

Rechtliche Stellungnahme

***Europäische Förderung von kollektiver Eigenversorgung und
Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften***

Erstattet von:

Rechtsanwalt Dr. Philipp Boos

Rechtsanwälte PartGmbH

Zimmerstraße 56

10117 Berlin

Auftraggeber:

Bündnis Bürgerenergie e. V.

Marienstraße 19/20

10117 Berlin

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	3
I. Eigenversorgung in Gebäuden / Mehrfamilienhäusern.....	3
1. Voraussetzungen einer gemeinsamen EE-Eigenversorgung	4
2. Geschützte Tätigkeiten	6
3. Netzentgelte sowie einschlägige Umlagen, Gebühren, Abgaben und Steuern.....	7
4. Differenzierung zwischen individuellen und kollektiven Eigenversorgern	8
II. Etablierung von Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften	9
1. Voraussetzungen für eine „Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft“	9
2. Rechte von Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften.....	14
3. Bewertung von Hindernissen und Entwicklungspotential	15
4. Regulierungsrahmen zur Förderung von EE-Gemeinschaften	15
5. Grenzüberschreitende EE-Gemeinschaften.....	15
6. Diskriminierungsfreier Zugang zu Förderung / Beihilferecht.....	16
III. Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber	16
1. Ermessen der Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung	17
2. Etablierung der kollektiven EE-Eigenversorgung	17
3. Etablierung der Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften	18
4. Administrative Anforderungen.....	19
IV. Zusammenfassung – Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber	19

Einleitung

Mit ihrer Richtlinie zur Förderung von Erneuerbaren Energien setzt die Europäische Union diverse Vorgaben für die Mitgliedsstaaten, um eine Erhöhung der Stromerzeugung aus umweltfreundlichen erneuerbaren Energiequellen zu erreichen.¹

Der Verein *Bündnis Bürgerenergie e. V.* hat mich mit einer rechtlichen Stellungnahme zu den in der Richtlinie enthaltenen Regelungen zur (kollektiven) Eigenversorgung aus Erneuerbaren Energien innerhalb von Gebäuden und Mehrfamilienhäusern sowie zur Etablierung der Erneuerbare-Energien-Gemeinschaften beauftragt.

Daneben behandelt die Richtlinie (im Folgenden „*EE-Richtlinie*“) zahlreiche weitere Maßnahmen und Aspekte, die der Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen dienen sollen. Der zentrale Ansatz der EE-Richtlinie zur Förderung der Eigenversorgung mit Erneuerbaren Energien-Anlagen ist die grundsätzliche Freistellung von Abgaben, Umlagen und Gebühren. Damit soll ein Anreiz für die Stromverbraucher gesetzt werden, sich auf Basis von umwelt- und klimafreundlichen Erzeugungsanlagen selbst mit Strom zu versorgen.² Dadurch werden zugleich das Ziel einer verbrauchsnahe Erzeugung und infolgedessen der Regionalität der Stromversorgung sowie die Teilhabe der Verbraucher an der Stromerzeugung gefördert.³

Neben der individuellen Eigenversorgung aus Erneuerbaren Energien hat die EE-Richtlinie aber auch die kollektive Zusammenarbeit von Erzeugern sowie Verbrauchern von Strom aus Erneuerbaren Energien im Blick. Durch Art. 21 Abs. 4 EE-Richtlinie wird zunächst die Etablierung von EE-Eigenversorgungsmodellen in Gebäuden einschließlich Mehrfamilienhäusern geschützt (dazu unter I.). Weiterhin werden die Mitgliedsstaaten durch Art. 22 EE-Richtlinie verpflichtet, die Beteiligung der Verbraucher an „*Erneuerbare-Energien-Gemeinschaften*“ zu ermöglichen (siehe dazu II.). Für beide Themenfelder stellt sich anschließend die Frage, welche Vorgaben des deutschen Gesetzgebers zur Umsetzung der EE-Richtlinie im EEG und anderen Gesetzen erfolgen müssen bzw. erfolgen sollten.

I. Eigenversorgung in Gebäuden / Mehrfamilienhäusern

Art. 21 Abs. 4 Satz 1 EE-Richtlinie sieht die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten vor, den Bewohnern von Gebäuden einschließlich von Mehrfamilienhäusern als kollektiven Eigenversorgern grundsätzlich dieselben Rechte einzuräumen, wie sie den individuellen EE-Eigenversorgern in Artikel 21 Abs. 2 EE-Richtlinie eingeräumt werden.⁴ Daneben werden die

¹ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018, L 328/82, Amtsblatt der Europäischen Union vom 21. Dezember 2018 – abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=DE>.

² Siehe dazu bereits Boos, „*Europäische Förderung der Eigenversorgung aus EEG-Anlagen*“, ZNER 2018, S. 519 ff.

³ Siehe dazu aktuell: *Horn/Mono*, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* (et) 2018, S. 19 ff.

⁴ Siehe auch Erwägungsgrund 66 der EE-Richtlinie; *Papke/Kahles*, „*Neue EU-Regelungen zur Eigenversorgung*“ vom 14.12.2018, S. 26, abrufbar unter: <https://stiftung->

kollektiven Eigenversorger durch Art. 21 Abs. 4 Satz 1 EE-Richtlinie berechtigt, den Austausch der vor Ort produzierten erneuerbaren Energie untereinander zu vereinbaren.

Dementsprechend können sich die innerhalb eines Gebäudes ansässigen (kollektiven) EE-Eigenversorger grundsätzlich auf dieselben Rechte berufen, wie sie den individuellen Eigenversorgern nach Art. 21 Abs. 2 EE-Richtlinie zustehen. Damit soll eine Gleichstellung von Bewohnern in Mehrfamilienhäusern mit denen in Einfamilienhäusern hergestellt werden.⁵ In konsequenter Umsetzung dieser Gleichstellung sieht Art. 21 Abs. 4 Satz 1 EE-Richtlinie vor, dass die im Bereich der individuellen Eigenversorgung zulässigen Belastungen mit Netzentgelten, Umlagen, Abgaben oder Steuern auch für die kollektive Eigenversorgung gelten. Eine Ausnahme von dieser Gleichstellung wird dann aber in Art. 21 Abs. 4 Satz 2 EE-Richtlinie zugelassen. Die danach ausnahmsweise zulässige Unterscheidung muss jedoch die Vorgaben von § 21 Abs. 4 Satz 3 EE-Richtlinie zur Verhältnismäßigkeit und zur hinreichenden Begründung beachten.

Die Umsetzung der Richtlinie muss nach Artikel 36 EE-Richtlinie zwar erst zum 30. Juni 2021 erfolgen. Eine unmittelbare Wirkung der EE-Richtlinie zugunsten von individuellen oder kollektiven EE-Eigenversorgern tritt grundsätzlich damit erst dann ein, soweit der deutsche Gesetzgeber sie bis dahin nicht umgesetzt haben sollte. Eine frühere Umsetzung wäre zulässig und im Sinne der zeitnahen Erreichung der Ziele der EE-Richtlinie auch wünschenswert.

1. Voraussetzungen einer gemeinsamen EE-Eigenversorgung

Art. 2 Nr. 15 der EE-Richtlinie enthält eine Definition der „*gemeinsam handelnden Eigenversorger in Gebäuden*“, die aber letztlich keine über den Wortlaut von Art. 21 Abs. 4 Satz 1 EE-Richtlinie hinausgehenden inhaltlichen Vorgaben enthält.

a. Teilnehmeranzahl und Verhältnis zur individuellen Eigenversorgung

Zwar findet sich in Art. 2 Nr. 15 EE-Richtlinie die Vorgabe, wonach es sich um eine Gruppe von „*mindestens zwei gemeinsam handelnden Eigenversorgern*“ handeln muss. Das ist aber ohnehin die logische Mindestgrenze für eine kollektive Eigenversorgung und stellt somit lediglich klar, dass die Gruppe nicht größer sein muss, aber selbstverständlich größer sein darf.

Nicht erforderlich ist, dass die beteiligten Personen bereits vor Bildung ihrer Gemeinschaft jeder für sich alleine schon die Voraussetzungen für einen EE-Eigenversorger nach Art. 21 EE-Richtlinie erfüllt haben. Ausreichend ist vielmehr, dass einer der Beteiligten die Voraussetzungen vor dem Zusammenschluss erfüllt hat oder die Voraussetzungen ab dem Zusammenschluss durch die Beteiligten Personen gemeinsam – kumulativ – vollständig erfüllt werden.⁶ Anderenfalls würden die mit der Anerkennung der kollektiven EE-Versorgung verfolgten Synergieeffekte gerade nicht erzielt, weil zunächst alle Mitglieder der kollektiven EE-Eigenversorgung jeweils für sich alleine alle Voraussetzungen für die individuelle Eigenversorgung erfüllen müssten.

umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2018/12/Stiftung_Umweltenergierecht_WueBerichte_36_EU-Regelungen_Eigenversorgung.pdf

⁵ In diesem Sinne Erwägungsgrund 66 der EE-Richtlinie.

