

Dienstag, 4. Februar 2020

---

**GUTACHTEN**

**im Auftrag der Hochschule für angewandte Wissenschaften (HAW)**

**JURISTISCHE MACHBARKEITSUNTERSUCHUNG IM RAHMEN DES PROJEKTES  
mySMARTLife**

---

RA Dr. Martin Schellenberg

RA Dr. Marco Garbers

RA Marc Philip Greitens, B.A., LL.B.

Heuking Kühn Lüer Wojtek

Neuer Wall 63, 20354 Hamburg

Telefon: 040/35 52 80 86

Telefax: 040/35 52 80 8

# Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	5
B. Sachverhalt.....	5
I. Windpark als Stromerzeuger .....	5
II. VHH als Letztverbraucher .....	6
III. Forschungsprojekt und Leitungsvorhaben .....	6
IV. Bestehende Vermarktungs- und Lieferbeziehungen .....	7
C. Auftrag und Aufgabenstellung .....	7
D. Rechtslage .....	7
I. Energiewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit der Leitung .....	7
II. Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten.....	8
1. „Eigenversorgungsmodell“ .....	8
a) Voraussetzungen der Eigenversorgung.....	8
aa) Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher.	9
(1) Anforderungen an den Anlagenbetreiber.....	9
(2) Anforderungen an den Letztverbraucher .....	9
(3) Zusammenführung von Anlagenbetrieb und Letztverbraucher .....	10
bb) Keine Nutzung des Netzes .....	10
cc) Unmittelbarer räumlicher Zusammenhang .....	10
(1) Auffassung der Bundesnetzagentur und der Clearingstelle EEG ....	10
(2) Gegenansichten und Klärung der Rechtslage in einem gerichtlichen Verfahren .....	13
dd) Zwischenergebnis .....	14
b) Wirtschaftliche Auswirkungen .....	14
aa) Mögliche Kosten der Umstrukturierung von Windpark und Betriebshof	14
14	
bb) Auswirkungen für den Betrieb des Windpark .....	14
(1) Entfall der Marktprämie für den zur Eigenversorgung genutzten Strom .....	14
(2) Gewährung der Marktprämie für den überschüssigen Strom .....	15
(3) Möglicherweise schlechtere Direktvermarktungskonditionen .....	15
cc) Auswirkungen für den Betrieb des Betriebshofs.....	15
(1) Ermäßigung der EEG-Umlage für den vom Windpark gedeckten Stromverbrauch .....	15

(a) Keine vollständige Befreiung von der EEG-Umlage nach § 61a EEG 2017 möglich.....	16
(b) Allenfalls Verringerung der EEG-Umlage nach § 61b EEG 2017 möglich .....	16
(2) Entfall des Einsparung des Netzentgelts und der mit der Netznutzung verbundenen Abgaben und Umlagen .....	16
(3) Mögliche Befreiung von der Stromsteuer .....	17
2. „Direktbelieferungsmodell“ .....	17
a) Voraussetzungen einer direkten Belieferung .....	17
b) Wirtschaftliche Auswirkungen .....	18
aa) Keine Kosten der Umstrukturierung von Windpark und Betriebshof	18
bb) Auswirkungen für den Betrieb des Windparks.....	18
(1) Kein Entfall der Marktprämie für den an die VHH gelieferten Strom	18
(2) Gewährung der Marktprämie für den überschüssigen Strom .....	18
(3) Möglicherweise schlechtere Direktvermarktungskonditionen .....	18
cc) Auswirkungen für den Betrieb des Betriebshofs.....	18
(1) Volle EEG-Umlage .....	18
(2) Entfall des Netzentgelts und der mit der Netznutzung verbundenen Abgaben und Umlagen .....	19
3. „Netznutzungsmodell“ .....	19
4. Getrennte Beschaffung und Vermarktung („Bestandsmodell“).....	19
5. Anpassungsbedürftigkeit bestehender Verträge .....	19
a) Vertrag über Direktvermarktung.....	19
b) Stromliefervertrag EVD – FHH.....	20
aa) Eigenversorgungsmodell.....	20
bb) Direktbelieferungsmodell.....	21
cc) Ergebnis .....	22
6. Vertragliche Ausgestaltung des Direktbelieferungsmodells .....	22

## Executive Summary

1. Eine Einsparung der EEG-Umlage durch die VHH für den Betriebshof durch ein **Eigenversorgungsmodell** lässt sich nach gegenwärtigem Stand wohl **nicht rechtssicher realisieren**. Die dafür erforderliche Eigenversorgung ist nach dem Gesetz nur zulässig, wenn die Stromerzeugung im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang des Betriebshofs erfolgt. Nach der bisherigen behördlichen Spruchpraxis ist davon auszugehen, dass jedenfalls die zwischen Betriebshof und Windpark verlaufende Autobahn diesen Zusammenhang unterbricht. Eine abschließende Klärung der Rechtslage erfordert möglicherweise die Führung eines gerichtlichen Rechtsstreits.
2. Ohne Weiteres rechtlich **umsetzbar** erscheint allerdings ein **Direktbelieferungsmodell**, bei dem sich die VHH von ReTec über die Direktleitung beliefern lässt. Hierdurch spart die VHH die Netzentgelte und die mit der Netznutzung verbundenen Abgaben und Umlagen. Die ReTec erhält im Rahmen der im EEG vorgesehenen Direktvermarktung nach wie vor die Marktpremie für den gesamten erzeugten Strom.
3. Ob das **Direktbelieferungsmodell** mit dem Bau einer Direktleitung im Vergleich mit dem Status Quo wirtschaftlich vorteilhaft wäre, sollte durch ein gesondertes **betriebswirtschaftliches Gutachten** geklärt werden.
4. **Anpassungsbedarf** besteht bei beiden Modellen in Bezug auf den **Direktvermarktungsvertrag** des Windparkbetreibers. Die ReTec ist momentan verpflichtet, den im Windpark produzierten Strom nahezu vollständig an ihren Direktvermarkter zu liefern.
5. Es ist denkbar, dass der von der VHH nicht abgenommene "Reststrom" des Windparks nur zu **schlechteren Konditionen direkt vermarktet** werden kann und ReTec hierdurch höhere Kosten hat.
6. Möglicherweise bedürfen auch die zur Belieferung des Betriebshofs abgeschlossenen **Stromlieferverträge** einer **Anpassung bzw. Beendigung**.
7. Das Direktbelieferungsmodell sollte vertraglich derart ausgestaltet werden, dass die ReTec sich verpflichtet, Strom **nach Verfügbarkeit** des Windparks **vorrangig** an die VHH zu liefern. Demgegenüber verpflichtet sich die VHH entsprechend, **ihren Bedarf** mit im Windpark erzeugten Strom **zu decken**.
8. Eine (theoretische) **Alternative** zum Status Quo ergibt sich aus dem sog. **Netznutzungsmodell**: Es wird keine Direktleitung zum Betriebshof gebaut. Im Gegensatz zum Eigenversorgungs- und Direktlieferungsmodell wird keine direkte physische Stromlieferung vereinbart, sondern lediglich die Abnahme einer bestimmten Strommenge. Die ReTec liefert der VHH Strom über das bestehende öffentliche Netz.

## A. Einleitung

Gegenstand dieses Gutachtens ist die Prüfung der rechtlichen Machbarkeit der direkten Stromversorgung einer Ladestation für E-Busse aus einem nahegelegenen Windpark.

Hintergrund hierzu ist folgender:

Im Rahmen des durch die Europäische Kommission geförderten Smart-City-Forschungsprojektes „mySMARTLife“ wird erwogen, im Hamburger Bezirk Bergedorf eine Leitung zwischen dem Windpark Curslack („**Windpark**“) und dem Betriebshof der Verkehrsbetriebe Hamburg Holstein GmbH („**VHH**“) zu verlegen (im Folgenden „**die Leitung**“), um die E-Busse der VHH mittels des im Windpark erzeugten Stroms zu laden.

Die Hochschule für angewandte Wissenschaften (HAW) ist neben weiteren Institutionen aus Verwaltung, Wissenschaften und Forschung sowie lokal und international agierenden Unternehmen Teil des Hamburger Partnernetzwerkes des mySMARTLife-Projektes.

Ziel des Gutachtens ist es, der HAW eine Entscheidungsgrundlage im Hinblick auf die Umsetzung des geplanten Projektes zu geben.

## B. Sachverhalt

### I. Windpark als Stromerzeuger

Der Windpark wurde gemäß der am 20. April 2016 erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von fünf Windenergieanlagen im Ortsteil Curslack südöstlich der Anschlussstelle Hamburg-Bergedorf der Bundesautobahn A25 errichtet. Er wurde im Laufe des Jahres 2017 von der ReTec Zweite Betriebs UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG („**ReTec**“) in Betrieb genommen. Die fünf Anlagen haben eine Gesamtnennleistung von 12,6 MW.

