

# Verbundvorhaben EnEFF:Stadt:InEs – Planung eines innovativen, erneuerbaren Energieversorgungssystems mit Sektorkopplung und Speicherung für ein Gewerbeareal im Bestand

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski/Thomas Noack\*

Dieser Aufsatz bildet die Fortsetzung zu dem in Ausgabe 1/2023 erschienene Verbundvorhaben EnEFF:Stadt:InEs und behandelt den Betrieb einer Photovoltaik-Anlage innerhalb des Gewerbeareals, das im ersten Teil als Kundenanlage nach § 3 Nr. 24a EnWG qualifiziert wurde.

## 2. Installation und Betrieb einer Photovoltaik-Anlage innerhalb des Gewerbeareals

Nachdem nunmehr geklärt wurde, dass die Leitungsinfrastruktur des Hauptgebäudes des Winterling-Areals als Kundenanlage nach § 3 Nr. 24a EnWG betrieben werden kann, beschäftigt sich die weitere rechtliche Analyse mit Fragestellungen betreffend den Betrieb einer an diese angeschlossenen Photovoltaik-Anlage (PV-Anlage) und der Versorgung der in der Kundenanlage angeschlossenen Letztverbraucher über diese.

### a. Stromlieferung an Letztverbraucher innerhalb der Kundenanlage

Möchte der Kundenanlagenbetreiber vermittels einer an diese angeschlossene PV-Anlage Strom erzeugen und diesen an ebenfalls an die Kundenanlage angeschlossene Letztverbraucher, dessen Vermieter er ist, liefern bzw. verkaufen, so sind hiermit bestimmte Rechte und Pflichten verbunden.

In einer Hand liegen hier die Rollen des Kundenanlagenbetreibers, des PV-Anlagenbetreibers und des Vermieters einerseits, andererseits ist Letztverbraucher ein Mieter innerhalb des über die Infrastruktur der Kundenanlage versorgten Gebiets.

### aa. Freie Wahl des Stromversorgers

Ein entsprechender Stromliefervertrag dürfte zunächst nicht mit dem abzuschließenden Mietvertrag verknüpft werden. Andernfalls würde das Recht des Mieters auf die freie Wahl des Stromversorgers in unzulässiger Weise eingeschränkt.

Dieses Recht ist zunächst im europäischen Sekundärrecht verankert, nämlich in Art. 4 der Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU (im folgenden E-Binnenmarktrichtlinie).<sup>1</sup> Dort heißt es:

*Die Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass alle Kunden die Freiheit haben, Elektrizität vom Versorger ihrer Wahl zu beziehen und mehr als einen Elektrizitätsliefervertrag zur selben Zeit zu haben, sofern die erforderlichen Anschlusspunkte und Messstellen vorhanden sind.*

Zudem führt bereits Erwägungsgrund (11) der Richtlinie<sup>2</sup> aus, dass die europarechtlich garantierten Grundfreiheiten für Unionsbürger nur durch einen vollständig geöffneten Markt, der allen Verbrauchern die freie Wahl ihrer Lieferanten ermöglicht, zu erreichen ist.

Die E-Binnenmarktrichtlinie knüpft die freie Wahl des Stromversorgers damit an den Begriff des Kunden, der wie-

\* Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski ist geschäftsführender Direktor des EWeRK. Thomas Noack ist Teil der wissenschaftlichen Leitung am EWeRK.

1 Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, Abl. 2019 L 158, S. 125.

2 A. a. O. S. 126.

derum in Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie definiert wird als Großhändler bzw. Endkunde, der Elektrizität kauft. Endkunde ist sodann gem. § 2 Nr. 3 der Richtlinie jeder Kunde der Energie für den Eigenverbrauch kauft.<sup>3</sup>

Jedoch sind die Regelungen der E-Binnenmarktrichtlinie für den Anlagenbetreiber nicht verbindlich. Denn gem. Art. 288 III AEUV ist eine Richtlinie für jeden Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels zwar verbindlich, überlässt aber den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Demnach sind Richtlinien ausschließlich für die Mitgliedstaaten verbindlich, nicht hingegen für Private. Sie gelten grundsätzlich nicht unmittelbar, sondern bedürfen zu ihrer Wirksamkeit eines staatlichen Umsetzungsaktes,<sup>4</sup> der Umsetzung in nationales Recht.

