



SALANS

Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG

– Kurzgutachten –



Bundesministerium
für Umwelt, Naturschutz
und Reaktorsicherheit

Rechtsanwältin Dr. Ivana Mikešić,
Steuerberater Dipl.-Kfm. Hauke Thieme
und Rechtsanwalt Boris Strauch
27. August 2012



SALANS

A different approach

Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG

Kurzgutachten

Rechtsanwältin Dr. Ivana Mikešić, Steuerberater Dipl.-Kfm. Hauke Thieme
und Rechtsanwalt Boris Strauch
Salans LLP

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung, Gutachtauftrag	3
2. Abschichtung der vertraglichen Verhältnisse	7
3. Rechtsentwicklung	7
4. Auslegung	14
4.1 Vorbemerkung	14
4.2 Grammatistische Auslegung, Grundannahmen infolge insoweit allgemein übereinstimmender Ansichten	15
4.3 Der industrielle Eigenverbrauch im Recht der erneuerbaren Energien unter Berücksichtigung des Energiewirtschaftsrechts	17
4.3.1 Extensiver und gemäßigter wirtschaftlicher Eigenverbrauchs begriff	17
4.3.2 Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Lieferbegriff	27
4.3.3 Betreiber mehrheiten (Modelle 2 und 3), gesellschaftsrechtliche Aspekte	32
4.4 Konsistenzkontrolle anhand umweltrechtlicher Terminologie	35
4.5 Betrachtung aus dem Blickwinkel des Bilanzrechts und Verbrauchssteuerrechts (insbesondere StromStG und UStG)	37
4.5.1 „Betreiben“	37
4.5.2 „Im räumlichen Zusammenhang“	43
5. Verfassungsrechtlicher Korrekturbedarf?	45
6. Exkurs: Minikraftwerke	48
7. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	49

1. Einleitung, Gutachtauftrag

Gesamtziel des Kurzgutachtens ist es, für das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (**BMU**) die Rechtslage im Hinblick auf die Privilegierung des Eigenverbrauchs selbst erzeugten Stroms („**industrieller Eigenverbrauch**“^{*}) gemäß § 37 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 EEG 2012¹ („**Eigenverbrauchsprivileg**“^{**}) einschließlich der in Schrifttum und Rechtsprechung hierzu vertretenen Auffassungen aufzubereiten und zu analysieren. Die Privilegierung besteht in einer Befreiung von der Pflicht zur Tragung der EEG-Umlage im Sinne der Legaldefinition des § 37 Abs. 2 S. 1 EEG. Insbesondere geht es bei der Aufbereitung und Analyse um die Auslegung und Anwendung der Merkmale des § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG²: „Betreib[en]“ einer Stromerzeugungsanlage als „Eigenerzeuger“. Dies erfolgt vor folgendem Hintergrund:

Der Gesetzgeber war und ist sich der wirtschaftlichen Belastung durch die EEG-Umlage³ für die Akteure^{***} der Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland bewusst. Dies überrascht nicht, schließlich leitet er das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)⁴ mit dem s. g. energiewirtschaftsrechtlichen Pentagon ein: Zweck des Gesetzes ist gemäß § 1 Abs. 1 die Sicherstellung einer gleichzeitig möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität. Nach dem letzten Teilsatz soll die Energieversorgung zudem zunehmend auf erneuerbaren Energien beruhen. Damit ist der Bogen geschlagen zum Recht der erneuerbaren Energien, insbesondere dem EEG, welches die

^{*} Die Verf. sind sich bewusst, dass diese Bezeichnung wörtlich nicht alle denkbaren Konstellationen erfasst. Sie haben sich jedoch mit der Auftraggeberin auf diese Begriffswahl geeinigt, da die Beteiligten sie als geeignete Chiffre für die weit überwiegende Mehrheit der Fälle ansehen.

¹ Vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 17. August 2012 (BGBl. I S. 1754).

^{**} Auch diese Begrifflichkeit leidet an einer gewissen Unschärfe. Da der Gesetzgeber jedenfalls bei EEG 2004 und 2009 davon ausging, dass der industrielle Eigenverbrauch per se nicht der EEG-Umlage unterfalle, liegt genau genommen eine Nichtregelung vor. Ein Sachverhalt, auf den eine bestimmte Norm schon von ihren Voraussetzungen her nicht anwendbar ist, ist nicht ohne Weiteres als „Privilegierung“ aufzufassen. Vgl. zu einer „echten“ Privilegierung die besondere Ausgleichsregelung der §§ 40 ff. EEG 2012.

² EEG in der Fassung der PV-Novelle vom 17. August 2012 (BGBl. I S. 1754); vorher geregelt in § 37 Abs. 3 Nr. 2 lit. b EEG 2012.

³ Die für das Jahr 2012 von den Übertragungsnetzbetreibern festgesetzte EEG-Umlage i. S. d. § 37 Abs. 2 EEG beträgt 3,59 Cent/kWh. Der Wert lässt gleichwohl unberücksichtigt, dass durch die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien der Börsenstrompreis sinkt. Infolge dieses s. g. Merit-order-Effekts ist die Nettobelastung tatsächlich geringer.

^{***} **Sprachliche Gleichbehandlung:** Der Gebrauch von Personenbezeichnungen im Maskulinum erfolgt nur dort, wo geschlechtsneutrale Begriffe nicht zur Verfügung stehen, einer einfacheren Lesbarkeit halber und umfasst in gleicher Weise weibliche Personen.

⁴ Vom 7. Juli 2005, BGBl. I S. 1970, ber. S. 3621, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 16. Januar 2012 (BGBl. I S. 74).

Lastentragung im Zuge der Förderung des Einsatzes erneuerbarer Energieträger im Kern in ein Solidarsystem einbettet. Zwischen dem EnWG und dem EEG spannt sich ein Verhältnis auf, das schon auf dieser abstrakten Ebene eine Auflösung über eine restriktive Handhabung von Ausnahmen von der EEG-Umlage nahelegt⁵; gleichwohl legitimiert § 1 Abs. 1 EnWG im Hinblick auf die Kosten der Energieversorgung die Interessen, die hinter dem individuellen Streben nach Kostensenkung auch in Bezug auf die EEG-Umlage stehen.

Der Gesetzgeber hat die mit der EEG-Umlage verbundenen wirtschaftlichen Lasten zum Anlass für die Schaffung der §§ 40 ff. EEG 2012 sowie bereits der Vorläufernormen, insbesondere § 16 EEG 2004, genommen. Durch diese Besondere Ausgleichsregelung, die im Kern auf eine weitgehende Freistellung der Begünstigten von der EEG-Umlage hinausläuft, sollen Wettbewerbsnachteile für den Wirtschaftsstandort Deutschland vermieden werden; im Hinblick auf die Privilegierung von Schienenbahnen soll außerdem ein Lenkungseffekt zugunsten dieses als umweltfreundlich eingestuften Verkehrsmittels erzielt werden.

Insbesondere bei den Unternehmen, die nicht die Voraussetzungen dieser Besonderen Ausgleichsregelung erfüllen, und deren Beratern ist aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der mit der EEG-Umlage verbundenen Kosten gesteigerte Kreativität festzustellen. Diese zielt auf die Schaffung von Strukturen, die den Betroffenen die Inanspruchnahme der Privilegierung nach § 37 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 EEG 2012 ermöglichen soll. Es kommt hinzu, dass der Gesetzgeber im Zuge der Schaffung des EEG 2012 die Privilegierung der Eigenerzeugung bzw. des Eigenverbrauchs gegenüber der Fassung im EEG 2009 eingeschränkt hat, woraus die genannten Akteure zusätzlichen Handlungsbedarf für sich ableiten.

Im Markt kursieren daher insbesondere die folgenden Strukturierungsmodelle, die darauf analysiert werden sollen, ob sie sich innerhalb von Umfang und Reichweite des Eigenverbrauchsprivilegs halten (Zusammenfassung der rechtlichen Beurteilung s. unten 7):

- das „Pachtmodell“: Die Stromerzeugungsanlage befindet sich im Eigentum des Stromverbrauchers, wird aber von einem Dritten betrieben, der (z. B. als Pächter der Anlage) das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebes trägt

⁵ Kritisch zur steigenden Inanspruchnahme des Eigenverbrauchsprivilegs daher z. B. auch *BNetzA*, Evaluierungsbericht zur Ausgleichsmechanismusverordnung, März 2012, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/BNetzA/Sachgebiete/Energie/ErneuerbareEnergie/nGesetz/EvaluierungsberichtAusglMechV/EvaluierungsberichtAusglMechV.pdf?blob=publicationFile>, letzter Aufruf am 2. Juli 2012.

(**Modell 1**, zur rechtlichen Beurteilung s. nachfolgend unter 4.3.1, nach (1), S. 20)⁶;

- das „Betreibergemeinschafts-/Betriebsführungsmodell“: Die Stromerzeugungsanlage befindet sich im gemeinsamen Eigentum mehrerer Stromverbraucher, die jeweils einen Teil des Stroms abnehmen und das wirtschaftliche Risiko des Betriebs tragen; die Betriebsführung liegt bei einem Dritten (**Modell 2**, zur rechtlichen Beurteilung s. nachfolgend unter 4.3.1, am Ende, S. 27, 4.3.2, S. 32, sowie unter 4.3.3);
- das „Scheibenpachtmodell“: Ein Dritter ist Eigentümer der Stromerzeugungsanlage, von der Anteile („Megawatt-Scheiben“) an verschiedene Stromverbraucher verpachtet werden, die das wirtschaftliche Risiko für einen Teil des Betriebs tragen (**Modell 3**, zur rechtlichen Beurteilung s. nachfolgend unter 4.3.1, am Ende, S. 27, 4.3.2, S. 32, sowie unter 4.3.3); und
- Contracting-Gestaltungen, insbesondere (zur rechtlichen Beurteilung s. nachfolgend unter 4.3.1, am Ende, S. 27, sowie unter 4.3.2, S. 30 f. und 35)
 - ◆ Dampf-/Druckluftcontracting: Ein Dritter ist Eigentümer und Betreiber der Stromerzeugungsanlage sowie einer Energieverbrauchseinrichtung (z. B. Dampf-, Druckluftherzeugung) und liefert das Erzeugnis (z. B. Dampf- oder Druckluft) an seine Kunden (**Modell 4**);
 - ◆ Lichtcontracting: Ein Dritter ist Eigentümer und Betreiber der Stromerzeugungsanlage und verpflichtet sich zur Installation und Wartung von Stromverbrauchern (z. B. Beleuchtungsmittel, Klimaanlage, Aufzüge oder Rolltreppen); der Kunde zahlt dem Dienstleister eine Vergütung für die Bereitstellung der Dienstleistung (Licht, Kälte, Fortbewegungsmöglichkeit; **Modell 5**); sowie
 - ◆ Lohncontracting: Ein Dritter ist Eigentümer der Stromerzeugungsanlage und führt den Betrieb nach Anweisung eines Kunden, der den Einsatzstoff (z. B. Erdgas) unentgeltlich bereitstellt und Wärme und Strom abnimmt. Die Betriebsführung richtet sich nach seinem Strom- und Wärmebedarf. Er zahlt dem Eigentümer der Stromerzeugungsanlage ein Entgelt für die Umwandlung des Einsatzstoffes in Strom und Wärme (**Modell 6**).

Bei der Analyse wird von besonderem Gewicht sein, inwieweit diese Modelle gesichert die für diese Einschätzung ausschlaggebenden Kriterien des „Tragens des wirtschaftlichen Risikos“ und des Anlagen-„Betriebs“ durch den Verbraucher erfüllen.

⁶ In der Praxis dürfte dieses Modell kaum mehr anzutreffen sein. Unter „Pachtmodell“ wird heute auch eine Gestaltung verstanden, in welcher der Stromverbraucher, der nicht Eigentümer der Stromerzeugungsanlage ist, die Anlage pachtet und diese selbst betreibt, wobei er in der Regel auch das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebs trägt. Für dieses Modell gelten je nach Lage des Einzelfalls die nachfolgenden Ausführungen zum Modell 3 (Scheibenpachtmodell) und zum Modell 4 (Dampf-/Druckluftcontracting).

Besonderes Augenmerk wird in dem Kurzgutachten auf eine genaue rechtliche Abschichtung der vertraglichen Beziehungen in den einzelnen Fallgruppen gelegt. Methodisch wird eine Auslegung des Gesetzes anhand des anerkannten Kanons der Auslegungsmethoden durchgeführt. Dies schließt insbesondere die Betrachtung von Parallelen und Abgrenzungen von ähnlichen oder gleich bezeichneten Rechtsbegriffen aus unterschiedlichen energie- und umweltrechtlichen Fachgesetzen im Sinne der Einheit der Rechtsordnung ein.

Bei der Bewertung der genannten Fallgruppen wird ferner auf eine steuer- und bilanzrechtliche Analyse zurückgegriffen, die aufzeigt, inwieweit die einzelnen Modelle etwa unterschiedliche Bilanzierungserfordernisse hervorrufen. Daraus werden, soweit ergiebig, Rückschlüsse auf das „Tragen des wirtschaftlichen Risikos“ gezogen. Überdies wird die verbrauchssteuerrechtliche, vor allem stromsteuerrechtliche Literatur und Rechtsprechung zu stromsteuerfreiem Eigenstrom auf Anhaltspunkte zur Bewertung geprüft, was ausdrücklich dem Willen des Gesetzgebers entspricht⁷.

Schließlich ist es geboten, die so gefundenen Ergebnisse insgesamt einer Kontrolle unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 GG zu unterziehen.

Die Frage des Eigenverbrauchsprivilegs hat durchaus bereits eine gewisse Aufmerksamkeit im juristischen Schrifttum erzeugt⁸. Die Kommentarliteratur hat das Thema ebenfalls aufgegriffen, ist aber im Umfang überschaubar⁹. Aus der Rechtsprechung sind ohne Zweifel die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 21. Dezember 2005¹⁰ und 9. Dezember 2009¹¹ nennenswert, sie lassen allerdings auf den ersten Blick nur eine – restriktive – Linie der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die Zubilligung des Eigenverbrauchsprivilegs erkennen, der es noch an Detailschärfe fehlt. Es wird daher neben einer gründlichen Auswertung dieser Rechtserkenntnisquellen auf allgemeine rechtliche Vorgaben insbesondere des zivilrechtlichen Vertragsrechts, des öffentlich-

⁷ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, BT-Drs. 17/6071, S. 83

⁸ Beispielsweise im Überblicksaufsatz von *Scholtka/Helmes*, NJW 2011, 3185 – bereits zur Rechtslage nach EEG 2012, zum Eigenverbrauchsprivileg nach dieser Fassung des EEG eingehend *Kachel*, Contracting und Recht (CuR) 2011, 100; zur Rechtslage nach dem EEG 2009 bei *Salje*, FS Kühne, 2010, S. 311 ff., ders., IR 2008, 102, *Scholtka*, FS Kühne, 2010, S. 343 ff., und *Riedel*, IR 2010, 101, sowie zum Anlagenbetreiberbegriff im Hinblick auf die Abgrenzung von Eigenverbrauch und Direktvermarktung bei *Hahn/Naumann*, ZUR 2011, 571, zum EEG 2004 *Lehnert*, ZNER 2008, 39.

⁹ S. inbes. *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 27-29; noch zur Vorläufernorm *Altrock* in: ders./Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 37 Rn. 54, 22; *Danner/Theobald*, Energierecht, 71. EL 2011, äußern sich soweit ersichtlich nicht zum Eigenverbrauchsprivileg.

¹⁰ RdE 2006, 157 = NJW-RR 2006, 632.

¹¹ RdE 2010, 225 = NVwZ-RR 2010, 315.

rechtlichen Energie- und Umweltrechts, des Steuerrechts und des Bilanzrechts zurückgegriffen, um die aufzuarbeitenden Fragestellungen einer tragfähigen juristischen Bewertung zuzuführen.

Das Gutachten untersucht demnach, wie sich die Rechtslage des industriellen Eigenverbrauchs darstellt. Der industrielle Eigenverbrauch, der im EEG 2009 nur aus einer teleologischen Reduktion des § 37 Abs. 6 EEG 2009 abgeleitet wurde¹², wurde im EEG 2012 erstmals einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zugeführt¹³ und zugleich in seinem Wirkungsbereich eingeschränkt.¹⁴ Nach einer weiteren Änderung im Zuge der jüngsten „PV-Novelle“ (Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien¹⁵) lautet die Vorschrift nunmehr wie folgt:

„§ 37 Vermarktung und EEG-Umlage

- (1) Die Übertragungsnetzbetreiber müssen selbst oder gemeinsam den nach den §§ 16 und 35 Absatz 1 vergüteten Strom diskriminierungsfrei, transparent und unter Beachtung der Vorgaben der Ausgleichsmechanismusverordnung vermarkten.*
- (2) Die Übertragungsnetzbetreiber können von Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher liefern, anteilig zu dem jeweils von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen an ihre Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher gelieferten Strom die Kosten für die erforderlichen Ausgaben nach Abzug der erzielten Einnahmen und nach Maßgabe der Ausgleichsmechanismusverordnung verlangen (EEG-Umlage). Der Anteil ist so zu bestimmen, dass jedes Elektrizitätsversorgungsunternehmen für jede von ihm an eine Letztverbraucherin oder einen Letztverbraucher gelieferte Kilowattstunde Strom dieselben Kosten trägt. Auf die Zahlung der EEG-Umlage sind monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu entrichten.*
- (3) Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher stehen Elektrizitätsversorgungsunternehmen gleich, wenn sie Strom verbrauchen, der nicht von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen gelie-*

¹² So Altrock in: ders./Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 37 Rn. 54, 22; Salje, EEG, 6. Aufl. 2012, 5. Aufl. 2009, § 37 Rn. 54 ff. m. ausführlicher Begründung; OLG Celle, ZNER 2009, 151, bestätigt durch BGH, NVwZ-RR 2010, 315.

¹³ So auch Kachel, CuR 2012, 100 (100, 103).

¹⁴ Ausführlich zur Rechtsentwicklung s. nachfolgend unter 3.

¹⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/8877, Nr. 14, S. 6, 23 f. Das Gesetz muss noch im Bundesgesetzblatt verkündet werden.

fert wird. Betreibt die Letztverbraucherin oder der Letztverbraucher die Stromerzeugungsanlage als Eigenerzeuger und verbraucht den erzeugten Strom selbst, so entfällt für diesen Strom der Anspruch der Übertragungsnetzbetreiber auf Zahlung der EEG-Umlage nach Absatz 2 oder Satz 1, sofern der Strom

- 1. nicht durch ein Netz durchgeleitet wird oder*
- 2. im räumlichen Zusammenhang zu der Stromerzeugungsanlage verbraucht wird.*

[...]“

Flankiert wird dies durch eine Übergangsregelung: Nach § 66 Abs. 15 EEG 2012 wird Bestandsschutz für Eigenverbrauchskonstellationen, die heute nicht mehr die einschränkenden räumlichen Anforderungen des § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG erfüllen, gewährleistet, sofern sie sich bereits vor dem 1. September 2011 in Vollzug befanden.¹⁶

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass auch ohne gesetzgeberische Korrekturen keinesfalls alle der zu untersuchenden Fallgruppen tatsächlich in den Genuss des Eigenverbrauchsprivilegs kommen können. Dort, wo in wirtschaftlicher und vertraglicher Hinsicht Lieferbeziehungen gegeben sind, dürfte unabhängig von sachenrechtlichen Wertungen von einem Ausscheiden einer Inanspruchnahme des Eigenverbrauchsprivilegs auszugehen sein. Auch die Einordnung von Contracting-Modellen in den industriellen Eigenverbrauch dürfte im Ergebnis überwiegend an dem Vorliegen von Lieferbeziehungen scheitern. Ferner ist der ihnen innewohnende Umgehungscharakter im Hinblick auf die gleichmäßige Belastung möglichst vieler mit der EEG-Umlage kritisch.

In einem Exkurs wird auf Wunsch des Auftraggebers kurz auf die Frage eingegangen, welche Folgen die gefundenen Ergebnisse für s. g. Minikraftwerke zur dezentralen Stromerzeugung in Mehrparteienwohnanlagen haben. Besonderes Augenmerk wird insoweit darauf gelegt werden, ob die Wahl einer Kapital- oder Personengesellschaft im Hinblick auf Eigentümer und Betreiber einer solchen Anlage auf die Einordnung in § 37 Abs. 3 EEG 2012 ausschlaggebenden Einfluss hat.

¹⁶ Hierzu, auch unter dem Gesichtspunkt des Nachweises der tatsächlichen Voraussetzungen, *Kachel*, CuR 2012, 100 (104).

2. Abschichtung der vertraglichen Verhältnisse

Die vertraglichen Verhältnisse, die die einzelnen Fallgruppen abbilden, sowie die jeweils unterstellte Allokation des wirtschaftlichen Risikos innerhalb der Modelle sind in **Anlage A** zu diesem Kurzgutachten skizziert. Diese Skizzen sind Ausgangspunkt für die fallgruppenbezogene Analyse und Bewertung der rechtmäßigen Inanspruchnahme des Eigenverbrauchsprivilegs anhand der nachstehenden Gesichtspunkte.

