der Anteil von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs im Verkehrssektor im Jahr 2030 mindestens 1 Prozent betragen muss (Unterquote). Die Bedeutung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung wird damit rechtlich und faktisch aufgewertet.

Es werden aber weder im Normtext der Richtlinie zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie selbst, noch in den Erwägungsgründen Ausführungen dazu gemacht, inwieweit die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung aufgrund der

Ausweitung anzupassen ist. Diesbezüglich ist nur festgelegt, dass die Novellierung die Bestandskraft der jetzigen Delegierten Verordnung nicht berührt. Aussagen darüber, ob die ursprünglich allein für den Verkehrssektor entwickelten Kriterien auch für die anderen Sektoren den bestmöglichen Standard bilden, hat der Gesetzgeber ebenfalls nicht getroffen, sondern nur eine Evaluierung in ferner Zukunft angekündigt.

Insgesamt sprechen einige Argumente dafür, dass einzelne zuvor identifizierte Unklarheiten durch die Verwendung des Rechtsinstruments delegierter Rechtsakt verstärkt worden sind. Die vorliegende Analyse zeigt: Ein delegierter Rechtsakt kann nur dann gelingen, wenn der ihm zugrundeliegende Basisrechtsakt in sich schlüssig ist und klare Regelungszielvorgaben enthält. Hier besteht Nachbesserungsbedarf.

Kernergebnisse

- ▶ Bei der Verwendung delegierter Rechtssetzung müssen die Vor- und Nachteile abgewogen werden. Unter anderem steht der Gewinn an Regelungsflexibilität einer Erhöhung der Regelungskomplexität gegenüber. Die grundsätzlichen Vorteile des Rechtsinstruments konnten bei der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung allerdings bislang nur bedingt genutzt werden.
- ▶ Der konkrete Inhalt der Ermächtigungsgrundlage für die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung ist nicht eindeutig. Es sprechen einige Argumente dafür, dass einzelne Regelungen in dieser Verordnung nicht von der Ermächtigung in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie gedeckt sind. Dies führt zu Rechtsunsicherheiten, welche auch mit der Novellierung der Richtlinie bestehen bleiben.
- ▶ Mit dieser Novellierung entsteht Anpassungsbedarf bei der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung in Bezug auf die Reichweite des Anwendungsbereichs. Gegenwärtig gilt die Verordnung allein für im Verkehrssektor genutzte erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs. Der Gesetzgeber hat hierbei noch offene Fragen nicht hinreichend adressiert.

A. Einführung

Nach den Plänen der Europäischen Union (EU) sollen erneuerbarer Wasserstoff und hieraus gewonnene Derivate eine entscheidende Rolle spielen, um Erdgas, Kohle und Öl im Verkehrssektor und in schwer dekarbonisierbaren Industrien zu ersetzen¹. Um dieses Ziel erreichen zu können, wurden auf Ebene der EU in den letzten Jahren wichtige rechtliche Weichen gestellt². Gegenstand dieser Studie ist zum einen die Untersuchung des Rechtsetzungsverfahrens rund um die von der Europäischen Kommission (EU-Kommission) am 10. Februar 2023 erlassene Delegierte Verordnung zur Festlegung einer Unionsmethode mit detaillierteren Vorschriften für die Erzeugung flüssiger oder gasförmiger erneuerbarer Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs für den Verkehr (Wasserstoff-Delegierte-Verordnung; bei Normbezug abgekürzt Wasserstoff-DelVO)³. Zum anderen wird das Verhältnis der Regelungen in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung zu den Vorgaben in der im Jahr 2018 neugefassten Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EE-RL)⁴ rechtlich eingeordnet und bewertet. Ferner wird untersucht, welche neuen

Rahmenbedingungen sich für erneuerbaren Wasserstoff und darauf bezogene delegierte Rechtsetzung in der novellierten Fassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EE-RL (neu))⁵ im Zuge des *Fit for 55*-Pakets⁶ ergeben. Erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs⁷ umfassen u. a. erneuerbaren Wasserstoff und Derivate. Im Rahmen dieser Studie werden die Anwendungsfälle für erneuerbaren Wasserstoff stellvertretend für alle erneuerbaren Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs (auch RFNBO genannt)⁸ betrachtet. Schließlich wird auf Grundlage der gefundenen Ergebnisse herausgearbeitet, welche allgemeinen – auch auf andere Rechtsbereiche übertragbaren – Schlussfolgerungen für die Verwendung von delegierten Rechtsakten gezogen werden können.

Die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung ist nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU am 10. Juli 2023 in Kraft getreten und ergänzt die in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie festgelegten Vorschriften für erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs.

¹ Vgl. COM(2020) 301 final vom 08.07.2020, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine Wasserstoffstrategie für ein klimaneutrales Europa, S. 1 sowie COM(2022) 230 final vom 18.05.2022, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - REPowerEU-Plan, S. 9.

² Zum Aufbau eines Wasserstoffwirtschaftsrechts insgesamt siehe *Hoffmann/Halbig/Senders/Nysten/Antoni/Müller*, Auf dem Weg zum Wasserstoffwirtschaftsrecht?, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 21 vom 12.07.2021; im Auftrag des Akademienprojekts ESYS.

³ Delegierte Verordnung (EU) 2023/1184 der Kommission vom 10. Februar 2023 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates durch die Festlegung einer Unionsmethode mit detaillierten Vorschriften für die Erzeugung flüssiger oder gasförmiger erneuerbarer Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs für den Verkehr, Abl. EU Nr. L 157 v. 15.06.2016, S. 11.

⁴ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, Abl. EU Nr. L 328 v. 21.12.2018, S. 82.

⁵ Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, zuletzt

geändert durch Richtlinie (EU) 2023/2413 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, Abl. EU Nr. 77 v. 31.10.2023, S. 1.

⁶ COM(2021) 550 final vom 14.07.2021, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - „Fit für 55“: auf dem Weg zur Klimaneutralität – Umsetzung des EU- Klimaziels für 2030.

⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Nr. 36 EE-RL („flüssige oder gasförmige erneuerbare Kraftstoffe für den Verkehr nicht biogenen Ursprungs“ flüssige oder gasförmige im Verkehrssektor eingesetzte Kraftstoffe mit Ausnahme von Biokraftstoffen oder Biogas, deren Energiegehalt aus erneuerbaren Energiequellen mit Ausnahme von Biomasse stammt) sowie Art. 2 Abs. 2 Nr. 36 EE-RL (neu) („erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs“ flüssige oder gasförmige Kraftstoffe, deren Energiegehalt aus erneuerbaren Energiequellen mit Ausnahme von Biomasse stammt).

⁸ Auf Englisch werden erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs als *renewable fuels of non-biological origin* bezeichnet; von dieser Bezeichnung leitet sich das Akronym RFNBO ab, das mittlerweile auch Eingang in die deutsche Debatte gefunden hat.

In der parallel zum Verfahren der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung durchgeführten Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie wurden verschiedene Regelungen, die mit der geltenden Wasserstoff-Delegierte-Verordnung im unmittelbaren Zusammenhang stehen, neu gefasst, so z. B. die Definition von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs, die Berechnungsregeln für diese Kraftstoffe im Hinblick auf den Verkehrssektor und auch auf andere Sektoren sowie die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer delegierten Verordnung für die Wasserstoffnutzung (welche für den Erlass der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung herangezogen wurde).

Im Folgenden wird die allgemeine Bedeutung der Rechtsetzung durch delegierte Rechtsakte kurz dargestellt (I.). Anschließend werden die Ziele, die die Mitgliedstaaten im Rahmen der Erneuerbare-Energien-Richtlinie zu erfüllen haben, skizziert und es wird auf den Ablauf und das Ineinandergreifen der verschiedenen, parallel verlaufenden Rechtssetzungsverfahren eingegangen (II.). Danach wird dargestellt, welche Rolle die Nutzung von erneuerbarem Wasserstoff bei der Erfüllung der Ziele spielt und wie sich das System im Rahmen der Novelle der Erneuerbare-Energien-Richtlinie verändern wird (III.). Abschließend wird der Gang der Darstellung dieses Berichts erläutert (IV.).

I. Rechtsetzung durch delegierte Rechtsakte: Politisches Konfliktfeld

Delegierte Rechtsakte haben in der öffentlichen und wissenschaftlichen Wahrnehmung bislang weitestgehend ein Schattendasein gefristet. Dies steht in einem

Missverhältnis zu ihrer praktischen Bedeutung. Delegierte Rechtsakte nehmen in der europäischen Gesetzgebung eine zunehmend größere Rolle ein und sind beispielsweise im Finanzrecht längst fest etablierter Bestandteil der Regulatorik⁹. Auch im Umwelt- und Energierecht finden sich vermehrt Regelungen, die per delegiertem Rechtsakt festgelegt werden¹⁰.

Delegierte Rechtsakte sind nach Art. 290 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹¹ von der EU-Kommission zu erlassende Rechtsakte ohne Gesetzescharakter, die der Änderung oder Ergänzung von nicht wesentlichen Vorschriften von Rechtsakten dienen. Der Zweck dieser Rechtsakte besteht in der technischen und wissenschaftlichen Konkretisierung von Details, die regelmäßig aktualisiert werden müssen, um mit den sich entwickelnden Standards Schritt zu halten. Delegierte Rechtsakte können insbesondere bei der Festlegung technischer Bewertungskriterien für bestimmte Aktivitäten oder Technologien im Hinblick auf ihre Nachhaltigkeit Anwendung finden¹².

In letzter Zeit haben allerdings gleich zwei delegierte Rechtsakte erhebliche Aufmerksamkeit auch in der öffentlichen Debatte erlangt: der ergänzende delegierte Rechtsakt zur Aufnahme von Atomenergie und Erdgas in die Taxonomie¹³ sowie die – für diesen Bericht maßgebliche – Wasserstoff-Delegierte-Verordnung zur weiteren Detaillierung der Anforderungen für die Erzeugung von erneuerbarem Wasserstoff für den Einsatz im Verkehrssektor.

Die Zielstellungen, Hintergründe und Basisrechtsakte dieser beiden Rechtssetzungsverfahren sind unterschiedlich. Dennoch ist beiden Fällen immanent, dass per delegiertem Rechtsakt zumindest Regelungen getroffen und Kriterien festgelegt werden

⁹ So enthält das institutionelle Register der delegierten Rechtsakte Stand November 2023 bereits 92 veröffentlichte delegierte Rechtsakte in den Politikbereichen Energie und Klimaschutz. Besonders etabliert ist dieses Rechtsinstrument für den Politikbereich Finanzstabilität, Finanzdienstleistungen und Kapitalmarktunion (FISMA) mit 400 veröffentlichten delegierte Rechtsakten, <https://webgate.ec.europa.eu/regdel/#/delegatedActs?lang=de>.

¹⁰ Ursprünglich war sogar geplant, den Zielpfad für das Klimaneutralitätsziel bis 2050 per delegiertem Rechtsakt festzulegen, vgl. *Schlacke/Köster/Thierjung*: Das „Europäische Klimagesetz“ und seine Konsequenzen, *EuZW* 2021, S. 620 (623) m. w. N.

¹¹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, *Abl. EU* Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 47.

¹² Statt vieler: *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim*, *EUV/AEUV*, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 12 f.

¹³ Delegierte Verordnung (EU) 2022/1214 der Kommission vom 9. März 2022 zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2021/2139 in Bezug auf Wirtschaftstätigkeiten in bestimmten Energiesektoren und der Delegierten Verordnung (EU) 2021/2178 in Bezug auf besondere Offenlegungspflichten für diese Wirtschaftstätigkeiten, *Abl. EU* Nr. L 188 v. 15.07.2022, S. 1.

sollten, über deren grundsätzliche Ausgestaltung noch kein ausreichender Konsens bestand. Eigentlich werden solche grundsätzlichen Entscheidungen im Basisrechtsakt getroffen, was das Konfliktpotenzial im Nachgang minimiert. In beiden Fällen verlief das Verfahren jedoch anders, wie bezüglich der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung sogleich unter II. dargestellt wird.

Der ergänzende delegierte Rechtsakt zur Taxonomie-VO¹⁴, der die Kriterien für die Ausweisung von Atomenergie und Erdgas als ökologisch nachhaltige Wirtschaftsaktivität festlegt, ist zwar trotz erheblicher Kritik¹⁵ und entgegen der Ablehnung des Vorschlags durch das beratende Expertengremium¹⁶ und des Umwelt- und Wirtschaftsausschusses¹⁷ am 4. August 2022 in Kraft getreten, wird aber nun von mehreren Seiten rechtlich angegriffen¹⁸. Ebenso sind mehrere Mitglieder des die Taxonomie beratenden Expertengremiums aus Protest ausgetreten¹⁹, was mindestens einen Schatten auf die für den Erfolg eines freiwilligen Nachhaltigkeitsstandards erforderliche Glaubwürdigkeit wirft²⁰. Damit werden bereits Defizite hinsichtlich mindestens zwei Zielen von guter Gesetzgebung deutlich. Denn gute Gesetzgebung strebt nicht nur die präzise Regelung von Sachverhalten an, sondern verfolgt ebenso das übergeordnete Ziel, Rechtssicherheit zu gewährleisten und Rechtsfrieden zu schaffen, indem sie auf eine breite Akzeptanz der Adressaten abzielt²¹. Welche besonderen Charakteristika bzw. Fallstricke diesbezüglich bei dem Einsatz des

Rechtsetzungsinstruments „Delegierter Rechtsakt“ zu beachten sind, wird in diesem Papier anhand der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung untersucht. Die Ergebnisse dieses Berichts sollen also auch als Grundlage für Empfehlungen an den Gesetzgeber dienen, ob und wie der Einsatz von delegierten Rechtsakten auch in politisch besonders geprägten Bereichen gelingen kann.

II. Ablauf und Ineinandergreifen der Rechtsetzungsverfahren: Zwischen Wasserstoff-Delegierte-Verordnung und Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie

In der Erneuerbare-Energien-Richtlinie ist neben einer allgemeinen – sektorübergreifenden – Zielvorgabe für einen Mindestanteil an erneuerbaren Energien auch eine – sektorspezifische – Zielvorgabe für den Mindestanteil an erneuerbaren Kraftstoffen im Verkehrssektor festgelegt. Der Mindestanteil im Verkehrssektor kann unter anderem durch den Einsatz von unter bestimmten Bedingungen produzierten Wasserstoff erfüllt werden. Die genauen Vorgaben für die Anrechenbarkeit von Wasserstoff sind von der EU-Kommission mit der mit großer Verzögerung am 10. Juli 2023 in Kraft getretenen Wasserstoff-Delegierte-Verordnung konkretisiert worden.

¹⁴ Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, Abl. EU L 198 v. 22.06.2022, S. 13.

¹⁵ Vgl. *Fouquet*, Taxonomy for sustainable finance: a difficult topic for Europe, a worrying development for our democratic principles, RELP 2022, S. 5.

¹⁶ Platform on Sustainable Finance, Response to the Complementary Delegated Act, 21.01.2022, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/220121-sustainable-finance-platform-response-taxonomy-complementary-delegated-act_en.pdf.

¹⁷ Vgl. Europäisches Parlament, B9-0338/2022 vom 27.06.2022, Entschließungsantrag, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0338_DE.html.

¹⁸ Klage ATPN/Kommission, eingereicht am 14.09.2022, T-567/22; Klage Robin Wood u.a./Kommission, eingereicht am 16.09.2022, T-575/22; Klage Fédération environnement durable u. a./Kommission, eingereicht am

16.09.2022, T-583/22; Klage ClientEarth/Kommission, eingereicht am 17.09.2022, T-579/22; Klage Österreich/Kommission, eingereicht am 07.10.2022, T-625/22; Klage Repasi/Kommission, eingereicht am 10.10.2022, T-628/22; Klage Greenpeace u.a./Kommission, eingereicht am 18.04.2023, T-214/23.

¹⁹ WWF, Pressemitteilung vom 14.09.2022 über den Ausstieg von BEUC, Birdlife, ECOS, T&E und WWF aus der Sustainable Finance Platform, <https://www.wwf.eu/?7544416/NGOs-walk-out-of-expert-Taxonomy-group-over-lack-of-independence>.

²⁰ Vgl. zur Kritik an dem ergänzenden Taxonomie-DA etwa die Übersichtsdarstellung etwa *Falke*, EU-Taxonomie – Greenwashing für Atom- und Gaskraftwerke?; ZUR 2022, S. 207 (211 f.); zur Wasserstoff-DeVO *Kalis/Antoni*, Was lange währt, wird endlich „grün“: RFNBO und die Anforderungen an grünen Wasserstoff im Recht der Europäischen Union, EnWZ 2022, S. 248 (252).

²¹ Vgl. COM(2016) 615 final vom 14.09.2016, Mitteilung der Kommission – Bessere Rechtsetzung: Bessere Ergebnisse für eine stärkere Union, S. 2.

Parallel zu diesem Rechtsetzungsverfahren wurde im Rahmen des *Fit for 55*-Pakets von der EU-Kommission ein Vorschlag zur Änderung der derzeit geltenden Erneuerbare-Energien-Richtlinie vorgelegt. Dieser enthielt zahlreiche Neuerungen zum Anwendungsbereich von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs, zu von den Mitgliedstaaten zu erfüllenden Zielen und zur Frage der Anrechnung beim Einsatz von erneuerbarem Strom bei der Herstellung. Das Europäische Parlament (EU-Parlament) und der Rat der Europäischen Union (Rat) einigten sich schließlich im März 2023 auf teils weitreichende Änderungen, die nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens im Herbst dieses Jahres in Kraft treten werden. Die Verhandlungen über die beiden Rechtstexte verliefen also in etwa zeitgleich zueinander. Die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung bildet aber noch die Regeln in der derzeitigen Erneuerbare-Energien-Richtlinie ab und spiegelt damit nicht die Wertung des aktuellen Gesetzgebers wider. Unter anderem deshalb kam es zu intensiven Diskussionen über die genaue Ausgestaltung der jeweiligen Regelungen.

1. Anforderungen der Ermächtigungsgrundlage für einen delegierten Rechtsakt im Verkehrsbereich

In der am 24. Dezember 2018 in Kraft getretenen Erneuerbare-Energien-Richtlinie sind zwei Zielvorgaben vorgesehen. Zum einen müssen gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 1 EE-RL die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass der Anteil von Energie aus erneuerbaren Quellen bis 2030 sektorübergreifend mindestens 32 Prozent auf Unionsebene beträgt, wobei sie gemäß Art. 3 Abs. 2 EE-RL ihrerseits nationale Beiträge festlegen, um gemeinsam dieses Unionsziel zu erreichen. Bei der Berechnung des Erneuerbaren-Anteils der Mitgliedstaaten wird dabei nach Art. 7 Abs. 1 EE-RL auf den Bruttoendenergieverbrauch aus erneuerbaren Quellen in den einzelnen Mitgliedstaaten abgestellt. Dieser berechnet sich als Summe des

Bruttoendenergieverbrauchs von Elektrizität bzw. Wärme und Kälte aus erneuerbaren Quellen sowie des Endenergieverbrauchs von erneuerbaren Energien im Verkehrssektor. Für die Erfüllung der sektorübergreifenden Zielvorgabe ist die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung nach der bis zum 19. November 2023 geltenden Fassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie nicht von Bedeutung²².

Neben dieser allgemeinen Zielvorgabe ist darüber hinaus auch ein sektorspezifisches Ziel für den Verkehrsbereich festgelegt. Nach Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EE-RL müssen die Mitgliedstaaten Kraftstoffanbieter verpflichten, dafür zu sorgen, dass der Anteil an erneuerbarer Energie am Endenergieverbrauch des Verkehrssektors bis 2030 mindestens 14 Prozent beträgt. Die Mitgliedstaaten müssen den nationalen Rechtsrahmen also so anpassen, dass Kraftstoffanbieter mindestens einen der Zielvorgabe entsprechenden Anteil an Kraftstoff aus erneuerbaren Energien in Verkehr bringen. Die Regelung normiert somit mittelbar eine Pflicht für die Kraftstoffanbieter²³.

Für die Berechnung des Mindestanteils und dessen Erfüllung durch die Kraftstoffanbieter enthalten Art. 26 und 27 EE-RL spezielle Vorgaben. Dabei wird auch geregelt, welche Voraussetzungen nach Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 und 6 EE-RL eingehalten werden müssen, wenn für die Produktion von Wasserstoff erneuerbare Elektrizität verwendet wird und die erneuerbare Eigenschaft der Elektrizität in vollem Umfang berücksichtigt werden soll. Dabei wird unterschieden, ob die Wasserstoff erzeugende Anlage den erneuerbaren Strom durch eine Direktleitung von einer erneuerbaren Energie produzierenden Anlage (EE-Anlage) bezieht oder aus dem allgemeinen Stromnetz. Nach Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL ist die EU-Kommission ermächtigt, aber auch verpflichtet, einen delegierten Rechtsakt zu erlassen, um detaillierte Vorschriften zur Einhaltung der in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie bereits angelegten Anforderungen festzulegen. Die EU-Kommission hat hiervon mit Erlass der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung Gebrauch gemacht (vergleiche dazu ausführlich unten B.). Damit ergibt sich zur

²² Vgl. zur Berechnungsmethodik für die Erfüllung der Zielvorgabe unten A. III. 1. siehe aber zur Erweiterung des Anwendungsbereichs in der novellierten Fassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie unten D. II. 1.

²³ Siehe zu den Zielvorgaben und Anrechnungsmodalitäten bereits *Hoffmann*, Grüner Strom im Kraftstoffmarkt – Was bringt die RED II?, ZNER 2020, S. 300 ff.

Einordnung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung innerhalb der Erneuerbare-Energien-Richtlinie folgender Anrechnungspfad

für erneuerbaren Wasserstoff (in der Abbildung als RFNBO bezeichnet)²⁴:

Anrechnungspfad von RFNBO in der EE-RL

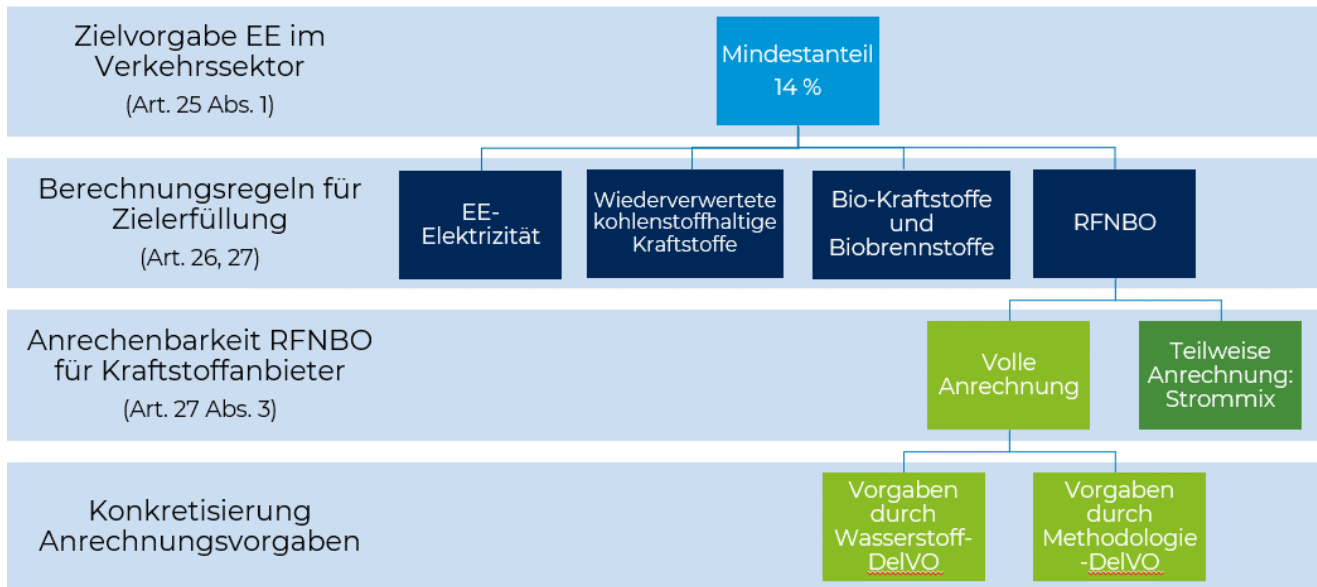


Abbildung 1: Anrechnungspfad von erneuerbarem Wasserstoff (RFNBO) in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie, eigene Darstellung

Der Erlass des delegierten Rechtsaktes hatte bis zum 31. Dezember 2021 zu erfolgen. Tatsächlich kam es hier aber zu erheblichen Verzögerungen im Rechtsetzungsverfahren (siehe zum Erlass unter 3. , 6. und 8.).

2. Vorschlag der KOM zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (Juli 2021)

Im Rahmen ihres *Fit for 55*-Pakets veröffentlichte die EU-Kommission am 14. Juli 2021 auch einen Vorschlag für die Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie²⁵. Dieser enthielt neben der Erhöhung der EU-Zielvorgabe mit einem Gesamtanteil von erneuerbarer Energie bis 2030 von mindestens 40 Prozent auch wesentliche Änderungen beim Verkehrsziel. Danach sollte die Ambition bezüglich erneuerbarer Energien im Verkehrssektor zukünftig nicht mehr anhand eines Erneuerbaren-

Mindestanteils festgelegt, sondern vielmehr ein Reduktionsziel für die Treibhausgasintensität im Verkehrssektor eingeführt werden. Ferner schlug die EU-Kommission eine Aktualisierung der Methode für die Berechnung der Erfüllung des mitgliedstaatlichen Beitrags nach Art. 3 Abs. 2 EE-RL vor, indem durch Änderung von Art. 7 EE-RL der bei der Produktion von erneuerbarem Wasserstoff eingesetzte Strom nicht mehr in die Berechnung des Bruttoendverbrauchs von Strom aus erneuerbaren Energien (EE-Strom) in den Mitgliedstaaten aufgenommen werden sollte. Ferner sollte erneuerbarer Wasserstoff nunmehr in den Sektoren berücksichtigt werden, in denen er tatsächlich verbraucht wird.

Art. 27 EE-RL sollte u. a. dahingehend geändert werden, dass neue Vorgaben für die Kraftstoffanbieter zur Berechnung des neu einzuführenden Ziels der Verringerung der Treibhausgasintensität geregelt werden, nachdem die bisherige Zielvorgabe eines Erneuerbaren-Mindestanteils dadurch ersetzt werden sollte. Die für die Berücksichtigung der Nutzung erneuerbarer

²⁴ Zu Bedeutung der Methodologie-VO siehe A. III. 3.

²⁵ COM(2021) 557 final vom 14.07.2021, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 98/70/EG des

Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates.

8 Wie man (k)einen einheitlichen Rechtsrahmen für erneuerbaren Wasserstoff schafft

Elektrizität für die Produktion von Wasserstoff bestehenden Regelungen sollten hingegen weitgehend unverändert bleiben.

3. Entwurf der EU-Kommission für eine delegierte Verordnung (Mai 2022)

Die EU-Kommission veröffentlichte am 20. Mai 2022 eine Entwurfsfassung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung²⁶. Der Kommissionsentwurf enthielt umfangreiche Regelungen darüber, welche Bedingungen zur Nutzung erneuerbaren Stroms zur Produktion von erneuerbarem Wasserstoff durch die Kraftstofferzeuger eingehalten werden sollen, damit der erzeugte Wasserstoff als vollständig erneuerbar angesehen werden kann²⁷. Die Vorlage des Kommissionsentwurfs war der Beginn einer umfangreichen öffentlichen Konsultation, bei der insgesamt 337 Stellungnahmen eingebracht wurden²⁸.

4. Allgemeine Ausrichtung des Rates zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (Juni 2022)

Der Rat legte seine Allgemeine Ausrichtung zu der von der EU-Kommission vorgeschlagenen Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie am 24. Juni 2022 vor. Er lehnte dabei die alleinige Einführung eines Reduktionsziels für die Treibhausgasintensität im Verkehr ab und forderte die Beibehaltung eines Mindestanteils für erneuerbare Energien im Verkehr, wobei die Mitgliedstaaten ein Wahlrecht zwischen beiden Berechnungsmethoden bei der Festlegung haben sollten. Hinsichtlich der Regeln für die Berücksichtigung der Nutzung erneuerbarer Elektrizität für die Produktion von erneuerbarem Wasserstoff sah die Allgemeine Ausrichtung keine wesentlichen Änderungen vor.

5. Abänderungen des EU-Parlaments am Kommissionsvorschlag zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (September 2022)

Am 14. September 2022 legte das EU-Parlament seinen Vorschlag zu Abänderungen des Kommissionsentwurfs für eine Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie²⁹ vor. Danach sollten die Regelungen zur Anrechenbarkeit von erneuerbarem Wasserstoff in Art. 27 Abs. 3 EE-RL vollständig neu geordnet werden. Hervorzuheben ist dabei, dass der Vorschlag des EU-Parlaments keine Ermächtigung mehr für den Erlass eines delegierten Rechtsakts zur Konkretisierung der Anforderungen durch die EU-Kommission vorsah. Stattdessen sollten die Anforderungen zur vollumfänglichen Anrechnung erneuerbarer Elektrizität zur Produktion von erneuerbarem Wasserstoff für den Verkehr abschließend in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 und 6 der geänderten Erneuerbare-Energien-Richtlinie unmittelbar geregelt werden. In den Gründen des Parlamentsvorschlags finden sich keinerlei Ausführungen dazu, warum das EU-Parlament von dem Rechtsinstrument des delegierten Rechtsakts absehen wollte.

