



vonBredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

von Bredow Valentin Herz, Littenstraße 105, 10179 Berlin,
Tel +49 (0) 30 8092482-20, Fax +49 (0) 30 8092482-30
E-Mail info@vvh.de

www.vonbredow-valentin-herz.de

NEWSLETTER

VON BREDOW VALENTIN HERZ / I.2018 VOM 16. APRIL 2018

EEG AND THE WINNER IS... – SOLARANLAGEN RÄUMEN AB BEI DER ERSTEN GEMEINSAMEN AUSSCHREIBUNG MIT WIND

SPEICHER MEHR RECHTSSICHERHEIT FÜR SPEICHERBETREIBER? CLEARINGSTELLE VERÖFFENTLICHT EMPFEHLUNG ZU § 61 k EEG 2017

STROM - UND ENERGIESTEUER FG BERLIN-BRANDENBURG BEJAHT STROMSTEUERBEFREIUNG FÜR STROMBEZUG
IN UMSPANN- UND TRANSFORMATIONSANLAGEN

BIOMASSE AUSTAUSCH VON BHKW – CLEARINGSTELLE WEICHT „SPERRWIRKUNG DER AUSTAUSCHREGELUNG“ AUF



**THINK
BEFORE YOU
PRINT**

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,

wir freuen uns, Sie mit der ersten Ausgabe unseres Newsletters für das Jahr 2018 wieder über die jüngsten Entwicklungen rund um die Energiewende informieren zu dürfen.

Besonders bemerkenswert ist ein Urteil des Amtsgerichts Ratzeburg. Nur sehr selten entscheiden unterinstanzliche Gerichte in derselben Frage anders als der Bundesgerichtshof. Das Amtsgericht Ratzeburg hat nun genau dies getan und folgt als erstes Gericht in Bezug auf die Sanktionierung von Verstößen gegen die Meldepflicht bei PV-Anlagen der in unserem letzten Newsletter dargelegten Auffassung, dass der BGH hier tatsächlich falsch entschieden, vielleicht sogar eine Übergangsvorschrift übersehen hat.

Aus der Finanzgerichtsbarkeit ist eine Entscheidung des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg hervorzuheben, das mit seinem Urteil zur Stromsteuerbefreiung für Bezugsstrom von Transformations- und Umspannanlagen ebenfalls ein positives Signal für Anlagenbetreiber von Erneuerbare-Energien-Anlagen gesetzt hat.

Auch das Bau- und Planungsrecht bietet spannende Themen: Viele Projektentwickler treibt die Frage der Angreifbarkeit von rechtswidrigen Konzentrationszonenplanungen um – wir verschaffen Ihnen hierzu einen Überblick. Ein weiterer Beitrag widmet sich der Bedeutung von Interimsverfahren im Rahmen der Bestimmung der Schallbelastung bei Windenergieprojekten.

Insgesamt startet das Jahr also mit einigen positiven Meldungen für die Erneuerbare-Energien-Branche. An der „Gesetzgebungsfront“ ist es hingegen ausnahmsweise einmal etwas ruhiger. Die langwierige Regierungsbildung macht sich auch im Energiesektor bemerkbar. Hier bleibt abzuwarten, was die nächsten Monate bringen werden.

Wir wünschen Ihnen einen angenehmen Frühling und eine interessante Lektüre.

Ihre Kanzlei [von Bredow Valentin Herz](#)

INHALT

1 IN EIGENER SACHE

4 EEG

- And the winner is... – Solaranlagen räumen ab bei der ersten gemeinsamen Ausschreibung mit Wind
- Neuer Termin bekannt gegeben: Inbetriebnahme des Webportals zum Marktstammdatenregister erst im Dezember
- Amtsgericht Ratzeburg vs. BGH: Doch noch Korrektur des Fehltrteils zu Meldeverstößen?
- Mieterstromzuschlag: Beihilferechtliche Genehmigung veröffentlicht

7 BAU- UND PLANUNGSRECHT

- Konzentrationszonenplanungen in alten Flächennutzungsplänen – Chancen für Windenergieprojekte?
- Handlungsvorschläge zum Interimsverfahren – Neuer „gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisstand“?

11 POWER-TO-X

- Treibhausgasminderungspflichten im Kraftstoffsektor – 37. und 38. BImSchV in Kraft getreten

13 SPEICHER

- Mehr Rechtssicherheit für Speicherbetreiber? – Clearingstelle veröffentlicht Empfehlung zu § 61 k EEG 2017
- Stromsteuer bei Batteriespeichern: Jetzt Antrag beim Hauptzollamt stellen!

16 STROM- UND ENERGIESTEUER

- FG Berlin-Brandenburg bejaht Stromsteuerbefreiung für Strombezug in Umspann- und Transformationsanlagen

19 BIOMASSE

- Austausch von BHKW – Clearingstelle weicht „Sperrwirkung der Austauschregelung“ auf

21 WASSERKRAFT

- Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen: Nur neue Förderung oder auch neue Pflichten nach dem EEG?

23 VORTRÄGE UND VERÖFFENTLICHUNGEN

IN EIGENER SACHE

Es gibt wieder viel Neues in eigener Sache zu berichten:

vBVH lädt ein: 8. Berliner Gespräche zu Energierecht und Energiepolitik

Am 19. April 2018 finden bei uns die 8. Berliner Gespräche zu Energierecht und Energiepolitik statt, die wir gemeinsam mit der [Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik \(FNK\)](#) regelmäßig in Berlin veranstalten. Diesmal befassen wir uns mit dem folgenden spannenden Thema:

„Mobilitätswende jetzt? – Herausforderungen und Lösungen für die Verkehre der Zukunft“

Dabei werden wir uns in drei thematischen Blöcken der Wasserstoffmobilität, der Elektromobilität sowie – in dem von den Berliner Gesprächen gewohnten „Blick über den Tellerrand“ – auch einigen grundrechtlichen Fragen der Mobilitätswende widmen. Dabei betrachten wir in guter Tradition der Veranstaltungsreihe auch diesmal sowohl die rechtlichen Hintergründe und Herausforderungen für innovative Mobilitätskonzepte als auch deren praktische Umsetzung: Ob die Wasserstofftankstelle am eigenen Windpark oder die Ladesäule am Straßenbahnnetz – die vorgestellten Projekte zeigen, wie vielfältig die Verkehrswende schon heute sein kann. Wir werden aber auch erörtern, mit welchen rechtlichen Herausforderungen solche innovativen Konzepte derzeit noch konfrontiert sind. Unter welchen Bedingungen eine wirkliche Verkehrswende politisch durchgesetzt werden kann und ob z.B. Dieselfahrverbote oder Einschränkungen des Flugverkehrs zulässig, vielleicht sogar geboten sind, werden wir dann zum Abschluss der Veranstaltung gemeinsam diskutieren.

Neugierig geworden? Das **Programm** zu der Veranstaltung können Sie [hier](#) abrufen.

Die kostenfreie Veranstaltung beginnt wie gewohnt um 14:00 Uhr und endet um 18:00 Uhr mit einem Sektempfang – bei gutem Wetter vielleicht auch mit einer Runde Tischfußball auf unserer Dachterrasse... Noch sind einige wenige Plätze frei. Wir würden uns sehr freuen, Sie am **19. April 2018** bei uns in der Littenstraße begrüßen zu dürfen und freuen uns über Ihre Anmeldung unter info@vbvh.de.

Ansprechpartner: Dr. Bettina Hennig und Dr. Hartwig von Bredow

Leitfaden für PV-Anlagenbetreiber zum Smart-Meter-Rollout erschienen

Die flächendeckende Einführung von Smart Metern wird in diesem Jahr beginnen und betrifft auch Betreiber von Photovoltaikanlagen. Sie werden als Stromproduzenten verpflichtet, ihre alten Zähler durch intelligente Messsysteme zu ersetzen. Was es dabei zu beachten gilt, haben ComMetering und vBVH in einem Leitfaden zusammengefasst.

In dem Leitfaden erfahren Anlagenbetreiber in aller Kürze, was Smart-Metering bedeutet und was der Rollout bezwecken will. Des Weiteren klären die Autoren darüber auf, welche Anlagen bis wann welche Art von Messsystem installiert haben müssen und wer dafür zuständig ist. Sie finden im Leitfaden auch Angaben zu den Kosten und zu möglichen Vorteilen und Alternativen.

Den Leitfaden finden Sie [hier](#).

Ansprechpartner: Dr. Florian Valentin und Dr. Bettina Hennig

vBVH wird Mitglied im Deutschen Verband für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung e.V.

Seit März 2018 sind wir Mitglied im Deutschen Verband für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung e.V. (DV). Ziel des DV ist es, im fachlichen und politischen Dialog Stadtentwicklung, Wohnen und Versorgung voranzubringen. Der Verband verfolgt dabei den Anspruch, wichtige Vertreter der Wohnungswirtschaft, des Städtebaus und der Versorgungswirtschaft auf einer „Dialog-Plattform“ zu vereinen, um die unterschiedlichen Anforderungen und Ziele der Disziplinen mit einer Stimme gegenüber Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit zu vertreten und zu verfolgen. Insoweit bietet der Verband auch ein hochwertiges Kontakt Netzwerk im branchen-übergreifenden Dialog.

Wir freuen uns darauf, gemeinsam mit dem DV an diesen Zielen mitzuwirken. Wie in anderen Verbänden werden wir unser spezialisiertes Know-How zu allen Rechtsfragen rund um Erneuerbare Energien, dem Städtebaurecht und zu dezentralen Versorgungskonzepten in die Arbeit des DV einbringen. Wir arbeiten in den Arbeitsgruppen „[Energie, Immobilien und Stadtentwicklung](#)“ sowie „[Städtebau und Raumordnung](#)“ aktiv mit.

Mehr Informationen zum DV finden Sie [hier](#).

Ansprechpartner: Dr. Jörn Bringewat und Dr. Steffen Herz

vBVH wird Mitglied beim Bundesverband Neue Energiewirtschaft e.V.

Seit April 2018 ist vBVH Mitglied im **Bundesverband Neue Energiewirtschaft e.V. (bne)**.

Der Bundesverband Neue Energiewirtschaft steht für Wettbewerb und Innovation und versteht sich seit der Gründung im Zuge der Liberalisierung des Energiemarktes im Jahr 2002 als Gegenpol zur „alten Energiewirtschaft“. Dementsprechend steht der bne auch für moderne Energielösungen etwa mit PV und Speichern, vernetzte Services oder Wärme- und Mobilitätsangebote.

Während sich die Strukturen bereits stark verändert haben und die alte und neue Energiewelt miteinander verschmelzen, hat der bne seine Position in der Berliner Verbändewelt stetig stärken können und gilt als führend im Hinblick auf die Vertretung von innovativen Energieunternehmen bei der Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Digitalisierung und die Flexibilisierung des Energiemarktes.

vBVH führt mit der Mitgliedschaft im bne seinen bisherigen Kurs fort, nah am Puls des politischen Geschehens zu sein und die Energiewende mitzugestalten. Wie in anderen Verbänden auch werden wir unser spezialisiertes Know-How in die Gremienarbeit im bne einbringen. Wir freuen uns auf die Zusammenarbeit mit den Mitgliedern des bne und der Geschäftsstelle.

Ansprechpartner: Dr. Florian Valentin und Steffen Herz

vBVH auf der Energy Storage 2018

Vom 13. bis zum 15. März 2018 fand in Düsseldorf wieder die internationale Leitmesse für Energiespeicher statt: die **Energy Storage Europe (ESE)**. Auf der Energy Storage, unterstützt durch alle führenden Fachverbände (u.a. **BVES, CESA, EUROBAT, IESA, GESA, DWV**), können sich Besucher über den neuesten Stand der Technik und alles weitere Wissenswerte rund um das Thema Energiespeicherung informieren.

Auch wir waren wieder als Aussteller vor Ort. Es waren drei intensive Tage voller spannender Gesprächstermine, neuer Eindrücke der technischen Möglichkeiten und Einblicken in die Zukunft unseres Energiesystems. Ebenso spannend war die traditionell parallel zur Messe stattfindende IRES, die Internationale Konferenz zur Speicherung Erneuerbarer Energien mit zahlreichen Side Events, zu der wir auch dieses Jahr gerne mehrere Vorträge beigetragen haben. Bei Interesse an den Vorträgen sprechen Sie uns gerne an. Und nicht zuletzt waren auch das Rahmenprogramm und die Abendveranstaltungen natürlich auch dieses Jahr wieder ein Highlight.

Die Messe hat uns einmal mehr bestätigt, dass wir in dem Zukunftsthema Energiespeicher „auf Kurs“ sind und den inoffiziellen Titel „bestes Giveaway“ konnten auch erneut die vBVH-Äpfel abräumen.

Wir danken allen Standbesuchern und Gesprächspartnern für die spannenden und anregenden Diskussionen. Wir freuen uns schon auf 2019!

Ansprechpartner: Dr. Florian Valentin und Dr. Bettina Hennig

Grüne Energie hat Recht!

Dr. Hartwig von Bredow, Dr. Florian Valentin und Dr. Steffen Herz

EEG

And the winner is... – Solaranlagen räumen ab bei der ersten gemeinsamen Ausschreibung mit Wind

Die erste gemeinsame Ausschreibungsrunde für Windenergieanlagen an Land und Solaranlagen ist beendet. Am 12. April 2018 hat die Bundesnetzagentur (BNetzA) die Zuschläge öffentlich bekannt gegeben (die Pressemitteilung der BNetzA zur Auswertung der ersten Ausschreibungsrunde finden Sie [hier](#)). Bemerkenswert ist, dass die Zuschläge ausschließlich an die Gebote für Solaranlagen gingen. Windprojekte konnten sich in der ersten technologieoffenen Ausschreibung dagegen nicht behaupten. Erste Stimmen aus der Branche sehen daher das von Beginn an umstrittene Konzept der gemeinsamen Ausschreibungen als gescheitert an (zu den Grundzügen des Ausschreibungsdesigns sowie zu ersten Bewertungen sehen Sie auch unsere Meldungen [hier](#) und [hier](#)).

Am 19. Februar 2018 startete die erste Ausschreibungsrunde der gemeinsamen Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land und Solaranlagen. Das für dieses Pilotprojekt ausgeschriebene Volumen von 200 Megawatt wurde mit 395 MW doppelt überzeichnet. Bis zum Ende des Gebotstermins gingen 54 Gebote ein, davon 18 für Windenergieanlagen an Land und 36 für Solaranlagen. Aufgrund der im Vergleich zu den Geboten für Windenergieanlagen wesentlich niedrigeren gebotenen anzulegenden Werte gingen in dieser Runde alle Zuschläge an Solarprojekte.