3. Rechtsentwicklung

Die rechtliche Auseinandersetzung mit dem Thema des industriellen Eigenverbrauchs reicht – wobei hier zunächst unterstellt wird, dass die energiewirtschaftsrechtliche Behandlung dieses Themas für die Betrachtung unter dem EEG von Bedeutung ist¹⁷ – weit in das 20. Jahrhundert zurück. Unter der Geltung des § 5 EnWG in der Fassung vom 19. Dezember 1977¹⁸, welche noch immer auf dem 1935 erlassenen EnWG beruhte (und noch bis 1998 beruhen sollte), unterlagen Energieversorgungsunternehmen, also solche, die andere mit Energie versorgten, der Genehmigungspflichtigkeit.¹⁹ Hingegen herrschte für Kraftwerksbetreiber, die nur den Eigenbedarf aus dem Kraftwerksbetrieb befriedigten, Genehmigungsfreiheit. Insoweit gab die Rechtspraxis einem engen Eigenverbrauchsbegriff den Vorzug; sobald eine physikalische Weiterleitung stattfand, wurde dies als Auslöser der Genehmigungspflichtigkeit aufgefasst.

Mit der Schaffung des EnWG 1998²⁰ wurde dieser Ansatz weiterentwickelt, § 2 Abs. 3 (später Abs. 4²¹), § 3 Abs. 1 Nr. 2 3. Var. Nach der erstgenannten Regelung waren Energieversorgungsunternehmen (EVU) „alle Unternehmen und Betriebe, die andere mit Energie versorgen oder ein Netz für die allgemeine Versorgung betreiben“. Die Aufnahme der Energieversorgung bedurfte nach der letztgenannten Vorschrift ausnahmsweise dann nicht der Genehmigung, wenn es sich um die „Versorgung von Abnehmern außerhalb der allgemeinen Versorgung“ handelte, „sofern die Belieferung überwiegend [...] aus Anlagen erfolgt, die Industrieunternehmen zur Deckung des Eigenbedarfs betreiben“. Unter der Geltung dieser Vorschrift ging eine Stimme aus der Kommentarliteratur davon aus, dass eine Eigenversorgung noch bei der „Lieferung von Energie an Betriebe desselben Unternehmens“ gegeben sei, nicht aber bei einer upstream-

¹⁷ Zu dieser Unterstellung s. nachfolgend näher unter 4.3 (1) m. Fn. 60 und 61.

¹⁸ Gemäß Gesetz zur Änderung energierechtlicher Vorschriften, BGBl. I S. 2750.

¹⁹ Hierzu sowie zum Folgenden *Scholtka*, FS Kühne, 2010, S. 343 (358) m. w. N.

²⁰ Vom 24. April 1998, BGBl. I S. 730.

²¹ Mit Wirkung ab dem 24. Mai 2003 aufgrund Gesetzes vom 20. Mai 2003 (BGBl. I S. 686).

Belieferung einer rechtlich selbständigen Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft oder bei einer Belieferung von Schwestergesellschaften.²² Es wurde insoweit ganz wesentlich auf die Selbständigkeit der beteiligten Rechtssubjekte abgestellt.²³

Mittlerweile war 1990 auch das Stromeinspeisungsgesetz²⁴ als Vorläufergesetz des EEG in Kraft gesetzt worden. Mit dem Übergang von dessen Kostenerstattungsmodell über das novellierte Stromeinspeisungsgesetz von 1998²⁵ hin zum „Durchreichungsmodell“, das seit dem EEG 2000²⁶ gilt,²⁷ stellte sich zunehmend auch die Frage der Behandlung des industriellen Eigenverbrauchs.

Soweit ersichtlich, wurde der industrielle Eigenverbrauch erstmals in der Begründung zur Einfügung des § 11a in das EEG 2000 durch den Gesetzgeber 2003 angesprochen. Diese Vorschrift führte die Besondere Ausgleichsregelung ein. Der Gesetzgeber führte dort zu § 11a Abs. 2 Satz 1 EEG 2003-E knapp aus:

„Stromverbrauch aus Eigenerzeugung und Strom, der nicht aus dem öffentlichen Netz bezogen wird, wird nicht berücksichtigt, da dieser Strom nicht in den Ausgleichsmechanismus des EEG einbezogen ist.“²⁸

Bei der auf diese Einzeländerung folgenden planmäßigen EEG-Novelle 2004 (bis zu deren Zustandekommen § 11a EEG 2003 zeitlich befristet war, Art. 2 des Gesetzes von 2003) kam der Gesetzgeber erneut auf den industriellen Eigenverbrauch zu sprechen. Dort finden sich in der Begründung zu § 14 Abs. 7 EEG 2004-E die Sätze:

„Die Regelung hat dabei keine Auswirkungen auf den Strom, der als Eigenstrom erzeugt wird. Dieser ist auch zukünftig nicht erfasst.“²⁹

Hierzu ist anzumerken, dass sich diese beiden Sätze unmittelbar an folgende Ausführungen anschließen:

²² *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Stand Juni 2000, § 2 EnWG Rn. 31, zit. nach *Scholtka*, FS Kühne, 2010, S. 343 (358).

²³ Durchbrechungen wurden nur für Fälle erwogen, in denen die Tochtergesellschaft auch in operativen Angelegenheiten vollständig von der Muttergesellschaft beherrscht wurde.

²⁴ Vom 7. Dezember 1990, BGBl. I S. 2633; zu diesem und dessen Ablösung durch das EEG *Kloepfer*, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 11 Rn. 14, 16, 32 ff.

²⁵ Vom 24. April 1998, BGBl. I S. 730.

²⁶ Vom 29. März 2000, BGBl. I S. 305.

²⁷ *Scholtka*, FS Kühne, 2010, S. 343 (344).

²⁸ BT-Drs. 15/810, S. 5.

²⁹ BT-Drs. 15/2864, S. 49.

„Der neue Absatz 7 soll eine Umgehung der Kostentragungspflicht durch Ausschaltung einer Belieferung durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen, insbesondere durch den unmittelbaren Import dieses Stroms aus dem Ausland verhindern. Eine solche Praxis widerspricht der gesetzgeberischen Absicht, die Kosten des Gesetzes möglichst verursachergerecht auf alle Stromabnehmer zu verteilen. Die Regelung ist auch nicht durch das Urteil des OLG Naumburg vom 9. März 2004 verzichtbar, da diese Entscheidung sich nur auf inländischen Strom bezieht.“

Im Hinblick auf eine möglichst gleichmäßige Lastenverteilung ist auch die Gesetzesbegründung zu § 14 Abs. 3 EEG 2004 aufschlussreich:

„Auf der vierten in § 14 Abs. 3 enthaltenen Stufe [des Ausgleichsmechanismus] wird ein weiterer Schritt vollzogen. [...] Dabei werden zunächst die nach Absatz 1 vorläufig weitergereichten Strommengen möglichst genau unter Zugrundelegung der erwarteten Energiemengen und Durchschnittsvergütungen weitergegeben und zusätzlich später ein genauer Ausgleich geschaffen. Im Ergebnis werden so alle Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom liefern, zu prozentual gleichen Anteilen zur Stromabnahme und -vergütung verpflichtet. Diese vierte Stufe führt zu einer dem Prinzip der Entflechtung von Elektrizitätsversorgungsunternehmen ideal entsprechenden Verpflichtung der Stromlieferanten als Verursacher einer klima- und umweltgefährdenden Energieerzeugung. Die gleichmäßige Verteilung der Strommengen und damit der Vergütungen dient dabei auch dem Verbraucherschutz, da eine Ungleichbehandlung oder eine übermäßige Abwälzung vermieden wird.“

§ 14 Abs. 7 EEG 2004³⁰ lautet:

„Letztverbraucher, die Strom nicht von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen, sondern von einem Dritten beziehen, stehen Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne der Absätze 2 und 3 gleich.“

Es handelt sich damit um die Vorläufernorm des derzeit geltenden § 37 Abs. 3 EEG 2012. Als weitere Anhaltspunkte für die Artikulation des gesetzgeberi-

³⁰ Vom 21. Juli 2004, BGBl. I S. 1918. § 14 Abs. 7 EEG 2004 blieb bis zur Ablösung des EEG 2004 durch das EEG 2009 unverändert.

schen Willens im Rahmen des EEG 2004 werden dessen § 16 Abs. 2 Ziff. 1 und § 14 Abs. 3 Satz 1 angesehen.³¹

Zeitlich danach, aber zu der früheren 2000-er Fassung des EEG, setzte sich der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 21. Dezember 2005³² prominent mit der Frage der Reichweite des EEG-Ausgleichsmechanismus auseinander. Er argumentierte dabei im Kern mit dem Anwendungsbereich des EEG 2000, insbesondere dessen § 2 Abs. 1 Satz 1,³³ der lautet:

„Dieses Gesetz regelt die Abnahme und die Vergütung von Strom, der ausschließlich aus Wasserkraft, Windkraft, solarer Strahlungsenergie, Geothermie, Deponiegas, Klärgas, Grubengas oder aus Biomasse im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone gewonnen wird, durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Netze für die allgemeine Versorgung betreiben (Netzbetreiber).“

Allerdings wollte der Bundesgerichtshof hierin zunächst eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 11 Abs. 4 EEG 2000 nicht erkennen: dabei stellte er auch auf die Umweltbelastung der Stromerzeugung aus konventionellen Energiequellen ab und erachtete ihre erstrebte Begünstigung durch einen Ausschluss aus dem Belastungsausgleich gemäß § 11 Abs. 4 EEG 2000 als dem Gesetzeszweck gegenläufig an. Jedoch differenzierte der Bundesgerichtshof in seinen nachfolgenden Ausführungen zwischen den ausgleichsverpflichteten Rechtssubjekten und den in den Ausgleich einzubeziehenden Strommengen und erkannte im Hinblick auf diese eine Einschränkung anhand des Kriteriums des Bezugs von Strom aus einem „Netz für die allgemeine[n] Versorgung“ an.³⁴ Es liegt nahe, dass er sich dabei von der Begründung zu § 11a Abs. 3 EEG 2003 leiten ließ.³⁵

Ebenfalls 2005 sanktionierte der Gesetzgeber des EnWG bestimmte Contracting-Modelle durch die Schaffung der Objektnetzregelung des § 110 EnWG 2005³⁶, insbesondere durch dessen Abs. 3, der bei seinem Zustandekommen folgenden Wortlaut hatte:

³¹ Salje, FS Kühne, 2010, S. 311 (312, 316).

³² S. Fn. 10.

³³ NJW-RR 2006, 362 (365 f.).

³⁴ NJW-RR 2006, 362 (367).

³⁵ Salje, FS Kühne, 2010, S. 311 (312).

³⁶ § 110 EnWG 2005 wurde durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 2011 (BGBl. I S. 1554) mit Wirkung ab dem 4. August 2011 infolge europarechtlich begründeten Änderungsbedarfs durch die geltende Fassung des § 110 EnWG über geschlossene Verteilernetze abgelöst.

„Eigenversorgung [...] ist die unmittelbare Versorgung eines Letztverbrauchers aus der für seinen Eigenbedarf errichteten Eigenanlage oder aus einer Anlage, die von einem Dritten ausschließlich oder überwiegend für die Versorgung eines bestimmbareren Letztverbrauchers errichtet und betrieben wird.“

Diese Bestimmung wird häufig in Zusammenhang mit den Begriffsbestimmungen des seit 5. August 2011 geltenden § 3 Nr. 18 (Energieversorgungsunternehmen), Nr. 24a und 24b (Kundenanlagen) sowie Nr. 25 (Letztverbraucher) EnWG bzw. ihrer Vorläufernormen gebracht.

Im Zuge der Gesetzesbegründung zum EEG 2009 unterblieb dann im Ergebnis eine explizite Wiederholung der Ausführungen zum industriellen Eigenverbrauch, wie sie in den Begründungen 2003 und 2004 enthalten waren.³⁷ Jedoch nahm der Gesetzgeber die Vorgängerfassung des EEG jeweils ausdrücklich in Bezug,³⁸ so dass davon auszugehen ist, dass sich auch an seiner Intention im Hinblick auf den industriellen Eigenverbrauch nichts verändert hat.³⁹ Zwar schlug der Bundesrat eine Klarstellung für einige Fälle des industriellen Eigenverbrauchs vor:

„In Artikel 1 ist in § 37 nach Absatz 2 folgender Absatz 2a einzufügen:

„(2a) Strommengen, die nicht im Rahmen der allgemeinen Versorgung geliefert werden und in Anlagen erzeugt werden, die nicht oder überwiegend nicht der allgemeinen Versorgung dienen, werden bei der Ermittlung der Strommengen nach § 36 Abs. 2 dieser Vorschrift nicht berücksichtigt.“

Begründung

Strom, den Letztverbraucher für sich selbst erzeugen, ist nach dem Gesetzentwurf wie schon nach geltendem Recht nicht in den EEG-Belastungsausgleich einbezogen. Mit der Erzeugung durch den Letztverbraucher selbst sollten die Fälle gleichgestellt werden, in denen eine ausgegliederte Tochtergesellschaft, ein Contracting-Unternehmen, ein Industriepark-Infrastrukturbetreiber o. Ä. die Erzeugung und Versorgung für einen oder mehrere feststehende oder bestimmbarere Letztverbraucher übernimmt. Hierbei handelt es sich meist um Stromerzeugung in sehr effizienten Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen. Eine Belastung dieses Stroms mit der EEG-

³⁷ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (347), vgl. auch Salje, FS Kühne, 2010, S. 311 (318).

³⁸ BT-Drs. 16/8148, S. 63 f.

³⁹ So auch Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (346).

Umlage würde die Attraktivität solcher Anlagen spürbar reduzieren und stünde daher in Widerspruch zur Zielsetzung des Integrierten Energie- und Klimaprogramms der Bundesregierung, zur Minderung der CO₂-Emissionen die Energieerzeugung in Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen auszubauen. Zur Abgrenzung dieser Fälle von den sonstigen Stromlieferungen der Elektrizitätsversorgungsunternehmen an Letztverbraucher erscheint der Begriff der allgemeinen Versorgung i. S. v. § 3 Nr. 17 EnWG am besten geeignet.“⁴⁰

Diesem Vorschlag wurde jedoch im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nicht Folge geleistet; die Bundesregierung sprach sich gegen eine solche Regelung aus mit einer im vorliegenden Zusammenhang interessanten Begründung:⁴¹

*„Dem Vorschlag wird nicht zugestimmt.
Der Vorschlag zielt darauf ab, Strom, der im Rahmen von Objektnetzen an einen Dritten geliefert wird, von der EEG-Umlage auszunehmen. Eine solche Ausnahme ist missbrauchsanfällig und kann bei den übrigen Stromverbrauchern zu zusätzlichen Kosten in Höhe von mehreren hundert Millionen Euro jährlich führen. Dies trifft besonders den Mittelstand und kleine Gewerbetreibende mit einem erhöhten Stromverbrauch, aber auch alle anderen Stromkunden.
Darüber hinaus schafft die Begünstigung von Objektnetzen Wettbewerbsverzerrungen zwischen Unternehmen, die Strom von normalen Versorgungsunternehmen beziehen, und solchen, die einen Direktlieferanten mit eigenem Netz haben.“*

Auch eine vom ersten Referentenentwurf vom 9. Oktober 2007⁴² vorgesehene Mengengrenze (2 Megawatt) für den industriellen Eigenverbrauch, der EEG-umlagefrei bleiben sollte, setzte sich nicht durch.

2009 kam es aber noch zu einer weiteren richtungweisenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Hinblick auf den industriellen Eigenverbrauch und dessen Stellung gegenüber dem Ausgleichsmechanismus des EEG:⁴³ das Gericht stellte klar, dass es im Hinblick auf § 11 Abs. 4 EEG 2000 einerseits und § 14 Abs. 3 EEG 2004 andererseits Anlass sehe, zu unterschiedlichen Ergebnissen im Hinblick auf die Behandlung von industriellem Eigenverbrauch unter dem

⁴⁰ Stellungnahme BT-Drs. 16/8148, S. 90.

⁴¹ BT-Drs. 16/8393, S. 3; hierauf Bezug nehmend *Salje*, FS Kühne, 2010, S. 311, *Riedel*, IR 2010, 101 (103).

⁴² Abrufbar unter http://www.clearingstelle-eeeg.de/files/A1a-EEG_2009_RefE_Gesetzestext_endg_2007-10-09.pdf, letzter Aufruf am 2. Mai 2012, dort § 41 Abs. 6 EEG 2009-RefE.

⁴³ S. Fn. 11.

Gesichtspunkt der Einbeziehung in den EEG-Ausgleichsmechanismus zu kommen. Dabei setzte sich der Bundesgerichtshof auch eingehend mit der vorstehend aufgezeigten Genese der EEG 2004 und 2009 sowie der Entwicklung von der einen zur anderen Fassung des EEG auseinander.⁴⁴ Kernelement der Entscheidung ist die Abkehr des Gerichts von der Anknüpfung an die Durchleitung von Strom durch ein Netz für die allgemeine Versorgung:

„Entgegen der Auffassung der Revision werden von § 14 Absatz 3 Satz 1, 3 und 4 EEG 2004 [...] auch die Strommengen erfasst, die von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen außerhalb eines der allgemeinen Versorgung dienenden Netzes an verbundene Unternehmen geliefert werden.“

Mit dem Zustandekommen des EEG 2012 hat der Gesetzgeber zentrale Aspekte der BGH-Entscheidungen von 2005 und 2009 in den Gesetzeswortlaut des § 37 Abs. 3 EEG 2012 aufgenommen, die in Literatur und Rechtsprechung argumentativ aufgegriffen worden waren und auch Gegenstand einer Empfehlung im BMU-Entwurf des Erfahrungsberichts 2011 zum EEG sind:⁴⁵ die Rede ist von der Einbeziehung von Strom, der durch ein Netz (im Sinne des § 3 Abs. 7 EEG 2012) geleitet wird, § 37 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 EEG, und nicht den Rücknahmen des § 37 Abs. 4 EEG⁴⁶ unterfällt, in den EEG-Ausgleichsmechanismus.

In der Begründung zu § 37 Abs. 3 EEG 2012 weist der Gesetzgeber erstmals auf seine Sicht zum Verhältnis zwischen dieser Norm und der stromsteuerrechtlichen Privilegierung gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) Stromsteuergesetz (StromStG)⁴⁷ hin:

„Der neue Absatz 3 entspricht im Wesentlichen dem Absatz 6 der bisher geltenden Fassung. Allerdings wird die Eigenerzeugung künftig nur dann von der EEG-Umlage befreit, wenn der Strom nicht über das öffentliche Netz geleitet wird, es sei denn der Strom wird durch den Betreiber oder Betreiberin einer Stromerzeugungsanlage selbst verbraucht. Der Eigenverbrauch durch den Stromerzeuger wird ähnlich auch nach § 9 Absatz 1 Nummer 3 Buchstabe a des Stromsteuergesetzes von der Stromsteuer befreit. Die Vorschrift im EEG ist in Übereinstimmung mit der Bestimmung aus dem Stromsteuergesetz

⁴⁴ NVwZ-RR 2010, 315 (316).

⁴⁵ Stand 3. Mai 2011, abrufbar unter http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/eeg_erfahrungsbericht_2011_entwurf.pdf, S. 159 f., letzter Aufruf am 26. April 2012.

⁴⁶ Bis zur PV-Novelle waren diese Regelungen in § 37 Abs. 3 EEG 2012 zusammengefasst.

⁴⁷ Vom 24. März 1999, BGBl. I S. 378, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Änd. des Energiesteuer- und des Stromsteuergesetzes vom 1. März 2011 (BGBl. I S. 282 iVm Bek. v. 3. August 2011, BGBl. I S. 1726).

auszulegen, soweit beide inhaltlich übereinstimmen. Der Begriff Netz ist in § 3 Nummer 7 EEG legaldefiniert und bezieht sich nur auf Netze der allgemeinen Versorgung. Lieferungen von Strom außerhalb des Netzes der allgemeinen Versorgung sind weiterhin nach Absatz 1 von der EEG-Umlage erfasst, es sei denn, es handelt sich um eine Eigenerzeugung, bei der dieselbe juristische Person den Strom erzeugt und ohne Nutzung eines Netzes der allgemeinen Versorgung verbraucht.“⁴⁸

Unlängst wurde durch die sog. PV-Novelle § 37 Abs. 3 EEG 2012 durch drei neue Absätze 3 bis 5 ersetzt.⁴⁹ Aus Sicht der Regierungskoalition wird hierdurch im Hinblick auf den vorliegend in Rede stehenden industriellen Eigenverbrauch nur eine (weitere) Klarstellung der Regelung des § 37 Abs. 3 EEG 2012 verfolgt:

„Der neu gefasste § 37 Absatz 3 EEG entspricht dem bisherigen § 37 Absatz 3 EEG mit Ausnahme der Regelung zu den Speichern, die in Absatz 4 überführt wurde. Die Änderungen in Absatz 3 sind im Übrigen rein redaktionell.“

4. Auslegung

Angesichts der unter 3. dargestellten Entwicklung der Frage des industriellen Eigenverbrauchs im Energiewirtschaftsrecht einerseits und im Recht der erneuerbaren Energien andererseits überrascht es nicht, dass bei der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens nicht alle Stimmen aus Literatur und Rechtsprechung darin übereinstimmen, was als privilegierter industrieller Eigenverbrauch angesehen werden soll. Die historische und teleologische Auslegung wartet daher mit einigen Unbekannten auf. Demgemäß soll auf sie und insbesondere die in der Literatur zu ihr vorfindlichen Stellungnahmen im Folgenden genauer eingegangen werden. Auch der systematischen Auslegung wird die gebotene Aufmerksamkeit zugewendet. Dem vorangestellt werden einleitende Bemerkungen zur Feststellung der Auslegungsbedürftigkeit und der grammatischen Auslegung des EEG im Hinblick auf das Eigenverbrauchsprivileg.

