

Diskussionspapier: Leitbild Lieferung (Strom)
Eine Annäherung an die Eigenschaften und Pflichten
des Elektrizitätslieferanten

von

Ass. iur. Daniela Fietze

unter Mitarbeit von Dr. *Hartmut Kahl*

im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
im Rahmen des Vorhabens „Übergreifendes Energierecht (Strom)“
(Stand: März 2019)

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail fietze@stiftung-umweltenergierecht.de

kahl@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
B. Vorgehen	3
C. Einzelerläuterungen	4
I. Funktion und Bedeutung einer Legaldefinition des Lieferanten	4
II. Handlungsbedarf: Unklare Rechtslage und Herausforderung durch neue Entwicklungen	5
1. Der Stromlieferant.....	5
a) „Auf den Vertrieb von Energie gerichtete Geschäftstätigkeit“	5
b) „Vertragliche Verpflichtung, Energie zur Verfügung zu stellen“	7
c) Herausforderung der alten Begriffswelt durch „neue“ Konstellationen	7
aa) Neue Geschäftsmodelle.....	7
(1) Bewertung anhand des Kriteriums „Geschäftstätigkeit“	7
(2) Bewertung anhand des Kriteriums „Vertragliche Verpflichtung“	8
bb) Stromlieferung im „Mehrpersonenverhältnis“: Atypische Lieferanten	8
(1) Bewertung anhand des Kriteriums „auf den Vertrieb von Energie gerichtete Geschäftstätigkeit“	9
(2) Bewertung anhand des Kriteriums „Vertragliche Verpflichtung“	9
2. Der (Letzt-)Verbraucherbegriff als Gegenstück zum Lieferantenbegriff	10
III. Gesetzgeberisches Vorgehen.....	13
1. Vorfrage: Lieferung an „andere“?	13
a) Mögliche Regelungsvarianten	13
b) Diskussion der Varianten	14
2. Definition des (Elektrizitäts-)Lieferanten	16
a) Regelungsvarianten	16
b) Diskussion der Varianten	16
c) Weite Lieferantendefinition: Welche Grundlage?	17
3. Rechtsfolgen	18
IV. Kriterien und Verfahren für die Bildung (und Prüfung) von Ausnahmetatbeständen 19	
1. Kriterien.....	19
a) „Atypische“ Lieferanten / Lieferungen in Mehrpersonenverhältnissen	20
b) „Neue“ Lieferanten: P2P-Lieferkonstellationen.....	20

2. Verfahren: Selbsteinschätzung oder Fremdüberprüfung	21
3. Messung	21
V. Europarechtlicher Spielraum für Ausnahmen von den Lieferantenpflichten	22
1. Recht der freien Lieferantenwahl.....	22
2. Vertrags- und Rechnungsgestaltung	23
a) Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie	23
b) Energieeffizienz-Richtlinie (RL 2012/27/EU)	24
3. Stromkennzeichnung.....	25
4. Registrierungs- und Meldepflichten.....	25
5. Fazit: Umsetzungsspielräume des deutschen Gesetzgebers	25
D. Empfehlungen	27
Anhang 1: Ausnahmekriterien für „kleine“ Lieferanten	29
Anhang 2: Ausnahmekriterien für „atypische“ Lieferanten.....	30

A. Einleitung¹

Die Rolle des Elektrizitätslieferanten ist Anknüpfungspunkt für eine Vielzahl energie(wirtschafts)rechtlicher Pflichten: So knüpfen u.a. die Pflicht zur Stromkennzeichnung (§ 42 EnWG) und die Pflichten zur Vertrags- und Rechnungsgestaltung (§§ 40, 41 EnWG) an die „Lieferung von Energie an Letztverbraucher“ bzw. an die Eigenschaft als „Lieferant von Letztverbrauchern“ an. Sofern sie Haushaltskunden beliefern, müssen Elektrizitätslieferanten darüber hinaus die personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung darlegen (§ 5 Satz 3 EnWG).

Auch staatlich induzierte Preisbestandteile müssen (zunächst) vom Elektrizitätslieferanten gezahlt werden: So knüpft die EEG-Umlagepflicht die Lieferung von Elektrizität an Letztverbraucher an (vgl. §§ 60, 60 a EEG 2017)².

Hinweis: Die Netzentgelte – und die ans Netzentgelt anknüpfenden Umlagen (vgl. z.B. § 26 Abs. 1 KWKG) – zahlt ebenfalls häufig der Elektrizitätslieferant: Sie knüpfen an die Netznutzung an, Netznutzer ist in vielen Standardversorgungskonstellationen der Lieferant („Lieferantenrahmenvertrag“, vgl. § 20 Abs. 1a EnWG). Zwingend ist dies hingegen nicht, eine Trennung von Liefer- und Netznutzungsvertrag ist möglich.

Daher ist der Begriff des Elektrizitätslieferanten bzw. der Elektrizitätslieferung von hoher empirischer und wirtschaftlicher Bedeutung. Eine eigene Definition findet man in EnWG und EEG jedoch nicht.

Hinweis: Nach § 2 Nr. 11 MaStRV ist Stromlieferant „jede natürliche oder juristische Person, die Strom an andere liefert“. Auch hier wird aber nicht genauer definiert, was eine „Lieferung“ ausmacht. Nachdem Befürchtungen laut wurden, dass sich auch registrieren müsse, wer anderen das Handy laden gestatte,³ wurde die Meldepflicht in § 3 Nr. 8 MaStRV modifiziert: Registrierungspflichtig sind nunmehr nur „Stromlieferanten, die Strom unter Nutzung eines Energieversorgungsnetzes gemäß § 3 Nummer 16 des Energiewirtschaftsgesetzes liefern“⁴. Damit entfällt die Registrierungspflicht für Lieferanten, die ausschließlich hinter dem Netzanschluss Strom liefern.

Der „Gaslieferant“ in § 3 Nr. 19b EnWG und der „Elektrizitätslieferant“ in § 2 Nr. 5 StromNZV zeichnen sich durch eine „auf den Vertrieb von Energie gerichtete Geschäftstätigkeit“ aus. Die Rechtsprechung zu § 5 EnWG hingegen stellt zur Bestimmung des Energielieferanten darauf ab, wer eine schuldrechtliche Verpflichtung übernommen hat, dem Verbraucher Energie zur Verfügung zu stellen.⁵

¹ Wir danken Herrn Dr. Wieland Lehnert und Herrn Dr. Florian Wagner von der Kanzlei Becker Büttner Held (BBH) für wertvolle Hinweise bei der Erstellung dieses Papiers.

² § 61 EEG (EEG-Umlage für Letztverbraucher und Eigenversorger) setzt allerdings gerade keine Belieferung von Letztverbrauchern voraus, sondern knüpft an von Letztverbrauchern *verbrauchten* Strom an.

³ So der Präsident des Verbands Haus&Grund in einer Pressemitteilung vom 29.11.2017, abrufbar unter http://www.hausundgrund.de/presse_1239.html (zuletzt abgerufen am 12.01.2018).

⁴ Änderung erfolgt durch Art. 1 Nr. 3 der Verordnung zur Änderung der Marktstammdatenregisterverordnung v. 15.11.2018, BGBl. I Seite 1891 (Nr. 38).

⁵ OLG Düsseldorf, Az.: VI-3 Kart 190/14, Beschl. v. 17.06.2015, Rn. 130 nach juris.

„Klassische“ Versorgungskonstellationen lassen sich mit diesen Kriterien gut abbilden: Ein Stadtwerk verfolgt eine Geschäftstätigkeit, deren Zweck der Vertrieb von Energie darstellt. In Ausführung dieses Betriebs schließt das Stadtwerk schuldrechtliche Verträge ab, in denen es sich dazu verpflichtet, Elektrizität zur Verfügung zu stellen. Ein Lieferverhältnis liegt vor, die Lieferantenpflichten sind anwendbar.

Weniger eindeutig ist die Rechtslage in anderen Konstellationen: Etwa in Fällen, in denen der Stromverbrauch an einer Entnahmestelle zwar von einer (juristischen) Person entnommen wird, der tatsächliche physikalische Verbrauch aber durch eine Vielzahl dritter Personen erfolgt, z.B. in Wohnheimen, Krankenhäusern oder Hotels. Auch hier „fließt“ Strom. Liegt aber im Verhältnis etwa des Wohnheimbetreibers zum Bewohner oder des Krankenhausbetreibers zum Patienten ein Lieferverhältnis vor? Wie wäre die Situation zu beurteilen, wenn etwa der Wohnheimbetreiber Strom selbst erzeugt (BHKW, PV-Anlage) und diesen den Bewohnern zur Verfügung stellt?

Bejaht man in diesen Fällen das Vorliegen eines Lieferverhältnisses, so könnte das auf die „klassischen Lieferkonstellationen“ zugeschnittene Pflichtenbündel zu einer unverhältnismäßig hohen Hürde werden: Nämlich dann, wenn Akteure, die keine klassischen Lieferanten mit einem entsprechend aufgestellten Betrieb sind, gleichwohl dem umfassenden Pflichtenkatalog des Energierechts unterliegen. Besonders virulent wird diese Problematik im Falle neuer Technologien und Geschäftsmodelle, die eine stärkere Marktteilnahme sog. Prosumer ermöglichen: Etwa Modelle, die es einzelnen Prosumern ermöglichen, gezielt andere Personen zu „beliefern“, z.B. Mieterstrommodelle oder dezentrale Peer-to-Peer-Liefermodelle nach dem Vorbild der Blockchain-Technologie.

Hinweis: „Echte“ Peer-to-Peer-Modelle ohne Einschaltung eines zentralen Akteurs sind bis heute nur als Pilot- oder Modellprojekte vorhanden. Das Interesse an der Weiterentwicklung dieser Geschäftsmodelle ist aber groß.⁶

Um dieses Spannungsfeld aufzulösen, kann der Gesetzgeber entweder bei der Definition des Elektrizitätslieferanten (alternativ: der Lieferung) ansetzen – je enger die Definition, desto weniger der „atypischen“ Konstellationen würden erfasst und unterlägen dem oben dargestellten Pflichtenbündel. Oder aber er schafft eine weite Definition, die möglichst viele Fälle erfasst – um dann für bestimmte Konstellationen Ausnahmeregelungen anzuordnen.

Hinweis: Für einen möglichst einfachen und anwenderfreundlichen Rechtsrahmen spielt auch die Anwendung durch die Behörden eine wichtige Rolle. Der Begriff des Lieferanten bzw. der Lieferung von Strom, wie er bereits nach jetziger Rechtslage in EnWG und EEG verwendet wird, wird im Wesentlichen durch die BNetzA, teilweise auch durch das BAfA, angewendet. Dabei kommt es in der Praxis im Einzelfall zu divergierenden Auslegungen. Durch eine einheitliche Definition der Begriffe in EnWG und EEG sollte dies zukünftig vermeiden werden.

⁶ „Der überflüssige Versorger“, http://bizzenergytoday.com/blockchain_energiewirtschaft (zuletzt abgerufen am 21. November 2017).

B. Vorgehen

In diesem Papier wird zunächst dargelegt, dass gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, weil die bisher vorhandenen Kriterien zur Einordnung einer Lieferung zu teilweise erheblichen Rechtsunsicherheiten führen.

Anschließend werden verschiedene Varianten dargestellt, wie der Gesetzgeber bei der Schaffung einer Definition des Lieferanten vorgehen könnte sowie Kriterien zur Abbildung der „atypischen“ Konstellationen entwickelt, die eine Differenzierung nach dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit ermöglichen.

In einem letzten Schritt wird der Spielraum des deutschen Gesetzgebers für Ausnahmen vom Lieferantenbegriff bzw. den Lieferantenpflichten im Falle europäisch determinierter Lieferantenpflichten dargestellt werden.