⁶ Papke/Kahles, „*Neue EU-Regelungen zur Eigenversorgung*“ vom 14.12.2018, aaO, S. 27.

Nicht erforderlich ist dementsprechend, dass jeder der „*gemeinsam handelnden*“ EE-Eigenversorger für sich alleine betrachtet die Voraussetzungen für eine EE-Eigenversorgung nach Art. 21 EE-Richtlinie sowie Art. 2 Nr. 14 EE-Richtlinie vollständig erfüllt.⁷ Der Sinn des Status der kollektiven EE-Eigenversorgung liegt vielmehr gerade darin, dass die Mitglieder der Gruppe die Anlagen und die mit ihrem Betrieb verbundenen Aufgaben teilen.⁸ So kann ein Mitglied die EE-Eigenversorgungsanlage erwerben und betreiben, ein zweites Mitglied einen für die EE-Eigenversorgung eingesetzten Stromspeicher zur Verfügung stellen und ein drittes Mitglied die Vermarktung des Überschussstroms übernehmen. Auch für die kollektive Eigenversorgung nach Art. 21 Abs. 4 EE-Richtlinie gilt im Übrigen die Regelung in Art. 21 Abs. 5 EE-Richtlinie, wonach die Erzeugungsanlage im Eigentum eines Dritten stehen und von einem Dritten betrieben werden darf, solange dieser Dritte dabei den Weisungen der (kollektiven) Eigenversorger unterliegt.⁹

Abzugrenzen sind die „*gemeinsam handelnden*“ Eigenversorger jedoch von den Stromverbrauchern, die von (individuellen) EE-Eigenversorgern über Lieferverträge oder „*Peer-to-Peer-Geschäftsvereinbarungen*“ entsprechend Art. 21 Abs. 2 Buchstabe a mit Überschussstrom aus der EE-Anlage versorgt werden. Die Etablierung einer solchen Vereinbarung macht aus den Vertragspartnern noch keine „*gemeinsam handelnden*“ EE-Eigenversorger. Das setzt vielmehr voraus, dass alle Mitglieder der Gemeinschaft an den Risiken und Chancen der EE-Eigenversorgung beteiligt werden – wenn auch nicht notwendigerweise in der gleichen Höhe. Soweit in Erwägungsgrund 67 der EE-Richtlinie nachvollziehbarerweise die Chance der Beteiligung auch für bedürftige Verbraucher und Mieter angesprochen wird, vermag das den Grundsatz, wonach sich ein EE-Eigenversorger an den Chancen und Risiken der Stromerzeugung beteiligen muss, nicht vollständig außer Kraft zu setzen. Es rechtfertigt allerdings den Ansatz, wonach nicht alle Mitglieder einer kollektiven Eigenversorgung Chancen und Risiken in gleicher Höhe tragen müssen.

Sofern die Stromverbraucher über Stromlieferverträge oder andere vertragliche Vereinbarungen anteilig zu ihrem Stromverbrauch an den Risiken und Chancen der EE-Eigenerzeugung beteiligt werden, käme aber eine Einstufung als kollektive EE-Eigenversorgung in Betracht. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass nach § 309 Nr. 9 Buchstabe a BGB Haushaltskunden im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur für eine Laufzeit von zwei Jahren gebunden werden dürften. Es ist kaum vorstellbar, dass bei einer solchen – im Vergleich zur Lebensdauer der EEG-Anlage – kurzen Laufzeit eine angemessene Beteiligung an den Chancen und Risiken erfolgen kann. Grundsätzlich bietet jedoch eine Individualvereinbarung im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB eine Möglichkeit zur Vereinbarung einer längeren Höchstlaufzeit, weil nach § 305b BGB derartige Individualvereinbarungen Vorrang vor AGB haben. Die Voraussetzungen, die für die Annahme einer Individualabrede zu erfüllen sind, sind jedoch hoch und erfordern eine ausreichende Dokumentation.

⁷ Siehe zu diesen Voraussetzungen im Einzelnen: *Papke/Kahles*, „*Neue EU-Regelungen zur Eigenversorgung*“ vom 14.12.2018, aaO, S. 11 f.; *Boos*, ZNER 2018, S. 519 (S. 522 f.).

⁸ Die Erwägungsgründe zur kollektiven Eigenversorgung (Erwägungsgrund 70 ff.) äußern sich allerdings zu dieser Frage nicht.

⁹ *Papke/Kahles*, „*Neue EU-Regelungen zur Eigenversorgung*“ vom 14.12.2018, aaO, S. 27.

b. Begrenzung auf dasselbe Gebäude / Mehrfamilienhäuser

Die Etablierung der kollektiven Eigenversorgung ist dabei räumlich allerdings begrenzt. Die Eigenversorger müssen sich in „*demselben Gebäude*“ befinden. Dabei werden Mehrfamilienhäuser ausdrücklich als ein Unterfall desselben Gebäudes definiert, obwohl eine solche Klarstellung eigentlich nicht erforderlich wäre, weil nicht ersichtlich ist, warum ein Mehrfamilienhaus nicht als „*ein Gebäude*“ anzusehen sein sollte.

Die Größe des Gebäudes unterliegt dabei keinen Begrenzungen. Da der Richtliniengeber die kollektive Eigenversorgung in Gebäuden fördern wollte, ist nicht ersichtlich, warum diese Option für größere Gebäude nicht gelten sollte. Dementsprechend kann auch in einem größeren Gebäude mit mehreren Hundert Wohneinheiten eine kollektive Eigenversorgung etabliert werden.

Das bedeutet nicht, dass sich auch die EE-Erzeugungsanlage (regelmäßig eine Photovoltaikanlage) zwingend auf diesem Gebäude befinden muss. Die Definition der individuellen Eigenversorgung in Art. 2 Nr. 14 EE-Richtlinie stellt auf einen Betrieb „*an Ort und Stelle innerhalb definierter Grenzen*“ ab. Das wird – auch mit Blick auf die in § 3 Nr. 19 EEG verwandte Formulierung des „*unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs*“ – auf ein Grundstück begrenzt.¹⁰ Dementsprechend müsste sich die Photovoltaikanlage nicht zwingend auf dem Dach des Gebäudes befinden, sondern könnte an anderer Stelle – auf demselben Grundstück – angebracht werden. In der Praxis dürfte diese Differenzierung allerdings nur sehr selten relevant werden, weil regelmäßig die Dachflächen des Gebäudes für die Anbringung von Photovoltaikanlagen genutzt werden.

Nicht umfasst wird damit – jedenfalls dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 4 i. V. m. Art. 2 Nr. 15 EE-Richtlinie nach – eine kollektive Eigenversorgung über zwei oder mehr Gebäude hinweg. Das erscheint zwar nicht als sachgerecht, wenn ein „*Mehrfamilienhaus*“ mit mehreren hundert Wohneinheiten als Fall der kollektiven EE-Eigenversorgung anerkannt wird und eine gemeinsame Eigenversorgung über (nur) zwei oder auch mehrere unmittelbar benachbarte Einfamilienhäuser hingegen nicht. Die Förderung der EE-Eigenversorgung erscheint grundsätzlich in beiden Konstellationen berechtigt. Auch wenn der Wortlaut der EE-Richtlinie eine Begrenzung auf ein Gebäude vorsieht, könnte der deutsche Gesetzgeber darüber hinausgehen und eine Förderung der Eigenversorgung in unmittelbar benachbarten Gebäuden vorsehen. Eine solche weitergehende Förderung stünde nicht im Widerspruch zur EE-Richtlinie.

2. Geschützte Tätigkeiten

Geschützt sind von Art. 21 Abs. 4 Satz 1 EE-Richtlinie alle Tätigkeiten nach Art. 21 Abs. 2 EE-Richtlinie, die auch bei einem individuellen EE-Eigenversorger geschützt sind.

Dazu gehören nach Art. 21 Abs. 2 Buchstabe a) EE-Richtlinie die Erzeugung sowie die Speicherung und der Verkauf von Überschussproduktion. Der Verkauf darf dabei sowohl über Liefervereinbarungen als auch über „*Peer-to-Peer-Geschäftsvereinbarungen*“ erfolgen.

