

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie  
Referat III B 2  
Herrn Dr. Guido Wustlich  
Scharnhorststraße 34-37  
10115 Berlin

per E-Mail: [buero-iiiib2@bmwi.bund.de](mailto:buero-iiiib2@bmwi.bund.de)

Unser Az.: 01708-11  
(Bitte stets angeben)

Berlin, 28.04.2016

**Stellungnahme im Rahmen der Anhörung der Länder und Verbände zur EEG-Novelle 2016 (hier: zur EEG-Umlagepflicht von Leitungs- und Umspanverlusten)**

Sehr geehrter Herr Dr. Wustlich,  
sehr geehrte Damen und Herren,

wir erlauben uns, mit dem in der **Anlage** beigefügten Kurzvermerk im Rahmen der Anhörung der Länder und Verbände zur EEG-Novelle 2016 im Namen unseres **Arbeitskreises Arealnetz** sowie zahlreicher einzelner Mandanten, die entweder geschlossene Verteilnetze im Sinne des § 110 EnWG oder Kundenanlagen im Sinne von § 3 Nr. 24a und Nr. 24b EnWG betreiben, Stellung zu nehmen. Bei den Mandanten handelt es sich um folgende Unternehmen:

1. CENERO Energy GmbH; 2. Flughafen Berlin-Brandenburg GmbH, 3. Flughafen Düsseldorf GmbH, 4. Flughafen Hamburg GmbH, 5. Flughafen Hannover-Langenhagen GmbH, 6. Flughafen Köln Bonn GmbH, 7. Flughafen München GmbH, 8. Flughafen Stuttgart Energie GmbH, 9. die Fraport AG, 10. Hamburger Hafen und Logistik AG, 11. InfraServ GmbH & Co. Höchst KG

Die im Referentenentwurf vorgeschlagene Formulierung in § 61a Abs. 3 könnte so verstanden werden, dass die EEG-Umlagefreiheit auf Strom beschränkt wird, der an Netzbetreiber der allgemeinen Versorgung zum Ausgleich von Netzverlusten als Verlustenergie geliefert wird. Eine solche Begrenzung ist nach unserer Auffassung aus rechtlicher und technischer Sicht nicht gerechtfertigt.

Zur Klarstellung, dass auch in geschlossenen Verteilernetzen und Kundenanlagen auftretende Verluste nicht EEG-umlagepflichtig sind, regen wir eine Anpassung an,



BECKER BÜTTNER HELD

die sie mit einem konkreten Formulierungsvorschlag, einer gesetzesgeeigneten Begründung sowie einer ergänzenden Erläuterung dem beigefügten Vermerk entnehmen können, auf den wir inhaltlich verweisen.

Für weitere Erläuterungen, Rückfragen und die Erstellung einer vertiefenden Begründung stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Thies Christian Hartmann  
Rechtsanwalt

Dr. Markus Kachel  
Rechtsanwalt

Thomas Charles  
Rechtsanwalt

## Gleichbehandlungserfordernis von Leitungs- und Umspannverlusten im EEG

### A. Änderungsvorschläge zur Gleichbehandlung von Leitungs- und Umspannverlusten

1. Die in **§ 60 Abs. 3 Satz 3 EEG 2014** enthaltene Regelung, die sich gleichlautend in § 61 a Abs. 3 EEG-E 2016 findet, wird **gestrichen**.
2. Die Definition des Letztverbrauchers wird in **§ 3 Nr. 33 EEG 2016** wie folgt angepasst:

*Im Sinn dieses Gesetzes ist [...] Letztverbraucher jede natürliche oder juristische Person, die Strom verbraucht. Leitungs-, Transformations- und sonstige physikalisch bedingte Übertragungsverluste stellen keinen Letztverbrauch von Strom im Sinne dieses Gesetzes dar.*

### B. Textbaustein für die Gesetzesbegründung

#### I. Zur Streichung von **§ 60 Abs. 3 Satz 3 EEG 2014** (§ 61a Abs. 3 EEG-E 2016)

Zur Begründung der Streichung des **§ 60 Abs. 3 Satz 3 EEG 2014**, die sich im Referentenentwurf des EEG 2016 in § 61a Abs. 3 gleichlautend wiederfindet, ist folgende Formulierung heranzuziehen:

*„Die Regelung des § 60 Abs. 3 Satz 3 EEG 2014 wird gestrichen. Sie ist entbehrlich, da die Beschaffung von sogenannter Verlustenergie nach der modifizierten Definition des Letztverbraucherbegriffs in § 3 Nr. 33 keinen EEG-umlagepflichtigen Letztverbrauch darstellt.“*