C. Einzelerläuterungen

I. Funktion und Bedeutung einer Legaldefinition des Lieferanten

Der Lieferanten- bzw. Lieferungs-begriff ist ein zentraler Begriff im Energierecht und Anknüpfungspunkt vieler Pflichten.

Dazu zählen:

- Grundversorgungspflicht: §§ 36, 38 EnWG.
- Vertragsgestaltung: § 41 EnWG.
- Rechnungsgestaltung: § 40 EnWG.
- Stromkennzeichnung: § 42 EnWG, § 78 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014/2017.
- Informationspflicht über Energieeffizienzdienstleistungen: § 4 EDL-G.
- Melde- und Nachweispflichten: § 5 EnWG, § 3 Abs. 1 Nr. 8 MaStRV.
- Meldepflicht nach Lieferantenwechsel, § 20a EnWG.⁷

- EEG-Umlage, §§ 60 ff. EEG 2017.
- Netzentgelte, §§ 15, 17 StromNEV i.V.m. Netznutzungsvertrag / Lieferantenrahmenvertrag.
 - ans Netzentgelt anknüpfende Umlagen:
 - KWK-Umlage, § 26 KWKG.
 - Offshore-Haftungsumlage, § 17f Abs. 2 EnWG.
 - Umlage nach § 18 Abs. 1 Satz 2 AbLaV.
 - Umlage nach § 19 Abs. 2 Satz 14, 15 StromNEV.

Eine Definition ist jedoch nicht vorhanden; vielmehr gibt es verschiedene Kriterien, die jedoch teilweise zu divergierenden Ergebnissen führen (dazu im Einzelnen II.1.).

Hinweis: Darüber hinaus spielt die Stromlieferung bzw. die Rolle als Stromlieferant auch im **Stromsteuerrecht** eine wichtige Rolle, da die Pflicht zur Stromsteuerzahlung wesentlich an die Stromlieferung – im Stromsteuerrecht als „Leisten“ von Strom bezeichnet – anknüpft (vgl. auch Seite 10 f. des Papiers zum Begriff des Energieversorgungsunternehmens).

Das Stromsteuerrecht war auftragsgemäß nicht Teil der vorliegenden Untersuchung. Wir möchten gleichwohl explizit darauf hinweisen, dass eine Vereinheitlichung des energierechtlichen Rechtsrahmens zukünftig auch das Stromsteuerrecht umfassen sollte: Für die Akteure ist es vielfach mit zusätzlichem Aufwand verbunden, wenn energierechtliche Pflichten in verschiedenen Gesetzen an unterschiedliche Tatbestände anknüpfen. Eine besondere Herausforderung liegt dabei darin, dass im Stromsteuerrecht nicht nur ein anderes Ministerium federführend für die Gesetzgebung zuständig ist, sondern auch andere Behörden die Gesetze und Verordnungen anwenden.

⁷ Siehe zum Recht auf Lieferantenwechsel Hinweis auf Seite 19.

II. Handlungsbedarf: Unklare Rechtslage und Herausforderung durch neue Entwicklungen

Die gegenwärtige Rechtslage ist sowohl bei der Frage nach der Lieferanteneigenschaft (dazu 1.) als auch mit Blick auf die Verbrauchereigenschaft (dazu 2.) durch Unsicherheiten gekennzeichnet.

1. Der Stromlieferant

Als wesentliche Kriterien für die Beurteilung eines Lieferverhältnisses werden gegenwärtig eine auf den Vertrieb von Energie gerichtete Geschäftstätigkeit (dazu s.u. a.) sowie eine vertragliche Verpflichtung zur Bereitstellung von Energie (genauer: Elektrizität) herangezogen (dazu unten b.).

Sind „klassische“ Versorgungskonstellationen mit diesen Kriterien noch gut – und v.a. einheitlich – abbildbar, so führt die Einordnung atypischer oder „neuer“ Konstellationen anhand dieser Kriterien zu divergierenden Ergebnissen und damit zu Rechtsunsicherheit (dazu c.).

a) „Auf den Vertrieb von Energie gerichtete Geschäftstätigkeit“

Nach § 2 Nr. 5 StromNZV ist (Strom-)Lieferant „ein Unternehmen, dessen Geschäftstätigkeit auf den Vertrieb von Elektrizität gerichtet ist“.⁸ Dieses Kriterium ist aber unter mehreren Gesichtspunkten auslegungsbedürftig:

Unklar ist zum einen der Begriff der Geschäftstätigkeit, wie er in § 3 Nr. 19b EnWG und § 2 Nr. 5 StromNZV verwendet wird. Der Wortlaut legt zunächst eine planmäßige, dauerhafte, auf Erlöserzielung gerichtete Tätigkeit nahe.

Fraglich ist, ob diese Tätigkeit einen gewissen Umfang haben muss: Um etwa die Unternehmereigenschaft eines privaten Vermieters nach § 14 BGB zu bejahen, verlangt die Rechtsprechung, dass die mit der Vermietung verbundenen Geschäfte einen gewissen Umfang und eine gewisse Komplexität aufweisen – wobei die Komplexität des Stromverkaufs v.a. davon abhängen dürfte, ob die hier in Frage stehenden Lieferantenpflichten anwendbar sind. Im Umsatzsteuerrecht wiederum ist der Betrieb einer Photovoltaik-Anlage, wenn Strom ins Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird (oder direkt entgeltlich an andere Verbraucher abgegeben wird), ohne weitere Voraussetzungen ausreichend, um die Unternehmereigenschaft des Anlagenbetreibers zu bejahen.

⁸ Vgl. auch die Definition des Gaslieferanten in § 3 Nr. 19b EnWG: Natürliche und juristische Personen, deren Geschäftstätigkeit ganz oder teilweise auf den Vertrieb von Gas zum Zwecke der Belieferung von Letztverbrauchern ausgerichtet ist.

Der Begriff der Geschäftstätigkeit ist auch in anderen Regelwerken (Verwendung u.a. in § 1 Abs. 1 ProdSiG und § 289 HGB) nicht legaldefiniert. Im Kartellrecht (§ 38 GWB) sowie im Handelsrecht (§ 277 HGB) wird der Begriff der „gewöhnlichen Geschäftstätigkeit“ verwendet, wenn die Erlöse aus typischen Leistungen eines Unternehmens ermittelt werden sollen. Das heißt aber nur, dass die Geschäftstätigkeit die gesamte auf Erlöserzielung gerichtete Tätigkeit (also auch atypische Leistungen) eines Unternehmens darstellt. Während im Kartellrecht jede wirtschaftliche Tätigkeit die Unternehmereigenschaft begründet, verlangt das Handelsrecht mit dem „nach Art oder Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb“, § 3 Abs. 2 HGB, ebenfalls eine gewisse Komplexität der Geschäfte.

Darüber hinaus ist fraglich, wann eine Geschäftstätigkeit auf den Vertrieb von Elektrizität *gerichtet* ist: Ist dies nur dann der Fall, wenn der Vertrieb von Energie Hauptzweck der Geschäftstätigkeit ist? Reicht es schon, wenn der Vertrieb von Energie „notwendiges Zwischenziel“ ist, um den Hauptgeschäftszweck zu erreichen?

Hinweis: Angesichts dieser begrifflichen Unschärfen spricht schon prima facie vieles dagegen, dieses Kriterium als Grundlage einer Lieferantendefinition zu verwenden.

Die Definition des Energielieferanten in § 2 Nr. 12 EDL-G („eine natürliche oder juristische Person, die Energie an Endkunden verkauft und deren Umsatz dem Äquivalent von 75 Gigawattstunden an Energie pro Jahr entspricht oder darüber liegt oder die zehn oder mehr Personen beschäftigt oder deren Jahresumsatz und Jahresbilanz 2 Millionen Euro übersteigt“) ähnelt dem Kriterium in § 3 Nr. 5 StromNZV insofern, als dass beide Regelwerke auf den Verkauf (bzw. Vertrieb) von Energie abstellen. § 2 Nr. 12 EDL-G vermeidet dabei die Unschärfen des Begriffs der „gerichteten Geschäftstätigkeit“, indem auf den tatsächlichen Verkaufsvorgang abgestellt wird. Wir halten aber das Abstellen nur auf Kaufverträge als Grundlage der Stromlieferung für zu eng (siehe unten b. sowie III.2.c.) und das Arbeiten mit Schwellenwerten schon auf Ebene der Definition (und nicht erst bei der Schaffung von Ausnahmetatbeständen auf Rechtsfolgenseite) für schwierig (siehe dazu unten III.2.a., b.).

b) „Vertragliche Verpflichtung, Energie zur Verfügung zu stellen“

Für die Bestimmung der Lieferanteneigenschaft nach § 5 EnWG stellt die Rechtsprechung auf eine schuldrechtliche Verpflichtung, anderen Energie zur Verfügung zu stellen, ab.⁹

Dieses Kriterium ergänzt das Merkmal der „Geschäftstätigkeit“ um den Blick des Vertragspartners: Aus Sicht des Letztverbrauchers dürfte Lieferant immer der sein, der Strom – auf vertraglicher Grundlage – zur Verfügung stellt. Erfasst wären damit alle Vorgänge, bei denen eine Zurverfügungstellung auf Basis kaufrechtlicher Vorgänge oder in Form eines Tauschs oder einer Schenkung erfolgt. Nicht erfasst wäre hingegen die Zurverfügungstellung im Rahmen eines bloßen Gefälligkeitsverhältnisses ohne jeglichen Rechtsbindungswillen. Danach würden v.a. Fälle, in denen Private „nebenbei“ das Laden fremder Geräte (Handy, externer Akku, E-Bike...) gestatten, nicht als „Lieferung“ qualifiziert.

Hinweis: Dieses Kriterium zeichnet sich vor allem durch seine leichte Handhabbarkeit aus und verspricht damit Rechtssicherheit in der Frage der Lieferanteneigenschaft.

c) Herausforderung der alten Begriffswelt durch „neue“ Konstellationen

Abweichend zur „klassischen Versorgungskonstellation“ (z.B. Stadtwerk – Letztverbraucher) gibt es v.a. zwei Entwicklungen, die sich mit den existierenden Kriterien/Begrifflichkeiten nur schlecht abbilden lassen.

aa) Neue Geschäftsmodelle

Eine weitere Entwicklung, die die bisherige Rechtslage nur unzureichend abbilden kann, sind Geschäftsmodelle, die eine stärkere Marktteilnahme von Prosumern ermöglichen (etwa Mieterstrommodelle, dezentrale Peer-to-Peer-Liefermodelle¹⁰; im Folgenden „P2P“). Immer häufiger gibt es auch Mittelspersonen, deren Geschäftsmodell (u.a.) darauf beruht, Angebot und Nachfrage vieler einzelner Prosumer zu koordinieren (im Folgenden „Bündler“)¹¹. Hierbei ist der Vertrieb von Energie nur eine unter vielen Pflichten im Vertragsverhältnis und kann durchaus von untergeordneter Bedeutung sein.

(1) Bewertung anhand des Kriteriums „Geschäftstätigkeit“

Diesen neuen Geschäftsmodellen ist gemein, dass dabei (jedenfalls auch) Strom an andere verkauft wird. Gerade bei den Peer-to-Peer-Modellen dürfte der Strom aber an einen sehr be-

⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.06.2015, Az. VI-3 Kart 190/14, Rn. 130 zu § 5 Satz 1 EnWG.

¹⁰ Stromlieferungen von Prosumern an andere Verbraucher, im Idealfall, ohne dabei eine Mittelsperson einzuschalten.

