

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

Gibt es ein Recht der Bürgerenergie?

Zur rechtlichen Beurteilung von Vorschriften für Bürgerenergieprojekte

Diskussionspapier

erstellt von

Ilka Hoffmann

unter Mitarbeit von

Dr. Hartmut Kahl, LL.M. (Duke)

Thorsten Müller

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Zukunft Bürgerenergie – Energiewende
für innovative Klimaschutzprojekte“

Gefördert von der Haleakala-Stiftung



22
21. Oktober 2016

Zitiervorschlag: *Ilka Hoffmann*, „Gibt es ein Recht der Bürgerenergie? – Zur rechtlichen Beurteilung von Vorschriften für Bürgerenergieprojekte“, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 21.10.2016.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail hoffmann@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE16790500000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

A. Einführung	1
B. Der Begriff der Bürgerenergie	3
I. Definitionsansätze und Abgrenzungsschwierigkeiten	3
II. Gesetzliche Umsetzung und Funktion von Definitionen.....	4
III. Bürgerenergierecht im weiteren und im engeren Sinne	5
1. „Recht der Bürgerenergie im engeren Sinne“	6
2. „Recht der Bürgerenergie im weiteren Sinne“	7
3. Regelungen ohne Bezug zur Bürgerenergie	11
C. Regelungen des EEG	11
I. Rechtsrahmen bis einschließlich EEG 2014.....	11
1. „Erhalt der Akteursvielfalt“	11
2. Ausnahmen von der sog. verpflichtenden Direktvermarktung	15
3. Privilegien in Bezug auf die EEG-Umlage	17
4. Zusammenfassung EEG 2014	20
II. Rechtsrahmen EEG 2017	21
1. Bagatellgrenze von 750 kW	22
2. Höhe der Gebotsmenge	24
3. Mieterstrommodelle	25
4. Ausnahmeregelungen für Windenergieanlagen an Land	27
5. Zusammenfassung EEG 2017	30
III. Zusammenfassung EEG	31
D. Allgemeines Energierecht	31
I. Ausnahmen für Direktversorgungsmodelle	32
II. Ausnahmen von EVU-Pflichten im EnWG	33
III. Ausnahmen von der Einrichtung intelligenter Messsysteme	34
IV. Zusammenfassung allgemeines Energierecht.....	36
E. Vorschriften außerhalb des Energierechts	36
I. Ausnahme für Genossenschaften im VermAnIG.....	37
II. Auslegungspraxis zum KAGB bzgl. Genossenschaften	39
F. Zusammenfassung	40

A. Einführung

Die Diskussion über die Auswirkung von Rechtsänderungen auf Bürgerenergieprojekte und – damit verbunden – auf die Akteursvielfalt und Akzeptanz des Energiewendeprozesses ist in letzter Zeit zu einem festen Bestandteil energiepolitischer Auseinandersetzungen geworden. Dabei hat vor allem der im EEG 2014¹ angelegte Systemwechsel zu Ausschreibungen² u. a. für Strom aus Solaranlagen und Windenergie an Land, der im mittlerweile verabschiedeten EEG 2017³ fürs Erste seinen Abschluss gefunden hat, die Diskussion bestimmt.

Gerade aus Anlass der Umstellung auf Ausschreibungen und die in diesem Zusammenhang ausdrücklich an Bürgerenergieakteure gerichteten Vorgaben, stellt sich die Frage, ob es ein spezifisches „Recht der Bürgerenergie“ gibt und was von diesem geregelt wird. Gegenstand der folgenden Untersuchung ist dabei nicht ein „Recht auf Bürgerenergie“, sondern vielmehr, ob sich eine spezifische rechtliche Materie zur Bürgerenergie herausbildet oder bereits herausgebildet hat.

Nicht tiefer erörtert werden kann hier die Frage, ob das „Recht der Bürgerenergie“ als eigenständiges Rechtsgebiet klassifiziert werden könnte. So fehlen dafür bereits allgemein anerkannte Kriterien⁴. Beispielsweise wird einerseits an zusammenhängende Lebenssachverhalte angeknüpft⁵, andererseits stärker auf den Regelungsinhalt und das innere System des Rechts abgestellt⁶. Da der Fokus hier nicht auf der Bewältigung der Sachmaterie durch Rechtsordnung und Rechtssystematisierung⁷ oder der Findung eines einheitsstiftenden Begriffs⁸ liegt, ist eine solche Klassifizierung für die vorliegende Fragestellung auch nicht erforderlich⁹.

¹ Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz- EEG 2014) vom 21. Juli 2014 (BGBl. S. 1066), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 10 des Gesetzes vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2498).

² Näheres zum Systemwechsel zu Ausschreibungen im EEG z. B. von *T. Müller*, Ausschreibungen zur Förderung Erneuerbarer Energien, in: H. Degenhart/T. Schomerus (Hrsg.), EEG 2014 – Konsequenzen für die Finanzwirtschaft, 2016, S. 45-101.

³ Gesetz zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien, BT-Drs. 18/9096, im Folgenden EEG 2017.

⁴ *F. Rittner/M. Dreher*, Europäisches und Deutsches Wirtschaftsrecht 2008, § 1 Rn. 45 f.

⁵ Vgl. z. B. *M. Maslaton*, Das Recht der Erneuerbaren Energien als eigenständige juristische Disziplin, LKV 2008, S. 289, 291, der das Rechtsgebiet „Recht der erneuerbaren Energien“ u. a. auf diese Argumentation stützt.

⁶ *T. Müller/H. Schulze-Fielitz*, Auf dem Weg zum Klimaschutzrecht, in: H. Schulze-Fielitz/T. Müller (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht 2008, S. 9 ff.

⁷ *I. Härtel*, Energieeffizienzrecht - ein neues Rechtsgebiet?, NuR 2011, S. 825, 826.

⁸ *H. Schulze-Fielitz*, Umweltrecht, in: D. Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 989, 991.

⁹ Weiterführend zu Zweck und Definition von Rechtsgebieten: *T. Müller/H. Schulze-Fielitz*, Auf dem Weg zum Klimaschutzrecht, in: H. Schulze-Fielitz/T. Müller (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht 2008, S. 9 ff; *I. Härtel*, Energieeffizienzrecht - ein neues Rechtsgebiet? NuR 2011, S. 825ff; *M. Kloepfer*, Umweltrecht 2004, § 1 Rn. 62; *M. Maslaton*, Das Recht der Erneuerbaren Energien als eigenständige juristische Disziplin, LKV 2008, S. 289 ff.

Ziel dieses Beitrags ist vielmehr eine Analyse exemplarisch ausgewählter Vorschriften, die für die Umsetzung von Bürgerenergieprojekten von Bedeutung sind. Umfasst sind davon die Identifizierung dieser einschlägigen Regelungen sowie deren Wirkung, Entwicklung und Zusammenspiel. Dabei soll anhand einer Kategorisierung aufgezeigt werden, inwieweit sich Entstehung und Entwicklung der einzelnen Vorschriften und Normengruppen untereinander bedingen. Im Zuge dieser Kategorisierung wird zu unterscheiden sein, ob Regelungen ausdrücklich und ausschließlich Bürgerenergieakteure adressieren oder ob sie die Umsetzung von Bürgerenergieprojekten zwar regelmäßig betreffen, sich aber grundsätzlich an einen größeren Adressatenkreis richten.

Neben dem EEG als dem zentralen Regelwerk für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien werden insofern auch Maßgaben aus dem allgemeinen Energierecht, wie z. B. dem Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)¹⁰, dem Stromsteuergesetz (StromStG)¹¹ und der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV)¹², europäische Vorgaben wie z. B. die Mitteilung der Kommission vom 15. Juli 2015¹³ und die Umweltschutz- und Energiebeihilfeleitlinien der EU-Kommission (UEBLL)¹⁴ sowie auch Vorschriften außerhalb des Energierechts, z. B. des Vermögenanlagegesetzes (VermAnlG)¹⁵ und des Kapitalanlagegesetzbuchs (KAGB)¹⁶ zu berücksichtigen sein.

Dieser Beitrag beschränkt sich dabei auf Regelungen für den Stromsektor, da sich die bisherige energiepolitische Diskussion entsprechend des für Bürgerenergieakteure (noch) typischen „Kerngeschäftsfelds“¹⁷ auf die Bedingungen bei der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien bezieht.

¹⁰ Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 29. August 2016 (BGBl. I S. 203).

¹¹ Stromsteuergesetz vom 24. März 1999 (BGBl. I S. 378; 2000 I S. 147), zuletzt geändert durch Artikel 11 des Gesetzes vom 3. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2178).

¹² Stromnetzentgeltverordnung vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2225), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 29. August 2016 (BGBl. I S. 2034).

¹³ Mitteilung der Kommission vom 15.07.2015: COM (2015) 339 final.

¹⁴ Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. C 200 vom 28.06.2014, S. 1-55.

¹⁵ Vermögensanlagegesetz vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2481), zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 54 des Gesetzes vom 18. Juli 2016 (BGBl. I S. 1666).

¹⁶ Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) vom 04. Juli 2013 (BGBl. I S. 1981), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 30. Juni 2016 (BGBl. I S. 1514).

¹⁷ Die Haupttätigkeit von Bürgerenergieakteuren lag in der Vergangenheit stark auf der Stromproduktion, ist aber im Begriff sich auch auf andere Geschäftsfelder zu erweitern, vgl. *Leuphana Universität Lüneburg/U. Nestle*, Marktrealität von Bürgerenergie und mögliche Auswirkungen von regulatorischen Eingriffen, Eine Studie für das Bündnis Bürgerenergie e.V. (BBEn) und dem Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. (BUND), 2014 (korr. Fassung), S. 33 ff.; in Bezug auf Energiegenossenschaften vgl. *J. Müller/L. Holstenkamp*, Zum Stand von Energiegenossenschaften in Deutschland – Aktualisierter Überblick über Zahlen und Entwicklungen zum 31.12.2014, Arbeitspapiere in Wirtschaft & Recht Nr. 20, Lüneburg, S. 2.

B. Der Begriff der Bürgerenergie

Um zu entscheiden, welche Regelungen für Bürgerenergie eine besondere Rolle spielen, ist zunächst zu klären, was unter Bürgerenergie eigentlich zu verstehen ist (dazu I.). Bürgerenergie als ein in der sozialen Lebenswirklichkeit bestehendes Phänomen¹⁸ ist schwer zu fassen¹⁹, deshalb wird außerdem zu klären sein, ob es für die Identifizierung bürgerenergie-relevanter Normen einer trennscharfen Definition bedarf (dazu II.) oder ob hierfür auch schon eine bloße Annäherung an die Begrifflichkeit mit Hilfe verschiedener Kategorien ausreicht (dazu III.).

I. Definitionsansätze und Abgrenzungsschwierigkeiten

Abgrenzungsschwierigkeiten für eine allgemeingültige Bestimmung des Begriffs der Bürgerenergie bereiten insbesondere die unterschiedlichen Organisations- und Beteiligungsstrukturen sowie die damit verbundenen unterschiedlich ausgestalteten Mitbestimmungsmöglichkeiten. So reicht die Spannweite hinsichtlich verschiedener Erscheinungsformen beispielsweise von einzelnen Privatpersonen, die eine PV-Anlage auf dem Dach ihres Einfamilienhauses errichten, bis zu Gesellschaftsformen wie der GmbH & Co KG, die größere Windparks betreiben. Infrage steht dabei zudem, ob und inwieweit sich Bürgerinnen und Bürger in bestimmten Organisationsstrukturen aktiv einbringen und ein Vorhaben in eigener Regie umsetzen (bottom up) oder ihnen eine rein wirtschaftliche Beteiligungsmöglichkeit (wie z. B. bei dem Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz von Mecklenburg-Vorpommern)²⁰ angeboten wird (top down)²¹. Schließlich spielen bei Bürgerenergie auch Regionalität und damit lokale gewerbliche oder landwirtschaftliche Einzelunternehmen eine Rolle.

Vor diesem Hintergrund wurden in den vergangenen Jahren verschiedene Definitionsansätze entwickelt, die sich unter anderem mit den oben angesprochenen Abgrenzungsschwierigkeiten befassen, ohne dass dadurch ein allgemein anerkanntes, konturenscharfes Bild der Bürgerenergie entstanden wäre. Beispielhaft hervorgehoben sei an dieser Stelle ein Arbeitspapier der Leuphana Universität²² und die darauf aufbauende Studie von trend:research und

¹⁸ *Leuphana Universität Lüneburg/U. Nestle*, Marktrealität von Bürgerenergie und mögliche Auswirkungen von regulatorischen Eingriffen, Eine Studie für das Bündnis Bürgerenergie e.V. (BBEn) und dem Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. (BUND), 2014 (koor. Fassung), Zusammenfassung, S. iii.

¹⁹ So auch *H. Thomas*, Ausschreibungen für Windenergie an Land: Eingriff in Grundrechte „kleiner“ Anlagenbetreiber? DÖV 2016, S. 276.

²⁰ Gesetz zur Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern an Windparks an Land in Mecklenburg-Vorpommern (Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz – BüGembeteilG M-V) vom 18.05.2016, Gesetz- und Verordnungsblatt für Mecklenburg-Vorpommern 2016 Nr. 9, Seite 258-265.

²¹ *trend:research/Leuphana Universität Lüneburg*, Definition und Markanalyse von Bürgerenergie in Deutschland, im Auftrag der Initiative „Die Wende - Energie in Bürgerhand“ und der Agentur für Erneuerbare Energien, 2013, S. 15.

²² *L. Holstenkamp/H. Degenhardt*, Bürgerbeteiligungsmodelle aus finanzwirtschaftlicher Sicht, Arbeitspapiere in Wirtschaft und Recht Nr. 13, Lüneburg.

der Leuphana Universität „Definition und Markanalyse von Bürgerenergie“²³ aus 2013, die sich differenziert mit dem Begriff der Bürgerenergie auseinandersetzt und starken Einfluss auf die nachfolgende Diskussion zur Begriffsbestimmung genommen hat²⁴ sowie auf die detaillierte Gegenüberstellung der Abgrenzungsansätze in „Charakterisierung und Chancen kleiner Akteure bei der Ausschreibung für Windenergie an Land“ der Fachagentur Windenergie an Land und IZES aus 2015²⁵.

Im Rahmen dieser Diskussion haben sich folgende Kernkriterien herausgebildet:

- Investition in Erneuerbare-Energien-Anlagen,
- wesentliche Beteiligung von Einzelpersonen (Bürgerinnen und Bürgern),
- Größe und Organisationsform sowie
- Regionalität als zusätzliche Differenzierung.

Bei näherer Betrachtung lässt sich feststellen, dass für eine Identifizierung der relevanten rechtlichen Regelungen bereits die ersten beiden Kriterien (Investition in Erneuerbare-Energien-Anlagen und wesentliche Beteiligung durch Privatpersonen) ausreichen, denn damit werden Tätigkeit und Akteure hinreichend bestimmt. Für die Frage nach einem „Recht der Bürgerenergie“ ist mithin nicht mehr als eine Annäherung an den Begriff der Bürgerenergie erforderlich, so dass im Folgenden die Kriterien Größe und Organisationsform als auch die regionale Komponente ausgeklammert werden können und nur für den Fall, dass hinsichtlich bestimmter einzelner rechtlicher Vorgaben Unklarheiten auftreten, näher auf letztere eingegangen werden muss.

II. Gesetzliche Umsetzung und Funktion von Definitionen

Bislang lässt sich auch aus dem bestehenden Rechtsrahmen keine Definition für den Begriff Bürgerenergie entnehmen. Zwar ist im neuen EEG 2017 der Begriff der Bürgerenergiegesell-

²³ *trend:research/Leuphana Universität Lüneburg*, Definition und Markanalyse von Bürgerenergie in Deutschland, im Auftrag der Initiative „Die Wende - Energie in Bürgerhand“ und der Agentur für Erneuerbare Energien, 2013, S. 15.

²⁴ *Leuphana Universität Lüneburg/U. Nestle*, Marktrealität von Bürgerenergie und mögliche Auswirkungen von regulatorischen Eingriffen, Eine Studie für das Bündnis Bürgerenergie e.V. (BBEn) und dem Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. (BUND), 2014 (korr. Fassung), S. 5; *E. Hauser/J. Hildebrand/B. Dröschel/U. Klann/S. Heib/K. Grashof*, Nutzeneffekte von Bürgerenergie. Eine wissenschaftliche Qualifizierung und Quantifizierung der Nutzeneffekte der Bürgerenergie und ihrer möglichen Bedeutung für die Energiewende, Stand 10.09.2015, S. 9; *Deutsche WindGuard*, Akteursstrukturen von Windenergieprojekten in Deutschland, Januar 2015, https://www.wind-energie.de/sites/default/files/download/publication/akteursstrukturen-von-wind-energieprojekten-deutschland/20150218_studie_akteursvielfalt_final.pdf.

Siehe im Übrigen auch *H. Engerer*, Energiegenossenschaften in der Energiewende, 17. Juli 2014, http://www.diw.de/de/diw_01.c.470180.de/presse/diw_roundup/energiegenossenschaften_in_der_energiewende.html. *Bündnis Bürgerenergie*, Definition, <https://www.buendnis-buergerenergie.de/buergerenergie/definition/>.

²⁵ *K. Grashof/J. Kochems/U. Klann*, Charakterisierung und Chancen kleiner Akteure bei der Ausschreibung für Windenergie an Land, S. 18 ff.

schaft – ohne Anspruch auf umfassende Abdeckung – vorgesehen. Nach § 3 Nr. 15 EEG 2017 ist eine

„Bürgerenergiegesellschaft jede Gesellschaft,

a) die aus mindestens zehn natürlichen Personen als stimmberechtigten Mitgliedern oder stimmberechtigten Anteilseignern besteht,

b) bei der mindestens 51 Prozent der Stimmrechte bei natürlichen Personen liegen, die seit mindestens einem Jahr vor der Gebotsabgabe in der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis, in der oder dem die geplante Windenergieanlage an Land errichtet werden soll, nach § 21 oder § 22 des Bundesmeldegesetzes mit ihrem Hauptwohnsitz gemeldet sind, und

c) bei der kein Mitglied oder Anteilseigner der Gesellschaft mehr als 10 Prozent der Stimmrechte an der Gesellschaft hält, wobei es beim Zusammenschluss von mehreren juristischen Personen oder Personengesellschaften zu einer Gesellschaft ausreicht, wenn jedes der Mitglieder der Gesellschaft die Voraussetzungen nach den Buchstaben a bis c erfüllt,“.