¹⁰ Siehe S. 36 unter Ziffer 4.2 im „*Leitfaden zur Eigenversorgung*“ der Bundesnetzagentur (Stand Juni 2016). Die englische Fassung von Art. 2 Nr. 14 EE-Richtlinie verwendet die Formulierung „*within its premises located within confined boundaries*“ und stellt damit noch deutlicher auf Grundstücke ab; siehe dazu: Boos, ZNER 2018, S. 519 (S. 522/523).

Dazu gehören weiterhin auch die in Art. 21 Abs. 2 Buchstaben b) bis d) EE-Richtlinie vorgesehenen Rechte zur Nutzung von Speichern, zur Beibehaltung der Rechte als Endverbraucher sowie zur Vergütungshöhe für den in das Stromnetz eingespeisten Überschussstrom.

3. Netzentgelte sowie einschlägige Umlagen, Gebühren, Abgaben und Steuern

Art. 21 Abs. 4 Satz 1 EE-Richtlinie stellt klar, dass das Gleichstellungsgebot für die kollektiven Eigenversorger innerhalb eines Gebäudes nur vorbehaltlich der Netzentgelte und der ansonsten einschlägigen Umlagen, Gebühren, Abgaben und Steuern für die einzelnen Eigenversorger gilt.

Dabei handelt es sich eigentlich um eine Selbstverständlichkeit, weil durch Art. 21 Abs. 4 Satz 1 EE-Richtlinie keine Besserstellung der kollektiven Eigenversorgung im Vergleich zu der individuellen Eigenversorgung vorgesehen werden, sondern nur eine Gleichstellung. Dementsprechend müssen diejenigen Belastungen, die nach Art. 21 Abs. 3 EE-Richtlinie zulässigerweise den individuellen Eigenversorgern auferlegt werden dürfen, auch bei einem kollektiven Zusammenwirken dieser Eigenversorger innerhalb eines Gebäudes berücksichtigt werden.

a. Netzentgelte

Das gilt zunächst für die Zahlung von Netzentgelten. Soweit für die Realisierung einer individuellen oder kollektiven EE-Eigenversorgung Stromverteilnetze genutzt werden, müssen die dafür anfallenden Netzentgelte verursachungsgerecht gezahlt werden. Das folgt schon mittelbar aus Art. 21 Abs. 2 Buchstabe b) der EE-Richtlinie, wonach die Speicherung von EE-Eigenversorgung nicht zu „*doppelten*“ Netzentgelten führen darf, womit aber die grundsätzliche Anwendbarkeit der Netzentgelte zugelassen wird. Allerdings dürfte es mit Blick auf die Begrenzung der kollektiven Eigenversorgung auf ein Gebäude in der Praxis nahezu ausgeschlossen sein, dass ein öffentliches Stromverteilnetz für die Umsetzung der Eigenversorgung selbst genutzt wird. In Betracht kommt aber eine Nutzung zur Weitergabe des Überschussstroms. Nach dem auch auf die kollektive Eigenversorgung anwendbaren Art. 21 Abs. 2 Buchstabe a) EE-Richtlinie müssten die Netzentgelte „*kostenorientiert*“ sein.

b. Einschlägige Umlagen, Gebühren und Abgaben

Sofern ein individueller Eigenversorger nach Art. 21 Abs. 3 EE-Richtlinie (ausnahmsweise) mit Umlagen, Gebühren oder Abgaben belastet werden darf,¹¹ kann er diese Belastung nicht durch einen Zusammenschluss mit anderen zu einer kollektiven Eigenversorgung vermeiden. Die kollektive Eigenversorgung soll nicht schlechter, aber grundsätzlich auch nicht besser gestellt werden, als die individuelle Eigenversorgung. Der Ansatz der Gleichbehandlung spricht aber dafür, dass die in Art. 21 Abs. 3 Buchstabe c) EE-Richtlinie optional vorgesehene Ausnahme von der Auferlegung von Umlagen, Gebühren oder Abgaben ab einer Erzeugungskapazität von 30 kW für Fälle der kollektiven Eigenversorgung nur mit einem entsprechend höheren Grenzwert vorgesehen wird, weil sich die Erzeugungskapazität dann auf mehr als nur einen einzigen EE-Eigenversorger verteilt.

¹¹ Dazu Boos, ZNER 2018, S. 519 (S. 520 f.).

c. Einschlägige Steuern?

Eine Freistellung der EE-Eigenversorgung von Steuern ist ohnehin schon für die individuelle EE-Eigenversorgung nach Art. 21 Abs. 2 EE-Richtlinie nicht vorgesehen, weil sich das dortige Belastungsverbot auf „jegliche Abgaben, Umlagen oder Gebühren“ beschränkt.¹² Dementsprechend müssen auch im Fall einer kollektiven Eigenversorgung diejenigen Steuern gezahlt werden, welche bei einer individuellen Eigenversorgung anfallen.

Die Anwendung von zusätzlichen Steuern könnte sich jedoch darüber hinaus noch aus den mit der EE-Eigenversorgung verbundenen Rechtsgeschäften zum Verkauf des EE-Stroms ergeben.

4. Differenzierung zwischen individuellen und kollektiven Eigenversorgern

Zudem lässt Art. 21 Abs. 4 Satz 2 EE-Richtlinie eine Differenzierung zwischen den individuell handelnden Eigenversorgern im Sinne von Art. 21 Abs. 2 EE-Richtlinie und den gemeinsam handelnden Eigenversorgern grundsätzlich zu. Jegliche Differenzierung – zu Lasten der gemeinsam handelnden Eigenversorger – muss jedoch nach Art. 21 Abs. 4 Satz 3 EE-Richtlinie ausdrücklich verhältnismäßig und zudem hinreichend begründet sein.

Dementsprechend muss es zunächst einen sachlichen Grund geben, der eine unterschiedliche Behandlung von kollektiven EE-Eigenversorgern gegenüber individuellen EE-Eigenversorgern rechtfertigt. Ohne einen solchen sachlichen Grund wäre die unterschiedliche Behandlung von vornherein unzulässig. Aber auch aus den Ausführungen zur kollektiven Eigenversorgung in Erwägungsgrund 66 der EE-Richtlinie ergeben sich keine Hinweise, worin solche Differenzierungskriterien liegen könnten, weil sie sich auf die Aussage beschränken, dass die Mitgliedsstaaten verhältnismäßige und begründete Differenzierungen vornehmen dürfen.

Von der Zulässigkeit einer Differenzierung zwischen kollektiver und individueller Eigenversorgung zu trennen ist die Frage, ob in einem Mehrpersonenverhältnis überhaupt eine kollektive Eigenversorgung vorliegt: Wenn ein Mieter lediglich seinen Stromlieferanten wechselt, indem er Überschussstrom vom Betreiber einer EE-Eigenversorgung bezieht,¹³ wird er dadurch noch nicht zum Mitglied einer kollektiven Eigenversorgung. Umgekehrt gilt hingegen: Sofern der Mieter Chancen und Risiken der Eigenversorgung trägt und der Hauseigentümer (in dessen Gebäude der Mieter wohnt und auf dessen Gebäude sich die Anlage befindet) nicht, wäre der Mieter als (individueller) EE-Eigenversorger anzusehen und der Hausbesitzer nicht.

Aber auch wenn es einen solchen sachlichen Grund gibt, muss zudem die Belastung für die kollektiven EE-Eigenversorger im Vergleich zu den individuellen Eigenversorgern verhältnismäßig sein. Sie muss demnach geeignet sein, dass mit der Differenzierung verfolgte Ziel tatsächlich zu erreichen. Sie muss weiterhin das mildeste Mittel für die betroffenen kollektiven Eigenversorger darstellen, um das Ziel zu erreichen (Erforderlichkeit). Schließlich dürfen die

¹² Siehe dazu schon Boos, ZNER 2018, S. 519 (S. 519).

¹³ Zur Vermarktung von Überschussstrom aus PV-Anlagen siehe Legler, „Das Lieferkettenmodell – ein zulässiger neuer Vermarktungsweg für PV-Mieterstrom“, REE 2018, S. 189 ff.

mit der Unterscheidung verbundenen Belastungen für die kollektiven EE-Eigenversorger nicht außer Verhältnis zu den mit der Differenzierung verfolgten Zielen stehen.¹⁴

II. Etablierung von Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften

Die Mitgliedsstaaten müssen nach Art. 22 EE-Richtlinie neben dem Schutz der kollektiven Eigenversorgung innerhalb eines Gebäudes gemäß Art. 21 Abs. 4 EE-Richtlinie auch die Möglichkeit zum kollektiven Zusammenwirken in Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften und damit in einem größeren Rahmen sicherstellen. Derartige Gemeinschaften existieren in Deutschland schon heutzutage vor allem in der Rechtsform einer Genossenschaft und werden regelmäßig als Bürgerenergiegenossenschaften bezeichnet.

