

Rechtsanwalt *Dr. Dirk Legler, Hamburg**

Das „Lieferkettenmodell“ – ein zulässiger neuer Vermarktungsweg für PV-Mieterstrom?

I. Einleitung

Der Gesetzgeber fördert über das EEG 2017 seit Sommer 2017 zwar einerseits den lokalen Stromverkauf aus Solar-Dachanlagen, stellt aber andererseits an diesen sog. „Mieterstromverkauf“ ganz besonders hohe Anforderungen. Namentlich die gesetzlichen Erfordernisse an die Vertragsgestaltung und -abwicklung sind enorm.¹ Ebenso komplex sind die diversen Meldepflichten gegenüber den Netzbetreibern und den Behörden.² Alles dies führt bei vielen Wohnungsunternehmen dazu, dass sie lieber nicht vor Ort in ihren Immobilien Strom produzieren und dort dezentral an die Mieter dieser Immobilien verkaufen wollen – ganz abgesehen davon, dass ein solcher eigener Stromverkauf zumeist ihre Steuerprivilegien nach dem Körperschaftsteuer- oder dem Gewerbesteuerrecht „infizieren“ würde.

Um dennoch eine dem Umwelt- und Klimaschutz gerecht werdende dezentrale Stromversorgung zu realisieren, springen in diesen Fällen oft Energiedienstleister ein. Diese sind mit dem dezentralen Stromlieferungsgeschäft vertraut und können die mit ihm verbundenen Herausforderungen bewältigen. Eine Variante einer solchen Unterstützung durch die Energiedienstleister sieht dabei heute in der Praxis so aus, dass sie den Wohnungsunternehmen anbieten, diesen alle mit dem Stromverkauf verbundenen Tätigkeiten abzunehmen. Das betrifft insbesondere den Abschluss der Stromlieferverträge mit den vor Ort angeschlossenen Letztverbrauchern, aber auch z. B. den Zukauf von aus dem Netz benötigten Zusatz- und Reservestrom sowie dessen Abwicklung und Weiterleitung an die Letztverbraucher. Teil dieser Geschäftsmodelle ist es dabei auch, dass sie den dezentral erzeugten Strom direkt durch sog. „Abkaufverträge“ von den Wohnungsunternehmen abkaufen, welche wiederum als Anlagenbetreiber die Solaranlage in ihrer Immobilie weiterhin selbst betreiben dürfen. Vielfach werden diese Geschäftsmodelle daher auch als „Lieferkettenmodelle“ bezeichnet, weil es bei ihnen nämlich neben dem Anlagenbetreiber (Vermieter) und dem Letztverbraucher (Mieter) noch einen „Dritten“ gibt, über den der dezentral vor Ort produzierte Strom „in einer Kette“ geliefert wird.

Der Energiedienstleister wird bei diesem „Lieferkettenmodell“ auf diese Weise bewusst nicht zum Anlagenbetreiber, so dass das Wohnungsunternehmen insoweit seine Immobilien „sauber“ und frei halten kann von jeglichem Fremdeinfluss. Insbesondere kann auf die ansonsten oftmals zugunsten Dritter nötigen

Eigentumsinseln oder auch Grundbucheinträge verzichtet werden (denn eine komplexe Scheinbestandteilsabrede ist ebenso wenig erforderlich wie eine Dienstbarkeit zulasten des Immobiliengrundstücks). Der Energiedienstleister wird damit quasi zum kongenialen Partner des Wohnungsunternehmens und zum „Enabler“ von Mieterstromlösungen. Nur dadurch können vielerorts die Potentiale des Mieterstroms gehoben und genutzt werden.

Doch steht dieses „Lieferkettenmodell“ überhaupt im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben? Oder führt die Einschaltung eines solchen Energiedienstleisters nicht vielmehr zum Verlust jeglicher Förderansprüche nach dem EEG 2017?

II. Die Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur

Die Bundesnetzagentur (BNetzA) trifft auf ihren Internetseiten zu der Frage „Mit wem schließe ich den Mieterstromvertrag ab?“ die folgende Aussage zum sog. „Mieterstromzuschlag“ nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 und § 21 Abs. 3 EEG 2017:

„Ihr Vertragspartner (*Mieterstromlieferant*) ist bei geförderten Mieterstromverträgen immer der *Betreiber der PV-Anlage*. (...) Mieterstromlieferant kann z. B. sein: der *Gebäudeeigentümer* oder *ihr Vermieter* oder die *Wohnungsgenossenschaft* oder ein *Mieterstrom-Dienstleister* (z. B. ein *Energieversorgungsunternehmen* oder das lokale Stadtwerk).

Im letzteren Fall besteht zwischen dem Gebäudeeigentümer und dem Mieterstrom-Dienstleister als Anlagenbetreiber ein privatrechtlicher Vertrag, der die Nutzung des PV-Anlage-Standorts ermöglicht.“³

* Der Verfasser ist Partner der Kanzlei Günther in Hamburg. Er ist seit mehr als 15 Jahren spezialisierter Anwalt im Recht der dezentralen Objektversorgung mit Wärme und Strom. Er ist zudem als Juristischer Beirat zweier Energiefachverbände mit der Politikberatung befasst.

1 Vgl. nur die strengen Vorgaben aus § 42 a EnWG.

2 Vgl. nur § 74 EEG 2017 sowie die neuen Pflichten nach dem in Kürze startenden Marktstammdatenregister.

3 BNetzA, FAQ: „Mieterstrom – Wer ist Vertragspartner?“ online abrufbar unter www.bnetza.de (zuletzt abgerufen am 11.12.2018).

Entsprechende Ausführungen finden sich auch in dem von der BNetzA im Dezember 2017 herausgegebenen „Hinweis zum Mieterstromzuschlag“.⁴ Auch dieses Papier zeigt, dass die BNetzA davon ausgeht, dass der Mieterstromlieferant und der Anlagenbetreiber identisch sein müssen, ohne dass die BNetzA dies freilich in diesem Hinweis näher begründet. In dem Hinweis findet sich das Zitat: „Der Anlagenbetreiber erhält den Zuschlag (als direkte Förderung) für den Strom, den er in seiner Solaranlage erzeugt und unter den im Folgenden erläuterten Voraussetzungen an die Verbraucher vor Ort liefert (in diesem Hinweis als „Mieterstrom“ bezeichnet).“⁵ Weiter heißt es dann: „Der Anlagenbetreiber ist im Mieterstrommodell zugleich Stromlieferant.“⁶ Schließlich wird in diesem Hinweis sodann sogar auch noch hervorgehoben, dass selbst die Zwischenspeicherung in einem Speicher nur dann unschädlich sei für den Mieterstromzuschlag, wenn der Speicher vom Anlagenbetreiber selbst betrieben würde.⁷

Damit wird auch in diesem Hinweis der BNetzA eine Definition des Mieterstroms geschaffen bzw. eine Auffassung zugrunde gelegt, die eine Lieferkette zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Letztverbraucher (einen Intermediär) von vornherein ausschließt.