Die Anlagen des Windparks erhalten eine Marktprämie in der gesetzlich gemäß § 46 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 46a Abs.1 S. 1 EEG 2017 bestimmten Höhe. Der Windpark ist nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 aufgrund seines Genehmigungs- und Inbetriebnahmezeitpunkts von der Teilnahme an den Ausschreibungen gemäß den §§ 28 ff. EEG 2017 befreit.

Der im Windpark erzeugte Strom wird gegenwärtig vollständig über das von der Stromnetz Hamburg GmbH errichtete Umspannwerk am Curslack Heerweg ins öffentliche Versorgungsnetz eingespeist. Auf dem Gelände des Windparks befindet sich ein Stromspeicher, das Speicherregelkraftwerk Curslack. Hierbei handelt es sich um ein gemeinsames Forschungsvorhaben von Vattenfall, der Nordex Energy GmbH und des Competence Center für Erneuerbare Energien und Energieeffizienz der HAW („CC4E“). Die Einrichtung ermöglicht dabei die steuerbare bedarfsgerechte Einspeisung. Nach unserem Kenntnisstand soll das Speicherregelkraftwerk nicht in die Direktversorgung des Betriebshofes einbezogen werden.

Gefördert wird der in die Forschung des Technologiezentrums Energie-Campus der HAW eingegliederte Windpark bereits durch das Projekt Norddeutsche Energiewende NEW 4.0. Es gibt nach unserem Kenntnisstand keine Auflagen der Fördermittelgeber, die berücksichtigt werden müssten.

## II. VHH als Letztverbraucher

Der Betriebshof der VHH befindet sich in einem Gewerbegebiet in Bergedorf (Bebauungsplan Bergedorf 77). Er liegt am Rande der Bebauung. Nach Süd-Osten wird das Gewerbegebiet begrenzt durch eine Grünfläche, hinter welcher die Bundesautobahn A 25 verläuft. Der Betriebshof ist von den Anlagen des Windparks zwischen ca. 750 und 1350 m entfernt.



## III. Forschungsprojekt und Leitungsvorhaben

Im Rahmen des mySMART-Life-Projektes soll nun eine physische Leitungsverbindung zwischen Windpark und Betriebshof der VHH geschaffen werden. Dafür soll unterirdisch eine Leitung verlegt werden, welche die zwischen Windpark und Betriebshof verlaufende Bundesautobahn A 25 kreuzt. Sonstige öffentliche Straßen werden dabei nach unserem Verständnis nicht für den Leitungsbau genutzt.

Das Smart-City-Forschungsprojekt mySMART-Life wird durch die Europäische Kommission mit dem Förderprogramm für Forschung und Innovation Horizon 2020 gefördert. Die Förderung erfasst nur die Planungsphase des Projektes.

#### **IV. Bestehende Vermarktungs- und Lieferbeziehungen**

Die ReTec vermarktet den Strom aus dem Windpark mit Hilfe der Trianel GmbH („**Trianel**“). Für die gelieferten Energiemengen erhält sie gemäß Ziffer 4.1 des Vertrages über die Vermarktung eine Vergütung in Form des Monatsmarktwertes. Die Berechnung des Monatsmarktwertes richtet sich nach Ziffer 2.2 der Anlage 1 zum EEG 2017. Zusätzlich zu der Vergütung durch Trianel bezieht die ReTec eine Marktprämie nach § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EEG 2017 von der Stromnetz Hamburg GmbH als Netzbetreiberin.

Der Betriebshof wird gegenwärtig durch die Energie Vertrieb Deutschland EVD GmbH („**EVD**“) mit Strom beliefert. Diese Belieferung erfolgt aufgrund einer Ausschreibung der Freien und Hansestadt Hamburg („**FHH**“). Uns liegen Verträge über die Belieferung und den Transport von elektrischer Energie u.a. zwischen der FHH und EVD vom 08.11. und 14.12.2018 ohne Anlagen vor (Los-Nr. 1: nicht leistungsbezogene Abnahmestellen aller Nutzungstypen, Los-Nr. 7: leistungsgemessene Abnahmestellen bestimmter Nutzungstypen). Wir bezeichnen beide Verträge, die teilweise wortgleich sind, zusammen als „**EVD-Stromlieferverträge**“. Es wird im Folgenden unterstellt, dass die VHH eine Vertragspartei der EVD-Stromlieferverträge gemäß der jeweiligen Anlage 1 (liegt uns nicht vor) ist und dass der Strombezug des Betriebshofs über die von den beiden Verträgen gemäß der jeweiligen Anlage 2 (liegt uns nicht vor) erfassten Abnahmestellen erfolgt. Die EVD-Stromlieferverträge laufen bis Ende 2022.

Die derzeitigen Stromkosten der VHH richten sich nach den jeweiligen Preisblättern der EVD-Stromlieferverträge. Den im Preisblatt zusammengefassten Entgelten sind die zwingend anfallenden Kosten für die Stromsteuer, EEG-Umlage, Entgelte für die Netznutzung und den Messstellenbetrieb einschließlich hierfür erforderlicher Dienstleistungen, die jeweils gültigen netzseitigen Abgaben und Umlagen sowie die Konzessionsabgabe hinzuzurechnen (vgl. § 7 Abs. 2 EVD-Stromlieferverträge).

#### **C. Auftrag und Aufgabenstellung**

Auftragsgegenstand ist die Prüfung der juristischen Machbarkeit des Projekts. Bestandteil des Gutachtens soll neben der juristischen Analyse des Ist-Zustandes (insbesondere bestehende Vertragsverhältnisse und regulatorischer Rahmen) ein Bericht zur zweckmäßigen Ausgestaltung des Projektes sein. Untersucht werden soll, welche Art der Direktversorgung möglich ist, um eine wirtschaftlich sinnvolle Ausgestaltung zu erreichen. Bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Ausgestaltung sollen vorwiegend die wirtschaftlichen Interessen der ReTec und der VHH an einer zumindest kostenneutralen Umsetzung des Projektes berücksichtigt werden.

Zudem soll die Erforderlichkeit von Vertragsanpassungen, die Notwendigkeit der Gründung einer „**Betreibergesellschaft**“ und das Vorliegen eines Arealnetzes geprüft sowie etwaige Haftungsrisiken des Windparkbetreibers aufgezeigt werden. Bau- und planungsrechtliche Fragen sind nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

#### **D. Rechtslage**

##### **I. Energiewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit der Leitung**

Besondere regulatorische Vorgaben nach dem Energiewirtschaftsrecht bestehen für den Bau und Betrieb einer Leitung zwischen dem Betriebshof der VHH und dem Windpark nicht. Die geplante Leitung, die direkt zwischen dem Windpark und dem Betriebshof der VHH verlaufen

soll, verbindet einen einzelnen Produktionsstandort für Strom (den Windpark) mit einem einzelnen Kunden (dem Betriebshof) zum Zwecke der direkten Versorgung. Daher handelt es sich um eine Direktleitung im Sinne des § 3 Nr. 12 EnWG.<sup>1</sup>

Bei dem Bau und Betrieb einer Direktleitung müssen lediglich die von der Stromnetz Hamburg GmbH als Netzbetreiberin festzulegenden und im Internet zu veröffentlichenden technischen Mindestanforderungen an deren Auslegung und Betrieb beachtet werden (vgl. § 19 Abs. 1 EnWG).

Weitergehende regulatorische Pflichten beim Betrieb der Leitung, etwa zum Anschluss Dritter (§ 17 EnWG), zur Gewährung eines Leitungszugangs für Dritte (§ 20 EnWG) oder zur Verwendung genehmigter Netzentgelte (§ 21 EnWG), bestehen nicht. Diese Regeln gelten nur für Energieversorgungsnetze. Eine Direktleitung, welche nur Erzeugungsanlagen mit einem Letztverbraucher verbindet, fällt nicht hierunter.<sup>2</sup>

Mangels Netzeigenschaft finden die Regelungen des § 110 EnWG zu geschlossenen Verteilernetzen (sog. Arealnetze) auf die Direktleitung ebenfalls keine Anwendung. Da die Netzregulierung des EnWG auf die Direktleitung ohnehin nicht anwendbar ist, kommt es auf den Privilegierungstatbestand des § 110 EnWG für die Netze von geografisch begrenzten Industrie- oder Gewerbegebieten u.ä. von vornherein nicht an.

## **II. Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten**

### **1. „Eigenversorgungsmodell“**

Als eine Möglichkeit der Ausgestaltung kommt zunächst das sog. „Eigenversorgungsmodell“ in Betracht, um die VHH von der EEG-Umlagepflicht nach § 61 EEG 2017 für den im Betriebshof verbrauchten Strom vollständig oder anteilig zu befreien.

