

GUTACHTEN

Studie zur Analyse der rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen für einen wettbewerbsfähigen und nachhaltigen Markthochlauf von Brennstoffzellenmobilität im deutschen Verkehrssektor auf Basis von grünem Wasserstoff

im Auftrag der

Deutscher Wasserstoff und Brennstoffzellen-Verband, Robert-Koch-Platz 4,
10115 Berlin, vertreten durch den Vorstandsvorsitzender Dipl.-Kfm. Werner
Diwald

erstellt durch

Rechtsanwalt Dr. Martin Altmann, Mag. rer. publ.
Rechtsanwältin Christine Kliem, LL.M.
Dipl.-Juristin Bettina Schwach
Rechtsanwalt Vuong Nguyen

Becker Büttner Held · Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater · PartGmbH
Magazinstraße 15-16, 10179 Berlin

T +49 (0)30 611 28 40-96 · F +49 (0)30 611 28 40-99 · bbh@bbh-online.de



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

Wir räumen der Mandantin ein einfaches, nicht auf Dritte übertragbares Nutzungsrecht ein, die erbrachten Leistungen für den internen Gebrauch zu vervielfältigen und/oder elektronisch zu speichern. Weitergehende Nutzungen sowie Bearbeitungen und Änderungen bedürfen der vorherigen Zustimmung durch BBH.

Wir stimmen zu, dass Studien und/oder deren Ergebnisse, die die Mandantin (DWV) durch Dritte (BBH) im Rahmen dieses Auftrags erstellen lässt, der Allgemeinheit, mindestens aber der Wissenschaft zugänglich gemacht werden und räumen dem Bund ein jeweils unwiderrufliches, unentgeltliches und nicht ausschließliches Benutzungs- bzw. Nutzungsrecht ein.

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

Inhaltsverzeichnis

Teil 1 Executive Summary	7
Teil 2 Ausgangslage	17
Teil 3 Status Quo der rechtlichen Rahmenbedingungen	20
A. Europäischer Rechtsrahmen	20
B. Nationaler Rechtsrahmen	25
Teil 4 Analyse der Hemmnisse und Regelungsvorschläge	28
A. Wasserstofferzeugung	28
I. Flächenausweisung	28
II. Errichtung und Betrieb von Elektrolyseuren	29
1) Zulassungsverfahren	29
2) Ausgewählte materielle Aspekte	31
a) Bauplanungsrecht	31
aa) Zulässigkeit in Gewerbegebieten	32
bb) Zulässigkeit im Außenbereich	33
b) Wasserrecht	34
III. Vermarktung	35
IV. Kooperation mit anderen EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten	36
B. Art. 9 RED III/IV verpflichtet die Mitgliedstaaten bis zum 31.12.2025 dazu, hierfür einen geeigneten Rechtsrahmen zu schaffen. Dieser Regelungsauftrag sollte genutzt werden, auch um Kooperationen bei Projekten zur Wasserstofferzeugung anzustoßen. Bedeutsam sind weiterhin die europäischen Ziele für den Wasserstoffimport, die H2-Global-Auktionen und die Maßnahmen der EU Hydrogen Bank. Infrastruktur	36
I. Betankungsinfrastruktur	36
1) Planung und Genehmigung von Wasserstofftankstellen	36
a) Zulassungsverfahren	36
b) Ausgewählte materielle Aspekte	38
aa) Bauplanungsrecht	38
bb) Störfallrecht	40
2) Förderung der Wasserstofftankstellen	43
a) Status Quo von Netzausbau und Förderung	43

29.09.2023

b) Beihilfenrechtlicher Rahmen	45
aa) Vorliegen einer Beihilfe	45
bb) Ausschluss der Beihilfeneigenschaft bei Ausschreibungen?	46
cc) Rechtfertigung der Beihilfe	46
(1) Allgemeine Anforderungen	46
(2) Konkretisierungen	47
(a) AGVO	47
(b) KUEBLL	48
(3) Unzulässigkeit von Betriebsbeihilfen?	48
II. Leitungsgebundene Wasserstoffinfrastruktur	49
1) Planung und Genehmigung	49
2) Regulierung	50
a) Bei Wasserstoffnetzen andere Ausgangssituation als bei Strom/Gas	50
b) Status Quo für den Zugang zu Wasserstoffnetzen	50
aa) Anpassung der gesetzlichen Definitionen	50
bb) Derzeit nur freiwillige Teilregulierung nach dem „Opt-in“-Modell gemäß EnWG 2021	51
cc) Für den Verkehrssektor relevante Punkte	52
(1) Entflechtung	52
(a) Buchhalterische und informationelle Entflechtung	52
(b) Vertikale Entflechtung	53
(2) Verhandelter Netzzugang	54
(3) Entgeltbildung: Keine Anreizregulierung; WasserstoffNEV	55
dd) Zugang zu sonstigen leitungsgebundenen Wasserstoff-Infrastrukturen	56
(1) Wasserstoff-Direktleitungen	56
(2) Inselnetze	57
c) Ausgestaltung	58
aa) Gesetzesvorhaben auf nationale Ebene: EnWG-Novelle 2023	58
(1) Neue Verordnungsermächtigungen zur Netzentgeltbildung	58
(a) Intertemporale Verursachungsgerechtigkeit	58
(b) Bildung einheitlicher Netzentgelte; Ausgleichsmechanismus	59

29.09.2023

(2) Wasserstoff-Kernnetz	60
(a) Gemeinsamer Antrag der Fernleitungsnetzbetreiber; Rolle der Bundesnetzagentur; planungsrechtliche Fiktion	60
(b) Kein Bezug auf Anschluss von Nachfragern aus dem Verkehrssektor	61
bb) Gesetzesvorhaben auf EU-Ebene: Entwurf eines EU-Gaspakets	62
(1) Begriffe Gas und Wasserstoff; getrennte Regulierung von Erdgas und Wasserstoff; Netzebenen	62
(2) Entflechtungsvorgaben für Wasserstoffnetzbetreiber	63
(a) Vertikale Entflechtung	63
(b) Horizontale Entflechtung, informatorische und buchhalterische Entflechtung	64
(3) Zugang zum Wasserstoffnetz und Entgeltbildung	65
(4) Ausnahmen von der Regulierung	65
(a) Bestehende Wasserstoffnetze	65
(b) Geografische begrenzte Wasserstoffnetze	66
cc) Ableitungen für den Verkehrssektor und weitere Vorgehensweise	67
(1) Gesetzesvorhaben auf nationale Ebene: EnWG-Novelle 2023	67
(2) Gesetzesvorhaben auf EU-Ebene: Entwurf eines EU-Gaspakets	68
C. Fahrzeughersteller	69
I. Gefahrguttransporte (ADR)	69
II. Typgenehmigung	69
III. Fahrzeugumbauten	72
D. Fahrzeugnutzer	73
I. Betriebsbeihilfe für Nutzfahrzeuge	73
1) Ausgangslage	73
2) Beihilfenrechtlicher Rahmen	73
a) Vorliegen einer Beihilfe	73
b) Rechtfertigung der Beihilfe	74
aa) Allgemeine Anforderungen	74
bb) Konkretisierung sektoraler Beihilfen	75
(1) AGVO	75
(2) KUEBLL	75

29.09.2023

cc) Unzulässigkeit von Betriebsbeihilfen?	77
3) Ausgestaltung	78
a) Notwendigkeit von Ausschreibungen	78
b) Zuständigkeit für die Durchführung der Ausschreibung	78
c) Umsetzung	80
4) Notifizierung	81
II. EU-Maut	81
III. Steuerliche Anreize	82
1) Kfz-Steuer	82
2) Energiesteuer	83
IV. Treibhausgasminderungsquote	84
1) Fahrzeugbetreiber als Dritte	84
2) Quotenübertragung	87
Anhang	88
Anrechnung von grünem Wasserstoff in Raffinerien	88

Teil 1 Executive Summary

Mit der vorliegenden Studie werden die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Übergang der vorhandenen Mobilität auf Basis fossiler Kraftstoffe („alte Welt“) hin zu einer emissionsfreien Mobilität („neue Welt“) betrachtet. Nach den Plänen der Europäischen Kommission sollen alle neuen schweren Nutzfahrzeuge ab 2030 45 % weniger CO₂-Emissionen emittieren. Für PKW und leichte Nutzfahrzeuge sind ab 2030 entsprechende Reduktionen um 55 % bzw. 50 % vorgesehen. Ab 2035 dürfen neue PKW und leichte Nutzfahrzeuge gar keine CO₂-Emissionen mehr emittieren. Um diese wie auch die Klimaschutzziele zu erreichen, ist ein umfassender Transformationsprozess erforderlich, der bisher noch sehr schleppend anläuft. Der Expertenrat der Bundesregierung spricht hier von einer erheblichen „Klimaschutzlücke“, die nun durch entsprechende Maßnahmen beseitigt werden muss.

Der Brennstoffzellentechnologie kommt für das Gelingen dieses Transformationsprozesses eine entscheidende Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere für das Nutzfahrzeugsegment, in dem die Brennstoffzellentechnologie vor allem durch größere Reichweiten und ein geringeres Gewicht über signifikante Vorteile gegenüber der batterieelektrischen Mobilität verfügt. Brennstoffzellenfahrzeuge sind jedoch weiterhin aufgrund der höheren Anschaffungs- und Betriebskosten betriebswirtschaftlich im Nachteil. Das Erreichen der anvisierten Emissionsminderungen ist damit von der Existenz eines unterstützenden regulatorischen Rahmens abhängig, der ein faires, wettbewerbsfähiges und technologieoffenes Marktumfeld für die Brennstoffzellenmobilität auf der Basis von grünem Wasserstoff schafft und den Unternehmen Planungssicherheit bietet. Denn Investitionen in die Brennstoffzellentechnologie werden aufgrund der deutlich höheren Kosten gegenwertig nur stattfinden, wenn sie durch einen entsprechenden regulatorischen Rahmen angereizt werden.

Die nachfolgende Analyse zeigt den Überarbeitungsbedarf des Rechtsrahmens sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene. Um den Markthochlauf der Brennstoffzellenmobilität weiter zu forcieren, sind die richtig gesetzten rechtlichen Rahmenbedingungen aber unerlässlich, da nur auf diese Weise die erforderlichen Investitionen in die Brennstoffzellentechnologie erfolgen werden. Dies erfasst folgende Aspekte:

Mehr Flächenausweisungen für die grüne Stromerzeugung

- Zu den entscheidenden Stellschrauben gehören zunächst die rechtlichen Rahmenbedingungen der Wasserstoffherzeugung. Zwar werden die Länder durch das Windenergiebedarfsflächengesetz (WindBG) bereits dazu verpflichtet, einen prozentualen Anteil ihrer Landesfläche für

Windenergieanlagen auszuweisen. Diese Anteile sind jedoch mit Blick auf den steigenden Strombedarf der kommenden Jahrzehnte nicht ambitioniert genug und daher anzuheben.

- Nach der novellierten Richtlinie (EU) 2018/2001 (REDIII/IV) können die Mitgliedstaaten darüber hinaus auch für andere EE-Technologien Beschleunigungsgebiete ausweisen. Von dieser Möglichkeit sollte Deutschland Gebrauch machen, um etwa auch für Solaranlagen Beschleunigungsgebiete auszuweisen.

Beschleunigung und Vereinfachung des Genehmigungsverfahrens

- Elektrolyseure, die nicht als Bestandteil einer integrierten chemischen Anlage betrieben werden, sollten künftig weitgehend im (vereinfachten) Baugenehmigungsverfahren zugelassen werden. Denn die Umweltauswirkungen beschränken sich auf Lärmimmissionen sowie ggf. transportbedingte Immissionen, wenn der Wasserstoff per Pipeline oder Zug anstelle per Trailer transportiert wird. Bisher werden Elektrolyseure ausnahmslos dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung unterstellt, was mit Blick auf die durch diese verursachten Immissionen nicht sachgerecht ist. Da Anhang 1 der 4. BImSchV keinen eigenen Tatbestand für Elektrolyseure enthält und berechtigte Zweifel bestehen, ob sich diese der Ziffer 4.1.12 Anhang 1 der 4. BImSchV zuordnen lassen, wäre für die Umsetzung dieser Verbesserungen keine Änderung der 4. BImSchV erforderlich. Es sollte aber eine Klarstellung in den Vollzugshinweisen des LAI erfolgen, auf dessen Grundlage die Verortung von Elektrolyseuren als Anlagen im Sinne der Ziffer 4.1.12 Anhang 1 der 4. BImSchV zu verantworten ist. Weiterhin wäre für die Durchführung des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens Voraussetzung, dass Elektrolyseure nicht als Sonderbauten eingestuft werden.
- Auch die bisherige generelle Einstufung von Elektrolyseuren als Industrieemissionsanlage erweist sich mit Blick auf die Umweltauswirkungen der Anlagen jedenfalls bei Anlagen kleiner und mittlerer Größenordnung als nicht sachgerecht. Nach einem Vorschlag des Rates der EU über die Novellierung der Industrieemissions-Richtlinie ist vorgesehen, in Anhang 1 der Richtlinie einen Tatbestand für die Wasserelektrolyse aufzunehmen. Nr. 6.6 soll insofern vorsehen, dass die „Wasserelektrolyse zur Wasserstofferzeugung mit einer Produktionskapazität **von über 60 t pro Tag**“ in den Anwendungsbereich der Industrieemissions-Richtlinie fällt. Erst ab dieser Größenordnung wäre damit für Elektrolyseure aus europarechtlicher Sicht eine Einstufung

als Industrieemissionsanlage und die Durchführung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens mit Öffentlichkeitsbeteiligung geboten.

- Nach der novellierten Richtlinie (EU) 2018/2001 (REDIII/IV) gelten für EE-Projekte in Beschleunigungsgebieten ferner erhebliche Erleichterungen, wie zum Beispiel ein Absehen von der Umweltverträglichkeitsprüfung im Genehmigungsverfahren, sofern das Vorhaben keine erheblichen nachteiligen Auswirkungen aufweist, die bei der Umweltprüfung der Pläne zur Ausweisung des Beschleunigungsgebietes nicht ermittelt wurden oder nicht ermittelt werden konnten. Diese Vorgaben sollten zügig und für möglichst viele EE-Technologien umgesetzt werden. Dabei sollte auch geprüft werden, inwieweit innerhalb der für EE-Anlagen ausgewiesenen Beschleunigungsgebiete die planungs- und genehmigungsrechtlichen Erleichterungen der RED III/IV auch für Elektrolyseure fruchtbar gemacht werden können.

Beseitigung von Rechtsunsicherheiten im materiellen Zulassungsrecht

- Mit Blick auf die materiellen Zulassungsvoraussetzungen bestehen in der Praxis zurzeit erhebliche Unsicherheiten, ob Elektrolyseure auch innerhalb eines faktischen oder durch Bebauungsplan festgesetzten Gewerbegebietes zulässig sind. Diese Unsicherheiten sind durch eine jüngere Gesetzesnovelle der BauNVO noch verstärkt worden. Nach § 14 Abs. 4 S. 1 BauNVO sind Anlagen zur Herstellung oder Speicherung von Wasserstoff in einem eigens durch Bebauungsplan ausgewiesenen Sondergebiet für Sonnenenergie zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 249a Abs. 4 BauGB gegeben sind. Diese Anforderung soll nach § 14 Abs. 4 S. 2 BauNVO auch in faktischen oder durch Bebauungsplan festgesetzten Gewerbegebieten gelten. Auch wenn die Regelung damit zwar die planungsrechtliche Zulässigkeit von Elektrolyseuren in solaren Sondergebieten sichert, verstärkt sie die Unsicherheiten im Hinblick auf die generelle Zulässigkeit solcher Anlagen in Gewerbegebieten, da die neu geschaffene Regelung den Umkehrschluss zulässt, dass Elektrolyseure im Übrigen in Gewerbegebieten nicht zulässig sind. Da § 14 Abs. 4 BauNVO auch nur über einen begrenzten Anwendungsbereich verfügt – die Regelung bezieht sich nur auf Sondergebiete für die Sonnenenergie – überwiegen die damit verbundenen Nachteile bisher noch deutlich. Der Gesetzgeber sollte daher eine Klarstellung in § 14 BauNVO herbeiführen, wonach Elektrolyseure auch in Gewerbegebieten zulässig sein können.
- Nach § 249a BauGB wurde erstmals eine Privilegierung für Elektrolyseure im Außenbereich geschaffen. Hierbei handelt es sich aber nicht um einen

eigenständigen Privilegierungstatbestand für Elektrolyseure oder Speicheranlagen, sondern eine „angehängte“ Privilegierung, die vom Bestand der Privilegierung der Wind- oder Solaranlage abhängig ist. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 24.9a BauGB schränken den Anwendungsbereich der Privilegierung darüber hinaus erheblich ein. Nach § 24.9a Abs. 4 Nr. 2 BauGB greift diese nur, wenn „die Größe der Grundfläche der zum Vorhaben gehörenden baulichen Anlagen 100 Quadratmeter und der Höhenunterschied zwischen Geländeoberfläche im Mittel und dem höchsten Punkt der baulichen Anlagen 3,5 Meter nicht überschreitet“. Dies erfasst nur kleine Anlagen und sollte daher entsprechend überarbeitet werden. Weiterhin darf der Strom nur aus EE-Anlagen bezogen werden, die sich im räumlich-funktionalen Zusammenhang mit dem Elektrolyseur befinden.

- Unter anderem, wenn für die Erzeugung von Wasserstoff Grundwasser oder Wasser aus Gewässern entnommen werden muss, ist eine wasserrechtliche Gestattung erforderlich. Gleiches gilt, wenn bei der Aufbereitung des in der Elektrolyse aufgespaltenen Reinwasser Abwasser entsteht. Problematisch ist hierbei, dass die wasserrechtliche Gestattung nicht von der Konzentrationswirkung der Genehmigung für den Elektrolyseur erfasst ist. Die wasserrechtliche Gestattung muss somit jeweils in einem separaten Zulassungsverfahren eingeholt werden, was den Arbeits- und Verwaltungsaufwand erhöht („keine Genehmigung aus einer Hand“). Darüber hinaus wird in der Praxis je nach Einzelfall die Erstellung eines Ausgangszustandsberichtes verlangt. Anknüpfungspunkt bildet auch hier die Einstufung als Industrieemissions-Anlage (vgl. § 10 Abs. 1 a BImSchG), was – wie bereits dargelegt – jedenfalls bei Elektrolyseuren kleiner und mittlerer Größenordnung aufgrund der Umweltauswirkungen nicht sachgerecht ist.

Ambitionierte Unterquote für grünen Wasserstoff

- Um hinreichende Anreize für die Produktion von grünem Wasserstoff zu setzen, sollte im Zuge der RED III/IV-Umsetzung eine ambitionierte Unterquote in der Treibhausgasemissionsquote gemäß § 37a BImSchG für grünen Wasserstoff eingeführt werden.

Entwicklung des Rechtsrahmens für Kooperationsmechanismen mit Europäischen Staaten und Drittstaaten

- Deutschland wird darüber hinaus in nicht unerheblichem Umfang auf Wasserstoffimporte angewiesen sein. Vor diesem Hintergrund gewinnen Kooperationsmechanismen eine entscheidende Bedeutung.

- Art. 9 RED III/IV verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, hierfür bis zum 31.12.2025 einen geeigneten Rechtsrahmen zu schaffen. Dieser Regelungsauftrag sollte genutzt werden, um Kooperationen bei Projekten zur Wasserstoffherzeugung anzustoßen.

Abbau von Hemmnissen bei der Zulassung von Wasserstofftankstellen

- Für den Markthochlauf der Brennstoffzellenmobilität ist darüber hinaus der Aufbau einer ausreichend dimensionierten Betankungsinfrastruktur unerlässlich. Wasserstofftankstellen bedürfen ab einer Lagerkapazität von 3 t Wasserstoff einer Zulassung nach dem BImSchG. Während Tankstellen in Gewerbe-, Industrie-, Misch- und Dorfgebieten generell zulässig sind (vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 3, § 9 Abs. 2 Nr. 2, § 6 Abs. 2 Nr. 7, § 5 Abs. 2 Nr. 8) und in allgemeinen Wohngebieten noch ausnahmsweise zugelassen werden können (vgl. § 4 Abs. 3 Nr. 5 BauNVO), gibt es bisher keine eigenständige gesetzliche Privilegierung für Tankstellen im Außenbereich. Lediglich sofern ein besonderer Bedarf für die Errichtung und den Betrieb der Tankstelle besteht, wird bisher ausnahmsweise ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB angenommen. Darüber hinaus kommt eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 2. Variante BauGB in Betracht, wenn die Tankstelle in unmittelbarer Nähe zu einem Elektrolyseur errichtet wird. Sollte der Errichter der Tankstelle nicht von einer Privilegierung Gebrauch machen können, ist die Aufstellung eines Bebauungsplanes erforderlich. Solche Prozesse sind nicht nur sehr kosten- und zeitaufwendig, sondern häufig auch fehleranfällig. Daher gilt es, nun auch für Wasserstofftankstellen geeignete Privilegierungsstatbestände für den Außenbereich in § 35 BauGB zu schaffen.
- Wasserstoff wird in Anhang 1 der 12. BImSchV (Störfallverordnung) als gefährlicher Stoff aufgeführt. Er unterliegt damit ab einer Lagermenge von 5.000 kg den Anforderungen der Störfallverordnung. Wenig konsistent ist insoweit, dass die Mengenschwelle für Wasserstoff nach Nr. 2.44 der Stoffliste in Anhang 1 der 12. BImSchV bereits bei 5 Tonnen liegt, während die Mengenschwelle nach Nr. 2.3 des Anhangs 1 bei LNG und Erdgas erst bei 50 Tonnen und bei Benzin/Diesel erst bei 2.500 Tonnen beginnen.
- Auch die Bestimmung des Betriebsbereiches und des angemessenen Sicherheitsabstandes im Sinne des Störfallrechtes sind mit Unsicherheiten und einem erheblichen Aufwand verbunden, da dieser stets einzelfallbezogen ermittelt werden muss. Um diesen Hemmnissen entgegenzuwirken und den Prüfungsaufwand für die Genehmigungsverfahren zu reduzieren, sollte eine Konkretisierung des angemessenen Sicherheitsabstandes, wie auch

des unbestimmten Rechtsbegriffes Betriebsbereich, erfolgen. Mit Blick auf den Betriebsbereich erscheint eine Konkretisierung sinnvoll, welche Anlagen und Betriebsvorgänge in welchem räumlich-funktionalen Zusammenhang als noch innerhalb eines Betriebsbereichs liegend anzusehen wären – oder aber außerhalb desselben. In der Folge ergäbe sich, dass Wasserstoffmengen etwa innerhalb einer Erzeugungsanlage und solche Mengen in einem Lager aufgrund der räumlich-funktionalen Trennung bei fehlender gemeinsamer Sicherheitsrelevanz der Bereiche doch verschiedenen Betriebsbereichen zugeordnet werden können. Damit würden sich diverse genehmigungs- und störfallrechtliche Erleichterungen ergeben. Zur Konkretisierung des angemessenen Sicherheitsabstandes könnten Kriterien für die Bestimmung des räumlichen Zusammenhangs zwischen Wasserstofflagern/Drucktanks/Speichern und anderen Wasserstoff-Betriebsbereichen (Erzeugungsanlagen, Betankungsanlagen, Verwendungsanlagen in der Industrie) in einer Rechtsverordnung (zum Beispiel in der 12. BImSchV oder einer eigenständigen Rechtsverordnung) definiert werden. Details wären insoweit technisch-fachlich festzulegen und sind vorliegend über eine juristische Bewertung nicht zweckgemäß.

Betriebskostenförderung für Wasserstofftankstellen

- Ein weiteres bedeutendes Thema ist die Förderung von Wasserstofftankstellen. Gegenwertig führen hohe Betriebskosten und eine teils zu geringe Auslastung dazu, dass viele Tankstellen nach dem DEMO-Betrieb wieder geschlossen werden müssen. Daher ist neben einer Investitionskostenförderung auch eine Betriebskostenförderung erforderlich. Zwar wird in den zulässigen Abschnitten aus AGVO und KUEBLL im Ausgangspunkt nur eine Förderung der Investitionskosten, nicht aber auch der Betriebskosten zugelassen. Eine Betriebskostenförderung ist damit aber nicht von vornherein unzulässig. Denn durch die KUEBLL und die AGVO wird der Abwägungsvorgang der Kommission nur typisiert, nicht aber abschließend konkretisiert. Außerdem lässt der Begriff der Investitionskosten auch eine Subsumtion der Betriebskosten darunter zu. Für die KUEBLL wird das auch dadurch bestätigt, dass in Abschnitt 4.1.3.5 (121) Betriebsbeihilfen ausdrücklich aufgeführt sind.

Berücksichtigung des Verkehrssektors bei der Regulierung von Wasserstoffnetzen

- Für den Verkehrssektor weist darüber hinaus der leitungsgebundene Transport von Wasserstoff eine entscheidende Bedeutung auf. Dem

Wasserstoffmarkthochlauf sind zunächst die erweiterten Verordnungsermächtigungen in § 280 Abs. 2 Nr. 3 bis 5 EnWG-E förderlich, die u. a. Regelungen ermöglichen, dass die zur Abdeckung aller notwendigen jährlichen Kosten für die Errichtung und den Betrieb des Wasserstoffnetzes während des Markthochlaufs noch nicht in voller Höhe von den Netzbetreibern vereinnahmt werden müssen. Zu kritisieren ist allerdings, dass es sich bei § 280 EnWG-E – und damit auch bei den daraus resultierenden Rechtsverordnungen (§ 280 Abs. 2 EnWG-E) – um „Opt-in“-Vorgaben handelt. Sofern der Verordnungsgeber von den neuen Verordnungsermächtigungen Gebrauch macht, sind diese ohnehin nur für solche Betreiber von Wasserstoffnetzen verbindlich, die sich nach Maßgabe der §§ 28j, 28p EnWG-E wirksam dem „Opt-in“-Modell unterworfen haben. Vielmehr sollte § 280 EnWG-E und die darin enthaltenen Verordnungsermächtigungen für alle Betreiber von Wasserstoffnetzen gelten. Im Grundsatz sind auch die Regelungen zum Wasserstoff-Kernnetz nach § 28r EnWG-E zu begrüßen. Kritisch zu sehen ist allerdings, dass der Gesetzesentwurf in keiner Weise auf die Bedürfnisse im Verkehrssektor eingeht. Mit Blick auf die Betankungsinfrastruktur (insb. H₂-Tankstellen) und die wasserstoff-betriebenen Fahrzeuge (FCEV) ist auch der Verkehrssektor auf die Versorgung mit Wasserstoff – und damit auf die leistungsgebundene Wasserstoffinfrastruktur – angewiesen und kann daher auf der Nachfrageseite entscheidend zum Aufbau eines Wasserstoff-Kernnetzes bzw. zum Wasserstoffmarkthochlauf insgesamt beitragen. Daher sollte § 28r Abs. 4 lit. c) EnWG-E dahingehend ergänzt werden, dass als Beispiel für Projekte mit überregionalem Charakter zur Schaffung eines deutschlandweiten Wasserstoffnetzes auch der Anschluss von großen Nachfragern aus dem Verkehrssektor genannt wird.

- Mit Blick auf das EU-Gaspaket der europäischen Union sollte schließlich die Fassung der EU-Kommission unterstützt werden, die Lockerungen der entflechtungsrechtlichen Vorgaben (Anwendung der Entflechtungsregeln für Verteilernetzbetreiber; keine horizontale Entflechtung) vorsieht. Ist absehbar, dass die Vorschläge des EU-Parlaments sich im Trilog nicht durchsetzen werden, sollten die von dem Rat der EU vorgeschlagenen Ausnahmen von der Regulierung in Art. 47 GasRL-E (bestehende Wasserstoffnetze) und Art. 48 GasRL-E (geografisch begrenzte Wasserstoffnetze) unterstützt werden, weil in dieser Fassung der Anwendungsbereich im Vergleich zu den Fassung der EU-Kommission und des EU-Parlaments deutlich weiter gefasst ist und die Anzahl an möglichen Befreiungen von regulatorischen Vorgaben am höchsten ist.

Anpassung der ADR für Gefahrguttransporte mit Brennstoffzellenfahrzeugen

- Weitere Hemmnisse ergeben sich durch das Übereinkommen über die internationale Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße (ADR). Aus der aktuellen Fassung des ADR ergibt sich nicht, dass dieses Übereinkommen auch für Fahrzeuge mit Brennstoffzellenantrieb gilt. Daher ist eine Erweiterung auf Fahrzeuge mit Brennstoffzellenantrieb erforderlich. Dies sollte zügig und daher bereits in der nächsten Novellierungswelle umgesetzt werden.

Überschreitung der Fahrzeuggesamtlänge bei der Typengenehmigung

- Um die Umrüstung von Nutzfahrzeugen auf Brennstoffzellenantrieb und die Entwicklung neuer Brennstoffzellennutzfahrzeuge und den Markthochlauf zu forcieren, sollte mit Blick auf Typengenehmigung zudem ein Überschreiten der zulässigen Gesamtlänge nach Nr. 1.1.1, Abschnitt der D, Anhang XIII der Durchführungsverordnung (EU) 2021/35 zulässig sein. Dies könnte durch die Einführung einer harmonisierten Regelung zum Beispiel in Form einer zulässigen Gesamtlängenvorgabe für neue und umgerüstete Brennstoffzellenfahrzeuge oder durch eine Erweiterung der in Abschnitt D Nr. 1.1 zulässigen Länge um 900 mm umgesetzt werden. In entsprechender Weise wäre dann § 32 Abs. 3 Nr. 1 StVZO abzuändern.

Einführung einer Betriebskostenförderung für Brennstoffzellenfahrzeuge

- Brennstoffzellenfahrzeuge (FCEV) weisen im Vergleich zu konventionellen Antriebstechnologien noch deutlich höhere Kosten auf. Die existierenden Förderprogramme für Brennstoffzellenfahrzeuge beschränken sich bisher auf eine Unterstützung der Investitionen (Anschaffungskosten, Investitionen in Infrastruktur,...), nicht aber auch für den laufenden Betrieb. Um diese Kostenlücke zu schließen und den Markthochlauf der Brennstoffzellentechnologie zu forcieren, ist somit eine gezielte Unterstützung erforderlich, die auf den Betrieb der Fahrzeuge abzielt. Vorgeschlagen wird daher eine Betriebskostenförderung, die sich an den realisierten Emissionsminderungen ausrichtet und als eine von der jährlich realisierten Laufleistung abhängige Förderung ausgestaltet ist. Sie wird zudem über Ausschreibungen vergeben. Zwar wird in den zulässigen Abschnitten der KUEBLL nur eine Investitionsbeihilfe zugelassen. Wie bereits dargelegt, wird die Zulässigkeit von Betriebsbeihilfen im Anwendungsbereich der KUEBLL damit aber nicht von vornherein ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt eine unzulässige Beihilfe erst vor, wenn die Förderung dazu dient, den Status quo

zu erhalten oder ein Unternehmen von Kosten zu befreien, die es im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebs ohnehin zu tragen hätte. Maßgeblich dürfte bei der Bewertung insbesondere sein, ob mit der Beihilfe nachweislich ein Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgt wird. Hierfür spricht, dass die Betriebsförderung gezielt der Transformation im Nutzfahrzeugsegment und damit der Einsparung von THG-Emissionen im Raum der EU dient. Insofern kann auch nicht von einer Aufrechterhaltung des Status Quo die Rede sein, da es um den Markthochlauf einer neuen Technologie geht.