III. Das Begriffsverständnis des EEG 2017

Der Mieterstromzuschlag nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 21 Abs. 3 EEG 2017 setzt nach dem Wortlaut dieser Normen des EEG 2017 nicht nur voraus, dass der Strom „aus Solaranlagen mit einer installierten Leistung von insgesamt bis zu 100 Kilowatt“ stammt und dass diese Solaranlagen „auf, an oder in einem Wohngebäude installiert sind“. Vielmehr heißt es wörtlich im ersten Halbsatz des Satz 1 des § 21 Abs. 3 EEG 2017 auch, dass der Mieterstromzuschlag nur insoweit für diesen Solarstrom besteht „soweit er an einen Letztverbraucher geliefert und verbraucht worden ist (...)“. Aus diesem Gesetzeswortlaut ergeben sich – neben den anderweitig in der Diskussion stehenden Fragen zum PV-Mieterstromzuschlag⁸ – insbesondere die Rechtsfragen, wer derjenige ist, der Anspruchsinhaber des PV-Mieterstromzuschlags ist (dazu unter 1), was „Lieferung“ in diesem Sinne meint (dazu unter 2) und bei wem aus der „Lieferkette“ der für den Mieterstromzuschlag erforderliche Verbrauch überhaupt vorliegt (dazu unter 3).

1. Anlagenbetreiber (= Anspruchsinhaber)

Der Anspruch auf die Zahlung des Mieterstromzuschlags nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 steht nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Norm nur dem Anlagenbetreiber zu. Im ersten Halbsatz des § 19 Abs. 1 EEG 2017 heißt es wörtlich, dass die in den anschließenden Nummern in diesem Absatz des § 19 genannten finanziellen Förderungen nach dem EEG (in Form der Marktprämie, der Einspeisevergütung oder des Mieterstromzuschlags) nur dem „Betreiber von Anlagen, in denen ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas eingesetzt werden, (...)“ für

den in diesen Anlagen erzeugten Strom gegen den Netzbetreiber“ zustehen. Damit ist eindeutig nur der Anlagenbetreiber Anspruchsberechtigter des Mieterstromzuschlags.

Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 2 EEG 2017 ist Anlagenbetreiber, „wer unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas nutzt“.

a) Die Auslegung des Begriffs „Anlagenbetreiber“ im EEG

Dieses nach dem Wortlaut sehr weite Verständnis („nutzen“) wird indes in Befolgung des vom Bundesgerichtshof (BGH) für Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) entwickelten weitergehenden Verständnisses auch seitens der BNetzA zutreffend in der Weise limitiert, dass unter einem Anlagenbetreiber auch einer Solaranlage nur derjenige zu verstehen ist, der die tatsächliche Herrschaft über die Anlage ausübt, ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt und das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebs trägt.⁹

Dieses neben dem reinen „Nutzen“ auch auf die Frage nach der Trägerschaft des wirtschaftlichen Risikos abstellende Verständnis des Betreiberbegriffes ist zutreffend. Es lässt sich auch auf die Entstehungsgeschichte des EEG 2017 stützen und damit die historische Auslegung. Denn der Gesetzgeber des EEG 2009 hat bereits betont, dass für die Frage des Betreiberbegriffes auch im EEG maßgeblich darauf abzustellen ist, auf wessen Rechnung die Stromerzeugungsanlage genutzt wird und wer maßgeblichen Einfluss auf den Einsatz der Anlage hat.¹⁰ Dieses Verständnis wird seither auf alle weiteren EEG-Novellierungen seit dem EEG 2009 unverändert übertragen, so dass auch unter dem EEG 2017 gilt, dass maßgeblich danach zu fragen ist, wer die wirtschaftliche und tatsächliche Verfügungsmacht über die Anlage hat und wer das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebs (also insbesondere das Ausfall- und das Ertragsrisiko) trägt.¹¹

4 BNetzA, Hinweis zum Mieterstromzuschlag als eine Sonderform der EEG-Förderung, Hinweis 2017/3 vom 20. 12. 2017, abrufbar unter www.bnetza.de

5 BNetzA (o. Fußn. 4), S. 4.

6 BNetzA (o. Fußn. 4), S. 5; ähnlich auch auf S. 11 des Hinweises.

7 BNetzA (o. Fußn. 4), S. 9.

8 Vgl. dazu nur Kortländer/Zengerling, ZNER 2018, 13 [18].

9 Vgl. BGH, Urt. v. 13. 2. 2008 – VIII ZR 280/05, RdE 2008, 368 [Rdnr. 15]; BGH, Urt. v. 14. 7. 2004 – VIII ZR 356/03, RdE 2004, 300; OLG Hamburg, Urt. v. 12. 8. 2014 – 9 U 119/13, REE 2014, 164 [169]; vgl. ferner BNetzA, Leitfaden zur Eigenversorgung (Juli 2016), S. 22, abrufbar unter www.bnetza.de

10 Vgl. die Gesetzesbegründung zum EEG 2009, BT-Drs. 16/8148, S. 38.

11 Ebenso: Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), Kommentar zum EEG, 5. Aufl. (2017), § 3 EEG, Rdnr. 37; Salje, Kommentar zum EEG, 7. Aufl. (2015), § 5 EEG, Rdnr. 26.

In den Fällen wie dem vorliegenden, in denen mehrere Personen involviert sind, weil etwa – wie hier – ein weiteres Unternehmen (der Mieterstromlieferant) in die „Lieferkette“ zwischen dem Betreiber der Anlage und dem Letztverbraucher involviert wird, stellt sich sodann die Frage, wer im Endeffekt die wirtschaftlichen Risiken des Anlagenbetriebs trägt. Dies wiederum ist anhand einer Gesamtbewertung aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.¹²

b) Die Rolle der EltVU in diesem Zusammenhang

Geht man davon aus, dass der Betreiber der Anlage¹³ dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EltVU) den in der Solaranlage erzeugten Solarstrom als Mieterstrom nur gegen ein solches Entgelt überlässt, das wiederum abhängig von der Menge des zu übergebenden Solarstroms ist, so bedeutet dies, dass das Ertragsrisiko beim Betreiber liegt und nicht bei dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Nur in den Fällen, in denen das Elektrizitätsversorgungsunternehmen den Vermieter/Grundstückseigentümer/Energiedienstleister nicht abhängig von der produzierten Solarstrommenge bezahlt, wäre es unter Umständen möglich, das Elektrizitätsversorgungsunternehmen als Anlagenbetreiber anzusehen. Eine solche vertragliche Abrede, wie sie beispielsweise in Anlagenpachtmodellen üblich ist, liegt jedoch im „Lieferkettenmodell“ gerade nicht vor.

Neben dem Umstand des wirtschaftlichen Ertragsrisikos beim Vermieter/Grundstückseigentümer/Energiedienstleister spricht auch der Aspekt der tatsächlichen Sachherrschaft über die Anlage gegen das Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Das Elektrizitätsversorgungsunternehmen kauft nämlich lediglich den in dieser Solaranlage produzierten Strom ein und vermarktet ihn (für den Anlagenbetreiber), ohne selbst tatsächliche Sachherrschaft über die Solaranlage auszuüben.

Damit einher geht bei diesem Geschäftsmodell damit auch, dass der Vermieter/Grundstückseigentümer/Energiedienstleister auch das Ausfallrisiko der Anlage trägt, d. h. bei notwendigem Instandsetzungsbedarf der Solaranlage die entsprechenden Kosten selbst trägt. Damit ist die Person des Anlagenbetreibers aber aus mehreren Gründen nicht das Elektrizitätsversorgungsunternehmen, sondern der Grundstückseigentümer/Vermieter/Energiedienstleister.