6. Erlass der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung (Februar 2023)

Die EU-Kommission hat am 10. Februar 2023 die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung zu den Anforderungen für eine vollständige Anrechenbarkeit von Wasserstoff auf das Verkehrsziel erlassen und am 13. Februar 2023 an das EU-Parlament und den Rat übermittelt. Das EU-Parlament und der Rat hatten gemäß Art. 35 Abs. 7 EE-RL grundsätzlich die Möglichkeit, dem Inkrafttreten des delegierten Rechtsakts innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu widersprechen, wobei die Frist um weitere zwei

²⁶ EU-Kommission, Ref. Ares(2022)3836651 vom 20.05.2022, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/7046068-Production-of-renewable-transport-fuels-share-of-renewable-electricity-requirements_en.

²⁷ Vgl. Art. 1 Kommissionsentwurf: "This Regulation lays down detailed rules for the production of renewable liquid and gaseous transport fuels of non-biological origin and the resulting fuel as fully renewable.", Ref. Ares(2022)3836651 vom 20.05.2022.

²⁸ Vgl. dazu die Online-Konsultationsplattform der EU-Kommission: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/7046068-Production-of-renewable-transport-fuels-share-of-renewable-electricity-requirements_en.

²⁹ Europäisches Parlament, P9_TA(2022)0317 vom 14.09.2022, Abänderungen am Vorschlag der Kommission 2021/0218 (COD) zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001.

Monate auf Veranlassung des EU-Parlaments verlängert wurde.

Ebenfalls am 10. Februar 2023 hat die EU-Kommission eine weitere delegierte Verordnung erlassen, die auch am 10. Juli 2023 in Kraft getreten ist. Diese delegierte Verordnung regelt u. a. in Ergänzung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie die Methode zur Ermittlung der Treibhausgasemissionen von erneuerbarem Wasserstoff im Verkehr³⁰ und beruht auf den Ermächtigungsgrundlagen in Art. 25 Abs. 2 und 28 Abs. 5 EE-RL.

7. Trilogieeinigung zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (März 2023)

Am 29. März 2023 einigten sich das EU-Parlament, der Rat und die EU-Kommission auf einen abschließenden Rechtstext zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (vgl. dazu ausführlich unter D.). Nach formaler Bestätigung durch EU-Parlament und Rat wurde die Änderungsrichtlinie am 31. Oktober 2023 im Amtsblatt der EU veröffentlicht, wobei sich gemäß Art. 7 der Änderungsrichtlinie (EU) 2023/2413 ein Inkrafttreten zwanzig Tage danach und damit am 20. November 2023 ergibt.

8. Inkrafttreten der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung (Juli 2023)

Nachdem kein Widerspruch erfolgte, wurde die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung am 20. Juni 2023 im Amtsblatt der EU veröffentlicht und ist gemäß Art. 12 Wasserstoff-DeVO zwanzig Tage danach und damit am 10. Juli 2023 in Kraft getreten.

III. Strom, Wasserstoff und Zielvorgaben – Ein Überblick über die Anrechenbarkeit

1. Anrechenbarkeit von Wasserstoff auf die Zielvorgaben

Wie oben dargestellt, enthält die Erneuerbare-Energien-Richtlinie in Art. 3 Abs. 1 S. 1 EE-RL eine sektorübergreifende Zielvorgabe und in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EE-RL ein Ziel ausschließlich für den Verkehrssektor. Für beide Zielvorgaben sind jeweils eigenständige Anrechnungsregeln vorgesehen. Grundsätzlich ist erneuerbarer Wasserstoff bei beiden Zielvorgaben zu berücksichtigen. Allerdings ist die Methode zur Anrechnung jeweils unterschiedlich. So regelt Art. 7 Abs. 4 lit. a) EE-RL für die sektorübergreifende Zielvorgabe, dass Wasserstoff, der mit erneuerbarer Elektrizität produziert wird, nur dann in die Berechnung einbezogen wird, „wenn die Menge der in einem Mitgliedstaat aus erneuerbaren Quellen produzierten Elektrizität berechnet wird“. Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass nach der bis zum 19. November 2023 geltenden Rechtslage für das sektorübergreifende Ziel die zur Wasserstoff-Produktion eingesetzte Elektrizität der Anrechnungsgegenstand ist, nicht jedoch der bereitgestellte Wasserstoff selbst. Für die Anrechnung auf das Verkehrsziel in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EE-RL dürfte es demgegenüber auf den Energiegehalt des bereitgestellten Wasserstoffs ankommen. Die diesbezüglichen Regelungen in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie sind allerdings nicht vollends eindeutig. Mit Inkrafttreten der novellierten Erneuerbare-Energien-Richtlinie wird die Systematik aber vereinheitlicht und klargestellt, dass künftig sowohl für das allgemeine Ziel als auch für das Verkehrsziel gleichermaßen auf den Energiegehalt von Wasserstoff abzustellen ist (vgl. zum Ganzen nachfolgend unter 2.).

³⁰ Ferner geht es um die Festlegung eines Mindestschwellenwertes für die Treibhausgaseinsparungen

durch wiederverwertete kohlenstoffhaltige Kraftstoffe und der Methode zu deren Ermittlung.

2. Hintergrund: Anrechnung von Wasserstoff bei Erfüllung der Quote durch Kraftstoffanbieter

Aus den gegenwärtigen Berechnungsregeln zur Zielvorgabe für den Verkehrssektor in Art. 25 Abs. 1, 27 EE-RL ergibt sich nicht zweifelsfrei, was genau der Anrechnungsgegenstand ist. In Betracht kommt zum einen eine Bezugnahme auf den Energiegehalt des erneuerbaren Wasserstoffs selbst und zum anderen auf die zur Wasserstoff-Produktion eingesetzte erneuerbare Elektrizität. Die Frage des Anrechnungsgegenstands ist für die „rechtstechnische“ Anwendung der Anrechnungsregeln von Bedeutung. Praktische Auswirkungen könnten sich aber auch in einem Fall ergeben, in dem der Energiegehalt von Wasserstoff nicht allein aus dem Einsatz von Elektrizität herrührt, sondern einem Wasserstoffderivat Energie auch auf andere Weise zugeführt wird.

Im Ergebnis sprechen die besseren Gründe dafür, dass für das Verkehrsziel bei der Erfüllung durch die Kraftstoffanbieter auf den Energiegehalt des erneuerbaren Wasserstoffs abzustellen ist. Unklarheiten ergeben sich aber insbesondere deshalb, weil Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL ausdrücklich auf die „Anrechnung“ von „erneuerbarer Elektrizität“ Bezug nimmt. Dort heißt es unter anderem:

„Aus dem Netz entnommene Elektrizität kann in vollem Umfang als erneuerbare Elektrizität angerechnet werden, wenn [...]“.
(Hervorhebungen nicht im Original).

Auch in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung wird auf die Anrechnung von „Strom“ abgestellt (vgl. Art. 3 UAbs. 1, Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 Wasserstoff-DeIVO). Allerdings dürften die Regelungen so auszulegen sein, dass die für die Wasserstoff-Produktion genutzte Elektrizität lediglich das Instrument zur Bestimmung der auf die Zielvorgabe anrechenbaren Menge erneuerbaren Wasserstoffs und nicht selbst Anrechnungsgegenstand ist.

Es ist demnach zu unterscheiden zwischen der Frage, inwieweit der produzierte erneuerbare Wasserstoff grundsätzlich „anrechnungsfähig“ ist (Schritt 1) und der Bestimmung der in dem Verkehrssektor insgesamt eingesetzten anrechnungsfähigen Mengen erneuerbaren Wasserstoffs (Schritt 2). Insoweit bezieht sich der Begriff „Anrechnung“ also auf die Anrechenbarkeit (besser „Berücksichtigungsfähigkeit“) der erneuerbaren Elektrizität im – der Kraftstoffbereitstellung vorgelagerten – Wasserstoff-Produktionsprozess durch den Kraftstoffherzeuger und nicht auf das Bereitstellen von erneuerbarer Elektrizität im Verkehrssektor selbst. Die Formulierungen sind in der deutschen Sprachfassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie an dieser Stelle zumindest missverständlich gewählt. In anderen Sprachfassungen ist diese Regelung klarer gefasst. Dort wird bei der Anrechnung nicht auf „erneuerbare Elektrizität“, sondern allein auf „erneuerbar“ abgestellt³¹.

Im Einzelnen sind die rechtlichen Argumente in diesem Zusammenhang komplex. Auf eine umfassende Darstellung kann an dieser Stelle aber verzichtet werden, da sich die Rechtslage mit Inkrafttreten der novellierten Erneuerbare-Energien-Richtlinie bereits am 20. November 2023 ändern wird. Mit den dann geänderten Regelungen in Art. 27 Abs. 1 und 2 EE-RL (neu) hat der Gesetzgeber klargestellt, dass der maßgebliche Anrechnungsgegenstand der Energiegehalt des erneuerbaren Wasserstoffs selbst ist. Die für die Produktion eingesetzte erneuerbare Elektrizität ist lediglich das Instrument zur Bestimmung der anrechnungsfähigen – im Sinne von Art. 27 Abs. 3 EE-RL „erneuerbaren“ – Menge erneuerbaren Wasserstoffs.

Beispielsweise wird in Art. 27 Abs. 1 lit (a) (ii) EE-RL (neu) ausdrücklich geregelt, dass die THG-Einsparungen unter anderem durch Multiplikation der durch den im Verkehr bereitgestellten erneuerbaren Wasserstoff erzielten THG-Minderung zu berechnen sind. Im Falle einer Berechnung des Anteils von erneuerbaren Energien (EE-Anteil) im

³¹ Vgl. Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL z. B. in der englischen Sprachfassung („Electricity that has been taken from the grid **may be counted as fully renewable** provided that [...]“), in der spanischen Sprachfassung („La electricidad tomada de la red **podrá contabilizarse en su totalidad como renovable**, siempre que se [...]“) und in

der französischen Sprachfassung („L'électricité qui a été soutirée du réseau **peut être considérée comme totalement renouvelable** à condition [...]“) (Hervorhebungen nicht im Original).

Verkehrssektor bezieht sich Art. 27 Abs. 2 lit. (c) EE-RL (neu) hinsichtlich der Anwendung eines Multiplikators ebenfalls ausdrücklich auf erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs (also auch auf erneuerbaren Wasserstoff). Entsprechende Regelungen existieren in der bis zum 19. November 2023 geltenden Fassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie nicht. Auch geht der Richtliniengeber in Erwägungsgrund 12 der Richtlinie (EU) 2023/2413 zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie für sämtliche Zielvorgaben von einer Anrechenbarkeit von erneuerbarem Wasserstoff selbst aus:

“Bei der Berechnung des Anteils von Energie aus erneuerbaren Quellen in einem Mitgliedstaat sollten erneuerbare Kraft- und Brennstoffe nicht biogenen Ursprungs in dem Wirtschaftszweig berücksichtigt werden, in dem sie verbraucht werden (Elektrizität, Wärme- und Kälteversorgung oder Verkehr). Damit keine Doppelzählungen vorgenommen werden, sollte die zur Herstellung dieser Kraft- und Brennstoffe verwendete Elektrizität aus erneuerbaren Quellen nicht berücksichtigt werden. Damit würde eine Harmonisierung der Anrechnungsregeln für diese Kraft- und Brennstoffe in der gesamten Richtlinie (EU) 2018/2001 erzielt, unabhängig davon, ob sie auf das Gesamtziel für Energie aus erneuerbaren Quellen oder auf ein Teilziel angerechnet werden. Zudem würde die Berechnung der tatsächlich verbrauchten Energie unter Berücksichtigung der Energieverluste bei der Herstellung dieser Kraft- und Brennstoffe ermöglicht. Auch die Berücksichtigung erneuerbarer Kraft- und Brennstoffe nicht biogenen Ursprungs, die in die Union eingeführt und dort verbraucht werden, wäre möglich.“ (Hervorhebungen nicht im Original)

3. Anforderungen an den eingesetzten Strom und an die Treibhausgasminderung

Wasserstoff kann nur dann auf die Zielvorgabe angerechnet werden, sofern die für

die Wasserstoff-Produktion verwendete erneuerbare Elektrizität bestimmte Anforderungen erfüllt. Die Anforderungen sind im Einzelnen in Art. 27 Abs. 3 EE-RL geregelt³².

Nach Auffassung der EU-Kommission muss grundsätzlich allerdings nur der Strom die Voraussetzungen von Art. 27 Abs. 3 EE-RL erfüllen, der zur Erhöhung des Heizwerts (Energiegehalts) des erneuerbaren Wasserstoffs beiträgt³³. Sonstiger im Produktions- oder Transportprozess eingesetzter Strom müsste demnach nicht zwingend die Vorgaben der Erneuerbare-Energien-Richtlinie bzw. der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung erfüllen, damit RFNBO auf das Verkehrsziel angerechnet werden können.

Allerdings muss – als weitere Voraussetzung für die Anrechenbarkeit – gemäß Art. 25 Abs. 2 UAbs. 1 EE-RL für die gesamte Wertschöpfungskette sichergestellt sein, dass die Treibhausgaseinsparungen durch erneuerbaren Wasserstoff mindestens 70 Prozent betragen. Die EU-Kommission hat auf Grundlage von Art. 28 Abs. 5 EE-RL parallel zur Wasserstoff-Delegierte-Verordnung am 10. Februar 2023 einen delegierten Rechtsakt erlassen, in dem unter anderem die Methode zur Bewertung der Treibhausgaseinsparungen durch die Nutzung von erneuerbarem Wasserstoff festgelegt ist („Methodologie-Delegierte-Verordnung“). Soweit die genutzte Elektrizität den Anforderungen der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung entspricht, werden die Treibhausgasemissionen gemäß Ziffer 5 des Annex zur Methodologie-Delegierte-Verordnung mit „Null“ bewertet. Insofern kann – je nach Ausgestaltung des konkreten Produktionsprozesses – die Einhaltung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung auch für den Strom, der nicht unmittelbar zur Erhöhung des Heizwerts des erneuerbaren Wasserstoffs beiträgt, notwendig sein, damit am Ende eine Treibhausgasreduzierung von mindestens 70 Prozent erreicht wird.

4. Verankerung im deutschen Recht

In Deutschland wird die Nutzung von erneuerbaren Kraftstoffen bereits mit der in den §§ 37a ff. Bundes-Immissions-

³² Siehe zu den Anforderungen detailliert unten C. I.

³³ EU-Kommission, Q&A implementation of hydrogen delegated acts, Version vom 26.07.2023, Fragen 49 und

50, https://energy.ec.europa.eu/system/files/2023-07/2023_07_26_Document_Certification_questions.pdf.

schutzgesetz (BImSchG)³⁴ verankerten sogenannten Treibhausgas-minderungs-Quote gesteuert. Hiernach werden Inverkehrbringer von Otto- und Dieselmotoren verpflichtet, den Treibhausgasausstoß der in Verkehr gebrachten Kraftstoffe jährlich um einen bestimmten Prozentsatz zu mindern. Eine Minderung des Treibhausgasausstoßes kann dadurch erreicht werden, dass erneuerbare Kraftstoffe in Verkehr gebracht werden, die geringere Treibhausgasemissionen haben als Diesel oder Benzin. Die nationalen Regelungen wurden bereits weitgehend an die Vorgaben der geltenden Erneuerbare-Energien-Richtlinie angepasst³⁵. Eine Anpassung an die Vorgaben der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung steht jedoch noch aus. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz (BMUV) hat bereits angekündigt, die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung durch Novellierung der 37. Bundes-Immissionsschutzverordnung (37. BImSchV)³⁶ „nun sehr zeitnah“ umzusetzen³⁷ und auch einen Referentenentwurf hierzu bereits veröffentlicht³⁸.

IV. Gang der Untersuchung

Nach Darstellung des bisherigen Verlaufs der Rechtsetzung wird der Gang der vorliegenden Untersuchung in den Kapiteln B. bis E. erläutert. Zu Beginn wird zunächst das Rechtsinstrument des delegierten Rechtsakts analysiert und dessen Rahmenbedingungen aufgezeigt (B.). Ferner

werden die Regelungen zur Berücksichtigung und Anrechenbarkeit von erneuerbarem Wasserstoff bei der Erfüllung der verschiedenen Ziele in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie sowie die Vorgaben in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung untersucht. Hierbei wird auch herausgearbeitet, an welchen Stellen rechtliche Unklarheiten und Inkonsistenzen bestehen. Diese betreffen insbesondere die in Art. 27 Abs. 3 EE-RL festgeschriebenen Anforderungen für die Anrechenbarkeit von erneuerbarem Wasserstoff im Verkehrsbereich³⁹ und die dort in Unterabsatz 7 enthaltene Ermächtigungsgrundlage für einen delegierten Rechtsakt der EU-Kommission. Ferner ergeben sich rechtliche Fragen der Vereinbarkeit der nunmehr von der EU-Kommission erlassenen Wasserstoff-Delegierte-Verordnung mit der eben genannten Ermächtigungsgrundlage (C.).

Anschließend wird aufgezeigt, welche wichtigen Änderungen für erneuerbaren Wasserstoff mit der im Jahr 2023 erfolgten Novelle der Erneuerbare-Energien-Richtlinie in Kraft treten werden. Dabei wird auch diskutiert, inwiefern rechtlich die Weichen gestellt wurden, damit erneuerbarer Wasserstoff nun nicht mehr nur im Verkehr, sondern auch in anderen Sektoren, allen voran in der Industrie, zum Einsatz kommen soll. Ferner wird untersucht, in welcher Weise der Anwendungsbereich der Ermächtigungsgrundlage des delegierten Rechtsakts auf andere Sektoren ausgeweitet wurde und was das für die bestehende

³⁴ Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 3 des Gesetzes vom 19. Oktober 2022 (BGBl. I S. 1792) geändert worden ist.

³⁵ Vgl. Gesetz zur Weiterentwicklung der Treibhausgas-minderungs-Quote vom 24. September 2021 (BGBl. I S. 4458).

³⁶ Siebenunddreißigste Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung zur Anrechnung von strombasierten Kraftstoffen und mitverarbeiteten biogenen Ölen auf die Treibhausgasquote) vom 15. Mai 2017 (BGBl. I S. 1195), die durch Artikel 20 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3138) geändert worden ist.

³⁷ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz, Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Gemeinsame Pressemitteilung Nr. 014/23 (Europa) vom 13.02.2023.

³⁸ Referentenentwurf der Bundesregierung, Verordnung zur Neufassung der siebenunddreißigsten Verordnung zur Durchführung des Bundes-

Immissionsschutzgesetzes, Stand 11. August 2023, abrufbar unter https://www.bmuv.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Glaeserne_Gesetze/20_Lp/37_bimschv_neufassung/Entwurf/37_bimschv_neufassung_refe_bf.pdf.

³⁹ Von Beginn an wurde umfassend diskutiert, welche Wirkung die delegierte Verordnung – unabhängig von ihrem eigentlichen Regelungsgehalt, der sich allein auf den Verkehrsbereich bezieht – entfalten wird. Es gab die Erwartung, dass mit dem delegierten Rechtsakt faktisch „allgemein gültige“ Vorgaben für die grüne Wasserstoffproduktion geschaffen und damit erstmals einheitliche Standards etabliert werden könnten. Doch die formale rechtliche Bedeutung des delegierten Rechtsakts ist nach der gegenwärtigen Rechtslage weitaus geringer. Aktuell gelten die Anforderungen des delegierten Rechtsakts nämlich nur für die Anrechenbarkeit von RFNBO auf das in Art. 25 Abs. 1 EE-RL festgelegte EE-Ziel für den Verkehrssektor. Erst mit der Novellierung der EE-Richtlinie wird der Anwendungsbereich ausgeweitet.

Wasserstoff-Delegierte-Verordnung bedeutet (D.).

Auf Grundlage der vorherigen Ergebnisse sollen dann Rückschlüsse zu den Möglichkeiten und Grenzen des Rechtsinstruments delegierter Rechtsakt herausgearbeitet werden. Ferner sollen Empfehlungen für eine möglichst rechtssichere künftige Ausgestaltung der detaillierten Anforderungen an erneuerbaren Wasserstoff abgeleitet und die Herausforderungen einer allgemein gültigen Standardisierung in den Blick genommen werden (E.).

B. Das Rechtsinstrument delegierter Rechtsakt: EU-rechtliche Rahmenbedingungen für die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung

Delegierte Rechtsakte sind insofern von ordentlichen Gesetzgebungsakten zu unterscheiden, als dass es sich bei ihnen um ein spezielles Rechtsetzungsinstrument der EU-Kommission handelt. Für die Einordnung, in welchen Rahmenbedingungen die Etablierung eines Standards für erneuerbaren Wasserstoff durch einen delegierten Rechtsakt erfolgen kann, soll nachfolgend ein Überblick über dessen Besonderheiten erfolgen. Dafür erfolgt zunächst eine grundsätzliche Darstellung der Funktion und der Tragweite von delegierten Rechtsakten aus rechtsdogmatischer Sicht (I. und II.). Hierbei wird insbesondere auf die Frage eingegangen, inwiefern und inwieweit die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung Bindungswirkung innerhalb der EU-Normenhierarchie entfalten kann. Sodann werden die Anforderungen an die Besonderheiten des Gesetzgebungsverfahrens zum Erlass von delegierten Rechtsakten untersucht und am Beispiel der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung analysiert, wo diesbezüglich in der Ermächtigungsgrundlage in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie sowie in der Ausübung dieser Ermächtigung durch die EU-Kommission gegebenenfalls Schwachstellen zu finden sind (III.). Vor diesem Hintergrund soll auch auf die gesetzgeberischen und judikativen Kontrollmöglichkeiten von delegierten Rechtsakten eingegangen werden (IV.).

I. Rolle und Relevanz von delegierten Rechtsakten im EU-Recht

Delegierte Rechtsakte nehmen im EU-Recht eine zunehmende Bedeutung ein. Seit der Lissaboner Reform der Verträge haben Rat und EU-Parlament die EU-Kommission in über 1.700 Bestimmungen zum Erlass delegierter Rechtsakte ermächtigt⁴⁰.

Delegierte Rechtsakte sind als aus dem Sekundärrecht abgeleitete Rechtsakte Teil des EU-Tertiärrechts. Sie sind keine Gesetzgebungsakte im Sinne von Art. 289 Abs. 3 AEUV, begründen aber verbindliches Recht. Gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV kann der EU-Kommission per Gesetzgebungsakt die Befugnis für den Erlass dieses besonderen Rechtsetzungsinstrumentes übertragen werden. Delegierte Rechtsakte können als delegierte Verordnung, delegierte Richtlinie oder delegierte Beschlüsse ergehen. Delegierte Verordnungen sind hierbei die am häufigsten gewählte Rechtsform⁴¹. Werden delegierte Rechtsakte als Verordnungen erlassen, gelten sie (genau wie reguläre Verordnungen) unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, bedürfen also zu ihrer Wirksamkeit keiner Umsetzung in nationales Recht.

Grundsätzlich kommen delegierte Rechtsakte immer dann in Frage, wenn es um die Ergänzung oder Änderung bestimmter, nicht wesentlicher Vorschriften des zugrundeliegenden Gesetzgebungsakts, wie etwa der Erneuerbare-Energien-Richtlinie, geht,

⁴⁰ Remáč nennt zum Stand von 2019 1.777 Ermächtigungsgrundlagen: EPRS-Studie, Parliamentary scrutiny of the European Commission: Implementation of Treaty provisions, 2019, S. 73, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631748/EPRS_STU\(2019\)631748_EN.pdf#page=74](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631748/EPRS_STU(2019)631748_EN.pdf#page=74).

⁴¹ Dies ergibt sich aus einer entsprechenden Rechtsakt-suche aus dem Interinstitutionellen Register der

delegierten Rechtsakte, das für delegierte Verordnungen Stand November 2023 1.463 Treffer, für delegierte Richtlinien 110 Treffer und für delegierte Beschlüsse 78 Treffer ausweist. Ungenauigkeiten ergeben sich hier unter anderem deshalb, da auch Änderungen eines delegierten Rechtsaktes per delegiertem Rechtsakt erfolgen und damit die gleiche Ermächtigungsgrundlage betreffen können; <https://webgate.ec.europa.eu/regdel/#/delegatedActs?lang=de>.

vgl. Art. 290 Abs. 1 AEUV. Ob delegierte Rechtsakte einzelne Vorschriften des Basisrechtsakts ergänzen oder ändern sollen, wird in der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage festgelegt.

Neben allgemeinen Erwägungen zur Entlastung des Gesetzgebers durch die Delegation hinsichtlich des zu regelnden Einzelbereiches ist hierbei auch zu bedenken, dass durch die Delegation auch eine gewisse Entkoppelung vom gesetzgeberischen Verfahren des Basisrechtsakts erfolgt. Ziel ist unter anderem, notwendige Detailregelungen eines Rechtsakts aus dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren herauszunehmen und eine schnelle und flexible Regelung durch die EU-Kommission zu ermöglichen⁴². Gerade bei Regelungen, die schnell und dynamisch aktualisiert werden müssen, kann so auch vermieden werden, dass politische Grundsatzentscheidungen des Basisrechtsakts regelmäßig erneut zur Disposition gestellt werden⁴³. Demnach kommen im Anwendungsbereich fachrechtliche Detailaspekte für die Delegation in Frage, die europaweit einheitlich geregelt werden müssen. Hinsichtlich des regelmäßig weiteren Anwendungsbereiches des Basisrechtsakts kann solch eine Entkoppelung durchaus zu mehr Rechtssicherheit führen.

Ob dies der Fall ist, lässt sich dogmatisch nicht abstrakt beantworten, sondern bemisst sich am jeweiligen Einzelfall und insbesondere am Basisrechtsakt. Ebenso besteht – wie in fast jeder Abwägungsentcheidung – ein gewisser Graubereich, der von politischen Wertungen abhängt und sich rechtlich nicht abschließend beantworten lässt. Sobald und sofern hierzu aber Unsicherheiten bestehen, ist hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlage ein besonderes Augenmerk auf Klarheit und eindeutige Rahmenbedingungen zu legen.

In Abgrenzung zu delegierten Rechtsakten besteht im Übrigen als zweites Kernelement des Tertiärrechts die Möglichkeit zum Erlass von Durchführungsrechtsakten

gemäß Art. 291 AEUV. Für beide Rechtsakte wird die EU-Kommission zum Erlass ermächtigt. Kernunterschied ist jedoch, dass die EU-Kommission bei delegierten Rechtsakten die Kompetenz zur Änderung und/oder Ergänzung des Basisrechtsakts erhält, wohingegen sie bei Durchführungsrechtsakten nur konkretisierende Regelungen treffen darf. Durchführungsrechtsakte sind im Weiteren nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

II. Bindungswirkung delegierter Verordnungen

Die Diskussion um die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung war auch von Unsicherheiten geprägt, welche Geltung die darin festgelegten Kriterien für erneuerbaren Wasserstoff entfalten. Dies hat auch Relevanz bezüglich des zukünftigen Anwendungsbereichs, sei es durch eine Erweiterung der Ermächtigungsgrundlage auf andere Sektoren oder durch einen nicht normativen, aber faktischen Effekt, wenn Akteure die Kriterien mangels anderweitiger Vorgaben auch außerhalb des Verkehrssektors anwenden. Daher sollen im Folgenden grundlegende Fragen der Bindungswirkung von delegierten Verordnungen innerhalb der EU-Normenhierarchie, der inhaltlichen Bindungswirkung und der zeitlichen Geltung eingeordnet werden.

1. Rangverhältnis zu anderen europäischen Rechtsakten

In welchem Hierarchieverhältnis sich delegierte Rechtsakte zu ihren Ermächtigungsrechtsakten sowie anderem Sekundärrecht stehen, ist weder in den Verträgen der EU eindeutig geregelt noch bislang vom EuGH abschließend beantwortet worden. Dennoch wird mittlerweile von einem Unterordnungsverhältnis zu sonstigem Sekundärrecht ausgegangen⁴⁴.

⁴² *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 12.

⁴³ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 11-13.

⁴⁴ Vor der Lissabonner Reform war die Annahme eines Rangverhältnisses in der Literatur umstrittener, siehe etwa ablehnend *Nettesheim*, Normenhierarchien im

EU-Recht, EuR 2006, S. 737 (765); anders mittlerweile aber *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 56.; ebenso *Gundel*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 4, 1. Aufl. 2017, Art. 290 AEUV Rn. 13. Dafür sprechen auch überzeugende Argumente: Wenn ein delegierter Rechtsakt

Grundsätzlich besteht jedenfalls ein Rangverhältnis von Basisrechtsakt zu delegiertem Rechtsakt⁴⁵. Der delegierte Rechtsakt kann gegenüber dem Basisrechtsakt nur soweit und sofern Bindungswirkung entfalten, wie ihm dies durch die Ermächtigungsgrundlage zugestanden wird. Ein Rangverhältnis unter einzelnen delegierten Rechtsakten, also bspw. mehreren auf Grundlage der Erneuerbare-Energien-Richtlinie erlassenen delegierten Rechtsakten, gibt es hingegen nicht. Diese gelten also in der Regel nebeneinander.

2. Inhaltliche Bindungswirkung

In materieller Hinsicht bedeutet eine delegierte Verordnung zunächst, dass sie, auch wenn sie auf einer eigentlich umsetzungsbedürftigen Richtlinie beruht, wie oben ausgeführt, verbindlich und unmittelbar in allen Mitgliedstaaten gilt.

In inhaltlicher Hinsicht entfalten delegierte Rechtsakte grundsätzlich nur soweit und sofern Bindungswirkung, wie ihnen dies durch die Ermächtigungsgrundlage des Basisrechtsakts zugestanden wird und die Wahl der Form des jeweiligen delegierten Rechtsakts (also als delegierte Verordnung, delegierte Richtlinie oder delegierter Beschluss) dies erlaubt. In Bezug zu sonstigem Sekundärrecht besteht, wie dargelegt, ein Unterordnungsverhältnis.