Insgesamt hat die BNetzA 32 Zuschläge für Gebote in einem Leistungsumfang von insgesamt 210 MW erteilt. Der Überhang von 10 MW resultiert aus der Tatsache, dass – von dem geringsten Gebot aufwärts – alle Gebote berücksichtigt werden, bis die ausgeschriebene Leistung erreicht ist. Übersteigt das letzte Gebot bereits die Volumengrenze, wird es dennoch vollständig berücksichtigt.

Die Zuschläge sind wie immer auf der Webseite der BNetzA bekannt gemacht worden (abrufbar [hier](#)). Der niedrigste Zuschlagswert liegt diesmal bei 3,96 ct/kWh, der höchste bei 5,76 ct/kWh. Der durchschnittliche Zuschlagswert beträgt nach dieser Runde 4,67 ct/kWh. Im Vergleich dazu lag der gemittelte Zuschlagswert bei der letzten Solar-Ausschreibung bei 4,33 ct/kWh, bei der letzten Wind-Onshore-Ausschreibung bei 4,73 ct/kWh. Insgesamt konnte die Solarbranche daher von der gemeinsamen Ausschreibung profitieren.

Bemerkenswert ist natürlich, dass sich kein einziges Windprojekt durchsetzen konnte, was in der Branche durchaus für Überraschung gesorgt hat. Der gemittelte Gebotswert für Windenergieanlagen betrug nach Angaben der BNetzA 7,23 ct/kWh. In den letzten regulären Wind-Ausschreibungen lagen die Gebotswerte dagegen insgesamt deutlich niedriger. Die deutliche Abweichung wird in ersten Branchenmeldungen mit verschiedenen Faktoren erklärt, etwa mit dem Erfordernis einer bestehenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, mit dem Ausschluss von Bürgerenergiegesellschaften, der Nichtgeltung des etablierten Referenzertragsmodells zum Ausgleich von Standortnachteilen sowie der speziellen Verteilernetzkomponente.

Insgesamt setzt sich der Eindruck fort, dass durch das Instrument der Ausschreibung die intendierte Kostensenkung beim Ausbau der erneuerbaren Energien durchaus forciert wird. Allerdings bleibt weiterhin fraglich, ob eine gemeinsame Ausschreibung für Windenergie an Land und Solaranlagen wirklich zweckmäßig ist, um neben der Kostensenkung gleichzeitig auch den für die Energiewende ebenso erforderlichen Mix der Technologien voranzutreiben. Nächster Gebotstermin für die gemeinsame Ausschreibung ist der 1. November 2018. Es bleibt spannend, ob sich dann auch Gebote für Windenergieanlagen werden durchsetzen können.

Ansprechpartnerin: Dr. Katrin Antonow und Dr. Bettina Hennig

Neuer Termin bekannt gegeben: Inbetriebnahme des Webportals zum Marktstammdatenregister erst im Dezember

Ursprünglich war die Inbetriebnahme des Registers im Sommer des vergangenen Jahres geplant, zeitgleich mit Inkrafttreten der Marktstammdaten-registerverordnung (MaStrRV), siehe hierzu unsere Meldung vom 22. Juni 2017, abrufbar [hier](#).

Hieraus wurde aber nichts: Nachdem eine Nutzung des Registers für Marktakteure zunächst noch für Herbst 2017 und dann für Sommer 2018 in Aussicht gestellt wurde, ([vBVH berichtete](#)), wurde der Starttermin nunmehr erneut verschoben. Wie die Bundesnetzagentur am 1. Februar auf ihrer [Website](#) mitteilte, wurde der Termin für die Inbetriebnahme auf den 4. Dezember 2018 festgelegt. Grund hierfür sind die immer noch nicht abgeschlossenen Arbeiten am Webportal des Marktstammdatenregisters, so die Bundesnetzagentur auf ihrer Website.

Zugleich entschuldigte sich die Bonner Behörde auf ihrer Website bei den betroffenen Marktakteuren für die sich aus der erneuten Verschiebung des Starts ergebenden Unannehmlichkeiten. Selbstverständlich würden keine Bußgeldverfahren für Verzögerungen eingeleitet, die sich aus der verspäteten Verfügbarkeit des Webportals ergeben, stellt die Bundesnetzagentur in diesem Zuge klar.

Die Meldepflichten für PV-Anlagen nach der MaStRV sind daher weiterhin über das PV-Meldeportal zu erfüllen. Daten, die nach der MaStRV eingetragen werden müssen, aber zurzeit nicht eingetragen werden können, müssen dann nachgetragen werden, sobald das Webportal dies ermöglicht.

Zum Hintergrund

Mit dem Marktstammdatenregister soll ein umfassendes behördliches Register des Strom- und Gasmarktes aufgebaut werden, das von den Behörden und den Marktakteuren des Energiebereichs genutzt werden kann. Das Marktstammdatenregister wird zukünftig für den Bereich der erneuerbaren Energien das EEG-Anlagenregister und auch das PV-Meldeportal ersetzen – ihre Funktion wird vom Marktstammdatenregister vollständig übernommen.

Die im Marktstammdatenregister gespeicherten Daten sollen über die bisherigen Meldepflichten noch hinausgehen. So sollen in dem neuen Register erstmals sämtliche Erzeugungsanlagen und Speichereinheiten des Strom- und Gasbereichs registriert werden. Auch Projekte, deren Realisierung erst noch geplant ist, müssen – wie bereits bislang im Hinblick auf die Teilnahme an Ausschreibungen – unter bestimmten Voraussetzungen im Marktstammdatenregister registriert werden. Dies gilt etwa dann, wenn die Errichtung der geplanten Anlage einer Zulassung nach dem Bundes-Immissionschutzgesetz oder nach dem Windenergie-auf-See-Gesetz bedarf, zu einer Einrichtung zur Erzeugung von PV-Strom mit einer installierten Leistung von mehr als 750 kW gehört, oder Teil einer Biomasseanlage mit einer installierten Leistung von mehr als 150 kW ist.

Schließlich sollen zukünftig auch für Bilanzkreisverantwortliche, Messstellenbetreiber, Netzbetreiber, Stromlieferanten und Transportkunden nach der MaStRV verschiedene Registrierungspflichten gelten.

Ansprechpartner: Julia Rawe und Dr. Florian Valentin

Amtsgericht Ratzeburg vs. BGH: Doch noch Korrektur des Fehltrteils zu Meldeverstößen?

Ein neues Urteil zu Verstößen gegen Registrierungspflichten im EEG macht Anlagenbetreibern Mut: Das AG Ratzeburg stellt sich ausdrücklich gegen den Bundesgerichtshof (BGH) und bringt eine neue Regelung zur Anwendung, die wenigstens ein bisschen Erleichterung bei den Sanktionen von Meldeverstößen verschafft. Betroffene Anlagenbetreiber sollten sich also weiterhin gegen überzogene Rückforderungen der Netzbetreiber zu Wehr setzen.

Der Hintergrund

Wir hatten im September 2017 von einem vielbeachteten BGH-Urteil zur Sanktionierung der EEG-Meldepflichten berichtet (unsere Meldung hierzu finden Sie [hier](#)). Bereits damals hatten wir dargestellt, dass und warum es sich nach unserer Auffassung bei dem BGH-Urteil an einem entscheidenden Punkt um ein Fehlurteil handelt. Dieses traf insbesondere solche Anlagenbetreiber hart, deren Anlagen vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden und die in der Vergangenheit ihre Anlagen nicht ordnungsgemäß bei der Bundesnetzagentur registriert hatten. Umstritten war, ob eine neue Regelung im EEG 2017, die für solche Verstöße eine deutliche Entschärfung der Sanktionen mit sich gebracht hätte, auch für solche Altanlagen anwendbar ist oder nicht. Der BGH hatte dies verneint – ein krasses Fehlurteil, wie wir meinen (sehen Sie bei Interesse auch [hier](#) oder [hier](#)).

Dieser Meinung ist offenbar auch das Amtsgericht Ratzeburg! So macht derzeit ein Urteil die Runde, in dem die dortige Richterin in diesem Punkt dem höchsten deutschen Zivilgericht ausdrücklich widerspricht (AG Ratzeburg, Urteil vom 8. Dezember 2017 – Az. 17 C 733/15, abrufbar [hier](#)).

Das Urteil

Das Urteil des AG Ratzeburg setzt sich ausführlich mit der Entscheidung des BGH auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass die dortigen Ausführungen schlichtweg nicht überzeugend sind. Insbesondere die vom BGH letztlich befürwortete Anwendung unterschiedlicher Sanktionsregelungen für neuere Bestandsanlagen und Neuanlagen einerseits und für ältere Bestandsanlagen andererseits findet die Richterin des AG Ratzeburg – verständlicherweise – nicht nachvollziehbar (vgl. Seite 10 des oben verlinkten Urteilsumdrucks). Neben dem Gesetzeswortlaut, der Gesetzesbegründung und der Gesetzesentwicklung verweist das AG Ratzeburg hierbei auch darauf, dass eine Ungleichbehandlung von

Photovoltaikanlagen, die unter dem EEG 2012 oder früher in Betrieb genommen worden sind gegen-über Photovoltaikanlagen, die unter dem EEG 2014 in Betrieb genommen worden sind, im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot des Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz nicht zu rechtfertigen sei.

Unsere Bewertung

Es ist zwar nicht das erste Mal, dass sich ein Instanzgericht der Rechtsprechung des BGH in EEG-Fragen ausdrücklich entgegenstellt, weil es die Rechtsauslegung des BGH für nicht überzeugend bzw. nicht zulässig hält (so etwa in der Kontroverse um die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Netzverknüpfungspunktes, vgl. hierzu etwa LG Flensburg, Urteil vom 27. Januar 2014 – Az. 4 O 248/12, abrufbar [hier](#), oder LG Kiel, Urteil vom 25. Januar 2013 – Az. 6 O 258/10, abrufbar [hier](#)). Ein ganz gewöhnlicher Vorgang ist es aber natürlich dennoch nicht, wenn ein Amtsgericht ausdrücklich gegen ein Urteil des höchsten deutschen Zivilgerichts entscheidet. Dies ist im vorliegenden Fall umso erfreulicher, da es sich bei dem BGH-Urteil auch unserer Auffassung nach um ein Fehlurteil handelt und die Richterin des AG Ratzeburg ihre Entscheidung juristisch sauber und überzeugend begründet hat. Anlagenbetreibern macht daher dieses neue Urteil durchaus Mut, sich trotz der BGH-Rechtsprechung gegen überzogene Rückforderungsansprüche ihres Netzbetreibers zu wehren. Sollten Sie von einer

solchen Rückforderung betroffen sein, unterstützen wir Sie natürlich gerne dabei.

Ansprechpartnerin: Dr. Bettina Hennig

Mieterstromzuschlag: Beihilferechtliche Genehmigung veröffentlicht

Wie wir bereits berichteten, hat die EU-Kommission am 20. November 2017 die beihilferechtliche Genehmigung für den Mieterstromzuschlag erteilt (unsere Meldung können Sie [hier](#) abrufen). Seitdem können die Netzbetreiber den Mieterstromzuschlag auszahlen. Nunmehr wurde auch der ausführliche Text der Genehmigung veröffentlicht.

Wie wir bereits berichteten, stand die Auszahlung des Mieterstromzuschlags unter dem gesetzlichen Vorbehalt, dass die EU-Kommission den Mieterstromzuschlag beihilferechtlich genehmigt. Dass diese Genehmigung erteilt wurde, wurde im

November 2017 bekannt. Bislang lag allerdings noch nicht der ausführliche Text der Genehmigung selbst vor. Mit Publikationsdatum vom 8. Februar 2018 hat die Kommission nunmehr den Volltext ihrer Entscheidung veröffentlicht. Die Genehmigung können Sie in deutscher und englischer Sprache [hier](#) abrufen.

In unserer letzten Meldung hatten wir außerdem die Frage aufgeworfen, ob bereits vor der EU-Genehmigung realisierte Mieterstromprojekte den Mieterstromzuschlag seit Erteilung der Genehmigung auch rückwirkend in Anspruch nehmen können. Dies betreffe insbesondere den Zeitraum zwischen dem 25. Juli 2017 (Inkrafttreten der neuen Förderregelung) und dem 20. November 2017 (Erteilung der beihilferechtlichen Genehmigung). Hierzu enthält die Genehmigung allerdings keine speziellen Aussagen. Im Zweifel ist diese Frage also weiterhin mit dem zuständigen Netzbetreiber zu klären.

Ansprechpartnerin: Dr. Bettina Hennig

BAU- UND PLANUNGSRECHT

Konzentrationszonenplanungen in alten Flächennutzungsplänen – Chancen für Windenergieprojekte?

Immer wieder stößt die Projektentwicklung im Windenergiebereich auf alte gemeindliche Flächennutzungspläne, die nach heutigen Erkenntnissen der Standortauswahl gut für die Windenergienutzung geeignete Flächen aufgrund einer veralteten Konzentrationszonenplanung für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen ausschließen. Bisher gibt es wenig erfolgversprechende Strategien, diesem Umstand etwas entgegenzusetzen. Ein neues Verständnis der relevanten gesetzlichen Bestimmungen kann das ändern.

Was ist eine Konzentrationszonenplanung?

Bereits im Jahr 1996 ist die Windenergienutzung im Außenbereich im Baugesetzbuch gesetzlich privilegiert worden. Diese bis heute geltende gesetzgeberische Privilegierungsentscheidung bedeutet, dass die Windenergienutzung überall im Außenbereich grundsätzlich zulässig ist und sich gegen andere Nutzungen (tendenziell) durchsetzen soll. In der Folge dieser gesetzgeberischen Privilegierungsentscheidung war die gemeindliche Flächennutzungsplanung (und die Regionalplanung) gefordert, mit Konzentrationszonenplanungen eine Standortsteuerung zu betreiben. Konzentrationszonenplanung bedeutet, eine Gemeinde weist der Windenergienutzung bestimmte gut geeignete Flächen weitgehend exklusiv zu, während das übrige Gemeindegebiet für die Windenergienutzung ausgeschlossen wird. Eine Konzentrationsplanung ändert also die grundsätzliche Privilegierungsregel und weist die Windenergienutzung besonders gut geeigneten Standorten zu, schließt sie aber im Übrigen Plangebiet aus. Aufgrund dieser Ausschlusswirkung sind an die zugrunde liegenden planerischen Entscheidungen hohe Anforderungen zu stellen.

Die Anforderungen an eine rechtskonforme Planung hat das Bundesverwaltungsgericht dann auch, insbesondere in seiner Rechtsprechung ab dem Jahr 2009, konturiert und konkretisiert. Demnach müssen Planungsträger ein schlüssiges Plankonzept verfolgen, aus dem sich ergibt, dass der Windenergienutzung in einem Maße („substantiell“) Platz eingeräumt wurde, das der gesetzgeberischen Privilegierungsentscheidung gerecht wird. Ignorieren Planungsträger diese Vorgaben und verstoßen gegen sie, ist die Planung

rechtswidrig und damit unwirksam. Diese planerischen Vorgaben führen dazu, dass eine nicht unerhebliche Anzahl von Konzentrationszonenplanungen angegriffen und wegen relevanter Verstöße von Gerichten aufgehoben wird.