Die Aufgabe und Rolle des Elektrizitätsversorgungsunternehmens besteht in der Lieferkette darin, den vom Grundstückseigentümer/Vermieter/Energiedienstleister gegen Entgelt (im Wege eines „Stromabkaufvertrages“) gekauften und erhaltenen Solarstrom aus der Mieterstrom-Solaranlage zu vermarkten. Umfasst davon ist auch die Aufgabe, den vor Ort¹⁴ wohnenden Letztverbrauchern einen Vor-Ort-Verkauf aus der Anlage anzubieten und dabei den Solarstrom so zu vermarkten, dass für ihn die rechtlich sehr komplexen Anforderungen des Mieterstromzuschlags in Anspruch genommen werden können.

c) Kein gesetzliches Verbot der Teilnahme eines EltVU

Schließlich wird dieses in erster Linie am Wortlaut und am Willen des Gesetzgebers orientierte Auslegungsergebnis auch durch eine systematische Auslegung gestützt. Denn auch aus § 21 b Abs. 1, Satz 2, § 21 b Abs. 2, Satz 1 Halbsatz 1 sowie § 21 b Abs. 4 Nr. 2 EEG 2017 folgt, dass Anlagenbetreiber den in ihren Anlagen erzeugten Strom prozentual auf verschiedene Veräußerungsformen aufteilen dürfen und/oder dabei auch anteilig unterschiedlichen „Dritten“ zuleiten dürfen, insbesondere also einen Anteil des Stroms aus der Anlage durch einen vor Ort angeschlossenen Letztverbraucher verbrauchen lassen dürfen und einen anderen Anteil dem Netzbetreiber andienen oder sonst wie vermarkten lassen dürfen.

Letzteres ist darüber hinaus bei Inanspruchnahme des Mieterstromzuschlags sogar verpflichtend, denn in § 21 b Abs. 1, Satz 2 EEG 2017 heißt es wörtlich: „Ordnet der Anlagenbetreiber die Anlage dem Mieterstromzuschlag nach § 21 Abs. 3 zu, ist zugleich die Veräußerungsform für den Strom zu wählen, der aus dieser Anlage in das Netz eingespeist wird.“

Die Norm des § 21 b Abs. 4 Nr. 2 EEG 2017 zeigt zudem sehr anschaulich, dass Anlagenbetreiber, die für einen Teil des Stroms aus ihrer Anlage eine Einspeisevergütung oder eine Marktprämie in Anspruch nehmen wollen, den anderen Teil des Stroms sowohl unter Inanspruchnahme des Mieterstromzuschlags, als auch ohne Inanspruchnahme des Mieterstromzuschlags an Dritte verkaufen bzw. weitergeben können (sowie anteiligen Eigenverbrauch realisieren können). Sie können also einen Teil des Stroms sogar ohne Mieterstromzuschlag an Dritte veräußern¹⁵ bzw. unter Inanspruchnahme des Eigenversorgungsprivilegs mit nur anteiliger EEG-Umlage selbst verbrauchen, ohne ihre Einspeisevergütung/Marktprämie für den anderen Teil des Stroms, den sie ins Netz einspeisen, zu gefährden.

d) Zwischenergebnis

Nach alledem ist die Person des Anlagenbetreibers nach dem vorliegenden Geschäftsmodell jedenfalls nicht das Elektrizitäts-

12 Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (o. Fußn. 11), § 3 EEG, Rdnr. 39.

13 D.h. in der Regel der Vermieter bzw. Grundstückseigentümer oder aber auch ein Contractor/Energiedienstleister, der den Anlagenbetrieb auf eigene Rechnung für den Eigentümer übernommen hat.

14 Exakt ist nach dem Wortlaut des § 21 Abs. 3 EEG 2017 nicht nur ein Verbrauch „vor Ort“ erforderlich, sondern dass der Letztverbrauch zumindest „im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang“ mit dem Gebäude und „ohne Durchleitung durch ein Netz“ erfolgen muss. Wann dies im Detail vorliegt, ist indes nicht Gegenstand dieses Aufsatzes.

15 Der Gesetzgeber bezeichnet diese Form der zuschlagslosen Vermarktung als „Nachbarbelieferung“ (BT-Drs. 18/1304, 191).

versorgungsunternehmen, welches den vor Ort produzierten Solarstrom einkauft (und weiterverkauft). Denn dieses Unternehmen bestimmt nicht über die Fahrweise der Solaranlage und trägt auch nicht das wirtschaftliche Ertrags- und Ausfallrisiko der Solaranlage. Vielmehr muss das Elektrizitätsversorgungsunternehmen den Grundstückseigentümer/Vermieter/Energiedienstleister in Abhängigkeit zu der produzierten und von ihm weiterverkauften Mieterstrommenge vergüten. Folglich ist der Grundstückseigentümer/Vermieter/Energiedienstleister in diesem Fall der Anlagenbetreiber und damit der Anspruchsinhaber des Anspruchs auf Zahlung des Mieterstromzuschlags.

2. Lieferung durch das Elektrizitätsversorgungsunternehmen

Das Elektrizitätsversorgungsunternehmen ist im Unterschied zum Anlagenbetreiber im EEG 2017 definiert als „jede natürliche oder juristische Person, die Elektrizität an Letztverbraucher liefert“ (siehe Wortlaut der Legaldefinition in § 3 Nr. 20 EEG 2017). Diese Definition steht weitestgehend im Einklang mit dem im EnWG genutzten Begriff des Energieversorgungsunternehmens, welches nach § 3 Nr. 18 EnWG als natürliche oder juristische Person definiert ist, „die Energie an andere liefert“. Vorliegend ist indes unproblematisch, dass der Intermediär, der als Mieterstromlieferant den Mieterstromliefervertrag mit dem Bewohner/Nutzer der Immobilie abschließt, auch ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen ist. Grund dafür ist, dass er den Mieterstrom an den vor Ort angeschlossenen Letztverbraucher verkauft bzw. liefert. Der Anlagenbetreiber, also der Vermieter/Grundstückseigentümer/Energiedienstleister, der die Solaranlage auf dem Dach des Wohngebäudes betreibt, ist hingegen kein Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne des EEG, denn er liefert nicht an einen Letztverbraucher.

Lieferung im Sinne des EEG ist nach der Rechtsprechung die Handlung, die erforderlich ist, um die Pflichten eines Lieferanten aus einem Stromliefervertrag zu erfüllen.¹⁶ Das entspricht auch dem allgemeinen (juristischen) Verständnis des Begriffs der Lieferung, nach dem Lieferung immer das Bestehen einer vertraglichen Beziehung (mit dem Lieferanten) voraussetzt – und nicht nur einen bloßen physikalischen Vorgang (wie beim Verbrauch). Rechtlich wird unter Lieferung z. B. im allgemeinen Kaufrecht des BGB auch immer die Handlung verstanden, die ein Verkäufer vornimmt, um seine Übergabepflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB zu erfüllen.¹⁷ Das folgt schon aus der Legaldefinition in heute § 445a Abs. 1 BGB (bzw. in der in der bis zum 31. 12. 2017 gültigen Fassung des § 478 Abs. 1 Satz 2 BGB). Darin ist der Lieferant als „Verkäufer“ bzw. „Unternehmer, der ihm die Sache verkauft hatte“ definiert. Damit setzt das BGB stets das Bestehen eines Kauf- oder doch zumindest Werklieferungsvertrages und somit einer vertraglichen Beziehung voraus, wenn es um „Lieferung“ geht.¹⁸

