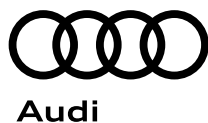


© Uniper Energy Storage GmbH

RECHTSGUTACHTEN

ZUM ORDNUNGS- UND ENERGIERECHTLICHEN RAHMEN EINES MARKTEINFÜHRUNGS- PROGRAMMS FÜR POWER-TO-X-TECHNOLOGIEN

Im Auftrag von:



A. Einleitung – ein Markteinführungsprogramm für Power-to-X

Eine Allianz aus Unternehmen und Verbänden, die Power-to-X-Anlagen herstellen oder Power-to-X-Produkte nutzen wollen bzw. an der Nutzung interessiert sind, setzt sich in einem Eckpunktepapier für regulatorische Maßnahmen ein, die eine Markteinführung von Power-to-X-Anlagen und Power-to-X-Produkten beschleunigen sollen. Insbesondere soll sichergestellt werden, dass die durch Power-to-X-Kraftstoffe aus erneuerbaren Energien im Straßen-, Luft- und Schiffsverkehr erzielten Treibhausgas-Einsparungen im nationalen und internationalen Recht umfassend berücksichtigt werden. Ferner soll das Inverkehrbringen von Power-to-X-Produkten durch einen zielgerichteten Innovationsbonus ermöglicht werden, der die effektive Vermeidung der Nutzung fossiler Energieträger und daraus resultierender Treibhausgas-Emissionen belohnt. Die Finanzierung des zeitlich befristeten Innovationsbonus soll aus Mitteln des Bundeshaushaltes erfolgen. Hinsichtlich der Einzelheiten verweisen wir auf das „Eckpunktepapier für ein Markteinführungsprogramm von Power-to-X-Technologien“.

Im Folgenden fassen wir zunächst unsere Ergebnisse zusammen (B.). Sodann stellen wir in einem kursorischen Überblick die wichtigsten aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen für Power-to-X in Deutschland dar (nachfolgend C.). Weiter gehen wir überblicksartig auf einzelne Aspekte der rechtlichen Ausgestaltung ein (D.) und die rechtliche Zulässigkeit eines Innovationsbonus ein (nachfolgend E.).

B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- 🕒 Bislang existieren in Deutschland und Europa nur wenige spezifische Regelungen für Power-to-X-Produkte. Ein einheitlicher, systematischer Rechtsrahmen im Sinne einer vom Gesetzgeber umgesetzten Strategie im Umgang mit Power-to-X-Produkten besteht nicht.
- 🕒 Die Elektrolyse zum Zweck der Erzeugung von Power-to-X-Produkten ist nach vorherrschender Rechtsauffassung unabhängig vom Nutzungspfad der Power-to-X-Produkte irreführender Weise als Letztverbrauch von Energie zu werten, obwohl die Energie in anderer Form weiter fortbesteht, also gerade noch nicht verbraucht ist. Aus der Einordnung als Letztverbrauch resultiert grundsätzlich eine Belastung mit verschiedenen energierechtlichen Entgelten, Umlagen und Abgaben. Die bestehenden rechtlichen Regelungen sehen lediglich vereinzelt Ausnahmen von den Letztverbraucherabgaben vor. Zudem können bei der weiteren Verbreitung oder Nutzung der erzeugten Power-to-X-Produkte weitere Belastungen entstehen, etwa für die Nutzung des Erdgasnetzes, die Energiesteuer o.ä. (Doppelbelastung).
- 🕒 Die bestehenden Regelungen im deutschen und europäischen Recht, die Power-to-X-Anlagen und -produkte berücksichtigen, sind von überschaubarer Anzahl, lückenhaft und wenig

konsistent. Regelungen zur gezielten und effektiven Förderung von Power-to-X-Produkten existieren derzeit in keinem der maßgeblichen Sektoren. Die durch den Einsatz von regenerativ erzeugten Power-to-X-Produkten erzielbaren Treibhausgaseinsparungen finden im geltenden Rechtsrahmen nur bei der Anrechnung von Power-to-X-Kraftstoffen auf die Biokraftstoffquote Berücksichtigung.

- 🕒 Aus rechtlicher Sicht fehlt es insoweit an einem konsistenten Rahmen, der die Funktion von Power-to-X-Anlagen als Bindeglied zwischen den Sektoren Strom, Gas, Wärme, Verkehr und Industrie hinreichend berücksichtigt und der eine rechtsklare und allgemeinverständliche Grundlage für Power-to-X-Anlagen bietet. Die bisherige ausschließliche Fokussierung des bestehenden Rechtsrahmens auf einzelne Sektoren und die damit verbundenen rechtlichen Grenzen müssen überwunden und beseitigt werden, damit Power-to-X-Anlagen und – Produkte ihr Potenzial im Hinblick auf die Transformation der Energiewirtschaft entfalten können.
- 🕒 Die Einführung eines Fördersystems für Power-to-X-Produkte ist rechtlich zulässig. Es ist möglich, das Fördersystem so auszugestalten, dass es den europarechtlichen und haushaltsrechtlichen Anforderungen entspricht.