Bei einer Bürgerenergiegesellschaft handelt es sich jedoch nur um *eine* mögliche Organisationsform von Bürgerenergie, die zudem nur auf den Bereich Windenergie an Land beschränkt ist, d. h. es wird lediglich eine bestimmte Teilmenge von Bürgerenergie erfasst. Der Zielsetzung einer Definition entsprechend verfolgt diese keinen Selbstzweck, sondern bestimmt einen konkreten Tatbestand in Zusammenhang mit einer konkreten Rechtsfolge. Definition und Rechtsfolge können daher nicht losgelöst voneinander betrachtet werden. Im EEG 2017 werden für eine bestimmte (Teil-)Gruppe (Bürgerenergiegesellschaften) in § 36g²⁶ Sonderregelungen im Ausschreibungsverfahren für Windenergie an Land vorgesehen. Mittels Definition werden dadurch nicht nur Abgrenzungen, sondern aufgrund der Festlegung gleichzeitig auch Be- bzw. Eingrenzungen vollzogen. Beispielsweise werden vorliegend Gruppen von nur neun natürlichen Personen oder Personen des Nachbarlandkreises, auch wenn sie unmittelbar an der Grenze wohnen, vom gesetzlich definierten Nukleus der Bürgerenergiegesellschaft nicht erfasst. Dies illustriert, dass in der Gesetzgebungstechnik bei jeder Regelung abzuwägen ist, ob aufgrund der gleichzeitig begrenzenden Wirkung jedenfalls starrer Definitionen bei komplexen Sachverhalten allgemeine Begriffsbestimmungen – z. B. eines sozialen Phänomens wie Bürgerenergie – überhaupt zielführend sind.

III. Bürgerenergierecht im weiteren und im engeren Sinne

Auch wenn eine präzise, alle Fallgruppen umfassende und dennoch unterscheidungsscharfe Definition für Bürgerenergie nicht existiert und offensichtlich auch sozialwissenschaftlich schwierig zu fassen ist, so kann doch eine grobe Systematisierung getroffen werden, die ei-

²⁶ Genauerer zu „§ 36g Besondere Ausschreibungsbestimmungen für Bürgerenergiegesellschaften“ unter C. I. 2c).

nen ersten Zugriff auf die komplexe Materie und eine Zuordnung erlaubt. In Bezug auf rechtliche Regelungen und deren Bedeutung für Bürgerenergie ist damit die Frage verbunden, wie sich die für Bürgerenergie relevanten Normen kategorisieren lassen. Maßgebliches Kriterium ist, wie stark die in Rede stehenden Normen auf die Materie Bürgerenergie bezogen sind. Gelten sie nur für Bürgerenergieakteure oder auch für andere Akteursgruppen? Kommen sie zwangsläufig bei der Umsetzung von Bürgerenergieprojekten zur Anwendung oder ist ihr Bezug nur reflexhaft?

Vor diesem Hintergrund bietet sich für die Untersuchung eine Unterteilung in drei Kategorien an, wobei sich Normen mit dem engsten, untrennbaren Bezug als „Recht der Bürgerenergie im engeren Sinne“ (im Folgenden: „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“) (dazu 1.) und Normen, die eine besondere Bedeutung für Bürgerenergieprojekte haben, damit aber nicht untrennbar verknüpft sind, als „Bürgerenergie im weiteren Sinne“ (im Folgenden: „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“) (dazu 2.) bezeichnen lassen. Davon abzugrenzen ist eine dritte Gruppe von Normen, die keinen bzw. nur einen reflexhaften Bezug zu Bürgerenergie aufweisen (dazu 3.).

Bei der Zu- und Einordnung einzelner Normen und Normenzusammenhänge in diese Kategorien kann auf die allgemeinen juristischen Regeln für die Auslegung von Gesetzen zurückgegriffen werden. Neben der Identifikation des Adressatenkreises einer Norm spielt dabei die Intention des Gesetzgebers eine besondere Rolle. Zu beiden Parametern kann mit Hilfe dieser Auslegungsmethoden der im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers ermittelt werden. Ausgangspunkt ist dabei die sprachlich-grammatikalische Auslegung, bei der auf den Wortsinn einer Norm abgestellt wird. Auf die konkrete Fragestellung übertragen, ist zu ermitteln, ob die zu untersuchenden Regelungen bereits begrifflich Bürgerenergie beinhalten. Zusätzlich ist auf den Sinn und Zweck der Norm (teleologische Auslegung) sowie ergänzend auf Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) und systematischen Zusammenhang (systematische Auslegung) abzustellen²⁷.

1. „Recht der Bürgerenergie im engeren Sinne“

Die erste Fallgruppe erfasst nur solche Regelungen, die sich ausschließlich an Bürgerenergieakteure richten. Die Normen sind insoweit untrennbar mit Bürgerenergie verknüpft. Bei dem Auffinden und Einordnen dieser Sondervorschriften ist in erster Linie auf den Wortlaut der Regelung und ergänzend auf die Zielsetzung des Gesetzes, die sich aus den Begründungen der Regierungsentwürfe des entsprechenden Gesetzes und den Beschlussempfehlungen der Ausschüsse herleitet, abzustellen. Als „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“ kommen insoweit nur Normen in Betracht, die ausschließlich Bürgerenergieakteure adressieren und vom Gesetzgeber auch für Bürgerenergie vorgesehen sind. Hier werden insbesondere die Ausnah-

²⁷ Weiterführend zur Auslegung von Gesetzen und den verschiedenen Auslegungsmethoden *H. Sprau* in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 34 ff.

mevorschriften für Bürgerenergiegesellschaften nach 36g bei den Ausschreibungen für Windenergie an Land im EEG 2017 in den Blick zu nehmen sein.

2. „Recht der Bürgerenergie im weiteren Sinne“

Bei „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ handelt es sich hingegen nicht um exklusives Bürgerenergierecht, sondern um Regelungen, die lediglich *auch* für Bürgerenergie zur Anwendung kommen. Sie sind für die Umsetzung von Bürgerenergieprojekten zwar regelmäßig von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung, aber nicht spezifisch an Bürgerenergieakteure, sondern einen größeren Adressatenkreis gerichtet. Dabei können Normen oder Normenzusammenhänge dieser Gruppe aufgrund ihrer Zielsetzung und der Intention des Gesetzgebers eine unterschiedliche Nähe zum „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“ als dem Kern des Bürgerenergierechts aufweisen. Je nach Intensität ihres Bezugs zur Materie Bürgerenergie lassen sie sich in Extremfällen in der Spannweite des „Bürgerenergierechts i. w. S.“ an entgegengesetzten Polen verorten. Entscheidend dafür ist u. a., ob vom Zweck der Regelung ausdrücklich *auch* Bürgerenergie umfasst wird oder ob Bürgerenergie eher nur deshalb betroffen ist, weil die Regelung eine Gruppe adressiert, der auch viele Bürgerenergieakteure angehören²⁸. In der Regel wird es sich neben Bürgerenergie um die Gruppe der „kleinen“ Akteure handeln, wobei hier eine große Schnittmenge besteht²⁹.

Auch der Begriff „kleine Akteure“ ist gesetzlich nicht definiert. Die Formulierungen „kleine“ und „kleinere Akteure“ werden aber in Zusammenhang mit dem Systemwechsel auf Ausschreibungen in Gesetzesbegründung und Literatur regelmäßig verwendet. So ist z. B. in ein und demselben Absatz der Gesetzesbegründung ohne nähere Differenzierung von „kleinen“ als auch „kleineren“ Akteuren die Rede³⁰. In Bezug auf den Erhalt von Akteursvielfalt kommen auch Begriffe wie „kleine und mittlere Unternehmen“, „kleine Bieter“³¹, „kleine und mittlere Akteure“³² zur Anwendung. In der Literatur fallen z. B. private Haushalte, Landwirte, Bürgerwindparks und Energiegenossenschaften unter „kleine Akteure“³³ und zur Abgren-

²⁸ Weiterführend zur Größe von Bürgerenergieprojekten *Leuphana Universität Lüneburg/U. Nestle*, Marktrealität von Bürgerenergie und mögliche Auswirkungen von regulatorischen Eingriffen, Eine Studie für das Bündnis Bürgerenergie e.V. (BBEn) und dem Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. (BUND), 2014 (korr. Fassung), S. 7 ff.

²⁹ So differenziert der Gesetzgeber in Hinblick auf transparente Ausschreibungsverfahren, „...dass auch der Bürgerenergie und kleinen Akteuren faire Chancen...“ eröffnen soll (BT-Drs. 18/8860 S. 152). Überwiegend werden Bürgerenergie und kleine Akteure aber in einem Zusammenhang genannt; insbesondere ist eine Privilegierung bei den Windausschreibungen nur für kleine Bürgerenergiegesellschaften vorgesehen.

³⁰ BT-Drs. 18/8860 S. 4 erster Spiegelstrich.

³¹ Vgl. Begründung zu § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017, BT-Drs. 18/8860 S. 206.

³² BT-Drs. 18/8860 S. 147.

³³ Institute for Advanced Sustainability Studies (IASS), Ausschreibung für erneuerbare Energien in Deutschland – Ausgestaltungsoptionen für den Erhalt der Akteursvielfalt, S. 3.

zung „kleiner Akteure“ speziell bei Ausschreibungen für Windenergie an Land wurden Kriterien wie Unternehmensgröße und Portfolioumfang herausgearbeitet³⁴.

Darüber hinaus werden vom Gesetzgeber neben „kleinen“ oder „kleineren“ Akteuren auch „kleine“ sowie „kleinere“ Anlagen adressiert³⁵. Aber auch für „kleine“ oder „kleinere“ Anlagen findet sich keine einheitliche Definition. Vielmehr beziehen sich die einzelnen Schwellenwerte für „kleine“ oder „kleinere“ oder „Kleinanlagen“ auf den jeweiligen Zusammenhang der Regelung. So findet sich z. B. in der Gesetzesbegründung zur Freigrenze für Anlagen bis 100 kW von der sog. verpflichtenden Direktvermarktung die Formulierung, dass

„...keine Kleinanlagen zur Direktvermarktung verpflichtet werden, bei denen die Direktvermarktungskosten nach aktueller Einschätzung den Nutzen der Direktvermarktung für das Gesamtsystem übersteigen würden.“³⁶

Im Ergebnis lässt sich zunächst festhalten, dass – ebenso wie beim Begriff der Bürgerenergie – keine allgemeingültigen Kriterien für „kleine“ oder „kleinere“ Akteure oder Anlagen existieren. Die Begriffe werden entweder in dem jeweiligen Zusammenhang oder ohne erkennbare Abgrenzungskriterien und ohne Problembewusstsein mehr oder weniger synonym verwendet. Die jeweiligen Normen bezwecken zwar vorrangig den Schutz einer nicht klar umrissenen oder umreißenbaren Akteursgruppe³⁷ („klein“ bzw. „kleinere“), sie orientieren sich aber in erster Linie an der Größe des konkreten Projekts und damit der „kleinen“ oder „kleineren“ Anlage.

Im Folgenden wird je nach Adressat der Begriff „kleine Akteure“ oder „kleine Anlage“ verwendet und aufgrund seiner Unschärfe – ähnlich Bürgerenergie – lediglich als Annäherung verstanden.

Anhand der Kategorisierung in „Recht der Bürgerenergie i. e. und i. w. S.“ und der Analyse der jeweiligen Normen und Normenzusammenhänge soll die Frage beantwortet werden, ob die Regelungen des „neuen“ EEG³⁸, insbesondere der Systemwechsel auf Ausschreibungen schon aus der Sicht des Gesetzgebers für die Akteursgruppe Bürgerenergie nicht mehr als passend angesehen wird, so dass für diese Gruppe gesonderte Regelungen geschaffen werden, die unter dem bisherigen Rechtsrahmen – also aus Sicht des Gesetzgebers passendem allgemeinem Recht – nicht erforderlich waren.

³⁴ K. Grashof/J. Kochems/U. Klann, Charakterisierung und Chancen kleiner Akteure bei der Ausschreibung für Windenergie an Land, S. 29 ff.

³⁵ Vgl. BT-Drs. 18/8860 S. 157 und S. 204 in Zusammenhang mit der Bagatellgrenze von 750 kW.

³⁶ BT-Drs. 18/8860 S. 195.

³⁷ Zur Schwierigkeit einer klaren Bestimmung auch H. Thomas, Ausschreibungen für Windenergie an Land: Eingriff in Grundrechte „kleiner“ Anlagenbetreiber? DÖV 2016, S. 376, der als kleine Akteure Projektentwickler und Anlagenbetreiber bezeichnet, die nur eines oder sehr wenige Windenergieanlagenprojekte entwickeln und/oder betreiben.

³⁸ Damit gemeint ist in erster Linie das EEG 2017.

Damit verbunden ist zunächst die Einordnung des „alten“ EEG, das von Marktakteuren der Bürgerenergie als „Ermöglicher und Beförderer“ einer Bürgerenergiebewegung eingestuft wurde³⁹, z. T. verbunden mit der Forderung, das „EEG als Bürgerenergiegesetz weiter(zu)entwickeln“⁴⁰. Die Konnotation des EEG als Bürgerenergiegesetz geht zunächst auf die Anfänge des EEG⁴¹ bzw. seines Vorgängergesetzes, des Stromeinspeisungsgesetzes (StrEG)⁴², zurück. Denn nach § 2 StrEG wurden Elektrizitätsversorgungsunternehmen erstmalig verpflichtet, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen und den eingespeisten Strom nach § 3 StrEG zu vergüten. Kern des StrEG waren die Anschluss-, Abnahme- und Vergütungspflicht, wodurch der Strommarkt für private Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien geöffnet wurde⁴³ und sich der Anreiz nicht nur an die bereits im Bereich der Stromerzeugung tätigen Akteure, sondern vorrangig an bislang außenstehende Dritte richtete⁴⁴.

Mit Einführung des StrEG bzw. EEG konnte auch ein deutliches Wachstum im Bereich der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien verzeichnet werden. Der erneuerbare Anteil an der Bruttostromerzeugung stieg von 3,4 Prozent im Jahr 1990 auf 32,6 Prozent im Jahr 2015⁴⁵. Nach den Ergebnissen der oben erwähnten Studie von trend:research und der Leuphana Universität in Bezug auf das Jahr 2012 betrug der durch Bürgerenergie erzeugte Anteil⁴⁶ 46,6 Prozent, der von Energieversorgungsunternehmen 12,5 Prozent und der von institutionellen und strategischen Investoren 41,5 Prozent⁴⁷. Diesen Zahlen zufolge erzeugte damit die Gruppe „Bürgerenergie“ 2012 den größten Anteil an der erneuerbar erzeugten Bruttostrommenge.

³⁹ *EnGeno*, Positionspapier Bürgerbeteiligung – Energiedemokratie – Dezentralität? Kernziele der Energiebewegung in Gefahr!, Forschungsprojekt zur aktuellen energiepolitischen Entwicklung, September 2014, S. 6, <http://docplayer.org/8039819-Buergerbeteiligung-energiedemokratie-dezentralitaet-kernziele-der-energiebewegung-in-gefahr.html>.

⁴⁰ *Initiative Energiebewegung in Bürgerhand*, Eckpunkte für eine Reform des EEG im Sinne der Bürgerenergiebewegung vom 12.06.2013, S. 1, https://www.bund.net/fileadmin/bundnet/pdfs/klima_und_energie/130612_klima_energie_reform_eeg_eckpunkte.pdf.

⁴¹ Das „erste“ EEG war das EEG 2000 (Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz-EEG)) vom 29. März 2000 (BGBl. I S. 305).

⁴² Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz - Stromeinspeisungsgesetz (StromEinspG) vom 7. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2633).

⁴³ Sondergutachten des Sachverständigenrates für Umweltfragen, Wege zur 100% erneuerbaren Stromversorgung, BT-Drs. 17/489 vom 18.02.2011, Anm. 273.

⁴⁴ T. Müller, Vom Kartell- zum Umwelt(energie)recht, S. 152, http://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2016/02/stiftungumweltenergierecht_Ebook_Mueller_Kartell-zum-Umweltenergierecht_2012.pdf.

⁴⁵ BMWi und AGEE stat, Zeitreihen zur Entwicklung der erneuerbaren Energien in Deutschland, Stand Februar 2016. http://www.erneuerbare-energien.de/EE/Redaktion/DE/Downloads/zeitreihen-zur-entwicklung-der-erneuerbaren-energien-in-deutschland-1990-2015.pdf;jsessionid=B1401BA0947770F57ECFF6332064E3FF?__blob=publicationFile&v=6.

⁴⁶ Ohne Pumpspeicherwerke, Wind Offshore, Geothermie und biogenen Anteil des Abfalls.

⁴⁷ *trend:research/Leuphana Universität Lüneburg*, Definition und Markanalyse von Bürgerenergie in Deutschland, im Auftrag der Initiative „Die Wende - Energie in Bürgerhand“ und der Agentur für Erneuerbare Energien, S. 42.

Im Laufe der vergangenen Jahren wurde die anfängliche schlichte Struktur des EEG zunehmend ausdifferenziert, u. a. mit der Begründung, die Kosten zu begrenzen, den Ausbau der erneuerbaren Energien planvoll zu steuern und die erneuerbaren Energien weiter an den Markt heranzuführen⁴⁸. Besonders die mit dem EEG 2014 eingeführte sog. verpflichtende Direktvermarktung als auch die Einführung von Ausschreibungen werden in Bezug auf ihre Auswirkungen für Bürgerenergie als sehr kritisch eingeschätzt⁴⁹.

Bevor im Folgenden auf die einzelnen (noch) geltenden bürgerenergielevanten Regelungen des EEG 2014 sowie die ab 1. Januar 2017 in Kraft tretenden Vorschriften des EEG 2017 eingegangen wird, lässt sich festhalten, dass sich Bürgerenergieakteure unter dem Regime des „alten“ EEG zu maßgeblichen Akteuren bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien entwickeln konnten. Aufgrund seiner oben beschriebenen Ausgestaltung und Wirkung lässt sich das „alte“ EEG zwar als „Bürgerenergiegesetz“ bezeichnen. Für eine Einordnung als „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“ reicht es jedoch nicht, da die darin enthaltenen Regelungen, insbesondere der Fördermechanismus, von Beginn an neutral ausgestaltet war und alle möglichen Akteure gleichermaßen adressierte. Insoweit kann es sich lediglich um „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ handeln.

