

# Grüner Wasserstoff im EEG 2021 – Ein erster Schritt zur Integration von Wasserstoff in den Energiemarkt

## I. Einleitung

Am 10. 6. 2020 hat die Bundesregierung die Nationale Wasserstoffstrategie (kurz: „NWS“) beschlossen.<sup>1</sup> Für eine erfolgreiche Ausgestaltung der Energiewende unter Einbeziehung von grünem Wasserstoff bezog sich die NWS auf die bereits in § 1 Abs. 1 EnWG<sup>2</sup> geregelte Zieltrias Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit, die nun mit innovativem und intelligentem Klimaschutz kombiniert werden soll. In diesem Kontext stellte die Bundesregierung in der NWS klar, dass nur Wasserstoff, der auf Basis erneuerbarer Energien hergestellt wird („grüner Wasserstoff“), auf Dauer nachhaltig sei.<sup>3</sup> Insoweit wurde auch angekündigt, dass Strom, der zur Herstellung von grünem Wasserstoff eingesetzt wird, von der EEG-Umlage befreit werden solle.<sup>4</sup>

Am 8. 7. 2020 hat zudem die EU-Kommission die Europäische Wasserstoffstrategie<sup>5</sup> vorgestellt. Hiernach könne Wasserstoff in einem integrierten Energiesystem die Dekarbonisierung von Industrie, Verkehr, Stromerzeugung und Gebäuden in ganz Europa unterstützen.

In dem selben Monat hat auch die Bundesnetzagentur (kurz: „BNetzA“) ihre Bestandsaufnahme zur Regulierung von Wasserstoffnetzen vorgelegt.<sup>6</sup> Diese Bestandsaufnahme bildet den rechtlichen Sachstand (nationaler und europäischer Rechtsrahmen) und die Position der Bundesnetzagentur ab, äußert sich zu Einflussfaktoren auf die künftige Netzstruktur, legt Kriterien für die Regulierung von Wasserstoffnetzen fest und fixiert die Schlussfolgerungen der BNetzA zum rechtlichen Anpassungsbedarf, Übergangs- und Sonderlösungen für bestehende Netze und den Zeitpunkt der Einführung einer Regulierung. Hierbei geht es in Ansehung der hochgesteckten Ziele der NWS um die Umstellung der Volkswirtschaft auf eine weitgehende Nutzung von Wasserstoff. Die Dynamik der Entwicklung war und ist spürbar.

Wasserstoff zeichnet sich durch seinen hohen Energiegehalt und seine gute Speicherbarkeit aus, so dass Wasserstoff in vielfältigen Prozessen zur Anwendung<sup>7</sup> gelangt und unterschiedliche Erzeugungsformen kennt.<sup>8</sup> Neben der Elektrolyse findet gerade in industriellen Prozessen die Dampfreformation Anwendung, bei der aus Erdgas und Wärme Wasserstoff gewonnen wird. Richtigerweise handelt es sich bei Wasserstoff nicht um eine Energiequelle, sondern um einen Energieträger, der Energie speichern kann. Neben den unterschiedlichen Erzeugungspfaden kann Wasserstoff unmittelbar verschiedenen Verwertungspfaden zugeführt werden (Wärme, Rückverstromung, Industrie und Chemie sowie Mobilität).<sup>9</sup>

## II. Bisherige Rechtslage der Elektrolyseerzeugung

Das EEG 2017<sup>10</sup> in seiner bis zum 31. 12. 2020 geltenden Fassung enthält lediglich rudimentäre Regelungen, ohne selbst die Begriffe „Wasserstoff“ oder gar „grüner Wasserstoff“ zu verwenden. § 611 Abs. 2 EEG 2017 sieht vor<sup>11</sup>, dass der Anspruch auf Zahlung der EEG-Umlage des Übertragungsnetzbetreibers sich für solchen Strom verringert, der zur Erzeugung von Speichergas eingesetzt wird, das in das Erdgasnetz eingespeist wird, und zwar in der Höhe und in dem Umfang, in der das Speichergas unter Berücksichtigung der Anforderungen nach § 44b Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 2 EEG 2017 zur Stromerzeugung eingesetzt wird und auf den Strom die EEG-Umlage gezahlt wird.

Diese Regelung bezieht sich auf den in § 3 Nr. 42 EEG 2017 definierten Begriff des Speichergases, welches nach der Gesetzesbegründung auch Wasserstoff erfasst.<sup>12</sup> Hierbei bleibt fraglich, ob die Stromspeicherung mittels „Power-to-Gas“ vom Anwendungsbereich des § 611 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2017 erfasst ist, soweit das Erdgasnetz zur Zwischenspeicherung

---

\* Der Verfasser Dr. Brahms ist Rechtsanwalt und namensgebender Partner der Kanzlei Brahms Nebel & Kollegen in Hamburg und Berlin, der Verfasser Arnold ist Rechtsanwalt bei Brahms Nebel & Kollegen in Berlin.

1 BMWi, Die Nationale Wasserstoffstrategie, Juni 2020, online abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de).

2 Energiewirtschaftsgesetz vom 7. 7. 2005 (BGBl. 2005 I, 1970, 3621), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 21. 12. 2020 (BGBl. 2020 I, 3138).

3 BMWi (o. Fußn. 1), S. 2.

4 BMWi (o. Fußn. 1), S. 18; Burgi/Zimmermann, ZUR 2021, 212 (214).

5 European Commission, A hydrogen strategy for a climate-neutral Europe, COM (2020) 301 final.

6 BNetzA, Regulierung von Wasserstoffnetzen, Stand Juli 2020.

7 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 26.

8 Vgl. Schnurnberger/Janßen/Wittstadt, Wasserspaltung mit Strom und Wärme, FSV Themen 2004, S. 50.

9 BMWi (o. Fußn. 1), S. 3.

10 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. 7. 2014 (BGBl. 2014 I, 1066), zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. 8. 2020 (BGBl. 2020 I, 1818).