4.1 Vorbemerkung

⁴⁸ BT-Drs. 17/6071, S. 83.

⁴⁹ Gesetz vom 17. August 2012 zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien, BGBl. I S. 1754; s. hierzu insbesondere den Fraktionsentwurf mit Gesetzesbegründung: BT-Drs. 17/8877, Nr. 14, S. 6, 23 f. – dort findet sich auch das nachstehende Zitat. S. zu dem Gesetzentwurf schon oben unter 1., S. 3 m. Fn.

Ziel der Auslegung eines Gesetzes ist es, die Bedeutung seines Wortlautes zu ermitteln.⁵⁰ Unschärfen im Gesetzestext – die aufgrund der Natur des Verständigungsmittels Sprache in aller Regel unvermeidlich sind – erzeugen Auslegungsbedarf. Die Auslegung erfolgt anhand des Wortlauts (**grammatische Auslegung**), des Sinns und Zwecks (**teleologische Auslegung**) der Norm, ihrer Stellung und Bezüge innerhalb des Normkontexts (**systematische Auslegung**) und ihrer Entstehungsgeschichte im Sinne des Erforschens des gesetzgeberischen Willens (**historische Auslegung**), wobei sich diese Herangehensweisen natürlich überschneiden.

4.2 Grammatische Auslegung, Grundannahmen infolge insoweit allgemein übereinstimmender Ansichten

Die Wortlautauslegung führt hier im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „selbst“ verbrauchen über das allgemeinsprachliche Verständnis, das relativ offensichtlich erscheint, auf die Spur der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, soweit sich diese mit der Frage der Personenidentität zwischen Stromerzeuger und -verbraucher auseinandersetzt.⁵¹ Die rechtswissenschaftlichen Abhandlungen um den industriellen Eigenverbrauch haben sich mit dem Wort „selbst“, wie es seit der EEG-Novelle 2012 als Tatbestandsmerkmal in § 37 Abs. 3 Nr. 2 lit. b) bzw. Abs. 3 Satz 1 enthalten ist, noch nicht eingehender befasst. Sie knüpfen meist an den Begriff der Eigenversorgung an, den sie den Gesetzesbegründungen oder anderen energierechtlichen Vorschriften entnehmen.⁵² Insoweit ist es zwar zutreffend, dass das EEG die Eigenversorgung (bzw. im Sinne der hier gebrauchten Terminologie den industriellen Eigenverbrauch) nicht definiert,⁵³ es führt aber insoweit in die Irre, als diese auch kein geschriebenes Tatbestandsmerkmal ist, sondern eine Umschreibung einer Bereichsausnahme.

Als gesichert darf Folgendes gelten – und dies ist folgerichtig auch nicht Gegenstand dieses Kurzgutachtens, was die beauftragte Modellbetrachtung angeht –:

- (1) Besteht strikte rechtliche Personenidentität zwischen Betreiber der Stromerzeugungsanlage und Verbraucher genau bestimmter Strommengen (und werden diese den örtlichen Kriterien des § 37 Abs. 3 EEG 2012 gerecht),

⁵⁰ Vgl. hierzu und zum Folgenden statt vieler *Zippeius*, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006, 42 ff.

⁵¹ NVwZ-RR 2010, 315 (316 ff.).

⁵² Siehe nur *Lehnert*, ZNER 2008, 39, passim, *Riedel*, IR 2010, 101; *Salje*, IR 2008, 102, passim; ders., FS Kühne, 2010, S. 311, passim; differenzierend *Scholtka*, FS Kühne, 2010, S. 343 ff.: Eigenerzeugung, Eigenstrom, nur im Hinblick auf § 110 Abs. 3 EnWG 2005: Eigenversorgung (S. 355).

⁵³ Vgl. *Lehnert*, ZNER 2008, 39; *Salje*, FS Kühne, 2010, S. 311 (312).

liegt ein Fall des EEG-umlagebefreiten industriellen Eigenverbrauchs vor. Mitunter wird in dieser Herangehensweise auch eine eigene in Literatur und Rechtspraxis vertretene Meinung gesehen, die den industriellen Eigenverbrauch auf genau diese Konstellation begrenzen möchte (im Folgenden „**restriktiver Eigenverbrauchs begriff**“).⁵⁴

- (2) Ohne entscheidende Auswirkung soll auch die bloße Betrachtung der Eigentumsverhältnisse an der Stromerzeugungsanlage bleiben, das heißt, privilegierter industrieller Eigenverbrauch soll nicht nur dort vorliegen können, wo der Stromverbraucher Zuordnungssubjekt der umfassenden sachenrechtlichen Verfügungsgewalt ist. Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus dem Rechtsgedanken des § 3 Nr. 2 EEG 2012.⁵⁵ Deshalb ist es aber auch nicht ausreichend, wenn der Verbraucher Eigentümer der Stromerzeugungsanlage ist. Hat er den Betrieb einem Dritten übertragen, kann wiederum ein Lieferverhältnis entstehen.
- (3) Schließlich bleibt die Konzernstruktur eines Unternehmens ohne entscheidenden Einfluss auf die Untersuchung eines spezifischen Modells unter den Gesichtspunkten des industriellen Eigenverbrauchs mit Blick auf dessen EEG-Umlagebefreiung, mit anderen Worten: für Konzernsachverhalte gelten die allgemeinen Kriterien ohne Abweichungen.⁵⁶

Nichtsdestotrotz wird man wohl konzedieren müssen, dass sich der Wortlaut des § 37 Abs. 3 EEG 2012 und seiner Vorgängernormen bislang als auslegungsbedürftig erwiesen hat⁵⁷ und dass die grammatische Auslegung den Aus-

⁵⁴ *Brodowski*, Der Belastungsausgleich im Erneuerbare-Energien-Gesetz und im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz im Rechtsvergleich, 2007, S. 102 ff., insbes. S. 106. In diese Richtung nunmehr auch *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, Rn. 26 ff., 39.

⁵⁵ S. auch § 3 Abs. 10 Satz 2 KWKG; ebenso *Salje*, FS Kühne, 2010, S. 311 (325); *Scholtka*, FS Kühne, 2010, S. 343 (360), wobei dieser zu Recht darauf hinweist, dass § 3 Nr. 2 EEG 2009/2012 wegen des Anwendungsbereichs des EEG für Betreiber von Stromerzeugungsanlagen auf der Basis konventioneller Energieträger nur sinngemäß herangezogen werden kann; *Riedel*, IR 2010, 101 (103), der ferner auf den so erreichten Gleichklang mit dem Energiesteuerrecht hinweist. Zum Energiesteuerrecht s. auch nachstehend unter 4.5.

⁵⁶ Herrschende Meinung, u. a. *Brodowski*, Der Belastungsausgleich im Erneuerbare-Energien-Gesetz und im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz im Rechtsvergleich, 2007, S. 102 ff., insbes. S. 106; *Scholtka*, FS Kühne, 2010, S. 343 (349 ff.); bestätigt durch BGH, NVwZ-RR 2010, 315, unter expliziter Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung von *Salje*, IR 2008, 102; gleichwohl vertrat *Salje* die gegenteilige Auffassung auch nach dieser Entscheidung noch, FS Kühne, 2010, S. 311, gab sie aber mittlerweile ausdrücklich auf, *ders.*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 26; ähnlich vor der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes noch *Lehnert*, ZNER 2008, 39 (42); ebenfalls *Salje* zustimmend, jedoch wohl eingeschränkt auf Objekt- und Arealnetze, aus dieser Zeit *Jacobshagen* in: *Riedel/Schroeder-Czaja/Jacobshagen*, Objekt- und Arealnetze, 2007, S. 158 ff.; sich diesem anschließend im Wesentlichen ohne eigenständige Begründung *Altrock*, EEG, 3. Aufl. 2011, § 37 Rn. 54, 22.

⁵⁷ *Riedel/Thomann*, IR 2008, 8, nahmen dies zum Anlass eines Appells an den Gesetzgeber, eine gesetzliche Klarstellung vorzunehmen, wobei sie sich hierbei auf das Kriterium des Stromnetzes der allgemeinen Versorgung kaprizierten.

legungsbedarf allein nicht zu befriedigen vermag – wenngleich ihm aufgrund der nunmehr geltenden Fassung mehr Gewicht zukommen dürfte.⁵⁸

4.3 Der industrielle Eigenverbrauch im Recht der erneuerbaren Energien unter Berücksichtigung des Energiewirtschaftsrechts

4.3.1 Extensiver und gemäßigter wirtschaftlicher Eigenverbrauchs begriff

Zur Rechtslage unter dem geltenden EEG 2012 wird im Schrifttum anerkannt, dass der Gesetzgeber durch die Neuregelung des § 37 Abs. 3 EEG 2012 die Fälle EEG-umlagebefreiten industriellen Eigenverbrauchs einschränken wollte.⁵⁹ In der vorausgegangenen Entwicklung der Diskussion war insbesondere in den Äußerungen im Schrifttum jedoch noch häufig das Bestreben nach einer möglichst weitläufigen Auslegung der aus dem EEG-Wälzungsmechanismus auszuschheidenden Sachverhaltsgestaltungen industriellen Eigenverbrauchs zum Ausdruck gekommen. Hierfür wurden im Kern folgende historisch-teleologischen Argumente vorgetragen:

(1) Ein Teil der Stimmen aus der Literatur bezog Stellung für eine extensive wirtschaftliche Herangehensweise (im Folgenden „**extensiver wirtschaftlicher Eigenverbrauchs begriff**“) an die Bestimmung des Umfangs, in welchem industrieller Eigenverbrauch aus dem Anwendungsbereich des EEG-Ausgleichsmechanismus⁶⁰ ausgeschieden werden sollte.⁶⁰ Kernargumente dabei waren:

- i. Für die inhaltliche Bestimmung von Rechtsbegriffen, die im EEG nicht definiert sind, sei prinzipiell auf das EnWG zurückzugreifen. Da „Eigenversorgung“ (industrieller Eigenverbrauch) im EEG nicht definiert sei, dürfe⁶¹ oder müsse⁶² auf die Begrifflichkeiten des

⁵⁸ Der geltende Wortlaut entkräftet zusammen mit der ihn betreffenden Gesetzesbegründung einige der bisher in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung vorgebrachten Argumente; hierzu passim im Folgenden.

⁵⁹ Scholtka/Helmes, NJW 2011, 3185 (3187).

⁶⁰ Wiederholt Salje, IR 2008, 102; ders., FS Kühne, 2010, S. 311; als Vertreter einer weiten Auffassung auch angesehen von Lehnert, ZNER 2008, 39 (40); Jacobshagen in: Riedel/Schroeder-Czaja/Jacobshagen, Objekt- und Arealnetze, 2007, S. 158 ff., aufgrund des Themas der Monografie eingeschränkt auf Objektverhältnisse; sich diesem anschließend im Wesentlichen ohne eigenständige Begründung Altrock, EEG, 3. Aufl. 2011, § 37 Rn. 54, 22; einschränkend neuerdings Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 39, 26.

⁶¹ So dem Grunde nach zutreffend Lehnert, IR 2008, 39 (40), unter Hinweis auf BT-Drs. 17/2864, S. 21:

„III. Verhältnis des EEG zum allgemeinen Energiewirtschaftsrecht

Das Erneuerbare-Energien-Gesetz regelt als Teilbereich des Energieumweltrechts das Recht der erneuerbaren Energien im Strombereich. Es enthält teilweise spezielle Regelungen von Sachverhalten, die allgemein ebenfalls im Energiewirtschaftsrecht geregelt werden. Im Fall des Zusammentreffens von Normen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes mit Regelungen des Energiewirtschaftsrechts und sich gegenseitig ausschließenden Rechtsfolgen gehen die Normen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes den Normen des Energiewirtschaftsrechts als speziellere Normen vor und verdrängen die Regeln des Energiewirtschaftsrechts für den Bereich der

EnWG (insbesondere die vorstehend unter 3., Seite 13, genannten)⁶³ zurückgegriffen werden.

- ii. Diese Begrifflichkeiten ließen die Frage nach „dem Grad an rechtlicher und wirtschaftlicher Selbständigkeit“⁶⁴ offen, der dazu führe, dass von einer Lieferbeziehung ausgegangen werden müsse, deren Gestaltung das Nichtvorliegen industriellen Eigenverbrauchs zur Folge habe.
- iii. Der Gesetzgeber habe die Reichweite des industriellen Eigenverbrauchs nicht geklärt, sondern nur dessen Privilegierung in den jeweiligen Gesetzesbegründungen seit dem EEG 2004 betont. Es sei nicht davon auszugehen, dass er das Gemeinlastprinzip ungemindert im Recht der erneuerbaren Energien habe umsetzen wollen. Vielmehr habe er eine vermittelnde Lösung „im Spannungsfeld zwischen Verursachungsprinzip und Gemeinlastprinzip“ gewählt und sich an Gesichtspunkten der Gruppennützigkeit orientiert. Gemeinsam mit dem Bundesgerichtshof⁶⁵ sei davon auszugehen, dass eine Wechselbeziehung zwischen Förderfähigkeit der Anlagen und Lastentragung aus dem EEG-Ausgleichsmechanismus intendiert sei.⁶⁶
- iv. Die Zugrundeliegung eines extensiven Verständnisses EEG-umlagebefreiten industriellen Eigenverbrauchs sei auch deshalb geboten, weil

*„nicht gewollt sein kann, letztlich die Unternehmensorganisation als Einheitsunternehmen vorzuschreiben (und andernfalls mit der Auferlegung von Zusatzkosten zu reagieren)“.*⁶⁷

- v. Ebenso verhalte es sich mit dem Umstand, dass sich der Gesetzgeber im Zuge der EEG-Novelle 2009 gegen die im Referenten-

erneuerbaren Energien. Dies gilt auch im Verhältnis zu zeitlich nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz erlassenen allgemeinen Regelungen des Energiewirtschaftsrechts.“

⁶² In diese Richtung Salje, FS Kühne, 2010, S. 311 (316).

⁶³ Zu den Begriffen und den mit ihnen verknüpften Argumenten der Vertreter der einzelnen Ansichten noch eingehend unter 4.3.2.

⁶⁴ Salje, FS Kühne, 2010, S. 311 (318).

⁶⁵ Der diese Gemeinsamkeit allerdings spätestens 2009 deutlich verneinte, NVwZ-RR 2010, 315.

⁶⁶ Salje, FS Kühne, 2010, S. 311 (313 f.); ähnlich Riedel, IR 2010, 101 (103) unter Bezugnahme auf die sonderabgabenrechtliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Kohlepfennig, BVerfGE 91, 186 = NJW 1995, 381.

⁶⁷ Salje, IR 2008, 102 (103).

entwurf enthaltene 2-Megawatt-Obergrenze für den EEG-Umlagebefreiten industriellen Eigenverbrauch entschieden habe. Hieraus sei einerseits abzuleiten, dass der Gesetzgeber diesen Eigenverbrauch in unbegrenzter Höhe von der EEG-Umlage befreit sehen wolle, und andererseits, dass die Einschaltung Dritter in die Stromerzeugung nicht per se den Ausschluss einer Fallgestaltung aus dem industriellen Eigenverbrauch zur Folge haben solle.⁶⁸

- vi. Vereinzelt klang auch das Ansinnen an, das vom Bundesgerichtshof thematisierte Kriterium des Bezugs von Strom aus einem Netz für die allgemeine Versorgung final dahingehend aufzuladen, dass EEG-umlagebefreiter industrieller Eigenverbrauch auch dort vorliege, wo Strom in ein solches Netz nicht „zwecks“⁶⁹ allgemeiner Versorgung eingespeist werde.
- vii. Da das Eigentum der Anlage wegen § 3 Nr. 2 EEG 2012 (insoweit gegenüber 2009 unverändert) für die Betreibereigenschaft keine Rolle spiele, komme es auch bei Gemeinschaftskraftwerken und der Lieferung aus Kraftwerksscheiben auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Hinblick auf die Risikotragung an. Die Allokation des Eigenerzeugungsrisikos orientiere sich an folgenden Kriterien:
 - (I) Preisstruktur (Orientierung am Marktpreis Indiz gegen industriellen Eigenverbrauch, Orientierung an Erzeugungskosten Indiz dafür);⁷⁰
 - (II) Tragung des Anlagenstillstands-/ausfallrisikos (Indiz für industriellen Eigenverbrauch: Belastung des Stromverbrauchers hiermit);
 - (III) Einflussnahme auf die Anlagenfahrweise;⁷¹
 - (IV) Vertragslaufzeit im Verhältnis zur Abschreibungsdauer;⁷²

⁶⁸ Riedel, IR 2010, 101 (103).

⁶⁹ Salje, FS Kühne, 2010, S. 311 (322, 324).

⁷⁰ Salje, FS Kühne, 2010, S. 311 (325); Riedel, IR 2010, 101 (104), jeweils auch zum nachstehenden Kriterium.

⁷¹ Riedel, IR 2010, 101 (104); so auch – wenngleich nicht dieser Ansicht insgesamt zuneigend – Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (360 f.), s. sogleich nachstehend wörtliches Zitat.

⁷² Salje, FS Kühne, 2010, S. 311 (326); i. E. so auch Riedel, IR 2010, 101 (104).

- (V) Zuständigkeit für die und Preisrisiko bei der Brennstoffbeschaffung.⁷³

Contracting-Fallgestaltungen werden nach dieser Ansicht teilweise sehr pauschal als industrieller Eigenverbrauch akzeptiert.⁷⁴

Auch ohne sich jetzt schon kritisch mit dieser extensivsten vertretenen Ansicht auseinanderzusetzen, kann hier als Zwischenergebnis jedenfalls Folgendes festgestellt werden: Bei einer Fallgestaltung wie in Modell 1, in welcher ein Dritter, z. B. ein Pächter, die im Eigentum des Stromverbrauchers stehende Stromerzeugungsanlage auf eigenes wirtschaftliches Risiko (das nach den vorstehenden Kriterien zu identifizieren ist) betreibt, kann selbst nach dem extensiven wirtschaftlichen Eigenverbrauchs begriff nach geltendem Recht nicht von einem Fall eines EEG-umlagebefreiten industriellen Eigenverbrauchs ausgegangen werden.

- (2) Eine weitere Strömung im Meinungsbild zum industriellen Eigenverbrauch legt zwar auch einen wirtschaftlichen, jedoch restriktiveren Maßstab an und unterlegt diesen mit folgenden Hauptaussagen (im Folgenden „**gemäßigter wirtschaftlicher Eigenverbrauchs begriff**“):
- i. Sinn und Zweck der Förderung der Energieerzeugung aus regenerativen Energiequellen durch das EEG seien die Ressourcenschonung, der Ausbau der dezentralen Energieversorgungsinfrastruktur und mittels Ausgleichsmechanismus‘ eine indirekte Verhaltenssteuerung hin zu Energieeinsparung durch Verteuerung des Stroms.⁷⁵ Von diesem Telos umfasst sei es auch, dass „alle Stromlieferanten als Verursacher einer klima- und umweltgefährdenden Energieerzeugung in den Belastungsausgleich“⁷⁶ einbezogen werden sollten. Im Zusammenhang mit dem industriellen Eigenverbrauch sei auch zu würdigen, dass Gesetz- und Verordnungsgeber trotz detaillierter und umfangreicher Verordnungsermächtigung in der Ausgleichsmechanismusverordnung (AusglMechV)⁷⁷ über die Besondere Ausgleichsregelung des EEG hinaus keine weitergehenden Befreiungen von Letztverbrauchern

⁷³ Riedel, IR 2010, 101 (104).

⁷⁴ S. Jacobshagen in: Riedel/Schroeder-Czaja/Jacobshagen, Objekt- und Arealnetze, 2007, S. 162.

⁷⁵ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343.

⁷⁶ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (346), Hervorhebung von den Verf.