¹¹ Etwa die „sonnenCommunity“: Die sonnen GmbH vertreibt Speicher an Prosumer. Zugleich wird – über den Beitritt zur sonnenCommunity – eine Reststromversorgung aus dem Pool der Kunden ermöglicht, vgl. <https://sonnenbatterie.de/de/sonnenstrom/sonnencommunity> sowie <https://www.pv-magazine.de/2016/04/11/wie-die-sonnencommunity-im-detail-funktioniert-und-batteriespeicher-nutzt/> (zuletzt abgerufen am 22.03.2018).

grenzten Abnehmerkreis gehen, so dass man kaum von einem großen Umfang der Geschäfte ausgehen kann. Ob dies eine „Geschäftstätigkeit“ darstellt, hängt demnach stark davon ab, wie man das Merkmal der Geschäftstätigkeit auslegt (dazu siehe schon oben, II.1.). Es dürfte mehr dafür sprechen, die Lieferanteneigenschaft abzulehnen:

Bei den „Bündlern“ ist das Vorliegen einer Geschäftstätigkeit zwar weniger zweifelhaft – die Unternehmen gehen planmäßig und dauerhaft einer auf Erlöserzielung gerichteten Tätigkeit (u.a. des Vertriebs von Elektrizität) nach. Zwar könnte man bezweifeln, ob diese Geschäftstätigkeit – wie in den „klassischen“ Konstellationen vorausgesetzt – auf den Vertrieb von Elektrizität *gerichtet* ist: Viele der „Bündler“ erzielen ihren Gewinn mit anderen Tätigkeiten, etwa dem Vertrieb von Speichern an ihre Kunden oder dem Anbieten von Systemdienstleistungen mit der gebündelten Nachfragemacht ihrer Kunden. Solange und soweit die Belieferung mit Strom jedoch essentieller Bestandteil des Geschäftskonzepts ist oder Erlös damit erzielt wird, wird es naheliegen, die „Gerichtetheit“ und damit die Lieferanteneigenschaft zu bejahen.

(2) Bewertung anhand des Kriteriums „Vertragliche Verpflichtung“

Da in allen hier benannten Modellen (jedenfalls auch) gezielt Strom verkauft wird, wird mit hoher Wahrscheinlichkeit eine entsprechende vertragliche Verpflichtung über die Bereitstellung von Energie bestehen. Nach diesem Kriterium läge die Lieferanteneigenschaft daher vor.

bb) Stromlieferung im „Mehrpersonenverhältnis“: Atypische Lieferanten

In vielen Fällen wird der Letztverbraucher nicht direkt von einem „klassischen“ Stromversorger beliefert. Die Versorgung mit Strom ist vielmehr im Vertrag mit einem „vorgeschalteten“ Akteur geregelt.

Mögliche Konstellationen sind:

- kurzfristige (Bagatell-)Entnahmen innerhalb einer Kundenanlage (z.B. durch einen Hotelgast, einen Patienten im Krankenhaus, den Mieter einer Ferienwohnung, einen Kurgast)
- das Laden von Elektromobilen an einer Ladesäule,
- regelmäßige nicht-gewerbliche Entnahmen innerhalb einer Kundenanlage (z.B. durch die Bewohner eines Studenten- oder Altenpflegeheims, regelmäßiges Laden eines Elektromobils auf dem Stellplatz beim Arbeitgeber),
- regelmäßige gewerbliche Entnahmen innerhalb einer Kundenanlage (z.B. der Zeitungskiosk im Bahnhof, der Einzelhandelsladen im Shopping-Center, die von Dritten betriebene Kantine auf einem Werksgelände, Stromentnahmen beim Einsatz externer Dienstleister auf dem Betriebsgelände, wie z.B. Putzfirmen, Handwerker, Betreiber externer, also mitgebrachter, Maschinen),

- regelmäßige gewerbliche Entnahmen innerhalb von Kundenanlagen durch einzelne „Dritt“-Unternehmen in erheblichem Umfang (z.B. Unternehmen in Industrieparks).¹²

(1) Bewertung anhand des Kriteriums „auf den Vertrieb von Energie gerichtete Geschäftstätigkeit“

In diesen Konstellationen dürfte zwar das Vorliegen einer „Geschäftstätigkeit“ wenig problematisch sein: Hotelbetreiber, Wohnheimbetreiber etc. gehen planmäßig und dauerhaft einer auf Erlöserzielung gerichteten Tätigkeit nach.

Geht es um eine Vielzahl von (nicht-gewerblichen) Bagatellentnahmen (also die Fälle des Hotelgasts- oder Pflegeheimbewohners) so ist zweifelhaft, ob die Geschäftstätigkeit der „vorgeschalteten“ Person auf den Vertrieb von Elektrizität *gerichtet* ist. Vielmehr richtet sich der Geschäftszweck auf den Vertrieb sonstiger Dienstleistungen (Übernachtung, Pflege etc.). Die Versorgung mit Strom geschieht häufig nur nebenbei. Danach spräche also vieles dafür, die Lieferanteneigenschaft in diesen Konstellationen zu verneinen.

Ähnlich (aber weniger eindeutig) dürfte die Bewertung in den Konstellationen der gewerblichen Entnahmen durch Dritte innerhalb einer Kundenanlage ausfallen (z.B. der Zeitungskiosk im Bahnhof, die Kantine im Industriebetrieb). Auch hier richtet sich der Geschäftszweck des „vorgeschalteten“ Geschäftspartners nicht auf den Vertrieb von Energie, die Lieferanteneigenschaft läge daher nicht vor.

In Industrieparks wiederum gehört die Versorgung mit Energie zu den Hauptaufgaben des Betreibers, hier läge also die Annahme der Lieferanteneigenschaft nahe.

(2) Bewertung anhand des Kriteriums „Vertragliche Verpflichtung“

Stellt man auf das Kriterium einer vertraglichen Verpflichtung ab, wären alle der hier genannten Konstellationen als „Lieferverhältnis“, zu bewerten, die „vorgeschalteten Personen“ mithin Lieferanten.

¹² Nicht zu überzeugen vermag das OLG Hamm mit der Aussage (zur Rechtslage nach dem EEG 2012), die Weiterverteilung von Strom innerhalb eines geschlossenen Verteilernetzes sei keine Lieferung, Urt. v. 16.7.2018, Az. 8 U 119/17, Rn. 56 nach juris. Das zur Begründung herangezogene Urteil des BGH erfolgte zum insofern nicht vergleichbaren Belastungsausgleich nach dem KWKG. Vgl. dazu Fietze, Lieferbeziehungen zu und in geschlossenen Verteilernetzen: Anmerkung zu OLG Hamm v. 16.7.2018, EnWZ 2019, 127, 128.

2. Der (Letzt-)Verbraucherbegriff als Gegenstück zum Lieferantenbegriff

Auch die Rechtslage mit Blick auf den (Letzt-)Verbraucherbegriff ist uneinheitlich. Für die Frage nach der Lieferung von Strom – bzw. der Lieferanteneigenschaft – ist sie jedoch von großer Bedeutung: Eine Lieferung (die Lieferantenpflichten begründen würde) liegt begriffsnotwendig nur dann vor, wenn ein anderer den Strom bezieht.

Ob eine solche Lieferung an andere vorliegt, ist besonders in den „atypischen Lieferungen“ in „Mehrpersonenverhältnissen“ (Hotel, Krankenhaus, Pflegeheim) stark davon abhängig, wie man den eigentlichen Verbrauchsvorgang beurteilt:

- Stellt man darauf ab, dass derjenige den Strom bezieht, der den Verbrauchsvorgang auslöst, so wären die Hotelgäste und Patienten in einem Krankenhaus Letztverbraucher der durch sie entnommenen Strommenge. Es läge also eine Lieferung der „vorgeschalteten“ Person an diese „anderen“ Personen (Letztverbraucher) vor.
- Man könnte jedoch ebenfalls darauf abstellen, wem die getätigten Verbräuche wertend zuzuordnen sind. Ordnet man sie dem „vorgeschalteten Akteur“ zu, so läge ein „Eigenverbrauch“ – und damit begriffsnotwendig keine Lieferung an andere – vor.

Auf den unmittelbaren Auslöser des Stromverbrauchsvorgangs kommt es z.B. nach der Rechtsprechung des BFH an.¹³ Das BAfA hat sich in der Verwaltungspraxis zur besonderen Ausgleichsregelung im EEG diesbezüglich der Bewertung durch den BFH angeschlossen,¹⁴ und auch der BGH betrachtet Hotelgäste als (belieferte) Letztverbraucher und stellt damit auf den Auslöser des Verbrauchsvorgangs ab.¹⁵ Im Stromsteuerrecht wird das Ergebnis dieser Auslegung allerdings mittels Anordnung in der StromStV korrigiert: So gilt gem. § 1a StromStV für aufgezählte Konstellationen (Versorgung ausschließlich innerhalb einer Kundenanlage, Versorgung von Mietern/Pächtern, zur Nutzung für Elektromobilität, Leistung an Dritte in geringem Umfang), dass eine Person, die Strom leistet (und damit eigentlich Versorger i.S.v. § 2 Nr. 1 StromStG wäre) nicht als Versorger, sondern als Letztverbraucher gilt.¹⁶

¹³ Vgl. BFH, Urt. v. 25.9.2013, Az. VII R 64/11, Rn. 7, 13 ff. nach juris; FG Hamburg, Urt. v. 24.10.2013, Az. 4 K 137/12, Rn. 24 nach juris.

¹⁴ BAfA, Merkblatt für stromkostenintensive Unternehmen 2018 zu den gesetzlichen Regelungen nach §§ 63 ff. Erneuerbare-Energien-Gesetz 2017 einschließlich der Regelungen zur Zertifizierung des Energieverbrauchs und der Energieminderungspotenziale, Seite 13; (verfügbar unter http://www.bafa.de/DE/Energie/Besondere_Ausgleichsregelung/besondere_ausgleichsregelung_node.html, zuletzt abgerufen am 22.3.2018).

¹⁵ BGH, Beschl. v. 18.10.2011, Az. EnVR 68/10, Rn. 14 nach juris. Die Äußerungen erfolgten jedoch im Wege eines obiter dictum und zur alten Rechtslage, vgl. dazu das ebenfalls im Rahmen dieses Vorhabens entstandene Papier „Das Energieversorgungsnetz. Eine kritische Bestandsaufnahme der aktuellen Rechtslage und Ansätze zur Vereinheitlichung energierechtlicher Netzbegriffe“, Seite 11.

¹⁶ § 1 StromStV:

(1a) Wer ausschließlich nach § 3 des Gesetzes zu versteuernden Strom bezieht und diesen ausschließlich innerhalb einer Kundenanlage leistet, gilt vorbehaltlich Satz 2 nicht als Versorger, sondern als Letztverbraucher im Sinne des § 5 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes. (...)

(2) Wer ausschließlich nach § 3 des Gesetzes zu versteuernden Strom bezieht und diesen ausschließlich
1. an seine Mieter, Pächter oder vergleichbare Vertragsparteien,

Eine wertende Zuordnung von Verbräuchen nimmt hingegen die BNetzA in ihrem Leitfaden zur Eigenversorgung¹⁷ vor, um in bestimmten Konstellationen eine umlagenreduzierte Eigenversorgung, § 61 EEG 2017, von einer voll umlagepflichtigen (Fremdbe-)Lieferung zu unterscheiden. Sie ordnet die Verbräuche dem Betreiber der elektrischen Verbrauchsgeräte zu. Zur Bestimmung der Betreibereigenschaft greift sie auf drei Kriterien zurück:

- Die tatsächliche Sachherrschaft über die elektrischen Verbrauchsgeräte,
- die eigenverantwortliche Bestimmung ihrer Arbeitsweise und
- das Tragen des wirtschaftlichen Risikos der Geräte.