C. Rechtlicher Rahmen für Power-to-X

I. Erzeugung: Belastung des Stromverbrauchs mit Abgaben und Umlagen

Sämtliche Power-to-X-Anlagen gelten nach dem deutschen Energierecht derzeit als Letztverbraucher.¹ Dies gilt auch dann, wenn die Umwandlung von Strom in einen anderen Energieträger letztlich nur der Zwischenspeicherung von Energie dient und der „eigentliche Letztverbrauch“ der Energie in einem weiteren Umwandlungsvorgang erfolgt. Selbst in dem Fall, dass aus dem Power-to-X-Produkt erneut Strom erzeugt wird, gilt bereits die zum Zweck der Zwischenspeicherung erfolgende Umwandlung als Letztverbrauch.

Aus dieser Wertung als Letztverbrauch folgt grundsätzlich die Belastung des gesamten genutzten Stroms mit verschiedenen energierechtlichen Entgelten und Umlagen (z.B. EEG-Umlage, Netzentgelte, KWK-Umlage, Stromsteuer). Wird das Power-to-X-Produkt dann dem eigentlichen Letztverbrauch zugeführt, droht eine erneute und damit doppelte Belastung, etwa mit der Energiesteuer.

¹ Vgl. § 3 Nummer 25 EnWG, § 3 Nummer 33 EEG 2017 sowie die zu den im Zusammenhang mit Pumpspeicherkraftwerken ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 17. November 2009, EnVR 56/08).

Von dem Grundsatz, dass der für die Erzeugung von Power-to-X-Produkten genutzte Strom mit den Letztverbraucherabgaben belastet wird, finden sich einzelne Ausnahmen im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG):

- 🕒 Auf den Bezugsstrom von Elektrolyseuren und Methanisierungsanlagen sind keine Netzentgelte zu zahlen.² Die Netzentgeltbefreiung ist jedoch zeitlich befristet³ und gilt nur für das eigentliche Netzentgelt, nicht jedoch für die netzentgeltgebundenen Abgaben und Umlagen (etwa KWK-Umlage, § 19 StromNEV-Umlage, Offshore-Haftungsumlage etc.).⁴
- 🕒 Auf den zur Erzeugung von Speichergas aus erneuerbaren Energien genutzten Strom ist keine EEG-Umlage zu zahlen. Das gilt aber nur in dem Umfang, in dem das Speichergas erneut rückverstromt wird und soweit für den auf diese Weise dann erneut erzeugten Strom die EEG-Umlage gezahlt wird.⁵ Dabei kann das Speichergas auch massenbilanziell über das Gasnetz an einen anderen Ort transportiert werden.⁶
- 🕒 Zuletzt ist der für die Elektrolyse genutzte Strom von der Stromsteuer befreit.⁷ Dies gilt allerdings nur für den unmittelbar für die Elektrolyse genutzten Strom und nur, wenn der Betreiber des Elektrolyseurs ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes ist.

II. Regelungen zur Nutzung von Power-to-X-Produkten in Deutschland

Der geltende Rechtsrahmen setzt kaum Anreize für die Nutzung von Power-to-X-Produkten. Die aufgrund des Einsatzes von regenerativ erzeugten Power-to-X-Produkten in den verschiedenen Zielsektoren zu erzielenden Treibhausgasemissionen finden im geltenden Rechtsrahmen nur vereinzelt Berücksichtigung. Vielfach kommt es zu einer Ungleichbehandlung und Schlechterstellung von Power-to-Gas-Produkten im Vergleich zu anderen regenerativ erzeugten Brenn- und Kraftstoffen. Im Einzelnen:

- 🕒 Im Europäischen Emissionshandel werden die Treibhausgasemissionen der emissionshandlungspflichtigen Anlagen und Fahrzeuge grundsätzlich anhand der eingesetzten Menge an Brennstoffen ermittelt. Beim Einsatz von Biomasse gilt hier aus rechtlicher Sicht, dass

² § 118 Absatz 6 Satz 1 und 7 EnWG. Zudem sind Elektrolyseure und Methanisierungsanlagen von den Einspeiseentgelten in das Gasnetz, an das sie angeschlossen sind, befreit.

³ Vgl. § 118 Absatz 6 Satz 1 EnWG.

⁴ Bei den netzentgeltbezogenen Abgaben und Umlagen handelt es sich nicht um Netzentgelte im Sinne des § 118 Absatz 6 EnWG. Vgl. auch Bundesnetzagentur, Beschluss vom 11. Dezember 2013, Az. BK4-13-739, S. 49; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. März 2016 – VI-3 Kart 17/15 (V).

⁵ § 61k Absatz 2 EEG 2017.

⁶ § 61k Absatz 2 EEG 2017.

⁷ § 9a Absatz 1 Nummer 1 StromStG.

diese als CO₂-neutral angesehen wird.⁸ Die beim Einsatz von Power-to-X-Produkten erzielbaren Einsparungen finden hingegen bislang keine Berücksichtigung.