Förderung von Fahrzeugumbauten und steuerliche Anreize

- Insbesondere mit Blick auf Nutzfahrzeuge sind auch Umbauten von Fahrzeugen ein bedeutendes Instrument, um den Markthochlauf voranzubringen. Art. 36 Abs. 4 Buchst. b) AGVO lässt insoweit Investitionsbeihilfen zu, um vorhandene Fahrzeuge umzurüsten, sofern die Unionsnormen zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme dieser Fahrzeuge noch nicht in Kraft waren und, sobald sie verbindlich sind, nicht rückwirkend für diese Fahrzeuge gelten. Nach Ziff. 4.3.1 KUEBLL ist ebenfalls eine Förderung der Umrüstung von Fahrzeugen möglich. Rn. 163 sieht insoweit vor, dass durch die Beihilfe eine Einstufung als sauberes Fahrzeug im Sinne der KUEBLL möglich sein muss.
- Art. 79a Abs. 1 UAbs. 1 Richtlinie (EU) 2022/362 sieht ferner vor, dass die Mitgliedstaaten bis März 2024 eine Differenzierung bei der Maut für schwere Nutzfahrzeuge anhand der CO₂-Emissionen einführen müssen. Die Einführung einer solchen CO₂-abhängigen Maut, deren Umsetzung in Deutschland bereits vorangetrieben wird, ist ebenfalls ein entscheidender Hebel für die Brennstoffzellenmobilität.
- Auch die auf europäischer Ebene angestoßene Reform der Energiesteuer ist für den Transformationsprozess im Verkehrssektor von hoher Bedeutung. Wasserstoff, der in einem Brennstoffzellenfahrzeug eingesetzt wird, unterfällt jedoch von vornherein nicht der Energiesteuer, da dieser mangels Verbrennung nicht als Energieerzeugnis eingestuft wird.
- Entlastungen oder Befreiungen von der Kfz-Steuer können insoweit ebenfalls ein Hebel für den Markthochlauf der Brennstoffzellenmobilität sein. Die Kfz-Steuer wird jedoch, wie die Energiesteuer, europarechtlich reguliert, nämlich durch die Richtlinie 1999/62/EG. Etwaige Anreize wie zum Beispiel eine Befreiung von der Kfz-Steuer für emissionsfreie Nutzfahrzeuge wäre daher auf europäischer Ebene umzusetzen, da die Richtlinie insoweit Mindeststeuersätze vorsieht.

Ermöglichung des Quotenhandels für Fahrzeugnutzer und einer Quotenübertragung

- Ein bedeutender Hebel ist schließlich die Treibhausgasminderungsquote. Dritte in diesem Sinne sind beim Einsatz von Wasserstoff in Brennstoffzellenfahrzeugen aber nicht die Halter der Fahrzeuge, sondern gemäß § 3 Abs. 1 S. 3 37. BImSchV diejenige (natürliche oder juristische) Person, „in deren Namen und auf deren Rechnung die Abgabe an den Letztverbraucher erfolgt“. Um den Markthochlauf der Brennstoffzellenmobilität zu fördern, könnte vorgesehen werden, den Fahrzeughalter als Quotenberechtigten und Dritten im Sinne des § 37a Abs. 6 BImSchG einzustufen. In entsprechender Weise können bereits jetzt die Halter batterieelektrischer Fahrzeuge vom Quotenhandel profitieren, wenn Fahrzeuge über nicht-öffentlich zugängliche Ladepunkte geladen werden.
- Eine weitere Möglichkeit, die Brennstoffzellenmobilität mit der Treibhausgasminderungsquote stärker zu fördern, besteht darin, eine Übertragung der generierten Quote auf andere Personen zu ermöglichen. Auch dies müsste durch eine entsprechende Anpassung der 37. BImSchV für den Wasserstoffbereich erst noch ermöglicht werden. Vorbild könnte hier die Regelung aus § 5 Abs. 1 S. 2 der 38. BImSchV darstellen, die eine entsprechende Quotenübertragung für die Elektromobilität bereits vorsieht.

Teil 2 Ausgangslage

Nach dem europäischen Klimaschutzgesetz sollen die Treibhausgasemissionen der EU bis 2030 um 55 % gegenüber dem Niveau von 1990 reduziert werden. Bis 2050 wird die Klimaneutralität in der EU angestrebt. Deutschland will bereits bis zum Jahr 2045 klimaneutral sein.¹ Hierfür bedarf es einer umfassenden technologischen Transformation aller energieverbrauchenden Sektoren. Für den Verkehrssektor bedeutet dies neben dem Einsatz neuartiger Antriebsformen und Kraftstoffe den parallelen Aufbau von Infrastruktur und Kapazitäten, um grünen Strom, grünen Wasserstoff und andere regenerative Kraftstoffe bereitzustellen.²

Insbesondere für die Transformation im Nutzfahrzeugsegment kommt der Brennstoffzellenmobilität eine herausragende Bedeutung zu.³ Denn diese Technologie verfügt über Eigenschaften, die sich gerade in diesem Bereich als signifikante Vorteile gegenüber der batterieelektrischen Mobilität erweisen. Hierzu gehören u.a. eine größere Reichweite, kürzere Betankungszeiten und ein deutlich geringeres Gewicht.⁴ Zugleich ist der Hebel, der für das Erreichen der Klimaschutzziele und einer Verringerung der Luftverschmutzung in Ballungsräumen in Gang gesetzt werden kann, bei Nutzfahrzeugen besonders groß, da diese aufgrund ihres Gewichtes und ihrer Auslastung einen höheren Schadstoffausstoß je Fahrzeug aufweisen.⁵

Das Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung sieht bisher vor, dass bis zum Jahr 2030 ein Anteil in Höhe von 1/3 elektrischer Fahrleistung im Bereich schwerer Nutzfahrzeuge umgesetzt werden soll.⁶ Dies entspricht ca. 230.000 Fahrzeugen.⁷

¹ § 3 Abs. 2 Bundes-Klimaschutzgesetz.

² *Deutscher Wasserstoff- und Brennstoffzellenverband (DWV)*, Die Transformation der Mobilität in Deutschland, 1. Eckpunktepapier der DWV-Fachkommission HyMobility, März 2023, S. 3.

³ *DWV*, Die Transformation der Mobilität in Deutschland, 1. Eckpunktepapier der DWV-Fachkommission HyMobility, März 2023, S. 3.

⁴ *Zerta/Diehl/Lust/Kutz*, Wasserstoffmobilität in Deutschland: Verkehrsstudie – Studie für die HyMobility-Fachkommission des DWV, März 2023, Folie 11.

⁵ *Zerta/Diehl/Lust/Kutz*, Wasserstoffmobilität in Deutschland: Verkehrsstudie – Studie für die HyMobility-Fachkommission des DWV, März 2023, Folie 9.

⁶ *Deutsche Bundesregierung*, Klimaschutzprogramm 2030 zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, Kap. 3.4.3., Abschnitt 3.4.3.10.

⁷ Grundlage dieser Berechnung sind die Ergebnisse einer Studie der *NOW*, Marktentwicklung klimafreundlicher Technologien im schweren Straßengüterverkehr, abrufbar unter: [Marktentwicklung-klimafreundlicher-Technologien-im-schweren-Strassengueterverkehr.pdf \(klimafreundliche-nutzfahrzeuge.de\)](#).

Grundlage für diesen Zielkorridor bildet die europäische CO₂-Flottenregulierung für Nutzfahrzeuge vom 20.06.2019, die bis 2030 eine Minderung der flotten- und europaweiten CO₂-Emissionen um 30 % bei schweren Nutzfahrzeugen und um 31 % bei leichten Nutzfahrzeugen vorsieht.⁸ Nunmehr steht allerdings eine weitere Verschärfung dieser Regulierung bevor. Nach einem Vorschlag der Europäischen Kommission sollen alle neuen schweren Nutzfahrzeuge bis 2030 künftig nur noch 45 % weniger Emissionen emittieren. Dies würde etwa 320.000 emissionsfreien Fahrzeugen entsprechen. Ab 2035 sind Emissionsminderungen von 65 % zu erreichen, ab 2040 sollen dann Emissionsminderungen von 90 % erzielt werden.⁹ Der Handlungsdruck nimmt also weiter zu. Brennstoffzellenfahrzeuge weisen dabei noch sehr hohe Investitions- und Betriebskosten auf.¹⁰ Dasselbe gilt für die Betankungsinfrastruktur, deren Errichtung und Betrieb für einen Markthochlauf der Brennstoffzellenmobilität ebenfalls unerlässlich ist.¹¹

Das Erreichen der anvisierten Emissionsminderungen und Klimaschutzziele ist damit von der Existenz eines unterstützenden, regulatorischen Rahmens abhängig, der ein faires, wettbewerbsfähiges und technologieoffenes Marktumfeld für die Brennstoffzellenmobilität auf der Basis von grünem Wasserstoff schafft und den Unternehmen Planungssicherheit bietet.¹² Denn Investitionen werden aufgrund der deutlich höheren Kosten für die Brennstoffzellentechnologie gegenwertig nur stattfinden, wenn sie durch einen entsprechenden regulatorischen Rahmen angereizt werden.

Ziel und Aufgabe des hiesigen Dienstleistungsauftrages ist die Erarbeitung einer Studie über den gesetzlichen Rahmen für den Übergang der aktuellen Mobilität auf Basis fossiler Kraftstoffe („alte Welt“) hin zu einer emissionsfreien Mobilität u.a. auf der Basis von grünem Wasserstoff und der Brennstoffzellenmobilität („neue Welt“).

⁸ Verordnung (EU) 2019/1242 v. 20.6.2019, Abl. 198/202; *Deutsche Bundesregierung*, Klimaschutzprogramm 2030 zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, Kap. 3.4.3.10.

⁹ *Kommission*, Pressemitteilung v. 14.2.2023, abrufbar unter: [Null-Emissionsziel für neue Busse und Lkw bis 2030 \(europa.eu\)](https://europa.eu/press-room/en/infobox-item-0).

¹⁰ *DWV*, Die Transformation der Mobilität in Deutschland, 1. Eckpunktepapier der DWV-Fachkommission HyMobility, März 2023, S. 3; *Nationale Organisation Wasserstoff- und Brennstoffzellentechnologie (NOW GmbH)*, Marktentwicklung klimafreundlicher Technologien im schweren Straßengüterverkehr, S. 5.

¹¹ *DWV*, Die Transformation der Mobilität in Deutschland, 1. Eckpunktepapier der DWV-Fachkommission HyMobility, März 2023, S. 3.

¹² *DWV*, Die Transformation der Mobilität in Deutschland, 1. Eckpunktepapier der DWV-Fachkommission HyMobility, März 2023, S. 3; *NOW GmbH*, Marktentwicklung klimafreundlicher Technologien im schweren Straßengüterverkehr, S. 14.

29.09.2023



BECKER BÜTTNER HELD

Dabei sollen die relevanten rechtlichen Rahmenbedingungen analysiert und zur Ermöglichung der Transformation im Verkehrssektor mit Bezug auf die Nutzfahrzeuge fortentwickelt werden.

Teil 3 Status Quo der rechtlichen Rahmenbedingungen

A. Europäischer Rechtsrahmen

Mit Blick auf den bestehenden Rechtsrahmen für die Transformation des Verkehrssektors kann dabei grundlegend zwischen den Rahmenbedingungen für die Umstellung der Antriebe und die Umstellung der Kraftstoffe differenziert werden.¹³

Für die Umstellung der **Antriebskonzepte** kommt es auf die Verordnungen zur Verminderung von CO₂-Emissionen für neue Pkw und neue leichte Nutzfahrzeuge (Verordnung (EU) 2019/631) und der entsprechenden Verordnung für neue schwere Nutzfahrzeuge (Verordnung (EU) 2019/1242) (im Folgenden: **Flottengrenzwert-Verordnungen**) an. Diese legen bestimmte CO₂-Emissionsreduktionswerte fest, die von einer Fahrzeugflotte erreicht werden müssen.¹⁴ Im Falle des Verfehlens der Reduktionswerte sind Strafzahlungen zu leisten. Diese betragen 95 EUR pro Gramm CO₂ pro zugelassenem Fahrzeug über dem Flottengrenzwert. Damit setzen die Flottengrenzwert-Verordnungen einen bedeutenden Anreiz, auf emissionsärmere Antriebstechnologien umzusteigen.¹⁵ Es zählen aber nur die direkten CO₂-Emissionen eines Fahrzeuges, nicht etwa die Emissionen bei deren Herstellung oder zur Erzeugung der Kraftstoffe (sog. Tank-to-Wheel-Ansatz). Da Brennstoffzellenfahrzeuge selbst keine direkten CO₂-Emissionen verursachen, gelten sie in diesem Sinne wie auch batterieelektrische Fahrzeuge als emissionsfreie Fahrzeuge. Flankiert werden diese Regelungen durch zusätzliche Verschärfungen bei den Flottengrenzwerte für PKW und leichte Nutzfahrzeuge und das ab 2035 geltende Zulassungsverbot für neue PKW und leichte Nutzfahrzeuge mit Verbrennungsmotor, sofern diese nicht nachweislich mit klimaneutralen Kraftstoffen (e-Fuels) betrieben werden. Von entscheidender Bedeutung ist weiter die Richtlinie über die Beschaffung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge (sog. „Clean-Vehicle-Directive“, **CVD**).¹⁶ Diese Richtlinie definiert Mindestziele für die Beschaffung sauberer Fahrzeuge durch öffentliche Auftraggeber, mithin Behörden und bestimmte öffentliche Verkehrsbetriebe und ist

¹³ Hoffmann, Grüner Wasserstoff im Verkehrssektor: Ein Rundflug über aktuelle europarechtliche Entwicklungen, EnWZ 2022, 255 (256).

¹⁴ Dazu bereits die Ausführungen in Teil 1 „Ausgangslage“.

¹⁵ Hoffmann, Grüner Wasserstoff im Verkehrssektor: Ein Rundflug über aktuelle europarechtliche Entwicklungen, EnWZ 2022, 255 (258).

¹⁶ Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, Abl. 120/5.

29.09.2023

damit für den öffentlichen Nahverkehr sehr wichtig. Weiterhin sind die **Abgasnormen Euro-6 / Euro-7** zu nennen, welche den Schadstoffausstoß im Abgas neuer Diesel, Benzin und Plug-in-Hybride reduzieren und damit insbesondere die Luftverschmutzung in Städten adressieren.. Zusätzlich werden mit der CO₂-Bepreisung von konventionellen Kraftstoffen und ab dem 1.12.2023 über die CO₂-Maut weitere Anreize für die Nutzung emissionsfreier Fahrzeuge und damit den Umstieg auf alternative Technologien gesetzt.

Für die Umstellung der Kraftstoffe kommt es im Wesentlichen auf die Vorgaben aus Art. 25 ff. Richtlinie (EU) 2018/2001¹⁷ (**RED II**) und deren Novellierung (**RED III**) an¹⁸. Die Richtlinie beinhaltet Mindestziele, um den Anteil erneuerbarer Energien in verschiedenen Sektoren zu steigern und will damit einen Anreiz für Investitionen setzen.¹⁹ Die RED III führt dabei nun ambitioniertere Vorgaben ein: Der Bruttoendenergieverbrauch aus erneuerbaren Energiequellen soll bis 2030 in der EU insgesamt auf 45 % gesteigert werden.²⁰ Im Verkehrssektor erhöht sich das sektorspezifische Ziel von bisher 14 % auf mindestens 29 % EE-Anteil oder eine Treibhausgasminderung von 14,5 % bis 2030.²¹ Neu ist auch eine verbindliche Unterquote für fortschrittliche Biokraftstoffe und erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs (im Folgenden: **RFNBO**), die im Kontext der 37. Bundes-Immissionsschutzverordnung (**37. BImSchV**) auch als strombasierte Kraftstoff bezeichnet werden.²² Das Unterziel beträgt hier bis 2025 mindestens 1 % und bis 2030 mindestens 5,5 %, wovon mindestens 1 % durch RFNBO's abgedeckt werden soll.²³ Im REPowerEU Plan werden darüber hinaus Hindernisse bei der Zulassung von EE-Anlagen und der zugehörigen Infrastruktur als ein wesentliches Hemmnis

¹⁷ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen v. 21.12.2018, Abl. 328/82.

¹⁸ *EU-Rat*, Vorschlag für eine Richtlinie 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, 8. 5.2023, Interinstitutional File 2021/0218(COD).

¹⁹ Vgl. Erwägungsgrund 9 RED II. *Hoffmann*, Grüner Wasserstoff im Verkehrssektor: Ein Rundflug über aktuelle europarechtliche Entwicklungen, *EnWZ* 2022, 255 (256).

²⁰ Art. 3 Abs. 1 RED-III-Entwurf.

²¹ Art. 25 Abs. 1 Buchst. a) RED-III-Entwurf.

²² Dazu zählt auch grüner Wasserstoff, wenn er mittels Elektrolyse aus nicht-biogenem erneuerbarem Strom hergestellt worden ist, vgl. *Hoffmann*, Grüner Strom im Kraftstoffmarkt – Was bringt die RED II?, *ZNER* 2020, 300 (302).

²³ Art. 25 Abs. 1 Buchst. b) RED-III-Entwurf.

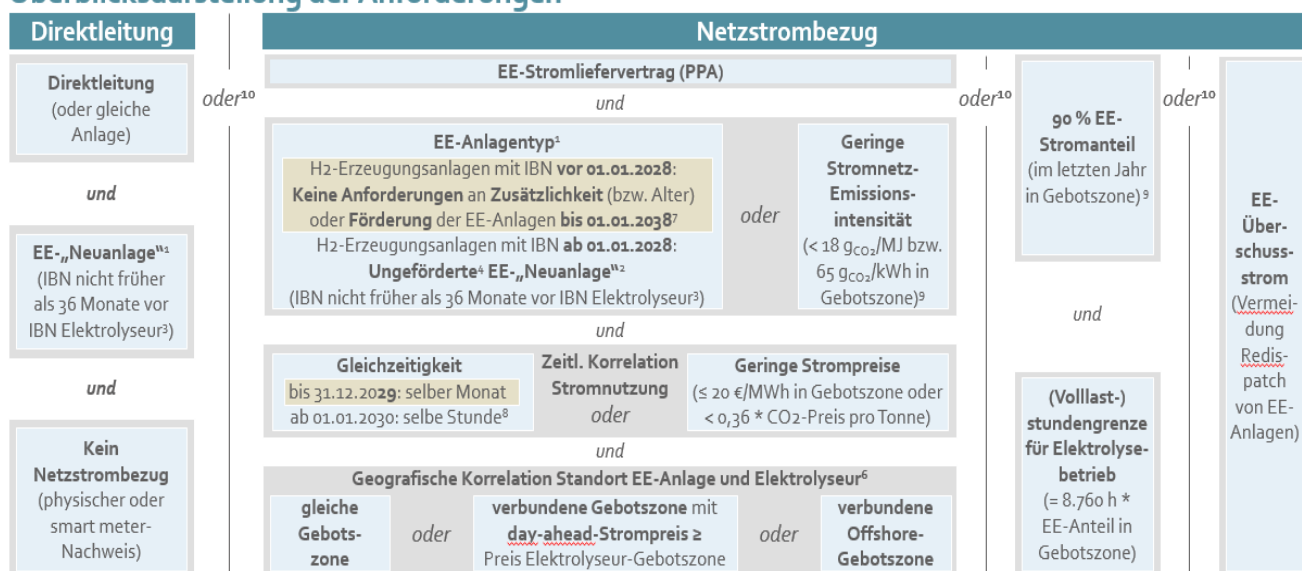
29.09.2023

für den EE-Ausbau identifiziert.²⁴ Die RED IV definiert daher umfassende, neuartige Anforderungen an die Zulassung und die Flächenausweisung für Erneuerbare-Energien-Anlagen und deren Infrastruktur, die mit Blick auf den benötigten grünen Strom für die Transformation des Verkehrssektors ebenfalls unerlässlich sind. Diese Neuerungen sind in die nun beschlossene RED-Novellierung integriert worden und in den Art. 15 ff. zu finden.

Mit ihrem Delegierten Rechtsakt 2023/1184 vom 10.02.2023 hat die Kommission Kriterien für den Strombezug zur Erzeugung von grünem Wasserstoff – definiert und eine Methodik zur Ermittlung der Lebenszyklustreibhausgasemissionen entsprechender Kraftstoffe bestimmt (im Folgenden: **DA zu Art. 27 RED II**). Basis ist insoweit die Ermächtigung aus Art. 27 Abs. 3 RED II. Zudem werden durch einen weiteren delegierten Rechtsakt 2023/1185, der zu Art.28 Abs. 5 RED II erlassen worden ist, die Anforderungen an die Methodik definiert (im Folgenden: **DA zu Art. 28 RED II**).

Die nach dem DA zu Art. 27 Abs. 3 RED II anzulegenden Anforderungen an den Strombezug lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Überblicksdarstellung der Anforderungen



IBN: Inbetriebnahme, ¹ Stromerzeugungsanlagen, die Biomasse nutzen sind ausgeschlossen, ² nach Ende eines PPAs mit einer H2-Erzeugungsanlage erhalten Stromerzeugungsanlagen das IBN-Datum der H2-Erzeugungsanlage, mit der ein neuer PPA abgeschlossen wird, ³ Erweiterungen von H2-Erzeugungsanlagen innerhalb der ersten 36 Monate nach IBN erhalten das ursprüngliche IBN-Datum, ⁴ ausgenommen sind u. a. zurückgezählte Förderungen und Förderungen vor einem Repowering, ⁵ EU-Mitgliedsstaaten können strengere Anforderungen erlassen, ⁷ gilt nicht für Kapazitäten, die ab dem 1.1.2028 hinzugebaut werden, ⁸ Zwischenspeicherung in neuer Anlage erlaubt, Mitgliedsstaaten können Anforderung der stündlichen Gleichzeitigkeit bereits ab 01.07.2027 festlegen, ⁹ Sofern Wert in einem Kalenderjahr erreicht wird, wird unterstellt, dass dies auch die folgenden 5 Kalenderjahre der Fall ist, ¹⁰ die vertikalen Pfade können beliebig miteinander kombiniert werden.

Quelle: Eigene Darstellung BBH/BBHC

²⁴ Kommission, REPowerEU Plan, COM(2022) 230 final.

29.09.2023

Die Mitgliedstaaten können darüber hinaus teilweise strengere Anforderungen vorsehen. Nach Art. 7 Nr. 2 des DA zu Art. 27 RED II können die Mitgliedstaaten zunächst zusätzliche Anforderungen mit Blick auf die geografische Korrelation festlegen. Darüber hinaus können sie nach Art. 6 Abs. 2 des Delegierten Rechtsaktes die Anforderung der stündlichen Gleichzeitigkeit auch bereits ab 01.07.2027 festlegen. Die Delegierten Rechtsakte gelten dann künftig, da sie als Verordnung erlassen werden sollen, unmittelbar.

Auch der europäische Emissionshandel spielt eine entscheidende Rolle für die Transformation des Verkehrssektors. Dieser stellt grundsätzlich ein ökonomisches Instrument zur Verringerung von CO₂-Emissionen dar.²⁵ Schwerpunkt der damit verbundenen Verpflichtung zur Abgabe von CO₂-Emissionszertifikaten ist gegenwertig insbesondere der Industriesektor. Nach den Vorschlägen der Kommission zur Änderung der Emissionshandels-Richtlinie soll der Emissionshandel aber künftig auch den Straßenverkehr erfassen.²⁶ Verpflichtet werden sollen dabei nicht die Endverbraucher, sondern die Inverkehrbringer der Kraftstoffe, also die Mineralölunternehmen (sog. Upstream-Ansatz).

Von elementarer Bedeutung für den Hochlauf der Brennstoffzellenmobilität ist auch der zügige Aufbau einer Wasserstoff-Tankstelleninfrastruktur.²⁷ Dieser fiel bis vor Kurzem noch in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/94/EU über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe.²⁸ Diese Richtlinie wurde nun durch eine Verordnung ersetzt, die im Juli 2023 im Europaparlament beschlossen worden ist (sog. Alternative Fuels Infrastructure Regulation, im Folgenden: **AFIR**).²⁹ Nach der neuen AFIR werden die Mitgliedstaaten verpflichtet sicherzustellen, dass bis zum

²⁵ Hoffmann, Grüner Wasserstoff im Verkehrssektor: Ein Rundflug über aktuelle europarechtliche Entwicklungen, EnWZ 2022, 255 (258).

²⁶ Europäisches Parlament, Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union und des Beschlusses (EU) 2015/1814 über die Einrichtung und Anwendung einer Marktstabilitätsreserve für das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union, 2021/0211 (COD), Erwägungsgrund 75.

²⁷ BT-Drs. 119/23, S. 2.

²⁸ Richtlinie 2014/94/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2014 über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe, ABl. L 307/1.

²⁹ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe und zur Aufhebung der Richtlinie 2014/94/EU, 2021/0223 (COD) v. 13.7.2023, siehe die Pressemitteilung unter <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/07/25/alternative-fuels-infrastructure-council-adopts-new-law-for-more-recharging-and-refuelling-stations-across-europe/>.

29.09.2023

31.12.2030 eine Mindestanzahl öffentlich zugänglicher Wasserstofftankstellen errichtet wird.³⁰ Zu diesem Zweck haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass bis zum 31.12.2030 öffentlich zugängliche Wasserstofftankstellen, die für eine kumulative Kapazität von mindestens 1 t/Tag ausgelegt sind und über mindestens eine 700 bar-Zapfsäule verfügen, errichtet werden, die auf den Strecken des TEN-V-Kernnetzes nicht mehr als 200 Kilometer auseinander liegen dürfen.³¹ Weiterhin ist an allen städtischen Knotenpunkten bis zum 31.12.2030 mindestens eine Wasserstofftankstelle zu errichten.³² Zur Erfüllung dieser Vorgaben sollen die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Strategierahmen einen klaren linearen Zielpfad für 2030 festlegen sowie ein klares indikatives Ziel für 2027, das eine ausreichende Abdeckung des TEN-V-Kernnetzes gewährleistet.³³ Die AFIR stellt damit erstmals bindende Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten auf, um den Aufbau einer Infrastruktur für Wasserstoff und andere alternative Kraftstoffe im Straßenverkehr voranzubringen. Diese Verpflichtungen gelten, da es sich um eine Verordnung handelt, in den Mitgliedstaaten auch unmittelbar.

Weiterhin gibt es für Kraftfahrzeuge spezifische Verwaltungsvorschriften und technische Anforderungen für das Inverkehrbringen der Fahrzeuge (sog. **Typengenehmigung**). Diese werden zunächst durch die Verordnung (EU) 2018/858³⁴ definiert. Speziell für Nutzfahrzeuge, einschließlich solcher mit Brennstoffzellenantrieb, ist ferner auf die Verordnung (EG) 2019/2144, die UN-Regelung Nr. 134 und die Durchführungsverordnung (EU) 2021/35 hinzuweisen.

Ferner existiert mit dem Übereinkommen über die internationale Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße (im Folgenden: **ADR**) ein umfassendes europäisches Regelwerk über den grenzüberschreitenden Transport von Gefahrgütern. Diesem Übereinkommen hat Deutschland zugestimmt, mit Blick auf die letzte Novellierung durch das Gesetz zum Protokoll vom 28.10.1993 zur Änderung des Europäischen Übereinkommens vom 30.9.1957 über die internationale

³⁰ Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 AFIR.

³¹ Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 AFIR.

³² Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 AFIR.

³³ Art. 6 Abs. 1 UAbs. 4 AFIR.

³⁴ Verordnung (EU) 2018/858 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.2018 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 715/2007 und (EG) Nr. 595/2009 und zur Aufhebung der Richtlinie 2007/46/EG.

29.09.2023

mehr als 40 Mio. t CO₂.³⁸ Daher sind ein schneller Fortschritt beim Hochlauf neuartiger Antriebskonzepte und die Weiterentwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen unerlässlich. Auch nach der vom Bundeskabinett angestoßenen Änderung des Klimaschutzgesetzes bleibt das Ausstoßkontingent von 85 Mio. t CO₂ für den Verkehr zumindest als Richtwert bestehen. Die bisherigen sektorspezifischen Ziele sollen allerdings in ein Jahresemissionsgesamtmengenziel umgewandelt werden, welches für alle Sektoren greift.

Die europäischen Verordnungen zur Begrenzung des CO₂-Ausstoßes im Verkehrssektor, Verordnung (EU) 2019/631 und Verordnung (EU) 2019/1242, gelten als Verordnungen unmittelbar. Sie müssen damit, um Gültigkeit in den Mitgliedstaaten zu entfalten, nicht erst in nationales Recht umgesetzt werden. Die Clean-Vehicle-Directive (CVD) bedarf als Richtlinie demgegenüber der nationalen Umsetzung. Deutschland ist dieser Umsetzungsverpflichtung durch das Gesetz über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge (im Folgenden: **SaubFahrzeugBeschG**) nachgekommen.³⁹ Auch die RED ist als Richtlinie umsetzungsbedürftig. Bereits zur Umsetzung der Anforderungen aus Art. 25 ff. RED II hat Deutschland eine Treibhausgasminderungsquote in § 37a Bundes-Immissionsschutzgesetz (im Folgenden: **BlmSchG**) eingeführt.⁴⁰ Nach § 37a Abs. 1 Satz 1 BImSchG muss derjenige, der gewerbsmäßig oder im Rahmen wirtschaftlicher Unternehmungen nach dem Energiesteuergesetz zu versteuernde Otto- und Dieselmotorkraftstoffe in den Verkehr bringt, die Treibhausgasemissionen der von ihm im Laufe eines Kalenderjahres in den Verkehr gebrachten Kraftstoffe in einer gesetzlich vorgeschriebenen Höhe mindern (sog. Treibhausgasminderungsquote). Die Höhe der dabei zu erzielenden Treibhausgasminderung ist gesetzlich festgelegt und steigt schrittweise an. Sie beträgt seit dem Jahr 2023 8 % und wird ab 2030 25 % betragen. Um die Treibhausgasminderungsquote zu erfüllen, sind – entweder durch den Verpflichteten selbst oder einen von diesem beauftragten Dritten – erneuerbare Kraftstoffe in den Verkehr zu bringen. Zu diesen sogenannten „Erfüllungsoptionen“ gehört nach § 37a Abs. 5 Nr. 6 BImSchG der direkte Einsatz erneuerbarer Kraftstoffe nicht-biogenen Ursprungs (sog. RFNBO) in einem Brennstoffzellenfahrzeug. Nach § 37a Abs. 5 Nr. 7 BImSchG kann der Einsatz flüssigen oder gasförmigen Kraftstoffen nicht-biogenen Ursprungs, wenn sie als Zwischenprodukt bei der Produktion konventioneller Kraftstoffe

³⁸ [Projektionsbericht 2021 für Deutschland \(umweltbundesamt.de\)](https://www.umweltbundesamt.de), S. 270, zul. abgerufen am 30.06.2023.

³⁹ BT-Drs. 119/23, S. 2.

⁴⁰ Hoffmann, Grüner Strom im Kraftstoffmarkt – Was bringt die RED II?, ZNER 2020, 300 (304).