#### **a) Voraussetzungen der Eigenversorgung**

Die Legaldefinition des § 3 Nr. 19 EEG 2017 definiert „*Eigenversorgung*“ wie folgt:

*„der Verbrauch von Strom, den eine natürliche oder juristische Person im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Stromerzeugungsanlage selbst verbraucht, wenn der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird und diese Person die Stromerzeugungsanlage selbst betreibt“.*

Erforderlich ist demnach eine Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher (dazu unter **aa**). Ferner darf keine Durchleitung durch ein Netz vorliegen (dazu unter **bb**). Außerdem muss ein unmittelbarer räumlicher Zusammenhang zwischen Windpark und Betriebshof bestehen (dazu unter **cc**).

---

<sup>1</sup> Vgl. *Boesche*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 39.

<sup>2</sup> Vgl. *Boesche*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 40.



## **aa) Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher**

Eine Eigenversorgung im Sinne des EEG 2017 setzt demnach zunächst eine Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher voraus. Fraglich ist, ob diese durch eine Umstrukturierung von Windpark und Betriebshof erreicht werden kann.

### **(1) Anforderungen an den Anlagenbetreiber**

Nach § 3 Nr. 2 EEG 2017 ist Betreiber einer Stromerzeugungsanlage, wer unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas nutzt. Gemeint ist damit nach der Gesetzesbegründung diejenige Person, welche

*„die Kosten und das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebes trägt und das Recht hat, die Anlage auf eigene Rechnung zur Stromerzeugung zu nutzen, also über den Einsatz der Anlage bestimmt bzw. zumindest bestimmenden Einfluss hat.“*

(BT-Drucks. 16/8148, S. 38)

Die Bundesnetzagentur stellt zusätzlich darauf ab, welche Person die tatsächliche Sachherrschaft über die Erzeugungsanlage innehat. Anlagenbetreiber kann jede natürliche oder juristische Person sein.<sup>3</sup> Diese muss nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes nicht mit dem Eigentümer der Anlage identisch sein und ist auch nicht notwendigerweise identisch mit der Person, die die Genehmigung für den Betrieb der Anlage erhalten hat.<sup>4</sup>

Unter diesen Gesichtspunkten gehen wir davon aus, dass gegenwärtig die ReTec als Betreiberin der Windenergieanlage anzusehen ist.

### **(2) Anforderungen an den Letztverbraucher**

Für das Tatbestandsmerkmal „*selbst verbrauchen*“ kommt es darauf an, dass der Betreiber der Stromerzeugungsanlage gleichzeitig auch Letztverbraucher im Sinne des § 3 Nr. 33 EEG 2017 ist, d.h. eine natürliche oder juristische Person, die Strom verbraucht. Dies setzt voraus, dass diese Person Betreiber der Stromverbrauchseinrichtung ist.<sup>5</sup> Um zu bestimmen, wer Betreiber der elektrischen Verbrauchsgeräte ist, kann wiederum auf die oben genannten Kriterien abgestellt werden: Betreiber der Stromverbrauchseinrichtung ist, wer die tatsächliche Herrschaft über die elektrischen Verbrauchsgeräte ausübt, ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt und das wirtschaftliche Risiko trägt.<sup>6</sup>

Für den Stromverbrauch des Betriebshofs ist damit gegenwärtig die VHH als Letztverbraucher anzusehen.

---

<sup>3</sup> Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, § 3 Rn. 43.

<sup>4</sup> Salje, EEG, § 5 Rn. 15.

<sup>5</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 05.07.2016 – 9 U 156/15, BeckRS 2016, 20728.

<sup>6</sup> Leitfaden der Bundesnetzagentur zur Eigenversorgung v. 20.06.2016, S. 24, abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen\\_Institutionen/ErneuerbareEnergien/EEGAufsicht/Eigenversorgung/Eigenversorgung-node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/EEGAufsicht/Eigenversorgung/Eigenversorgung-node.html), zuletzt abgerufen am: 09.12.2019.

### **(3) Zusammenführung von Anlagenbetrieb und Letztverbraucher**

Dem Gesetz kann nicht entnommen werden, dass der Letztverbraucher die Anlage selbst errichten muss und dass nur bei neuen Stromerzeugungsanlagen ein Einsatz im Rahmen der Eigenversorgung möglich ist. Es erscheint daher grundsätzlich zulässig, den bereits in Betrieb befindlichen Windpark durch eine Umstrukturierung mit dem Betrieb des Betriebshofs zusammenzuführen, um eine Eigenversorgung zu realisieren. Es bieten sich dabei die nachfolgenden drei Ausgestaltungsmöglichkeiten an:

1. Die VHH wird Betreiberin des Windparks.
2. Betreiberin des Betriebshofs wird die ReTec.
3. Es wird eine neue Gesellschaft gegründet, die sowohl den Windpark als auch den Betriebshof betreibt.

Die Gründung einer Betreibergesellschaft, die lediglich für den Betrieb des Windparks oder des Betriebshofs zuständig ist, ist hingegen nicht zielführend, denn sie würde an der Personenverschiedenheit nichts ändern. Den wirtschaftlichen Rahmen für eine Umstrukturierung müssten die ReTec und die VHH abstimmen, ggf. unter Einbeziehung ihrer Gesellschafter. Die sich hieraus ergebenden gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Fragen wären gesondert zu untersuchen.

#### **bb) Keine Nutzung des Netzes**

Weitere Voraussetzung einer Eigenversorgung ist, dass der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird. Der Begriff „Netz“ wird in § 3 Nr. 35 EEG 2017 als Gesamtheit der miteinander verbundenen technischen Einrichtungen zur Abnahme, Übertragung und Verteilung von Elektrizität für die allgemeine Versorgung definiert. Der Wortlaut „für die allgemeine Versorgung“ nimmt Bezug auf die Definition des § 3 Nr. 17 EnWG und erfasst damit nur die Fälle, in denen die Versorgung mit Energie grundsätzlich jedem Letztverbraucher offen steht und nicht von vornherein auf bestimmte Letztverbraucher beschränkt ist. Hiervon grenzt das Gesetz die Direktleitung gemäß § 3 Nr. 12 EnWG ab (siehe oben I.).

Die Nutzung einer Direktleitung stellt damit keine Durchleitung durch ein Netz gemäß § 3 Nr. 19 EEG 2017 dar.

#### **cc) Unmittelbarer räumlicher Zusammenhang**

Zudem ist eine Eigenversorgung nur dann anzunehmen, wenn zwischen dem Ort der Stromerzeugung und des Stromverbrauchs ein unmittelbarer räumlicher Zusammenhang besteht. Soweit ersichtlich liegt bisher keine Rechtsprechung zur Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals des EEG 2014/2017 vor.

### **(1) Auffassung der Bundesnetzagentur und der Clearingstelle EEG**

Die Bundesnetzagentur legt dieses Merkmal eng aus. In dem „Leitfaden zur Eigenversorgung“ der Bundesnetzagentur aus dem Juli 2016 heißt es:

*„Ein räumliches Nähe-Verhältnis setzt nach dem Wortsinn eine geringe räumliche Entfernung oder unmittelbare Umgebung voraus, wie dies typischerweise z.B. in demselben Gebäude oder auf demselben Grundstück gewährleistet ist. Der Begriff des Zusammen-*

hangs verdeutlicht zudem ein räumlich-funktionales Verständnis des Nähe-Verhältnisses. Die Anforderung der Unmittelbarkeit verstärkt wiederum die im Begriff des räumlichen Zusammenhangs angelegte Begrenzung zu einer **qualifizierten räumlich-funktionalen Nähe-Beziehung** zwischen der eigenen Erzeugung und dem eigenen Verbrauch. ...“<sup>7</sup>

[Hervorhebungen im Fettdruck im Original, Unterstreichungen hinzugefügt.]

Regelmäßig werden nach Auffassung der Bundesnetzagentur diese Anforderungen nur dann erfüllt, wenn Verbrauch und Erzeugung im Rahmen desselben Gebäudes oder Grundstücks oder zumindest auf einem zusammengehörigen und überschaubaren Betriebsgelände angesiedelt sind:

*„Ein unmittelbarer räumlicher Zusammenhang dürfte regelmäßig jedenfalls dann gegeben sein, wenn sich die Stromerzeugungsanlage und die Verbrauchsgeräte des potentiellen Eigenversorgers in bzw. auf demselben Gebäude befinden. Auch auf demselben Grundstück oder auf demselben, räumlich zusammengehörigen und überschaubaren Betriebsgelände wird typischer Weise noch von einem unmittelbaren räumlichen Zusammenhang auszugehen sein“*

[Hervorhebungen im Fettdruck im Original, Unterstreichungen hinzugefügt.]