- ☺ Für den internationalen Luftverkehr sieht das Treibhausgaskompensations- und Ausgleichschema (Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation – CORSIA)⁹ perspektivisch eine Förderung von nachhaltigen alternativen Treibstoffen vor. Bislang sind allerdings noch keine Festlegungen getroffen worden, die Rückschlüsse auf die Definition derartiger Treibstoffe und die konkreten Fördermaßnahmen zulassen würden.
- ☺ Auch das EEG setzt keine relevanten Anreize für die Nutzung von Power-to-X-Produkten. Seit 2012 enthält das EEG zwar eine Definition des Begriffes „Speichergas“, die Wasserstoff und synthetisches Gas aus erneuerbaren Energien umfasst.¹⁰ Nur dann aber, wenn regenerativ erzeugtes Speichergas nach der Einspeisung ins Erdgasnetz zur Strom- und Wärmeerzeugung in KWK-Anlagen genutzt wird, wird das aus dem Erdgasnetz entnommene Gas unter bestimmten Voraussetzungen¹¹ rechtlich wie das zuvor an einem anderen Punkt des Netzes eingespeiste Speichergas behandelt.¹² Bei der Wiederverstromung des Speichergases besteht dann für die in das Stromnetz eingespeisten Strommenge ein Anspruch auf eine Förderung nach dem EEG in der Höhe des Anspruchs, die bei einer Einspeisung des regenerativen Stroms je kWh ohne die Zwischenspeicherung bestanden hätte. Die mit der Erzeugung, dem Transport und der Verstromung des Speichergases verbundenen Mehrkosten werden in der Förderhöhe allerdings nicht berücksichtigt. Die Regelung setzt damit bislang keinen hinreichenden Anreiz für die Wiederverstromung des Speichergases.
- ☺ Zudem enthält das EEG 2017 eine Regelung, nach der die Betreiber größerer EEG-Anlagen ihren Förderanspruch für den in das Stromnetz eingespeisten Strom für ein ganzes Kalenderjahr

⁸ Zudem sind Anlagen, die ausschließlich Biomasse einsetzen, vom Anwendungsbereich des Emissionshandels ausdrücklich ausgenommen, vgl. Nummer 1 des Anhangs I zur Emissionshandelsrichtlinie.

⁹ Hierbei handelt es sich um einen Beschluss der Internationalen Zivilluftfahrtorganisation (ICAO – International Civil Aviation Organisation) vom 6. Oktober 2016. CORSIA sieht vor, dass Luftfahrtbetreiber ab dem Jahr 2021 ihre zusätzlichen CO₂-Emissionen durch Projektgutschriften (sog. Offset-Zertifikate) kompensieren. Die Europäische Kommission prüft, ob aufgrund von CORSIA auch weiterhin auf eine Einbeziehung von internationalen Flügen von und nach Europa in den Europäischen Emissionshandel verzichtet werden kann.

¹⁰ Nach § 3 Nummer 42 EEG 2017 ist Speichergas „jedes Gas, das keine erneuerbare Energie ist, aber zum Zweck der Zwischenspeicherung von Strom aus erneuerbaren Energien ausschließlich unter Einsatz von Strom aus erneuerbaren Energien erzeugt wird.“

¹¹ Zu den Voraussetzungen zählt unter anderem, dass die Menge des entnommenen Gases im Wärmeäquivalent am Ende eines Kalenderjahres der an anderer Stelle eingespeisten Menge entspricht (§ 44b Absatz 5 Nummer 1 EEG 2017). Der Nachweis muss mittels sogenannter Massenbilanzsysteme geführt werden (§ 44b Absatz 5 Nummer 2 EEG 2017).

¹² § 44b Absatz 5 EEG 2017.

verlieren, wenn sie – außerhalb enger Ausnahmen¹³ – ihren Strom zur Eigenversorgung nutzen (sog. Eigenversorgungsverbot).¹⁴ Da der Stromeinsatz im Elektrolyseur als Letztverbrauch gewertet wird, kann der Anlagenbetreiber also selbst keinen Elektrolyseur im direkten Zusammenhang mit seiner Anlage betreiben, ohne dass er seinen Förderanspruch für seinen überschüssigen Strom verliert. Auch hierin liegt ein Hemmnis für dezentrale Power-to-X-Konzepte, mit denen Anlagenbetreiber ihre Anlage markt- und systemorientierter betreiben könnten. Dass der „Verbrauch“ im Elektrolyseur zudem mit der EEG-Umlage belastet ist, wenn er nicht vollständig rückverstromt und ins Stromnetz eingespeist wird, wurde bereits dargestellt.