29.09.2023

eingesetzt werden, auf die Treibhausgasminderungsquote angerechnet werden. Die Anrechnungsvoraussetzungen sind dabei nicht im BImSchG wiedergegeben, sondern in Rechtsverordnungen konkretisiert. Für die Anrechnung der RFNBO's auf die Treibhausgasminderungsquote handelt es sich hierbei um die 37. BImSchV. Die Strombezugsanforderungen für die Erzeugung der RFNBO's sind im Delegierten Rechtsakt der Kommission zu Art. 27 RED II europarechtlich einheitlich definiert und werden zur Zeit durch eine Novelle der 37. BImSchV umgesetzt.

Das BImSchG regelt darüber hinaus auch ein Zulassungsverfahren für Anlagen, die in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen. Zu den insoweit genehmigungsbedürftigen Anlagen zählen nach Anhang 1 der 4. BImSchV ab einer bestimmten Anlagengröße Wind- und Biomasseanlagen. Ferner können unter dieses Genehmigungserfordernis auch Elektrolyseure, Wasserstofftankstellen und Speichieranlagen fallen. Die Flächenausweisung wird für Windenergieanlagen schließlich durch das Gesetz zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land (Windenergieflächenbedarfsgesetz, im Folgenden: **WindBG**) geregelt.

Deutschland hat mit dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (im Folgenden: **BEHG**) ferner ein nationales Emissionshandelssystem eingeführt, dessen Anwendungsbereich auch den Straßenverkehr erfasst, genauer: dort verwendete fossile Kraftstoffe.⁴¹ Es ist geplant dieses System so lange auf Recht zu erhalten, bis der Straßenverkehr in den Europäischen Emissionshandel integriert worden ist. Für die Typgenehmigung sind auf nationaler Ebene ferner die Fahrzeug-Zulassungsverordnung (im Folgenden: **FZV**), welche die Zulassung eines Kraftfahrzeuges regelt, sowie die Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (im Folgenden: **StVZO**), die wiederum die Erteilung der erforderlichen Betriebserlaubnis regelt, relevant. Dazu ergänzend wird der nationale Rechtsrahmen durch das Gesetz zur Förderung von Erneuerbaren-Energien (im Folgenden: **EEG**), das Energiesteuergesetz (im Folgenden: **EnergieStG**), das Kraftfahrzeugsteuergesetz (im Folgenden: **KraftStG**) und das Energiewirtschaftsgesetz (im Folgenden: **EnWG**) bestimmt.

⁴¹ Wasserstoff, der in einem Brennstoffzellenfahrzeug eingesetzt wird, ist kein Energieerzeugnis im Sinne des Energiesteuergesetzes und fällt damit nicht in den Anwendungsbereich des BEHG, welches nach Anlage 1 BEHG für bestimmte Energieerzeugnisse des Energiesteuergesetzes gilt.

Teil 4 Analyse der Hemmnisse und Regelungsvorschläge

A. Wasserstofferzeugung

I. Flächenausweisung

Der Markthochlauf der Brennstoffzellenmobilität ist von der hinreichenden Verfügbarkeit grünen Wasserstoffs und grünen Stroms abhängig. Als entscheidendes Hemmnis erweist sich dabei insbesondere die mangelnde Verfügbarkeit von Flächen, um insbesondere neue EE-Stromerzeugungsanlagen zu errichten.

Nach § 3 Abs. 1 i.V.m. Anlage 1 Windenergieflächenbedarfsgesetz (im Folgenden: **WindBG**) sind die Länder verpflichtet, einen prozentualen Anteil ihrer Fläche für Windenergieanlagen an Land auszuweisen. Diese Flächenziele erweisen sich gemessen an dem enormen Bedarf an grünem Strom, auch mit Blick auf die Sektorenkopplung, nicht als hinreichend und sollten daher angehoben werden.⁴² Darüber hinaus wird teilweise trotz Erreichens der Flächenziele nicht hinreichend EE-Strom erzeugt um den steigenden EE-Strombedarf zu decken. Nach § 3 Abs. 1 WindBG besteht eine Verpflichtung zur Flächenausweisung bisher auch nur für Windenergieanlagen an Land, nicht aber für andere EE-Stromerzeugungsanlagen. Deutlich weiter geht hier die novellierte Richtlinie zur Förderung erneuerbarer Energien. Nach Art. 15c Abs. 1 RED III sind von den Mitgliedstaaten Beschleunigungsgebiete⁴³ für eine *oder mehrere* EE-Technologien auszuweisen.⁴⁴ Damit eröffnet die Richtlinie eine Möglichkeit dafür, Flächenausweisungen auch für andere EE-Technologien vorzusehen, auch wenn dies nicht verpflichtend ist. Bezugspunkt sind dabei neben den Erzeugungsanlagen selbst, auch die dazugehörige Netz- und Speicherinfrastruktur.

Gerade mit Blick auf den hohen Bedarf an grünem Wasserstoff, sollte neben einer Flächenausweisung für Anlagen, die Strom aus erneuerbaren Energien erzeugen, eine Flächenausweisung auch für Elektrolyseure stattfinden oder innerhalb der für

⁴² DWV, Die Transformation der Mobilität in Deutschland, 1. Eckpunktepapier der DWV-Fachkommission HyMobility, März 2023, S. 10; Siehe mit Blick auf den Strombedarf die Untersuchungen in "Integriertes Energiekonzept 2050: Strom, Wärme, Verkehr, Industrie, abrufbar unter: [lek-2050-1.pdf \(now-gmbh.de\)](#).

⁴³ Hierbei handelt es sich um die „Go-to-areas“ aus Art. 6 EU-Notfallverordnung.

⁴⁴ Vgl. Art. 15c Abs. 1 RED III: "Member States shall ensure that competent authorities adopt a plan ... renewables acceleration areas **for one or more types** of renewable energy sources".

29.09.2023

EE-Stromerzeugungsanlagen ausgewiesenen Flächen zumindest die Umsetzung von Elektrolysevorhaben zulässig sein.

Mit der Schaffung entsprechender Beschleunigungsgebiete sind für den Vorhabenträger auf der Ebene des Genehmigungsverfahrens verschiedene Erleichterungen verbunden. Dies erfasst insbesondere das Absehen von einer einzelfallbezogenen Umweltverträglichkeitsprüfung, sofern das Vorhaben nicht „höchstwahrscheinlich“ erhebliche nachteilige Umweltauswirkung hat, die im Rahmen der strategischen Umweltverträglichkeitsprüfung auf der Planungsebene nicht ermittelt wurden und kürzere Fristen für das Genehmigungsverfahren.⁴⁵ Von diesen Erleichterungen sollten auch Elektrolysevorhaben profitieren.

II. Errichtung und Betrieb von Elektrolyseuren

1) Zulassungsverfahren

Elektrolyseure werden nach Auffassung der Verwaltungspraxis bisher als Anlagen im Sinne der Ziffer 4.1.12 Anhang 1 4. BImSchV eingestuft.⁴⁶ Dies erfasst „Anlagen zur Herstellung von Stoffen oder Stoffgruppen durch chemische, biochemische oder biologische Umwandlung in industriellem Umfang [...] zur Herstellung von Gasen wie [...] Wasserstoff“. Damit sind Elektrolyseure immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig, wenn die Herstellung des Wasserstoffs im „industriellen Umfang“ erfolgt.⁴⁷ Der Begriff „industrieller Umfang“ wird in der 4. BImSchV nicht legal definiert. Die Verwaltungspraxis geht davon aus, dass dieser vorliegt, sobald die Anlage kommerziell genutzt werden soll.⁴⁸ Dies wird für die Mehrheit der Elektrolyseprojekte der Fall sein.

Folge der Zuordnung zu Ziffer 4.1.12 Anhang 1 4. BImSchV ist, dass Elektrolyseure nur in einem förmlichen Verfahren zugelassen werden können. Sie werden darüber hinaus als Industrieemissionsanlage (im Folgenden: **IE-Anlage**) behandelt und unterliegen damit den für diese Anlagen geltenden Pflichten, wie etwa der Pflicht zur

⁴⁵ Vgl. Art. 15e Abs. 3 RED III.

⁴⁶ *Ausschuss Anlagenbezogener Immissionsschutz/Störfallvorsorge der Länderarbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI)*, Beschluss aus der 139. Sitzung vom 4.-7.2017.

⁴⁷ *Bayerisches Landesamt für Umwelt*, Übersicht über Genehmigungsverfahren – Genehmigung einer Wasserstofftankstelle, S. 2, abrufbar unter: [Infoblatt Lenk \(bayern.de\)](https://www.lfu.bayern.de/infoblatt/lenk/bayern.de).

⁴⁸ Ebd.

29.09.2023

Anfertigung eines Ausgangszustandsberichtes gemäß § 10a BImSchG, besonderen Eigenüberwachungsvorgaben und den BVT-Schlussfolgerungen.

Die Zuordnung von Elektrolyseuren zu der Ziffer 4.1.12 Anhang 1 4. BImSchV erweist sich in mehrfacher Hinsicht als verfehlt. Zum einen erfasst der Wortlaut der Ziffer 4.1.12 Anhang 1 4. BImSchV „chemische Umwandlungen“, während in der Elektrolyse eine elektrochemischer Umwandlungsprozess stattfindet. Darüber hinaus verursachen Elektrolyseure, die nicht mit Anlagen zur weiteren Verarbeitung des Wasserstoffs etwa zu Methanol oder Ammoniak verbunden sind, durch ihren Betrieb nur geringe Umweltauswirkungen. Dies umfasst insbesondere Lärmimmissionen. Daher wird die bisherige Einstufung von Elektrolyseuren in den Anhang 1 der 4. BImSchV von verschiedenen Literaturstimmen kritisiert.⁴⁹

Vor diesem Hintergrund ist die Durchführung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens für den Großteil solcher Anlagen nicht sachgerecht. Vielmehr sollten Elektrolyseure aufgrund ihrer geringen Auswirkungen auf die Schutzgüter des BImSchG grundsätzlich nicht dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren unterfallen. Sie wären dann nur noch baugenehmigungsbedürftig und müssten unter Umständen eine wasserrechtliche Gestattung einholen. Insbesondere für kleine Anlagen könnte sogar über eine Befreiung vom Baugenehmigungsverfahren nachgedacht werden. Lediglich für große Erzeugungsanlagen ist die Durchführung eines immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren sachgerecht. Nach einem Vorschlag des Rates der EU über die Novellierung der Industrieemissions-Richtlinie ist vorgesehen, in Anhang 1 der Richtlinie einen eigenen Tatbestand für die Wasserelektrolyse aufzunehmen. Nr. 6.6 soll insoweit vorschreiben, dass die „Wasserelektrolyse zur Wasserstoffherzeugung mit einer Produktionskapazität **von über 60 t pro Tag**“ in den Anwendungsbereich der IE-Richtlinie fällt.⁵⁰ Sofern der Vorschlag aus der Industrieemissions-Richtlinie in entsprechender Weise beschlossen wird, würden Elektrolyseure, die eine Produktionskapazität von 60 t oder weniger pro Tag aufweisen, nicht dem Anwendungsbereich der IE-Richtlinie unterfallen. Damit könnte der nationale Gesetzgeber Anlagen bis zu dieser Größenordnung von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit ausnehmen. Aktuelle Vorschläge auf nationaler Ebene, wonach für Anlagen ab 1 MW

⁴⁹ *Bringewat*, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (23); dagegen *Schäfer/Wilms*, Wasserstoffherstellung: Aktuelle Rechtsfragen rund um die Genehmigung von Elektrolyseuren, ZNER 2021, S. 131 ff. sowie auch *Bringewat*, Rechtsfragen bei der Zulassung von Elektrolyseurprojekten, Stand 2017, abrufbar unter: www.jurop.org.

⁵⁰ Rat der EU, Interinstitutionelles Dossier, 2022, 0104, COD v. 16.03.2023.

29.09.2023

weiterhin ein großes immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung und eine Einstufung als IE-Anlage vorgesehen ist, gehen insoweit nicht weit genug.⁵¹

Mit Blick auf die Verfahrensbeschleunigung ist es ferner entscheidend, die Konzentrationswirkung so umfassend auszugestalten, dass die betreffende Genehmigung sämtliche der gegebenenfalls parallel erforderlichen Zulassungsentscheidungen erfasst. Die Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 13 BImSchG erfasst z.B. keine wasserrechtlichen Gestattungen für die Wassernutzung und Abwasserbeseitigung.⁵²

2) **Ausgewählte materielle Aspekte**

a) **Bauplanungsrecht**

Unabhängig davon, ob für Elektrolyseure ein Genehmigungserfordernis besteht oder nicht, müssen die Anlagen den Anforderungen genügen, die durch baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften an eine bauliche Anlage gestellt werden.⁵³ Für Elektrolyseure weist hier insbesondere das Bauplanungsrecht entscheidende Hemmnisse auf.

Für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit ist zunächst danach zu differenzieren, ob ein Vorhaben innerhalb oder außerhalb der Geltung eines qualifizierten oder vorhabenbezogenen Bebauungsplans umgesetzt werden soll. Vorhaben, die im Geltungsbereich eines qualifizierten oder vorhabenbezogenen Bebauungsplanes umgesetzt werden, sind zulässig, wenn sie mit den Festsetzungen des betreffenden Bebauungsplanes im Einklang stehen.⁵⁴ Sofern kein entsprechender Bebauungsplan besteht, richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB, sofern sich das Vorhaben im Innenbereich befindet, oder nach § 35 BauGB, sofern das Vorhaben im Außenbereich liegt.

⁵¹ *Ausschuss Anlagenbezogener Immissionsschutz/Störfallvorsorge*, Protokoll der 141. Sitzung der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz.

⁵² *Seibert*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 100. EL Jan. 2023, § 13 BImSchG, Rn. 110.

⁵³ *Beckmann*, Eine Systematisierung baurechtlicher und sonstiger öffentlich-rechtlicher Instrumentarien zur Legalisierung von genehmigungspflichtigen und genehmigungsfreien Bauvorhaben, KommJur 2012, 401 (404).

⁵⁴ Vgl. § 30 Abs. 1 und 2 BauGB.

29.09.2023

aa) Zulässigkeit in Gewerbegebieten

Für die Zulässigkeit von Elektrolyseuren geht es dabei insbesondere um die Frage, ob diese auch innerhalb eines faktischen oder durch Bebauungsplan festgesetzten Gewerbegebietes umgesetzt werden können. Gewerbegebiete dienen nach § 8 Abs. 1 BauNVO vorwiegend der Unterbringung nicht erheblich belästigender Gewerbebetriebe. Nach § 8 Abs. 2 Nr.1 BauNVO sind in einem Gewerbegebiet „Gewerbebetriebe aller Art“ allgemein zulässig. Da Elektrolyseure regelmäßig gewerblich betrieben werden, kann es sich bei einem Unternehmen, das einen Elektrolyseur betreibt, um einen Gewerbebetrieb handeln. Fraglich ist aber, ob dieser Betrieb auch als „nicht erheblich belästigend“ eingestuft werden kann:

Ob ein nicht erheblich belästigender Gewerbebetrieb vorliegt, wird nach der Rechtsprechung aufgrund einer typisierenden Betrachtung beurteilt. Maßgeblich ist, ob Betriebe des in Frage stehenden Typs *üblicherweise* für die Umgebung in diesem Sinne erheblich belästigend wirken; auf das Maß der *konkret* hervorgerufenen oder in Aussicht genommenen schädlichen Umwelteinwirkungen kommt es demgegenüber grundsätzlich nicht an.⁵⁵ Die Rechtsprechung geht davon aus, dass immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen in Gewerbegebieten nicht ohne weiteres als nicht erheblich störende Gewerbebetriebe betrachtet werden können. Zwar soll allein der Umstand, dass eine Anlage als immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig einzustufen ist, nicht per se die Versagung des Vorhabens in einem Gewerbegebiet rechtfertigen.⁵⁶ Sofern allerdings davon auszugehen ist, dass die Anlagen üblicherweise für die Umgebung unzumutbare Störungen hervorrufen, sind immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen in Gewerbegebieten unzulässig. Dies gilt unabhängig davon, ob sie in einem förmlichen Verfahren oder im vereinfachten Verfahren zugelassen werden.⁵⁷ Etwas anderes ist in solchen Fällen lediglich dann anzunehmen, wenn der Betrieb nach seiner Art und Betriebsweise von dem Erscheinungsbild seines Betriebstypus abweicht, so dass er die sonst üblichen Störungen von vornherein nicht befürchten lässt und damit seine sonst nicht gegebene Gebietsverträglichkeit dauerhaft und zuverlässig sichergestellt ist.⁵⁸

⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 25.1.2022, 4 C 2.20, NVwZ 2022, 893 (893).

⁵⁶ Vgl. § 15 Abs. 3 BauNVO; OVG Münster, Beschl. v. 7.1.2021, 8 B 548/20, ZUR 2021, 489 (491).

⁵⁷ OVG Münster, Beschl. v. 7.1.2021, 8 B 548/20, ZUR 2021, 489 (491).

⁵⁸ OVG Münster, Beschl. v. 7.1.2021, 8 B 548/20, ZUR 2021, 489 (491); OVG Lüneburg, Beschl. v. 1.9.2014, 12 LA 255/13, BauR 2014, 2080.

29.09.2023

Dafür, dass Elektrolyseure auch bei typisierender Betrachtung nicht als erheblich belästigende Gewerbebetriebe anzusehen sind, spricht zunächst, dass die Anlagen mit Ausnahme von Lärm grundsätzlich keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervorrufen und auch davon ausgegangen werden kann, dass die verursachten Lärmimmissionen nicht zu relevanten Überschreitungen der Erheblichkeitsschwelle führen dürften. Gegen deren Zulässigkeit lässt sich aber andererseits anführen, dass Wasserstoff in den Anwendungsbereich der Gefahrstoffverordnung fällt und bei Überschreitung bestimmter Mengenschwellen als störfallrelevanter Stoff nach der 12. BImSchV zu behandeln ist. In der Rechtsprechung ist bisher lediglich anerkannt, dass eine Anlage, die als immissionsschutzrechtlich *nicht genehmigungsbedürftig* einzustufen ist, und die Mengenschwellen nach der 4. BImSchV zur Anwendung des Störfallrechts unterschreitet, in einem Gewerbegebiet zulässig sein kann.⁵⁹

Vor diesem Hintergrund lässt sich festhalten, dass die planungsrechtlichen Zulässigkeit von Elektrolyseuren in Gewerbegebieten bisher nicht hinreichend gesichert ist. Diese Unsicherheiten sind bisher nicht gelöst, sondern durch jüngere Gesetzesnovellen eher noch verschärft worden. Nach § 14 Abs. 4 S. 1 BauNVO sind Anlagen zur Herstellung oder Speicherung von Wasserstoff in einem eigens durch Bebauungsplan ausgewiesenen Sondergebiet für Sonnenenergie zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 249a Abs. 4 BauGB gegeben sind. Diese Vorgabe soll nach § 14 Abs. 4 S. 2 BauNVO auch in faktischen oder durch Bebauungsplan festgesetzten Gewerbegebieten gelten. Auch wenn eine solche Vorgabe grundsätzlich als positiv zu bewerten ist, erhöht sie zugleich die Rechtsunsicherheiten mit Blick auf die allgemeine Zulässigkeit von Elektrolyseuren in Gewerbegebieten, da § 14 Abs. 4 S. 2 BauNVO den Umkehrschluss zulässt, dass Elektrolyseure in Gewerbegebieten im Übrigen grundsätzlich unzulässig sind.⁶⁰ Da § 14 Abs. 4 BauNVO auch nur über einen begrenzten Anwendungsbereich verfügt – die Regelung bezieht sich nur auf Sondergebiete für die Sonnenenergie – überwiegen damit verbundenen Nachteile deutlich.

bb) Zulässigkeit im Außenbereich

Nach § 249a BauGB wurde erstmals eine Privilegierung für Elektrolyseure im Außenbereich geschaffen. Danach „gilt“ für Elektrolyseure und Speicheranlagen für Wasserstoff unter bestimmten Voraussetzungen die Privilegierung von Wind- oder Solaranlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 und 8 BauGB. Es handelt sich somit nicht um einen

⁵⁹ OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 4.1.2019, 8 B 11411/18.OVG

⁶⁰ So im Ergebnis auch *Henkel*, in: Spannowsky/Hornmann/Kämper, Stand: 15.4.2023, BauNVO, § 14, Rn. 63e.

29.09.2023

eigenständigen Privilegierungstatbestand für Elektrolyseure oder Speicheranlagen, sondern eine „angehängte“ Privilegierung, die vom Bestand der Privilegierung der Wind- oder Solaranlage abhängig ist.⁶¹ Elektrolyseure tragen damit das Risiko mit, wenn die Privilegierung der Wind- oder Solaranlage nachträglich wieder entfällt oder von Anfang an nicht bestanden haben sollte. Die Schaffung eines eigenständigen Privilegierungstatbestandes für Elektrolyseure, etwa in § 35 Abs. 1 BauGB, ist vor diesem Hintergrund empfehlenswerter.

Die „angehängte“ Privilegierung greift darüber hinaus nur für Wind- und PV-Anlagen, nicht aber auch für andere EE-Anlagen wie zum Beispiel Biogasanlagen. Letztere sind nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB grundsätzlich ebenfalls nur unter bestimmten Voraussetzungen als privilegierte Vorhaben im Außenbereich zulässig.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 249a BauGB schränken den Anwendungsbereich der Privilegierung darüber hinaus erheblich ein. Nach § 249a Abs. 4 Nr. 2 BauGB greift diese nur, wenn „die Größe der Grundfläche der zum Vorhaben gehörenden baulichen Anlagen 100 Quadratmeter und der Höhenunterschied zwischen Geländeoberfläche im Mittel und dem höchsten Punkt der baulichen Anlagen 3,5 Meter nicht überschreitet“. Dies erfasst aber nur kleine Anlagen und sollte daher entsprechend überarbeitet werden. Denkbar wäre insoweit etwa eine Erzeugungskapazitätsgrenze 10.000 Nm³ (ca. 900 kg/h) pro Stunde. Nach § 249a Abs. 4 Nr. 1 BauGB muss ferner sichergestellt sein, dass der Strom aus der Anlage stammt, an dessen Privilegierung der Elektrolyseur nach § 249a Abs. 1 bis 3 teilnimmt. Dazu ergänzend darf der Elektrolyseur zwar auch an andere EE-Anlagen angeschlossen werden, aber nur, wenn sich diese im räumlich-funktionalen Zusammenhang befinden. Die Privilegierung greift somit nur, wenn der Strom aus solchen im räumlich-funktionalen Zusammenhang stehenden EE-Anlagen bezogen wird (nur lokal produzierter Strom). Ein Strombezug aus dem Netz der allgemeinen Versorgung wird nicht zugelassen.

b) Wasserrecht

Bei der Erzeugung von Wasserstoff ist regelmäßig auch eine wasserrechtliche Gestattung einzuholen.⁶² Dies deshalb, wenn für die Erzeugung von Wasserstoff Grundwasser oder Wasser aus Gewässern entnommen werden muss. Gleiches gilt,

⁶¹ Decker, Erste Überlegungen zum neuen § 249 BauGB, ZfBR 2023, 319 (320 ff.).

⁶² Bringewat, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (24).

29.09.2023

wenn bei der Aufbereitung des in der Elektrolyse aufgespaltenen Reinwasser vor Ort Abwasser entsteht. Problematisch ist hierbei, dass die wasserrechtlichen Gestattungen nicht von der Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 13 BImSchG erfasst.⁶³ Gleiches gilt auch für die Baugenehmigung, sofern hier überhaupt in den Landesbauordnungen eine Konzentrationswirkung vorgesehen ist.⁶⁴ Sie müssen somit in einem separaten Zulassungsverfahren eingeholt werden, was den Arbeits- und Verwaltungsaufwand erhöht („keine Genehmigung aus einer Hand“). Umzusetzen wäre dies durch entsprechende Klarstellungen in § 13 BImSchG bzw., sofern die Errichtung und der Betrieb eines Elektrolyseurs künftig dem Baugenehmigungsverfahren unterstellt werden sollte, durch entsprechende Klarstellungen in den Landesbauordnungen.

Darüber hinaus wird in der Praxis je nach Einzelfall die Erstellung eines Ausgangszustandsberichtes verlangt.⁶⁵ Auch dies stellt bisher ein entscheidendes Hemmnis dar. Anknüpfungspunkt bildet auch hier die Einstufung als IE-Anlage (vgl. § 10 Abs. 1 a BImSchG), die – wie bereits dargelegt – bei Elektrolyseuren aufgrund der geringen Umweltauswirkungen fraglich ist.⁶⁶

III. Vermarktung

Neben der Verfügbarkeit von Flächen und der Vereinfachung und Beschleunigung der Zulassungsverfahren sollte der Ausbau der Elektrolysekapazität durch eine ambitionierte Unterquote im Rahmen der Treibhausgasreduzierungsquote gemäß § 37a Bundesimmissionsschutzgesetz weiter vorangebracht werden. Art. 25 Abs. 1 Uabs. 1 Buchst. b) RED III verpflichtet die Mitgliedstaaten hier dazu einen *gemeinsamen* Anteil fortschrittlicher Biokraftstoffe und erneuerbarer Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs am Endenergieverbrauch des Verkehrssektors von mindestens 1 % in 2025 und 5,5% in 2030 vorzusehen, wobei der Anteil erneuerbarer Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs mindestens 1% betragen muss.

Unter den Begriff eines erneuerbaren Kraftstoffes nicht biogenen Ursprungs fällt auch durch Elektrolyse erzeugter grüner Wasserstoff, sofern der dafür eingesetzte

⁶³ Jarass, in: Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 13, Rn. 17; Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 100. EL Jan. 2023, § 13 BImSchG Rn. 101.

⁶⁴ Vgl. § 72 Abs. 1 S. 2 und 3 BbgBO.

⁶⁵ Bringewat, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (25).

⁶⁶ Bringewat, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (25).

29.09.2023

Strom nicht aus Biomasse stammt.⁶⁷ Nach der RED III stellen diese Ziele lediglich „Mindest“-Vorgaben dar. Die Mitgliedstaaten können also auch ambitionierte Ziele umsetzen, als es in der Richtlinie vorgesehen ist. Von diesem Gestaltungsspielraum sollte Deutschland Gebrauch machen, um den Ausbau der Elektrolyse-Kapazitäten weiter anzukurbeln.

IV. Kooperation mit anderen EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten

Mit Blick auf die Wasserstoffherzeugung hat darüber hinaus der Import von grünem Wasserstoff entscheidende Bedeutung, da die Ausbaupkapazitäten in Deutschland begrenzt sind. Vor diesem Hintergrund gewinnen Kooperationsmechanismen eine entscheidende Bedeutung.

B. Art. 9 RED III/IV verpflichtet die Mitgliedstaaten bis zum 31.12.2025 dazu, hierfür einen geeigneten Rechtsrahmen zu schaffen. Dieser Regelungsauftrag sollte genutzt werden, auch um Kooperationen bei Projekten zur Wasserstoffherzeugung anzustoßen. Bedeutsam sind weiterhin die europäischen Ziele für den Wasserstoffimport, die H₂-Global-Auktionen und die Maßnahmen der EU Hydrogen Bank. Infrastruktur

I. Betankungsinfrastruktur

1) Planung und Genehmigung von Wasserstofftankstellen

a) Zulassungsverfahren

Die Errichtung und der Betrieb einer Wasserstofftankstelle mit einer Lagerkapazität von weniger als 3 t Wasserstoff bedarf einer Baugenehmigung nach der in den jeweiligen Bundesländern geltenden Bauordnung (BauO) sowie der Erlaubnis nach § 18 BetrSichV. Eine Konzentrationswirkung, die auch die Erlaubnis nach § 18 der Betriebsicherheitsverordnung erfasst, kommt der Baugenehmigung aber nur nach einzelnen Landesbauordnungen zu.⁶⁸ Daher kann bei der Zulassung von Wasserstofftankstellen mit einer Lagerkapazität unter 3 t bisher nicht flächendeckend von den Vorzügen einer Konzentrationswirkung („Genehmigung aus einer Hand“) Gebrauch gemacht werden.

⁶⁷ Hoffmann, Grüner Strom im Kraftstoffmarkt – Was bringt die RED II?, ZNER 2020, 300 (302).

⁶⁸ Dies erfasst etwa Brandenburg, vgl. § 72 Abs. 1 S. 2 und 3 BbgBO.

29.09.2023

Wasserstofftankstellen ab einer Lagerkapazität von 3 t Wasserstoff bedürfen einer Zulassung nach dem BImSchG. Denn ab einer Lagerkapazität von 3 t entzündbarer Gase, besteht nach Nummer 9.1.1.2 der 4. BImSchV ein Genehmigungserfordernis. Dabei ist ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG durchzuführen.⁶⁹ Ab einer Lagerkapazität von 30 t ist nach Nummer 9.3.1 der 4. BImSchV demgegenüber ein förmliches Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG durchzuführen, in dessen Rahmen eine Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich ist.⁷⁰ Soweit ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren durchgeführt wird, schließt dieses aufgrund der Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung auch die parallel erforderliche Baugenehmigung sowie die Erlaubnis nach § 18 der Betriebssicherheitsverordnung (im Folgenden: **BetrSichV**) ein.⁷¹

Auch die Errichtung und der Betrieb einer Wasserstofftankstelle kann je nach den Umständen des Einzelfalles eine wasserrechtliche Gestattung verlangen. Hierbei geht es insbesondere um die Entsorgung von Niederschlags- und Abwasser aus der Gasfüllanlage.⁷² Auch insoweit wirkt sich nachteilig aus, dass die Konzentrationswirkung in der Regel nicht für die wasserrechtlichen Gestattungen greift.

Schließlich kann für die Errichtung und den Betrieb von Wasserstofftankstellen auch eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen sein. Dies richtet sich grundsätzlich nach der Lagerkapazität sowie der Länge und dem Durchmesser der Rohrleitungen, welche das Gelände verlassen.⁷³ Insoweit wurde unter [Teil 4A.1](#) aufgezeigt, dass nach der RED III für EE-Anlagen Erleichterungen geschaffen wurden, indem auf eine vorhabenbezogene Umweltverträglichkeitsprüfung verzichtet werden kann, sofern auf der Planungsebene eine strategische Umweltverträglichkeitsprüfung stattfand und andere Auswirkungen durch das Vorhaben „höchstwahrscheinlich“ ausgeschlossen werden können. Es sollte untersucht werden, ob dieser Ansatz

⁶⁹ Nr. 9.1.1.2, Spalte c Anhang 1 4. BImSchV.

⁷⁰ Nr. 9.1.1.1, Spalte c Anhang 1 4. BImSchV.

⁷¹ *Seibert*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 100. EL Jan. 2023, § 13 BImSchG Rn. 80 und 89 g.

⁷² *Bayerisches Landesamt für Umwelt*, Genehmigungsrechtlicher Leitfaden für Wasserstofftankstellen im Freistaat Bayern, S. 41.