Nach Auffassung der Behörde ist damit eine Erzeugung auf einem anderen Grundstück außerhalb des Betriebsgeländes des Letztverbrauchers besonders begründungsbedürftig. Der Umstand, dass der Windpark nicht auf dem Gelände des Betriebshofs gelegen ist, stellt damit bereits ein Indiz dar, welches gegen einen hinreichenden räumlichen Zusammenhang gemäß § 3 Nr. 19 EEG 2017 spricht. Da der Windpark auch keine funktionale oder räumliche Verbindung mit dem Betriebshof aufweist, fehlt es an Anhaltspunkten, welche ausnahmsweise eine andere Bewertung rechtfertigen könnten.

Aber selbst wenn die vorgenannten Anforderungen gegeben sein sollten, verneint die Bundesnetzagentur einen unmittelbaren räumlichen Zusammenhang, sofern der Ort der Erzeugung von dem Ort des Verbrauchs durch unterbrechende Elemente wie z.B. öffentliche Straßen oder weitere Grundstücke getrennt wird:

*„Der unmittelbare räumliche Zusammenhang kann im Sinne einer funktionalen, objektbezogenen Auslegung nicht nur durch **räumliche Distanzen**, sondern auch durch **unterbrechende Elemente** zwischen den Standorten der eigenen Erzeugung und des eigenen Verbrauchs gestört werden. So kann der unmittelbare Zusammenhang je nach den Gesamtumständen vor Ort beispielsweise durch öffentliche Straßen, Schientrassen, Bauwerke, Grundstücke sowie andere bauliche oder natürliche Hindernisse wie beispielsweise Flüsse oder Waldstücke unterbrochen sein.“<sup>8</sup>*

[Hervorhebungen im Fettdruck im Original, Unterstreichungen hinzugefügt.]

---

<sup>7</sup> Leitfaden der Bundesnetzagentur zur Eigenversorgung v. 20.06.2016, S. 36, abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen\\_Institutionen/ErneuerbareEnergien/EEGAufsicht/Eigenversorgung/Eigenversorgung-node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/EEGAufsicht/Eigenversorgung/Eigenversorgung-node.html), zuletzt abgerufen am: 09.12.2019.

<sup>8</sup> Leitfaden der Bundesnetzagentur, S. 36. Ähnlich *Schumacher*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 3 EEG 2017, Rn. 69.

Eine Bundesautobahn als besonders breite und verkehrsreiche Form der öffentlichen Straße wird damit nach Auffassung der Bundesnetzagentur wohl zwangsläufig ein unterbrechendes Element darstellen. Dies gilt erst recht, wenn – wie im vorliegenden Fall – noch zusätzlich ein weiteres Grundstück mit einer Grünfläche zwischen Erzeugungs- und Verbrauchsstelle liegt.

Zwar sieht der Leitfaden der Bundesnetzagentur vor, dass eine derartige Störung des räumlichen Zusammenhangs durch ein verbindendes Element aufgehoben werden kann:

*„Wird der Zusammenhang durch unterbrechende Elemente gestört, so kann die Störung in engen Grenzen durch räumlich-funktional stark **verbindende Bauwerke** mit offensichtlicher, funktional verbindender Bedeutung, wie bspw. Förderbänder, überwunden werden. Verbindungen z.B. über gemeinsam genutzte Versorgungseinrichtungen wie z.B. Strom- oder Telekommunikationsleitungen reichen dagegen nicht aus.“<sup>9</sup>*

Jedoch ist ein solches verbindendes Bauwerk nicht ersichtlich. Die als Beispiel genannten „Förderbänder“ legen es nahe, dass das Bauwerk einen funktionalen Zusammenhang mit dem Betrieb der Verbrauchsstelle haben muss, d.h. dass der Betriebshof seine Tätigkeit mittels des Bauwerks auf die andere Seite der Autobahn ausdehnen müsste. Weder besteht ein solches Bauwerk noch gibt es bisher Aktivitäten der VHH auf der anderen Seite der Autobahn.

Es ist für uns auch nicht erkennbar, wie man diese Anforderungen ohne signifikante bauliche und organisatorische Maßnahmen erfüllen könnte. Denkbar wäre allenfalls, dass der Betriebshof eine eigene Ladestation auf der anderen Seite der Autobahn in unmittelbarer Nähe zum Windpark errichtet und so eine zusätzliche Betriebsstelle errichtet. Ob dies praktikabel ist und die Anforderungen der Bundesnetzagentur erfüllt, müsste gesondert geprüft werden.

Damit ist festzuhalten, dass die im Leitfaden geäußerte Rechtsauffassung nach den bisherigen Planungen einen unmittelbaren räumlichen Zusammenhang ausschließt. Zwar ist diese Ansicht nicht rechtsverbindlich, wie die Bundesnetzagentur selbst in ihrem Leitfaden klarstellt:

*„Der vorliegende Leitfaden gibt das Grundverständnis der Bundesnetzagentur zur Anwendung der Regelungen der Eigenversorgung nach dem EEG 2014 wieder und stellt die Einschätzungen der Bundesnetzagentur zu wesentlichen Praxisfragen dar. Er stellt **keine Festlegung** dar und hat auch nicht den Charakter einer **Verwaltungsvorschrift**. Es soll keine **normenkonkretisierende Wirkung** entfalten oder das **Ermessen der Bundesnetzagentur** binden. Der Leitfaden dient den betroffenen Unternehmen und Bürgern als Orientierungshilfe, um eine einheitliche Anwendungspraxis zu fördern und Rechtsunsicherheiten zu vermindern.“<sup>10</sup>*

[Hervorhebungen im Fettdruck hinzugefügt.]

Allerdings kündigt die Bundesnetzagentur an, dass sich die Behörde im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse an diesem Leitfaden orientieren wird:

*„Die Bundesnetzagentur wird sich im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse nach § 85 EEG an diesem Leitfaden orientieren, wenn und soweit es im jeweiligen Verfahren auf die*

---

<sup>9</sup> Leitfaden der Bundesnetzagentur, S. 36.

<sup>10</sup> Leitfaden der Bundesnetzagentur, S. 3.

*jeweilige Frage ankommt und sich im Verfahrensverlauf – insbesondere durch die Anhörung der Betroffenen – keine abweichende Erkenntnis ergibt.“<sup>11</sup>*

[Unterstreichungen hinzugefügt.]

Die Bundesnetzagentur überwacht gemäß § 85 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) EEG 2017 die ordnungsgemäße Erhebung der EEG-Umlage durch die Netzbetreiber. In faktischer Hinsicht ist daher davon auszugehen, dass Netzbetreiber diese Vorgaben bei der Ermittlung der EEG-Umlage und der Prüfung der Voraussetzungen einer Eigenversorgung gemäß § 61b EEG 2017 regelmäßig beachten werden, weil sie sonst aufsichtsrechtliche Maßnahmen befürchten müssen.

Hinzukommt, dass auch die Clearingstelle EEG sich der dargestellten Ansicht der Bundesnetzagentur angeschlossen hat.<sup>12</sup> Die Clearingstelle ist nach § 81 Abs. 1 EEG 2017 u.a. vom Gesetzgeber dazu berufen, Streitigkeiten betreffend die Eigenversorgung durch Erneuerbare-Energien-Anlagen gemäß § 61 b EEG 2017 zu vermeiden und zu schlichten. Die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens gegen den zuständigen Netzbetreiber hat damit nur eine geringe Aussicht auf Erfolg.

## **(2) Gegenansichten und Klärung der Rechtslage in einem gerichtlichen Verfahren**

Damit die VHH ihre Gegenansicht durchsetzen kann, wäre möglicherweise ein Gerichtsverfahren erforderlich. Die VHH müsste in Rahmen eines Zivilprozesses gegen den zuständigen Netzbetreiber klären, dass die EEG-Umlage nach § 61b EEG zu ermäßigen ist. Das Ergebnis eines solchen Rechtsstreits erscheint offen:

Die VHH könnte sich auf ein Urteil des Bundesfinanzhofes (BFH)<sup>13</sup> vom 20.04.2004 zur Bestimmung des „räumlichen Zusammenhangs zu der Anlage“ für die Stromsteuerbefreiung nach § 9 Abs.1 Nr. 3 a) bzw. b) StromStG a.F. stützen. Der BFH bejaht in dem zu entscheidenden Fall, in dem die Verbrauchsstellen bis zu 4,5 km von der Erzeugungsanlage entfernt waren, einen räumlichen Zusammenhang. Entscheidend sei, dass nicht das öffentliche Stromnetz, sondern eigene Leitungen zur Versorgung genutzt wurden.<sup>14</sup> Angesichts einer Entfernung zwischen Betriebshof und Windpark von lediglich 750 - 1350m und der Verwendung einer eigenen Leitung kann nach dieser Ansicht ein unmittelbarer räumlicher Zusammenhang ohne Weiteres gegeben sein.