- ☉ Die Nutzungspflicht nach dem Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz kann bislang nicht durch den Einsatz von Power-to-X-Produkten erfüllt werden. Gleiches gilt für die Anforderungen an die energetische Effizienz von Gebäuden entsprechend Energieeinspargesetz und -verordnung.
- ☉ Ab dem Jahr 2018 können zwar auch strombasierte Kraftstoffe auf die Treibhausgasminderungsquote¹⁵ angerechnet werden.¹⁶ Die Voraussetzungen sind dabei jedoch sehr eng gefasst und die Anforderungen an Power-to-Gas sind deutlich höher als die Regelungen zur Gleichstellung von Power-to-Gas mit Biomethan im Energiewirtschaftsgesetz.¹⁷ Die Anrechnung gilt nicht nur für strombasierte Kraftstoffe aus erneuerbaren Energien, sondern im Grundsatz auch für solche, die unter Nutzung von z.B. Kohlestrom erzeugt worden sind.¹⁸ Voraussetzung für die Anrechnung von strombasierten Kraftstoffen aus erneuerbaren

¹³ Da Power-to-X-Anlagen regelmäßig selbst das Power-to-X-Produkt nicht rückverstromen, gilt für sie etwa die besondere Ausnahme nicht, dass der Strom zur Eigenversorgung in Anlagen im Sinne des EEG verbraucht werden darf, die über denselben Netzverknüpfungspunkt ans Stromnetz angeschlossen sind, vgl. § 27a Nummer 1 EEG 2017. Denn um als Anlage im Sinne des EEG zu gelten, wäre erforderlich, dass die jeweilige Anlage die zwischengespeicherte Energie aus der EEG-Anlage auch wieder in elektrische Energie umwandelt, vgl. § 3 Nummer 1 Halbsatz 2 EEG 2017.

¹⁴ Vgl. §§ 27a, 52 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 und Satz 3 EEG 2017. Das Eigenversorgungsverbot gilt für alle Anlagen, die nach § 22 EEG 2017 an einer Ausschreibung teilnehmen müssen, also Windenergie- und Solaranlagen mit einer installierten Leistung über 750 kW und Biogasanlagen mit einer installierten Leistung über 150 kW (bzw. bestehende Biomasseanlagen, die nach § 39f ausnahmsweise an einer Ausschreibung teilnehmen können).

¹⁵ Vgl. §§ 37a bis g des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG).

¹⁶ Siehe die Verordnung zur Anrechnung von strombasierten Kraftstoffen und mitverarbeiteten biogenen Ölen auf die Treibhausgasquote (kurz: 37. BImSchV) vom 15. Mai 2017, die zum 1. Januar 2018 in Kraft treten wird. Der für die Elektrolyse und die Methanisierung genutzte Strom darf dabei nicht biogenen Ursprungs sein.

¹⁷ Siehe unten.

¹⁸ Vgl. Anlage 1 zur 37. BImSchV, die als Rohstoffquelle und Verfahren auch die folgenden beiden Möglichkeiten anführt: „Vollständig durch aus Kohle gewonnenem Strom gespeiste Elektrolyse“ und „Vollständig durch aus Kohle gewonnenem Strom gespeiste Elektrolyse, sofern bei der Gewinnung der Kohle das CO₂ aus Prozessemissionen abgeschieden und gespeichert worden ist“. Die auf diese Weise erzeugten Kraftstoffe sind zwar keine erneuerbaren Kraftstoffe im Sinne der Begriffsbestimmung in § 2 Absatz 2 37. BImSchV. Nach § 3 Absatz 1 Nummer 1 37. BImSchV wird die Verpflichtung zur Minderung von

Energien ist, dass der für die Elektrolyse und die Methanisierung genutzte Strom nicht biogenen Ursprungs ist. So muss der Strom im Regelfall über eine Direktleitung, also ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung, zum Elektrolyseur gelangen.¹⁹ Ein Bezug des Stroms aus dem Netz der allgemeinen Versorgung ist hingegen nur zulässig, wenn sich die Power-to-X-Anlage im Netzausbaubereich nach § 36c Absatz 1 EEG 2017 befindet und ausschließlich auf Grundlage eines Vertrages über Maßnahmen zur Gewährleistung der Netzstabilität nach § 13 Absatz 6 EnWG betrieben wird. Es muss sich mithin um eine Anlage handeln, die im Rahmen einer vom Übertragungsnetz durchgeführten Ausschreibung als „ab- oder zuschaltbare Last“ kontrahiert worden ist. Zudem werden die in der Verordnung festgelegten CO₂-Standardemissionswerte als deutlich zu hoch kritisiert. Es wird daher aktuell davon ausgegangen, dass auch die endlich geschaffene Möglichkeit der Anrechnung von Power-to-X-Kraftstoffen auf die Biokraftstoffquote keinen Anreiz für neue Projekte setzen wird.

- ☺ Bislang werden die mittels strombasierter Kraftstoffe zu erzielenden Treibhausgasminderungen nicht auf die CO₂-Flottenemissionen der Fahrzeughersteller angerechnet.²⁰ Allerdings werden Fahrzeuge mit besonders niedrigen CO₂-Emissionen mehrfach gewertet (sog. super credits).²¹ Hiervon profitieren nach derzeitigem Stand allerdings nur Elektro- und Brennstoffzellenfahrzeuge, nicht jedoch beispielsweise Erdgasfahrzeuge, die bilanziell mit aus dem Erdgasnetz entnommenem, aus erneuerbaren Energien erzeugtem Wasserstoff oder Methan betankt werden.
- ☺ Wasserstoff und synthetisches Gas gelten als Biogas, wenn diese Stoffe weit überwiegend aus erneuerbaren Energien gewonnen wurden.²² Aus der Gleichstellung mit Biogas folgt die Anwendung von privilegierenden Vorschriften der Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV) bei der Einspeisung und dem Transport von Wasserstoff und synthetischem Methan.²³ Hierbei ist

Treibhausgasemissionen jedoch auch durch Inverkehrbringen von Kraftstoffen erfüllt, die unter Nutzung von Kohlestrom hergestellt wurden.