Nach diesen Kriterien ordnet sie die Versorgung von Bewohnern mit vom Betreiber erzeugten Strom in „geläufigen Wohnheim-Konstellationen“ (Studentenwohnheim, Seniorenwohnheim) genauso wie die Versorgung einer vermieteten Wohnung als „(umlagepflichtige) Stromlieferung“ ein.¹⁸ In Hotels und Krankenhäusern hingegen ordnet sie die untergeordneten Geringverbräuche der wechselnden Gäste und Patienten dem Gesamtverbrauch des Hotels bzw. Krankenhauses (also: dem Betreiber) zu, mithin bejaht sie eine Eigenversorgung.¹⁹

Hinweis: Während die BNetzA diese wertende Zuordnung auf der ersten Ebene vornimmt – nämlich bei der Frage danach, ob überhaupt eine (Be-)Lieferung vorliegt, gibt es seit Inkrafttreten des „Energiesammelgesetzes“²⁰ in Gestalt von § 62a EEG 2017 nunmehr eine „nachgeschaltete“ Zuordnung (eigentlich) fremder Verbräuche. Nach § 62a EEG 2017 sind „geringfügige Stromverbräuche Dritter“ einem (vorgeschalteten) Letztverbraucher zuzurechnen, wenn sie bestimmte Kriterien erfüllen (u.a. keine konkrete Abrechnung, Verbrauch in den Räumlichkeiten des vorgeschalteten Letztverbrauchers). In der Begründung wird darauf verwiesen, die Regelung stelle eine Erleichterung mit Blick auf die Messerfordernisse nach dem EEG (gem. § 62b EEG 2017 müssen Strommengen, für die die volle oder anteilige EEG-Umlage zu zahlen ist, im Grundsatz durch mess- und eichrechtskonforme Messeinrichtungen erfasst werden, wenn eine Messung tatsächlich möglich bzw. mit verhältnismäßigem Aufwand durchführbar ist) dar.²¹

Diese Regelungstechnik findet sich auch im Stromsteuerrecht und im EnWG: So wird in § 17b Abs. 4 StromStV trotz Entnahme durch einen Dritten ein Eigenverbrauch des Versorgers fingiert, wenn u.a. der Dritte nur zeitweise eine Leistung auf dem Betriebsgelände des Versorgers erbringt und der Strom üblicherweise nicht abgerechnet wird.²² Auch der Gesetzgeber des EnWG hat – für das Laden von Elektromobilen an

2. zur Nutzung für die Elektromobilität oder

3. an andere Unternehmen, die den Strom in seinem Betrieb entnehmen und ihm die daraus erbrachte Leistung schulden, als Letztverbraucher leistet, gilt nicht als Versorger, sondern als Letztverbraucher im Sinne des § 5 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes. (...)

(3) Wer ausschließlich nach § 3 zu versteuernden Strom bezieht und ausschließlich diesen in geringem Umfang an Dritte leistet, gilt insoweit nicht als Versorger, sondern als Letztverbraucher (...).

¹⁷ BNetzA, Leitfaden zur Eigenversorgung (Juli 2016), abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Eigenversorgung/Eigenversorgung-node.html (zuletzt abgerufen am 11.1.2019). Rechtsverbindlich ist dieser Leitfaden jedoch nicht, vgl. zu dieser Thematik zuletzt BGH, Urt. v. 17.7.2018, Az. EnVR 12/17, Rn. 26 nach juris.

¹⁸ BNetzA, Leitfaden Eigenversorgung (Juli 2016), Seite 25.

¹⁹ BNetzA, Leitfaden Eigenversorgung (Juli 2016), Seite 26.

²⁰ Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes, des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 17. Dezember 2018, BGBl. I 2018, S. 2549).

²¹ BT-Drs. 19/5523, Seite 4, 83.

²² § 17b (4) StromStV: Vom Antragsteller erzeugter oder bezogener Strom gilt auch dann als für betriebliche Zwecke entnommen, wenn

Ladesäulen – eine solche Anordnung getroffen: Gemäß § 3 Nr. 25 EnWG gilt, dass „(...) der Strombezug der Ladepunkte für Elektromobile (...) dem Letztverbrauch [des Ladesäulenbetreibers, Anm. der Verf.] im Sinne dieses Gesetzes und den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen gleich(steht).“

Beide Ansätze (Abstellen auf tatsächlichen Bezugsvorgang und Arbeit mit Fiktionen einerseits, wertende Zuordnung von Verbräuchen zum „Lieferanten“ als Betreiber der Verbrauchsgeräte andererseits) laufen auf das gleiche Ergebnis hinaus: Die Lieferanten- (bzw. Versorger-)Eigenschaft in bestimmten Konstellationen zu verneinen. Dieses Ergebnis liegt vor allem in den Konstellationen nahe, in denen die Versorgung mit Strom notwendigerweise Bestandteil des Vertragsverhältnisses ist, aber ihre Bedeutung gegenüber anderen Pflichten eine absolut untergeordnete Rolle spielt. Zweckmäßig ist die Abgrenzung aber auch bei gewerblichen Stromentnahmen durch externe Dienstleister. Rechtsverbindlich wäre eine solche Abgrenzung jedoch nur dann, wenn der Gesetzgeber es ausdrücklich anordnen würde (zum möglichen gesetzgeberischen Vorgehensweisen siehe sogleich III.1.).

-
1. der Strom durch ein anderes Unternehmen im Betrieb des Antragstellers entnommen wird und dieses Unternehmen damit nur zeitweise dort eine Leistung erbringt, die ausschließlich auf dem Betriebsgelände des Antragstellers erbracht werden kann,
 2. solcher Strom üblicherweise nicht gesondert abgerechnet wird und
 3. der Empfänger der unter Entnahme des Stroms erbrachten Leistung der Antragsteller ist.

III. Gesetzgeberisches Vorgehen

Danach steht der Gesetzgeber vor der Beantwortung der folgenden Fragen: Was ist eine Stromlieferung bzw. wer ist Stromlieferant? Wann liegt eine Lieferung an andere vor? Für welche Lieferkonstellationen sollten Ausnahmeregeln geschaffen werden, um die Lieferanten nicht zu überfordern?

1. Vorfrage: Lieferung an „andere“?

Hinweis: Die Frage nach dem „Gegenstück“ der Lieferung ist Vorfrage dafür, ob überhaupt die Gefahr überfordernder Lieferantenpflichten besteht: Wenn man – wie etwa die BNetzA – den Lieferbegriff so versteht, dass bestimmte Strombezugsvorgänge nicht als Lieferung an andere qualifiziert werden (Strombezug im Krankenhaus, Hotel...), so bestünde in diesen Konstellationen mangels Lieferung auch nicht die Gefahr überfordernder Lieferantenpflichten.

a) Mögliche Regelungsvarianten

Will der (Energirechts-)Gesetzgeber mit Blick auf die Verbrauchsseite tätig werden, so hat er vier Möglichkeiten:

1. Eine Anreicherung des Lieferbegriffs (vgl. BNetzA, Leitfaden zur Eigenversorgung): Aufgreifen des Gedankens, dass eine Lieferung notwendigerweise eine andere Person als Verbraucher voraussetzt, auf Ebene der Begriffsdefinition des Lieferanten.
 - ➔ [Lieferant ist, wer...]
 - ➔ Eine Lieferung an andere Personen liegt nur vor, wenn diese Personen die tatsächliche Sachherrschaft über die elektrischen Verbrauchsgeräte innehaben, das wirtschaftliche Risiko der Geräte tragen und deren Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmen.

2. Eine Anreicherung (im EnWG: Änderung) des Letztverbraucherbegriffs²³:
 - ➔ [Lieferant ist, wer...]
 - ➔ Letztverbraucher ist, wer Strom verbraucht. Ein Verbrauch durch den Letztverbraucher liegt nur vor, wenn der Letztverbraucher die tatsächliche Sachherrschaft über die elektrischen Verbrauchsgeräte innehat, das wirtschaftliche Risiko der Geräte trägt und deren Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt.

²³ Die Definition des Letztverbrauchers nach § 3 Nr. 25 EnWG lautet: Natürliche oder juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen. Hier könnte man zwar den Begriff *des eigenen Verbrauchs* als Anknüpfungspunkt für eine wertende Anreicherung nutzen. Allerdings ist das Abstellen auf einen Kaufvertrag als Grundlage des Strombezugs unserer Auffassung nach zu eng (dazu siehe unten III.2.c), so dass auch beim EnWG-Letztverbraucherbegriff nur noch auf den „(eigenen) Verbrauch aufgrund schuldrechtlichen Vertrags“ abgestellt werden dürfte. Dann liegt aber eine Übernahme des (angereicherten) EEG-Letztverbraucherbegriffs ins EnWG nahe.

3. Die Arbeit mit Fiktionen (vgl. § 1a StromStV): Das durch Wortlautauslegung der Begrifflichkeiten gefundene Ergebnis (Vorliegen der Lieferanten- und Letztverbrauchereigenschaft) wird durch Fiktionen „überlagert“:

- [Lieferant ist, wer...
- Letztverbraucher ist, wer...]
- Nicht als Lieferant, sondern als Letztverbraucher, gilt, wer...

4. Die Arbeit mit gesetzlicher Zuordnung von Verbräuchen zum Lieferanten (vgl. § 62a EEG 2017):

- [Lieferant ist, wer...
- Letztverbraucher ist, wer...]
- Durch Dritte entnommene Strommengen gelten als vom Lieferanten entnommen, wenn ... erfüllt ist.

Hinweis: Bleibt der Gesetzgeber untätig, so spricht viel dafür, dass die Praxis im EnWG zur Bestimmung des Stromverbrauchers auf die Person abstellt, die den Stromverbrauchsvorgang ausgelöst hat. In dem Fall sollten für die Konstellationen Hotel, Krankenhaus, Pflegeheim Ausnahmeregelungen für Lieferantenpflichten geschaffen werden, siehe dazu IV. Angesichts der bisher bestehenden unterschiedlichen Ansätze und entsprechender Rechtsunsicherheit empfehlen wir aber ein Tätigwerden des Gesetzgebers.

b) Diskussion der Varianten

Sowohl die 3.²⁴ und die 4.²⁵ Variante weisen den Nachteil auf, dass man zunächst eine Lieferung bzw. die Lieferanteneigenschaft bejahen würde, um sie in einem zweiten Schritt zu abzulehnen. Dabei wäre die Variante 3 noch die „ehrlichere“, da der Einsatz mit Fiktionen genau dies klar macht. Darüber hinaus setzen beide Varianten die Aufnahme bestimmter Konstellationen (z.B. § 62a EEG 2017: „Bagatellverbräuche“²⁶), die gesetzlich privilegiert werden, in den Gesetzestext voraus. Treten neue Konstellationen zutage, müssten der Gesetzestext entsprechend ergänzt werden (so z.B. geschehen in § 1a Abs. 2 Nr.2 StromStV: Privilegierung der Elektromobilität). Für die Variante 3 spricht allerdings, dass mit dieser ein nicht erst ergebnisbezogener²⁷, sondern schon normstruktureller Gleichlauf mit dem Stromsteuerrecht hergestellt werden könnte.

Auch bei Wahl von Variante 2²⁸ würde wohl bei einer Subsumtion zunächst die „Lieferung an andere“ bejaht, um anschließend den Letztverbrauch zu verneinen – was dann wiederum Rückwirkungen auf die Frage nach der Lieferung hätte (wenn kein Letztverbrauch des „anderen“, dann auch keine Lieferung an ihn).

²⁴ Arbeit mit Fiktionen: „als Letztverbraucher, nicht als Lieferant, gilt...“

²⁵ Gesetzliche Zuordnung von Verbräuchen: „Durch Dritte entnommene Strommengen gelten als vom Lieferanten entnommen, wenn...“

²⁶ BT-Drs. 19/5523, Seite 83.

²⁷ Bejahung/Ablehnung der Lieferanteneigenschaft nach Subsumtion in den Konstellationen, in denen im Stromsteuerrecht die Versorgungseigenschaft vorliegt/nicht vorliegt.