⁷⁷ Vom 17. Juli 2009 (BGBl. I S. 2101), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1634).

von der Einbeziehung in den Wälzungsmechanismus vorgesehen haben.⁷⁸

- ii. Der Rückgriff auf die Begriffsbestimmungen des EnWG sei zulässig, führe aber nicht dazu, dass dort, wo sich selbständige wirtschaftliche Subjekte mit eigener Rechtspersönlichkeit oder einer Zuordnung zu solchen gegenüberstehen, noch von einem aus dem EEG-Ausgleichsmechanismus herausgenommenen industriellen Eigenverbrauch ausgegangen werden könne.⁷⁹
- iii. Soweit man auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Ermittlung EEG-umlagebefreiter industrieller Eigenverbrauchskonstellationen zurückgreifen wolle, seien insbesondere auch buchhalterische Gesichtspunkte maßgeblich. Dort, wo mehrere Verbraucher eine Stromerzeugungseinheit betreiben und Stromlieferungen bzw. deren Bezahlung für jedes Unternehmen selbst erfasst werden müssten, könne kein industrieller Eigenverbrauch angenommen werden.⁸⁰ Für eine teleologische Reduktion des § 37 Abs. 1 EEG 2009 (durch den Übergang zur finanziellen Wälzung in § 37 Abs. 1 und 2 EEG 2012 aufgegangen) fehle jeder Anhaltspunkt. Eine ausschließlich wirtschaftliche Betrachtungsweise sei verfehlt; die „unternehmerische Gestaltung folgt dem gesetzlichen Rahmen“ und nicht umgekehrt.⁸¹ Wirtschaftlichkeitsfragen im Zusammenhang mit erhöhten Stromkosten aufgrund der EEG-Umlage habe der Gesetzgeber ersichtlich im Blick gehabt, sie aber nur im Umfang der Besonderen Ausgleichsregelung und nicht darüber hinaus privilegieren wollen⁸² – zumal die in der Praxis häufig anzutreffende Bezeichnung „Härtefallregelung“⁸³ für die Besondere Ausgleichsregelung irreführend sei und der gesetzgeberischen

⁷⁸ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (347), wobei anzunehmen ist, dass damit je ein komplementärer Buchungsvorgang in der Kontoführung beider beteiligter Unternehmen gemeint ist.

⁷⁹ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (348).

⁸⁰ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (349).

⁸¹ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (351), womit er sich ausdrücklich gegen Saljes Auffassung (EEG, Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 37 Rn. 49; vgl. auch o., Zitat aus ders., IR 2008, 102 [103]) wendet, es müsse dem Gesetzgeber darauf angekommen sein, dass Behinderungen in der Unternehmensorganisation vermieden werden. Diese Auffassung hat Salje nunmehr aufgegeben, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 39, 26.

⁸² Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (351 f.).

⁸³ Verwendet z. B. von Brodowski, Der Belastungsausgleich im Erneuerbare-Energien-Gesetz und im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz im Rechtsvergleich, 2007, S. 96; Riedel, IR 2010, 101 (103).

Klarstellung, dass es sich um eine solche nicht handele, widerspreche.⁸⁴

- iv. Aus der Gesetzgebungshistorie seit dem EEG 2004 ergebe sich, dass der Gesetzgeber Strommengen in den EEG-Belastungsausgleich unabhängig von der Nutzung von Netzen für die allgemeine Versorgung generell mit einbeziehen wolle, also auch dann, wenn sie über ein privates Netz, etwa ein Objektnetz, geleitet werden. Insbesondere sei es dem Gesetzgeber sehr wohl darum gegangen, „die durch das EEG anfallenden Kosten bundesweit zu verteilen und auf eine möglichst breite Grundlage zu stellen“⁸⁵, also nicht etwa das Gemeinlastprinzip weiträumig einzuschränken.⁸⁶
- v. Für einen „klassischen“ industriellen Eigenverbrauch komme auch aufgrund der Rechtsentwicklung im EnWG seit 1935 nur der Fall der Personenidentität zwischen Stromerzeuger und Stromverbraucher in Betracht;⁸⁷ jedoch habe der Gesetzgeber in neueren Gesetzen, insbesondere dem KWKG und dem StromStG, erkennen lassen, dass er sich der Notwendigkeit einer besonderen Behandlung bestimmter Konstellationen industriellen Eigenverbrauchs bewusst sei. Solange er allerdings keine ausdrückliche Ausnahmeregelung vorsehe, wolle er wohl an einer möglichst engen Betrachtungsweise des industriellen Eigenverbrauchs, der EEG-umlagebefreit ist, festhalten.⁸⁸
- vi. Damit komme es im Ergebnis als Kriterium für den anzuerkennenden industriellen Eigenverbrauch auf die Betreiberstellung an, denn wer sich selbst versorge, müsse Betreiber und Verbraucher in einer Person sein.⁸⁹ Dabei sei ausweislich der Begründung zu § 3 Nr. 2 EEG 2009 auf die Tragung des wirtschaftlichen Risikos des Anlagenbetriebs abzustellen, wie dies auch für das KWKG anerkannt sei.⁹⁰ Dritte, welche infolge eines Gebrauchsüberlas-

⁸⁴ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (346) unter Hinweis auf BT-Drs. 16/8148, S. 65 (zu § 40 Absatz 2).

⁸⁵ Brodowski, Der Belastungsausgleich im Erneuerbare-Energien-Gesetz und im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz im Rechtsvergleich, 2007, S. 105.

⁸⁶ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (355).

⁸⁷ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (359).

⁸⁸ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (357).

⁸⁹ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (359).

⁹⁰ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (360) unter Bezugnahme auf BT-Drs. 16/8148, S. 38 und Bündenbender/Rosin, KWK-AusbauG, Kommentar, 2003, § 3 Rn. 229; Kachel, CuR 2012, 100 (101)..

sungsvertrages zur Nutzung der Stromerzeugungsanlage berechtigt sind, seien demnach dann

*„Betreiber des Kraftwerks, wenn [sie] bestimmenden Einfluss auf Einsatz und Fahrweise des Kraftwerks [haben] und das energiewirtschaftliche Risiko der Stromerzeugung [tragen]“.*⁹¹

Zur Beurteilung der Betreiberstellung bei einer in einer Betreiber-gesellschaft organisierten Personenmehrheit seien die gleichen Grundsätze heranzuziehen:

„Bei Zusammenschlüssen mehrerer Unternehmen zu einer Betreibergesellschaft ist daher maßgeblich, wer das wirtschaftliche Risiko der Stromerzeugung und damit die eigene wirtschaftliche Verantwortung für die Kraftwerksanlage trägt. [...] Im konkreten Einzelfall muss die Feststellung, wer von mehreren Beteiligten am Modell der Finanzierung, Errichtung und Nutzung von Kraftwerken der Anlagenbetreiber ist, anhand einer verknüpfenden Gesamtbetrachtung der zugrundeliegenden Überlassungs-, Betriebsführungs- und Energielieferverträge erfolgen. Aus den Kostentragungsregelungen zur Errichtung einer Anlage und deren Betriebsführung sowie der Bestimmung, wem das Mengenabsatzrisiko am erzeugten Strom zufällt, lässt sich bestimmen, wer das wirtschaftliche Risiko trägt. Darüber hinaus ist zu untersuchen, wer die tatsächliche Herrschaft über das Kraftwerk ausübt und dessen Arbeitsweise bestimmt. Insoweit sind die Verträge insbesondere hinsichtlich der Beschränkungen der Betriebsführung und der Weisungsrechte zu untersuchen.

*Nicht allein ausreichend für die Begründung der Betreiberstellung ist, dass auch die Gesellschafter der Betreibergesellschaft ein wirtschaftliches Risiko insoweit tragen, als der Wert ihrer Anteile von den wirtschaftlichen Erfolg der Betreibergesellschaft [...] abhängt“.*⁹²

⁹¹ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (361).

⁹² Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (361) unter Bezugnahme auf die zum KWKG ergangene BGH-Entscheidung in NVwZ 2008, 1154 (bei Scholtka fälschlicherweise zitiert NJW 2008, 1154).

- vii. Infolgedessen sei es möglich, dass „trotz des Fehlens bestimmter formaler Kriterien für eine ‚klassische Eigenerzeugung‘“ auch in Fällen s. g. Scheibenverträge und bei gewissen Contracting-Modellen eine „Quasi-Eigenerzeuger“-Stellung trotz Einschaltung eines Dritten erlangt werden könne mit der Folge, dass die EEG-Umlage nicht zu zahlen sei.⁹³

Im Hinblick auf dieses Meinungsspektrum ist insbesondere den Argumenten derjenigen entgegenzutreten, die meinen, der Gesetzgeber habe in Abkehr vom Gemeinlastprinzip verschiedene Modelle der Lastenverteilung kombiniert, und dies sei auch verfassungsrechtlich und volkswirtschaftlich indiziert.⁹⁴ Insoweit ist den Befürwortern des gemäßigten wirtschaftlichen Eigenverbrauchsbegriffs zuzustimmen, dass der Gesetzgeber sehr wohl wiederholt deutlich gemacht hat, vorrangig dem Gemeinlastprinzip zur Geltung verhelfen zu wollen.⁹⁵ Dies ist in Literatur und Rechtsprechung auch zu Recht herausgehoben worden.⁹⁶ Auch der Fördergedanke im Hinblick auf eine ressourcenschonende Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen ist vom Gesetzgeber wiederholt prominent dargelegt worden. Untermauert wurde die vom Gesetzgeber bevorzugte enge Begrenzung des Eigenverbrauchsprivilegs nicht zuletzt im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des EEG 2012. Der Gesetzgeber hat hier zwar den Ansatz bestätigt, auf die Betreibereigenschaft und nicht auf das Eigentum abzustellen. Für den Eigenverbrauch wird gefordert, dass der Betreiber den in der Anlage erzeugten Strom selbst verbraucht. Allerdings wurden die seitens des Bundesrates⁹⁷ vorgeschlagenen Erweiterungen des § 37 Abs. 3 EEG 2012 um zusätzliche Konstellationen, die in den Genuss des Eigenverbrauchsprivilegs kommen sollten, nicht in das Gesetz übernommen⁹⁸. Auch die Begründung zu § 3 Nr. 2 lit. d) EEG 2012 macht deutlich, dass die EEG-Umlage möglichst breit verteilt werden soll.⁹⁹ Dem widerspräche es, wenn gleichzeitig

⁹³ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (362).

⁹⁴ S. o. Fn. 65.

⁹⁵ S. hierzu die Zitate aus der Gesetzesbegründung zu § 14 Abs. 3 EEG 2004 sowie zur Ablehnung der vorgeschlagenen Einfügung eines Abs. 2a in § 37 EEG 2012-E unter 3.

⁹⁶ BGH, NVwZ-RR 2010, 315 ff. (Rz. 16 ff.); insoweit im Ergebnis übereinstimmend mit OLG Naumburg, RdE 2004, 266 (bei Juris); Brodowski, Der Lastenausgleich im Erneuerbare-Energien-Gesetz und im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz im Rechtsvergleich, 2007, S. 93, 101 („Wettbewerbsgleichheit“), 105.

⁹⁷ Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, Anlage 3 zur BT-Drs. 17/6247, S. 21 f.; so erneut BR-Drs. 392/1/11, S. 14 f.

⁹⁸ In der Ankündigung, den entsprechenden Vorschlag zu prüfen, spricht die Bundesregierung ausdrücklich die Aspekte Gleichbehandlung und Missbrauchsvermeidung an, BT-Drs. 17/6247, S. 33 (zu Nr. 38).

⁹⁹ BT-Drs. 17/6071, S. 60 (zu Nr. 4 zu § 3 Nr. 2d EEG).

eine umfängliche Bereichsausnahme für den industriellen Eigenverbrauch unabhängig von der Art der Stromerzeugungsanlage hätte geschaffen werden sollen.

Aber auch das Element der Auffassung der Vertreter des extensiven wirtschaftlichen Eigenverbrauchsbegriffs, das auf die Heranziehung der Begrifflichkeiten des EnWG für die Bestimmung des Regelungsgehalts des EEG Bezug nimmt, bedarf einer Differenzierung. So geben die von den Vertretern des extensiven wirtschaftlichen Eigenverbrauchsbegriffs argumentativ herangezogenen Vorschriften es nicht her, aus ihnen eine Einschränkung der Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage herauszulesen. § 110 EnWG hat früher Areal- und Objektnetzbetreiber privilegiert und begünstigt heute geschlossene Verteilernetze. Eine Definition des Begriffs Eigenverbrauch enthält diese Vorschrift aber genauswenig, wie das s. g. Eigenverbrauchprivileg des EEG 2009. Deshalb kann das EnWG nicht herangezogen werden, um die Befreiung selbst verbrauchten Stroms im EEG zu definieren. Vielmehr hat der Bundesgerichtshof unter zutreffender Heranziehung der Gesetzesmaterialien als Argumentationsgrundlage herausgearbeitet, dass eine Regelung des EEG spezieller sei.¹⁰⁰ Dies hat zur Folge, dass die Regelungen des EnWG außer Betracht zu bleiben haben.

Aufgrund der gesetzlich geforderten Identität zwischen Betreiber und Stromverbraucher bleibt aber auch gegen diese Auffassung einzuwenden, dass sie zwar richtigerweise bei Konzernsachverhalten mit mangelnden Eingriffs- und Kontrollregelungen für deren Ausschluss aus dem industriellen Eigenverbrauch argumentiert,¹⁰¹ aber nicht erklären kann, inwiefern das Fehlen solcher Regelungen nicht gleichzeitig gegen die Privilegierung von Contracting-Modellen sprechen soll.

Allerdings ist durch die Bezugnahme auf das StromStG in der Gesetzesbegründung zu § 37 Abs. 3 EEG 2012 wiederum ein neuer Anlass geschaffen worden, sich näher mit der Einbeziehung zumindest der durch das StromStG sanktionierten Contracting-Modelle in den EEG-umlagebefreiten industriellen Eigenverbrauch zu befassen. Dies schwächt auch ein wenig die Abstützung des gemäßigten wirtschaftlichen Eigenverbrauchsbegriffs auf dem ‚klassischen‘ Eigenverbrauchsbegriff, wenngleich es zutreffend bleibt, dass der Gesetzgeber keine

¹⁰⁰ BGH, NVwZ-RR 2010, 315 (317).

¹⁰¹ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (363).

ausdrückliche Erweiterung des Eigenverbrauchsprivilegs normiert hat; die Gesetzesbegründung nimmt nicht an der unmittelbaren Rechtswirkung des Gesetzes teil. Die Einbeziehung von Contracting-Konstellationen wurde von den Vertretern des extensiven wirtschaftlichen Eigenverbrauchsbegriffs befürwortet;¹⁰² auch die Vertreter des gemäßigten wirtschaftlichen Eigenverbrauchsbegriffs grenzten sich gegen diese nicht eindeutig ab.

Bei genauem Hinsehen gibt die Gesetzesbegründung zu § 37 Abs. 3 EEG 2012 diesen prima facie bestehenden Anlass im Ergebnis aber doch nicht her: Sie bezieht sich ausdrücklich nur auf § 9 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) StromStG,¹⁰³ wohingegen ein Contracting-Modell nur durch lit. b) dieser Vorschrift stromsteuerlich privilegiert wird. Dazu passt, dass in der Literatur zu § 37 EEG 2012 nunmehr auch vertreten wird, Contractoren seien in den Begriff der Elektrizitätsversorgungsunternehmen einzubeziehen,¹⁰⁴ und in diesem Zusammenhang zumindest in Anführungszeichen auch von Umgehungssachverhalten die Rede ist.¹⁰⁵ Wenngleich im Gesamtzusammenhang anders eingebettet, ist es erhellend, dass schon zum EEG 2009 versucht wurde, den falsa-demonstratio-Grundsatz im Zusammenhang mit dem Eigenverbrauchsprivileg fruchtbar zu machen.¹⁰⁶

An dieser Stelle, an der der Bezug zu Grundsätzen zivilrechtlichen Ursprungs hergestellt ist, ist noch erwähnenswert, dass auf den ersten Blick die offenbar in Literatur¹⁰⁷ und Rechtsprechung bislang unterbliebene Auseinandersetzung mit den Zurechnungsinstituten des bürgerlichen Rechts unterblieben ist, insbesondere mit dem Erfüllungsgehilfen des § 278 BGB. Nicht völlig abwegig erscheint es, sich zu fragen, ob in manchen der hier untersuchten Modelle der Betriebsführer der Stromerzeugungsanlage nicht Erfüllungsgehilfe des Stromverbrauchers sein könnte, da er in dessen Lager steht; § 278 BGB ist eine Norm, die sich mit der Arbeitsteilung im Geschäftsverkehr befasst.¹⁰⁸ Indes ist dieser Ansatz bei näherem Hinsehen nicht fruchtbar. Zum einen passt § 278

¹⁰² S. *Jacobshagen* in: Riedel/Schroeder-Czaja/Jacobshagen, Objekt- und Arealnetze, 2007, S. 162.

¹⁰³ S. hierzu das Zitat aus der Gesetzesbegründung zu § 37 EEG 2012-E unter 3.

¹⁰⁴ *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 26, zuvor i. E. so schon *Brodowski*, Der Belastungsausgleich im Erneuerbare-Energien-Gesetz und im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz im Rechtsvergleich, 2007, S. 109.

¹⁰⁵ *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 51.

¹⁰⁶ *Riedel*, IR 2010, 101 (104).

¹⁰⁷ U. a. auch bei *Riedel*, IR 2010, 101, obwohl dieser seine Argumentation umfangreich auf zivilrechtliche Normen und Rechtsbegriffe stützt.

¹⁰⁸ *Unberath* in: Bamberger/Roth, Beck-OK BGB, Stand 1. März 2011, § 278 Rn. 1.

BGB trotz der Ausweitung, die seine Anwendung in der jüngeren Rechtsentwicklung erfahren hat,¹⁰⁹ systematisch nicht auf die fragliche Konstellation: § 278 Satz 1 BGB ist eine Haftungsverteilungsregelung innerhalb von Sonderrechtsverhältnissen, also bestehenden Schuldverhältnissen.¹¹⁰ Vorliegend geht es weder um eine Frage der Haftungsverteilung, noch schreibt sich der gegenständliche Sachverhalt in ein schuldrechtliches Sonderrechtsverhältnis ein, sondern stellt gerade infrage, ob ein solches Sonderrechtsverhältnis besteht, welches zudem gesetzlicher Natur wäre (Anspruch der Übertragungsnetzbetreiber auf Erstattung der Differenzkosten aus der EEG-Umlage, § 37 Abs. 2 EEG). Zum anderen wäre § 278 BGB in seiner Anwendung sicherlich auslegungsbedürftig, was am Ende auf die gleichen Kriterien zurückführen würde, wie sie ohnehin schon im Rahmen der Zuweisung des wirtschaftlichen Risikos als Element des Betriebens der Stromerzeugungsanlage diskutiert werden.

Auch wenn hier in einem weiteren Zwischenergebnis festzuhalten ist, dass wohl die besseren Argumente für den gemäßigten wirtschaftlichen Eigenverbrauchs begriff sprechen, so kann dies im Hinblick auf die verbleibenden fünf zu untersuchenden Modellgestaltungen (Modelle 2 bis 6) einstweilen dahinstehen: nach beiden wirtschaftlichen Eigenverbrauchs begriffen würden diese wohl am Ende anhand von wirtschaftlichen Kriterien der vorgestellten Art beurteilt und nicht per se eines oder mehrerer dieser Modelle generell aus dem industriellen Eigenverbrauch ausgeschieden. Ob dies nach den derzeit geltenden Begrifflichkeiten des Gesetzes und ihren Bezügen innerhalb des EEG sowie zu nahestehenden Rechtsnormen noch Bestand haben kann, ist nun unter systematischen Gesichtspunkten näher zu untersuchen.

4.3.2 Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Lieferbegriff

Ausgehend von dem systematischen Verhältnis zwischen EEG und EnWG¹¹¹ stehen

- der Begriff des Elektrizitätsversorgungsunternehmens,
- dessen Definitionselement „Lieferung“¹¹² – und wiederum dessen Begriffsbestandteil „an andere“ –

¹⁰⁹ Dazu *Grundmann* in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 278 Rn. 5.

¹¹⁰ *Grundmann* in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 278 Rn. 1; *Schulze* in: Hk-BGB, 7. Aufl. 2012, § 278 Rn. 2.

¹¹¹ S. hierzu schon unter 4.3 (1) und (2).

¹¹² *Kachel* stellt die Formel „Eigenerzeugung ist keine Lieferung“ sogar als „Grundsatz“ heraus, CuR 2012, 100.

- sowie bzw. gleichzeitig damit¹¹³ der Begriff des Letztverbrauchers

im Zentrum der systematischen Auslegung des § 37 EEG 2012 und seiner Vorläufernormen.