Bei der Analyse der einschlägigen Normen des EEG 2014 und des EEG 2017 wird in Hinblick auf die Zweckbestimmung ein besonderes Augenmerk auf den postulierten „Erhalt der Akteursvielfalt“⁵⁰ zu legen und zu unterscheiden sein, ob der Gesetzgeber alle kleinen Akteure privilegieren wollte und in diesem Zuge eine große Anzahl von Bürgerenergieakteuren *auch* betroffen sind oder ob der Gesetzgeber, z. B. aus Gründen der Akzeptanz, auch Bürgerenergieakteure als Adressaten vor Augen hatte. Diese Abgrenzung dürfte z. B. bei der Bagatellgrenze von 750 kW⁵¹ bei den Ausschreibungen oder dem Schwellenwert von 10 kW bei der Eigenversorgung⁵² eine Rolle spielen.

Im Gegensatz zum „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“ ist die „äußere Grenze“ von „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ abstrakt-generell kaum bestimmbar. Eine Eingrenzung kann insoweit nur dadurch vorgenommen werden, dass die Vorschriften typischerweise bei der Umsetzung von Bürgerenergieprojekten zur Anwendung kommen. Aufgrund der Geschäftstätigkeit im Bereich der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien werden diese Vorschriften i. d. R. aus dem Energierecht stammen. Ob auch Normen außerhalb des Energierechts – wie z. B. die Ausnahme von der Prospektspflicht für Genossenschaften im VermAnlG – als „Recht der Bürgerenergie“ bezeichnet werden können, lässt sich nur anhand des Einzelfalls bestimmen.

⁴⁸ BT-Drs. 18/8860, S. 146.

⁴⁹ D. Ohlhorst, Die Umstellung auf Ausschreibungen im Zuge der EEG-Novelle 2014 – Auswirkungen auf Bürgerbeteiligung und Vielfalt der Akteure in der Energieversorgung, in: FFU Report 01-2016; S. 9 ff. m. w. N.; C. Maly/M. Meister/T. Schomerus, EEG 2014 – Das Ende der Bürgerenergie?, ER 4/14, S. 147, 154.

⁵⁰ § 2 Abs. 5 Satz 3 EEG 2014 und § 2 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017.

⁵¹ Näheres zur Bagatellgrenze des § 22 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2017 unter C. II. 1.

⁵² Näheres zur Eigenversorgung und Ausnahmen von der EEG-Umlagepflicht unter C. I. 3.

3. Regelungen ohne Bezug zur Bürgerenergie

Eine dritte Kategorie stellen Normen dar, die Bürgerenergie lediglich reflexhaft oder gar nicht betreffen. Diese können bei der Umsetzung von Bürgerenergieprojekten zwar zur Anwendung kommen, stehen als solche aber nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit Bürgerenergie, sondern gehören den allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen an.

C. Regelungen des EEG

Die zentralen Regelungen für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien finden sich im EEG. Für die Zu- bzw. Einordnung in die oben aufgeführten Kategorien sind die einzelnen Regelungen auf ihren Bezug zu Bürgerenergie in den Blick zu nehmen.

I. Rechtsrahmen bis einschließlich EEG 2014

Im EEG 2014 wurde der Systemwechsel zu Ausschreibungen zwar implementiert, zunächst aber nur Pilotausschreibungen für PV-Freiflächenanlagen eingeführt und auf Grundlage der Freiflächenausschreibungsverordnung (FFAV)⁵³ durchgeführt. Da im Rahmen dieser Pilotausschreibungen keinerlei Ausnahmeregelungen eingeführt wurden, die auf ihren Bezug zu Bürgerenergie untersucht werden könnten, beschränkt sich die Analyse zunächst auf die Frage, welche Rolle § 2 Abs. 5 Satz 3 EEG 2014, der den Erhalt der Akteursvielfalt postuliert, zukommt. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Ergebnisse der ersten PV-Freiflächenausschreibungen einzugehen sein.

Darüber hinaus sind exemplarisch auch Ausnahmeregelungen, die nicht in direktem Zusammenhang zum Systemwechsel stehen, auf ihre Relevanz für Bürgerenergie zu begutachten.

1. „Erhalt der Akteursvielfalt“

Mit dem EEG 2014 wurde der Systemwechsel zu Ausschreibungen eingeleitet⁵⁴. Der Gesetzgeber verspricht sich dadurch eine bessere Mengensteuerung und eine höhere Kosteneffizienz⁵⁵. Gleichzeitig soll auf diesem Wege dem beihilferechtlich verankerten Ansatz der Europäischen Kommission für eine marktnähere Förderung der erneuerbaren Energien entsprochen werden⁵⁶. Um für die geplante Systemumstellung „*Erfahrungen mit einer wettbewerbli-*

⁵³ Verordnung zur Ausschreibung der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen (Freiflächenausschreibungsverordnung - FFAV) vom 6. Februar 2015 (BGBl. I S. 108).

⁵⁴ § 2 Abs. 5 Satz 1 EEG 2014; vgl. dazu umfassend T. Müller, Ausschreibungen zur Förderung Erneuerbarer Energien, in: H. Degenhart/T. Schomerus (Hrsg.), EEG 2014 – Konsequenzen für die Finanzwirtschaft, 2016, S. 45 ff.

⁵⁵ Vgl. H. Kahl/M. Kahles/T. Müller, Neuordnungen im EEG 2017, ER 2016, S. 187, 188.

⁵⁶ BT-Drs. 18/8860, S. 1.

chen Ermittlung der Höhe der finanziellen Förderung“ zu sammeln⁵⁷ hat der Gesetzgeber im EEG 2014 zunächst nur die Umstellung auf Ausschreibungen für das Jahr 2017 verankert und Pilotausschreibungen für PV-Freiflächenanlagen vorgesehen⁵⁸. Parallel wurde in § 2 Abs. 5 Satz 3 EEG 2014 der Erhalt der Akteursvielfalt postuliert⁵⁹. Die Vorschrift lautet:

„Bei der Umstellung auf Ausschreibungen soll die Akteursvielfalt bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erhalten bleiben.“

Dies wirft zum einen die Frage auf, ob der in § 2 Abs. 5 Satz 3 EEG 2014 verankerte Erhalt der Akteursvielfalt eine bürgerenergiespezifische Regelung darstellt. Zum anderen ist anhand der Ergebnisse der Pilotausschreibung für PV-Freiflächenanlagen in einem zweiten Schritt zu klären, wie sich die Systemumstellung, d. h. die Änderung des direkten Fördermechanismus des EEG, auf Bürgerenergieprojekte in diesem Segment auswirkt.

Zunächst ist festzustellen, dass es sich bei sämtlichen Regelungen in § 2 EEG 2014 lediglich um politische Programmsätze handelt, die sich ausschließlich an den Gesetzgeber richten und als solche schon aufgrund ihrer allgemeinen Formulierung weder Auslegungshilfen darstellen noch daraus Ansprüche abgeleitet werden können⁶⁰. Insoweit ist mit dem Programmsatz „Erhalt der Akteursvielfalt“ kein Anspruch verknüpft, sondern es wird lediglich eine Zielrichtung postuliert. Hinzu kommt, dass offen bleibt, welche konkrete Akteursstruktur als erhaltenswert gilt, also welche Gruppen im Einzelnen davon umfasst werden sollen⁶¹, denn für den Begriff „Akteursvielfalt“ existiert keine gesetzliche Definition. Zwar wird in der Gesetzesbegründung⁶² dazu ausgeführt:

„Bei der Ausgestaltung des konkreten Ausschreibungsdesigns soll auch die bisher für den Erfolg der Energiewende wichtige Akteursvielfalt aufrecht erhalten werden, so dass z. B. die Belange von Energiegenossenschaften oder Bürgerprojekten angemessen im weiteren Verfahren berücksichtigt werden.“

Insoweit ließe sich argumentieren, dass die bisherige Zusammensetzung beibehalten und alle bislang maßgeblichen Akteursgruppen auch weiterhin beteiligt sein sollen. Davon sind dann allerdings alle bislang an der Energiewende beteiligten Akteure umfasst und nicht nur solche der Bürgerenergie, sondern auch große Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Es geht

⁵⁷ § 2 Abs. 5 Satz 2 EEG 2014.

⁵⁸ § 55 EEG 2014.

⁵⁹ Vgl. umfassend H. Kahl/M. Kahles/T. Müller, Anforderungen an den Erhalt der Akteursvielfalt im EEG bei der Umstellung auf Ausschreibungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 9 vom 18.08.2014.

⁶⁰ K. Greb/M. Boewe, in: Beck'scher Online-Kommentar EEG 2014, § 2 Rn. 1; T. Müller, Ausschreibungen zur Förderung Erneuerbarer Energien, in: H. Degenhart/T. Schomerus (Hrsg.), EEG 2014 – Konsequenzen für die Finanzwirtschaft, 2016, S. 50 ff.

⁶¹ Vgl. E. Gawel/A. Purkus, Akteursvielfalt bei der Stromversorgung: Dimensionen, Zielkonflikte und staatlicher Handlungsbedarf, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 2016, S. 22 ff.

⁶² BT-Drs. 18/1304, S. 110.

mithin um Pluralität nicht um Vielzahl⁶³. Da es sich bei der Regelung um einen an den Gesetzgeber gerichteten Programmsatz handelt, kann an dieser Stelle eine Zuordnung zum „Recht der Bürgerenergie“ nicht anhand des Adressatenkreises einer Norm erfolgen, sondern es lässt sich lediglich feststellen, in welchem Maß dieser Programmsatz Bürgerenergieakteure betrifft. Zwar werden in der Gesetzesbegründung Energiegenossenschaften und Bürgerprojekte ausdrücklich benannt. Dies erfolgt jedoch nur beispielhaft und schließt andere größere Akteure nicht aus. Da vom „Erhalt der Akteursvielfalt“ aber auch andere Akteure als solche der Bürgerenergie betroffen sind, handelt es sich bei § 2 Abs. 5 Satz 3 EEG 2014 nicht um Bürgerenergierecht i. e. S., sondern „nur“ um „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“.

Im Rahmen der Pilotausschreibungen wurden nicht nur Erfahrungen mit einer wettbewerblichen Ermittlung der Höhe der finanziellen Förderung, sondern auch mit der Akteursstruktur gesammelt. Bislang wurden insgesamt fünf Ausschreibungsrunden über insgesamt 750 MW (150, 150, 200, 125, 125) nach den Vorgaben der FFAV durchgeführt. In Bezug auf die Bedeutung für Bürgerenergieakteure – davon ausgehend, dass diese überwiegend kleinere Projekte umsetzen – ist bei den Ergebnissen der ersten Ausschreibungsrunden hinsichtlich der Gebotsstruktur festzustellen, dass die jeweilige durchschnittliche Gesamtgebotsmenge bei allen Runden deutlich über 4 MW (4,2, 4,3, 4,4, 4,99, 5)⁶⁴ lag und tendenziell ansteigt. Demzufolge wurden insgesamt wenige Gebote für kleine Projekte abgegeben⁶⁵. Unter den Bietern für „größere“ Gebotsmengen (über 1.000 kW)⁶⁶ finden sich schließlich auch verhältnismäßig wenige typische Bürgerenergieakteure. Unter typische Bürgerenergieakteure fallen im PV-Bereich natürliche Personen, Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GbR) und eingetragene Genossenschaften (eG)⁶⁷. Bei den abgegebenen Geboten über 1.000 kW stammten in den ersten fünf Ausschreibungsrunden nur 25 Gebote von natürlichen Personen/GbRs⁶⁸ und vier

⁶³ H. Kahl/M. Kahles/T. Müller, Anforderungen an den Erhalt der Akteursvielfalt im EEG bei der Umstellung auf Ausschreibungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 9 vom 18.08.2014, S. 3.

⁶⁴ Jeweilige Gesamtgebotsmenge geteilt durch die Anzahl der eingereichten Gebote. Vgl. Bundesnetzagentur, Hintergrundpapier Ergebnisse der fünften Ausschreibungsrunde für Photovoltaik(PV)-Freiflächenanlagen vom 01. August 2016, S. 6, Übersicht über die bisherigen Gebotsrunden, abrufbar unter http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/PV-Freiflaechenanlagen/Gebotstermin_01_08_2016/Hintergrundpapier_01_08_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

⁶⁵ Die von der BNetzA eingeführten Mengenkategorien spiegeln den in § 6 Abs. 2 Satz 1 FFAV vorgegebenen Gebotsrahmen von 100 kW bis 10 MW wieder und sind in fünf Abschnitte unterteilt: Bis 500 kW, von 501 kW bis 1000 kW, von 1001 kW bis 2000 kW, von 2001 kW bis 5000 kW, von 5001 kW bis 10.000 kW. Vor diesem Hintergrund werden vorliegend Gebote bis zu 1 MW als „kleine“ Gebotsmenge bezeichnet.

⁶⁶ Für die vorliegende Untersuchung wird auf Projekte größer als 1000 kW abgestellt, um sich der Anzahl der Projekte, die aufgrund der Bagatellgrenze von 750 kW nicht an der Ausschreibung teilnehmen müssen, anzunähern.

⁶⁷ Vgl. L. Holstenkamp/H. Degenhardt, Bürgerbeteiligungsmodelle aus finanzwirtschaftlicher Sicht, Arbeitspapiere in Wirtschaft und Recht Nr. 13, Lüneburg, S. 4, wonach Bürgerenergieprojekte im PV-Bereich überwiegend als eG und GbR umgesetzt werden.

⁶⁸ Eine Analyse der Gebote von natürlichen Personen und GbR (bezüglich Anzahl und Menge) ist für die vierte Ausschreibungsrunde nur bedingt möglich, da im Hintergrundpapier deren Gebote gemeinsam mit KG angegeben werden.

von eG⁶⁹, so dass weniger als sechs Prozent der Gesamtgebote über 1.000 kW von typischen Bürgerenergieakteuren (29 von insgesamt 513)⁷⁰ ausgingen⁷¹. Eindeutig als Bürgerenergieakteure erkennbare Bieter haben in den ersten fünf Ausschreibungsrunden außerdem - unabhängig von der Gebotsmenge - verhältnismäßig wenige, nämlich nur neun von insgesamt 144 Zuschlägen erhalten⁷². So wurden typische Bürgerenergieakteure erst in der zweiten Ausschreibungsrunde erstmalig bezuschlagt⁷³; in der ersten Ausschreibungsrunde erhielten dagegen Tochtergesellschaften eines einzigen Unternehmens 40 Prozent der bezuschlagten Menge⁷⁴. Zwar ist die Heterogenität der erfolgreichen Bieter in der dritten Ausschreibungsrunde leicht angestiegen⁷⁵, jedoch hat sie in der vierten und fünften Ausschreibungsrunde wieder erheblich abgenommen⁷⁶. Im Durchschnitt und im Verhältnis zu den Organisationsformen GmbH und GmbH & Co. KG blieb der Gesamtanteil der bezuschlagten Bürgerenergieakteure deutlich unter sieben Prozent⁷⁷. Zwar lassen sich aus den Ausschreibungsergebnissen schon allein aufgrund ihrer unterschiedlichen Parameter⁷⁸ keine Regelmäßigkeiten ableiten und von Freiflächenanlagen auch keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die geplanten Ausschreibungen für die Gesamtheit aller Flächen, insbesondere größere Dachflächen, oder Windenergieanlagen ziehen. Auch dürfte es einer längeren Testphase bedürfen, um

⁶⁹ Die Angabe „andere juristische Person“ im Hintergrundpapier zur fünften Ausschreibungsrunde wird hier dahingehend interpretiert, dass es sich dabei nicht um eine eingetragene Genossenschaft handelt, da eG in den Auswertungen der BNetzA zu den ersten vier Ausschreibungsrunden jeweils explizit aufgeführt worden sind, was hier nicht der Fall ist.

⁷⁰ Die Gesamtzahl von Geboten bezieht sich auf alle in den ersten fünf Ausschreibungsrunden abgegebenen Gebote über 1.000 kW.

⁷¹ Zu den Ergebnissen der ersten Ausschreibungsrunden und der Bedeutung für Bürgerenergie-Akteure vgl. *D. Ohlhorst*, Die Umstellung auf Ausschreibungen im Zuge der EEG-Novelle 2014 – Auswirkungen auf Bürgerbeteiligung und Vielfalt der Akteure in der Energieversorgung, in: FFU Report 01-2016, S. 13.

⁷² Erst in der zweiten Ausschreibungsrunde wurde erstmalig ein typischer Bürgerenergieakteur, eine GbR, bezuschlagt.

⁷³ *Bundesnetzagentur*, Bericht Pilotausschreibungen zur Ermittlung der Förderhöhe von Photovoltaik-Freiflächenanlagen, 2016, S. 12, http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/PV-Freiflaechenanlagen/Bericht_Pilotausschreibungen_2015.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁷⁴ *K. Grashof/J. Kochems/U. Klann*, Charakterisierung und Chancen kleiner Akteure bei der Ausschreibung für Windenergie an Land, S. 6 m. w. N.

⁷⁵ *E. Gawel/A. Purkus/F. Bruttel*, Auktionen als Förderinstrument für erneuerbare Energien. Erfahrungen mit den Ausschreibungsrunden 2015 nach FFAV und Implikationen für die Weiterentwicklung im EEG 3.0, EnWZ 2016, S. 153, 155.

⁷⁶ 94 Prozent der Zuschläge gingen an GmbH und GmbH & Co KG und die restlichen Zuschläge an AG/SE.

⁷⁷ Vgl. *Bundesnetzagentur*, Bericht der Bundesnetzagentur, Pilotausschreibungen zur Ermittlung der Förderhöhe von Photovoltaik-Freiflächenanlagen, 2016 und *Bundesnetzagentur*, Hintergrundpapier zu den Ergebnissen der vierten Ausschreibungsrunde für Photovoltaik (PV) – Freiflächenanlagen vom 1. April 2016, http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/PVFreiflaechenanlagen/Gebotstermin_01_04_2016/Hintergrundpapier_01_04_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

⁷⁸ Z.B. erste und vierte Runde „pay-as-bid“, zweite und dritte Runde Einheitspreisverfahren und unterschiedliche Flächen.

belastbare Aussagen zur Akteursvielfalt zu treffen⁷⁹; es lässt sich aber eine Tendenz dahingehend erkennen, dass jedenfalls in diesen Segmenten (PV-Freiflächenanlagen größer als 1.000 kW) typische Bürgerenergieakteure unterdurchschnittlich vertreten sein werden. Wie hoch der Anteil von Bürgerenergieakteuren in diesem Segment in der Vergangenheit war, lässt sich aufgrund fehlender belastbarer Zahlen nicht eruieren, so dass auch hier kein unmittelbarer Vergleich möglich ist, sondern nur die aktuelle unterdurchschnittliche Präsenz von Bürgerenergieakteuren in den ersten fünf Ausschreibungsrunden konstatiert werden kann.