Ob aus diesem Umstand oder andere Gründen, es gibt im Hinblick auf alte Flächennutzungspläne, die über Konzentrationszonenplanungen aus den 1990er oder den frühen 2000er Jahren verfügen, eine Tendenz zu beobachten: Gemeinden halten an diesen fest, obwohl sie relativ offensichtlich rechtswidrig – und damit unmittelbar nichtig – sind und eine Planungsanpassung mehr als überfällig wäre, und sperren somit ganze Gemeindegebiete für die Windenergienutzung.

Wieso sind alte, eigentlich rechtswidrige Flächennutzungspläne überhaupt relevant?

Eigentlich sollte man meinen, dass die Genehmigungsbehörden rechtswidrige und somit nichtige Konzentrationszonenplanungen aus alten Flächennutzungsplänen einem Vorhaben nicht entgegen halten bzw. die Ablehnung eines Genehmigungsantrags hierauf nicht stützen dürften. Das Gegenteil ist aber der Fall. Denn in rechtlicher Hinsicht wird regelmäßig die Rechtsposition eingenommen, Konzentrationsplanungen in Flächennutzungsplänen seien aufgrund der Rechtswirkungen des § 35 Absatz 3 Satz 3 Baugesetzbuch (BauGB) Rechtsnormen gleichgesetzt oder es wird angenommen, dass diese Planungen jedenfalls „rechtsnormgleich“ seien. Genehmigungsbehörden wiederum sei es überhaupt nicht erlaubt, über die Rechtswidrigkeit der Konzentrationsplanung und mithin deren Nichtigkeit zu entscheiden. Die Entscheidung über die Nichtigkeit von Rechtsnormen sei ausschließlich den Gerichten vorbehalten („Verwerfungskompetenz“). Nach dieser verbreiteten Rechtsansicht entfaltet demnach auch an eine rechtswidrige Konzentrationsplanung verbindliche Wirkung für die Genehmigungsbehörden. Für Projektentwicklungen bildet eine solche Einschätzung der zuständigen Genehmigungsbehörde in der Regel das einstweilige Ende. Es bleibt dann nur der Weg zu den Gerichten.

Aber auch hier droht dem Projektentwickler Ungemach: Das Bundesverwaltungsgericht hält zwar die unmittelbare gerichtliche Überprüfbarkeit einer Konzentrationszonenplanung mit einer sogenannten Normenkontrolle für zulässig. Diese kann allerdings nur innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung des Flächennutzungsplans erhoben werden. Geht man den Weg über die Klage gegen die Genehmigungsbehörde auf Erteilung der Genehmigung, kann dort also zwar grundsätzlich auch eine Überprüfung des Flächennutzungsplans erreicht werden. Allerdings wird – es handelt sich wie gesagt um 20 bis 30 Jahre alte Pläne – in der Regel festgestellt werden, dass die Planung – trotz ihrer Rechtswidrigkeit – wegen

sogenannter Planerhaltungsvorgaben, also aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens, unangreifbar ist. Kurz gesagt: Die Klage kommt zu spät.

Ist das so richtig?

Nein. Entscheidend ist insofern, ob es sich bei der Konzentrationsplanung tatsächlich um eine unangreifbar gewordene Rechtsnorm handelt und dies ist nach unserer Auffassung nicht der Fall. Vielmehr wird die rechtliche Wirkung der gesetzlichen Vorschrift des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB, aus der eben jener Normcharakter abgeleitet wird, derzeit weitgehend unzutreffend verstanden. Im BauGB wird der Flächennutzungsplan nicht zu einer Rechtsnorm oder einem Normäquivalent aufgewertet. Vielmehr begründet die Vorschrift lediglich dann eine gesetzlich angeordnete tatbestandliche Aufwertung des Flächennutzungsplans, wenn und soweit dieser eine (rechtmäßige und somit wirksame) Konzentrationszonenplanung enthält. Eine rechtswidrige Konzentrationszonenplanung wird hingegen schon nicht auf „Normebene“ aufgewertet und muss daher auch nicht wie eine solche von einem Gericht verworfen werden.

Es gilt bei Anwendung des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB das Gleiche wie bei der Anwendung von § 35 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 BauGB: Die Genehmigungsbehörde muss in letzterem Fall über die Vorhabenzulassung einer Windenergieanlage als privilegiertes Vorhaben in nachvollziehender Abwägung mit den Planaussagen des Flächennutzungsplan entscheiden. Durch § 35 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 BauGB erhalten im Gegensatz zu § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB die Darstellungen des Flächennutzungsplans lediglich eine geringere Wirkungsintensität: Denn liegt eine rechtmäßige Konzentrationszonenplanung vor, begründet § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB eine abwägungsbestimmende Regel, wonach sich die Flächennutzungsplanung in der Ausschlussfläche immer gegen die Windenergie durchsetzen soll. Im Falle einer rechtswidrigen Planung entfällt allerdings gerade diese abwägungsbestimmende Regel und der Weg für die Vorhabenzulassung ist frei – ganz ohne gerichtliches Verfahren.

Aufgrund dieser Begründung können auch Planerhaltungsvorschriften nicht zur Erhaltung der Rechtsfolge des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB eingreifen. Denn diese gesetzlichen Vorschriften erhalten lediglich (eigentlich) rechtswidrige Planaussagen in ihrem Bestand. Jene Planaussagen können allerdings keine abwägungsbestimmende Kraft mehr entwickeln, denn sie erfüllen materiell nicht mehr den Tatbestand des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB, der gerade eine inhaltlich rechtmäßige Planaussage erfordert.

Was bedeutet das für mein Projekt?

Konzentrationszonenplanungen in alten Flächennutzungsplanungen stehen häufig einem Projekterfolg entgegen. Bisher entspricht unser oben dargestellte Ansatz nicht der etablierten allgemeinen Rechtsauffassung. Aber der Ansatz ist gut geeignet, der Genehmigungsbehörde als schlagkräftiges Argument entgegengehalten zu werden. Bevor man sich zur Projektumsetzung in Diskussionen mit der Gemeinde über eine erforderliche Änderung der Flächennutzungsplanung aufreißt, kann also auch versucht werden, die Genehmigungsbehörde so zu überzeugen. Vielleicht braucht der von uns skizzierte Ansatz auch eine bestätigende gerichtliche Entscheidung. Aber aufgrund der zunehmenden Anzahl der Fälle der für die Windenergienutzung „gesperrten“ Gemeindegebiete braucht es den Anfang eines neuen Verständnisses. Diesen bieten wir gerne an: Projektentwicklern ebenso wie Genehmigungsbehörden und Gerichten.

Die Argumentation kann im Übrigen auch angewendet werden, wenn der immer wieder auftretende Fall vorliegt, dass die übergeordnete Regionalplanung eine Windvorrangfläche ausweist, die Gemeinde aber ihren Flächennutzungsplan nicht entsprechend anpasst. In diesen Fällen muss der Flächennutzungsplan von der Genehmigungsbehörde „überlesen“ werden, da er keine sinnvollen Planaussagen mehr für die Zulassungsentscheidung gem. § 35 BauGB enthält: Der Flächennutzungsplan ist zwingend an die Vorgaben der Regionalplanung anzupassen. Bis zum Vollzug der Anpassung kann der Flächennutzungsplan allerdings keine abwägungsbestimmende Wirkung mehr für eine Genehmigungsbehörde bei einer Vorhabenzulassung entfalten.

Bei Interesse empfehlen wir zur vertieften Darstellung der oben skizzierten rechtlichen Wertung den Aufsatz Bringewat/Hinsch, Wirksamkeit von Konzentrationszonenplanungen in älteren Flächennutzungsplänen, in: [ZNER 2017, 476-481](#).

Ansprechpartner: Dr. Jörn Bringewat

Handlungsvorschläge zum Interimsverfahren – Neuer „gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisstand“?

Der Begriff des "Interimsverfahren" hat es in kürzester Zeit zu erstaunlicher Berühmtheit gebracht. Es gibt kaum noch ein laufendes Windenergieprojekt oder

laufendes Nachbarstreitverfahren gegen genehmigte Windenergieanlagen, in dem das Interimsverfahren sich nicht in den Vordergrund schiebt. Regelmäßig spielt es inzwischen sogar bei Bestandwindparks eine Rolle. Aber worum geht es dabei überhaupt und könnte es auch Auswirkungen auf mein Windenergieprojekt haben?

Was ist das Interimsverfahren?

Bei der Genehmigung von Windenergieanlagen ist ein wesentlicher Aspekt, ob durch den Betrieb der Anlagen verursachte Schallbelastungen konkurrierende (schutzwürdige) Nutzungen unzulässig belasten. Ob dies so ist, beurteilt sich in der Praxis nach den Vorgaben des Immissionsschutzrechts, insbesondere der Technischen Anleitung (TA) Lärm, aus der sich nutzungsbezogene Richtwerte für zulässige Immissionsbelastungen ergeben. Bei der TA Lärm handelt es sich um eine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift, deren Inhalte für Behörden und Gerichte bindend sind (BVerwG, Urt. v. 29.08.2007 – 4 C 2.07). Die Festlegung von Richtwerten erfordert allerdings auch, dass mit der gleichen Verbindlichkeit, mit der die Festlegung der Richtwerte selbst erfolgt, auch geklärt sein muss, wie dann im Einzelfall gemessen wird, welche Schallbelastungen konkret an relevanten Immissionsorten erwartet werden. Hierzu bezieht sich die TA Lärm im Wesentlichen auf die Regelungen in der DIN ISO 9613-2.

Hinsichtlich der Immissionsbewertung von Windenergieanlagen existieren allerdings seit einigen Jahren kritische Stimmen, die die zutreffende Ermittlung der Schallbelastung mit eben dieser Methodik in Frage stellen. Es wurden schalltechnische Untersuchungen durchgeführt, die nahelegen, dass in der Tat die der bislang verwendeten DIN ISO 9613-2 zugrunde liegenden Berechnungsverfahren und Annahmen die tatsächliche Schallausbreitung von Windenergieanlagen nicht zutreffend bestimmen. Vor diesem Hintergrund hat die Bund/Länderarbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI) ein, allerdings schon mehrfach wieder überarbeitetes Hinweispapier veröffentlicht („Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen“). Aus diesem Papier ergibt sich ein Verfahren zur Feststellung der Schallbelastung von Windenergieanlagen, das die festgestellten Mängel der bisherigen Methodik aufgreift und zu beheben versucht. Da die genaue Berechnung der Schallausbreitung und Schallbelastung bei Windenergieanlagen allerdings als sehr komplex eingestuft wird, ist das in dem LAI-Papier dargestellte Verfahren kein endgültiges Ergebnis, sondern nur die Darstellung der fortgeschrittenen Erkenntnis, es beschreibt eben ein „Interimsverfahren“.

Das Verfahren hat, ohne die technischen Zusammenhänge hier darzustellen, im Grunde zwei relevante Folgen für die Bestimmung der Schallbelastung:

die angenommene Immissionsbelastung an näher an der emittierenden Windenergieanlage liegenden Immissionsorten bleibt im Vergleich zur bisherigen Bestimmung gleich oder nimmt leicht ab; an weiter entfernt liegenden Emissionsorten nimmt die angenommene Schallbelastung allerdings zu.

Was hat das zu bedeuten?

Zu der rechtlichen Bedeutung des Interimsverfahrens existiert bereits erste Rechtsprechung. Das Verwaltungsgericht Arnberg (Urt. v. 17.10.2017 – 4 K 2130/16) verneint beispielsweise in einer Entscheidung die Anwendbarkeit des Interimsverfahrens, das Verwaltungsgericht Düsseldorf (Beschl. v. 25.09.2017 – 28 L 3809/17) bejaht sie. Auch aktuelle Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte lässt sich finden (vgl. bspw. OVG Saarland, Beschl. v. 03.11.2017 – 2 B 573/17; OVG Münster, Beschl. v. 29.06.2017 – 8 B 1233/16 (beide Anwendbarkeit des Interimsverfahrens verneint); OVG Münster, Beschl. v. 29.11.2017 – 8 B 663/17, Beschl. v. 21.11.2017 – 8 B 935/17 (jeweils offen gelassen)).

Die Lage ist somit noch nicht abschließend geklärt, man kann aber wohl erste Schlüsse ziehen: Die Frage, ob das bisherige Verfahren der Schallbelastungsbestimmung nach der DIN ISO 9613-2 oder das Interimsverfahren zur Anwendung zu kommen hat, soll sich danach bestimmen, ob die Bindungswirkung der TA Lärm durch die Einführung des Interimsverfahrens entfallen ist bzw. sein kann. Die Bindungswirkung der TA Lärm einschließlich der über Ziffer A.2.3.4 des Anhangs zur TA Lärm anzuwendenden DIN ISO 9613-2 entfällt allerdings nur dann, wenn die in der TA Lärm enthaltenen Aussagen durch Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik überholt sind und sie deshalb den gesetzlichen Anforderungen nicht mehr gerecht werden (vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.03.1996 – 7 B 164/95, juris Rz. 19; OVG Münster, Beschl. v. 29.06.2017 – 8 B 1233/16, juris Rz. 23).

Man wird nach den Ergebnissen der Untersuchungen, die überhaupt erst zum Interimsverfahren führten, wohl davon ausgehen können, dass ein gesicherter Erkenntnisfortschritt gegeben ist. Auch muss konstatiert werden, dass die Resultate der Anwendung der DIN ISO 9613-2 zur Bestimmung der Schallbelastung durch den Betrieb von Windenergieanlagen oft nicht zutreffend die Wirklichkeit abbilden.

Dass diese Erkenntnisse allerdings bereits geeignet sind, die bisher verwandte Methode zur Bewertung der Erfüllung gesetzlichen Anforderungen an die zulässige Schallbelastung – konkret die DIN ISO 9613-2 – als vollkommen überholt zu qualifizieren, darf wohl bezweifelt werden. Dies gilt schon deswegen, dass die Inhalte des Interimsverfahrens eben keine endgültige Erkenntnis darstellen, sondern

zunächst nur widerspiegeln, dass die bisherige Methodik fehlerbehaftet ist. Wie sich die Schallbelastungen an relevanten Immissionsorten wirklich darstellen, kann allerdings auch auf Grundlage des Interimsverfahrens nicht eindeutig festgestellt werden, denn dazu sind weitere wissenschaftliche Untersuchungen erforderlich.