Art. 71 Abs. 1 E-Binnenmarktrichtlinie verpflichtet daher lediglich die Mitgliedsstaaten, die in Art. 4 der Richtlinie aufgestellten Regelungen in nationales Recht zu gießen.

Auf nationaler Ebene besteht mit § 42a Abs. 2 S. 1 EnWG eine Regelung, die im Bereich des Mieterstroms i. S. d. § 21 Abs. 3 EEG 2021<sup>5</sup> regelt, dass die Belieferung von Letztverbrauchern nicht Bestandteil eines Vertrages über die Miete von Wohnräumen sein darf. Der Wortlaut des § 42a Abs. 1 EnWG – Belieferung von Letztverbrauchern mit Mieterstrom im Sinn von § 21 Abs. 3 EEG 2021 – stellt klar, dass nicht alle im allgemeinen Sprachgebrauch als Mietstromlieferung bezeichneten Stromlieferungen in den Anwendungsbereich des § 42a EnWG fallen, erfasst sind vielmehr nur Mieterstromlieferungen, die nach Maßgabe des § 21 Abs. 3 EEG 2021 einer Förderung durch einen Mieterstromzuschlag unterfallen.<sup>6</sup> Bei einem reinen Gewerbeareal scheidet dies jedoch aus, da sich der Mieterstromzuschlag nur für Gebäude realisieren lässt, deren Fläche zumindest zu 40% dem Wohnen dient. § 42a Abs. 2 S. 1 EnWG gilt somit nicht für ein reines Gewerbeareal, da die Voraussetzungen des Mieterstroms nicht gegeben sind.

Letztlich ergibt sich die freie Wahl des Versorgers in einem Gewerbeareal, das über eine Kundenanlage versorgt wird, aus der diese beschreibenden Vorschrift des § 3 Nr. 24a lit d) EnWG.. Eine Kundenanlage muss von ihrem Betreiber jedem Netznutzer des vorgelagerten Energieversorgungsnetzes bzw. den an die Anlage angeschlossenen Letztverbrauchern zur Verfügung gestellt werden. Dies bedeutet, dass jeder angeschlossene Letztverbraucher die Möglichkeit haben muss, seinen Energielieferanten frei zu wählen. Insbesondere Exklusivitätsvereinbarungen durch den Betreiber der Anlage, also eine Bindung an einen Energielieferanten, sind unzulässig.<sup>7</sup>

Dies bedeutet, dass in einem mit dem Mieter abzuschließenden Mietvertrag, der Vermieter den Abschluss dieses Vertrages nicht davon abhängig machen kann, dass der Mieter seinen Stromverbrauch über ihn selbst deckt. Hingegen kann mit dem Mieter unabhängig von dem Mietvertrag ein Stromliefervertrag abgeschlossen werden und dieser mit Strom aus

der PV-Anlage beliefert werden. Damit einher gehen jedoch eine Vielzahl an Anforderungen und Pflichten.

#### bb. Anforderungen und Pflichten im Fall des Stromverkaufs an gewerbliche Mieter

Das nationale Energierecht ist, was den Stromverkauf angeht, stark auf die traditionelle Marktrolle des Lieferanten fokussiert. Die mit dieser Rolle einhergehenden Pflichten sind vielfältig und entstehen auf Grund dessen, dass Personen, die Energie an andere liefern, insbesondere nach dem Energiewirtschaftsgesetz als Energieversorgungsunternehmen (EVU) eingestuft werden (§ 3 Nr. 18 EnWG).. Auch gilt nach dem Stromsteuergesetz (StromStG) als Versorger (§ 2 Nr. 1 StromStG), wer Strom leistet.

##### (1) Status des seine Mieter mit Strom versorgenden Kundenanlagenbetreibers

Würde der Anlagenbetreiber in der im Projekt vorliegenden Konstellation den in der PV-Anlage erzeugten Strom an seine Mieter verkaufen bzw. liefern, wäre er als Energieversorgungsunternehmen (§ 3 Nr. 18 EnWG), und als Versorger i. S. d. Stromsteuergesetzes (§ 2 Nr. 1 StromStG) anzusehen, so wie das für viele gewerbliche Quartiere der Fall sein dürfte.