#### II. Zur Anpassung des Letztverbraucherbegriffes in **§ 3 Nr. 33 EEG 2016**

Zur Begründung der Ergänzung zu § 3 Nr. 33 ist folgende Erläuterung in der Gesetzesbegründung empfehlenswert:

*„Klarstellend wird in das Gesetz aufgenommen, dass physikalisch bedingte Verluste in Form von Leitungs-, Transformations- und sonstigen Übertragungsverlusten keinen Letztverbrauch von Strom im Sinne des Gesetzes darstellen. Diese Verluste sind aus technischer Sicht unvermeidliche Vorgänge, die nicht durch menschliches Verhalten ausgelöst werden. Sie sind daher insbesondere in der Systematik der §§ 60 ff. keinem Letztverbraucher zuzuordnen. Es handelt sich hierbei vielmehr um technisch bedingte Verluste.“*

*In Übereinstimmung mit dem Stromsteuerrecht (vgl. BT-Drucks. 14/40, S. 11) und der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zur parallelen Frage in diesem Bereich (BFH, Beschluss vom 24.02.2016, VII R 7/15) wird damit auch für den Anwendungsbereich des EEG klargestellt, dass keine EEG-Umlage auf Strommengen zu zahlen ist, die nicht von einem Letztverbraucher verbraucht werden, sondern als Verlust ungenutzt verlorengehen.*

*Durch diese Klarstellung wird die in § 60 Abs. 3 Satz 3 EEG 2014 enthaltene Regelung entbehrlich. Es wurde bereits in der Literatur zurecht darauf hingewiesen, dass die ergänzende Klarstellung*

*systemgerecht im Rahmen der Letztverbraucherdefinition in den allgemeinen Bestimmungen erfolgen sollte (Ahnehl in: Säcker, Sonderband EEG 2014), da es im Hinblick auf Leitungs- oder Umspannverluste bereits an einem Stromverbrauch durch einen Letztverbraucher fehlt."*

## C. Rechtliche Begründung der Gesetzesvorschläge

### I. Bewertung von Leitungs- und Umspannverlusten nach dem EEG

Bis zum Inkrafttreten des EEG 2014 war es **anerkannte Praxis**, dass Leitungs- und Umspannverluste **nicht EEG-umlagepflichtig** sind (vgl. Verfahrensbeschreibung des VDN zum EEG, Stand: 15.02.2005, Hinweis unter E.2.2. (3), Seite 33). Das EEG selbst enthielt hierzu keine klarstellende Regelung. In der Abwicklungspraxis zur EEG-Umlage und in der Testierungspraxis der Wirtschaftsprüfer wurden Leitungs- und Umspannverluste gleichermaßen in Netzen der allgemeinen Versorgung, in geschlossenen Verteilnetzen (ehemals Objektnetze) sowie in Kundenanlagen als EEG-umlagefrei behandelt.

Der Gesetzgeber griff die Thematik erstmals mit dem EEG 2014 auf. Nach dem Wortlaut des § 60 Abs. 3 Satz 3 EEG 2014 entfällt die EEG-Umlage für Strom, der an Netzbetreiber zum Ausgleich physikalisch bedingter Netzverluste als Verlustenergie geliefert wird.

Nach Inkrafttreten dieser Regelung wurde zum Teil die Auffassung vertreten, dass **außerhalb eines Netzes der allgemeinen Versorgung** auftretende Leitungs- und Umspannverluste **nicht vom Anwendungsbereich** des § 60 Abs. 3 Satz 3 EEG 2014 erfasst und damit EEG-umlagepflichtig seien. Nicht der allgemeinen Versorgung dienen insbesondere geschlossene Verteilernetze im Sinne des § 110 EnWG sowie industriell und gewerblich genutzte Kundenanlagen. Eine einheitliche Rechtspraxis hat sich bisher nicht herausgebildet. Rechtsprechung gibt es zu dieser Frage bisher nicht.

### II. Rechtliche Bewertung

#### 1. Keine Rechtfertigungsgründe für eine unterschiedliche Behandlung von Leitungs- und Umspannverlusten

Eine unterschiedliche Behandlung von Leitungs- und Umspannverlusten in Netzen der allgemeinen Versorgung, in geschlossenen Verteilernetzen oder Kundenanlagen ist nicht gerechtfertigt.

Für Leitungs- und Umspannverluste ist es technisch unerheblich, in welcher Konzeption („Netzkategorie“) elektrische Leitungen betrieben werden. Da es sich bei Leitungs- und Umspannverlusten um technisch gleichartige Vorgänge handelt, bedarf es für eine rechtliche vorgegebene Ungleichbehandlung einer Rechtfertigung, da andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Artikel 3 Grundgesetz (GG) droht. Gleichermaßen bedarf es einer Rechtfertigung, wenn bei vergleichbaren Sachverhalten in den wirtschaftlichen Betrieb von Netz- und Kundenanlagen unterschiedlich eingegriffen wird.