Die Begriffsbestimmung des Elektrizitätsversorgungsunternehmens ist mit der Gesetzesnovelle neu in § 3 Nr. 2 lit. d) EEG 2012 aufgenommen worden. Im Wesentlichen kodifizierte der Gesetzgeber hier den vorgefundenen Diskussionsstand in Literatur und Rechtsprechung: Begriffskern des Elektrizitätsversorgungsunternehmens (EltVU) ist das Energieversorgungsunternehmen (EVU) gemäß § 3 Nr. 18 EnWG.¹¹⁴ In § 3 Nr. 18 1. Var. EnWG sind die letztgenannten definiert als „natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern“. § 3 Nr. 2 lit. d) EEG 2012 bezeichnet als EltVU „jede natürliche oder juristische Person, die Elektrizität an Letztverbraucherinnen oder Letztverbraucher liefert“. Energie wird also durch Elektrizität ersetzt, andere werden zu Letztverbraucherinnen und Letztverbrauchern.¹¹⁵

Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher sind wie schon in den Vorgängervorschriften auch im EEG 2012 nicht definiert. Hier wird wiederum das EnWG ergänzend herangezogen – was an dieser Stelle keinen Bedenken begegnet, da dem EEG insoweit keine explizite oder implizite Spezialität innewohnt – : § 3 Nr. 25 EnWG bezeichnet als Letztverbraucher „natürliche oder juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen“. An das Element des Kaufens knüpfen verschiedene Stimmen im Schrifttum weiterführende Argumente an:

- *Riedel* weist darauf hin, dass § 433 Abs. 1 BGB als Gegenstand eines Kaufs eine Sache im Sinne des § 90 BGB in den Blick nimmt.¹¹⁶ Strom ist mangels Verkörperung keine Sache. Dennoch sind sich im Ergebnis Literatur und Rechtsprechung einig, dass auch Strom Gegenstand eines (Sach-)Kaufvertrages sein kann.¹¹⁷ Hierbei wollen die Vertreter des extensiven wirtschaftlichen Eigenverbrauchsbegriffs allerdings Lieferbeziehungen auf kaufvertragliche Vereinbarungen und deren sachenrechtliche Erfüllung

¹¹³ Seit dem Inkrafttreten des EEG 2012 sind die Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher durch Aufnahme des § 3 Nr. 2 lit. d) EEG 2012 quasi an die Stelle der „anderen“ getreten bzw. haben diese in sich aufgenommen.

¹¹⁴ BT-Drs. 17/6071, S. 60; zu den entsprechenden Nachweisen in der Literatur s. schon Fn. 60, 61 und 78.

¹¹⁵ Kritisch zum Zusammenspiel von § 37 Abs. 3 und § 3 Nr. 2 lit. d) EEG 2012 *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 43 ff, insbes. zum Begriff des Dritten: Rn. 47.

¹¹⁶ IR 2010, 101 (102).

¹¹⁷ *Riedel*, IR 2010, 101 (102) unter Hinweis auf BGH, NVwZ-RR 2010, 315 (317); a maiore ad minor *Scholtka*, FS Kühne, 2010, S. 343 (349).

begrenzen und deshalb „Erzeugerverträge“ nicht als Lieferung an Letztverbraucher auffassen,¹¹⁸ während Befürworter des gemäßigten wirtschaftlichen Eigenverbrauchsbegriffs klarstellen, dass „die Lieferung sich [...] allgemein auf die physikalische Vorhaltung von Elektrizität beziehen soll“.¹¹⁹

- Bei der Frage, wer „ein anderer“ ist, findet sich die Diskussion um das Merkmal der Personenidentität bzw. Personenverschiedenheit wieder.¹²⁰

Was den Lieferbegriff angeht, deckt sich die Auffassung derer, die sich zum gemäßigten wirtschaftlichen Eigenverbrauchsbegriff bekennen, mit dem hergebrachten europarechtlichen Verständnis des Liefers.¹²¹ Auch aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 9. Dezember 2009 spricht kein enges Verständnis des Begriffs des Liefers.¹²² Lieferungen liegen nicht vor bei unentgeltlicher Stromüberlassung¹²³ oder „wenn ein und derselbe Rechtsträger sich selbst versorgt“.¹²⁴ Problematisch sind die Fälle, in welchen Verträge in einer Weise formuliert werden, dass keine Lieferung von Strom, sondern beispielsweise von Licht, Wärme oder Kälte vereinbart wird, obwohl die Umwandlung der Elektrizität in den Räumlichkeiten des Abnehmers durch von ihm verwendete Geräte erfolgt. Auch in solchen Fällen wird de facto Strom geliefert, den der Empfänger zum Betrieb seiner Einrichtungen nutzt. Die vertraglichen Formulierungen können an dem tatsächlichen Sachverhalt nichts ändern.¹²⁵

Im Hinblick auf die Belieferung „anderer“ hat unmittelbar das EEG 2012 in seiner geltenden Fassung für deutliche Klarstellung gesorgt: das Element der rechtlichen Personenverschiedenheit ist durch die Aufnahme des § 3 Nr. 2 lit. d) EEG 2012 gestärkt worden. Überdies wird dies durch die Aufnahme des Wortes „selbst“ in § 37 Abs. 3 Nr. 2 lit. b) bzw. Abs. 3

¹¹⁸ Riedel, IR 2010, 101 (102).

¹¹⁹ Scholtka, FS Kühne, 2010, S. 343 (349).

¹²⁰ S. eingehend Brodowski, Der Belastungsausgleich im Erneuerbare-Energien-Gesetz und im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz im Rechtsvergleich, 2007, S. 103 ff.

¹²¹ Referiert bei Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 23; so auch Brodowski, Der Belastungsausgleich im Erneuerbare-Energien-Gesetz und im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz im Rechtsvergleich, 2007, S. 103.

¹²² Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 26.

¹²³ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 26, wobei er dieses Ergebnis anhand von § 37 Abs. 2 EEG 2012 erzielt und nicht auf § 37 Abs. 3 EEG 2012 abstellen will (Anwendungsbereich nicht eröffnet); so auch im nachstehenden Fall. Ferner weist Salje zu Recht darauf hin, dass eine Lieferbeziehung auch dann gegeben ist, wenn zwar der Strom unentgeltlich überlassen wird, aber eine verbundene Leistung (etwa Wärme) gegen Berechnung geliefert wird.

¹²⁴ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 26, 39.

¹²⁵ Eingehend zu diesen Contracting-Konstellationen noch sogleich.

Satz 2 EEG unterstrichen.¹²⁶ Durch die Bezugnahme auf die Durchleitung durch ein Netz – womit gemäß § 3 Nr. 7 EEG 2012 ein Netz der allgemeinen Versorgung gemeint ist – ist auch die Frage des Liefervorgangs in ihrer Brisanz reduziert worden.¹²⁷ Es verbleibt aber dennoch eine nicht zu vernachlässigende „Grauzone“ bestehend aus Sachverhaltsgestaltungen, die im Sinne der nichtdiskriminierenden Verwirklichung des Solidarprinzips des EEG-Umlagesystems einer eindeutigen rechtlichen Einordnung zugeführt werden müssen. Ein bloßer Umkehrschluss, dass alle Konstellationen ohne Durchleitungskomponente industriellen Eigenverbrauch darstellen sollen, greift freilich zu kurz.

Untersucht man im Hinblick auf das Vorstehende die einzelnen Contracting-Modelle, so führt dies zu folgenden Ergebnissen:

- Entscheiden sich die Beteiligten für Dampf-/Druckluftcontracting, stellt sich zunächst auf der ersten Stufe die Frage, ob nicht in der Tat kein Strom, sondern Dampf und/oder Druckluft geliefert werden. Dabei kann es allerdings nicht allein auf die vertraglichen Regelungen ankommen. Vielmehr muss geprüft werden, ob auch tatsächlich Dampf oder Druck einerseits oder Strom andererseits geliefert wird. Verbraucht wird Strom durch die Umwandlung in einer technischen Einrichtung. Verbraucher ist spiegelbildlich zu der Stromerzeugungsanlage nicht der Eigentümer, sondern der Betreiber der Verbrauchseinrichtung. Hierfür muss geprüft werden, wer das wirtschaftliche Risiko ihres Betriebs, also z.B. eines Defekts, trägt. Beantwortet man die Frage dahingehend, dass kein Strom geliefert wird, muss geprüft werden, ob ein Umgehungsgeschäft im Sinne der §§ 117 Abs. 1, 134 BGB vorliegt.¹²⁸ Insoweit könnte danach differenziert werden, ob der Contractor ein Produkt bereitstellt, das handelbar ist und auch anderweitig eingekauft werden könnte (etwa stückweise Lieferung von Druckluftflaschen). In diesem Fall ist es nicht fernliegend, ein Umgehungsgeschäft zu verneinen. Wird jedoch Druckluft für einen laufenden Prozess erzeugt, den der Kunde steuert, läuft dies im Kern darauf hinaus, dass der Contractor eigentlich Strom liefert, weil der Druckluftbe-

¹²⁶ Plastisch zur Parallelförmulierung in § 33 Abs. 2 Satz 1 EEG 2009 in der Fassung von 2010 *Schomerus/Scheel*, ZNER 2010, 558 (560): „Selbst“ bezieht sich immer auf das ‚Ich‘.“

¹²⁷ *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 52. Ähnliches gilt im Hinblick auf den Direktverbrauch von Strom aus solarer Strahlungsenergie gemäß § 33 Abs. 2 EEG 2012 – insbesondere, wenn Dritte diesen verbrauchen – infolge der Schaffung des § 33a Abs. 2 EEG 2012, *Hahn/Naumann*, ZUR 2011, 571 (575). Die dortigen Abgrenzungsfragen haben sich freilich im Wesentlichen durch die Einführung des Netzkriteriums verringert.

¹²⁸ Zu § 42 AO, Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, s. u. unter 1.1.1a).

zieher die Stromverbrauchsanlage wirtschaftlich selbst betreibt. Dies ist die wesentliche Parallele zum Lichtcontracting:

- Beim Lichtcontracting sind die Verbrauchseinrichtungen nicht der Sphäre des Contractors zuzurechnen. Er betreibt sie auch nicht. Schon aus diesem Grund ist eine Lieferung von Strom gegeben.
- Etwas anders gelagert ist der Fall des Lohncontracting: es ist zu fragen, ob der Verbraucher nicht Betreiber der Stromerzeugungsanlage ist. Dies läuft im Ergebnis darauf hinaus festzustellen, ob das wirtschaftliche Risiko beim Betriebsführer (= Lohncontractor) verbleibt oder dieser vergleichbar einer Art Erfüllungsgehilfen des Kunden ist. Die anwendbaren Kriterien für die Ermittlung der wirtschaftlichen Risikozuweisung hierfür haben Literatur und Rechtsprechung wie dargestellt bereits im Wesentlichen herausgearbeitet. Dann ist wiederum das Prüfprogramm des Umgehungs geschäfts eröffnet. Dessen Kernfrage ist, ob die Beteiligten die Contracting-Gestaltung auch aus anderen als stromsteuerrechtlichen und EEG-umlagerechtlichen Optimierungsgesichtspunkten gewählt hätten. Ist dies der Fall und können sie dies nachweisen, erscheint es vertretbar, einen industriellen Eigenverbrauch anzunehmen.

Im Ergebnis nähern sich das EEG 2012 und auch das Echo, das es im Schrifttum hervorgerufen hat, damit dem restriktiven Eigenverbrauchs begriff an. Setzt sich die Linie der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes fort¹²⁹ und bleibt es dabei, dass Stimmen aus der Literatur ihre Gegenposition hierzu unter dem Eindruck des EEG 2012 aufgeben, ist davon auszugehen, dass Contracting-Modelle wie das Lichtcontracting spätestens seit Inkrafttreten des EEG 2012 grundsätzlich als Umgehungs geschäfte¹³⁰ und die übrigen Contracting-Modelle skeptisch zu betrachten sind, ihre (ausnahmsweise) Zulässigkeit jedoch von der konkreten Ausgestaltung und der Verteilung der Risikosphären im Einzelfall abhängt.

¹²⁹ Daran aufgrund der Beschlüsse des OLG Frankfurt, REE 2012, 97 und 101, zu zweifeln, dürfte verfrüht sein, auch wenn *Riedell/Kachel* in ihrer Entscheidungsanmerkung, ebda., den gegenteiligen Schluss aus diesen Entscheidungen ziehen möchten. Weder ergingen die Beschlüsse zur derzeit geltenden Fassung des EEG noch war Gegenstand der Entscheidung ein Sachverhalt des industriellen Eigenverbrauchs. Richtig ist zwar, dass das OLG in einer Contracting-Konstellation dem Contractor die Zuweisung der Letztverbraucherstellung an den Contractor bestätigt hat, allerdings war in dem zur Entscheidung stehenden Fall klar, dass mindestens eine der Parteien EEG-Umlage zu zahlen hat. S. zu den Beschlüssen und ihrer Bedeutung für den hiesigen Kontext auch *Strauch/Wustlich*, RdE 2012, im Erscheinen.

¹³⁰ Zur Anknüpfung an diese beiden Vorschriften *Wendtland* in: *Bamberger/Roth*, Beck-OK BGB, Stand 1. Februar 2012, § 117 Rn. 16.

Insbesondere beim Lohncontracting/der Lohnverstromung geht es im Kern darum, dass „unter Nutzung des vom Letztverbraucher zur Verfügung gestellten Primärenergieträgers die Stromproduktion für den Vertragspartner erfolgt“, wobei es sich im Ergebnis um ein tatbestandliches Lieferverhältnis handelt.¹³¹

Als Zwischenergebnis verbleiben also für die weitere Betrachtung noch das Betriebsgemeinschafts-/Betriebsführungsmodell (Modell 2), das Scheibenpachtmodell (Modell 3) sowie unter den dargelegten Voraussetzungen und Einschränkungen das Dampf-/Druckluftcontracting (Modell 4) und das Lohncontracting (Modell 6). Damit diese die Voraussetzungen für industriellen Eigenverbrauch erfüllen, müssen die Stellung als Betreiber der Stromerzeugungsanlage und als Stromverbraucher in einem zusammenfallen. Für die beiden verbleibenden Contracting-Modelle kann die widerlegliche Vermutung aufgestellt werden, dass dies nicht der Fall ist. Die Widerlegung kann im Einzelfall anhand der Darlegung der erörterten Kriterien der betrieblichen Risikoallokation gelingen.

4.3.3 Betreiber Mehrheiten (Modelle 2 und 3), gesellschaftsrechtliche Aspekte

Nach den vorstehenden Ausführungen zu den Lieferbeziehungen ist im Hinblick auf Modell 2 entscheidend, wie sich die Betreibersituation an der Stromerzeugungsanlage genau gestaltet; hierbei wird im Folgenden unterstellt, dass die Betreiber durch einen Fall des Miteigentums nach Bruchteilen gemäß §§ 1008, 741 BGB miteinander verbunden sind.¹³² Sollten die Eigentümer als Betreiber der Anlage eine Objektgesellschaft errichtet haben, werden bei Modell 2 allenfalls solche Fälle für die Anerkennung eines EEG-umlagebefreiten industriellen Eigenverbrauchs in Frage kommen, in denen Betreiber der Stromerzeugungsanlage eine Personengesellschaft ist, deren Gesellschafter den Strom verbrauchen. Bei einer Kapitalgesellschaft treffen die Rechtssubjekte „Gesellschafter“ auf das zur juristischen Person verselbständigte Rechtssubjekt „Gesellschaft“, vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG, § 1 Abs. 1 Satz 1 AktG. Aber auch bei den Personengesellschaften nimmt die Anerkennung einer rechtlichen Verselbständigung von den Gesellschaftern basierend auf der Teilrechts-

¹³¹ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 27.

¹³² Die Eigentümerstellung wird in diesem Modell unterstellt. Genauso gut sind auch andere Modellvarianten denkbar (und in der Praxis verbreitet), in denen die Betreiber keine Eigentümer sind. Da die Eigentümerstellung keine konstitutive Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Eigenverbrauchsprivilegs ist (s. oben 4.2), können auch diese Modellvarianten zulässig sind; indes ist die Eigentümerstellung aufgrund ihrer Rechtswirkungen auf die Entstehung einer Rechtspersönlichkeit im Personenverbund ein starkes Indiz mit Blick auf das Zustandekommen einer Lieferbeziehung.

fähigkeit der handelsrechtlichen Personengesellschaften, vgl. § 124 Abs. 1 HGB, immer größeren Umfang an.¹³³

Im Sinne einer Faustformel wird man sagen können: Bei einer Miteigentumskonstellation ohne Zwischenschaltung einer Gesellschaft (gleich welchen Typs) ist am ehesten von der möglichen Einordnung des Modells 2 als industrieller Eigenverbrauch auszugehen (vorbehaltlich des Folgenden). Mit der Schaffung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff. BGB ist die mögliche Einordnung schon geringfügig weniger wahrscheinlich. Je weitergehend die gesellschaftsrechtliche Verselbständigung in einer Betriebsgemeinschaftskonstellation etwa als oHG oder Kommanditgesellschaft erfolgt, dürfte dies wegen der verselbständigten Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft umso mehr dem industrieller Eigenverbrauch entgegenstehen.

Geht man also davon aus, dass bei Vorliegen einer Bruchteilsgemeinschaft im Eigentum den Betriebsgemeinschafts-/Betriebsführungs-modellen eine die Existenz von Lieferbeziehungen ausschließende Personenidentität zwischen Stromerzeuger und Stromverbraucher vorliegen kann, stellt sich die Folgefrage, wie das Verhältnis der Teilhaber beschaffen sein muss, damit diese das wirtschaftliche Risiko dergestalt tragen, dass sie alle als Betreiber der Stromerzeugungsanlage anzusehen sind. Denn

„[i]m Verhältnis zu Dritten hat [das Bestehen] einer Bruchteilsgemeinschaft grundsätzlich keine Auswirkungen. Es gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 420 ff. BGB, so dass die Teilhaber regelmäßig als Gesamtschuldner verpflichtet werden (§§ 427, 431 [BGB]).“¹³⁴

Dabei wird auf die von den Vertretern des gemäßigten und extensiven wirtschaftlichen Eigenverbrauchsbegriffs entwickelten Kriterien zurückzugreifen sein.¹³⁵ Nur, wenn nach diesen Kriterien eine gleichmäßige Verteilung des wirtschaftlichen Risikos unter den Teilhabern gewährleistet erscheint, könnten alle als Betreiber einzustufen sein. Erweist sich die Risikoallokation aber als unausgewogen zulasten eines oder mehrerer der Teilhaber, ist dieser eine oder diese Mehrheit von Teilhabern als

¹³³ S. nur Saenger in: Hk-BGB, 7. Aufl. 2012, § 705 Rn. 4: weitgehende Gleichstellung von GbR und oHG durch die Rechtsprechung, m. w. N.

¹³⁴ Saenger in: Hk-BGB, 7. Aufl. 2012, § 741 Rn. 7.

¹³⁵ S. hierzu unter 4.3.1 (1).

Elektrizitätsversorgungsunternehmen anzusehen, das mindestens einen Letztverbraucher mit Strom beliefert. Dies reicht für eine Einbeziehung in den EEG-Ausgleichsmechanismus gemäß § 37 Abs. 1 EEG 2012 aus.¹³⁶ Insoweit erscheint die Gesamtschuldnerschaft im Außenverhältnis als Element der Risikoallokation problematisch, da jeder Teilhaber gemäß § 421 Satz 1 BGB gegenüber Gläubigern der Gesamtschuldner verpflichtet ist, auf dessen Verlangen die geschuldete Leistung ganz zu erbringen. Von außen betrachtet könnte also argumentiert werden, dass in einem schlimmsten anzunehmenden Fall die wirtschaftliche Risikoverteilung nicht gleichmäßig sein kann, wenn im Zweifel jeder das Risiko trägt, im Außenverhältnis die Schuld aller erfüllen zu müssen. Umgekehrt lässt sich – was näher liegt – aber auch vertreten, dass gerade dies einen Fall einer absolut gleichmäßigen Risikoverteilung darstellt. Diese Sichtweise korrespondiert im Übrigen mit der Perspektive des Innenverhältnisses, welches in seiner Gestaltung allein zur Disposition der Gesamtschuldner steht.

Aber auch für die Gesamtheit der Teilhaber bei ausgeglichener Risikoallokation stellt sich die Frage, ob nicht im Hinblick auf die mangelnden Eingriffs- und Kontrollmechanismen¹³⁷ zur Nachprüfung dieser Risikoallokation sowie aufgrund der ohnehin schon durch die Teilhabermehrheit verringerten Kostenlast des Einzelnen eine Einbeziehung von Betriebsgemeinschafts-/Betriebsführungsmodellen in den EEG-Wälzungsmechanismus systematisch geboten erscheint.

Das Vorstehende muss – in Anbetracht der Nichtbeachtlichkeit der Zuordnung des Eigentums an der Stromerzeugungsanlage für die Bestimmung des Betreibers¹³⁸ – insgesamt gleichermaßen für das Scheibenpachtmodell (Modell 3) gelten. Eine Subsumtion unter § 37 Abs. 3 EEG 2012 erscheint also hier wie beim Betriebsführungsmodell noch vertretbar; allerdings sprechen pragmatische und teleologische Gesichtspunkte gegen eine solche Subsumtion.

Schließlich ist eine weitere Besonderheit zu berücksichtigen, die in der bisherigen Diskussion zu wenig beachtet wurde: Pachtet der Stromverbraucher z. B. einen Anteil („Megawatt-Scheibe“) an der Stromerzeugungsanlage, setzt die Tragung des wirtschaftlichen Risikos auch vo-

¹³⁶ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, Rn. 25, der allerdings wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben eine *de minimis*-Regelung in diesen Tatbestand hineinlesen möchte.

