

GEULEN & KLINGER
Rechtsanwälte

Dr. Reiner Geulen*
Prof. Dr. Remo Klinger*
Dr. Caroline Douhaire LL.M.
Dr. Karoline Borwieck
David Krebs
Lukas Rhiel

10719 Berlin, Schaperstraße 15
Telefon +49/ 30 / 88 47 28-0
Telefax +49/ 30 / 88 47 28-10
E-Mail geulen@geulen.com
klinger@geulen.com

www.geulenklinger.com

Möglichkeiten des Ausschlusses bzw. der Begrenzung bestimmter Rohstoffe aus Anhang IX im Rahmen der nationalen Umsetzung der geänderten Erneuerbare-Energien-Richtlinie (RED III)

von

Dr. Caroline Douhaire, LL.M und Valeria Nieberg
GEULEN & KLINGER Rechtsanwälte

Erstellt im Auftrag des/der
NABU - Naturschutzbund Deutschland e.V.
DUH – Deutsche Umwelthilfe e.V.
RFN - Rainforest Foundation Norway
T&E – Transport & Environment

Stand: 07. Juni 2024

Gliederung

A. Hintergrund und Gutachtauftrag.....	4
B. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	5
C. Überblick über die einschlägigen Bestimmungen der RED III	6
D. Allgemeines zu mitgliedstaatlichen Abweichungskompetenzen bei der Umsetzung von EU-Richtlinien	8
E. Gutachterliche Untersuchung.....	10
I. Handlungsspielraum im Rahmen der überschießenden Umsetzung.....	11
II. Handlungsspielraum im Gegenstandsbereich der Richtlinie	11
1. Vorliegen einer abschließenden Harmonisierung?	12
a. Kombiniertes Mindestanteil von Annex IX-Biokraftstoffen/RFNBO von 1 % (2025) und 5,5 % (2030) (Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III).....	12
aa. Möglichkeit eines vollständigen Ausschlusses einzelner Stoffe aus Annex IX Teil A.....	12
bb. Möglichkeit der Anwendung eines niedrigeren Multiplikators.....	15
cc. Möglichkeit der Deckelung des anrechenbaren Anteils	17
b. THG-Minderung um 14 %	17
c. Mindestanteil erneuerbarer Energien von 29 %.....	20
d. Zwischenergebnis	21
2. Sekundärrechtlich explizit geregelte Abweichungskompetenzen.....	21
a. In Anhang IX geregelte Bedingungen der Anrechnung	22
b. Teilweise Nichterhöhung des Mindestanteils bei Annex IX-Erweiterung	23
c. Einhaltung der Nachhaltigkeitskriterien des Art. 29 und deren Überwachung	23
3. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten.....	25
a. Anwendungsbereich.....	25
b. Beschränkung	26
c. Rechtfertigung.....	28
aa. Nicht-diskriminierender Charakter.....	28

bb.	Geschriebene Rechtsfertigungsgründe des Art. 36 AEUV	28
cc.	Zwingende Erfordernisse	29
d.	Verhältnismäßigkeit	31
aa.	Geeignetheit	31
bb.	Erforderlichkeit	31
cc.	Güterabwägung	32
e.	Ergebnis	33
4.	Hilfsweise: Abweichung auf der Grundlage primärrechtlicher Schutzverstärkung	33
a.	Abgrenzung von Art. 193 AEUV und Art. 114 Abs. 4 bis 6 AEUV	33
b.	Voraussetzungen des Art. 193 AEUV	35
aa.	Schutzverstärkung	35
bb.	Verhältnismäßigkeit	35

A. Hintergrund und Gutachtenauftrag

Die Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (ursprüngliche Fassung im Folgenden „RED II“), welche zuletzt durch die Richtlinie (EU) 2023/2413 (geänderte Fassung im Folgenden „RED III“) geändert wurde, setzt einen rechtlichen Rahmen für die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen im Elektrizitäts-, Wärme- und Kältesektor sowie im Verkehrssektor der Europäischen Union.

Für den Verkehrssektor sieht die RED in Art. 25 Abs. 1 verschiedene Zielvorgaben vor, durch die die Mitgliedstaaten einen Mindestanteil von Energie aus erneuerbaren Quellen am Endenergieverbrauch im Verkehr von 29 % bis 2030 oder eine Treibhausgasminde- rung um mindestens 14,5 % bis 2030 sicherstellen müssen. Zudem ist ein kombinierter Mindestanteil von fortschrittlichen Biokraftstoffen und erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs (renewable fuels of non-biological origin – „RFNBO“) für die Zieljahre 2025 und 2030 festgelegt.

Die RED unterscheidet in Anhang IX zwischen Teil A und B. Die in Teil A gelisteten Roh- stoffe werden als besonders förderwürdig eingestuft und als sogenannte "fortschrittliche" Kraftstoffe benannt. In Teil B stehen Rohstoffe, deren Förderung für den Einsatz im Ver- kehr gedeckelt ist.

Einige der in Anhang IX vorgesehenen Stoffe gehen mit Verlagerungseffekten, Risiken für Biodiversität und Betrugsrisiken einher. Zu den „fortschrittlichen“ Biokraftstoffen ge- hört beispielsweise auch „Abwasser aus Palmölmühlen und leere Palmfruchtbündel“ (Anhang IX Teil A lit. g). Es gab in der jüngeren Vergangenheit verstärkt Betrugsver- dachtsfälle, bei denen vermutet wird, dass statt einem Restprodukt der Palmölerzeugung (POME) frisches Palmöl umdeklariert und nach der Verarbeitung als biogener Kraftstoff in Deutschland eingesetzt wurde.

Die Liste des Anhang IX wurde kürzlich durch die Delegierte Richtlinie (EU) 2024/1405 nochmals durch die Kommission erweitert, u.a. um Rohstoffe aus Anbaubiomasse wie z.B. Zwischenfrüchte.

Vor diesem Hintergrund der umweltpolitischen Bedenken hinsichtlich dieser Ausweitung untersucht das vorliegende Rechtsgutachten, welche Spielräume die EU-Mitgliedstaaten in der nationalen Umsetzung der RED III haben, um einzelne bedenkliche Rohstoffe aus

Anhang IX von der Anrechenbarkeit auf die Zielvorgaben für den Verkehr auszunehmen bzw. diese zu begrenzen.

B. Zusammenfassung der Ergebnisse

Das Gutachten kommt zu folgenden Ergebnissen:

1. Im Rahmen der überschießenden Umsetzung, also bei der Realisierung von nationalen Zielen, welche über die Mindestziele der RED III hinausgehen, sind die Mitgliedstaaten weitgehend frei. Ein Mitgliedstaat kann entscheiden, ob er Biokraftstoffe aus bestimmten in Annex IX aufgeführten Rohstoffen überhaupt auf den überschießenden Anteil anrechnet, ob er die Anrechnung deckelt oder mit welchem Multiplikationsfaktor er die Anrechnung erlaubt.

2. Auch innerhalb des nach Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III vorgegebenen Mindestanteils fortschrittlicher Biokraftstoffe/RFNBO haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, bestimmte Stoffe des Anhangs IX Teil A aus der Anrechnung auszuklammern, oder die Anrechnung durch einen niedrigeren Rechenfaktor oder eine Deckelung des anrechenbaren Anteils zu beschränken.

3. Dasselbe gilt im Ergebnis hinsichtlich der Anrechnung auf den Mindestanteil erneuerbarer Energien bzw. der optional wählbaren Treibhausgasminderungsquote in Art 25 Abs. 1 Uabs. 1 lit. a i und ii) RED III. In Bezug auf das erstgenannte Ziel spricht jedoch gegen die Möglichkeit der Festlegung eines niedrigeren Rechenfaktors, dass Art. 27 Abs. 2 lit. c RED III die doppelte Anrechnung von Biokraftstoffen aus den in Anhang IX festgelegten Stoffe nunmehr verbindlich vorgibt.

4. Unabhängig von dem Umstand, des hier festgestellten Vorliegens einer nicht abschließenden Mindestharmonisierung sieht die RED III an mehreren Stellen Beurteilungsspielräume und Handlungsermächtigungen vor, die zur Einschränkung der Verwendung einzelner der in Anhang IX aufgeführten Rohstoffe herangezogen werden können.

5. Mitgliedstaatliche Ausschlüsse einzelner Rohstoffe in Anhang IX von der Anrechenbarkeit auf die Ziele des Art. 25 Abs. 1 RED III bzw. deren Beschränkung können auch so ausgestaltet werden, dass sie mit der Warenverkehrsfreiheit und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sind.

C. Überblick über die einschlägigen Bestimmungen der RED III

Artikel 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a RED III verpflichtet Mitgliedstaaten, Kraftstoffanbieter zu einer Erhöhung der Menge der Kraftstoffe und Elektrizität aus erneuerbaren Quellen im Verkehr und alternativ durch Erreichung einer Mindestquote zur Treibhausgasreduktion (bis jeweils 2030) zu verpflichten.

Artikel 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III verpflichtet Mitgliedstaaten, Kraftstoffanbieter zu einem kombinierten Anteil von fortschrittlichen Kraftstoffen¹ und Biogas, die aus den in Anhang IX Teil A genannten Rohstoffen und RFNBO² hergestellt wurden, an der Energieversorgung des Verkehrs 2025 von mindestens 1 % und 2030 von mindestens 5,5 %, wovon der Anteil erneuerbarer Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs 2030 mindestens einem Prozentpunkt entspricht, zu verpflichten.

Gemäß Art. 27 Abs. 2 lit. c) RED III wird für die in Artikel 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a Ziffer i und Abs. 1 lit. b genannten Mindestanteile der Anteil von Biokraftstoffen und Biogas, die aus den in Anhang IX aufgeführten Rohstoffen hergestellt werden, und erneuerbarer Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs mit dem Doppelten ihres Energiegehalts veranschlagt (doppelte Anrechnung).

Artikel 27 Abs. 1 Buchstabe c Nummer iv) RED III beschränkt den auf die Verpflichtungen aus Artikel 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a anrechenbaren Anteil von aus Rohstoffen aus Anhang IX Teil B gewonnenen Kraftstoffen auf 1,7 %.

Ursprünglich sah die RED in der Fassung vom 11. Dezember 2018 in ihrem Annex IX in Teil A folgende „fortschrittliche“ Rohstoffe vor:

- a) Algen, sofern zu Land in Becken oder Photobioreaktoren kultiviert;
- b) Biomasse-Anteil gemischter Siedlungsabfälle, nicht jedoch getrennte Haushaltsabfälle, für die Recycling-Ziele gemäß Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie 2008/98/EG gelten;
- c) Bioabfall im Sinne des Artikels 3 Nummer 4 der Richtlinie 2008/98/EG aus privaten Haushalten, der einer getrennten Sammlung im Sinne des Artikels 3 Nummer 11 der genannten Richtlinie unterliegt;
- d) Biomasse-Anteil von Industrieabfällen, der ungeeignet zur Verwendung in der Nahrungs- oder Futtermittelkette ist, einschließlich Material aus Groß- und Einzelhandel, Agrar- und

¹ Legaldefinition Art. 2 Nr. 34 RED III.