¹⁹ Wobei dann wiederum das Eigenversorgungsverbot nach § 27a EEG 2017 zu beachten ist, siehe oben.

²⁰ In der Verordnung (EG) Nr. 443/2009 ist ein Grenzwert von 130g CO₂/km festgelegt, der bis 2021 auf 95 g CO₂/km abgesenkt wird.

²¹ Vgl. Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 443/2009, wonach bei der Berechnung der durchschnittlichen spezifischen CO₂-Emissionen jeder PKW der Flotte mit weniger als 50 g CO₂/km mit dem Faktor 1, 5 angerechnet wird. Die spezifischen CO₂-Emissionen berechnen sich gemäß der Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

²² § 3 Nummer 10c EnWG. Umfasst von der Definition ist auch „Wasserstoff, der durch Wasserelektrolyse erzeugt worden ist, und synthetisch erzeugtes Methan, wenn der zur Elektrolyse eingesetzte Strom und das zur Methanisierung eingesetzte Kohlendioxid oder Kohlenmonoxid jeweils nachweislich weit überwiegend aus erneuerbaren Energiequellen [...] stammen“. Nach der Gesetzesbegründung zu dieser Regelung soll das Kriterium „weit überwiegend“ dann erfüllt sein, wenn die eingesetzten Stoffe zu mindestens 80 Prozent aus Erneuerbaren Energiequellen stammen (Bundestags-Drucksache 17/6072, S. 50).

²³ Die Privilegien betreffen zum einen das Netzanschlussverfahren und die hier vorgesehene Begrenzung der vom Anschlussnehmer zu tragenden Kosten. Zum anderen betreffen die Privilegien auch die Bilanzierung in gesonderten Bilanzkreisen mit erweitertem Bilanzierungszeitraum und Flexibilitätsrahmen. Zuletzt wird

jedoch rechtlich nicht abschließend geklärt, wie im Einzelnen der Nachweis des überwiegenden Grünstromeinsatzes zu erbringen ist. Insbesondere werden durch diese Rechtsunsicherheit solche Power-to-X-Konzepte erschwert, in denen schon durch das Betriebskonzept sichergestellt ist, dass nur oder ganz überwiegend Grünstrom zum Einsatz kommt.

- ☉ Gemäß der Verordnung zur Einführung von Ausschreibungen zur Ermittlung der Höhe der Zuschlagszahlungen für KWK-Anlagen und für innovative KWK-Systeme (KWKAusV)²⁴ können Power-to-Heat-Anlagen möglicherweise im Rahmen sog. Innovationsausschreibungen zukünftig einen KWK-Zuschlag erzielen und eine längere Förderdauer erhalten.²⁵ Andere Power-to-X-Produkte finden in der KWKAusV hingegen keine Berücksichtigung.
- ☉ Eine weitere Fördermöglichkeit besteht für in sog. Netzausgebieten und im Zusammenhang mit KWK-Anlagen betriebene Power-to-Heat-Anlagen (zuschaltbare Lasten im Sinne des § 13 Absatz 6a EnWG). Zudem sollen künftig auch nach dem EEG Innovationsausschreibungen eingeführt werden.²⁶
- ☉ Bei der Nutzung von Power-to-X-Produkten als Kraftstoff oder zu Heizzwecken kommt es – nachdem bereits der für die Elektrolyse genutzte Strom mit Letztverbraucherabgaben, etwa der EEG-Umlage, belastet ist – zu einer erneuten Belastung mit Letztverbraucherabgaben (Doppelbelastung). Power-to-X-Produkte sind Energieerzeugnisse im Sinne des Energiesteuergesetzes, wenn sie zur Verwendung als Kraftstoff bestimmt sind. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um gasförmige (Power-to-Gas) oder flüssige (Power-to-Liquid) Kraftstoffe handelt. Sofern es sich um Kohlenwasserstoffe handelt – beispielsweise synthetisches Methan oder aus dem Erdgasnetz entnommenes Gas, das lediglich bilanziell der

den Transportkunden von Biogas ein Entgelt für vermiedene Netzkosten gezahlt. Sie sind überdies von den Einspeiseentgelten befreit (§§ 18 Absatz 1 Satz 3 und 19 Absatz 1 Satz 2 GasNEV; vgl. insoweit auch § 118 Absatz 6 Satz 8 EnWG). Vgl. zu alledem Teil 3 der GasNZV sowie etwa *Valentin*, Die Neufassung der GasNZV im Hinblick auf die Einspeisung von Biogas in Erdgasnetze, in: ZNER 6/2010, S. 548ff.; von *Bredow/Balzer*, Rechtsrahmen für Power-to-Gas: Eine aktuelle Bestandsaufnahme, et 2015, S. 72ff.

²⁴ Die Verordnung ist bereits beschlossen, aber noch nicht in Kraft getreten.