Eine Einstufung als Energieversorgungsunternehmen ergibt sich dabei im Ergebnis gem. § 3 Nr. 18 Var. 1 EnWG aus dem Energielieferantenstatus. Denn Energielieferant ist gem. § 3 Nr. 15c Var. 2 EnWG jeder Stromlieferant und damit jeder, dessen Geschäftstätigkeit ganz oder teilweise auf den Vertrieb von Elektrizität zum Zwecke der Belieferung von Letztverbrauchern ausgerichtet ist, so § 3 Nr. 31a EnWG. Dies trifft auf denjenigen Kundenanlagenbetreiber zu, der – wie im Projekt und wie in wohl vielen Konstellationen gewerblicher Areale – die Dachflächen seiner Gebäude dazu nutzen möchte, seine Mieter mit Strom zu versorgen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 3 Nr. 18 Hs. 2 EnWG, wonach der Betrieb einer Kundenanlage den Betreiber nicht zu einem EVU macht.

Denn sofern der Betreiber einer Kundenanlage zusätzlich zum Betrieb der Kundenanlage Dritte innerhalb oder außerhalb der Kundenanlage mit Energie beliefert, erlangt er gem. § 3 Nr. 18 Hs. 1 Var. 1 EnWG den Status als Energieversorgungsunternehmen.<sup>8</sup>

Ferner ist der PV-Anlagenbetreiber als Versorger i. S. d. § 2 Nr. 1 StromStG anzusehen, denn hiernach ist Versorger derjenige, der Strom leistet. Nach der Gesetzesbegründung folgt aus dem Begriff des Leistens, dass der Versorger den Strom „auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung dem Letztver-

3 Vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst, Zur Abnahmepflicht von Mieterstrom und der Wahlfreiheit des Energieversorgers, WD-5-141-20; abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/823610/bcbd66a4399f2d47c835ad4c65c806b4/WD-5-141-20-pdf-data.pdf>.

4 Ruffert, in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 24f.

5 Rechtsstand im Zeitpunkt der Bearbeitung ist das EEG 2021.

6 Rasbach, in Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 2. Auflage (2019), § 42a, Rn. 6 f; Schnurre, in Assmann/Peiffer, BeckOK EnWG (Stand 15.07.2021), § 42a EnWG, Rn. 5 f.

7 BT-Drs. 17/6072, S. 51.

8 Peiffer, in: Assmann/Peiffer, BeckOK EnWG, § 3 Nr. 18, Rn. 11.

braucher verschafft“.<sup>9</sup> Diese Voraussetzung liegt in dem Fall vor, in dem sich der Anlagenbetreiber vertraglich verpflichten würde, Strom an seine Mieter zu verkaufen und zu liefern.

(2) Statuspflichten des seine Mieter mit Strom versorgenden Kundenanlagenbetreibers

Wie bereits angedeutet, entstehen dem PV-Anlagenbetreiber in der zu untersuchenden Konstellation mannigfaltige Pflichten aus dem Lieferantenstatus. Diese im Folgenden dargestellten Lieferantenpflichten treffen auch die Betreiber kleinerer Anlagen, denn der energierechtliche Lieferanten- bzw. Versorgerbegriff und die damit einhergehenden gesetzlichen Pflichten und Anforderungen kennen bislang keine Differenzierung nach der Größe des Lieferanten bzw. Versorgers.

(a) Pflichten nach dem EnWG

Für Stromlieferungen an Letztverbraucher sieht das EnWG zunächst allgemeine Vorschriften vor, an die sich die Lieferanten zu halten haben, namentlich die Vorgaben zum Inhalt von Strom- und Gasrechnungen (§ 40 EnWG), zu Rechnungs- und Informationszeiträumen (§ 40b EnWG), zu Energielieferverträgen mit Letztverbrauchern (§ 41 EnWG), zu Stromtarifen (§ 41a EnWG). Hinzu kommen die Pflicht zur Stromkennzeichnung (§ 42 EnWG) und im Falle der Belieferung von Haushaltskunden die Vorgaben zu Energielieferverträgen mit Haushaltskunden gem. § 41b EnWG.