² Legaldefinition Art. 2 Nr. 36 RED III.

Ernährungsindustrie sowie Fischwirtschaft und Aquakulturindustrie und ausschließlich der in Teil B dieses Anhangs aufgeführten Rohstoffe;

- e) Stroh;
- f) Mist/Gülle und Klärschlamm;
- g) Abwasser aus Palmölmühlen und leere Palmfruchtbündel;
- h) Tallölpech;
- i) Rohglyzerin;
- j) Bagasse;
- k) Traubentrester und Weintrub;
- l) Nussschalen;
- m) Hülsen;
- n) entkernte Maiskolben;
- o) Biomasse-Anteile von Abfällen und Reststoffen aus der Forstwirtschaft und forstbasierten Industrien, d. h. Rinde, Zweige, vorkommerzielles Durchforstungsholz, Blätter, Nadeln, Baumspitzen, Sägemehl, Sägespäne, Schwarzlauge, Braunlauge, Faserschlämme, Lignin und Tallöl;
- p) anderes zellulosehaltiges Non-Food-Material;
- q) anderes lignozellulosehaltiges Material mit Ausnahme von Säge- und Furnierrundholz.

Bei den Rohstoffen in Teil B, deren Beitrag zur Zielvorgabe gemäß Artikel 25 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe a zu begrenzen ist, waren in der RED in der Fassung vom 11. Dezember 2018 folgende Stoffe aufgeführt:

- a) gebrauchtes Speiseöl;
- b) tierische Fette, die in die Kategorien 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 1069/2009 eingestuft sind.

Mit Erlass der Delegierten Richtlinie (EU) 2024/1405 vom 14. März 2024 hat die Kommission auf der Grundlage der Ermächtigung in Art. 28 Abs. 6 i.V.m. Art. 35 RED, die Rohstoffliste in Anhang IX erweitert. In Teil A werden die folgenden Rohstoffe aufgenommen:

- „r) Fuselöle aus der Alkoholdestillation;
- s) Rohmethanol aus Kraftzellstoff, der aus der Zellstoffherstellung stammt;
- t) Zwischenfrüchte wie Zweitfrüchte und Deckpflanzen, die in Gebieten angebaut werden, in denen die Erzeugung von Nahrungs- und Futtermittelpflanzen aufgrund einer kurzen Vegetationszeit auf eine Ernte beschränkt ist, sofern ihre Nutzung keine Nachfrage nach zusätzlichen Flächen verursacht und der Gehalt an organischen Bodensubstanzen erhalten bleibt und soweit sie für die Herstellung von Biokraftstoffen für den Luftverkehrssektor verwendet werden;
- u) Pflanzen, die auf stark degradierten Flächen angebaut werden, mit Ausnahme von Nahrungs- und Futtermittelpflanzen, soweit sie für die Herstellung von Biokraftstoffen für den Luftverkehrssektor verwendet werden;
- v) Cyanobakterien.“;

In Teil B werden die folgenden Rohstoffe aufgenommen:

- „c) geschädigte Pflanzen, die sich nicht für die Verwendung in der Lebens- oder Futtermittelkette eignen, mit Ausnahme von Stoffen, die absichtlich verändert oder kontaminiert wurden, damit sie diese Voraussetzung erfüllen
- d) kommunales Abwasser und daraus gewonnene Erzeugnisse mit Ausnahme von Klärschlamm;
- e) Pflanzen, die auf stark degradierten Flächen angebaut werden — mit Ausnahme von Nahrungs- und Futtermittelpflanzen und der in Teil A dieses Anhangs aufgeführten Rohstoffe —, soweit sie nicht für die Herstellung von Biokraftstoffen für den Luftfahrtsektor verwendet werden;
- f) Zwischenfrüchte wie Zweitfrüchte und Deckpflanzen — mit Ausnahme der in Teil A dieses Anhangs aufgeführten Rohstoffe —, die in Gebieten angebaut werden, in denen die Erzeugung von Nahrungs- und Futtermittelpflanzen aufgrund einer kurzen Vegetationszeit auf eine Ernte beschränkt ist, sofern ihre Nutzung keine Nachfrage nach zusätzlichen Flächen verursacht und der Gehalt an organischen Bodensubstanzen erhalten bleibt und soweit sie nicht für die Herstellung von Biokraftstoffen für den Luftverkehrssektor verwendet werden.“.

D. Allgemeines zu mitgliedstaatlichen Abweichungskompetenzen bei der Umsetzung von EU-Richtlinien

Die Mitgliedstaaten sind zur Umsetzung von Unionsrecht verpflichtet.

Richtlinien sind dabei nach Art. 288 AEUV nur hinsichtlich ihres Ziels verbindlich. Hinsichtlich der inhaltlichen Umsetzung des Richtlinienziels sind die Mitgliedsstaaten lediglich verpflichtet, mindestens den Rechtszustand herbeizuführen, der durch die Richtlinie vorgegeben wird. Sie sind allerdings nicht gehindert, über den Inhalt der Richtlinie hinauszugehen oder den Inhalt der Richtlinie auch auf Fälle zu erstrecken, die von der Richtlinie nicht erfasst sind, sog. überschießende Umsetzung, wenn und soweit damit den Richtlinienvorgaben nicht widersprochen wird.³

Innerhalb des nicht überschießenden Teils, also innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie, ist zur Bestimmung der Reichweite der mitgliedstaatlichen Umsetzungsspielräume danach zu differenzieren, ob die Richtlinie eine abschließende Regelung trifft (vollharmonisierter Bereich) oder ob sie keine abschließende Regelung trifft oder nur eine Mindestharmonisierung vornimmt.⁴

³ Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der europäischen Union, Stand August 2023, Art. 288 AEUV Rdnr. 131; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 29. Februar 2024 – 8 B 1163/22, juris Rn. 27.

⁴ Epiney, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Auflage 2013, Kapitel 5, Rn. 64.

Im harmonisierten Bereich ist den Mitgliedstaaten der Erlass von Regelungen, die von den unionsrechtlichen Vorgaben abweichen, grundsätzlich verwehrt. Abweichungen sind hier nur unter den Voraussetzungen der Art. 193 AEUV bzw. Art. 114 Abs. 4-6 AEUV möglich, welche insbesondere eine Schutzverstärkung voraussetzen.⁵

Im nicht harmonisierten Bereich sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, eigene nationale Maßnahmen zu ergreifen. Im mindestharmonisierten Bereich dürfen diese nicht hinter der Regelung der Richtlinie zurückbleiben. Die nationalen Maßnahmen müssen sich hierbei an den Anforderungen des EU-Primärrechts, insbesondere die Grundfreiheiten der Art. 34 ff. AEUV messen lassen.³

Ob eine Maßnahme der Union eine abschließende Regelung beabsichtigt, ist durch Auslegung unter Berücksichtigung ihres Wortlauts, ihrer Zielsetzung und ihrer Regelungssystematik zu ermitteln.⁶

Dabei ist zwischen den einzelnen Bestimmungen zu differenzieren, da es vorkommen kann, dass eine Richtlinie zwar bestimmt Bereiche abschließend regelt, für andere hingegen nur eine Mindest- oder Teilharmonisierung vorsieht.

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist bereits geklärt, dass die Nachhaltigkeitskriterien des Art. 29 RED III (bzw. der Vorgängerregelungen) eine abschließende Harmonisierung bezwecken. Dies ergibt sich u.a. aus der Stützung dieser Regelung auf den Binnenmarktkompetenztitel des Art. 114 AEUV und aus der expliziten Klarstellung in Art. 29 Abs. 12, wonach die Mitgliedstaaten für die dort genannten Zwecke Biokraftstoffe, die in Übereinstimmung mit den Nachhaltigkeitskriterien gewonnen wurden, „nicht wegen anderer Nachhaltigkeitserwägungen außer Acht lassen“ dürfen.

In Bezug auf andere Bestimmungen der RED hat der EuGH einen weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten im Sinne einer bloßen Teilharmonisierung angenommen:

So hat der EuGH in Bezug auf Art. 18 der Richtlinie 2009/28/EG (RED I) und die dort geregelte Überprüfung der Nachhaltigkeitskriterien festgestellt, dass die mit dem

⁵ Epiney, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Auflage 2013, Kapitel 5 Rn. 91.

⁶ *EuGH*, Urteil v. 25.04.2002, Az. [C-183/00](#), [Rz. 25](#); Urteil v. 25.04.2002, Az. C-1554/00, Rz. 12; Urteil v. 25.04.2002, Az. [C-52/00](#), [Rz. 16](#); siehe auch Frankfurter Kommentar, EUV GRC AEUV, 288 AEUV, Rn 29 f.

Massenbilanzsystem zusammenhängende Überprüfungsmethode in diesem Artikel nicht abschließend harmonisiert sei, so dass die Mitgliedstaaten vorbehaltlich dessen, dass sie die in Art. 18 Buchst. a bis c RED I genannten allgemeinen Anforderungen einzuhalten haben, einen bedeutenden Gestaltungsspielraum behalten, wenn sie die konkreten Bedingungen, unter denen die Wirtschaftsteilnehmer ein solches System verwenden sollen, genauer bestimmen sollen.⁷

Auch in Bezug auf die in Art. 3 Abs. 1 und 2 RED I festgelegten Ziele hat der EuGH festgestellt, dass die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Maßnahmen, die sie zur Erreichung dieser Ziele erlassen können, über einen weiten Wertungsspielraum verfügen.⁸ Insbesondere können die Mitgliedstaaten im Rahmen dieses Wertungsspielraums Beihilferegelungen wählen, die sich auf die Verpflichtung zum Erwerb grünen Stroms oder grüner Zertifikate stützen.⁹

In Bezug auf die Richtlinie zur Förderung der Verwendung von Biokraftstoffen oder anderen erneuerbaren Kraftstoffen im Verkehrssektor (2003/30/EG), welche noch keine verpflichtenden Mindestziele vorsah, räumte der EuGH den Mitgliedstaaten ebenfalls einen "weiten Wertungsspielraum" ein¹⁰ und betonte, dass die Mitgliedstaaten über verschiedene Mittel zur Erreichung der in ihr vorgesehenen Ziele verfügten, wie z.B. Steuerbefreiungsregime, Beihilfen für die Verarbeitungsindustrie oder die Festlegung einer obligatorischen Biokraftstoffquote für Mineralölunternehmen".¹¹

Hinsichtlich des Art. 25 Abs. 1 RED III und der Gutachtenfrage, inwiefern die Mitgliedstaaten die Anrechnung der Stoffe des Anhangs IX in Bezug auf diese Ziele beschränken oder verbieten können, hat sich der EuGH noch nicht geäußert.

E. Gutachterliche Untersuchung

Zur Bestimmung der mitgliedstaatlichen Handlungsspielräume ist zunächst zwischen der überschießenden Umsetzung der Richtlinie (I.) und der sonstigen Umsetzung der Richtlinie zu unterscheiden (II.).