Wie der **Bundesgerichtshof** entschieden hat (BGH, Urteil vom 09.12.2009, Az.: VIII ZR 35/09), ist auch Strom, der außerhalb eines Netzes der allgemeinen Versorgung erzeugt und an Letztverbraucher geliefert wird, mit EEG-Umlage belastet. Für das EEG ist nach Auffassung des BGH die **energierechtsrechtliche „Kategorie“** der elektrischen Anlagen, über welche die Lieferung an den Letztverbraucher erfolgt, also **irrelevant**. Diese Indifferenz des EEG für die „Netzkategorie“ muss sich im Zusammenhang mit der EEG-Umlagefreiheit von Verlusten fortsetzen.

Eine unterschiedliche Behandlung von Verlusten ist rechtlich nicht begründbar. Sie würde zu einer unberechtigten Diskriminierung von Betreibern und Verbrauchern in geschlossenen Verteilernetzen und Kundenanlagen führen. Ein Letztverbraucher, der historisch bedingt in eine geschlossene Verteilernetz oder einer Kundenanlage angeschlossen ist, hätte durch eine am Standort an ihn weitergereichte EEG-Umlage auf Leitungs- und Umspannverluste spürbar höhere Kosten, als der entsprechende Letztverbraucher, der an ein Netz der allgemeinen Versorgung angeschlossen ist und dessen Anschlussnetzbetreiber die Umlage nicht zu tragen hat.

Hinzuweisen ist auch auf die Vermutungsregelung in § 110 Abs. 4 EnWG. Dort heißt es:

*„Jeder Netznutzer eines geschlossenen Verteilernetzes kann eine Überprüfung der Entgelte durch die Regulierungsbehörde verlangen; § 31 findet insoweit keine Anwendung. **Es wird vermutet, dass die Bestimmung der Netznutzungsentgelte den rechtlichen Vorgaben entspricht, wenn der Betreiber des geschlossenen Verteilernetzes kein höheres Entgelt fordert als der Betreiber des vorgelagerten Energieversorgungsnetzes für die Nutzung des an das geschlossene Verteilernetz angrenzenden Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung auf gleicher Netz- oder Umspannebene; grenzen mehrere Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung auf gleicher Netz- oder Umspannebene an, ist das niedrigste Entgelt maßgeblich. § 31 Absatz 1, 2 und 4 sowie § 32 Absatz 1 und 3 bis 5 finden entsprechend Anwendung.**“*

[Hervorhebung hinzugefügt]

Diese Vermutungsregelung setzt voraus, dass es **keine wesentlichen Unterschiede** bei der Belastung der Netzentgelte mit staatlich veranlassten Kosten gibt. Die Vermutungsregelung liefe weitgehend leer, wenn der Betreiber des geschlossenen Verteilernetzes mit der EEG-Umlage für Verlustenergie belastet wäre und die Belastung über die Netzentgelte weitergibt. Man kann nicht Netze der allgemeinen Versorgung als Vergleichsmaßstab heranziehen, diese dann aber in Bezug auf die Verlustenergie pauschal besser stellen.

## 2. Keine unterschiedliche Behandlung der Beschaffungskosten für Verlustenergie

Die Belastung der Verlustenergie in geschlossenen Verteilernetzen führt zu einem weiteren Problem. Sie widerspricht der regulierungsbehördlichen und gerichtlichen Praxis zur Netzentgeltkalkulation. Es wäre nicht einmal sichergestellt, dass der Betreiber des Netzes die EEG-Umlage über die Netzentgelte weiterreichen kann.

Die Möglichkeit zur Weitergabe der für die Beschaffung von Verlustenergie entstehenden Kosten ist für alle Netzbetreiber (allgemeine Versorgung und geschlossene Verteilernetze) einheitlich in § 10 StromNEV geregelt. Bereits vom Wortlaut dieser Norm ist nicht vorgesehen, dass zu den zu berücksichtigenden Verlustenergiekosten auch die EEG-Umlage gehören würde. Ferner entspricht es der ständigen – und durch die Gerichte bestätigten – Praxis der Regulierungsbehörden, dass sich die anererkennungsfähigen Beschaffungskosten für Verlustenergie aus der entstandenen Verlustenergiemenge sowie einem dem Effizienzkriterium des § 4 Abs. 1 StromNEV entsprechenden Beschaffungspreis zusammensetzen (vgl. BNetzA, Beschluss vom 20.03.2013, Az. BK8-12/011 sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.10.2014, Az. VI-3 Kart 62/13 (V)).