(b) Stromsteuerrechtliche Lieferantenpflichten

Zur Stromlieferung bedarf es einer stromsteuerrechtlichen Erlaubnis des zuständigen Hauptzollamtes (§ 4 StromStG). Die Erlaubnis, die auch im Falle der Geltendmachung einer Stromsteuerbefreiung nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 b StromStG erforderlich ist (vgl. auch § 9 Abs. 4 Nr. 4 StromStG), wird auf Antrag unter Widerrufsvorbehalt nur Personen erteilt, gegen deren steuerliche Zuverlässigkeit keine Bedenken bestehen (§§ 8 ff. StromStV).

Soweit gKU Winterling die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt und eine solche Erlaubnis erteilt wird, hat es im Falle der Letztverbraucherbelieferung als Steuerschuldner nach § 8 StromStG eine Steueranmeldung vorzunehmen, Aufzeichnungspflichten (§§ 4 ff. StromStV) bzw. ggf. spezielle Pflichten mit Blick auf steuerbefreite Stromentnahme zu erfüllen (§ 11 StromStV).

**cc. Alternative Betreibermodelle**

Beim Gewerbemietstrom mit einem Versorgungskonzept derart, dass der Kundenanlagenbetreiber als Stromerzeuger auch seine Mieter mit Strom versorgt, muss er demnach eine Fülle an Pflichten erfüllen, die mit dem Status als Energielieferant einhergehen. Hierzu sind jedoch Alternativen denkbar.

(1) Beauftragung eines Abwicklungsdienstleisters

Erwägenswert ist die Einschaltung eines Abwicklungsdienstleisters. Dieser würden damit beauftragt werden, die gesetzlichen Lieferantenpflichten des Kundenanlagenbetreibers bzw. PV-Anlagenbetreibers zu erfüllen.<sup>10</sup>

Die Zwischenschaltung eines Abwicklungsdienstleisters ändert allerdings nichts daran, dass der PV-Anlagenbetreiber selbst Lieferant im energierechtlichen Sinne bliebe und sämtliche Pflichten, die ihm von dem Dienstleister abgenommen würden, hätte. Im Falle der Nichterfüllung solcher Pflichten wäre er insbesondere nicht aus einer Haftung entlassen. Sollte der Abwicklungsdienstleister insolvent werden, so würde der PV-Anlagenbetreiber als in Wirklichkeit verantwortlicher Lieferant für ihn eintreten müssen.

(2) An- und Verkauf durch einen (externen) Zwischenlieferanten  
Würde hingegen der erzeugte Strom nicht direkt an den Letztverbraucher, sondern an einen Weiterverteiler bzw. Zwischenlieferanten verkauft, der den Strom dann seinerseits an die Letztverbraucher weiterverkaufen würde, würden sich die gesetzlichen Anforderungen und Pflichten verringern, da der PV-Anlagenbetreiber nicht mehr selbst als Lieferant des Letztverbrauchers in Erscheinung treten.

Diese lägen im Wesentlichen bei dem als Direktvermarktungsunternehmen zu charakterisierenden Zwischenlieferanten. Denn Direktvermarktungsunternehmen nach § 3 Nr. 17 EEG 2021 ist,

*wer von dem Anlagenbetreiber mit der Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas beauftragt ist oder Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas kaufmännisch abnimmt, ohne insoweit Letztverbraucher dieses Stroms oder Netzbetreiber zu sein.*

Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>11</sup> sind Direktvermarktungsunternehmen Wirtschaftsakteure, die entweder für den Anlagenbetreiber die Direktvermarktung des Stroms aus dessen Anlage übernehmen und abwickeln (Var. 1) oder die den Strom von dem Anlagenbetreiber aufkaufen, um diesen Strom eigenständig weiter zu vermarkten (Var. 2). Hiernach steht es dem Anlagenbetreiber frei, mit der Durchführung und Abwicklung der Direktvermarktung ein Direktvermarktungsunternehmen zu beauftragen oder den Strom an den Direktvermarktungsunternehmen als Stromhändler zu veräußern, anstatt ihn direkt an Letztverbraucher zu verkaufen.<sup>12</sup>

Zudem stellt § 3 Nr. 17 EEG 2021 klar, dass ein Direktvermarktungsunternehmen hinsichtlich des von ihm vermarkteten Stroms kein Letztverbraucher sein kann.