²⁸ Anreicherung des Letztverbraucherbegriffs.

Rechtssystematisch wäre daher die Variante 1²⁹ vorzuziehen, denn hier wird die Frage, ob eine Lieferung an andere vorliegt, zum ersten Mal relevant. Allerdings würde mit Variante 1 ebenfalls die Frage nach dem Vorliegen einer Lieferung mit Elementen der Letztverbraucherrolle vermischt. Darüber hinaus könnte es nach Variante 1 keine Lieferanten geben, die nicht an Letztverbraucher liefern – so wären etwa Zwischenhändler keine Lieferanten. Es gibt aber durchaus Lieferantenpflichten, die nicht an die Lieferung von Letztverbrauchern (sondern an die Belieferung anderer) anknüpfen, etwa die Meldepflicht nach § 3 Abs. 1 Nr. 8 MaStRV. Im Hinblick darauf, dass künftig mit immer mehr Akteuren, die nicht notwendigerweise Letztverbraucher beliefern, zu rechnen ist, spricht daher unserer Ansicht nach viel dafür, nicht bereits die Lieferebene wertend anzureichern, sondern erst die Letztverbraucherebene. Denn auch die neuen Akteure wären somit zunächst von der lieferantenbezogenen Regulierung erfasst.

Es spricht daher insgesamt viel für die Wahl von Variante 2. Auf die „Rückwirkungen“ dieser Frage für die Frage nach der Lieferanteneigenschaft sollte in der Gesetzesbegründung zur Lieferantendefinition hingewiesen werden.

Hinweis: Für das Laden von Elektromobilen an Ladesäulen hat der Gesetzgeber eine Anordnung nach dem Vorbild von Variante 4 – gesetzliche Zuordnung von Verbräuchen – getroffen: Den Stromverbrauch durch den Ladevorgang löst der Fahrzeugnutzer aus, so dass man grundsätzlich davon ausgehen müsste, dass dieser Letztverbraucher des Stroms ist. Gemäß § 3 Nr. 25 EnWG gilt nun aber, dass „(...) der Strombezug der Ladepunkte für Elektromobile (...) dem Letztverbrauch im Sinne dieses Gesetzes und den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen gleich(steht).“ Wählt man die Variante 2 (oder 1), so wäre die Anordnung in § 3 Nr. 25, 2. HS nicht mehr nötig.

²⁹ Anreicherung des Lieferbegriffs.

2. Definition des (Elektrizitäts-)Lieferanten

a) Regelungsvarianten

Will der Gesetzgeber eine Definition des Lieferanten schaffen, gleichzeitig aber die hier aufgezeigten Konstellationen von der Geltung ausgewählter Lieferantenpflichten entlasten, so stehen ihm (theoretisch) die folgenden Möglichkeiten zur Verfügung:

1. Eine enge Definition des Lieferanten, die bestimmte Akteure bzw. Konstellationen schon auf der Tatbestandsebene nicht erfasst:
 - Lieferant ist, wer... und ... (kumulative Aufzählung von Eigenschaften)
2. Eine weite Grunddefinition mit klar definierten Ausnahmen auf der Tatbestandsebene:
 - Lieferant ist, wer...
 - es sei denn... (Aufzählung von Kriterien ohne Wertungsmöglichkeit)
 - oder
 - Lieferant ist, wer...
 - regelmäßig wird kein Lieferant sein, wer... (Aufzählung von Kriterien in Form von Regelbeispielen, enthält somit wertendes Element)
3. Eine weite Grunddefinition mit bestimmten Ausnahmeregelungen auf der Rechtsfolgen-
seite für bestimmte Lieferantenpflichten:
 - Lieferant ist, wer...
 - Diese Pflicht gilt nicht in Fällen, in denen...
4. Weite Lieferantendefinition in Kombination mit einer (durch Regelbeispiele konkretisier-
ten) „Wertungsklausel“ auf der Rechtsfolgenseite:
 - Lieferant ist, wer...
 - Diese Pflicht gilt nicht, wenn sie bei dem Lieferanten zu einem unverhältnismäßigen Aufwand führt.
 - Ein unverhältnismäßiger Aufwand liegt regelmäßig vor, wenn...

b) Diskussion der Varianten

Die Varianten unterscheiden sich einerseits danach, ob das Ziel, schutzwürdige Akteure von der (vollen) Geltung der Lieferantenpflichten auszunehmen, (schon) auf Definitionsebene (Variante 1, 2) oder (erst) auf Rechtsfolgenseite (Variante 3, 4) verortet wird. Ein anderer wesentlicher Unterschied liegt darin, welcher Akteur letztlich „rechtsschöpfend“ tätig wird, also determiniert, ob die Rechtsfolge im konkreten Fall tatsächlich eintritt: Setzt man auf eine möglichst genaue Erfassung der Realität und möglicher schutzwürdiger Konstellationen durch das Gesetz (Variante 1, 2 ohne Wertungsklausel, 3) oder verlagert man – durch die Verwendung einer

„Wertungsklausel“ – diese Entscheidung zu den Behörden und Gerichten (Variante 4, Variante 2 wenn mit Wertungsklausel)?

Variante 1 (enge Lieferantendefinition) scheint angesichts der Vielzahl an möglichen Lieferkonstellationen und schutzwürdigen Akteuren (was geschieht beispielsweise, wenn ein „klassischer Versorger“ in neue Geschäftsmodelle investiert?) kaum praktisch umsetzbar. Diese Variante wird daher nicht weiter verfolgt.

Grundsätzlich dürfte gelten, dass die Schaffung von Ausnahmen (erst) auf Rechtsfolgenseite (also Variante 3 und 4) vorzuziehen ist: Dieses Vorgehen zwingt nicht dazu, im Kern gleiche Vorgänge unterschiedlich einzuordnen (Lieferung ja/nein), sondern setzt erst bei der für die Akteure relevanten Frage der Pflichtengeltung an. Damit bietet es auch mehr Flexibilität als Ansätze auf Definitionsebene: Es ermöglicht eine differenzierte Behandlung je nach Lieferantspflicht unter Berücksichtigung des Zwecks (z.B. „Inkassofunktion“ der EEG-Umlagepflicht, Verbraucherschutzfunktion der Transparenzpflichten) und einem etwaigen europarechtlichen Kern der Pflicht (dazu siehe Teil V.).

Ebenfalls dürfte gelten, dass die Varianten, die mit Wertungsklauseln arbeiten – und damit die endgültige Entscheidung darüber, ob die Lieferantpflichten gelten (bzw. die Lieferanteneigenschaft vorliegt) in Zweifelsfällen einer behördlichen/gerichtlichen Klärung überlassen – entwicklungsöffener sind als Varianten, die mittels Aufzählung im Gesetzestext diese Entscheidung schon auf legislativer Ebene zu treffen suchen.

c) Weite Lieferantendefinition: Welche Grundlage?

Die Varianten 2, 3 und 4 gehen von einer weiten Lieferantendefinition aus. Als Basis einer solchen Definition bietet es sich an, darauf abzustellen, wer eine schuldrechtliche Verpflichtung übernommen hat, einer anderen Person Energie zur Verfügung zu stellen. Dieses Kriterium ist einfach handhabbar und verspricht damit Rechtssicherheit in der Frage der Lieferanteneigenschaft.

Auf eine weitere Differenzierung – etwa danach, ob die Vereinbarung mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder konkludent geschlossen wurde, entgeltlich oder unentgeltlich sei – sollte verzichtet werden: Sie würde den Vorteil der Handhabbarkeit (und Rechtssicherheit) schmälern, ggf. sollte diesbezüglich ein entsprechender Hinweis in der Gesetzesbegründung erfolgen. Auch die Art des Vertrags sollte nicht weiter spezifiziert werden (insbesondere sollte kein Kaufvertrag verlangt werden): Zwar ist im EnWG Letztverbraucher (nur), wer Energie für den eigenen Verbrauch kauft, § 3 Nr. 25 EnWG. Auch die Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie stellt maßgeblich auf den Verkauf von Energie ab, siehe dazu ausführlich IV.1. Im EEG hingegen soll es gerade nicht darauf ankommen, ob der Letztverbraucher den Strom kauft (§ 3 Nr. 33 EEG 2017: „Letztverbraucher“ [ist] jede natürliche oder juristische Person, die Strom verbraucht“), so dass auch eine Schenkungsvertrag als Grundlage einer Lieferung ausreichte.

3. Rechtsfolgen

Ausnahmen von Rechtsfolgen für bestimmte Lieferverhältnisse könnten auf Grundlage einer weiten Lieferantendefinition spezifisch für jede Rechtsfolge geregelt werden.

Als wesentliche Pflichten eines Stromlieferanten von Letztverbrauchern, für die besondere Ausnahmen geschaffen werden müssten, sind die folgenden Bereiche zu nennen:

- Meldepflicht nach § 5 EnWG, § 3 Abs. 1 Nr. 8 MaStRV,
- Transparenzpflichten nach dem EnWG (Rechnung, Stromkennzeichnung etc., §§ 40-42 EnWG),
- Umlagezahlungen einschließlich damit zusammen hängender Meldepflichten (insb. EEG-Umlage).

Werden Ausnahmeregelungen von Umlagezahlungspflichten angeordnet, so muss allerdings sichergestellt werden, dass insgesamt keine Umlagezahlungen entfallen. Dies wird regelmäßig der Fall sein, da es zu einer automatischen Verlagerung der Umlagezahlung kommt (z.B. beim Laden im Shopping-Center: Zahlungspflicht entweder des Shopping-Center-Betreibers als Lieferant seiner Mieter/Pächter oder des Lieferanten des Center-Betreibers).

Hinweis: Sichergestellt werden könnte dies durch eine Zusatzregelung, wonach eine Umlagezahlung nur dann entfällt, wenn ein anderer sie übernimmt. Erforderlich wäre eine solche Regelung aber nur dann, wenn die Ausnahmeregelung Wertungsspielräume für den Rechtsanwender enthält (dazu siehe sogleich IV.1., 2.).

Unabhängig davon könnte man enge Ausnahmen von Umlagezahlungen dann zulassen, wenn es um Kleinstfälle geht, bei denen der Aufwand für die Umlagenerhebung größer sein dürfte als die erzielten Einnahmen. Vergleichbar wäre dies mit 10-kW-Regelung bei der EEG-Umlage für Eigenverbrauch.

Das Recht auf freie Wahl des Stromlieferanten

Zwar ist das Recht auf freie Lieferantenwahl und die entsprechende Ermöglichung des Lieferantenwechsels von der Frage zu trennen, (1) wer Lieferant ist und (2) welche Pflichten ein Lieferant in der konkreten Lieferantensituation zu erfüllen hat. Ganz unabhängig voneinander sind sie jedoch nicht: Führt man eine weite Lieferantendefinition auf Grundlage des Kriteriums der vertraglichen Verpflichtung ein, so würden zunächst auch Hotel- und Pflegeheimbetreiber als Lieferanten ihrer Gäste/Patienten gelten – sofern man den Verbrauch durch die Gäste bzw. Patienten nicht als Verbrauch des Hotels/Pflegeheims betrachtet und schon aus diesem Grund das Vorliegen einer Lieferbeziehung verneint, siehe dazu schon oben II.2.

Findet hier aber eine Belieferung eines Letztverbrauchers statt, so wären die Hotel- oder Heimbetreiber *in ihrer Rolle als Infrastrukturanlagenbetreiber* verpflichtet, ihren Gästen bzw. Bewohnern die freie Lieferantenwahl zu ermöglichen: Entweder als Netzbetreiber gem. § 20 Abs. 1, Abs. 1d i.V.m. § 20a EnWG oder als Betreiber einer Kundenanlage gemäß § 3 Nr. 24 a), b) EnWG. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn man – im Anschluss an BGH, EnVR 68/10³⁰ – Hotelanlagen als nicht-regulierte „sonstige Innenanlagen“ beurteilt. Es spricht aber viel dafür, die Frage, ob in diesen Konstellationen ein Recht auf freie Lieferantenwahl besteht und – falls ja – ob dies angemessen ist, dort zu behandeln, wo sie rechtssystematisch angesiedelt ist: Bei der Frage des Netzbegriffs.