11 Aufgrund des Nebeneinanderstehens des EEG 2017 und des EEG 2021 aufgrund der Übergangsbestimmung in § 100 Abs. 1 EEG 2021, bleibt das EEG 2017 insoweit anwendbar.

12 Vgl. BT-Drs. 17/6071, S. 62; Walter, in: Greb/Boewe (Hrsg.), Beck OK EEG, 11. Edition (Stand: 16. 11. 2020), § 3 Nr. 42 EEG, Rdnr. 7.

eingesetzt wird.<sup>13</sup> Jedoch dürfte sich diese Fragestellung – wie nachfolgend aufgezeigt – auf Grundlage der Neuregelung des EEG 2021 erledigt haben. Die Verwendung von Strom zur Erzeugung von Wasserstoff ist als Umwandlungsprozess und mithin als Letztverbrauch im Sinne des EEG zu qualifizieren.<sup>14</sup> Insoweit ist nach Maßgabe des § 61 EEG 2017 stets vom Anfall der anteiligen EEG-Umlage bei einer Eigenversorgung im Sinne des § 3 Nr. 19 EEG 2017 oder der vollständigen EEG-Umlage bei einer Direktversorgung bzw. bei Bezug des Stroms über das Netz der allgemeinen Versorgung auszugehen.

Beim Bezug des Stroms über das Netz der allgemeinen Versorgung kommt eine Netzentgeltbefreiung über § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG in Betracht, wonach nach dem 31.12.2008 neu errichtete Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie, die ab 4.8.2011, innerhalb von 15 Jahren in Betrieb genommen werden, für einen Zeitraum von 20 Jahren ab Inbetriebnahme hinsichtlich des Bezugs der zu speichernden elektrischen Energie von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt sind. Hierunter sind auch Elektrolyseure zu fassen.<sup>15</sup> Dieser Befreiungstatbestand erfasst nur die Netzentgelte an sich und nicht die auf den Arbeitsentgelten gewälzten Umlagen mit der Folge, dass für jede Preiskomponente<sup>16</sup> geprüft werden muss, ob ein Befreiungstatbestand vorliegt.<sup>17</sup> Zudem bedingt der Befreiungstatbestand die Rückeinspeisung in dasselbe Netz, § 118 Abs. 6 Satz 3 EnWG.

### III. Einbettung der EEG-Regelungen in weitere Maßnahmen

Damit der Wasserstoff als nachhaltig erzeugt gelten darf, müssen gerade erneuerbare Energien im Umwandlungsprozess eingesetzt werden. Neben „grünem Wasserstoff“ wird differenziert zwischen „blauem Wasserstoff“ bei der Dampfreformierung und „türkischem Wasserstoff“ bei thermischer Spaltung von fossilem Methan, soweit in das in beiden Umwandlungsformen freigesetzte Kohlendioxid abgeschieden, gespeichert oder einer anderweitigen Nutzung zugeführt wird.<sup>18</sup> Um das Ziel der rechtssicheren Innovations- und Investitionsförderung zu stützen, soll ein Maßnahmenpaket umgesetzt werden, welches u. a. Änderungen im EEG enthält. Gleichmaßen sollen neue Regelungen im Energiewirtschaftsrecht<sup>19</sup> und im Gesetz zur Weiterentwicklung der Treibhausgasminderungs-Quote<sup>20</sup> umgesetzt werden, die die Etablierung und den Ausbau von Wasserstoffinfrastruktur sicherstellen sollen. Die geplanten Anpassungen innerhalb des EnWG betreffen insbesondere den regulatorischen Rahmen der Errichtung und des Betriebes von Wasserstoffnetzen, ohne jedoch die Qualität des Wasserstoffes selbst zu betrachten.<sup>21</sup> Um einen umfassenden Ausbau zu ermöglichen, zielt die Novelle des EnWG darauf ab, rechtliche Sicherheit für den Ausbau der Wasserstoffinfrastruktur zu schaffen. Denn reine Wasserstoffnetze werden bislang nicht vom EnWG umfasst und sind daher nicht reguliert, sondern unterfallen nur dem allgemeinen Kartellrecht.<sup>22</sup> Aufgrund dieser aktuellen Struktur sollen zunächst nicht alle Wasserstoffnetze zwingend reguliert werden. Vielmehr wird dem Betreiber der Infrastruktur gemäß dem geplanten § 28j EnWG überlassen

zu entscheiden und schriftlich gegenüber der Bundesnetzagentur zu erklären, ob sie der Regulierung unterfallen möchten.<sup>23</sup> Dabei betont der Entwurf, dass die Regelungen lediglich übergangsweise bis zur Festlegung von Anforderungen auf europäischer Ebene gelten sollen.

Zudem sieht der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Treibhausgasminderungs-Quote eine Förderung „grünen Wasserstoffs“ vor. Denn dieser könne den derzeit in Raffinerien eingesetzten Wasserstoff aus fossilen Quellen ersetzen und einen wichtigen Beitrag zur Dekarbonisierung des Verkehrs leisten.<sup>24</sup> Dabei wird allerdings Wasserstoff ausgeschlossen, der aus biogenen Quellen erzeugt wird. Eine Anrechnung von Wasserstoff, der mittels energetischer Verwertung von Biomasse oder aus Biogas gewonnen wird, scheidet damit aus. Vielmehr sollen für den Hochlauf der Wasserstoffwirtschaft Anreize zum Ausbau der Elektrolysekapazitäten geschaffen werden, mit denen aus erneuerbarem Strom nicht-biogenen Ursprungs Wasserstoff gewonnen werden soll.<sup>25</sup>

Der Einsatz von Strom aus erneuerbaren Energien im Wege der Elektrolyse zur Erzeugung von grünem Wasserstoff dürfte gegenwärtig nur dann konkurrenzfähig sein, wenn es zu einer Anpassung der auf den Stromverbrauch auferlegten Kosten, insbesondere der Netzentgelte<sup>26</sup> und der EEG-Umlage<sup>27</sup> kommt. Zunächst sah es so aus, als würde sich die Gesetzesnovelle des

13 Vgl. Lietz, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierrecht*, 108. EL (Sept. 2020), § 61 I EEG, Rdnr. 6; Froberg/Brahms, *EWeRK* 2020, 231 [235]; Buchmüller, *ZUR* 2021, 195 [197].