Bei Einschaltung eines solchen Direktvermarktungsunternehmens könnte der PV-Anlagenbetreiber demnach – da nunmehr keine Lieferung an einen Letztverbraucher, sondern eben an ein Direktvermarktungsunternehmen vorliegt – die mit der Belieferung von Letztverbrauchern einhergehenden

9 BT-Drs. 14/40, S. 22; Köthe, in: Friedrich/Meißner, Energiesteuern, EnergieStG, StromStG (2019), § 2 StromStG, Rn. 11.

10 Die Verantwortung für die Erbringung der gesetzlichen Lieferantenpflichten verbleibt in diesem Fall beim Lieferanten selbst, denn dieser würde sich des Abwicklungsdienstleisters als Erfüllungshelfen gem. § 278 BGB bedienen und hätte daher dessen Verschulden in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden.

11 BT-Drs. 18/1304, S. 113.

12 A. a. O.

den Anforderungen und Pflichten im Wesentlichen auf das Direktvermarktungsunternehmen vertraglich übertragen.<sup>13</sup>

Zu beachten ist hierbei jedoch, dass nicht nur eine Beauftragung des Drittvermarktungsunternehmens zum Stromverkauf im Namen des Anlagenbetreibers erfolgt, sondern dass das Drittvermarktungsunternehmen den Strom tatsächlich kaufmännisch abnimmt und in eigenem Namen weiterveräußert.

### (3) Mietmodell und Pachtmodell

Zur Vermeidung der aus der Belieferung mit Letztverbrauchern resultierenden energiewirtschaftlichen Pflichten bestünde auch die Möglichkeit, (Dach-) Flächen für den Bau einer (oder mehrerer) PV-Anlagen zu verpachten oder zu vermieten. Dies könnte sowohl an einen einzelnen Mieter als auch an einen Zusammenschluss mehrerer Mieter erfolgen. Vermittels dieser sog. Pacht- bzw. Mietmodelle könnte im Sinne des dem Projekt zu Grunde liegenden Quartiersgedanken eine Eigenversorgungslösung gefunden werden.

Darüber hinaus könnte eine Vermietung/Verpachtung aber auch an einen anderen Dritten erfolgen.

#### (a) Vertragsrechtlicher Hintergrund

Werden PV-Anlagen auf Grundstücken errichtet, die nicht im Eigentum des Anlagenbetreibers stehen, ist zur Nutzung dieser Grundstücke bzw. der hierauf befindlichen Flächen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem letztlich als Anlagenbetreiber fungierenden ein Nutzungsvertrag abzuschließen.

Die allgemeine Abgrenzung, ob es sich bei diesem um einen Mietvertrag (§§ 535 ff. BGB) oder einen Pachtvertrag (§§ 581 ff. BGB) handelt, richtet sich danach, ob nach dem objektiven Inhalt aller Vertragsbestimmungen nur der Gebrauch der überlassenen Sache geschuldet ist (Miete) oder zusätzlich zum Gebrauch die Fruchtziehung gewährt wird (Pacht).<sup>14</sup>

Ist der abzuschließende Nutzungsvertrag auf die Überlassung eines (Teils eines) Grundstückes mit bereits vorhandener Freiflächen- oder Dachflächenanlage (Überlassung fertiggestellter PV-Anlage) zum Zwecke der Elektrizitätserzeugung durch den Nutzer gerichtet, muss im Ergebnis von einem Pachtvertrag ausgegangen werden, da die Überlassung gerade zum Zwecke der Fruchtziehung (Stromerzeugung) aus dem Überlassenen (PV-Anlage) erfolgen soll.

Ist hingegen der abzuschließende Nutzungsvertrag nur auf die Überlassung eines (Teils eines) Grundstückes (oder einer Dachfläche) ohne vorhandene PV-Anlage, aber zum Zwecke der Errichtung und des Betriebs einer solchen durch den Nutzer, gerichtet, ist im Ergebnis von einem Mietvertrag auszugehen, da weder die gewonnene Elektrizität noch eine mögliche zu erzielende Einspeisevergütung als für eine Pacht vorausgesetzte Fruchtziehung (§ 99 BGB) aus dem Überlassenen (Grundstücksfläche, Dach) zu qualifizieren sind.<sup>15</sup>

#### (b) Eigenschaft als Anlagenbetreiber

In den Pacht- bzw. Mietmodellen können unterschiedliche Personen als Anlagenbetreiber und/oder als Stromlieferant in Betracht kommen.