2. Ausnahmen von der sog. verpflichtenden Direktvermarktung

Im Zuge der Gesetzesentwicklung wurde im EEG 2009 zunächst nur die Möglichkeit zur Direktvermarktung eröffnet⁸⁰, später die Förderung der Direktvermarktung mittels Marktprämie eingeführt⁸¹ und schließlich die Direktvermarktung mit dem EEG 2014 verpflichtend vorgeschrieben. Anlagenbetreiber haben seitdem nur noch einen Anspruch auf die Marktprämie, wenn sie den Strom direkt vermarkten⁸². Der Begriff der Direktvermarktung ist in § 5 Nr. 9 EEG 2014 definiert. Danach ist

„[...] ‚Direktvermarktung‘ die Veräußerung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas an Dritte [...]“

Für „kleine Anlagen“ sind allerdings Ausnahmen vorgesehen. Nach § 37 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2014 waren zunächst alle Anlagen mit einer installierten Leistung von höchstens 500 kW, die bis zum 1. Januar 2016 in Betrieb genommen wurden, von der sog. verpflichtenden Direktvermarktung befreit; nach dem 31. Dezember 2015 gilt die Befreiung aufgrund von Nr. 2 nur noch für Anlagen mit einer installierten Leistung von höchstens 100 kW.

Ob es sich bei dem Schwellenwert von 100 kW um „Recht der Bürgerenergie“ handelt und wenn ja, um welche Ausprägung, hängt von dem Bezug der Norm zu Bürgerenergie ab. Aus dem Wortlaut lassen sich keinerlei Hinweise entnehmen. Zur Funktion und Höhe des Schwellenwertes heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Bei kleineren Neuanlagen stehen aus derzeitiger Sicht die mit der Direktvermarktung verbundenen Kosten, insbesondere für die obligatorische Fernsteuerbarkeit der Anlagen, noch in keinem angemessenen Verhältnis zu den Ertragsmöglichkeiten dieser An-

⁷⁹ Für die ersten drei Ausschreibungsrunden so auch im Ergebnis E. Gawel/A. Purkus/F. Bruttel, Auktionen als Förderinstrument für erneuerbare Energien. Erfahrungen mit den Ausschreibungsrunden 2015 nach FFAV und Implikationen für die Weiterentwicklung im EEG 3.0, EnWZ 2016, S. 153, 156.

⁸⁰ § 17 EEG 2009 ermöglichte Anlagenbetreibern von erneuerbaren Energien erstmals ihren Strom selbst zu vermarkten. Der Zeitraum der Direktvermarktung wurde auf die Vergütungsdauer nach § 21 Abs. 2 EEG 2009 angerechnet.

⁸¹ Die Höhe der Marktprämie bestimmt sich gemäß § 34 Abs. 2 Satz 2 EEG 2014 nach Anlage 1 EEG, d. h. aus der Differenz zwischen den gesetzlichen Vergütungssätzen („anzulegender Wert“) und dem Monatsmittelwert des Börsenpreises des Stroms („Monatsmarktwert“).

⁸² § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014.

lagen. Daher werden Neuanlagen mit einer installierten Leistung von weniger als 100 kW durch die Bagatellgrenze geschützt und haben auch weiterhin die Möglichkeit, statt der Direktvermarktung die Einspeisevergütung zu nutzen.“⁸³

In der Begründung des Regierungsentwurfs⁸⁴ wird die Intention des Gesetzgebers noch etwas deutlicher formuliert:

„Die ab 2017 geltende untere Grenze stellt sicher, dass keine Kleinanlagen zur Direktvermarktung verpflichtet werden, bei denen die Direktvermarktungskosten nach aktueller Einschätzung den Nutzen der Direktvermarktung für das Gesamtsystem übersteigen würden.“

Hintergrund des Schwellenwerts sind damit in erster Linie Verhältnismäßigkeitserwägungen, d. h. eine Abwägung zwischen den Kosten für Anlagenbetreiber und dem Nutzen der Direktvermarktung für das Gesamtsystem. Damit knüpft die Regelung ausschließlich an die Anlagengröße an und adressiert sämtliche Marktakteure, die eine „kleine Anlage“ betreiben. Sie gilt unabhängig davon, ob es sich dabei um Privatpersonen, Energiegenossenschaften, mittelständische Unternehmen oder Konzerne handelt. Für die Anwendung ist nur entscheidend, dass die installierte Leistung von 500 kW nicht überschritten wird.

Die Regelung entlastet damit zwar kleine Anlagen bzw. Betreiber kleiner Anlagen. Aus der Gesetzesbegründung geht aber nicht hervor, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des Schwellenwerts den Erhalt bestimmter Akteure am Markt vor Augen hatte. Damit dient die Ausnahme nicht zuletzt dem im Verfassungsrecht wurzelnden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁸⁵. Bürgerenergie wird dabei nur indirekt durch die Gruppe der kleinen Akteure adressiert, da sich unter den Bürgerenergieprojekten zahlreiche kleine Projekte befinden, so z. B. auch einzelne Privatpersonen, die eine PV-Anlage betreiben⁸⁶.

Da die Norm nicht explizit für den Erhalt der Akteursvielfalt geschaffen wurde und damit die Gruppe „kleine Akteure“ auch nicht gezielt als Adressaten vorgesehen sind, weist der Schwellenwert nur eine geringe Nähe zum Kern des Bürgerenergierechts, dem „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“, auf. Festzustellen ist aber, dass der Schwellenwert für die Direktvermarktung *auch* für Bürgerenergie zur Anwendung kommt. Er ist zwar an einen größeren Adressatenkreis gerichtet, er ist aber aufgrund der hohen Anzahl kleiner Anlagen für die Realisierung von Bürgerenergieprojekten regelmäßig von besonderer Bedeutung.

Insoweit gehört der Schwellenwert für die verpflichtende Direktvermarktung dem „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ an.

⁸³ BT-Drs. 18/1891, S. 205.

⁸⁴ BT-Drs. 1304, S. 138.

⁸⁵ Art. 20, 28 Abs. 1 GG.

⁸⁶ Vgl. B. I.

3. Privilegien in Bezug auf die EEG-Umlage

Nach § 60 EEG 2014 werden Letztverbraucher im Rahmen ihrer Stromrechnung grundsätzlich mit der EEG-Umlage belastet. Die EEG-Umlage ist Teil des Strompreises, der sich in Deutschland stark nach staatlich induzierten und regulierten Strompreisbestandteilen richtet⁸⁷. Die EEG-Umlage beläuft sich gegenwärtig (2016) auf 6,35 Cent pro kWh⁸⁸ und wird zum 1.1.2017 auf 6,88 Cent pro Kilowattstunde steigen. Sie macht damit aktuell 22,2 Prozent des durchschnittlichen Haushaltsstrompreises aus⁸⁹. Ist der Bezugspreis für Strom „aus dem Netz“ wesentlich höher als die Gestehungskosten für selbst erzeugten Strom, kann sich für Anlagenbetreiber ein Verzicht auf die Einspeisevergütung/Marktprämie lohnen, wenn – wie z. B. bei der Eigenversorgung⁹⁰ – einzelne Strompreisbestandteile entfallen oder sich reduzieren.

Vor diesem Hintergrund war die rechtliche Entwicklung der Eigenversorgung stärkeren Schwankungen unterworfen. Während die Eigenversorgung bei PV-Anlagen im EEG 2009 noch direkt gefördert wurde⁹¹, die Bundesregierung im September 2010 für die EEG-Novelle 2012 noch die Weiterentwicklung der Eigenversorgung zur tatsächlichen Entlastung der Netze in Aussicht stellte⁹² und durch das EEG 2012 ein Anreiz durch die sog. „90-Prozent-Regelung“⁹³ gesetzt wurde, fand im Übrigen ein Paradigmenwechsel statt⁹⁴. Die Umlagepflicht wurde als Regel implementiert, jedoch zugleich mit einer weitreichenden Ausnahmemöglichkeit versehen, so dass in der Praxis vielfach keine EEG-Umlage anfiel⁹⁵. Mangels expliziter gesetzlicher Regelung bestand jedoch stets eine rechtliche Unsicherheit, wann die Voraussetzungen für eine EEG-umlagefreie Eigenversorgung gegeben waren⁹⁶. Schließlich wurde der Begriff der Eigenversorgung in § 5 Nr. 12 EEG 2014 definiert und die Möglichkeit für eine Befreiung mit dem EEG 2014 stark begrenzt⁹⁷. Parallel wurden die Voraussetzungen für die Eigenversorgung durch eine eher restriktive Auslegung der Tatbestandsmerkmale des

⁸⁷ H. Kahl/J. Hilpert/M. Kahles, Experimentierklauseln im Energierecht – Zur rechtlichen Beurteilung von Sondervorschriften für Pilot- und Demonstrationsvorhaben, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 20 vom 09.03.2016, S. 2.

⁸⁸ BMWi, Staatlich veranlasste Bestandteile des Strompreises, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Energiemarkt-und-Verbraucherinformationen/preise,did=649352.html>.

⁸⁹ BDEW Strompreisanalyse 2016, abrufbar unter: [https://www.bdew.de/internet.nsf/id/DC9ABD3F2D97604DC1257F42002E5075/\\$file/160122%20BDEW%20zum%20Strompreis%20der%20Haushalte%20Anhang.pdf](https://www.bdew.de/internet.nsf/id/DC9ABD3F2D97604DC1257F42002E5075/$file/160122%20BDEW%20zum%20Strompreis%20der%20Haushalte%20Anhang.pdf).

⁹⁰ Die Eigenversorgung wird häufig auch als Eigen- oder Selbstverbrauch bezeichnet, was darauf beruht, dass sich im Laufe der Jahre auch die gesetzlichen Begrifflichkeiten verändert haben. So lautete z.B. die Formulierung in § 33 Abs. 2 EEG 2009 noch „selbst verbrauchen“. In Bezug auf steuerliche Regelungen wurde in § 51 Energiesteuergesetz und § 59 der Energiesteuer-Durchführungsverordnung der Begriff „Eigenverbrauch“ verwendet.

⁹¹ § 33 Abs. 2 EEG 2009.

⁹² BT-Drs. 17/3049, S. 4.

⁹³ § 33 Abs. 1 EEG 2012.

⁹⁴ 37 Abs. 3 EEG 2012.

⁹⁵ F. Sailer/K. Kantenwein, in: J. Reshöft/M. Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2014, Einl Rn. 226 f.

⁹⁶ C. Engel, Bestandsschutz für die Eigenversorgung, IR 2015, S. 122 m.w.N.

⁹⁷ § 61 Abs. 2 EEG 2014.

§ 61 EEG 2014 im Leitfaden der Bundesnetzagentur (BNetzA) weiter eingegrenzt⁹⁸; eine Befreiung von der EEG-Umlage kommt nunmehr nur noch unter diesen engen Voraussetzungen in Betracht. Für die Zukunft gilt zudem zu beachten, dass mit § 27a Abs. 1 EEG 2017 eine zusätzliche Beschränkung implementiert wurde. Danach dürfen Betreiber von Anlagen, deren anzulegender Wert durch Ausschreibungen ermittelt wurde und die Zahlungen nach dem EEG 2017 in Anspruch nehmen, den erzeugten Strom grundsätzlich nicht zur Eigenversorgung nutzen.

Ob sich an der tendenziell restriktiven Haltung des Gesetzgebers zur Eigenversorgung etwas aus europäischer Perspektive ändern könnte, scheint eher ungewiss. Bislang existieren jedenfalls keine direkten Regelungen auf EU-Ebene hierfür. Die Situation in den Mitgliedstaaten gestaltet sich zudem uneinheitlich, zum Teil ist der Eigenverbrauch in einigen Mitgliedstaaten sogar untersagt. Das Thema Eigenverbrauch wurde aber zumindest vor kurzem von der Europäischen Kommission in Zusammenhang mit der Rahmenstrategie für eine krisenfesten Energieunion aufgegriffen⁹⁹ und die besondere Rolle und die Möglichkeiten von Verbrauchern hervorgehoben, wenn sie „gleichzeitig Produzenten und Verbraucher“ sind¹⁰⁰. Ob dies auf künftig vereinheitlichende Regelungen, eine Definition des „Prosumers“ oder eine bloße „Erlaubnis“ der Eigenversorgung in allen Mitgliedstaaten hinausläuft bzw. ob Vorgaben im Rahmen der zukünftigen Erneuerbare-Energien-Richtlinie adressiert werden und in welcher Form dann eine Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber erfolgen würde, lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht vorhersehen¹⁰¹. Insofern bleibt abzuwarten, ob und inwieweit europäische Vorgaben die Regelungen zum Eigenverbrauch im nationalen Recht zukünftig beeinflussen werden und ob sich dadurch Änderungen im deutschen Recht ergeben.

Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob und in welcher Form die gegenwärtig vorgesehenen Privilegierungen hinsichtlich der EEG-Umlage dem „Recht der Bürgerenergie“ zugeordnet werden können. In § 61 Abs. 1 EEG 2014 ist die Reduzierung der EEG-Umlage bei Eigenversorgung vorgesehen. Seit 1. Januar 2016 beläuft sich die anteilige Höhe für Eigenver-

⁹⁸ Leitfaden zur Eigenversorgung der Bundesnetzagentur vom Juli 2016, http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Eigenversorgung/Finaler_Leitfaden.pdf;jsessionid=3E80CDCFA4F8067720ADB60DD544CBDC?__blob=publicationFile&v=2.

⁹⁹ Mitteilung der Kommission, Rahmenstrategie für eine krisenfesten Energieunion mit einer zukunftsorientierten Klimaschutzstrategie vom 25.02.2015, KOM(2015) 80 final, „...streben wir eine Energieunion an, in deren Mittelpunkt die Bürger und Bürgerinnen stehen, die ihrerseits Verantwortung für die Umstellung des Energiesystems übernehmen, neue Technologien zur Senkung ihrer Energiekosten nutzen, aktiv am Markt teilnehmen....“

¹⁰⁰ Mitteilung der Kommission vom 15.07.2015: COM(2015) 339 final. „Durch die Kombination von dezentraler Stromerzeugung und -speicherung und nachfrageseitiger Flexibilität können die Verbraucher außerdem (einen Teil) ihres Energiebedarfs selbst decken und managen und so ihre Energiekosten reduzieren – sie sind dann gleichzeitig Produzenten und Verbraucher.“

¹⁰¹ Eine Definition des „Prosumer“-Begriffs mit einer klaren Abgrenzung von Privathaushalten und Unternehmen fordert z. B. H. Schneidewindt, Brauchen (deutsche) Verbraucher und Prosumer die EU-Energieunion? Oder braucht die EU-Kommission die Verbraucher für die Energieunion? ER 2016, S. 16, 21.

sorger auf 35 Prozent¹⁰² und ab 1. Januar 2017 auf 40 Prozent¹⁰³ der regulären EEG-Umlage. Nach der Definition für die Eigenversorgung in § 5 Nr. 12 EEG 2014 ist dafür erforderlich, dass der erneuerbar erzeugte Strom zum einen durch den Betreiber der Anlage selbst im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Stromerzeugungsanlage verbraucht und zum anderen „nicht durch ein Netz durchgeleitet“ wird¹⁰⁴. Neben der Reduzierung enthalten die Nummern 1 bis 4 von § 61 Abs. 2 EEG 2014 Konstellationen in denen die EEG-Umlage vollständig entfällt. Von den dort aufgeführten Varianten ist für die vorliegende Fragestellung der Schwellenwert von 10 kW in Nummer 4 von Interesse. Danach sind Anlagen mit einer installierten Leistung von höchstens 10 kW für höchstens 10 MWh selbst verbrauchten Strom im Kalenderjahr von der EEG-Umlage befreit¹⁰⁵, die EEG-Umlage fällt somit erst für den über 10 MWh in einem Kalenderjahr hinausgehenden selbst verbrauchten Strom an¹⁰⁶.

Aus dem Wortlaut lässt sich nicht entnehmen, dass es sich bei der Reduzierung der EEG-Umlage um „Recht der Bürgerenergie“ handelt. Auch aus der Entstehungsgeschichte der Eigenversorgung lässt sich kein besonderer Bezug zu Bürgerenergie herleiten¹⁰⁷. Vielmehr ist das Privileg der Eigenversorgung aus der Struktur des EEG-Belastungsausgleichs entstanden. Danach ist es („Stufe vier Wälzungsmechanismus“) Aufgabe der Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB)¹⁰⁸ die EEG-Umlage von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen¹⁰⁹ einzuziehen¹¹⁰. Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen wiederum sind berechtigt („Stufe fünf Wälzungsmechanismus“), sich die EEG-Umlage von den von ihnen belieferten Letztverbrauchern erstaten zu lassen¹¹¹. Auf diesem Wege wurde die Erhebung der EEG-Umlage mit der Lieferbeziehung verbunden und die EEG-Umlage Strompreisbestandteil. Da in Fällen der Eigenversorgung keine Lieferung an Letztverbraucher erfolgt, blieben Eigenversorger bei dem EEG-Belastungsausgleich bis zum Inkrafttreten des EEG 2012 außen vor. Erst in § 37 Abs. 3 EEG 2012 wurde erstmalig das Eigenversorgungsprivileg verankert und dabei neben dem Strombezug auch an den Verbrauch von Strom, der nicht von einem Elektrizitätsversorgungsunter-

¹⁰² § 61 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014.

¹⁰³ § 61 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2014.

¹⁰⁴ Gemäß § 5 Nr. 26 EEG 2014 ist „Netz“ die Gesamtheit der miteinander verbundenen technischen Einrichtungen zur Abnahme, Übertragung und Verteilung von Elektrizität für die allgemeine Versorgung.

¹⁰⁵ § 61 Abs. 2 Nr. 4 EEG 2014.

¹⁰⁶ BT-Drs. 18/1304, S. 155; M. Böhme/E. Schreiner, in: K. Greb/M. Boewe (Hrsg.), EEG 2014, § 61 Rn. 14.