⁷ EuGH, Urteil vom 22. Juni 2017 – C-549/15, E. On Biofor Sverige AB, Rn. 77.

⁸ Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 3. März 2021, Promociones Oliva Park, C-220/19, EU:C:2021:163, Rn. 68 und die dort angeführte Rechtsprechung.

⁹ EuGH, Urteil vom 7. März 2024 – C-558/22, Rn. 53, juris.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-201/08, Rn 35 [ECLI:EU:C:2009:539].

¹¹ [EuGH, Urteil vom 31. Januar 2013, Az. C-25/11, 3. Leitsatz, \[ECLI:EU:C:2013:44\]](#).

I. Handlungsspielraum im Rahmen der überschießenden Umsetzung

Wie oben dargelegt, sind die Mitgliedsstaaten nach Art. 288 AEUV lediglich dazu verpflichtet, mindestens den Rechtszustand herbeizuführen, der durch die Richtlinie vorgegeben wird.

Sie sind aber nicht gehindert, über den Inhalt der Richtlinie hinauszugehen, wenn und soweit damit den Richtlinienvorgaben nicht widersprochen wird.¹²

Bereits aus dem Richtlinienwortlaut ergibt sich, dass es sich bei den Zielvorgaben in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a und b RED III um Mindestvorgaben handelt.

Hinsichtlich eines über die zwingend zu erreichenden Zielvorgaben hinausgehenden Teils sind die Mitgliedstaaten an die Vorgaben der RED III zur Anrechenbarkeit einzelner Rohstoffe nicht gebunden. Der Mitgliedstaat kann daher entscheiden, ob er Biokraftstoffe aus bestimmten in Annex IX aufgeführten Rohstoffe überhaupt auf den überschießenden Anteil anrechnet, ob er die Anrechnung deckelt oder mit welchem Multiplikationsfaktor er die Anrechnung erlaubt.

Beispiel aus der Umsetzung der RED durch die EU-Mitgliedstaaten:

Ein Beispiel für eine solche Regelung findet sich in § 14 Abs. 4 der 38. BImSchV. Nach Satz 1 dieser Vorschrift ist zur weiteren (über das unionsrechtlich vorgegebene Mindestmaß) hinausgehenden Förderung fortschrittlicher Rohstoffe eine doppelte Anrechnung/einfache Anrechnung auf das Folgejahr vorgesehen. POME ist aber nach Satz 2 der Vorschrift von der doppelten Anrechnung ausgeschlossen.

II. Handlungsspielraum im Gegenstandsbereich der Richtlinie

Schwieriger zu beurteilen ist, in welchem Umfang die Mitgliedstaaten innerhalb des Gegenstandsbereichs der Richtlinie, d.h. bei der Erfüllung der durch die RED vorgegebenen Mindestziele, einzelne Stoffe des Annex IX ganz aus der Anrechnung auf die Ziele des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 RED III ausnehmen oder diese zumindest beschränken dürfen (z.B. durch einen geringeren Multiplikator oder eine Deckelung der Anrechnung).

¹² Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der europäischen Union, Stand August 2023, Art. 288 AEUV Rdnr. 131; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 29. Februar 2024 – 8 B 1163/22, juris Rn. 27.

1. Vorliegen einer abschließenden Harmonisierung?

Dies erfordert zunächst die Untersuchung, ob die Vorgaben der RED III zur Anrechnung der Stoffe in Anhang IX auf die Ziele des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 RED III abschließend oder nur mindestharmonisiert sind. Hierbei ist zwischen den drei Zielvorgaben des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 zu differenzieren:

a. Kombiniertes Mindestanteil von Annex IX-Biokraftstoffen/RFNBO von 1 % (2025) und 5,5 % (2030) (Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III)

Gemäß Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III müssen die Mitgliedstaaten über eine Verpflichtung der Kraftstoffanbieter dafür sorgen, dass

„der kombinierte Anteil von fortschrittlichen Biokraftstoffen und Biogas, die aus den in Anhang IX Teil A genannten Rohstoffen und aus erneuerbaren Kraftstoffen nicht biogenen Ursprungs hergestellt wurden, an der Energieversorgung des Verkehrs 2025 mindestens 1 % und 2030 mindestens 5,5 % beträgt, wovon der Anteil erneuerbarer Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs 2030 mindestens einem Prozentpunkt entspricht.“

Fraglich ist, inwiefern die diesbezüglichen Vorgaben der RED III abschließend sind oder ob die Richtlinie es gestattet, dass Mitgliedstaaten einzelne in Anhang IX aufgeführte Stoffe von der Anrechnung auf dieses Mindestziel vollständig ausnehmen (hierzu unter a.), einen niedrigeren Multiplikator anwenden (hierzu unter b.), oder die Anrechenbarkeit durch eine Obergrenze begrenzen (hierzu unter c.).

aa. Möglichkeit eines vollständigen Ausschlusses einzelner Stoffe aus Annex IX Teil A

Ihrem Wortlaut nach gibt die Regelung in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III den Mitgliedstaaten lediglich vor, dass die in Anhang IX Teil A aufgeführten fortschrittlichen Biokraftstoffe und Biogas *in ihrer Kombination* und in Kombination mit RFNBO einen gewissen Mindestanteil an der Energieversorgung des Verkehrs ausmachen müssen.

Ein spezifische Mindestquote wurde lediglich für die als besonders förderungswürdig betrachteten RFNBO vorgesehen. Von einer entsprechenden spezifischen Mindestquote für die in Anhang IX Teil A genannten Stoffe oder für einzelne der dort genannten Stoffe hat der Unionsgesetzgeber abgesehen.

Dies spricht dafür, dass Anhang IX Teil A lediglich die zulässigerweise anrechenbaren Rohstoffe festlegt, die Mitgliedstaaten aber nicht dazu verpflichtet, im Rahmen der nationalen Umsetzung sämtliche der dort aufgeführten Stoffe zur Anrechnung zuzulassen.

Für einen solchen mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum bei der Förderung fortschrittlicher Biokraftstoffe spricht auch die Regelung in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 2 RED III. Darin werden die Mitgliedstaaten ausdrücklich zur Festlegung differenzierter Ziele für Rohstoffe nach Anhang IX Teil A und RFNBO aufgefordert. Die Vorschrift lautet:

„Die Mitgliedstaaten werden dazu angehalten, auf nationaler Ebene differenzierte Ziele für fortschrittliche Biokraftstoffe und Biogas, die aus den in Anhang IX Teil A aufgeführten Rohstoffen hergestellt werden, und für erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs festzulegen, um die in Unterabsatz 1 Buchstabe b dieses Absatzes festgelegte Verpflichtung so zu erfüllen, dass die Entwicklung beider Kraftstoffarten gefördert werden und deren Entwicklung ausgeweitet wird.“

Aus dieser Bestimmung geht hervor, dass die nähere Ausdifferenzierung der Ziele den Mitgliedstaaten obliegt und den Mitgliedstaaten hierbei ein Spielraum zusteht.

Dieser Gestaltungsspielraum wird zwar dahingehend begrenzt, dass Ziel der nationalen Maßnahmen sein muss, dass die Entwicklung beider Kraftstoffarten „gefördert“ und „ausgeweitet“ wird. Diese Fördermaxime bezieht sich aber nicht auf jeden einzelnen der in Anhang IX aufgeführten Rohstoffe, sondern generalisierend auf die beiden „Kraftstoffarten“ (fortschrittliche Biokraftstoffe und Biogas nach Anhang IX Teil A einerseits und RFNBO andererseits). Ihr ist daher auch dann Genüge getan, wenn einzelne der in Anhang IX Teil A genannten Stoffe von der Anrechenbarkeit auf die Mindestquote ausgeschlossen oder darin beschränkt werden.

Auch der Sinn und Zweck der Mindestquote in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III steht dem Ausschluss einzelner klima- oder umweltschädlicher Rohstoffe in Anhang IX von der Anrechnung nicht entgegen.

In dieser Hinsicht ist auf Erwägungsgrund 37 der RED II hinzuweisen, welcher verdeutlicht, dass mit dem Anhang IX zwar die Nutzung von Abfällen und Reststoffen bezweckt ist, dies aber nicht zu einer zusätzlichen Nachfrage nach Anbauflächen führen darf:

„Um sicherzustellen, dass die dieser Richtlinie als Anhang beigefügte Liste von Rohstoffen zur Herstellung fortschrittlicher Biokraftstoffe und anderer Biokraftstoffe und Biogase die Grundsätze der Abfallhierarchie gemäß der Richtlinie 2008/98/EG, die Nachhaltigkeitskriterien der Union und die Notwendigkeit berücksichtigt werden, dass durch diesen Anhang, mit dem die Nutzung von Abfällen und Reststoffen gefördert werden soll, keine zusätzliche Nachfrage nach Anbauflächen entstehen darf, sollte die Kommission bei der regelmäßigen Bewertung des Anhangs die Einbeziehung zusätzlicher Rohstoffe erwägen, die keine erheblichen Verzerrungen auf den Märkten für (Neben-) Produkte, Abfälle oder Reststoffe bewirken.“

In Erwägungsgrund 85 der RED II wird betont, dass es wichtig ist, sicherzustellen, dass Beimischungsverpflichtung auch tatsächlich der Verbesserung der Treibhausgasbilanz jener Kraftstoffe fördert, die zur Einhaltung der Verpflichtung eingesetzt werden:

„Fortschrittliche Biokraftstoffe sowie andere Biokraftstoffe und Biogas, die aus den in einem Anhang zu dieser Richtlinie aufgeführten Rohstoffen hergestellt werden, flüssige oder gasförmige erneuerbare Kraftstoffe für den Verkehr nicht biogenen Ursprungs und die Nutzung erneuerbarer Elektrizität im Verkehrssektor können zu geringen CO₂-Emissionen, und damit zu einer kosteneffizienten Dekarbonisierung des Verkehrssektors der Union beitragen, und, unter anderem, die Förderung von Innovation, Wachstum und Beschäftigung in der Wirtschaft der Union, die Verringerung der Abhängigkeit von Energieeinfuhren und die Diversifizierung der Energieversorgung in diesem Bereich vorantreiben. Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Kraftstoffanbietern die Gewährleistung eines Mindestanteils fortschrittlicher Biokraftstoffe und bestimmter Biogase vorzuschreiben, sollte dazu dienen, die stetige Entwicklung fortschrittlicher Kraftstoffe, einschließlich Biokraftstoffe, vorantreiben. Es ist wichtig, dafür zu sorgen, dass diese Beimischungsverpflichtung auch die Verbesserung der Treibhausgasbilanz jener Kraftstoffe fördert, die zur Einhaltung dieser Verpflichtung eingesetzt werden. Die Kommission sollte die Treibhausgasbilanz, die technische Innovativität und die Nachhaltigkeit dieser Kraftstoffe bewerten.“

Auch diese Aussage impliziert, dass ein differenziertes, am Ziel der Treibhausgasminde- rung orientiertes Vorgehen der Mitgliedstaaten gewünscht ist.