Hinsichtlich der offenbar technisch schwer eindeutig zu beantwortenden Frage, welche Immissionsbelastungen an relevanten Orten eintreten, wird häufig mit Unverständnis reagiert und gefragt, wieso denn nicht Messungen der Belastung erfolgen. Dazu ist allerdings festzustellen, dass Emissionsmessungen an Windenergieanlagen mit einer auf diesen Werten basierenden Immissionsberechnung in der Regel nicht durch Immissionsmessungen ersetzt werden können. Die häufig vernehmbaren Forderungen, prognostische Bewertungen auf Grundlage von Berechnungsmodellen gegen Immissionsmessungen zu ersetzen, können nicht zielführend sein, da Immissionsmessungen aufgrund von Störgeräuschen durch Wind, Blätterrauschen oder Straßenverkehrslärm und sonstige Umgebungsgeräusche eine große Unsicherheit innewohnt, die in der Regel keine validen Ergebnisse bringen können (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 29.11.2017 – 8 B 663/17, juris Rz. 64). Mit Emissionsmessungen an der Windkraftanlage kann demgegenüber ein ausreichender Abstand zu Fremdgeräuschen erreicht werden.

Und was hat es konkret für meine Projekte zu bedeuten?

In vielen Bundesländern existieren inzwischen (Rund-)Erlasse, die die Anwendung des Interimsverfahrens für Genehmigungsverfahren anordnen. Jene Runderlasse binden in der Behördenhierarchie wohl die Genehmigungsbehörden, allerdings dürften diese einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten. Die TA Lärm ist eine bundeseinheitliche Regelung, die aufgrund von §§ 48, 51 BImSchG in Kraft gesetzt wird. Die darin enthaltenen Regeln können, wenn die zuvor referierten Voraussetzungen nicht vorliegen, nicht im Erlasswege auf Landesebene außer Kraft gesetzt werden.

In Genehmigungsverfahren für Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen werden die Genehmigungsbehörden nunmehr trotzdem regelmäßig entsprechende Schallberechnungen auf Grundlage des Interimsverfahrens fordern. Nach obiger Darstellung zwar zu Unrecht, aber es ist auch damit zu rechnen, dass Genehmigungsanträge abgelehnt, nicht oder schlecht bearbeitet werden, wenn Antragsteller der Forderung nach Einreichung von Schallberechnungen auf Grundlage des Interimsverfahrens nicht nachkommen. Bei einem Genehmigungsverfahren kann es daher regelmäßig anzuraten sein, wenn Hinweise auf die geltende Rechtslage keinen Erfolg haben, eine Berechnung auf Grundlage des Interimsverfahrens trotz der rechtlichen Bedenken einzureichen.

Dies sollte allerdings mit dem ausdrücklichen Hinweis an die Behörde verbunden werden, dass die Inhalte der Berechnung keine Modifizierung des Genehmigungsantrags bedeuten, die Anwendbarkeit des Interimsverfahrens als nicht zulässig angesehen wird und in dem Einreichen der Antragsunterlage kein Verzicht auf etwaige Klagerechte liegt. Die Bedeutung der Verlautbarungen von Antragstellern im Zusammenhang mit der Einreichung von Antragsunterlagen wird regelmäßig unterschätzt. Es sollte daher genauestens auf Inhalte der Antragsunterlagen und Erklärungen des Antragstellers geachtet werden. Nach Erteilung der Genehmigung können dann durch Betreiberwiderspruch etwaige mit der Genehmigung angeordnete Betriebseinschränkungen einer gerichtlichen Prüfung zugeführt werden.

Bei Rechtsschutzverfahren aufgrund von Nachbarwidersprüchen oder nachträglichen Anordnungen zum Schallschutz durch die Immissionsschutzbehörde sieht es dagegen nach dem derzeitigen Stand gut für Betreiber aus. Hier wird erfolgreich gegen die Anwendung des Interimsverfahrens eingewandt werden können, dass die Regelungen der TA Lärm für die Schallbelastung relevant ist und das Interimsverfahren jene auch nicht abgelöst hat.

Ansprechpartner: Dr. Jörn Bringewat und Dr. Steffen Herz

POWER-TO-X

Treibhausgasminderungspflichten im Kraftstoffsektor – 37. und 38. BImSchV in Kraft getreten

Seit Beginn dieses Jahres gelten neue Bestimmungen für die Treibhausgasminderungspflichten im Kraftstoffsektor. Während konventionelle, etwa aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellte Biokraftstoffe nur noch begrenzt eingesetzt werden dürfen, ist für fortschrittliche Biokraftstoffe (inbes. Abfall- und Reststoffe) eine Unterquote vorgesehen. Zugleich wird die Möglichkeit zur Erfüllung der Treibhausgasminderungspflichten durch Inverkehrbringen anderer, erneuerbarer und auch fossiler Kraftstoffe erheblich ausgeweitet. Mit den nun als 37. und 38. BImSchV verabschiedeten Verordnungen werden europarechtliche Vorgaben umgesetzt.

Von der Biokraftstoffquote zur vielseitig erfüllbaren Treibhausgasminderungspflicht

Das ursprünglich als Biokraftstoffquotensystem eingeführte System zur Treibhausgasminderung im Verkehrssektor soll zur Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Vergleich zum Jahr 2005 um 10 Prozent bis 2020 und um 30 Prozent bis zum Jahr 2030 beitragen. Die „Inverkehrbringer“ von Otto- und Dieselmotorkraftstoffen werden zu diesem Zweck verpflichtet, die Treibhausgasemissionen der von Ihnen in Verkehr gebrachten Kraftstoffe kontinuierlich zu senken. Die Treibhausgasminderungspflichten sind in den §§ 37a ff. Bundes-Immissionsschutzgesetz geregelt und werden nunmehr auch durch die zum 1. Januar 2018 in Kraft getretene Verordnung zur Anrechnung von strombasierten Kraftstoffen und mitverarbeiteten biogenen Ölen auf die Treibhausgasquote (37. BImSchV) und durch die seit dem 14. Dezember 2017 geltende Verordnung zur Festlegung weiterer Bestimmungen zur Treibhausgasminderung bei Kraftstoffen (38. BImSchV) ergänzt.

Die bereits im Mai 2017 beschlossene 37. BImSchV stellt erstmals einen Rechtsrahmen für die Anerkennung der mittels Power-to-Gas erzielten Treibhausgasminderungen auf. Danach kann die Treibhausgasminderungsquote nicht mehr länger ausschließlich mit Biokraftstoffen oder Biomethan, sondern auch mit strombasierten Kraftstoffen erfüllt werden. Neben dem direkten Einsatz von Wasserstoff in Brennstoffzellen kommt insoweit auch der über das Erdgasnetz

bilanzierte Einsatz von Wasserstoff oder Synthetischem Methan in Betracht (wir berichteten).

Mit der 38. BImSchV werden die Möglichkeiten zur Erfüllung der Treibhausgasminderungsquote nun noch weiter ausgeweitet: Zum einen kann seit dem 1. Januar 2018 auch der in batteriebetriebenen Elektrofahrzeugen eingesetzte Strom und das im Verkehrssektor eingesetzte biogene Flüssiggas angerechnet werden. Zum anderen kann die Treibhausgasminderungspflicht erstmals auch durch bestimmte fossile Kraftstoffe erfüllt werden. Voraussetzung ist insoweit natürlich, dass die dabei freigesetzten Treibhausgasemissionen den Basiswert, der für die Ermittlung der erforderlichen Treibhausgasminderung maßgeblich ist, unterschreiten. Der Basiswert ist entsprechend den EU-Vorgaben von 83,3 auf 94,1 kg CO₂-Äquivalent pro Gigajoule angehoben worden.

Im Ergebnis kann die ursprünglich als „Biokraftstoffquote“ eingeführte Treibhausgasminderungspflicht inzwischen mittels verschiedenster Einsparmaßnahmen erreicht werden: Neben Biokraftstoffen und Biomethan kommen nunmehr auch strombasierte Kraftstoffe (Power-to-Gas), Elektrofahrzeuge, biogenes Flüssiggas und sogar bestimmte fossile Brennstoffe in Betracht. Soweit die Treibhausgasminderung dabei nicht durch die nach dem Gesetz Verpflichteten – dies sind ausschließlich Mineralölkonzerne als „Inverkehrbringer“ von Otto- und Dieselmotorkraftstoff – selbst erfüllt wird, kommt es dabei zum sog. Quotenhandel. Wer die Treibhausgasminderung erbracht hat, kann die Quotenerfüllung an ein nach dem Gesetz zur Treibhausgasminderung verpflichtetes Unternehmen veräußern.

Unterquote für fortschrittliche Biokraftstoffe

Bei Biokraftstoffen, die für die Einhaltung der Treibhausgasminderungspflichten bislang eine bestimmende Rolle innehaben, wird nach den neuen Vorgaben der 38. BImSchV zwischen konventionellen und fortschrittlichen Biokraftstoffen unterschieden. Fortschrittliche Biokraftstoffe sind unter anderem solche Biokraftstoffe, einschließlich Biomethan, die aus Rest- und Abfallstoffen, etwa aus Bio-, oder Industrieabfällen, sowie aus Stroh, Gülle, oder Klärschlamm hergestellt worden sind. Konventionelle Biokraftstoffe hingegen sind insbesondere solche Kraftstoffe, die aus angebauten nachwachsenden Rohstoffen (Kulturpflanzen) erzeugt worden sind.

Der Einsatz konventioneller Biokraftstoffe wird angesichts großflächiger Rodungen zum Zwecke des massenhaften Anbaus von Palmölpflanzen kontrovers diskutiert. Hierauf hat der Ordnungsgeber reagiert und „zur Vermeidung von indirekten Landnutzungsänderungen“ den Einsatz konventioneller Biokraftstoffe, welcher auf

die Treibhausgasminderungsquote anrechenbar ist, auf maximal 6,5 Prozent begrenzt.

Auf der anderen Seite soll der Einsatz fortschrittlicher Biokraftstoffe durch Einführung einer sog. Unterquote gefördert werden. Die Unterquote gibt vor, dass Inverkehrbringer von jährlich mehr als 20 Petajoule Otto- oder Dieselmotorkraftstoffe ab dem Jahr 2020 einen Mindestanteil fortschrittlicher Kraftstoffe in Höhe von 0,05 Prozent selbst oder durch Dritte in Verkehr bringen müssen. In den Folgejahren wird die Unterquote schrittweise, bis zum Jahr 2025 auf 0,5 Prozent, angehoben und dann für sämtliche verpflichteten Unternehmen – unabhängig von der in Verkehr gebrachten Kraftstoffmenge – verbindlich.

Treibhausgasminderung durch Strom und Gas

Neu eingeführt wurde zudem die Möglichkeit, elektrischen Strom, der zur Verwendung in Straßenfahrzeugen mit Elektroantrieb aus dem Netz entnommen wurde, für die Erfüllung der Treibhausgasminderungspflicht anrechnen zu lassen. So kann ein Stromanbieter, der Ladesäulen beliefert, die durch den eingesetzten Strom entstandene Treibhausgasminderung an einen Verpflichteten veräußern. Der Wert der durch die Nutzung des Stroms entstehenden Treibhausgasemissionen wird jährlich bis zum 31. Oktober für das darauffolgende Verpflichtungsjahr durch das Umweltbundesamt bekanntgegeben.

Überdies kann die Verpflichtung zur Minderung der Treibhausgasemissionen nun auch durch das Inverkehrbringen von bestimmten fossilen Kraftstoffen wie komprimiertes Erdgas (CNG), verflüssigtes Erdgas (LNG) und Flüssiggaskraftstoff (LPG) und aus Kohle erzeugtem Wasserstoff erfüllt werden.

Dies ist durchaus attraktiv: Die spezifischen Treibhausgasemissionen etwa für LPG sind mit 73,6 kg CO₂-Äquivalent pro Gigajoule und für CNG mit 69,3 kg CO₂-Äquivalent pro Gigajoule festgelegt. Im Vergleich sind die spezifischen Treibhausgasemissionen von Otto- und Dieselmotorkraftstoffen mit Werten von 93,3 kg CO₂-Äquivalent pro Gigajoule und von 95,1 kg CO₂-Äquivalent pro Gigajoule deutlich größer. Der Einsatz von gasbasierten Kraftstoffen bietet also ein relevantes Minderungspotenzial.

Fazit und Ausblick

Die nun vorliegende Verordnung gibt ein gemischtes Bild ab. Für Inverkehrbringer von Strom und Gas für den Verkehrssektor ist die Möglichkeit zur Anrechnung auf die Treibhausgasminderung durchaus erfreulich und dürfte ein erhebliches wirtschaftliches Potenzial bieten.

Für Biokraftstoffe hingegen scheint eine weniger optimistische Bewertung angebracht. Unklar bleibt insbesondere, weshalb die nun verabschiedete 38. BImSchV eine Unterquote für fortschrittliche Biokraftstoffe von lediglich 0,05 Prozent vorsieht. Jedenfalls bleibt die Unterquote deutlich hinter dem in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie angegebenen Richtwert von 0,5 Prozent zurück. Da die Unterquote erst ab dem Jahr 2020 erfüllt werden muss und die Minderungspflichten nunmehr auch durch die Übertragung von Einsparungen durch im Verkehrssektor bereits eingesetzten Strom und Gas – möglicherweise günstiger – erfüllt werden können, steht zu befürchten, dass der Anteil an fortschrittlichen Biokraftstoffen zunächst sogar sinken wird.

Ambitioniertere Vorgaben wären durchaus umsetzbar gewesen. Schließlich beträgt der Anteil fortschrittlicher Biokraftstoffe über den Einsatz von Biomethan im Verkehrssektor bereits heute etwa 0,05 Prozent. Es bleibt zu hoffen, dass auf EU-Ebene noch ambitioniertere Zahlen verbindlich festgeschrieben werden. So sieht der gegenwärtige Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie bereits eine Unterquote für „moderne Biokraftstoffe“ von 0,5 Prozent ab dem Jahr 2021 und bis 2030 sogar von 3,6 Prozent vor. Wenn der Entwurf mit dieser Vorgabe in Kraft tritt, müsste die Unterquote im deutschen Recht entsprechend angehoben werden. Gegenwärtig jedoch scheinen die Neuregelungen kaum nachhaltige Impulse für eine wirkliche Verkehrswende zu setzen.

Auch die Power-to-Gas-Branche kann mit den neuen Regelungen nicht zufrieden sein. Der Aufwand für die Anrechnung strombasierter Kraftstoffe dürfte sich angesichts der derzeit noch geringen Verbreitung von Erdgas- und Brennstoffzellenfahrzeugen kaum lohnen. Die restriktiven Vorgaben für die Anerkennung des Einsatzes von Strom aus erneuerbaren Energien, wonach ein Bezug über das Netz der allgemeinen Versorgung nur in Ausnahmefällen zulässig ist, kommen erschwerend hinzu. Auch der aktuelle Diskussionsstand auf EU-Ebene, wonach es auch weiterhin keine Unterquote für strombasierte Kraftstoffe geben soll, bremst den Optimismus.