Im Lieferkettenmodell beziehen die Nutzer/Bewohner der Wohnungen den Mieterstrom auf der Basis eines Mieterstromliefervertrages für ihre Wohnungen. Sie bekommen ihren Mie-

terstrom damit in Befolgung einer vertraglichen Verpflichtung aus dem Mieterstromliefervertrag vom Elektrizitätsversorgungsunternehmen (Mieterstromlieferant), so dass an sie „geliefert“ wird im Sinne des § 21 Abs. 3 EEG 2017.

a) Grammatische und teleologische Auslegung

Dass diese Bewohner/Nutzer der Wohnungen den Strom dabei nicht vom Anlagenbetreiber, sondern vom Elektrizitätsversorgungsunternehmen als Intermediär beziehen, ist hierbei irrelevant, denn entscheidend ist nach dem Wortlaut des § 21 Abs. 3 EEG 2017 nur, dass an einen Letztverbraucher „geliefert“ wird. Die Wortlautauslegung zeigt sehr deutlich, dass das Gesetz in der oben zitierten Passage aus § 21 Abs. 3 EEG 2017 bewusst auch nur den sog. „Passiv“ nutzt, also indirekt formuliert: „so weit Strom geliefert worden ist“. Das ist eine bewusst offene Wortwahl, die eine Lieferung von „irgendwem“ genügen lässt. Hätte der Gesetzgeber ausschließlich eine direkte Belieferung durch den Anlagenbetreiber ausreichen lassen wollen, dann hätte er § 21 Abs. 3 EEG 2017 im sog. „Aktiv“ formulieren müssen, also z. B. in dem vorzitierten Halbsatz statt: „soweit er an einen Letztverbraucher geliefert und verbraucht worden ist (...)“ wie folgt formuliert: „soweit der Anlagenbetreiber die Elektrizität an einen Letztverbraucher liefert und die solchermaßen gelieferte Elektrizität verbraucht worden ist (...)“. Indem der Gesetzgeber diese Nutzung des „Aktiv“ indes bewusst nicht gewählt hat, sondern hier im „Passiv“ formuliert hat, hat er sprachlich bewusst keine Festlegung auf eine bestimmte Person des „Liefernden“ getroffen.

Auch nach dem Sinn und Zweck des § 21 Abs. 3 EEG 2017 ist eine Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Mieterstromlieferant nicht gefordert. Denn der Sinn und Zweck der Statuierung einer „Lieferung“ an den Letztverbraucher ist lediglich, dass der PV-Strom aus der Mieterstromanlage auch tatsächlich zum vor Ort angeschlossenen Letztverbraucher gelangt, und zwar auf vertraglicher Grundlage und ohne Netzdurchleitung. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass exakt der vor Ort produzierte Mieterstrom auch zu dem Letztverbraucher gelangt und dass dies nachweisbar ist.

Es soll, mit anderen Worten, Missbrauch ausgeschlossen werden, der etwa in der Weise erfolgen könnte, dass (a) aus dem Netz bezogener Strom fälschlicherweise als Mieterstrom verkauft wird oder (b) der vor Ort produzierte Strom sowohl als Mieterstrom als auch als ins Netz eingespeister Strom deklariert wird, um eine „doppelte Vergütung“ aus ihm geltend zu machen.

16 OLG Hamburg, Urt. v. 5. 7. 2016 – 9 U 156/15, REE 2016, 149 [152]; OLG Hamburg, Urt. v. 12. 8. 2014 – 9 U 119/13, REE 2014, 164 [170].

17 Faust, in: BeckOK BGB, 46. Edition (Stand: 1. 5. 2018), § 445a BGB, Rdnr. 8.

18 Vgl. Lorenz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. (2016), § 478 BGB, Rdnr. 11.

Ein solcher Missbrauch ist indes nicht möglich, wenn nachweislich sichergestellt ist, dass der vor Ort produzierte Solarstrom auch an den vor Ort angeschlossenen Bewohner/Nutzer im Wohngebäude „geliefert“ wurde. Und dieser Nachweis kann ohne weiteres geführt werden, weil das Elektrizitätsversorgungsunternehmen für diese Messstelle/Mess- bzw. Marktlokation des Letztverbrauchers als Mieterstromlieferant agiert und die Versorgung dieser Messstelle/Mess- bzw. Marktlokation (anteilig) mit dem vor Ort produzierten Mieterstrom sicherstellt. Das Elektrizitätsversorgungsunternehmen ist die nach dem Energie-recht vorgesehene Person für die Belieferung und ist auch perfekt in der Lage, alle einem Lieferanten obliegenden Aufgaben zu erfüllen. Es zahlt auch gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 stets die EEG-Umlage in Höhe von 100 % für jede von ihr gelieferte Kilowattstunde. Genau diese, jeder Stromlieferung im Unterschied zum Eigenverbrauch anlastende Kostenlast ist es indes, die den Gesetzgeber veranlasst hat, im Gegenzug dafür den Mieterstromzuschlag einzuführen.¹⁹ Insofern kommt das vorliegende Geschäftsmodell genau der vom Gesetzgeber vorgesehenen Aufgabenzuordnung nach und ist bereits von daher zu den durch das Mieterstromgesetz zu fördernden Mieterstrommodellen zu zählen.

Ob dieses Elektrizitätsversorgungsunternehmen den solchermaßen der Mess- bzw. Marktlokation des Bewohners/Nutzers zugeordneten PV-Mieterstrom dabei (zuvor) selbst auf eigenes Risiko produziert hat oder aber von einem anderen Anlagenbetreiber einkauft, ist dabei irrelevant, solange bilanziell und vertraglich sichergestellt ist, dass der ordnungsgemäß vor Ort produzierte PV-Mieterstrom (zuvor) an das Elektrizitätsversorgungsunternehmen geliefert wurde (Lieferkette) und anschließend von eben diesem Bewohner/Nutzer vor Ort letztverbraucht wird. Ein solcher Nachweis ist problemlos führbar (z. B. durch den Einsatz fernauslesbarer moderner Messeinrichtungen/intelligenter Messsysteme) und auch ausreichend.

Zu beachten ist dabei auch, dass es vorliegend „nur“ um Zuordnungen von Strommengen in Kundenanlagen außerhalb des Netzes der allgemeinen Versorgung und damit außerhalb des Regulierungsrechts geht. Es sind daher auch keine Bilanzkreise in dem Verhältnis zwischen Anlagenbetreiber und Mieterstromlieferant zu führen, so dass es auch von daher (etwa in internen Bilanzkreisen des Elektrizitätsversorgungsunternehmens) nicht zu Vermischungen mit aus dem Netz bezogenen Strom kommen kann. Mieterstromlieferanten sind zudem auch für den Zusatz- und Reservestrom, den sie aus dem Netz der allgemeinen Versorgung beziehen müssen, um die Vollversorgung ihrer Stromkunden zu gewährleisten, ebenfalls nur Stromkunden. Lediglich dann, wenn sie den Zusatz- und Reservestrom aus ihrem eigenen Bilanzkreis beziehen, verfügen sie als Energieversorgungsunternehmen über eigene Bilanzkreise, in denen aber auch dann nicht der allein in den Kundenanlagen verbleibende Mieterstrom abgebildet wird.