⁷³ Siehe dazu Anlage 1 des UVPG sowie beispielhaft: *Bayerisches Landesamt für Umwelt*, Genehmigungsrechtlicher Leitfaden für Wasserstofftankstellen im Freistaat Bayern, S. 28 und 29.

nicht auch für andere Infrastrukturvorhaben, einschließlich Wasserstofftankstellen, genutzt werden kann.

b) **Ausgewählte materielle Aspekte**

aa) **Bauplanungsrecht**

Aus dem Bereich der öffentlich-rechtlichen Vorschriften spielt das Bauplanungsrecht eine herausragende Rolle. Während Tankstellen in Gewerbe-, Industrie-, Misch- und Dorfgebieten generell zulässig sind (vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 3, § 9 Abs. 2 Nr. 2, § 6 Abs. 2 Nr. 7, § 5 Abs. 2 Nr. 8) und in allgemeinen Wohngebieten noch ausnahmsweise zugelassen werden können (vgl. § 4 Abs. 3 Nr. 5 BauNVO), gibt es im Außenbereich bisher keine gesetzliche Regelung, wonach Tankstellen im Außenbereich als privilegierte Vorhaben einzustufen sind.⁷⁴ Vielmehr werden sie im Außenbereich nach der Rechtsprechung grundsätzlich als sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB eingestuft.⁷⁵ Sie sind damit im Unterschied zu den privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB nur im Einzelfall zulässig, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange gar nicht erst beeinträchtigt.⁷⁶ Lediglich sofern ein besonderer Bedarf für die Errichtung und den Betrieb der Tankstelle besteht, wird bisher ausnahmsweise ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB angenommen.⁷⁷ Dies kann etwa bei der Errichtung von Tankstellen an Bundesautobahnen oder Ausfluggaststätten gegeben sein, nicht aber an einer Kreisstraße.⁷⁸ Darüber hinaus kommt eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 2. Variante BauGB in Betracht, wenn die Tankstelle in unmittelbarer Nähe zu einem Elektrolyseur umgesetzt wird.⁷⁹ Diese Privilegierung erfasst Vorhaben, die einem ortsgebundenen gewerblichen Betrieb dienen. Als ein solcher käme der Elektrolyseur in Betracht, da diese regelmäßig als gewerbliche Anlagen betrieben werden. Auf die

⁷⁴ So im Ergebnis auch, *Stiftung Umweltenergierecht*, Machbarkeitsstudie zum Verbundvorhaben „Akzeptanz durch Wertschöpfung“, S. 62, abrufbar unter: [GP_1602_PP_014_Machbarkeitsstudie_72_Seiten_inkl.10_Infografiken_06012017_14032017_1545_WEB-PDF.indd \(stiftung-umweltenergierecht.de\)](#).

⁷⁵ VGH Kassel, Beschl. v. 7.12.2000, 4 ZU 3402/99, NVwZ-RR 2001, 428; *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35, Rn. 67.

⁷⁶ *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35, Rn. 6.

⁷⁷ OVG Lüneburg, Beschl. v. 24.3.1988, 1 A 111/87 (Juris); *Bringewat*, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (26).

⁷⁸ OVG Lüneburg, Beschl. v. 24.3.1988, 1 A 111/87 (Juris); *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35, Rn. 67.

⁷⁹ *Bringewat*, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (26).

29.09.2023

Größe/Leistung des Elektrolyseurs kommt es insoweit nicht an, da der Tatbestand lediglich verlangt, dass ein ortsgebundener gewerblicher Betrieb vorliegt.

Nach § 249a BauGB kann ein Vorhaben, welches der Herstellung oder Speicherung von Wasserstoff dient, unter bestimmten Voraussetzungen im Außenbereich privilegiert sein.⁸⁰ Nach den Gesetzesmaterialien erfasst dies Elektrolyseure, Wasserstoffspeicher, Steuerungsmodule oder Kühlungen.⁸¹ Tankstellen werden demgegenüber nicht ausdrücklich aufgeführt. Damit ist fraglich, inwieweit auch Wasserstofftankstellen von der Privilegierung Gebrauch machen können. Dafür spricht grundsätzlich, dass eine Wasserstofftankstelle überwiegend aus Komponenten besteht, die der Speicherung von Wasserstoff dienen, nämlich einem Versorgungstank und dem Kompressor.⁸² Darüber hinaus besteht eine Wasserstofftankstelle aber auch aus technischen Vorrichtungen, mit der Wasserstoff abgezapft und verfüllt werden kann, die sich als solche nicht mehr unmittelbar der Speicherung oder der Herstellung von Wasserstoff dienen, sondern der Betankung von Fahrzeugen.⁸³

§ 249a BauGB greift schließlich auch nur, wenn die Vorrichtungen in einem räumlich-funktionalem Zusammenhang zu einer Windenergieanlage oder einer Solaranlage stehen, die wiederum selbst nach § 35 BauGB ein privilegiertes Vorhaben darstellen muss.⁸⁴

Sollte die Tankstelle nicht von einer Privilegierung Gebrauch machen, ist die Aufstellung eines Bebauungsplanes erforderlich.⁸⁵ Solche Prozesse sind nicht nur sehr kosten- und zeitaufwendig, sondern häufig auch fehleranfällig. Daher spricht viel dafür, auch für Wasserstofftankstellen geeignete Privilegierungstatbestände für den Außenbereich zu schaffen.

⁸⁰ BT-Drs. 20/4227, S. 21.

⁸¹ BT-Drs. 20/4227, S. 13.

⁸² Decker, Erste Überlegungen zum neuen § 249a BauGB, ZfBR 2023, 319 (320).

⁸³ Bringewat, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (25).

⁸⁴ Decker, Erste Überlegungen zum neuen § 249a BauGB, ZfBR 2023, 319 (319).

⁸⁵ Bringewat, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (26).

bb) Störfallrecht

Der Betriebsbereich einer Wasserstofftankstelle und damit verbundener Einrichtungen kann den Grundpflichten sowie ggf. auch den erweiterten Pflichten der Störfall-Verordnung (12. BImSchV) unterfallen.⁸⁶

Wasserstoff wird in Anhang 1 der 12. BImSchV als gefährlicher Stoff in Zeile 38 aufgeführt. Er unterliegt dann ab einer Menge von 5000 kg (Spalte 4) den Grundpflichten des zweiten und vierten Teils der Störfall-Verordnung, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 der 12. BImSchV. Hierzu gehört unter anderem, dass der Betreiber die „nach Art und Ausmaß der möglichen Gefahren erforderlichen Vorkehrungen zu treffen [hat], um Störfälle zu verhindern“, § 3 Abs. 1 der 12. BImSchV. Ab der Mengenschwelle von 50.000 kg (Spalte 5) greifen dann die erweiterten Pflichten nach den §§ 9 bis 12 der 12. BImSchV. Zu diesen erweiterten Pflichten gehört die Anfertigung eines Sicherheitsberichts (§ 9 der 12. BImSchV), der Erstellung von Alarm- und Gefahrenabwehrplänen (§ 10 der 12. BImSchV) sowie zur Information über Sicherheitsmaßnahmen (§ 11 der 12. BImSchV). Zumindest in diesen Fällen ist außerdem ein Störfallbeauftragter zu bestellen, siehe § 1 Abs. 2 Satz 1 der 5. BImSchV in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Satz 2 der 12. BImSchV.

Wenig konsistent ist insoweit, dass die Mengenschwelle für Wasserstoff nach Nr. 2.44 der Stoffliste in Anhang 1 der 12. BImSchV bereits bei 5 t liegt, während die Mengenschwelle nach Nr. 2.3 des Anhangs 1 bei LNG und Erdgas erst bei 50 Tonnen und bei Benzin/Diesel erst bei 2.500 Tonnen beginnen.

Auch die Bestimmung des Betriebsbereiches gemäß § 3 Abs. 5a BImSchG und des angemessenen Sicherheitsabstandes nach § 3 Abs. 5d BImSchG sind mit Unsicherheiten und einem erheblichen Aufwand verbunden.⁸⁷ Die Mengenschwellen der 12. BImSchV gelten zunächst je Betriebsbereich. Es kommt also darauf an, in welchen Mengen Stoffe und Zubereitungen in einem Betriebsbereich vorhanden sind oder vorhanden sein können.⁸⁸

⁸⁶ Bayerisches Landesamt für Umwelt, Genehmigungsrechtlicher Leitfaden für Wasserstofftankstellen im Freistaat Bayern, S. 13; *Bringewat*, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (26).

⁸⁷ *Friedrich*, Umweltrechtliche Folgen einer Aufteilung bestehender Anlagen auf mehrere Betreiber – Der Anlagen- und Betreiberbegriff im Immissionsschutzrecht, der Betriebsbereich, NVwZ 2002, 1174 (1178); *Jarass*, in: Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 3 Rn. 108.

⁸⁸ OVG Münster, Urt. v. 11.12.2012, 8 A 722/11, DÖV 2013, 781.

Der Betriebsbereich wird nach § 3 Abs. 5a BImSchG definiert als

„der gesamte unter der Aufsicht eines Betreibers stehende Bereich, in dem gefährliche Stoffe [...] in einer oder mehreren Anlagen einschließlich gemeinsamer oder verbundener Infrastrukturen oder Tätigkeiten auch bei Lagerung [...] tatsächlich vorhanden oder vorgesehen sind oder vorhanden sein werden, soweit vernünftigerweise vorhersehbar ist, dass die genannten gefährlichen Stoffe bei außer Kontrolle geratenen Prozessen anfallen.“

Der Betriebsbereich ist damit nicht mit dem Anlagenbegriff identisch, sondern geht über diesen hinaus und kann damit auch eine Mehrzahl aus (genehmigungsbedürftigen oder nicht genehmigungsbedürftigen) Anlagen erfassen.⁸⁹ Die Literatur und Rechtsprechung legen den Begriff bisher weit aus. Ein Betriebsbereich umfasst danach nicht nur unter der Aufsicht eines Betreibers stehende Anlagen etwa zur Erzeugung von Wasserstoff als Gefahrstoff, sondern auch die insoweit genutzte Infrastruktur, Lager oder Tätigkeiten mit den Gefahrstoffen, die in einem funktional-organisatorischen betrieblichen Zusammenhang stehen.⁹⁰ Die Kombinationen von Lagerung bzw. Speicherung von Wasserstoff mit weiteren Anlagen und Tätigkeiten, wie der Erzeugung oder Verwendung in einer Industrieanlage, dürfte deshalb regelmäßig unter den beschriebenen betrieblich-organisatorischen Zusammenhang fallen. Die insoweit anfallenden Mengen gefährlicher Stoffe, hier des Wasserstoffs im Drucktank/Speicher, sowie des sonstigen Wasserstoffs in der Elektrolyseurinstallation oder z.B. in der Industrieanlage, lägen dann wohl, vorbehaltlich der genauen Konzeption, in einem Betriebsbereich im vorgenannten Sinne. Verlangt wird ferner ein räumlicher Zusammenhang zwischen den Einrichtungen. Auch insoweit wird ein weites Verständnis angelegt, wonach es ausreichend ist, wenn sich die Einrichtung in der weiteren Nachbarschaft befindet, sei es auch getrennt durch andere Anlagen.⁹¹ Um hier Unsicherheiten zu vermeiden, bietet es sich an, den Betriebsbereich bei Wasserstofftankstellen beispielhaft zu konkretisieren.

Auch die Bestimmung des angemessenen Sicherheitsabstandes nach § 3 Abs. 5d BImSchG ist mit vergleichbaren Unsicherheiten verbunden. § 3 Abs. 5d BImSchG definiert diesen als

⁸⁹ Jarass, in: Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 3 Rn. 94.

⁹⁰ OVG Münster, 8 A 722/11, NuR 2009, 810; Jarass, in: Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 3 Rn. 98.

⁹¹ Jarass, in: Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 3 Rn. 98.

29.09.2023

„Abstand zwischen einem Betriebsbereich oder einer Anlage, die Betriebsbereich oder Bestandteil eines Betriebsbereichs ist, und einem benachbarten Schutzobjekt, der zur gebotenen Begrenzung der Auswirkungen auf das benachbarte Schutzobjekt, welche durch schwere Unfälle im Sinne des Artikels 3 Nummer 13 der Richtlinie 2012/18/EU hervorgerufen werden können, beiträgt“.

Damit unterliegt der angemessene Sicherheitsabstand nur einer abstrakten Beschreibung. Dieser wird vielmehr einzelfallbezogen ermittelt und hängt dabei von einer Vielzahl störfallrelevanter technischer Faktoren ab und kann je nach den besonderen Gegebenheiten höchst unterschiedlich ausfallen.⁹² Ansätze zu dessen Konkretisierung wie zum Beispiel durch eine allgemeine Verwaltungsvorschrift (sog. TA-Abstand) sind bisher gescheitert.⁹³

Um den damit verbundenen Rechtsunsicherheiten entgegenzuwirken und den Prüfungsaufwand für die Genehmigungsverfahren zu reduzieren, sollte eine Konkretisierung des angemessenen Sicherheitsabstandes, wie auch des unbestimmten Rechtsbegriffes Betriebsbereich, weiterverfolgt werden. Mit Blick auf den Betriebsbereich erscheint eine Konkretisierung sinnvoll, welche Anlagen und Betriebsvorgänge in welchem räumlich-funktionalen Zusammenhang als noch innerhalb eines Betriebsbereichs liegend anzusehen wären – oder aber außerhalb desselben. In der Folge ergäbe sich, dass Wasserstoffmengen etwa innerhalb einer Erzeugungsanlage und solche Mengen in einem Lager aufgrund der räumlich-funktionalen Trennung bei fehlender gemeinsamer Sicherheitsrelevanz der Bereiche doch verschiedenen Betriebsbereichen zugeordnet werden können. Damit würden sich diverse genehmigungs- oder sonst störfallrechtliche Erleichterungen ergeben. Zur Konkretisierung des angemessenen Sicherheitsabstandes könnten Kriterien für die Bestimmung des räumlichen Zusammenhangs zwischen Wasserstofflagern/Drucktanks/Speichern und anderen Wasserstoff-Betriebsbereichen (Erzeugungsanlagen, Betankungsanlagen, Verwendungsanlagen in der Industrie) in einer Rechtsverordnung (zum Beispiel in der 12. BImSchV oder einer eigenständigen Rechtsverordnung) definiert werden. Details wären insoweit technisch-fachlich festzulegen und sind vorliegend über eine juristische Bewertung nicht erzeugbar.

⁹² BVerwG, Urt. v. 20.12.2012, 4 C 11/11, NVwZ 2013, 719 (720 ff.); EUGH Az. C-53/10, EUGH, UPR 2011, S. 443 = EuZW 2011, S. 873 = NVwZ 2012, NVwZ 2012 S. 494 L = BeckRS 2011, BeckRS Jahr 81364 Rn. Beck-RS Jahr 2011 Rz. 44.

⁹³ Jarass, in: Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 3, Rn. 108.

Eine Konkretisierung durch allgemeine Verwaltungsvorschrift begegnet demgegenüber zumeist europarechtliche Bedenken, da der EuGH entschieden hat, dass normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften für die Umsetzung europäischer Richtlinien nicht ausreichen.⁹⁴ Sowohl der Begriff des Betriebsbereiches als auch der angemessene Sicherheitsabstand haben ihre Grundlage in der Richtlinie 2012/18/EU zur Beherrschung der Gefahren schwerer Unfälle mit gefährlichen Stoffen und sind damit in Umsetzung einer europäischen Richtlinie erlassen worden.⁹⁵

2) Förderung der Wasserstofftankstellen

a) Status Quo von Netzausbau und Förderung

Deutschland verfügt derzeit über ein Netz aus ca. 100 Wasserstofftankstellen.⁹⁶ Diese werden überwiegend durch das Joint Venture H₂-Mobility Deutschland GmbH und Co. KG (im Folgenden: **H₂-Mobility**) mit den Gesellschaftern Air Liquide, Daimler, Linde, OMV, Shell und Total Energies betrieben.⁹⁷ Gefördert wurden die Projekte aus Mitteln des Bundes und der EU. Der Bund unterstützt dabei mit seinem Bundesprogramm „Nationale Innovationsprogramm Wasserstoff- und Brennstoffzellentechnologie“ (im Folgenden: **NIP**).⁹⁸

Die Betankungsinfrastruktur kann im Wesentlichen aber nur von Pkw und leichten Nutzfahrzeuge genutzt werden, da die Tankstellen auf eine Betankung bei 700 bar ausgelegt worden sind. Mittlere und schwere Nutzfahrzeuge sind grundsätzlich bei 350 bar zu betanken und verfügen regelmäßig über einen größeren Platzbedarf für die Fahrzeuge u.a. zum Rangieren, auf den bestehende Tankstellen (mit Ausnahme solcher etwa an Autobahnen oder solchen, die schon bisher für Lkw-Nutzung besonders errichtet wurden) häufig nicht ausgerichtet sind. Die Versorgung mittlerer und schwerer Nutzfahrzeuge ist gegenwärtig daher nur an einzelnen Stationen des H₂-

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 30.5.1991, Rs C-361/88, NVwZ 1991, 866 (867).

⁹⁵ Jarass, in: Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 3, Rn. 94 und 105.

⁹⁶ *H₂-Mobility*, [Logistiker:innen aufgepasst: Ab sofort können auch Wasserstoff-Lkw an der H₂-Tankstelle Laatzten mit 350 bar auftanken - H₂.LIVE.](#)

⁹⁷ Bei der GmbH & Co. KG wird die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin (Komplementärin) der KG eingebunden: *Oetker*, in *Oetker*, Handlungsbuch, 5. Auflage 2017, § 161 HGB, Rn. 67.

⁹⁸ Das BMVI fördert im Nationalen Innovationsprogramm Wasserstoff- und Brennstoffzellentechnologie (NIP), die Europäischen Kommission im Fuel Cells and Hydrogen 2 Joint Undertaking (FCH 2 JU) mit dem Projekt Hydrogen Mobility Europe (H₂ME) sowie im Trans-European Transport Network (TEN-T CEF) im Projekt Connecting Hydrogen Refuelling Stations (COHRS).

29.09.2023

Mobility-Netzes möglich.⁹⁹ Studien zeigen auch, dass durch eine Betankung mit höheren Drücken eine höhere Nutzlast erzielt werden kann, da das Tankvolumen – logischerweise – bei gleicher Wasserstoffmenge mit steigendem Druck geringer wird und mehr Laderaum verbleibt.¹⁰⁰ Auch in der AFIR-Verordnung wird ein Druck von 700 bar für die Abgabe an öffentlichen Wasserstofftankstellen empfohlen sowie für eine Mindestzahl an Tankstellen die Abgabe flüssigen Wasserstoffs.

Der Bund fördert im Rahmen des NIP und anderen Förderprogrammen bereits den Aufbau von Wasserstofftankstellen speziell für Nutzfahrzeuge.¹⁰¹ Problematisch ist jedoch insgesamt, dass auf Basis der bisherigen Förderung nicht sichergestellt ist, dass der Betrieb aufgebauter Tankstellen nach dem Auslaufen der Förderung aufrechterhalten wird. Viele praktische Erfahrungen haben gezeigt, dass Tankstellen bereits nach dem DEMO-Betrieb wieder geschlossen worden wurden. Neben der geringen Auslastung sind die hohen Betriebskosten ein entscheidender Grund dafür.¹⁰² Hierunter fallen insbesondere Kosten für die Druckhaltung, die Versorgung mit Wasserstoff und die Instandhaltung. Die Betriebskosten einer Tankstelle für schwere und mittlere Nutzfahrzeuge, sind dabei auch deutlich höher als für eine Tankstelle, die auf Pkw und leichte Nutzfahrzeuge ausgerichtet ist.

Durch die bisherigen Fördermaßnahmen werden damit zwar erste Schritte für einen Infrastrukturaufbau getätigt, jedoch sind die mangelnde Absicherung der tatsächlichen Errichtung bzw. des dauerhaften Betriebs geförderter Wasserstofftankstellen entscheidende Hemmnisse für die Forcierung des Wasserstoff-Tankstellenausbaus. Damit stellt sich die Frage, wie perspektivisch das Netz an Wasserstoff-Tankstellen ausgebaut und aufrechterhalten werden kann, damit zum erwarteten Markthochlauf von H₂-Nutzfahrzeugen eine ausreichende Netzabdeckung gewährleistet ist.¹⁰³ In den Mittelpunkt rückt dabei insbesondere die Umsetzung einer

⁹⁹ *H₂-Mobility*, [Logistiker:innen aufgepasst: Ab sofort können auch Wasserstoff-Lkw an der H₂-Tankstelle Laatzen mit 350 bar auftanken - H₂.LIVE](#).

¹⁰⁰ *Aral AG*, Tankstelle der Zukunft – Mobilitätstrends 2040, abrufbar unter: [Aral Studie: Tankstelle der Zukunft](#).

¹⁰¹ *Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV)*, Förderaufruf v. 22.3.2023 für den Ausbau öffentlicher Wasserstofftankstellen für schwere Nutzfahrzeuge, [Förderaufruf – BMDV fördert Ausbau öffentlicher Wasserstofftankstellen für schwere Nutzfahrzeuge - NOW GmbH \(now-gmbh.de\)](#).

¹⁰² *Europäische Investitionsbank*, Unlocking the hydrogen economy – stimulation investments across the hydrogen value chain, S. 16 bis 17, abrufbar unter: [Unlocking the hydrogen economy — stimulating investment across the hydrogen value chain \(eib.org\)](#).

¹⁰³ Siehe zu den Ausbauzielen der AFIR bereits [Teil 3A](#).

Betriebskostenbeihilfe für Wasserstofftankstellen. Deren Zulässigkeit ist daher Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

b) Beihilfenrechtlicher Rahmen

aa) Vorliegen einer Beihilfe

Zunächst spricht viel dafür, dass eine Förderung, die für den Ausbau von Wasserstofftankstellen für Nutzfahrzeuge gewährt werden soll, als eine Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden: **AEUV**) einzustufen ist.

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt eine Beihilfe vor, wenn einem bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen eine Begünstigung durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährt wird, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt, indem sie den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.

Eine Begünstigung erfasst zunächst jeden wirtschaftlichen Vorteil, der nicht durch eine marktübliche Gegenleistung kompensiert wird.¹⁰⁴ Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein wirtschaftlicher Vorteil besteht, wenn einem Unternehmen Zuschüsse für Investitionen in die Errichtung und/oder den Betrieb einer Wasserstofftankstelle gewährt werden.

Die Begünstigung muss ferner durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährt worden sein.¹⁰⁵ Sofern davon auszugehen ist, dass Zuschuss aus Mitteln des Bundes erfolgt, wird auch diese Voraussetzung gegeben sein, unabhängig davon, ob die Mittel durch den Bund selbst oder eine von ihm beauftragte Stelle vergeben werden. Denkbar wäre der Ausschluss dieses Kriteriums allenfalls dann, sofern die Förderungen über einen privaten Umlagemechanismus finanziert werden, wie dies etwa im Anwendungsbereich des EEG oder bei der Treibhausgasminderungsquote nach § 37a BImSchG der Fall ist.¹⁰⁶

Art. 107 AEUV erfasst ferner nur Begünstigungen, die an bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gezahlt werden. Hiermit werden insbesondere allgemeine

¹⁰⁴ Kühling, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107, Rn. 28.

¹⁰⁵ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn.32.

¹⁰⁶ Vgl. zur mangelnden Beihilfeneigenschaft des EEG 2012: EuGH, Urt. v. 28.03.2019, C-405/16 P, NVwZ 2019, 626 (630 und 631) zum EEG 2012; Schweitzer/Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 272.

Fördermaßnahmen der Wirtschaftspolitik zugunsten der Gesamtheit der Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des Beihilfentatbestandes ausgeschlossen.¹⁰⁷ Diese Voraussetzung wird hier ebenfalls als erfüllt anzusehen sein, da davon auszugehen ist, dass die Zuwendungen jeweils ein Unternehmen erhalten soll.

Schließlich muss es zu einer Wettbewerbsverfälschung kommen oder eine solche drohen. Auch vom Vorliegen dieser Voraussetzung wird grundsätzlich auszugehen sein, da bereits erste Wasserstoff Tankstellen errichtet und betrieben werden, sowohl privat als auch öffentlich, die dann im Wettbewerb mit den neuen Tankstellen stehen.

bb) Ausschluss der Beihilfeneigenschaft bei Ausschreibungen?

Die Kommission hat in der Vergangenheit in bestimmten Fällen die Auffassung vertreten, dass eine Förderung, deren Vergabe auf Grundlage einer Ausschreibung erfolgt, die Gewährung eines Vorteils ausgeschlossen werden kann.¹⁰⁸ Diese Einschätzung folgt die Kommission aber mittlerweile nicht mehr, was etwa die Annahme einer Beihilfe im Falle der Förderung für den Aufbau der Schnellladeinfrastruktur batterieelektrischer Fahrzeuge zeigt.¹⁰⁹ Dafür spricht letztlich auch, dass die Klima-, Umwelt-, und Energiebeihilfen (im Folgenden: **KUEBLL**) auch gegenüber den darin geregelten Beihilfen von der Notwendigkeit zur Durchführung einer Ausschreibung ausgehen.

cc) Rechtfertigung der Beihilfe

Nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV kommt eine Rechtfertigung in Betracht, wenn die Beihilfe der Förderung der Entwicklung bestimmter Wirtschaftszweige dient.

(1) Allgemeine Anforderungen

Voraussetzung für die Rechtfertigung einer Beihilfe auf Grundlage von Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV ist, dass sie einem genau definiertem Ziel von

¹⁰⁷ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn.31.

¹⁰⁸ Vgl. Bekanntmachung der EU-Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV (2016/C 262/01), Rn. 89. Als Beispiel nennt die Kommission die Förderung der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen oder der bloßen Bereitstellung von Stromerzeugungskapazitäten.

¹⁰⁹ Kommission, SA.104749 (2022/N), C (2022) final, v. 14.12.2022, Rn. 69.

gemeinschaftlichem Interesse dient und geeignet sowie notwendig ist, die Entwicklung des Ziels zu fördern.¹¹⁰

Der Aufbau der Wasserstofftankstellen-Infrastruktur dient grundsätzlich dem Markthochlauf für grünen Wasserstoff und damit der Defossilierung des Verkehrssektors insbesondere im Bereich der schweren Nutzfahrzeuge. Damit dient die Förderung der Erfüllung europäischer und internationaler Klimaschutzvorgaben und dient damit einem Ziel von gemeinschaftlichem Interesse. Darüber hinaus spricht nach unserer Einschätzung viel dafür, dass die Förderung auch geeignet und notwendig ist, die Entwicklung des Ziels zu fördern. Denn ohne eine entsprechende Förderung würde der Aufbau einer entsprechenden Infrastruktur, die insoweit für den Markthochlauf von grünem Wasserstoff unabdingbar ist, nicht stattfinden, da die Tankstellen allein durch den Markt noch nicht refinanzierbar sind (geringe Nachfrage, hohe Investitions- und Betriebskosten).

(2) Konkretisierungen

Nach Art. 107 Abs. 3 AEUV steht der Kommission ein Ermessensspielraum bei der Genehmigung von Beihilfen zu.¹¹¹ Dieses Ermessen hat die Kommission in verschiedenen Leitlinien und Mitteilungen sowie in der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (im Folgenden: **AGVO**) konkretisiert.¹¹²

(a) AGVO

Die AGVO ist zunächst für solche Beihilfen einschlägig, bei denen der Betrag für die Einzelbeihilfe pro Unternehmen oder Projekte die in der Verordnung festgelegten Anmeldeschwelle nicht überschreitet.¹¹³ In der Folge können entsprechende Beihilfen auch ohne Durchführung eines Notifizierungsverfahrens vor der Europäischen Kommission umgesetzt werden.

¹¹⁰ *Kommission*, SA.104749 (2022/N), C (2022) final, v. 14.12.2022, Rn. 78 und 83.

¹¹¹ *Kühling/Rüchardt*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art.107, Rn. 121.

¹¹² *Kühling/Rüchardt*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art.107, Rn. 124.

¹¹³ Für „Investitionsbeihilfen für öffentlich zugängliche Tankinfrastruktur für emissionsfreie Fahrzeuge“ beträgt die Anmeldestelle nach Art. 4 Buchst. sa) 15 Mio. EUR pro Unternehmen und Vorhaben.

29.09.2023

Nach Art. 36a Abs. 2 AGVO erfasst die Verordnung nur Beihilfen für den *Aufbau* von Tankinfrastruktur, nicht aber für den Betrieb und damit wohl auch keine Betriebsbeihilfen:

*„Die **beihilfefähigen Kosten** sind die **Kosten für den Bau, die Installation oder die Modernisierung der Lade- oder Tankinfrastruktur**. Dazu können die Kosten für die Lade- oder Tankinfrastruktur selbst, die Kosten für die Installation oder Modernisierung elektrischer oder anderer Komponenten, einschließlich des Transformators, die erforderlich sind, um die Lade- oder Tankinfrastruktur ans Netz oder an eine lokale Anlage zur Erzeugung oder Speicherung von Strom oder Wasserstoff anzuschließen, sowie die Kosten für einschlägige technische Ausrüstung, Baumaßnahmen, Anpassungen von Grundflächen oder Straßen sowie die einschlägigen Installationskosten und die Kosten für die Einholung einschlägiger Genehmigungen gehören.“* [Hervorhebung durch Unterzeichner]

(b) KUEBLL

Nichts anderes gilt letztlich auch unter den Leitlinien für Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen (im Folgenden: **KUEBLL**). Nach Ziff. 4.3.2.2, (192) können Beihilfen „für den Bau, die Installation, die Modernisierung oder die Erweiterung von Lade- oder Tankinfrastruktur“ gewährt werden. Auch dies erfasst nach unserer Einschätzung zunächst nur Investitionsbeihilfen, nicht aber auch Betriebsbeihilfen, da der Wortlaut sich an keiner Stelle auf den Betrieb von Tankstellen bezieht.

(3) Unzulässigkeit von Betriebsbeihilfen?

Wie bereits dargelegt, spricht nach Einschätzung der Gutachter viel dafür, dass die für die Förderung von Tankstellen zulässigen Abschnitte aus AGVO und KUEBLL jedenfalls im Ausgangspunkt nur eine Förderung der Investitionskosten, nicht aber auch der Betriebskosten zulassen. Für die KUEBLL bestätigt das etwa auch ein Rückschluss zu Abschnitt 4.1 (121), in dem Betriebsbeihilfen ausdrücklich aufgeführt sind.¹¹⁴ Zugleich wird hiermit aber auch bestätigt, dass Betriebsbeihilfen jedenfalls im Anwendungsbereich der KUEBLL nicht generell unzulässig sind. Auch wenn Betriebsbeihilfen in Abschnitt 4.3.2 nicht explizit erwähnt werden, ist eine erfolgreiche Notifizierung solcher Beihilfen nicht von vornherein ausgeschlossen, da die KUEBLL nur ermessenskonkretisierende Leitlinien darstellen. Der Abwägungsvorgang wird also für bestimmte Bereiche typisiert, nicht aber zwingend auch abschließend

¹¹⁴ 4.2, (121): Beihilfen, die hauptsächlich mit dem Betrieb und nicht mit Investitionen verbundene Kosten decken, sollten nur dann gewährt werden, wenn der Mitgliedstaat nachweist, dass dies umweltfreundlichere Betriebsentscheidungen bewirkt.

29.09.2023

definiert.¹¹⁵ Für eine mögliche Zulässigkeit von Betriebsbeihilfen zum Aufbau der Betankungsinfrastruktur spricht ferner, dass die Kommission Betriebsbeihilfen im Rahmen der Notifizierung der Ausschreibung zum Deutschlandnetz für Schnellladeinfrastruktur genehmigt hat.¹¹⁶

II. Leitungsgebundene Wasserstoffinfrastruktur

1) Planung und Genehmigung

Für den Verkehrssektor ist eine Versorgung mit reinem Wasserstoff essenziell. Daher sind gerade für diesen Sektor Wasserstoffpipelines bedeutsam.