¹⁰⁷ So wird die Motivation für die gesetzliche Verankerung des Eigenversorgungsprivilegs z. B. als rechtstechnisches Erfordernis verstanden, vgl. A. Klemm, EEG-Umlage und Eigenstromprivileg, REE 2013, S. 1 f.

¹⁰⁸ Gemäß § 3 Nr. 10 EnWG sind Betreiber von Übertragungsnetzen natürliche oder juristische Personen oder rechtlich selbständige Organisationseinheiten einer Energieversorgungsunternehmens, die die Aufgabe der Übertragung von Elektrizität wahrnehmen und die verantwortlich sind für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Übertragungsnetzes in einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls der Verbindungsleitung zu anderen Netzen.

¹⁰⁹ Gemäß § 5 Nr. 13 EEG 2014 sind Elektrizitätsversorgungsunternehmen jede natürliche oder juristische Person, die Elektrizität an Letztverbraucher liefert.

¹¹⁰ Vgl. § 60 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014, § 37 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012, § 37 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009, § 14 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004, § 11 Abs. 4 Satz 1 EEG 200.

¹¹¹ Vgl. § 60 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014, § 37 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012, § 37 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009, § 14 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004, § 11 Abs. 4 Satz 1 EEG 200.

nehmen geliefert wird, angeknüpft, womit erstmalig auch Fälle der Eigenversorgung erfasst wurden¹¹².

Allein der § 61 Abs. 2 Nr. 4 EEG 2014 adressiert aufgrund seiner Ausrichtung auf kleine Anlagen *auch* Bürgerenergie. Die Begründung für diesen Schwellenwert lautet:

„Nummer 4 nimmt die bisherige Bagatellgrenze für kleine Stromerzeugungsanlagen, insbesondere PV- und Mini-KWK-Anlagen, mit den unveränderten Grenzwerten (10 kW, 10 MWh) in Absatz 2 auf (bisher § 58 Absatz 5 des Regierungsentwurfs) [...] Diese Bagatellgrenze dient insbesondere der Vermeidung eines unverhältnismäßigen bürokratischen Aufwands. Die zu erwartenden Einnahmen aus einer EEG-Umlage für Kleinanlagen würden in vielen Fällen den Aufwand für die Abwicklung nicht decken.“¹¹³

Daraus wird deutlich, dass die Einführung einer Bagatellgrenze – ähnlich der Bagatellgrenze für die sog. verpflichtende Direktvermarktung von 100 kW¹¹⁴ – primär allgemeinen Verhältnismäßigkeitserwägungen geschuldet ist. Gerade bei kleinen Anlagen stünde der hohe Aufwand für die Erfassung der Eigenversorgung wegen der geringen Stromerzeugungsmenge nicht im Verhältnis zu den potentiellen Umlageeinnahmen¹¹⁵. Die Ausnahmeregelung knüpft damit ebenfalls ausschließlich an die Größe der Anlage und nicht an eine bestimmte Akteursgruppe an; sie kann grundsätzlich jedenfalls sowohl von kleinen Bürgerenergieakteuren als auch großen Unternehmen in Anspruch genommen werden, solange diese die Voraussetzungen der Eigenversorgung erfüllen und die Anlage eine installierte Leistung von höchstens 10 kW nicht überschreitet.

Da in die Verhältnismäßigkeitserwägungen auch nicht der Erhalt einer bestimmten Akteursgruppe eingeflossen ist, lässt sich der Bezug zu Bürgerenergie nur indirekt über den Umstand herstellen, dass von Privilegien für kleine Anlagen bzw. kleine Akteure gleichzeitig eine große Anzahl von Bürgerenergieakteuren betroffen ist.

Bei dem Schwellenwert von 10 kW in § 61 Abs. 2 Nr. 4 EEG handelt es sich mithin nur um „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“.

4. Zusammenfassung EEG 2014

Wie sind die gegenwärtig (noch) geltenden Regelungen im EEG 2014 in Bezug auf „Recht der Bürgerenergie“ zu bewerten? Bürgerenergie oder Bürgerenergieakteure werden in keiner

¹¹² Weiterführend zur Entstehung und Entwicklung der Eigenversorgung z. B. A. Schäfermeier, in: J. Reshöft/A. Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2014, § 37 Rn. 7 ff; .C. Moench/A. Lippert, Eigenversorgung im EEG 2014, EnWZ 2014, 392 ff.

¹¹³ BT-Drs. 18/1891, S. 208.

¹¹⁴ Vgl. C. I. 2.

¹¹⁵ BT-Drs. 18/1304, S. 107.

der exemplarisch untersuchten Regelungen ausdrücklich benannt oder adressiert. Auch lässt sich aus den jeweiligen Gesetzesbegründungen keine ausdrückliche Ausrichtung auf Bürgerenergie ableiten. Allein der Programmsatz zum Erhalt der Akteursvielfalt in § 2 Abs. 5 Satz 3 EEG 2014 weist eine Nähe zu Bürgerenergie auf, da die Intention des Gesetzgebers in diesem Zusammenhang auch auf den Erhalt von Bürgerenergie gerichtet ist. Bei den anderen Regelungen handelt es sich überwiegend um Schwellenwerte, die in erster Linie dazu dienen, den im Verfassungsrecht wurzelnden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹¹⁶ zu wahren. Da es sich bei Bürgerenergieakteuren häufig auch um kleine Akteure bzw. Betreiber kleiner Anlagen handelt, die Ausnahmen aber von sämtlichen Marktakteuren, die ein kleines Projekt umsetzen, in Anspruch genommen werden können, sind Bürgerenergieakteure lediglich *auch* Adressaten zahlreicher allgemeiner Vorschriften. Das EEG 2014 adressiert demzufolge weder ausschließlich noch ausdrücklich Bürgerenergieakteure. Auch die darin enthaltenen einzelnen Regelungen, wie der direkte Fördermechanismus und die damit verbundenen Voraussetzungen, gelten lediglich auch für Bürgerenergieakteure, solange sie kleine Projekte umsetzen.

Demzufolge fallen die Ausnahmeregelungen des EEG 2014 unter „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“.

II. Rechtsrahmen EEG 2017

Mit dem EEG 2017 wird der Systemwechsel auf Ausschreibungen vollzogen. Das allgemeine Ausschreibungsverfahren ist nunmehr in den §§ 28 ff. EEG 2017 geregelt¹¹⁷. Vorgesehen sind technologiespezifische Ausschreibungen, wobei für Solar und Windenergie von 2018 bis 2020 auch technologieübergreifende „Innovationsausschreibungen“¹¹⁸ eingeführt¹¹⁹ und darüber jährlich 400 MW vergeben werden sollen¹²⁰. Parallel postuliert § 2 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 – wie bereits im EEG 2014 – nahezu wortgleich der Erhalt der Akteursvielfalt¹²¹:

„Dabei soll die Akteursvielfalt bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erhalten bleiben.“

In diesem Zusammenhang wurden mehrere Ausnahmeregelungen vorgesehen. Z. B. müssen Windenergie- und Solaranlagen mit einer Leistung bis 750 kW nicht an Ausschreibungsver-

¹¹⁶ Art. 20, 28 Abs. 1 GG.

¹¹⁷ Zu den Neuerungen im Verhältnis EEG 2017 und EEG 2014 siehe auch die aktualisierte Synopse der Stiftung Umweltenergierecht unter: http://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2016/07/Stiftung_Umweltenergierecht_Synopse_EEG_2017_Beschluss_Bundestag-2.pdf.

¹¹⁸ Diese sind wohl auf Druck der EU-Kommission, die in ihren Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien grundsätzlich technologie neutrale Ausschreibungen verlangt aufgenommen worden, vgl. H. Kahl/M. Kahles/T. Müller, Neuordnung im EEG 2017, ER 2016, S. 187, 189.

¹¹⁹ §§ 39j, 88c EEG 2017.

¹²⁰ § 28 Abs. 5 EEG 2017.

¹²¹ Siehe unter I. 1.

fahren teilnehmen (Bagatellgrenze)¹²², kommen bei gleichen Gebotswerten Gebote mit kleineren Gebotsmengen zum Zuge¹²³ und werden Ausnahmen bei der Ausschreibung von Windenergie für Bürgerenergiegesellschaften¹²⁴ vorgesehen. Es stellt sich daher die Frage, ob und inwieweit die vorgesehenen Ausnahmevorschriften, die sich zum einen auf die Größe von Anlagen (dazu 1.) aber auch auf die Größe der Gebotsmengen (dazu 2.) sowie auf bestimmte Konstellationen (dazu 3.) und bestimmte Akteure beziehen (dazu 4.) dem „Recht der Bürgerenergie“ im engeren oder weiteren Sinne zugeordnet werden können.

1. Bagatellgrenze von 750 kW

Vom Grundsatz der Ausschreibung zur Ermittlung der Vergütungshöhe¹²⁵ nimmt das EEG 2017 Windenergieanlagen¹²⁶ und Solaranlagen¹²⁷ mit einer installierten Leistung bis zu 750 kW aus. Für Strom aus Anlagen, die diese einheitliche Bagatellgrenze von 750 kW nicht überschreiten, besteht (wie zuvor) ein Anspruch auf Zahlung, der sich in seiner Höhe an dem gesetzlich festgesetzten „anzulegenden Wert“ bemisst¹²⁸.

Da diese Ausnahmeregelung ausschließlich an die Anlagengröße anknüpft und im Wortlaut keine bestimmten Akteure adressiert, ließe sich bezüglich der Einordnung als „Recht der Bürgerenergie“ im engeren oder weiteren Sinne ähnlich der Ausnahme für kleine Anlagen (bis 100 kW) von der Direktvermarktungsverpflichtung in § 37 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2014 argumentieren. Die Einführung der Bagatellgrenze von 750 kW soll aber nicht nur der Senkung der Bürokratiekosten¹²⁹, insbesondere im Solarbereich¹³⁰, sondern auch der Sicherung der Akteursvielfalt dienen:

„Bisher haben kleine und mittlere Akteure einen hohen Anteil des Zubaus bei den erneuerbaren Energien realisiert. Bürgerenergieprojekte und lokal verankerte Projektentwickler haben viel zur Akzeptanz der Energiewende beigetragen. Im Rahmen von Ausschreibungen erhöht eine solche Akteursvielfalt den Wettbewerb und mindert so mittelbar Kosten. Die Akteursvielfalt soll aus diesen Gründen im Rahmen der Ausschreibungen gewahrt werden. Die Akteursvielfalt spielt bei Photovoltaik eine besondere Rolle, weil hier besonders viele kleine und wenig professionelle Akteure Anlagen errichten und betreiben. Selbst wenn es sich nicht um Privatpersonen, sondern um Gewerbetriebe handelt, bauen sie in

¹²² Die Ausnahme für Windenergieanlagen ist in § 19 Abs. 2 Nr. 1 EEG und für Solaranlagen in § 19 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 vorgesehen.

¹²³ § 32 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017.

¹²⁴ § 36g EEG 2017.

¹²⁵ § 22 Abs. 1 EEG 2017.

¹²⁶ § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 EEG 2017.

¹²⁷ § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017.

¹²⁸ Differenzierung nach Anlagengröße, vgl. § 19 und 20 EEG 2017.

¹²⁹ BT-Drs. 18/8860, S. 2.

¹³⁰ Zu den Erwägungen zum administrativen Aufwand bei kleineren und mittleren Solaranlagen vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 198.

*der Regel nur eine einzige Anlage. Die Einarbeitung in ein Ausschreibungssystem ist deshalb eine deutlich größere Hürde als in anderen Bereichen. Aus diesen Gründen wird eine Bagatellgrenze für die Umstellung auf Ausschreibungen eingeführt. Für Solaranlagen und Windenergieanlagen an Land liegt die Bagatellgrenze bei 750 kW.*¹³¹

Aus der Gesetzesbegründung geht ferner hervor, dass die Bagatellgrenze im Solarbereich darauf abzielt, Akteuren mit einem geringen Professionalisierungsgrad, die i. d. R. nur ein einziges Projekt verwirklichen, den zusätzlichen administrativen Aufwand und die zusätzlichen Risiken, die mit einer Ausschreibung verbunden sind, zu ersparen¹³². Zwar wird dabei – anders als im Falle der Ausnahme von der Direktvermarktungsverpflichtung – zusätzlich der Erhalt der Akteursvielfalt in die Verhältnismäßigkeitserwägungen einbezogen, um eine bestimmte Erzeugungsstruktur zu bewahren. Die Einführung der Bagatellgrenze von 750 kW folgt aber primär Verhältnismäßigkeitserwägungen und ist damit ebenfalls Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Im Übrigen schöpft der deutsche Gesetzgeber mit der Festsetzung einer Bagatellgrenze von 750 kW weder den Spielraum für Solaranlagen noch für Windenergieanlagen in Hinblick auf europäische Vorgaben aus. Die allgemeine Grenze für Ausnahmen von der Ausschreibungsverpflichtung wurde von der Europäischen Kommission in ihren beihilferechtlichen Vorgaben grundsätzlich auf 1 MW festgesetzt¹³³. Diese Bagatellgrenze wurde im EEG 2017

*„[...] leicht nach unten angepasst, um mehr Anlagen in die Ausschreibungen zu integrieren.*¹³⁴

Für Windenergie dürfte die Bagatellgrenze von 750 MW faktisch sowieso keine Relevanz haben, da Windenergieanlagen heute marktüblich über eine Leistung von weit mehr als 750 kW verfügen. Im Rahmen der beihilferechtlichen Vorgaben der EU wurde dieser Umstand hingegen berücksichtigt und eine spezifische Ausnahmeregelung für Windenergieanlagen von „6 MW oder 6 Erzeugungseinheiten“ vorgesehen¹³⁵. In der auf Nachfrage erfolgten Präzisierung der EU-Wettbewerbs-Kommissarin wird bei der Formulierung „6 MW oder 6 Erzeugungseinheiten“ von einer durchschnittlich großen Erzeugungseinheit von 2,5 bis 3

¹³¹ BT-Drs. 18/8860, S. 147.

¹³² BT-Drs. 18/8832, S. 198.

¹³³ UEBLL Rn. 127: „Für Anlagen mit einer installierten Stromerzeugungskapazität von weniger als 1 MW [...] können Beihilfen ohne Ausschreibungen nach Randnummer (126) gewährt werden.“

¹³⁴ BT-Drs. 18/8860, S. 5.

¹³⁵ UEBLL Rn. 127: „Für Anlagen mit einer installierten Stromerzeugungskapazität von weniger als 1 MW und Demonstrationsvorhaben, ausgenommen Windkraftanlagen, für die als Grenzwert eine installierte Stromerzeugungskapazität von 6 MW oder 6 Erzeugungseinheiten gilt, können Beihilfen ohne Ausschreibungen nach Randnummer (126) gewährt werden.“

MW und damit von insgesamt 18 MW (6 x 3) ausgegangen¹³⁶. Diese Formulierung könnte jedoch auch als 6 x 6 und im Falle überdurchschnittlich großer Erzeugungseinheiten als eine Ausnahme bis zu einer Größenordnung von insgesamt 36 MW gelesen werden¹³⁷. In Bezug auf eine Bagatellgrenze für Windenergieanlagen wäre dem Gesetzgeber jedenfalls auch eine Festlegung oberhalb von 1 MW möglich gewesen.

Für die Frage, inwieweit es sich bei der Bagatellgrenze um eine bürgerenergiespezifische Regelung handelt ist festzustellen, dass die 750-kW-Grenze alle Marktakteure betrifft, die ein kleineres Projekt umsetzen wollen. Insoweit adressiert die Bagatellgrenze kleine und damit (im Falle von PV, da sie für Windenergie voraussichtlich ohnehin nicht zum Tragen kommt) wohl zu einem großen Anteil auch Bürgerenergieprojekte.

Da sie jedoch als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für sämtliche Akteure gilt, handelt es sich bei der Bagatellgrenze nicht um „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“, sondern lediglich um „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“.

2. Höhe der Gebotsmenge

Nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 sortiert die BNetzA die Gebote wie folgt:

„Bei demselben Gebotswert nach der jeweiligen Gebotsmenge in aufsteigender Reihenfolge, beginnend mit der niedrigsten Gebotsmenge;“

Es stellt sich die Frage, ob eine Privilegierung der geringen Gebotsmenge bei demselben Gebotswert als „Recht der Bürgerenergie“ gelesen werden kann und wenn ja, um welche Form des Bürgerenergierechts es sich bei dieser Regelung handelt.

Aus dem Wortlaut der Norm lässt sich keine bürgerenergiespezifische Ausrichtung erkennen. In der Gesetzesbegründung ist zum Zweck der Regelung ausgeführt:

„Durch die Regelung, dass bei gleichen Gebotswerten Gebote mit kleineren Gebotsmengen vorgehen, werden insbesondere kleine und mittlere Unternehmen (KMU) und sonstige kleine Bieter begünstigt. Dies ist ein weiterer Baustein, um das Ziel zu erreichen, bei der Umstellung auf Ausschreibungen die Akteursvielfalt zu erhalten (§ 2 Absatz 3 Satz 2 EEG 2016).“¹³⁸

Zunächst ist festzustellen, dass der Gesetzgeber hier Bezug auf „kleine und mittlere Unternehmen (KMU)“ nimmt, hier also nicht von einer bestimmten Gebotsmenge ausgegangen

¹³⁶ EU-Wettbewerbs-Kommissarin Margrethe Vestager auf Anfrage des BWE vom 6. Januar 2016, abrufbar unter: <https://www.wind-energie.de/presse/meldungen/2016/ausschreibungen-eu-wettbewerbskommissarin-zum-thema-de-minimis-0>.

¹³⁷ Vgl. H. Münchmeyer/H. Kahl, Der Bagatellvorbehalt bei Ausschreibungen für Windenergie in den Beihilfeleitlinien der Europäischen Kommission, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 10 vom 16.10.2014.