Diese Bindungswirkung kann aber durch entsprechende Verweise in anderen Rechtsakten erweitert werden. So verweist die EU-Kommission etwa im befristeten Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine⁴⁶ bei der Förderfähigkeit von erneuerbarem Wasserstoff oder von aus erneuerbarem Wasserstoff gewonnenen Kraftstoffen u. a. darauf, dass diese

anderen Sekundärrechtsakten gleichstünde, entspräche das im Ergebnis einer Gleichstellung der EU-Kommission mit dem Unionsgesetzgeber. Der Erlass eines delegierten Rechtsakts könnte dann andere Sekundärrechtsakte beschränken, wenn sie denselben Sachverhalt unterschiedlich regeln. Bei so einer Deutung könnte die delegierte Verordnung gegebenenfalls auch für andere Bereiche, in denen RFNBO und deren Einsatz im Verkehr eine Rolle spielen, etwa im Rahmen von Regelungen im Seeverkehr oder der Bereitstellung alternativer Infrastruktur, unmittelbare Wirkung entfalten. Dagegen spricht jedoch, dass per delegiertem

„im Einklang mit den Methoden, die in der Richtlinie (EU) 2018/2001 und den dazugehörigen Durchführungsrechtsakten oder delegierten Rechtsakten für flüssige oder gasförmige erneuerbare Kraftstoffe für den Verkehr nicht biogenen Ursprungs festgelegt sind, aus erneuerbaren Energiequellen erzeugt werden.“ (Rn. 78 lit. j).

3. Zeitliche Geltung

Bei delegierten Verordnungen ergeben sich auch in zeitlicher Hinsicht Unterschiede in der Geltung. Denn aus der Rechtsnatur als Verordnung ergibt sich, dass diese unmittelbar gilt und wirkt, wohingegen Richtlinien Mitgliedstaaten adressieren und nur im Ausnahmefall unmittelbare Wirkung auf nationaler Ebene entfalten. Durch die mit der Delegation bezweckte Entkoppelung im Verfahren kann sich auch eine Entkoppelung in der zeitlichen Geltung ergeben.

a) Grundfall

Im Grundfall ist dies in der Praxis noch einfach nachzuvollziehen. Denn der Auftrag an die EU-Kommission, delegierte Rechtsakte zu erlassen, gilt erst mit dem Inkrafttreten der Ermächtigungsgrundlage enthaltenden Richtlinie. Delegierte Rechtsakte treten damit erst mit zeitlicher Verzögerung in Kraft. Beispielsweise enthält die Erneuerbare-Energie-Richtlinie von 2018 eine Umsetzungsfrist der Mitgliedstaaten bis zum 30. Juni 2021 (Art. 36 Abs. 1 EE-RL). Der delegierte Rechtsakt gemäß Art. 27 Abs. 3 EE-RL sollte hingegen erst bis zum 31. Dezember 2021, mithin ein halbes Jahr später, erlassen werden. In diesem Fall kann die zeitliche Bindungswirkung von Basisrechtsakt und erlassenen delegierten Rechtsakt einfach nachvollzogen werden. Sie beginnt mit Inkrafttreten der delegierten

Rechtsakt nicht in gleichem Umfang Regelungen getroffen werden dürfen, da dieser keine wesentlichen Bestimmungen des Basisrechtsakts verändern darf (siehe dazu sogleich), so dass von einem Rangverhältnis auszugehen ist.

⁴⁵ So auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 55.

⁴⁶ KOM-Mitteilung, Befristeter Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge des Angriffs Russlands auf die Ukraine, Abl. EU 2023 C 101/3.

Verordnung (regelmäßig 20 Tage nach Veröffentlichung im Amtsblatt) und endet entweder durch gesetzgeberische ex ante festgelegte Befristung der Befugnisübertragung oder durch Widerruf (vgl. B.IV.1.).

Komplexer wird die Frage nach der zeitlichen Bindungswirkung, wenn der Basisrechtsakt zwischenzeitlich geändert wird. Denn die Novellierung des Basisrechtsakts setzt bereits bestehende delegierte Rechtsakte nicht automatisch außer Kraft⁴⁷. Hinsichtlich der Frage nach der zeitlichen Geltung müssen dann zwei Fallgruppen unterschieden werden, und zwar danach, ob eine Neuregelung im Basisrechtsakt abschließend oder lediglich teilweise erfolgt.

b) Entfall der Ermächtigungsgrundlage bei Novellierung des Basisrechtsakts

Beispielhaft sollen die Unterschiede anhand der Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie aufgezeigt werden. Denn im Rahmen der Novellierung wurde zwischenzeitlich auch die Streichung der Ermächtigungsgrundlage (entsprechend des Vorschlags des EU-Parlaments, vgl. A.II.5.) diskutiert. Fraglich ist dabei, wie sich so eine inhaltliche Festlegung des Gesetzgebers, der die Regelungsmaterie „Anrechenbarkeit von erneuerbarem Wasserstoff“ damit wieder an sich gezogen hätte, auf die zeitliche Geltung der zuvor erlassenen delegierten Verordnung ausgewirkt hätte.

Sofern die Ermächtigungsgrundlage im Basisrechtsakt entsprechend des Vorschlags des EU-Parlaments komplett verworfen worden wäre, wäre nach Inkrafttreten der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (neu) keine Rechtsgrundlage mehr für den Erlass eines neuen delegierten Rechtsakts verblieben. Dies hätte einem Widerruf im Sinne von Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV entsprochen.

Die Rechtsfolgen eines Widerrufs sind nicht vollständig geregelt⁴⁸. Klar ist, dass die EU-Kommission dann mangels Ermächtigung keine weiteren delegierten Rechtsakte auf der bisherigen Grundlage mehr erlassen dürfte. Unklarer ist hingegen, welche Auswirkungen dies auf bis zum Widerruf erlassene Rechtsakte hat⁴⁹. Da hierzu keine eindeutige Regelung besteht, liegt es am Gesetzgeber, bei Novellierungen von Basisrechtsakten jeweils im Einzelfall Regelungen zur zeitlichen Geltung zuvor erlassener delegierter Rechtsakte zu treffen. Art. 35 Abs. 4 S. 4 EE-RL bestimmt zwar, dass ein Widerruf die Gültigkeit bereits in Kraft getretener delegierter Rechtsakte nicht berührt. Wenn aber durch Basisrechtsakt und delegierten Rechtsakt unterschiedliche Regelungen zur gleichen Materie getroffen werden, hätte es diesbezüglich einer anderen Regelung bedurft, um die Kollision aufzulösen.

c) Fortbestand bei Änderung der Ermächtigung

Inhaltliche Überarbeitungen der Ermächtigungsgrundlage, wie zum Beispiel nun in der Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie vorgenommen, können die zeitliche Geltung delegierter Rechtsakte ebenso tangieren. Diese Fallausgestaltungen sowie deren Auswirkungen auf nationaler Ebene werden daher im Folgenden untersucht.

Diese Frage kann jedenfalls dahinstehen, wenn die diesbezüglichen Rechtsfolgen im Basisrechtsakt festgelegt sind. Art. 35 Abs. 4 S. 4 EE-RL legt für diesen Fall wie beschrieben ausdrücklich den Fortbestand der Gültigkeit fest. Ein delegierter Rechtsakt wäre daher trotz eines Wegfalls der Ermächtigungsgrundlage in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (neu) weiter wirksam, wenn er vor Inkrafttreten der Novellierung

⁴⁷ Im Schrifttum wird diese Diskussion auf allgemeiner Ebene im Themenkreis „befristete Befugnisübertragung“ unterschiedlich beantwortet. Eine Befristung der Ermächtigung soll im Ergebnis überzeugend nicht automatisch auf die zeitliche Geltung des delegierten Rechtsakts durchschlagen, so *Gellermann*, in: Streinz/Gellermann, AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 290 Rn. 9; *Schmidt*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, 7. Aufl. 2015, Art. 290 Rn. 36; aA: *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 50 und 57. Dieser verweist darauf, dass ansonsten Tertiärrecht ohne sekundärrechtliche Grundlage bestehen könnte. Allerdings bestand zum maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses diese Grundlage,

so dass der Fortbestand der Geltung im Ergebnis überzeugender ist.

⁴⁸ Teils wird davon ausgegangen, dass sich der Widerruf allein auf die Übertragung der Rechtsetzungsbefugnis bezieht, so etwa *Gellermann*, in: Streinz/Gellermann, AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 290 Rn. 11, wohingegen andere eine ex nunc Nichtigkeit annehmen, vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 290 AEUV Rn. 26, und *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 64.

⁴⁹ Vgl. *Gellermann*, in: Streinz/Gellermann, AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 290 Rn. 9.

erlassen wird und die entsprechende Regelung zur Aufrechterhaltung der Wirksamkeit nicht ebenso gestrichen würde. Bei einer solchen Aufhebung wäre vernünftigerweise aber davon auszugehen, dass Regelungen über das Fortbestehen der Wirksamkeit des delegierten Rechtsakts, zum Beispiel bis zur Frist der nationalen Umsetzung der Neuregelung oder Bestandschutzregelungen für die Anrechnung von Projekten, die während der Wirksamkeit des delegierten Rechtsakts realisiert wurden, mitgedacht werden. Denn obschon eine Ermächtigung innerhalb einer Richtlinie grundsätzlich nur Mitgliedstaaten adressiert, könnte eine Neuregelung in diesem Bereich auch schützenswerte Positionen bei Einzelakteuren schaffen. Schließlich ermächtigt Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL zur Einführung von Kriterien, die von den Wirtschaftsteilnehmern zu befolgen sind und durch den Erlass als Verordnung unmittelbar gelten. Eine solche Bestandskraft wird etwa auch bei auf Grundlage des delegierten Rechtsakts ergriffenen Maßnahmen angenommen⁵⁰.

Ebenso verhält es sich, wenn nur Teile der Ermächtigung durch entsprechende Neuregelung im Basisrechtsakt entfallen, aber weiterhin ein Anwendungsbereich für die Delegation verbleibt oder wenn der Anwendungsbereich der Delegation erweitert wird, z. B. durch Erweiterung auf weitere Sektoren (vgl. hierzu D. II.). Dies würde als Ausdruck näherer gesetzgeberischer Steuerung die Delegation nur inhaltlich konkretisieren, aber nicht die Delegation an sich aufheben. Der jeweilige Handlungsbedarf der EU-Kommission bestimmt sich dann nach dem Einzelfall – wenn sich die Delegation sinnvoll in mehrere Bestandteile zerlegen lässt, kann ein Teil der bisherigen Delegation als widerrufen gelten⁵¹, so dass der EU-Kommission in diesem Bereich die Regelungskompetenz entzogen wird. Andererseits kann die inhaltliche Neufassung auch einen neuen Handlungsauftrag an die EU-Kommission beinhalten.

d) Fortbestand bis zur Neuregelung

Sowohl bei Entfall der Ermächtigungsgrundlage als auch bei Änderung der Ermächtigungsgrundlage stellt sich die Frage nach den geltenden Regelungen in der Zeit bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung. Selbst bei zukünftiger Neuregelung besteht aufgrund der geltenden Rechtslage der bereits erlassene delegierte Rechtsakt bzw. die Pflicht zum Erlass eines delegierten Rechtsakts fort.

Fraglich ist, wie sich die zeitliche Bindungswirkung auf nationaler Ebene während der Novellierung des Basisrechtsakts auswirkt, wenn die Novellierung auch Änderungen auf der delegierten Rechtsetzungsebene erfordert, da Änderungen an der Ermächtigungsgrundlage vorgenommen werden. Die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung ist beispielsweise dieses Jahr kurz vor der Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie in Kraft getreten (Art. 12 Wasserstoff-DeIVO). Dementsprechend war die Konstellation denkbar, dass durch den Erlass des delegierten Rechtsakts unmittelbar geltende Kriterien festgelegt werden, obwohl diese durch das Novellierungsverfahren der Erneuerbare-Energien-Richtlinie nur von vorübergehender Dauer wären. Trotz eigentlich einheitlich geltender Regeln würde damit der Zustand der Rechtsunsicherheit verlängert. Diesen Rechtsunsicherheitsrisiken sollte der Gesetzgeber bei einer Novellierung immer durch möglichst konkrete Angaben zu Fortbestand bzw. Neuregelungsauftrag durch die EU-Kommission mit entsprechender Fristsetzung begegnen.

III. Rechtliche Anforderungen an die Delegation

Eine Delegation durch den Unionsgesetzgeber an die EU-Kommission zum Erlass eines delegierten Rechtsakts muss im Rahmen der Grenzen des Art. 290 Abs. 1 AEUV erfolgen, damit eine hinreichende Steuerung durch den Unionsgesetzgeber

⁵⁰ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 78. EL 2023, Art. 290 Rn. 57.

⁵¹ So auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 63;

Schmidt, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 290 AEUV Rn. 36.

gewährleistet bleibt. Umgekehrt muss die EU-Kommission sicherstellen, dass sich Inhalt und Ausmaß eines delegierten Rechtsakts immer im Rahmen seiner Ermächtigung bewegen⁵².

In diesem Abschnitt werden die dabei durch den Unionsgesetzgeber zu beachtenden Anforderungen und der sich daraus spiegelbildlich ableitende Handlungsspielraum der EU-Kommission in der Ausübung der Delegation dargelegt. Dies ist einerseits für die Bewertung der Rechtmäßigkeit von delegierten Rechtsakten relevant. Andererseits ergeben sich hieraus auch grundsätzliche konzeptuelle Leitplanken hinsichtlich der Frage der Delegationsfähigkeit bestimmter Fragestellungen.

1. Inhalt der Ermächtigung

Gemäß Art. 290 Abs. 1 S. 1 AEUV kann der Inhalt der Befugnisübertragung entweder die Ergänzung oder die Änderung des Basisrechtsakts betreffen.

Mit Ergänzung sind alle Maßnahmen erfasst, die den Basisrechtsakt inhaltlich weiter ausfüllen oder konkretisieren sollen⁵³. Bei entsprechender Ermächtigung kann per delegiertem Rechtsakt auch eine Erweiterung des Basisrechtsakts erfolgen⁵⁴.

Ein delegierter Rechtsakt kann bei entsprechender Ermächtigung den Basisrechtsakt auch abändern, sofern es sich nicht um wesentliche Bestimmungen des Basisrechtsakts handelt und eine solche Änderung gemäß der Ermächtigungsgrundlage im Basisrechtsakt zulässig ist⁵⁵. Änderungen

können Einfügungen und Anfügungen im Zusammenhang mit nicht wesentlichen Vorschriften des Gesetzgebungsaktes sowie Streichungen oder Ersetzungen nicht wesentlicher Vorschriften umfassen⁵⁶. Eine solche Änderung ist im Rahmen der Erneuerbare-Energien-Richtlinie bspw. durch eine delegierte Verordnung im Bereich der Kälteversorgung⁵⁷ erfolgt.

2. Wesentlichkeitsvorbehalt

Die Ermächtigung unterliegt dabei einem Wesentlichkeitsvorbehalt, Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV. Dies bedeutet, dass bestimmte Bereiche grundsätzlich nicht an die EU-Kommission delegiert werden dürfen. Der EuGH stellt für die Bestimmung der Wesentlichkeit auf die Bedeutung eines Regelungsbereichs für die jeweilige Unionspolitik ab⁵⁸. Wesentlich sind demnach solche Bestimmungen, durch die die grundsätzlichen Ausrichtungen der Unionspolitik umgesetzt werden⁵⁹. Die Abgrenzung der Wesentlichkeit muss dabei nach objektiven Kriterien erfolgen und unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, ist also gerade nicht vom Gesetzgeber festlegbar⁶⁰.

Der Wesentlichkeitsvorbehalt wird in der Praxis eher funktional gehandhabt und kann unter anderem durch die Natur der jeweils relevanten Unionspolitik beeinflusst werden. So soll der Prüfmaßstab der Wesentlichkeit unter anderem dadurch beeinflusst werden, ob die einschlägige Unionspolitik von kurzfristigem Handlungsbedarf

⁵² Siehe zur Ausübung der Ermächtigungsgrundlage für die Wasserstoff-DelVO Kapitel C.

⁵³ Schoo, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 290 AEUV, Rn. 14.

⁵⁴ Nettessheim, in: Grabitz/Hilf/Nettessheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 34; gleichwohl gelten für eine solche Erweiterung die Schranken des Wesentlichkeitsvorbehalts und des Bestimmtheitsgebots, so dass die EU-Kommission zu einer entsprechenden Erweiterung ermächtigt worden sein muss.

⁵⁵ Vgl. Nettessheim, in: Grabitz/Hilf/Nettessheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 34.

⁵⁶ Interinstitutionelle Vereinbarung zu nicht bindenden Kriterien für die Anwendung der Artikel 290 und 291 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. EU 2019 C 223/1.

⁵⁷ Delegierte Verordnung (EU) 2022/759 der Kommission vom 14. Dezember 2021 zur Änderung des

Anhangs VII der Richtlinie (EU) 2018/2001 hinsichtlich einer Methode zur Berechnung der Menge der für die Kälteversorgung die Fernkälte genutzten erneuerbaren Energie, Abl. EU Nr. L 139 vom 18.05.2022, S. 1.

⁵⁸ Dies wird in der Literatur als maßgeblicher Unterschied zum deutschen Verfassungsrecht erachtet, in dem Wesentlichkeit durch die Grundrechtsrelevanz bestimmt wird, vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 290 AEUV Rn. 15; zweifelnd ob eines tatsächlichen Bewertungsunterschiedes hingegen Gundel, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 4, 1. Aufl. 2017, Art. 290 AEUV Rn. 8.

⁵⁹ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Ur. v. 17.12.1970 - Rs. 25/70 - Köster, Rn. 6; vgl. auch EuGH, Ur. v. 27.10.1992 - Rs C-240/90 - Deutschland/Kommission, Rn. 37.

⁶⁰ EuGH Ur. v. 05.09.2012 - C-355/10 - Parlament/Rat (Schengener Grenzkodex), Rn. 64-68.

und intensiven Interventionen geprägt ist⁶¹. Pragmatisch gesagt hat der Wesentlichkeitsvorbehalt in den Bereichen weniger Bedeutung, in denen kurzfristige Maßnahmen erforderlich sind, die vom Gesetzgeber nicht in erforderlicher Schnelligkeit geleistet werden können.

a) Wesentlichkeitskriterien der Rechtsprechung

Was die Wesentlichkeit im Einzelfall bedeutet, ist nicht abschließend abgesteckt und lässt sich ex ante nur unzulänglich bestimmen⁶². Grundsätzlich müssen die vom Gesetzgeber erachteten Gründe aber zum Zeitpunkt der Delegation vorliegen und in den Begründungserwägungen in dem nach Art. 296 AEUV gebotenen Umfang dokumentiert sein.

Bislang lassen sich für die Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Regelungen aus der Rechtsprechung nur sehr allgemein gehaltene Formeln entnehmen, die jeweils auf den Einzelfall anzuwenden sind. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Beurteilung der Wesentlichkeit von Inhalt und Ziel des Basisrechtsakts abhängt⁶³.

Delegationsfähig sind, wie oben angedeutet, insbesondere Ergänzungen aufgrund technischen Fortschritts, Änderungen von Anhängen und Einführung neuer Prüfverfahren⁶⁴. Nicht geeignet für eine Regelung per delegiertem Rechtsakt sind hingegen die tragenden Elemente eines Rechtsakts, durch die bestimmte Pflichten, Verhaltensweisen und Einschränkungen festgelegt werden und durch die in die Rechtspositionen von Personen eingegriffen wird oder Regelungen, die politische Entscheidungen betreffen, die vom Gesetzgeber selbst zu

treffen sind oder in Grundrechte eingreifen⁶⁵. Politische Entscheidungen liegen demnach beispielsweise vor, wenn eine Abwägung widerstreitender Interessen auf Grundlage einer Beurteilung zahlreicher Gesichtspunkte erforderlich ist⁶⁶. Dies läuft auf eine bereichsspezifische Definition der Wesentlichkeit hinaus, nach der in bestimmten politischen Bereichen geringere Anforderungen gelten, wenn es sich um einen besonders schnelllebigem Sektor handelt⁶⁷. Andere hingegen stellen beim Beurteilungsmaßstab im Ergebnis überzeugend nicht auf die jeweilige Unionspolitik, sondern auf die Wesentlichkeit innerhalb der Regelungssystematik des Basisrechtsakts ab⁶⁸. Bislang ist noch keine Delegation wegen Verstoßes gegen den Wesentlichkeitsvorbehalt für nichtig erklärt worden⁶⁹.

b) Bedeutung für die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung

Eine Überschreitung der Wesentlichkeitsschwelle dürfte bei Kriterien für die Anrechenbarkeit von erneuerbarem Wasserstoff auf das Verkehrssektorziel wohl noch verneint werden können. Brisanz könnte die Frage dann entwickeln, wenn durch die delegierte Verordnung Vorgaben gemacht werden, die den Markthochlauf von erneuerbarem Wasserstoff insgesamt prägend bestimmen. Hierbei ist allerdings zu differenzieren zwischen rechtlicher Bestimmung und faktischer Wirkung.

Grundsätzlich kann eine mögliche faktisch weiterreichende Wirkung des Rechtsakts, etwa durch überschießende Anwendung durch die Akteure, nicht die Bewertung des Wesentlichkeitsvorbehalts beeinflussen. In der zukünftigen Auslegung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung, insbesondere

⁶¹ Mit diesen Argumenten sah der EuGH eine größere Handlungszuständigkeit der EU-Kommission im Bereich der gemeinsamen Agrarpolitik als gegeben an, EuGH, Ur. v. 11.03.1987 – Rs. 279/84 – Weihnachtsbutter, Rn. 14.

⁶² Vgl. hierzu *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 Rn. 36-42.

⁶³ *Schoo*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 290 AEUV Rn. 16.

⁶⁴ Vgl. *Schmidt*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 290 AEUV Rn. 22.

⁶⁵ Vgl. EuGH Ur. v. 05.09.2012 – C-355/10, BeckRS 2012, 81807, Rn. 74-77.

⁶⁶ EuGH, Ur. v. 26.07.2017, C-696/15 P- Tschechische Republik/Kommission, Rn. 78, in der die Pflicht zur

Schaffung einer nationalen Kontrollstelle zur Überprüfung der Einhaltung der Vorgaben des delegierten Rechtsakts als nicht wesentlich eingestuft wurde; so auch festgehalten in Rn. 5 der Interinstitutionellen Vereinbarung zu nicht bindenden Kriterien für die Anwendung der Artikel 290 und 291 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. EU 2019 C 223/1.

⁶⁷ Äußerst kritisch hierzu *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 38.

⁶⁸ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 53.

⁶⁹ Vgl. hierzu *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 40 m.w.N.

durch Erweiterung des Anwendungsbereichs, ist aber jedenfalls zu beachten, dass Eingriffe in die Rechtspositionen der Wirtschaftsteilnehmer nicht aus dem delegierten Rechtsakt an sich abgeleitet werden können, sondern separater rechtlicher Regelung bedürfen. Zugespielt ließe sich hierbei formulieren, dass mit zunehmenden Bedeutungsgewinn eines delegierten Rechtsakts parallel die Gefahr seiner Rechtswidrigkeit wächst, da der Bedeutungsgewinn zumindest ein Indiz dafür darstellt, dass politische Entscheidungen betroffen sind.

Gewissen Aufschluss über die Einordnung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung gibt auch die Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsgrundlage in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie. Der ursprüngliche Vorschlag der EU-Kommission sah gar keine Ermächtigung für einen delegierten Rechtsakt vor. Im informellen Trilogverfahren hatte der Rat erstmals vorgeschlagen, eine Ermächtigung in Form eines Durchführungsrechtsakts gemäß Art. 291 AEUV einzufügen⁷⁰. In diesem Fall wäre der EU-Kommission überhaupt keine Befugnis zur Änderung oder Ergänzung der Materie übertragen worden. Stattdessen wäre die EU-Kommission in der Ausübung der Befugnisübertragung auf die Konkretisierung des Basisrechtsakts beschränkt gewesen. Doch der Vorschlag wurde im Laufe des Trilogverfahrens zu einer Befugnisübertragung gemäß Art. 290 AEUV erweitert, was unter anderem mit der Notwendigkeit zur Festlegung von Kriterien für erneuerbaren Wasserstoff mit Netzbezug und dem Bedarf nach einem Zusätzlichkeitskriterium⁷¹ begründet wurde⁷². Diese Ergänzung im informellen Trilog findet sich in ähnlicher Fassung im Erwägungsgrund 126 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie wieder und lässt zumindest Rückschlüsse darauf zu, dass der Unionsgesetzgeber die Festlegung per delegiertem Rechtsakt aufgrund des kontinuierlichen Anpassungsbedarfs an wissenschaftlichen und technischen

Fortschritt opportun sah (kurzfristiger Handlungsbedarf).

Die Gründe dafür, dass dies per delegiertem Rechtsakt und nicht lediglich als konkretisierender Durchführungsrechtsakt erfolgen sollte, finden sich in Erwägungsgrund 90 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie und sind ironischerweise die gleichen Gründe, die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung besonders umstritten machen: die Sicherstellung von Zusätzlichkeit und Regelungen zur Verringerung von Netzengpassrisiken (siehe C.II. und C.III.).

Die dynamische Überarbeitung von Regeln, die sich auch auf den Markthochlauf auswirken, aus dem Gesetzgebungsverfahren zu lösen und zu delegieren, wirkt in diesem Kontext durchaus plausibel. Ob Zusätzlichkeit und Netzengpassrisiken jedoch wirklich unter das Erfordernis kurzfristigen Handlungs- und Interventionsbedarfs fallen, erscheint zumindest diskussionswürdig. Allerdings sind dies nur Beispielsargumente für einen erweiterten Prüfungsmaßstab. Zudem kann man diese Kriterien auch nur als Unterbedingungen verstehen, die bei der grundsätzlichen Anforderung zur dynamischen Anpassung an wissenschaftlichen und technischen Fortschritt zu beachten sind und somit lediglich einen Ausdruck der gesetzgeberischen Steuerung der Delegation darstellen.

Insbesondere vor dem Hintergrund der hierzu eher weiten Rechtsprechung erscheint im Ergebnis trotz der bestehenden Rechtsunsicherheiten wahrscheinlich, dass die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung nicht die Grenzen des Wesentlichkeitsvorbehaltes überschreitet.

3. Bestimmtheit der Ermächtigung

In der Ermächtigung selbst müssen Inhalt, Ziel, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung explizit geregelt sein, Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 AEUV. Sofern die

⁷⁰ Rat der Europäischen Union, 8392/18 vom 03.05.2018, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), S. 227, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8392_2018_INIT&from=DE.

⁷¹ Siehe zum Zusätzlichkeitsbegriff unten Kapitel C. III.

⁷² Rat der Europäischen Union, 10308/18 vom 21.06.2018, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), EW 65a und EW 99, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10308_2018_INIT&from=DE.

Bestimmtheitsanforderungen nicht eingehalten werden, ist der Basisrechtsakt nichtig, obschon das ggf. auch durch eine ergänzende Auslegung des Basisrechtsakts verhindert werden kann⁷³.

Der Unionsgesetzgeber muss der EU-Kommission mithin klare Vorgaben zu Ziel, gewünschten Regelungen (also z. B. welche Detailregelungen getroffen werden sollen oder welche unbestimmten Rechtsbegriffe konkretisiert werden müssen), sachlichen Anwendungsbereich und Dauer der Delegation vorgeben. Hier besteht ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen Bestimmtheitsgebot und der Ermessensausübung der EU-Kommission⁷⁴. Dogmatisch klar ist, dass nur der Inhalt der Befugnisübertragung, aber nicht der Inhalt der Regelung vorgegeben werden muss, was in der Praxis aber durchaus zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen kann. So wird auch eingewandt, dass die Kriterien „Inhalt, Ziel und Geltungsbereich“ sich kaum voneinander abgrenzen lassen⁷⁵.

Ständige Rechtsprechung ist, dass die übertragene Befugnis in dem Sinne hinreichend genau umgrenzt sein muss, dass ihre Grenzen klar angegeben sind und die Ausübung der EU-Kommission einer Kontrolle anhand vom Unionsgesetzgeber festgelegter objektiver Kriterien unterliegt⁷⁶. Dies betrifft als Minimalanforderung an die Bestimmtheit auch die Frage, ob die EU-Kommission dazu ermächtigt wird, den Basisrechtsakt zu ergänzen oder auch zu ändern⁷⁷. Für die EU-Kommission muss damit anhand objektiver Anhaltspunkte

bestimmbar sein, in welche Richtung sie ihre Befugnisse ausüben soll, um die Steuerung des Gesetzgebers aufrechtzuerhalten⁷⁸. In logischer Konsequenz der bereits im Rahmen des Wesentlichkeitsvorbehalts erörterten Problematik, dass politische Entscheidungen in der Zuständigkeit des Gesetzgebers nicht delegationsfähig sind, wachsen auch die Anforderungen an die Bestimmtheit, wenn die Delegationsmaterie politische Entscheidungen tangiert, um just jenes Risiko der rechtlich unzulässigen Delegation zu minimieren.

In formeller Hinsicht ist der Prüfungsmaßstab für diese inhaltliche Umgrenzung dabei nicht ausschließlich die konkrete Norm, die die Befugnisübertragung regelt, sondern der gesamte Basisrechtsakt.