Ansprechpartner: Burkhard Hoffmann und Dr. Hartwig von Bredow

SPEICHER

Mehr Rechtssicherheit für Speicherbetreiber? – Clearingstelle veröffentlicht Empfehlung zu § 61 k EEG 2017

Dass der Betrieb von Stromspeichern rechtlich komplex sein kann und die Betreiber nicht selten vor erhebliche administrative und gelegentlich auch wirtschaftliche Herausforderungen stellt, ist in der Praxis inzwischen hinreichend bekannt. In den letzten Jahren hat sich zunehmend ein eigenständiger Rechtsrahmen für Stromspeicher entwickelt, der auch immer neue Anforderungen mit sich bringt. So wurde etwa mit dem § 61k EEG 2017 eine neue Regelung eingeführt, die eine Doppelbelastung von zwischengespeichertem Strom mit der EEG-Umlage vermeiden sollte. Der neue § 61k EEG 2017 ist jedoch äußerst komplex geraten und warf für die Anwender wiederum eine ganze Reihe von Fragen auf. Einigen dieser Fragen hat sich die Clearingstelle EEG|KWKG nunmehr mit der jüngst veröffentlichten [Empfehlung 2017/29](#) vom 28. März 2018 („Anwendungsfragen des § 61k EEG 2017 für EEG-Anlagen – Teil 1“) angenommen.

Stromspeicher und das EEG – ein weites Feld

Bereits mit der Empfehlung 2016/12 vom 23. Januar 2017 (abrufbar [hier](#)) hatte die Clearingstelle zu einer Reihe von strittigen Rechtsfragen zu Stromspeichern Stellung genommen ([wir berichteten](#)). Die damals behandelten Fragen betrafen insbesondere die grundsätzliche Einordnung von Stromspeichern im Normgefüge des EEG. Hier nahm die Clearingstelle etwa zum Anlagenbegriff, zur Anlagenzusammenfassung, zur installierten Leistung oder zur Inbetriebnahme bei Stromspeichern Stellung.

Die nunmehr veröffentlichte Empfehlung 2017/29 vom 28. März 2018 (abrufbar [hier](#)) widmet sich demgegenüber ausschließlich der neuen Sonderregelung für die EEG-Umlage bei Stromspeichern in § 61k EEG 2017. Diese Neuregelung besagt im Kern, dass für zwischengespeicherten Strom grundsätzlich nur einmal die EEG-Umlage gezahlt werden muss. Hierfür wurde ein so genanntes Saldierungsprinzip eingeführt. Etwas vereinfacht gesagt darf hiernach die EEG-Umlage, die für den ausgespeicherten Strom gezahlt wird, von der EEG-Umlage abgezogen werden, die für den eingespeicherten Strom zu zahlen ist (bei Interesse finden Sie weitere Informationen zu § 61k EEG 2017 etwa [hier](#) oder [hier](#)). Damit diese Regelung jedoch auch tatsächlich zur Anwendung kommt, sind eine ganze Reihe spezieller mess- und abrechnungstechnischer Vorgaben zu erfüllen, die im

Einzelfall für Unsicherheit sorgen können. Dabei gelten für bestimmte Speicherkonzepte wiederum verschiedene Sonderregeln wie etwa eine verkürzte Saldierungsperiode oder eine mengenmäßige Beschränkung der begünstigten Strommenge auf 500 kWh je kWh Speicherkapazität. Auch stellen sich verschiedene Fragen im Zusammenhang mit den erforderlichen Nachweisen. Zudem regelt § 61k EEG 2017, dass Speicherverluste grundsätzlich von der EEG-Umlage befreit sind. Betreibern von Speichern ist daher immer wieder zu raten, sich gut mit den regulatorischen Anforderungen auseinander zu setzen, um hier nicht durch versehentliche Fehler eine Mehrfachbelastung mit Letztverbraucherabgaben oder sonstige Risiken einzugehen. Dies wirft dann natürlich die Frage auf, wie die Speicherverluste zu ermitteln sind und wie sie gegebenenfalls im Einzelnen nachzuweisen sind. All diesen Fragen hat sich die Clearingstelle EEG|KWKG in ihrem bereits am 18. Juli 2017 eingeleiteten Empfehlungsverfahren gewidmet (den Eröffnungsbeschluss finden Sie [hier](#)).

Mit diesen Fragen hat sich die Clearingstelle befasst

Um Speicherbetreibern künftig mehr Rechtssicherheit zu geben, hat die Clearingstelle sich in ihrer aktuellen Empfehlung 2017/29 mit den folgenden Anwendungsfragen befasst:

- Welche Anforderungen gelten hinsichtlich der mess- und eichrechtskonformen Messung gemäß § 61 k Absatz 1 b Satz 1 Nummer 1 EEG 2017?
- Wie ist der Speicherverlust sowie die Begrenzung der Verringerung der EEG-Umlage auf 500 kWh je kWh-Speicherkapazität pro Kalenderjahr gemäß § 61k EEG 2017 zu ermitteln bzw. anzuwenden?
- Welche Messkonzepte und Berechnungswege für verschiedene Anwendungsfälle zur Anwendung des § 61 k EEG 2017 sind möglich?

Bereits die Länge der Empfehlung 2017/29 (gut 70 Seiten) zeigt, dass die Beantwortung dieser Fragen nicht ganz einfach ist. Umso erfreulicher ist es, dass sich die Clearingstelle dezidiert auch zu verschiedenen Detailfragen äußert und insbesondere auch die nach ihrer Auffassung denkbaren Messkonzepte ausführlich darstellt. Dies dürfte zahlreichen Betreibern in der Praxis eine wichtige Handreichung bieten, denn nicht selten sind es die Einzelheiten des Mess- und Abrechnungskonzepts, die sich in der Umsetzung von Speicherkonzepten als besonders schwierig erweisen.

Unsere Bewertung

Zwar kann die auch die Clearingstelle EEG|KWKG mit der aktuellen Empfehlung sicherlich nicht sämtliche Einzelfallfragen im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Speichers bzw. der Anwendung des § 61 k EEG 2017 klären oder die administrativen Anforderungen und Herausforderungen der aktuellen Rechtslage vollständig auflösen. Die Empfehlungen der Clearingstelle sind auch nicht rechtsverbindlich oder in jedem Einzelfall „das letzte Wort“. Die Clearingstelle schafft jedoch mit ihrer aktuellen Empfehlung wieder einmal ein Mehr an Rechtssicherheit, indem sie die mit der Anwendung des § 61 k EEG 2017 einhergehenden Unsicherheiten insgesamt systematisch aufbereitet und auch zu vielen Fragestellungen für die Praxis gut verwertbare Ergebnisse und Anwendungshinweise enthält. Dass dabei nach wie vor einige Frage offen sind, ergibt sich schon alleine daraus, dass die Clearingstelle EEG|KWKG selbst von mehreren Teilen ihrer Empfehlung(en) zu Stromspeichern ausgeht...

Betreibern von Speichern ist schon deshalb nur immer wieder zu raten, sich – am besten schon vor der Projektumsetzung – gründlich mit den regulatorischen Anforderungen auseinander zu setzen, um hier nicht durch versehentliche Fehler eine Mehrfachbelastung mit Letztverbraucherabgaben oder sonstige Rechtsverstöße zu riskieren. Viele Fragen sind dabei auch weiterhin einzelfallgerecht zu klären. Hierbei stehen wir Ihnen natürlich jederzeit gerne mit Rat und Tat zur Seite. Sprechen Sie uns gerne an, wenn Sie hierzu Fragen haben.

Ansprechpartner: Dr. Bettina Hennig und Dr. Florian Valentin

Stromsteuer bei Batteriespeichern: Jetzt Antrag beim Hauptzollamt stellen!

Bereits am 29. November 2017 berichteten wir über die Neuigkeiten im Stromsteuerrecht (die Meldung können Sie [hier](#) abrufen). In dieser Meldung wiesen wir auch bereits auf eine neue Regelung für stationäre Batteriespeicher im zum 1. Januar 2018 geänderten Stromsteuergesetz hin. Diese für die Praxis äußerst bedeutsame Regelung und ihren Hintergrund möchten wir im Folgenden noch einmal etwas näher beleuchten. Insbesondere Betreiber von stationären Batteriespeichern, ob nun im gewerblichen oder im privaten Bereich, sollten den neuen [§ 5 Absatz 4 Stromsteuergesetz](#) (StromStG) kennen und gegebenenfalls ein entsprechenden Antrag beim Hauptzollamt stellen.

Worum geht es?

Wie bislang in erster Linie im Zusammenhang mit der EEG-Umlage und den Netzentgelten diskutiert, werden Stromspeicher im Energierecht grundsätzlich sowohl als Stromverbraucher, als auch als Stromerzeuger eingeordnet. Hieraus resultiert eine Reihe von komplexen Rechtsfragen und stets auch das Risiko einer Doppelbelastung des zwischengespeicherten Stroms mit den verschiedenen gesetzlichen Strompreisbestandteilen (weitere Informationen hierzu finden Sie bei Interesse etwa [hier](#)).

Dieselbe Grundproblematik existiert im Stromsteuerrecht: Die Stromsteuer entsteht grundsätzlich dann, wenn Strom zum Verbrauch aus einer Stromleitung oder einem Stromnetz entnommen wird. Eine solche Entnahme liegt grundsätzlich auch dann vor, wenn der Strom lediglich zwischengespeichert wird. Wird der Strom nun wiederum nach der Ausspeicherung in eine Stromleitung oder ein Stromnetz eingespeist und dann „erneut“ von einem Letztverbraucher entnommen, fällt die Stromsteuer grundsätzlich ein zweites Mal an.

Was galt bis zu der aktuellen Gesetzesänderung?

Zwar gibt es verschiedene Regelungen zur Stromsteuerbefreiung, jedoch war in der Vergangenheit teilweise umstritten, ob und inwieweit diese Befreiungstatbestände für Stromspeicher anwendbar sind. Insbesondere war umstritten inwieweit für Stromspeicher die Sonderregel des [§ 9 Absatz 1 Nummer 2 StromStG](#) gilt, nach der Strom von der Stromsteuer befreit ist, der „zur Stromerzeugung entnommen wird“. Diese Regelung wird konkretisiert durch die Stromsteuerdurchführungsverordnung (StromStV). So regelt [§ 12 StromStV](#), dass auch solcher Strom nach [§ 9 Absatz 1 Nummer 2 StromStG](#) von der Stromsteuer befreit ist, der in Pumpspeicherkraftwerken von den Pumpen zum Fördern der Speichermedien zur Erzeugung von Strom verbraucht wird. Aus dieser Regelung leitete sich nun die Frage ab, ob die Stromsteuerbefreiung ausschließlich für Pumpspeicherkraftwerke gelten soll, oder auch für sonstige Speichieranlagen, wie zum Beispiel Batteriespeicher. Der Bundesfinanzhof hat dies in einem Urteil verneint (BFH Urteil vom 19. Juni 2012 – VII R 33/10).

Allerdings war politisch nun auch nicht gewollt, dass es bei einer Zwischenspeicherung von Strom zu einer Doppelbelastung mit der Stromsteuer kommt. Gelöst wurde dieses Dilemma vorübergehend durch einen Anwendungserlass des Bundesfinanzministeriums. Dieser stellte zwar klar, dass die Entnahme von Strom zum Aufladen eines Batteriespeichers grundsätzlich zur Entstehung der Stromsteuer führt und das auch bei der „zweiten“ Entnahme nach der Ausspeicherung wiederum die Stromsteuer anfallen kann. Um eine

Doppelbelastung auszuschließen, wurde dann allerdings festgelegt, dass der jeweilige Batteriespeicher sowie die erforderlichen Anschlusseinrichtungen vorübergehend als Bestandteil des Versorgungsnetzes behandelt werden können. Die Idee dahinter: Wenn ein Speicher Teil des Versorgungsnetzes ist, kann das Aufladen des Speichers nicht als Entnahme aus dem Versorgungsnetz gelten und damit die Stromsteuer nicht entstehen.

Dieser vorübergehende Rechtszustand wurde nunmehr zum 1. Januar 2018 ins Gesetz überführt.

Was genau sagt die Neuregelung und was folgt hieraus für Batteriebetreiber?

Nach § 5 Absatz 4 StromStG kann das zuständige Hauptzollamt auf Antrag zulassen, dass stationäre Batteriespeicher als Teil des Versorgungsnetz gelten. Voraussetzung ist, dass die Speicher dazu dienen, den Strom vorübergehend zu speichern und anschließend in ein Versorgungsnetz einzuspeisen, .

In der Gesetzesbegründung wird auch noch einmal ausdrücklich klargestellt, dass so die Doppelbelastung von zwischengespeicherten Strom mit der Stromsteuer gerade vermieden werden soll (vgl. BT-Drs.18/11493, Seite 63 f., abrufbar [hier](#)). In der Gesetzesbegründung wird auch klargestellt, dass von der Stromsteuerbefreiung auch die erforderlichen Netzanschlüsse erfasst sind. Allerdings soll Strom, der zum Betrieb der Batteriespeicher verbraucht wird, zum Beispiel zur Aufrechterhaltung der Betriebstemperatur, nicht von der Steuerbefreiung profitieren. Die Steuerbefreiung soll sich also ausschließlich auf den Ladestrom beziehen. Hieraus folgt, dass der sogenannte Peripheriestrom sinnvoll vom Ladestrom abzugrenzen ist. Ob und wie dies messtechnisch umgesetzt werden kann, ist im jeweiligen Einzelfall zu klären.

Für die Anerkennung eines Batteriespeichers als Teil des Versorgungsnetzes ist ein Antrag beim zuständigen Hauptzollamt nötig. Wie dieser Antrag im Einzelnen auszusehen hat, wird in [§ 4a StromStV](#) näher bestimmt. Die Nutzung eines speziellen Formblattes ist danach nicht erforderlich, allerdings muss der Antrag schriftlich erfolgen und dem Antrag ist folgendes beizufügen:

- bei Unternehmen, die in das Handels-, Genossenschafts- oder Vereinsregister eingetragen sind: ein Registerauszug nach dem neuesten Stand,
- ein Verzeichnis der Betriebstätten im Sinne des § 12 der Abgabenordnung im Steuergebiet,
- eine Beschreibung des Batteriespeichers sowie dessen Nutzung.

