

Nur per E-Mail

FarmLoad GmbH & Co. KG
Herrn Henrik Ober-Sundermeier
Sunderhofstraße 39
32278 Kirchlengern

Ihr Zeichen

Unser Zeichen
020097-20/SA/nk

Datum
15.02.2021

FarmLoad GmbH & Co. KG wegen Gutachten Ladesäulen

Sehr geehrter Herr Ober-Sundermeier,

in dieser Angelegenheit baten Sie uns darum zu überprüfen, ob die Vergütung nach dem EEG gefährdet ist, wenn ein Biogasanlagenbetreiber die von Ihnen angebotene Ladesäule für Elektromobilität auf seinem Grundstück errichtet und mit Strom aus dem Blockheizkraftwerk der Biogasanlage versorgt. **Weitere rechtliche Gesichtspunkte sind nicht Gegenstand dieser Begutachtung**; bitte beachten Sie dazu mit der Ziffer VI. unseren abschließenden Hinweis.

Für diese Betrachtung gehen wir von folgender **Anlagenkonstellation** aus:

In der Biogasanlage können bis zu 2,3 Mio. Nm³ Biogas pro Jahr erzeugt werden; diese versorgen ein BHKW mit einer elektrischen Leistung von 500 kW. Die Biogasanlage mit dem BHKW ist 2011 in Betrieb gegangen und hat zu Beginn der Umsetzungsphase des jeweiligen Ladesäulenprojekts noch mindestens fünf Jahre Anspruch auf Vergütung nach dem EEG. In der Biogasanlage wird neben nachwachsenden Rohstoffen im Sinne der Biomasseverordnung auch Gülle eingesetzt; die entsprechenden Boni werden gezahlt. Die Anlage befindet sich in der Überschusseinspeisung. Der Abstand zwischen Biogasanlage und Ladesäule beträgt ca. 300m, wobei sich die Ladesäule auf dem Betriebsgrundstück der Biogasanlage befindet.

Ob und ggf. unter welchen Umständen und in welchem Umfang dauerhafte Einbußen bei der Vergütung nach dem EEG für den in der Biogasanlage produzierten Strom eintreten, kann sich nach der gewählten Vergütungsart richten, sodass wir nachfolgend die Einspeisevergütung, die Vergütung bei Direktvermarktung sowie die Ausschreibungsvergütung einbeziehen.

Als dauerhafte Einbuße der Vergütung nach dem EEG verstehen wir dabei **ausdrücklich nicht** die Vergütung der Strommengen, die an der Ladesäule

Dr. Helmut Loibl
Partner, Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Lehrbeauftragter für Umwelt-
und Energierecht

Sabine Sobola
Partnerin, Rechtsanwältin
Lehrbeauftragte für IT-
und Wirtschaftsrecht

Ulrike Specht
Partnerin, Rechtsanwältin
Fachwältin für Erbrecht
Fachwältin für Handels-
und Gesellschaftsrecht

Susanne Lindenberger
Rechtsanwältin

Marc Bruck
Rechtsanwalt

Carolina Gierisch
Rechtsanwältin

Michael Hannig
Rechtsanwalt

Bastian Winter
Rechtsanwalt

Carmen Mohr
Rechtsanwältin

Gerrit Müller-Rüster*
Rechtsanwalt

Markus Sawade*
Rechtsanwalt

Paluka Sobola Loibl
& Partner Rechtsanwälte mbB

Hauptsitz:
Prinz-Ludwig-Straße 11
93055 Regensburg

Tel 0941 585710
Fax 0941 5857114
Mail info@paluka.de

*Zweigstelle:
Niemannsweg 109
24105 Kiel

Tel 0431 77546474
Fax 0431 77546475
Mail kiel@paluka.de

verbraucht werden. Für die dort verbrauchten Strommengen erhält der Betreiber der Biogasanlage keine Vergütung nach dem EEG. Diese „Ladesäulenvergütung“ kann deren Betreiber individuell bestimmen.

I. Einspeisevergütung

Wird der erzeugte Strom im Wege der Einspeisevergütung vom Netzbetreiber vergütet, kann die Ladesäule in unmittelbarer räumlicher Nähe zum BHKW errichtet und betrieben werden, ohne dass der Vergütungsanspruch nach dem EEG für den weiterhin in das Netz eingespeisten Strom beeinträchtigt ist.