Die Errichtung und der Betrieb sowie die Änderung von Gasversorgungsleitungen mit einem Durchmesser von mehr als 300 Millimeter bedürfen nach § 43 Abs. 1 Nr. 5 EnWG der Planfeststellung durch die nach Landesrecht zuständige Behörde. Als „Gas“ im Sinne des EnWG gilt nach § 3 Nr. 19a EnWG auch „Wasserstoff, der durch Wasserelektrolyse erzeugt worden ist“. Soweit es sich bei einer Leitung zum Transport von Wasserstoff um eine Gasversorgungsleitung mit diesem Durchmesser handelt, ist demnach ein Planfeststellungsverfahren nach §§ 43 ff. EnWG durchzuführen.¹¹⁷ Darüber hinaus kann sich ein Planfeststellungserfordernis ergeben, wenn die Leitung Nummern 19.4, 19.5 oder 19.6 der Anlage 1 UVPg unterfällt.¹¹⁸ Nr. 19.4 und 19.5 UVPg erfassen Rohrleitungsanlagen zum Befördern von verflüssigten und nichtverflüssigten Gasen, die den Bereich eines Werksgeländes überschreiten. Da es sich bei Wasserstoff zudem um einen Stoff im Sinne des § 3a Chemikaliengesetzes handelt, kommt Nr. 19.6 UVPg in Betracht. Sofern die Rohrleitungen unter keine der vorgenannten Tatbestände fallen sollten, ist die Anzeigepflicht nach § 4a Abs. 1 Nr. 1 der Rohrfernleitungsverordnung (RohrFLtgV) zu beachten.

Die Musterbauordnung (im Folgenden: **MBO**) nimmt darüber hinaus bestimmte Leitungsvorhaben aus ihrem Anwendungsbereich aus, sodass insoweit keine Baugenehmigung erforderlich ist. Dies erfasst nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 MBO für

¹¹⁵ Kühling/Rüchardt, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art.107, Rn. 124.

¹¹⁶ Kommission, SA.104749 (2022/N), C (2022) final, v. 14.12.2022, Rn. 12.

¹¹⁷ Wasserstoffinfrastruktur für die Schiene – Ergebnisbericht, S. 134, abrufbar unter: [h2-schiene_ergebnisbericht_online.pdf \(now-gmbh.de\)](https://www.now-gmbh.de/bringewat/wasserstoffinfrastruktur-ergebnisbericht-online.pdf) Bringewat, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (27).

¹¹⁸ Dazu im Einzelnen: Wasserstoffinfrastruktur für die Schiene – Ergebnisbericht, S. 134 ff.; Bringewat, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (27).

Rohrleitungen, die dem Ferntransport von Stoffen dienen und nach § 1 Abs. 2 Nr.3 MBO Leitungen, die der öffentlichen Versorgung mit u. a. Gas dienen.¹¹⁹ Gleichwohl ist im Einzelfall zu untersuchen, welche baulichen Anlagen jeweils errichtet werden sollen und daher ggf. doch Genehmigungspflichten auslösen können.

2) Regulierung

a) Bei Wasserstoffnetzen andere Ausgangssituation als bei Strom/Gas

Um die Transformation des Verkehrssektors vorantreiben zu können, muss der hierfür benötigte Wasserstoff zu den H₂-Tankstellen und damit zu den BZ-Fahrzeugen transportiert werden. Sofern der Ort der Wasserstoffherzeugung sich an einem dritten Ort befindet, kommt der leitungsgebundene Wasserstofftransport in Frage.

Anders, als bei der leitungsgebundenen Versorgung mit Strom und Gas, kann zum Transport von Wasserstoff nicht auf eine bereits vorhandene vermaschte Netzstruktur zurückgegriffen werden. Die besondere Herausforderung im Bereich der Regulierung von reinen Wasserstoffnetzen liegt derzeit darin, neben der Einführung von Aufsichtsstrukturen für einen Monopolbereich auch die entsprechenden Wasserstoffnetze und damit die Wasserstoffwirtschaft insgesamt aufzubauen.¹²⁰

b) Status Quo für den Zugang zu Wasserstoffnetzen

Mit dem Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht (EnWG-Novelle 2021) ergeben sich zahlreiche Änderungen, in der u. a. erstmals auf nationaler Ebene regulatorische Rahmenbedingungen für die leitungsgebundene Wasserstoffinfrastruktur eingeführt werden.

aa) Anpassung der gesetzlichen Definitionen

Der Gesetzgeber hat sich für eine getrennte Regulierung von Wasserstoff- und Gasnetzen entschieden. Dies wirkt sich auch auf die Begriffsbestimmungen in § 3 EnWG aus, die einerseits für die Regulierung von Wasserstoffnetzen Konkretisierungen vorsehen, andererseits aber auch der Abgrenzung zu anderen dort genannten Begriffen dienen.

¹¹⁹ *Bringewat*, Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme, ZNER 2022, 21 (26).

¹²⁰ Vgl. BT-Drs, 19/27453, S. 117 f.

Mit der EnWG-Novelle 2021 wird insbesondere die Definition von Energie (§ 3 Nr. 14 EnWG) erweitert, wonach neben Elektrizität und Gas auch Wasserstoff als eigenständiger Energieträger aufgezählt wird, soweit es zur leitungsgebundenen Energieversorgung verwendet wird. Hiervon abzugrenzen ist durch *Elektrolyse erzeugter Wasserstoff*, der in das Gasversorgungsnetz eingespeist wird. Denn in diesen Fällen der Beimischung handelt es sich weiter um Gas (§ 3 Nr. 19a EnWG) bzw. Biogas (§ 3 Nr. 10f EnWG) – jedenfalls, wenn der Wasserstoff durch Elektrolyse erzeugt bzw. der eingesetzte Strom überwiegend aus erneuerbaren Energiequellen stammt.

Neu eingeführt wird außerdem der Begriff Wasserstoffnetz (§ 3 Nr. 39a EnWG). Hierunter fällt ein *Netz zur Versorgung von Kunden ausschließlich mit Wasserstoff, das von der Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Kunden ausgelegt ist, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Kunden offensteht. Unabhängig vom Durchmesser umfasst das Wasserstoffnetz Wasserstoffleitungen zum Transport von Wasserstoff nebst alle dem Leitungsbetrieb dienenden Einrichtungen, insbesondere Entspannungs-, Regel- und Messanlagen sowie Leitungen oder Leitungssysteme zur Optimierung des Wasserstoffbezugs und der Wasserstoffdarbietung.*

(Reine) Wasserstoffnetze stellen demnach keine Gasversorgungsnetze i. S. d. § 3 Nr. 20 EnWG dar. Ebenso wenig wird in § 3 Nr. 39a EnWG zwischen Fernleitungs- und Verteilerebene unterschieden. Ausweislich der Definition in § 3 Nr. 10b EnWG nehmen Betreiber von Wasserstoffnetzen jedoch die Aufgabe *des Transports oder der Verteilung* von Wasserstoff wahr und sind für den Betrieb, die Wartung sowie den Ausbau des Wasserstoffnetzes verantwortlich. Demgegenüber gelten Wasserstoffnetze aber hinsichtlich der Leitungs- und Wegerechte als Energieversorgungsnetze nach § 3 Nr. 16 EnWG.

bb) Derzeit nur freiwillige Teilregulierung nach dem „Opt-in“-Modell gemäß EnWG 2021

Soweit es in Deutschland bereits reine Wasserstoffleitungen/-netze gibt, unterfallen diese bisher keiner Regulierung, sondern dem allgemeinen Kartellrecht. Falls Interessen Dritter betroffen sind, kann jedenfalls § 19 Abs. 2 Nr. 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unter bestimmten Voraussetzungen einen Zugang zu den Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen ermöglichen.

Daher sah der Gesetzgeber zunächst davon ab, alle bestehenden oder künftigen Wasserstoffleitungen/-netze zwingend einer Regulierung zu unterwerfen. Stattdessen sollte es der Einschätzung der Betreiber solcher Leitungen oder Netze überlassen bleiben („Opt-in“-Modell), ob ihr Geschäftsmodell für den Aufbau einer

entsprechenden Infrastruktur durch einen Rechtsrahmen, der insbesondere einen diskriminierungsfreien Zugang potenzieller Nutzer (z. B. H₂-Tankstellen und BZ-Fahrzeuge) absichert, unterstützt werden kann. Die Regulierung nach dem „Opt-in“-Modell soll nicht nur den Betreibern von Wasserstoffnetzen zusätzliche Einnahmen verschaffen, sondern auch den Nutzern eine höhere rechtliche Absicherung im Geschäftsverkehr mit den Netzbetreibern geben und kann damit auch die Attraktivität neuer Wasserstoffleitungen oder -netze für Dritte erhöhen.¹²¹

Bei Wasserstoffnetzen ist allerdings zu berücksichtigen, dass die in Teil 3b des EnWG geregelten „Opt-in“-Vorgaben (§§ 28k bis 28q EnWG) für die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Wasserstoffnetzen für den Betreiber nur gelten, wenn er sich zuvor freiwillig gegenüber der Bundesnetzagentur der Regulierung unterworfen hat (zur Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit sogleich).

Betreiber von Wasserstoffnetzen haben zudem zu beachten, dass ihre Erklärung *unwiderruflich* ist und ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit unbefristet für *alle* ihre Wasserstoffnetze gilt, vgl. § 28j Abs. 3 Satz 3 EnWG. Sofern eine positive Bedarfsprüfung seitens der Bundesnetzagentur vorliegt, haben Betreiber von Wasserstoffnetze den „point of no return“ erreicht.

cc) Für den Verkehrssektor relevante Punkte

(1) Entflechtung

(a) Buchhalterische und informationelle Entflechtung

Gemäß § 28k EnWG sind Betreiber von Wasserstoffnetzen zur buchhalterischen Entflechtung verpflichtet, die auch eine separate jährliche Rechnungslegungs- und Buchführungspflicht umfasst. Unabhängig davon, ob der Betreiber von Wasserstoffnetzen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder haftungsbeschränkten Personenhandelsgesellschaft betrieben wird, muss dieser außerdem einen Jahresabschluss sowie einen Lagebericht nach den für Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (HGB) aufstellen, prüfen lassen und offenlegen, vgl. § 28k Abs. 1 EnWG. Ferner ist für den Betrieb von Wasserstoffnetzen ein Tätigkeitsabschluss aufzustellen und dem Abschlussprüfer des Jahresabschlusses zur Prüfung vorzulegen. Falls die eben genannten Offenlegungspflichten verletzt werden, wird nach Maßgabe des § 28j EnWG ein Ordnungsgeldverfahren eingeleitet.

¹²¹ Vgl. BT-Drs, 19/27453, S. 118.

29.09.2023

Gemäß der Gesetzesbegründung sowie ausweislich des ausdrücklichen Wortlauts des § 28k Abs. 2 Satz 1 EnWG sollen hierdurch Diskriminierungen und Quersubventionierungen zwischen dem Betrieb von Wasserstoffnetzen und anderen Tätigkeiten (insbesondere der Betrieb von Erdgasversorgungsnetzen) verhindert werden.¹²² Das Verbot der Quersubventionierung leitet der deutsche Gesetzgeber aus dem EU-Recht ab, hier aus Artikel 13 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 vom 13.07.2009 (FerngasZVO) und Artikel 7 Satz 2 lit. b) der Verordnung (EU) 2017/460 vom 16.03.2017 (NC TAR). Danach müssen die Entgelte für die Erbringung von Fernleitungsdienstleistungen die tatsächlichen Kosten widerspiegeln und dürfen damit keine Kosten enthalten, die nicht Gegenstand der Fernleitung sind, was z. B. bei den Kosten für die Errichtung der Wasserstoffnetzinfrastruktur der Fall wäre.¹²³

Schließlich haben Betreiber von Wasserstoffnetzen im Rahmen der informativischen Entflechtung (§ 28m Abs. 2 EnWG) sicherzustellen, dass die Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen gewahrt wird.

(b) Vertikale Entflechtung

Weitere Vorgaben zur Entflechtung sind in § 28m EnWG enthalten. Danach haben Netzbetreiber ihre Unabhängigkeit von der Wasserstofferzeugung, der Wasserstoffspeicherung sowie vom Wasserstoffvertrieb sicherzustellen (vertikale Entflechtung). Insbesondere ist es Betreibern von Wasserstoffnetzen nicht gestattet, entsprechende Anlagen zu errichten oder zu betreiben oder Eigentum an diesen zu halten (§ 28m Abs. 1 EnWG).

Der Netzbetreiber darf danach nicht innerhalb derselben Gesellschaft zugleich Erzeugung, Speicherung oder Vertrieb betreiben. Ist der Wasserstoffnetzbetreiber die Muttergesellschaft, dürfen Tochtergesellschaften ebenfalls nicht in den Bereichen Erzeugung, Speicherung oder Vertrieb tätig sein (Netzgesellschaft als Muttergesellschaft).

Für den umgekehrten Fall, dass der Wasserstoffnetzbetreiber eine Tochtergesellschaft ist und in der Muttergesellschaft Erzeugung, Speicherung oder Vertrieb

¹²² Vgl. BT-Drs, 19/27453, S. 119.

¹²³ Vgl. BT-Drs, 19/27453, S. 119; dass das derzeit geltende EU-Recht einer gemeinsamen Finanzierung der Wasserstoff- und Erdgasnetze entgegensteht, hat der deutsche Gesetzgeber außerdem im Rahmen einer EntschlieÙung ausdrücklich festgestellt; vgl. BR-Drs. 578/21, S. 2.

erfolgt, bestehen ausweislich des Wortlauts des § 28m Abs. 1 Satz 3 EnWG keine entflechtungsrechtlichen Bedenken (Netzgesellschaft als Tochtergesellschaft).

Ebenso zulässig wäre die Konstellation, dass der Betrieb des Wasserstoffnetzes und die Bereiche Wasserstofferzeugung, Wasserstoffspeicherung oder Wasserstoffvertrieb in getrennten Tochtergesellschaften organisiert werden und die Muttergesellschaft lediglich als Holdinggesellschaft agiert (Holding-Modell).

Hiervon ausgenommen sind wettbewerbliche Tätigkeiten der Gewinnung, der Erzeugung oder des Vertriebs von Gas und Strom, da § 28m Abs. 1 Satz 3 EnWG im Gegensatz zu § 7 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 EnWG nur Anlagen der *Wasserstofferzeugung*, *Wasserstoffspeicherung* oder des *Wasserstoffvertriebs* erfasst. Voraussetzung ist allerdings, dass die Muttergesellschaft ausschließlich als Wasserstoffnetzbetreiber tätig ist und nicht als Mehrspartenunternehmen auch zusätzlich Strom- und/oder Gasnetze betreibt. Anderenfalls würden die strengeren §§ 7, 7a EnWG bzw. § 8 Abs. 1 EnWG greifen und damit eine Entflechtung des Strom-/Gasnetzbetriebs von allen wettbewerblichen Tätigkeiten der Erzeugung, Speicherung oder des Vertriebs von Energie (Strom/Gas/Wasserstoff) vorschreiben.

Keine entflechtungsrechtlichen Bedenken bestehen jedenfalls, wenn bspw. Betreiber von H₂-Tankstellen den für die Produktion erforderlichen Wasserstoff zwar an einem dritten Ort selbst erzeugen, aber das für Transport zur H₂-Tankstelle genutzte nach Opt-in regulierte Wasserstoffnetz von einem Dritten betrieben wird.

(2) Verhandelter Netzzugang

Gemäß § 28n EnWG wird der Zugang und Anschluss zu Wasserstoffnetzen im Wege des verhandelten Zugangs gewährt. Das bedeutet, dass es bilateraler Verträge zwischen Unternehmen bedarf. Dazu gehört die Entwicklung entsprechender Vertragsstandards, die eventuelle Begründung in Textform bei Ablehnung des Netzzugangs/Netzanschlusses sowie die Veröffentlichung und Aktualisierung der Geschäftsbedingungen – insbesondere zu den Entgelten für den Netzzugang und der verfahrensmäßigen Behandlung von Netzzugangsanfragen – auf der Internetseite des Betreibers. Auf Anfrage haben Betreiber von Wasserstoffnetzen außerdem Angaben über die für die Dauer des begehrten Netzzugangs nutzbaren Kapazitäten und absehbaren Engpässe zu machen sowie ausreichende Informationen an den Zugangsbegehrenden zu übermitteln, damit der Transport, die Entnahme oder die Einspeisung von Wasserstoff unter Gewährleistung eines sicheren und leistungsfähigen Betriebs des Wasserstoffnetzes durchgeführt werden kann.

Schließlich wird die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates in § 28n Abs. 4 EnWG ermächtigt, die Vorgaben für den Anschluss und den Zugang zu Wasserstoffnetzen durch Rechtsverordnung zu konkretisieren. In Anlehnung an die Strom- und Gasnetzzugangsverordnung (Strom-/GasNZV) könnte etwa eine „Wasserstoffnetzzugangsverordnung“ erlassen werden.

(3) Entgeltbildung: Keine Anreizregulierung; WasserstoffNEV

Nach Maßgabe von § 28o Abs. 1 Satz 2 bis 5 EnWG gilt hinsichtlich der Entgelte für den Zugang zu Wasserstoffnetzen § 21 EnWG entsprechend, d. h. die Netzentgelte müssen angemessen, diskriminierungsfrei sowie transparent sein. Außerdem dürfen die Bedingungen nicht ungünstiger sein als sie von Netzbetreibern in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb des Konzerns tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden.

Kosten werden anhand eines jährlichen Plan-/Ist-Abgleichs ermittelt und über Entgelte erlöst. Allerdings hat der Gesetzgeber ausweislich des § 28o Abs. 1 Satz 2 EnWG sich gegen die Anreizregulierung (§ 21a EnWG) und gegen die Entgeltgenehmigung (§ 23a EnWG) entschieden, weil dies in der Markthochlaufphase nicht sinnvoll ist und die Entgeltsystematik letztlich von jedem Netzbetreiber individuell bestimmt werden kann. Allerdings behält sich der Gesetzgeber vor, die Anreizregulierung später noch einzuführen, wenn eine größere Anzahl an Betreibern tätig oder ein gewisses Marktniveau erreicht ist.¹²⁴

Die Bundesregierung wird in § 28o Abs. 2 EnWG außerdem ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates u. a. die Bedingungen und Methoden zur Ermittlung der Kosten und Entgelte für den Netzzugang näher zu bestimmen (Nr. 1).¹²⁵ Hiervon hat die Bundesregierung Gebrauch gemacht und eine Verordnung über die Kosten und Entgelte für den Zugang zu Wasserstoffnetzen (WasserstoffNEV) erlassen, die seit dem 01.12.2021 in Kraft getreten ist.

¹²⁴ Vgl. BT-Drs, 19/27453, S. 121.

¹²⁵ Nach § 28o Abs. 2 Nr. 2 EnWG wird die Bundesregierung auch ermächtigt, durch Rechtsverordnung Regelungen darüber zu treffen, welche netzbezogenen und sonst für die Kalkulation der Kosten erforderlichen Daten die Betreiber von Wasserstoffnetzen erheben und für welchen Zeitraum sie diese aufbewahren müssen.

dd) Zugang zu sonstigen leitungsgebundenen Wasserstoff-Infrastrukturen

Gerade bei kürzeren Distanzen kann der für den Verkehrssektor benötigte Wasserstoff vom Standort seiner Erzeugung zu den H₂-Tankstellen und BZ-Fahrzeugen auch innerhalb eines Inselnetzes oder über eine Wasserstoff-Direktleitung transportiert werden.

(1) Wasserstoff-Direktleitungen

Die Direktleitung zum Transport von Wasserstoff wird im Begriffskatalog des § 3 EnWG nicht ausdrücklich aufgeführt. Zwar definiert § 3 Nr. 12 EnWG den Begriff Direktleitung. Hierunter fällt jedoch allein eine Leitung, die einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet, oder eine Leitung, die einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebsstätte, Tochterunternehmen oder Kunden verbindet, oder eine *zusätzlich zum Verbundnetz errichtete Gasleitung zur Versorgung einzelner Kunden*. Demnach sind solche Direktleitungen im Strom- und Gasbereich anzutreffen, nicht jedoch in Bezug auf den Transport von Wasserstoff als eigenständigen Energieträger. Auch wenn die Wasserstoff-Direktleitung nicht der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 12 EnWG unterliegt, ist auch hier erforderlich, dass die Wasserstoff-Direktleitung nicht *conditio sine qua non* für ein etwaiges daneben bestehendes (Wasserstoff-) Verbundnetz und umgekehrt ist.¹²⁶

Wasserstoff-Direktleitungen (und auch sonstige Direktleitungen) fehlt die Netzeigenschaft, sodass es sich bei diesen nicht um ein reines Wasserstoffnetz (§ 3 Nr. 39a EnWG) bzw. um ein Energieversorgungsnetz in Bezug auf die Leitungs- und Wegerechte des Teil 5 des EnWG (§ 3 Nr. 16 EnWG) handelt. Eigentümer oder Betreiber solcher Wasserstoff-Direktleitungen sind daher nicht Normadressaten von Vorschriften, durch die Betreiber von reinen Wasserstoffnetzen bzw. Energieversorgungsnetzen verpflichtet werden.

Anders als beim regulierten Netzzugang/-anschluss (§§ 17, 18, 20 EnWG bei Gas/Strom bzw. bei Wasserstoff die „Opt-in“-Vorgabe in § 28n EnWG) besteht hinsichtlich der Nutzung einer Direktleitung damit *kein gesetzlicher Zugangsanspruch*. Eine grundsätzliche vertragliche Regelung hinsichtlich der Bedingungen des

¹²⁶ Zur Unabhängigkeit der Direktleitung vom Verbundnetz als gemeinsame Voraussetzung für alle Direktleitungsvarianten des § 3 Nr. 12 EnWG vgl. *Theobald*, in: *Theobald/Kühling*, *Energierrecht*, Stand: 119. EL Februar 2023, § 3 EnWG Rn. 76.

Anschlusses und des Zugangs ist mithin erforderlich. Ebenso unterliegt die Entgeltbildung bei Direktleitungen *keiner Regulierung*.

Mangels Regulierung bietet sich eine *vertragliche Ausgestaltung* des Zugangs zu einer Wasserstoff-Direktleitung an.

(2) Inselnetze

Ein nicht an weitere Verbundnetze und damit ein in sich geschlossenes Energienetz, in dem verschiedene Energieerzeuger, -abnehmer und -speicher miteinander verknüpft sind, wird gemeinhin als **Inselnetz** bezeichnet.¹²⁷ Inselnetze werden in dem Begriffskatalog des § 3 EnWG zwar nicht ausdrücklich genannt. Gleichwohl können Inselnetze gegebenenfalls in andere Begriffskategorien fallen, sodass der hierfür geltende Rechtsrahmen anzuwenden ist.

Ob ein Wasserstoff-Inselnetz ein Wasserstoffnetz i. S. d. § 3 Nr. 39a EnWG darstellt, hängt insbesondere davon ab, ob das Inselnetz zur Versorgung jedes Kunden offensteht (dann Wasserstoffnetz i. S. d. § 3 Nr. 39a EnWG) oder von seiner Dimensionierung von vornherein nur auf die Versorgung *bestimmter, schon bei der Netzerichtung feststehender oder bestimmbarer Kunden* ausgelegt ist (dann kein Wasserstoffnetz i. S. d. § 3 Nr. 39a EnWG). Trifft Ersteres zu, gilt für Wasserstoff-Inselnetze der unter 2). skizzierte Rechtsrahmen, wobei die für Betreiber von H₂-Tankstellen und für BZ-Fahrzeugen relevanten Vorgaben über die Entflechtung, Netzzugang und Entgeltbildung dem „Opt-in“-Modell unterliegen und nur bei einer entsprechenden Erklärung des Betreibers eines reinen Wasserstoffnetzes und einer positiven Bedarfsprüfung der Bundesnetzagentur greifen würden.

Ist hingegen Letzteres einschlägig, sind die konkret auf Betreiber von reinen Wasserstoffnetzen bzw. Energieversorgungsnetzen zugeschnittenen rechtlichen Vorgaben nicht anwendbar.¹²⁸ Wie bei Wasserstoff-Direktleitungen sind demnach vertragliche Bestimmungen erforderlich.

¹²⁷ So auch *Langstädtler*, ZUR 2021, 203 (208), Fn. 34.

¹²⁸ Ebenso wenig kann der Rechtsrahmen für geschlossene Verteilernetze i. S. d. § 110 EnWG angewendet werden, weil hierfür zunächst der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes erforderlich ist. Wasserstoff-Inselnetze können dieses Kriterium aber nicht erfüllen, weil das Wasserstoff-Inselnetz im Fall der Einordnung als reines Wasserstoffnetz i. S. d. § 3 Nr. 39a EnWG nur hinsichtlich der Leitungs- und Wegerechte des Teil 5 des EnWG, aber nicht in Bezug auf den im Teil 9 des EnWG geregelten § 110 EnWG als Energieversorgungsnetz

c) **Ausgestaltung**

aa) **Gesetzesvorhaben auf nationale Ebene: EnWG-Novelle 2023**

Der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 26.05.2023 (EnWG-E) dient zuvorderst der Umsetzung der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 02.09.2021 im Vertragsverletzungsverfahren C-718/18¹²⁹, wonach die Verordnungsermächtigungen zugunsten der Bunderegierung in den §§ 21a, 24 EnWG durch Festlegungskompetenzen der nationalen Regulierungsbehörde ersetzt werden soll.

Zugleich sieht derselbe Gesetzesentwurf auch neue regulatorische Vorgaben in Bezug auf die Wasserstoffnetze vor, hier weitere Verordnungsermächtigungen im Bereich der Netzentgeltbildung (§ 28o Abs. 2 Nr. 3 bis 5 EnWG-E) sowie Regelungen zum Wasserstoff-Kernnetz (§ 28r EnWG-E).

(1) **Neue Verordnungsermächtigungen zur Netzentgeltbildung**

Die Verordnungsermächtigung in § 28o Abs. 2 EnWG wird um die Nummern 3 bis 5 ergänzt. Zu beachten ist aber hierbei, dass es sich bei § 28o EnWG und damit die dort vorgesehenen Verordnungsermächtigungen um „Opt-In“-Vorgaben handelt, d. h. diese finden nur dann Anwendung, wenn der Betreiber von Wasserstoffnetzen sich zuvor freiwillig gegenüber der Bundesnetzagentur der „Opt-In“-Regulierung unterworfen hat.

(a) **Intertemporale Verursachungsgerechtigkeit**

Nach § 28o Abs. 2 Nr. 3 EnWG-E können in Abweichung zum Plan-/Ist-Abgleich (§ 28o Abs. 1 Satz 3 EnWG) Regelungen darüber getroffen werden, dass Entgelte, die zur Abdeckung aller notwendigen jährlichen Kosten des Netzbetriebs erforderlich sind, während des Markthochlaufs noch nicht in voller Höhe von den

gilt (vgl. § 3 Nr. 16 EnWG) bzw. dieses von vornherein nicht unter der Begriffsbestimmung des § 3 Nr. 16 und 39a EnWG fällt.

¹²⁹ Nach dem EuGH verstößt der von Deutschland gewählte Ansatz einer durch den nationalen Gesetz- und Ordnungsgeber umfangreich vorstrukturierten Regulierung im Bereich der Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung gegen die in der Elektrizitätsrichtlinie des Dritten Energiebinnenmarktpakets aus dem Jahr 2009 (Richtlinie 2009/72/EG) und die GasRL vorgesehene ausschließliche Zuständigkeit und Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde.

Netzbetreibern vereinnahmt werden und der nicht vereinnahmte Teil erst zu einem späteren Zeitpunkt in der Entgeltbildung berücksichtigt wird (sog. intertemporale Verursachungsgerechtigkeit).¹³⁰ Die Regelung schafft damit eine Möglichkeit, das Entgelt – insbesondere in der Zeit des Markthochlaufs – auf einem wettbewerbsfähigen Niveau zu halten. Spätere Netznutzer (z. B. die Lieferanten) bzw. die Letztverbraucher, die über den Lieferpreis auch das Netzentgelt zahlen (z. B. Betreiber von H₂-Tankstellen und Nutzer von BZ-Fahrzeugen), profitieren auch von den Leitungen, die in der Anfangszeit errichtet bzw. von anderen Energieträgern auf Wasserstoffnutzung umgestellt werden denn für sie wird das Netz bereits mitdimensioniert. Es wird daher die Möglichkeit geschaffen, diese späteren Netznutzer bzw. Letztverbraucher einen Teil der Anfangsinvestitions- und Betriebskosten im Sinn einer intertemporalen Verursachungsgerechtigkeit mittragen zu lassen.¹³¹ Diese Verordnungsermächtigung ist offenbar dem Impulspapier der Deutschen Energie-Agentur GmbH (dena) vom 25.08.2022 nachempfunden¹³², wobei die von der dena geforderte staatliche Risikoabsicherung im Gesetzesentwurf nicht aufgenommen wurde.

(b) Bildung einheitlicher Netzentgelte; Ausgleichsmechanismus

Ferner können Regelungen getroffen werden, wodurch die (optierten) Betreiber von Wasserstoffnetzen zur Bildung einheitlicher Netzentgelte verpflichtet werden (§ 280 Abs. 2 Nr. 4 EnWG-E). Bei einer einheitlichen Entgeltbildung ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass nicht alle Betreiber von Wasserstoffnetzen ausreichende Erlöse zur Deckung ihrer individuellen Kosten erzielen können und ein Ausgleich zwischen den Betreibern erforderlich werden kann.¹³³ Vor diesem Hintergrund kann der Verordnungsgeber daher gemäß § 280 Abs. 2 Nr. 5 EnWG-E einen wirtschaftlichen Ausgleichsmechanismus zwischen den (optierten) Betreibern von Wasserstoffnetzen vorsehen.

¹³⁰ Soweit das tatsächlich zur Anwendung gebrachte Entgelt ohnehin noch nicht dazu bestimmt ist, die aktuellen Kosten vollumfänglich abzudecken, bedarf es keiner Ermittlung erwarteter zukünftiger Kosten, sodass von dem in § 280 Abs. 1 Satz 3 EnWG geregelten Plan-Ist-Kostenabgleich abgewichen werden kann, vgl. BR.-Drs. 230/23, S. 99.

¹³¹ Vgl. BR.-Drs. 230/23, S. 98.

¹³² dena-Impulspapier „Vorfinanzierung durch die Netzbetreiber, Risikoabsicherung durch den Staat“ vom 25.08.2022.

¹³³ Vgl. BR.-Drs. 230/23, S. 99.

(2) Wasserstoff-Kernnetz

Schließlich sieht der Gesetzesentwurf Regelungen zum Wasserstoff-Kernnetz vor (§ 28r EnWG-E). Gegenstand dieser Regelung ist die zeitnahe Schaffung eines Wasserstoff-Kernnetzes in der Bundesrepublik Deutschland, um den zügigen Hochlauf des Wasserstoffmarktes zu ermöglichen (Satz 1). Ziel ist der Aufbau eines deutschlandweiten, effizienten, schnell realisierbaren und ausbaufähigen Wasserstoff-Kernnetzes, das alle wirksamen Maßnahmen enthält, um die zukünftigen wesentlichen Wasserstoffproduktionsstätten und die potenziellen Importpunkte mit den zukünftigen wesentlichen Wasserstoffverbrauchspunkten und Wasserstoffspeichern zu verbinden (Satz 2).