Dabei sind im Zweifel auch die Erwägungsgründe zur Auslegung der Befugnisübertragung heranzuziehen⁷⁹. Erwägungsgründe sind rechtsdogmatisch eigentlich ein Ausfluss der gesetzgeberischen Begründungspflicht nach Art. 296 AEUV und entfalten grundsätzlich keine Rechtswirkung⁸⁰. Dennoch können sie durchaus zur Auslegung herangezogen werden. Die Grenze der Auslegungsmöglichkeit des Rechtsakts anhand der Erwägungsgründe wird erst überschritten, wenn von den normativen Bestimmungen abgewichen oder diesen widersprochen werden soll⁸¹. Allerdings gibt es in der Rechtsprechung einen Präzedenzfall⁸², der illustriert, dass diese Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann. Demnach können Erwägungsgründe bei der Bestimmung der

⁷³ So geschehen in EuGH Urt. v. 12.07.2005 – C-154/04 – Alliance for Natural Health; kritisch hierzu *Faßbender*, Rechtsstaatlichkeit ade? Der EUGH hält die Richtlinie über Nahrungsergänzungsmittel trotz schwerster Bedenken des Generalanwalts für gültig, *EuZW* 2005, S. 682 ff.

⁷⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 26.07.2017 – C-696/15 P – Tschechische Republik/Kommission, Rn. 52.

⁷⁵ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 48.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 05.07.1988 – 291/86 – Central-Import Münster, Rn. 13; EuGH Urt. v. 12.07.2005 – C-155/04 – Alliance for Natural Health Rn. 90; EuGH Urt. v. 26.07.2017 – C-696/15 P – Tschechische Republik/Kommission, Rn. 49.

⁷⁷ Vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 17.03.2016 – C-286/14 – Europäisches Parlament/Kommission, Rn. 40-46.

⁷⁸ Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 47.

⁷⁹ So im Ergebnis EuGH mit Hinweis darauf, dass die Bestimmungen „besser in den eigentlichen Bestimmungen der Richtlinie hätten enthalten sein sollen“, Urt. v. 12.07.2005 – C-154/04 – Alliance for Natural Health, Rn. 92.

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 19.06.2014 – C-345/13 – Karen Millen Fashions, Rn. 31.

⁸¹ EuGH, Urt. v. 19.06.2014 – C-345/13 – Karen Millen Fashions, Rn. 31.

⁸² EuGH, Urt. v. 12.07.2005 – C-154/04 – Alliance for Natural Health, Rn. 92. Im gegenständlichen Fall wurde auf zwei Erwägungsgründe abgestellt, die den Maßstab für Kriterien zur Aufnahme in eine Positivliste hinsichtlich von Vitamin- und Mineralstoffgehalt, Unschädlichkeit und Bioverwertbarkeit festgelegt und damit die Ermächtigungsgrundlage lediglich konkretisiert haben; vgl. hierzu auch Erwägungsgrund 9 und 11 der Richtlinie 2002/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Juni 2002 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Nahrungsergänzungsmittel, *Abl. EU Nr. L 183 v. 12.07.2002*, S. 51.

Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden und somit ausnahmsweise eine eigenständige normative Kraft hinsichtlich des Umfangs der Befugnisübertragung entfalten⁸³. Doch auch in diesem Fall wurde darauf hingewiesen, dass die Klarstellung per Erwägungsgrund nur hilfsweise zur Auslegung genutzt werden kann, was zudem im europarechtsdogmatischen Sinne noch keine gefestigte Rechtsprechung darstellt.

4. Ausübung der Befugnisübertragung durch die EU-Kommission

Die EU-Kommission muss spiegelbildlich die Vorgaben der Ermächtigung hinsichtlich Ziel, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Delegation beachten. Der so gesetzte Rahmen darf von der EU-Kommission nicht verlassen oder überschritten werden⁸⁴.

Je offener die Ermächtigungsgrundlage hinsichtlich der möglichen Änderungen und Ergänzungen des Basisrechtsakts gehalten ist, desto weiter ist hier das Ermessen der EU-Kommission gefasst, welche Änderungen oder Ergänzungen erforderlich sind – innerhalb der allgemeinen primärrechtlichen Grenzen aus Art. 290 Abs. 1 AEUV. Verkürzt gesagt, kann damit eine Ermächtigungsgrundlage, die gerade noch so die Anforderungen an Inhalt, Wesentlichkeitsvorbehalt und Bestimmtheit erfüllt, das Risiko einer Befugnisausübung, die dem Willen des Gesetzgebers widerspricht, erhöhen.

IV. Demokratische Kontrolle von delegierten Rechtsakten

Abschließend soll dargestellt werden, welche demokratischen Kontrollmöglichkeiten des delegierten Rechtsakts bestehen. Der Gesetzgeber hat (abgesehen von der grundsätzlichen inhaltlichen Steuerung über die Ermächtigungsgrundlage) nach

erfolgter Delegation im vereinfachten Verfahren nur noch eingeschränkte Einwirkungsmöglichkeiten. Ex post kann nur noch die Ablehnung des gesamten Rechtsakts erfolgen bzw. die Ermächtigung für die Zukunft widerrufen werden. Judikativ können delegierte Rechtsakte wie reguläre Rechtsakte mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden.

1. Verfahrensrechtliche Kontrollmöglichkeiten der Legislative

Ein delegierter Rechtsakt wird im vereinfachten Verfahren erlassen. Die hierzu anwendbaren, etwas spärlichen Vorgaben des Art. 290 AEUV werden durch den Anhang der nicht verbindlichen interinstitutionellen Vereinbarung über bessere Rechtsetzung⁸⁵ ergänzt. Wesentliche Kernpunkte des vereinfachten Verfahrens sind, dass die EU-Kommission im Vorfeld des Erlasses zwar beteiligte Organe konsultieren muss, aber der delegierte Rechtsakt automatisch in Kraft tritt.

Der Gesetzgeber (EU-Parlament und Rat) kann die Übertragung ferner unter Bedingungen stellen. Art. 290 Abs. 2 AEUV stellt insofern einen abschließenden Instrumentkasten dar, der dem Gesetzgeber zur Verfügung steht. Sofern er dies in der Ermächtigung vorsieht, kann er das Inkrafttreten also auch durch Erhebung von Einwänden verhindern, Art. 290 Abs. 2 lit. b) AEUV. Der Gesetzgeber muss dem delegierten Rechtsakt also nicht ausdrücklich zustimmen. Teil dieser Beschleunigung ist auch, dass etwaige inhaltliche Änderungswünsche nur im Konsultationsverfahren geltend gemacht werden können. Nachdem die EU-Kommission nach der Konsultation den delegierten Rechtsakt an das EU-Parlament und den Rat übermittelt, kann der Einwand nur noch gegen den delegierten Rechtsakt als Ganzes und nicht mehr gegen einzelne inhaltliche Regelungen erhoben werden. Für Einwände gegen die in dieser Studie untersuchte

⁸³ Vgl. zur Verwendungspraxis von Erwägungsgründen im Kontrast zu ihrer rechtsdogmatischen Bedeutung kritisch: *den Heijer/van Os van den Abeelen/Maslyka*, On the Use and Misuse of Recitals in European Union Law (August 30, 2019). Amsterdam Law School Research Paper No. 2019-31, Amsterdam Center for International Law No. 2019-15.

⁸⁴ Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 57.

⁸⁵ Interinstitutionelle Vereinbarung über bessere Rechtsetzung, Abl. EU 2016 L 123, S. 1.

Wasserstoff-Delegierte-Verordnung durch EU-Parlament und Rat gemäß Art. 35 Abs. 7 EE-RL ist eine Frist von zwei Monaten vorgesehen, die um weitere zwei Monate verlängert werden kann⁸⁶. Diese grundsätzliche Fristenregelung ist auch in der Novelle nicht verändert worden.

Ein delegierter Rechtsakt kann vom EU-Parlament nur mit absoluter Mehrheit und vom Rat nur mit qualifizierter Mehrheit abgelehnt werden (Art. 290 Abs. 2 lit. b AEUV, Art. 16 Abs. 4 Vertrag über die Europäische Union (EUV)⁸⁷).

Ex ante besteht weiterhin eine Steuerungsmöglichkeit über die Dauer der Befugnisübertragung („Wirkungsdauer“), da der Gesetzgeber diese entweder unbegrenzt, zeitlich begrenzt mit Verlängerungsmöglichkeit sowie zeitlich befristet ohne Verlängerungsmöglichkeit festlegen kann⁸⁸. Die Befugnisübertragung an die EU-Kommission im Falle der Erneuerbare-Energien-Richtlinie war etwa auf fünf Jahre ab dem 24. Dezember 2018 begrenzt und wäre damit Ende 2023 auslaufen (Art. 35 Abs. 2 S. 1 EE-RL). Die Delegation soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers allerdings stillschweigend um weitere fünf Jahre verlängern, sofern das EU-Parlament oder der Rat nicht spätestens drei Monate vor Ablauf der Frist widersprechen (Art. 35 Abs. 2 S. 3 EE-RL). Die EU-Kommission hatte EU-Parlament und Rat bereits um Verlängerung aller in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie vorgesehenen Befugnisse zum Erlass delegierter Rechtsakte über den derzeitigen Fünfjahreszeitraum hinaus ersucht⁸⁹. Diese Vorgehensweise zur Delegationsverlängerung entspricht der liberal gehandhabten Praxis⁹⁰. Durch die Novellierung ist nun in Art. 35 Abs. 2 EE-RL die

Befugnisübertragung ab dem 20. November 2023 für fünf Jahre festgelegt, so dass ohnehin keine Unterbrechung der Befugnisübertragung stattfindet. An den Verlängerungsregeln wird im Übrigen festgehalten.

Neben der Möglichkeit des Einwands und der zeitlichen Begrenzung ist eine weitere gesetzgeberische Kontrolle nach Erlass eines delegierten Rechtsakts nur durch Widerruf der Ermächtigungsgrundlage für die Zukunft (Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV) oder durch Aufhebung des bereits erlassenen delegierten Rechtsakts per Gesetzgebungsakt möglich. Diese Kontrollfunktion wird allerdings dadurch eingeschränkt, dass auch für den Widerruf beim Rat die qualifizierte Mehrheit und beim EU-Parlament die Mehrheit seiner Mitglieder erforderlich ist. Bislang war auch die Möglichkeit des Widerrufs der Ermächtigungsgrundlage nur von theoretischer Relevanz, da diese Möglichkeit weder vom Rat noch vom EU-Parlament genutzt wurde⁹¹.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass zwar Instrumente zur gesetzgeberischen Kontrolle bestehen, deren Anwendung aber bislang wenig praktische Beispiele findet. Dies dürfte mindestens in Teilen an den primärrechtlich vorgegebenen hohen Mehrheitshürden liegen.

2. Judikative Kontrolle

Die judikative Kontrolle von delegierten Rechtsakten ist durch Erhebung der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV möglich, obschon Individualklagen nur in Ausnahmefällen zulässig sein dürften, da es meist an der erforderlichen unmittelbaren

⁸⁶ Von dieser Möglichkeit hat das EU-Parlament am 23.02.2023 Gebrauch gemacht, <https://webgate.ec.europa.eu/regdel/#/delegatedActs/2093>.

⁸⁷ Vertrag über die Europäische Union, Abl. EU Nr. C 326, 26.10.2012, S. 13.

⁸⁸ Vgl. hierzu *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 50-52 m. w. N.

⁸⁹ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Ausübung der Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte, die der Kommission gemäß der Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen übertragen wurde, 24.04.2023, COM(2023) 204 final, S. 3.

⁹⁰ Bis Mai 2019 hat sich das EU-Parlament in keinem Fall gegen die stillschweigende Erneuerung der

Befugnisübertragung ausgesprochen; vgl. *Remáč*, EPRS-Studie, Parliamentary scrutiny of the European Commission: Implementation of Treaty provisions, 2019, S. 79, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etu-des/STUD/2019/631748/EPRS_STU\(2019\)631748_EN.pdf#page=74](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etu-des/STUD/2019/631748/EPRS_STU(2019)631748_EN.pdf#page=74).

⁹¹ Im Zeitraum 2010-2019 hat das EU-Parlament nur 10-mal, der Rat 3-mal Einwände erhoben. Ein Widerruf einer Ermächtigung ist nicht erfolgt, vgl. *Remáč*, EPRS-Studie, Parliamentary scrutiny of the European Commission: Implementation of Treaty provisions, S. 76., [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etu-des/STUD/2019/631748/EPRS_STU\(2019\)631748_EN.pdf#page=74](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etu-des/STUD/2019/631748/EPRS_STU(2019)631748_EN.pdf#page=74).

Betroffenheit fehlen dürfte⁹². Angegriffen werden kann dabei inzident auch die Rechtmäßigkeit des Basisrechtsakts (Art. 277 AEUV). Nichtigkeit liegt insbesondere dann vor, wenn der delegierte Rechtsakt sich außerhalb der Ermächtigungsgrundlage bewegt, also mehr oder etwas anderes regelt als vorgesehen, oder die Ermächtigungsgrundlage zu unbestimmt ist und damit die Anforderungen an eine Ermächtigung nicht erfüllt. Die Nichtigkeit tritt grundsätzlich ex tunc und automatisch ein. Allerdings behält sich der EuGH die ausschließliche Befugnis zur Feststellung dieser Rechtsfolge („Verwerfungsmonopol“) vor⁹³.

In formeller Hinsicht lässt sich für die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung daher bereits konstatieren: Durch ihr Inkrafttreten haben ihre Regelungen solange Fortbestand, bis der Gesetzgeber entweder im regulären Gesetzgebungsverfahren eine Neuregelung trifft oder der EuGH gegebenenfalls dessen Nichtigkeit erklärt. Beides wären langwierige Prozesse, sodass selbst im Falle der Rechtswidrigkeit eines delegierten Rechtsakts allein in zeitlicher Hinsicht die Wirkungskraft der Delegierten Verordnung nicht unterschätzt werden sollte. Alternativ könnte auch die EU-Kommission im vereinfachten Verfahren Änderungen vornehmen; die Entscheidungshoheit dazu obliegt aber allein ihr. Angesichts der erheblichen Verzögerungen im bisherigen Erlass der Delegierten Verordnung können an der praktischen Bedeutung dieser Änderungsmöglichkeit aber zumindest Zweifel bestehen.

V. Ergebnis

- ▶ Delegierte Rechtsakte sind Teil des EU-Tertiärrechts und können bestimmte, nicht wesentliche Vorschriften des ermächtigenden Basisrechtsakts ergänzen oder ändern. Sie werden verwendet, um Detailregelungen eines Rechtsakts aus dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren herauszunehmen und eine schnelle und flexible Regelung durch die EU-Kommission zu ermöglichen.

- ▶ Delegierte Verordnungen haben wie reguläre Verordnungen unmittelbare Geltung. Wenn die Ermächtigungsgrundlage novelliert wird, bestehen Anwendungsunsicherheiten über den Fortbestand der delegierten Verordnungen. Je nach Fallkonstellation können delegierte Verordnungen dann entweder weiter bestehen, aufgehoben werden oder müssen geändert werden. Daher ist es wichtig, dies im ermächtigenden Rechtsakt klar zu regeln.
- ▶ Der Gesetzgeber muss bei der Delegation sicherstellen, dass die Ermächtigungsgrundlage hinreichend bestimmt ist und keine wesentliche Regelungsmaterie delegiert wird. Ob eine Materie wesentlich ist, hängt vom Einzelfall ab und ist nicht immer leicht zu bestimmen. In politisch relevanten Bereichen gilt daher ein besonders hoher Sorgfaltsmaßstab, um die Einhaltung des Wesentlichkeitsvorbehalts zu gewährleisten. Dies minimiert auch das Risiko, dass die EU-Kommission die Grenzen der Befugnisübertragung überschreitet.
- ▶ Delegierte Rechtsakte werden im vereinfachten Verfahren erlassen. Im Verfahren können inhaltliche Änderungen im Rahmen der Konsultation angeregt werden. Nach Erlass kann der Gesetzgeber nur noch den Rechtsakt als Ganzes angreifen. Ex post ist die Aufhebung eines delegierten Rechtsakts durch EU-Parlament oder Rat nur unter hohen Voraussetzungen möglich. Sofern auf dem Klageweg die Nichtigkeit des Rechtsakts festgestellt wird, behält sich der EuGH ein Verwerfungsmonopol vor.

⁹² Vgl. hierzu *Gundel*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 4, 1. Aufl. 2017, Art. 290 AEUV Rn. 26.

⁹³ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 57.

C. Die Anrechenbarkeit von erneuerbarem Wasserstoff im Verkehrsbereich nach Erneuerbare-Energien-Richtlinie und Wasserstoff-Delegierte-Verordnung

In diesem Kapitel sollen die Regelungen für die Anrechenbarkeit von erneuerbarem Wasserstoff und zu deren Produktion eingesetzter erneuerbarer Elektrizität bei der Erfüllung des Verkehrsziels nach Art. 25 Abs. 1 EE-RL im Einzelnen vorgestellt und sich ergebende rechtliche Fragen und Inkonsistenzen diskutiert werden. Dafür werden die Anrechnungsvorgaben in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie in der bis zum 19. November 2023 geltenden Fassung und die dahinterstehende Systematik genauer beleuchtet (I.). Im Anschluss wird unter II. die am 10. Juli 2023 in Kraft getretene Wasserstoff-Delegierte-Verordnung der EU-Kommission vorgestellt, welche weiter ausformulierte, konkrete Anrechnungsvorgaben enthält und auf der oben genannten Fassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie beruht (II.). Hierauf aufbauend wird für einzelne Regelungen in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung geprüft, ob und wenn ja, inwieweit diese möglicherweise den durch die Erneuerbare-Energien-Richtlinie gesteckten Ermächtigungsrahmen überschreiten (III.).

I. Anrechnungsvorgaben in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie

Für die Bestimmung des Anteils erneuerbaren Stroms, der für die Produktion von Wasserstoff eingesetzt wird und hierauf angerechnet werden soll, ist bei der Erfüllung des Verkehrsziels zu unterscheiden zwischen „der Grundregel“ in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 4 EE-RL und den „Ausnahmeregeln“ in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 und 6 EE-RL bei Direktbezug bzw. Netzbezug.

1. Grundregel, Art. 27 Abs. 3 UAbs. 4 EE-RL

Art. 27 Abs. 3 UAbs. 4 EE-RL regelt, welcher Anteil der für die Produktion von Wasserstoff genutzten erneuerbaren Elektrizität im Grundsatz als erneuerbar angerechnet werden darf („Grundregel“). Danach wird zur Bestimmung des anrechenbaren EE-Anteils der zwei Jahre vor dem fraglichen Jahr ermittelte durchschnittliche Anteil der Elektrizität aus erneuerbaren Quellen in dem Land herangezogen, in dem der Wasserstoff erzeugt wurde. Beträgt der EE-Anteil in diesen zwei Jahren beispielsweise durchschnittlich 40 Prozent, so kann nach der Grundregel 40 Prozent des zur Wasserstoff-Produktion genutzten Stroms als erneuerbar im Rahmen der Wasserstoff-Produktion angerechnet werden.

2. Ausnahmeregeln, Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 und 6 EE-RL

Die für die Wasserstoffproduktion genutzte erneuerbare Elektrizität ist unter bestimmten Voraussetzungen auch vollständig anrechenbar („Ausnahmeregeln“, vgl. Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 und 6 EE-RL). Hierfür unterscheidet die Erneuerbare-Energien-Richtlinie zwischen Strom, der aus einer Direktleitung bezogen worden ist und Strom aus dem Netz. Einige Regeln hierzu finden sich bereits in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 und 6 EE-RL selbst. Wie oben bereits dargelegt, sieht Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL aber vor, dass die EU-Kommission detailliertere Kriterien zur Einhaltung der Anforderungen von Unterabsatz 5 und 6 durch die Wirtschaftsteilnehmer mittels eines delegierten Rechtsakts festlegt (dazu sogleich unter II.).

a) Ausnahme für Direktbezug, Unterabsatz 5

Bei einem Strombezug über eine Direktleitung macht Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 EE-RL folgende Vorgaben für eine vollständige Anrechenbarkeit:

„Hingegen kann Elektrizität, die aus einer direkten Verbindung mit einer erneuerbaren Elektrizität erzeugenden Anlage stammt und die für die Produktion von flüssigen oder gasförmigen erneuerbaren Kraftstoffen für den Verkehr nicht biogenen Ursprungs eingesetzt wird, in vollem Umfang als erneuerbare Elektrizität angerechnet werden, wenn die Anlage

a) nach oder gleichzeitig mit der Anlage den Betrieb aufnimmt, die flüssige oder gasförmige erneuerbare Kraftstoffe für den Verkehr nicht biogenen Ursprungs produziert, und

b) nicht an das Netz angeschlossen ist oder zwar an das Netz angeschlossen ist, die betreffende Elektrizität aber nachweislich bereitgestellt wird, ohne Elektrizität aus dem Netz zu entnehmen.“

Nach den beiden kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen muss erstens die EE-Anlage nach oder gleichzeitig mit der Wasserstoff-Produktionsanlage den Betrieb aufgenommen haben (Ausprägung des sog. Elements der „Zusätzlichkeit“)⁹⁴ und, für den Fall, dass die EE-Anlage an das Netz angeschlossen ist, zweitens die Elektrizität nachweislich bereitgestellt werden, ohne dass Elektrizität aus dem Netz genommen wird.

b) Ausnahme für Netzbezug, Unterabsatz 6

Die Anforderungen bei der Verwendung von Netzstrom sind in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL geregelt:

„Aus dem Netz entnommene Elektrizität kann in vollem Umfang als erneuerbare Elektrizität⁹⁵ angerechnet werden, wenn sie ausschließlich mittels erneuerbarer Energiequellen produziert wurde und

nachweislich die Eigenschaften erneuerbarer Energie aufweist sowie etwaige sonstige entsprechende Kriterien erfüllt, sodass sichergestellt ist, dass ihre Eigenschaften als erneuerbare Energie nur einmal und nur in einem Endverbrauchssektor geltend gemacht werden.“ (Fußnote nicht im Original).

Für die vollständige Anrechenbarkeit von Netzstrom sind in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL also die folgenden drei kumulativen Voraussetzungen geregelt:

Die Elektrizität wurde 1. „ausschließlich mittels erneuerbarer Energiequellen produziert“, weist 2. „nachweislich die Eigenschaften erneuerbarer Energie“ auf und erfüllt 3. zur Sicherstellung, dass die EE-Eigenschaft nur einmal geltend gemacht wird „etwaige sonstige entsprechende Kriterien“.

3. Ermächtigungsgrundlage für Konkretisierung der Anforderungen, Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL

Aus den einzelnen Voraussetzungen ergibt sich nicht genau, wie diese eingehalten werden können. Konsequenterweise ist in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL vorgegeben, dass die EU-Kommission die Anforderungen nach Unterabsatz 5 und 6 durch einen delegierten Rechtsakt (also die „Wasserstoff-Delegierte-Verordnung“) ergänzt. Der mögliche Inhalt und das Ausmaß der seitens der EU-Kommission zulässigen Konkretisierung der Regelung (vgl. B.III.3.) ist jedoch auslegungsbedürftig. Dies wird nachfolgend näher diskutiert.

Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL lautet wie folgt:

„Die Kommission erlässt bis zum 31. Dezember 2021 im Einklang mit Artikel 35 einen delegierten Rechtsakt, um diese Richtlinie durch die Einführung einer gemeinsamen europäischen Methode, in der detaillierte Vorschriften zur Einhaltung der Anforderungen von Unterabsatz 5 und 6 dieses Absatzes durch

⁹⁴ Siehe zum Zusätzlichkeitsbegriff unten C. I. 3. c).

⁹⁵ Vgl. dazu oben unter A. III. 2. die Ausführungen zu anderen Sprachfassungen der Erneuerbare-Energien-Richtlinie, die nicht auf „erneuerbare Elektrizität“,

sondern nur auf eine Anrechnung als „erneuerbar“ abstellen.

Wirtschaftsteilnehmer festgelegt werden, zu ergänzen.“

Dem Wortlaut nach ist die Ermächtigung wohl so zu verstehen, dass allein auf eine Konkretisierung von Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 und 6 EE-RL abgestellt wird. Der Satzteil „Einführung einer gemeinsamen europäischen Methode“ bezieht sich dem Wortlaut nach lediglich auf die in den Unterabsätzen 5 und 6 beschriebenen Fälle. Demnach ist der von der EU-Kommission mittels delegiertem Rechtsakt zu konkretisierende Gegenstand auf die Ergänzung der Regelungen in den Unterabsätzen 5 und 6 begrenzt.

Während der genaue Inhalt der Ermächtigungsgrundlage in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL in Bezug auf die Regelungen in Unterabsatz 5 klar bestimmbar ist, ist dies hinsichtlich Unterabsatz 6 nicht der Fall. Vielmehr bedarf es hier der Auslegung.

a) Auslegung von Unterabsatz 6 (Netzbezug) anhand der Intention des Richtliniengebers

Allein aus dem Wortlaut der Regelungen in Unterabsatz 6 ergibt sich nicht genau, welchen exakten Gestaltungsspielraum die EU-Kommission beim Erlass des delegierten Rechtsakts hat. Auch eine Auslegung anhand der Intention des Richtliniengebers führt, wie sich zeigen wird, nicht zu eindeutigen Ergebnissen.

Bei der weiteren Auslegung von Unterabsatz 6 ist insbesondere fraglich, inwieweit die Vorgaben in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL im Lichte von Erwägungsgrund 90 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie auszulegen sind⁹⁶. Im Falle einer Einbeziehung würde Erwägungsgrund 90 den Inhalt der Ermächtigungsgrundlage mit abstecken. Insofern müsste sich die EU-Kommission bei der Ausgestaltung des delegierten Rechtsakts auch an die Ausführungen in dem Erwägungsgrund halten.

In Erwägungsgrund 90 finden sich umfassende Erwägungen dazu, wie genau Wasserstoff produziert werden sollte, damit der hierbei eingesetzte Strom aus dem Netz als erneuerbar angerechnet werden kann:

„[...] Damit erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs tatsächlich zur Senkung der Treibhausgasemissionen beitragen, sollte bei der Kraftstoffproduktion Elektrizität aus erneuerbaren Quellen eingesetzt werden. Für den Fall, dass die verwendete Elektrizität aus dem Netz bezogen wird, sollte die Kommission durch delegierter Rechtsakte ein zuverlässiges Unionsverfahren entwickeln. Mit dem Verfahren sollte sichergestellt werden, dass die Stromproduktionsanlage, mit der der Produzent einen bilateralen Vertrag über den Bezug von erneuerbarem Strom geschlossen hat, zeitlich und geografisch mit der Kraftstoffproduktion korreliert. Beispielsweise sollten erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs nicht als uneingeschränkt erneuerbar angerechnet werden, wenn sie zu einer Zeit produziert werden, in der die unter Vertrag genommene Einheit zur Erzeugung erneuerbarer Elektrizität gar keinen Strom erzeugt. In einem weiteren Beispiel sollten Kraftstoffe bei einem Engpass im des Elektrizitätsnetzes nur dann uneingeschränkt als erneuerbar angerechnet werden können, wenn sich sowohl die Stromerzeugungs- als auch die Kraftstoffproduktionsanlage auf der gleichen Seite des Engpasses befinden. Außerdem sollte es ein Element der Zusatzlichkeit geben, das heißt, der Kraftstoffproduzent trägt zusätzlich zur Nutzung erneuerbarer Quellen oder zu deren Finanzierung bei.“ (sprachliche Fehler „durch delegierter Rechtsakte“; „im des Elektrizitätsnetzes“ im Original).

Es ist nicht eindeutig, ob die Erwägungen in Erwägungsgrund 90 als „Konkretisierungen“ der Vorgaben in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL anzusehen sind oder – in Teilen – nicht mehr vom Wortlaut in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL gedeckt sind und insofern über diesen hinausgehen. Im letzteren Fall wäre Erwägungsgrund 90 nicht (vollständig) zur Auslegung von Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL heranzuziehen: Erwägungsgründe eines Gemeinschaftsrechtsakts sind rechtlich nicht verbindlich. Daher ist für deren Einbeziehung bei der Auslegung einer Rechtsnorm ein gewisser

⁹⁶ Erwägungsgründe beinhalten Begründungen des europäischen Gesetzgebers zum Richtlinienentwurf und werden mit der Richtlinie gemeinsam veröffentlicht;

siehe zur Bedeutung von Erwägungsgründen bei der Auslegung von Rechtsnormen bereits oben B. III. 3.

Anknüpfungspunkt im Gesetz zu fordern. Grundsätzlich sollte dafür aus der Ermächtigungsgrundlage selbst geschlossen werden können, dass ein in einem Erwägungsgrund dargestellter Aspekt von der Delegation umfasst ist. Eine Sichtweise, wonach Erwägungsgründe ohne einen solchen Anknüpfungspunkt einzubeziehen sind, würde zu ernstlichen Zweifeln dahingehend führen, ob den Bestimmtheitsanforderungen an die Delegation genüge getan wäre⁹⁷.

Nachfolgend wird untersucht, ob solche Anknüpfungspunkte für die in Erwägungsgrund 90 ausformulierten und in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung aufgenommenen Kriterien zu Korrelation und Zusätzlichkeit in der Ermächtigungsgrundlage in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 und 7 EE-RL selbst bejaht werden können.

b) Vorschriften für zeitliche und geografische Korrelation

In Erwägungsgrund 90 sind verschiedene Anforderungen an den zur Wasserstoffproduktion genutzten Strom aufgeführt, sofern der Strom über das Netz bezogen wird.

Unter anderem soll die Stromproduktions-einheit, mit der der Produzent einen bilateralen Vertrag über den Bezug von erneuerbarem Strom geschlossen hat 1. „zeitlich“ und 2. „geografisch“ mit der Kraftstoffproduktion korrelieren. Es sind also Kriterien zur „zeitlichen Korrelation“ sowie auch zur „geografischen Korrelation“ aufgeführt.

Diese Erwägungen zur zeitlichen und geografischen Korrelation müssten einer Voraussetzung in Unterabsatz 6 zugeordnet werden können.