Abzugrenzen sind die EE-Gemeinschaften von den in Art. 2 Nr. 11 der Entschließung des Europäischen Parlaments für den Elektrizitätsbinnenmarkt¹⁵ definierten und dort in Art. 16 näher geregelten „Bürgerenergiegemeinschaften.“ Diese Bürgerenergiegemeinschaften können zwar – und werden auch regelmäßig – Strom aus erneuerbaren Energien erzeugen. Das stellt aber kein notwendiges Tatbestandsmerkmal für eine „Bürgerenergiegemeinschaft“ dar. Sie kann dementsprechend auch konventionelle Stromerzeugung oder andere Aktivitäten verfolgen.

Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob im Rahmen der Umsetzung in deutsches Recht eine parallele Etablierung von „Bürgerenergiegemeinschaften“ und „Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften“ notwendig und sinnvoll ist, zumal laut Erwägungsgrund 44 der Entschließung des Europäischen Parlaments „die Mitgliedschaft in einer Bürgerenergiegemeinschaft ... allen Arten von Rechtspersonen offenstehen“ soll.

1. Voraussetzungen für eine „Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft“

Die „Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft“ wird in Art. 2 Nr. 16 der EE-Richtlinie als eine „Rechtsperson“ definiert,

„a) die, im Einklang mit den geltenden nationalen Rechtsvorschriften, auf offener und freiwilliger Beteiligung basiert, unabhängig ist und unter der wirksamen Kontrolle von Anteilseignern oder Mitgliedern steht, die in der Nähe der Projekte im Bereich erneuerbare Energie, deren Eigentümer und Betreiber diese Rechtsperson ist, angesiedelt sind,

b) deren Anteilseigner oder Mitglieder natürliche Personen, lokale Behörden einschließlich Gemeinden, oder KMU sind,

c) deren Ziel vorrangig nicht im finanziellen Gewinn, sondern darin besteht, ihren Mitgliedern oder Anteilseignern oder den Gebieten vor Ort, in denen sie tätig ist, ökologische, wirtschaftliche oder sozialgemeinschaftliche Vorteile zu bringen;“

¹⁴ Siehe dazu auch Papke/Kahles, „Neue EU-Regelungen zur Eigenversorgung“ vom 14.12.2018, aaO, S. 27 mit kritischer Bewertung zur Vereinbarkeit des EEG 2017 mit den Vorgaben der EE-Richtlinie zur kollektiven Eigenversorgung auf S. 29-30.

¹⁵ „Gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt“ vom 26. März 2019, Az.: COM(2016)0864 – C8-0495/2016 – 2016/0380 (COD).

Demnach setzt die Inanspruchnahme der Rechte nach Art. 22 EE-Richtlinie die Erfüllung von diversen Anforderungen voraus. Die zuvor erwähnten Bürgerenergiegemeinschaften werden im Übrigen sehr ähnlich wie die EE-Gemeinschaften definiert, weil es auch bei ihnen auf eine freiwillige und offene Mitgliedschaft ankommt sowie die Anteilseigner natürliche Personen, Gebietskörperschaften und Kleinunternehmen sein können. Auch bei den Bürgerenergiegemeinschaften darf nicht die Gewinnerzielung im Vordergrund stehen, sondern lokale Umwelt-, Wirtschafts- oder soziale Gemeinschaftsvorteile.¹⁶

Dabei trifft Art. 2 Nr. 16 EE-Richtlinie keine Vorgaben, in welcher Rechtsform sich die EE-Gemeinschaft etablieren kann. Das wird dadurch deutlich, dass die Regelung die Begriffe „*Anteilseigner oder Mitglieder*“ durchgängig parallel verwendet. Damit kommen nach deutschem Recht zunächst alle Gesellschaftsformen des Privatrechts in Betracht – insbesondere also Aktiengesellschaft, GmbH, GmbH & Co. KG und schließlich auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts („*GbR*“). Daneben ist auch eine Organisation als Verein („*e. V.*“) oder Genossenschaft („*eG*“) möglich.¹⁷

a. Offene und freiwillige Beteiligung / wirksame Kontrolle durch Mitglieder vor Ort

In Art. 2 Nr. 16 Buchstabe a) EE-Richtlinie werden diverse Anforderungen an die Erneuerbare-Energien-Gemeinschaft zusammengefasst.

Bei der ersten Anforderung, wonach die Aktivitäten der Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft „*im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften*“ stehen müssen, handelt es sich um eine Selbstverständlichkeit. Genauso selbstverständlich ist es umgekehrt, dass die nationalen Rechtsvorschriften die EE-Richtlinie rechtzeitig umsetzen müssen und dementsprechend keine Anforderungen an die EE-Gemeinschaften enthalten dürften, welche mit der EE-Richtlinie nicht im Einklang stehen.

Die zweite Anforderung von Art. 2 Nr. 16 Buchstabe a) EE-Richtlinie verlangt, dass die Mitwirkung in der EE-Gemeinschaft auf „*offener und freiwilliger Beteiligung*“ basiert.

Die erste Unterkategorie verlangt eine „*offene*“ Mitwirkung. Damit dürften das Verbot einer Beschränkung der Teilnehmer auf einen bestimmten Personenkreis bzw. der sachlich nicht gerechtfertigte Ausschluss von bestimmten Personen gemeint sein. Zulässig müssen aber alle Beschränkungen sein, die der Sicherstellung des Status der EE-Gemeinschaft dienen. Das gilt sowohl für die „*Ansiedlung in der Nähe der Projekte*“ wie auch für die Beschränkung des Mitgliederkreises in Art. 2 Nr. 16 Buchstabe b) EE-Richtlinie.¹⁸ Kein Verstoß gegen das Gebot

¹⁶ Siehe Art. 2 Abs. 11 der Entschließung des Europäischen Parlaments für „*Gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt*“ vom 26. März 2019.

¹⁷ Siehe auch die Ausführungen zu den grundsätzlich vergleichbaren „Bürgerenergiegemeinschaften“ in Erwägungsgrund 44 der Entschließung des Europäischen Parlaments für „*Gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt*“ vom 26. März 2019:

„*Daher sollte es den Mitgliedstaaten möglich sein, jede beliebige Rechtsform für Bürgerenergiegemeinschaften – etwa einen Verein, eine Genossenschaft, eine Partnerschaft, eine Organisation ohne Erwerbszweck oder ein kleines oder mittleres Unternehmen – zu wählen, solange die jeweilige Gemeinschaft im eigenen Namen handelt und Rechte ausüben und Pflichten unterworfen werden kann.*“

¹⁸ Siehe dazu nachstehend unter II. 1. b).

der „offenen“ Mitwirkung liegt im Übrigen dann vor, wenn Personen die Mitwirkung versagt wird, die sich durch Veröffentlichungen, öffentliche Äußerungen etc. in einen erheblichen Widerspruch zu den von der EE-Gemeinschaft verfolgten „ökologischen, wirtschaftlichen oder sozialgemeinschaftlichen Vorteilen“ gesetzt haben. Anderenfalls könnte sich die EE-Gemeinschaft nicht gegen die Aufnahme von Personen wehren, die ihre Tätigkeit stören oder anderweitig beeinträchtigen wollen.

Weiterhin muss die Mitwirkung gemäß der zweiten Unterkategorie freiwillig sein. Damit nicht vereinbar wären – ansonsten grundsätzlich zulässige – Vorgaben zu einer Art (öffentlich-rechtlichen) „Anschluss- und Benutzungszwang“ an eine EE-Anlage für die in einem bestimmten Gebiet oder Gebäude lebenden Bewohner.

Zu diskutieren wäre in diesem Zusammenhang die Konstellation, dass der Abschluss eines neuen Mietvertrages oder der Kauf einer Eigentumswohnung in einem Gebäudekomplex von der Mitwirkung in der EE-Gemeinschaft abhängig gemacht wird. Das könnte noch als „freiwillig“ eingestuft werden, weil niemand gezwungen ist, die betreffende Wohnung zu kaufen oder zu mieten. Sofern allerdings von einem Bestandsmieter verlangt wird, in der EE-Gemeinschaft mitzuwirken und ihm anderenfalls die Kündigung angedroht wird, bestehen erhebliche Zweifel an der „Freiwilligkeit“, auch wenn der Bestandsmieter die (theoretische) Option hätte, einen Mietvertrag in einem anderen Gebäude abzuschließen.