14 Vgl. allgemein: OLG Hamburg, Urt. v. 12.8.2014 – 9 U 119/13, *REE* 2014, 164; Lietz, in: Theobald/Kühling (o. Fußn. 13), § 60 EEG, Rdnr. 15; Froberg/Brahms, *EWeRK* 2020, 231 [235].

15 Vgl. Missling, in: Theobald/Kühling (o. Fußn. 13), § 118 EnWG, Rdnr. 21; Sieberg/Cesarano, *RdE* 2020, 230 [240]; Froberg/Brahms, *EWeRK* 2020, 231 [235].

16 KWKG-Umlage, Offshore-Netzzulage, Konzessionsabgaben, Umlage nach § 18 AbLaV, Umlage nach § 19 Abs. 2 StromNEV, Stromsteuer.

17 So bereits für Stromspeicher: BGH, *Beschl.* v. 20.6.2017 – EnVR 24/16, *NVwZ-RR* 2017, 782 ff.; Schwintowski/Sauer, *EWeRK* 2017, 139 [145]; Froberg/Brahms, *EWeRK* 2020, 231 [235 f.].

18 Vgl. Buchmüller, *ZUR* 2021, 195 [195].

19 BMWi, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht vom 19.1.2021, S. 1, abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de)

20 BMU, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Treibhausgasminderungs-Quote, abrufbar unter [www.bmu.de](http://www.bmu.de).

21 Vgl. hierzu: Stelter/Schiederdecker/Lange, *EnWZ* 2021, 99 [99 f.].

22 BMWi (o. Fußn. 19), S. 93.

23 BMWi (o. Fußn. 19), S. 93.

24 BMU (o. Fußn. 20), S. 21.

25 BMU (o. Fußn. 20), S. 23.

26 Deerberg, *Interview* v. 18.8.2020, abrufbar unter: [www.umsicht.fraunhofer.de](http://www.umsicht.fraunhofer.de)

27 Vgl. Borning, *ER* 2020, 135 [138].

EEG entgegen den Erwartungen nicht mit der Erzeugung von „grünem Wasserstoff“ beschäftigen. Denn erst mit der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 15. 12. 2020 wurden Aspekte der NWS der Bundesregierung eingebracht. In den vorherigen Entwürfen des EEG 2021 waren diese nicht repräsentiert, was zu Irritationen in der Branche führte.<sup>28</sup> Im Zuge der späten Aufnahme war der Gesetzgeber sichtlich um die Hervorhebung des Wertes der Neueinfügung bemüht. Das nunmehr seit dem 1. 1. 2021 in Kraft getretene, aber aufgrund des beihilferechtlichen Genehmigungsvorbehalts der EU-Kommission nach § 105 EEG 2021<sup>29</sup> erst seit dem 29. 4. 2021 genehmigte Gesetz<sup>30</sup> widmet sich innerhalb des Ausgleichsmechanismus in Abschnitt 3 (§ 69b EEG 2021) der Befreiung des zur Erzeugung von grünem Wasserstoff eingesetzten Stroms von der EEG-Umlage sowie in Abschnitt 2 (§ 64 Abs. 8 und § 64a EEG 2021), in welchem die EEG-Umlage für stromkostenintensive Unternehmen Eingang gefunden hat.

#### IV. Regelungen im EEG 2021 mit Bezug zu grünem Wasserstoff

Der Gesetzgeber hat zwei unterschiedliche Systeme der anteiligen bzw. vollständigen Befreiung von der EEG-Umlage beim Einsatz von Strom zur Erzeugung von Wasserstoff vorgesehen. Hierbei bezieht sich sowohl die Regelung des § 69b als auch diejenige des § 64 Abs. 8 und § 64a EEG 2021 auf eine noch zu erlassene Verordnung, deren Inhalt sich maßgeblich nach § 93 EEG 2021 richten soll. Die Verordnung soll bis zum 30. 6. 2021 gemäß § 96 Abs. 4 EEG 2021 erlassen werden, wobei gegenwärtig noch kein entsprechender Entwurf vorliegt, obwohl die Bundesregierung einen früheren Erlass anstrebt<sup>31</sup> und erst dieser die maßgeblichen Kriterien für die Befreiung von der EEG-Umlage festschreiben wird. Die systematische Verortung wesentlicher Aspekte und Voraussetzungen der grünen Wasserstoffherzeugung in die Verordnung begründet der Gesetzgeber mit den notwendigen nationalen und europäischen Diskussions- und Umsetzungsprozessen unter Berücksichtigung der RED II.<sup>32</sup>

Die vollständige Befreiung von der EEG-Umlage nach § 69b EEG 2021 und die Befreiung im Wege der Besonderen Ausgleichsregelung nach § 64 Abs. 8 und § 64a EEG 2021 schließen sich in zeitlicher Hinsicht gegenseitig aus. § 69b Abs. 1 Satz 2 EEG 2021 bestimmt, dass eine Befreiung nach Satz 1 nicht in solchen Kalenderjahren zur Anwendung gelangt, in denen für das Unternehmen die EEG-Umlage nach § 64a EEG 2021 begrenzt ist. Dem jeweiligen Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 47 EEG 2021<sup>33</sup> steht mithin ein Wahlrecht zu, welcher Befreiungstatbestand im jeweiligen Kalenderjahr zur Anwendung gelangen soll<sup>34</sup>, wobei § 64a EEG 2021 ein entsprechendes Antragsverfahren voraussetzt, welches es im Rahmen der Befreiung nach § 69b EEG nicht bedarf. Sollte der Antrag nach § 64a EEG 2021 nicht gestellt oder gleich aus welchem Rechtsgrund nicht erfolgreich beschieden werden, kommt § 69b EEG 2021 bei Einhaltung der entsprechenden Voraussetzungen zur Anwendung.<sup>35</sup>