Beispielsweise in Bezug auf den problematischen Rohstoffe POME kommt hinzu, dass dieser einen sehr hohen Marktanteil hat und das Ziel der Förderung des Absatzmarktes in Bezug auf diesen Rohstoff schon längst erfüllt ist.

Nach alledem verpflichtet die RED III die Mitgliedstaaten nicht dazu, sämtliche der in Anhang IX Teil A aufgeführten Stoffe zur Anrechnung auf die Zielvorgabe des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III zuzulassen. Vorbehaltlich der Vereinbarkeit mit dem EU-Primärrecht und insbesondere den Grundfreiheiten, ist es daher mit der Richtlinie vereinbar, wenn Mitgliedstaaten einzelne kritische Stoffe des Anhangs IX Teil A, die wegen ihrer

Umwelt- und Klimawirkung bedenklich sind, von der Anrechnung auf den kombinierten Mindestanteil fortschrittlicher Biokraftstoffe/RFNBO ausschließen.

bb. Möglichkeit der Anwendung eines niedrigeren Multiplikators

Zur Begrenzung der Anrechenbarkeit bestimmter Rohstoffe aus Anhang IX Teil A kommt alternativ auch die Festlegung differenzierter Multiplikatoren in Betracht. So könnte für einzelne bedenkliche Stoffe des Anhang IX Teil A ein niedrigerer Multiplikator verwendet werden als für stärker förderungswürdig erachtete Stoffe.

Beispiel aus der bisherigen Umsetzung der RED durch die EU-Mitgliedstaaten: Solche differenzierenden Multiplikatoren finden sich u.a. in der deutschen und französischen Umsetzung der RED II. So ist etwa POME in Deutschland nur mit einem Faktor von 1 anrechenbar.¹³ In Frankreich ist das in Anhang IX Teil A h aufgeführte Tallölpech nur einfach anrechenbar.¹⁴

Die RED III, welche die Mitgliedstaaten in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 2 RED III sogar explizit zur Ausdifferenzierung auffordert, lässt ein solches Vorgehen aus den oben genannten Gründen, die sogar einen kompletten Ausschluss einzelner Stoffe stützen, weiter zu. Bezüglich des anzuwendenden Faktors bei der Anrechnung ist dabei die durch die RED III angepasste Berechnungsregelung in Art. 27 Abs. 2 lit. c zu beachten. Dort ist geregelt, dass der Anteil von Biokraftstoffen und Biogas, die aus den in Anhang IX aufgeführten Rohstoffen hergestellt werden sowie der Anteil von RFNBO „mit dem Doppelten veranschlagt [wird]“.¹⁵ Während in der Vorgängerbestimmung der RED II noch geregelt war, dass der Anteil von Biokraftstoffen aus Anhang IX-Rohstoffen mit dem Doppelten veranschlagt werden „kann“,¹⁶ sieht nunmehr die RED III insofern eine verpflichtende Bestimmung vor.

Unabhängig von der Frage, ob hieraus die Unzulässigkeit der Festlegung niedrigerer Multiplikatoren folgt, ist bereits fraglich, ob die Regelung des Art. 27 Abs. 2 lit. c RED III überhaupt auf das Ziel des Mindestanteils fortschrittlicher Biokraftstoffe anwendbar ist.

¹³ § 37 Abs. 8 S. 5 BImSchG.

¹⁴ Article 266 quindecies du code des douanes, E du V in der Fassung vom Fassung 01. Januar 2024, (online abgerufen 30.5.2024) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGI-ARTI000043012937.

¹⁵ Art. 27 Abs. 2 lit. c RED III.

¹⁶ Art. 27 Abs. 2 lit. a RED II.

Nach dem Wortlaut des Obersatzes in Art. 27 Abs. 2 RED III, welcher sich sowohl auf den Mindestanteil an erneuerbaren Energien nach Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 a) i) RED III als auch auf den kombinierten Mindestanteil für fortschrittliche Biokraftstoffe/RFNBO nach Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III bezieht, ist dies zwar zu bejahen.

Eine teleologische Auslegung spricht jedoch dagegen. Sinn und Zweck der Doppelanrechnung ist eine Privilegierung gegenüber Stoffen, die nur einfach angerechnet werden dürfen. In Bezug auf den Mindestanteil nach Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III kann die in Art. 27 Abs. 2 lit. c RED III geregelte Doppelanrechnung eine solche privilegierende Wirkung aber nicht entfalten, zumal darin ohnehin nur die auch in Art. 27 Abs. 2 lit. c RED III genannten Kraftstoffe angerechnet werden dürfen. Die Regelung kann daher keine Steuerungswirkung in dem Sinne entfalten, dass die doppelt angerechneten Kraftstoffe gegenüber den nur einfach angerechneten Kraftstoffen privilegiert würden. Die Vorschrift läuft insoweit ins Leere.

Funktion der Doppelanrechnung in Bezug auf die Mindestquote für fortschrittliche Kraftstoffe könnte daher allenfalls sein, dass diese eine (versteckte) Halbierung des in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III genannten Mindestanteils selbst bezweckt. Dies wäre jedoch eine ungewöhnliche Regelungstechnik, für die letztlich jegliche Anhaltspunkte fehlen.

Zudem zeigt sich auch an anderer Stelle des Art. 27 Abs. 2 RED III, dass einige der dort geregelten Vorgaben nicht auf die Mindestquote für fortschrittliche Biokraftstoffe passen. Dies gilt etwa hinsichtlich der Regelung in Art. 27 Abs. 2 lit. f RED III. Darin wird der anrechenbare Anteil von Biokraftstoffen aus in Anhang IX Teil B genannten Rohstoffen auf 1,7 % gedeckelt. Da diese Stoffe ohnehin nicht auf den Mindestanteil des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III anrechenbar sind, läuft die Deckelung in Bezug auf dieses Ziel ins Leere. Dies legt die nahe, dass sie sich nur auf den allgemeinen Mindestanteil an erneuerbaren Energien nach Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a RED III beziehen kann.

Für die Doppelanrechnung nach Art. 27 Abs. 2 lit. c RED III dürfte dasselbe gelten.

Demnach ist bereits generell fraglich, ob die Vorgabe der Doppelanrechnung in Art. 27 Abs. 2 lit. c RED III überhaupt auf den zu erreichenden Mindestanteil für fortschrittliche Biokraftstoffe/RFNBO anwendbar ist.

Unabhängig davon spricht gegen eine Verpflichtung zur doppelten Anrechnung auch die Regelung in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 2 RED III, wonach die Mitgliedstaaten explizit dazu aufgefordert sind, differenzierte Ziele festzulegen. Dem würde eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur doppelten Anrechnung widersprechen.

cc. Möglichkeit der Deckelung des anrechenbaren Anteils

Richtlinienkonform wäre auch die Festlegung einer Obergrenze für den anrechenbaren Anteil einzelner in Anhang IX Teil A aufgeführter Stoffe.

Beispiel aus der bisherigen Umsetzung der RED durch die EU-Mitgliedstaaten:

Eine solche Regelung findet sich beispielsweise in Frankreich. Hier werden die Energiemengen aus Tallöl (Anhang IX Teil A h) nur bis zu einer Obergrenze von 0,1 berücksichtigt.¹⁷

Auch die RED III lässt ein solches Vorgehen zu. Denn sie macht keine Vorgaben hinsichtlich des Anteils, bis zu dem Stoffe nach Anhang IX Teil A auf den Mindestanteil nach Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b RED III anzurechnen sind.

Deshalb und weil die RED III die Mitgliedstaaten in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 2 explizit zur Ausdifferenzierung auffordert, erscheint es richtlinienkonform, wenn Mitgliedstaaten die Anrechenbarkeit bestimmter in Anhang IX Teil A aufgeführter Rohstoffe durch eine Obergrenze beschränken.

b. THG-Minderung um 14 %

Gemäß Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a ii RED III müssen die Mitgliedstaaten (alternativ zur Einhaltung des Mindestanteils nach i) über eine Verpflichtung der Kraftstoffanbieter dafür sorgen, dass

„a) die Menge der Kraftstoffe und der Elektrizität aus erneuerbaren Quellen, die dem Verkehr bereitgestellt werden,
(...)

¹⁷ Article 266 quinquies du code des douanes, 3 du Tableau C du V in der Fassung vom Fassung 01. Januar 2024, (online abgerufen 30.5.2024) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043012937.

ii) bis 2030 im Einklang mit einem von dem Mitgliedstaat festgelegten ungefähren Zielpfad zu einer Verringerung der Treibhausgasintensität um mindestens 14,5 % gegenüber dem in Artikel 27 Absatz 1 Buchstabe b genannten Ausgangswert führt.“

Hiermit führt die RED III erstmals die Option ein, alternativ zur Gewährleistung eines Mindestanteils erneuerbarer Energien eine Treibhausgasminderungsquote zu erfüllen. Anforderungen an die Treibhausgasminderung stellte die RED I und II zuvor lediglich im Zusammenhang mit den Nachhaltigkeitskriterien.¹⁸

Auch in diesem Kontext stellt sich die Frage, inwiefern die Mitgliedstaaten einzelne Stoffe des Anhang IX von der Anrechenbarkeit auf die Treibhausgasminderungsquote ausschließen, einen niedrigen Multiplikator oder eine Deckelung des anrechenbaren Anteils festlegen dürfen.

Die in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a ii) RED III vorgeschriebene Treibhausgasminderungsquote macht keine Vorgaben für einen spezifischen Kraftstoffmix. Mit welchen Kraftstoffen das Minderungsziel erreicht wird, ist nicht abschließend geregelt.

Zu beachten sind die in Art. 27 Abs. 1 RED III vorgegebenen Berechnungsvorschriften.

Hiernach werden die Treibhausgasemissionseinsparungen bei Biokraftstoffen und Biogas durch Multiplikation der Liefermengen der Kraftstoffe an alle Verkehrsträger mit den gemäß Art. 31 RED III ermittelten Treibhausgaseinsparungen berechnet.¹⁹ Art. 31, welcher die Berechnung des Beitrags u.a. von Biokraftstoffen zum Treibhauseffekt „für die Zwecke des Artikels 29 Absatz 10“ vorsieht, wurde im Rahmen der Änderung der RED durch die Richtlinie (EU) 2023/2413 nicht angepasst. Die Vorschrift gibt vor, dass die erzielte Treibhausgaseinsparung nach einer der dort aufgeführten Methoden berechnet werden muss, welche die in Anhang V genannten Faktoren und Standardwerte in Bezug nehmen.

Der Ausgangswert gemäß Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a ii) wird bis 31. Dezember 2030 durch Multiplikation der an den Verkehr gelieferten Energiemengen mit dem in Anhang V genannten Faktor EF(t) berechnet.

¹⁸ Art. 29 Abs. 10 RED II; eine entsprechende Regelung fand sich bereits in Art. 14 Abs. 2 RED II.

¹⁹ Art. 27 Abs. 1 lit. a i) RED III.