Die Bundesnetzagentur lehnt allerdings die Übertragung dieser Rechtsprechung auf § 61b EEG ab, da seit dem EEG 2014 für die Eigenversorgung – anders als in § 9 Abs.1 Nr. 3 StromStG – ein „unmittelbarer“ räumlicher Zusammenhang gegeben sein muss.<sup>15</sup>

Diese Auslegung erscheint allerdings nicht zwingend. In der Literatur wird diese BFH-Rechtsprechung teilweise auch bei der Prüfung der Eigenversorgung gemäß § 61b EEG 2017

---

<sup>11</sup> Leitfaden der Bundesnetzagentur, S. 3.

<sup>12</sup> Clearingstelle, Hinweis 2017/46 vom 20.04.2018 zu § 21 Abs. 3 EEG 2017, Rn. 68 ff.

<sup>13</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 20.04.2004, VII R 44/03, DStRE 2004, 1180.

<sup>14</sup> BFH DStRE 2004, 1180, 1182.

<sup>15</sup> Leitfaden der Bundesnetzagentur, S. 35.

herangezogen.<sup>16</sup> Nach dieser Literaturansicht wäre eine Eigenversorgung bei dem geplanten Projekt zu bejahen.

Auf Wunsch unternehmen wir gern eine nähere Prüfung der Erfolgsaussichten eines solchen Rechtsstreits.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Die Umsetzung des Eigenversorgungsmodells ist jedenfalls mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden.

#### **b) Wirtschaftliche Auswirkungen**

Ob es sich dennoch lohnt, das Eigenversorgungsmodell weiter zu verfolgen, hängt auch von dessen möglichen wirtschaftlichen Auswirkungen ab. Für eine konkrete Modellierung bedarf es eines betriebswirtschaftlichen Gutachtens, welches wir gern bei Bedarf unterstützen. Folgende Aspekte sind bei der Begutachtung zu beachten:

##### **aa) Mögliche Kosten der Umstrukturierung von Windpark und Betriebshof**

Zu prüfen wäre, welche einmaligen und laufenden Kosten (z.B. durch einen organisatorischen Mehraufwand oder eine andere Besteuerungsgrundlage) als Folge eines gemeinsamen Betriebs von Windpark und Betriebshof entstehen würden. Dies hängt von der gewählten Struktur ab.

##### **bb) Auswirkungen für den Betrieb des Windpark**

Auf den Windpark findet grundsätzlich das EEG 2017 Anwendung, weil der Windpark im September 2017 in Betrieb genommen wurde (§ 100 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017). Nach dem EEG 2017 entfällt die Marktprämie für den zur Eigenversorgung genutzten Strom (dazu unter **(1)**). Für den in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten und direktvermarkten Strom bleibt es hingegen bei der Marktprämie (dazu unter **(2)**). Noch zu untersuchen wird sein, welche wirtschaftlichen Auswirkungen ein solches Modell auf die von den Direktvermarktungsunternehmen angebotenen Konditionen hat (dazu unter **(3)**). Auch müssten die Kosten der Umstrukturierung zur gemeinsamen Betriebsführung ermittelt werden (dazu unter **(4)**).

##### **(1) Entfall der Marktprämie für den zur Eigenversorgung genutzten Strom**

Voraussetzung für die Gewährung der Marktprämie gemäß §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 20, 46 EEG 2017 ist die Direktvermarktung (20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EEG 2017). Direktvermarktung ist laut § 3 Nr. 16 EEG 2017 „*die Veräußerung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas an Dritte*“. Da bei einer Eigenversorgung begriffsnotwendig keine Veräußerung an einen Dritten erfolgt, ist die erforderliche Direktvermarktung ausgeschlossen. Das bedeutet, dass

---

<sup>16</sup> *Ahnsehl*, in: Sacker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 61b, Rn. 12ff; ähnlich Salje, EEG 2014, § 39, Rn. 17: Für eine unmittelbare räumliche Nähe genüge es, dass eine Anlage im selben Ort oder Stadtteil liegt oder eine Entfernung von 1,5 km zwischen Abnahmestelle und Anlagenstandort nicht überschritten.

die ReTec keine Marktprämie nach dem EEG in Anspruch nehmen kann, soweit der Strom zur Eigenversorgung genutzt wird.

## **(2) Gewährung der Marktprämie für den überschüssigen Strom**

Soweit der Windparkbetreiber den nicht von dem Betriebshof genutzten Erzeugungsanteil in das öffentliche Netz einspeist und direkt vermarktet, kann die Marktprämie nach § 20 Abs. 1 S.1 Nr. 1 EEG 2017 beansprucht werden. Das Eigenversorgungsverbot des § 27a EEG 2017 greift nicht ein, weil der Windpark keine durch Ausschreibung ermittelte Marktprämie erhält.

## **(3) Möglicherweise schlechtere Direktvermarktungskonditionen**

Der gegenwärtig vereinbarte Direktvermarktungsvertrag sieht vor, dass die ReTec kein Entgelt an den Direktvermarkter für Vermarktung des erzeugten Stroms zu entrichten hat. Es ist unsicher, ob ein Anbieter entsprechende Bedingungen offerieren wird, wenn ein wesentlicher Teil des Stroms zur Eigenversorgung verwendet wird. Gegenwärtig kann der Direktvermarkter die zu vermarktende Menge anhand von Windmodellen prognostizieren. Dies wird erschwert, wenn Teilmengen des erzeugten Stroms verbraucht werden. Es besteht aus Sicht der Direktvermarkter u.U. die Gefahr, dass der Betriebshof den Strom aus dem Windpark nur zu Zeiten mit hohen Marktpreisen abnimmt und sich bei niedrigen (negativen) Marktpreisen über das öffentliche Netz eindeckt. Für eine Prognostizierung müsste die VHH wahrscheinlich den erwarteten Verbrauch vorab dem Direktvermarkter mitteilen (durch Fahrpläne und Aktualisierungen). Zu klären ist, ob die VHH willens und in der Lage ist, ihr Entnahmeverhalten in dem Betriebshof konkret vorherzusagen.

Die hieraus für den Direktvermarkter resultierenden Risiken sowie der sich für den Direktvermarkter ergebende (organisatorische und technische) Aufwand können zu deutlich schlechteren Direktvermarktungskonditionen führen. Die sich bei diesem Modell ergebenden Direktvermarktungsbedingungen sollten daher vorab durch Marktabfragen geklärt werden.

## **cc) Auswirkungen für den Betrieb des Betriebshofs**

Das Eigenversorgungsmodell kann zu einer Reduzierung der EEG-Umlage beim Betriebshof für den vom Windpark bezogenen Strom führen (dazu unter **(1)**). Für diesen Strom entfallen mangels Nutzung des öffentlichen Netzes die Netzentgelte sowie die mit der Netznutzung verbundenen Abgaben und Umlagen (dazu unter **(2)**). Ob eine Befreiung von der Stromsteuer möglich ist, bedarf einer gesonderten steuerrechtlichen Begutachtung (dazu unter **(3)**).

## **(1) Ermäßigung der EEG-Umlage für den vom Windpark gedeckten Stromverbrauch**

Grundsätzlich sind nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 Letztverbraucher auch im Falle einer Eigenversorgung verpflichtet, die EEG-Umlage an den Netzbetreiber zu entrichten. Von diesem Grundsatz werden allerdings einige Ausnahmen zugunsten des Eigenversorgers gemacht. Vorliegend ist keine vollständige Befreiung von der EEG-Umlage möglich (dazu unter **(a)**), sondern allenfalls eine Reduktion auf 40% (dazu unter **(b)**).

#### **(a) Keine vollständige Befreiung von der EEG-Umlage nach § 61a EEG 2017 möglich**

§ 61a EEG 2017 enthält Ausnahmetatbestände von dem grundsätzlich bestehenden Anspruch der Netzbetreiber auf Zahlung der EEG-Umlage gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017. Eine Befreiung kommt vorliegend nur dann in Frage, wenn

- die Stromerzeugungsanlage des Eigenversorgers weder unmittelbar noch mittelbar an ein Netz angeschlossen ist (Nr. 2) oder
- sich der Eigenversorger selbst vollständig mit Strom aus erneuerbaren Energien versorgt und für den Strom aus seiner Anlage, den er nicht selbst verbraucht, keine Marktpremie oder Einspeisevergütung in Anspruch nimmt (Nr. 3).

Diese Anforderungen werden jedoch nicht erfüllt: Da bereits ein Anschluss des Windparks an das öffentliche Netz vorhanden ist und auch zukünftig Windstrom, der nicht vom Betriebshof der VHH abgenommen wird, in das öffentliche Netz eingespeist werden soll, kann der Ausnahmetatbestand der Nr. 2 nicht realisiert werden.