Eine gewisse administrative Erleichterung ist dabei in § 4a Absatz 3 StromStV geregelt, nach dem die Zulassung mit dem ordnungsgemäßen Antrag bereits als erteilt gilt. Erhält der Anlagenbetreiber auf seinen Antrag also keine Rückantwort des Hauptzollamtes, kann er davon ausgehen, dass die Zulassung als erteilt gilt und damit der Ladestrom von der Stromsteuer befreit ist.

Na, dann ist doch alles geklärt – oder...?!

Leider können wir auch diese Meldung zum Stromsteuerrecht nicht nach einigen so klaren Aussagen enden lassen. Auch die neue Regelung zu Batteriespeichern wirft nämlich einige für die Praxis durchaus bedeutsame Fragen auf.

So geht aus der Regelung unseres Erachtens nicht eindeutig hervor, welche der vielfältigen denkbaren und bereits in der Praxis umgesetzten Batteriespeicherkonzepte überhaupt von der Regelung erfasst sind. Beim ersten Lesen des Normtextes sowie der Gesetzesbegründung und den Vorgängerregelungen bzw. -entscheidungen drängt sich insgesamt der Eindruck auf, dass der Gesetzgeber hier stets nur einen von vielen Anwendungsfällen der aktuellen Batteriespeichertechnologien vor Augen hatte. So scheinen die bisherigen Regelungen auf solche Anwendungsfälle zugeschnitten, in denen der Speicher quasi „im Netz steht“. Relativ klar ist daher die Rechtslage nach § 5 Absatz 4 StromStG für solche stationären Batteriespeicher, die ausschließlich für die Zwischenspeicherung von aus dem Netz bezogenen Strom und zur Wiedereinspeisung in das Stromnetz konzipiert sind, zum Beispiel für die Erbringung von negativer oder positiver Regelleistung. Speicher können allerdings bekanntlich noch viel mehr und werden inzwischen auch in vielfältigen Energiekonzepten eingesetzt. Insbesondere die sogenannten „bivalenten“ oder auch „Misch-“ oder „Multi-Use-Konzepte“, die unter der Nutzung eines Speichers eine dezentrale Stromerzeugung und/oder einen dezentralen Stromverbrauch mit einer Netzentnahme und -einspeisung kombinieren, sehen sich nach wie vor einer Reihe von energierechtlichen Herausforderungen gegenüber.

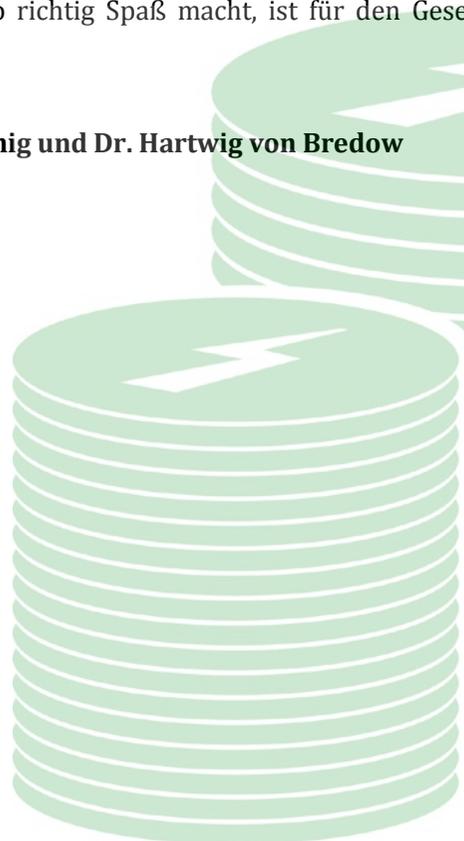
So auch hier: Aus dem Gesetzestext und der Gesetzesbegründung geht nicht eindeutig hervor, ob für die Anwendung der neuen Regelung erforderlich ist, dass der Ladestrom *ausschließlich* dem Stromnetz entnommen und in dieses zurückgespeist wird, oder ob auch eine Kombination mit dezentraler Stromerzeugung bzw. dezentralem Stromverbrauch zulässig ist. Betreiber, die ihre Batteriespeicher in einer Kombination von Netznutzung und dezentraler Nutzung betreiben und bei denen eine Doppelbelastung mit der Stromsteuer droht, sollten unseres Erachtens dennoch auf jeden Fall einen entsprechenden Anerkennungsantrag beim Hauptzollamt stellen. Wie die Hauptzollämter auf solche

Anträge reagieren, ist bislang noch nicht absehbar. Gegebenenfalls muss man sich dann mit dem Hauptzollamt über die Anwendbarkeit der entsprechenden Regelung bzw. über die Konsequenzen eines abgelehnten Anerkennungsantrags streiten. Auch scheint noch nicht abschließend geklärt, wie die Regelung für Batteriespeicher mit den neuen Regelungen zur Versorgereigenschaft im Stromsteuerrecht und den anderen Befreiungstatbeständen zusammenspielt. Unter Umständen lassen sich hier in Einzelfällen durchaus auch interessante neue Anwendungsfälle realisieren – je nachdem, wie die Hauptzollämter die entsprechenden Regelungen künftig auslegen. Sprechen Sie uns gerne an, wenn Sie hierzu Genaueres wissen möchten...

Unser Fazit

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Neuregelung in § 5 Absatz 4 StromStG zwar gut gemeint ist und in vielen Fällen auch sehr hilfreich sein kann. Andererseits bringt sie mit der Antragspflicht auch weitere administrative Anforderungen und insgesamt weitere Rechtsunsicherheiten mit sich. Insbesondere der Vielgestaltigkeit der Praxis beim Einsatz von Batteriespeichern wird die Neuregelung also – mal wieder – nicht gerecht. Bis der Betrieb von Batteriespeichern in Deutschland so richtig Spaß macht, ist für den Gesetzgeber also immer noch einiges zu tun.

Ansprechpartner: Dr. Bettina Hennig und Dr. Hartwig von Bredow



STROM- UND ENERGIESTEUER

FG Berlin-Brandenburg bejaht Stromsteuerbefreiung für Strombezug in Umspann- und Transformationsanlagen

Mit Entscheidung vom 10. Januar 2018 hat das Finanzgericht (FG) Berlin-Brandenburg den in einer Transformations- und Umspannanlage einer Solaranlage verbrauchten Strom als Stromverbrauch zur Stromerzeugung im Sinne des § 9 Absatz 1 Nummer 2 StromStG gewertet (Az. 1 K 1142/16, das Urteil können Sie [hier](#) abrufen). Der Strom, der für die Transformation auf die zur Einspeisung erforderliche Spannungsebene verbraucht wird, ist daher nach dem Urteil von der Stromsteuer befreit. Damit führt das FG konsequent die Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 6. Oktober 2015 (Az. VII R 25/14, abrufbar [hier](#)) zur Stromsteuerbefreiung für den in Wechselrichtern verbrauchten Strom fort.

Zum Sachverhalt und zum rechtlichen Hintergrund des Rechtsstreits

Die Klägerin betreibt eine Solaranlage und speist den erzeugten Strom in das öffentliche Stromnetz ein. Dafür muss die im Solarpark erzeugte Energie zunächst mit Hilfe von Wechselrichtern zu Wechselstrom umgewandelt und sodann mit einem Mittelspannungstrafo von 360 V auf 20 kV umgespannt werden. In einem – ebenfalls im Eigentum der Klägerin – stehenden Umspannwerk wird der Strom schließlich auf 110 kV umgewandelt und anschließend ins Stromnetz eingespeist.

Streitig war nun insbesondere, ob für den Strom, der für den Betrieb der Trafo- und Umspannanlagen eingesetzt wird, die Stromsteuer anfällt oder nicht. Die Klägerin berief sich hierfür auf die Regelung in [§ 12a Stromsteuer-Durchführungsverordnung \(StromStV\)](#) bzw. in [§ 9 Absatz 1 Nummer 2 Stromsteuergesetz \(StromStG\)](#). Danach ist solcher Strom von der Stromsteuer befreit, der „zur Stromerzeugung“ eingesetzt wird. Nach [§ 12 StromStV](#) ist von dieser Steuerbefreiung auch solcher Strom erfasst, der in sogenannten „Neben- und Hilfsanlagen“ einer Stromerzeugungsanlage verbraucht wird. Umstritten war also letztlich, ob Trafo- und Umspannanlagen als „Neben- und Hilfsanlagen“ einer EEG-Anlage anzusehen sind und der dort verbrauchte Strom somit der Stromerzeugung dient.

Das zuständige Hauptzollamt hatte die von der Klägerin begehrte Stromsteuerbefreiung für den gesamten im Solarpark verbrauchten Strom abgelehnt, da der Strom für den Betrieb der Wechselrichter, der Trafo- und

Umspannanlagen sowie der Sicherheits- und Überwachungstechnik nicht der Stromerzeugung diene und somit nicht steuerbefreit sei. Auf den Einspruch der Anlagenbetreiberin hin gewährte das Hauptzollamt die Steuerentlastung nach § 12a StromStV aber doch noch für den in den Wechselrichter verbrauchten Strom. Hintergrund hierfür war die zwischenzeitlich veröffentlichte Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 6. Oktober 2015 (Az. VII R 25/14), in der die Stromsteuerbefreiung nach § 9 Absatz 1 Nummer 2 StromStG für den in Wechselrichtern von PV-Anlagen verbrauchten Strom bejaht wurde.

Das Hauptzollamt lehnte jedoch eine weitergehende Stromsteuerbefreiung für den Betrieb der Trafo- und Umspannanlage sowie für die Sicherheits- und Überwachungsanlage ab. Gegen diesen Ablehnungsbescheid wendete sich die Klägerin mit der dem Urteil zu Grunde liegenden Klage.

Die Entscheidungsgründe

Das FG Berlin-Brandenburg gab der Klage insoweit statt, als es um die begehrte Stromsteuerentlastung für die in der Transformations- und Umspannanlage verbrauchte Strommengen ging. Hingegen lehnte das Gericht die Klage hinsichtlich der verbleibenden Strommenge für das Sicherheits- und Überwachungssystem ab.

In der Begründung stützt sich das FG Berlin-Brandenburg maßgeblich auf die bereits zitierte Entscheidung des BFH zum Stromverbrauch von Wechselrichtern. Danach sind sämtliche Neben- und Hilfseinrichtungen, ohne die eine Stromerzeugungsanlage nicht sinnvoll betrieben werden kann, in die Begünstigung mit einzubeziehen. Dies ergibt sich bereits ausdrücklich aus § 12 StromStV, dessen Aufzählung begünstigter Neben- und Hilfsanlagen auch nicht etwa abschließend ist (vgl. den Wortlaut: „*insbesondere*“). Hingegen seien solche technische Einrichtungen nicht begünstigt, die bei isolierter Betrachtung des Anlagenbetriebs nicht erforderlich seien, um die Stromerzeugung aufrecht zu erhalten. Maßgeblich ist dabei nach der Rechtsprechung des BFH allerdings nicht nur die technische Betrachtungsweise: Ebenso ist entscheidend, dass der erzeugte Strom „marktfähig“ sein muss. Der Strom muss also auf eine Weise am Markt angeboten werden können, der auch tatsächlich die Weiterveräußerung ermöglicht. In dem vom BFH entschiedenen Fall ging es dabei um den in den Wechselrichtern einer Solaranlage verbrauchten Strom. Hier entschied der BFH, der Einsatz des Wechselrichters sei zur Stromerzeugung notwendig, da eine Einspeisung des in den PV-Modulen erzeugten Stroms in das öffentliche, auf der Grundlage von Wechselstrom betriebene Stromnetz in technischer Hinsicht nur möglich sei, wenn der Gleichstrom zuvor in Wechselstrom umgewandelt worden sei. Ohne den Einsatz des Wechselrichters sei der erzeugte Strom daher nicht marktfähig. Wechselrichter

stellen somit stromsteuerprivilegierte „Neben- und Hilfsanlagen“ einer Solaranlage dar.

Mit seiner aktuellen Entscheidung hat das Finanzgericht Berlin-Brandenburg die BFH-Rechtsprechung im Hinblick auf die Transformations- und Umspannanlage und den dort verbrauchten Strom konsequent und überzeugend fortgeführt. Wie auch der BFH stellt das Finanzgericht Berlin-Brandenburg maßgeblich darauf ab, wie der erzeugte Strom vermarktet werden soll und welche technischen Prozesse hierfür zwingend erforderlich sind. Die Produktion der Klägerin sei darauf ausgerichtet, Strom in das öffentliche Energieversorgungsnetz – und zwar in das Hochspannungsnetz – einzuspeisen. Aufgrund der hohen installierten Leistung sei eine Einspeisung in das Niederspannungsnetz technisch nicht möglich. Der erzeugte Niederspannungsstrom müsse daher erst in Mittelspannungsstrom bzw. Hochspannungsstrom umgespannt werden, um den Transport des Stroms mit nachfolgender Einspeisung in das Hochspannungsnetz und damit die Marktfähigkeit des erzeugten Stroms zu ermöglichen. Als Beleg hierfür zog das Gericht auch die entsprechende Baugenehmigung sowie den Netzanschluss- und Anschlussnutzungsvertrag heran.

Auch die bloße Tatsache, dass die Transformation der Umspannanlage den Wechselrichtern nachgeschaltet sei, ändere daran nichts, dass der Vorgang der Umspannung immer noch Bestandteil der Erzeugung von Strom im technischen Sinne sei. Insoweit sei nicht nur auf die erstmalige bzw. „originäre“ Herstellung von Strom abzustellen. Maßgeblich sei – den Grundsätzen des BFH folgend –, worauf die Produktion hier konkret ausgerichtet war, also auf die Erzeugung und Vermarktung von Hochspannungsstrom. Könne der Strom erst dann zum Letztverbraucher transportiert werden, wenn er in Hochspannungsstrom umgewandelt wurde, sei dieser Transformationsvorgang also auch nicht als Verbrauch zu werden.

Lediglich im Hinblick auf die Überwachungs- und Sicherheitstechnik lehnte das Gericht die Stromsteuerbefreiung ab. Es fehle hier an einem Beitrag zur Stromerzeugung im technischen Sinne. In diesem Zusammenhang war für das Gericht auch relevant, dass es an Angaben der Klägerin zu rechtlichen Vorgaben für den Betrieb der Anlage fehlte, wonach diese zwingend bestimmte Standards bei der Sicherheits- und Überwachungstechnik hätten einhalten müssen. Auch sei nicht erkennbar, dass eine bestimmte Sicherheitstechnik aus Arbeitsschutzgründen zwingend erforderlich sei. Diese Erläuterungen in dem Urteil gehen ebenso auf die zitierte Rechtsprechung des BFH zurück. Hiernach sind nämlich nicht nur solche Vorgänge stromsteuerbefreit, die in *technischer* Hinsicht zur Stromerzeugung erforderlich sind. Vielmehr sind nach der BFH-Rechtsprechung auch solche Prozesse nach § 9 Absatz 1 Nummer 2 StromStG von der Stromsteuer befreit, die aus *rechtlichen* Gründen zwingend erforderlich sind, damit die jeweilige

Stromerzeugungsanlage überhaupt betrieben werden darf. Dies betrifft nach dem BFH-Urteil insbesondere solche Einrichtungen, ohne die eine Stromerzeugungsanlage nach den atomrechtlichen, gewerberechtlichen, umweltrechtlichen, wasserrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Vorschriften oder Auflagen nicht betrieben werden kann. Es muss also für eine Stromsteuerbefreiung nach § 9 Absatz 1 Nummer 2 StromStG nachgewiesen werden, dass der jeweilige Prozess bzw. die jeweilige technische Einrichtung durch eine gesetzliche oder behördliche Regelung vorgegeben ist. Diesen Nachweis hatte der Anlagenbetreiber im vorliegenden Rechtsstreit nach Ansicht des Finanzgerichts nicht erbracht.