Bei der Berechnung der Energiemengen sind die in Anhang III festgelegten Werte zu verwenden, bzw. hilfsweise Europäische Normen und weiter hilfsweise ISO-Normen.²⁰ Der Anteil der Biokraftstoffe, die aus den in Anhang IX Teil B aufgeführten Rohstoffen erzeugt wurden, am Energiegehalt der Kraftstoffe und der Elektrizität, ist auf 1,7 % beschränkt.²¹

Solange diese Rahmenvorgaben eingehalten werden, lässt sich ein Ausschluss, ein geringerer Rechenfaktor, oder eine Deckelung des anrechenbaren Anteils für einzelne Stoffe richtlinienkonform ausgestalten.

Beispiel aus der bisherigen Umsetzung der RED durch die EU-Mitgliedstaaten:

Für die Richtlinienkonformität einer Nichtanrechnung/Beschränkung einzelner Rohstoffe aus Anhang IX auf die Treibhausgasminderungsquote sprechen auch verschiedene Beispiele aus der mitgliedstaatlichen Umsetzung der RED I und II.

So waren etwa in Deutschland Biokraftstoffe, die ganz oder teilweise aus tierischen Fetten hergestellt wurden (Anhang IX Teil B b)), zunächst nicht auf diese Verpflichtung zur Treibhausgasminderung anrechenbar.²² Diese Regelung wurde zwar im Jahr 2021 abgeschafft; dies wurde aber nicht mit einer etwaigen unionsrechtlichen Verpflichtung zur Anrechnung der Anhang IV Stoffe begründet, sondern damit, dass der ursprüngliche Zweck des Ausschlusses (Vermeidung von Verwerfungen im bestehenden Verwertungssystem) inzwischen entfallen sei.²³

Ein Beispiel für die Festlegung eines geringeren Berechnungsfaktors findet sich in § 37b Abs. 8 S. 5 BImSchG. Hier ist für POME (Anhang IX Teil A g) ein Rechenfaktor von 1 vorgesehen.

Diese Regelung verweist auf § 37d Abs. 2 Nr. 2 BImSchG, welcher die Bundesregierung dazu ermächtigt, zu bestimmen, dass der Anteil an bestimmten Erfüllungsoptionen im Rahmen der Erfüllung der Treibhausgasminderungspflicht nach Maßgabe einer Multiplikation der tatsächlich in Verkehr gebrachten energetischen Menge der jeweiligen Erfüllungsoption mit einem bestimmten Rechenfaktor zu berechnen ist. Diese im Jahr 2006 eingeführte Regelung soll laut Gesetzesbegründung die Möglichkeit schaffen, für bestimmte Biokraftstoffe nach Maßgabe ihrer CO₂-Bilanz einen Faktor festzulegen, der

²⁰ Art. 27 Abs. 1 lit. c i), ii) RED III.

²¹ Art. 27 Abs. 1 lit. c ix) RED III.

²² § 37b Abs. 8 S. 1 Nr. 3 a.F.

²³ Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Treibhausgasminderungs-Quote, BT-Drs. 19/27435, S. 24.

rechnerisch zu einer Erhöhung oder Absenkung der im Rahmen der Quotenverpflichtung berücksichtigungsfähigen Biokraftstoffmenge führt (Bonus-/Malusregelungen). Hierdurch soll ein Anreiz für die Entwicklung von innovativen Biokraftstoffen, insbesondere solchen der zweiten Generation, geschaffen werden²⁴

Diese Umsetzungsbeispiele indizieren ebenfalls die Zulässigkeit von Anwendungsaus-
schlüssen und -beschränkungen, solange im Ergebnis die in Art. 25 Abs. 1 RED III fest-
gelegten Mindestziele erreicht werden.

c. Mindestanteil erneuerbarer Energien von 29 %

Gemäß Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a i) RED III müssen die Mitgliedstaaten (alternativ zur
Einhaltung der Treibhausgasminderungsquote nach ii) über eine Verpflichtung der Kraft-
stoffanbieter dafür sorgen, dass

- „a) die Menge der Kraftstoffe und der Elektrizität aus erneuerbaren Quellen, die
dem Verkehr bereitgestellt werden,
- i) bis 2030 zu einem Mindestanteil von Energie aus erneuerbaren Quellen am
Endenergieverbrauch im Verkehr von 29 % führt.“

Auch in Bezug auf dieses Ziel und den diesbezüglichen Vorgaben zur Anrechnung ist
das Vorliegen einer abschließenden Harmonisierung zu verneinen.

Der in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a i) RED III vorgeschriebene Mindestanteil enthält keine
Vorgaben für einen spezifischen Kraftstoffmix. Der Richtlinie lässt sich keine Verpflich-
tung der Mitgliedstaaten entnehmen, dass der Mindestanteil von 29 % auch unter Rück-
griff auf die in Anhang IX aufgelisteten Stoffe sicherzustellen ist.

Ein Mitgliedstaat verstößt daher nicht gegen die Bestimmung aus Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1
lit. a i) RED III, wenn er im Rahmen der nationalen Umsetzung den unionsrechtlich zwin-
gend zu erbringenden Mindestanteil unter Ausschluss einzelner Stoffe sicherstellt. Ent-
scheidend ist, dass der vorgegebene Mindestanteil erreicht wird – egal mit welchen
Quellen erneuerbarer Energie.

²⁴ BT-Drucksache 16/2709, S. 24.

Somit dürfte sogar ein vollständiger Ausschluss einzelner Rohstoffe von der Anrechnung auf den allgemeinen Mindestanteil für erneuerbare Energien mit der Richtlinie vereinbar sein.

Jedenfalls zulässig sein dürfte eine Deckelung der Anrechenbarkeit einzelner Rohstoffe nach dem Vorbild der französischen Regelung zu Tallölpech, zumal sich der RED III keine entgegenstehenden Vorgaben entnehmen lassen.

Hinsichtlich der Möglichkeit der Festlegung eines niedrigeren Multiplikators für die Anrechnung einzelner Stoffe des Anhangs IX ist die Regelung in Art. 27 Abs. 2 lit. c) RED III zu beachten. Anders als die Vorgängerbestimmung, die eine Kann-Regelung enthielt, „wird“ hiernach der Anteil von Biokraftstoffen, die aus den in Anhang IX aufgeführten Rohstoffen hergestellt werden, mit dem Doppelten ihres Energiegehalts veranschlagt. Auf den Mindestanteil nach Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a i RED III ist diese Regelung (anders als auf den Mindestanteil für fortschrittliche Biokraftstoffe/RFNBO) unzweifelhaft anwendbar.

Gleichwohl dürfte diese Vorgabe der Festlegung eines geringeren Rechenfaktors für einzelne Rohstoffe nicht entgegenstehen. Vor dem Hintergrund, dass auch die RED III den Mitgliedstaaten keine abschließenden Vorgaben hinsichtlich der anzurechnenden Stoffe macht und daher sogar ein vollständiger Ausschluss einzelner Biokraftstoffe von der Anrechnung von der Richtlinie gedeckt sein dürfte, erscheint jedoch auch die Festlegung niedrigerer Multiplikatoren zulässig.

d. Zwischenergebnis

Eine Untersuchung der RED III anhand von Wortlaut, Telos und Entstehungsgeschichte kommt somit zu dem Ergebnis, dass die Richtlinie hinsichtlich der Umsetzung der Ziele in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a und b keine abschließende Regelung trifft, die den Mitgliedstaaten den Ausschluss oder die Beschränkung einzelner Stoffe des Anhangs IX Teil verbieten würden.

2. Sekundärrechtlich explizit geregelte Abweichungskompetenzen

Unabhängig von diesem Befund, dass die RED III hinsichtlich der Möglichkeit des Ausschlusses/der Beschränkung einzelner Stoffe des Anhangs IX von einer Anrechnung keine abschließende Regelung trifft, ist zudem darauf hinzuweisen, dass die RED III an

mehreren Stellen explizit einen mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum und Möglichkeiten der weiteren Beschränkung aufzeigt.

Jedenfalls auf der Grundlage dieser sekundärrechtlich explizit geregelten Handlungsermächtigungen kann die Verwendung einzelner Stoffe des Anhang IX Teil A weiter beschränkt werden.

Hervorzuheben sind dabei die folgenden in der Richtlinie eingeräumten Spielräume:

a. In Anhang IX geregelte Bedingungen der Anrechnung

Ein Ausschluss bzw. eine Beschränkung der Anrechenbarkeit kommt u.a. in dem Umfang in Betracht, in dem in Anhang IX selbst Bedingungen an die Privilegierung einzelner Stoffe gestellt werden.

So werden beispielsweise Zwischenfrüchte wie Zweitfrüchte und Deckpflanzen nur unter dem Vorbehalt in die Liste Anhang IX aufgenommen, dass „ihre Nutzung keine Nachfrage nach zusätzlichen Flächen verursacht und der Gehalt an organischen Bodensubstanzen erhalten bleibt und soweit sie für die Herstellung von Biokraftstoffen für den Luftverkehrssektor verwendet werden“ (Teil A lit. t).

Mit dem Ausschluss von Zwischenfrüchten, die eine zusätzliche Flächennachfrage verursachen, greift die Kommission die Rückausnahme in der Begriffsdefinition für Nahrungs- und Futtermittelpflanzen, die nach Art. 26 RED III besonderen Beschränkungen unterliegen, auf. Gemäß Art. 2 Nr. 40 RED III sind Zwischenfrüchte wie Zweit- und Deckfrüchte vom Begriff der „Nahrungs- und Futtermittelpflanzen“ ausgenommen. Allerdings gilt insoweit eine Rückausnahme für den Fall einer zusätzlichen Flächennachfrage („es sei denn, die Verwendung solcher Zwischenfrüchte führt zu einer zusätzlichen Nachfrage an Land“).

Sofern Zwischenfrüchte daher zu einer zusätzlichen Flächennachfrage führen, was vom Mitgliedstaat zu beurteilen ist, gelten sie daher als nicht in den Anhang IX aufgenommen. Dies ist konsequent, zumal diese Stoffe nicht förderungswürdig sind, was sich u.a. an der Obergrenze in Art. 26 Abs. 1 UAbs. 1 RED III von maximal 7 % oder dem Anteil von 2020 plus maximal einen Prozentpunkt und der in UAbs. 3 explizit geregelten Möglichkeit

der Mitgliedstaaten einer weiteren Absenkung dieser Obergrenze bis zum vollständigen Ausschluss zeigt.

Bei der Einschätzung, ob die Nutzung keine zusätzliche Flächennachfrage verursacht und der Gehalt an organischen Bodensubstanzen erhalten bleibt, kommt den Mitgliedstaaten ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Dieser ermöglicht es den Mitgliedstaaten, die Anrechenbarkeit für bestimmte Konstellationen unter Berufung auf Nachhaltigkeitsaspekte weiter zu begrenzen oder sogar auszuschließen.

b. Teilweise Nichterhöhung des Mindestanteils bei Annex IX-Erweiterung

Eine weitere in der Richtlinie selbst angelegte Möglichkeit, einzelne Stoffe des Anhangs IX Teil A von dem Mindestziel für fortschrittliche Biokraftstoffe/RFNBO zumindest teilweise auszuschließen, lässt sich der Regelung in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 5 RED III entnehmen.