Beide Tatbestände weisen hierbei die Beschränkung auf Unternehmen auf. Auch wenn nur diese angesichts der notwendigen Investitionsvolumina und des strukturellen Unterbaus in aller Regel in der Lage sein werden, in die Wasserstoffherzeugung einzusteigen, stellt sich dennoch die Frage, ob dies bewusst Privatpersonen ausschließen soll. Unternehmer sind nach der Definition in § 3 Nr. 47 EEG 2021 Rechtsträger, die einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unter Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr nachhaltig mit eigener Gewinnerzielungsabsicht betreiben. Hierbei bleibt abzuwarten, ob technologische Entwicklungen der Wasserstoffeinsatzmöglichkeiten in privaten Haushalten, in Automobilen oder als Speichermedium für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien auch im kleinen dezentralen Bereich sich durchsetzen können. Der Bezug auf Unternehmen erscheint dabei auch im Kontext des § 64a EEG 2021 als nicht zielführend.<sup>36</sup>

#### 1. Die Regelungen des § 69b EEG im Einzelnen

Die vollständige Befreiung von der EEG-Umlage widmet der Gesetzgeber einen eigenen Abschnitt 3b, der allerdings bislang nur den § 69b EEG 2021 enthält. Dabei schuf er gleichzeitig einen neuen feststehenden Begriff – das „Grün“ des Wasserstoffs wird im Gesetz großgeschrieben. Ob die Schaffung eines eigenständigen Abschnitts ein Vorzeichen für weitere, zu erlassende Regelungen bedeutet oder der relativen Eile des Gesetzgebungsverfahrens sowie dem Umstand geschuldet ist, dass die Thematik bislang ein Fremdkörper im EEG ist, bleibt abzuwarten. Die Bundesregierung stellt dabei im Rahmen der als Blaupause dienenden Nationalen Wasserstoffstrategie grundlegend klar, dass nur auf Basis von erneuerbaren Energien erzeugter Wasserstoff auf Dauer nachhaltig sein kann. Die Produktion und Integration grünen Wasserstoffs soll daher umfassend unterstützt werden, um einen zügigen Markthochlauf voranzubringen sowie entsprechende Wertschöpfungsketten zu etablieren.<sup>37</sup>

Um die nachhaltige Entwicklung der Wasserstoffproduktion sicherzustellen und eine entscheidende Starthilfe für die Markt-

---

28 Vgl. Froberg/Brahms, EWeRK 2020, 231 [234].

29 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. 7. 2014 (BGBl. 2014 I, 1066) in der Fassung des Art. 1 des Gesetzes vom 21. 12. 2020 (BGBl. 2020 I, 3138).

30 EU-Kommission, Pressemitteilung IP/21/2042 vom 29. 4. 2021.

31 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 34.

32 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 29, zu den Anforderungen: Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [57]; Burgi/Zimmermann, ZUR 2021, 212 ff.

33 Hierzu ausführlich: Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [58 ff.].

34 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 29.

35 Vgl. Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [62].

36 So auch: Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [62].

37 BMWi (o. Fußn. 1), S. 3.

integration zu schaffen, sieht § 69b EEG 2021 eine vollständige Befreiung von der EEG-Umlage vor.<sup>38</sup> Die Einfügung des § 69b EEG 2021 folgt der bereits in der NWS festgehaltenen Prämisse, dass nunmehr die „Markthochlaufphase“ grünen Wasserstoffs beginne, die bis 2030 zu einer Etablierung entsprechender Produkte führen soll. Aus diesem Grunde ist der Befreiungstatbestand nur für solche Einrichtungen zur Herstellung von Wasserstoff anwendbar, die vor dem 1.1.2030 in Betrieb genommen wurden, vgl. § 69b Abs. 2 Nr. 2 EEG 2021. Auch wenn eine Einrichtung zur Herstellung von Wasserstoff nicht mit einer Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2021 gleichzusetzen ist, muss zur Wahrnehmung der Begünstigung eine Inbetriebnahme entsprechend der Regelung in § 3 Nr. 30 EEG 2021 erfolgen, d. h. durch Inbetriebsetzung der Wasserstoff-erzeugung auf Geheiß des Unternehmens und nachfolgendem Verbrauch außerhalb der Einrichtung.

Hierbei dürfte es nach dem Wortlaut des § 69b EEG 2021 unschädlich sein, wenn bereits vor Inkrafttreten der Verordnung nach § 93 EEG 2021 die Einrichtung in Betrieb gesetzt worden ist. Eine zeitliche Begrenzung, für welchen Zeitraum die Befreiung gewährt werden soll, hat der Gesetzgeber nicht vorgenommen.<sup>39</sup> Dies bietet dem Gesetzgeber die Möglichkeit, in einer späteren Novelle des EEG die etwaige vollständige oder anteilige Entstehung der EEG-Umlage anzuordnen. Schließlich scheinen der Wortlaut des § 69b EEG 2021 ebenso wie die Gesetzesbegründung die Möglichkeit zu eröffnen, eine Anlage zur Herstellung von Wasserstoff vor dem Jahr 2030 zu errichten und hierin zeitlich unbefristet zunächst „grauen“ Wasserstoff herzustellen und auch nach dem 31.12.2029 auf grünen Wasserstoff umzustellen.<sup>40</sup> Ein ähnliche Konstellation war bereits bei BHKW zu erkennen, die zwischen dem Förderrahmen des KWKG und des EEG „switchen“ konnten, bis der Gesetzgeber in § 3 Nr. 30 EEG 2021 festlegt hat, dass es auf den ausschließlichen Einsatz von erneuerbaren Energien in der Anlage ankommt. Jedoch kann in den Wortlaut ein Bezug zwischen der Einrichtung „zur“ Herstellung von grünem Wasserstoff erkannt werden und überdies wollte der Gesetzgeber gerade auch in der Übergangsphase die Möglichkeit offen lassen, auch anteilig grauen Wasserstoff erzeugen zu lassen, vgl. § 93 Nr. 3 EEG 2021.