Nachfolgende Details sind dabei entscheidend und zu berücksichtigen:

Bei der Einspeisevergütung handelt es sich um die Grundform der Vergütung nach EEG bis zum Inkrafttreten des EEG 2014 am 01.08.2014. Die Einspeisevergütung sieht über einen Zeitraum von zwanzig Jahren ab Inbetriebnahme eine festgeschriebene, gesetzlich garantierte Vergütung des eingespeisten Stroms durch den Verteilnetzbetreiber, in dessen Netz der produzierte Strom eingespeist wird, vor. Der Anlagenbetreiber muss bestimmte Voraussetzungen erfüllen, um die Einspeisevergütung in Anspruch nehmen zu können.

Nach § 16 Abs. 4 EEG 2009 gehört zu diesen Voraussetzungen unter anderem, den gesamten in der Anlage erzeugten Strom in das Netz einzuspeisen und dem Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen. Von dieser Maßgabe ist nur der Strom ausgenommen, der vom Anlagenbetreiber selbst oder von einem Dritten verbraucht wird, der unmittelbar an ein Netz des Anlagenbetreibers angeschlossen ist, das kein Netz für die allgemeine Versorgung ist.

Die Regelung bestand trotz der Reformen des EEG aufgrund der Übergangsvorschriften fort und wurde ergänzt durch die Klarstellung, dass die Lieferung von Strom an Dritte innerhalb des eigenen Netzes und in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage keine Direktvermarktung im Sinne des EEG 2012, EEG 2014 oder EEG 2017 ist.

Fehlt es demnach an dem Merkmal der unmittelbaren räumlichen Nähe, liegt eine sonstige Direktvermarktung vor, für die weitere Anforderungen erfüllt sein müssen. Auf die Anforderungen im Einzelnen gehen wir an dieser Stelle nicht ein, sondern betrachten ausschließlich, wann eine unmittelbare räumliche Nähe zur Anlage besteht.

Das EEG 2009 geht in § 19 Abs. 1 auf die unmittelbare räumliche Nähe ein, um die Vergütung aus mehreren Anlagen zu regeln. Demnach gilt:

„Mehrere Anlagen gelten unabhängig von den Eigentumsverhältnissen und ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage, wenn

1. sie sich auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden, (...)“

Auch im EEG 2017 spielt die unmittelbare räumliche Nähe vor allem in Bezug auf die Anlagenzusammenfassung nach § 24 eine Rolle. Danach sind mehrere Anlagen als eine Anlage anzusehen, wenn

„sie sich auf demselben Grundstück, demselben Gebäude, demselben Betriebsgelände oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden“.

Da die Begriffsbestimmung der Direktvermarktung in § 3 Nr. 16 EEG 2017 auch den Begriff der unmittelbaren räumlichen Nähe bei der Abgabe von Strom an einen Dritten nutzt, um Direktvermarktung auszuschließen, kann grundsätzlich von einer gleichen Verwendung der Begrifflichkeit ausgegangen werden. **Demnach liegt eine unmittelbare räumliche Nähe auf jeden Fall vor, wenn sich die Ladesäule auf demselben Grundstück oder demselben Betriebsgelände wie die Biogasanlage befindet.**

Die Variante „auf demselben Gebäude“ betrifft im Wesentlichen Photovoltaikanlagen und ist insbesondere für die hier interessierenden Ladesäulen nicht einschlägig. Im Beispiel, in dem sich die Biogasanlage mit BHKW auf dem gleichen Grundstück wie die zu errichtende Ladesäule befindet, liegt daher keine Direktvermarktung im Sinne des EEG vor. Die Einspeisevergütung in ihrer bisherigen Form kann der Anlagenbetreiber somit weiterhin verlangen, ohne Wechselprozesse oder weitere Anforderungen an die Direktvermarktung übernehmen zu müssen.

Ändert man den Beispielfall dahingehend, dass die Ladesäule zwar weiterhin in einem Abstand von 300m zum BHKW, aber auf einem anderen Grundstück als das BHKW errichtet wird, kommt es darauf an, was noch unter der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ zu verstehen ist. Hinsichtlich der Anlagenzusammenfassung nach § 24 EEG 2017 wie auch den Vorgängerregelungen gab es keine konkrete Entfernung, ab der eine unmittelbare räumliche Nähe nicht mehr gegeben war. Zwar gab es eine Richtschnur von 500m, die zwischenzeitlich jedoch nicht mehr gilt. Vielmehr kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an, die sich nach den konkreten räumlichen Gegebenheiten vor Ort bestimmen.