Hiernach „können“ die Mitgliedstaaten bei einer Erweiterung des Anhangs IX Teil A ihren Mindestanteil an den aus diesen Rohstoffen hergestellten, fortschrittlichen Biokraftstoffen erhöhen. Hierzu sind sie aber nicht verpflichtet.

Eine Möglichkeit, die Förderung bestimmter in Anhang IX aufgeführter Rohstoffe zu beschränken, bestünde daher darin, dass ein Mitgliedstaat für diese Stoffe von der Befugnis zur Erhöhung des Mindestanteils absieht.

c. Einhaltung der Nachhaltigkeitskriterien des Art. 29 und deren Überwachung

Eine weitere sekundärrechtlich explizit geregelte Beschränkung der Anrechenbarkeit beinhalten die in Art. 29 RED III geregelten Nachhaltigkeitskriterien.

Biokraftstoffe können nur dann hinsichtlich ihres Beitrags zu den in Artikel 25 festgelegten Zielvorgaben berücksichtigt werden, wenn sie die in Art. 29 Abs. 2 bis 7 und 10 RED III festgelegten Nachhaltigkeitskriterien und die Kriterien für Treibhausgaseinsparungen erfüllen.²⁵

Dieser generelle Vorbehalt gilt auch für die in Anhang IX festgelegten Rohstoffe.

²⁵ Art. 29 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a RED III.

Im Zuge der jüngsten Novellierung der RED wurden die Nachhaltigkeitskriterien in Art. 29 Abs. 3, 4 und 6 in Bezug auf den Schutz von Flächen mit hohem Wert für die Biodiversität, Flächen mit hohem Kohlenstoffbestand und Waldflächen nochmals angepasst mit dem Ziel eines verstärkten Schutzes dieser Flächen.²⁶

In den neuen Art. 29 Abs. 7a und 7b RED III wird zudem die Erforderlichkeit der Kohärenz zwischen der Herstellung von Biokraftstoffen und den Klimaschutzrechtlichen Verpflichtungen unter der Verordnung (EU) 2018/841 (LULUCF-Verordnung) und der Verordnung (EU) 2018/1999 (Governance-Verordnung) betont.²⁷

Obwohl die in Art. 29 RED III geregelten Nachhaltigkeitskriterien abschließend harmonisiert sind,²⁸ eröffnen sie den Mitgliedstaaten aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe und Auslegungsspielräume zahlreiche Spielräume, um auf der Grundlage von Nachhaltigkeitsaspekten die Anrechnung einzelner Stoffe zu beschränken oder zu verbieten.

In der Praxis problematisch ist jedoch die Überwachung der Einhaltung dieser Nachhaltigkeitsanforderungen.²⁹

Diesbezüglich ist festzustellen, dass die RED III den Mitgliedstaaten weiterhin gewisse Spielräume bei der Überwachung der Nachhaltigkeitsvorgaben einräumt, welche diese zur verstärkten Betrugsbekämpfung nutzen können. Unter anderem werden die Mitgliedstaaten in Art. 30 Abs. 6 RED III dazu ermächtigt, nationale Systeme einzuführen, in deren Rahmen die Einhaltung der Kriterien für die Nachhaltigkeit und die Treibhausgasersparungen gemäß Art. 29 Abs. 2 bis 7, 10 RED III „entlang der gesamten Produktkette“ überprüft wird. Art. 30 Abs. 10 RED III ermächtigt die Mitgliedstaaten dazu, bei der Kommission die Prüfung der Einhaltung der Nachhaltigkeitskriterien in Bezug auf eine Quelle von erneuerbaren Brennstoffen zu beantragen.

²⁶Siehe hierzu Erwägungsgrund 83, 84 der Richtlinie (EU) 2023/2413.

²⁷ Siehe dazu Erwägungsgrund 85 der Richtlinie (EU) 2023/2413.

²⁸ Die Mitgliedstaaten dürfen keine eigenen Nachhaltigkeitskriterien festlegen, vgl. Art. 29 Abs. 12 RED III.

²⁹ Siehe etwa zum Problem des Imports von möglicherweise auf Basis von Palmöl hergestelltem Biodieseln die Antwort der Bundesregierung vom 11. Januar 2024 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU – Drucksache 20/9922, Drucksache 20/10099.

Um Betrugsrisiken zu mindern, wurde mit der RED III zudem durch Art. 31a eine von der Kommission einzurichtende Unionsdatenbank eingeführt.³⁰ Zudem wurden mit der Durchführungsverordnung (EU) 2022/996 die Prüfungsanforderungen bestimmter Zertifizierungsstellen verschärft und die Befugnisse für die öffentliche Aufsicht über die Zertifizierungsstellen ausgeweitet.

Die Mitgliedstaaten werden in den Erwägungsgründen der RED III dazu angehalten, diese erweiterten Möglichkeiten der öffentlichen Aufsicht zu nutzen.³¹

3. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten

Sofern man wie hier zu dem Ergebnis kommt, dass die RED III in Bezug auf die Umsetzung der Ziele des Art. 25 keine abschließende Harmonisierung enthält und den Ausschluss einzelner Rohstoffe des Anhangs IX aus der Anrechnung bzw. deren Beschränkung zulässt, stellt sich die Frage, inwiefern eine solche Maßnahmen mit den EU-Grundfreiheiten, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit, vereinbar ist.

a. Anwendungsbereich

Nach ständiger Rechtsprechung ist Art. 34 AEUV, der Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen bezüglich Waren zwischen den Mitgliedstaaten verbietet, auf alle nationalen Maßnahmen anwendbar, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.³²

Waren im Sinne des Art. 34 AEUV sind körperliche Sachen mit Geldwert, die Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.³³ Dies ist bei Biokraftstoffen, die aus den in Anhang IX RED III gewonnenen Stoffen gewonnen werden, der Fall. Sie sind regelmäßig Gegenstand (grenzüberschreitender) Handelsgeschäfte.

Rein innerstaatliche Sachverhalte fallen unstrittig nicht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten. Insofern müsste ein grenzüberschreitender Bezug gegeben sein.

³⁰ Erwägungsgrund 89 der Richtlinie (EU) 2023/2413.

³¹ Erwägungsgrund 89 der Richtlinie (EU) 2023/2413.

³² vgl. u. a. Urteile Dassonville, 8/74, EU:C:1974:82, Rn. 5, und PreussenElektra, EU:C:2001:160, Rn. 69.

³³ Haratsch/König/Pechstein, Europarecht, Rn. 880.

Wird vorsorglich angenommen, dass der grenzüberschreitende Bezug schon deswegen gegeben ist, weil Biokraftstoffe auf dem Europäischen Binnenmarkt gehandelt werden und eine Ausnahme der Anrechnung auf das Mindestziel, eine Anwendung eines niedrigeren Multiplikators oder eine Begrenzung der Anrechenbarkeit durch eine Obergrenze unterschiedslos auf alle Kraftstoffanbieter, auch auf solche aus einem anderen Mitgliedstaat, anwendbar wäre, bleibt im Folgenden zu prüfen, ob eine Beschränkung gegeben und diese wiederum gerechtfertigt ist.

b. Beschränkung

Ein Eingriff der Warenverkehrsfreiheit liegt vor im Falle einer staatlichen Maßnahme, die eine mengenmäßige Beschränkung der Einfuhr von Waren darstellt, sowie im Falle einer Maßnahme mit gleicher Wirkung.

Eine Maßnahme gleicher Wirkung ist jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den gemeinschaftlichen Handelsverkehr mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern. (EuGH, 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837). Während dies bei nationalen Regelungen, die zwischen inländischen und ausländischen Waren unterscheiden oder sich sonst unmittelbar auf das Produkt beziehen, die Einordnung als Beeinträchtigung auch speziell des zwischenstaatlichen Handels durchweg unproblematisch ist, kann dies bei sonstigen Regelungen, die sich dementsprechend auf das Inverkehr-Bringen eines Produkts nur indirekt auswirken, etwa den Vertrieb oder die Nutzung einer Ware betreffen, zweifelhaft sein.

Entfällt die Anrechenbarkeit bzw. wird die Anrechenbarkeit bestimmter Stoffe für Kraftstoffanbieter zur Erreichung ihrer Pflicht in der dargestellten Weise beschränkt, entfällt der Anreiz für den Handel mit diesen und setzt einen Anreiz für den Handel mit bestimmten Biokraftstoffarten, um die Treibhausgasminderungsquote zu erreichen, um beispielsweise der Festsetzung einer Abgabe (nach derzeitiger Rechtslage in Deutschland etwa § 37c Abs. 2 BImSchG) vorzubeugen. Da Biokraftstoffe auf dem Europäischen Binnenmarkt gehandelt werden, ergibt sich aus der Regelung potenziell eine Beschränkung des freien Warenverkehrs.

Zwar wirkt sich die Regelung zur Anrechnung nur mittelbar über die Schaffung von Anreizen auf den freien Warenverkehr aus. Auf die Unmittelbarkeit kommt es für die Maßnahme-eigenschaft allerdings nicht an. Der EuGH hat mehrfach darauf hingewiesen,

dass der innergemeinschaftliche Handelsverkehr, auch dadurch beeinträchtigt werden kann, dass ein Mitgliedstaat es versäumt, ausreichende Maßnahmen zur Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr zu treffen, die namentlich durch Handlungen von Wirtschaftsteilnehmern geschaffen, aber durch eine besondere Regelung des Mitgliedstaats ermöglicht wurden.³⁴

Der EuGH hat u.a. eine schwedische Regelung, die für Versorger und bestimmte Verbraucher eine Pflicht zum Halten einer bestimmten Menge von nach schwedischem Recht ausgegebenen Stromzertifikaten vorsah, als Beschränkung von Art. 34 AEUV angesehen (die Stromeinfuhren insbesondere von grünem Strom aus anderen Mitgliedstaaten zu behindern geeignet sei).³⁵

Im Fall *E.ON Biofor Sverige v. Statens energimyndighet* wurde eine schwedische Regelung, die die Einfuhr von Biogas aus dem EU-Ausland behinderte, als beschränkende Maßnahme eingeordnet, weil derartiges Biogas, das nicht aus einem eindeutig abgegrenzten Bereich wie dem schwedischen Gasleitungsnetz stammte, nicht angerechnet wurde.³⁶

Als Indiz für die Einordnung als Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit herangezogen werden kann auch, dass die Regelung einer Maximalquote im WTO-Recht als Handelsbeschränkung eingeordnet wird: Die Regelung einer Maximalquote betreffend bestimmter pflanzenbasierte Biokraftstoffe sowie eines Phase-Outs betreffend solche Stoffe mit hohem Risiko indirekter Landnutzungsänderung war zuletzt auch Gegenstand eines WTO-rechtlichen Streitbeilegungsverfahrens.³⁷ Das entscheidende Panel kam im Ergebnis zu der Wertung, dass die Regelung ein Hemmnis für den internationalen Handel darstellt.³⁸ Es sei unumstritten, dass der Markt für konventionelle Biokraftstoffe in der Union bestimmt werde durch das RED-Regime und eine Regelung einer Maximalquote sowie eines Phase-Outs bei der Anrechnung by design ein Handelshemmnis im Sinne des WTO-Rechts darstellten, weil eine solche Regelung den Bedarf und den Verbrauch dieser Stoffe determiniert. Das Panel hat sich der Rechtsansicht der Union, dass, wenn ein

³⁴ Vgl. in diesem Sinne Urteile *Åland Vindkraft*, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:37 Rn. 74, *Kommission/Frankreich*, C-265/95, EU:C:1997:595, Rn. 31, und *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333, Rn. 58.