Zudem muss die EE-Gemeinschaft nach Art. 2 Nr. 16 Buchstabe a) EE-Richtlinie „unabhängig“ sein. Damit dürfte ein Ausschluss eines maßgeblichen Einflusses von staatlichen oder privatwirtschaftlichen Institutionen gemeint sein (mit ausdrücklicher Ausnahme von „KMU“¹⁹), weil die Vorgabe mit der Anforderung einer „wirksamen Kontrolle von Anteilseignern oder Mitgliedern“ verbunden wird. Sofern diese wirksame Kontrolle der Anteilseigner oder Mitglieder gegeben ist, dürfte gleichzeitig auch eine ausreichende Unabhängigkeit gegeben sein. Grundsätzlich setzt eine „wirksame Kontrolle“ voraus, dass die betreffenden Mitglieder die Mehrheit der Stimmrechte bei den maßgeblichen Fragen in der EE-Gemeinschaft ausüben können. Zu den maßgeblichen Fragen gehören insbesondere der Wirtschaftsplan (sofern die EE-Gemeinschaft einen solchen aufstellt), die Auswahl des Führungspersonals der EE-Gemeinschaft und die Mitsprache über maßgebliche Projekte und Investitionsentscheidungen. Durch diese Anforderungen sollen insbesondere Konstruktionen vermieden werden, die zum Vorwurf eines Missbrauchs der EE-Gemeinschaft für rein kommerzielle Geschäftsinteressen führen könnten.²⁰

Schließlich sieht Art. 2 Nr. 16 Buchstabe a) EE-Richtlinie noch eine lokale Komponente vor, weil die „Anteilseigner oder Mitglieder“, welche die EE-Gemeinschaft maßgeblich kontrollieren, in der Nähe ihrer Projekte „angesiedelt“ sein müssen. Klarstellend sieht die Richtlinie dabei vor, dass es sich um Projekte im Bereich „erneuerbare Energie“ handeln muss. Bei einer Gemeinschaft, die ausschließlich Projekte in diesem Bereich durchführt, ist diese Voraussetzung damit immer gegeben. Es kann aber auch Gemeinschaften geben, die neben der Durch-

¹⁹ Siehe dazu nachstehend unter II. 1. b).

²⁰ Siehe dazu die Debatte über die besonderen Ausschreibungsbestimmungen für Bürgerenergiegesellschaften nach § 36g i. V. m. § 3 Nr. 15 EEG, u. a. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.09.2018, VI-3 Kart 80/17 (V) – RdE 2019, S. 71 f.

führung von Projekten im Bereich der Erneuerbaren Energien auch noch andere Zwecke verfolgen. Das wird von Art. 2 Nr. 16 EE-Richtlinie nicht ausgeschlossen, weil er keine exklusive Befassung mit Erneuerbaren Energien verlangt.

Mit „*angesiedelt*“ dürfte bei natürlichen Personen der (tatsächliche) Wohnsitz der Anteilseigner oder Mitglieder gemeint sein. Bei den anderen potentiell zulässigen Mitgliedern wie Behörden, Kommunen oder KMU dürfte jeweils der Sitz der betreffenden Institution maßgeblich sein. Da die Definition in Art. 2 Nr. 16 der EE-Richtlinie eine Ansiedlung nur „*in der Nähe*“ aber nicht in der in anderem Zusammenhang geforderten „*unmittelbaren Nähe*“ verlangt, ist ein großzügigerer Maßstab anzuwenden. Jedenfalls ein Wohnsitz bzw. Sitz des Mitglieds in derselben Kommune, in der auch die EE-Anlage steht, erfüllt die Voraussetzung der Nähe grundsätzlich noch. Dabei könnte zwar einerseits im Fall des Wohnsitzes bzw. Sitzes in Großstädten eine Nähe verneint werden, wenn eine bestimmte Entfernung in Kilometern überschritten ist. Andererseits könnte bei kleineren ländlichen Kommunen eine Nähe auch noch bei einem Wohnsitz in der Nachbarkommune angenommen werden.

„*Projekte im Bereich erneuerbare Energie*“ müssen dabei – wie sich jedenfalls aus dem Wortlaut ergibt – nicht zwingend die Stromerzeugung betreffen, sondern könnten z. B. auch im Bereich der Wärmeversorgung etabliert werden.

Weiterhin scheint die Definition in Art. 2 Nr. 16 Buchstabe a) der EE-Richtlinie ein Eigentum der EE-Gemeinschaft an den Erzeugungsanlagen zu verlangen, wenn sie eine Nähe zu den Projekten verlangt, *deren Eigentümer und Betreiber* sie ist. Mit dem „*Eigentum*“ an den betreffenden Projekten dürfte aber nicht zwingend ein Eigentum an den EE-Anlagen verbunden sein. Anderenfalls würde Art. 2 Nr. 16 Buchstabe a) der EE-Richtlinie in einem gewissen Widerspruch zu Art. 21 Abs. 5 Satz 1 EE-Richtlinie stehen, wonach Anlagen von Eigenversorgern im Bereich erneuerbare Elektrizität ausdrücklich auch „*im Eigentum eines Dritten stehen oder hinsichtlich der Einrichtung, des Betriebs, einschließlich der Messung und Wartung, von einem Dritten betreut werden*“ können, solange der Dritte den Weisungen des Eigenversorgers im Bereich erneuerbare Elektrizität unterliegt.²¹

b. Charakter / Rechtspersönlichkeit der Mitglieder („*KMU*“)

In Art. 2 Nr. 16 Buchstabe b) EE-Richtlinie wird definiert, welche Anteilseigner oder Mitglieder eine Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft haben darf. Die Regelung ist abschließend und erlaubt keine Aufnahme von Personen, die dort nicht genannt werden. Insbesondere juristische Personen des Privatrechts wie Aktiengesellschaften oder GmbHs sind damit ausgeschlossen, sofern sie nicht die Voraussetzung für ein „*KMU*“ (siehe dazu nachstehend) erfüllen.

Dabei werden zunächst natürliche Personen berücksichtigt. Als weitere Kategorie werden „*lokale Behörden einschließlich Gemeinden*“ genannt. Da jedenfalls „*lokale Behörden*“ in der deutschen Rechtsordnung nicht die Stellung einer eigenständigen (juristischen) Rechtsperson haben, sind von der Definition – jedenfalls in Deutschland – nur die „*Gemeinden*“ erfasst. Der Begriff ist dabei aber nicht in dem Sinne wörtlich zu verstehen, dass Städte ausgeschlossen wären, sondern erfasst vielmehr alle Kommunen.

²¹ Siehe dazu auch Boos, ZNER 2018, S. 519 (S. 522).

Schließlich wird als dritte Kategorie für eine Stellung als Anteilseigner oder Mitglied das „*KMU*“ genannt. Die Abkürzung steht für „*Kleine und mittlere Unternehmen*“ und bezieht sich damit auf eine entsprechende Definition in einer EU-Empfehlung.²²

Nach dieser EU-Empfehlung werden diejenigen Unternehmen, die weniger als 250 Mitarbeiter, und entweder einen Jahresumsatz unter 50 Mio. € oder eine Bilanzsumme von höchstens 43 Mio. € haben, als kleine und mittlere Unternehmen („*KMU*“) definiert.²³ Als ein Unternehmen im Sinne der *KMU*-Definition gilt jede Einheit, die – unabhängig von ihrer Rechtsform – eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Dazu gehören insbesondere auch Einpersonen- oder Familienbetriebe, sowie Personengesellschaften oder Vereinigungen, die regelmäßig einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen.²⁴ Dementsprechend dürften auch Bürgerenergiegenossenschaften als *KMU* eingestuft werden, weil es auf eine bestimmte Rechtsform nicht ankommt und die Schwellenwerte von 250 Mitarbeitern sowie 50 Mio. € Umsatz bzw. 43 Mio. € Bilanzsumme in aller Regel nicht überschritten werden. Folglich können sich auch Bürgerenergiegenossenschaften an EE-Gemeinschaften als Mitglieder beteiligen. Weiterhin kann eine Bürgerenergiegenossenschaft für sich betrachtet zugleich auch eine EE-Gemeinschaft im Sinne von Art. 2 Nr. 16, Art. 22 EE-Richtlinie darstellen, sofern die Mitglieder dieser Bürgerenergiegenossenschaft nur aus natürlichen Personen, lokalen Behörden einschließlich Gemeinden und *KMUs* bestehen sowie die weiteren Voraussetzungen aus Art. 2 Nr. 16 Buchstabe a) und c) erfüllt werden.