³⁰ BGH, Beschl. v. 18.10.2011, Az. EnVR 68/10, Rn. 14 f. nach juris.

IV. Kriterien und Verfahren für die Bildung (und Prüfung) von Ausnahmetatbeständen

1. Kriterien

Die „Kriterien zur Abbildung neuer und atypischer Lieferkonstellationen“ sollen eine Abgrenzung zwischen Konstellationen, in welchen die Geltung der Lieferantenpflichten angemessen ist, und anderen, in welchen die Belastung der Akteure mit diesen Pflichten unverhältnismäßig erscheint, ermöglichen.

ÜBERSICHT: KRITERIEN ZUR BILDUNG VON AUSNAHMETATBESTÄNDEN³¹

- Dauer der Lieferbeziehung (im Sinne von Regelmäßigkeit des Strombezugs)
- Anlagengröße (etwa: installierte Leistung der Anlage < 10 kW [alternativ 30 kW oder 100 kW]³²)
- Anzahl insgesamt versorgter Kunden (etwa < 10 [alternativ 50 / 100])
- Umfang der insgesamt gelieferten Strommenge (jährlicher Verbrauch von 10 / 50 / 100 durchschnittlichen Kunden)
- (Keine) Gewinnmarge bei der Lieferung von Strom
- Relative Umsatzschwelle aus dem Verkauf von Strom
- Relative Verbrauchsschwelle (Verbrauch durch eigenes Personal/Verbrauch durch Dritte [Gäste, Bewohner])
- Zurechnung bestimmter Stromverbräuche zu einer anderen Person

Wendet man die Kriterien auf die unter II.3.a. und II.3.b. skizzierten Konstellationen an, so zeigt sich zunächst: Es gibt kein Kriterium, welches für sich allein für alle Konstellationen angemessene Ergebnisse ergibt. Entweder die Kriterien sind nicht per se auf alle Konstellationen anwendbar (z.B. Anlagengröße bei Hotels und Krankenhäusern: Hier ist nicht zwingend eine eigene Erzeugungsanlage vorhanden) oder sie erfordern Zusatzregelungen zur Vermeidung von Umgehungsstrukturen (etwa durch Anlagensplitting beim Abstellen auf die Anlagengröße).³³

Es zeigt sich des Weiteren: Zur Erfassung der Konstellationen in den zwei Kategorien „problematischer“ Lieferkonstellationen (Lieferung durch „neue Lieferanten“ einerseits, Lieferung durch „atypische Lieferanten“ andererseits) muss mit einem je eigenen Kriterienkatalog gearbeitet werden, da die ratio der Privilegierung der Akteure eine andere ist.

³¹ Für eine detaillierte Auflistung mit Vor- und Nachteilen siehe Anhang 1 und 2.

³² Vgl. §§ 9, 46 Abs. 4 EEG 2017.

³³ Vgl. Anhang 1 und 2.

a) „Atypische“ Lieferanten / Lieferungen in Mehrpersonenverhältnissen

Innerhalb dieser Kategorie gibt es zunächst die Konstellationen, in denen eine Vielzahl an Bagatellstrombezügen durch eine Vielzahl dritter Personen ausgelöst wird (Bsp.: Krankenhaus, Hotel). Würde man vom „Lieferanten“ verlangen, dass er jedem Einzelnen Verbraucher eine detaillierte Rechnung ausstellt, würde dies nicht nur administrativ eine extreme Belastung darstellen; der Lieferant müsste auch sicherstellen, dass man jede einzelne Abnahmestelle mit einem individuellen Zähler versieht. Soll dies vermieden werden, bietet sich zur Abgrenzung das Kriterium der Dauerhaftigkeit der Lieferbeziehung an.

Hinweis: Dabei sollte auf den „üblichen“ Kunden abgestellt werden. Ansonsten könnten Einzelfälle wie z.B. ein dauerhafter Aufenthalt im Hotel anstelle einer eigener Wohnung („Udo Lindenberg-Fall“) dazu führen, dass die Pflichten nur aufgrund einiger weniger, atypischer Ausnahmefälle gelten.

Darüber hinaus sind Fälle denkbar, in denen die Lieferbeziehung zwar dauerhaft angelegt ist, der Strombezug jedoch – quasi als „notwendige Nebenleistung“ – in seiner Bedeutung so hinter der Hauptleistung zurücktritt, dass es ebenfalls nicht gerechtfertigt erscheint, den „Lieferanten“ mit dem administrativen Aufwand der Lieferantenpflichten zu belasten (Bsp.: Versorgung eines Bewohners eines Altenpflegeheims mit Strom). Um diese Fälle „aufzufangen“, wäre ein Rückgriff auf die Kriterien des (Vorhandenseins einer) Gewinnmarge, der Umsatzschwelle oder der relativen Verbrauchsschwellen denkbar – allerdings mit den hier dazugehörigen schwierigen Abgrenzungs- und Nachweisfragen: Beispiel Pauschalabrechnung: Ist damit Gewinnmarge impliziert? Beispiel relative Verbrauchsschwelle: Wie bestimmt man den relativen Verbrauchsanteil des Letztverbrauchers, wenn die Leitungen auch durch eigenes Personal genutzt werden?

Hinweis: Alternativ könnte ein Hinweis in der Gesetzesbegründung klarstellen, dass in diesen (dann konkret zu nennenden) Konstellationen die Pflichtengeltung ebenfalls unverhältnismäßig ist.

b) „Neue“ Lieferanten: P2P-Lieferkonstellationen

Das Kriterium des dauerhaften oder regelmäßigen Lieferverhältnisses hat prinzipiell auch für die „neuen Lieferanten“ Gültigkeit: Auch hier würde es eine unverhältnismäßige Belastung des „Lieferanten“ darstellen, wenn er jeden Bagatellstromverbrauch detailliert dokumentieren und abrechnen müsste. Allerdings weist das Kriterium in diesen Konstellationen nicht die gewünschte Abgrenzungsfunktion auf: So wird in vielen P2P-Konstellationen ein auf dauerhaften Strombezug ausgerichtetes Verhältnis vorliegen.

Will man die in diesen Konstellationen als Lieferanten auftretenden Akteure von der Pflichtengeltung ausnehmen, so bietet sich als „Grundkriterium“ die Anlagengröße an: Der Hintergedanke der Privilegierung – die Tatsache, dass die „neuen“ Akteure selber größer und administrativ nicht besser aufgestellt sind als ihre Kunden – lässt sich hiermit am besten abbilden. Um allerdings die hiermit verbundene Umgehungsgefahr (etwa durch „Anlagensplitting“) einzudämmen, sollte zusätzlich auf die Anzahl insgesamt von dem Anbieter versorgten Kunden abgestellt werden können. Um auch hier im Einzelfall unbillige Ergebnisse zu vermeiden, könnte – als „Hilfs-Hilfs-Kriterium“ – auf die Überschreitung einer absoluten Schwelle an insgesamt abge-

setztem Strom abgestellt werden. Der Wert sollte dem durchschnittlichen Verbrauch der Anzahl von Personen entsprechen, die man beim vorherigen Kriterium festgelegt hat.

2. Verfahren: Selbsteinschätzung oder Fremdüberprüfung

Will man die Akteure nicht auf eine Selbsteinschätzung verweisen, so wäre ein Verfahren denkbar, bei dem die BNetzA auf Antrag feststellt, ob ein bestimmter Ausnahmetatbestand erfüllt ist. Hilfreich wäre ein solches Verfahren für Akteure, die sich negativ bestätigen lassen wollen, dass Lieferantenpflichten für sie nicht gelten. Der gesteigerten Rechtssicherheit der Akteure stünde aber ein entsprechender Verwaltungsaufwand bei der BNetzA gegenüber.

Hinweis: So beruht die Einordnung als „Lieferant von Haushaltskunden“ und die entsprechende Meldepflicht gem. § 5 EnWG auf der Selbsteinschätzung der Akteure. Das Verfahren endet nicht mit einem bestätigenden (oder ablehnenden) Verwaltungsakt, die Nicht-Einhaltung der Meldepflicht kann aber mit einem Bußgeld geahndet werden, § 95 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 EnWG.

In der bei der BNetzA gem. § 5 Satz 2 EnWG öffentlich geführten Liste sind bisher v.a. „klassische“ Versorger aufgeführt, aber auch „Bündler“ bzw. diejenigen (Teil-)Gesellschaften, die den Mitgliedern Strom verkaufen. Wohnheime, Krankenhäuser und Hotels (z.B.) finden sich auf der Liste nicht. Interessant wäre ein Abgleich mit den „Versorgern“ nach dem StromStG: Diese benötigen gem. § 4 StromStG eine Erlaubnis der Hauptzollämter (sind den Hauptzollämtern also bekannt).

3. Messung

Ein wesentlicher praxisrelevanter Aspekt für den Nachweis vieler der Ausnahmetatbestände ist die Messung der relevanten Strommengen. Da es bei den Ausnahmetatbeständen darum geht, im Sinne eines Bürokratieabbaus die Pflichten kleiner Akteure zu reduzieren, sollten auch die Nachweispflichten nicht unverhältnismäßig sein. Daher müssen komplexe Anforderungen an Messungen kleiner Stromverbräuche vermieden werden. Leistungsmessungen, iMSys oder viertelstundenscharfe Erfassungen sollten daher weitestgehend vermieden, stattdessen in geeigneten Fällen Schätzungen zugelassen werden.

V. Europarechtlicher Spielraum für Ausnahmen von den Lieferantenpflichten

Eine Verpflichtung, einen etwaigen europarechtlichen Lieferantenbegriff ins deutsche Recht zu übernehmen, besteht nicht:

Gäbe es einen solchen in einer Verordnung, so gälte diese mitsamt den in ihr geregelten Verpflichtungen unmittelbar, Art. 288 Abs. 2 AEUV, der deutsche Gesetzgeber wäre wegen des Anwendungsvorrangs der Verordnung³⁴ zu einer Umsetzung weder verpflichtet noch befugt.

Sind in einer Richtlinie Lieferantenpflichten geregelt, so muss zwar keine 1:1-Umsetzung von Begriffsdefinitionen der Richtlinie erfolgen. Der deutsche Gesetzgeber muss jedoch gewährleisten, dass die in der Richtlinie normierten Pflichten in allen der Richtlinie unterfallenden Konstellationen tatsächlich gelten. Bei näherer Untersuchung der Begrifflichkeiten in Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie und Energieeffizienzrichtlinie zeigt sich aber, dass ähnliche Unschärfen bestehen wie im deutschen Recht.

Hinweis: Europarechtlich determiniert sind „nur“ die Transparenzpflichten sowie das Recht der freien Lieferantenwahl. Die Netzentgelte sowie die daran anknüpfenden Umlagen und die EEG-Umlage sind rein national veranlasst.

1. Recht der freien Lieferantenwahl

Das Recht der freien Lieferantenwahl ist europarechtlich vorgegeben: Art. 3 Abs. 5 der RL 2003/54/EG³⁵ verpflichtete die Mitgliedsstaaten erstmals dazu, sicherzustellen, dass Kunden tatsächlich zu einem neuen Lieferanten wechseln können. Art. 3 Abs. 5 lit a.) der RL 2009/72/EG (Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie, „EltRL“) setzt diese Möglichkeit voraus und ergänzt sie um die zeitliche Vorgabe, den Lieferantenwechsel innerhalb von drei Wochen nach vertragsgemäßem Ende des bisherigen Lieferverhältnisses durchzuführen.