³⁵ *Ålands Vindkraft AB v. Energimyndigheten* (EuGH, Urt. v. 01.07.2014, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:37).

³⁶ vgl. Schlussanträge des Generalanwalts *Sánchez-Bordona*, C-549/15, Rn. 74 f. [ECLI:EU:C:2017:25].

³⁷ DS600 - "EU and Certain Member States — Palm Oil (Malaysia).

³⁸ WTO, DS600, Rn. 7324., S. 137.

WTO-Mitglied einen Markt für bestimmte Produkte schaffe, eine Begrenzung des Zugangs zu diesem Markt für bestimmte Biokraftstoffe kein Hemmnis darstellen könne, wenn dieser Markt insgesamt zur Förderung und nicht zur Beschränkung von Biokraftstoffen geschaffen worden ist, nicht angeschlossen.³⁹ Auch wenn das Streitbeilegungsverfahren selbstredend ein Handelshemmnis im WTO-rechtlichen Sinne betraf, sind die Wertungen dahingehend instruktiv, als dass die Argumentation auch auf den europäischen Binnenmarkt übertragen werden könnte.

Im Ergebnis kann (a) eine Ausnahme der Anrechnung auf das Mindestziel, (b) eine Anwendung eines niedrigeren Multiplikators oder (c) die Begrenzung der Anrechenbarkeit durch eine Obergrenze auf die von Kraftstoffanbietern zu erfüllende Treibhausgasminierungsquote potenziell eine Maßnahme gleicher Wirkung sein, die geeignet ist, den freien Warenverkehr zu beeinträchtigen.

c. Rechtfertigung

Nach ständiger Rechtsprechung kann eine nationale Regelung oder Praxis, die eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen darstellt, durch einen der in Art. 36 AEUV genannten Gründe des Allgemeininteresses oder durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt sein. Im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss in beiden Fällen die nationale Maßnahme geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zu seiner Erreichung erforderlich ist.⁴⁰

aa. Nicht-diskriminierender Charakter

Soweit eine Ausnahme nicht vom Vertrag vorgesehen ist, muss die Maßnahme, um Gegenstand der Rechtfertigung zu sein, nicht-diskriminierenden Charakter haben.⁴¹ Dieses Erfordernis würden Maßnahmen der besprochenen Art erfüllen.

bb. Geschriebene Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV

Art. 36 AEUV enthält die geschriebenen Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von

³⁹ WTO, DS600, Rn. 7328f, S. 138, und Rn. 7347, S. 141.

⁴⁰ vgl. u. a. Urteil Kommission/Österreich, C-524/07, EU:C:2008:717, Rn. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung.

⁴¹ Oppermann/Classen/Nettesheim, § 22 Rn 11.

Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert und des gewerblichen und kommerziellen Eigentums. Dieser Katalog ist abschließend und wird vom EuGH restriktiv ausgelegt⁴² und ist hier nicht einschlägig, insbesondere weil ein vorausgesetztes unmittelbares Bezwecken, anders als ein „zeitgleich auch Bezwecken“ im vorliegenden Fall nicht festgestellt werden kann

cc. Zwingende Erfordernisse

Nach ständiger Rechtsprechung können nationale Maßnahmen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern, jedoch auch durch zwingende Erfordernisse des Umweltschutzes gerechtfertigt sein.⁴³

Dabei kommt es letztlich darauf an, welcher Regelungszweck hinter der Maßnahme steht. So hat der EuGH in E.ON Biofor Sverige darauf hingewiesen, dass die streitgegenständliche Maßnahme (die ein Handelshemmnis für Biogas aus anderen Mitgliedsstaaten darstellte) ihrerseits, weil sie Teil eines größeren Maßnahmenbündels mit dem Ziel der Förderung von Biokraftstoffen, das im Ergebnis grundsätzlich dem Umweltschutz zu dienen bestimmt war, ihrerseits dem Umweltschutz diene.⁴⁴

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Nutzung erneuerbarer Energiequellen im Verkehrssektor dem Umweltschutz dienen soll, da sie laut RED-Methodik zur Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen beiträgt, die zu den Hauptursachen der Klimaänderungen zählen, zu deren Bekämpfung sich die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten verpflichtet haben.⁴⁵

Zudem geht aus Art. 194 Abs. 1 Buchst. c AEUV hervor, dass die Entwicklung erneuerbarer Energiequellen zu den Zielen gehört, an denen sich die Energiepolitik der Union zu orientieren hat.

⁴² Case C-120/95 Decker [1998] ECLI:EU:C:1998:167; Case C-72/83 Campus Oil [1984] ECLI:EU:C:1984:256.

⁴³ Vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Österreich, EU:C:2008:717, Rn. 57 und die dort angeführte Rechtsprechung.

⁴⁴ Vgl. EuGH, E.ON Biofor Sverige, ECLI:EU:C:2017:490, Rn. 85.

⁴⁵ Vgl. in diesem Sinne Urteil PreussenElektra, EU:C:2001:160, Rn. 73, Ålands Vindkraft, ECLI:EU:C:2014:2037, Rn 78, E.ON Biofor Sverige, ECLI:EU:C:2017:490, Rn. 78.

Dieses Ziel ist, wie sich unter anderem aus Erwägungsgrund 76 der Richtlinie (EU) 2023/2413 ergibt, mit breiter gefassten Umweltzielen in Einklang zu bringen. Dort wird ausgeführt, dass es im Rahmen der Förderung erneuerbarer Energie unabdingbar sei, zu breiter gefassten Umweltzielen beizutragen, insbesondere was die Prävention eines weiteren Verlusts an biologischer Vielfalt betrifft, der durch indirekte Landnutzungsänderungen für die Erzeugung bestimmter Biokraftstoffe, flüssiger Biobrennstoffe und Biomasse-Brennstoffe verschärft werde. Der Beitrag zu diesen Klima- und Umweltzielen sei seit langer Zeit ein großes generationenübergreifendes Anliegen der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger und der Gesetzgebungsorgane der Union. Die Union solle daher diese Brennstoffe in Mengen fördern, mit denen für Ausgewogenheit zwischen dem notwendigen Anspruchsniveau und dem Erfordernis, keinen Beitrag zu direkten und indirekten Landnutzungsänderungen zu leisten, gesorgt wird.

Somit sind Maßnahmen, die dem Umweltschutz beispielsweise mit dem Ziel des Erhalts biologischer Vielfalt dienen, solche, die ein legitimes Ziel verfolgen.

Weiterhin stellt ein betrugsresistenter Vollzug einen Grundpfeiler einer effektiv umgesetzten Umweltpolitik dar und ist somit als Bestandteil des oben dargelegten zwingenden Erfordernisses des Umweltschutzes anzusehen.

In diesem Zusammenhang ist es wichtig darauf hinzuweisen, dass der EuGH ausreichende Evidenz für die behauptete Gefahr fordert. So hat der EuGH in einigen Fällen keine ausreichende Grundlage für die Behauptung erkennen können, dass der Rechtfertigungsgrund des Umweltschutzes einschlägig sei.⁴⁶ Insofern müssen für die einschlägigen Stoffe Nachweise vorliegen.

Im Ergebnis ist das mit den vorgeschlagenen Maßnahmen verfolgte Ziel, die Nutzung erneuerbarer Energiequellen im Verkehrssektor auf eine Weise, die breitere Umweltschutzziele im Blick behält, zu fördern und dabei etwaig widerstreitende Umweltbelange miteinander in Einklang zu bringen, grundsätzlich geeignet, mögliche Behinderungen des freien Warenverkehrs zu rechtfertigen.

⁴⁶ Commission Notice , Guide on Articles 34 – 36 TFEU, C(2021) 1457, S. 49

d. Verhältnismäßigkeit

Weiterhin setzt eine Rechtfertigung der genannten nationalen Regelung voraus, dass sie den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit genügt, d. h., dass sie zur Erreichung des mit ihr verfolgten legitimen Ziels geeignet und erforderlich ist. Die jeweils zu treffenden Maßnahmen in Form von nationalen Regelungen müssten in ihrer konkreten Umsetzung diesem Gesichtspunkt Rechnung tragen.

aa. Geeignetheit

Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Ziels tauglich ist. Dabei kommt den Mitgliedstaaten ein Beurteilungsspielraum zu.

Eine Ausnahme von der Anrechnung bedenklicher Stoffe, eine Anwendung eines niedrigeren Multiplikators und eine Begrenzung der Anrechenbarkeit durch eine Obergrenze aus die Treibhausgasminderungsquote wären nach hier vertretener Ansicht geeignet, dem Umweltschutz zu dienen. Alle drei Maßnahmen zielen darauf ab, nachhaltigen Umweltschutz bei der Umsetzung der Förderung Erneuerbarer Energien im Verkehrssektor zu gewährleisten, und zwar indem sie Abhilfemechanismen für potenzielle Verlagerungseffekte, Risiken für Biodiversität und Betrugsrisiken schaffen.

bb. Erforderlichkeit

Erforderlich ist die Maßnahme, wenn Belastungen der Umwelt durch den Verkehr nicht mit gleichermaßen geeigneten Maßnahmen verringert werden können, die den freien Warenverkehr weniger beeinträchtigen. Die Maßnahme muss darüber hinaus nicht-diskriminierenden Charakter aufweisen und in einem transparenten Verfahren ergehen.⁴⁷ Zu fragen ist auch nach anderen möglichen Maßnahmen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH verstößt beispielsweise auch die Ablehnung der Anerkennung ausländischen Biogases gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn diese ohne entsprechende Berücksichtigung von Angaben und Unterlagen, die aus dem in den Herkunftsmitgliedstaaten eingerichteten Massenbilanzsystem stammen, erfolgt ist.⁴⁸

⁴⁷ EuGH, 22.10.98, C-184/96, "KOM/Frankreich".

⁴⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 22.06.2017, Rs. C-549/15, E. On Biofor Sverige AB, Rn. 99, E-CLI:EU:C:2017:490, NVwZ 2017, 1689

Für die in Rede stehenden Maßnahmen ist nicht ersichtlich, dass sich Probleme ergeben. Denkbare Alternativmaßnahmen wie etwa nationale Verbote, Importverbote stellen sogar eingriffsintensivere Maßnahmen dar.