Nach § 3 Nr. 2 EEG 2021 ist Anlagenbetreiber,

*wer unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas nutzt.*

Hinsichtlich des Betriebens der Anlage kommt es unter Rückgriff auf diese Legaldefinition nicht auf die Eigentümerstellung an.<sup>16</sup> Für die Bestimmung der Betreibereigenschaft kommt es in Anlehnung an das Verständnis des BGH<sup>17</sup> zum Begriff des Betreibers einer KWKG-Anlage darauf an, wer die tatsächliche Herrschaft über die Anlage ausübt, ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt und das wirtschaftliche Risiko trägt.<sup>18</sup> Die genannten Kriterien sind hierbei einer wertenden Gesamtbetrachtung zu unterziehen.<sup>19</sup> Hiernach kann auch insbesondere ein Mieter oder ein Pächter das Nutzungsrecht an der Stromerzeugungsanlage haben und demgemäß als Betreiber anzusehen sein.

Nach Auffassung der BNetzA ist in dem Kriterium der tatsächlichen Sachherrschaft insbesondere die faktische Verfügungsgewalt über die Stromerzeugungsanlage und ihre Bestandteile angelegt, was tatsächliche Zutrittsmöglichkeiten in Form einer Schlüsselgewalt erfordere.<sup>20</sup> Nach dem LG Heidelberg<sup>21</sup> ist jedoch die ungeteilte Schlüsselgewalt nicht Voraussetzung für die Betreibereigenschaft. In Mehrpersonenkonstellationen sind zudem vertragliche Regelungen daraufhin zu prüfen, ob den beteiligten Personen bspw. Betretungsrechte zu der Anlage eingeräumt sind.<sup>22</sup> Es muss demnach dafür Sorge getragen sein, dass der gewünschte Anlagenbetreiber – möglichst vertraglich abgesichert – Zutrittsmöglichkeiten (bzw. Zutrittsrechte) zu der PV-Anlage hat und so die tatsächliche Herrschaft über die Anlage ausübt.

13 Zu den Einzelheiten der vertraglichen Ausgestaltung, siehe Sösemann, in: Greb/Boewe, BeckOK EEG (Stand: 16.11.2020), § 3 Nr. 17, Rn. 3 ff.

14 Wagner, in Hau/Poseck: BeckOK BGB (61. Edition, 2022), § 581 BGB, Rn. 4.

15 Dies ist im Einzelnen umstritten, vgl. Lange/Ländner, Errichtung und Betrieb von Photovoltaikanlagen in der zivilgerichtlichen Entscheidungspraxis = EnWZ 2019, 99 (100 f.), so wie hier jedoch auch in einem obiter dictum BGH. v. 07.03.2018 – Az. XII ZR 129/16 = NJW 2018, 1540, Rn. 14.

16 Kindler, in Greb/Boewe: BeckOK EEG (11. Edition, 2020), § 3 Nr. 2 EEG, Rn. 5.

17 Vgl. BHG v. 13.02.2008 – VIII ZR 280/05, Rn. 15.

18 Dieses Verständnis legt auch die BNetzA in ihrem Leitfaden zur Eigenversorgung zu Grunde, vgl. Bundesnetzagentur, Leitfaden zur Eigenversorgung, Juli 2016, S. 22; abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen\\_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Eigenversorgung/Finaler\\_Leitfaden.pdf?3F\\_\\_blob%3DpublicationFile%26v%3D2](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Eigenversorgung/Finaler_Leitfaden.pdf?3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D2).