Für die vorliegende Frage nach der Inanspruchnahme des Mieterstromzuschlags entscheidend und ausreichend ist einzig, dass der Anlagenbetreiber bei der Geltendmachung des Mieter-

stromzuschlags nachweisen kann, dass sein vor Ort produzierter Solarstrom auch vor Ort verbraucht wurde. Er muss insofern auch „nur“ den Anfang und das Ende der „Lieferkette“ nachweisen, ohne dies indes „willkürlich“ tun zu können. Dem stehen schon die Vorgaben an die Messgenauigkeit entgegen. Der Anlagenbetreiber kann bei dieser Nachweisführung aber dann auch ohne weiteres die Unterstützung eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens in Anspruch nehmen, das ihn z. B. auch kompetent darin unterstützt, die sonstigen Vorgaben an den Mieterstrom zu erfüllen, wie namentlich die komplexen aus § 42a EnWG resultierenden Vorgaben an die Vertragsgestaltung und die Abrechnung.

b) Systematische Auslegung

Schließlich spricht für diese Irrelevanz des Auseinanderfalles von Anlagenbetreiber und Mieterstromlieferant auch die systematische Auslegung. So zeigt namentlich die oben schon bei der Prüfung der Person des Anlagenbetreibers hervorgehobene Norm des § 21 b EEG 2017, dass der Gesetzgeber selbst eine Zuleitung von Strom an Dritte, die nicht Letztverbraucher sind, auch anderweitig anerkennt und selbstverständlich akzeptiert, ohne dadurch eine Förderung nach dem EEG gefährdet zu sehen. Neben der bereits oben erwähnten „Nachbarschaftsbelieferung“ des § 21 b Abs. 4 Nr. 2 EEG 2017 ist dabei insbesondere auch die Direktvermarktung in den Blick zu nehmen, denn auch bei der Direktvermarktung kann ein Dritter zwischen Letztverbraucher und Anlagenbetreiber in den Liefervorgang involviert werden, ohne dass dies der Marktprämie entgegenstehe (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017). Es ist nicht ersichtlich, warum dann nicht auch bei der „kleinen Direktvermarktung“, also dem Vor-Ort-Verkauf des Mieterstroms, ein Dritter involviert werden dürfte.

Dieses Ergebnis wird auch durch einen Blick auf andere Normen außerhalb des EEG bestätigt. In § 6 Abs. 3 Nr. 2 KWKG 2016 ist zu der parallelen Norm des KWK-Mieterstromzuschlags ebenfalls unproblematisch anerkannt, dass dieser KWK-Mieterstromzuschlag auch dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Strom nicht direkt vom Betreiber der KWK-Anlage, sondern von einem „Dritten“ an den in derselben Kundenanlage oder in demselben geschlossenen Verteilernetz angeschlossenen Letztverbraucher geliefert wird. Auch der Wortlaut dieser Norm ist dabei entsprechend offen formuliert. Wörtlich heißt es in § 6 Abs. 3 Nr. 2 KWKG 2016, dass „der Anspruch (...) nur bei KWK-Anlagen besteht, (...) die KWK-Strom an Letztverbraucher in einer Kundenanlage oder in einem geschlossenen Verteilernetz liefern.“ Auch unter diesen Wortlaut lässt sich das Geschäftsmodell der Lieferkette problemlos subsumieren. Auch nach dem KWKG ist mithin – trotz oder

¹⁹ Vgl. dazu BT-Drs. 18/12355, S. 17.

wegen der gleichen „offenen Formulierung“ – die Einschaltung eines Intermediärs nicht schädlich für die Inanspruchnahme des „KWK-Mieterstromzuschlags“.

Damit zeigt auch der systematische Blick auf weitere Normen im EEG 2017 sowie insbesondere auch die Parallelnormen zur Regelung des KWK-Mieterstromes im KWKG 2016, dass auch anderweitig eine seitens des Anlagenbetreibers erfolgende Weitergabe an Dritte, die keine Letztverbraucher sind, der Förderung nach dem EEG bzw. nach dem KWKG nicht grundsätzlich entgegensteht.

c) Historische Auslegung – Teil 1

Für dieses Ergebnis spricht schließlich noch mehr die historische Auslegung. Denn in der Gesetzesbegründung zur Einführung des Mieterstromgesetzes vom 16. 5. 2017 heißt es explizit:²⁰

„(...) Anlagen zur Erzeugung von Mieterstrom werden häufig nicht vom Vermieter selbst, sondern von einer dritten Person betrieben. Ein Dritter kann die Errichtung der Anlage, die Stromlieferung, die energiewirtschaftliche Abwicklung (insbesondere Vertragswesen, Abrechnung, Kundeninformationen und Meldepflichten) sowie den Messstellenbetrieb übernehmen. Dabei handelt es sich in der Regel um Unternehmen, die auf Energiedienstleistungen spezialisiert sind. Die offene Formulierung des § 21 Abs. 3 EEG 2017 trägt dieser vielgestaltigen Praxis Rechnung.“

Das bedeutet, dass es dem Gesetzgeber nicht entscheidend darauf angekommen ist, wer Mieterstromlieferant ist. Die zitierte Passage zeigt vielmehr sehr anschaulich, dass der Gesetzgeber ganz bewusst und willentlich den Markt für die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle sehr offen halten wollte. Gerade auch die Übertragung des gesamten Vertragswesens und auch der kompletten Stromlieferung werden hier benannt.

Eine Behauptung, die demgegenüber darauf abstellen würde, dass der Gesetzgeber nur eine Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Mieterstromlieferant akzeptieren wollte und damit im Endeffekt nur ein einziges Geschäftsmodell anerkennen wollte, ist aufgrund dieser Ausführungen in der Gesetzesbegründung jedenfalls ganz offensichtlich unhaltbar.

d) Historische Auslegung – Teil 2

Entgegen der Auffassung der BNetzA kann das Erfordernis einer Personenidentität zwischen Anlagebetreiber und Mieterstromlieferant auch nicht auf die folgende Passage gestützt werden, die aus der Begründung des ersten Entwurfs der Bundesregierung vom 26. 4. 2017 stammt und sich so noch nicht im Referentenentwurf vom 17. 3. 2017 findet:

„Soweit der belieferte Letztverbraucher den Strom nicht im Gebäude selbst verbraucht, sondern zum Beispiel an Dritte

weiterverteilt, ist dies kein Mieterstrom im Sinn von § 21 Abs. 3 EEG 2017. Das betrifft insbesondere die Weiterlieferung aus dem Gebäude heraus. Ausgeschlossen ist nach dem Zweck dieser Einschränkung (Verhinderung missbräuchlicher Gestaltungen) aber auch die Weiterverteilung innerhalb des Gebäudes oder die Rücklieferung an den Betreiber der Solaranlage.“²¹

Denn selbst aus dem Wortlaut dieser Begründung folgt nicht, dass eine Weiterverteilung des Mieterstroms über einen Intermediär (in einer „Lieferkette“ mit einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen als Zwischenglied) nicht mehr förderfähig sei. Vielmehr bezieht sich diese Passage ausweislich ihres klaren Wortlauts „nur“ auf den Fall, dass ein Letztverbraucher eine solche Weiterverteilung vollzöge. Das hier in dieser Passage genannte Verbot bezieht sich damit aber auch „nur“ auf den Fall, dass der Anlagenbetreiber bereits für den „ersten Letztverbrauch“ den Mieterstromzuschlag geltend gemacht hat und dann aber dennoch anschließend der Strom noch einmal weiter geliefert wird und auch für diesen „zweiten Letztverbrauch“ ebenfalls noch einmal ein Mieterstromzuschlag geltend gemacht wird. Nur für diesen Fall einer „doppelten“ Lieferung in der „Lieferkette“ (und auch für die Variante einer Rücklieferung) liegt dann selbstverständlich keine Mieterstromlieferung mehr vor. Denn das würde sogar einen zweiten Mieterstromzuschlag auf denselben Strom ermöglichen, was selbstverständlich ausgeschlossen ist.