Bezüglich der Binnendifferenzierung zwischen den drei besprochenen Maßnahmentypen ist die Frage ausschlaggebend, ob diese gleich wirksam sind. Es liegt auf der Hand, dass eine komplette Ausnahme der Anrechnung auf das Mindestziel eingriffsintensiver ist als eine Anwendung eines niedrigeren Multiplikators oder eine Begrenzung der Anrechenbarkeit durch eine Obergrenze. Gleichwohl dürfte sogar ein kompletter Ausschluss von der Anrechnung als erforderlich betrachtet werden, wenn es sich hierbei um die wirksamere Maßnahme handelt, z.B. weil schon eine quantitativ geringe Nutzung nicht hinnehmbare Umweltauswirkungen nach sich ziehen würde, die durch die Anwendung der Nachhaltigkeitskriterien nicht sicher ausgeschlossen werden können. Ermöglicht ein vollständiger Ausschluss von der Anrechenbarkeit einen effektiveren Umweltschutz, kann dieser als erforderlich betrachtet werden.

cc. Güterabwägung

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist darüber hinaus eine Güterabwägung vorzunehmen.⁴⁹ Zu begutachten sind dabei Gewichtigkeit des Schutzgutes und die Intensität der Maßnahme, sowie die Besonderheiten des Einzelfalles. In der Sache ist ein sachgerechter Ausgleich zwischen Europäischer Marktfreiheit und nationalen Gestaltungskompetenzen (bzw. bei privaten Beschränkungen, den Interessen dieser Privaten) zu finden. Daher werden mitgliedstaatlich definierte Allgemeininteressen, solange diese keinen wirtschaftlichen Charakter aufweisen, großzügig von der Rechtsprechung anerkannt.

Die besprochenen Maßnahmen haben den Umweltschutz zum Ziel, und stellen, weil sie den Bedarf an und den Verbrauch von bestimmten Biokraftstoffen im gesamten Verkehrssektor regeln, tendenziell intensive Maßnahmen dar. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass von der Anwendung geringerer Multiplikatoren oder einer Obergrenze eine weniger intensivere Wirkung ausgeht als von einer Nichtanrechnung.

⁴⁹ Schroeder in: Streinz, EUV, AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 36 AEUV, Rn. 56.

Auf der einen Seite steht also das sehr gewichtige Schutzgut Umweltschutz, aber auch eine nicht unerhebliche Maßnahmenintensität. Auf der anderen Seite stehen die Interessen der Privaten, die mit den betroffenen Stoffen handeln. Diese Interessen der Privaten, die mit den betroffenen Stoffen handeln, dürften allerdings weniger schwer wiegen, weil es durch die Maßnahmen lediglich zu einer "Nichtschaffung von Anreizen". Die Nichtschaffung von Anreizen kann aber nicht so schwer ins Gewicht fallen wie restriktive Verbote. So fällt die Güterabwägung nach hier vertretener Ansicht zugunsten der Maßnahmen aus.

e. Ergebnis

Im Ergebnis dürften bei einer den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren Ausgestaltung eine Ausnahme einzelner Stoffe des Anhangs IX von der Anrechnung auf das Mindestziel, eine Anwendung eines niedrigeren Multiplikators oder eine Begrenzung der Anrechenbarkeit durch eine Obergrenze auf die von Kraftstoffanbietern zu erfüllende Treibhausgasminderungsquote, wenn man den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten überhaupt als eröffnet betrachtet, als gerechtfertigte Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit gelten. Es würde sich keine Verletzung des Primärrechts ergeben.

4. Hilfsweise: Abweichung auf der Grundlage primärrechtlicher Schutzverstärkung

Sofern man entgegen der oben unter E.II.1. dargelegten Rechtsauffassung zu dem Ergebnis kommt, dass die RED III hinsichtlich der Anrechnung von Stoffen des Anhang IX abschließende, vollharmonisierte Vorgaben trifft, käme eine Abweichung – vorbehaltlich der unter E.II.2. besprochenen sekundärrechtlich explizit geregelten Abweichungskompetenzen – nur unter den Bedingungen der Schutzverstärkungsklauseln der Art. 193 AEUV bzw. Art. 114 Abs. 4 bis 6 AEUV in Betracht.

a. Abgrenzung von Art. 193 AEUV und Art. 114 Abs. 4 bis 6 AEUV

Sowohl Art. 193 AEUV als auch Art. 114 Abs. 4 - 6 AEUV lässt unter bestimmten Voraussetzungen eine Schutzverstärkung zu, letzterer jedoch unter deutlich strengeren Bedingungen. Welche dieser Bestimmungen einschlägig ist, bestimmt sich nach der dem einschlägigen Sekundärrechtsakt zugrundeliegenden Kompetenzbestimmung.

Vorliegend ist eine eindeutige Zuordnung nicht möglich, da die RED III sowohl auf dem Binnenmarktkompetenztitel des Art. 114 AEUV, als auch auf dem Umweltkompetenztitel

des Art. 192 AEUV stützt. Zudem beruht die Richtlinie auf dem Energiekompetenztitel des Art. 194 Abs. 2 AEUV, für den eine nationale Schutzverstärkung im EU-Primärrecht nicht vorgesehen ist.⁵⁰

Wie im Falle einer Doppelabstützung eines Sekundärakts auf Art. 114 Abs. 1 und Art. 192 AEUV die einschlägige Schutzverstärkungsklausel zu bestimmen ist, wird in der Literatur uneinheitlich bewertet:

Teilweise wird dafür plädiert, dass in solchen Fällen immer der weniger streng ausgestaltete Art. 193 AEUV herangezogen werden kann; es sei denn, einzelne Bestimmungen des jeweiligen Rechtsakts sind ausdrücklich einer anderen Rechtsgrundlage zugeordnet.⁵¹ Hiernach wäre eine Heranziehung des Art. 193 AEUV zulässig.

Nach einer strengeren Auffassung muss differenziert betrachtet und durch Auslegung ermittelt werden, ob die gegenständliche Regel (vorliegend Artikel 25 in Verbindung mit Annex IX) auf Art. 114 oder auf 192 Abs. 1 AEUV gestützt ist. Ist eine Zuordnung nicht möglich, müssen die Vorgaben aller einschlägigen Kompetenzbestimmungen beachtet werden.⁵²

Nach beiden Auffassungen ist anzunehmen, dass eine Schutzverstärkung unter den weniger strengen Bedingungen des Art. 193 AEUV zulässig ist. Denn Sinn und Zweck der Regelung des Art. 25 der Richtlinie (EU) 2018/2001 ist vordergründig der Umwelt- und Klimaschutz, nicht jedoch die Ermöglichung und Erleichterung des grenzüberschreitenden Verkehrs von Biokraftstoffen.

Für die stärker dem Umweltschutz zuzuordnende Regelungstendenz spricht auch, dass die dem Regelungsansatz des Art. 25 der Richtlinie (EU) 2018/2001 zugrunde liegende Richtlinie 2003/30/EG, welche erstmals Regelungen zur Förderung der Verwendung von Biokraftstoffen oder anderen erneuerbaren Kraftstoffen im Verkehrssektor enthielt, noch auf den Umweltkompetenztitel des Art. 175 EGV (heute Art. 192 AEUV) gestützt war.

⁵⁰ Calliess/Ruffert/Calliess, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 194 Rn. 24-26; für die Möglichkeit einer Schutzverstärkung in Anlehnung an Art. 193 AEUV hingegen *Britz*, Klimaschutzmaßnahmen der EU und der Mitgliedstaaten, in: Schulze-Fielitz/Müller (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht, 2009, S. 71 (86); *Ruffert*, in: Hender/Marburger/Reiff/Schröder (Hrsg.), Energieversorgung und Umweltschutz, S. 13 (25 f.), der für eine Doppelabstützung auf Art. [192](#) und Art. [194](#) plädiert.

⁵¹ Epiney, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Auflage 2013, 5. Kapitel, Rn. 95.

⁵² von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 114 Rn. 215.

Demnach erscheint eine Schutzverstärkung unter den weniger strengen Bestimmungen des Art. 193 AEUV möglich.

b. Voraussetzungen des Art. 193 AEUV

aa. Schutzverstärkung

Nach Art. 193 AEUV können die Mitgliedstaaten "verstärkte Schutzmaßnahmen" beibehalten oder einführen. Anders als Art. 114 AEUV differenziert Art. 193 AEUV dabei nicht zwischen Beibehaltung und Neueinführung der Schutzmaßnahmen.

Eine solche Schutzverstärkung setzt erstens voraus, dass es bei den nationalen Bestimmungen um Anliegen des Umweltschutzes geht.⁵³

Das Vorliegen einer Schutzverstärkung impliziert zweitens, dass es um "verstärkende", nicht aber um "andere" Maßnahmen gehen muss. Der EuGH stellt in dieser Hinsicht darauf ab, ob die Maßnahme derselben Ausrichtung auf den Umweltschutz folgt, wie die fragliche Richtlinie oder im Einklang mit ihr steht.⁵⁴ Die nationale Maßnahme darf die im Unionsrechtsakt vorgesehenen Konzepte und Schutzmaßnahmen nicht "unterwandern", was dann anzunehmen wäre, wenn die Wirksamkeit des jeweiligen Unionsrechtsakts bzw. seiner Instrumente durch die in Frage stehende nationale Maßnahme beeinträchtigt wird.⁵⁵ Die nationalen Maßnahmen müssen "systemimmanent" sein und sowohl hinsichtlich ihres Ziels⁵⁶ als auch der Methoden mit den unionsrechtlichen Maßnahmen übereinstimmen.

Im vorliegenden Fall lässt sich die schutzverstärkende Wirkung einer nationalen Maßnahme, die umwelt- und klimaschädliche Rohstoffe von einer Anrechnung auf die Ziele des Art. 25 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2018/2001 ausschließt, bejahen.

bb. Verhältnismäßigkeit

Die Schutzmaßnahme muss zudem mit den (weiteren) Anforderungen des einschlägigen Sekundärrechts und dem Primärrecht, insbesondere dem Grundsatz der

⁵³ Epiney, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Auflage 2013, Kapitel 5 Rn. 98.

⁵⁴ EuGH, Urteil Deponiezweckverband Eiterköpfe, C-6/03, EU:C:2005:222, Rn. 41, 52;

⁵⁵ Epiney, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Auflage 2013, 5. Kapitel Rn. 98.

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 21. Juli 2011, C-2/10, Azienda Agro-Zootecnica.

Verhältnismäßigkeit, vereinbar sein.⁵⁷ Die Maßnahme muss daher zur Erreichung eines legitimen Zwecks (hier Umwelt- und Klimaschutz) geeignet und erforderlich sein und darf nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass es bei dem Ausschluss von der Anrechnung um die Verweigerung einer Privilegierung, nicht aber um die vollständige Versagung des Inverkehrbringens oder der Nutzung bestimmter Rohstoffe geht, stehen Verhältnismäßigkeitsaspekte nicht grundsätzlich entgegen (s. auch E. II. 3. d).

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 27. Juli 2011, C-2/10, Azeinda Agro Zootecnica.