

Luther.

# Wasserstoffrecht aus der Sicht industrieller Abnehmer

Dr. Holger Stappert | Cosima Flock

19. Mai 2021

# Gliederung

- I. Vom Green Deal zum Aufbau einer Wasserstoffwirtschaft
- II. Herausforderungen für Wasserstoffprojekte
- III. Die neue Begrenzungsregelung in § 64a EEG 2021
- IV. Problemfelder bei der Realisierung großindustrieller Wasserstoffprojekte
- V. Fazit

# Vom Green Deal zum Aufbau einer Wasserstoffwirtschaft

# Vom Green Deal zum Aufbau einer Wasserstoffwirtschaft

## Aufbau einer Wasserstoffwirtschaft als europäisches und nationales Ziel

- **2019:** European Green Deal
- **2020:** Europäische Wasserstoffstrategie
- **2020:** Nationale Wasserstoffstrategie
- **2021:** Vorläufige Einigung für Europäisches Klimagesetz



**Notwendigkeit für Klimaschutz und Reduktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen als Katalysator für den Aufbau einer Wasserstoffwirtschaft**

# Wasserstoff – Bestandsaufnahme

- **Status quo:**
  - Erzeugung und Verbrauch von Wasserstoff fast ausschließlich in der Industrie direkt am Verwendungsort („on site“)
  - Keine flächendeckende Wasserstoffinfrastruktur
  - Erprobung in Reallaboren
  - Zahlreiche Groß- und Kleinprojekte in Planung
- **Mit Notwendigkeit für CO<sub>2</sub>-Reduktion und Ausbau Erneuerbarer Energien wachsendes Erfordernis für Sektorenkopplung**
  - Diskussionen bereits unter Power-to-Gas
  - Politischer Wille zur Förderung von Wasserstoff als Energieträger



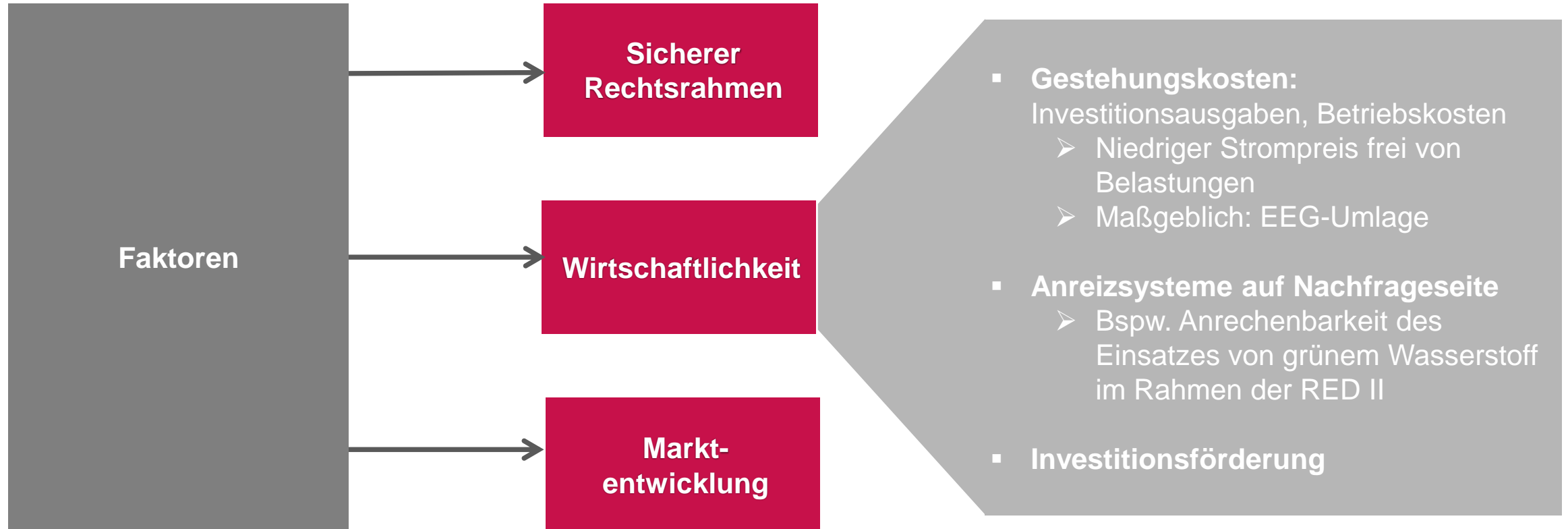
# Herausforderungen für Wasserstoffprojekte

# Anreize für die Realisierung von Wasserstoffprojekten

- Dekarbonisierungsziele und steigender CO<sub>2</sub>-Preis
- Wachsende Nachfrage an Wasserstoff
- Entwicklung neuer Märkte für Wasserstoff
- Bereitschaft von Regierungen zur Förderung und zum Abbau von Belastungen
- Realistische Chancen für künftige Kostendegression