Die Förderung erfolgt technologieoffen, da lediglich auf die Einrichtung zur Herstellung von Wasserstoff abgestellt wird. Aufgrund der Natur des EEG 2021 kommen hierbei jedoch nur solche Prozesse in Betracht, die maßgeblich Strom zur Erzeugung einsetzen, d. h. insbesondere Elektrolyse. Der Einsatz von Biomethan im Wege der Dampfreformation ggf. auch im Wege des Massebilanzsystems dürfte von der Neuregelung nicht profitieren bzw. sogar benachteiligt werden, da ein rechtssicherer Rahmen zur Qualifizierung von grünem Wasserstoff fehlt. Hinsichtlich des späteren Verwendungszwecks des grünen Wasserstoffs bestehen keine Begrenzungen, was vor dem Hintergrund der bezweckten Säulenfunktion im Rahmen der Energiewende grundlegend ist. Diese Klarstellung dient auch gerade der Abgrenzung zu der Befreiung von stromkostenintensiven Unternehmen, welche zwar bisher auf

Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige und Nr. 78 in Anlage 4 zum EEG 2017 im Rahmen der Wasserstoffproduktion befreit werden konnten, das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) aber bisher an die Verwendung in der Industrie geknüpft hat.<sup>41</sup> Dies würde aber den dargestellten Möglichkeiten der Verwertungspfade entgegenstehen, so dass diese Klarstellung als sinnvoll anzusehen ist.

Grundsätzlich wird Strom, der von einem Unternehmen zur Herstellung von grünem Wasserstoff verbraucht wird, vollständig von der EEG-Umlage befreit.<sup>42</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass die Anlage der Herstellung von „grünem Wasserstoff“ dient und, sofern in der Anlage Strom aus dem Netz verbraucht werden kann, über einen eigenen Zählpunkt mit dem Netz verbunden ist. Der Anspruch des Netzbetreibers bzw. Übertragungsnetzbetreibers auf die EEG-Umlage nach § 61 EEG 2021 entfällt und muss – ebengleich wie bei den übrigen Befreiungstatbeständen nach § 61a ff. EEG 2021<sup>43</sup> – restriktiv ausgelegt werden. In der Folge dürften nur solche Strommengen befreit werden und die Messanordnung ist so auszugestalten, dass nur die für den tatsächlichen Elektrolyseur erforderlichen Strommengen erfasst sind.

Weitere Voraussetzung ist im Falle des mittelbaren bzw. unmittelbaren Anschlusses an das Netz der allgemeinen Versorgung, dass die Anlage über einen eigenen Zählpunkt mit dem Netz verbunden ist. Hierbei soll es sich um eine Klarstellung handeln, die auch den Verbrauch des Stroms außerhalb des Netzes der allgemeinen Versorgung erfasst.<sup>44</sup> Es kommt dabei nicht darauf an, ob ein Tatbestand der Eigenversorgung oder der Direktlieferung vorliegt. Dabei gelten sowohl hinsichtlich der Abgrenzung der Strommengen (um Stromverbräuche speziell zur Herstellung von grünem Wasserstoff von sonstigen Verbräuchen unterscheiden zu können) als auch hinsichtlich der Meldeerfordernisse die allgemeinen Vorschriften nach § 62b EEG 2021 und § 70 EEG 2021.<sup>45</sup>

## 2. Regelungen für stromkostenintensive Unternehmen

Entsprechend den in der NWS gesteckten Zielen und dem darin enthaltenen Aktionsplan widmete sich der Gesetzgeber

---

38 BT-Drs. 19/25326, S. 29.

39 So auch: Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [62].

40 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 26.

41 Vgl. Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [59].

42 Eine mögliche Abstufung hinsichtlich der Höhe der EEG-Befreiung kann – bei entsprechend geringeren Anforderungen an die Erzeugung grünen Wasserstoffs – durch die nach § 93 EEG 2021 noch zu erlassende Verordnung getroffen werden.

43 BNetzA, Leitfaden zur Eigenversorgung, Stand: Juli 2016, S. 17.

44 Vgl. Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [62].

45 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 29.

im EEG 2021 der Integration von grünem Wasserstoff auch im Bereich der stromkostenintensiven Unternehmen.

#### a) Regelungsgehalt des § 64 Abs. 8 EEG 2021

Hierbei stellt der Gesetzgeber zunächst in § 64 Abs. 8 Satz 1 EEG 2021 im Verhältnis zu § 64a EEG 2021 klar, dass nur bei Herstellung von grünem Wasserstoff die hierfür verwendeten Strommengen im Rahmen der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkostenintensive Unternehmen berücksichtigt werden können.<sup>46</sup> Als Bedingung hierfür knüpft der Gesetzgeber konsequent eine Inbetriebsetzung einer Einrichtung, in der Wasserstoff elektrochemisch hergestellt wird, an das Inkrafttreten der Verordnung nach § 93 EEG 2021. Bis zum Inkrafttreten der Verordnung besteht mithin auch die Möglichkeit der Berücksichtigung von Strommengen, die zur grauen Wasserstoffproduktion eingesetzt werden.<sup>47</sup> Hierbei dürfte es sich jedoch um einen nur kurzen Zeitraum handeln, vgl. § 96 Abs. 4 EEG 2021. Auch in diesem Kontext bedarf es erst der Abstimmung mit der EU-Kommission, um die Regelung wirksam werden zu lassen. Im Gegensatz zur Regelung in § 69b EEG 2021 stellt der Gesetzgeber in diesem Kontext auf eine elektrochemische Herstellung von Wasserstoff ab, so dass andere Formen der Wasserstoffherstellung<sup>48</sup> beim Einsatz in stromkostenintensiven Unternehmen nicht möglich sind. Im Umkehrschluss kann hieraus abgeleitet werden, dass andere angewandte Verfahren zur Herstellung von Wasserstoff von der Regelung des § 64 Abs. 8 Satz 1 EEG 2021 nicht erfasst werden, so dass die auf eingesetzten Strommengen zu entrichtende EEG-Umlage unter Berücksichtigung der Anforderungen des § 64 EEG 2021 begrenzt werden kann. Ferner kommt es darauf an, dass „die Anforderungen dieser Verordnung an die Herstellung von Grünem Wasserstoff im Anwendungsbereich des § 64a erfüllt werden.“