Es kommt am ehesten in Betracht anzunehmen, dass die Erwägungen die Voraussetzung in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL konkretisieren, wonach der Strom „nachweislich die Eigenschaft erneuerbarer Energie“ aufweisen muss⁹⁸. Jedenfalls weniger „passend“ erscheint es, durch Erwägungsgrund 90 eine Konkretisierung von den anderen beiden Voraussetzungen in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL zu sehen, wonach der Strom aus erneuerbaren Quellen produziert worden sein muss und zudem sichergestellt sein muss, dass die Eigenschaften als

erneuerbare Energie nur einmal und nur in einem Endverbrauchssektor geltend gemacht werden.

Insbesondere die zeitliche Korrelation zwischen Stromerzeugung und Stromverbrauch könnte als eine Konkretisierung über den Nachweis des Einsatzes von EE-Strom anzusehen sein. So ist es nachvollziehbar, einen gewissen zeitlichen Zusammenhang zwischen EE-Stromproduktion (bzw. Netzeinspeisung) und -verbrauch zu fordern, damit der verbrauchte Strom noch der produzierenden EE-Anlage zugeordnet werden kann. Je größer der zeitliche Abstand zwischen Stromproduktion und -verbrauch ist, desto weniger dürfte sich dementsgegen argumentieren lassen, dass die verbrauchte Strommenge auf den in der EE-Anlage erzeugten EE-Strom zurückzuführen ist und dessen „Eigenschaft erneuerbarer Energie“ aufweist. Auch hinsichtlich der geografischen Korrelation könnte vertreten werden, dass der Nachweis der erneuerbaren Eigenschaft nur dann gegeben ist, wenn sich die Stromproduktionsanlage und die Wasserstoffproduktionsanlage in einem gewissen geografischen Zusammenhang zueinander befinden; und etwa eine netztechnische Verbindung und dabei die (rechtliche) Möglichkeit jedenfalls zur bilanziellen Durchleitung von Strommengen besteht.

Zudem zeigen die Ausführungen in Erwägungsgrund 90, dass der Gesetzgeber Regelungen zur zeitlichen und geografischen Korrelation wollte. Vor diesem Hintergrund kann ein solches – weitgehendes – Regelungsverständnis in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL gut vertretbar angenommen werden.

Allerdings scheint nach dem Wortlaut in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL auch eine Auslegung möglich, wonach „lediglich“ die Art der Nachweiserbringung über die EE-Stromeigenschaft adressiert wird. Hierfür spricht, dass gemäß Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL eine Anrechnung der Elektrizität zulässig ist, wenn diese „nachweislich die Eigenschaften erneuerbarer Energie aufweist“. Durch die Verwendung der Wörter „nachweislich“ und „aufweist“ wird insbesondere die Pflicht zum Nachweis der erneuerbaren Eigenschaft betont. Demnach wäre eine Konkretisierung des

⁹⁷ Vgl. hierzu B. III. 3.

⁹⁸ Siehe zu den Vorgaben oben C. I. 2. b).

Nachweisverfahrens (etwa Regeln über den Abschluss eines Vertrags über den Bezug von erneuerbarer Elektrizität oder über die Nutzung von Herkunftsnachweisen), nicht hingegen der (materiell-rechtlichen) Kriterien für die Bestimmung der EE-Eigenschaft des Stroms selbst vorzunehmen.

Im Ergebnis lässt sich festhalten: Es sprechen gute Gründe dafür, dass Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL auch eine Regelung spezifischer Vorgaben zur zeitlichen und geografischen Korrelation durch einen delegierten Rechtsakt zulässt oder gar selbst enthält. Ganz eindeutig ist diese Auslegung jedoch nicht.

c) Vorgaben zum Zusätzlichkeitskriterium

Nach Erwägungsgrund 90 „sollte“ es auch ein Element der Zusätzlichkeit geben, wonach der Kraftstoffproduzent „zusätzlich zur Nutzung erneuerbarer Quellen oder zu deren Finanzierung“ beiträgt. Die Verwendung des Begriffs „sollte“ suggeriert zunächst ein gewisses Ermessen. Hierbei ist aber zu beachten, dass in Erwägungsgründen von europäischen Richtlinien im Regelfall der Terminus „sollte“ (anstelle von „muss“) benutzt wird. Insofern kann allein aus der Verwendung des Wortes „sollte“, nicht geschlussfolgert werden, dass der EU-Kommission in Bezug auf die Regelung von Zusätzlichkeitskriterien ein „Ermessen“ zugestanden wird.

Dennoch stellt sich auch hier die Frage, ob eine Zusätzlichkeitsregelung in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL überhaupt angelegt ist (welche dann durch Auslegung im Sinne von Erwägungsgrund 90 konkretisiert wäre).

Die Grundidee der Zusätzlichkeit ist in diesem Zusammenhang, dass der für die Wasserstoffproduktion benötigte erneuerbare Strom für den Verkehrssektor nicht einfach aus dem Elektrizitätssektor (oder einem anderen Sektor) „abgezweigt“ werden soll, sondern dass die neue Nachfrage durch zusätzliche Kapazitäten gedeckt wird. Dies kann in erster Linie durch Schaffung neuer EE-Produktionskapazitäten erreicht

werden. Demnach stellt das Kriterium der Zusätzlichkeit maßgeblich auf diesen Beweggrund ab.

Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL regelt eine Vorgabe zum Nachweis, dass in einer Wasserstoff-Produktionsanlage EE-Strom genutzt worden ist. Diese Regelung bezieht sich also auf die Nutzung von EE-Strommengen bei einem konkreten Wasserstoff-Produktionsprozess. Es erscheint fraglich, ob eine solche Vorgabe Ausdruck einer – die Stromproduktion in den Blick nehmenden – Zusätzlichkeitsregelung sein kann und als Anknüpfungspunkt für die diesbezüglichen Erwägungen in Erwägungsgrund 90 dienen kann. Auch hinsichtlich der weiteren Vorgabe in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL, wonach der Strom mittels erneuerbarer Energiequellen produziert worden sein muss, ist unklar, ob hier ein Zusammenhang zu einer Zusätzlichkeitsanforderung gesehen werden kann. Wie zuvor dargelegt, bezieht sich die Zusätzlichkeit auf die Schaffung von EE-Produktionskapazitäten (insbesondere durch Errichtung neuer Anlagen) und damit nicht auf Anforderungen für die in einer Anlage eingesetzten erneuerbaren Energiequellen.

Trotz dieser Bedenken sprechen aber auch gewichtige Argumente dafür, dass ein Zusätzlichkeitskriterium auch in Unterabsatz 6 angelegt ist und der Erwägungsgrund 90 auch diesbezüglich für die Auslegung von Unterabsatz 6 herangezogen werden kann. Es finden sich nämlich an verschiedenen Stellen in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie Vorgaben zur Zusätzlichkeit im Verkehrssektor⁹⁹.

So wird nicht nur in Erwägungsgrund 90, sondern auch ausdrücklich für den Direktbezug in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a) EE-RL darauf verwiesen, dass für erneuerbare Elektrizität, die für die Produktion von erneuerbarem Wasserstoff genutzt wird, das Zusätzlichkeitsprinzip zu berücksichtigen ist, sofern dieser vollständig auf das Verkehrsziel angerechnet werden soll. Auch in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 3 EE-RL ist bei der unmittelbar für die Elektromobilität bereitgestellten erneuerbaren Elektrizität geregelt,

⁹⁹ Siehe etwa Art. 27 Abs. 3 EE-RL; vgl. bzgl. strombasiertem Wasserstoff auch KOM, Pressemitteilung, 13.02.2023, Fragen und Antworten, Frage 3: „[...] ist es von entscheidender Bedeutung, den Strombedarf für die Wasserstoffherzeugung durch zusätzlichen Strom

aus erneuerbaren Quellen zu decken.“; https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_23_595.

dass die EU-Kommission „einen Rahmen für die Zusätzlichkeit im Verkehrssektor“ erarbeitet. Darüber hinaus wird in Erwägungsgrund 87 zur Erneuerbare-Energien-Richtlinie die Bedeutung des Zusätzlichkeitskriteriums für den Verkehrssektor hervorgehoben:

„Es sollten Möglichkeiten in Erwägung gezogen werden, mit denen sichergestellt werden kann, dass die neue Nachfrage nach Elektrizität im Verkehrssektor durch zusätzliche Kapazitäten zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen gedeckt wird.“

Aus dieser vielfachen Bezugnahme auf die Zusätzlichkeit kann geschlussfolgert werden, dass der europäische Gesetzgeber beim Einsatz von Strom im Verkehrsbereich grundsätzlich Zusätzlichkeitskriterien berücksichtigen wollte. Demnach ist es naheliegend, Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL so auszulegen, dass dort bereits aufgrund der allgemeinen gesetzgeberischen Wertung für ein Zusätzlichkeitserfordernis auch für den Netzbezug ein Zusätzlichkeitskriterium „im Lichte von Erwägungsgrund 90“ verankert ist. So ist auch kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, warum das Kriterium der Zusätzlichkeit für direkt bezogenen Strom nach Unterabsatz 5, nicht jedoch für über das Netz bezogenen Strom nach Unterabsatz 6 gelten soll.

Für ein weites Verständnis der Ermächtigungsgrundlage spricht im Übrigen auch, dass der EU-Kommission gemäß Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL die Einführung „einer gemeinsamen europäischen Methode“ zur Festlegung der Unterabsätze 5 und 6 aufgegeben wird. Die Verwendung des Begriffs „gemeinsame europäische Methode“ impliziert die Festlegung eines umfassenden Regelungskonzepts und spricht eher dafür, der EU-Kommission einen entsprechend großen Gestaltungsspielraum zuzubilligen.

Nach alledem erscheint die Sichtweise, wonach in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL im Grundsatz auch die Regelung eines Zusätzlichkeitskriteriums umfasst und damit Erwägungsgrund 90 auch diesbezüglich bei der Auslegung der Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden kann, naheliegend, rechtlich aber auch nicht „zwingend“. Die Folge einer anderen Auslegung wäre

unter anderem, dass Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL keine Ermächtigung zur Regelung eines Zusätzlichkeitskriteriums enthielte. Insoweit wäre Erwägungsgrund 90 dann auch bei der Rechtmäßigkeitsprüfung der Ermächtigungsgrundlage der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung nicht zu berücksichtigen.

II. Anforderungen nach der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung

Die auf Grundlage der zuvor erörterten Ermachtigungsgrundlage erlassene Wasserstoff-Delegierte-Verordnung enthält nach ihrem Artikel 1

„detaillierte Vorschriften für die Feststellung, wann Strom, der für die Erzeugung flüssiger oder gasförmiger erneuerbarer Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs für den Verkehr verwendet wird, als vollständig erneuerbar betrachtet werden kann.“

Sie adressiert dabei primär die Kraftstoffherzeuger und legt die genauen Kriterien fest, damit die in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie festgelegten Anforderungen von diesen rechtssicher erfüllt werden können. Die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung schafft damit – in Bezug auf die Anrechnung auf das Verkehrsziel – einen EU-weiten einheitlichen Rahmen für die Wasserstoff-Produktion, bei dem erneuerbarer Strom genutzt wird. Darüber regelt sie auch das Verhältnis zwischen Kraftstoffherzeugern und Kraftstoffanbietern (die nach Art. 25 Abs. 1 EE-RL einen Mindestanteil an erneuerbarer Energie sicherstellen müssen) indem sie ein Nachweissystem etabliert (siehe dazu unter 3.).

Die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung folgt in ihrem Aufbau der Systematik in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie, in der grundlegend zwischen Strom, der über eine Direktleitung bezogen wird (1.) und

solchem Strom, der über das Netz bezogen wird (2.) unterschieden wird¹⁰⁰.

Die Varianten für den grünen Strombezug

RED II	Grundsatz Strommix EE-Anteil entsprechend Strommix der letzten zwei Jahre im Mitgliedstaat (Art. 25 Abs. 3 UAbs. 4 RED II)				
DA-Varianten (vollständige Anrechenbarkeit)	Direktleitung (Art. 3 DA)	Netzbezug (Art. 4 DA)			
		Direktbezug Keine Netzverbindung der EE-Anlage oder Netzverbindung mit Messsystem; anteiliger Netzbezug zulässig Zusätzlichkeit	Hoher EE-Anteil EE-Anteil in Gebotszone über 90%, Berechnung anhand EE-Produktion in Mitgliedstaat; Nutzung für RFNBO aber in Höhe des EE-Anteils begrenzt	Netz geringer Emissionen (unter 18 g CO₂ Äq/MJ) Abschluss eines „EE-PPA“ (außer Biomasse); hier auch Bestandsanlagen Zeitliche Korrelation Geograf. Korrelation	Redispatch Redispatch von EE-Anlagen und Stromentnahme, wodurch sich Notwendigkeit der Maßnahme entsprechend verringert

Zusätzlichkeit: Inbetriebnahme der EE-Anlage max. 36 Monate vor Ely; Erweiterung von Ely 36 Monate nach Inbetriebnahme zulässig

Zusätzlichkeit Plus: Grds. keine Förderung der EE-Anlage (Betriebs- oder Investitionsbeihilfen); Zusätzlichkeit und Zusätzlichkeit Plus gelten erst ab 2038, sofern Inbetriebnahme des Ely vor 2028 (Übergangsregelung bei Netzbezug)

Zeitliche Korrelation: EE-Stromerzeugung und -verbrauch in demselben Kalendermonat, ab 01.01.2030 in derselben Stunde (Vorziehen ab 01.07.2027 durch Mitgliedstaaten möglich); **oder:** Strompreis max. 20 Euro/MWh oder weniger als das 0,36-Fache des Preises für ETS-Zertifikate

Geografische Korrelation: EE-Anlage und Ely befinden sich in derselben Gebotszone oder in verbundener Gebotszone mit geringerem oder gleichem Strompreis, oder mit verbundener Offshore-Gebotszone; Mitgliedstaaten können zusätzliche Standortkriterien einführen

Abbildung 2: Darstellung der verschiedenen Varianten in der Wasserstoff-DelVO für den Bezug von vollständig anrechenbarem Strom. Folie aus dem Webinar „Der delegierte Rechtsakt für grünen Wasserstoff“ der Stiftung Umweltenergierecht vom 7. März 2023

1. Vorgaben für Direktbezug, Art. 3 Wasserstoff-DelVO

Die Vorgaben beim Strombezug über eine Direktleitung sind vergleichsweise wenig umfangreich und beziehen sich im Wesentlichen auf die detailliertere Ausformulierung des Elements der Zusätzlichkeit, welches beim Direktbezug in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a) EE-RL bereits dem Wortlaut nach verankert ist („nach oder gleichzeitig“)¹⁰¹. Nach Art. 3 UAbs. 1 lit. b) Wasserstoff-DelVO ist Voraussetzung für eine vollständige Anrechnung der zur Wasserstoff-Produktion genutzten erneuerbaren Elektrizität, dass die EE-Anlage den Betrieb nicht früher als 36 Monate vor der Wasserstoff-Produktionsanlage aufgenommen hat. Im Falle einer Erweiterung der Wasserstoff-Produktionsanlage am selben Standort gilt die zusätzliche Kapazität als Teil der bestehenden Anlage, sofern diese spätestens 36

Monate nach der ursprünglichen Wasserstoff-Produktionsanlage in Betrieb genommen worden ist.

Zudem darf gemäß Art. 3 UAbs. 1 lit. c) Wasserstoff-DelVO die EE-Anlage nicht an das Netz angeschlossen sein oder es muss durch ein intelligentes Messsystem, das alle Stromflüsse aus dem Netz misst, sichergestellt sein, dass kein Strom aus dem Netz entnommen wurde, um Wasserstoff zu erzeugen. Damit wird Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 EE-RL konkretisiert. Schließlich wird in Art. 3 UAbs. 2 Wasserstoff-DelVO klargestellt, dass ein Strombezug aus dem Netz neben dem Bezug über eine Direktleitung grundsätzlich zulässig ist.

2. Vorgaben für Netzbezug, Art. 4 Wasserstoff-DelVO

Im Falle des Strombezugs über das Netz sind die Vorgaben in der Wasserstoff-

¹⁰⁰ Siehe zu einzelnen Auslegungsfragen, EU-Kommission, Q&A implementation of hydrogen delegated acts, Version vom 26. Juli 2023; ein tiefergehender Einblick in die Regelungen der Wasserstoff-DelVO findet sich in Kisker/Buchmüller, Wann ist Wasserstoff grün? – Die Strombezugs-kriterien für die Erzeugung von

erneuerbarem Wasserstoff im delegierten Rechtsakt der Europäischen Kommission nach Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 RED II, Schriftenreihe Interdisziplinäre Energieforschung des ITE Heft, Nr. 9, 05 – 2023, S. 10 ff.

¹⁰¹ Siehe hierzu oben C. I. 2. a).

Delegierte-Verordnung komplexer als beim Direktbezug. Zur Erfüllung der Anforderung durch die Kraftstofferzeuger unterscheidet die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung in Artikel 4 zwischen vier verschiedenen Varianten, unter deren Voraussetzungen zur Wasserstoff-Produktion verwendeter Strom vollständig auf das EE-Ziel für den Verkehrsbereich angerechnet werden kann.

Nachfolgend werden wichtige Vorgaben der einzelnen Varianten überblickartig dargestellt:

- ▶ **„EE-Netz“:** Aus dem Netz zur Wasserstoff-Produktion bezogener Strom kann grundsätzlich dann vollständig als erneuerbar angerechnet werden, wenn der durchschnittliche Anteil an EE-Strom in der Gebotszone im vorangegangenen Jahr mehr als 90 Prozent betragen hat. Die Wasserstoff-Erzeugung darf aber eine Höchstzahl von Stunden nicht überschreiten, die im Verhältnis zum Anteil des EE-Stroms in der Gebotszone festgelegt wird (Art. 4 Abs. 1 Wasserstoff-DelVO).
- ▶ **„Netz niedriger Emissionen“:** Sofern die Bedingungen nach Art. 4 Abs. 1 Wasserstoff-DelVO nicht erfüllt sind, können Kraftstofferzeuger Strom aus dem Netz als vollständig erneuerbar anrechnen, wenn sich die Wasserstoff-Produktionsanlage in einer Gebotszone befindet, in der die Emissionsintensität von Strom unter 18 g CO₂-Äq./MJ liegt. Die Emissionsintensität wird gemäß Art. 4 Abs. 2 lit b) Wasserstoff-DelVO entsprechend der in der Methodologie-Delegierte-Verordnung festgelegten Methode berechnet. Zusätzliche Voraussetzung ist jedoch, dass ein Vertrag über die Lieferung von EE-Strom nicht biogenen Ursprungs geschlossen worden ist (Power Purchase Agreement – PPA) und zudem die Vorgaben zur zeitlichen Korrelation gemäß Art. 6 Wasserstoff-DelVO und zur geografischen Korrelation gemäß Art. 7 Wasserstoff-DelVO erfüllt sind:
 - ▶ Art. 6 Wasserstoff-DelVO sieht vor, dass die zeitliche Korrelation innerhalb einer Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2029 jedenfalls dann als erfüllt gilt, wenn der Wasserstoff innerhalb desselben Kalendermonats erzeugt wird, wie der zur Produktion genutzte Strom oder der Strom innerhalb desselben Kalendermonats hinter dem Netzverknüpfungspunkt der RNFB-Produktionsanlage oder der EE-Anlage eingespeichert worden ist. Ab dem Jahr 2030 müssen die Bedingungen nicht mehr innerhalb eines Kalendermonats, sondern deutlich verkürzt innerhalb einer Stunde eingehalten werden.
- ▶ Alternativ gilt die zeitliche Korrelation auch dann erfüllt, wenn der Strompreis bestimmte Referenzpreise unterschreitet (vgl. Art. 6 UAbs. 3 Wasserstoff-DelVO).
- ▶ Das Erfordernis der geografischen Korrelation in Art. 7 Abs. 1 Wasserstoff-DelVO sieht vor, dass sich die EE-Anlage und die Wasserstoff-Produktionsanlage grundsätzlich in derselben Gebotszone befinden müssen (Art. 7 Abs. 1 lit. a) Wasserstoff-DelVO). Die EE-Anlage kann sich aber auch in einer verbundenen Gebotszone befinden, sofern der Strompreis dort mindestens so hoch ist wie in der Gebotszone, in der sich die Wasserstoff-Produktionsanlage befindet (Art. 7 Abs. 1 lit. b) Wasserstoff-DelVO). Schließlich darf die EE-Anlage auch in einer verbundenen Offshore-Gebotszone liegen (Art. 7 Abs. 1 lit. c) Wasserstoff-DelVO).
- ▶ **„Netzengpass“:** Nach Art. 4 Abs. 3 Wasserstoff-DelVO kann erneuerbarer Wasserstoff auch dann als vollständig erneuerbar angerechnet werden, wenn der zur Produktion genutzte Strom aus dem Netz entnommen worden ist, während ein abwärts gerichteter Redispatch von Stromerzeugungsanlagen, in denen erneuerbare Energiequellen genutzt werden, gemäß Artikel 13 der Verordnung (EU) 2019/943 stattfand und durch den Stromverbrauch die Notwendigkeit des Redispatch um eine entsprechende Menge verringert worden ist.
- ▶ **„Power Purchase Agreement (PPA)“:** Eine vollständige Anrechnung ist schließlich gemäß Art. 4 Abs. 4 Wasserstoff-DelVO dann zulässig, wenn ein PPA geschlossen worden ist, die vertraglich vereinbarte Strommenge zumindest äquivalent zu der Strommenge ist, die als vollständig erneuerbar beansprucht wird und diese Strommenge tatsächlich auch in der EE-Anlage produziert wurde.

Ferner darf die hinter dem PPA stehende EE-Anlage den Betrieb nicht früher als 36 Monate vor der Wasserstoff-Produktionsanlage aufgenommen haben (Element der „Zusätzlichkeit“). Eine Erweiterung der Wasserstoff-Produktionsanlage ist bei Netzbezug innerhalb von 36 Monaten nach der Inbetriebnahme der Anlage möglich. Darüber hinaus darf die EE-Anlage grundsätzlich keine staatlichen Betriebs- oder Investitionsbeihilfen erhalten haben, außer in der Zeit bevor eine Anlage im Sinne von Art. 2 Nr. 5 Wasserstoff-DeLVO neu in Betrieb genommen („Repowered“) worden ist. Von besonderer Bedeutung ist hierbei, dass für vorstehende Vorgaben gemäß Art. 11 Wasserstoff-DeLVO eine Übergangsregelung vorgesehen ist. Hiernach gelten beim Netzbezug die Vorgaben zur Zusätzlichkeit sowie auch das Beihilfenverbot bis zum 1. Januar 2038 nicht, sofern die Wasserstoff-Produktionsanlage vor dem 1. Januar 2028 in Betrieb genommen worden ist.

Weiter müssen die schon zuvor bei der Variante „Netz niedriger Emissionen“ beschriebenen Vorgaben der zeitlichen Korrelation (Art. 6 Wasserstoff-DeLVO) sowie der geografischen Korrelation (Art. 7 Wasserstoff-DeLVO) eingehalten worden sein.

3. Nachweispflichten des Kraftstofferzeugers und Konformitätsbescheinigung

Nach Art. 8 Wasserstoff-DeLVO müssen die Kraftstofferzeuger zuverlässige Informationen vorlegen um nachzuweisen, dass alle Anforderungen der Artikel 3 bis 7 erfüllt sind. Die Nachweispflichten beziehen sich dabei auf

- ▶ die Strommenge, die für die Erzeugung von erneuerbarem Wasserstoff für den Verkehr verwendet wird¹⁰² (lit. a);
- ▶ die Menge des erneuerbaren Stroms, der von den Anlagen zur Erzeugung von erneuerbarem Strom erzeugt wird, unabhängig davon, ob die Anlagen direkt an einen Elektrolyseur angeschlossen sind

und ob der erneuerbare Strom für die Erzeugung von Wasserstoff für den Verkehr oder für andere Zwecke verwendet wird (lit. b);

- ▶ die Mengen an erneuerbarem und nicht erneuerbarem Wasserstoff für den Verkehr, die der Kraftstofferzeuger produziert hat (lit. c).

Um die Einhaltung der in den Artikeln 3-7 Wasserstoff-DeLVO festgelegten Kriterien im Einklang mit Artikel 8 nachzuweisen, können die Kraftstofferzeuger gemäß Art. 9 Abs. 1 Wasserstoff-DeLVO nationale oder internationale freiwillige Systeme nutzen, sofern diese von der EU-Kommission anerkannt wurden. Solche Nachweissysteme erleichtern das Verhältnis zwischen dem Kraftstofferzeuger und dem jeweiligen Kraftstoffanbieter, der seinerseits den erzeugten erneuerbaren Wasserstoff zur Erfüllung seiner Verpflichtung nach Art. 25 Abs. 1 EE-RL einsetzt. Denn den Mitgliedstaaten ist es nach Art. 9 Abs. 2 Wasserstoff-DeLVO untersagt, die Kraftstoffanbieter zu verpflichten, weitere Nachweise für die Einhaltung der in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung festgelegten Kriterien vorzulegen.

III. Mögliche Überschreitungen der Ermächtigung durch die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung

Es sprechen einige Argumente dafür, dass einzelne Regelungen der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung über den Regelungsinhalt der Ermächtigungsgrundlage in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL hinaus gehen. Dies gilt auch bei einer Auslegung unter Einbeziehung von Erwägungsgrund 90¹⁰³. Sofern die EU-Kommission beim Erlass der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung über die ihr übertragene Befugnis hinausgegangen ist, könnte gerichtlich eine (Teil-)Nichtigkeit der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung festgestellt werden¹⁰⁴. Die Rechtslage ist hier allerdings auch nicht eindeutig, sodass unterschiedliche Sichtweisen vertretbar sind. Nachfolgend soll auf einzelne Regelungen zum Zusätzlichkeitskriterium

¹⁰² Die Kraftstofferzeuger müssen dabei genau aufschlüsseln, welche Strommengen aus Direktleitungen und/oder aus dem Netz verwendet wurden.

¹⁰³ Vgl. zur Einbeziehung von Erwägungsgrund 90 bei der Auslegung oben C. I. 3.

¹⁰⁴ Siehe hierzu B. IV. 2.

eingegangen werden, bei denen eine Überschreitung der Ermächtigung möglich erscheint.

1. Zusätzlichkeit bei Strombezug über Direktleitung

Insbesondere in Bezug auf die Regelung zur Zusätzlichkeit bei Strombezug über eine Direktleitung in Art. 3 UAbs. 1 lit. b) Wasserstoff-DelVO ist es zweifelhaft, ob diese noch mit der Ermächtigung in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL vereinbar ist. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

In Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a) EE-RL ist geregelt, dass über eine Direktleitung bezogener Strom nur dann vollständig als erneuerbar angerechnet werden darf, wenn die EE-Anlage

„nach oder gleichzeitig mit der Anlage den Betrieb aufnimmt, die flüssige oder gasförmige erneuerbare Kraftstoffe für den Verkehr nicht biogenen Ursprungs produziert“.

In der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung ist in Art. 3 lit. b) dementsprechend geregelt, dass bei Strombezug über eine Direktleitung die EE-Anlage nicht früher als 36 Monate vor der Wasserstoff-Produktionsanlage den Betrieb aufnehmen darf. Damit weicht die Regelung in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung von dem Wortlaut in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a) EE-RL im Hinblick auf die Zusätzlichkeitsanforderung deutlich ab¹⁰⁵.

Die EU-Kommission begründet die Regelung in Erwägungsgrund 8 zur Wasserstoff-Delegierte-Verordnung damit, dass es im Zuge von Planung und Bau von EE-Anlagen häufig zu erheblichen Verzögerungen komme. So könnte argumentiert werden, dass deshalb ein gewisser zeitlicher Spielraum bei der Inbetriebnahme der Anlagen sachlich gerechtfertigt ist¹⁰⁶. Allerdings wird die EU-Kommission in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL nur dazu ermächtigt, die Vorgaben

in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 EE-RL zu ergänzen. Eine Befugnis zur Änderung der Regelungen ist in der Ermächtigungsgrundlage gerade nicht enthalten.

Doch auch für den Fall, dass die Gewährung eines gewissen Spielraums im Grundsatz von der Ermächtigungsgrundlage in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a) EE-RL als gedeckt angesehen wird, sprechen gute Argumente dafür, dass dieser mit Art. 3 UAbs. 1 lit. b) Wasserstoff-DelVO überdehnt wäre. Denn angesichts des eindeutigen Wortlauts von Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a) EE-RL käme, wenn überhaupt, lediglich eine „geringfügige“ zeitliche Abweichung der Inbetriebnahmen in Betracht. Eine Abweichung von 36 Monaten erscheint vor diesem Hintergrund aber nicht mehr als nur „geringfügig“, sondern umfasst einen wirtschaftlich und technisch relevanten Zeitraum der Gesamtbetriebsdauer einer EE-Anlage.

Zudem vergrößert sich die gewährte Abweichung der Inbetriebnahmedaten noch bei Berücksichtigung von Art. 3 UAbs. 1 lit. b) Wasserstoff-DelVO. Hierin ist geregelt, dass eine Erweiterung der Wasserstoff-Produktionsanlage als Teil der bestehenden Anlage gilt (und faktisch das Inbetriebnahmedatum übernimmt), wenn die Erweiterung innerhalb von 36 Monaten nach der Inbetriebnahme der ursprünglichen Anlage erfolgt. Durch diese Regelung könnten Teile der Wasserstoff-Produktionskapazitäten insgesamt bis zu 72 Monate nach der EE-Anlage in Betrieb genommen werden.