(a) Gemeinsamer Antrag der Fernleitungsnetzbetreiber; Rolle der Bundesnetzagentur; planungsrechtliche Fiktion

Die zukünftigen wesentlichen Wasserstoffverbrauchspunkte sind während des Markthochlaufes insbesondere bei *schwer zu dekarbonisierenden Sektoren* mit dem höchsten Treibhausgasminderungspotenzial zu sehen, in denen keine energie- und kosteneffizienteren Optionen verfügbar sind.¹³⁴ Ob auch der Verkehrssektor insb. mit Blick auf die Betankungsinfrastruktur zu den wesentlichen Wasserstoffverbrauchspunkten bzw. zu den schwer zu dekarbonisierenden Sektoren zählt, wird weder im Gesetzeswortlaut noch in der Gesetzesbegründung aufgegriffen.

Das Wasserstoff-Kernnetz ist auf Grundlage eines einzigen deutschlandweiten Berechnungsmodells herzuleiten und soll vorwiegend der Ermöglichung eines überregionalen Transports von Wasserstoff dienen (Satz 3). Die Anbindung weiterer zukünftiger Verbraucher, beispielsweise im Verteilnetz, wird in einem zweiten Schritt im Rahmen einer Netzentwicklungsplanung zu prüfen sein und kann dort Teil der durchzuführenden Bedarfsprüfung oder Szenarienbetrachtung sein.¹³⁵

Die Betreiber von Fernleitungsnetzen haben der Bundesnetzagentur drei Kalenderwochen nach dem Inkrafttreten des Gesetzesentwurfes einen gemeinsamen Antrag auf ein den Anforderungen nach § 28r Abs. 1 EnWG-E (siehe oben) entsprechendes Wasserstoff-Kernnetz zur Genehmigung vorzulegen (§ 28r Abs. 2 EnWG-E).

Sofern die Betreiber von Fernleitungsnetzen innerhalb der genannten Frist keinen gemeinsamen Antrag vorlegen, ist die Bundesnetzagentur verpflichtet, innerhalb

¹³⁴ Vgl. BR.-Drs, 230/23, S. 99.

¹³⁵ Vgl. BR.-Drs, 230/23, S. 99.

von vier Monaten nach Ablauf dieser Frist ein Wasserstoff-Kernnetz zu bestimmen und zu veröffentlichen (§ 28r Abs. 3 EnWG-E).

Für zum Wasserstoff-Kernnetz gehörende Wasserstoffnetzinfrastrukturen gilt, sofern in einem zukünftigen Netzentwicklungsplan nicht etwas anderes festgestellt wird und sie bis 2030 in Betrieb genommen werden, dass sie *energiewirtschaftlich notwendig und vordringlich sind sowie dass sie im überragenden öffentlichen Interesse liegen* (§ 28r Abs. 8 Satz 4 EnWG-E). Ausgenommen von dem Vorbehalt einer abweichenden Netzentwicklungsplanung sind aber Wasserstoffnetzinfrastrukturen, mit deren Projektdurchführung bis zum 31.12.2025 begonnen wird und bereits vor dem 31.12.2027 in Betrieb genommen werden soll (§ 28r Abs. 8 Satz 5 EnWG-E).

(b) Kein Bezug auf Anschluss von Nachfragern aus dem Verkehrssektor

Damit eine Wasserstoffnetzinfrastruktur genehmigungsfähiger Teil des Wasserstoff-Kernnetzes sein kann, muss diese eine Reihe von materiellen Voraussetzungen erfüllen. Hierzu zählt u. a., dass die Wasserstoffnetzinfrastruktur zu einem der in § 28r Abs. 4 Nr. 4 EnWG-E genannten Projekttypen gehört.

Einer dieser Projekttypen betrifft Projekte mit überregionalem Charakter zur Schaffung eines deutschlandweiten Wasserstoffnetzes. Gemeint sind insbesondere solche Infrastrukturen, die den Anschluss von großen industriellen Nachfragern, Wasserstoffkraftwerken oder für den Betrieb mit Wasserstoff vorbereiteten Kraftwerken, Wasserstoffspeichern und Erzeugern von Wasserstoff ermöglichen (§ 28r Abs. 4 Nr. 4 lit. c) EnWG-E). Hinsichtlich der industriellen Wasserstoffnachfrager sind gemäß der Gesetzesbegründung für das Wasserstoff-Kernnetz insbesondere die Bereiche zu berücksichtigen, bei denen aus heutiger Sicht alternativ zur Wasserstoffnutzung keine sinnvolle Option zur Dekarbonisierung des Industrieprozesses besteht. Dies betrifft insbesondere Prozesse der Eisen- und Stahlindustrie, der Chemieindustrie, von Raffinerien, der Glasindustrie sowie Produktionsstätten für Keramik und Ziegelprodukte.

Der Anschluss von Nachfragern aus dem Verkehrssektor wie z. B. H₂-Tankstellen werden jedoch weder im Gesetzeswortlaut (§ 28r Abs. 4 Nr. 4 lit. c) EnWG-E) noch in der Gesetzesbegründung ausdrücklich aufgegriffen.¹³⁶

¹³⁶ BR-Drs. 230/23, S. 101.

29.09.2023

bb) Gesetzesvorhaben auf EU-Ebene: Entwurf eines EU-Gaspakets

Die Europäische Union und damit auch Deutschland haben sich im Wege des „European Green Deal“ verpflichtet, bis zum Jahr 2050 die Treibhausgasemissionen auf null zu reduzieren.¹³⁷ Um diesen Anforderungen hinreichend Rechnung tragen zu können, hat die EU-Kommission am 16. 12.2021 die Revision des dritten Energiepakets für Gasmärkte bekanntgegeben (EU-Gaspaket), wodurch u. a. die Richtlinie 2009/73/EG vom 13. Juli 2009 (Gasbinnenmarktrichtlinie – GasRL) und die Verordnung (EG) Nr. 715/2009 vom 13. Juli 2009 (Gaszugangsverordnung – GasZVO) geändert werden soll (nachfolgend GasRL-E und GasZVO-E).

Um auf europäischer Ebene dem Aufbau eines European Hydrogen Backbone kosteneffizient und nachhaltig zu realisieren, ist die Festlegung eines geeigneten einheitlichen Rechtsrahmens für die leitungsgebundene gasbasierte Energieversorgung erforderlich. Daher überrascht es nicht, dass auch auf EU-Ebene der bestehende Rechtsrahmen umfassend überarbeitet wird.

Zu dem Entwurf der EU-Kommission haben sich bereits das EU-Parlament (erste Lesung vom 15.03.2023) und der Rat der EU (Beschluss vom 28.03.2023) positioniert, sodass nun die Verhandlungen („Trilog“) anstehen.

(1) Begriffe Gas und Wasserstoff; getrennte Regulierung von Erdgas und Wasserstoff; Netzebenen

Der Begriff Gas umfasst sowohl Erdgas als auch Wasserstoff (Art. 2 Nr. 3 GasRL-E). Unter Erdgas fallen hauptsächlich aus Methan bestehende Gase oder andere Gasarten, soweit sie technisch und sicher in das Erdgasnetz eingespeist und transportiert werden können (Art. 2 Nr. 1 GasRL-E). Für Wasserstoff wird ein *technologieoffener Ansatz* verfolgt, d. h. alle Herstellungspfade zur Wasserstoffherzeugung (z. B. Elektrolyse, Dampfreformierung, Methanpyrolyse etc.) werden erfasst.

Der begrifflichen Trennung folgend, ist auch eine getrennte Regulierung des Betriebs von Erdgas- und Wasserstoffnetzen vorgesehen.

Während die Entwürfe der EU-Kommission und des Rates der EU bei Wasserstoffnetzen nicht zwischen der Fernleitungs- und Verteilernetzebene differenzierten, regt das EU-Parlament eine solche Unterscheidung nunmehr an. Die Wasserstofffernleitung umfasst den Transport von Wasserstoff durch ein Netz, das

¹³⁷ EU-Kommission, COM (2019) 640 final, 11.12.2019, European Green Deal, Ziffer 1.

29.09.2023

hauptsächlich Hochdruckrohrleitungen enthält (vorgeschlagener Art. 2 Nr. 21a GasRL-E des EU-Parlaments). Demgegenüber steht die Wasserstoff-Verteilung durch lokale oder regionale Rohrleitungsnetze zum Zweck der Abgabe an Kunden (vorgeschlagener Art. 2 Nr. 21b GasRL-E des EU-Parlaments).

(2) Entflechtungsvorgaben für Wasserstoffnetzbetreiber

(a) Vertikale Entflechtung

Wie bei Erdgas- und Stromnetzen sollte der Betrieb von Wasserstoffnetzen von den Tätigkeiten der Energieerzeugung und -versorgung getrennt werden, um Interessenkonflikte zu vermeiden.¹³⁸ Die Vorgaben der Entflechtung für den Betrieb von Wasserstoffnetzen finden sich in den Art. 62 ff. GasRL-E.

Nach dem Vorschlag der EU-Kommission und des Rats der EU wird für den Betrieb von Wasserstoffnetzen auf die strengen Entflechtungsvorgaben für Erdgas-Fernleitungsnetze verwiesen. Im Grundsatz wäre demnach eine eigentumsrechtliche Entflechtung vorgesehen, d. h. eine strukturelle Trennung des Eigentums an Wasserstoffnetzen von der Beteiligung an der Energieerzeugung und -versorgung. Gemäß Art. 62 (1) GasRL-E stellen die Mitgliedsstaaten nach einer Übergangszeit sicher, dass die Betreiber von Wasserstoffnetzen gemäß den Vorschriften für Erdgasfernleitungsnetzbetreiber in Art. 54 (1) bis (3) GasRL-E eigentumsrechtlich entflochten sind.

Die Mitgliedstaaten können als Ausnahmen zur eigentumsrechtlichen Entflechtung auch das ISO-Modell („Unabhängiger Wasserstoffnetzbetreiber“) und das ITO-Modell („Integrierter Wasserstoffnetzbetreiber“) einführen. Allerdings sind beim Entwurf der Kommission zeitliche Restriktionen vorgesehen, wonach beim ISO-Modell das Wasserstoffnetz bereits zum Inkrafttreten der GasRL zu einem vertikal Unternehmen gehören muss und das ITO-Modell nur bis zum 31.12.2030 zulässig ist. Demgegenüber schlägt das EU-Parlament die Streichung der genannten zeitlichen Restriktionen beim ITO-Modell und der Rat der EU zusätzlich sowohl die des ITO-Modells als auch die des ISO-Modells vor.

Das EU-Parlament schlägt darüber hinaus eine Unterscheidung zwischen Fernleitung und Verteilung von Wasserstoff vor. Somit fänden auf Wasserstoffverteilernetzbetreiber, also auch auf Industrienetze, im Grundsatz weniger strenge Regeln

¹³⁸ Erwägungsgrund 67 der GasRL-E.

Anwendung.¹³⁹ Es würde auf den für Erdgasverteilternetzbetreiber geltenden Art. 42 GasRL-E verwiesen. Danach haben Wasserstoffverteilternetzbetreiber lediglich sicherzustellen, dass der Netzbetrieb hinsichtlich Rechtsform sowie operationell von den wettbewerblichen Tätigkeiten unabhängig ist. Hierbei fällt allerdings auf, dass die „de-minimis“-Regelung (Unternehmen mit weniger als 100 000 angeschlossenen Kunden) in Art. 42 (4) GasRL-E nicht aufgegriffen wird.

(b) Horizontale Entflechtung, informatorische und buchhalterische Entflechtung

Zwar kann der gemeinsame Betrieb von Wasserstoffnetzen und Gas- oder Stromnetzen Synergien schaffen und sollte daher zulässig sein. Um Transparenz in Bezug auf die Finanzierung und die Verwendung der Zugangstarife zu gewährleisten, sollen die Tätigkeiten zum Betrieb des Wasserstoffnetzes aber in einer separaten Rechtsperson organisiert werden.¹⁴⁰

Der Entwurf der EU-Kommission und des Rates der EU sieht in Art. 63 GasRL daher eine sog. horizontale Entflechtung vor, wonach Wasserstoffnetzbetreiber, die Teil eines Unternehmens sind, das in einem der Bereiche Fernleitung bzw. Übertragung oder Verteilung von Erdgas oder Strom tätig ist, zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform unabhängig sein muss. Demnach wäre ein „kombinierter“ Netzbetrieb von Wasserstoff und Erdgas innerhalb derselben Netzgesellschaft nach Art. 63 GasRL-E entflechtungsrechtlich unzulässig.

Das EU-Parlament hält dem entgegen, dass der gemeinsame Betrieb von Netzen Synergien schafft und die Transparenz auf andere Weise gewährleistet werden kann.¹⁴¹ Daher empfiehlt das EU-Parlament die Streichung der horizontalen Entflechtung nach Art. 63 GasRL-E.

Schließlich sehen alle drei Fassungen die informatorische Entflechtung (Art. 50 GasRL-E) und die buchhalterische Entflechtung (Art. 64, 69 GasRL-E; beim EU-Parlament zusätzlich Art. 42 (3a) GasRL-E für die Verteilernetzebene) vor.

¹³⁹ Erwägungsgrund 67a der vom EU-Parlament vorgeschlagenen GasRL-E.

¹⁴⁰ Erwägungsgrund 68 der GasRL-E.

¹⁴¹ Der dem widersprechende Erwägungsgrund 68 wird nach dem Entwurf des EU-Parlaments angepasst.

(3) Zugang zum Wasserstoffnetz und Entgeltbildung

Gemäß den Entwürfen der EU-Kommission, des EU-Parlaments und des Rats der EU soll der regulierte Zugang Dritter auf Grundlage regulierter Entgelte für Wasserstoffnetze der Standard sein (§ 31 (1) GasRL-E). Um Flexibilität zu gewährleisten und in der Anlaufphase des Wasserstoffmarktes die Verwaltungskosten zu senken, sollten die Mitgliedstaaten aber die Möglichkeit haben, die Nutzung des Zugangs Dritter auf Vertragsbasis bis Ende 2030 bzw. nach dem Entwurf des Rates der EU bis Ende 2035 zu gestatten (§31 (4) und (5) GasRL-E), der auf objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien beruht. Die Parteien sind dann verpflichtet, den Zugang zu Wasserstoffnetzen nach Treu und Glauben auszuhandeln, wobei die Entgelte oder die Methoden zu ihrer Berechnung von der Regulierungsbehörde genehmigt werden (Art. 31 (2) i. V. m. Art. 72 GasRL-E).

Nach dem Entwurf des EU-Parlaments soll in der Anfangsphase Wasserstoff vorrangig in schwer dekarbonisierbaren Sektoren eingesetzt werden, in denen keine anderen energie- und kosteneffizienteren Optionen zur Verfügung stehen. Falls weniger Kapazitäten als potenzielle Nutzer vorhanden sind, wird daher vorgeschlagen, dass im Konfliktfall diejenigen potenziellen Nutzer Vorrang erhalten, die das höchste Potenzial zur Treibhausgasreduzierung nachweisen können. Dies gilt aber nicht für den Zugang zum Wasserstoffnetz, der zu diesem Zeitpunkt bereits gewährt worden ist (vorgeschlagener Art. 31 (1) GasRL-E des EU-Parlaments).

Zudem enthält Art. 6 GasZVO-E weitere Detailvorgaben zur Entgeltbildung, die in den Entwürfen der EU-Kommission, des EU-Parlaments und des Rats der EU weitestgehend identisch sind und u. a. die Einführung eines Entry-Exit-Systems¹⁴² ab dem 31.01.2031 bzw. bei dem Entwurf des Rats der EU ab dem 31.01.2036 und die entsprechende Anwendung der Entgeltvorgaben für Erdgas-Fernleitungsnetzbetreiber nach Art. 15 GasZVO-E vorsehen.

(4) Ausnahmen von der Regulierung

(a) Bestehende Wasserstoffnetze

Gemäß dem Entwurf der EU-Kommission können nach Art. 47 (1) GasRL-E sog. bestehende Wasserstoffnetze, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der GasRL-E

¹⁴² Nach der Begriffsbestimmung in § 2 (1) Ziffer 30 GasZVO-E ist damit die Gesamtheit aller Fernleitungs- und Verteilernetze oder aller Wasserstoffnetze, für die ein spezifisches Bilanzierungssystem gilt, gemeint.

29.09.2023

einem vertikal integrierten Unternehmen gehören, u. a. von den oben dargestellten Vorgaben über den Netzzugang (Art. 31 GasRL-E) und Entflechtung mit Ausnahme der informatorischen Entflechtung (Art. 62, 63, 64 GasRL-E) befreit werden. Allerdings endet die Ausnahme gemäß Art. 47 (2) GasRL-E spätestens Ende 2030.¹⁴³

Vor dem Hintergrund, dass der Entwurf des EU-Parlaments auch Wasserstoffverteilernetze vorsieht, erstreckt sich die Ausnahme in Art. 47 GasRL-E auch auf die Vorgaben über die vertikale Entflechtung auf Verteilernetzebene (Art. 42 GasRL-E). Allerdings sieht das EU-Parlament keine Ausnahme mehr für horizontalen Entflechtung (Art. 63 GasRL-E) vor.

Der Entwurf des Rats der EU entspricht im Wesentlichen dem Entwurf der EU-Kommission, sieht zusätzlich aber auch Ausnahmen zur Zertifizierung (Art. 65 GasRL-E) vor und modifizierte Beendigungstatbestände vor.¹⁴⁴

(b) Geografische begrenzte Wasserstoffnetze

Schließlich können die Regulierungsbehörden Netze, in denen Wasserstoff von *einem* Einspeisepunkt zu einer begrenzten Anzahl von Ausspeisepunkten *innerhalb eines geografisch begrenzten Industrie- oder Gewerbegebiets* transportiert wird, von den Vorgaben über die vertikale Entflechtung in Art. 62 GasRL-E befreien. Diese Ausnahme gilt gemäß Art. 48 (2) zwar *mindestens* bis zum 31.12.2030 (Satz 1). Sie endet aber, wenn ein konkurrierender Erzeuger von erneuerbarem Wasserstoff Zugang zum Netz beantragt oder das Netz, für das die Ausnahme gilt, wird mit einem anderen Wasserstoffnetz verbunden wird.

Obwohl der Änderungsvorschlag des EU-Parlaments für Wasserstoffverteilernetzbetreiber die Anwendung des Rechtsrahmens für (Erdgas-)Verteilernetze vorgesehen ist, ist eine Erweiterung der Ausnahme für geschlossenen Verteilernetze gemäß Art. 44 GasRL-E auf Wasserstoffverteilernetzbetreiber **nicht vorgesehen**. Die für geschlossene Erdgasverteilernetze i. S. d. Art. 44 (1) GasRL-E vorgesehenen

¹⁴³ Die Ausnahme endet zudem bei einer Netz- oder Kapazitätserweiterung oder Verbindung mit anderen Wasserstoffnetz und bei Antrag des vertikal integrierte Unternehmen zur Beendigung der Ausnahme.

¹⁴⁴ Bei der Beendigung wegen einer Netz- oder Kapazitätserweiterung muss die Erweiterung im Vergleich zum Zustand im Zeitpunkt des Inkrafttretens der GasRL mehr als 5 Prozent betragen; zudem tritt eine Beendigung ein, wenn von der Regulierungsbehörde die Gefahr der Wettbewerbsbehinderung oder Beeinträchtigung des effizienten Ausbaus der Wasserstoffinfrastruktur oder Wasserstoffmarkthochlaufs festgestellt wird.

29.09.2023

Erleichterungen z. B. bei der Entgeltbildung (vgl. Art. 27 i. V. m. Art. 72 GasRL-E) finden auf Wasserstoffnetze keine Anwendung. Stattdessen beschränkt sich der Entwurf des EU-Parlaments „nur“ auf die Befreiung von den Vorgaben über die vertikale Entflechtung auf Verteilernetzebene (Art. 42 GasRL-E) und Fernleitungsnetzebene (Art. 62 GasRL-E).

Bei dem Entwurf des Rats der EU ist der Anwendungsbereich des Art. 48 GasRL-E sowie die möglichen Befreiungen deutlich weiter gefasst als bei den Entwürfen der EU-Kommission und des EU-Parlaments. Danach muss das geografisch begrenzte Wasserstoffnetz nicht mehr im Industrie- oder Gewerbegebiet liegen, muss dafür aber andere Bedingungen erfüllen.¹⁴⁵ Liegen die Bedingungen vor, ist nicht nur eine Ausnahme von der vertikalen Entflechtung (Art. 62 GasRL-E), sondern auch von der horizontalen Entflechtung (Art. 63 GasRL-E), Zertifizierung (Art. 65 GasRL-E) und dem Entry-Exit-System (Art. 6 (6a) GasZVO-E) möglich.

cc) Ableitungen für den Verkehrssektor und weitere Vorgehensweise

(1) Gesetzesvorhaben auf nationale Ebene: EnWG-Novelle 2023

Dem Wasserstoffmarkthochlauf sind zunächst die erweiterten Verordnungsermächtigungen in § 28o Abs. 2 Nr. 3 bis 5 EnWG-E förderlich, die u. a. Regelungen ermöglichen, dass die zur Abdeckung aller notwendigen jährlichen Kosten für die Errichtung und den Betrieb des Wasserstoffnetzes während des Markthochlaufs noch nicht in voller Höhe von den Netzbetreibern vereinnahmt werden müssen.

Dadurch wird die Gefahr von überhöhten Netzentgelten in der Anfangsphase verringert, was im Ergebnis den Netznutzern und Nachfragern und damit auch dem Verkehrssektor zugutekommt. Zu kritisieren ist allerdings, dass es sich bei § 28o EnWG und damit auch daraus resultierenden Rechtsverordnungen (§ 28o Abs. 2 EnWG) um „Opt-in“-Vorgaben handelt. Sofern der Ordnungsgeber von den neuen Verordnungsermächtigungen Gebrauch macht, sind diese ohnehin nur für solche Betreiber von Wasserstoffnetzen verbindlich, die nach Maßgabe der §§ 28j, 28p EnWG sich wirksam dem „Opt-in“-Modell unterworfen haben. Vielmehr sollte § 28o EnWG und die darin enthaltenen Verordnungsermächtigungen für alle Betreiber von

¹⁴⁵ Danach darf das geografisch begrenzte Wasserstoffnetz keine Wasserstoffverbindungsleitung umfassen. Zudem dürfen an dem geografisch begrenzte Wasserstoffnetz keine Wasserstoffspeicher/-terminals angeschlossen sein und es muss primäre der Versorgung der direkt am Netz angeschlossenen Kunden dienen.

29.09.2023

Wasserstoffnetzen gelten, unabhängig davon, ob sie dem „Opt-in“-Modell unterliegen oder nicht.

Im Grundsatz sind auch die Regelungen zum Wasserstoff-Kernnetz nach § 28r EnWG-E zu begrüßen. Kritisch zu sehen ist allerdings, dass der Gesetzesentwurf in keiner Weise auf die Bedürfnisse im Verkehrssektor eingeht. Mit Blick auf die Betankungsinfrastruktur (insb. H₂-Tankstellen) und den BZ-Fahrzeugen ist auch der Verkehrssektor auf die Versorgung mit Wasserstoff und damit auf die leitungsgebundene Wasserstoffinfrastruktur angewiesen und kann daher auf der Nachfrageseite entscheidend zum Aufbau eines Wasserstoff-Kernnetzes bzw. zum Wasserstoffmarkthochlauf insgesamt beitragen. Daher sollte § 28r Abs. 4 lit. c) EnWG-E dahingehend ergänzt werden, dass als Beispiel für Projekte mit überregionalen Charakter zur Schaffung eines deutschlandweiten Wasserstoffnetzes auch der **Anschluss von großen Nachfragen aus dem Verkehrssektor** genannt wird.

(2) Gesetzesvorhaben auf EU-Ebene: Entwurf eines EU-Gaspakets

Die von der EU-Kommission und dem Rat der EU vorgesehenen strengen Vorgaben zur vertikalen Entflechtung in Art. 62 GasRL-E und die fehlende Unterteilung in die Fernleitungs- und Verteilungsebene führt dazu, dass bestimmte Energieversorgungsunternehmen, hier insb. Stadtwerke und örtliche Erdgas-Verteilernetzbetreiber, bei dem Aufbau einer leitungsgebundenen Infrastruktur von vornherein faktisch ausgeschlossen werden, was den Wasserstoffmarkthochlauf insgesamt zu bremsen droht. Kritisch zu sehen ist außerdem die von der EU-Kommission und dem Rat der EU befürwortete horizontale Entflechtung nach Art. 63 GasRL-E, da dadurch mit einem gemeinsamen Betrieb von Wasserstoffnetzen und Gas- oder Stromnetzen geschaffene Synergien untergraben werden. Zudem ist der Einwand der fehlenden Transparenz in Bezug auf die Finanzierung und die Verwendung der Zugangstarife im Fall eines Kombi-Netzbetrieb nicht stichhaltig, weil der Kombi-Netzbetreiber hinsichtlich der Sparten Strom, Erdgas und Wasserstoff weiterhin an die Vorgaben der buchhalterischen Entflechtung gebunden ist.

Vor diesem Hintergrund sollte daher der Vorschlag der EU-Kommission unterstützt werden, der Lockerungen der entflechtungsrechtlichen Vorgaben (Anwendung der Entflechtungsregeln für Verteilernetzbetreiber; keine horizontale Entflechtung) vorsieht.

Ist absehbar, dass die Vorschläge des EU-Parlaments sich im Trilog nicht durchsetzen werden, sollten die von dem Rat der EU vorgeschlagenen Ausnahmen von der Regulierung in Art. 47 GasRL-E (bestehende Wasserstoffnetze) und Art. 48 GasRL-E (geografisch begrenzte Wasserstoffnetze) unterstützt werden, weil in dieser

29.09.2023

Fassung der Anwendungsbereich im Vergleich zu den Fassungen der EU-Kommission und des EU-Parlaments deutlich weiter gefasst ist und die Anzahl an möglichen Befreiungen von regulatorischen Vorgaben am höchsten ist.

C. Fahrzeughersteller

I. Gefahrguttransporte (ADR)

Bewegt sich ein Fahrzeug innerhalb der EU und befördert es gefährliche Güter, muss es die Bestimmungen der ADR einhalten (Europäisches Übereinkommen über die internationale Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße).¹⁴⁶ Deutschland setzte das Übereinkommen mit der Gefahrgutverordnung Straße, Eisenbahn und Binnenschifffahrt (im Folgenden: **GGVSEB**) um. Demnach sind gefährliche Güter Stoffe und Gegenstände, deren Beförderungen [...] verboten oder nach den vorgesehenen Bedingungen des ADR/RID/ADN gestattet ist, § 2 Nr. 7 GGVSEB.

Aus der aktuellen Fassung des ADR ergibt sich, dass diese nicht für Fahrzeuge mit Brennstoffzellenantrieb gilt. Gemäß Art. 1 Buchst. a) ADR erfasst das Übereinkommen nur Kraftfahrzeuge (Motorfahrzeuge) und Sattelkraftfahrzeuge (Sattelmotorfahrzeuge).

Daher ist die Erweiterung auf Fahrzeuge mit Brennstoffzellenantrieb wünschenswert. So könnten auch weitere Anreize und Planungssicherheit für Investoren geschaffen werden. Die ADR und die nationalen Verordnungen werden alle zwei Jahre aktualisiert, sodass eine Umsetzung in der kommenden Novellierungsperiode 2025 erfolgen kann.¹⁴⁷

II. Typgenehmigung

Damit Fahrzeuge öffentliche Straßen befahren können, müssen sie zum Verkehr zugelassen sein, § 3 Abs. 1 S. 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung (im Folgenden: **FZV**). Diese Zulassung wird gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 FZV aufgrund eines Antrages erteilt, wenn das Fahrzeug einem genehmigten Typ entspricht und eine Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung besteht. Weiterhin ist eine Betriebserlaubnis erforderlich.

¹⁴⁶ Übereinkommen über die internationale Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße (ADR) v. 30.09.1957, BGBl. 1969 II S. 1489, zuletzt geändert durch Art. 1 29. ADR-ÄnderungsVO v. 22.11.2022 (BGBl. 2022 II S. 601).

¹⁴⁷ Dies ergibt sich aus dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr – 14. VO zur Änderung gefahrgutrechtlicher Verordnungen, Bearbeitungsstand 24.01.2023, S. 1.

Dessen Erteilung richtet sich nach der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (im Folgenden: **StVZO**). Die Betriebserlaubnis ist die Anerkennung und die Feststellung der Vorschriftsmäßigkeit eines Fahrzeugs.¹⁴⁸ Sie ist damit die „nationale“ Typgenehmigung.

Bei der Typgenehmigung handelt es sich um das Verfahren, nach dem eine Genehmigungsbehörde bescheinigt, dass ein Typ eines Fahrzeuges [...] den einschlägigen Verwaltungsvorschriften und technischen Anforderungen entspricht.¹⁴⁹ Bei der Umrüstung von konventionellen Lkw auf den Antrieb mit Brennstoffzellen, aber auch für neue Brennstoffzellen-Lkw, erweist sich gegenwertig als Problem, dass die Fahrzeuge die maximal zulässigen Gesamtlänge der vorhandenen Typgenehmigung geringfügig (bis zu 900mm) überschreiten. Sie können damit nur durch eine Einzeltypenzulassung straßenverkehrsrechtlich zugelassen werden.¹⁵⁰ Da die Typgenehmigung Voraussetzung für den Betrieb der Fahrzeuge ist, ist es für den Markthochlauf unerlässlich, dass entsprechende Längenveränderungen ohne Hürden bei der Typgenehmigung umgesetzt werden können.

Das Zulassungsrecht wird im Hinblick auf die Typgenehmigung in erheblichem Umfang durch das Europarecht determiniert. Anforderungen an die Typgenehmigung sind zunächst durch die Verordnung (EU) 2018/858,¹⁵¹ auf die auch § 19 StVZO verweist, konkretisiert. Diese Verordnung schafft ein unionsweites Genehmigungsverfahren zur Verwirklichung des Binnenmarktes, wozu vor allem eine Harmonisierung und Spezifikation der technischen Anforderungen an Pkw und leichte Nutzfahrzeuge und die Anerkennung einer erteilten EU-Typgenehmigung gehören.¹⁵² Eine nach dieser Verordnung erteilte EU-Typgenehmigung gilt dann in der gesamten Union, sodass die Zulassung eines Fahrzeugs, für das eine EU-Typgenehmigung vorliegt, nicht mehr auf Grund seiner Bau- oder Wirkungsweise verweigert oder verboten werden darf (Art. 6 Abs. 5).

¹⁴⁸ OLG Hamm, Beschl. v. 22. 08. 2005, NJW 2006, 241.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 3 Nr. 1 Verordnung (EU) 2018/858.

¹⁵⁰ DWV, Die Transformation der Mobilität in Deutschland, 1. Eckpunktepapier der DWV-Fachkommission HyMobility, März 2023, S. 17.

¹⁵¹ Verordnung (EU) 2018/858 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.2018 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 715/2007 und (EG) Nr. 595/2009 und zur Aufhebung der Richtlinie 2007/46/EG.

¹⁵² Vgl. Erwägungsgrund 7 und 9 der Verordnung (EU) 858/2018.