²⁵ Vorgesehen ist, dass es eine gesonderte Ausschreibung für sogenannte innovative KWK-Systeme geben wird. Innovative KWK-Systeme sind gemäß § 2 Nummer 9a KWKG „besonders energieeffiziente und treibhausgasarme Systeme, in denen KWK-Anlagen in Verbindung mit hohen Anteilen von Wärme aus erneuerbaren Energien KWK-Strom und Wärme bedarfsgerecht erzeugen oder umwandeln“. Innovative erneuerbare Wärme ist gemäß § 2 Nummer 12 KWKAusV erneuerbare Wärme aus Wärmetechniken, die eine Jahresarbeitszahl von mindestens 1,25 erreichen und weitere Voraussetzungen erfüllen. Diese Anforderung kann beispielsweise durch strombetriebene Wärmepumpen erfüllt werden. Der Einsatz von Strom aus erneuerbaren Energien ist insoweit keine Voraussetzung.

²⁶ Gemäß § 39j EEG 2017 führt die Bundesnetzagentur in den Jahren 2018 bis 2020 Innovationsausschreibungen für erneuerbare Energien zur Förderung netz- und systemdienlicher Anlagen durch.

an anderer Stelle eingespeisten Menge an Wasserstoff entspricht – ist auch die Verwendung zu Heizzwecken energiesteuerpflichtig.

D. Rechtliche Ausgestaltung eines CO₂-basierten Innovationsbonus

Für die konkrete Ausgestaltung des Innovationsbonus kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht.

I. Rechtsnatur

Ein CO₂-basierter Innovationsbonus kann mittels einer gesetzlichen Regelung eingeführt werden. Sollen nicht alle Einzelheiten in einem parlamentarisch beschlossenen Gesetz selbst geregelt werden, könnte eine Verordnungsermächtigung in das Gesetz aufgenommen werden. Bislang existiert keine Verordnungsermächtigung, welche die Bundesregierung oder ein Bundesministerium zum Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung ermächtigen würde.

Alternativ zu einer gesetzlichen Regelung erscheint es auch möglich, den Innovationsbonus in einer Verwaltungsvorschrift zu regeln. Diesen Weg hat die Bundesregierung etwa bei den „Richtlinien zur Förderung von Maßnahmen zur Nutzung erneuerbarer Energien im Wärmemarkt“ gewählt.

II. Zahlungsverpflichteter und administrative Abwicklung

Der Bonus soll nach dem Eckpunktepapier aus Mitteln des Bundeshaushaltes gewährt werden. Eine erneute spezifische Belastung der bereits mit der EEG-Umlage konfrontierten Stromkunden kann so vermieden werden.

Die Abwicklung des Markteinführungsprogramms wäre einer Bundesbehörde zuzuweisen. In Betracht käme hier insbesondere das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), das bereits mit der Abwicklung des Marktanzreizprogramms für erneuerbare Energien und des Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetzes beauftragt ist.

III. Orientierung des Innovationsbonus an den Treibhausgaseinsparungen

Nach dem Eckpunktepapier soll sich die Höhe des Innovationsbonus an den aufgrund des Einsatzes des Power-to-X-Produktes im jeweiligen Zielsektor vermiedenen Treibhausgasemissionen orientieren.

Es erscheint insoweit empfehlenswert, für die verschiedenen unter ausschließlicher Nutzung erneuerbaren Stroms erzeugten Power-to-X-Produkte (etwa Wasserstoff, synthetisches Methan, flüssige Kraftstoffe, Wärme) unabhängig vom konkreten Nutzungspfad eine bestimmte Menge von Treibhausgaseinsparungen zu unterstellen. Dieser Ansatz hätte den Vorteil, dass der Innovationsbonus unmittelbar an den Betreiber der Power-to-X-Anlage ausgezahlt werden könnte.

IV. Wechselwirkung mit bestehenden Instrumenten

Aus rechtspolitischen Gründen und vor dem Hintergrund des europäischen Beihilferechts sollte sichergestellt sein, dass es nicht zu einer Doppelförderung kommt. Vor diesem Hintergrund kann es – je nach Höhe der kumulativ gewährten Förderungen – erforderlich sein, eine wechselseitige Anrechnung vorzunehmen.

Etwaige Wechselwirkungen mit bestehenden Instrumenten zur Verringerung von Treibhausgasemissionen und zur Förderung der erneuerbaren Energien²⁷ sind im Blick zu behalten, bleiben – je nach konkreter Ausgestaltung des Innovationsbonus – jedoch in einem überschaubaren Rahmen.

E. Rechtliche Zulässigkeit eines Markteinführungsprogramms und eines CO₂-basierten Innovationsbonus

Ein Markteinführungsprogramm und eines CO₂-basierten Innovationsbonus begegnet – je nach konkreter Ausgestaltung – keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Da eine detaillierte juristische Bewertung der Zulässigkeit eines Innovationsbonus für Power-to-X erst möglich ist, wenn die Einzelheiten der Ausgestaltung feststehen, beschränken wir uns im Folgenden auf eine überblicksartige Darstellung der beihilfe- und haushaltsrechtlichen Anforderungen.