Schließlich ist in Bezug auf vorstehende Erwägungen auch die Modernisierungsklausel in Art. 2 Nr. 5 Wasserstoff-DelVO in den Blick zu nehmen. Mit der Modernisierungsklausel existiert die Möglichkeit, Strom zu nutzen, der in einer bereits seit längerem existierenden „Bestandsanlage“ erzeugt worden ist. Voraussetzung hierfür ist, dass diese Bestandsanlage modernisiert („Repowered“) worden ist und die Modernisierungskosten mehr als 30 Prozent der Kosten betragen, die für die Errichtung der

¹⁰⁵ Die Ausführungen im Erwägungsgrund 90 beziehen sich auf den Netzbezug, sodass für eine Auslegung der Regelungen für den Strombezug über eine Direktleitung auf den Erwägungsgrund 90 nicht zurückgegriffen werden kann.

¹⁰⁶ Bei der Ausübung der übertragenen Befugnisse muss die EU-Kommission die wesentlichen Elemente

des Ermächtigungsakts in vollem Umfang beachten. Eine Abweichung wäre also nur möglich, wenn man diese Vorgabe als nicht-wesentlich betrachtet, vgl. EuGH. Ur. v. 11.05.2017, C-44/16 P, Dyson Ltd, Rn. 65.

Gesamtanlage erforderlich wären. In diesem Falle gilt die EE-Anlage als „neu in Betrieb genommen“. Inwiefern eine solche „Inbetriebnahmefiktion“ von der Vorgabe in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a) EE-RL zur gleichzeitigen Inbetriebnahme von EE-Anlage und Wasserstoff-Produktionsanlage gedeckt ist, erscheint ebenfalls nicht eindeutig und wäre noch einmal gesondert zu vertiefen.

Auch wenn unklar bleibt, aus welchem Grund diese „strenge“ Zusätzlichkeitsregelung (allein) für über eine Direktleitung gelieferten Strom gilt, bestehen angesichts des eindeutigen Wortlauts von Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a) EE-RL im Ergebnis ernsthafte Zweifel daran, dass Art. 3 UAbs. 1 lit b) Wasserstoff-DeIVO noch von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist.

2. Zusätzlichkeitserfordernis beim Netzbezug

Es ist zudem nicht eindeutig, ob sich die Regelungen zur Zusätzlichkeit beim Netzbezug in Art. 5 in Verbindung mit Art. 11 Wasserstoff-DeIVO vollumfänglich innerhalb der durch die Erneuerbare-Energien-Richtlinie gesteckten Grenzen bewegen. In diesem Zusammenhang sind verschiedene Aspekte getrennt voneinander zu beleuchten¹⁰⁷.

a) Zulässigkeit der Regelung in Art. 5 lit. a) Wasserstoff-DeIVO?

Nach Art. 5 lit. a) Wasserstoff-DeIVO darf die EE-Anlage – in Entsprechung zur Regelung beim Direktbezug – nicht früher als 36 Monate vor der Wasserstoff-Produktionsanlage in Betrieb genommen worden sein. Für diese Regelung ist eine andere Bewertung vorzunehmen als für die Regelung bei Direktbezug in Art. 3 UAbs. 1 lit. b) Wasserstoff-DeIVO. Art. 5 lit. a) Wasserstoff-DeIVO dürfte mit den Vorgaben der Ermächtigung in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL im Zusammenspiel mit Erwägungsgrund 90 wohl im Einklang stehen.

Wie bereits unter I. 3. c) ausgeführt, enthält Erwägungsgrund 90 ein

Zusätzlichkeitskriterium bei Strombezug aus dem Netz. Allerdings sind die dortigen Zusätzlichkeitsanforderungen weniger „strenge“ als beim Direktbezug formuliert (nach Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a) EE-RL muss bei Direktbezug die EE-Anlage gleichzeitig oder nach der Wasserstoff-Produktionsanlage den Betrieb aufnehmen)¹⁰⁸. Eine Anwendung dieser Regelung auch auf den aus dem Netz bezogenen Strom scheint angesichts des eindeutigen Wortlauts von Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a) EE-RL fernliegend. Vielmehr wird in Erwägungsgrund 90 lediglich gefordert, dass der Kraftstoffproduzent „zusätzlich“ zur Nutzung erneuerbarer Quellen oder zu deren Finanzierung „beiträgt“. Wie genau die Regelung auszugestaltet ist, bleibt offen. Insofern dürfte der EU-Kommission ein gewisser Gestaltungsspielraum zukommen.

Die Regelung in Art. 5 lit. a) Wasserstoff-DeIVO dürfte – ungeachtet des eingeräumten Spielraums bei den Inbetriebnahmen von EE-Anlage und Wasserstoff-Produktionsanlage – dazu beitragen, dass mit dem Aufbau von Wasserstoff-Produktionskapazitäten auch zusätzliche EE-Anlagen errichtet werden. Insofern sprechen die besseren Argumente dafür, dass beim Netzbezug ein zeitliches Auseinanderfallen der Inbetriebnahme von EE-Anlage und Wasserstoff-Produktionsanlage von 36 Monaten (nebst Erweiterungsmöglichkeit der Wasserstoff-Produktionsanlage von weiteren 36 Monaten) noch im Einklang mit der Ermächtigungsgrundlage steht.

b) Zulässigkeit der Übergangsbestimmung in Art. 11 Wasserstoff-DeIVO?

Schließlich ist nicht eindeutig, ob die Übergangsbestimmung in Art. 11 Wasserstoff-DeIVO mit seiner (weitreichenden) Ausnahmeregelung vom Zusätzlichkeitserfordernis noch von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist. Nach der Übergangsbestimmung müssen Wasserstoff-Produktionsanlagen die Vorgaben der Zusätzlichkeit bis zum 1. Januar 2038 nicht einhalten, sofern sie vor dem 1. Januar 2028 in Betrieb genommen werden.

¹⁰⁷ Zur Frage, inwieweit die Ermächtigungsgrundlage überhaupt ein Element der Zusätzlichkeit für über das Stromnetz bezogenen Strom enthält, siehe bereits oben ausführlich unter C. I. 3. a).

¹⁰⁸ Siehe oben C. I. 2. a).

Wie zuvor unter a) festgestellt, sind die Vorgaben zur Zusätzlichkeit beim Netzbezug weniger „streng“ als beim Direktbezug. Dennoch könnte für eine Überschreitung der Ermächtigungsgrundlage wie folgt argumentiert werden:

Wird Erwägungsgrund 90 zur Auslegung für den Inhalt und die Reichweite der Ermächtigungsgrundlage in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL herangezogen (vgl. oben I. 3.), muss dies insgesamt gelten und damit auch ein Element der Zusätzlichkeit in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung festgelegt werden. Auch wenn die EU-Kommission bei der genauen Ausgestaltung einen größeren Gestaltungsspielraum als beim Direktbezug hat, darf dies nicht dazu führen, dass (eine größere Anzahl von) Anlagen für einen beträchtlichen Zeitraum von jeglichem Zusätzlichkeitserfordernis ausgenommen werden. Dies könnte jedoch bei der Regelung in Art. 11 Wasserstoff-DeI VO der Fall sein. Denn für Anlagen, die in den Anwendungsbereich dieser Übergangsregelung fallen, muss – je nach genauem Datum der Inbetriebnahme – für mindestens 10 Jahre kein Zusätzlichkeitskriterium eingehalten werden. Ein Zeitraum von 10 Jahren dürfte einen relevanten Teil der durchschnittlichen Lebensdauer von Elektrolyseuren abdecken¹⁰⁹. Insofern könnte argumentiert werden, dass für diese Anlagen mit Art. 11 Wasserstoff-DeI VO keine hinreichenden Zusätzlichkeitsanforderungen festgelegt werden.

Zudem würde das Erfordernis überhaupt erst ab 2038 für alle gelten und damit erst 8 Jahre nach der Frist zur Erreichung der Zielvorgabe im Verkehrssektor für das Jahr 2030 gemäß Art. 25 Abs. 1 EE-RL. Gegenstand der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung ist aber gerade die Festlegung von Anrechnungsvoraussetzungen für genau diese Zielvorgabe. Die mit dem Kriterium der Zusätzlichkeit verbundenen Erwartungen, nämlich ein paralleler Ausbau von EE-Stromerzeugungskapazitäten und Wasserstoff-Produktionskapazitäten würden jedenfalls während der Markthochlaufphase

bei einer solchen Regelung nicht erfüllt. Dies könnte ebenfalls eher für eine Unzulässigkeit der Übergangsbestimmung sprechen.

Insofern bleibt festzuhalten, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Zusätzlichkeitskriteriums beim Netzbezug zwar ein Gestaltungsspielraum verbleibt. Die Übergangsregelung in Art. 11 Wasserstoff-DeI VO reduziert die Anforderungen jedoch so weitgehend, dass auch einige Argumente dafür sprechen, dass der mit der Ermächtigungsgrundlage aufgezeigte Gestaltungsspielraum hiermit überschritten sein könnte.

IV. Ergebnis

- ▶ Bei der Wasserstoff-Produktion ist im Grundsatz der Strom als erneuerbar anrechenbar, der dem durchschnittlichen EE-Stromanteil im Produktionsmitgliedstaat entspricht (Art. 27 Abs. 3 UAbs. 4 EE-RL). Für die Berücksichtigungsfähigkeit des gesamten zur Wasserstoff-Produktion eingesetzten Stroms sind weitere Voraussetzungen einzuhalten. Zur Konkretisierung dieser Voraussetzungen enthält Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL eine Ermächtigung für den Erlass eines delegierten Rechtsakts. Hiervon hat die EU-Kommission mit der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung Gebrauch gemacht.
- ▶ Die Ermächtigungsgrundlage bildet den rechtlichen Maßstab für den zulässigen Inhalt eines delegierten Rechtsakts. Die EU-Kommission darf einen delegierten Rechtsakt also nur insoweit erlassen, als dessen Regelungen von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt sind. Eine Auslegung der Ermächtigungsgrundlage in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL führt jedoch nicht zu einem eindeutigen Ergebnis darüber, welche Vorgaben die Ermächtigungsgrundlage genau macht. Dies führt zu Rechtsunsicherheiten.

¹⁰⁹ So wird in *Smolinka/Günther/Garche*, Stand und Entwicklungspotenzial der Wasserelektrolyse zur Herstellung von Wasserstoff aus regenerativen Energien, NOW-Studie, Kurzfassung des Abschlussberichts, Redaktionsstand 22. Dezember 2010 (Revision 1 vom 5. Juli 2011), für die technisch vergleichsweise ausgereifte alkalische Elektrolyseure (AEL) ausgeführt, dass eine

Generalüberholung in der Regel alle 7 bis 12 Jahre vorzunehmen ist. Die Stacks „mit Kunststoffdiaphragmen“ erreichen eine Lebensdauer von „über“ 50.000 Betriebsstunden (was einem (fiktiven) Dauerbetrieb von knapp 6 Jahren entspräche), S. 12 der NOW-Studie.

- ▶ In Erwägungsgrund 90 zur Erneuerbare-Energien-Richtlinie werden umfassende inhaltliche Aussagen über den zu erlassenden delegierten Rechtsakt getroffen. Bei der Ausgestaltung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung hat sich die EU-Kommission umfassend auf Erwägungsgrund 90 gestützt. Es sprechen gute Gründe dafür, dass die Erwägungen in Erwägungsgrund 90 in die Auslegung der Ermächtigungsgrundlage einzubeziehen sind und damit den Inhalt der Ermächtigung „mitbestimmen“. Dies ist rechtlich aber nicht ganz eindeutig. Hier sind komplexe rechtliche Würdigungen vorzunehmen, die unterschiedliche Auffassungen zulassen.
- ▶ Die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung konkretisiert die Anforderungen für eine vollständige Anrechenbarkeit von zur Wasserstoff-Produktion genutzten EE-Strom, die von Kraftstoffherzeugern eingehalten werden müssen. Hinsichtlich der Anforderungen wird – wie in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie – zwischen direkt bezogenem und über das Netz bezogenem erneuerbarem Strom unterschieden.
- ▶ Für einzelne Regelungen der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung ist nicht eindeutig, ob sie noch von der Ermächtigungsgrundlage umfasst sind. Dies gilt auch bei einer Einbeziehung von Erwägungsgrund 90 in die Ermächtigungsgrundlage.

Diskutieren lässt sich dies insbesondere bei den Regelungen zur Zusätzlichkeit. Besonders zweifelhaft ist, ob sich der für den Direktbezug gewährte Spielraum bei der Zusätzlichkeitsanforderung noch innerhalb des von der Ermächtigung abgesteckten Rahmens bewegt. Es besteht also ein gewisses Risiko, dass einzelne Regelungen gerichtlich angegriffen werden und womöglich von einem Gericht deren (Teil-)Nichtigkeit festgestellt wird.

D. Änderungen in der novellierten Erneuerbare-Energien-Richtlinie für die zukünftige Nutzung von erneuerbarem Wasserstoff

Nach einem intensiven Trilogprozess, in dem eine Reihe von Regelungen bis zuletzt umstritten waren, haben sich EU-Parlament, Rat und EU-Kommission am 29. März 2023 auf einen finalen Text für die Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie geeinigt. Mit Inkrafttreten der Änderungsrichtlinie (EU) 2023/2413 am 20. November 2023 werden sich auch für den Einsatz von erneuerbarem Wasserstoff einige wichtige Änderungen ergeben. Nachfolgend sollen relevante Änderungen im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Wasserstoff und zu deren Produktion eingesetzter erneuerbarer Elektrizität bei der Erfüllung der Zielvorgaben in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (neu) vorgestellt werden (I.). Unter II. werden sodann spezifische Folgen der Erweiterung des Einsatzes von erneuerbarem Wasserstoff auch in anderen Sektoren als den Verkehrssektor diskutiert und rechtlich eingeordnet.

I. Inhalt der Einigung im Trilog

1. Erweiterung der Begriffsbestimmung erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs

Mit der Novelle wird die Definition des Begriffs RFNBO ausgeweitet. Nach der jetzigen Rechtslage ist der Anwendungsbereich von RFNBO gemäß der Begriffsdefinition in Art. 2 Nr. 36 EE-RL noch beschränkt auf den Verkehrssektor. Mit Inkrafttreten der Novelle wird der Begriff erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs in Art. 2 Abs. 2 Nr. 36 EE-RL (neu) neu definiert und die Beschränkung auf den Verkehrssektor gestrichen. Hiernach sind

erneuerbaren Energiequellen mit Ausnahme von Biomasse stammt“.

Mit Inkrafttreten der Novelle kann es sich also auch dann um erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs (und damit auch um erneuerbaren Wasserstoff) handeln, wenn der Kraftstoff in einem anderen Sektor als dem Verkehrssektor eingesetzt wird.

In einigen Regelungen der novellierten Fassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie wird anstelle des Begriffs „erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs“ der Begriff „erneuerbare Brennstoffe nicht biogenen Ursprungs“ verwendet (vgl. etwa Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1, Art. 27 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a) oder auch die Überschrift von Art. 29a EE-RL (neu)). Legaldefiniert ist lediglich der Begriff erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs in Art. 2 Abs. 2 Nr. 36 EE-RL (neu).

Allerdings sind die beiden Begriffe im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 36 EE-RL (neu) wohl identisch auszulegen. So sind in Art. 2 Abs. 2 Nr. 22a EE-RL (neu) „erneuerbare Kraftstoffe“ und „erneuerbare Brennstoffe“ einheitlich definiert und umfassen auch „erneuerbare Brennstoffe nicht biogenen Ursprungs“ (jedoch nicht ausdrücklich auch „erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs“). Darüber hinaus wird in der englischen Sprachfassung nicht zwischen diesen Begriffen unterschieden. Vielmehr wird dort einheitlich auf „renewable fuels“ abgestellt. Vor diesem Hintergrund dürfte es sich bei dieser begrifflichen Unterscheidung um eine (historische gewachsene) Eigenart der deutschen Sprachfassung ohne weitere rechtliche Auswirkungen handeln.

„erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs flüssige oder gasförmige Kraftstoffe, deren Energiegehalt aus

2. Quote für erneuerbare Brennstoffe nicht biogenen Ursprungs für die Industrie

Mit Art. 22a Abs. 1 UAbs. 5 EE-RL (neu) wird eine eigene gestaffelte Zielvorgabe für den Industriesektor eingeführt. Hiernach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass der Anteil von erneuerbaren Brennstoffen nicht biogenen Ursprungs (im Regelfall erneuerbarer Wasserstoff) an dem in der Industrie insgesamt verbrauchten Wasserstoff bis 2030 mindestens 42 Prozent und bis 2035 mindestens 60 Prozent beträgt. Bei der Berechnung des Wasserstoffverbrauchs sind sowohl energetische als auch nichtenergetische, also auch stoffliche Verbräuche einzubeziehen.

Der Wasserstoffeinsatz zur Produktion von konventionellen Verkehrskraftstoffen ist hingegen gemäß Art. 22a Abs. 1 UAbs. 5 lit a) (i) und lit. b) EE-RL (neu) nicht zu berücksichtigen. Hintergrund dieser Ausnahme ist wohl, dass erneuerbarer Wasserstoff gemäß Art. 25 Abs. 2 lit. a) (i) EE-RL (neu) bereits auf das Verkehrsziel anrechenbar ist, sofern dieser für die Produktion von konventionellen Kraftstoffen genutzt wird (siehe Erwägungsgrund 61 der Richtlinie (EU) 2023/2413 zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie). Ebenfalls von der Berechnung ausgenommen ist Wasserstoff, der aus industriellem Restgas gewonnen wird und sofern dieser bestimmte weitere Vorgaben erfüllt, sowie Wasserstoff, der in industriellen Anlagen als Nebenprodukt hergestellt oder aus Nebenprodukten gewonnen wird (vgl. Art. 22a Abs. 1 UAbs. 5 lit. a) (ii) und (iii) EE-RL (neu)).

Die Zielvorgabe für den Industriesektor kann von einem Mitgliedstaat unter den Voraussetzungen von Art. 22b Abs. 1 EE-RL (neu) um 20 Prozent im Jahr 2030 herabgesetzt werden. Hierfür muss

- der Mitgliedstaat auf Kurs zu dem sektorübergreifenden Ziel in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 EE-RL (neu) sein, welches zumindest gleichwertig ist zu den erwarteten nach Anhang II der Governance-Verordnung¹¹⁰ festzulegenden nationalen Beiträge zum Anteil an Energie aus erneuerbaren

Quellen am Bruttoendenergieverbrauch 2030; und

- der Anteil von Wasserstoff oder hieraus gewonnener Derivate aus fossilen Brennstoffen ist in dem Mitgliedstaat nicht größer als 23 Prozent im Jahr 2030 und 20 Prozent im Jahr 2035.

Inwieweit die Zielvorgabe für das Jahr 2035 angepasst werden kann, ist indes nicht geregelt.

3. Unterquote für den Verkehrssektor

Eine weitere wichtige Änderung ist die Einführung einer eigenen Zielvorgabe (Unterquote) für den Einsatz von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs im Verkehrssektor. So muss gemäß Art. 25 Abs. 1 lit. b) EE-RL (neu) im Jahr 2030 der Anteil von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs an der Energieversorgung des Verkehrs mindestens 1 Prozent betragen.

Zudem müssen gemäß Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EE-RL (neu) Mitgliedstaaten mit Seehäfen darauf hinwirken, dass der Anteil von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs an der Gesamtmenge der dem Seeverkehrssektor gelieferten Energie bis 2030 mindestens 1,2 Prozent beträgt. Eine solche sog. „indikative Zielvorgabe“ schafft für die Mitgliedstaaten jedoch kein rechtlich verbindliches Mengenziel.

4. Änderungen bei den Berechnungsregeln, Art. 27 EE-RL (neu)

Auch hinsichtlich der Regelungen in Art. 27 EE-RL zur Berücksichtigung von erneuerbarem Wasserstoff und von der zur Produktion eingesetzten erneuerbaren Elektrizität kommt es durch die Novelle der Erneuerbare-Energien-Richtlinie zu Änderungen. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass künftig klarer als nach der aktuellen Rechtslage der Anrechnungsgegenstand für die Zielvorgabe der erneuerbare

¹¹⁰ Verordnung (EU) 2018/1999 vom 11. Dezember 2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, Abl. EU Nr. L 328 v. 11.12.2018, S. 1.

Wasserstoff selbst und nicht die zur Produktion eingesetzte erneuerbare Elektrizität ist¹¹¹.

Darüber hinaus sind folgende Änderungen vorgesehen:

a) Änderung der Überschrift von Artikel 27

Mit der Novelle wird die Überschrift von Artikel 27 geändert. Während in der bis zum Inkrafttreten der Änderungsrichtlinie (EU) 2023/2413 gültigen Fassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie die Anwendung von Artikel 27 der Überschrift nach auf den Verkehrssektor beschränkt ist, heißt es in der novellierten Fassung:

„Berechnungsregeln für den Verkehr und im Hinblick auf erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs, unabhängig von ihrem Endverbrauch“ (Hervorhebungen nicht im Original).

Demnach sollen die Berechnungsregeln in Art. 27 EE-RL (neu) in Bezug auf erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs künftig für sämtliche Sektoren von Bedeutung sein. Welche rechtlichen Folgen sich hieraus aber genau ergeben, ist nicht ganz eindeutig und bedarf einer näheren Betrachtung (dazu sogleich unter II.).

b) Multiplikatoren für Anrechnung von erneuerbarem Wasserstoff

Die Zielvorgabe für den Verkehrssektor ist im Vergleich zum Kommissionsvorschlag¹¹² noch einmal umgestellt worden. Während ursprünglich eine (vollständige) Umstellung von der derzeit geltenden Quote für erneuerbare Kraftstoffe auf eine Treibhausgasminderungs-Quote vorgesehen war, soll nunmehr für die Mitgliedstaaten ein Wahlrecht bestehen, ob nach Art. 25 Abs. 1 lit. a) (i) EE-RL (neu) ein EE-Anteil von mindestens 29 Prozent bis 2030 erreicht oder aber gemäß Art. 25 Abs. 1 lit. a) (ii) EE-RL (neu) eine THG-Minderung bis 2030 von

mindestens 14,5 Prozent eingehalten werden muss.

Im Falle einer Berechnung des EE-Anteils soll – in systematischer Entsprechung zu den derzeitigen Regelungen – auf Multiplikatoren zurückgegriffen werden können. Das bedeutet, dass eine Energieeinheit nach Maßgabe eines spezifischen Faktors mehrfach auf die Zielvorgabe angerechnet werden darf. Mit der Novelle der Erneuerbare-Energien-Richtlinie werden weitere Multiplikatoren auch für erneuerbaren Wasserstoff eingeführt. So sind erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs, und damit auch erneuerbarer Wasserstoff, gemäß Art. 27 Abs. 2 lit. c) EE-RL (neu) grundsätzlich zweifach auf die Zielvorgaben anrechenbar. Erneuerbarer Wasserstoff, der im Flug- und Seeverkehr bereitgestellt wird, ist nach Art. 27 Abs. 2 lit. e) EE-RL (neu) mit dem Faktor 1,5 anrechenbar. Die Multiplikatoren finden gemäß Art. 27 Abs. 2 S. 1 EE-RL (neu) auch für die Unterquote für erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs in Art. 25 Abs. 1 lit. (b) EE-RL (neu) Anwendung.

Wird die Zielvorgabe in Bezug auf die erreichte THG-Minderung berechnet, werden die Multiplikatoren jedoch nicht angewendet. Stattdessen wird hierfür gemäß Art. 27 Abs. 1 lit. (a) (ii) EE-RL (neu) allein auf die mit dem erneuerbaren Wasserstoff erreichten Emissionseinsparungen abgestellt¹¹³.

c) Änderung des Regelungsortes und Ausweitung der Bezugnahme der Anrechnungsvoraussetzungen

Aufgrund von weiteren Änderungen und Ergänzungen in Art. 27 EE-RL (neu) werden die derzeit in Absatz 3 verorteten Regelungen zur Anrechenbarkeit der zur Wasserstoff-Produktion genutzten Elektrizität in den neuen Absatz 6 verschoben.

Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Anforderungen für die Anrechenbarkeit finden sich im Vergleich zur gegenwärtigen Fassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie keine umfassenden Änderungen.

¹¹¹ Siehe hierzu den „Hintergrund“ in A. III. 2.

¹¹² EU-Kommission, Änderungsvorschlag zur Erneuerbare-Energien-Richtlinie vom 14.07.2021, COM(2021) 557 final, S. 49 f.

¹¹³ Zu den verschiedenen Arten von Zielvorgaben (Quoten) und zur Systematik von Multiplikatoren siehe Hoffmann, Grüner Wasserstoff im Verkehrssektor: Ein Rundflug über aktuelle europarechtliche Entwicklungen, EnWZ 2022, S. 255 (256).

Allerdings wurde die Bezugnahme auf den Einsatz von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs für den Verkehr gestrichen und stattdessen die sektorübergreifende Definition von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs gemäß Art. 2 Abs. 2 Nr. 36 EE-RL (neu) übernommen.

Zudem bezieht sich Art. 27 Abs. 6 UAbs. 1 EE-RL (neu) ausweislich des Wortlauts – anders als Art. 27 Abs. 3 UAbs. 1 EE-RL – nicht mehr auf „die Zwecke“ von „Absatz 1“ und damit nicht mehr auf die Berechnungsregel für die Zielvorgabe für den Verkehrssektor. Stattdessen ist die Regelung nunmehr allgemeiner gefasst und erstreckt sich generell auf die Nutzung von Elektrizität für die Produktion von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs.

d) Einführung von Berichts- und bedingter Anpassungspflicht

Inhaltlich gänzlich neu ist die Regelung in Art. 27 Abs. 6 UAbs. 5 EE-RL (neu) zur Überprüfung und möglichen Anpassung der Unionsmethode zur vollständigen Anrechenbarkeit von zur Wasserstoff-Produktion genutzter Elektrizität:

„Bis zum 1. Juli 2028 legt die Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Bericht vor, in dem die Auswirkungen der gemäß dem Unterabsatz 4 festgelegten gemeinsamen Methode der Union bewertet werden, einschließlich der Auswirkungen der Zusätzlichkeit und der zeitlichen und geografischen Korrelation auf die Produktionskosten, die Einsparungen von Treibhausgasemissionen und das Energiesystem.“

In Art. 27 Abs. 6 UAbs. 6 EE-RL (neu) heißt es dazu weiter:

„In diesem Bericht der Kommission werden insbesondere die Auswirkungen auf die Verfügbarkeit und Erschwinglichkeit von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs für die Sektoren Industrie und Verkehr und auf die Fähigkeit der Union, ihre Ziele für erneuerbare

Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs zu erreichen, unter Berücksichtigung der Strategie der Union für importierten Wasserstoff und einheimischen Wasserstoff gemäß Artikel 22a bewertet und gleichzeitig der Anstieg der Treibhausgasemissionen im Wirtschaftszweig Elektrizitätserzeugung und im Energiesystem insgesamt minimiert. Stellt sich aufgrund des Berichts heraus, dass die Anforderungen nicht ausreichen, um eine ausreichende Verfügbarkeit und Erschwinglichkeit von erneuerbaren Kraftstoffen nicht-biologischen Ursprungs für die Sektoren Industrie und Verkehr zu sorgen, und dass sie nicht wesentlich zu Treibhausgasemissionseinsparungen, zur Integration des Energiesystems und zur Verwirklichung der für 2030 festgelegten Ziele der Union für erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs beitragen, so überprüft die Kommission die gemeinsame Methode der Union und erlässt erforderlichenfalls einen delegierten Rechtsakt gemäß Artikel 35, in dem sie die Methode durch die notwendigen Anpassungen der in den Unterabsätzen 2 und 3 des vorliegenden Absatzes festgelegten Kriterien ändert, um den Ausbau der Wasserstoffindustrie zu begünstigen.“

Demnach muss die EU-Kommission bis zum 1. Juli 2028 die Auswirkungen der gemeinsamen Methode zur vollständigen Anrechenbarkeit unter anderem in Bezug auf die Verfügbarkeit und Erschwinglichkeit von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs und damit auch von erneuerbaren Wasserstoff für Industrie und Verkehr untersuchen. Sofern sich ergibt, dass die EU-Ziele für 2030 für erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs so nicht erreicht werden, muss die EU-Kommission die Methode überprüfen und erforderlichenfalls die Anrechnungsvoraussetzungen durch einen (neuen) delegierten Rechtsakt anpassen. Diese erst im finalen Trilog in die Novelle eingebrachte Regelung könnte als Kompromiss über den Streit zwischen EU-Kommission und EU-Parlament zur Ausgestaltung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung gewertet werden¹¹⁴.

¹¹⁴ Für eine Zusammenfassung des Gesetzgebungsverfahrens siehe oben A. II. und zu den Implikationen für die Wasserstoff-DeIVO vgl. unten unter D. II. 2.

II. Folgen der Erweiterung des Anwendungsbereichs von Wasserstoff auf andere Sektoren

Nachfolgend soll auf die konkreten Folgen der Erweiterung des Anwendungsbereichs von erneuerbarem Wasserstoff auf alle Sektoren eingegangen werden. Zunächst wird unter 1. untersucht, ob die Anrechnungsvoraussetzungen in Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) künftig auch auf die – auch für andere Sektoren geltenden – anderen Zielvorgaben innerhalb der Erneuerbare-Energien-Richtlinie anzuwenden sind. Des Weiteren wird auf die Auswirkungen der Änderungen für die geltende Wasserstoff-Delegierte-Verordnung und etwaigen Anpassungsbedarf eingegangen (2.). Schließlich soll diskutiert werden, inwieweit die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung über die Erneuerbare-Energien-Richtlinie hinaus als Maßstab für andere Gesetze und Rechtsbereiche dienen kann (siehe hierzu unter 3.).