Gleiches gilt auch für die Regelung der Nr. 3, da diese voraussetzen würde, dass der Windparkbetreiber für den Stromanteil aus seiner Anlage, den er nicht selbst verbraucht, keine Förderung durch das EEG in Anspruch nimmt. Im Übrigen ist eine vollständige Versorgung des Betriebshofs durch den Windpark nicht geplant und die technische Umsetzbarkeit bisher nicht geprüft.

Damit ist nach jetzigem Planungstand eine vollständige Befreiung des Betriebshofs von der EEG-Umlage nicht umsetzbar.

#### **(b) Allenfalls Verringerung der EEG-Umlage nach § 61b EEG 2017 möglich**

Gemäß § 61b EEG 2017 verringert sich die EEG-Umlagepflicht in einem Kalenderjahr auf 40 Prozent für den Stromverbrauch, der durch eine Eigenversorgung gedeckt wird. Zusätzliche Anforderungen bestehen hierbei nicht.

Das heißt, die EEG-Umlagepflicht der VHH kann nur in Bezug auf den Strom verringert werden, den sie von dem Windpark bezieht und das auch nur, sofern sich dieser Stromverbrauch als Eigenversorgung einstufen lässt (siehe oben II.1. a)).

#### **(2) Einsparung des Netzentgelts und der mit der Netznutzung verbundenen Abgaben und Umlagen**

Die VHH ist im Rahmen des Eigenversorgungsmodells nicht verpflichtet, Netzentgelte zu entrichten, soweit der Stromtransport allein über die Leitung ohne Nutzung des öffentlichen Netzes erfolgt.

Es wird auch keine Konzessionsabgabe erhoben, soweit die Verlegung der Leitung nicht im Raum der öffentlichen Straßen und Wege der Stadt Hamburg erfolgt. Wir unterstellen, dass die Nutzung des Wegeraums der Bundesautobahn A25 zur Leitungsverlegung – wie bei Bundes-, Landes- und Fernstraßen üblich<sup>17</sup> – kostenlos zur Verfügung gestellt wird. Dies sollte mit dem Träger der Straßenbaulast geklärt werden.

---

<sup>17</sup> Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 9 Rn. 103.



Es entfallen auch die gesetzlich bestimmten weiteren Abgaben und Umlagen (die KWK-Umlage, die Abgabe nach § 19 StromNEV, die Offshore-Haftungsumlage, die Umlage für abschaltbare Lasten), weil der Strom nicht durch das öffentliche Netz geleitet wird.

### **(3) Mögliche Befreiung von der Stromsteuer**

Ob eine Befreiung von der Stromsteuer gemäß des mit Wirkung zum 1. Juli 2019 novellierten Stromsteuerrechts möglich ist, müssten wir durch unsere für Steuerrecht zuständigen Kollegen prüfen lassen. § 9 Abs. 1 StromStG lautet auszugsweise wie folgt:

„Von der Steuer ist befreit:

1. Strom, der in Anlagen mit einer elektrischen Nennleistung von mehr als zwei Megawatt aus erneuerbaren Energieträgern erzeugt und vom Betreiber der Anlage am Ort der Erzeugung zum Selbstverbrauch entnommen wird;
2. Strom, der zur Stromerzeugung entnommen wird;
3. Strom, der in Anlagen mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu zwei Megawatt aus erneuerbaren Energieträgern oder in hocheffizienten KWK-Anlagen mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu zwei Megawatt erzeugt wird und der
  - a) vom Betreiber der Anlage als Eigenerzeuger im räumlichen Zusammenhang zu der Anlage zum Selbstverbrauch entnommen wird oder
  - b) von demjenigen, der die Anlage betreibt oder betreiben lässt, an Letztverbraucher geleistet wird, die den Strom im räumlichen Zusammenhang zu der Anlage entnehmen;
- [...]
6. Strom, der in Anlagen mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu zwei Megawatt erzeugt und am Ort der Erzeugung verwendet wird, sofern die Anlagen weder mittel- noch unmittelbar an das Netz der allgemeinen Versorgung mit Strom angeschlossen sind und zur Stromerzeugung nachweislich versteuerte Energieerzeugnisse eingesetzt werden.“

## **2. „Direktbelieferungsmodell“**

Als Alternative zur Eigenversorgung kann die Direktleitung dazu genutzt werden, den im Windpark erzeugten Strom von der ReTec an die VHH zur Versorgung des Betriebshofs liefern zu lassen.

### **a) Voraussetzungen einer direkten Belieferung**

Eine solche Belieferung ist grundsätzlich möglich, da das EEG 2017 jedem Anlagenbetreiber das Recht gibt, den erzeugten Strom selbst im Rahmen einer Direktvermarktung zu veräußern.

Aus § 21b Abs. 4 EEG 2017 ergibt sich keine Beschränkung dieses Vermarktungsrechts. Die Vorschrift betrifft vielmehr allein das Verfahren für den Wechsel der Vermarktungsform.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Vgl. *Hampel/Reimers*, in: Sacker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 21b EnWG Rn. 40.

## **b) Wirtschaftliche Auswirkungen**

### **aa) Keine Kosten der Umstrukturierung von Windpark und Betriebshof**

Eine Direktbelieferung erfordert keine Umstrukturierung des Betriebs von Windpark und Betriebshof. Es ist lediglich erforderlich, dass die ReTec und die VHH einen Stromliefervertrag abschließen.

### **bb) Auswirkungen für den Betrieb des Windparks**

#### **(1) Kein Entfall der Marktprämie für den an die VHH gelieferten Strom**

Im Unterschied zum Eigenversorgungsmodell kann die ReTec bei dieser Ausgestaltung weiterhin die Marktprämie beanspruchen. Ein Anspruch auf die Marktprämie besteht nach § 20 Abs. 1 EEG 2017, sofern der Anlagenbetreiber oder ein Dritter den Strom direkt vermarktet. Direktvermarktung ist nach § 3 Nr. 16 EEG 2017 die Veräußerung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas an Dritte, es sei denn, der Strom wird in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbraucht und nicht durch ein Netz durchgeleitet.

Eine Stromlieferung der ReTec an die VHH über einer Direktleitung erfüllt die Voraussetzungen einer Veräußerung an Dritte. Es dürfte auch nach jetzigem Erkenntnisstand kein Verbrauch in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage vorliegen: Nach der Ansicht der Bundesnetzagentur<sup>19</sup> ist das Merkmal der unmittelbaren räumlichen Nähe entsprechend auszulegen wie das Erfordernis des unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs in § 3 Nr. 19 EEG 2017.

Wie unter II.1. a) cc) dargelegt, liegt ausgehend von der Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur und der Clearingstelle EEG kein Verbrauch im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang vor. Dieses Ergebnis lässt sich wohl auf § 20 Abs. 1 EEG 2017 übertragen. Es bleibt damit bei der Marktprämienberechtigung der ReTec.

#### **(2) Gewährung der Marktprämie für den überschüssigen Strom**

Erst recht hat der Windpark wie bisher einen Anspruch auf die Marktprämie für den Strom, den die ReTec über das öffentliche Netz unter Einschaltung eines Direktvermarkters veräußert.

#### **(3) Möglicherweise schlechtere Direktvermarktungskonditionen**

Allerdings können sich aus der direkten Belieferung des Betriebshofs schlechtere Konditionen für die Direktvermarktung des Reststroms ergeben. Wir verweisen auf unsere obigen Ausführungen unter 1. b) bb) (3).

### **cc) Auswirkungen für den Betrieb des Betriebshofs**

#### **(1) Volle EEG-Umlage**

Die VHH hätte die EEG-Umlage in voller Höhe zu entrichten. Eine Ermäßigung wie im Falle der Eigenversorgung greift nicht.

---

<sup>19</sup> Bundesnetzagentur, Leitfaden, S. 35 f. Zustimmend wohl Clearingstelle EEG, Hinweis zur Auslegung und Anwendung des § 21 Abs. 3 EEG 2017 vom 20. April 2018, Az. 2017/46, Rn. 66.

## **(2) Entfall des Netzentgelts und der mit der Netznutzung verbundenen Abgaben und Umlagen**

Soweit der Betriebshof über die Direktleitung mit Strom beliefert wird, fallen mangels Nutzung des öffentlichen Netzes keine Netzentgelte an. Es wird wiederum grundsätzlich keine Konzessionsabgabe fällig. Zudem entfallen auch hier die gesetzlich bestimmten weiteren Abgaben und Umlagen (siehe oben 1. b) cc)).

### **3. „Netznutzungsmodell“**

Als weitere (theoretische) Option kann geprüft werden, den Strom (bilanziell) über das öffentliche Netz vom Windpark an den Betriebshof zu liefern. Hierbei ist kein Bau einer Direktleitung erforderlich. Allerdings fallen Netzentgelte sowie Abgaben und Umlagen wie bisher an.