¹³⁸ BT-Drs. 18/8860 S. 206.

wird. Darüber hinaus ist als Ziel und damit Ausrichtung der Norm der Erhalt der Akteursvielfalt angeführt. Damit geht der Zweck der Regelung – ebenso wie bei der Bagatellgrenze von 750 kW – über rein ökonomische Verhältnismäßigkeitserwägungen hinaus. Zwar werden auch mit dem Erhalt der Akteursvielfalt ökonomische Interessen verfolgt:

„Im Rahmen von Ausschreibungen erhöht eine solche Akteursvielfalt den Wettbewerb und mindert so mittelbar Kosten.“¹³⁹

Durch die Bevorzugung der jeweils kleineren Gebotsmenge erfolgt jedoch gleichzeitig eine Entscheidung zugunsten einer größeren Anzahl von Stromerzeugern, die an Ausschreibungsverfahren teilnehmen. Bei der Vorschrift geht es also nicht darum, einen konkreten Schwellenwert festzulegen, um Akteuren einer zuvor bestimmten Größenordnung den Vorzug zu geben. Deshalb erscheint fraglich, ob damit tatsächlich eine Entscheidung zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen getroffen wurde, denn zum einen würde auch ein großes Gebot bevorzugt, solange das konkurrierende Gebot noch größer ist. Bei „noch größer“ könnte es sich auch um ein nur geringfügig größeres Gebot handeln. Darüber hinaus wäre auch eine Umgehung denkbar. Im Extremfall käme z. B. in Betracht, dass größere Unternehmen sicherheitshalber kleinere Menge bieten und diese dann nur geringfügig kleiner sind als z. B. die einer Energiegenossenschaft. In diesem Fall käme das größere Unternehmen mit der geringfügig kleineren Gebotsmenge zum Zug. Abgesehen davon bleibt abzuwarten, ob und wie häufig diese auf rein zufällig eintretende Konstellationen zielende Regelung überhaupt zu Anwendung kommt, d. h. wie oft zwei Bieter in derselben Runde exakt denselben Preis bieten.

Da es in jedem Einzelfall stets auf die Größe des Gebots der Konkurrenz ankommt und damit auch große Gebotsmengen zum Zuge kommen können, solange sie nur kleiner als die des Mitbieters sind, betrifft die Regelung sämtliche Marktakteure, d. h. sie richtet sich – entgegen den Ausführungen in der Gesetzesbegründung – nicht generell an kleine und mittlere Unternehmen (KMU), sondern je nach Einzelfall auch an große oder sehr große Unternehmen. Aufgrund dieser Wirkung ist zweifelhaft, ob es sich hier überhaupt um Bürgerenergie recht handeln kann.

Durch die Grundaussage, dass der jeweils kleinere „gewinnt“ wird noch davon auszugehen sein, dass § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 „gerade noch“ dem „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ zuzuordnen ist.

3. Mieterstrommodelle

Mit § 95 Nr. 2 EEG 2017 wird eine Verordnungsermächtigung für sog. Mieterstrommodelle eingefügt, die dazu dienen soll, diese mit Eigenversorgungsmodellen gleichzustellen¹⁴⁰. In

¹³⁹ BT-Drs. 18/8860 S. 147.

Zusammenhang mit Mieterstrommodellen ist seit längerem Gegenstand energiepolitischer Diskussionen, dass Mieterinnen und Mieter, die mit EE-Strom versorgt werden, der auf dem Dach des „eigenen“ Mietshauses erzeugt wird, mangels Personenidentität von Anlagenbetreiber und Letztverbraucher bislang nicht von den Privilegien der Eigenversorgung profitieren konnten. Es stellt sich daher die Frage, ob es sich bei der in § 95 Nr. 2 EEG 2017 vorgesehenen Gleichstellung um eine bürgerenergiespezifische Regelung handelt. Die Vorschrift lautet:

„Die Bundesregierung wird ferner ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates,

2. zur Förderung von Mieterstrommodellen zu regeln, dass Betreiber von Solaranlagen eine verringerte EEG-Umlage für Strom aus ihrer Solaranlage zahlen müssen,

a) die Solaranlage auf, an oder in einem Wohngebäude installiert ist und

b) der Strom zur Nutzung innerhalb des Gebäudes, auf, an oder in dem die Anlage installiert ist, an einen Dritten geliefert wird;

dabei kann zwischen verschiedenen Anlagengrößen oder Nutzergruppen unterschieden werden,“

In formaler Hinsicht handelt es sich dabei zwar „nur“ um eine Verordnungsermächtigung, deren Umsetzung und Ausgestaltung erst noch erfolgen muss und deshalb abzuwarten bleibt. Nichtsdestotrotz können an dieser Stelle die darin enthaltenen Vorgaben auf ihre Bedeutung für den Adressatenkreis Bürgerenergie schon untersucht werden. Aufgrund des Wortlauts dieser Verordnungsermächtigung lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt festhalten, dass die darin enthaltene Privilegierungsmöglichkeit grundsätzlich an alle Betreiber von Solaranlagen gerichtet ist; eine anteilige Befreiung von der EEG-Umlage kommt demnach ungeachtet des Betreiberprofils in Betracht. Eines der Hauptkriterien für Bürgerenergie ist jedoch die Investition in EE-Anlagen unter wesentlicher Beteiligung und damit auch Mitbestimmung(smöglichkeit) von Bürgerinnen und Bürgern¹⁴¹. Da in der Verordnungsermächtigung der adressierte Betreiberkreis nicht näher eingegrenzt wird, wäre auch eine Umsetzung denkbar, bei der neben typischen Bürgerenergieakteuren, wie Energiegenossenschaften etc., auch andere Akteure – wie etwa institutionelle Immobilienfonds – von dieser Sonderregelung profitieren. Eine rein wirtschaftliche Privilegierung der Verbraucher – vorausgesetzt sie wird vom Anlagenbetreiber auch entsprechend weitergegeben – wird vom Verständnis von Bürgerenergie jedoch nicht umfasst.

Demzufolge fällt die vorgesehene Privilegierungsmöglichkeit in der Verordnungsermächtigung nicht unter „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“. Da sie aber auch für Bürgerenergieakteure zum Tragen kommen kann, ist sie dem „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ zuzuordnen.

¹⁴⁰ Ausschussdrucksache 18(9)914, S. 398.

¹⁴¹ Siehe unter B. II.

4. Ausnahmeregelungen für Windenergieanlagen an Land

Mit dem EEG 2017 wird für Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung über 750 kW ein Ausschreibungsverfahren eingeführt¹⁴². Laut Ausbaupfad¹⁴³ werden in 2017 bis 2019 jährlich insgesamt 2.800 MW installierte Leistung ausgeschrieben¹⁴⁴. Für Bürgerenergiegesellschaften i. S. v. § 3 Nr. 15 EEG 2017 sind in § 36g EEG 2017 Erleichterungen bei der Teilnahme an den Ausschreibungen bei Windenergie vorgesehen¹⁴⁵. Darüber hinaus stellt § 36g Abs. 6 EEG 2017 klar, dass die Länder über die bisherigen Regelungen hinaus die Möglichkeit haben, durch Maßnahmen oder Regelungen zur Bürgerbeteiligung an Windenergieprojekten die Akteursvielfalt und die Akzeptanz beim Ausbau der erneuerbaren Energien zu stärken, soweit sie die Ausschreibung nicht unmittelbar betreffen¹⁴⁶.

§ 36g Abs. 1 ermöglicht für Bürgerenergiegesellschaften eine Ausnahme von der Vorlage der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Diese gilt jedoch nur für Gebote bis zu sechs Windenergieanlagen von insgesamt nicht mehr als 18 MW. Erforderlich ist dafür u. a. ein zertifiziertes nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik erstelltes Windgutachten¹⁴⁷, ein Nachweis der Flächensicherung¹⁴⁸ sowie, dass weder die Gesellschaft noch deren stimmberechtigte Mitglieder in den letzten 12 Monaten vor der Gebotsabgabe für ein anderes Projekt einen Zuschlag erhalten haben¹⁴⁹.

Absatz 2 enthält zwei weitere Erleichterungen für Bürgerenergiegesellschaften. Zum einen kann die Sicherheitsleistung gesplittet werden, d. h. bei Gebotsabgabe muss zunächst nur eine Hälfte der Sicherheit (also 15 € pro kW statt der sonst geltenden 30 €), hinterlegt werden; zum anderen wird für die Zahlung der zweiten Hälfte der Sicherheit eine Frist bis zu zwei Monaten nach Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz eingeräumt¹⁵⁰.

In Absatz 3 sind weitere Erleichterungen aber auch besondere Verpflichtungen für Bürgerenergiegesellschaften geregelt. Zunächst wird die regelmäßig 30-monatige Inbetriebnahmefrist für Bürgerenergiegesellschaften um weitere 24 Monate verlängert¹⁵¹. Außerdem ist der Zuschlag zunächst nur auf den Landkreis bezogen für den das Gebot abgegeben wurde. Bür-

¹⁴² vgl. § 22 Abs. 1 EEG 2017.

¹⁴³ § 4 Nr. 1b EEG 2017.

¹⁴⁴ § 4 Nr. 1b EEG 2017.

¹⁴⁵ Weiterführend zu den Voraussetzungen für Bürgerenergiegesellschaften bei Ausschreibungen von Windenergie *W. Frenz*, Bürgerenergiegesellschaften, ER 2016, S. 194 ff.

¹⁴⁶ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 69.

¹⁴⁷ § 36g Abs. 1 Nr. 3 d).

¹⁴⁸ § 36g Abs. 1 Nr. 3 d).

¹⁴⁹ § 36g Abs. 1 Nr. 3 b).

¹⁵⁰ Die Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen sehen in § 31 EEG 2017 vor, dass Bieter für ihre Gebote bei der BNetzA grundsätzlich eine Sicherheit leisten müssen, mit der die jeweiligen Forderungen der Übertragungsnetzbetreiber auf Pönalen nach § 55 gesichert werden sollen.

¹⁵¹ § 36g Abs. 3 Satz 1 EEG 2017.

gerenergiegesellschaften können ihre Anlagen demzufolge im gesamten Landkreis realisieren und sind zunächst nicht unmittelbar standortgebunden¹⁵², müssen sich dann aber innerhalb von zwei Monaten nach Erhalt der BImSchG-Genehmigung festlegen¹⁵³. Erst im späteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde durch den Ausschuss für Wirtschaft und Energie in Absatz 3 Satz 4b EEG 2017 eine Verpflichtung eingebracht¹⁵⁴. Danach müssen Bürgerenergiegesellschaften die Gemeinden, in denen die Windenergieanlage errichtet werden soll, oder eine zu 100 Prozent im Gemeindeeigentum stehende Gesellschaft mit 10 Prozent finanziell beteiligt oder den Gemeinden zumindest eine finanzielle Beteiligung in einem Umfang von 10 Prozent angeboten haben.

Eine weitere zusätzliche Privilegierung hinsichtlich der Förderhöhe, die ebenfalls erst durch den Ausschuss für Wirtschaft und Energie eingebracht wurde¹⁵⁵, enthält § 36g Abs. 5 EEG 2017. Danach gilt für alle Gebote der Bürgerenergiegesellschaften nicht das Gebotspreisverfahren nach § 3 Nummer 51 EEG 2017, sondern das Einheitspreisverfahren, so dass Bürgerenergiegesellschaften, die im Ausschreibungsverfahren bezuschlagt wurden, unabhängig von ihrer eigenen Gebotshöhe den höchsten bezuschlagten Gebotswert der Runde erhalten¹⁵⁶.

Schließlich hat der Gesetzgeber in § 36g Abs. 6 EEG 2017 eine Ermächtigung eingefügt¹⁵⁷, wonach die Länder weitergehende Regelungen zur Bürgerbeteiligung und zur Steigerung der Akzeptanz für den Bau von neuen Windenergieanlagen erlassen können.

Wie sind die Regelungen in Hinblick auf ein „Recht der Bürgerenergie“ einzuordnen, was ist vor allem der Gesetzeszweck?

Sämtliche Regelungen sollen dem Erhalt der Akteursvielfalt dienen:

„Ziel der Regelung ist der Erhalt der Akteursvielfalt, die maßgeblich dafür ist, dass die Ausbauziele für erneuerbare Energien erreicht werden können.“¹⁵⁸

Laut Gesetzesbegründung ist der Ausbau der Windenergie in dem geplanten Umfang ohne hinreichende Akzeptanz nicht zu erreichen¹⁵⁹. Als Vorteile bzw. besonderer Nutzen von Bürgerenergie wird u. a. der leichtere Zugang zu Flächen, die höhere Akzeptanz bei der lokalen

¹⁵² § 36g Abs. 3 Satz 1 EEG 2017.

¹⁵³ § 36g Abs. 3 Satz 2 EEG 2017.

¹⁵⁴ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 68.

¹⁵⁵ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 69.

¹⁵⁶ § 36g Abs. 5 EEG 2017 lautet: „Der Zuschlagswert ist für alle bezuschlagten Gebote von Bürgerenergiegesellschaften abweichend von § 3 Nummer 51 der Gebotswert des höchsten noch bezuschlagten Gebots desselben Gebotstermins. Wenn eine Bürgerenergiegesellschaft ihr Gebot nicht nach Absatz 1, sondern erst nach der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz abgibt, ist Satz 1 für den Zuschlagswert dieses Gebots entsprechend anzuwenden, wenn die Anforderungen nach § 36 und nach Absatz 1 Nummer 3, Absatz 3 Nummer 3 Buchstabe b und Absatz 4 erfüllt sind.“

¹⁵⁷ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 69.

¹⁵⁸ BT-Drs. 18/8860, S. 212.

¹⁵⁹ BT-Drs. 18/8860, S. 212.

Bevölkerung, örtliche Wertschöpfung sowie die Unterstützung durch Kommunalvertreter der Standortkommune angeführt¹⁶⁰. Ganz überwiegend wird davon ausgegangen, dass bereits eine finanzielle Beteiligungsmöglichkeit für betroffene Anlieger die örtliche Akzeptanz befördert¹⁶¹. Dementsprechend seien für lokal verankerte Bürgerenergiegesellschaften – so der Gesetzgebers – die wesentlich zur notwendigen Akzeptanz von neuen Windenergieprojekten an Land beigetragen haben, erleichterte Bedingungen an der Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land vorgesehen¹⁶². Zum Zweck der einzelnen Vorschriften gilt:

Hintergrund der Erleichterung in § 36g Abs. 1 EEG 2017 ist, dass die Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz („BImSchG-Genehmigung“) häufig eine vergleichsweise hohe Schwelle für Bürgerenergiegesellschaften darstellt¹⁶³. Nach den empirischen Erhebungen des IZES belaufen sich die durchschnittlichen Kosten der Projektierung (Vorprüfung, Planung, Genehmigung) auf insgesamt 68 € pro kW; die Kosten für die Genehmigung betragen durchschnittlich 30 € kW¹⁶⁴. Durch die Ausnahme können Bürgerenergiegesellschaften ihr Gebot bereits vor der Erteilung der BImSchG-Genehmigung abgeben¹⁶⁵ und erhalten damit frühzeitig hinreichende Investitionssicherheit, um Kosten für die Entwicklung der Projekte vor Ort bei den Bürgern einzusammeln¹⁶⁶. Indem sie zu dem Zeitpunkt der Gebotsabgabe nur eine abgesenkte Präqualifikation erfüllen müssen, sollen durch die Erleichterung in § 36g Abs. 2 EEG 2017 die finanziellen Risiken für die Bürgerenergiegesellschaft reduziert werden¹⁶⁷.

§ 36g Abs. 3 EEG 2017 soll Bürgerenergiegesellschaften Flexibilität verschaffen, falls z. B. aus naturschutzrechtlichen Gründen die Genehmigung an einem anderen Standort als den ursprünglich im Landkreis geplanten Standort realisiert wird.¹⁶⁸ Durch die Verpflichtung in Nummer 4 b soll die Akzeptanz für den Ausbau von Windkraftanlagen, der für die Erreichung der Umwelt- und Klimaziele Deutschlands von zentraler Bedeutung ist, erhöht werden, indem auch die Standortgemeinden von der Ansiedlung von Windenergieanlagen vor Ort profitieren können¹⁶⁹. Die Einführung des Einheitspreises für Bürgerenergiegesellschaften in

¹⁶⁰ K. Grashof/J. Kochems/U. Klann, Charakterisierung und Chancen kleiner Akteure bei der Ausschreibung für Windenergie an Land, S. 22 m. w. N.

¹⁶¹ M. v. Kaler/F. Kneuper, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, S. 791. Kritisch J. Bovet/N. Lienhoop, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei? Zum Gesetzesentwurf einer Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes in Mecklenburg-Vorpommern unter Berücksichtigung von empirischen Befragungen, ZNER 2015, 227 ff.

¹⁶² BT-Drs. 18/8860, S. 212.

¹⁶³ BT-Drs. 18/8860, S. 212.

¹⁶⁴ K. Grashof/J. Kochems/U. Klann, Charakterisierung und Chancen kleiner Akteure bei der Ausschreibung für Windenergie an Land, S. 11.

¹⁶⁵ Für alle anderen Akteure gilt § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017, wonach die „BImSchG-Genehmigung“ für alle Anlagen, für die ein Gebot abgegeben wird, drei Wochen vor dem Gebotstermin erteilt worden sein muss.

¹⁶⁶ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

¹⁶⁷ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

¹⁶⁸ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

¹⁶⁹ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 392.

Absatz 5 wird vom Gesetzgeber nicht im Einzelnen begründet. Im Ergebnis verringert sich dadurch zwar nicht das Preisrisiko aber das Zuschlagsrisiko der Ausschreibung¹⁷⁰.

Im Gegensatz zur Bagatellgrenze, die alle „kleinen“ Akteure adressiert, richten sich die Privilegierungen in § 36g Abs. 1 bis 5 EEG 2017 sowie die damit verbundenen Voraussetzungen ausschließlich an Bürgerenergiegesellschaften i. S. v. § 3 Nr. 15 EEG 2017. Bei Bürgerenergiegesellschaften handelt es sich – wie oben dargelegt – um eine Teilmenge aus dem Bereich der Bürgerenergie. Zudem verfolgt der Gesetzgeber mit der Einführung der Privilegien den Erhalt der Akteursvielfalt bei Ausschreibungen für Windenergie an Land mit dem Ziel, die Akzeptanz zu fördern, um den Ausbau von Windenergie in geplantem Umfang umzusetzen.

Anders jedoch liegt der Fall bei § 36g Abs. 6 EEG 2017. Hier wurde eine Ermächtigungsgrundlage für akzeptanzsteigernde Regelungen eingeführt. Die Länder sind bei der Wahl der Akzeptanzmaßnahmen weitgehend frei, d. h. denkbar wäre z.B., dass zwecks Akzeptanzsteigerung – ähnlich wie bei dem Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz in Mecklenburg-Vorpommern¹⁷¹ – Bürgerinnen und Bürgern nur eine finanzielle Beteiligungsmöglichkeit aber kein maßgebliches Mitbestimmungsrecht eingeräumt wird. Nach den oben aufgezeigten Kriterien fallen solche akzeptanzsteigernden Maßnahmen aber nicht zwangsläufig unter den Begriff der Bürgerenergie. Insoweit bleibt abzuwarten, ob und wie diese Möglichkeit von den Ländern umgesetzt wird, bevor eine Einordnung in Bezug auf „Recht der Bürgerenergie“ möglich ist.