# Faktoren für die Realisierung von Wasserstoffprojekten



**Ineinandergreifen von Regulierung, Marktentwicklung und Förderung für Markthochlauf**



# Die neue Begrenzungsregelung in § 64a EEG 2021

# Abgrenzung der Begrenzungstatbestände im EEG 2021

§ 64 EEG 2021

Stromkosten-  
intensive  
Unternehmen

§ 64a EEG 2021

Herstellung von  
Wasserstoff in  
stromkosten-  
intensiven  
Unternehmen

§ 69b EEG 2021

Herstellung von  
Grünem  
Wasserstoff

# § 64a im Überblick

	Begrenzung der EEG-Umlage auf	Beihilferechtliche Genehmigung	Weitere Ausgestaltung
Unternehmen	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 15 Prozent für den an einer <u>Abnahmestelle</u> selbstverbrauchten Strom</li> <li>▪ Bei Stromkostenintensität von mind. 20 %: Max. 0,5 % der Bruttowertschöpfung</li> <li>▪ Max. 0,1 Ct/kWh</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Genehmigung erteilt</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Gegenstand der Begrenzung ist elektrochemisch hergestellter Wasserstoff</li> <li>▪ Regelung schließt andere Herstellungsweisen wie Dampfreformierung aus</li> <li>▪ Ref-E der EEV vom 12. Mai 2021 sieht keine Begrenzung des § 64a EEG 2021 auf grünen Wasserstoff vor, d.h. auf Wasserstoff, der mit Strom aus Erneuerbaren Energien erzeugt wurde               <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ Verwendung von „Graustrom“ bei Elektrolyse nach Ref-E möglich</li> </ul> </li> </ul>
Selbständiger Unternehmensteil			
Nichtselbständiger Unternehmensteil	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 15 Prozent für den von der <u>Einrichtung zur Herstellung von Wasserstoff</u> selbstverbrauchten Strom</li> <li>▪ Stromkostenintensität des nsUT von mind. 20 %: Max. 0,5 % der Bruttowertschöpfung</li> <li>▪ Max. 0,1 Ct/kWh</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Genehmigung ausstehend</li> </ul>	

# Gegenüberstellung zu § 64 Abs. 1, 2 EEG 2021

Voraussetzungen / Rechtsfolge	§ 64 Abs. 1, 2 EEG 2021	§ 64a Abs. 1, 2 EEG 2021
Unternehmen	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Unternehmensbegriff nach § 3 Nr. 47 EEG 2021</li> </ul>	
Elektrochemische Herstellung von Wasserstoff	/	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Elektrochemische Herstellung von Wasserstoff muss größten Beitrag zur gesamten Wertschöpfung leisten</li> <li>▪ Verwendungszweck des Wasserstoffs ist irrelevant</li> </ul>
Branchenzugehörigkeit	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Anlage 4 EEG 2021</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Nr. 78 Anlage 4 EEG 2021</li> </ul>
Stromkostenintensität	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Branche nach Liste 1 von Anlage 4 EEG 2021: Abhängig von Antragsjahr zwischen mind. 11 % (ab 2024) und 14 % (2021)</li> <li>▪ Branche nach Liste 2 von Anlage 4 EEG 2021: Mind. 20%</li> </ul>	/
Energie- / Umweltmanagementsystem	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Zertifiziertes Energie- oder Umweltmanagementsystem bzw. alternatives System zur Verbesserung der Energieeffizienz bei Stromverbrauch von weniger als 5 GWh</li> </ul>	
Begrenzung	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <u>Mindeststromverbrauch</u>: Für an Abnahmestellen über &gt; 1 GWh/a hinausgehenden selbstverbrauchten Strom Begrenzung auf 15 % der EEG-Umlage</li> <li>▪ Cap: Bei Stromkostenintensität &lt; 20 % Begrenzung auf max. 4 % der Bruttowertschöpfung</li> <li>▪ Super Cap: Bei Stromkostenintensität von mind. 20 % Begrenzung auf höchstens 0,5 % der Bruttowertschöpfung</li> <li>▪ Begrenzung höchstens auf 0,1 ct/kWh bzw. 0,05 ct/kWh bei bestimmten WZ-Codes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <u>Kein Mindeststromverbrauch</u>: Für an Abnahmestellen selbstverbrauchten Strom Begrenzung auf 15 % der EEG-Umlage ab der ersten kWh</li> <li>▪ Super Cap: Bei Stromkostenintensität von mind. 20 % Begrenzung auf höchstens 0,5% der Bruttowertschöpfung</li> <li>▪ Begrenzung höchstens auf 0,1 ct/kWh</li> </ul>