In den letzten Jahren wird verstärkt diskutiert, ob die Definition der *KMU* neben quantitativen auch qualitative Faktoren berücksichtigen sollte. Vor diesem Hintergrund startete die EU-Kommission im Jahr 2017 eine Überprüfung der *KMU*-Definition. Bisher hat die Kommission jedoch noch keinen Bericht mit Empfehlungen für eine neue Definition vorgelegt, obwohl das Europäische Parlament bereits im letzten Jahr einen Entschließungsantrag zur *KMU*-Definition angenommen und eine klare und angemessene Definition fordert.²⁵ Im Ergebnis gilt daher vorerst die Empfehlung 2003/361/EG aus dem Jahr 2003 weiter.

c. Ökologische, wirtschaftliche und sozialgemeinschaftliche Vorteile

Schließlich darf nach Art. 2 Nr. 16 Buchstabe c) das Ziel der EE-Gemeinschaft jedenfalls nicht vorrangig der finanzielle Gewinn sein. Stattdessen muss die Gemeinschaft darauf ausgerichtet sein, für ihre Mitglieder oder Anteilseigner ökologische, wirtschaftliche oder sozialgemeinschaftliche Vorteile zu bringen.

²² Empfehlung der Kommission vom 06. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, (2003/361/EG), Amtsblatt der Europäischen Union vom 20. Mai 2003, L 124/36 ff., abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32003H0361>.

²³ Siehe Artikel 2 des Anhangs zur Empfehlung 2003/361/EG, Amtsblatt der Europäischen Union vom 20. Mai 2003, L 124/36 ff.

²⁴ Siehe Artikel 1 des Anhangs zur Empfehlung 2003/361/EG, Amtsblatt der Europäischen Union vom 20. Mai 2003, L 124/36 ff.

²⁵ Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 04. Juli 2018 zur Definition von *KMU* (2018/2545(RSP)), abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0293_DE.html.

Offenkundig berücksichtigungsfähig ist die Erzielung von ökologischen Vorteilen, welche aber im Ergebnis nicht nur den Anteilseignern oder Mitgliedern oder „den Gebieten vor Ort“, sondern auch der Allgemeinheit zu Gute kommen sollten bzw. werden.

Etwas unklar ist die Definition in Buchstabe c), soweit einerseits wirtschaftliche Vorteile für die Mitglieder angestrebt werden können bzw. sollen, andererseits aber der finanzielle Gewinn nicht im Vordergrund stehen soll. Das dürfte so zu verstehen sein, dass die einzelnen Anteilseigner oder Mitglieder einerseits durchaus Zugriff auf EE-Strom zu günstigen Konditionen haben können (und damit einen wirtschaftlichen Vorteil erzielen sollen), andererseits aber die EE-Gemeinschaft als juristische Person („*Rechtsperson*“) selbst keinen (größeren) Gewinn erzielen soll. Dabei ist es nicht ausgeschlossen, dass die EE-Gemeinschaft selbst auch einen gewissen Gewinn erzielt. Diese Gewinnerzielung darf aber nicht das „*vorrangige Ziel*“ sein.

Schließlich wird als drittes Ziel die Erzielung von „*sozialgemeinschaftlichen Vorteilen*“ vorgesehen.²⁶ Damit dürften insbesondere die Beteiligung der Anteilseigner und Mitglieder an ihrer eigenen Stromerzeugung sowie die Möglichkeit der dezentralen Kooperation vor Ort gemeint sein. Die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag der EE-Gemeinschaft sollte dieses Ziel vorsehen.

2. Rechte von Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften

Art. 22 Abs. 2 EE-Richtlinie sieht in seinen Buchstaben a) bis c) zunächst bestimmte Rechte der EE-Gemeinschaften vor. Die in Art. 22 Abs. 2 Buchstabe a) enthaltene Berechtigung zur Produktion, zum Verbrauch, zur Speicherung und zum Verkauf von EE-Strom stellt dabei zunächst eigentlich eine Selbstverständlichkeit dar. Das gilt auch für die in Buchstabe b) vorgesehene gemeinsame Nutzung der produzierten erneuerbaren Energie wie auch für den in Buchstabe c) angesprochenen diskriminierungsfreien Zugang zu „*allen geeigneten Energiemärkten*.“ Die Regelungen in Buchstaben a) – c) bringen damit grundsätzlich keine neuen Vorteile für EE-Gemeinschaften, die nicht schon heute jedenfalls in Deutschland gültig wären. Allerdings könne man den in Art. 22 Abs. 2 der englischen Fassung der EE-Richtlinie verwandten Begriff des „*energy sharing*“²⁷ weiter als nur im Sinne eines gemeinsamen Stromverbrauchs auslegen und darunter neben der Weitergabe durch einen Verkauf auch ein Tauschgeschäft oder sonstige Formen der gemeinsamen Nutzung des Stroms fassen. Die Privilegierung beschränkt sich aber nach Art. 22 Abs. 2 EE-Richtlinie auf eine gemeinsame Nutzung innerhalb der EE-Gemeinschaft und erfasst daher nicht die gemeinsame Nutzung mit dritten Personen, die nicht Mitglieder der EE-Gemeinschaft sind.

In der weiteren Praxis der EE-Gemeinschaften noch zu klären sein wird insbesondere das Verhältnis zu den Rechten zur Durchführung einer EE-Eigenversorgung aus Art. 21 EE-Richtlinie und die (teilweise) Übertragbarkeit dieser Rechte auf eine EE-Gemeinschaft. Soweit eine EE-Gemeinschaft neben der Erfüllung von anderen Aufgaben zugleich auch Betreiber

²⁶ Auch die englische Formulierung „*social community benefits*“ gibt dabei keinen genaueren Aufschluss darüber, welche Vorteile die Richtlinie dabei konkret im Blick hatte.

²⁷ Im englischen Text lautet die Formulierung: „*share, within the renewable energy community, renewable energy that is produced by the production units owned by that renewable energy community*“.

einer kollektiven EE-Eigenversorgung sein sollte, könnte sie sich – allerdings nur für dieses Betätigungsfeld – auch unmittelbar auf Art. 21 Abs. 4 EE-Richtlinie berufen.

3. Bewertung von Hindernissen und Entwicklungspotential

Keine konkreten Ansprüche für die EE-Gemeinschaften, sondern nur eine administrative Aufgabe lässt sich aus Art. 22 Abs. 3 EE-Richtlinie ableiten, wonach die Mitgliedsstaaten die „*bestehenden Hindernisse und das Entwicklungspotential*“ dieser Gemeinschaften in ihrem Gebiet bewerten sollen.

Art. 22 Abs. 3 EE-Richtlinie selbst legt dazu weder eine Frist fest, bis zu der diese Bewertung erfolgen muss,²⁸ noch trifft er Vorgaben dazu, welche Konsequenzen aus dem Ergebnis dieser Bewertung gezogen werden sollen bzw. müssen. Das Ergebnis der Bewertung kann damit grundsätzlich erst in einer nachfolgenden Richtlinie zur Förderung der erneuerbaren Energien umgesetzt werden – gegebenenfalls durch Änderung und Ergänzung des in Art. 22 Abs. 4 EE-Richtlinie vorgesehenen „*Regulierungsrahmens*“.

4. Regulierungsrahmen zur Förderung von EE-Gemeinschaften

Über die in Art. 22 Abs. 2 EE-Richtlinie genannten Rechte hinaus und unabhängig von dem Ergebnis der Bewertung nach Art. 22 Abs. 3 EE-Richtlinie werden die Mitgliedsstaaten durch Art. 22 Abs. 4 EE-Richtlinie verpflichtet, einen „*Regulierungsrahmen*“ zu schaffen, der die in den Buchstaben a) bis i) genannten Voraussetzungen sicherstellt.

Dabei können sich einzelne Rechte auch gegen die EE-Gemeinschaft selbst richten, weil sie Verbrauchern aus einkommensschwachen oder bedürftigen Haushalten ein Beteiligungsrecht zuspricht (Buchstabe f) und zudem eine gleichberechtigte und diskriminierungsfreie Behandlung der Mitglieder verlangt (Buchstabe i).

Durch Art. 22 Abs. 5 EE-Richtlinie wird dann vorgegeben, dass „*die Kernaspekte*“ des Regulierungsrahmens nach Art. 22 Abs. 4 EE-Richtlinie und seiner Umsetzung im Rahmen der Fortschrittsberichte in den integrierten Energie- und Klimaplänen der Mitgliedsstaaten berücksichtigt werden müssen.