Bei den Erleichterungen in § 36g Abs. 1 bis 5 EEG 2017 handelt es sich bereits aufgrund des Wortlauts als auch aufgrund der Zielsetzung der Regelung um „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“.

5. Zusammenfassung EEG 2017

Das EEG 2017 führt parallel zu der Umstellung auf Ausschreibungen Ausnahmeregelungen für Bürgerenergie ein. Mit der Begründung, den Erhalt der Akteursvielfalt anzustreben, hat der Gesetzgeber zum einen eine Gruppe von Ausnahmeregelungen implementiert, die – wie z. B. die Bagatellgrenze von 750 kW für die Teilnahme an Ausschreibungen – dem Schutz kleiner Akteure dienen. Z. T. werden Bürgerenergieakteure in der Begründung beispielhaft als Zielgruppe aufgeführt, die Regelungen adressieren aber grundsätzlich alle Marktakteure, die kleine Projekte umsetzen. Bei dieser Gruppe von Regelungen handelt es sich demzufolge um „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“.

¹⁷⁰ Vgl. H. Kahl/M. Kahles/T. Müller, Neuordnung im EEG 2017, ER 2016, S. 187, 189.

¹⁷¹ Gesetz zur Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern an Windparks an Land in Mecklenburg-Vorpommern (Bürger - und Gemeindenbeteiligungsgesetz – BüGembeteilG M-V) vom 18.05.2016, Gesetz- und Verordnungsblatt für Mecklenburg-Vorpommern 2016 Nr. 9, S. 258-265.

Als „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“ lassen sich aufgrund ihrer Exklusivität die Ausnahmeregelungen in § 36g EEG 2017 bezeichnen. Diese sind ausschließlich und ausdrücklich an Bürgerenergiegesellschaften – als eine Teilmenge von Bürgerenergie – gerichtet und damit auch nur diesen bestimmten Bürgerenergieakteuren vorbehalten.

III. Zusammenfassung EEG

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sowohl die Ausnahmeregelungen des § 36g EEG 2017 als auch die Bagatellgrenze von 750 kW einen ausdrücklichen allerdings unterschiedlich starken Bezug zu Bürgerenergie aufweisen. Während es sich bei ersteren um „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“ handelt, richten sich die Privilegien für kleine Anlagen an alle Marktakteure und damit nicht nur an Bürgerenergieakteure. Damit sind sie lediglich dem „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ zuzuordnen auch wenn sie explizit dem Erhalt der Akteursvielfalt dienen. Im Gegensatz dazu, haben die Ausnahmeregelungen für kleine Akteure im EEG 2014 nur einen mittelbaren Bezug zu Bürgerenergie. Dieser leitet sich daraus ab, dass sich unter den kleinen Akteuren zahlreiche Bürgerenergieakteure befinden. Da diese Ausnahmeregelungen – wie z. B. die Bagatellgrenze von 100 kW für die sog. verpflichtenden Direktvermarktung – bei der Realisierung von Bürgerenergieprojekten aber regelmäßig zur Anwendung kommen, können sie trotz des losen Bezugs zu Bürgerenergie noch als „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ eingestuft werden.

D. Allgemeines Energierecht

Darüber hinaus kommen bei der Realisierung von Bürgerenergieprojekten zahlreiche Vorschriften aus dem allgemeinen Energierecht zur Anwendung. Für die Zu- und Einordnung in ein „Recht der Bürgerenergie“ sind insbesondere Regelungen von Interesse, die Ausnahmen für kleine Akteure beinhalten. So kommen z. B. die Voraussetzungen für Direktversorgungsmodelle, wie § 9 StromStG in der (noch)¹⁷² geltenden Fassung, zum Tragen (dazu I.). Des Weiteren werden exemplarisch die Ausnahmeregelung von Bilanzierungs-, Prüfungs- und Offenlegungspflichten im EnWG (dazu II.) sowie die Schwellenwerte für die Ausstattung mit Messstellen im Messstellenbetriebsgesetz (MsbG)¹⁷³ (dazu III.) auf ihren Bezug zu Bürgerenergie untersucht.

¹⁷² Im Diskussionsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung der Energie- und Stromsteuergesetzes der Bundesregierung vom 22.04.2016 sind engere Voraussetzungen für eine Befreiung von der Stromsteuer vorgesehen. § 8d StromStG-E enthält eine Senkung der Grenze auf weniger als 1 MW und § 8e StromStG-E sieht eine jährliche Gesamtgrenze bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien in Höhe von 20 MWh vor.

¹⁷³ Gesetz über den Messstellenbetrieb und die Datenkommunikation in intelligenten Energienetzen (Messstellenbetriebsgesetz – MsbG) vom 6. Juli 2016 (BGBl. I, S. 2034).

I. Ausnahmen für Direktversorgungsmodelle

Für die Wirtschaftlichkeit des Geschäftsmodells Direktversorgung bzw. Direktlieferung¹⁷⁴ steht im Mittelpunkt, dass für Strom, der in räumlichem Zusammenhang zu seiner Erzeugung und ohne Inanspruchnahme des öffentlichen Netzes an einen Dritten geliefert wird, bestimmte Umlagen und Abgaben entfallen. Relevante Größen sind dabei Stromsteuer¹⁷⁵ und Netzentgelte¹⁷⁶. Während die Stromsteuer gesetzlich festgelegt ist, § 3 StromStG, und gleichbleibend 2,5 Cent/kWh beträgt¹⁷⁷, variiert das Netzentgelt je nach Netzgebiet für Haushaltskunden zwischen 4,75 Cent/kWh und knapp 10 Cent/kWh¹⁷⁸. Das EEG enthält zwar keine gesetzliche Definition der Direktversorgung bzw. Direktlieferung, sie wird aber ausdrücklich in § 5 Nr. 9 und § 20 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2014 erwähnt und damit allgemein als zulässig erachtet¹⁷⁹.

Zentral für die Privilegierung sind zum einen die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Nr. 3 a) und b) StromStG, wonach

„3. Strom, der in Anlagen mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu zwei Megawatt erzeugt wird und [...]

b) von demjenigen, der die Anlage betreibt oder betreiben lässt, an Letztverbraucher geleistet wird, die den Strom im räumlichen Zusammenhang zu der Anlage entnehmen;“

von der Stromsteuer befreit ist.

Relevantes Tatbestandsmerkmal für die vorliegende Fragestellung ist der Schwellenwert von 2 MW¹⁸⁰. Lässt sich die Größenfestlegung von 2 MW für Steuerbefreiungen in § 9 Abs. 1 Nr. 3 StromStG als „Recht der Bürgerenergie“ bezeichnen? Die Regelung adressiert sämtliche Betreiber von Anlagen bis zu einer Größe von 2 MW, d. h. es kommt allenfalls eine Einordnung in „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ in Betracht. Da weder im Wortlaut der Norm noch in der Gesetzesbegründung Bürgerenergie oder der Erhalt von Akteursvielfalt Erwähnung

¹⁷⁴ Die Direktversorgung bzw. Direktlieferung wird in § 20 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2014 als zulässige Veräußerungsform für EE-Strom beschrieben.

¹⁷⁵ Allgemeine Voraussetzung für eine Befreiung von der Stromsteuer ist auch für die Direktversorgung im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 3a StromStG, dass die elektrische Nennleistung der Anlage 2 MW nicht überschritten wird.

¹⁷⁶ Nach §§ 17 ff. StromNEV fällt Netzentgelt für die Entnahme von Strom aus dem Netz der allgemeinen Versorgung an.

¹⁷⁷ Im Einzelnen dazu *H. Kahl/J. Hilpert/M. Kahles*, Experimentierklauseln im Energierecht – Zur rechtlichen Beurteilung von Sondervorschriften für Pilot- und Demonstrationsvorhaben, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 20 vom 09.03.2016, S. 3 ff.

¹⁷⁸ *RAP*, Netzentgelte in Deutschland – Herausforderungen und Handlungsoptionen, 2014, S. 15, 28 mit Bezug auf die Preisblätter 2015 (vorläufig) der Stadtwerke Düsseldorf Netz GmbH und E.dis AG für alle Entgeltkomponenten der Netznutzung eines Haushaltskunden, umgerechnet auf 3.500 Kilowattstunden im Jahr.

¹⁷⁹ Vgl. *B. Hennig/S. Herz*, Ausgewählte Rechtsfragen dezentraler Energiekonzepte – Teil 1: Eigenversorgung und Energiespeicher, ZNER 2016, S. 30.

¹⁸⁰ Das Tatbestandsmerkmal des räumlichen Zusammenhangs bedarf aufgrund der vorliegenden Fragestellung keiner weiteren Untersuchung.

finden, bedarf es für die Einordnung einer näheren Betrachtung des Gesetzeszwecks. Im Vordergrund standen in erster Linie verwaltungsökonomische Erwägungen. Der deutsche Gesetzgeber hat den Gestaltungsspielraum der Stromsteuerrichtlinie 2003/96/EG¹⁸¹ dahingehend genutzt, Anlagen bis 2 MW als kleine Stromerzeugungsanlagen einzustufen und insoweit in Bezug auf Stromsteuerzahlungen zu privilegieren. Durch die Anhebung der Erzeugungsgrenze von 0,7 MW auf 2 MW mit dem Gesetz zur Fortführung der ökologischen Steuerreform¹⁸² für Fälle des sog. Contracting¹⁸³ knüpft der Gesetzgeber an das steuerliche Privileg des „Eigenerzeugers“¹⁸⁴ an, das Betreiber kleiner Anlagen u.a. aus Gründen der Verwaltungsökonomie von der Steuer befreit¹⁸⁵. Zweck des Schwellenwerts sind mithin Verhältnismäßigkeitserwägungen, die sich auf die Größe der Anlage und den Aufwand (für die Allgemeinheit und den Betreiber) fokussieren. Durch die Einführung eines Schwellenwerts von 2 MW sollen Allgemeinheit und Betreiber kleiner Anlagen¹⁸⁶ von unverhältnismäßig hohen Bürokratiekosten entlastet werden. Darüber hinausgehende Interessen – wie der Erhalt bestimmter Akteursgruppen – werden nicht benannt. Der Bezug dieser Vorschrift zu Bürgerenergie besteht insofern allein in der Verbindung zu Betreibern kleiner Anlagen, unter denen sich typischerweise Bürgerenergieakteure befinden.

Damit weist der Schwellenwert des § 9 Abs. 1 StromStG (2 MW) nur eine geringe Nähe zum Kern des Bürgerenergierechts auf, wird aber aufgrund seiner hohen Bedeutung für Betreiber kleiner Anlagen noch vom „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ umfasst.

II. Ausnahmen von EVU-Pflichten im EnWG

Des Weiteren könnte es sich bei § 117a Nr. 1 EnWG um eine bürgerenergierelevante Vorschrift handeln. Die Norm sieht bei Stromeinspeisungen in geringem Umfang Ausnahmen vor. Nummer 1 Satz 1 EnWG¹⁸⁷ lautet:

„Betreiber

von Anlagen im Sinne des § 5 Nr. 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes mit einer elektrischen Leistung von bis zu 500 kW oder [...], die nur deswegen als Energie-

¹⁸¹ Richtlinie 2003/96/EG des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom, Abl. L 283/51.

¹⁸² Gesetz zur Fortführung der ökologischen Steuerreform vom 16. Dezember 1999 (BGBl. I 1999, 2432).

¹⁸³ BT-Drs. 14/2044, S. 11.

¹⁸⁴ Ausgangspunkt für die Gesetzesänderung war die Regelung in § 2 Nr. 2 StromStG vom 24. März 1999 (BGBl. I 1999, 378).

¹⁸⁵ Vgl. BFH, Urteil vom 07.06.2011 – VII R 55/09, Rn. 12.

¹⁸⁶ Unter „kleine Anlagen“ wird im StromStG eine andere Größenordnung als im EEG verstanden. Während im StromStG ein Schwellenwert von 2 MW vorgesehen ist, werden im EEG bei der Ausnahme von der sog. verpflichtenden Direktvermarktung als kleine Anlagen solche mit einer maximalen Leistung von 100 kW angesehen. Bei der allgemeinen Ausnahmeregelung für Ausschreibungen wird wiederum von einer Bagatellgrenze von 750 kW ausgegangen.

¹⁸⁷ Entsprechendes gilt für Nummer 2. Da jedoch der Fokus dieses Beitrages auf der Erzeugung von EE-Strom liegt, enthält die Bearbeitung dazu keine weiteren Ausführungen.

versorgungsunternehmen gelten, weil sie Elektrizität nach den Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes [...] sind hinsichtlich dieser Anlagen von den Bestimmungen des § 10 Abs. 1 ausgenommen.“

Mit Anlagen im Sinne des § 5 Nr. 1 EEG sind alle Einrichtungen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas gemeint. Entgegen des Wortlauts in § 117a Nr. 1 EnWG enthält jedoch § 10 Abs. 1 EnWG keine Bilanzierungs-, Prüfungs- und Offenlegungspflichten. Insoweit ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Verweis um ein redaktionelles Versehen handelt und vielmehr ein Verweis auf (die funktionale Nachfolgevorschrift) § 6b Abs. 1 EnWG beabsichtigt war¹⁸⁸. Allerdings richtet sich § 6b Abs. 1 EnWG in erster Linie an vertikal integrierte EVU i. S. v. § 3 Nr. 38 EnWG sowie energiespezifische Dienstleister und Speicheranlagenbetreiber. Bürgerenergieakteure dürften diesem Adressatenkreis in der Regel zwar nicht angehören, deutlich wird aber, dass der Gesetzgeber hier eine Ausnahmenvorschrift für Anlagen bis zu einer elektrischen Leistung von 500 kW schaffen wollte¹⁸⁹. Ebenso wenig wie bei der 2-MW-Grenze für Steuerbefreiungen kommt hier eine Einordnung in „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“ in Betracht. Mangels ausdrücklicher Bürgerenergiebezogenheit der Regelung stellt sich lediglich die Frage, ob und an welcher Stelle sich die Ausnahme im „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ verorten lässt. Um die oben aufgeführten Kriterien für „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ zu erfüllen, müsste aus der Zielsetzung des Gesetzgebers hervorgehen, dass dieser Schwellenwert eine Ausnahme für kleine Akteure bezweckt. Laut Gesetzesbegründung stellt der im EnWG für Anlagen bis 500 kW festgelegte Wert eine Bagatellgrenze dar; Betreibern von Anlagen bis zu dieser Größenordnung wäre die Auferlegung von umfangreichen Bilanzierungs-, Prüfungs- und Offenlegungspflichten unzumutbar¹⁹⁰. Insoweit handelt es sich hierbei ebenfalls um eine Regelung die dazu dient, den nicht zuletzt im Verfassungsrecht wurzelnden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹⁹¹ zu wahren. In diesem Zuge werden durch § 117a Nr. 1 EnWG kleine Akteure adressiert. Inwieweit sich unter ihnen aufgrund der Ausrichtung von § 6b EnWG überhaupt Bürgerenergieakteure befinden und von dieser Ausnahmeregelung profitieren können, sei dahingestellt.

Aufgrund der Ausrichtung des § 117a Nr. 1 Satz EnWG handelt es sich jedenfalls um „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“.

III. Ausnahmen von der Einrichtung intelligenter Messsysteme

Im Zuge des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende¹⁹² ist u. a. das Messstellenbetriebsgesetz (MsbG) eingeführt worden und am 2. September 2016 Kraft getreten¹⁹³. In § 29

¹⁸⁸ Vgl. *M. Knauff* in: M. Kment (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz 2015*, § 117a Rn. 1.

¹⁸⁹ Zur Frage des Anwendungsbereichs von § 117a Nr. 1 EnWG weiterführend *M. Knauff* in: M. Kment (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz 2015*, § 117a Rn. 2 f.

¹⁹⁰ BT-Drs. 16/10491, S. 18.

¹⁹¹ Art. 20, 28 Abs. 1 GG.

¹⁹² Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende vom 29. August 2016 (BGBl. I, S. 2034).

Abs. 1 MsbG werden Messstellenbetreiber grundsätzlich zur Ausstattung von Messstellen mit intelligenten Messsystemen verpflichtet. Eine Ausnahme in Gestalt eines Schwellenwerts enthält die Nummer 2 der Vorschrift. Danach gilt die allgemeine Verpflichtung nur für Anlagen über 7 kW¹⁹⁴. Die Vorschrift lautet:

„(1) Grundzuständige Messstellenbetreiber haben, soweit dies nach § 30 technisch möglich und nach § 31 wirtschaftlich vertretbar ist, Messstellen an ortsfesten Zählpunkten mit intelligenten Messsystemen wie folgt auszustatten:

2. Bei Anlagenbetreibern mit einer installierten Leistung über 7 Kilowatt.“

Der Gesetzgeber zieht damit die Einbauschwelle für Erzeugungsanlagen bei 7 kW installierter Leistung¹⁹⁵. Zur Höhe des festgelegten Schwellenwerts wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt:

„Die Verteilernetzstudie des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (www.bmwi.de/DE/Mediathek/publikationen,did=654018.html) hat aufgezeigt, dass sämtliche Erzeugungsanlagen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz und dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz größer 7 Kilowatt installierter Leistung netzrelevant (betrieblich, planerisch und/oder wirtschaftlich) sind.“

Maßgeblich für die Festsetzung des Schwellenwerts sind auch hier in erster Linie Verhältnismäßigkeitserwägungen, d.h. eine Abwägung zwischen den Kosten für Anlagenbetreiber und der Netzrelevanz. Insofern dient auch diese Ausnahme der Wahrung des im Verfassungsrecht wurzelnden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Ebenso wie bei der Schwellengrenze für die sog. verpflichtende Direktvermarktung orientiert sich auch diese Ausnahmeregelung ausschließlich an der Anlagengröße und adressiert demzufolge sämtliche Marktakteure, die eine „kleine Anlage“ betreiben.