19 Kindler, in Greb/Boewe: BeckOK EEG (11. Edition, 2020), § 3 Nr. 2 EEG, Rn. 6.

20 Bundesnetzagentur, Leitfaden zur Eigenversorgung, Juli 2016, S. 23.

21 LG Heidelberg v. 28.12.2015 – Az. 11 O 15/15 = ZMR 2016, 446.

22 Kindler, in Greb/Boewe: BeckOK EEG (11. Edition, 2020), § 3 Nr. 2 EEG, Rn. 9.

In die Betrachtung mit einfließen muss auch, wer auf den Anlagenbetrieb Einfluss nehmen kann und einen bestimmten Einfluss auf den Betriebsablauf der Anlage hat.<sup>23</sup> Nach Auffassung der BNetzA ist nicht nur eine direkte und unmittelbare Steuerung der Anlage denkbar, sondern es könne darüber hinaus auch durch andere Arten der bestimmenden Einflussnahme auf die Fahrweise der Anlage Einfluss genommen werden, angeführt werden bspw. Anweisungen an das Betriebspersonal oder das Anbringen technischer Vorrichtungen zur verbrauchsgesteuerten Stromproduktion.<sup>24</sup> Der Eigentümer dürfte demnach keinen bestimmenden Einfluss auf Steuerung und Fahrweise der Anlage haben, müsste mithin der Möglichkeit benommen sein, sich in bestimmter Weise in die Arbeitsweise der Anlage einmischen zu können.

Die wirtschaftlichen Risiken beziehen sich dabei insbesondere auf die Absatz- und Ausfallrisiken der PV-Anlage, die Kostentragungslast, aber auch auf die Kosten der Instandhaltung der Anlage. Wirtschaftliche Chancen beziehen sich v. a. auf die Verwertung des Stroms. Insgesamt ist maßgeblich, wer das Unternehmerrisiko des Anlagenbetriebs trägt und somit die Risiken übernommen hat, die mit dem Anlagenbetrieb verbunden sind. Abzugrenzen hiervon sind jedoch Fundamentalrisiken der Anlage und des Anlageigentümers.<sup>25</sup>

Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass es in Pachtkonstellation dem Pächter nicht auferlegt werden kann/muss, den Anlageigentümer von sämtlichen Eigentürrisiken freizustellen, denn die Unabhängigkeit des Anlagenbetriebs von der Eigentumslage meint auch, dass ein Pächter nicht in die wirtschaftliche Rolle des Eigentümers kommen muss, um als Anlagenbetreiber zu gelten.<sup>26</sup>

Zu prüfen ist – gerade im Fall der teilweisen Übertragung wirtschaftlicher Verantwortlichkeit – wie diese Chancen und Risiken verteilt sind. Nach Auffassung der BNetzA umfasst diese Prüfung die Gesamtheit der wirtschaftlichen Risikoverteilung insbesondere nach vertraglichen Regelungen (u. a. Anlagenpacht-, Miet-, Betriebsführungs-, Dienstleistungs-, Energielieferungsverträge).<sup>27</sup>

Es wäre demnach dafür Sorge zu tragen, dass insbesondere die wirtschaftliche Risikoverteilung so erfolgt, dass das Unternehmerrisiko nicht mehr beim Eigentümer verortet werden kann. Gewinne bzw. Verluste aus dem Anlagenbetrieb dürften dann nicht diesem zugutekommen bzw. zu Lasten fallen.<sup>28</sup> Seine Einnahmen würden sich vielmehr auf dem Miet- bzw. Pachtzins beschränken.

#### (c) Entfallen des Lieferantenstatus des Eigentümers

Ist der Eigentümer nicht mehr als Anlagenbetreiber anzusehen, so entfällt auch sein Lieferantenstatus hinsichtlich der Stromversorgung der Mieter. Denn die vereinbarten Leistungen (Stromlieferung und Bezug eines Entgeltes hierfür) würde nun nicht mehr ihn betreffen, sondern den Anlagenbetreiber, der auf eigene Rechnung den in der PV-Anlage

erzeugten Strom verkauft. Stromlieferverträge wären vielmehr zwischen dem Betreiber der PV-Anlage und dem jeweiligen Letztverbraucher abzuschließen.

Festzuhalten bleibt daher, dass in den Fällen, in denen der Eigentümer mittels Miet- oder Pachtvertrags den Anlagenbetrieb an einen Dritten (Mietergemeinschaft, einzelner Mieter des Hauptgebäudes, sonstiger Dritter) übertragen würde, die Pflichten aus dem Anlagenbetrieb sowie die Pflichten resultierend aus der Belieferung von Letztverbrauchern, auf diesen Dritten übergehen würden. Ein generelles Entfallen der aus der Belieferung von Letztverbrauchern resultierenden Pflichten ist hiermit jedoch nicht verbunden.