¹³⁷ S. hierzu unter 4.3 am Ende in Verbindung mit Fn. 102.

¹³⁸ S. hierzu unter 4.2 (2).

raus, dass der von ihm verbrauchte Strom jederzeit genau dieser Scheibe bilanziell zugerechnet werden kann. Das EEG geht hierbei – zwar in anderen Zusammenhängen, aber an mehreren Stellen (z.B. § 33c Abs. 2 und § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 4) – von einer Zuordnung in 15-Minuten-Intervallen aus. Folglich kann auch der Pächter beim Scheibenpachtmodell nur dann das wirtschaftliche Risiko tragen, wenn er den verbrauchten Strom viertelstündlich seiner gepachteten Scheibe bilanziell zuweisen kann. Das gilt grundsätzlich auch bei den anderen Modellen.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Modelle 4 bis 6 nach dem geltenden EEG mit hoher Wahrscheinlichkeit in der Regel nicht mehr als Fälle EEG-umlagebefreiten industriellen Eigenverbrauchs angesehen werden können. Bei den Modellen 2 und 3 ist eine Subsumtion unter § 37 Abs. 3 EEG 2012 noch vertretbar; allerdings sprechen pragmatische und teleologische Gesichtspunkte gegen eine solche Subsumtion.

4.4 Konsistenzkontrolle anhand umweltrechtlicher Terminologie

In Anbetracht der vorstehenden Ergebnisse kommt es auf eine weiter ausgreifende systematische Auslegung der fraglichen Tatbestandsmerkmale und ihrer Definitionskomponenten nicht mehr wesentlich an. Es ist nicht wahrscheinlich, dass sie für etwaige verbleibende Detailfragen im Hinblick auf die Modelle 2, 3, 4 und 6 noch Argumente von hoher Überzeugungskraft zu liefern im Stande sind. Sie ist allenfalls noch im Hinblick auf die gutachterliche Vollständigkeit bzw. im Sinne einer Gegenprobe vorzunehmen.

Als kernumweltrechtliches Gesetz, das auf einen Betreiberbegriff rekurriert, soll hier das Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)¹³⁹ herausgegriffen werden. So trifft z. B. die Genehmigungspflicht des § 4 BImSchG den Anlagenbetreiber. Eine Definition des Betreibers ist im BImSchG selbst jedoch nicht enthalten. Nach in der Literatur und Rechtsprechung allgemein vertretener Auffassung ist Betreiber,

„wer unter Berücksichtigung der rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Umstände einen bestimmenden Einfluss auf die Errichtung, Beschaffenheit und den Betrieb der Anlage ausübt. Rechtlich ist maßgeblich, wer weisungsfrei und selbstständig Entscheidungen treffen kann. Indizien hierfür sind das Handeln in eigenem Namen,

¹³⁹ In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 2002 (BGBl. I S. 3830), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212).

auf eigene Rechnung und in eigener Verantwortung. Wirtschaftliche Kriterien sind, wer Nutzen aus dem Anlagenbetrieb zieht und das Risiko trägt. Sie haben allerdings nur geringe Bedeutung. Für die rechtliche und wirtschaftliche Betrachtung ist im Ergebnis maßgeblich, wer die Entscheidung über die für die Erfüllung der Umweltpflichten maßgeblichen Umstände trägt.“¹⁴⁰

Dies zeigt zugleich die Grenzen einer Heranziehung des Betreiberbegriffes des BImSchG zur systematischen Auslegung des EEG: das BImSchG ordnet dem Betreiber in erster Linie Pflichten zu, während § 37 Abs. 3 EEG den Betrieb einer Eigenversorgungsanlage zur Privilegierungsvoraussetzung macht.

Wohl nicht zuletzt deswegen wird eine Heranziehung des immissionsschutzrechtlichen Betreiberstatus‘ im Hinblick auf das EEG von manchen Stimmen in der Literatur abgelehnt.¹⁴¹ Jedoch stehen erkennbar teilweise ähnliche Bezugspunkte hinter den Begriffen; im Folgenden seien nur einige wenige Beispiele genannt: Anlagenbetreiber kann der jeweilige Inhaber der Genehmigung sein,

„also derjenige, der aufgrund privater Rechte die Genehmigung ausnutzt und auf der Grundlage seiner rechtlichen und tatsächlichen Verfügungsgewalt den bestimmenden Einfluss auf die Errichtung, die Beschaffenheit, den Betrieb oder die Stilllegung der Anlage ausübt.“¹⁴²

Auch nach dem BImSchG kommt es auf die Eigentumslage an der Anlage nicht an: Identität zwischen Betreiber und Eigentümer ist nicht erforderlich,¹⁴³ da die Verfügungsgewalt des Eigentümers disponibel ist (vgl. auch den Wortlaut des § 52 Abs. 2 S. 1 BImSchG). Die gesellschaftsrechtliche Strukturierung eines Konzerns im Hinblick auf die Teile eines Unternehmens bleibt für die Betreiber-eigenschaft grundsätzlich außer Betracht. Dies wird u. a. durch § 4 der 5. BImSchV deutlich, der einen Konzern-Immissionsschutzbeauftragten zulässt. Wird gegenüber der Behörde im Genehmigungsverfahren ein Strohmann als Anlagenbetreiber angegeben, ist gleichwohl der Hintermann als Betreiber anzusehen; dies gilt selbst dann, wenn dem Strohmann die Genehmigung erteilt worden ist. Neben der Inanspruchnahme des tatsächlichen Betreibers kommt in

¹⁴⁰ Schmidt-Kötter in: Giesberts/Reinhardt, Beck-OK Umweltrecht, Stand: 1. Oktober 2011, § 4 Rn. 115 m. z. N.

¹⁴¹ Salje, FS Kühne, 2010, S. 311 (325).

¹⁴² Dietlein in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: 62. EL 2011, BImSchG § 5 Rn. 28.

¹⁴³ OVG Münster, ZUR 2009, 268.

einem solchen Falle eine Inanspruchnahme des Strohmannes als Inhaber der Genehmigung in Betracht.¹⁴⁴

Allerdings lässt das BImSchG bei Bruchteilsgemeinschaften aufgrund seiner gefahrenabwehrrechtlichen Prägung eine Aufspaltung der Betreiberstellung nicht zu.¹⁴⁵ Hier verfängt allerdings die vorstehend dargelegte Auffassung aus der Literatur zum Recht der erneuerbaren Energien, dass der Telos vom EEG und BImSchG insoweit eine abweichende Betrachtungsweise rechtfertigt.

Insoweit kann zumindest festgehalten werden, dass die Wertungen des BImSchG den anhand der systematischen Auslegung innerhalb des Energierechts gefundenen Ergebnissen nicht entgegenstehen.

4.5 Betrachtung aus dem Blickwinkel des Bilanzrechts und Verbrauchsteuerrechts (insbesondere StromStG und UStG)

Die in § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG verwendeten Begriffe des „Betreibens“ und des „räumlichen Zusammenhangs“ finden sich in ähnlicher Weise in anderen Steuergesetzen, sodass möglicherweise im Wege der systematischen Auslegung auf diese Gesetze zurückgegriffen werden kann.

4.5.1 „Betreiben“

a) Auslegung in Übereinstimmung mit dem StromStG

Der Begriff des Betriebens einer Anlage findet neben § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG auch in § 9 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) und b) StromStG Verwendung. Nach der Gesetzesbegründung zur EEG-Novelle ist die Vorschrift ausdrücklich in Übereinstimmung mit der Regelung im StromStG auszulegen, soweit beide Normen inhaltlich übereinstimmen.¹⁴⁶

Im Rahmen der stromsteuerlichen Regelung wird herrschend davon ausgegangen, dass es für die Begriffe des Betriebens weder auf die technische Führung der Anlage noch auf die eigentumsrechtliche Situation ankommt.¹⁴⁷ Entscheidend soll sein, für wen die Anlage unterhalten wird, d. h. auf wessen Rechnung die Anlage betrieben

¹⁴⁴ Schmidt-Kötter in: Giesberts/Reinhardt, Beck-OK Umweltrecht, Stand: 1. Oktober 2011, § 4 Rn. 118.

¹⁴⁵ Schmidt-Kötter in: Giesberts/Reinhardt, Beck-OK Umweltrecht, Stand: 1. Oktober 2011, § 4 Rn. 121.1, so auch OVG Münster, NVwZ-RR 2009, 462 (463); vgl. insbesondere zur gefahrenabwehrrechtlichen Relevanz Hansmann/Röckinghausen in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: 62. EL 2011, BImSchG § 1 Rn. 26. Nach Dietlein in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: 62. EL 2011, BImSchG § 5 Rn. 30, ist eine Zuordnung der Betreibereigenschaft zu einer natürlichen Person „nicht erforderlich“, was am Ende zum gleichen Ergebnis führt.

¹⁴⁶ BT-Drs. 17/6071, S. 83.

¹⁴⁷ Für den Bereich des EEG ergibt sich die Unbeachtlichkeit der Eigentümerstellung aus § 3 Nr. 2 EEG.

wird und wer das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebes trägt.¹⁴⁸ Nach anderer Auffassung soll es darauf ankommen, wer die Verfügungsgewalt über die Anlage und den mit ihr erzeugten Strom hat.¹⁴⁹ Dabei wird die „Verfügungsgewalt“, womit ähnlich der Verfügungsmacht im umsatzsteuerrechtlichen Sinne die Berechtigung gemeint sein dürfte, mit der Anlage und dem Strom unter Zuweisung von Substanz, Wert und Ertrag wie ein Eigentümer zu verfahren, oft demjenigen zukommen, der auch das wirtschaftliche Risiko für den Betrieb der Anlage und den Verkauf des Stroms trägt. Die Begriffe des wirtschaftlichen Risikos und der Verfügungsgewalt dürften daher in weiten Teilen zu gleichen Ergebnissen führen. Zu trennen ist jedoch stets zwischen dem wirtschaftlichen Risiko bzw. der Verfügungsgewalt über die Stromerzeugungsanlage und dem wirtschaftlichen Risiko bzw. der Verfügungsgewalt über den erzeugten Strom.

Im Allgemeinen wird derjenige als das wirtschaftliche Risiko tragend angesehen, der die Vor- und Nachteile sich verändernder Umstände und Rahmenbedingungen (z. B. Preisentwicklungen und Verfügbarkeit von Produktionsrohstoffen) sowie die Unterhaltskosten trägt. Im Regelfall wird daher derjenige als Betreiber einer Stromerzeugungsanlage zu betrachten sein, der das Risiko des zufälligen Untergangs und der Verschlechterung an der Anlage sowie das Risiko des Stromabsatzes und sich verteuender Rohstoffe, die zur Stromerzeugung benötigt werden, trägt. Fraglich ist, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen Anlagenrisiko einerseits und das Stromabsatz- und Rohstoffrisiko andererseits auseinanderfallen. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn ein Anlagenhersteller die Anlage zu einem Festpreis an einen Betreiber verpachtet oder vermietet, der die Verträge mit dem Stromkunden direkt abschließt und der zwar nicht das Anlagenerrichtungs- und Anlagenbetriebsrisiko, wohl aber das Stromabsatz- und Rohstoffbeschaffungsrisiko trägt. Da § 3 Nr. 2 EEG 2012 auf die Nutzung der Anlage für die Erzeugung von Strom abstellt und nicht auf die Nutzung zur Erzielung von Pacht- oder

¹⁴⁸ *Friedrich/Meißner*, Energiesteuern, Stand: 26. EL 2012, § 2 StromStG Rn. 49, § 9 StromStG Rn. 29b; gleicher Auffassung für das EEG: *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 167 ff., 175 f.; so auch ausdrücklich die Gesetzesbegründung zum Vorläufer des heutigen § 3 Nr. 2 EEG, wonach es für die Eigenschaft als Anlagenbetreiber darauf ankommt, wer die Kosten und das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebes trägt und das Recht hat, die Anlage auf eigene Rechnung zur Stromerzeugung zu nutzen (BT-Drs. 15/2864, S. 30).

¹⁴⁹ FG Thüringen, Urteil vom 31.07.2008 – II 844/06; sich dem i.E. anschließend FG Hamburg, Urteil vom 26.01.2010 – 4 K 53/09; *Bongartz*, EnergieStG - StromStG, Stand: 5. EL 2012, § 9 StromStG Rn. 27.

Mieteinnahmen, ist als Anlagenbetreiber in diesem Fall der Mieter oder Pächter selbst anzusehen.¹⁵⁰ Entscheidend ist im Rahmen des EEG somit vorrangig, wem das Risiko der Stromproduktion zugewiesen ist.¹⁵¹

Sofern man die Betreibereigenschaft daher zutreffenderweise nach dem wirtschaftlichen Risiko der Stromerzeugung definiert, lassen sich die verschiedenen Praxisfälle wie folgt lösen:

In Modell 1 liegt kein privilegierter Eigenverbrauch vor, da das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebs beim Dritten und damit nicht beim Stromverbraucher liegt und der Stromverbraucher folglich nicht als Anlagenbetreiber anzusehen ist. In Modell 2 sind die Stromverbraucher hingegen als Anlagenbetreiber einzustufen, da sie das wirtschaftliche Risiko des Betriebs tragen, auch wenn die operative Betriebsführung einem Dritten übertragen ist. Haben Stromverbraucher „Megawatt-Scheiben“ von einer Stromerzeugungsanlage auf eigenes wirtschaftliches Risiko gepachtet oder haben sich Gesellschafter einer Kraftwerksgesellschaft „Megawatt-Scheiben“ zur eigenen Nutzung zuweisen lassen (Modell 3), so werden sie auf eigene Rechnung und eigenes wirtschaftliches Risiko tätig und erzeugen insoweit selbst Strom. Sie sind daher als Anlagenbetreiber anzusehen.¹⁵² Fraglich ist in diesem Fall aber die Identität von Erzeuger und Verbraucher (siehe hierzu oben unter 4.3.3).

Problematisch sind Fälle, in denen der Stromerzeuger sich gegenüber einem Dritten zu einer Leistung verpflichtet und diese Leistung mithilfe einer Anlage erzeugt, für die er seinen selbst produzierten Strom einsetzt und die unter Umständen sogar auf dem Gelände des Dritten aufgestellt oder angebracht ist (Contracting-Fälle, z. B. Lieferung von Dampf- oder Druckluft, Modell 4, oder Lieferung von Licht oder Kälte, Modell 5). Formal betrachtet liegt in diesen Fällen ein Eigenverbrauch im Sinne von § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG vor, da der Stromerzeuger zugleich Letztverbraucher des Stroms ist.¹⁵³ Al-

¹⁵⁰ So auch *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 176.

¹⁵¹ So auch *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 181, 167 ff., 175 f.; nicht ausdrücklich zwischen Anlagenrisiko und Stromabsatz- bzw. Rohstoffrisiko differenzierend: *Oschmann* in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 44; Gesetzesbegründung zum Vorläufer des heutigen § 3 Nr. 2 EEG (BT-Drs. 15/2864, S. 30).

¹⁵² *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 181.

¹⁵³ A.A. wohl *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 28, der darauf abstellt, dass jedenfalls auch Strom geliefert und verbraucht wird.

lerdings entspricht diese Vertragslage häufig nicht den tatsächlichen Verhältnissen (siehe hierzu im Einzelnen oben 4.3.2). Auf den Letztverbraucher des mithilfe des Stroms erzeugten Folgeprodukts kommt es nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht an. Zumindest dem Zweck der Regelung nach dürften diese Fälle jedoch nicht umfasst sein. Anders als § 9 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) StromStG privilegiert § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG lediglich den Eigenverbrauch und nicht auch die Stromlieferung durch einen anderen als den Letztverbraucher (Elektrizitätsversorgungsunternehmen und dritte Personen, § 37 Abs. 2, 3 Satz 1 EEG). Die Lieferung von Dampf, Druckluft, Licht oder Kälte mithilfe vom Lieferanten in räumlicher Nähe installierter Stromerzeugungsanlagen dürfte – sofern keine besonderen betriebswirtschaftlichen oder organisatorischen Gründe eingreifen – regelmäßig den Versuch der Umgehung dieser gesetzgeberischen Entscheidung darstellen, da zumindest das mithilfe des Stroms erzeugte Sekundärprodukt (Dampf, Druckluft, Licht, Kälte) von einem Dritten an den Letztverbraucher geliefert wird. Inwieweit der Befreiungstatbestand des § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG im Hinblick auf solche Gestaltungen teleologisch reduziert werden kann oder die für das Steuerrecht geltenden Grundsätze über den Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) auch für den Bereich der EEG-Umlage entsprechend heranziehbar sind, sodass die Steuerbefreiung im Ergebnis nicht zu gewähren wäre, erscheint fraglich. Es handelt sich hierbei jedenfalls um Grenzfälle, deren Behandlung soweit ersichtlich rechtlich noch nicht eindeutig geklärt ist. Sollte es in der Intention des Gesetzgebers liegen, diese Konstellationen nicht zu privilegieren, sollte unseres Erachtens eine gesetzgeberische Klarstellung erfolgen. Denkbar wäre beispielsweise, den Eigenverbrauch zum Zwecke der Lieferung von Sekundärenergieträgern (z. B. Wasserdampf, Druckluft) oder Sekundärenergiequellen (z. B. Licht) explizit aus dem Anwendungsbereich des Eigenverbrauchsprivilegs im EEG und StromStG auszuklammern.

Soweit ersichtlich ist auch die Behandlung von Gestaltungen, in denen der Stromerzeuger ein Energieerzeugnis vom Besteller erhält, das er nach Anweisung und Bedarf des Bestellers entgeltlich für diesen in Strom und Wärme umwandelt und an diesen liefert (Lohnverstromung, Modell 6), rechtlich bisher nicht abschließend geklärt. Allerdings dürfte hier der Besteller als Betreiber der Stromerzeugungsanlage anzusehen sein, da er zwar nicht das Anla-

generrichtungs- und Anlagenbetriebsrisiko trägt, jedoch das vorrangige Stromabsatz- und Rohstoffbeschaffungsrisiko bei ihm verbleibt.¹⁵⁴ Der Fall ähnelt der Konstellation in Modell 3, wobei der Besteller vorliegend das Energieerzeugnis beschafft und statt einer Pacht ein leistungsorientiertes Umwandlungsentgelt zahlt.

b) **Auslegung nach bilanziellen Grundsätzen**

Fraglich ist, ob der bilanzielle Ansatz der Stromerzeugungsanlage¹⁵⁵ einen Rückschluss auf die Person des Betreibers zulässt oder gar ein Gleichlauf von wirtschaftlichem Eigentum an der Anlage und der Betreibereigenschaft besteht.

Gemäß § 39 Abs. 1 AO sind Wirtschaftsgüter grundsätzlich dem Eigentümer zuzurechnen und daher bei ihm zu bilanzieren. Etwas anderes gilt, wenn ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO, sog. „wirtschaftliches Eigentum“). In diesem Fall hat der wirtschaftliche Eigentümer das Wirtschaftsgut in seiner Bilanz anzusetzen.

Die Vorschrift des § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG enthält keinen Hinweis darauf, ob das wirtschaftliche Eigentum an der Anlage für die EEG-Umlage Relevanz besitzt. Es spricht jedoch viel dafür, dass der Bilanzansatz der Stromerzeugungsanlage vor dem Hintergrund des Regelungsziels der Vorschrift keine ausschlaggebende Bedeutung für die Betreibereigenschaft hat. Wäre stets und ausschließlich derjenige als Anlagenbetreiber anzusehen, der das juristische oder wirtschaftliche Eigentum an der Anlage innehat, könnten Stromproduzenten, die die Stromerzeugungsanlage nicht eigentumsrechtlich erwerben, sondern nur vorübergehend mieten oder pachten, um diese in Eigenregie und auf eigene Rechnung zur Selbstversorgung zu betreiben, nicht in den Genuss der Befreiungsregelung für Eigenenerzeuger gelangen. Die dingliche Rechtslage oder die Dauer des Nutzungsrechts an der Anlage bilden jedoch kein sachliches Differenzierungskriterium für eine Privilegierung nach dem EEG.

¹⁵⁴ A.A. Salje, EEG, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 27.

¹⁵⁵ Da Strom kein bilanzierungsfähiges Wirtschaftsgut darstellt, kann allein die Bilanzierung der Stromerzeugungsanlage als Zuordnungsmerkmal in Erwägung gezogen werden.

Zudem wäre der Eigentümer einer Anlage als alleiniger Anlagenbetreiber anzusehen, selbst wenn er die Anlage nur vermietet oder verpachtet, ohne am Prozess der eigentlichen Stromerzeugung und -verwendung mitzuwirken. Der Regelungszweck, Eigenerzeuger unter bestimmten Voraussetzungen von der EEG-Umlage zu entlasten, würde verfehlt. Während die Zuordnungsvorschrift des § 39 AO die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht zum Zwecke einer gleichmäßigen Besteuerung festschreibt, soll § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG den industriellen Eigenverbrauch unabhängig von den Eigentumsverhältnissen (und damit auch unabhängig vom wirtschaftlichen Eigentum) privilegieren (vgl. § 3 Nr. 2 EEG). Die Wertungen des § 39 AO lassen sich daher nicht unmittelbar auf den vorliegenden Kontext übertragen.

c) Auslegung unter Rückgriff auf die Entnahmegrundsätze im UStG

Das Umsatzsteuergesetz regelt den „Eigenverbrauch“, das heißt, die Verwendung eines dem Unternehmen zugeordneten Gegenstands für außerunternehmerische oder private Zwecke, in § 3 Abs. 1b, 9a Nr. 1 UStG. Diese „unentgeltliche Wertabgabe“ ist als ein der Lieferung oder sonstigen Leistung gegen Entgelt gleichgestellter Vorgang umsatzsteuerpflichtig.