5. Grenzüberschreitende EE-Gemeinschaften

Durch Art. 22 Abs. 6 EE-Richtlinie erhalten die Mitgliedsstaaten die Option („*können vorsehen*“), eine grenzüberschreitende Beteiligung an EE-Gemeinschaften zuzulassen. Dabei ist das Verhältnis zu der in Art. 2 Nr. 16 Buchstabe a) EE-Richtlinie enthaltenen Vorgabe zu klären, wonach die EE-Gemeinschaft „*unter der wirksamen Kontrolle von Anteilseignern oder Mitgliedern steht, die in der Nähe der Projekte im Bereich erneuerbare Energie ... angesiedelt sind.*“ Das setzt grundsätzlich voraus, dass die grenzüberschreitenden Beteiligungen sich entweder auf Projekte im jeweiligen Grenzgebiet zwischen zwei oder mehreren Mitgliedsstaaten befinden (so dass das Kriterium der „*Nähe*“ noch erfüllt ist) oder dass die grenzüberschreitende Beteiligung nicht zu einem (maßgeblichen) Einfluss auf die EE-Gemeinschaft führt, so dass die „*wirksame Kontrolle*“ der am Projektort „*angesiedelten*“ Mitglieder erhalten bleibt.

²⁸ Siehe aber die Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1999&from=EN>.

6. Diskriminierungsfreier Zugang zu Förderung / Beihilferecht

Schließlich sieht Art. 22 Abs. 7 EE-Richtlinie einen diskriminierungsfreien Zugang der EE-Gemeinschaften zu Förderungsregelungen der Mitgliedsstaaten vor, damit diese sich wie andere Marktteilnehmer um die Förderung bewerben können. Dabei sind die Vorgaben zur Zulässigkeit von staatlichen Beihilfen in Art. 107 und Art. 108 AEUV zu beachten.²⁹ Da nach der aktuellen Rechtsprechung des EuGH die Förderung der Stromerzeugung durch das EEG keine Beihilfe darstellt,³⁰ ist grundsätzlich nicht zu erwarten, dass die Umsetzung der Förderung der EE-Eigenversorgung aus der EE-Richtlinie in das deutsche EEG zu Konflikten mit dem Beihilferecht führt. Da die Gewährung der EEG-Umlage mangels Verfügungsgewalt des Staates über die damit erwirtschafteten Gelder keine staatliche Beihilfe darstellt,³¹ kann im Umkehrschluss auch die Befreiung von der Umlagepflicht keine staatliche Beihilfe darstellen.

III. Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber

Abschließend stellt sich die Frage, welche Anpassungen des EEG in seiner aktuellen Fassung erforderlich wären, um den in Art. 21 Abs. 3 der EE-Richtlinie vorgesehenen besonderen Status von kollektiver Eigenversorgung sowie die in und Art. 22 EE-Richtlinie geregelte Etablierung von Erneuerbare-Energien-Gemeinschaften ausreichend umzusetzen. Diese Umsetzung muss nach Art. 36 Abs. 1 EE-Richtlinie zwar erst – wenn zugleich auch „spätestens“ – bis zum 30. Juni 2021 erfolgen. Eine frühere Umsetzung in deutsches Recht wäre jedoch zulässig.

Besondere Bedeutung hätte die zeitnahe Etablierung von Regelungen zur kollektiven Eigenversorgung mit Erneuerbaren Energien, auch weil die bisher in diversen gesetzlichen Regelungen etablierten „Mieterstrommodelle“ in der Praxis selten umgesetzt werden. Offenkundig ist ihre bisherige Regelung in Deutschland – auch aufgrund des damit verbundenen Umsetzungsaufwands – noch nicht ausreichend attraktiv.³² Dabei stellt ein „Mieterstromprojekt“ im Sinne von §§ 21 Abs. 3 EEG ohnehin gerade keine EE-Eigenversorgung im Sinne der EE-Richtlinie dar,³³ weil die Mieter in diesen Projekten mangels Beteiligung an den Chancen und Risiken der EE-Anlagen regelmäßig nicht selbst Stromerzeuger, sondern lediglich Strombezieher sind. Dementsprechend können die Regelungen zum Mieterstrom auch nicht zur Umsetzung der Vorgaben der EE-Richtlinie zur kollektiven Eigenversorgung dienen.

Sofern die Mieter als Personengesamtheit hingegen tatsächlich auch Betreiber der EE-Anlage sein sollten, würden sie trotzdem nicht unter die bisherige Definition der Eigenversorgung fallen, soweit sie keine „juristische Person“ im Sinne von § 3 Nr. 19 EEG bilden. Die Vorgabe,

²⁹ Siehe zu der in Art. 21 Abs. 7 EE-Richtlinie ebenfalls adressierten Berücksichtigung der Beihilfevorschriften: Boos, ZNER 2018, S. 519 (S. 521).

³⁰ So EuGH, Urteil vom 28. März 2019, C-405/16 P, ZNER 2019, S. 104 ff.

³¹ EuGH, Rn. 73 f. im Urteil vom 28. März 2019, C-405/16 P, ZNER 2019, S. 104 (108).

³² Kritisch Kortländer/Zengerling, „Das neue Mieterstromgesetz – (k)ein Beitrag zur Energiewende“, ZNER 2018, S. 13 (S. 19 f.); Weise/Kaspers, „Umsetzungsfragen bei Mieterstrommodellen“, IR 2018, S. 194 (S. 198); siehe dazu auch die Hinweise der Clearingstelle EEG, zum Mieterstromzuschlag, EnWZ 2018, S. 379 ff.

³³ Papke/Kahles, „Neue EU-Regelungen zur Eigenversorgung“ vom 14.12.2018, aaO, S. 29.

wonach die kollektiven Eigenversorger eine juristische Person sein müssen, steht wiederum mit Art. 21 Abs. 4 EE-Richtlinie nicht im Einklang.³⁴

1. Ermessen der Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung

Bei der Umsetzung der EE-Richtlinie in deutsches Recht ist zunächst zu berücksichtigen, dass es im Ermessen der Mitgliedsstaaten steht, ob sie von der in Art. 21 Abs. 4 Satz 2 EE-Richtlinie unter der Bedingung der Verhältnismäßigkeit vorgesehenen Option zur unterschiedlichen Behandlung von EE-Eigenversorgung in Gebäuden Gebrauch machen. Ebenso steht es im Ermessen der Mitgliedstaaten, ob sie von der in Art. 21 Abs. 3 EE-Richtlinie zugelassenen Option zur (ausnahmsweisen) Belastung der individuellen EE-Eigenversorgung mit Abgaben, Umlagen oder Gebühren Gebrauch machen,³⁵ was sich dann grundsätzlich auch auf die gemeinsame EE-Eigenversorgung nach Art. 21 Abs. 4 EE-Richtlinie auswirken würde.

2. Etablierung der kollektiven EE-Eigenversorgung

Die bisherige Definition der Eigenversorgung in § 3 Nr. 19 EEG sieht eine kollektive Eigenversorgung nur vor, wenn diese in einer natürlichen oder juristischen Person organisiert ist. Es ist dabei bisher nicht geklärt, ob eine formlos mögliche Organisation der kollektiven EE-Eigenversorger in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als „*juristische Person*“ im Sinne von § 3 Nr. 19 EEG angesehen werden kann.³⁶ Der Umstand, dass die Definition nur den Singular verwendet, spricht grundsätzlich gegen eine Ausdehnung auf eine kollektive Eigenversorgung. Es wäre aber nicht mit Art. 21 Abs. 4 EE-Richtlinie vereinbar, wenn für die gemeinsame EE-Eigenversorgung innerhalb eines Gebäudes zunächst eine Kapitalgesellschaft gegründet werden müsste, um die betreffenden Rechte in Anspruch nehmen zu können.

Das spricht für eine Ergänzung der Liste in § 3 EEG um eine Definition der gemeinsamen EE-Eigenversorgung in Gebäuden. Schließlich differenziert auch die Liste der Definitionen in Art. 2 Nr. 14 EE-Richtlinie einerseits und Art. 2 Nr. 15 EE-Richtlinie andererseits zwischen der individuellen und der gemeinsamen Eigenversorgung in Gebäuden. Allerdings verweist die Definition für die gemeinsame Eigenversorgung in Art. 2 Nr. 15 der EE-Richtlinie dann zu weiten Teilen auf die Definition der individuellen Eigenversorgung.