Der Gesetzgeber ordnet für den Fall, dass die Anforderungen der Verordnung nach § 93 EEG 2021 nicht erfüllt werden, an, dass weder der Stromverbrauch noch die Stromkosten und die Bruttowertschöpfung der Einrichtungen zur elektrochemischen Herstellung von Wasserstoff bei der Ermittlung des Stromverbrauchs, der Stromkostenintensität und der Bruttowertschöpfung zu berücksichtigen sind. Dies dürfte zur Folge haben, dass diese Strommengen gegenüber anderen Strommengen, die innerhalb des stromkostenintensiven Unternehmens verbraucht werden, messtechnisch abzugrenzen sind, d. h. die Anforderungen nach § 62b EEG 2021 sind zu erfüllen.

#### b) Anforderungen des § 64a EEG 2021

Durch § 64a EEG 2021 wird ein neuer Tatbestand in der Besonderen Ausgleichsregelung für die elektrochemische Herstellung von Wasserstoff in stromkostenintensiven Unternehmen geschaffen, der sich an die Anforderungen des § 64 EEG 2021 anlehnt<sup>49</sup>, aber nach Auffassung des Gesetzgebers verschiedene Vereinfachungen gegenüber der Regelung enthalten

soll<sup>50</sup>. Hierbei ist nach derzeitigen Schätzungen aber davon auszugehen, dass nur bis zu 50 Unternehmen diesen Befreiungstatbestand in Anspruch nehmen werden.<sup>51</sup>

Zunächst wird auch im Rahmen des § 64a Abs. 1 Satz 1 EEG 2021 festgelegt, dass es für die Befreiung für das jeweilige Kalenderjahr nicht darauf ankommt, wie der Wasserstoff eingesetzt wird<sup>52</sup>, so dass keine Einschränkung im Hinblick auf die Verwendung innerhalb der Industrie besteht. Die Begrenzung erfolgt nach Satz 2 soweit der Nachweis erbracht wird, dass das Unternehmen ein zertifiziertes Energie- oder Umweltmanagementsystem oder, sofern es im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr weniger als 5 GWh Strom verbraucht hat, ein alternatives System zur Verbesserung der Energieeffizienz nach § 3 SpaEfV in der jeweils zum Zeitpunkt des Endes des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs geltenden Fassung betreibt. Hintergrund ist, dass der Gesetzgeber gerade solche Unternehmen fördern möchte, deren Wasserstoffherstellung den höchsten Beitrag zur gesamten Wertschöpfung des Unternehmens ausmacht, wobei zu Recht darauf hingewiesen wird, dass es dieser Klarstellung aufgrund der schwerpunktmäßigen Tätigkeit bei Branchenzuordnung gar nicht bedurft hätte.<sup>53</sup> Ein Bezug zur Stromkostenintensität oder einen bestimmten Stromverbrauch sieht der Tatbestand nicht vor, so dass auch kleinere Unternehmen hiervon profitieren können.<sup>54</sup>

§ 64a Abs. 2 EEG 2021 regelt den Umfang der Befreiung von der EEG-Umlage, die gerade nicht vollständig zugebilligt wird. Vielmehr besteht der bisherigen Systematik für stromkostenintensive Unternehmen folgend eine absolute Untergrenze von 0,1 Cent/kWh EEG-Umlage. Ein Selbstbehalt von 1 GWh besteht gegenüber der Regelung des § 64 EEG 2021 nicht. Die Begrenzung erfolgt auf mindestens 15 % der nach § 60 Abs. 1 ermittelten EEG-Umlage. Darüber hinaus kann die Begrenzung der EEG-Umlage bei einer Stromkostenintensität ab 20 % auf höchstens 0,5 % der Bruttowertschöpfung erfolgen, die das Unternehmen im arithmetischen Mittel der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre erzielt hat (sog. „Super-Cap“).<sup>55</sup>

Ein wesentlicher Unterschied zu § 64 EEG 2021 ist darin zu erkennen, dass der bei der BAFA zu stellende Antrag als Vor-

46 Vgl. BT-Drs. 19/25326, 26.

47 Vgl. Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [62].

48 Vgl. zu den anderen Formen: Schnurnberger/Janßen/Wittstadt (o. Fußn. 8), S. 50 ff.

49 Vgl. Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [58].

50 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 26; Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [58].

51 Vgl. BT-Drs. 19/23482, S. 12; Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [58].

52 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 26; Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [58].

53 So auch: Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [59].

54 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 29; Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [60].

55 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 29.

aussetzung für die Befreiung erst bis zum 30. 9. eines Jahres gestellt werden müssen (vgl. § 66 Abs. 3 Satz 2 EEG) und überdies es sich bei dieser Frist nicht um eine materielle Ausschlussfrist handelt.<sup>56</sup> In der Folge findet auf das Antragsverfahren das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz Anwendung und es besteht insbesondere die Möglichkeit, dass erforderliche Unterlagen nach Hinweis der BAFA nachgeliefert werden können. Darüber hinaus sind nach § 64a Abs. 3 Satz 2 EEG 2021 nur bei der Inanspruchnahme des Super-Caps die Nachweise in Form eines Wirtschaftsprüfungstestates zu erbringen. Ferner hat der neu gegründete Unternehmen Erleichterungen in § 64a Abs. 4 EEG 2021 in der Nachweisführung vorgesehen, die mit jedem Geschäftsjahr sich an die Anforderungen des Abs. 3 angleichen aber in Abweichung zu § 64 Abs. 4 EEG 2021 im ersten Geschäftsjahr mit Prognosedaten anstelle eines Rumpfgeschäftsjahres der Antrag gestellt werden kann.<sup>57</sup> Im Übrigen gelten die gleichen Bestimmungen wie für stromkostenintensive Unternehmen entsprechend.