# Selbständiger Unternehmensteil

**§ 64a Abs. 5 EEG 2021 sieht eine Begrenzung für selbständige Unternehmensteile vor**

- sUT:
  1. Teilbetrieb mit eigenem Standort oder einem am Standort abgegrenzten Betrieb
  2. Wesentliche Funktionen eines Unternehmens  
(ohne als Unternehmensteil Unternehmen i.S.v. § 3 Nr. 47 EEG 2021 zu sein)
  3. Führung der Geschäfte des Unternehmensteils jederzeit wie rechtlich selbständiges Unternehmen
  4. Erzielung der Erlöse im Wesentlichen mit externen Dritten
  5. Eigene Abnahmestelle
- Elektrochemische Herstellung von Wasserstoff leistet größten Beitrag zur gesamten Wertschöpfung des sUT
- Keine Branchenzugehörigkeit des Gesamtunternehmens zu Anlage 4 EEG 2021 notwendig

**Praktischer Anwendungsbereich dürfte aufgrund hoher Anforderungen begrenzt bleiben**

# Neu: Nichtselbständiger Unternehmensteil

## Erstreckung der EEG-Umlagebegrenzung auf – neu – nichtselbständige Unternehmensteile

- Voraussetzungen:
  - (1) Elektrochemische Herstellung von Wasserstoff als größter Beitrag zur Wertschöpfung eines nsUT
    - Keine Definition des nsUT: Auffangtatbestand für Fälle, in denen Anforderungen an sUT nicht erfüllt?
    - nsUT als Unternehmensteil ist selbst kein Unternehmen (i.S.v. § 3 Nr. 47 EEG 2021)
  - (2) Gesamtunternehmen: Keine Branchenzugehörigkeit nach Anlage 4 EEG 2021 erforderlich
  - (3) Mess- und eichrechtskonforme Messeinrichtungen an allen Entnahmepunkten und Eigenversorgungsanlagen
- Begrenzung der EEG-Umlage: Nur für Stromverbrauch der Einrichtung zur Herstellung von Wasserstoff

**Beihilferechtliche Genehmigung noch ausstehend**

# Antragsvoraussetzungen

**Stromlieferungsverträge /  
Stromrechnungen für das  
letzte abgeschlossene  
Geschäftsjahr**

**Gelieferte oder selbst  
erzeugte und selbst  
verbrauchte sowie  
weitergeleitete  
Strommengen in den  
letzten drei  
Geschäftsjahren**

**Nachweis über  
Klassifizierung**

**Bescheinigung der  
Zertifizierungsstelle**

## **Antragsstellung bis zum 30. September für Begrenzung im folgenden Kalenderjahr**

- Für Inanspruchnahme des Super Caps:  
Prüfungsvermerk eines WP zusätzlich  
erforderlich
- Erleichterungen für neu gegründete  
Unternehmen
  - U.a. Übermittlung von Prognosedaten
  - Antragstellung bis zum 30. September des  
Jahres der Neugründung für das Jahr der  
Neugründung

# **Problemfelder bei der Realisierung großindustrieller Wasserstoffprojekte**



# Realisierung von Wasserstoffprojekten

**Bei der Realisierung von Wasserstoffprojekten wirken regelmäßig verschiedene Partner zusammen.**

- Gemeinsame Erschließung von technischem Potential
- Forschung und Entwicklung
- Realisierung und Bereitstellung von Infrastruktur
- Erschließung von neuen Märkten und Geschäftsfeldern
- Risikoteilung in einer sich erst im Aufbau befindlichen Wasserstoffwirtschaft



**Realisierung von Wasserstoffprojekten durch Gründung von Gemeinschaftsunternehmen**

# Unternehmenseigenschaft

## Die Begrenzung nach § 64a Abs. 1 EEG 2021 knüpft an ein „Unternehmen“ an.

- Entscheidend ist der Unternehmensbegriff des § 3 Nr. 47 EEG 2021:
  - (1) Jeder Rechtsträger,
  - (2) der einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb
  - (3) unter Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr
  - (4) nachhaltig mit einer Gewinnerzielungsabsicht betreibt
- Markthochlauf setzt einer Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr Grenzen
  - Jedenfalls für die Phase des Markthochlaufs ist eine langfristige Sicherung des Strombezugs über und der Absatz des Wasserstoffes an Projektpartner kennzeichnend
  - Reicht ein jedenfalls in der Phase des Markthochlaufs (nahezu) ausschließlicher Absatz an Projektpartner für Marktauftritt aus?