Bei dem typischen Standort einer Ladesäule am Straßenrand oder einem Parkplatz, der unmittelbar von der Straße aus erreichbar ist, sollte der Abstand von 300m zwischen Ladesäule und BHKW in jedem Fall dann eine unmittelbare räumliche Nähe begründen, wenn Ladesäule und BHKW auf der gleichen Straßenseite stehen und gleichzeitig keine baulichen oder natürlichen Hindernisse zwischen den technischen Einheiten bestehen. Ein bauliches Hindernis könnte eine große Scheune oder eine Fahrhilfsanlage sein, die z.B. die Kabelverlegung erheblich erschwert. Ein natürliches Hindernis könnte ein tieferer Graben, der dauerhaft Wasser führt, oder ein Wäldchen bzw. ein Waldausläufer sein.

II. Direktvermarktung

Befindet sich die Anlage in der Direktvermarktung, kann die Ladesäule ebenso wie bei der Einspeisevergütung in unmittelbarer räumlicher Nähe zum BHKW errichtet und betrieben werden, ohne dass der Vergütungsanspruch nach dem EEG für den weiterhin in das Netz eingespeisten Strom beeinträchtigt ist.

Nachfolgende Details sind dabei entscheidend und zu berücksichtigen:

Im Inbetriebnahmejahr der Beispielanlage 2011 galt das EEG 2009, das sich kaum mit der Direktvermarktung befasste. Erst ab dem EEG 2012 wurde die Direktvermarktung von Anlagenbetreibern als gleichwertiges Vergütungsinstrument neben der Einspeisevergütung wahrgenommen, sodass es erst dann in Anspruch genommen wurde.

Im Gegensatz zur Einspeisevergütung nimmt der aufnehmende Verteilnetzbetreiber den Strom aus der Anlage zwar physikalisch ab, bilanziell erhält jedoch der Direktvermarktungsunternehmer den „Zugriff“ auf die produzierten Strommengen. Während der aufnehmende Netzbetreiber dem Anlagenbetreiber die Marktprämie auszahlt, die als Beihilfe zu qualifizieren ist, erhält der Anlagenbetreiber vom Direktvermarktungsunternehmen den jeweiligen vertraglich vereinbarten Strompreis, in der Regel in Abhängigkeit des Börsenpreises.

Bei der Direktvermarktung gibt somit anders als bei der Einspeisevergütung zwei Vergütungsbestandteile: Die Marktprämie des Verteilnetzbetreibers und das Entgelt des Direktvermarktungsunternehmens. Mit dem Direktvermarktungsunternehmen schließt der Anlagenbetreiber einen Vertrag über die Stromlieferung ab. Der Anlagenbetreiber muss diesen Vertrag vor der weiteren Planung prüfen, um Schwierigkeiten mit dem Vertragspartner zu vermeiden. Vor allem wenn sich der Anlagenbetreiber im Vertrag verpflichtet hat, den **gesamten in der Anlage produzierten Strom** dem Direktvermarktungsunternehmer zur Verfügung zu stellen, muss der Vertrag **angepasst** werden.

Während der Direktvermarktungsunternehmer nur für Strom bezahlt, der ihm bilanziell auch tatsächlich zugewiesen ist, ist in § 33g Abs. 1 EEG 2012 geregelt, dass die Marktprämie vom aufnehmenden Netzbetreiber nur in dem Umfang gezahlt wird, in dem der Strom tatsächlich eingespeist und von einem Dritten abgenommen worden ist. Liegt also **vor dem Netzverknüpfungspunkt** der Anlage ein Verbrauch des Anlagenbetreibers oder Dritter vor, wird der Strom also gar nicht in das Netz des Netzbetreibers eingespeist, entfällt der Anspruch auf Zahlung der Marktprämie und der Anlagenbetreiber erhält vom Direktvermarktungsunternehmen für diesen nicht eingespeisten Strom ebenfalls kein Geld. Weitere Anforderungen, wie oben bei der Einspeisevergütung formuliert, gibt es für die EEG-Vergütung in der Direktvermarktung nicht.

Diese Regelungen gelten aufgrund der Übergangsbestimmungen grundsätzlich für Altanlagen fort.