Da die unentgeltliche Wertabgabe eine Überführung in den außerunternehmerischen oder privaten Bereich voraussetzt, muss der Gegenstand zuvor dem Unternehmen zugeordnet werden. In Anlehnung an den Begriff der Lieferung ist für die Zuordnung nach ganz herrschender Auffassung auf die Verfügungsmacht an dem Gegenstand abzustellen.¹⁵⁶ Entscheidend ist damit nicht die dingliche Rechtslage, sondern die Befähigung, im eigenen Namen über einen Gegenstand zu verfügen (§ 3 Abs. 1 UStG), das heißt, Substanz, Wert und Ertrag des Gegenstands wie ein Eigentümer zu nutzen.¹⁵⁷ Damit deckt sich das Zuordnungskriterium weitgehend mit der von Teilen der Rechtsprechung vertretenen Definition des Betreibers im Rahmen von § 9 Abs. 1 Nr. 3 StromStG, wengleich dort sprachlich auf das Vorliegen von „Verfügungsgewalt“ abgestellt

¹⁵⁶ BFH, Urteil vom 23.09.1993 – V R 87/89, BStBl. II 1994, 200; *Sölch/Ringleb*, UStG, Stand: 67. EL 2012, § 3 Rn. 317.

¹⁵⁷ *Sölch/Ringleb*, UStG, Stand: 67. EL 2012, § 3 Rn. 70.

wurde.¹⁵⁸ Gleichwohl sind für eine Übertragung des Kriteriums der Verfügungsmacht auf den Bereich des EEG keine Gründe ersichtlich, da die Regelungen über die „unentgeltliche Wertabgabe“ im UStG und die Regelung zur Eigenerzeugung im EEG weder dem Ziel noch der Regelungstechnik nach eine vergleichbare Struktur aufweisen. Rückschlüsse lassen sich aus dem UStG daher ersichtlich nicht ziehen.

4.5.2 „Im räumlichen Zusammenhang“

Neben dem Betreiben der Stromerzeugungsanlage durch den Letztverbraucher setzt § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG voraus, dass der Verbrauch des erzeugten Stroms im räumlichen Zusammenhang zu der Stromerzeugungsanlage erfolgt. Das EEG 2012 selbst enthält keine Definition des Begriffs des räumlichen Zusammenhangs. Da die Vorschrift jedoch nach der Gesetzesbegründung in Übereinstimmung mit § 9 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) StromStG auszulegen ist, soll grundsätzlich auf die zum Stromsteuergesetz ergangene Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden können.¹⁵⁹

Nach der Gesetzesbegründung zum Stromsteuergesetz umfasst der räumliche Zusammenhang lediglich eine objektbezogene, jedoch keine flächendeckende oder regionale Stromversorgung.¹⁶⁰ Nach einer früher vertretenen Auffassung sollte eine objektbezogene Lieferung in diesem Sinne nicht vorliegen, wenn der Strom in das allgemeine Versorgungsnetz eingespeist wurde, da unter anderem in diesem Fall die Stromabnahme physikalisch keinem bestimmten Abnehmer mehr zugeordnet werden könne.¹⁶¹ Dieser Auffassung hat der Bundesfinanzhof jedoch eine Absage erteilt.¹⁶² Eine Begrenzung der Steuerbefreiung auf Stromlieferungen in „Eigennetzen“ sei dem Tatbestandsmerkmal des unmittelbaren Zusammenhangs nicht zu entnehmen. Dafür spreche vor allem die im Rahmen der Gesetzesüberarbeitung erfolgte Erhöhung der maximal zulässigen Nennleistung auf Anlagen bis zu 2 MW, die typischerweise für kleinere Gemeinden von bis zu 3000 Haushalten, die in den seltensten Fällen über ein „Eigennetz“ verfügten, ausreichten. Entscheidend seien

¹⁵⁸ Siehe oben Fn. 149.

¹⁵⁹ BT-Drs. 17/6071, S. 83; *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 62.

¹⁶⁰ BT-Drs. 14/2044, S. 9, 11; OFD Hannover, Vfg. vom 08.11.2000 – V 4250-25-Z316, Ziff. D. 8; *Bongartz*, EnergieStG - StromStG, Stand: 5. EL 2012, § 9 StromStG Rn. 38.

¹⁶¹ FG Thüringen, Urteil vom 05.06.2003 – II 128/03; BMF-Schreiben vom 13.08.2001 – III A 1 - V 4250 - 7/01, Tz. 24.

¹⁶² BFH, Urteil vom 20.04.2004 – VII R 44/03, BFHE 205, 566; so zuvor bereits FG Düsseldorf, Urteil vom 14.05.2003 – 4 K 3876/02; zustimmend *Stein/Thoms/Führer*, Energiesteuern in der Praxis, 2010, S. 183.

vielmehr die tatsächliche Entfernung von Entnahmestelle und Stromerzeugungsanlage, die Anzahl der Entnahmestellen und ihre Verteilung in der Fläche sowie die eingesetzte Mess- und Regeltechnik. Nach Auffassung der Oberfinanzdirektion Hannover ist von einem räumlichen Zusammenhang unter anderem dann auszugehen, wenn sich Stromerzeugungsanlage und Abnahmestelle auf demselben Grundstück, auf angrenzenden Grundstücken oder am selben Ort befinden.¹⁶³ Das Bundesministerium der Finanzen hat sich der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes angeschlossen.¹⁶⁴ Fruchtlos erscheinen allein relative Differenzierungen zwischen „räumlichem Zusammenhang“ und den unbestimmten Rechtsbegriffen der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ (§ 16 Abs. 3 Nr. 2 EEG)¹⁶⁵ oder der „räumlichen Nähe“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 StromStV 1999)¹⁶⁶.

Eine konkrete Maximaldistanz für den räumlichen Zusammenhang wird, soweit ersichtlich, allerdings weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung vertreten.¹⁶⁷ Der Begriff ist daher zuvörderst teleologisch auszulegen: § 9 Abs. 1 Nr. 3 StromStG bezweckt, den Eigenverbrauch, bei dem Erzeugung und Verbrauch durch den gleichen Rechtsträger erfolgen, unter der Voraussetzung einer gewissen räumlichen Nähe zu privilegieren. Hintergrund ist die gesetzgeberische Absicht, eine dezentrale Energieversorgung, die durch eine Reduzierung von Übertragungsverlusten und eine gekoppelte Nutzung von Strom und Wärme zu einer effizienteren Brennstoffausnutzung führt, steuerlich zu fördern.¹⁶⁸ Der Zweck einer Förderung der dezentralen Stromversorgung liegt augenscheinlich auch der Regelung in § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG zugrunde.¹⁶⁹ Das Gesetz geht jedoch typisierend davon aus, dass kein privilegierungswürdiger Eigenverbrauch vorliegt, wenn der Strom durch ein Netz der allgemeinen Versorgung (Fremdnetz) geleitet wird. Denn oft werden in diesen Fällen größere Entfernungen zwischen Stromerzeugungsanlage und Verbrauchsstelle vorliegen, die keine wesentlichen Effizienzvorteile gegen-

¹⁶³ OFD Hannover, Vfg. vom 08.11.2000 – V 4250-25-Z316, Ziff. D.1 bis 3.

¹⁶⁴ BMF-Schreiben vom 18.10.2004 – III A 1-V4250-9/04, Rn. 22.

¹⁶⁵ So aber *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 62.

¹⁶⁶ So aber FG Düsseldorf, Urteil vom 14.05.2003 – 4 K 3876/02, *Friedrich/Meißner*, Energiesteuern, Stand: 26. EL 2012, § 9 StromStG Rn. 29d und *Schiebold/Otto*, ZNER 2002, 14, 16, wonach der Begriff des „räumlichem Zusammenhangs“ weiter sein soll als der Begriff der „räumlichen Nähe“.

¹⁶⁷ Nach *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 62 soll der räumliche Zusammenhang jedenfalls bei Entfernungen von „nur mehreren hundert Metern“ nicht durchbrochen werden, allerdings eine Lieferung „in andere Stadtteile über das allgemeine Netz“ schädlich sein.

¹⁶⁸ *Bongartz*, EnergieStG - StromStG, Stand: 5. EL 2012, § 9 StromStG Rn. 29; FG Düsseldorf, Urteil vom 14.05.2003 – 4 K 3876/02; *Schiebold/Otto*, ZNER 2002, 14, 16 ff. m.w.N.

¹⁶⁹ BT-Drs. 16/8148, S. 90; hierfür spricht auch die ausdrückliche Verweisung der Gesetzesbegründung auf die Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) StromStG (BT-Drs. 17/6071, S. 83).

über der allgemeinen Stromversorgung aufweisen. Mit der Anknüpfung an das allgemeine Versorgungsnetz im Sinne von § 3 Nr. 7 EEG 2012¹⁷⁰ beabsichtigt der Gesetzgeber in typisierender Form, missbräuchliche Gestaltungen durch Eigenerzeugung über größere Distanzen zu verhindern. Aus Verhältnismäßigkeitsgründen ist jedoch der Eigenverbrauch privilegiert, der in einem „räumlichen Zusammenhang“ zur Anlage stattfindet. Wann ein noch privilegierungswürdiger Eigenverbrauch und ab wann ein Missbrauch anzunehmen ist, lässt sich allerdings abstrakt kaum definieren.

Jedenfalls erscheinen Modelle, in denen der Stromverbraucher „Megawatt-Scheiben“ an einem Kraftwerk pachtet, für die er das wirtschaftliche Risiko trägt (Modell 3), dann nicht mehr in einem hinreichenden räumlichen Zusammenhang, wenn zwischen Kraftwerk und Abnahmestelle unter Umständen mehrere Kilometer liegen¹⁷¹ und das Kraftwerk gleichzeitig „Megawatt-Scheiben“ an andere Stromverbraucher in anderen Regionen verpachtet und/oder gleichzeitig Strom an andere Abnehmer liefert. Der Begriff des räumlichen Zusammenhangs könnte daher gegebenenfalls durch eine konkrete Entfernungsangabe präzisiert werden. Entscheidend für diese Kennziffer dürfte sein, ab welcher Entfernung die mit der dezentralen Energieversorgung grundsätzlich einhergehenden Effizienzvorteile durch Strom- und Wärmeübertragungsverluste weitgehend aufgezehrt werden.¹⁷²

5. Verfassungsrechtlicher Korrekturbedarf?

Im Zuge gutachterlicher Vollständigkeit ist festzuhalten, dass die gefundenen Ergebnisse im Hinblick auf die einzelnen Fallgruppen insbesondere den Anforderungen an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit im Sinne der Artt. 19, 20 und 3 GG genügen und dass sich aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Ergebniskorrektur nicht aufdrängt.

In der Vergangenheit sind gegen das EEG und seinen Vorläufer, das Stromeinspeisungsgesetz, wiederholt verfassungsrechtliche Bedenken laut geworden, jedoch ist das Bundesverfassungsgericht diesen Bedenken gegen das Stromeinspeisungsgesetz nicht gefolgt.¹⁷³ Auch das EEG ist nach der ganz überwie-

¹⁷⁰ BT-Drs. 17/6071, S. 83.

¹⁷¹ Das FG Düsseldorf, Urteil vom 14.05.2003 – 4 K 3876/02, hat eine Transportstrecke von 4,5 km noch für mit dem Regelungsziel vereinbar gehalten.

¹⁷² Ähnlich *Schiebold/Otto*, ZNER 2002, 14, 18.

¹⁷³ S. Nachweise bei *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, Einf Rn. 81 ff.

genden Meinung verfassungsgemäß.¹⁷⁴ Der Bundesgerichtshof hat verfassungsrechtliche Bedenken gegen das EEG 2004 in seiner Entscheidung vom 9. Dezember 2009 verworfen.¹⁷⁵ In der Literatur wurde im Zuge verfassungsrechtlicher Würdigungen die Verfassungsmäßigkeit der Vorläufernormen des EEG 2012 ebenso wenig grundlegend in Frage gestellt.¹⁷⁶ Auch soweit sich etwa *Salje* gezwungen sah, nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes und dem Zustandekommen des EEG 2012 den von ihm befürworteten extensiven wirtschaftlichen Eigenverbrauchs begriff aufzugeben,¹⁷⁷ nahm er dies – soweit ersichtlich – nicht zum Anlass, etwa einen Verstoß gegen Art. 9 GG, die Koalitionsfreiheit, zu rügen, welche er zuvor als Ausdruck der unternehmerischen Organisationsfreiheit verstanden wissen wollte, die zur Folge habe, dass Konzernsachverhalte in das Eigenverbrauchsprivileg einzubeziehen seien.¹⁷⁸

Insbesondere aufgrund der dem Gesetzgeber eingeräumten Einschätzungsprärogative betreffend Artt. 19, 20 GG kann ein solcher Korrekturbedarf nicht identifiziert werden. Dies gilt auch für den vorliegend maßgeblichen Wirkungsradius' des Art. 3 GG. In der jüngsten Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass die bis dahin von der Literatur aus seiner früheren Rechtsprechung destillierten Formeln¹⁷⁹ nicht schematisch anzuwenden sind, sondern dass vielmehr gilt:

„Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet nicht nur, dass die Ungleichbehandlung an ein der Art nach sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungskriterium anknüpft, sondern verlangt auch für das Maß der Differenzierung einen inneren Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung, der sich als

¹⁷⁴ Umfassend *Altrock/Oschmann*, EEG, 3. Aufl. 2011, Einf Rn. 43 ff.; *Kloepfer*, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 11 Rn. 33; *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, Einf Rn. 81 ff.

¹⁷⁵ NVwZ-RR 2010, 315 (317).

¹⁷⁶ *Salje*, FS Kühne, 2010, S. 311 (314).

¹⁷⁷ *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, Rn. 26.

¹⁷⁸ *Salje*, FS Kühne, 2010, S. 311 (314).

¹⁷⁹ Insbesondere die s. g. Willkürformel und Neue Formel, vgl. *Kischel* in: Beck-OK GG, Stand: 1. April 2012, Art. 3 Rn. 28. Zum Willkürbegriff so eingehend wie kritisch *Dürig/Scholz* in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 63. EL 2011, Rn. 331 ff.

sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht erweist. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können.

Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers ist insbesondere anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen umso mehr verschärfen, je weniger die Merkmale für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich auch aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. Im Übrigen hängt das Maß der Bindung unter anderem davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Kriterien zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird.“¹⁸⁰

Es ist nicht erkennbar, inwieweit die Beschränkung der Konstellationen, die als EEG-umlagebefreiter industrieller Eigenverbrauch anzusehen sind, an der bisherigen verfassungsrechtlichen Würdigung des EEG etwas zu ändern vermögen sollen. Vielmehr stellt der Gesetzgeber durch die Einbeziehung weiterer Stromerzeuger und -verbraucher in den Wälzungsmechanismus des EEG eine höhere Umlagegleichheit her, die zu einer Verringerung der Belastung des Einzelnen führen soll. Indem der Gesetzgeber durch § 66 Abs. 15 EEG 2012 sogar noch Bestandsschutz für vor dem 1. September 2011 bestehende anerkannte Modelle industriellen Eigenverbrauchs gewährt hat, kann auch ein Eingriff in eine erworbene Rechtsposition ausgeschlossen werden. Schließlich erhöhte der Gesetzgeber die Kohärenz seiner Vorgaben noch dadurch, dass er den Anwendungsbereich der besonderen Ausgleichsregelung im EEG 2012 erweiterte¹⁸¹, wodurch die Erreichung oder gar Überschreitung der Willkürgrenze in noch weitere Ferne rückt. Eine Anknüpfung an indisponible persönliche Merk-

¹⁸⁰ BVerfG, NVwZ 2011, 1316 f.

¹⁸¹ Unter anderem durch Absenkung der Schwellenwerte in § 41 Abs. 1 lit. a) und b) EEG 2012 gegenüber dem EEG 2009.

male bei der Bestimmung des Kreises der EEG-Umlagepflichtigen bzw. derjenigen, die von dieser befreit sind, liegt nicht vor.

6. Exkurs: Minikraftwerke

Im Hinblick auf die unter 1. genannten Minikraftwerke¹⁸² ist im Ergebnis auf die zu den Modellen 2 und 3 gewonnenen Erkenntnisse zu verweisen. Will man diese als Form des aus dem EEG-Ausgleichsmechanismus ausgeklammerten industriellen Eigenverbrauchs ansehen, muss dies auch für die Minikraftwerks-sachverhalte dem Grunde nach gelten.

Das heißt, die Eigentümer der Einheiten in Mehrparteienwohnanlagen müssen zugleich Betreiber der Stromerzeugungsanlage und Stromverbraucher sein. Für die Betreiberstellung ist maßgeblich, dass die Rechtsbeziehung zu dem Minikraftwerk möglichst unmittelbar sein muss, um zu vermeiden, dass Lieferbeziehungen etwa zwischen einer Objektgesellschaft und den jeweiligen Eigentümern der Wohneinheiten entstehen. Es kommt also wiederum die bereits aufgestellte Faustformel zur Anwendung, wonach bei einer Miteigentumskonstellation ohne Zwischenschaltung einer Gesellschaft (gleich welchen Typs) am ehesten von der möglichen Anerkennung der Minikraftwerk-Sachverhalte als industrieller Eigenverbrauch ausgegangen werden kann, mit der Schaffung einer Objektgesellschaft von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff. BGB über die Gesellschaften des HGB bis zu den Gesellschaften, die juristische Personen des Privatrechts sind, die Wahrscheinlichkeit der Einordnung als Eigenverbrauch aber bis nahe Null abnimmt. Vielmehr müsste, um in den Bereich des Eigenverbrauchsprivilegs zu gelangen, die Bruchteilsgemeinschaft der Eigentümer so ausgestaltet werden, dass eine möglichst gleichmäßige Risikoallokation unter den Teilhabern erreicht wird. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf 4.3.3 verwiesen.

Schon unter der Geltung des EEG 2004 wurde allerdings darauf hingewiesen, dass bei Zugrundelegung des restriktiven Eigenverbrauchsbegriffs – dem das EEG 2012 wie gezeigt zuneigt – die Betreiber von Minikraftwerken als Elektrizitätsversorgungsunternehmen einzustufen seien und der dort erzeugte Strom in den EEG-Wälzungsmechanismus einzubeziehen sei.¹⁸³ Ferner mag der Vollständigkeit halber noch angemerkt sein, dass auch eine Vermietung der Wohneinheiten an einen Dritten durch den jeweiligen Eigentümer der Einheit dazu

¹⁸² Aufgrund der Energiequellenneutralität des Eigenverbrauchsprivilegs gilt das Nachstehende auch im Falle des Eigenverbrauchs von Strom aus einer Photovoltaikanlage.

¹⁸³ *Lehnert*, ZNER 2008, 39 (43).

führen dürfte, dass insoweit kein industrieller Eigenverbrauch mehr vorliegt, weil die erforderliche Identität zwischen Betreiber und Verbraucher entfällt.