³⁴ Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 20.

³⁵ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, aufgehoben durch Richtlinie 2009/72/EG vom 13. Juli 2009 („Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie“).

Diesem Recht dürfte aber keine *Lieferantenpflicht* im engeren Sinne korrespondieren: Der Lieferantenwechsel kann einerseits behindert werden durch bestehende, unkündbare Stromlieferverträge – andererseits durch die Weigerung der Betreiber der Infrastruktur, auf die Lieferanten und Kunden notwendigerweise zurückgreifen müssen. Die die Mitgliedsstaaten müssen daher sicherstellen, dass Stromlieferverträge überhaupt kündbar sind und dass die zur Belieferung notwendige Infrastruktur jedem Lieferanten diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt wird.

Hinweis: Auch nach deutschem Recht adressiert die Pflicht, einen Lieferantenwechsel zu ermöglichen, primär den Betreiber der Infrastruktur: Entweder als Netzbetreiber gem. § 20 Abs. 1, Abs. 1d i.V.m. § 20a EnWG oder als Betreiber einer Kundenanlage gemäß § 3 Nr. 24 a), b) EnWG.

2. Vertrags- und Rechnungsgestaltung

Regelungen zur Vertrags- und Rechnungsgestaltung von Stromlieferanten enthalten die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie sowie die Energieeffizienz-Richtlinie.

a) Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie

Die EltRL verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Umsetzung zahlreicher detaillierter Transparenzpflichten für „Lieferanten“ („*supplier*“, Anhang I, Abs. 1 lit. d)) und Elektrizitätsdienstleister („*electricity service provider*“³⁶, Anhang I, Abs. 1 lit. a).³⁷ Angesichts der hohen „normativen Dichte“³⁸ des Pflichtenkatalogs in Anhang I der Richtlinie besteht auch kein (Abweichungs-)Spielraum für den deutschen Gesetzgeber.

Hinweis: Die Umsetzung ist in den §§ 40, 41 EnWG erfolgt.

Eine Definition des Lieferanten (oder der Lieferung) enthält die EltRL nicht. Allerdings taucht der Begriff u.a. in der Definition des Versorgungsvertrags, Art. 2 Nr. 32 EltRL, auf: Danach ist „Versorgungsvertrag“ ein Vertrag über die Lieferung von Elektrizität. Die „Versorgung“ wiederum ist in Art. 2 Nr. 19 EltRL definiert als der „Verkauf von Elektrizität“. Danach wäre eine „Lieferung“ im Sinne der EltRL die Erfüllung eines Stromkaufvertrags – und kommt damit dem Kriterium des „Zur-Verfügung-Stellens von Energie auf (kauf-)vertraglicher Grundlage“ sehr nahe.

Mit Blick auf die hier diskutierten „neuen“ Formen der Elektrizitätslieferung zeigt sich aber, dass die europarechtlichen Begriffe dieselben Unschärfen aufweisen wie die deutschen:

³⁶ Da Anhang 1 eine Konkretisierung von Art. 2 Abs. 7 EltRL darstellt, der wiederum auf die „Lieferanten“ abstellt, kann davon ausgegangen werden, dass Lieferanten Elektrizitätsdienstleister im Sinne von Anhang 1 sind.

³⁷ Anhang 1 der EltRL konkretisiert die Verpflichtungen aus Art. 3 Abs. 7 EltRL. Anhang 1 enthält in Abs. 1 lit. a)-j) detaillierte Vorgaben, welche Informationen Kunden von Lieferanten und „Anbietern von Elektrizitätsdienstleistungen“ zur Verfügung zu stellen sind und wie das Vertragsverhältnis im Einzelnen zu gestalten ist.

³⁸ Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AUEV, Rn. 25: Je konkreter die Vorgaben einer Richtlinie, desto weniger Spielraum hat der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung.

Legt man den Begriff „verkaufen“ (und damit „liefern“) weit aus, so umfasste er jedes entgeltliche zur-Verfügung-Stellen von Energie. Damit wären sowohl die Konstellationen, in denen die Versorgung mit Strom nur nebenbei (aber entgeltlich) erfolgt, als auch Peer-to-Peer-Konstellationen umfasst.

Andererseits war das Ziel der EltRL gerade, die überkommenen Marktstrukturen – Versorgung der Letztverbraucher durch einige wenige „Platzhirsche“ – durch Transparenzpflichten und die Ermöglichung des Lieferantenwechsels zu überwinden.³⁹ Die Schöpfer der EltRL hatten daher – wie der deutsche Gesetzgeber – wohl v.a. die „alte Welt“ vor Augen.

Hinweis: Das „Winterpaket“ bringt diesbezüglich keine grundsätzlichen Neuerungen (etwa bei den Begrifflichkeiten Lieferung und Versorgung oder beim Umfang der Pflichten). Zugleich wird aber dem „aktiven Kunden“⁴⁰ in Art. 15 Abs. 1 lit. a) des Entwurfs der neu gefassten Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie das Recht zugestanden, „Strom zu erzeugen, zu speichern und zu verbrauchen und selbst erzeugten Strom (...) auf allen organisierten Märkten zu verkaufen, ohne durch unverhältnismäßig aufwändige Verfahren und nicht kostenorientierte Entgelte belastet zu werden“. Die Vorschrift zeigt, dass die Kommission sich mehr Flexibilität und die Teilnahme von Prosumern am Energiemarkt wünscht und erkennt, dass diese womöglich vereinfachten Verfahrensbestimmungen unterliegen müssen.

b) Energieeffizienz-Richtlinie (RL 2012/27/EU)

Die Energieeffizienz-Richtlinie enthält formelle Vorgaben zu Abrechnungsinformationen. Auch hier sind die vom Mitgliedstaat umzusetzenden Pflichten sehr detailliert, so dass von einem Umsetzungsspielraum nicht auszugehen ist.

Hinweis: Gem. Art. 10 Abs. 1 Energieeffizienz-Richtlinie gewährleisten die Mitgliedsstaaten, dass die Abrechnungsinformationen von Energieeinzelhandelsunternehmen im Einklang mit Anhang VII Abschnitt 1.1 auf dem tatsächlichen Verbrauch beruhen. Gem. Art. 10 Abs. 3 Energieeffizienz-Richtlinie stellen sie sicher, dass mit der Abrechnung geeignete Angaben zur Verfügung gestellt werden, damit die Endkunden eine umfassende Darstellung der aktuellen Energiekosten gemäß Anhang VII erhalten. Anhang VII der Energieeffizienz-Richtlinie enthält Mindestanforderungen an die Abrechnung und an Abrechnungsinformationen, u.a. eine Darstellung des Verbrauchs im Abrechnungsjahr im Vergleich zum Vorjahr und im Vergleich zu einem Durchschnittskunden (Abschnitt 1.2) sowie die Verpflichtung für Energieeinzelhandelsunternehmen, ihren Kunden Begleitinformationen zum Thema Energieeffizienz zur Verfügung zu stellen (Abschnitt 1.3). Die Umsetzung ins deutsche Recht ist in den § 40 EnWG und § 4 Abs. 1 EDL-G erfolgt.

Adressat der Pflichten sind Energieeinzelhandelsunternehmen, gemäß Art. 2 Nr. 22 Energieeffizienz-Richtlinie „natürliche oder juristische Personen, die Energie an Endkunden verkaufen“. Zur Auslegung des Begriffs verkaufen siehe schon oben IV.1.a.

³⁹ Vgl. Erwägungsgrund 1, 3 EltRL.

⁴⁰ Ein Kunde oder eine Gruppe gemeinsamer handelnder Kunden, die von ihnen selbst erzeugten Strom verbrauchen, speichern oder verkaufen, auch über Aggregatoren, oder die an Laststeuerungs- oder Energieeffizienzprogrammen teilnehmen, sofern es sich dabei nicht um ihre vorrangige gewerbliche oder berufliche Tätigkeit handelt, Art. 2 Nr. 6 Vorschlag der Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (2016/0380(COD)).

3. Stromkennzeichnung

Gem. Art. 3 Abs. 9 EltRL stellen die Mitgliedsstaaten sicher, dass Elektrizitätsversorgungsunternehmen („*electricity suppliers*“) gegenüber ihren Kunden ihren Energieträgermix erkennbar machen.

Hinweis: Die Umsetzung ins deutsche Recht ist in § 42 EnWG erfolgt.

Wie die Stromkennzeichnung im Einzelnen auszusehen hat, dazu enthält die EltRL keine detaillierten Vorgaben („verständlich und auf nationaler Ebene vergleichbar“, Art. 2 Abs. 9 lit. a) EltRL). Der Kern des Umsetzungsauftrags – zu gewährleisten, dass eine Stromkennzeichnung stattfindet – ist jedoch klar vorgegeben, so dass insoweit kein Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers besteht.

Als Adressat der Stromkennzeichnungspflicht verwendet die EltRL den Begriff des Elektrizitätsversorgungsunternehmens. Auch hier ist der Begriff der „Versorgung“ (als Verkauf von Elektrizität und Lieferung als dessen Erfüllung, siehe oben IV. 1.a.) zentral, so dass die oben dargestellten Auslegungsfragen ebenso bestehen wie bei den Pflichten zur der Vertrags- und Rechnungsgestaltung.

4. Registrierungs- und Meldepflichten

Gem. Art. 40 Abs. 1 EltRL verlangen Mitgliedsstaaten von Versorgungsunternehmen, dass sie Daten über mit Großhandelskunden getätigte Transaktionen speichern. Auch diese Pflicht ist so detailliert vorgegeben, dass kein Spielraum des Umsetzungsgesetzgebers besteht. Ihre Umsetzung ist in § 5a EnWG erfolgt.

Meldepflichten nach der REMIT-VO

Nach Art. 8 Abs. 1 REMIT müssen Marktteilnehmer Daten über Transaktionen am Energiegroßhandelsmarkt an ACER melden.

Gemäß Art. 3 I lit. (a) (i)-(vii) REMIT-DVO müssen die dort aufgezählten Energiegroßhandelsprodukte für die Versorgung mit Strom gemeldet werden, wenn ihre Lieferung in der Europäischen Union erfolgt. Gem. Art. 2 Nr. 4 lit. a) REMIT sind Verträge für die Versorgung („*supply*“) mit Strom Energiegroßhandelsprodukte, sofern sie nicht an Endverbraucher gerichtet sind.

Setzt sich also der Gesamtverbrauch an einer Entnahmestelle aus vielen „Einzelverbräuchen“ zusammen, so ist die Frage, wer Endverbraucher ist (der Betreiber von Heim, Hotel, Krankenhaus oder die Gäste?) auch hier relevant. Betrachtet man den Betreiber nicht als Endverbraucher, so unterläge der Kaufvertrag der Meldepflicht nach Art. 8 REMIT; Art. 3 REMIT-DVO.

5. Fazit: Umsetzungsspielräume des deutschen Gesetzgebers

Inwiefern dem deutschen Gesetzgeber Umsetzungsspielräume verbleiben, hängt davon ab, wie man die Begrifflichkeiten der europäischen Richtlinien auslegt. Legt man sie weit aus, so würden alle Konstellationen umfasst, bei denen gegen ein Entgelt Strom zur Verfügung gestellt wird

– dann müsste auch der deutsche Gesetzgeber die Lieferantenpflichten auf jede dieser Konstellationen erstrecken. Stellt man jedoch vorrangig darauf ab, dass auch der europäische Gesetzgeber primär die „klassischen Versorgungskonstellationen“ als Regelungsadressaten vor Augen hatte, so bliebe mit Blick auf neue und atypische Konstellationen durchaus Spielraum.