Gesamtwürdigung  
der Umstände des  
Einzelfalls

**Unternehmensbegriff stellt (zu) hohe Anforderungen an Wasserstoffprojekte**

# (Nicht)selbständiger Unternehmensteil als Alternative?

- Anknüpfung an einen sUT bzw. nsUT: Bei dem Wasserstoffprojekt muss es sich um einen (nicht)selbständigen Teil eines Unternehmens handeln
  - Schaffung eines eigenen Rechtsträgers für ein Gemeinschaftsunternehmen oder eine reine Zweckgesellschaft für die Anlage (wie bei EE-Projekten) scheidet aus
- Das Wasserstoffprojekt müsste daher als Unternehmensteil ausschließlich dem Unternehmen eines Projektpartners zugeordnet werden, der die Anforderungen an ein Unternehmen erfüllt
  - Der oder die anderen Projektpartner stünden „außen vor“
- Bei nsUT zudem: Begrenzung der EEG-Umlage nur auf den von der Einrichtung zur Herstellung von Wasserstoff verbrauchten Strom

**Regelungen zum (nicht)selbständigen Unternehmensteil stellen regelmäßig keine Alternativen für Wasserstoffprojekte dar, die als Gemeinschaftsunternehmen gegründet werden**

# Betreibereigenschaft / Zurechnung des Stromverbrauchs

**Aufgrund bestehender Wirtschaftlichkeitslücken existiert ein Interesse für eine schlanke Ausgestaltung von Wasserstoffprojekten.**

- Begrenzung der EEG-Umlage nur für selbstverbrauchte Strommengen
- Maßgeblich: Wer ist Betreiber der Stromverbrauchseinrichtungen?
  - (1) Tatsächliche Sachherrschaft
  - (2) Eigenverantwortliche Bestimmung der Arbeitsweise
  - (3) Wirtschaftliche Risikotragung



**Konkrete Aufstellung von Wasserstoffprojekten muss Zurechnung des Stromverbrauchs zur „Betreibergesellschaft“ zulassen**

# Fazit

# Gut gemeint...

- Zur **Förderung des Markthochlaufs** wurden mit §§ 64a, 69b EEG 2021 Regelungen mit einem **hohen Differenzierungsgrad** geschaffen, um vermeintlich für alle Konstellationen eine „Lösung anzubieten“
- Das **Ziel der Förderung droht** indes aufgrund der aufgestellten **Forderungen zurück zu bleiben**
  - WZ-Code: Für Unternehmen, die Wasserstoff für nicht industrielle Zwecke herstellen, bleibt offen, ob sie zukünftig privilegiert sind
  - Unternehmensbegriff (§ 3 Nr. 47 EEG 2021) stellt (zu) hohe Anforderungen für die Phase des Markthochlaufs
  - nsUT als vermeintlicher Auffangtatbestand bleibt konturenlos und scheidet für großindustrielle Wasserstoffprojekte in Form von Gemeinschaftsunternehmen aus
  - Jährlich neue Begrenzung mit ungewisser Bewilligung gefährdet Investitionssicherheit
- Aus der **Begrenzungsmöglichkeit auf grünen Wasserstoff** resultierende **Unsicherheiten** erscheinen für § 64a EEG 2021 nach Ref-E für Verordnung vom 12. Mai 2021 (voraussichtlich zunächst) **beseitigt**

**Vielen Dank!**

# Ihre Ansprechpartner



**Dr. Holger Stappert**

**Rechtsanwalt, Partner**

Düsseldorf

T + 49 211 5660 24843

holger.stappert@luther-lawfirm.com



**Cosima Flock**

**Rechtsanwältin, Senior Associate**

Düsseldorf

T + 49 211 5660 18013

cosima.flock@luther-lawfirm.com



# Luther.

Die Angaben in dieser Präsentation sind ausschließlich für die genannte Veranstaltung bestimmt. Die Überlassung der Präsentation erfolgt nur für den internen Gebrauch des Empfängers. Die hier zusammengestellten Texte und Grafiken dienen allein der Darstellung im Rahmen dieser Veranstaltung und dokumentieren die Thematik ggf. nicht vollständig.

Die Präsentation stellt keine Rechts- oder Steuerberatung dar und wir haften daher nicht für den Inhalt. Diese erfolgt individuell unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage unserer Mandatsvereinbarung. Die Verteilung, Zitierung und Vervielfältigung – auch auszugsweise – des Inhalts zum Zwecke der Weitergabe an Dritte ist nur nach vorheriger Absprache gestattet.

# Luther.

**Bangkok, Berlin, Brüssel, Delhi-Gurugram, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Jakarta, Köln, Kuala Lumpur, Leipzig, London, Luxemburg, München, Shanghai, Singapur, Stuttgart, Yangon**

Weitere Informationen finden Sie unter  
[www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)  
[www.luther-services.com](http://www.luther-services.com)