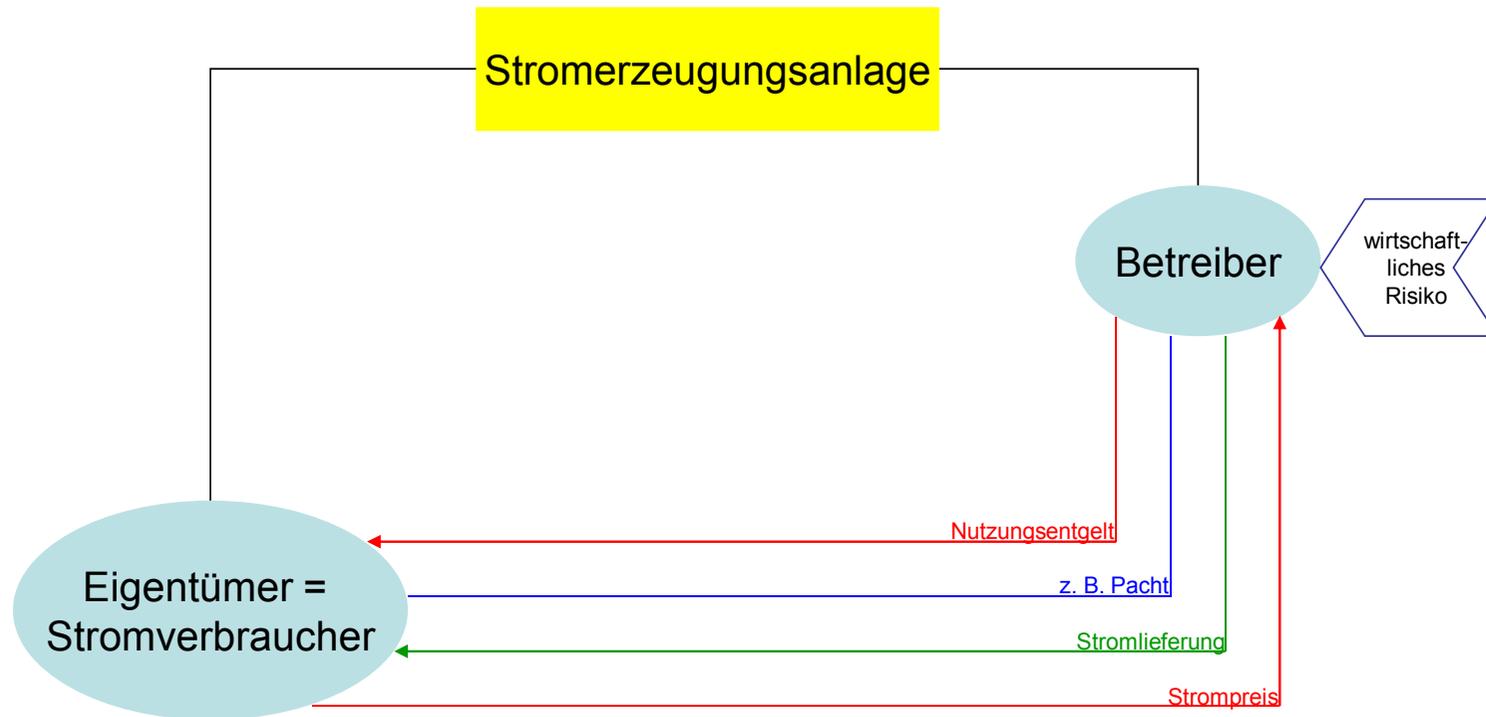
7. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

- (I) Nach keiner zum derzeit geltenden EEG 2012, zum EEG 2009 noch zum EEG 2004 vertretenen Ansicht kann Modell 1, das Pachtmodell, einen Fall des EEG-umlagebefreiten Eigenverbrauchs darstellen. Es liegt nach allen Ansichten eine Lieferbeziehung zwischen Pächter und Stromverbraucher vor, die den Eigenverbrauch immer ausschließt. Der Stromerzeuger ist auch bei wirtschaftlicher Betrachtung Betreiber der Stromerzeugungsanlage und nicht personenidentisch mit dem Stromverbraucher. Dieses Ergebnis stimmt mit der stromsteuerrechtlichen Betrachtung überein.
- (II) Nach dem derzeit geltenden Recht erscheint es noch vorstellbar, Modell 2 (Betriebsgemeinschafts-/Betriebsführungsmodell) und – eventuell mit Abstrichen – Modell 3 (Scheibenpachtmodell) als industriellen Eigenverbrauch einzustufen, wenn die Stromerzeugungsanlage nicht von einer gesonderten Gesellschaft betrieben wird, sondern durch die Abnehmer (allenfalls in Form einer BGB-Gesellschaft). Außerdem darf keine gesonderte Buchführung für die einzelnen Abnehmer geführt werden, und die Stromabnahme muss im 15-Minuten-Intervall dem Anteil an der Erzeugungsanlage entsprechen. Dagegen sprechen allerdings gewichtige Argumente, vor allem Gesichtspunkte der praktischen Überprüfbarkeit der Zuordnung der Betreibereigenschaft, die Unwägbarkeiten der internen wirtschaftlichen Risikoverteilung und die gesetzgeberische Intention der möglichst gleichmäßigen Lastenverteilung unter dem EEG-Wälzungsmechanismus, die zusammentrifft mit einer Ausweitung des Anwendungsbereiches der besonderen Ausgleichsregelung. Die Wertungen des Stromsteuerrechts sind hier ergebnisneutral für die rechtliche Bewertung nach dem EEG. Aufgrund der räumlichen Kriterien des § 37 Abs. 3 EEG 2012 und des StromStG im Hinblick auf anzuerkennenden industriellen Eigenverbrauch dürfte die faktische Bedeutung dieser Fallkonstellationen ohnehin stark abnehmen, allerdings wird eine nicht zu vernachlässigende Zahl an handhabungsbedürftigen Fällen übrigbleiben.
- (III) Modell 5 (Lichtcontracting) fällt spätestens seit Inkrafttreten des EEG 2012 nicht mehr unter das Eigenverbrauchsprivileg. Rechtsprechungs- und Gesetzgebungsentwicklung haben den grundsätzlichen Umgehungscharakter von Contracting-Modellen offengelegt und schon früher gehegte Zweifel an ihrer Subsumierbarkeit unter den industriellen

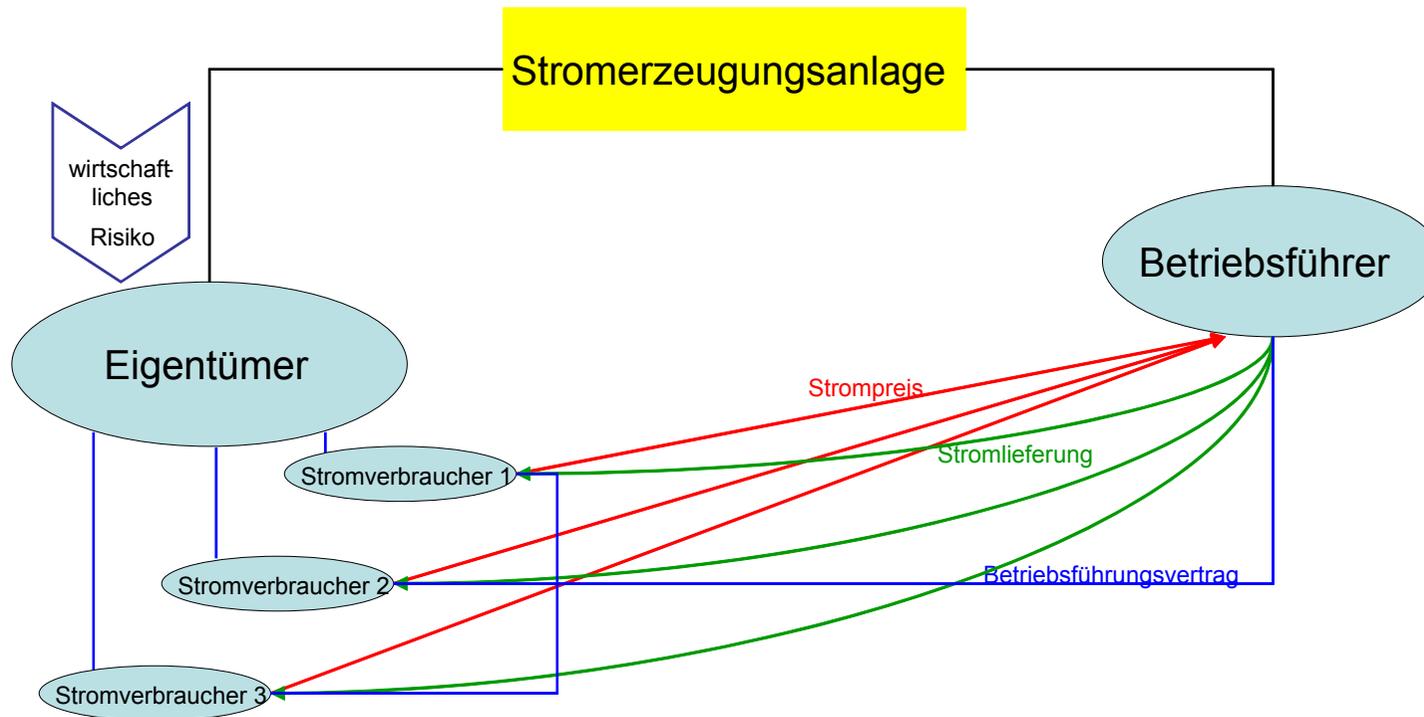
Eigenverbrauch bestätigt. In der Gesetzesbegründung zu § 37 EEG 2012 hat der Gesetzgeber durch haarscharfe Trennung in seinem Verweis auf § 9 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) StromStG, nicht aber auf dessen lit. b), insoweit Fingerspitzengefühl bewiesen. Damit ist auch Homogenität mit der stromsteuerrechtlichen Behandlung sichergestellt.

- (IV) Modell 4 (Dampf-/Druckluftcontracting) und Modell 6 (Lohncontracting) sind quasi Gegenstand einer widerleglichen Vermutung, dass sie nicht unter das Eigenverbrauchsprivileg fallen. Regelmäßig wird hier Strom von dem Betreiber der Stromerzeugungsanlage an den Betreiber des Stromverbrauchers geliefert, oder in dem Vertrag ist ein Umgehungs-geschäft zu sehen, das wie eine Stromlieferung behandelt werden muss. Widerlegt werden kann diese Vermutung im Einzelfall durch Nachweis der Motivlage der Parteien bei der Verwirklichung des Modells und der modellinternen betrieblichen Risikoallokation.
- (V) Für Minikraftwerke ist im Ergebnis auf die zu den Modellen 2 und 3 gewonnenen Erkenntnisse zu verweisen. Soweit sie in den industriellen Eigenverbrauch einbezogen werden sollen, müsste die Bruchteilsgemeinschaft der Eigentümer so ausgestaltet werden, dass eine möglichst gleichmäßige Risikoallokation unter den Teilhabern erreicht wird.

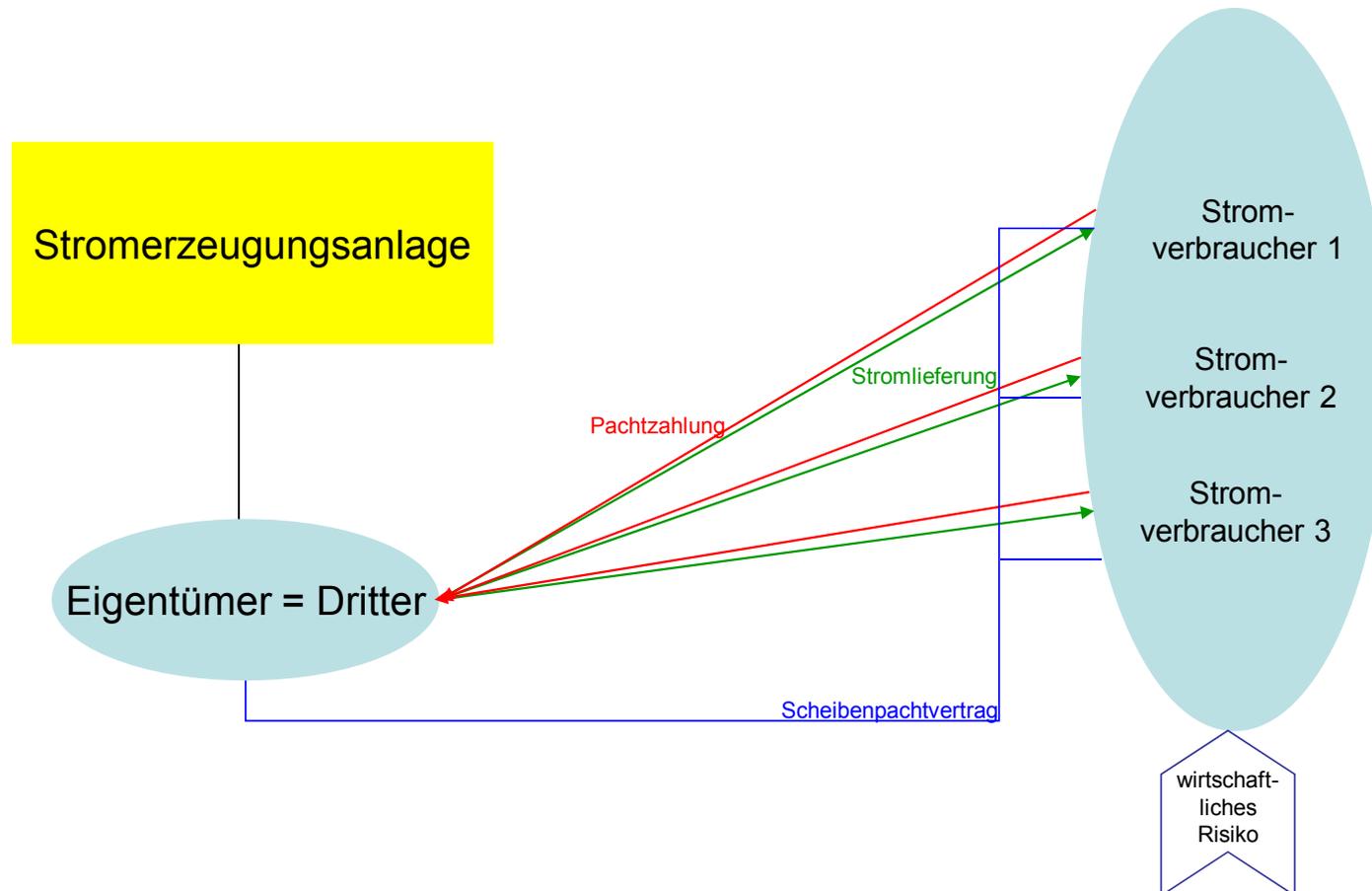
Modell 1: Pachtmodell



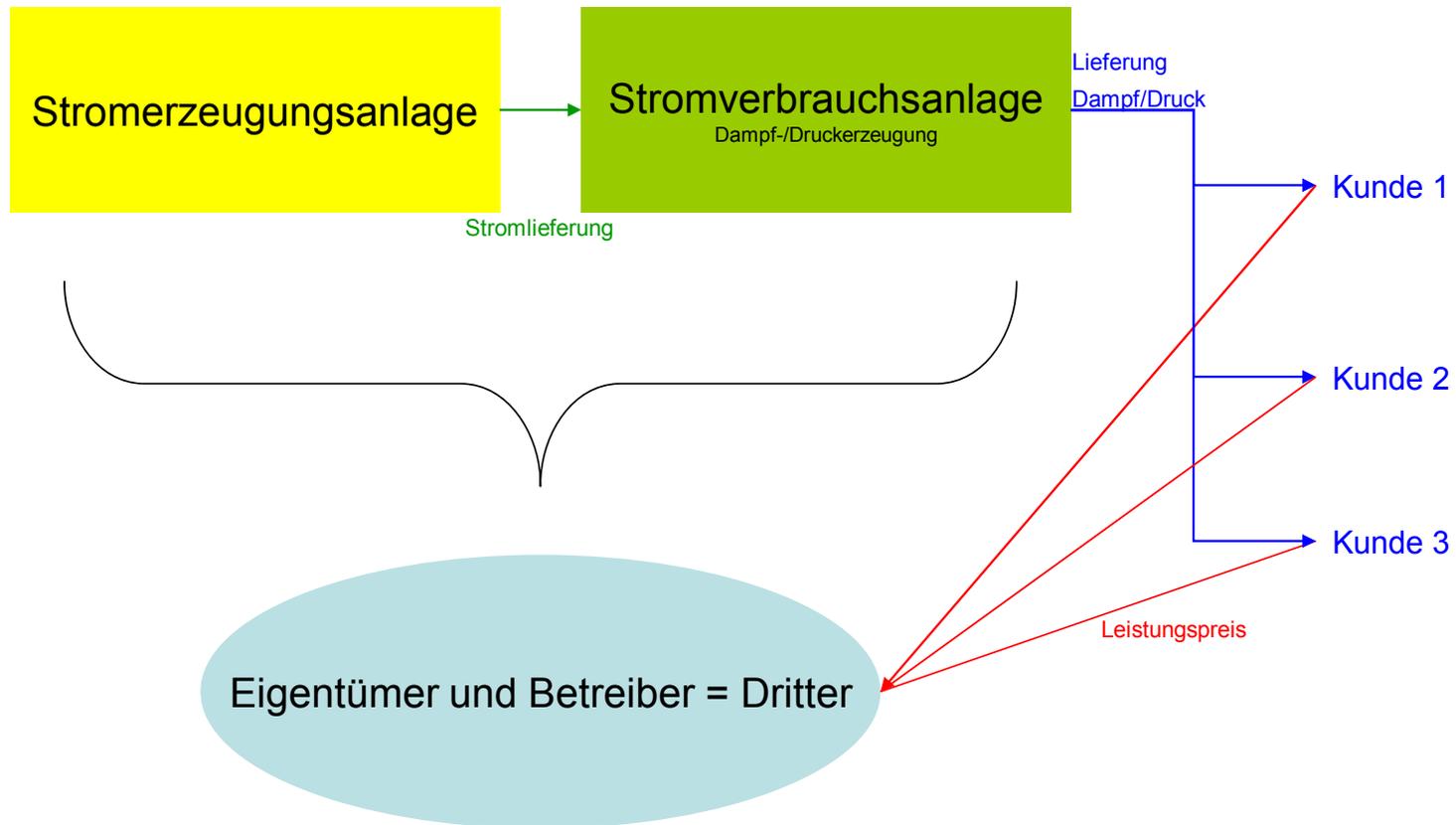
Modell 2: Betriebsgemeinschafts-/ Betriebsführungsmodell



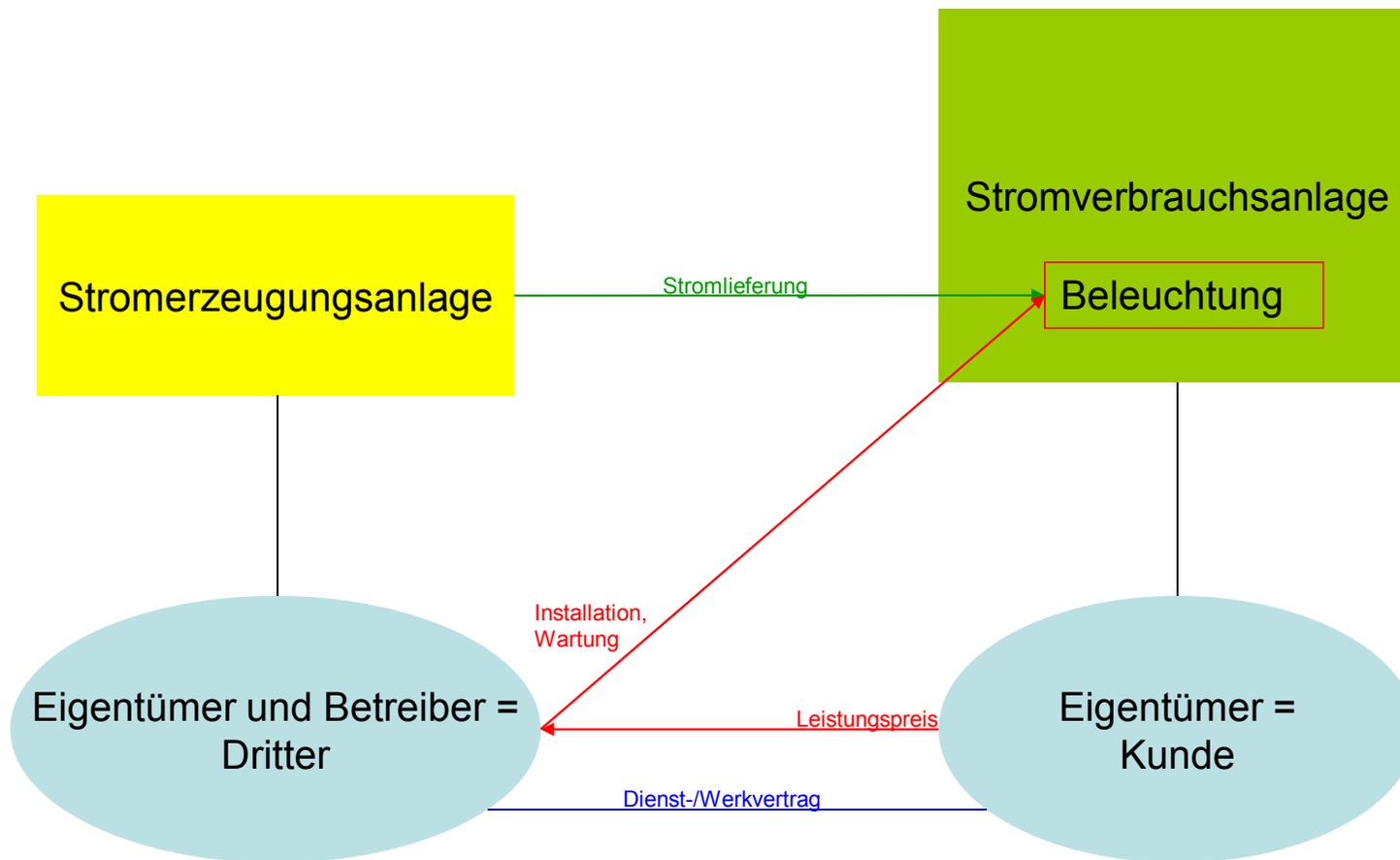
Modell 3: Scheibenpachtmodell



Modell 4: Dampf-/Druckluftcontracting



Modell 5: Lichtcontracting



Modell 6: Lohncontracting