Es erscheint zweckmäßig, ein solches Modell in enger Abstimmung mit einem Direktvermarkter und Stromlieferanten zu entwickeln, welcher die bilanzielle Abwicklung übernehmen sowie Mindermengen beschaffen und Überschussmengen veräußern kann. Auf Wunsch stellen wir zu dem rechtlichen Rahmen gern ergänzende Prüfungen an.

### **4. Getrennte Beschaffung und Vermarktung („Bestandsmodell“)**

Diesen Modellen müsste man die Kosten der bisherigen Verfahrensweise gegenüberstellen, bei der die VHH den benötigten Strom getrennt von der Stromvermarktung durch die ReTec beschafft.

### **5. Anpassungsbedürftigkeit bestehender Verträge**

Da die geplante Direktleitung sowohl die Stromeinspeisung durch den Windpark als auch die Stromversorgung der VHH betrifft, sind insoweit bereits bestehende Verpflichtungen der Beteiligten daraufhin zu untersuchen, ob sie ein Hindernis für das geplante Projekt darstellen.

#### **a) Vertrag über Direktvermarktung**

Die ReTec hat am 09.02./08.03.2017 mit Trianel einen Vertrag über die Direktvermarktung geschlossen. Die ReTec verpflichtet sich nach Ziffer 3.1 Satz 2 während der Vertragslaufzeit, die gesamte in den Erzeugungsanlagen erzeugte Energie ausschließlich an Trianel zu liefern. Die ReTec ist gemäß Ziffer 3.1 Satz 3 zwar berechtigt, einen Teil des erzeugten Stroms vor der abrechnungsrelevanten Messstelle (Netzverknüpfungspunkt) selbst zu verbrauchen. Diese Berechtigung zur Eigenversorgung erfasst jedoch maximal 3 % der jährlich durchschnittlich erzeugten Energie, Ziffer 3.1 Satz 4. Nach aktuellem Kenntnisstand ist davon auszugehen, dass der Grenzwert von 3 % mit der Versorgung des Betriebshofes überschritten würde, sodass die ReTec sich schon insoweit nicht auf eine ausnahmsweise Berechtigung zur Eigenversorgung berufen könnte.

Demnach wäre zunächst eine Anpassung oder Beendigung des Vertrags erforderlich. Eine einseitige Kündigung käme gemäß Ziffer 1.2 frühestens zum 31.12.2020 in Betracht.

## b) Stromliefervertrag EVD – FHH

Gemäß § 1 Abs. 1 EVD-Stromlieferverträge erfolgt die Belieferung im Rahmen einer „Vollversorgung“. Eine Vollversorgung bezieht sich auf den gesamten Bedarf des Kunden.<sup>20</sup> Hiervon wird allerdings in § 1 Abs. 3 EVD-Stromlieferverträge eine Ausnahme gemacht:

*„Der Kunde ist berechtigt, bestehende und neue Erzeugungsanlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie für den Eigenverbrauch zu betreiben bzw. zu errichten. Entsprechendes gilt für dezentrale Erzeugungsanlagen, die von Dritten auf, in oder für Gebäude oder Abnahmestellen errichtet und betrieben werden.“*

Danach ist die VHH befugt, bestehende und neue Erzeugungsanlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie für den Eigenverbrauch selbst oder durch Dritte zu betreiben bzw. zu errichten. Die VHH ist dabei verpflichtet, die Verminderung mit einem Vorlauf von drei Monaten anzuzeigen, den restlichen Strom von der EVD zu beziehen (vgl. § 1 Abs. 2 S. 2) sowie ihre Mitwirkungspflichten nach § 5 Abs. 3 EVD-Stromlieferverträge zu erfüllen.

Es ist allerdings problematisch, ob das Eigenversorgungsmodell (dazu unter **aa**) und das Direktbelieferungsmodell (dazu unter **bb**) die vertraglichen Anforderungen gemäß § 1 Abs. 3 EVD-Stromlieferverträge erfüllen.

### aa) Eigenversorgungsmodell

Sofern die VHH den Betrieb des Windparks im Rahmen des Eigenversorgungsmodells übernimmt und die Anforderungen der §§ 3 Nr. 19, 61b EEG 2017 einhält, sollte grundsätzlich auch eine Eigenversorgung im Sinne der EVD-Stromlieferverträge vorliegen: Man kann unterstellen, dass die Parteien mit der vertraglichen Eigenversorgungsregelung zumindest den gesetzlichen Tatbestand der Eigenversorgung gemäß EEG erfassen wollten.

Allenfalls ist fraglich, ob es sich auch dann um eine Eigenversorgung gemäß den EVD-Stromlieferverträgen handeln kann, wenn der Windpark auch (Rest-)Strom anderweitig vermarktet. Man könnte argumentieren, dass es sich in diesem Fall nicht um eine vollständig zur Eigenversorgung genutzte Anlage handelt. Dieser Fall ist nicht geregelt. Hieran könnte aus Sicht der EVD problematisch sein, dass die VHH im Einzelfall darüber entscheiden kann, ob sie den vom Betriebshof benötigten Strom über den Windpark bezieht oder sich diesen von der EVD liefern lässt. Da dieser Fall nicht eindeutig geregelt ist, wäre eine vorsorgliche Klärung mit der EVD wünschenswert.

Sofern die ReTec oder eine zu gründende Betreibergesellschaft im Rahmen der skizzierten Umstrukturierung (siehe oben 1. a) aa) (3)) den Betrieb des Betriebshofs übernimmt, ist § 3 Abs. 5 EVD-Stromlieferverträge zu prüfen:

*„Der Kunde kann vom Lieferanten die Einstellung der Belieferung bestimmter Abnahmestellen nach diesem Vertrag verlangen, wenn der Kunde die versorgte Liegenschaft veräußert, aus dem versorgten Mietobjekt auszieht oder ein sonstiger wichtiger Grund vorliegt. Ein gewünschter Lieferantenwechsel innerhalb der Vertragslaufzeit stellt keinen wichtigen Grund dar.“*

---

<sup>20</sup> BeckOGK/Tüngler, BGB § 433 Rn. 96.

Erfüllt die Umstrukturierung diese Anforderungen der Stromlieferverträge, kann die VHH von der EVD die Beendigung der Belieferung des Betriebshofs verlangen, so dass es auf die vertraglichen Voraussetzungen für eine Eigenversorgung nicht mehr ankommt.

## **bb) Direktbelieferungsmodell**

Fraglich ist, ob die EVD-Stromlieferverträge eine Belieferung des Betriebshofs durch den Windpark im Rahmen des Direktbelieferungsmodells zulassen. Dies hängt davon ab, ob der Windpark gemäß Vertrag als Eigenerzeugungsanlage einzuordnen ist. Ergänzend geregelt wird der Begriff der Eigenerzeugungsanlage in § 5 Abs. 2 EVD-Stromlieferverträge. Danach können auch im Eigentum und Besitz Dritter befindliche Erneuerbare-Energien-Anlagen Eigenerzeugungsanlagen darstellen. § 5 Abs. 2 EVD-Stromlieferverträge lautet wie folgt:

*„Der Kunde ist berechtigt, Erzeugungsanlagen auf Basis lokaler Kraft-Wärme-Kopplung, regenerativer Energien oder für Sicherheitsstromversorgungen (Anlagen) zu errichten und **zu betreiben, oder errichten und betreiben zu lassen**. Soweit in diesem Vertrag der Begriff der Eigenversorgung verwendet wird, bezieht er sich auch auf **einen Betrieb oder eine Betriebsführung der Anlage durch Dritte, die dann auch Eigentümer oder Besitzer sein können**. Die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandenen Anlagen sind in den der Ausschreibungsunterlage beigefügten Daten zu den Abnahmestellen benannt. Die Errichtung und der Betrieb neuer Anlagen ist dem Lieferanten mit einem Vorlauf von 3 Monaten vor Inbetriebnahme anzuzeigen, soweit der erzeugte Strom an die von dem Lieferanten belieferten Abnahmestellen geliefert wird und dort die gelieferte Strommenge vermindert. Für den Restbezug an elektrischer Energie bleibt der Lieferant zur Lieferung verpflichtet. Es gelten dieselben Preise wie für die vereinbarte Vollstrombelieferung.“*

[Hervorhebung hinzugefügt.]

Nach unserem Verständnis nimmt auch § 1 Abs. 3 Satz 2 EVD-Stromlieferverträge Bezug auf diese Möglichkeit zur Drittbeflieferung:

*„Entsprechendes gilt für dezentrale Erzeugungsanlagen, die **von Dritten** auf, in oder für Gebäude oder Abnahmestellen errichtet und betrieben werden.“*

[Hervorhebung hinzugefügt.]

Die Formulierung deutet darauf hin, dass die VHH die Errichtung und den (technischen) Betrieb ebenso wie das Eigentum und den Besitz an der Eigenerzeugungsanlage einem Dritten überlassen darf, ohne dass der Status der Eigenversorgung i.S.d. EVD-Stromlieferverträge entfällt.