Soweit Verlustenergiekosten in bestimmten Konstellationen als EEG-umlagepflichtig eingestuft werden müssten, hätte dies zur Folge, dass die betroffenen Netzbetreiber, mithin die geschlossenen Verteilnetzbetreiber im Sinne des § 110 EnWG, die hierfür entstehenden Kosten ohne eine Änderung der Regulierungspraxis wohl nicht über die Netzentgelte weitergeben dürften. Eine sachliche Rechtfertigung für diese wirtschaftlich bedeutsame Benachteiligung besteht nicht. Die Behörden müssten ohne die geforderte Anpassung im Gesetz ihre gerichtlich bestätigte Praxis dahingehend ändern, dass sie denselben § 10 StromNEV je nach Netzbetreiberkategorie unterschiedlich anwenden.

### 3. Verluste stellen keinen Letztverbrauch im Sinne des EEG dar

**Leitungs- und Umspannverluste** sind in der Systematik des EEG **nicht wie ein Verbrauch von Strom durch einen Letztverbraucher zu bewerten.**

§ 60 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 setzt für das Entstehen des Anspruchs des ÜNB auf Zahlung der EEG-Umlage voraus, dass Strom von einem EVU an einen Letztverbraucher geliefert wird. **Strom, der durch Leitungs- oder Umspannverluste verloren geht, wird nicht im Sinne des EEG geliefert und vor allem nicht von einem Letztverbraucher verbraucht.**

Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus einer entsprechenden Anwendung der hierzu im Stromsteuerrecht entwickelten Grundsätze. Auch im **Stromsteuerrecht sind Leitungs- und Umspannverluste stromsteuerfrei.** Bereits in der Gesetzesbegründung zum Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform (BT-Drucks. 14/40, S. 11) heißt es:

*„Die Stromsteuer entsteht durch die Entnahme des Stroms aus dem Versorgungsnetz durch einen Letztverbraucher. [...] Folge der Steuerentstehung im Verbrauchszeitpunkt ist, dass Leitungsverluste, die beim Strom in nicht unerheblichen Umfang regelmäßig auftreten, steuerlich nicht erfasst werden. Bei der physikalisch besonders gearteten Ware Strom hinsichtlich der Steuerentstehung erst beim Verbrauch selbst anzusetzen, d.h. dem letzten Stadium des Umgangs mit einer verbrauchssteuerpflichtigen Ware, ist sinnvoll, da sich bei der Elektrizität der Eintritt in den Wirtschaftskreislauf ausschließlich in ihrem Verbrauch manifestiert.“*

Der BFH hat hierzu entschieden (Beschluss vom 24.02.2016, VII R 7/15, Rz 10):

*„Demnach kann von einer Entnahme i.S. des § 5 Abs. 1 Satz 1 StromStG nur dann ausgegangen werden, wenn der Steuergegenstand Strom (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 StromStG) zugleich einer eliminierenden Nutzung zugeführt wird. Erforderlich ist eine von einem entsprechenden Willen getragene menschliche Handlung, weshalb keine Entnahme des Stroms vorliegt, wenn dieser ohne menschliches Zutun – z.B. infolge einer Beschädigung des Versorgungsnetzes – in den steuerrechtlich freien Verkehr tritt und damit verlustig geht (...). Auch Umspann- und Leitungsverluste entstehen ohne menschliches Zutun. Zudem führen sie nicht zu einer eliminierenden Nutzung des Stroms i.S. einer zielgerichteten und auf ein tatsächliches Handeln beruhenden Verwendung.“*


In der Praxis der Hauptzollämter werden – unabhängig von der betroffenen „Netzkategorie“ – pauschale Abschläge für die Ermittlung der Höhe der Leitungs- und Umspannverluste im Bereich von 2 bis 5 Prozent anerkannt.

Diese für das Stromsteuerrecht anerkannten Grundsätze sind **auf das EEG übertragbar**. Anders als die übrigen Umlagen (z. B. KWK-Umlage), die an die Pflicht zur Zahlung von Netzentgelten anknüpfen, entstehen Stromsteuer und EEG-Umlage mit dem Verbrauch von Strom. Der **Entstehungsstatbestand** der EEG-Umlagepflicht in § 60 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 knüpft damit – wie § 5 Abs. 1 Satz 1 Stromsteuergesetz – an einen konkreten, durch menschliches Verhalten ausgelösten Vorgang an. Leitungs- und Umspannverluste stellen keinen Verbrauch von Strom in diesem Sinne dar.

Mit der Novelle des EEG sollte die Chance ergriffen werden, diesen Grundsatz klarstellend in das Gesetz aufzunehmen.

Mit freundlichen Grüßen

  
Dr. Thies Christian Hartmann  
Rechtsanwalt

  
Dr. Markus Kachel  
Rechtsanwalt

  
Thomas Charles  
Rechtsanwalt