Eine solche Situation liegt hier in dem vorliegend zur Untersuchung gestellten Geschäftsmodell aber auch nicht vor. Vielmehr agiert hier statt eines „Letztverbrauchers“ ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das den Strom von vornherein nicht „letztverbraucht“ und dann (noch einmal) weiter verteilt, sondern welches den Strom vom vornherein als reiner Händler/Intermediär weiter liefert, ohne dass es schon auf der ersten Stufe den Mieterstromzuschlag geltend machen will oder gar geltend macht.

Damit liegt hier keine „Weiterverteilung von einem Letztverbraucher“ vor, sondern gerade der Regelfall, dass nämlich ein Mieterstromlieferant die Lieferung tätigt. Auch die vorzitierte Passage aus der Begründung des ersten Entwurfs der Bundesregierung vom 26. 4. 2017 spricht damit bereits nach ihrem Wortlaut nicht gegen das vorliegend zu untersuchende Geschäftsmodell.

e) Zusammenfassende Auslegung

Richtig ist im Weiteren auch, dass der Gesetzgeber eine Personenidentität gerade nicht fordern wollte, sondern den Markt

20 BT-Drs. 18/12355, S. 18; der gleiche Wortlaut befindet sich bereits im Referentenentwurf vom 17. 3. 2017, dort S. 17.

21 BT-Drs. 18/12355, S. 17 f.

für neue „vielgestaltige“ Modelle bewusst offen halten wollte. Darauf kann sich auch das (neue und hier zu untersuchende) Geschäftsmodell berufen, bei dem das „Vertragswesen“ komplett vom Anlagenbetrieb getrennt sein soll. Denn das ist gerade ein Geschäftsmodell aus der vom Gesetzgeber mit den obigen Worten²² hervorgehobenen und gewünschten „vielgestaltigen Praxis“. Es würde dem gesetzgeberischen Willen widersprechen, wenn man ausgerechnet dieses eine Geschäftsmodell nicht zuließe, zudem es aus der Sicht des Grundstückseigentümers/Vermieters sehr attraktiv ist, weil es mit dem Vorteil einer höheren Freiheit für ihn als Anlagenbetreiber einhergeht (denn er kann seinen eigenen Interessen gemäß die Anlage installieren und betreiben, ohne sich langfristig an einen Dach- oder Anlagenpächter binden zu müssen). Hinzu kommt, dass gerade die hier vorliegende Übertragung der Aufgabe der Stromlieferung auf einen Dritten zudem explizit in dieser Passage aus der Gesetzesbegründung erlaubt sein soll („die Stromlieferung“, das „Vertragswesen“ werden hier explizit als Beispiele genannt, deren Übertragung auf Dritte erlaubt sein soll).²³

Fernerhin ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die in der obigen Passage aus der Gesetzesbegründung zitierten „Spielarten“ (Varianten in der Ausgestaltung der Aufteilung auf mehrere Marktakteure) vom Gesetzgeber abschließend benannt werden wollten. Das Gegenteil ist der Fall: er wollte alles bewusst offen halten und damit gerade neue und innovative Kombinationen der Beteiligungen der verschiedensten Marktakteure bewusst fördern. Andernfalls hätte er die dermaßen offene Formulierung in § 21 Abs. 3 EEG 2017 nicht genutzt. Es wäre für den Gesetzgeber ein Leichtes gewesen, das vorliegende Geschäftsmodell auszuschließen. Er hätte einfach die Formulierung aus der vormalig gültigen Norm des § 39 Abs. 3 Nr. 1 c EEG 2012 in Verbindung mit § 33a Abs. 2 EEG 2012 übernehmen müssen, mit der schon damals eine Art solarer Mieterstrom gefördert wurde. Nach § 39 Abs. 3 Nr. 1 c EEG 2012 war eine der Voraussetzungen der Inanspruchnahme des damaligen „Mieterstromprivilegs“, dass der solare Strom „nach § 33a Abs. 2 an Dritte veräußert“ werden musste. In § 33a Abs. 2 EEG 2012 hieß es wiederum wörtlich (Hervorhebungen nicht im Original):

„Veräußerungen von Strom an Dritte gelten abweichend von Absatz 1 nicht als Direktvermarktung, wenn *Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber Strom aus erneuerbaren Energien* oder *Grubengas an Dritte veräußern*, die den Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbrauchen, und der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird.“

Nach dieser Norm aus dem EEG 2012 war es also explizit erforderlich, dass der Strom vom Anlagenbetreiber an den Dritten veräußert wird. Einem Gesetzgeber, der in einer Nachfolgenorm zu einem Gesetz, in dem es schon einmal eine entsprechende Regelung zur Förderung des lokalen Direktverkaufs von Solarstrom gab, diese Formulierungen bei Neueinführung einer solchen Regelung nicht übernimmt, sondern stattdessen „sehenden Auges“ eine vollkommen andere offene Formulierung ins EEG 2017 schreibt, kann auch deswegen der Wille unterstellt werden, dass er gerade eine andere Gesetzeslage

schaffen wollte. Er wollte also bewusst keine Beschränkung nur auf das Verhältnis zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Dritten. Er wollte bewusst kein Verbot der Einschaltung eines Intermediärs bei der solaren Direktvermarktung im Wege des Mieterstroms.

Dieses Ergebnis lässt sich auch aus einem Vergleich zum Wortlaut des § 61 i Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 begründen. Denn dort hat der Gesetzgeber sogar formuliert, dass „unmittelbar an Letztverbraucher“ geliefert werden muss. Hätte der Gesetzgeber einen solchen unmittelbaren Bezug – ohne Einschaltung eines Dritten – auch beim Mieterstromzuschlag gewollt, wäre es für ihn ein Leichtes gewesen diese Formulierung aus § 61 i auch in § 21 Abs. 3 EEG 2017 zu treffen. Indem er dies unterlassen hat, kann man nicht einfach dennoch auch beim Mieterstromzuschlag an eine Lieferung „unmittelbar an den Letztverbraucher“ verlangen.

Wenn man aus der offenen Formulierung des Gesetzgebers („soweit er an einen Letztverbraucher geliefert und verbraucht worden ist (...)“) überhaupt ein Verbot eines Geschäftsmodells herauslesen will, dann ist es allenfalls das, dass kein Eigenverbrauch erfolgen darf.²⁴ Das aber ist indes selbstverständlich, denn dann fehlt es in jedem Fall bereits an einer Lieferung. Bei einer solchen Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher liegt bereits begrifflich kein Wechsel in der Person des Inhabers über die Strommenge vor, so dass bereits denknotwendig kein Mieterstrom bestehen kann. Auch „Geschäftsmodelle“, die durch lange Lieferketten Pflichten aus dem EEG zur Zahlung der EEG-Umlage oder der Stromsteuer umgehen wollen oder die sogar Netzstrom zu Mieterstrom deklarieren wollen, sind selbstverständlich verboten.