Allerdings regelt der Vertrag nicht ausdrücklich, welche Anforderungen eine von einem Dritten betriebene Anlage erfüllen muss, um als Eigenerzeugungsanlage der VHH zu gelten. Allein der Umstand, dass die VHH aufgrund eines Stromlieferverhältnisses aus der Erzeugungsanlage mit Strom beliefert wird, macht diese noch nicht zu einer Eigenversorgungsanlage. Denn ein Recht auf einen bloßen „Lieferantenwechsel“, d.h. eine Versorgung durch einen vollkommen unabhängig agierenden Dritten, sehen die EVD-Stromlieferverträge gerade nicht vor (vgl. § 3 Abs. 5 Satz 2).

Ein mögliches Verständnis dieser Regelung könnte darin liegen, dass nur der technische Betrieb durch einen Dritten erfolgen darf. Im Übrigen würde es hiernach bei dem gesetzlichen

Grundsatz der Eigenversorgung bleiben, wonach der Letztverbraucher – hier der Kunde – zumindest wirtschaftlicher Betreiber der Eigenversorgungsanlagen sein muss. Erforderlich wäre demnach, dass die VHH „*die Kosten und das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebes trägt und das Recht hat, die Anlage auf eigene Rechnung zur Stromerzeugung zu nutzen, also über den Einsatz der Anlage bestimmt bzw. zumindest bestimmenden Einfluss hat.*“ (BT-Drucks. 16/8148, S. 38). Bei dem Direktbelieferungsmodell erlangt die VHH allerdings keine derartige wirtschaftliche Stellung im Hinblick auf den Windpark. Nach dieser Auslegung würden die EVD-Stromlieferverträge eine Belieferung der VHH durch die ReTec ausschließen.

Im Hinblick auf diese mögliche Auslegung wäre eine einvernehmliche Lösung mit EVD wünschenswert.

## **cc) Ergebnis**

Das Eigenversorgungsmodell ist wohl mit den EVD-Stromlieferverträgen zu vereinbaren. Das Direktbelieferungsmodell erfordert möglicherweise deren Anpassung, die vergaberechtlich zu überprüfen wäre.

## **6. Vertragliche Ausgestaltung des Direktbelieferungsmodells**

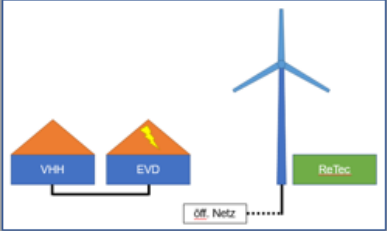


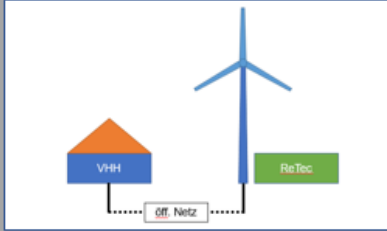
Es erscheint für den Stromliefervertrag zwischen der ReTec und der VHH zweckmäßig, die vertraglichen Pflichten im Hinblick auf die Risiken beider Parteien wie folgt auszugestalten. Eine Belieferung sollte nur für die Zeiten vereinbart werden, in denen der Windpark zur Stromlieferung in der Lage ist und der Betriebshof tatsächlich einen Strombedarf hat.

- Die VHH verpflichtet sich vorrangig, den im Windpark erzeugten Strom abzunehmen, ohne dass sie die Abnahme einer bestimmten Menge zusagt.
- Außerdem wird vereinbart, dass die ReTec vorrangig – vor anderen Letztverbrauchern bzw. vor dem Direktvermarkter – Strom an die VHH liefert, ohne dass die Lieferung bestimmter Strommengen zugesagt wird.

Kommt hiernach zu einem Zeitpunkt mangels Nachfrage oder mangels Erzeugung keine Belieferung über die Leitung zustande, erfolgt die Vermarktung der Überschussmengen bzw. die Beschaffung der Mindermengen über das öffentliche Netz, ohne dass der Vertragspartner für Mindererlöse bzw. Mehrkosten haftet. Insofern ergeben sich für beide Seiten aus ihrem volatilen Erzeugungs- bzw. Verbrauchsverhalten keine Haftungsrisiken.

\*\*\*

## Übersicht 1: Strompreisbestandteile

	Status Quo	Eigenversorgung*	Direktbelieferung*	Netznutzung*
				
<b>Netzentgelte</b> sowie mit der Nutzung des öffentlichen Netzes verbundene Abgaben und Umlagen	Rote Kachel	Grüne Kachel	Grüne Kachel	Rote Kachel
<b>EEG-Umlage</b>	Rote Kachel	Gelbe Kachel	Rote Kachel	Rote Kachel
<b>Stromsteuer</b>	Rote Kachel	Grau-schraffierte Kachel	Rote Kachel	Rote Kachel

Rote Kachel: Zahlungspflicht

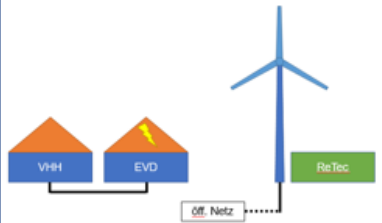
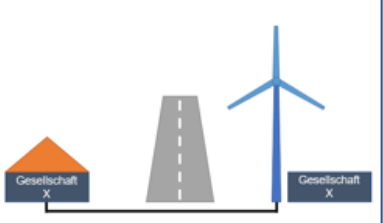

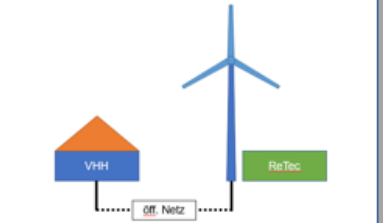
Gelbe Kachel: Reduzierung des Beitrags möglich

Grüne Kachel: Befreiung von der Zahlungspflicht möglich

Grau-schraffierte Kachel: Möglichkeit der Befreiung muss gesondert untersucht werden

\* Die Bewertung der Frage, ob eine (teilweise) Zahlungspflicht besteht oder nicht, betrifft nicht den Strom, der außerhalb des jeweiligen Modells zusätzlich bezogen wird.

## Übersicht 2: Kosten für den Leitungsbau & Kosten einer Umstrukturierung

	Status Quo	Eigenversorgung	Direktbelieferung	Netznutzung
				
<b>Kosten für den Leitungsbau</b>				
<b>Kosten einer Umstrukturierung</b>				

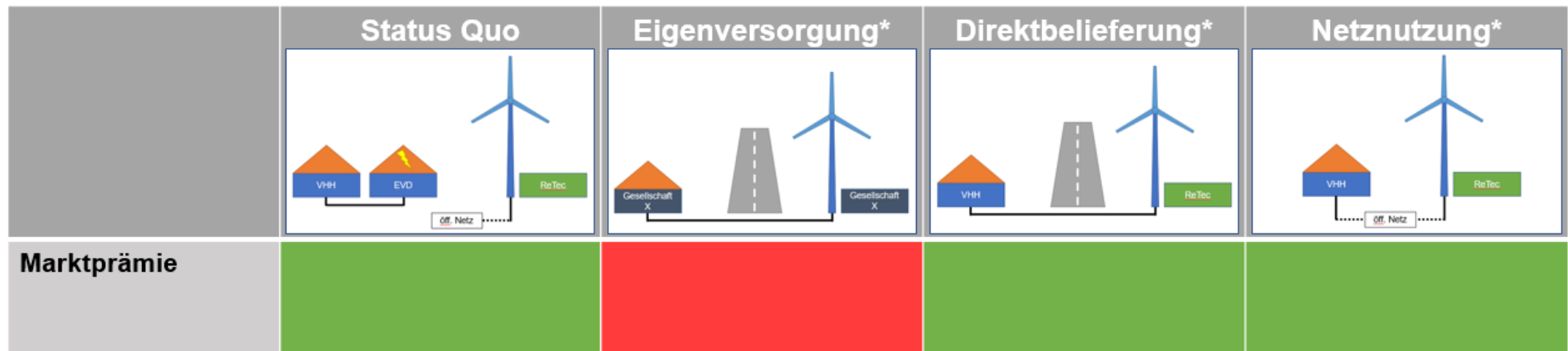
Rote Kachel: Es entstehen zusätzliche Kosten

Grüne Kachel: Zusätzliche Kosten entstehen nicht

Grau-schraffierte Kachel: Ob zusätzliche Kosten entstehen, muss noch ermittelt werden



## Übersicht 3: Marktprämie



Rote Kachel: Kein Anspruch auf Marktprämie

Grüne Kachel: Anspruch auf Marktprämie

\* Die Bewertung der Frage, ob die Marktprämie beansprucht werden kann oder nicht, betrifft nicht den Strom, der außerhalb des jeweiligen Modells zusätzlich vermarktet wird.