I. Zulässigkeit nach dem europäischen Beihilferecht

Zu unserer Überzeugung kann ein Markteinführungsprogramm für Power-to-X je nach konkreter Ausgestaltung mit dem europäischen Beihilferecht vereinbar sein. Das Markteinführungsprogramm könnte insbesondere mit dem Klimaschutz und der Förderung erneuerbarer Energien gerechtfertigt werden.

Der europarechtliche Beihilfebegriff ist grundsätzlich weit zu verstehen. Erfasst sind staatliche Mittel, die an Unternehmen vergeben werden, die dadurch eine Begünstigung erhalten, durch welche potentiell der Wettbewerb verfälscht werden und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann. Es dürfte grundsätzlich denkbar sein, dass ein entsprechend ausgestaltetes Förderprogramm unter diese Definition fällt.

Staatliche Beihilfen unterliegen europarechtlich einer strengen Kontrolle.²⁸ So enthält Artikel 107 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verschiedene Beihilfen,

²⁷ Dies betrifft insbesondere die Förderung erneuerbarer Energien, etwa über das Erneuerbare-Energien-Gesetz, das Marktanreizprogramm für erneuerbare Energien und das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz, daneben aber auch das ebenfalls auf die Verringerung der Treibhausgasemissionen zielende Recht der Energieeffizienz, etwa den Emissionshandel und die den Gebäudebereich betreffenden Regularien.

²⁸ Artikel 107 Absatz 1 AEUV enthält den Grundsatz, dass Beihilfen europarechtlich unzulässig sind, da sie mit dem freien Binnenmarkt unvereinbar sind. Artikel 107 Absatz 2 AEUV enthält einen Katalog verschiedener

die „als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden“ können, bei denen es also letztlich auf die Rechtfertigung der Beihilfe ankommt. Von diesen kommen vorliegend die folgenden Ausnahmetatbestände in Betracht:

- „b) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats;
- c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“

Ein Markteinführungsprogramm für Power-to-X-Technologien kann – je nach konkreter Ausgestaltung – mit dem Klimaschutz und der Förderung erneuerbarer Energien gerechtfertigt werden und insoweit nach Artikel 107 Absatz 3 lit. b oder c AEUV eine zulässige Beihilfe darstellen. So zeigt unter anderem der derzeit vorliegende Vorschlag der EU-Kommission für eine Neufassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie, dass die Förderung von Investitionen in die lokale und regionale Produktion von Energie aus erneuerbaren Quellen unter dem Einsatz von staatlichen Mitteln explizit gewollt ist.²⁹ Mit den „Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020“³⁰ existiert eine Art „Regelkatalog“ für die Prüfung nach Artikel 107 Absatz 3 lit. c AEUV. Die Kernprüfung der Europäischen Kommission ist dabei in Abschnitt 3, Nummer 23 der LUEB umschrieben:

„Staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen werden nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar erachtet, wenn die beihilferechtliche Würdigung anhand der in diesem Kapitel dargelegten gemeinsamen Grundsätze ergibt, dass die Beihilfen einen wesentlichen Beitrag zu den Umwelt- oder Energiezielen der Union leisten, ohne dass sie die Handelsbedingungen in einer dem gemeinsamen Interesse zuwider laufenden Weise verändern. (...)“

Zudem existieren grundsätzliche Ausnahmen von der Pflicht zur Anmeldung bei und zur Überprüfung durch die Kommission nach Artikel 108 AEUV.³¹ Unter bestimmten Voraussetzungen

Ausnahmen von dieser Grundregel, also Beihilfen, die grundsätzlich mit dem Binnenmarkt vereinbar und damit zulässig sind. Diese Ausnahmen dürften im Fall eines Markteinführungsprogramms für Power-to-X allerdings nicht greifen.

²⁹ Siehe zum Beispiel den Erwägungsgrund 3 im Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung) vom 23.2.2017.

³⁰ LUEB, Amtsblatt der Europäischen Union vom 28. Juni 2014, C 200/1, abrufbar hier: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0628%2801%29&from=EN>.

³¹ Nach Artikel 108 AEUV ist für die Kontrolle der bestehenden Beihilferegelungen die Europäische Kommission zuständig (Absatz 1), bei der jede beabsichtigte Beihilfe grundsätzlich zunächst zu melden und zur Überprüfung vorzulegen ist (Notifizierungsverfahren, Absatz 3). Die Kommission prüft also, ob eine Beihilfe mit den Vorgaben des Artikels 107 AEUV vereinbar ist. Kommt sie zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall ist, muss die Beihilferegelung aufgehoben oder umgestaltet werden (Absatz 2).

wird also davon ausgegangen, dass Beihilfen mit den europarechtlichen Vorgaben des Artikels 107 AEUV vereinbar sind.

Angesichts des Umfangs der geplanten Förderung dürfte das Vorliegen einer sogenannten De-minimis-Beihilfe³² zwar nicht in Betracht kommen.

Je nach Ausgestaltung kommt jedoch die Anwendung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)³³ in Betracht. Die Verordnung gilt unter anderem für Umweltschutzbeihilfen.