### 3. Verordnungsermächtigung nach § 93 EEG 2021

Allen zuvor erörterten Befreiungstatbeständen ist gemein, dass es einer Verordnung nach § 93 EEG 2021 bedarf. Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Detailregelungen mit Blick auf § 64a EEG 2021 und § 69b EEG 2021 unter Berücksichtigung einer (unter beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten) rechtssicheren Definition des grünen Wasserstoffs treffen. Wann der Gesetzgeber erwartet, dass die diesbezüglich auf europäischer Ebene bereits seit Jahren laufenden Abstimmungen und Umsetzungsprozesse ihren Abschluss finden, bleibt unklar, auch wenn die Verordnung bis 30. 6. 2021 erlassen werden und sich auf § 64a und § 69b EEG 2021 beziehen muss.

Allerdings legt der Gesetzgeber im Rahmen der Begründung zu § 93 EEG 2021 bereits „Mindestanforderungen“ fest, die eine Definition erfüllen muss. Insbesondere darf für die Herstellung des Wasserstoffs nur Strom aus erneuerbaren Energien verbraucht werden, der nicht nach dem EEG gefördert wird, beispielsweise über Power-Purchase-Agreements (PPA) aus ungefordertem Strom. Weiterhin muss die Produktionseinrichtung systemdienlich ins Stromnetz integriert werden können.<sup>58</sup> Insoweit kommen zunächst Bestandsanlagen ohne Förderanspruch in Betracht sowie Solaranlagen mit einer Anlagenleistung von über 20 MW, dezentraler Stromverbrauch aus erneuerbaren Energien und solche Anlagen, bei denen die Marktprämie wirtschaftlich im Verhältnis zur Vergütung für die Wasserstoffherstellung ausscheidet. Gegenwärtig dürften zur Erhöhung der Wirtschaftlichkeit maßgeblich dezentrale Erzeugungsmodelle aufgrund der Möglichkeit der Vermeidung von Strompreiskomponenten realisiert werden. Soweit auch keine Förderung nach dem EEG in Anspruch genommen wird, besteht für den Betreiber ein Anspruch auf Herkunftsnachweise nach § 79 Abs. 1 EEG 2021<sup>59</sup>, so dass auf ein bestehendes Nachweissystem zurückgegriffen werden könnte.<sup>60</sup> Hierbei ist sicherlich zu diskutieren, ob weitere Anforderungen

an die Erzeugungsanlagen, Bilanzkreise, eine Koppelung der Stromlieferung ähnlich den Regionalnachweisen o. ä. gestellt werden soll. Zwingend für eine erfolgreiche Marktanlaufphase dürfte sein, dass eine klare Definition geschaffen wird, um auch die Vergleichbarkeit und den Handel mit grünem Wasserstoff zu ermöglichen.

Überdies können in der Rechtsverordnung weitere inhaltliche, räumliche oder zeitliche Anforderungen an die Herstellung von grünem Wasserstoff gestellt werden. Dabei nimmt der Gesetzgeber ausdrücklich Bezug auf die Festlegungen der Nationalen Wasserstoffstrategie, die insbesondere auch Anforderungen an die Infrastruktur der Versorgungseinrichtungen und die räumliche Nähe zu den Verbrauchern stellt.<sup>61</sup> Jedoch ist nicht zu empfehlen, dass der Ordnungsgeber – vergleichbar anderen Regelungen im EEG – auf den unmittelbaren räumlichen Zusammenhang abstellt, da dies aufgrund des Einzelfallcharakters zu Rechtsunsicherheiten und mithin zu Investitionshemmnissen führen kann.<sup>62</sup> Unter Umständen wäre ein Bezug auf das Stromsteuerrecht angezeigt.<sup>63</sup> Dabei hält die Verordnungsermächtigung die Möglichkeit offen, die Anforderungen zunächst geringer zu setzen und sukzessive mit zunehmender Marktintegration zu erhöhen, um so die Einstiegsschwelle der Technologien zu senken.<sup>64</sup>

Generell sieht überdies § 93 Satz 1 Nr. 3 EEG 2021 für den Anwendungsbereich des § 69b EEG 2021 vor, dass auch abgestufte Anforderungen und entsprechend unterschiedliche Förderregime (Begrenzung der EEG-Umlage auf einen bestimmten Prozentsatz bzw. vollständiger Entfall der EEG-Umlage) geregelt werden können. Hierdurch verspricht sich der Gesetzgeber, dass neue Anreize für den Zubau weiterer Erzeugungskapazitäten sowie hinsichtlich der Integration der Wasserstoffherzeugung in das Stromsystem entstehen werden.<sup>65</sup> Insoweit sollte besonderer Wert darauf gelegt werden, wie entsprechende Bezugsstrommengen ermittelt werden und insbesondere bei Prozentangaben sowohl das Bezugsintervall als auch der Bezugszeitraum festgelegt werden, um vergleichbare Rechtsunsicherheiten wie bei der Auslegung des § 48 Abs. 5 EEG 2021 zu vermeiden.

56 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 28; Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [60].

57 Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 27.