1. Ausweitung der Wasserstoff-Anforderungen für andere Zielvorgaben

Wie zuvor unter I. 1. und I. 4. a) dargestellt, wird mit Inkrafttreten der Änderungen der Erneuerbare-Energien-Richtlinie die Beschränkung auf den Verkehrssektor in der Definition von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs in Art. 2 Abs. 2 Nr. 36 EE-RL (neu) sowie in der Überschrift von Art. 27 EE-RL (neu) entfallen. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Frage, ob dies auch zur Folge hat, dass die Anrechnungsvoraussetzungen in Art. 27 EE-RL (neu) auch für die anderen in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie verankerten Zielvorgaben anzuwenden sind. Neben den Zielvorgaben für die Industrie und den Verkehrssektor wurde die in Art. 3 Abs. 1 EE-RL (neu) bereits bestehende sektorübergreifende („Gesamt“-)Zielvorgabe für den Einsatz von erneuerbaren Energien in der Union verschärft. Mit der Novelle wird dieses verbindliche EE-Ziel von derzeit mindestens 32 Prozent auf mindestens 42,5 Prozent im Jahr 2030 angehoben. Die Mitgliedstaaten müssen daher ihre

nationalen Beiträge zur gemeinsamen Zielerreichung ambitionierter festlegen und sollen sich darüber hinaus bemühen, gemeinsam ein EE-Ziel von mindestens 45 Prozent zu erreichen.

Im Ergebnis sprechen die deutlich besseren Argumente für eine solche Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu). Allerdings beinhalten die geänderten Regelungen gewisse rechtliche Unschärfen, welche zu Rechtsunsicherheiten führen könnten. Diese sollen sogleich aufgezeigt und diskutiert werden.

Bei der Anwendung auf andere Zielvorgaben wird entweder dazu ermutigt (im Falle sektorübergreifender Zielsetzungen) oder verbindlich vorgeschrieben (bei Industriezielvorgaben), auch in anderen Sektoren erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs zu verwenden. Der dabei anrechenbare erneuerbare Wasserstoff muss für eine teilweise Anrechnung gemäß den Vorschriften von Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) und für eine vollständige Anrechnung gemäß den Bestimmungen der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung hergestellt worden sein.

a) Auslegung des Wortlauts

Die Auslegung der einschlägigen Regelungen dem Wortlaut nach ergibt kein eindeutiges Ergebnis.

In Art. 27 EE-RL (neu) selbst ist nicht festgelegt, für welche Berechnungen genau (außerhalb des Verkehrssektors) die dortigen Regeln zu berücksichtigen sind. Auch aus dem Wortlaut der Überschrift ergibt sich dies nicht eindeutig, da lediglich allgemein auf „Berechnungsregeln“ abgestellt wird. Dennoch legt der Wortlaut der Überschrift von Art. 27 EE-RL (neu) nahe, die Regelung umfassend überall dort anzuwenden, wo es um die Bestimmung des Anteils erneuerbarer Energie geht und damit auch im Zusammenhang mit den anderen Zielvorgaben („*Berechnungsregeln [...] unabhängig von ihrem Endverbrauch*“). Überschriften können bei der Auslegung von Rechtsnormen berücksichtigt werden, da sie jedenfalls den Inhalt eines Artikels zusammenzufassen¹¹⁵.

¹¹⁵ Gemeinsames Handbuch zur Abfassung von Rechtsakten im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, 2018, S. 57 f.,

Es könnte aber wohl auch gegen eine Anwendbarkeit von Art. 27 EE-RL (neu) auf andere Zielvorgaben argumentiert werden. Es existieren nämlich zu den anderen Zielvorgaben jeweils eigene Berechnungsregeln (Art. 7 und 22a EE-RL (neu)) und dort finden sich keine Verweise auf Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu). Vielmehr wird allein auf die Anrechnung von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs abgestellt. Der Begriff erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs ist jedoch in Art. 2 Abs. 2 Nr. 36 EE-RL (neu) legaldefiniert. Hiernach handelt es sich um erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs, wenn der Energiegehalt aus erneuerbaren Energiequellen mit Ausnahme von Biomasse stammt. Weitere Anforderungen stellt Art. 2 Abs. 2 Nr. 36 EE-RL (neu) nicht auf. Insbesondere wird auch dort nicht auf Art. 27 EE-RL (neu) verwiesen. Die Einhaltung der (weitergehenden) Anforderungen an die zur Produktion verwendete Elektrizität in Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) ist für das Vorliegen von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs also nicht entscheidend. Insofern bedarf es für die Berechnung zu den anderen Zielvorgaben dem Wortlaut nach überhaupt keines Rückgriffs auf Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu).

b) Systematische Überlegungen

Die Berechnungsregeln zur Zielvorgabe für den Verkehrssektor in Art. 27 Abs. 1 und 2 EE-RL (neu) sind allerdings ähnlich wie die Regeln für die anderen Zielvorgaben ausgestaltet: Auch hier wird – jedenfalls nach den (veränderten) Regeln in der novellierten Erneuerbare-Energien-Richtlinie¹¹⁶ – für die Berechnungen zur Zielvorgabe letztlich auf den Energiegehalt der bereitgestellten Wasserstoff-Menge abgestellt. Zudem findet sich auch in Art. 27 Abs. 1 und 2 EE-RL (neu) kein Verweis auf Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu). Also ist ein Rückgriff auf die Regelungen in Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) für die praktische Anwendbarkeit der Berechnungsregeln zum Verkehrsziel ebenfalls nicht erforderlich. Dieser Umstand spricht zunächst dagegen, die Anwendbarkeit von Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) auf die anderen Zielvorgaben allein deshalb zu verneinen,

weil dort eigene (in sich konsistente) Berechnungsregeln existieren.

Auf der anderen Seite kann für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf das Industrieziel angeführt werden, dass in der Berichtspflicht nach Art. 27 Abs. 6 UAbs. 5 EE-RL (neu) auch auf die Verfügbarkeit und Bezahlbarkeit von erneuerbarem Wasserstoff für die Industrie Bezug genommen wird. Anderenfalls wäre eine solche Berichtspflicht im Zusammenhang mit Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) nicht zielführend. Schließlich wäre auch die Änderung der Überschrift von Artikel 27 ohne rechtliche Auswirkungen, sofern der Anwendungsbereich auf den Verkehrssektor beschränkt bliebe.

Dennoch existieren auch gesetzessystematische Argumente gegen eine Ausweitung der Anwendung von Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) auf die anderen Zielvorgaben. So bestehen – wie zuvor festgestellt – für die anderen Zielvorgaben in Art. 7 EE-RL (neu) und Art. 22a EE-RL (neu)) jeweils eigene Berechnungsregeln, die in sich schlüssig sind und nicht notwendigerweise eines Rückgriffs auf Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) bedürfen. Zudem befindet sich Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) in einem (nicht formal untergliederten) Teil der Erneuerbare-Energien-Richtlinie, in dem in mehreren Artikeln (Art. 25 bis 28) schwerpunktmäßig Regeln zum Verkehrssektor aufgeführt sind. Es ist daher aus systematischer Sicht überraschend, dass in Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) allgemeine Berechnungsregeln enthalten sind, die für alle Zielvorgaben in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie gelten. Es wäre stattdessen naheliegend gewesen, diese Regeln in einen „allgemeinen Teil“ vorzuziehen oder jedenfalls einen Verweis auf die anderen Zielvorgaben einzufügen (so etwa in Art. 26 Abs. 1 EE-RL (neu), der auf die Berechnungsregeln in Art. 7 EE-RL (neu) ausdrücklich verweist). Rechtlich notwendig ist eine solche Systematisierung von Gesetzen aber nicht. Insofern kann diese Erwägung letztlich nicht ausschlaggebend sein für die hier zu treffende Bewertung.

¹¹⁶ Siehe hierzu unter A. III. 2.

c) Gesetzgeberische Erwägungen und Sinn und Zweck

Die gesetzgeberischen Erwägungen und der Sinn und Zweck der Änderung der Überschrift von Artikel 27 sprechen für die Berücksichtigung von Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) bei der Berechnung für die anderen Zielvorgaben.

So heißt es in Erwägungsgrund 80 der Richtlinie (EU) 2023/2413 zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie:

„Da erneuerbare Brennstoffe nicht biogenen Ursprungs unabhängig von dem Wirtschaftszweig, in dem sie verbraucht werden, als Energie aus erneuerbaren Quellen anzurechnen sind, sollten die Regeln für die Ermittlung, ob es sich bei mit Elektrizität hergestellten Brennstoffen um erneuerbare Brennstoffe handelt, die bisher für derlei Kraftstoffe nur bei ihrem Verbrauch im Verkehr galten, unabhängig von dem Wirtschaftszweig, in dem sie verbraucht werden, auf alle erneuerbaren Brennstoffe nicht biogenen Ursprungs angewandt werden.“¹¹⁷

In der den Erwägungsgründen vorstehenden Begründung zum Kommissionsentwurf findet sich ebenfalls ein Hinweis auf die gewünschte Ausweitung des Anwendungsbereichs:

„Mit Artikel 1 Absatz 16 wird Artikel 27 Absatz 3 der RED II dahingehend geändert, dass“ [...] „die Bestimmungen über die Berechnung von aus Elektrizität gewonnenen erneuerbaren Kraft- oder Brennstoffen nicht biogenen Ursprungs unabhängig davon angewandt werden, in welchem Sektor diese Kraft- oder Brennstoffe verbraucht werden.“¹¹⁸

Mit Blick auf diese Erwägungen lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber die Ausweitung von Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) auf die anderen Zielvorgaben anstrebt.

d) Bewertung

Aus der Gesamtschau der vorstehenden Auslegung ergibt sich, dass die deutlich besseren Argumente für die Ausweitung der Anwendung von Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) auf die anderen Zielvorgaben innerhalb der Erneuerbare-Energien-Richtlinie sprechen. Insbesondere kommt der gesetzgeberische Wille für eine solche Ausweitung klar zum Ausdruck. Dennoch ist dieser Regelungsbefehl im Wortlaut nicht vollständig abgebildet. Auch ist die Regelungssystematik nicht konsistent und bietet Anknüpfungspunkte für rechtliche Unklarheiten. Insofern wäre es zur Erlangung von größerer Rechtsklarheit wünschenswert, die Anrechnungsvoraussetzungen in die Definition des Begriffs erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs in Art. 2 Abs. 2 Nr. 36 EE-RL (neu) – etwa durch Verweis – zu integrieren oder aber in den Zielvorgaben entsprechende Verweise aufzunehmen und somit die Anwendbarkeit klarzustellen.

So hätte der EU-Gesetzgeber für größere Klarheit im Hinblick auf Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) gesorgt, wenn er sich den neu eingefügten Art. 29a EE-RL (neu) zum Vorbild genommen hätte. Dieser regelt die Kriterien für die Berechnung von THG-Einsparungen und beschreibt den Anwendungsbereich der Vorgaben in seinem Absatz 1 ausdrücklich:

„Energie aus erneuerbaren Brennstoffen nicht biogenen Ursprungs wird auf die Anteile der Energie aus erneuerbaren Quellen der Mitgliedstaaten und die Zielvorgaben gemäß Artikel 3 Absatz 1, Artikel 15a Absatz 1, Artikel 22a Absatz 1 [sic!] Artikel 23 Absatz 1, Artikel 24 Absatz 4 und Artikel 25 Absatz 1 nur dann angerechnet, wenn die mit der Nutzung dieser Brennstoffe erzielten Treibhausgasemissionseinsparungen mindestens 70 % betragen.“ (Hervorhebungen nicht im Original).

¹¹⁷ Es ist zumindest missverständlich formuliert, dass die „renewable nature“ (erneuerbare Natur) von RFNBO vom Vorliegen der Anforderungen in Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) abhängig gemacht werden soll. Denn der Energiegehalt von RFNBO muss bereits nach der Definition in Art. 2 Abs. 2 Nr. 36 EE-RL (neu) aus erneuerbaren Energiequellen mit Ausnahme von

Biomasse stammen. Siehe zur rechtlichen Bedeutung von EE-Strom bei der RFNBO-Produktion oben A. III.

¹¹⁸ Vgl. EU-Kommission, Vorschlag zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001 vom 14.07.2021, COM(2021) 557 final, S. 16.

2. Ausblick: Was passiert mit der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung?

Wenn aber der Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 6 EE-RL auf andere Sektoren ausgeweitet wird – welche Auswirkungen hat dies auf die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung? Die jetzige Wasserstoff-Delegierte-Verordnung ist explizit aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage geschaffen worden, mit der die Kriterien für die Anrechenbarkeit nur im Verkehrssektor festgelegt werden sollten. Diese Festlegung ist auch eine an sich notwendige Konkretisierung aufgrund des Bestimmtheitsgebots aus Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 AEUV, nach dem durch den Gesetzgeber Inhalt, Ziel, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung geregelt sein müssen¹¹⁹. Konsequenterweise hat auch die EU-Kommission die Kriterien in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung nur in Bezug auf den Verkehrssektor konzipiert.

Da die Ermächtigungsgrundlage nun erweitert wird, hat der EU-Gesetzgeber auch nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, Regelungen zu RFNBO in anderen Sektoren selbst zu erlassen. Ebenso wenig hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung ohne Änderungen in anderen Sektoren angewandt werden soll. Zwar spricht Erwägungsgrund 80 der Richtlinie (EU) 2023/2413 zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie davon, dass die Regeln, die bisher für Wasserstoff nur beim Verkehr galten, auf alle Einsatzbereiche angewandt werden sollen (vgl. 1.). Demnach ist grundsätzlich von einer Ausweitung auszugehen. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, inwiefern die EU-Kommission bei zukünftigen Aktualisierungen der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung sektorspezifisch differenzieren kann oder muss.

Welche gesetzgeberische Entscheidung hierzu mit der Novellierung der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie getroffen wurde, ist mangels expliziter Neuregelung zum Schicksal der Wasserstoff-Delegierte-

Verordnung auslegungsbedürftig. Es bleibt dabei, dass die Vorgaben in Art. 27 Abs. 6 UAbs. 2 (Direktbezug von EE-Strom) und UAbs. 3 (Netzbezug von EE-Strom) EE-RL (neu) für eine vollständige Anrechenbarkeit des zur Wasserstoff-Produktion genutzten Stroms durch einen delegierten Rechtsakt zu konkretisieren sind. Insofern hat sich im Vergleich zur gegenwärtigen Regelung nichts geändert. Auch bleibt die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung nach der Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie mangels Beschlusses über die Aufhebung (vgl. B. II. 3. weiterhin in Kraft. Ebenso ist kein expliziter Handlungsauftrag an die EU-Kommission für eine Erneuerung oder Erweiterung der bestehenden Wasserstoff-Delegierte-Verordnung formuliert worden – denn die Frist zum Erlass eines delegierten Rechtsakts zum 31. Dezember 2021 ist gleichgeblieben (vgl. Art. 27 Abs. 6 UAbs. 4 EE-RL (neu)) und somit bereits verstrichen. Das ist vor allem bemerkenswert, weil für die Methodologie-Delegierte-Verordnung, die unter anderem die Methode zur Bewertung der Treibhausgaseinsparungen durch die Nutzung von erneuerbarem Wasserstoff festlegt, die bisherige Frist in der Novellierung gestrichen wurde (vgl. Art. 29a Abs. 3 EE-RL (neu))¹²⁰.

Für die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung sieht die Novellierung hingegen nur vor, dass sie bis zum 1. Juli 2028 von der EU-Kommission überprüft werden soll (Art. 27 Abs. 6 UAbs. 4 EE-RL (neu)). Im Umkehrschluss kann aus dieser Evaluierungsvorgabe zunächst gefolgert werden, dass der Gesetzgeber vor diesem Datum keinen unmittelbaren Handlungsauftrag an die EU-Kommission hinsichtlich der Überarbeitung der in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung konkretisierten Kriterien zu Zusätzlichkeit und Korrelation vorsieht. Diese Kriterien würden dann ohne sektorspezifische Differenzierung auch außerhalb des Verkehrs angewandt werden. Es existieren im Rechtstext selbst jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber für die

¹¹⁹ Vgl. B. III. 3.

¹²⁰ Die Friststreichung ist insofern sachlich nachvollziehbar, da mit dem Erlass der Methodologie-DeIVO bereits eine Regelung geschaffen wurde, weshalb die Ermächtigung nun von einem klaren Handlungsauftrag zu einer Kompetenzermächtigung umgestellt wurde. Gleiches könnte man aber auch für die

Wasserstoff-DeIVO argumentieren, weshalb hier von einem redaktionellen Fehler ausgegangen werden kann. Für einen neuen Handlungsauftrag hätte die Frist für eine neue Wasserstoff-DeIVO angepasst werden müssen.

anderen Zielvorgaben abweichende Regelungen treffen wollte.

Ob die EU-Kommission die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung dennoch hinsichtlich dieser Kriterien überarbeiten und aktualisieren möchte, läge aber weiterhin in ihrem Ermessen – schließlich wurde die ursprüngliche Ermächtigung nicht widerrufen. Allerdings könnte die nun in Art. 27 Abs. 6 UAbs. 6 EE-RL (neu) eingefügte Berichtspflicht der EU-Kommission bis zum 1. Juli 2028 einschränkend so verstanden werden, dass die EU-Kommission vorher keine entsprechende Kriterienüberarbeitung vornehmen dürfte.

Denn immerhin wird dort festgelegt, dass die EU-Kommission zunächst dem EU-Parlament und dem Rat Bericht erstatten muss, und, sofern sich „aufgrund des Berichts“ Defizite herausstellen, die Kriterien zu ändern hätte. Ob diese Defizite durch den Bericht der EU-Kommission selbst oder erst durch entsprechende Feststellung des EU-Gesetzgebers festgestellt werden, ergibt sich aus dem Wortlaut nicht. Gegen eine solche Lesart, dass also die zukünftige Aktualisierung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung nur nach gesetzgeberischer Befassung möglich ist, spricht aber, dass man dies als unzulässige Delegationsbedingung verstehen könnte. Die in Art. 290 Abs. 2 AEUV aufgeführten Bedingungen (Widerruf und Einwand, vgl. B. IV. 1. sind nach überzeugender Ansicht als abschließend zu verstehen¹²¹. Selbst wenn man dies nicht als unzulässige Delegationsbedingung ansähe, stellte sich die Frage nach dem Sinn und Zweck einer solchen „Stillhalteklausele“: denn delegierte Rechtsakte werden als Instrument gerade dann eingesetzt, wenn der Gesetzgeber schnelle Aktualisierungen als erforderlich ansieht. Demnach ist eine Überarbeitung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung durch die EU-Kommission grundsätzlich auch vor diesem Bericht möglich.

Unklar ist hingegen, wie weit diese Überarbeitungskompetenz reicht. Eine Differenzierung hinsichtlich der Frage, ob

Erfordernis und Strenge der Zusätzlichkeitskriterien sektorspezifisch betrachtet werden müssen, wird vom Gesetzgeber nicht vorgenommen, ebenso gibt es zu diesem Zeitpunkt keinen Handlungsauftrag an die EU-Kommission, dies zu prüfen und auszudifferenzieren. Allerdings finden sich insbesondere in den Erwägungsgründen zahlreiche Anhaltspunkte dafür, dass eine sektorspezifische Differenzierung vom Gesetzgeber als ggf. sachdienlich erachtet wird¹²².

Ebenso zeigt Erwägungsgrund 81 auf, dass solch eine Differenzierung zumindest perspektivisch in Betracht gezogen wird. Denn hier wird hinsichtlich des Überprüfungsauftrags an die EU-Kommission zumindest die Bedeutung für schwer zu dekarbonisierende Sektoren betont: „etwa bei industriellen Anwendungen und im Schwerlastverkehr“. Durch die Verwendung des Begriffs „Schwerlastverkehr“ wird im Unterschied zur Begriffsverwendung „Verkehr“ in Art. 27 EE-RL (neu) – wenn auch sehr indirekt – eine gewisse Sensibilisierung dafür zum Ausdruck gebracht, dass man unterschiedliche Maßstäbe für erneuerbaren Wasserstoff setzen könnte, je nachdem, ob Elektrifizierung eine einfache verfügbare Alternative darstellt oder nicht.

Die zurückhaltende Formulierung ist allerdings unter zweierlei Aspekten misslich. Erstens könnte sich die Frage, ob hier differenziert werden soll, als eine politische Wertungsentscheidung, die aufgrund des Wesentlichkeitsvorbehalts nicht delegiert werden darf, darstellen. Dementsprechend enthält die Novellierung hierzu auch nur eine Berichtspflicht der EU-Kommission. Ob dies aber eine Einschränkung in dem Sinne, dass die EU-Kommission selbst keine entsprechende Differenzierung im Rahmen der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung vornehmen dürfte, darstellt, ergibt sich aus der Ermächtigungsgrundlage nicht. Durch diese gesetzgeberische Zurückhaltung wächst das Risiko, dass die EU-Kommission bei der Ausübung ihrer Befugnisübertragung den Wesentlichkeitsvorbehalt

¹²¹ Dies ist allerdings noch nicht abschließend geklärt. Das EU-Parlament geht hier von einem beispielhaften Charakter aus; vgl. EU-Parlament, Entschließung, Abl. 2011 C 81 E/7. Im Schrifttum wird hingegen insbesondere mit Verweis auf Sinn und Zweck von Art. 290 AEUV und der Abgrenzung zu Durchführungsrechtsakten nach Art. 291 AEUV der Instrumentenkasten des

Art. 290 Abs. 2 AEUV als abschließend bewertet; vgl. *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV*, Bd. I, 78. EL 2023, Art. 290 AEUV Rn. 66; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 290 AEUV Rn. 23.

¹²² Vgl. hierzu die Erwägungsgründe 61 ff. EE-RL (neu).

verletzt, da Erwägungsgründe eben nur bedingt und nur im Ausnahmefall für die Ermächtigung herangezogen werden können (vgl. B. III. 3. .

Zweitens wirft die Verwendung des Begriffs „Schwerlastverkehr“ Fragen auf, da mangels Begriffsbestimmung nicht klar gemacht wird, ob damit alle Schwerlastverkehrsbereiche (also z. B. auch Binnen- und Seeschifffahrt) umfasst sind oder nur Straßenschwerlastverkehr¹²³.

Es bleibt jedenfalls grundsätzlich zu konstatieren, dass die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung in der derzeitigen Fassung allein auf den Einsatz von Strom zur Produktion von „renewable liquid and gaseous transport fuels of non-biological origin“, also auf Kraftstoffe für den Verkehrsbereich abzielt (vgl. Art. 1 Abs. 1 Wasserstoff-DeVO). Die Begrifflichkeiten müssten demnach in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung noch angepasst werden, damit diese auch für die Anrechenbarkeit von erneuerbarem Wasserstoff in anderen Sektoren herangezogen werden kann. Nach dem Erlass einer solchen Änderung durch die EU-Kommission müsste zunächst die Frist gemäß Art. 35 Abs. 7 EE-RL (neu) für Einwände durch EU-Parlament und Rat von grundsätzlich zwei Monaten ablaufen, bevor diese in Kraft treten kann.

3. Exkurs: Die Anforderungen der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung als Maßstab auch für andere Regelungsbereiche über die Erneuerbare-Energien-Richtlinie hinaus?

Die Anrechnungsvoraussetzungen in Art. 27 Abs. 3 EE-RL werden nicht nur für die Zielvorgaben innerhalb der Erneuerbare-Energien-Richtlinie übernommen. Auch in anderen europäischen und nationalen Regelungsbereichen wird hierauf zunehmend zurückgegriffen¹²⁴. So sollen die Vorgaben der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung bei der näheren Ausgestaltung des Begriffs „Grüner Wasserstoff“ durch eine Rechtsverordnung gemäß § 93 EEG 2023 berücksichtigt werden¹²⁵. Die Begriffsdefinition ist unter anderem für die Ausschreibungen für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Grünem Wasserstoff gemäß § 39p EEG 2023 relevant. Auch § 26 Energiefinanzierungsgesetz (EnFG)¹²⁶, eine Regelung im Zusammenhang mit Befreiungen von Strompreisbestandteilen, verweist auf die Wasserstoffdefinition nach § 93 EEG 2023. Ausführungen dazu, aus welchem Grund die Regelungen der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung übernommen werden sollen, finden sich in der Gesetzesbegründung nicht. Allerdings sind die Regelungsbereiche, in welchen erneuerbarer Wasserstoff von Bedeutung sein kann, von der Erzeugung, über den Transport bis hin zum Verbrauch in unterschiedlichen Sektoren und Anwendungen äußerst vielfältig; mit unterschiedlichen Notwendigkeiten für den Einsatz von Wasserstoff.

Vor diesem Hintergrund scheint eine aktive Auseinandersetzung dahingehend sinnvoll,

¹²³ Naheliegender erscheint nach der englischen Fassung der EE-RL (neu), „heavy-duty transport“, sich auf die Begriffsbestimmung „heavy-duty vehicles“ aus Art. 1, 2 der Verordnung (EU) 2019/1242 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Festlegung von CO₂-Emissionsnormen für neue schwere Nutzfahrzeuge zu beziehen, was eine Einschränkung auf den Straßenschwerlastverkehr bedeuten würde. Dagegen spricht jedoch, dass „heavy-duty vehicles“ und „heavy-duty transport“ nicht deckungsgleich sind. Zudem ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie auch andere Verkehrsformen adressiert werden, der regulatorische Anknüpfungspunkt nicht fahrzeug-, sondern kraftstoffbezogen zu verstehen.

¹²⁴ Vgl. zur Begriffsverwendung grundlegend Halbig, Unionsrechtliche Begriffe mit Wasserstoffbezug – eine Übersicht, Stellungnahme vom 01.12.2022,

https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2022/12/Uebersicht-EU-Wasserstoffbe-griffe_2022-12-01.pdf, und speziell bei den Vorschlägen im Fit-for-55-Paket für den Verkehrssektor, Hoffmann, Grüner Wasserstoff im Verkehrssektor: Ein Rundflug über aktuelle europarechtliche Entwicklungen, EnWZ 2022, S. 255 (256 ff.).

¹²⁵ So heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 93 in BT-Drs. 20/2656 (Vorabfassung) auf S. 28: „Mit dieser Verordnung sollen Regelungen, die die Europäische Kommission im Delegierten Rechtsakt zur Erneuerbare-Energien-Richtlinie für Grünen Wasserstoff festlegen wird, in nationales Recht überführt werden.“

¹²⁶ Energiefinanzierungsgesetz vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1237, 1272), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 202) geändert worden ist.

ob die Anrechnungsvoraussetzungen in Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) in Verbindung mit der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung für sämtliche Regelungsbereiche „die richtigen“ oder der bestmögliche – sektorübergreifende – einheitliche Standard sind. Hierzu ist noch keine gesetzgeberische Entscheidung ergangen; im Übrigen auch nicht für die Ausweitung der Regelungen auf die anderen Zielvorgaben innerhalb der Erneuerbare-Energien-Richtlinie. Die mit der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung festgelegten Voraussetzungen sind ursprünglich jedenfalls allein mit Blick auf die Anwendung für den Verkehrssektor erarbeitet worden.

allein auf den Verkehrssektor bezieht, müsste sie diesbezüglich allerdings noch einmal angepasst werden.

- ▶ Darüber hinaus ist eine Verankerung der dortigen Vorgaben zunehmend auch in anderen Rechtsgebieten zu beobachten. Eine klare Entscheidung dazu, ob die ursprünglich für den Verkehrssektor entwickelten Kriterien den bestmöglichen Standard in allen Bereichen bilden, hat der Gesetzgeber hingegen nicht getroffen.

III. Ergebnis

- ▶ Die Novelle der Erneuerbare-Energien-Richtlinie enthält einige wichtige Änderungen für erneuerbaren Wasserstoff. Zunächst wird der Anwendungsbereich der Definition des Begriffs erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs auf die anderen Sektoren ausgeweitet. Zudem wird für den Einsatz von erneuerbaren Brennstoffen nicht biogenen Ursprungs eine eigene Zielvorgabe für den Industriesektor geschaffen (also einschließlich erneuerbarem Wasserstoff). Hiernach muss der Anteil von erneuerbaren Brennstoffen nicht biogenen Ursprungs an dem insgesamt verbrauchten Wasserstoff im Jahr 2030 im Grundsatz mindestens 42 Prozent und im Jahr 2035 60 Prozent betragen. Darüber hinaus wird festgelegt, dass der Anteil von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs im Verkehrssektor im Jahr 2030 mindestens 1 Prozent betragen muss (sog. Unterquote). Schließlich werden auch die Regeln zur Anrechenbarkeit von zur Wasserstoff-Produktion genutzter Elektrizität für andere Sektoren erweitert.
- ▶ Die Erweiterung der Wasserstoff-Regeln für andere Sektoren führt trotz verbleibender Auslegungsschwierigkeiten wohl dazu, dass die Anforderungen in Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) und die dort geregelte Ermächtigung zum Erlass eines delegierten Rechtsakts auch für die anderen Zielvorgaben innerhalb der Erneuerbare-Energien-Richtlinie gelten. Da sich die geltende Wasserstoff-Delegierte-Verordnung dem Wortlaut nach gegenwärtig

E. Gesamtbewertung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung und allgemeine Schlussfolgerungen für die Verwendung von delegierten Rechtsakten

In diesem Kapitel soll zunächst eine zusammenfassende Bewertung des Zusammenspiels der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung mit der Ermächtigungsgrundlage in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie – sowohl in der bisherigen als auch in der novellierten Fassung – vorgenommen und hierauf aufbauend Empfehlungen ausgesprochen werden, wie eine rechtssichere und einheitliche Ausgestaltung des Wasserstoffrahmens in der EU gefördert werden könnte (I.). Basierend auf diesen Ergebnissen werden dann strukturelle Herausforderungen bei der Verwendung des Rechtsinstruments des delegierten Rechtsakts herausgearbeitet, die sich grundsätzlich auch auf andere Rechtsbereiche übertragen lassen (II.).