Hinweis: Auch im Europarecht gilt, sobald Grundrechte berührt sind – hier etwa die Berufsfreiheit – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, so dass auch der europäische Gesetzgeber immer wieder mit de-minimis-Schwellen arbeitet (Art. 26 Abs. 4 EitRL, „de-minimis-VO“ (EU) Nr. 1407/2013 (Beihilfenrecht), Art. 4 DVO (EU) Nr. 1348/2014 (REMIT-Durchführungsverordnung)).

Will der deutsche Gesetzgeber mit Blick auf die Lieferantenpflichten differenziert vorgehen, so empfiehlt es sich – auch mit Blick auf eine Vorabstimmung mit der Europäischen Kommission – ein Regelungskonzept vorzulegen, das mögliche Ausnahmen mit dem Telos der europarechtlichen Lieferantenpflichten begründet:

- Liberalisierung des Strommarkts durch Stärkung des Verbrauchers, vgl. Erwägungsgrund 1, 3 EitRL;
- (zugleich) Schutz des Verbrauchers, vgl. Erwägungsgrund 51, 52, 45 EitRL.

Beispiel: Ob etwa die volle Geltung der Lieferantenpflichten bei P2P-Verträgen angemessen ist, kann mit Blick auf den Verbraucherschutzgedanken durchaus bezweifelt werden: Verbraucherschutzvorschriften sollen Informationsungleichgewichte zwischen Verbraucher und Unternehmer ausgleichen. Ein solches dürfte aber jedenfalls in den Fällen von Peer-to-Peer-Lieferungen nur selten vorliegen.

D. Empfehlungen

- Einfügen einer (neuen) Definition des Elektrizitätslieferanten ins EnWG, um mehr Rechtssicherheit für die beteiligten Akteure zu schaffen.
- Schaffung einer „weiten“ Grunddefinition: Angesichts der Vielzahl von (schon bisher bestehenden) Lieferkonstellationen erscheint es schwierig bis unmöglich, eine „enge“ Definition des Lieferantenbegriffs zu finden, die sowohl alle relevanten Versorgungskonstellationen erfasst als auch diejenigen Akteure aus dem Anwendungsbereich der Definition ausnimmt, bei denen eine volle Auferlegung des Pflichtenkatalogs unverhältnismäßig erscheint.
- Rückgriff auf das Kriterium der „vertraglichen Verpflichtung, Elektrizität zur Verfügung zu stellen“ als Grundtatbestand der Definition. Dabei sollte jede Art der vertraglichen Verpflichtung (Haupt- oder Nebenleistungspflicht, schriftliche oder mündliche/konkludente Vereinbarung) ausreichen. Nicht als Lieferung würde damit grundsätzlich nur die Zurverfügungstellung von Strom aufgrund von Gefälligkeit qualifiziert (wohl hauptsächlich im privaten Bereich).
- Schaffung einer eindeutigen Regelung, wer als Verbraucher des Stroms gilt. Dabei könnte auf die Kriterien der BNetzA zur Betreiberstellung einer Stromverbrauchseinrichtung abgestellt werden.
- Schaffung klar definierter Ausnahmen (von bestimmten Lieferantenpflichten) für ausgewählte Konstellationen:
 - In Betracht kommen einerseits Konstellationen, in denen die Stromversorgung im Verhältnis der Vertragspartner nicht im Vordergrund steht:
 - Geringe und kurzfristige Entnahmen hinter der Abnahmestelle (Bsp.: Hotelgast)
 - Dauerhafte Entnahmen hinter der Abnahmestelle (Bsp.: Altenheim)
 - Andererseits gibt es Konstellationen, in denen die Versorgung mit Strom im Vordergrund steht, die „Lieferanten“ aber als neue und kleine Akteure mit der Erfüllung sämtlicher Lieferantenpflichten überfordert sein könnten:
 - Belieferung durch Prosumer
- Um diese Konstellationen aus dem „Korsett“ der Lieferantenpflichten auszunehmen, empfehlen wir den Rückgriff auf folgende Kriterien (bzw. eine Kombination daraus):
 - Dauer des Lieferverhältnisses bzw. Regelmäßigkeit des Strombezugs
 - Anlagengröße (z.B. bis maximal 100 kW installierte Leistung)
 - Anzahl beliefeter Kunden < 100
und / oder
 - Absatzvolumen (z.B. 100 MWh/Jahr bzw. 10 MWh pro Kunde)

- Ausnahme für Strommengen, die von Dritten zugunsten des Lieferanten verbraucht werden (wie § 17b Abs. 4 StromStV)
- Um Rechtsunsicherheit auf Seiten der beteiligten Akteure zu verringern, könnte zudem ein Verfahren eingeführt werden, bei dem die (Nicht-)Geltung der Lieferantenpflichten auf Antrag festgestellt wird.
- Im Falle der Berührung europarechtlich determinierter Pflichten sollte ein auf dem Telos der europarechtlichen Vorgaben (Liberalisierung, Verbraucherschutz, Transparenz, Wahlfreiheit) basierendes Regelungskonzept erarbeitet und die Abstimmung mit der Kommission gesucht werden, um europarechtliche Handlungsspielräume ausloten und nutzen zu können.

Anhang 1: Ausnahmekriterien für „kleine“ Lieferanten

Kriterium	Inhalt	Hintergrund	Vorteil	Nachteil
Dauerhaftigkeit (v. Einmaligkeit) der Lieferbeziehung	<p>Festlegung einer bestimmten Dauer der Lieferbeziehung (Zeitdauer; Anzahl der Verbrauchsvorgänge)</p> <p>Starrer Zeitrahmen aber wohl eher unpraktikabel (Hotelaufenthalt kann 1 Tag oder 3 Wochen dauern); ggf. subjektives Element nötig: „auf Dauerhaftigkeit <u>gerichtet</u>“</p>	Einmaligen/seltenen Bagatellstrombezug aus dem Pflichtenkorsett herausnehmen	Leichte Verständlichkeit	Keine hinreichende „Abgrenzungsfunktion“: Wird in vielen Fällen der Belieferung durch Prosumer vorliegen (z.B. Belieferung Einliegerwohnung, Belieferung Nachbar...)
Anlagengröße	<p>Festlegung einer Anlagengröße, sofern der Lieferant nur aus dieser Anlage Strom an Letztverbraucher liefert</p> <p>Mögliche Anlagengröße: 100 kW (entspricht der Grenze für verpflichtende Direktvermarktung und für Mieterstrom)</p>	Vermutung, dass Versorger = kleiner Akteur	leichte Administrierbarkeit	<p>(zusätzliche) Verklammerungsregel erforderlich, um Umgehung durch Anlagensplitting zu vermeiden</p> <p>Kriterium kann ggf. auch durch gelieferte Strommenge/ Jahr abgebildet werden, da Anlagengröße mit lieferbarer Strommenge korreliert</p>
Belieferung ohne Nutzung eines Netzes i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG, vgl. § 3 Nr. 8 MaStRV	Privilegierung von Lieferanten, die ausschließlich „hinter dem Netzanschluss“ – also innerhalb einer Kundenanlage i.S.v. § 3 Nr. 24a, 24b EnWG – Strom liefern	Vermutung, dass Versorger = kleiner Akteur		Übernahme der Abgrenzungsproblematik Netz/Kundenanlage; im Einzelfall unbillige Ergebnisse möglich (dezentrale Direktversorgungs-konzepte größeren Umfangs)
Anzahl insgesamt versorgter Kunden	Festlegung einer bestimmten Anzahl von Kunden, die versorgt werden	Je mehr Kunden ein „kleiner“ Akteur versorgt, desto höher ist auch das gesetzgeberische Bedürfnis, ihn zur Transparenz zu verpflichten	Leichte Administrierbarkeit, kann Umgehungsgefahr durch Anlagensplitting entgegenwirken	Im Einzelfall unbillige Ergebnisse möglich (etwa: Betreiber mehrerer Anlagen mit jeweils nur einem großen Kunden)
Gelieferte Strommenge/Jahr	Mögliche Grenze: 100.000 kWh pro Lieferant; ggf. zusätzliche Beschränkung auf 10.000 kWh/ Kunde	Vermeidung unbilliger Ergebnisse bei Anwendung der übrigen Kriterien	Leichte Administrierbarkeit und rechtssichere Festst. mgl., sofern Rückgriff auf Schätzungen erlaubt (sonst komplexe Messkonzepte zur Ermittlung der Strommengen nötig)	

Anhang 2: Ausnahmekriterien für „atypische“ Lieferanten

Kriterium	Inhalt	Hintergrund	Vorteil	Nachteil
Dauerhaftigkeit (v. Einmaligkeit) der Lieferbeziehung	<p>Festlegung einer bestimmten Dauer der Lieferbeziehung (Zeitdauer; Anzahl der Verbrauchsvorgänge)</p> <p>Starrer Zeitrahmen aber wohl eher unpraktikabel (Hotelaufenthalt kann 1 Tag oder 3 Wochen dauern); ggf. subjektives Element nötig: „auf Dauerhaftigkeit gerichtet“</p>	Einmaligen/seltenen Bagatellstrombezug aus dem Pflichtenkorsett herausnehmen	Leichte Verständlichkeit	Im Einzelfall unbillige Ergebnisse möglich: Seltene/einmalige Bezüge einzelner Kunden (Industriebetrieb) mit hohem Volumen
Umsatzschwelle aus Verkauf von Strom [absolut oder relativ gemessen am Gesamtumsatz]	Als absolutes Kriterium wohl eher ungeeignet; relativ nach Vorbild § 64 I Nr. 2 EEG 2017 (besAR) denkbar; konkrete Relation bedarf aber vorheriger empirischer Untersuchung.	Erfassen (nur) der Fälle, in denen der Vertrieb von Strom im Vordergrund steht (hoher Umsatz)	Einfach festzulegendes und leicht verständliches Kriterium ohne Abwägungs- oder Wertungsentscheidung in der Anwendung	Nachweisbar-/prüfbarkeit; Vorliegen der Voraussetzung erst am Ende des Kalenderjahres klar (Abstellen auf Vorjahr oder Zulassen von Schätzungen nötig)
(Keine) Gewinnmarge bei der Weitergabe „fremden“ Stroms	Festlegung einer konkreten Gewinnmarge	Wird der Preis für den eingekauften Strom lediglich an Dritte (Kunden, Bewohner...) weitergegeben, steht der Stromvertrieb nicht im Vordergrund	Kriterium ohne Abwägungs- oder Wertungsentscheidung in der Anwendung	im Einzelfall schwierige Abgrenzungsfragen; bei Pauschalzahlung, zudem: Kriterium typische Vertriebsmargen „klassischer“ Lieferanten z. T. im Bereich von Cent-Bruchteilen
Relative Verbrauchsschwellen [Verbrauch durch eigenes Personal/Verbrauch durch Dritte (Gäste, Bewohner)]	Festlegung eines prozentualen Anteils, der im Verhältnis zum selbst verbrauchten Strom an Dritte geliefert wird	Steht Versorgung eigener Mitarbeiter (oder Belieferung Dritter) im Vordergrund?	Wertendes Kriterium mit Potenzial für gute Einzelfallgerechtigkeit	Eignung des Kriteriums aber fraglich,,: im Hotel / Wohnheim verbrauchen Gäste / Bewohner Großteil an Mengen, zudem Nachweisbarkeit schwierig, z.B. bei Nutzung derselben Leitungen durch Personal und Dritte zugleich (Krankenhaus)
Zurechnung von Stromverbräuchen zu einer anderen Person	Strom gilt als vom Lieferanten entnommen, wenn... (vgl. § 17d Abs. 4 StromStV)	Stromlieferungen, die formal von einem Dritten entnommen werden, werden demjenigen zugeordnet, dem der Stromverbrauch wirtschaftlich zufließt	Praxisanwendung im Stromsteuerrecht etabliert	Wertende Elemente und gewisse Komplexität des Nachweises