29.09.2023

Nr. 62 des Anhangs II der Verordnung (EU) 2018/858 verweist für die Spezifikation der Anforderungen der Fahrzeugklassen N 1 bis N 3 noch auf die mittlerweile außer Kraft gesetzte Verordnung (EG) 79/2009¹⁵³. Die Verordnung (EG) 79/2009 wurde mittlerweile durch die UN-Regelung Nr. 134¹⁵⁴ sowie die Verordnung (EU) 2019/2144¹⁵⁵ ersetzt.¹⁵⁶ Diese beiden Rechtsakte sind elementar für die Typgenehmigung von wasserstoffbasierten Kraftfahrzeugen, sie regeln die grundlegenden Anforderungen.¹⁵⁷

Auch die Abmessungen eines Fahrzeuges unterliegen dabei einer Regulierung durch die EU-Typgenehmigung.¹⁵⁸ Die Verordnung (EU) 2019/2144 verweist in ihrem Anhang II insoweit auf Anhang XIII der **Durchführungsverordnung (EU) 2021/35** über allgemeinen Baumerkmale und Sicherheit von Kraftfahrzeugen.¹⁵⁹ Nach Anhang XIII, Teil 2, Abschnitt D, Nr. 1.1.1 der Durchführungsverordnung (EU) 2021/35 dürfen Fahrzeuge der Klassen N2 und N3 eine Länge von 12 Metern grundsätzlich nicht überschreiten. Dies entspricht der zulässigen Gesamtlänge für Kraftzeuge nach § 32 Abs. 3 Nr. 1 StVZO. Nach Nr. 1.4.1 Abschnitt D Anhang XIII der Durchführungsverordnung (EU) 2021/35 ist eine Überschreitung dieser europaweit harmonisierten Gesamtlänge bisher nur im Falle eines verlängerten Führerhauses ausdrücklich zugelassen. Auch diese Ausnahmeregelung findet sich in den nationalen Vorschriften wieder, nämlich § 32 Abs. 3 S. 2 StVZO.

Um die Umrüstung von Nutzfahrzeugen auf Brennstoffzellenantrieb und die Entwicklung neuer Brennstoffzellennutzfahrzeuge und den Markthochlauf zu forcieren,

¹⁵³ Verordnung (EG) 79/2009 v. 14.1.2009 über die Typgenehmigung von wasserstoffbetriebenen Kraftfahrzeugen und zur Änderung der Richtlinie 2007/46/EG.

¹⁵⁴ Regelung Nr. 134 der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (UNECE) — Einheitliche Bestimmungen für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeugbauteilen hinsichtlich der sicherheitsrelevanten Eigenschaften von mit Wasserstoff und Brennstoffzellen betriebenen Fahrzeugen (HFCV) [2019/795].

¹⁵⁵ Gl. Verordnung (EU) 2019/2155 des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 27.11.2019 über die Typgenehmigung [...] zur Änderung der Verordnung 2018/858 [...].

¹⁵⁶ So ausdrücklich Erwägungsgrund 20 Verordnung (EU) 2019/2144.

¹⁵⁷ Vgl. Verordnung (EG) 79/2009 – Erwägungsgrund 3.

¹⁵⁸ Vgl. Anhang II F 11 Verordnung (EU) 2019/2144.

¹⁵⁹ Durchführungsverordnung (EU) 2021/535 der Kommission vom 31.3.2021 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EU) 2019/2144 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich einheitlicher Verfahren und technischer Spezifikationen für die Typgenehmigung von Fahrzeugen sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge im Hinblick auf ihre allgemeinen Baumerkmale und ihre Sicherheit, ABl. L 117 v. 6.4.2021, S. 1 bis 207.

29.09.2023

sollte ein Überschreiten der zulässigen Gesamtlänge nach Nr. 1.1.1, Abschnitt der D, Anhang XIII der Durchführungsverordnung (EU) 2021/35 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 StVZO auch für solche Fälle zulässig sein. Zwar kann nach Art. 6 Abs. 3 der Durchführungsverordnung (EU) 2021/35 eine EU-Typgenehmigung auch dann erteilt werden, wenn die in Anhang XIII dieser Verordnung harmonisierte Gesamtlänge überschritten werden soll. Problematisch ist dann aber wiederum, dass Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 Abs. 5 Uabs. 2 der Verordnung (EU) 2018/858 insoweit das Recht haben, die Teilnahme der Fahrzeuge am Straßenverkehr, das Inverkehrbringen, die Zulassung oder die Inbetriebnahme nicht zu gestatten. Vorzugswürdig ist damit die Einführung einer harmonisierten Regelung zum Beispiel in Form einer zulässigen Gesamtlängenvorgabe für neue und umgerüstete Brennstoffzellenfahrzeuge oder durch eine Erweiterung der in Abschnitt D Nr. 1.1 zulässigen Länge um 900 mm. Denkbar wäre auch eine Ausnahmeregelung zum Überschreiten der Gesamtlänge vergleichbar der vorhandenen Regelung für verlängerte Fahrzeugkabinen, wobei dann aber wieder fraglich ist, inwieweit die Mitgliedstaaten nicht auch insoweit nach Art. 6 Abs. 5 Uabs. 2 der Verordnung (EU) 2018/858 die Zulassung verweigern können. Da das Zulassungsrecht mit Blick auf die Typengenehmigung weitgehend europarechtlich harmonisiert ist, sollte die neue Ausnahmeregelung auf europäischer Ebene umgesetzt werden.

III. Fahrzeugumbauten

Insbesondere mit Blick auf Nutzfahrzeuge sind auch Umbauten von Fahrzeugen ein bedeutendes Instrument, um den Markthochlauf voran zu bringen.

Art. 36 Abs. 4 Buchst. b) AGVO lässt insoweit Investitionsbeihilfen zu, um vorhandene Fahrzeuge umzurüsten, sofern die Unionsnormen zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme dieser Fahrzeuge noch nicht in Kraft waren und, sobald sie verbindlich sind, nicht rückwirkend für diese Fahrzeuge gelten. Nach Ziff. 4.3.1 KUEBLL ist ebenfalls eine Förderung der Umrüstung von Fahrzeugen möglich. Rn. 163 sieht insoweit vor, dass durch die Beihilfe eine Einstufung als sauberes Fahrzeug im Sinne der KUEBLL möglich sein muss. Nach Ziffer 1.1.1.1.5, (Rn. 179) können die beihilfefähigen Kosten bei der Nachrüstung von Fahrzeugen die Gesamtkosten für die Nachrüstung sein, sofern die Fahrzeuge im kontrafaktischen Szenario auch ohne die Nachrüstung dieselbe wirtschaftliche Lebensdauer hätten.

D. Fahrzeugnutzer

I. Betriebsbeihilfe für Nutzfahrzeuge

1) Ausgangslage

Brennstoffzellenfahrzeugen weisen im Vergleich zu konventionellen Antriebstechnologie noch deutlich höhere Kosten auf. Neben den Kosten für die Beschaffung der Fahrzeuge ist vor allem die fehlende Kostenparität für den Betrieb ein wachsendes Problem. Die existierenden Förderprogramme für Brennstoffzellenfahrzeuge beschränken sich bisher auf eine Unterstützung der Investitionen, nicht auch für den laufenden Betrieb. Um die Kostenlücke zu schließen und den Markthochlauf der Brennstoffzellentechnologie zu forcieren, ist somit eine gezielte Unterstützung erforderlich, die auf den Betrieb der Fahrzeuge abzielt. Diese Förderung sollte sich an den realisierten Emissionsminderungen ausrichten und als eine von der jährlich realisierten Laufleistung abhängige Förderung ausgestaltet sein. Hierfür sollte der Bund jährlich bis 2030 den Betrieb von Brennstoffzellen-Lkw über eine Nutzungsdauer von mindestens 5 Jahren ausschreiben, sodass bis 2030 ein Anreiz für die Verwendung von mindestens 200.000 Brennstoffzellen-Lkw Fahrzeugklasse N3, >12 Tonnen entsteht.¹⁶⁰

2) Beihilfenrechtlicher Rahmen

a) Vorliegen einer Beihilfe

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt eine Beihilfe vor, wenn einem bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen eine Begünstigung durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährt wird, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt, indem sie den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.

Eine Begünstigung erfasst zunächst jeden wirtschaftlichen Vorteil, der nicht durch eine marktübliche Gegenleistung kompensiert wird.¹⁶¹ Vorliegend sollen den Nutzern von Brennstoffzellenfahrzeugen wiederkehrende Zahlungen in Form von Betriebskostenzuschüssen gewährt werden. Diese dienen dem Ausgleich von

¹⁶⁰ Deutscher Wasserstoff- und Brennstoffzellenverband (DWV), Eckpunktepapier der DWV-Fachkommission v. März 2023, S. 20.

¹⁶¹ Kühling, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107, Rn. 28.

Fehlbeträgen für den Betrieb der Fahrzeuge, da eine Kostenparität noch nicht erreicht ist. Ein wirtschaftlicher Vorteil liegt somit vor.

Die Begünstigung muss ferner durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährt worden sein.¹⁶² Sofern die Mittel für die Betriebskostenzuschüsse aus dem Bundeshaushalt gewährt werden, handelt es sich um staatliche Mittel. Dabei ist auch unerheblich, ob der Bund oder eine bundeseigene Gesellschaft die Zahlungen leisten.

Art. 107 AEUV erfasst ferner nur Begünstigungen, die an bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gezahlt werden¹⁶³. Diese Voraussetzung wird hier ebenfalls als erfüllt anzusehen sein, da davon auszugehen ist, dass die Zuwendungen jeweils ein Unternehmen erhalten können soll.

Ferner spricht nach Einschätzung der Gutachter viel dafür, dass die Gewährung von Betriebskostenzuschüssen für Brennstoffzellennutzfahrzeuge geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen. Zwar befindet sich der Markt für solche Fahrzeuge noch in der Entwicklung. Ein Markt dürfte aber existieren, sodass eine Förderung geeignet wäre, den Wettbewerb zu verfälschen, insbesondere gegenüber konkurrierenden Transportunternehmen, denen keine vergleichbare Förderung gewährt wird. Davon ist auch der innergemeinschaftliche Handel erfasst, da sich die Förderung auf Unternehmen bezieht, die in Sektoren tätig sind, für die ein innergemeinschaftlicher Handel besteht.

b) Rechtfertigung der Beihilfe

aa) Allgemeine Anforderungen

Nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV kommt eine Rechtfertigung in Betracht, wenn die Beihilfe der Förderung der Entwicklung bestimmter Wirtschaftszweige dient. Voraussetzung hierfür ist, dass die Förderung einem genau definierten Ziel von gemeinschaftlichem Interesse dienen und sie muss geeignet sein, dieses gemeinschaftliche Ziel zu verwirklichen. Darüber hinaus muss sie geeignet und erforderlich sein, die Entwicklung des Zielbereichs zu fördern.

Die Brennstoffzellentechnologie ist ein wesentlicher Baustein für die Defossilisierung des Verkehrssektors. Dies gilt insbesondere für das Nutzfahrzeugsegment, in dem eine flächendeckende Verbreitung batterieelektrischer Mobilität deutlich

¹⁶² Siehe dazu bereits [Teil 4B.I.2\)b\)aa\)](#).

¹⁶³ Siehe dazu bereits [Teil 4B.I.2\)b\)aa\)](#).

größeren Herausforderungen unterliegt als die Nutzung der Brennstoffzellenmobilität. Damit dient die Förderung der Technologie der Verringerung der Treibhausgasemissionen in der EU als ein Ziel von gemeinschaftlichen Interesse. Darüber hinaus spricht nach Einschätzung der Gutachter viel dafür, dass die Förderung auch geeignet und notwendig ist, die Entwicklung des Ziels zu fördern.

bb) Konkretisierung sektoraler Beihilfen

(1) AGVO

Als mögliche Fördertatbestände für Beihilfen von Brennstoffzellenfahrzeugen kommen auf Grundlage der AGVO Art. 25 (Beihilfen für Forschung und Entwicklung) und Art. 36 Abs.1 und 4 AGVO („Umweltschutzbeihilfen“) in Betracht. Art. 25 Abs. 3 AGVO erfasst als beihilfenfähige Kosten aber keine Betriebsbeihilfen, zulässig sind nur Beihilfen für „Gemeinkosten und sonstige Betriebskosten u.a. für Material, Bedarfsartikel und dergleichen, die unmittelbar durch das Vorhaben entstehen.“ Auch Art. 36 AGVO lässt ausdrücklich nur Beihilfen für die Investitionsmehrkosten zu.

(2) KUEBLL

Die KUEBLL sehen in Abschnitt 4.3 ein eigenes Kapitel für Beihilfen für saubere Mobilität vor. Hierzu heißt es in Ziff. 4.3.1.1, (161):

*Zwar bieten bestehende Strategien unter Umständen Anreize für die Nutzung sauberer Fahrzeuge, indem verbindliche CO₂-Emissionsziele für die neue Straßenverkehrsflotte der Hersteller festgelegt, die externen Klima- und Umwelteffekte internalisiert oder die Nachfrage nach Fahrzeugen durch Vergabe öffentlicher Aufträge gefördert wird, **aber diese Anreize reichen möglicherweise nicht aus, um die Fälle von Marktversagen in dem betreffenden Wirtschaftszweig vollständig zu beseitigen.** Trotz der bestehenden Strategien werden bestimmte Markthindernisse und Fälle von Marktversagen möglicherweise nicht angegangen, **unter anderem die Bezahlbarkeit sauberer Fahrzeuge im Vergleich zu konventionellen Fahrzeugen, die begrenzte Verfügbarkeit von Lade- bzw. Tankinfrastruktur und das Bestehen externer Umwelteffekte.** Die Mitgliedstaaten können daher **Beihilfen zur Behebung dieser verbleibenden Fälle von Marktversagen gewähren und die Entwicklung der sauberen Mobilität unterstützen.** [Hervorhebungen durch Unterzeichner]*

Nach Ziff. 4.3.1.2, (162) können Beihilfen für den Erwerb und das Leasing von neuen oder gebrauchten sauberen Fahrzeugen gewährt werden. Saubere Fahrzeuge sind nach Ziff. 2.4, (19), Nr. 20 u.a. emissionsfreie schwere Nutzfahrzeuge gemäß Art. 4

29.09.2023

Nr. 5 der Richtlinie 2009/33/EG (vgl. Buchst. c i)). Hierunter fallen auch Brennstoffzellenfahrzeuge.¹⁶⁴

Die KUEBLL differenzieren im Unterschied zur AGVO grundsätzlich nicht zwischen Investitions- und Betriebsbeihilfen. Vielmehr werden auch Betriebsbeihilfen ausdrücklich genannt (vgl. 4.1 (1.2.1); 4.9.2. (376); 4.10.3 (392)).

Zu den beihilfefähigen Kosten gegenüber Beihilfen für saubere Mobilität heißt es in Ziffer 1.1.1.1.5, (Rn. 178):

*„Die beihilfefähigen Kosten sind die **Nettomehrkosten der Investition**. Diese werden als Differenz zwischen den **Gesamtbetriebskosten** der sauberen Fahrzeuge, die mithilfe der Beihilfe erworben oder geleast werden sollen, einerseits und der Beihilfe und den **Gesamtbetriebskosten** im kontrafaktischen Szenario andererseits berechnet.“*

Damit sind allerdings nur Investitionsbeihilfen zugelassen, denn S. 1 Ziff. 1.1.1.1.5, (Rn. 178) bezieht sich ausdrücklich nur auf die Nettomehrkosten der Investition, nicht aber auf die Nettomehrkosten des Betriebs. Diese Investitionsbeihilfe knüpft aber wiederum für ihre Berechnung an die (Gesamt-)Betriebskosten an, da nach S. 2 Ziff. 1.1.1.1.5, (Rn. 178) die Berechnung der Beihilfe als „Differenz zwischen den Gesamtbetriebskosten der sauberen Fahrzeuge einerseits und der Beihilfe sowie den Gesamtbetriebskosten im kontrafaktischen Szenario andererseits berechnet werden soll. Eine „echte“ Betriebsbeihilfe, die demgegenüber als Fördergegenstand an die Mehrkosten des Betriebes anknüpft, wird damit nach Einschätzung der Gutachter aber nicht zugelassen, da der Wortlaut ganz explizit an die Investition anknüpft und nicht an den Betrieb. Bei der hier vorgeschlagenen laufleistungsabhängige Förderung für Brennstoffzellen-Lkw, die für den Betrieb der Fahrzeuge ausgeschrieben wird, dürfte es sich demgegenüber nicht um eine Förderung der Nettomehrkosten der Investitionen handeln, da Gegenstand die Kosten für den Betrieb sein sollen, zumal die Betriebskostenförderung parallel zu der bereits bestehenden Investitionsförderung geschaltet werden soll. Ggf. kann aber eine Ausgestaltung gewählt werden, die der von den KUEBLL zugelassenen Investitionskostenförderung entspricht, da jedenfalls in die Berechnung dieser Investitionsbeihilfe die Gesamtbetriebskosten einfließen.

Ziffer 1.1.1.1.5, (Rn. 180) bestimmt schließlich:

¹⁶⁴ Siehe dazu bereits [Teil 3A](#).

*In Abhängigkeit von den besonderen Merkmalen der Maßnahme **kann der Mitgliedstaat** auf der Grundlage einer Analyse der Finanzierungslücke (siehe die Randnummern 48, 51 und 52) **auch nachweisen**, dass ein **höherer Beihilfebetrug erforderlich ist**. In einem solchen Fall muss der Mitgliedstaat nach Randnummer 55 eine Ex-post-Überwachung durchführen, um die zugrunde gelegten Annahmen bezüglich der Höhe der erforderlichen Beihilfe zu überprüfen, und einen Rückforderungsmechanismus einrichten. Der Beihilfebetrug darf die Finanzierungslücke nach den Randnummern 51 und 52 nicht übersteigen.*

Damit kann unter bestimmten Voraussetzungen auch ein höherer Beihilfenbetrag zulässig sein; eine andere Beihilfeform, wie dies etwa im Falle einer Betriebskostenbeihilfen anstelle einer Investitionsbeihilfe der Fall wäre, wird damit aber nicht zugelassen.

cc) Unzulässigkeit von Betriebsbeihilfen?

Betriebsbeihilfen sind im Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV wie bereits unter B.I.2)b)cc)(1) dargelegt nicht von vornherein ausgeschlossen.¹⁶⁵ Sie können allerdings dann nicht durch die Rechtfertigung nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV zugelassen, wenn sie sich darauf beschränken, einen bestehenden Zustand zu erhalten oder die laufenden Kosten des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs zu senken, da sie in diesem Fall nicht zur Förderung der Entwicklung eines Wirtschaftszweiges beitragen.¹⁶⁶ Eine in diesem Sinne unzulässige Betriebsbeihilfe liegt somit vor, wenn die Beihilfe dazu dient, den Status quo zu erhalten oder ein Unternehmen von Kosten zu befreien, die es im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebs ohnehin zu tragen hätte.¹⁶⁷

Die Beantwortung dieser Frage ist von der konkreten Ausgestaltung der Beihilfe abhängig und bedarf weitergehender Prüfung. Maßgeblich dürfte bei der Bewertung insbesondere sein, ob mit der Beihilfe nachweislich ein Ziel von gemeinsamem

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 22.12.2020, C-594/18 P, Rn. 113 - "Kernkraftwerk Hinkley Point C".

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 22.12.2020, C-594/18 P, Rn. 119; Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 107, Rn. 81.

¹⁶⁷ Vgl. EuG, Urt. v. 12. Juli 2018, Rs. T-356/15, Rn. 584 - "Kernkraftwerk Hinkley Point C". In diesem Sinne auch EuGH, 5. Oktober 2000, Deutschland/Kommission, C-288/96, EU:C:2000:537, Rn. 88 bis 91, EuGH, 9. September 2000, Deutschland/Kommission, C-156/98, EU:C:2000:467, Rn. 30, sowie EuGH, 21. Juli 2011, Freistaat Sachsen und Land Sachsen-Anhalt/Kommission, C-459/10 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2011:515, Rn. 33 bis 36.

Interesse verfolgt wird.¹⁶⁸ Hierfür spricht, dass die Betriebsförderung gezielt der Transformation im Nutzfahrzeugsegment und damit der Einsparung von THG-Emissionen im Raum der EU dient. Insoweit kann auch nicht von einer Aufrechterhaltung des Status Quo die Rede sein, da es um den Markthochlauf einer neuen Technologie geht.

3) **Ausgestaltung**

a) **Notwendigkeit von Ausschreibungen**

Die Beihilfe sollte zunächst auf Grundlage einer Ausschreibung vergeben werden. Hintergrund dafür ist, dass die Kommission auch nach ihren Leitlinien davon ausgeht, dass Beihilfen im Regelfall durch Ausschreibungen vergeben werden sollen. Die Beihilfe kann so zuverlässig auf das erforderliche Minimum beschränkt werden, das für die Durchführung des geförderten Vorhabens erforderlich ist.¹⁶⁹

Auch für Beihilfen zur Förderung sauberer Mobilität werden in der Regel Ausschreibungen für erforderlich gehalten.¹⁷⁰ Eine Verzicht ist nur unter besonderen Voraussetzungen möglich.¹⁷¹ Darüber hinaus hat die Kommission im Falle von Betriebsbeihilfen für die Ladeinfrastruktur ebenfalls Ausschreibungen für erforderlich gehalten.¹⁷²

b) **Zuständigkeit für die Durchführung der Ausschreibung**

Die Zuständigkeit für die Durchführung von Ausschreibungen richtet sich im Wesentlichen nach der Verwaltungskompetenz.¹⁷³ Der Bund dürfte Ausschreibungen für Brennstoffzellenfahrzeuge mithin nur dann durchführen, wenn ihm hierfür (auch) eine Verwaltungskompetenz zusteht.

Die Verwaltungskompetenz definiert, wer für die Ausführung von Gesetzen zuständig ist. Sie ist damit grundsätzlich von der Gesetzgebungskompetenz zu

¹⁶⁸ EuG, Urt. v. 12. Juli 2018, Rs. T-356/15, Rn. 583 - "Kernkraftwerk Hinkley Point C".

¹⁶⁹ 3.2.1.3 (47) KUEBLL.

¹⁷⁰ Vgl. Ziff. 1.1.1.1.5, (173): „In der Regel muss die Beihilfe bewege eine Ausschreibung gewährt werden, die im Einklang mit den Regeln der Rn. 49 und 50 durchgeführt wird.“

¹⁷¹ Vgl. Ziff. 1.1.1.1.5, (176).

¹⁷² *Kommission*, SA.104749 (2022/N).

¹⁷³ *Weyand*, Vergaberecht, § 106a GWB, Stand: 26.11.2012, Rn. 17.

29.09.2023

unterscheiden, die wiederum bestimmt, wer das betreffende Gesetz erlassen darf.¹⁷⁴ Das Grundgesetz sieht für die Ausschreibung einer Förderung für Nutzfahrzeuge keinen geeigneten Kompetenztitel des Bundes vor. Der Bund müsste somit die Kompetenz gemäß Art. 87 Abs. 3 GG an sich ziehen.¹⁷⁵ Dies geschieht, indem er hierfür eine Bundesoberbehörde errichtet oder eine bestehende Bundesoberbehörde beauftragt.¹⁷⁶ Äußerste Grenze einer solchen „Kompetenzaufrüstung“ ist dabei die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes.

Der Bund kann somit nur dann die Verwaltungskompetenz gemäß Art. 87 Abs. 3 GG an sich ziehen, sofern ihm die Gesetzgebungskompetenz in der jeweiligen Angelegenheit zusteht.¹⁷⁷ In Betracht kommt hier insbesondere der Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Danach besteht eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für „das Recht der Wirtschaft“. Diesem Kompetenztitel liegt ein weites Begriffsverständnis zu Grunde. Die Vorschrift begründet nach überwiegender Auffassung eine Kompetenz für „alle das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung regelnden Vorschriften“.¹⁷⁸ Diese Zuständigkeit erfasst dabei auch die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, mithin das Vergaberecht, und erstreckt sich neben belastenden Eingriffen auch auf die Förderung der Wirtschaft.¹⁷⁹ Die Nutzung und der Betrieb von Brennstoffzellenfahrzeugen ist dabei selbst Ausdruck einer entsprechenden wirtschaftlichen Betätigung. Ihre Nutzung dient darüber hinaus der Defossilisierung des Verkehrssektors.

Auch im Falle der konkurrierenden Gesetzgebung steht die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 72 Abs. 1 GG grundsätzlich den Ländern. Der Bund hat regelmäßig erst dann eine Gesetzgebungskompetenz, solange und soweit er von der Gesetzgebungszuständigkeit durch Gesetz Gebrauch gemacht. Gemäß Art. 72 Abs. 2 GG

¹⁷⁴ Grundlegend: *Oebbecke*, Verwaltungszuständigkeit, in *Isensee/Kirchhof*, HdB StaatsR VI, 3. Aufl. 2008, § 136; *Wißmann*, Verfassungsrechtl. Vorgaben d. Verwaltungsorganisation, in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grdl. d. VerwR I, 2. Aufl. 2012, § 15.

¹⁷⁵ *Voßkuhle/Kaiser*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Ausführung von Bundesgesetzen, JuS 2017, 316 (318).

¹⁷⁶ *Voßkuhle/Kaiser*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Ausführung von Bundesgesetzen, JuS 2017, 316 (318).

¹⁷⁷ BVerfGE 102, 167 (zur Abstufung einer Bundesstraße); *Voßkuhle/Kaiser*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Ausführung von Bundesgesetzen, JuS 2017, 316 (318); *Ibler*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz-Kommentar, 96. EL 2021, Art. 87 Rn. 233; *Sachs*, in: *Sachs*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 87, Rn. 61.

¹⁷⁸ *Uhle*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 99. EL Sep. 2022, Art. 74 GG, Rn. 225.

¹⁷⁹ *Uhle*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 99. EL Sep. 2022, Art. 74 GG, Rn. 225.

29.09.2023

steht dem Bund u.a. auf den Gebieten des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und Nr. 22 GG ein Gesetzgebungsrecht auch nur zu, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht („Erforderlichkeit“). Der Bund muss daher auch die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung nachweisen, um seine Gesetzgebungskompetenz zu begründen.¹⁸⁰

Zu den zulässigen Verwaltungstypen, auf die nach Art. 87 Abs. 3 GG durch den Bund Aufgaben übertragen werden können, gehören nach S. 1 dieser Vorschrift Bundesoberbehörden, neue bundesunmittelbare Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts. Zu den Bundesoberbehörden gehören grundsätzlich die den Bundesministerien unmittelbar nachgeordneten Behörden, nicht aber das Bundesministerium selbst.¹⁸¹ Nach Einschätzung der Literatur bleibt es dem Bund insoweit aber auch gestattet, den Vollzug an ein Bundesministerium zuzuweisen, da es mit Blick auf den Sinn und Zweck des Art. 87 Abs. 3 GG, nämlich den Schutz föderaler Strukturen, nicht darauf ankommt, ob der Bund die betreffende Verwaltungskompetenz unmittelbar durch Bundesministerien ausübt oder auf Verwaltungseinrichtungen außerhalb der Ministerien auslagert.¹⁸² Auch eine Aufgabenzuweisung gegenüber der NOW GmbH auf Grundlage des Art. 87 Abs. 3 GG erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen. Denn es ist jedenfalls anerkannt, dass (auch) die gesetzliche Zuweisung von Vollzugsaufgaben an bereits bestehende Verwaltungseinrichtungen des Bundes erfasst wird.¹⁸³

c) Umsetzung

Die Beihilfe soll zunächst als Förderprogramm in Form einer Förderrichtlinie eingeführt werden. Hierbei handelt es sich dann nicht um ein Gesetz, sondern eine Verwaltungsvorschrift. Perspektivisch kommt – bei entsprechender Zulässigkeit des Vorschlages – aber auch die Einbindung in ein Gesetz in Betracht. Für die Einführung einer solchen gesetzlichen Regelung spricht, dass eine Rechtsgrundlage für die

¹⁸⁰ Degenhart, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 74, Rn. 10.

¹⁸¹ Suerbaum, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 55. Edition 15.5.2023, Art. 87, Rn. 41.

¹⁸² Burgi, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz: GG, 7. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 97.

¹⁸³ Vgl. Hermes/Weiß/Reith, Bundeskompetenzen zur Gewährleistung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur in Deutschland, 2020, S. 38 f. m.w.N.

29.09.2023

Ausschreibung geschaffen wird und eine Mengensteuerung, welche sich auf Basis einer bundeseinheitlichen Ausschreibung ermöglicht wird, erzielen lässt.

Hier bestünde die Möglichkeit, den ein eigenes „**Wasserstoff-Mobilitätsgesetz**“ zu forcieren. Damit könnten die vorhandenen Regelungen für den Markthochlauf von Wasserstoff im Verkehrssektor in einem Gesetz konzentriert werden. Da Betriebskostenbeihilfen nicht nur mit Blick auf die Betankungsinfrastruktur, sondern auch für Nutzfahrzeuge ein entscheidender Faktor für den Markthochlauf sind, könnte dieser Weg Vorteile bieten.

4) **Notifizierung**

Unabhängig von ihrer Umsetzung als Verwaltungsvorschrift oder Gesetz wäre die Beihilfe gegenüber der Kommission wohl notifizierungsbedürftig. Gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Kommission über die beabsichtigte Einführung von Maßnahmen zu unterrichten. Im Anschluss wird dann der formale Notifizierungsprozess eingeleitet, in dessen Rahmen die Kommission die Zulässigkeit der Beihilfe prüft.

II. **EU-Maut**

Art. 7ga Abs. 1 Uabs. 1 Richtlinie (EU) 2022/362¹⁸⁴ vom 24.02.2022 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten bis März 2024 grundsätzlich eine Differenzierung von Infrastrukturgebühren und Benutzungsgebühren für schwere Nutzfahrzeuge anhand der CO₂-Emissionen vornehmen müssen. Hiermit soll die Reduktion der CO₂-Emissionen vorangetrieben werden.¹⁸⁵ Nach Art. 7ga Abs. 1 UAbs. 2 und 3 Richtlinie (EU) 2022/362 besteht hierfür eine Übergangsfrist von bis zu zwei Jahren, nachdem der Bezugswert für CO₂-Emissionen in Durchführungsrechtsakten veröffentlicht worden ist.

Die Emissionsklassen sind in Art. 7ga Abs. 2 dieser Richtlinie bestimmt. In die letzte Klasse zählen solche Fahrzeuge, die emissionsfrei sind (Emissionsklasse 5).¹⁸⁶ Als emissionsfrei Fahrzeuge werden nach Art. 2 Nr. 29 Buchst. a) emissionsfreie schwere Nutzfahrzeuge im Sinne von Art. 3 Nr. 11 der Verordnung (EU) 2019/1242 eingestuft. Dieser Begriff erfasst u.a. auch Fahrzeuge mit

¹⁸⁴ Richtlinie (EU) 2022/362 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.2.2022 zur Änderung der Richtlinien 1999/62/EG, 1999/37/EG, (EU) 2019/520 hinsichtlich der Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch Fahrzeuge.

¹⁸⁵ Erwägungsgrund 23 Richtlinie (EU) 2022/362.

¹⁸⁶ Vgl. Art. 7ga Abs. 2 UAbs. 1 Richtlinie (EU) 2022/362.

29.09.2023

Brennstoffzellenantrieb.¹⁸⁷ Nach Art. 7ga Abs. 1 UAbs. 3 Richtlinie (EU) 2022/362 können die Mitgliedstaaten für emissionsfreie Fahrzeuge ab dem 24.3.2022 bis zum 31.12.2025 ermäßigte Infrastruktur- oder Benutzungsgebühren oder die Befreiung von diesen Gebühren vorsehen. Ab dem 1.01.2026 sind solche Ermäßigungen dann auf 75 % der Gebühren begrenzt, die für die CO₂-Emissionsklasse 1 gelten.