Fazit

Mit der Entscheidung betritt das FG Berlin-Brandenburg insofern Neuland, als dass die stromsteuerrechtliche Fachliteratur die Stromsteuerbefreiung nach § 9 Absatz 1 Nummer 2 StromStG für den in Transformations- und Umspannwerken verbrauchten Strom bisher eher ablehnte und es soweit ersichtlich hierzu auch bislang noch keine konkrete Rechtsprechung gab. Sie ebnet den betroffenen Anlagenbetreibern insoweit endlich den Weg zu mehr Rechtssicherheit im häufig unklaren Stromsteuerrecht.

Die Entscheidung ist schon deshalb zu begrüßen, sie ist aber auch inhaltlich überzeugend. Das FG Berlin-Brandenburg setzt hier die Rechtsprechung des BFH zu Wechselrichtern konsequent fort und knüpft – wie auch schon der BFH zuvor – an die konkreten Gegebenheiten der Anlage an. Je nachdem, welcher Strom vermarktet wird (Gleichstrom oder Wechselstrom bzw. Niederspannungs-, Mittelspannungs- oder Hochspannungsstrom), sind die für die Produktion des in diesem Sinne „marktfähigen“ Stroms notwendigen Anlagen immer auch (stromsteuerbefreiter) Bestandteil der Stromerzeugung. Dies entspricht dem Sinn und Zweck des Gesetzes, eine Doppelbesteuerung des Stroms, der zur Stromerzeugung verwendet wird, zu vermeiden.

Auch ist das Urteil ein weiterer Schritt hin zu einer klareren Abgrenzung zwischen begünstigten und nicht begünstigten Strommengen. So stellen die Hauptzollämter in der Praxis immer häufiger in Frage, ob einzelne Strommengen – sei es für die Fahrstuhlanschlüsse in Windenergieanlagen, für die Befuerung oder für den sogenannten „Stillstandseigenverbrauch“ – überhaupt nach § 9 Absatz 1 Nummer 2 StromStG stromsteuerbefreit sind. Dies kann für die betroffenen Anlagenbetreiber durchaus unangenehme Folgen haben, da sie sich gegebenenfalls mit dem Vorwurf konfrontiert sehen, steuerfreien Strom unzulässigerweise für nicht begünstigte Zwecke eingesetzt zu haben. Bislang wird nämlich in der Praxis häufig nicht differenziert, sondern einfach der gesamte bezogene Strom als stromsteuerfrei behandelt oder auch selbst erzeugte Strommengen gar nicht erst näher betrachtet.

In solchen Fällen können nicht unerhebliche Stromsteuernachzahlungen die Folge sein. Zudem müssen nicht begünstigte Strommengen hinreichend „sauber“ von den begünstigten Strommengen abgegrenzt werden. Hier wiederum enthalten die neuen Regelungen im Stromsteuerrecht weitere Hürden: So ist eine Schätzung der abzugrenzenden Strommengen nur noch unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (vgl. § 12 Absatz 2 und 3 StromStV). In manchen Fällen muss das Verfahren auch von einer steuerfreien Entnahme auf eine nachträgliche Entlastung umgestellt werden (vgl. § 12 Absatz 4 StromStG). Die Neuregelungen im Stromsteuerrecht (sehen Sie hierzu auch unsere Meldung vom 29. November 2017, abrufbar [hier](#)) bringen also auch hier neue Unsicherheiten mit sich.

Die Einordnung der verschiedenen Strommengen als stromsteuerfrei sowie die Abgrenzung zu nicht befreiten Strommengen bleiben letztlich eine Frage des Einzelfalls. Hierbei stehen wir Ihnen natürlich gerne zur Seite. Wenigstens für den zur Transformation auf die erforderliche Spannungsebene eingesetzten Strom bringt das Urteil des FG Berlin-Brandenburg nun erfreulicherweise Klarheit. Das Urteil ist zwar noch nicht rechtskräftig, Anlagenbetreiber sollten gegenüber den Hauptzollämtern aber dennoch auf der Stromsteuerbefreiung bestehen. Es bleibt zu hoffen, dass der BFH die Entscheidung bestätigt und den Weg hin zu mehr Rechtssicherheit im Stromsteuerrecht fortsetzt.

Ansprechpartnerin: Dr. Katrin Antonow und Dr. Bettina Hennig

BIOMASSE

Austausch von BHKW – Clearingstelle weicht „Sperrwirkung der Austauschregelung“ auf

*Ein von einer Biogasanlage an einen anderen Standort versetztes BHKW verliert nicht in jedem Fall sein bisheriges Inbetriebnahmedatum, wenn es am ursprünglichen Standort ersetzt wird. Das hat die Clearingstelle EEG KWKG (im Folgenden: Clearingstelle) in einem jüngst veröffentlichten **Votum vom 17. November 2017 (Az. 2017/39)** entschieden. Damit korrigiert die Clearingstelle angesichts der Einführung der Höchstbemessungsleistung ihre bisherige, in der Praxis weitgehend befolgte Rechtsauffassung zur sog. Sperrwirkung der Austauschregelung beim Austausch von BHKW. Zugleich stellt sich die Clearingstelle EEG auf den Standpunkt, dass das versetzte BHKW nicht sein tatsächliches, sondern sein aufgrund der zwischenzeitlichen Zuordnung zu einer Biogasanlage erworbenes „fiktives“ Inbetriebnahmedatum beibehält.*

Der Fall: Versetzen und Ersetzen von BHKW

Die Clearingstelle hatte mal wieder einen „Biogas-Fall“ auf dem Tisch – und noch dazu einen äußerst praxisrelevanten: Ein Biogasanlagenbetreiber hat eine im Jahr 2005 errichtete Biogasanlage im Jahr 2011 um ein 250-kW-BHKW erweitert. Dieses BHKW hat der Betreiber noch vor dem 1. August 2014 zur Erschließung einer eigenständigen Wärmesenke an einen sog. Satelliten-Standort versetzt. Nunmehr plant der Anlagenbetreiber die Vor-Ort-Anlage durch Zubau eines neuen BHKW mit einer Leistung von ca. 500 kW für den flexiblen Anlagenbetrieb zu erweitern.

Der Anlagenbetreiber und der Netzbetreiber stritten über die Frage, ob im Falle der nun geplanten Anlagenerweiterung die von der Clearingstelle entwickelte „Sperrwirkung der Austauschregelung“ greift. In diesem Fall würde das Inbetriebnahmedatum des Satelliten-BHKW mit dem Zubau des Flex-BHKW „verloren“ gehen. Als Inbetriebnahmedatum soll dann der Zeitpunkt gelten, an dem das BHKW versetzt worden ist.

Weiter stellte sich für den Fall der Unbeachtlichkeit der Sperrwirkung die Folgefrage, ob das Satelliten-BHKW mit dem Versetzen das Inbetriebnahmedatum der Vor-Ort-Anlage im Jahr 2005 beibehält, oder als Inbetriebnahmedatum der

Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebsetzung des BHKW im Jahr 2011 gilt. Die Clearingstelle hatte also über zwei äußerst gewichtige Praxisfragen zu entscheiden.

Der Hintergrund: Sperrwirkung der Austauschregelung

Die Clearingstelle hat in einer viel beachteten Empfehlung vom 2. Juli 2014, Az. 2012/19 (**wir berichteten**), entschieden, dass ein BHKW, welches an einen anderen (Satelliten-) Standort versetzt worden ist, nur dann sein Inbetriebnahmedatum behält, wenn es am bisherigen Standort nicht durch ein neues BHKW ausgetauscht wird (sog. Sperrwirkung der Austauschregelung).

Begründet wurde diese Rechtsauffassung letztlich mit Erwägungen dazu, dass anderenfalls durch gezieltes Ver- und Ersetzen von BHKW neue Anlagen mit für die EEG-Vergütung attraktiven Inbetriebnahmedaten geschaffen, und die vergleichsweise hohen Vergütungsansprüche für ältere Anlagen insgesamt vermehrt werden könnten. Auch wenn sich diese Auffassung aus dem Wortlaut oder der Systematik des EEG wohl nur schwer ableiten lässt, wurde sie weitgehend von der Praxis übernommen (kritisch hierzu Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggendorf/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 3 Rn. 214).

Die Entscheidung: Kein Verlust des Inbetriebnahmedatums nach Austausch

Für den vorliegenden Fall hat die Clearingstelle nun entschieden, dass das Inbetriebnahmedatum eines versetzten (Satelliten-) BHKW durch einen Austausch am ursprünglichen Standort nicht verloren geht und damit die „Sperrwirkung der Austauschregelung“ nicht greift.

Die Anwendung der Regelung zur Sperrwirkung sei nämlich jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn die Regelung zur Höchstbemessungsleistung in § 101 Absatz 1 EEG 2017 dazu führt, dass trotz eines BHKW-Austauschs alte Vergütungsansprüche nicht „vermehrt“ werden.

Dies ist im vorliegenden Fall gegeben.

Die zum 1. August 2014 eingeführte Höchstbemessungsleistung verhindert genau die befürchtete „Vermehrung“ von Vergütungsansprüchen. Nach § 101 Absatz 1 EEG 2017 ist die nach dem EEG vergütungsfähige Strommenge im Kalenderjahr auf 95 Prozent der am 31. Juli 2014 installierten Leistung, oder auf die höchste in einem Kalenderjahr vor 2014 erbrachte Bemessungsleistung begrenzt. Die Höchstbemessungsleistung einer Anlage steht also seit dem 1. August 2014 fest.

Damit ist gleichzeitig die vergütungsfähige Strommenge des gesamten, vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommenen Biogas-Anlagenbestands in der Bundesrepublik Deutschland gedeckelt worden.

Eine Erhöhung der Höchstbemessungsleistung und damit der „Vergütungsansprüche“ durch den Austausch, oder Zubau von neuen BHKW ist durch die Regelung ausgeschlossen. Die Höchstbemessungsleistung setzt – ohne Auslegungsspielraum – dieselben Ziele um, die die Clearingstelle mit der Sperrwirkung der Austauschregelung vor Augen hatte.

Dabei kommt es nach Auffassung der Clearingstelle für die „Ausnahme“ von der Sperrwirkung nicht darauf an, ob der Zubau funktional als „Austausch“ eines vor dem 1. August 2014 versetzten BHKW zu bewerten ist. Eine „missbräuchliche“ Vermehrung der Vergütungsansprüche ist nicht mehr möglich – egal, zu welchem Zweck das neue BHKW zugebaut wird, oder in welchem zeitlichen Abstand der Austausch erfolgt.

Ausnahme auch bei Versetzen nach dem 31. Juli 2014?

Die Entscheidung gilt dann, wenn ein BHKW vor dem 1. August 2014 versetzt und nach dem 31. Juli 2014 durch ein neues BHKW ersetzt worden ist.

Leider konnte sich die Clearingstelle, die es angesichts der unzureichenden gesetzlichen Regelungen offenbar weiter vermeiden will, zu den Fragen der Höchstbemessungsleistung beim Versetzen von BHKW Stellung zu nehmen, am Ende nicht dazu durchringen, ihre Rechtsauffassung (ausdrücklich) auch auf Fälle zu übertragen, in denen sowohl das Versetzen, als auch der Zubau nach dem 31. Juli 2014 erfolgt sind. Wie in diesen Fällen zu verfahren ist, lässt die Clearingstelle offen. Dabei ist es naheliegend, auch für diese Fälle die Anwendung der Sperrwirkung zu verneinen.

Es lässt sich im EEG nämlich kein Anhaltspunkt dafür finden, die beiden Fälle unterschiedlich zu behandeln. Einzig unterscheiden sich die Fälle darin, dass beim Versetzen eines BHKW nach dem 31. Juli 2014 neben der Frage zur Mitnahme des Inbetriebnahmedatums auch geklärt werden muss, ob das BHKW die Höchstbemessungsleistung an den neuen Anlagenstandort (anteilig) mitnimmt. Dieser Umstand kann jedoch nur schwerlich zu einem unterschiedlichen Ergebnis für die Mitnahme des Inbetriebnahmedatums führen. Es wäre völlig unklar, aus welcher Rechtsnorm, oder auch aus welchem sachlichen Grund sich eine solche Unterscheidung ergeben könnte.

Daher ist es nur konsequent, die Sperrwirkung für sämtliche Fälle aufzuheben, in denen BHKW nach dem 31. Juli 2014 ausgetauscht worden sind. Die Frage zum Verbleib der Höchstbemessungsleistung stellt auch kein die Mitnahme des Inbetriebnahmedatums hinderndes „Problem“ dar. Folgender Lösungsvorschlag könnte sich hier anbieten: Durch das Versetzen eines BHKW wird die Anlage „aufgeteilt“. Daher behält das BHKW auch das Inbetriebnahmedatum der Vor-Ort-Anlage. Diese „Theorie der Anlagenteilung“ wird offensichtlich auch von der Clearingstelle vertreten, wenn es um die Frage geht, welches Inbetriebnahmedatum für das versetzte BHKW gilt (hierzu sogleich). Gleichzeitig lässt sich so sauber begründen, dass das BHKW anteilig auch die Höchstbemessungsleistung an den neuen Standort mitnimmt. Dies wäre ein systematisch stringentes und für die Praxis gangbares Ergebnis – und eine Vermehrung der Vergütungsansprüche bliebe weiterhin ausgeschlossen (im Einzelnen hierzu von Bredow/Hennig, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 101 Rn. 26ff.).

Kein neues Inbetriebnahmedatum für versetztes BHKW

Da die Clearingstelle zum Schluss gekommen ist, dass die Sperrwirkung der Austauschregelung für das versetzte BHKW nicht anzuwenden ist, war auch darüber zu entscheiden, ob, das BHKW das Inbetriebnahmedatum der Biogasanlage aus dem Jahr 2005 mitnimmt oder das Jahr der erstmaligen Inbetriebsetzung des BHKW im Jahr 2011 als Inbetriebnahmedatum anzusehen ist.