58 BT-Drs. 19/25326, 29.

59 Vgl. auch: Buchmüller, ZUR 2021, 195 [196].

60 So auch: Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [63].

61 BT-Drs. 19/25326, S. 32.

62 Vgl. Brahms, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2. Aufl. (2018), Kap. 4, Rdnr. 571 a.

63 Zum räumlichen Zusammenhang bei § 9 StromStG: BFH, Urt. v. 20. 4. 2004 – VII R 44/03, CuR 2004, 132.

64 BT-Drs. 19/25326, 32.

65 BT-Drs. 19/25326, 32.

Mit Blick auf die Formulierung des § 93 Satz 1 Nr. 2 EEG 2021 bleibt unklar, was unter dem Begriff der „glaubhaften“ Erzeugung aus erneuerbaren Energien zu verstehen ist.<sup>66</sup> Angesichts der im Übrigen auch in Bezug auf grünen Wasserstoff bestehende Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des EEG 2021, beispielsweise mit Blick auf Meldepflichten etc., könnte es sich hierbei um eine Vorgabe an die kraft Rechtsverordnung einzuführenden Nachweise und deren Formanforderungen handeln. Allerdings wird die Glaubhaftmachung in anderen Gesetzen hinsichtlich des Grads des im Vergleich zum Vollbeweis geminderten Beweiswerts der vorgelegten Nachweise verwendet.<sup>67</sup> Wie die Vorgaben in § 93 EEG 2021 zu verstehen sind, wird damit auch der Interpretation des Ordnungsgebers unterliegen. Womöglich ist dies im Zusammenhang mit § 93 Satz 1 Nr. 4 EEG 2021 zu lesen, wonach Anforderungen an die Nachweisführung für die Einhaltung der Anforderungen nach den vorstehenden Nr. 2 und Nr. 3 der Regelung eingeführt werden können. Die entsprechende Nachweisführung soll dabei geeignet sein, Missbrauch zu vermeiden und für den Anwendungsbereich des § 64a EEG 2021 dem BAFA eine ausreichende Entscheidungsgrundlage bieten. Gleichzeitig betont der Gesetzgeber, dass die Pflichten möglichst unbürokratisch ausgestaltet sein sollten, um den Marktzugang insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen zu gewährleisten.<sup>68</sup>

## V. Zusammenfassung

Der Gesetzgeber hat mit der Novelle des EEG 2021 und der Einführung der § 64a und § 69b einen ersten Schritt gemacht, um den ambitionierten Zielen aus der NWS zu entsprechen. Dreh- und Angelpunkt dürfte die Verordnung nach § 93 EEG 2021 werden, da die vorgenannten Befreiungstatbestände von der EEG-Umlage hiervon abhängig gemacht werden. Wichtig ist, dass eine klare Definition bzw. Anforderungen an grünen Wasserstoff geregelt werden, die auch im Verhältnis zu anderen Herstellungsweisen als der Elektrolyse Anhaltspunkte bieten und hierdurch auch eine Vergleichbarkeit des Produktes Wasserstoff gewährleistet ist. Ob durch den vollständigen Ausschluss der Nutzung von geförderten Anlagen die notwendige Strommenge gegenwärtig bereitgestellt werden kann, ist abzuwarten.

66 Wörtlich heißt es in § 93 Nr. 2 EEG 2021: „(...) nur Wasserstoff als Grüner Wasserstoff gilt, der glaubhaft mit Strom aus erneuerbaren Energien erzeugt wurde (...)“, so auch: Große/Lehnert, EnWZ 2021, 55 [63].

67 Creifelds, Rechtswörterbuch, 23. Aufl. (2019), Stichwort: „Glaubhaftmachung“.

68 BT-Drs. 19/25326, S. 32.

## Rechtsprechung

EnWG § 65 Abs. 1, §§ 36, 38

**1. Stromentnahmen an der Lieferstelle eines Haushaltsanschlusses, die ohne vertragliche oder gesetzliche Grundlage erfolgen, sind dem Bilanzkreis desjenigen Elektrizitätsversorgungsunternehmens zuzuordnen, welches die Kosten für die entnommene Energie trägt und dem spiegelbildlich gegen den Nutzer der Lieferstelle ein Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch zusteht. Dies ist im Niederspannungsbereich der Grundversorger.**

**2. Die Festlegung der Geschäftsprozesse zur Kundenbelieferung mit Elektrizität (GPKE) ist rechtmäßig, soweit sie dem Grundversorger eine Abmeldung von Lieferstellen versagt, für die weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Lieferverhältnis besteht und für die ein solches vom Nutzer auch nicht beansprucht werden kann.**

(Leitsätze des Gerichts)

BGH, Beschl. v. 27.10.2020 – EnVR 104/19

Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.11.2019 – VI-3 Kart 801/18 [V]

### Zum Sachverhalt:

A. Die Betroffene, ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen, beliefert Kunden mit Strom in den Netzgebieten beider Beigeladenen auf der Niederspannungsebene. Sie ist zuständige Grund- und Ersatzversorgerin gemäß §§ 36, 38 EnWG in einem Teil des Netzgebiets der Beigeladenen zu 1 und war dies bis zum 31.12.2018 im gesamten Netzgebiet der Beigeladenen zu 2.

In den Jahren 2014 bis 2016 meldete die Betroffene gegenüber den Beigeladenen in mehreren hundert Fällen grundversorgte Haushaltskunden von der Belieferung ab und übernahm nahtlos die Ersatzversorgung dieser Kunden. Einige dieser Lieferstellen meldete sie nach Ablauf von drei Monaten bei der jeweiligen Beigeladenen mit der Begründung „Ende der Ersatzversorgung ohne Folgebeflieferung“ aus der Ersatzversorgung ab und lehnte zugleich die (erneute) Übernahme der Grundversorgung dieser Kunden ab. Gegenüber der Beigeladenen zu 2 beantragte die Betroffene in der Regel gleichzeitig mit der Abmeldung eine Sperrung des jeweiligen Anschlusses wegen Nichterfüllung von Zahlungspflichten durch den Kunden, die jedoch häufig nicht durchgeführt wurde. Gegenüber der Beigeladenen zu 1 erfolgte ein solcher Sperrauftrag in der