All das liegt vorliegend aber gerade nicht vor, denn eine ordnungsgemäße Einbehaltung der komplizierten Pflichten und Fristen zur Zahlung der staatlich indizierten Stromnebenkosten wird ja gerade sichergestellt, indem neben dem Anlagenbetreiber als Intermediär ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen tätig ist und sicherstellt, dass alle energiewirtschaftsrechtlichen Pflichten bei der Stromlieferung bestmöglich eingehalten werden.

f) Zwischenergebnis: kein Erfordernis der Personenidentität

Der PV-Strom aus der Solaranlage wird nach dem Konzept des vorliegenden Geschäftsmodells damit in jedem Fall an die Bewohner/Nutzer der Wohnungen *geliefert*, wenn auch diese Lieferung nicht durch den Anlagenbetreiber erfolgt. Das ist aber

22 Vgl. das Zitat aus der Gesetzesbegründung oben unter Ziffer III 2 c.

23 Vgl. das Zitat aus der Gesetzesbegründung oben unter Ziffer III 2 c.

24 Ebenso sinngemäß Clearingstelle EEG/KWKG, Hinweisbeschluss zum Mieterstrom vom 20.4.2018 – 2017/46, S. 20.

auch nicht erforderlich,²⁵ so dass auch diese Voraussetzung des Anspruchs auf Gewährung des Mieterstromzuschlags problemlos erfüllt ist.

3. Letztverbrauch

Bei der sodann zu prüfenden Frage, wer „Letztverbraucher“ in Sinne des § 21 Abs. 3 EEG 2017 ist, ist zunächst ebenfalls erneut auf die Begriffsdefinitionen im EEG 2017 zurückzugreifen. Bei diesen Begriffsdefinitionen (in § 3 EEG 2017) ist der Begriff des „Letztverbrauchers“ indes lediglich als eine solche natürliche oder juristische Person definiert, „die Strom verbraucht“ (siehe Wortlaut des § 3 Nr. 33 EEG 2017).²⁶ Damit ist schon nach dem Wortsinn des Wortes „Verbrauch“ entscheidend, dass dieser nur einmal erfolgen kann. Oder anders formuliert: Ein einmal „verbrauchter“ Strom kann nicht noch einmal „verbraucht“ werden. Diese bereits aus dem Wortsinn des Wortes „Verbrauch“ herleitbare Erkenntnis muss erst recht im Energiebereich gelten, wo es zumindest im Recht auf physikalische Verbrauchsvorgänge ankommen soll. In Wikipedia²⁷ heißt es im Eintrag zum Wort „Verbrauch“ dementsprechend auch: „Beim Energieverbrauch (Stromverbrauch, Gasverbrauch, Wasserverbrauch, Kraftstoffverbrauch) wird die genutzte Energie zur Verrichtung von Arbeit umgewandelt in Licht, Wärme, Kälte, Bewegung, usw. und steht in ihrer ursprünglichen Form nicht mehr zur Verfügung. Die Umwandlung (der Energie) ist ein Definitionsbestandteil des Verbrauchsbegriffs, weshalb auch dieser Vorgang als Verbrauch zu bezeichnen ist.“

a) Verbrauch als physikalischer Vorgang

Dieses Verständnis, dass Verbrauch von Elektrizität eben dessen Umwandlung in eine andere Energieform darstellt und damit denkbare nur einmal möglich ist, teilt aber auch die Rechtsprechung.²⁸ Der BGH hat es einmal in der zu dieser Thematik bis heute maßgeblichen Grundsatzentscheidung zu einem Pumpspeicherkraftwerk so ausgedrückt: der Umwandlungsvorgang in den elektrischen Geräten – beispielsweise die Kälte- oder Wärmeerzeugung aus dem Strom – zehrt die in diesem Moment entnommene elektrische Energie auf und genau dies stellt den Letztverbrauch von Strom dar.²⁹ Ein anderes praktisches Beispiel für solch ein „Aufzehren“ bzw. Nutzen der elektrischen Energie durch ein mit Strom betriebenes Endgerät ist z. B. das Radio. Dort wird beim Empfänger durch das Ankommen des elektromagnetischen Felds an der Antenne eine elektrische Spannung, bzw. sogar Strom zwar erst noch verbraucht (bzw. sogar wohl richtigerweise erzeugt), wobei der Strom dann anschließend jedoch in jedem Fall im Radiogerät dekodiert wird und die Ursprungsinformation des Senders nach Verstärkung der elektromagnetischen Schwingung und Umwandlung in eine akustische Welle im Lautsprecher hörbar gemacht und damit „letztverbraucht“ wird.³⁰

Solche physikalischen Vorgänge (die auch in anderen elektrischen Verbrauchsgeräten stattfinden) führen dann dazu, dass sich der

„normale Strom“ dadurch „letztverbraucht“ im Rechtssinne. Das heißt, dass „Stromverbrauch“ im Rechtssinne synonym mit einer Umwandlung im Sinne einer „energieabhängigen Verwendung und hierfür Aufzehrung“ sowie „Umwandlung in eine andere Energieform“ ist.

Die Zuordnung zu einem Letztverbraucher determiniert sich damit aber zugleich dadurch, dass derjenige, der den Verbrauchs- bzw. Umwandlungsvorgang startet, auch zumindest tatsächlich die Sachherrschaft über diese, diesen Vorgang auslösenden Verbrauchsgeräte ausüben muss. Ein „Letztverbrauch“ von Elektrizität erfolgt insoweit immer durch den, der die tatsächliche Sachherrschaft über das Stromverbrauchsgerät ausübt und damit den Strom und die aus ihm erzeugte Nutzenergie für sich selbst nutzt.

Praktische Beispiele für Endgeräte bzw. Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie (und damit Verbrauch des Stroms) sind neben dem Radio alle weiteren in Haushalten vorhandenen elektrischen Geräte (wie Küchengeräte, Waschmaschinen, Fernseher, Computer, etc.). Den in diesen Geräten eingesetzten Strom nimmt immer derjenige ab, der die faktische und tatsächliche Herrschaft über diese Geräte ausübt und dies auch willentlich für seinen Nutzen und auf sein wirtschaftliches Risiko tut.³¹

Die Bundesnetzagentur selbst hat dies in ihrem Leitfaden zur Eigenversorgung aus Juli 2016 zutreffend und in Übereinstimmung mit den vorgenannten Ausführungen des OLG Hamburg und des BGH wie folgt zusammengefasst:³² „Für die Zuordnung eines Stromverbrauchs zu einem bestimmten Letztverbraucher kommt es grundsätzlich auf die Zuordnung des tatsächlichen, physikalisch-technischen Verbrauchsvorgangs

25 So auch: Hennig/Valentin/von Bredow, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (o. Fußn. 11), § 21 EEG, Rdnr. 51 sowie die Stellungnahme des BSW-Solar vom 19.3.2018, S. 4 bis 8, im Hinweisverfahren der Clearingstelle EEG/KWKG zum Mieterstromzuschlag.

26 Bereits nach dem Wortlaut dieser Legaldefinition aus dem EEG fällt danach ein Unterschied zum Letztverbraucherbegriff des EnWG auf. In § 3 Nr. 25 EnWG sind als Letztverbraucher natürliche oder juristische Personen definiert, die „Energie für den eigenen Verbrauch kaufen“.