Umweltschutz ist dabei definiert als

„jede Maßnahme, die darauf abzielt, einer Beeinträchtigung der natürlichen Umwelt oder der natürlichen Ressourcen durch die Tätigkeit eines Beihilfeempfängers abzuwenden, vorzubeugen oder die Gefahr einer solchen Beeinträchtigung zu vermindern oder eine rationellere Nutzung der natürlichen Ressourcen einschließlich Energiesparmaßnahmen und die Nutzung erneuerbarer Energien zu fördern.“³⁴

Ob ein Markteinführungsprogramm für Power-to-X-Produkte als Umweltschutzbeihilfe in diesem Sinne verstanden werden kann, ist offen. Dafür spricht zunächst, dass die Förderung von Power-to-X-Produkten darauf zielt, die Nutzung erneuerbarer Energien zu fördern. Zweifel könnten jedoch im Hinblick darauf bestehen, dass Umweltschutzbeihilfen im Sinne der AGVO im Regelfall dazu dienen, das Umweltschutzniveau eines Unternehmens „im Rahmen seiner Tätigkeit“ zu verbessern.³⁵ Das Markteinführungsprogramm hingegen zielt darauf ab, überhaupt erst einen Anreiz für eine bestimmte unternehmerische Tätigkeit (Herstellung von Power-to-X-Produkten) zu setzen. Dies ändert aber freilich nichts daran, dass eine Rechtfertigung nach Art. 107 Absatz 3 AEUV auch aus anderen Gründen in Betracht kommen kann.

³² Hier geht es um solche Beihilfen, die von wirtschaftlich so geringer Bedeutung sind, dass nicht davon auszugehen ist, dass sie von hinreichender Bedeutung für den gesamteuropäischen Binnenmarkt sind. Vgl. im Einzelnen die sogenannte De-minimis-Verordnung (Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen).

³³ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Amtsblatt der Europäischen Union vom 26. Juni 2014.

³⁴ Art. 2 Nummer 101 AGVO.

³⁵ Vgl. Art. 36 Nummer 2 AGVO.

II. Wirtschaftlichkeitsgebot und Voraussetzungen für Zuwendungen

Ein aus Haushaltsmitteln des Bundes finanziertes Markteinführungsprogramm für Power-to-X müsste zudem den haushaltsrechtlichen Anforderungen entsprechen, insbesondere dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (sog. Wirtschaftlichkeitsgebot).

Der haushaltsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit geht zurück auf Artikel 114 Absatz 2 Grundgesetz, der den Grundsatz der Ordnungsmäßigkeit und der Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Verwaltung festschreibt. Konkretisiert wird das Wirtschaftlichkeitsgebot durch die Regelungen der BHO. § 7 BHO bestimmt insoweit, dass bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten sind. Diese Anforderungen können – je nach konkreter Ausgestaltung – ohne Weiteres eingehalten werden.

Die weiteren einzuhaltenden Voraussetzungen richten sich auch nach der Rechtsform, die den Anspruch auf den Bonus gewährt.

Handelt es sich um sogenannte Zuwendungen, sind beispielsweise die Voraussetzungen der §§ 23, 44 Bundeshaushaltsordnung (BHO)³⁶ einzuhalten. Zuwendungen sind Leistungen des Bundes an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke, an deren Erfüllung der Bund ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Zu unterscheiden ist insoweit zwischen institutioneller Förderung und Projektförderung.³⁷ Keine Zuwendungen sind beispielsweise Leistungen, auf die ein dem Grund und der Höhe nach unmittelbar durch Rechtsvorschrift begründeter Anspruch besteht.

Berlin, den 12. Oktober 2017

gez.
Dr. Florian Valentin
Rechtsanwalt

gez.
Dr. Hartwig von Bredow
Rechtsanwalt

³⁶ Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 8 Absatz 10 des Gesetzes vom 3. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2178) geändert worden ist

³⁷ Vgl. Nummer 2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) zu § 23 BHO vom 14. März 2001 (GMBI 2001, S. 307) in der Fassung des BMF-Rundschreibens vom 20. Dezember 2016 - II A 3 - H 1012-6/16/10002, DOK 2016/0931207.

IMPRESSUM

Gutachten im Auftrag der PTX-Allianz:

aireg - Aviation Initiative for Renewable Energy in Germany e.V.
AUDI AG
DVGW Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V.
Deutscher Wasserstoff-Brennstoffzellen Verband e.V.
ONTRAS Gastransport GmbH
Uniper Energy Storage GmbH

Erstellt von:

Rechtsanwalt Dr. Florian Valentin
Rechtsanwalt Dr. Hartwig von Bredow

von Bredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Littenstraße 105
10179 Berlin

www.vonbredow-valentin-herz.de

In Zusammenarbeit mit Johanssen + Kretschmer Strategische Kommunikation GmbH:

J+K Projektleitung:

Timo Bovi
Dr. Thies Clausen
Sybille Neuß

Johanssen + Kretschmer Strategische Kommunikation GmbH

Berliner Freiheit 2
D-10785 Berlin
T +49 (0) 30 520 00 57-0
F +49 (0) 30 520 00 57-77

www.jk-kom.de

Oktober 2017