Schließlich muss sich die Ladesäule in unmittelbarer räumlicher Nähe zum BHKW befinden. Nur dann handelt es sich nicht um eine weitere, auch sonstige Direktvermarktung neben derjenigen an den Direktvermarktungsunternehmer. Die „unmittelbare räumliche Nähe“ bestimmt sich auch hinsichtlich der Direktvermarktung nach den im Rahmen der Einspeisevergütung dargestellten Maßstäben

Der Anlagenbetreiber muss keinen Wechsel anzeigen und er ist auch nicht verpflichtet, eine quotale Aufteilung des produzierten Stroms vorzunehmen, um die Vorgaben des EEG einzuhalten. Er kann vielmehr Strom vor dem

Netzverknüpfungspunkt durch eine gesonderte Leitung zur Ladesäule leiten und Dritten zur Verfügung stellen.

III. Ausschreibungsvergütung

Wird die Anlage in der Vergütungsform der Ausschreibungsvergütung (oder auch Anschlussvergütung) betrieben, kann der Anlagenbetreiber selbst nicht die Ladesäule betreiben, da er die EEG-Vergütung für das jeweilige Kalenderjahr vollständig verlieren würde. Deren Betrieb muss an einen Dritten abgegeben werden.

Dieses Ergebnis ist auf folgende Erwägungen zurückzuführen:

Bestandsanlagen haben die Möglichkeit, in die Ausschreibungsvergütung zu wechseln, wenn ein entsprechender Zuschlag von der Bundesnetzagentur erteilt wurde. Mit dem Wechsel in die Ausschreibungsvergütung gilt die Biogasanlage als neu in Betrieb genommen. Dadurch gelten **alle Regelungen** des EEG 2017 für die jeweilige Anlage. Im EEG 2017 gilt die für die hier betrachtete Konstellation besonders wichtige Vorschrift des § 27a, die dem Anlagenbetreiber verbietet, außerhalb seiner „Anlage“ eine Eigenversorgung durchzuführen. Die Anlage im Sinne von § 27a EEG 2017 ist in § 3 Nr. 1 definiert als

„jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas, wobei im Fall von Solaranlagen jedes Modul eine eigenständige Anlage ist; als Anlage gelten auch Einrichtungen, die zwischengespeicherte Energie, die ausschließlich aus erneuerbaren Energien oder Grubengas stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandelt.“

Die zur Anlage hinzugestellte Ladesäule stellt also keinen Bestandteil der Biogasanlage im Sinne von § 27a EEG 2017 dar, die durch die Biogasanlage versorgt werden dürfte. Es handelt sich auch nicht um ein Neben- oder Hilfsaggregat zur Anlage. Die Ladesäule hat keinerlei unterstützende Funktion für die Anlage, verbraucht jedoch selbst Strom. Zwar ist sie im wesentlichen darauf ausgerichtet, Strom zum Laden des Kraftfahrzeugs zur Verfügung zu stellen. Jedoch muss der Ladevorgang elektronisch gesteuert und überwacht werden, die Ladesäule im Stand-by-Betrieb jederzeit den Normalbetrieb aufnehmen können usw. Auch wenn der Hauptzweck der Ladesäule darin besteht, Dritten elektrische Energie zur Verfügung zu stellen, ist in jedem Fall ein geringer Selbstverbrauch zu verzeichnen. Dieser Selbstverbrauch fällt dem Betreiber zur Last und würde bei Personenidentität zwischen Betreiber der Ladesäule und des BHKW eine Eigenversorgung außerhalb der Anlage im Sinne des EEG darstellen.

Für die Regelung aus § 27a EEG 2017 gibt es keine Ausnahme im Gesetz; es ist auch keine Bagatellgrenze vorgesehen, die einen niedrigen Selbstverbrauch im Wege der Eigenversorgung erlauben könnte. Vielmehr ist bereits eine angebrochene Kilowattstunde Strom, die in die Eigenversorgung fließt, unzulässig. Diese strenge Sichtweise des Gesetzgebers spiegelt sich auch in der Sanktion wider: Nach § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EEG 2017 verringert sich bei einem Verstoß gegen § 27a EEG 2017 der anzulegende Wert auf null. Nach § 52 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 gilt dies für

das gesamte Kalenderjahr, sodass bei einer Eigenversorgung der gesamte Vergütungsanspruch nach EEG für das jeweilige Kalenderjahr verlorengelht.