Die Umsetzung in das deutsche Recht findet derzeit statt. Nach dem Referentenentwurf der Bundesregierung¹⁸⁸ sind emissionsfreie Lkw bis Ende 2025 von der Mautpflicht befreit. Ab 2026 müssen solche Fahrzeuge dann 25 % des üblichen Satzes zahlen. Dies entspricht den Anforderungen aus Art. 7ga Richtlinie (EU) 2022/362. Die Änderungen des Bundesfernstraßenmautgesetzes dürften bald in Kraft treten. Dementsprechend würden Brennstoffzellen-Lkw zunächst von der Maut befreit sein und ab 2026 nur noch ein Viertel der üblichen Mautkosten für Nutzfahrzeuge tragen.

III. Steuerliche Anreize

1) Kfz-Steuer

Ein weiterer Anreiz könnten steuerliche Vorteile setzen, wie zum Beispiel eine Befreiung von der Kfz-Steuer für emissionsfreie Nutzfahrzeuge. Einer solchen Steuerbefreiung stehen allerdings bisher europarechtliche Bedenken gegenüber.¹⁸⁹ Denn für Nutzfahrzeuge mit mindestens 3,5 Tonnen Gesamtgewicht wird durch Art. 3 i.V.m. Anhang 1 der Richtlinie 1999/62/EG¹⁹⁰ bestimmt, dass ein Mindestbetrag für Nutzfahrzeuge an Kfz-Steuer zu entrichten ist („Mindeststeuersatz“). Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 der Richtlinie sind Mitgliedstaaten daher auch verpflichtet, Kfz-Steuern so festzusetzen, dass sie für alle in Anhang I der Richtlinie beschriebenen Fahrzeugklassen nicht unter den Mindestsätzen im Anhang I der Richtlinie liegen.

Zwar sieht Art. 6 Abs. 2 RL 1999/62/EG Ausnahmen vor. Diese erfassen jedoch nicht eine Steuerbefreiung für emissionsfreie oder emissionsarme Fahrzeuge. Eine

¹⁸⁷ Vgl. Art. 3 Nr. 11 Verordnung (EU) 2019/1242.

¹⁸⁸ Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung maurechtlicher Vorschriften, Bearbeitungsstand 25.04.2023 – abrufbar unter: [entwurf-eines-dritten-gesetzes-aenderung-maurechtlicher-vorschriften.pdf \(bund.de\)](#), zul. abgerufen am 19.05.2023.

¹⁸⁹ So im Ergebnis auch *Hartman*, Die Mindestkraftfahrzeug-Besteuerung nach der Eurovignetten-Richtlinie – Unionsrechtliche Grenzen möglicher Reformbestrebungen für die deutsche Kraftfahrzeugsteuer, EuZW 2012, 413 (415 ff).

¹⁹⁰ Richtlinie 1999/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.1999 über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung von Straßeninfrastrukturen durch Fahrzeuge, ABl. L 187, S. 42 (Schwerlastmaut-RL).

29.09.2023

Staffelung der Kosten – wie dies bei der Maut ab 2024 vorgesehen ist – nimmt das Unionsrecht im Rahmen der Kfz-Steuer ebenfalls nicht vor. Aus den Erwägungsgründen der letzten Änderung zur Richtlinie geht hervor, dass eine Steuererleichterung für emissionsfreie Fahrzeuge über eine harmonisierte Kraftstoffbesteuerung mit CO₂ Komponente stattfinden soll.¹⁹¹ Damit wird also eine Umsetzung im Rahmen der Energiesteuer favorisiert, welche die Kraftstoffbesteuerung regelt. Bestrebungen, auch die Kfz-Besteuerung mit einer entsprechenden CO₂-Komponente auszugestalten, sind derzeit nicht bekannt – sie wären aber zwingend erforderlich, sofern auf nationaler Ebene eine Steuerbefreiung für Nutzfahrzeuge eingeführt werden soll.

2) Energiesteuer

Nach den Vorschlägen der Kommission soll die Besteuerung von Energieerzeugnissen künftig stärker an ihrem CO₂-Gehalt orientiert werden.

Wasserstoff ist, wenn er in einem Brennstoffzellenfahrzeug eingesetzt wird, kein Energieerzeugnis und somit aber bereits vor diesem Hintergrund nicht energiesteuerpflichtig.¹⁹² Dies ergibt sich aus der „Dienstvorschrift Energieerzeugung“.¹⁹³ Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EnergieStG gelten als Energieerzeugnisse grundsätzlich auch andere als die in § 1 Abs. 2 EnergieStG genannten Waren, wenn sie zur Verwendung als Kraftstoff bestimmt sind oder als solche zum Verkauf angeboten oder verwendet werden. Der Begriff Kraftstoff ist bisher nicht legal definiert. In der Dienstvorschrift Energieerzeugung werden Verbrennungsmotoren und Gasturbinen aber ausdrücklich als kraftstoffverwendende Energieerzeugungsanlagen ausgewiesen. Daraus ergibt sich, dass Kraftstoffe im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 EnergieStG nur solche Energieerzeugnisse sind, die in Verbrennungsmotoren und Gasturbinen verbrannt werden.¹⁹⁴ Maßgeblich ist folglich die Verbrennung der jeweiligen Stoffe zur

¹⁹¹ RL 2022/362 zur Änderung der RL 1999/62/EG - Erwägungsgrund 24.

¹⁹² Vor diesem Hintergrund wurde durch § 3 S. 3 der 37. BImSchV für den (direkten) Einsatz von grünem Wasserstoff in einer Brennstoffzelle eine alternative Festlegung getroffen, wonach die Person, in deren Namen und auf deren Rechnung der Wasserstoff an den Letztverbraucher abgegeben wird, ersatzweise als Dritter anzusehen ist, vgl. BT-Drs. 18/11283, S. 16.

¹⁹³ Vgl. „Dienstvorschrift zur energiesteuerrechtlichen Behandlung von Energieerzeugungsanlagen nach den §§ 2,3 und 53 Energiesteuergesetz“, E-VSF-Nachrichten N 08 2014 Nr. 29 vom 31.01.2014, S. 10.

¹⁹⁴ Milewski, in Möhlenkamp/Milewski, Energiesteuergesetz, 1. Auflage 2012, § 1 EnergieStG, Rn. 13..

Umwandlung chemischer Energie auf thermochemischem Wege zur Erzeugung von Antriebskraft.¹⁹⁵

In einer Brennstoffzelle findet jedoch kein Verbrennungsprozess statt. Im Rahmen einer chemischen Reaktion dient Wasserstoff vielmehr zusammen mit Sauerstoff als Reaktionspartner zur Stromerzeugung. Wasserstoff wird daher beim Einsatz in der Brennstoffzelle nicht verbrannt, um die darin enthaltene Energie auf thermochemischem Wege in Antriebskraft umzuwandeln. Die Umwandlung erfolgt stattdessen auf elektrochemischem Wege. Somit stellt die Verwendung von Wasserstoff in der Brennstoffzelle kein Einsatz eines Kraftstoffes im Sinne des EnergieStG dar, obgleich auch der Wasserstoff zur Erzeugung von Energie für den Antrieb von Maschinen dient und daher einem Kraftstoff nahekommt.¹⁹⁶

IV. Treibhausgasminderungsquote

1) Fahrzeugbetreiber als Dritte

Nach § 37a Abs. 1 BImSchG ist, wer gewerbsmäßig oder aufgrund wirtschaftlicher Unternehmungen nach dem Energiesteuergesetz zu versteuernde Otto- oder Dieselmotorkraftstoffe in den Verkehr bringt, verpflichtet, eine bestimmte Treibhausgasminderung sicherzustellen. Zu den Erfüllungsoptionen, die für diese sog. Treibhausgasminderungsquote in Ansatz gebracht werden können, gehört nach § 37a Abs. 5 S. 1 Nr. 6 BImSchG auch der Einsatz von erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs, soweit eine Rechtsverordnung der Bundesregierung dies zulässt. Unter diesen Begriff fällt wie eingangs dargelegt u.a. auch Wasserstoff, der durch Elektrolyse von Wasser mittels Strom aus erneuerbaren Energien erzeugt worden ist, sofern der für die Elektrolyse eingesetzte Strom nicht aus Biomasse stammt.¹⁹⁷ Die Anrechnungsvoraussetzungen werden hierbei durch die 37. Verordnung zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (im Folgenden: **37. BImSchV**) konkretisiert. Diese wird nun

¹⁹⁵ BFH, Urt. v. 05.05.1982, VII R 96/78; *Bundesministerium der Finanzen*, Dienstvorschrift zur energiesteuerrechtlichen Behandlung von Energieerzeugungsanlagen nach den §§ 2,3 und 53 Energiesteuergesetz“, E-VSF-Nachrichten N 08 2014 Nr. 29 vom 31.01.2014; *Milewski*, in: Möhlenkamp/Milewski, EnergieStG, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 16.

¹⁹⁶ *Milewski*, in Möhlenkamp/Milewski, Energiesteuergesetz, 1. Auflage 2012, § 2 EnergieStG, Rn. 50..

¹⁹⁷ *Hoffmann*, Grüner Strom im Kraftstoffmarkt – Was bringt die RED II?, ZNER 2020, 300 (302).

29.09.2023

insbesondere zur Umsetzung der Strombezugsanforderungen des Delegierten Rechtsaktes zu Art. 27 RED II novelliert.

Die Treibhausgasminderungsquote zwingt die von ihr verpflichteten Unternehmen aber nicht dazu, ihre Treibhausgasminderungsverpflichtungen eigenhändig durch das Inverkehrbringen erneuerbarer Kraftstoffe zu erfüllen. Nach § 37a Abs. 6 BImSchG können sie vielmehr die *Erfüllung* ihrer Treibhausgasminderungsverpflichtung (nicht die Verpflichtung selbst) auf einen Dritten übertragen. In der Folge übernimmt dann der Dritte die Quotenerfüllung, in dem er anrechenbare Kraftstoffe – hier grünen Wasserstoff – in den Verkehr bringt und hierfür im Gegenzug einen Zahlungsbetrag vom Quotenverpflichteten erhält (sog. Quotenhandel).¹⁹⁸ Ein solcher Quotenhandel ist dabei zwischen quotenverpflichteten Unternehmen selbst oder auch durch einen nicht selbst zur Quotenerfüllung Verpflichteten zulässig.¹⁹⁹

Dritte in diesem Sinne sind beim Einsatz von Wasserstoff in Brennstoffzellenfahrzeugen aber nicht die Halter der Fahrzeuge, sondern gemäß § 3 Abs. 1 S. 3 37. BImSchV durch diejenige (natürliche oder juristische) Person generiert, „in deren Namen und auf deren Rechnung die Abgabe an den Letztverbraucher erfolgt“. Dies ist der Tankstellenbetreiber, sofern die Abgabe in dessen Namen und auf dessen Rechnung erfolgt und keine Personenidentität zwischen Tankstellenbetreiber und Letztverbraucher besteht. Sofern Personenidentität besteht, ist nach hiesiger Einschätzung der Wasserstoffproduzent als vorletztes Glied in der Kette als Quotenberechtigter anzusehen. Gegebenenfalls erfolgt die Abgabe aber auch im Namen und auf Rechnung einer anderen Person als dem Tankstellenbetreiber an einen personenverschiedenen Letztverbraucher. Dieser ist dann der Quotenberechtigte.

Um den Markthochlauf der Brennstoffzellenmobilität zu fördern, könnte vorgesehen werden, anstelle des Tankstellenbetreibers den **Fahrzeughalter als Quotenberechtigten** und Dritten im Sinne des § 37a Abs. 6 BImSchG einzustufen. In entsprechender Weise können bereits jetzt die Halter batterieelektrischer Fahrzeuge vom Quotenhandel profitieren, wenn Fahrzeuge über **nicht-öffentlich zugängliche Ladepunkte** geladen werden:

¹⁹⁸ Übertragbar ist allerdings nur die Erfüllung der Treibhausgasminderungsverpflichtung, nicht aber die Verpflichtung selbst. Wird daher die Treibhausgasminderungsvorgabe verfehlt, bleibt auch im Falle der Einbindung eines Dritten das quotenverpflichtete Unternehmen in der Pflicht und damit Schuldner einer evtl. festgesetzten Abgabe, *Röckinghausen*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 99. EL Sep. 2022, § 37a BImSchG, Rn. 12.

¹⁹⁹ § 37a Abs. 7 BImSchG.

29.09.2023

Nach § 5 Abs. 1 S. 2 der 38. BImSchV ist bei der Anrechnung von Strom auf die Treibhausgasminderungsquote grundsätzlich der **Ladepunktbetreiber** oder eine von ihm bestimmte Person als Dritter i.S.d. § 37a Abs. 6 BImSchG anzusehen. Ladepunktbetreiber ist nach § 2 Nr. 8 der Ladesäulenverordnung (im Folgenden: **LSV**) „wer unter Berücksichtigung der rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Umstände den bestimmenden Einfluss auf den Betrieb des Ladepunktes ausübt“. Dies umfasst insbesondere diejenige Rechtsperson, die sich um die Funktionsfähigkeit, Wartung und Reparatur des Ladepunktes kümmert und die energiewirtschaftlich konforme Einbindung (Netzanschluss, Belieferung etc.) koordiniert.²⁰⁰ Bei öffentlich zugänglichen Ladepunkten ist dies in der Regel derjenige, der im Ladesäulenregister der Bundesnetzagentur (im Folgenden: **BNetzA**) eingetragen ist. Bei **nicht-öffentlich zugänglichen Ladepunkten** wird als Betreiber des Ladepunktes im Sinne der o.g. Definition in der Regel das Unternehmen, der Eigenheimbesitzer oder der Vermieter einzustufen sein. Das Umweltbundesamt (im Folgenden: **UBA**) geht insoweit allerdings davon aus, dass der **Halter des batterieelektrischen Fahrzeuges** in diesem Sinne als Dritter anzusehen ist.²⁰¹ Damit können bei nicht-öffentlich zugänglichen Ladepunkten bisher auch die Fahrzeughalter am Quotenhandel teilnehmen. Es können also diejenigen direkt vom Quotenhandel profitieren, die ihr Fahrzeug über die eigene Ladestation laden. Davon sind nicht nur Privatpersonen umfasst, sondern auch Arbeitgeber, die Ladepunkte aus betrieblichen Gründen oder zur Versorgung ihrer Mitarbeiter betreiben.²⁰²

Der **Stromanbieter**, also derjenige, der die Ladesäule beliefert, wird im Unterschied zur bisherigen Rechtslage nicht mehr als Dritter eingestuft.²⁰³ Der Gesetzgeber wollte mit dieser Verlagerung in der Person des Quotenberechtigten die Elektromobilität in besonderer Weise fördern und deren Attraktivität steigern.²⁰⁴ Insbesondere sollte der Handel mit den Quotenverpflichteten den Ladepunktbetreibern zusätzliche Einnahmen generieren, um den Aufbau und den Betrieb von Ladeinfrastruktur

²⁰⁰ BR-Drs. 256/17, S. 4.

²⁰¹ Vgl. *Umweltbundesamt*, Vollzug der 38. BImSchV: Anrechnung von Strom für Elektrofahrzeuge, 17.01.2023, abrufbar unter: [Vollzug 38. BImSchV: Anrechnung von Strom für Elektrofahrzeuge | Umweltbundesamt](#), zul. abgerufen am 31.5.2023.

²⁰² Referentenentwurf der Bundesregierung v. 25.5.2021, S. 26, abrufbar unter: Referentenentwurf zur Verordnung zur Festlegung weiterer Bestimmungen zur Weiterentwicklung der Treibhausgasminderungs-Quote (bmu.de), zul. abgerufen am 2.6.2023.

²⁰³ Vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 38. BImSchV a.F. (Fassung vor dem 1.1.2022).

²⁰⁴ Referentenentwurf der Bundesregierung v. 25.5.2021, S. 1, zul. abgerufen am 19.05.2023.

29.09.2023

zu fördern, der bisher noch nicht ausreichend wirtschaftlich ist.²⁰⁵ Auch im Hinblick auf die nicht-öffentlichen Ladepunkte geht es darum, einen Gegenwert für den Aufwand und die Investitionen zu schaffen, die durch die Installation und den Betrieb eines Ladepunktes entstehen. Es sollte also sichergestellt werden, dass der wirtschaftliche Vorteil aus dem Quotenhandel auch tatsächlich der Person zugutekommt, die die Investitionen tätigt.²⁰⁶

Mit dem Ziel eine emissionsfreie Mobilität auch im Bereich der Nutzfahrzeuge zu fördern, wäre es sinnvoll, einen entsprechenden Anreiz auch für den Einsatz von grünem Wasserstoff in Fahrzeugen mit Brennstoffzellen zu schaffen. Solche wirtschaftlichen Vorteile sorgen nicht nur für mehr Akzeptanz – sondern auch für mehr Planungs- und Investitionssicherheit. Für den Hochlauf der Brennstoffzellenmobilität ist es sinnvoll, den Fahrzeughalter als quotenberechtigten Dritten einzustufen, um Investitionen in die Fahrzeuge zu unterstützen.

Art. 25 ff. RED III sehen insoweit wohl keine Regelungen vor, die eine entsprechende Ausgestaltung einschränken. Art. 25 Abs. 2 RED III adressiert lediglich die Person des Dritten im Bereich der Elektromobilität. Hierbei soll es sich um den Ladepunktbetreiber handeln, was bereits der deutschen Umsetzung entspricht.

2) Quotenübertragung

Eine weitere Möglichkeit, die Brennstoffzellenmobilität mit der Treibhausgasminderungsquote zu fördern, besteht darin, eine Übertragung der generierten Quote auf andere Personen zu ermöglichen.

Entsprechendes ist für die Anrechnung von Strom auf die Treibhausgasminderungsquote bereits zugelassen: Nach § 5 Abs. 1 S. 2 der 38. BImSchV ist Dritter im Sinne des § 37a Abs. 6 BImSchG neben dem Ladepunktbetreiber auch eine von diesem bestimmte Person. § 5 der 38. BImSchV ermöglicht es damit, die Treibhausgasminderungsquote auf eine andere Person zu übertragen. Hierdurch kann der hohe Vollzugsaufwand, den Ladepunktbetreiber durch die Vermarktung ihrer Quote und die damit verbundenen Nachweisanforderungen haben, minimiert werden. Im Bereich der Elektromobilität wird dieser Vorgang auch als „Pooling“ bezeichnet. Ladepunktbetreiber können hiernach ein Unternehmen bestimmen, das die betreffende

²⁰⁵ Referentenentwurf der Bundesregierung v. 25.5.2021, S. 26, zul. abgerufen am 19.05.2023.

²⁰⁶ Referentenentwurf der Bundesregierung v. 25.5.2021, S. 26, zul. abgerufen am 19.05.2023.

29.09.2023

Strommengen einsammelt, diese bescheinigen lässt und an Quotenverpflichteten veräußert. Das kann zum Beispiel ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) oder ein anderes (Dienstleistungs-)Unternehmen sein. Nach § 7 Abs. 5 S. 1 der 38. BImSchV ist hierfür eine Vereinbarung in Textform erforderlich, die auf dessen Verlangen dem Hauptzollamt vorzulegen ist. In jedem Verpflichtungsjahr kann dabei nur ein Dritter bestimmt werden.

Für die Anrechnung von grünem Wasserstoff auf die Treibhausgasminderungsquote im Rahmen der 37. BImSchV wird eine entsprechende Übertragbarkeit der Treibhausgasminderungsquote auf eine andere Person bisher nicht ausdrücklich zugelassen. Auch die Verwaltungspraxis geht davon aus, dass eine Übertragung der Quote nicht möglich ist.

Anhang

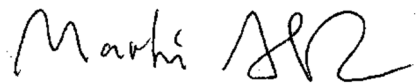
Anrechnung von grünem Wasserstoff in Raffinerien

Nach § 37a Abs. 5 Nr. 7 BImSchG können erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs grundsätzlich auch dann auf die Treibhausgasminderungsquote angerechnet werden, wenn sie als Zwischenprodukt bei der Produktion konventioneller Kraftstoffe eingesetzt werden. Diese Erfüllungsoption beruht auf Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 Buchstabe a) Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung erneuerbarer Energien (RED II). Danach können die Mitgliedstaaten ihre europäische Verpflichtung zur Steigerung des Anteils an erneuerbaren Energien auch durch den Einsatz sog. flüssiger oder gasförmiger Kraftstoffe für den Verkehr nicht biogenen Ursprungs, die als Zwischenprodukt zur Produktion konventioneller Kraftstoffe verwendet werden, erfüllen.

Die Anrechnungsfähigkeit hängt von der Konkretisierung der Anrechnungsvoraussetzungen durch Rechtsverordnung ab. Dies soll in der 37. BImSchV erfolgen, die bisher aber noch nicht beschlossen worden ist. Mit Blick auf die Anrechnungsmethode sollte dabei eine flexible Allokation der THG-Minderung zugelassen werden. Diese ermöglicht es, die durch den Einsatz des grünen Wasserstoffs erzielte THG-Minderung „flexibel“ einem Endprodukt aus der Raffinerie – hier dem Dieseldieselkraftstoff – zuzuordnen – und nicht alle Raffinerieprodukte mit einem gleichhohen Anteil als THG-reduziert ansehen zu müssen. Dies hat den Vorteil, dass dann auch der (sonstige, dann aber staatlich oder per Umlage zu finanzierende) Förderbedarf außerhalb der THG-Quote, die solcher Zahlungen nicht bedarf, sinkt. Denn die – keine Aufwendung staatlicher Mittel erfordernde, von den Marktteilnehmern finanzierte – Quote übernimmt dann, etwa bei e-Kerosin oder auch Dieseldieselkraftstoff, „mehr wirtschaftliche Last“ als nur bei einer proportionalen Zuordnung der THG-

Emissionen zu allen Produkten. Auf diese Weise ließen sich auch die größten Kostensenkungen erzielen.

Die Zulässigkeit einer solchen „freien“ Allokation ist rechtlich noch mit Unsicherheiten behaftet. Denn sie wird durch den Delegierten Rechtsakt der Kommission zu Art. 28 Abs. 5 RED II nicht ausdrücklich zugelassen, andererseits aber auch nicht explizit verboten. Es wäre daher vorteilhaft, wenn im Delegierten Rechtsaktes eine entsprechende Klarstellung über die Zulässigkeit der flexiblen Allokation erwirkt werden könnte.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Martin Altrock'.

Dr. Martin Altrock
Rechtsanwalt

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kliem'.

Christine Kliem
Rechtsanwältin

Berlin, Magazinstraße 15-16, D-10179 Berlin | Prof. Christian Held*, RA · Prof. Dr. Christian Theobald*, Mag. rer. publ., RA · Dr. Christian de Wyl*, RA · Prof. Dr. Ines Zenke*, RAin, Fachanwältin für Verwaltungsrecht · Dr. Martin Altmann*, Mag. rer. publ., RA · Dr. Jost Eder*, RA · Dr. Olaf Däuper*, RA · Daniel Schiebold*, RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Stefan Wollschläger*, RA · Stefan Missling*, RA · Peter Bergmann*, Dipl.-Ing. · Axel Kafka*, RA · Dr. Thies Christian Hartmann*, RA · Jens Vollprecht*, RA, Dipl.-Forstw. (Univ.) · Ulf Jacobshagen*, RA · Astrid Meyer-Hetling*, RAin · Dr. Erik Ahnis*, RA, Bankfachwirt (BA) · Dr. Roman Ringwald*, RA · Dr. Markus Kachel*, LL.M., RA · Dr. Tigran Heymann*, RA · Niko Liebheit*, RA · Christian Thole*, RA · Andreas Große*, RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Benedikt Doms*, RA · Roland Monjau*, Dipl.-Ing. · Dr. Christian Jung, LL.M., Attorney at Law (New York), RA · Sebastian Blumenthal-Barby, LL.M., RA · Dr. Sascha Michaels, RA, Fachanwalt für Vergaberecht · Dr. Christian Dessau, RA · Dr. Wieland Lehnert, LL.M., RA · Dr. Holger Hoch, RA · Dennis Tischmacher, Mag. rer. publ., RA · Alexander Bartsch, RA · Beate Kramer, RAin · Sabine Guggel, LL.M., RAin · Dr. Anna Sachse, RAin · Johannes Nohl, RA · Carsten Telschow, RA · Dominique Couval, RAin · Dr. Malaika Ahlers, LL.M., RAin · Christoph Lamy, RA · Kristin Thole, RAin · Martin Brunz, RA · Jana Siebeck, RAin · Marcel Dalibor, RA · Dr. Alexander Dietzel, RA · Anna Lesinska-Adamson, RAin · Sascha Köhler, RAin · Johanna Riggert, RAin · Magnus Nissle, RA · Thomas Schneider, RA · Christine Kliem, LL.M., RAin · Jennifer Diane Morgenstern, LL.M., RAin · Moussah Köster, RA · Barbara von Gayling-Westphal, RAin · Steffen Pohl, RA · Dr. Anna Alexandra Seuser, RAin · Kathleen Philipp, RAin · Nikolas Barfknecht, RA · Tobias Reinhardt, RA · Frederik Braun, RA · Christoph Paul, RA · Lisa Angela Gut, RAin · Rosalie Wilde, RAin · Benjamin Züfle, RA · Nelly Arnold, RAin, Fachanwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht · Dustin Haupt, RA · Nathalie Hausmann, RAin · Valerie Göhren, RAin · Dr. Helene Anna Dost, RAin · David Funk, RA · Tim Neumüller, RA · Anne-Kathrin Gerth, RAin · Mareike Almes, RAin · Anett Kästner-Behnstedt, StBin · Jochen Gerber, RA · Stefan Bitzhöfer, RA · Vera Grebe, RAin · Jonas Finkbeiner, RA · Sophia Weber, RAin · Ariane Elbracht, RAin · Dr. Carolin Louisa Schmidt, RAin · Rosa Křeček, RAin · Alisa Obert, RAin · Celia Schwarz, RAin · Svenja Gutsche, RAin · Katharina von Schack, LL.M., RAin · Inga Bach, LL.M., RAin · Anton Buro, RA · Falk Schätzle, RA · Leonie Großmann, RAin · Vincent Gronbach, RA · Julia Voigt, RAin · Valentine Zheng, RAin · Fabian Kleene, RA · Sara Resch, RAin · Rafaél Cortès, RA · Paul Czakert, RA · Christopher Hanke, RA · Linda Schönfelder, RAin · Lily Lehmann, RAin · Anna von Kenne, RAin · Philip Erdmann, LL.M., RA · Galina Paschkow, RAin · Philipp Schlangen, RA

München, Pfeuferstraße 7, D-81373 München | Rudolf Böck*, Dipl.-Wirt.-Ing., WP, StB · Manfred Ettinger*, vBP, StB · Matthias Albrecht*, RA · Wolfram von Blumenthal*, RA, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht · Oliver K. Eifertinger*, RA, StB · Thomas Straßer*, Dipl.-Bw. (FH), WP, StB · Nils Langeloh*, LL.M., RA, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht · Markus Ladenburger*, RA · Tobias Sengenberger*, WP, StB · Dr. Andreas Jankiewicz* · Florian Tietze, RA · Dr. Philipp Bacher, RA, Fachanwalt für Steuerrecht · Meike Weichel, LL.M., RAin, StBin, Fachanwältin für Steuerrecht · Bernd Günter, RA, Fachanwalt für Arbeitsrecht · Andreas Fimpel, Dipl.-Bw. (FH), StB · Matthias Pöhl, RA · Steffen Lux, RA · Christian Fesl, StB · Sophia von Hake, LL.M., RAin, StBin, Fachanwältin für Steuerrecht · Micha Klewar, RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Dr. Maximilian Festl-Wietek, RA · Carmen Freimüller-Engel, RAin · Meike Lüninghöner-Glöckner, RAin · Thomas Sarosy, RA · Jochen Heise, RA · Anja Straßer, LL.M., RAin · Stephanie Julia Böswald, RAin · Hilda Faut, RAin · Alexander Müller, RA · Anne K. Rupf, RAin · Johanna Schrickler, RAin · Rebecca Mes, RAin · Sandra Schug, RAin, Fachanwältin für Arbeitsrecht · Jan Nicolas Höbel, RA · Christine Wenzl, RAin · Dmitriy Levitskiy, StB · Clara Baudisch, RAin · Tobias Hoderlein, RA · Anne Cathrine Nielsen, RAin · Dimitar Asenov, RA · David Engel, RA · Sabrina Aggou, RAin · Lidija Djordjevic Ristic, RAin · Julia Scheidt, RAin · Franciska Riedel, RAin · Sabrina Weritz, RAin · Hajan Tamim Juckel, RA · Jakob Heise, RA · Julia Ludwig, RAin · Sascha Vogel, RA · Patrick Gradl, StB · Ulrich Forster, RA, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht · Kristina Watke, RAin · Daniel Altenburg, RA, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Vergaberecht

Köln, KAP am Südkai, Agrippinawerft 26-30, D-50678 Köln | Jürgen Gold*, Dipl.-Kfm., WP, StB · Marcel Malcher*, Dipl.-Ing. (FH) · Jens Panknin*, RA · Stefan Mackenrodt*, WP, StB · Dr. Heiner Faßbender*, RA · Folkert Kiepe, RA, Beigeordneter des DST a.D. · Klaus-Peter Schönrock, RA · Nicolaus Münch, RA · Silke Walzer, RAin · Julien Wilmes-Horváth, RA, Fachanwalt für IT-Recht · Tillmann Specht, RA · Agnes Eva Müller, RAin · Niklas Schwalge, RA · Norbert Repczuk, Dipl.-Kfm., StB · Sebastian Holst, RA · Marco Metz, RA · Markus Hallmann-de Almeida, RA · Laura Radimeczky-Krekel, RAin · Jakob Fleischmann, RA · Robert Grützner, RA · David Zilligen, RA · Rebecca Stauch, RAin · Matthias Petersen, RA · Christian Englert, RA · Ina Benedix, RAin · Carmen Clemens, RAin · Udo Glusa, WP, StB

Hamburg, Kaiser-Wilhelm-Straße 93, D-20355 Hamburg | Jan-Hendrik vom Wege*, MBA, RA · Thomas Schmeding*, RA · Jörg Kuhbier, RA, Senator a.D. · Stefan Lepke, LL.M., RA · Gerd Bröcker, RA · Yola Traum, europ. RAin · Anna-Lena Blendermann, RAin · Martin Dell, RA · Katharina Schönfeld, RAin · Claudia Kolba, RAin · Joshua Hansen, RA · Jannika Kowaleski, RAin · Johanna Hoffmann, RAin · Oliver Herzig, RA

Stuttgart, Industriestraße 3, D-70565 Stuttgart | Dr. Michael Weise*, RA · Rainer Ederer, RA · Dr. Christian Gemmer, RA · Roman Schüttke, RA · Ingo Günther, StB · Maja Berenike Mosor, RAin · Nina Wipfler, RAin

Erfurt, Regierungsstraße 64, D-99084 Erfurt | Bianca Engel*, WPin, StBin · Dr. Florian Wagner*, RA · Johannes Trabert, StB · Björn Jeske, StB · Katharina Schubert, RAin · Lukas Haun, RA · Richard Büttner, RA · Arabella Palm, RAin · Katrin Hartmann, RAin · Jonas Kirchner, RA

Brüssel, Avenue Marnix 28, B-1000 Brüssel | Prof. Dr. Dörte Fouquet, RAin · Dirk Hendricks, Senior Policy Advisor

* Partnerin/Partner