Weiterhin muss die Definition der EE-Eigenversorgung im EEG erweitert werden, weil sie bisher nur auf den Verbrauch der Gemeinschaft der kollektiven Eigenversorger insgesamt als juristischer Person und damit den „*kollektiven Eigenverbrauch*“ abstellt. In der Konstellation der kollektiven Eigenversorgung muss der individuelle Eigenverbrauch jedes einzelnen Mitglieds der Kollektive aber ebenfalls privilegiert sein. Dabei darf es auch nicht darauf ankommen, ob der Eigenverbrauch des betreffenden Mitglieds der kollektiven Eigenversorgung exakt seinem (Gesellschafts-) Anteil an der Gemeinschaft der kollektiven Eigenversorger entspricht, weil diese Anforderung in der Praxis nicht erfüllt werden könnte. Weder ist der zukünftige Verbrauch derart genau prognostizierbar noch würden sich die (Gesellschafts-) Anteile an der Gemeinschaft flexibel an den jeweiligen Stromverbrauchsanteil anpassen lassen.

³⁴ Siehe dazu sogleich im Anschluss unter III. 2.

³⁵ Dazu Boos, ZNER 2018, S. 519 (S. 522).

³⁶ Papke/Kahles, „*Neue EU-Regelungen zur Eigenversorgung*“ vom 14.12.2018, aaO, S. 28.

Um die vorstehend geschilderten rechtlichen Auslegungsfragen zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber die Regelung in § 3 EEG auch um eine entsprechende Definition der gemeinsamen Eigenversorgung im Sinne von Art. 2 Nr. 15, Art. 21 Abs. 4 EE-Richtlinie ergänzen.³⁷ Zudem muss der Gesetzgeber die Vorgaben der EE-Richtlinie zur individuellen EE-Eigenversorgung umsetzen,³⁸ auf denen die kollektive EE-Eigenversorgung aufbaut.

Bei der Umsetzung wäre zu entscheiden, ob die kollektive Eigenversorgung auf ein Gebäude begrenzt bleibt oder ob auch eine Privilegierung von weiteren in unmittelbarer Nähe befindlichen Gebäuden erfolgen sollte. Es erscheint unausgewogen, wenn ein großes Gebäude mit über 100 Wohneinheiten privilegiert wird, aber eine deutlich kleinere Anzahl benachbarter Ein- oder Mehrfamilienhäuser von der Privilegierung ausgeschlossen würde.

Zudem ist bei der Umsetzung zu berücksichtigen, dass der für die individuelle Eigenversorgung in Art. 21 Abs. 3 Buchstabe c) EE-Richtlinie vorgesehene Grenzwert von 30 kW für eine aus mehreren Mitgliedern bestehenden kollektiven Eigenversorgung unangemessen niedrig wäre. Sofern der Gesetzgeber überhaupt eine Belastung von individuellen EE-Eigenversorgungsanlagen ab diesem oder einem anderen Grenzwert vorsieht, sollte für die kollektive Eigenversorgung ein höherer Grenzwert vorgegeben werden. Angemessen erscheint z. B. eine Erhöhung des Grenzwerts um 15 kW je zusätzlichem Mitglied der kollektiven Eigenversorgung.

3. Etablierung der Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften

Da eine Etablierung von Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften im deutschen Recht bisher noch nicht erfolgt ist, muss der Gesetzgeber zur Umsetzung von Art. 22 der EE-Richtlinie einen entsprechenden Rechtsrahmen schaffen. Bisher ist die EE-Gemeinschaft im deutschen Recht noch nicht ausdrücklich vorgesehen. Ob der deutsche Gesetzgeber dabei die im EU-Recht angelegte parallele Regelung von EE-Gemeinschaften nach Art. 22 EE-Richtlinie einerseits und den „Bürgerenergiegemeinschaften“ nach Art. 2 Nr. 11 der „Gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt“³⁹ andererseits übernimmt, ist eine in seine Umsetzungs-kompetenz fallende Frage.

Die bisherige Definition der Bürgerenergiegesellschaft in § 3 Nr. 15 EEG erfüllt die Vorgaben von Art. 22 EE-Richtlinie jedenfalls nicht. Sie dient lediglich der Etablierung dieser Gesellschaften für die „Besonderen Ausschreibungsbestimmungen“ für Windenergieanlagen nach § 36g EEG und hat damit einen eingeschränkten Anwendungsbereich.

³⁷ Dafür: Papke/Kahles, „Neue EU-Regelungen zur Eigenversorgung“ vom 14.12.2018, aaO, S. 30.

³⁸ Siehe dazu Boos, ZNER 2018, S. 519 (S. 522 ff.).

³⁹ Art. 2 Nr. 11 der Entschließung des Europäischen Parlaments für „Gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt“ vom 26. März 2019, Az.: COM(2016)0864 – C8-0495/2016 – 2016/0380 (COD).

4. Administrative Anforderungen

Über die vorstehend dargestellten inhaltlichen Vorgaben hinaus stellt das EEG diverse administrative Anforderungen an die EE-Eigenversorger in Gebäuden oder in Erneuerbare-Energien-Gemeinschaften.

Diese administrativen Anforderungen sind in ihren praktischen Auswirkungen an der Vorgabe von Art. 21 Abs. 2 und Abs. 4 der EE-Richtlinie zu messen, wonach auch die kollektive EE-Eigenversorgung keinen diskriminierenden oder unbegründeten Vorgaben ausgesetzt sein darf und eine unterschiedliche Behandlung im Vergleich zur individuellen EE-Eigenversorgung sachlich begründet und verhältnismäßig sein muss. Falls das nicht der Fall ist, müssen die betreffenden administrativen Anforderungen angepasst werden.

IV. Zusammenfassung – Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber

Die EE-Richtlinie etabliert nicht nur die bisher im EEG schon in Ansätzen anerkannte individuelle Eigenversorgung aus erneuerbaren Energien, sondern legt großen Wert auf eine Zusammenarbeit von Bürgern und Kommunen bei der lokalen Umsetzung der Energiewende. Dafür wird mit den Erneuerbare-Energien-Gemeinschaften eine Plattform für das kollektive Zusammenwirken von Bürgern und Kommunen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien geschaffen.

Damit ergeben sich zusammengefasst folgende zentralen Ergebnisse für die Umsetzung der Vorgaben der EE-Richtlinie zur kollektiven Eigenversorgung in Gebäuden und zu den Erneuerbare-Energien-Gemeinschaften:

1. Der Gesetzgeber muss in Erweiterung der bisherigen Regelungen des EEG auch eine kollektive Eigenversorgung innerhalb eines Gebäudes zulassen und mit den gleichen Rechten ausstatten, wie sie der individuellen Eigenversorgung nach Art. 21 EE-Richtlinie zustehen.
2. Der Gesetzgeber sollte – über die Vorgaben von Art. 21 Abs. 4 EE-Richtlinie hinausgehend – auch eine Förderung der kollektiven Eigenversorgung in mehreren unmittelbar benachbarten Gebäuden vorsehen, weil diese mit einem großen Gebäude vergleichbar sind.
3. Der Gesetzgeber sollte – sofern er überhaupt eine Belastung der individuellen EE-Eigenversorgung ab einer bestimmten Kapazität mit Abgaben, Umlagen oder Gebühren gemäß Art. 21 Abs. 3 Buchstabe c) EE-Richtlinie vorsieht – für Fälle der kollektiven Eigenversorgung einen je zusätzlichem Mitglied angemessen erhöhten Grenzwert vorsehen.
4. Dabei muss er zulassen, dass der Strom – ohne Belastung mit Abgaben, Umlagen oder Gebühren – auch von den individuellen Mitgliedern der Kollektive verbraucht werden kann, ohne dass es auf eine exakte Zuordnung der verbrauchten Strommengen in Höhe der jeweiligen „Anteile“ der individuellen Mitglieder an der Kollektive ankommt.

5. Bei der Umsetzung muss der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, dass die administrativen Anforderungen an die kollektive Eigenversorgung nicht zu diskriminierenden oder unverhältnismäßigen Belastungen für deren Umsetzung führen.
6. Der Gesetzgeber muss in Umsetzung von Art. 22 EE-Richtlinie die Erneuerbare-Energien-Gemeinschaften etablieren und mit den ihnen von der Richtlinie zugewiesenen Rechten ausstatten. Aufgrund der relativ allgemein gehaltenen Vorgaben der Richtlinie hat er dabei einen erheblichen Spielraum.
7. Daneben muss der Gesetzgeber nach Art. 22 Abs. 7 EE-Richtlinie bei der Gestaltung von Förderregelungen für Erneuerbare Energien sicherstellen, dass die EE-Gemeinschaften sich darum unabhängig von ihren Besonderheiten unter gleichen Bedingungen bewerben können.

Berlin, den 22. August 2019

Dr. Philipp Boos
Rechtsanwalt