Die Clearingstelle hat entschieden, dass das Satelliten-BHKW das von der Ausgangsanlage übernommene, „fiktive“ Inbetriebnahmejahr 2005 beibehält.

Sie begründet die Auffassung damit, dass das zeitlich nachträglich zugebaute BHKW nicht eigenständig im Sinne des EEG in Betrieb genommen worden ist. Denn die Inbetriebnahme setze voraus, dass „die Anlage“ erstmalig in Betrieb gesetzt worden ist. Eine gesonderte Inbetriebnahme einzelner Generatoren sehe das EEG nicht vor. Diese Auffassung ist vor dem Hintergrund der Definition des Inbetriebnahmebegriffs in § 3 Nummer 30 EEG 2017, wonach auf die erstmalige Inbetriebsetzung „der Anlage“ abzustellen ist, nachvollziehbar. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Versetzung eines BHKW rechtlich als „Aufteilung“ der bestehenden Anlage behandelt wird.

Allerdings ist durchaus auch ein Verständnis möglich, wonach im Falle eines Versetzens das Datum des erstmaligen Inbetriebsetzens des BHKW gilt. Denn das BHKW weist nur deshalb das Inbetriebnahmedatum der Vor-Ort-Anlage auf, weil es als Anlagenteil der Vor-Ort-Anlage in Betrieb gesetzt worden ist und eine Anlage wegen § 25 Satz 3 EEG 2017 eben nur ein einheitliches Inbetriebnahmedatum

haben kann. Wird das BHKW von der Biogasanlage herausgelöst und an einem anderen Standort als eigenständige Anlage im Sinne des EEG betrieben, entfällt der Grund für die Fiktion der Inbetriebnahme. An dem neuen Standort ist das BHKW „die Anlage“. Diese Anlage wurde dann erstmalig im Jahr 2011 in Betrieb gesetzt.

Fazit

Das nun vorliegende Votum ist durchaus zu begrüßen und vor dem Hintergrund der durch die Höchstbemessungsleistung neu geschaffenen Gesetzeslage nur konsequent.

Leider beschränkt die Clearingstelle die Reichweite ihrer Entscheidung allerdings auf Fälle, in denen das BHKW vor dem 1. August 2014 versetzt und durch ein neues BHKW nach dem 31. Juli 2014 ersetzt worden ist. Durch die Beschränkung auf diese recht speziellen Konstellationen erscheint der Nutzen für die Praxis zunächst begrenzt. Letztlich dürfte die Zurückhaltung der Clearingstelle wohl darin begründet sein, dass sie jede Aussage über die Mitnahme der Höchstbemessungsleistung durch ein nach dem 31. Juli 2014 versetztes BHKW zu scheuen scheint.

Dennoch lässt sich aus dem Votum eine für die Praxis ganz wichtige Aussage entnehmen: Sofern der Austausch eines versetzten BHKW nicht zu einer Vermehrung der vergütungsfähigen Anlagenleistung führt, besteht kein Grund für die Anwendung der Sperrwirkung der Austauschregelung. Damit ebnet das Votum den Weg für die diesseits schon lange propagierte Lösung, die bereits in vielen Netzgebieten akzeptiert ist: Ein aus einer bestehenden Biogasanlage herausgelöstes BHKW, das an einen neu geschaffenen Satelliten-Standort versetzt wird, behält sein Inbetriebnahmedatum bei und nimmt einen Teil der Höchstbemessungsleistung mit an den neuen Standort. Die Höchstbemessungsleistung der Biogasanlage verringert sich entsprechend. Eine zuvor, gleichzeitig oder später erfolgende Flexibilisierung der Biogasanlage durch Zubau eines neuen (größeren) BHKW steht dem nicht entgegen. Es bedarf insoweit keiner „Sperrwirkung der Austauschregelung“, da sich die insgesamt nach einer alten Fassung des EEG vergütungsfähige Strommenge nicht erhöht.

Ansprechpartner: Burkhard Hoffmann und Dr. Hartwig von Bredow

WASSERKRAFT

Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen: Nur neue Förderung oder auch neue Pflichten nach dem EEG?

Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen: Nur neue Förderung oder auch neue Pflichten nach dem EEG? Wird eine Wasserkraftanlage modernisiert und dabei ihr Leistungsvermögen erhöht, führt dies – soweit die Anforderungen an eine Ertüchtigungsmaßnahme im Sinne des EEG erfüllt sind – zu einer neuen Förderhöhe und einem neu beginnenden Förderzeitraum. Nicht hingegen muss nach einem aktuellen Votum der Clearingstelle EEG zu einer im Jahr 2016 ertüchtigten Wasserkraftanlage der Strom auch direkt vermarktet werden, wie es nach dem damals geltenden EEG 2014 zumindest für Neuanlagen verpflichtend war (vgl. Votum der Clearingstelle EEG vom 27. November 2017, Az. 2017/52). Grund genug, einmal einen etwas allgemeineren Blick darauf zu werfen, welche Folgen eine Ertüchtigungsmaßnahme neben der neuen Förderhöhe und dem neuen Förderzeitraum noch haben kann.

Was ist eine Ertüchtigungsmaßnahme und welche unmittelbaren vergütungsrechtlichen Folgen hat sie?

Eine Ertüchtigungsmaßnahme im Sinne des § 40 Absatz 2 EEG liegt immer dann vor, wenn durch Maßnahmen des Anlagenbetreibers das Leistungsvermögen der Wasserkraftanlage erhöht wird. Solche Maßnahmen können dabei nicht nur die Erneuerung oder der Austausch der eigentlich für die Stromerzeugung erforderlichen Komponenten, insbesondere der Generatoren, sein, sondern auch Modernisierungen an sonstigen Anlagenteilen wie beispielsweise Verbesserungen von Zu- und Abströmung.

Entscheidend ist, dass durch die Modernisierung das Leistungsvermögen der Wasserkraftanlage erhöht wird. Bei wasserrechtlich zugelassenen Ertüchtigungsmaßnahmen reicht dabei jede Erhöhung des Leistungsvermögens, bei nicht zulassungspflichtigen Maßnahmen ist eine Erhöhung des Leistungsvermögens um mindestens 10 % erforderlich.

Anerkannt ist insoweit auch, dass eine Erhöhung des Leistungsvermögens nicht zwingend eine Steigerung der eigentlichen Anlagenleistung und eine Steigerung der Stromausbeute voraussetzt. Ausreichend ist es, wenn der Anlagengesamtwirkungsgrad steigt. Eine Ertüchtigungsmaßnahme im Sinne des

EEG kann insofern sogar dann vorliegen, wenn die Stromausbeute infolge ökologischer sinnvoller Maßnahmen letztlich sinkt (vgl. [Hinweis der Clearingstelle EEG vom 22. März 2013, Az. 2012/24](#)).

Die Folge ist, dass die Wasserkraftanlage in das Vergütungsregime des bei Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme geltenden EEG überführt wird. Dies kann zum einen in einem höheren Vergütungsanspruch resultieren und zum anderen beginnt ein neuer Vergütungszeitraum von 20 Jahren.

Folgt aus einer Ertüchtigungsmaßnahme die Pflicht zur Direktvermarktung?

Bleibt die Frage, ob neben den vergütungsrechtlichen Folgen aus einer Ertüchtigungsmaßnahme auch weitergehende Pflichten für den Anlagenbetreiber folgen.

Richtigerweise hat dies die Clearingstelle in ihrem Votum vom 27. November 2017 (Az. 2017/52) für eine im Jahr 2016 und somit unter Geltung des EEG 2014 modernisierte Wasserkraftanlage abgelehnt. Eine Ertüchtigungsmaßnahme sei gerade nicht mit einer Neuinbetriebsetzung gleichzusetzen. In der Folge unterfalle die Wasserkraftanlage nach der Ertüchtigung zwar im Hinblick auf Vergütungshöhe und Vergütungsdauer dem bei Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme geltenden EEG 2014, nicht aber im Hinblick auf die sonstigen Pflichten wie der erst mit dem EEG 2014 eingeführten verpflichtenden Direktvermarktung.

Anders verhält es sich allerdings bei dem seit dem 1. Januar 2017 geltenden EEG 2017. Dieses brachte in § 40 Absatz 2 Satz 3 eine Neuregelung, nach der Wasserkraftanlagen nach „Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme als neu in Betrieb genommen“ gelten. Dies hat zur Folge, dass auch die weiteren, für den Förderungsanspruch im EEG 2017 formulierten Pflichten zu erfüllen sind. Für nach dem 31. Dezember 2016 modernisierte Wasserkraftanlagen gilt also anders als noch nach dem EEG 2014: Um die volle Förderung zu erhalten, muss der erzeugte Strom direktvermarktet werden.

...und hat eine Ertüchtigungsmaßnahme dann Auswirkungen auf eine bestehende Eigenversorgung?

Oftmals wird in Wasserkraftanlagen erzeugter Strom neben der Netzeinspeisung auch zur Deckung des Kraftwerkseigenverbrauchs und weiterer Stromverbräuche am Standort genutzt. In aller Regel handelt es sich dabei um sogenannte Bestandseigenversorgungen, die bereits vor dem 1. August 2014 umgesetzt worden

waren und die deshalb gemäß § 61c EEG 2017 von der Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage vollständig befreit sind.

Dies muss auch trotz der im EEG 2017 fingierten Neuinbetriebnahme nach einer Ertüchtigungsmaßnahme so bleiben: Die Bestandsschutzregelung in § 61c EEG 2017 stellt auf die bereits in der Vergangenheit erfolgte Eigenversorgung aus einer „Stromerzeugungsanlage“ ab und somit auf die direkt Strom erzeugenden Anlagenkomponenten, mithin den Generator. Wird dieser nicht modernisiert, bleibt die Eigenversorgung bestandsgeschützt. Erfolgt also nur eine Ertüchtigung sonstiger Anlagenkomponenten wie der Stauwehre oder des Zulaufs, bleibt die Eigenversorgung von der EEG-Umlage befreit.

Etwas anderes kann allerdings gelten, wenn die Ertüchtigung unmittelbar den Generator betrifft, beispielsweise wenn dieser durch einen leistungsstärkeren Generator ersetzt wird. Hier war eine Modernisierung unter vollständiger Wahrung des Bestandsschutzes nur noch bis zum Ende des Jahres 2017 möglich. Bei einer Erneuerung oder Modernisierung des Generators ab dem Jahr 2018 kann ab Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme für die Eigenversorgung – so sie nicht dem Kraftwerkseigenverbrauch dient – eine reduzierte EEG-Umlage zu zahlen sein.

Ansprechpartner: Dr. Steffen Herz und Dr. Jörn Bringewat

NÄCHSTE VORTRÄGE

„Mobilitätswende jetzt? – Herausforderungen und Lösungen für die Verkehre der Zukunft“

Dr. Bettina Hennig und Dr. Hartwig von Bredow
8. Berliner Gespräche zu Energierecht und Energiepolitik
19. April 2018 in Berlin

Aktuelle rechtliche Aspekte in dezentralen Energiekonzepten

Dr. Florian Valentin
Effizienzdialog
EMCplan
19. April 2018 in Berlin

BWE-Webinar: Die Stromsteuer in Windparks

Dr. Bettina Hennig
Bundesverband WindEnergie e.V.
3. Mai 2018

Erlösoptionen außerhalb des EEG

Dr. Bettina Hennig
Finanzierung und Windenergievermarktung
Bundesverband WindEnergie e.V.
17. Mai 2018 in Hamburg

BWE-Seminar: Basiswissen EEG

Dr. Bettina Hennig
Vergütungsmechanismen zur Windenergie
Bundesverband WindEnergie e.V.
31. Mai 2018 in Berlin

Pflichten und Rechte EEG 2020 (vorläufiger Vortragstitel)

Dr. Bettina Hennig
11. Windenergietag Rheinland-Pfalz
Transferstelle Bingen (TSB), Bundesverband WindEnergie e. V. (BWE) und
Umweltministerium Rheinland-Pfalz (MUEEF)
21. Juni 2018 in Bingen

Was muss sich ändern für mehr Flexibilität? (Impulsvortrag)

Dr. Bettina Hennig
12. Rostocker Bioenergieforum
Agentur für Erneuerbare Energien e.V. (AEE)
29. Juni 2018 in Rostock

Bioenergie: Recht, Governance und die Verschränkung von Landnutzungs- und Energieproblemen

Dr. Bettina Hennig
Offene Fragen einer nachhaltigen Landwirtschaft
Evangelische Akademie Sachsen-Anhalt e.V.
30. Juni 2018 in Lutherstadt Wittenberg

BWE-Seminar: Basiswissen EEG

Dr. Bettina Hennig
Vergütungsmechanismen zur Windenergie
Bundesverband WindEnergie e.V.
18. Oktober 2018 in Berlin

Veranstaltungsankündigung:

Herausforderungen der klimafreundlichen Quartiersentwicklung

Dr. Jörn Bringewat, Dr. Steffen Herz und Dr. Bettina Hennig
6. September 2018 in Lüneburg

VERÖFFENTLICHUNGEN

Interview mit Dr. Steffen Herz

EnergieRecht (ER) 1.2018, S. 25 – 26

Das ist Ihr Recht – Für Eigenversorger droht EEG-Umlage

Agrarheute ENERGIE 2.2018

www.Joule.agrarheute.com

Versetzen, Austausch und Erweiterung von Anlagen im EEG – Praxisfragen bei verschiedenen Energieträgern

Dr. Hartwig von Bredow und Julia Rawe

Zeitschrift für neues Energierecht (ZNER) 1.2018, S. 21 - 30

Anschluss von Balkonmodulen ist grundsätzlich erlaubt

www.pv-magazine.de

Normverstoß steht Betrieb nicht entgegen

Ein Interview des PV-Magazine mit Dr. Bettina Hennig vom 23. März 2018

www.pv-magazine.de

Stromsteuer erwacht aus dem Dornröschenschlaf

Energie & Management 4.2018, S.19

Grüne Energie hat Recht.

Hinweis

Bitte beachten Sie, dass der Inhalt dieser Newsletter ausschließlich dazu dient, Sie allgemein über rechtliche Entwicklungen zu informieren. Eine verbindliche Rechtsberatung, bei der die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls Berücksichtigung finden, kann hierdurch nicht ersetzt werden. Wir übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit der Inhalte der in diesem Newsletter enthaltenen Links.

FEEDBACK
FRAGEN
LOB
KRITIK

HERAUSGEBER

von Bredow Valentin Herz
Rechtsanwälte mbB,
Littenstraße 105, 10179 Berlin

Tel +49 (0) 30 8092482-20
Fax +49 (0) 30 8092482-30

E-Mail info@vbvh.de
www.vonbredow-valentin-herz.de