Anders könnte dies sein, wenn der Anlagenbetreiber mit dem Letztverbraucher identisch wäre. Denn dann läge schon keine Lieferung an einen anderen vor. Voraussetzung hierfür ist jedoch die Personenidentität von Anlagenbetreiber und Letztverbraucher, bei diesen müsste es sich um denselben Rechtsträger handeln. Dies käme in Betracht, soweit eine Dachfläche bzw. PV-Anlage an einen einzelnen Mieter vermietet/verpachtet wird und dieser Mieter sich aus dieser (zu errichtenden) Anlage selbst versorgt. Hingegen würde es bei Vermietung/Verpachtung an eine Mietergesellschaft als Anlagenbetreiber und der Versorgung der diese Gesellschaft bildenden Mieter aus der PV-Anlage an der Personenidentität fehlen.

#### b. Ergebnis zu a.

Eine Stromlieferung an Letztverbraucher im untersuchten Gewerbeareal dergestalt, dass der Kundenanlagenbetreiber, der gleichzeitig Vermieter von Gewerbeflächen ist, seine Mieter aus einer von ihm betriebenen PV-Anlage versorgt ist möglich, unterliegt aber bestimmten Restriktionen.

So darf der Kundenanlagenbetreiber - der hier gleichzeitig auch PV-Anlagenbetreiber und Vermieter ist - das Recht der einzelnen Letztverbraucher - seiner Mieter - auf die freie Wahl des Stromlieferanten nicht einschränken. Eine mietvertragliche Bindung der Mieter an einen Strombezug aus der innerhalb der Kundenanlage betriebenen PV-Anlage scheidet aus.

Entscheiden sich die in der Kundenanlage angeschlossenen Letztverbraucher freiwillig für einen Strombezug aus der von dem Kundenanlagenbetreiber betriebenen PV-Anlage, geht die Belieferung dieser Letztverbraucher für den Kundenanlagenbetreiber mit einem Pflichtenkanon einher, der diesen mit administrativem sowie personellem Aufwand belastet.

Zur Vermeidung dieser Pflichten stehen dem Kundenanlagenbetreiber als Anlagenbetreiber zwar die Möglichkeiten

<sup>23</sup> A. a. O. Fn. 8; siehe auch BT-Drs. 16/8148, S. 38.

<sup>24</sup> Bundesnetzagentur, Leitfaden zur Eigenversorgung, Juli 2016, S. 23.

<sup>25</sup> A. a. O., Fn. 7, m. w. N.

<sup>26</sup> A. a. O.

<sup>27</sup> Bundesnetzagentur, Leitfaden zur Eigenversorgung, Juli 2016, S. 22.

<sup>28</sup> Form der Vergütung für wäre dann lediglich der Miet- bzw. Pachtzins.

der Beauftragung eines Abwicklungsdienstleisters, des An- und Verkaufs durch einen Drittvermarkter sowie mietvertragliche bzw. pachtvertragliche Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung, die jedoch sorgfältiger Ausgestaltung bedürfen. Wünschenswert wäre jedoch eine Regelung, die es dem Kundenanlagenbetreiber ermöglicht, die in dieser angeschlossenen Letztverbraucher mit einer von ihm innerhalb der Kundenanlage betriebenen PV-Anlage zu beliefern, ohne hierdurch mit sofortiger Wirkung den Pflichten eines Energieversorgungsunternehmens zu unterliegen. Dies könnte bspw. in Form einer De-minimis-Regelung gestaltet werden, die Stromlieferungen an Letztverbraucher innerhalb einer Kundenanlage bis zu einer bestimmten Menge von diesen Pflichten befreit, wenn die Beteiligten dies ausdrücklich wünschen.

denanlage betriebenen PV-Anlage zu beliefern, ohne hierdurch mit sofortiger Wirkung den Pflichten eines Energieversorgungsunternehmens zu unterliegen. Dies könnte bspw. in Form einer De-minimis-Regelung gestaltet werden, die Stromlieferungen an Letztverbraucher innerhalb einer Kundenanlage bis zu einer bestimmten Menge von diesen Pflichten befreit, wenn die Beteiligten dies ausdrücklich wünschen.