I. Gesamtbewertung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung und Empfehlungen für die künftige Ausgestaltung

1. Die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung im Zusammenspiel mit ihrer Ermächtigungsgrundlage

Mit der vorstehenden Analyse wurden rund um die Ausgestaltung der Anforderungen für erneuerbaren Wasserstoff gemäß Art. 27 Abs. 3 EE-RL auf verschiedenen Ebenen rechtliche Unklarheiten aufgezeigt. Diese Unklarheiten sollen nachfolgend zusammengefasst und die sich hieraus ergebenden Folgen für den Wasserstoffrechtsrahmen dargestellt werden. Danach wird der Frage nachgegangen, inwieweit die in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung geregelten Sachverhalte überhaupt delegationsfähig sind.

a) Rechtliche Unklarheiten bei vorhandenen Regeln

- ▶ Die Ermächtigungsgrundlage bildet den Maßstab für Reichweite und Grenzen beim Erlass eines delegierten Rechtsakts. Eine Auslegung der einschlägigen Regelungen in Art. 27 Abs. 3 EE-RL führt jedoch nicht zu einem eindeutigen Ergebnis darüber, welche Vorgaben die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung genau macht. Dies führt zu Rechtsunsicherheiten.
 - ▶ Es sprechen gute Gründe dafür, dass die Erwägungen in Erwägungsgrund 90 EE-RL in die Auslegung der Ermächtigungsgrundlage nach Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL einzubeziehen sind. Dies ist rechtlich aber nicht eindeutig. Hier sind komplexe rechtliche Würdigungen vorzunehmen, die unterschiedliche Auffassungen zulassen. Inhaltlich stützt sich die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung aber auch auf Erwägungsgrund 90 EE-RL. Der Wortlaut von Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 i. V. m. UAbs 6 EE-RL allein deckt die Regelungen in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung zum Strombezug aus dem Netz hingegen nicht vollständig ab. Deshalb ist die Frage der Einbeziehung in den Gesetzestext selbst von erheblicher Bedeutung und eine rechtliche Klarstellung durch direkte Festlegung in der Norm wäre wünschenswert.
 - ▶ Diese Probleme werden auch nicht durch die Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie behoben, in der funktionell Erwägungsgrund 81 der Änderungsrichtlinie (EU) 2023/2413 an die Stelle des Erwägungsgrunds 90 EE-RL tritt. Vielmehr verschärfen sich die Auslegungsschwierigkeiten, da die Novellierung zwar das „Ob“ der Erweiterung des Anwendungsbereichs der

Wasserstoff-Delegierte-Verordnung klarstellt, aber keine hinreichenden Vorgaben zum „Wie“ macht. Bei solch erheblichen Auslegungsfragen wäre eine Verortung in der Ermächtigungsgrundlage selbst umso wichtiger.

- ▶ Die Schwierigkeiten in der rechtlichen Bewertung zeigen bereits handwerkliche Fehler in der Rechtsetzung auf: denn auch wenn argumentiert wird, dass eine Überschreitung der Ermächtigungsgrundlage durch die EU-Kommission aufgrund der offenen Formulierung der Ermächtigungsgrundlage nicht abschließend bewertet werden kann, könnte wiederum konsequenterweise die Wertungsfrage drohen, ob die Ermächtigung in ihrer jetzigen Form die Bestimmtheitsanforderungen verletzen könnte. Unabhängig von der nur durch die europäische Gerichtsbarkeit zu beantwortenden Frage zur Rechtmäßigkeit schwächt bereits allein die Möglichkeit der Rechtswidrigkeit die Wirkkraft dieses Rechtsakts ab. Die in der Ermächtigung enthaltenen rechtlichen Unsicherheiten manifestieren und potenzieren sich in der Ausübung der Ermächtigung durch die EU-Kommission und werden durch das außergewöhnlich turbulente und auch langwierige Rechtsetzungsverfahren zur Wasserstoff-Delegierte-Verordnung belegt.
- ▶ Für einzelne Regelungen der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung ist nicht eindeutig, ob sie noch von der Ermächtigungsgrundlage umfasst sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Erwägungen in Erwägungsgrund 90 EE-RL bei der Auslegung der Ermächtigungsgrundlage in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL zu berücksichtigen sind. Diskutieren lässt sich dies insbesondere bei den Regelungen zur Zusätzlichkeit und dort in erster Linie für die Variante des Direktbezugs:
 - ▶ Angesichts des eindeutigen Wortlauts in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a) i. V. m. UAbs. 7 EE-RL, wonach die EE-Anlage nach oder gleichzeitig mit der Wasserstoff-Produktionsanlage den Betrieb aufnehmen muss, ist es rechtlich zumindest zweifelhaft, ob sich die EU-Kommission mit Art. 3 Abs. 1 lit. b) Wasserstoff-DeVO noch im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage bewegt.

Denn nach dieser Regelung ist es noch zulässig, dass die EE-Anlage bis zu 36 Monate **vor** der Wasserstoff-Produktionsanlage in Betrieb genommen worden ist. Dieses Problem ist durch die Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie nicht angegangen worden, vgl. Art. 27 Abs. 6 UAbs. 2 EE-RL (neu).

- ▶ Es besteht ein gewisses Risiko, dass eine solche Regelung in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung gerichtlich im Wege der Nichtigkeitsklage angegriffen wird. Sofern eine etwaige Nichtigkeitsklage erfolgreich wäre, könnte der EuGH den Rechtsakt oder auch Teile davon verwerfen. Die damit verbundenen rechtlichen Risiken sowie auch bereits die zuvor aufgezeigten rechtlichen Unsicherheiten bei der Auslegung von Ermächtigungsgrundlage und Wasserstoff-Delegierte-Verordnung führen strukturell zur Investitionszurückhaltung und sind damit hinderlich für den Wasserstoffhochlauf.

b) Zur Delegationsfähigkeit der Sachverhalte

Jedenfalls zu diskutieren ist schließlich, ob die Regelungen in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung im besonderen Maße nicht nur technische Konkretisierungen, sondern auch politische Wertungsentscheidungen zum Gegenstand haben, die die Grenze des Wesentlichkeitsvorbehaltes zu überschreiten drohen. In dem Fall wäre also eine Entscheidung durch den EU-Gesetzgeber selbst erforderlich. Für eine solche Bewertung existieren allerdings keine allgemein gültigen Maßstäbe und eine Einordnung ist, wie die Erfahrung gezeigt hat, von gerichtlichen Einzelfallentscheidungen geprägt. Für eine Einordnung der in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung geregelten Sachverhalte als „politisch relevante Entscheidung“ sprechen aber jedenfalls folgende Erwägungen:

- ▶ Der zentrale Gegenstand der Diskussionen rund um das Rechtsetzungsverfahren zur Wasserstoff-Delegierte-Verordnung war die Frage, wie genau die Regulierung ausgestaltet sein soll – in Abwägung zwischen geringen Anforderungen für einen raschen Markthochlauf auf der einen und strengen Kriterien für eine „echte“ zusätzliche Dekarbonisierung auf

der anderen Seite. Eine solche Abwägung könnte gut vertretbar im politischen Bereich zu verorten sein. Dies gilt umso mehr, als dass der Wasserstoffhochlauf europaweit eine politisch und wirtschaftlich bedeutende Dimension hat. Die Tatsache, dass das EU-Parlament im Rahmen der Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie einen vollständig anderen eigenen Vorschlag vorgelegt hatte und bis zur letzten Trilogverhandlung über die genaue Ausgestaltung der Anforderungen an die Wasserstoffproduktion gerungen wurde, unterstreicht die politische Bedeutung erneut.

- ▶ Klar ist auch, dass das Verfahren zum Erlass der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung bereits vor der offiziellen Entwurfskonsultation intensiv von politischen und wirtschaftlichen Interessenträgern geprägt wurde¹²⁷. Hier war eine Abwägung widerstreitender Interessen auf Grundlage einer Beurteilung zahlreicher Gesichtspunkte erforderlich.
- ▶ Insgesamt hat sich das Brancheninteresse an erneuerbarem Wasserstoff und damit auch dessen politische Bedeutung seit Inkrafttreten der derzeitigen Erneuerbare-Energien-Richtlinie im Jahr 2018 durch den „European Green Deal“ sowie eine große Zahl von zwischenzeitlich erschienenen Wasserstoffstrategien auf nationaler und EU-Ebene deutlich erhöht.

Für die Einordnung, ob Regelungen zur Anrechenbarkeit von zur Wasserstoff-Produktion genutzten Strom auf Ziele der Erneuerbare-Energien-Richtlinie nicht bereits in den originär dem Gesetzgeber zustehenden politischen Regelungsbereich fallen und deshalb nicht delegationsfähig sind (Wesentlichkeitsvorbehalt aus Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV), sei an dieser Stelle aber nochmals auf die ebenso per delegiertem Rechtsakt erlassenen technischen Bewertungskriterien der Taxonomie-VO hingewiesen. Diese legen für einen großen

Querschnitt an Wirtschaftstätigkeiten die Bedingungen fest, unter welchen diese als ökologisch nachhaltig im Sinne von Art. 3 Taxonomie-VO anzusehen sind. Die Implikationen dessen, ob Wasserstoff als erneuerbar im Sinne der Erneuerbare-Energien-Richtlinie anzusehen ist, mögen zwar weitreichend sein. Die Festlegung der Bedingungen hierfür zu delegieren, ist – wie das vorherige Beispiel zeigt – im Europarecht aber keineswegs unbekanntes Praxis¹²⁸. Ob sich der EuGH in einem der für die Taxonomie anhängigen Klageverfahren näher zur Frage der Wesentlichkeit äußern wird, bleibt abzuwarten. Eine grundlegende dogmatische Entscheidung dazu, welche Regelungsbereiche überhaupt delegationsfähig sind, ist zwar wünschenswert, aber angesichts der bisher funktional gehandhabten Praxis und der Einzelfallprüfung des EuGH eher unwahrscheinlich (vgl. Kapitel B.III.2.).

2. Empfehlungen für einen rechtssicheren und einheitlichen Wasserstoffrahmen

Angesichts der Analyseergebnisse ist zunächst festzuhalten, dass einige Argumente dafür sprechen, dass die avisierte Entwicklung von Wasserstoff als Energieträger zur Dekarbonisierung und dessen Stellenwert in der europäischen Klimastrategie womöglich besser direkt im Sekundärrecht geregelt wären. In diesem Fall hätten sich die hier diskutierten Fragen über den Inhalt der Ermächtigung und eine mögliche Überschreitung naturgemäß nicht mehr gestellt. Sofern mit der Delegation der Regelungen zu erneuerbarem Wasserstoff erreicht werden sollte, dass während der erforderlichen Klärung nicht die gesamte Reformierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie „in Geiselnhaft“ genommen wird, wäre es wohl ebenfalls möglich gewesen, diese Anforderungen in einen

¹²⁷ Vgl. hierzu auch Global Witness Briefing June 2021, Greenwashed Hydrogen, S. 4-5, abrufbar unter <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/fossil-gas/greenwashed-hydrogen/>; Kurmayer, Wie Deutschland die EU-Vorschriften für „grünen“ Wasserstoff verzögerte, Euractiv.com, 31.10.2022, <https://www.euractiv.de/section/energie/news/wie-deutschland-die-eu-vorschriften-fuer-gruenen-wasserstoff-verzoegerte/>.

¹²⁸ Eine anschauliche Übersicht dazu, dass diese Problematik bereits den vor der Lissaboner Reform

durchgeführten Komitologieverfahren innewohnte, findet sich in Wolfram, „Underground Law“? Abgeleitete Rechtsetzung durch Komitologieverfahren in der EU: Bedeutung, Stand und Aussichten nach dem Vertrag von Lissabon, 2009, S. 14 sowie Anhang S. 20-23, https://www.cep.eu/Studien/Komitologie/Studie_Komitologie.pdf.

separaten Rechtsakt auszulagern, der auf die Erneuerbare-Energie-Richtlinie verweist.

Dennoch bietet auch die mit der Erneuerbare-Energien-Richtlinie implementierte und mit der Novelle noch einmal bestätigte Verwendung des Rechtsinstruments delegierter Rechtsakt einige Ansatzpunkte für potenzielle Verbesserungen. Die aus der Analyse abgeleiteten – für die delegierte Rechtsetzung relevanten – Empfehlungen zur Regelung der Anforderungen an die Wasserstoff-Produktion lassen sich in zwei Gruppen aufteilen: Sie betreffen die konkrete Ausgestaltung der Ermächtigungsgrundlage und die Frage, was bei der Ausgestaltung der Wasserstoff-Regeln generell zu beachten ist, um Unklarheiten im Regelungsbereich zu beseitigen.

a) Empfehlungen in Bezug auf die Ermächtigungsgrundlage

Bei einer Festlegung detaillierterer Anforderungen mittels delegierten Rechtsakts sollte in besonderem Maße darauf geachtet werden, dass die Ermächtigungsgrundlage hinreichend bestimmt ist. Konkret sollte Folgendes berücksichtigt werden:

- ▶ Im Interesse der Rechtssicherheit ist eine Umstrukturierung von Art. 27 Abs. 3 EE-RL bzw. nunmehr Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu) wünschenswert. Es sollte eine klarere Bezugnahme in den Regelungen zu den EE-Sektorzielen erfolgen, auf die nach Vorstellung des Gesetzgebers die Vorgaben Anwendung finden sollen.
- ▶ Hilfreich wäre überdies eine klarere Fassung der Ermächtigungsgrundlage in Art. 27 Abs. 3 EE-RL bzw. nunmehr Art. 27 Abs. 6 EE-RL (neu). Hierbei sollte der Regelungsgegenstand über die Schaffung einer „gemeinsamen europäischen Methode“ hinaus stärker konkretisiert werden.
- ▶ Insbesondere sollte – angesichts der dort besonders hervortretenden rechtlichen Unklarheiten – das zugrunde liegende Begriffsverständnis von Zusätzlichkeit gesetzgeberisch näher determiniert werden.
- ▶ Je nach gesetzgeberischem Willen sollte eine Anpassung der Regelung zur Zusätzlichkeit für über eine Direktleitung bezogenen Strom in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 5

lit. a) EE-RL bzw. nunmehr Art. 27 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a) EE-RL (neu) an die Ausgestaltung in der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung oder eine entsprechende Änderung der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung angeregt werden.

- ▶ Dies bedeutet auch eine Klarstellung, ob beim Strombezug aus dem Netz die Erwägungen aus Erwägungsgrund 90 EE-RL (bzw. nunmehr aus Erwägungsgrund 81 der Richtlinie (EU) 2023/2413 zur Änderung der EE-RL) die Ermächtigungsgrundlage in Art. 27 Abs. 3 UAbs. 6 EE-RL bzw. nunmehr Art. 27 Abs. 6 UAbs. 4 EE-RL (neu) tatsächlich konkretisieren soll und dementsprechend bei der Auslegung der Ermächtigung zu berücksichtigen ist. Sofern dies der Fall ist, sollte der Normtext der Ermächtigungsgrundlage klarer gefasst und die Erwägungen in den Gesetzestext selbst übernommen und damit eindeutig verankert werden.
- ▶ Angesichts der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Wasserstoff-Anrechnungsregeln in der novellierten Fassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie wäre eine Klarstellung zu Reichweite und Grenzen der Überarbeitungskompetenz der EU-Kommission erforderlich. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Frage, ob die EU-Kommission bereits vor der Evaluierung 2028 sektorspezifische Überarbeitungskriterien vornehmen könnte oder ob dies der Gesetzgeber in seinem Entscheidungsbereich sieht (vgl. D.II.2.).

b) Empfehlungen in Bezug auf materiellen Regelungsbedarf

Auf politischer Ebene sind mit der Festlegung der Kriterien durch den Gesetzgeber auch Grundsatzentscheidungen zum Regelungsziel zu treffen. Denn ohne klare Regelungszielvorgabe kann – und dies gilt unabhängig von der Wahl des Rechtsinstruments – keine rechtlich kohärente Umsetzung erfolgen.

Zwar erübrigt sich durch die Novellierung nun die (politische) Frage, ob die RFBNO-Anrechnungsregeln in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie lediglich für den Verkehrssektor von Bedeutung sind, da hier nun eine Entscheidung zur sektorübergreifenden Anwendung getroffen wurde. Es bedarf aber weiterhin einer politisch-normativen Wertung, ob und wie der

Markthochlauf von Wasserstoff unter dem Blickwinkel des allgemeineren Ziels des Ausbaus erneuerbarer Energien in Einklang gebracht werden soll.

- ▶ Dabei beispielsweise zu verhandelnde Fragen wären, ob ein grundsätzlicher Vorrang direkter Elektrifizierung gelten oder ob und wie dieser temporär zur Förderung des Markthochlaufs von Wasserstoff eingeschränkt werden soll. Ferner wäre zu beantworten, ob die Anrechnung von erneuerbarem Wasserstoff im Sinne der Erneuerbare-Energie-Richtlinie in sämtlichen Sektoren, also auch denen, in denen mit direkter Elektrifizierung gearbeitet werden kann, vorangetrieben werden soll. Die Novellierung gibt hierzu nur unzureichende Antworten; eine konkrete Befassung des Unionsgesetzgebers hierzu scheint erst nach Berichterstattung der EU-Kommission vorgesehen zu sein, die bis zum 1. Juli 2028 erfolgen muss.
- ▶ Sofern graduelle Regeln für den Markthochlauf implementiert werden sollten, ließe sich das auch mit der regulatorischen Verankerung eines entsprechenden Zielpfads, der entweder anhand von zeitlichen oder qualitativen Meilensteinen jeweils geltende Bedingungen definiert, bewerkstelligen. Technische Feinkonkretisierungen, die einem schnelleren Aktualisierungsbedarf unterliegen könnten, könnten dann auch im Wege eines Durchführungsrechtsakts an die EU-Kommission übertragen werden.

II. Allgemeine Schlussfolgerungen für die Verwendung von delegierten Rechtsakten

Auf Grundlage der durchgeführten Untersuchung können allgemeine Herausforderungen herausgearbeitet werden, die kausal mit der Wahl des Rechtsinstruments delegierter Rechtsakt einhergehen können. Diese Erkenntnisse können losgelöst von der konkreten Wasserstoff-Delegierte-Verordnung betrachtet und damit grundsätzlich auch auf andere Regelungsbereiche übertragen werden. Die identifizierten Inkonsistenzen und rechtlichen Unklarheiten sind dabei nicht grundsätzlich auf die Wahl des Rechtsinstruments delegierter Rechtsakt

zurückzuführen. Dennoch haben die vorstehenden Untersuchungen gezeigt, dass die rechtlichen Herausforderungen zunehmen können, sofern Recht unter Zuhilfenahme eines delegierten Rechtsakts konkretisiert werden soll.

Am Beispiel der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung lassen sich zunehmende Herausforderungen in den Bereichen 1. Erhöhung der Komplexität, 2. Zeitversetzte Rechtsetzung und 3. Politischer Regelungsgegenstand identifizieren und daraus 4. Schlussfolgerungen für konzeptuelle Regelungsgrenzen von Wasserstoffkriterien durch einen delegierten Rechtsakt ziehen.

1. Erhöhung der Komplexität

- ▶ Allgemein wird durch die Delegation weiterer Regelsetzung neben dem Basisrechtsakt mit dem delegierten Rechtsakt eine zusätzliche Rechtsebene geschaffen. Dadurch entsteht zunächst schlicht „mehr Rechtstext“, was die Wahrscheinlichkeit von Inkonsistenzen tendenziell vergrößert.
- ▶ Zudem muss sich ein delegierter Rechtsakt im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage bewegen. Es ist also auch das Zusammenspiel der beiden Rechtsebenen zu betrachten. Dies führt zu einer zusätzlichen Komplexität und damit auch Auslegungsbedürftigkeit, wie die hier vorgenommene Analyse ebenfalls gezeigt hat.
- ▶ Die Frage, ob sich ein delegierter Rechtsakt innerhalb der Grenzen der Ermächtigungsgrundlage bewegt, unterliegt der gerichtlichen Kontrolle. Sofern also Auslegungsschwierigkeiten bestehen, kann dies auch zu Rechtsunsicherheiten hinsichtlich des Fortbestands des delegierten Rechtsakts führen. Im Vergleich zu Sekundärrechtsakten, die sich „nur“ am Primärrecht messen lassen müssen, tritt daher eine weitere potenzielle Fehlerquelle hinzu, die zur Feststellung der Nichtigkeit des Rechtsakts führen kann.

2. Zeitversetzte Rechtsetzung

- ▶ Als weitere potenzielle Quelle für rechtliche Unsicherheiten kann das zeitliche Auseinanderfallen zwischen Inkrafttreten

der Ermächtigung und dem Erlass des delegierten Rechtsakts („zeitliche Komponente“) identifiziert werden. Beispielfähig lässt sich dies anhand des Verfahrens zur Wasserstoff-Delegierte-Verordnung verdeutlichen: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie ist am 11. Dezember 2018 erlassen worden und am 24. Dezember 2018 in Kraft getreten. Die Wasserstoff-Delegierte-Verordnung hätte gemäß Art. 27 Abs. 3 UAbs. 7 EE-RL bis zum 31. Dezember 2021 und damit etwa drei Jahre nach Inkrafttreten der Erneuerbare-Energien-Richtlinie erlassen werden müssen.

In dynamischen und hochpolitischen Bereichen ist es nicht fernliegend, dass sich die gesetzgeberischen Prioritäten und Absichten innerhalb eines solchen Zeitraums ändern. So war es auch bei der Regelung zur „grünen Wasserstoffproduktion“ zu beobachten. Mit der (zwischenzeitlichen) Vorlage eines eigenen Regelungsvorschlags hatte das EU-Parlament eine neue Rechtsauffassung zum Ausdruck gebracht, die von der gegenwärtigen Rechtslage deutlich abweicht¹²⁹. Dieser Vorschlag ist zeitlich nach der Konsultation des Entwurfs der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung vorgelegt worden und hat zu erheblicher Unsicherheit hinsichtlich der finalen Ausgestaltung des delegierten Rechtsakts und dessen zeitlicher Geltung mit Blick auf die Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie geführt.

- ▶ Zudem kann ein nicht fristgemäß erlassener delegierter Rechtsakt zu weiteren Herausforderungen führen. Verzögerungen sind aufgrund fehlender oder schwieriger Konsensfindung auch im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren möglich, müssen dann aber nicht im Wechselwirkungsverhältnis mit dem ermächtigenden Rechtsakt gedeutet werden.

Auch im Zusammenhang mit den Verzögerungen beim Rechtsetzungsverfahren zur Wasserstoff-Delegierte-Verordnung haben sich negative Auswirkungen gezeigt. So wäre es bei einem fristgemäßen Erlass nicht (im gleichen Maße) zu einer Überschneidung mit der Novellierung

der Erneuerbare-Energien-Richtlinie gekommen. Eine etwaige Neupositionierung durch das EU-Parlament hätte auf Grundlage eines in Kraft getretenen delegierten Rechtsakts erfolgen müssen, was im Vergleich zu den tatsächlichen Entwicklungen voraussichtlich zu weniger Rechtsunsicherheiten geführt hätte.

3. Politisch relevanter Bereich

Gerade angesichts der zunehmenden Verwendung von delegierter Rechtsetzung gilt es von Seiten des Gesetzgebers für jeden Einzelfall genau abzuwägen, ob die Ermächtigung auch Sachverhalte zum Gegenstand hat, die politisch relevante Entscheidungen betreffen und damit die Grenze des Wesentlichkeitsvorbehaltes, in dem nicht delegiert werden darf überschritten wird (vgl. B.III.2.).

- ▶ Aber auch für den Fall, dass eine solche Abwägung zu dem Ergebnis kommt, dass ein delegierter Rechtsakt noch nicht als politische Entscheidung anzusehen ist, könnte für bestimmte gewichtige Sachverhalte dennoch eine Regelung unmittelbar durch die europäischen Gesetzgeber (EU-Parlament und Rat) sinnvoll sein, um aufgrund der damit einhergehenden stärkeren demokratischen Legitimation zur Akzeptanz und Schaffung eines beständigeren und kohärenteren Rechtsrahmens beizutragen. Denn das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ist in seinem Aufbau darauf ausgelegt, widerstreitende Interessen auszutarieren. Dies wird hingegen mit der Konsultation im Verfahren delegierter Rechtsetzung nur unzureichend abgebildet. Denn die delegierte Rechtsetzung soll genau dort zum Einsatz kommen, wo wenig bis keine widerstreitenden Interessen austariert werden müssen.
- ▶ Eine entsprechende Mitwirkung von Interessensträgern ist auch im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV möglich, erfolgt dort aber nach transparenteren Maßstäben und verfügt durch das Zusammenspiel der Unionsgesetzgeber auch über robustere Verfahren, um einen sachdienlichen und wohl auch demokratisch stärker

¹²⁹ Siehe zum EU-Parlamentsvorschlag oben A. II. 5.

legitimierten Konsens¹³⁰ zwischen verschiedenen Interessenslagen aushandeln zu können.

- ▶ Die stärkere demokratische Legitimation des EU-Parlaments und auch des Rats könnte ebenso dafür sprechen, dass Regelungen in politischen Bereichen, die verschiedene Fragestellungen betreffen, möglicherweise besser durch diese Gremien getroffen werden können als durch die EU-Kommission mittels eines delegierten Rechtsakts. Dies könnte letztlich zu einer höheren Akzeptanz führen.

4. Konzeptuelle und strategische Erwägungen für delegierte Rechtsetzung

Angesichts der intendierten Funktion von delegierten Rechtsakten und den nicht auf Einzelfragen ausgerichteten Kontrollmechanismen stellt sich die Frage, in welchen Fällen genau ein delegierter Rechtsakt das passende Instrument ist. Die zuvor aufgezeigten Herausforderungen führen nicht zwangsläufig zu dem Ergebnis, dass das Rechtsinstrument delegierter Rechtsakt für komplexe Regelungsfälle oder solche zu besonders wichtigen Sachverhalten nicht in Betracht kommt. Vielmehr ist im Einzelfall abzuwägen. So kommt die Verwendung eines delegierten Rechtsakts insbesondere dann in Betracht, wenn eine Rechtsmaterie einem erhöhten Anpassungsbedarf unterliegt und die anderen Regelungen des Basisrechtsakts im Rahmen der Aktualisierung nicht jeweils erneut zur Disposition gestellt werden sollen.

Konkret stellt sich die Frage, ob diese Vorteile im jeweiligen Anwendungsfall genutzt werden können bzw. auch tatsächlich erforderlich sind:

- ▶ Der mit delegierter Rechtsetzung bei einem regelmäßigen Aktualisierungsbedarf grundsätzlich verbundene Beschleunigungsvorteil durch das vereinfachte Rechtsetzungsverfahren wird nivelliert, wenn Interessenskonflikte nicht bereits vorab geklärt wurden, wie das Verfahren bis zum Erlass der Wasserstoff-Delegierte-Verordnung zeigt. Denn insbesondere dann stehen dem vermeintlichen

Beschleunigungseffekt durch die Ermöglichung der dynamischen Anpassung anhand wirtschaftlicher und technologischer Fortschritte den zeitlichen Verschleppungsrisiken einer nicht gelungenen Delegation gegenüber.

- ▶ Mit Blick auf die unter I. zusammengefassten Ergebnisse lässt sich konstatieren, dass eine Delegation der gesetzgeberischen Befugnisse nicht dazu geeignet ist, rechtliche Unklarheiten im Richtlinienentwurf zu kompensieren. Kurzgefasst: delegierte Rechtsetzung erfüllt eine wichtige Funktion im europäischen Gesetzgebungssystem, ist aber nicht dafür konzipiert, die politische Problemlösung „weg zu delegieren“. Sofern delegierte Rechtsetzung in politischen Bereichen eingesetzt werden soll, sind daher besonders hohe Sorgfaltsmaßstäbe an die gesetzgeberische Steuerungsfunktion der Ermächtigung zu legen, um sicherzustellen, dass nicht unzulässigerweise politische Entscheidungen delegiert werden (vgl. B.III.3.)
- ▶ Die Möglichkeit der Entkoppelung ist zwar in vielen Bereichen ein ausschlaggebendes Argument, um Einzelregelungen per delegiertem Rechtsakt auszuklammern, findet aber wie beschrieben seine Grenzen bzw. durch die inhaltliche wie formelle Rückbindung neue Problembereiche genau dann, wenn auch der Basisrechtsakt Gegenstand häufiger Überarbeitungen ist. Delegierte Rechtsetzung erscheint nur dann vorzugswürdig, wenn die Aspekte „Aktualisierungsbedarf“ und „Ausklammerung aus dem Verfahren zum Basisrechtsakt“ in der Abwägung überwiegen.

Am Beispiel der Kriterien zur Zusätzlichkeit wird zwar klar, dass in delegierte Rechtsakte ausgelagerte Regelungen weitaus mehr Detailtiefe haben können, als sie etwa durch Festlegung in einer Begriffsbestimmung in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie möglich wäre. Eine alternative Ausgestaltung per Artikelregelung in dem Sekundärrechtsakt selbst, ggf. mit Methodologieanhang oder begleitenden Leitlinien der EU-Kommission, wäre aber eine ebenso denkbare Lösung, sofern nicht von einem

¹³⁰ Vgl. zu Sinn und Zweck der Vorschrift *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 294 AEUV Rn. 2.

regelmäßigen Aktualisierungsbedarf auszugehen ist. Die Analyse verdeutlicht allerdings auch, dass eine direkte Regelung durch den Gesetzgeber keine Garantie für eine qualitativ hochwertige Gesetzgebung darstellt. Unabhängig von der Auswahl des Rechtsinstruments ist es in jedem Fall wichtig sicherzustellen, dass die getroffenen Regelungen kohärent und robust sind.

Kontakt

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

T: +49 931 794077-0

F: +49 931 7940 77-29

info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:
„Norddeutsches Reallabor – Neue Markt- und Geschäftsmodelle,
Regulatorik (FKZ 03WR007M2)“

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