27 Zuletzt abgerufen am 11.12.2018.

28 Namentlich nach den beiden Urteilen des OLG Hamburg vom 5.7.2016 – 9 U 156/15, REE 2016, 149 [152] und vom 12.8.2014 – 9 U 119/13, REE 2014, 164 [166] ist anerkannt, dass Verbrauch von Strom immer die Umwandlung von elektrischer Energie in Nutzenergie meint, also einen primär physikalischen Vorgang.

29 BGH, Beschl. v. 17.11.2009 – EnVR 56/08, RdE 2010, 223 [225].

30 Vgl. zu diesem Beispiel und zu der aus Sicht eines Physikers / Ingenieurs eher befremdlichen Vereinfachung, dass Strom verbraucht würde, nur Schwintowski, EWeRK 2016, 369.

31 Vgl. OLG Hamburg, Urte. v. 5.7.2016 – 9 U 156/15, REE 2016, 149 [153]; Urte. v. 12.8.2014 – 9 U 119/13, REE 2014, 164 [166]

32 BNetzA, Leitfaden zur Eigenversorgung (o. Fußn. 9), S. 24.

durch die Betätigung der elektrischen Verbrauchsgeräte an. Entscheidend sind die objektiven, tatsächlich vorliegenden Umstände; davon abweichende subjektive Ziele, rein vertragliche Zuordnungen, Fiktionen oder Umgehungsgeschäfte sind insoweit unbeachtlich.

Letztverbraucher im Sinne der Eigenversorgung ist der jeweilige Betreiber der elektrischen Verbrauchsgeräte. (...) Es kommt folglich insbesondere darauf an,

- wer die tatsächliche Herrschaft über die elektrischen Verbrauchsgeräte ausübt,
- ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt und
- das wirtschaftliche Risiko trägt.“

Die BNetzA kommt auf Basis dieses zutreffenden Verständnisses des Begriffs vom Letztverbrauch sodann auch zu dem Ergebnis: „Ist die Wohnung vermietet, so betreibt der dort wohnende Mieter die Verbrauchsgeräte in der Wohnung und ist insoweit Letztverbraucher des Stroms.“³³

Dieses zutreffende Verständnis des Letztverbraucherbegriffes der BNetzA und der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung bedeutet indes, dass in dem vorliegenden Geschäftsmodell nicht das Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das den Solarstrom vom Anlagenbetreiber zur Vermarktung (zum Weiterverkauf) erhält, der Letztverbraucher ist, sondern dass der Letztverbraucher „erst“ der Bewohner/Nutzer der Wohnungen ist bzw. der sonstige Nutzer (Endkunde), der die eigenverantwortliche Sachherrschaft über die im dem Wohngebäude (oder in dessen unmittelbarem räumlichen Zusammenhang) stehenden Verbrauchsgeräte innehat.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass „Mieter“ im Sinne des Mieterstromgesetzes jeder Letztverbraucher von Strom im Wohngebäude oder einer Nebenanlage im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang sein kann, d. h. auch der einzelne Wohnungseigentümer, der die Wohnung in seiner WEG selbst nutzt, der Betreiber einer E-Tankstelle für Elektromobile oder der Vermieter (für den Treppenhausstrom) bzw. die Wohnungseigentümergeinschaft (für den Allgemeinstrom). Die Nutzung des Wortes Mieterstromzuschlag ist insoweit an sich unzutreffend und führt gerade im Zusammenhang mit den hohen Anforderungen des § 42a EnWG oft zu rechtlich unzutreffender Argumentation mit angeblich erforderlichem „Mieterschutz“.

b) Weiterleitung ist kein Letztverbrauch

Nach alledem liegt in dem vorliegenden Geschäftsmodell gar keine Lieferkette in dem Sinne vor, dass quasi hinter einander geschaltete Letztverbraucher bestünden. Das Gegenteil ist der Fall: mit dem hier aufgezeigten eindeutigen und einzig zutreffenden Verständnis von „Letztverbrauch als Umwandlung von Strom in Nutzenergie“ lässt sich immer klar und unmissverständlich feststellen, wer auch bei mehreren Akteuren in einer

Lieferkette der einzige Letztverbraucher sein kann bzw. ist. Mit anderen Worten: Der weiter verkaufende Mieterstromlieferant, der nicht Anlagenbetreiber ist, ist jedenfalls nicht der Letztverbraucher, denn er wandelt den Strom nicht in Nutzenergie um.

IV. Ergebnis und Zusammenfassung

Für den untersuchten Halbsatz aus § 21 Abs. 3 EEG 2017: „soweit er an einen Letztverbraucher geliefert und verbraucht worden ist (...)“ ergeben sich die folgenden Ergebnisse zu den eingangs benannten Rechtsfragen:

Es ist gemäß § 21 Abs. 3 EEG 2017 nicht erforderlich, dass der Anlagenbetreiber und die Person, die den Strom an den Letztverbraucher liefert, identisch sein müssen. Vielmehr ist es irrelevant, ob der Anlagenbetreiber „direkt“ oder aber ein oder gar mehrere Dritte³⁴ „indirekt“ als Intermediär (bzw. als Intermediäre) den Mieterstrom an den Letztverbraucher liefern. Entscheidend – und ausreichend – für den Anspruch auf Mieterstromzuschlag nach EEG 2017 ist einzig, dass der Letztverbraucher auf Basis eines vertraglichen Lieferverhältnisses den Mieterstrom erhält und den solchermaßen bezogenen Solarstrom aus der Mieterstromanlage des Anlagenbetreibers auch in seiner Person vor Ort letztverbraucht. Außerdem muss vom Anlagenbetreiber nachgewiesen werden, dass der Strom, für den der Anlagenbetreiber den Mieterstromzuschlag geltend macht, tatsächlich aus der vom ihm betriebenen Mieterstrom-Solaranlage stammt. Hierbei sind zwar die Erfordernisse des § 21 Abs. 3 Satz 3 EEG 2017 zu beachten, wonach der Strom so genau zu messen ist, „wie es die Messtechnik zulässt, die nach dem Messstellenbetriebsgesetz zu verwenden ist“. Diese Erfordernisse an die sog. „Messgenauigkeit“ können aber bei Einschaltung eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens als „Intermediär“ genauso gut erfüllt werden wie ohne Einschaltung eines solchen „Intermediärs“. Auch hierbei kann genauso effektiv ausgeschlossen werden, dass Strommengen doppelt herangezogen werden oder gar aus dem Netz bezogene Strommengen fälschlicherweise in den Genuss des Mieterstromzuschlags kommen. Damit kann das Vorliegen der Voraussetzungen der § 19 Abs. 1 Nr. 3, § 21 Abs. 3 EEG 2017 im Ergebnis auch dann unproblematisch bejaht werden, wenn Anlagenbetreiber und Mieterstromlieferant nicht identisch sind und somit in einer „Lieferkette“ ein Intermediär zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Letztverbraucher steht.

33 BNetzA, Leitfaden zur Eigenversorgung (o. Fußn. 9), S. 25.

34 Diese Dritten sind dann keine Letztverbraucher, sondern reine „Weiterverteiler“. Nur derjenige, der „Letzter“ in der Lieferkette vor dem Letztverbraucher ist, ist der Mieterstromlieferant.