Demnach ist eine Eigenversorgung der Ladesäule, also eine Personenidentität zwischen der Betreiberin der Biogasanlage und der Betreiberin der Ladesäule, zu vermeiden. Es könnte eine Lösung darstellen, den Betrieb der Ladesäule dem Landwirt bzw. der landwirtschaftlichen Betreibergesellschaft zu übertragen. Dies könnte jedoch zu steuerlichen Problemen führen, da der Betrieb der Ladesäule je nach Einkünftsituation als gewerblich angesehen werden dürfte. Dann könnten schlimmstenfalls die Einnahmen aus dem landwirtschaftlichen Betrieb als gewerblich zu qualifizieren sein.

Daher sollte eine **eigenständige Rechtspersönlichkeit** den Betrieb der Ladesäule übernehmen. Es könnte sich beispielsweise um ein Lohnunternehmen oder um eine gesondert gegründete Gesellschaft handeln. Da sich daran nicht nur rechtliche, sondern insbesondere auch steuerliche Fragen anknüpfen, ist eine Prüfung und Beratung durch den Steuerberater der Betreibergesellschaft und/oder des Landwirts unumgänglich. Bitte beachten Sie, dass zwischen den beiden Rechtspersönlichkeiten dann ein Stromliefervertrag geschlossen werden muss, da die elektrische Energie ein geldwertes Gut darstellt, welches nicht ohne Weiteres verschenkt werden kann. Insbesondere könnte das Finanzamt unter Berücksichtigung marktüblicher Preise die Umsatzsteuer auf den „verschenkten“ Strom schätzen und nachfordern.

Die Ladesäule muss – ebenso wie in der Vergütungsform der Einspeisevergütung und der Direktvermarktung – in unmittelbarer räumlicher Nähe errichtet und betrieben werden. Die Ausführungen unter I. und II. gelten somit entsprechend.

IV. Auswirkungen des EEG 2021

Durch das Inkrafttreten des EEG 2021 hat sich an den vorstehenden Ergebnissen nichts geändert.

Nach der zentralen Übergangsbestimmung gelten die Regelungen des EEG 2017 im Wesentlichen unverändert für Anlagen, die vor dem 01.01.2021 in Betrieb genommen wurden oder einen Zuschlag erhalten haben, weiter.

Werden Anlagen ab 01.01.2021 neu in Betrieb genommen, gelten nur die Vorschriften des EEG 2021. Für diese Anlagen gelten die Ausführungen zur Ausschreibungsvergütung nach III. entsprechend. Die Ladesäule darf deshalb nicht vom Anlagenbetreiber selbst betrieben werden, um die Vergütung nicht zu gefährden.

Der in der Anlage produzierte Strom muss in unmittelbarer räumlicher Nähe vom Dritten verbraucht werden. Die diesbezüglichen Ausführungen gelten nach gegenwärtiger Auffassung auch im EEG 2021 entsprechend.

V. Betrieb von Ladesäulen an Satelliten-BHKW

Da Satelliten-BHKW als eigenständige Anlagen im Sinne von § 3 Abs. 1 EEG 2017/2021 anzusehen sind, gelten die vorstehenden Ausführungen für die den Erhalt der EEG-Vergütung entsprechend. Die Ladesäule muss also in unmittelbarer räumlicher Nähe errichtet und betrieben werden. In Abhängigkeit der Vergütungsform

des Satelliten-BHKW (Einspeisevergütung oder Direktvermarktung einerseits, andererseits Ausschreibungsvergütung) kann der Betreiber des Satelliten-BHKW die Ladesäule selbst betreiben (bei Einspeisevergütung oder Direktvermarktung) oder muss sie durch einen Dritten betreiben lassen (Ausschreibungsvergütung).

VI. Abschließender Hinweis

Dieses Gutachten befasst sich ausschließlich mit einem Teilaspekt des Betriebs einer Ladesäule mit Strom aus einer Biogasanlage und nur unter den konkreten genannten Bedingungen. Um den Betrieb einer Ladesäule vollständig rechtssicher umzusetzen, sind weitere Rechtsvorschriften, auch im EEG, zu beachten. Als Beispiele weisen wir auf die Regelungen zur EEG-Umlage, zur mess- und eichrechtlich ordnungsgemäßen Abgrenzung von Strommengen mit unterschiedlichen Höhen der EEG-Umlage, zur Stromsteuer, auf bauordnungs- und bauplanungsrechtliche Anforderungen sowie energiewirtschaftsrechtliche Fragen hin.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Helmut Loibl
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Markus Sawade
Rechtsanwalt