Da sie aufgrund ihrer Ausrichtung auf kleine Akteure eine Vielzahl von Bürgerprojekten betrifft, ist sie dem „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ zuzuordnen. Gleiches gilt – mit einem Schwellenwert von 1 kW – für die Ausnahmeregelung in § 29 Abs. 2 MsbG, wonach Messstellenbetreiber Messstellen an ortsfesten Zählpunkten von Anlagen mit einer installierten Leistung über 1 bis einschließlich 7 kW mit intelligenten Messsystemen ausstatten können.

¹⁹³ Das MsbG wurde am 1. September 2016 im Rahmen des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende vom 29. August 2016 im Bundesgesetzblatt verkündet und ist am 2. September 2016 in Kraft getreten.

¹⁹⁴ Der Wortlaut der Vorschrift „Anlagenbetreiber“ wird hier aufgrund der Bezugnahme auf Kleinerzeugungsanlagen in der Begründung als redaktionelles Versehen eingestuft.

¹⁹⁵ BT-Drs. 18/7555, S. 89.

IV. Zusammenfassung allgemeines Energierecht

Für eine Einordnung in „Recht der Bürgerenergie“ ist festzustellen, dass die Intention des Gesetzgebers bei den Schwellenwerten im allgemeinen Energierecht in erster Linie auf Zumutbarkeitserwägungen beruht. Die beschriebenen Ausnahmeregelungen dienen dazu, kleine Anlagen bzw. Betreiber kleiner Anlagen zu entlasten. Gleichzeitig sollen durch die Festlegung von Bagatellgrenzen die Bürokratiekosten bzw. der bürokratische Aufwand für die Allgemeinheit auf zumutbarem Niveau gehalten werden. Anknüpfungspunkt ist demzufolge stets die Größe der Anlage; Adressat sind kleine Akteure. Insoweit ist – wie bei sämtlichen Privilegierungen für kleine Akteure – auch eine große Schnittmenge mit Bürgerenergieakteuren gegeben. Da die Ausnahmeregelungen vom Gesetzgeber auch nicht ausdrücklich zum Erhalt der Akteursvielfalt vorgesehen wurden, sondern bei dem verfolgten Zweck auf Kriterien wie die Zumutbarkeit bestimmter Maßnahmen abgestellt wird, sind die o.g. Ausnahmeregelungen lediglich Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der für sämtliche Marktakteure gilt. Sie adressieren daher Bürgerenergie nur mittelbar, kommen aber bei der Umsetzung von Bürgerenergieprojekten regelmäßig zur Anwendung.

Da sämtliche Regelungen im Zuge der Privilegierung kleiner Akteure auch kleine Bürgerenergieakteure privilegieren, sind sie noch dem „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ zuzuordnen.

E. Vorschriften außerhalb des Energierechts

Neben dem EEG und den Vorgaben aus dem allgemeinen Energierecht beeinflussen auch zahlreiche Regelungen aus anderen Rechtsbereichen die Umsetzung von Bürgerenergieprojekten. So sind z.B. Vorschriften aus dem allgemeinen Zivilrecht¹⁹⁶ oder allgemeinen Verwaltungsrecht für die Ausgestaltung von Pachtverträgen¹⁹⁷, steuerrechtliche Vorgaben in Bezug auf Umsatz- und Gewerbesteuer¹⁹⁸, Vorschriften zur Regelung des Kapitalmarktes¹⁹⁹, gewerbe- und gesellschaftsrechtliche²⁰⁰ Anforderungen als auch planungs- und genehmigungsrechtliche Vorgaben²⁰¹ zu beachten.

¹⁹⁶ Zu Fragen der Gewährleistung vgl. z. B. BGH, Urteil vom 3. 3. 2004 - VIII ZR 76/03, NJW-RR, 2004, S. 850 ff.

¹⁹⁷ Weiterführend zu vertraglichen Vereinbarungen von Projektentwicklern und Gemeinden *P. Bringewat/J. Bringewat*, Rechtliche Beurteilung der Vereinbarungen von Beteiligungsmodellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen, *KommJur* 2015, S. 1 ff.

¹⁹⁸ *C. Gach/J. Stöbener*, Photovoltaik einmal anders – der gewerbesteuerliche Zerlegungsmaßstab bei Solaranlagen, *DStR* 2012, 1376.

¹⁹⁹ *M. E. Elspas/M. Möller/A. Hipke*, Bremst das Kapitalanlagegesetzbuch Bürgerbeteiligungen aus? Was Energiegenossenschaften jetzt beachten müssen, *ER* 2014, S. 17 ff; *M. v. Kaler/F. Kneuper*, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, *NVwZ* 2012, S. 791 ff.

²⁰⁰ Weiterführend zu den gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltungen bürgerfinanzierter Energieprojekte *I. Zenke/C. Dessau*, Bürgerbeteiligung als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, *KommJur* 2013, S. 288 ff; *C. Knütel/C. Luh*, Projektfinanzierung von Bürgerwindparks, *EnWZ* 2014, S. 255 ff.

²⁰¹ *P. Fest*, Die Windenergie im Recht der Energiewende, *NVwZ* 2012, 1129 ff.

Als „Recht der Bürgerenergie“ im Sinne dieses Beitrags ist jedoch nicht eine abschließende Zusammenstellung aller bei der Realisierung von Bürgerenergieprojekten zu berücksichtigenden Normen zu verstehen. Für die vorliegende Fragestellung werden vielmehr nur spezifische Regelungen exemplarisch betrachtet, deren Ausrichtung und Bezug, z. B. durch den Kontext ihrer Entstehungsgeschichte, in einem besonderen Verhältnis zu Bürgerenergie stehen.

I. Ausnahme für Genossenschaften im VermAnlG

Im Zuge der Einführung des Kleinanlegerschutzgesetzes (KlAnlSchG)²⁰² zur Regulierung des „grauen Kapitalmarktes“ wurden zahlreiche Vorgaben zum Schutz von Anlegerinnen und Anlegern in den jeweils einschlägigen Gesetzen verankert. So wurden z. B. im VermAnlG²⁰³ umfassende Prospekt- und Informationspflichten zum Schutz von Anlegerinnen und Anlegern eingeführt²⁰⁴, die sich zunächst auf sämtliche Marktakteure erstrecken sollten²⁰⁵. Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde jedoch in Hinblick auf den Anwendungsbereich dieser Verpflichtungen Ausnahmen für bestimmte Gruppen vorgesehen. Insoweit stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese Ausnahmenvorschriften dem „Recht der Bürgerenergie“ zugeordnet werden können.

Bei den Ausnahmenvorschriften handelt es sich um §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1 a VermAnlG. Diese enthalten ausdrückliche Ausnahmen für Genossenschaften; die Vorgaben zu Prospekt- und Informationspflichten erstrecken sich danach nicht auf Anteile an einer Genossenschaft und an Mitglieder herausgegebene Nachrangdarlehen, solange keine erfolgsabhängige Vergütung gezahlt wird. §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 1 a VermAnlG lauten:

„(1) Die §§ 5a bis 26 mit Ausnahme von § 18 Absatz 2 sowie § 19 Absatz 1 Nummer 3 dieses Gesetzes sind nicht anzuwenden auf

1. Anteile an einer Genossenschaft im Sinne des § 1 des Genossenschaftsgesetzes, wenn für den Vertrieb der Anteile keine erfolgsabhängige Vergütung gezahlt wird,

1a. Vermögensanlagen im Sinne von § 1 Absatz 2 Nummer 3, 4 und 7, deren Emittent eine Genossenschaft im Sinne des § 1 des Genossenschaftsgesetzes ist und die ausschließlich den Mitgliedern der Genossenschaft angeboten werden, wenn für den Vertrieb der Vermögensanlagen keine erfolgsabhängige Vergütung gezahlt wird.“

²⁰² Kleinanlegerschutzgesetz (KlAnlSchG) vom 03. Juli 2015 BGBl. I S. 1114 (Nr. 28) zuletzt geändert durch Artikel 14 des Gesetzes vom 30. Juni 2016 (BGBl. I S. 1514).

²⁰³ Gesetz über Vermögensanlagen (Vermögensanlagengesetz - VermAnlG) vom 06. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2481) zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 18. Juli 2016 (BGBl. I S. 1666).

²⁰⁴ Die Pflicht zur Veröffentlichung eines Verkaufsprospekts findet sich in § 6 VermAnlG, Bestimmungen zu Inhalt und Folgen sind in den §§ 7 ff. VermAnlG enthalten.

²⁰⁵ Referentenentwurf des BMF vom 24.07.2014. Dieser ist allerdings nicht mehr abrufbar.

In Hinblick auf ihren Bezug zu Bürgerenergie lässt sich feststellen, dass weder im Wortlaut der Ausnahmen noch in Zusammenhang mit ihrer Zwecksetzung auf Belange der Bürgerenergie abgestellt wird. Zu dem Hintergrund der Normen wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt:

„Mit der Einfügung der neuen Nummer 1a wird klargestellt, dass auch künftig Mitglieder einer Genossenschaft ihrer Genossenschaft partiarische Darlehen und Nachrangdarlehen zur Verfügung stellen können, ohne dass diese Vermögensanlagen-Verkaufsprospekte oder Vermögensanlagen-Informationsblätter erstellen muss. Im Hinblick auf die umfassende Gründungs- und Pflichtprüfung von Genossenschaften durch qualitätskontrollierte Prüfungsverbänden, die ihrerseits einer staatlichen Aufsicht unterliegen (vgl. Bundestagsdrucksache 15/3174, S. 42 zu § 8f Absatz 2 Nummer 1 VerkProspG), sowie die umfassenden Informationsrechte der Mitglieder erscheint eine Prospektpflicht für solche Finanzierungen aus Anlegerschutz Gesichtspunkten nicht geboten.“²⁰⁶

Der Zweck der Ausnahme beruht – jedenfalls nach den Ausführungen in der Gesetzesbegründung – weder auf Verhältnismäßigkeitserwägungen noch darauf, den Erhalt der Akteursvielfalt zu sichern. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass aufgrund der umfangreichen und strengen Kontrolle der Genossenschaften durch die entsprechenden Prüfungsverbände, kein zusätzlicher Bedarf für die Auferlegung von Prospekt- und Informationspflichten besteht.

Die Regelung erfasst alle Genossenschaften, d. h. auch solche, die im Banksektor, dem Wohnungsbaubereich, der Landwirtschaft etc. tätig sind. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es sich bei dieser Ausnahmeregelung aus dem Kapital- und Anlagerecht überhaupt um „Recht der Bürgerenergie“ handeln kann, denn anders als Vorschriften aus dem Energierecht, kommen diese bei der Geschäftstätigkeit von Energieprojekten nicht regelmäßig zur Anwendung. Da – wie oben ausgeführt²⁰⁷ – die „äußere Grenze“ von „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ abstrakt-generell kaum bestimmbar ist, hängt die Einordnung im Einzelfall davon ab, ob die Vorschriften typischerweise bei der Umsetzung von Bürgerenergieprojekten zur Anwendung kommen.

Die Ausnahmenvorschrift für Genossenschaften betrifft alle Energiegenossenschaften. Energiegenossenschaften fallen zum einen in die Gruppe der Bürgerenergiegesellschaften²⁰⁸, die vom Gesetzgeber in § 36g EEG 2017 privilegiert werden. Zum anderen belief sich die Anzahl

²⁰⁶ BT-Drs. 18/3994, S. 40.

²⁰⁷ Vgl. Kapitel B. III. 2.

²⁰⁸ Vgl. *Leuphana Universität Lüneburg/U. Nestle*, Marktrealität von Bürgerenergie und mögliche Auswirkungen von regulatorischen Eingriffen, Eine Studie für das Bündnis Bürgerenergie e.V. (BBEn) und dem Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. (BUND), 2014 (korr. Fassung), S. 8.

der eingetragenen Energiegenossenschaften bis zum 31.12.2014 auf 973²⁰⁹. Insoweit kommen die Ausnahmevorschriften des §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1 a VermAnlG im Bereich der Bürgerenergie zwar nicht regelmäßig zur Anwendung. Da Energiegenossenschaften aber einen fester Bestandteil der Bürgerenergie ausmachen und insbesondere im Bereich der Photovoltaik mehrere kleine Anlagen betreiben²¹⁰, kommen die Vorschriften zumindest bei der Umsetzung von Projekten durch Bürgerenergiegenossenschaften typischerweise zum Tragen. Aus diesen Gründen können die Ausnahmeregelungen des VermAnlG „gerade noch“ dem „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ zugerechnet werden.

II. Auslegungspraxis zum KAGB bzgl. Genossenschaften

In Zusammenhang mit der Realisierung von Bürgerenergieprojekten wurden zudem die Regelungen des KAGB verstärkt diskutiert²¹¹, da im Wege der Umsetzung der europäischen AIFM-Richtlinie²¹² im Sommer 2013 vom deutschen Gesetzgeber der Anwendungsbereich in § 1 Abs. 1 KAGB auf jede Verwaltung von deutschem oder europäischem Investmentvermögen erweitert wurde und damit für Energiegenossenschaften als einer häufigen Organisationsform der Bürgerenergie in Frage stand, ob und inwieweit sie den Vorgaben des KAGB unterliegen.

Dieser Unklarheit wurde nicht mit einer gesetzlichen Ausnahmeregelung, sondern mit einer geänderten Auslegung zur Einstufung von (Energie-)Genossenschaften durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff „Investmentvermögen“ begegnet, wonach nur Genossenschaften die nicht operativ tätig sind in den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 KAGB fallen. Dazu führt die BaFin aus:

„Genossenschaften i.S.d. GenG (eG) sind Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Diese zwingende, im Genossenschaftsgesetz verankerte Ausrichtung auf einen besonderen Förderzweck, schließt eine im Vordergrund stehende, fondstypische reine Gewinnerzielungsabsicht aus. Regelungen in der Satzung einer Genossenschaft, die dieser Beteiligungen an anderen Unternehmen erlauben, sind daher in diesem Zusammen-

²⁰⁹ vgl. J. Müller/L. Holstenkamp, Zum Stand von Energiegenossenschaften in Deutschland – Aktualisierter Überblick über Zahlen und Entwicklungen zum 31.12.2014, Arbeitspapiere in Wirtschaft & Recht Nr. 20, Lüneburg, S. 8.

²¹⁰ Vgl. Leuphana Universität Lüneburg/U. Nestle, Marktrealität von Bürgerenergie und mögliche Auswirkungen von regulatorischen Eingriffen, Eine Studie für das Bündnis Bürgerenergie e.V. (BBEn) und dem Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. (BUND), 2014 (korr. Fassung), iii.

²¹¹ M. E. Elspas/M. Möller/A. Hipke, Bremst das Kapitalanlagegesetzbuch Bürgerbeteiligungen aus? Was Energiegenossenschaften jetzt beachten müssen, ER 2014, S. 17 ff.

²¹² Richtlinie 2011/61/EU vom 08. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, Abl. L 174/1.

hang unbedenklich, da von solchen Satzungsbestimmungen nur im Rahmen der Vorgaben des Genossenschaftsgesetzes zum Förderzweck Gebrauch gemacht werden darf.

Bei wertender Gesamtschau verfolgt demnach eine Genossenschaft nach § 1 Abs. 1 GenG regelmäßig keine festgelegte Anlagestrategie, sodass kein Investmentvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 KAGB vorliegt.

Die Einhaltung der besonderen Anforderungen des Genossenschaftsgesetzes, insbesondere des genossenschaftlichen Förderzwecks, unterliegt der regelmäßigen umfassenden Prüfung der Prüfungsverbände (§§ 53 bis 64c GenG).²¹³

Da die Auslegungsregeln der BaFin keinen Hinweis auf Bürgerenergie enthalten und alle Genossenschaften adressiert werden, kann auf dieser Grundlage zunächst kein Bezug zu Bürgerenergie hergestellt werden. Es bedarf deshalb – wie bei der Ausnahme von der Prospekt- und Informationspflicht im VermAnlG – der Klärung, ob die Auslegungspraxis typischerweise bei der Umsetzung von Bürgerenergieprojekten zum Tragen kommt. Für die Bedeutung der Auslegungspraxis auf die Geschäftstätigkeit von Energiegenossenschaften als Teil der Bürgerenergie gelten die obigen Ausführungen zu den Ausnahmen in §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1 a VermAnlG. Insoweit haben die Auslegungsregelungen der BaFin wenn auch nur auf der äußeren Grenze angesiedelten Bezug zu Bürgerenergie und sind damit dem „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ zuzuordnen.

F. Zusammenfassung

Bürgerenergiespezifische Regelungen in Form eines „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“ gibt es nur wenige. Lediglich das EEG 2017 enthält in § 36g EEG 2017 Ausnahmeregelungen für die Ausschreibung von Windenergie an Land, die sich ausdrücklich und ausschließlich an Bürgerenergiegesellschaften als einer Teilmenge der Bürgerenergie richten und die dem Erhalt der Akteursvielfalt dienen sollen. Ebenfalls mit dem Ziel die Akteursvielfalt zu erhalten, wurden im Zuge der Umstellung auf Ausschreibungen im EEG 2017 weitere Ausnahmen implementiert. Sonderregelungen wie die Bagatellgrenze von 750 kW gehören aber, da sie sich an sämtliche kleinen Akteure richten und nicht nur Bürgerenergieakteure adressieren, zum „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“.

Im Gegensatz zum EEG 2017 richten sich weder die Vorschriften im EEG 2014 noch die des allgemeinen Energierechts oder des sonstigen Rechts ausdrücklich an Bürgerenergie. Da jedoch Privilegien wie Schwellenwerte alle kleinen Akteure und damit auch Bürgerenergieak-

²¹³ BaFin, Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des "Investmentvermögens" vom 14.06.2013, II. 3., abrufbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentscheidung/WA/ae_130614_Anwendungsber_KAGB_begriff_invvermoegen.html.

teure adressieren, fallen zahlreiche Ausnahmevorschriften des EEG 2014 und des allgemeinen Energierechts unter „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“.

Regelungen aus dem allgemeinen Recht, wie z. B. Ausnahmen von der Prospekt- und Informationspflicht für Genossenschaften fallen in den Grenzbereich zwischen „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ und Regelungen ohne Bezug zu Bürgerenergie.

Festzuhalten ist, dass sich sowohl die Voraussetzungen der direkten als auch der indirekten Förderung allgemein, insbesondere aber für kleinere Akteure und damit zum großen Teil für Bürgerenergieprojekte verschärft haben. Zwar enthält das EEG noch Spielräume für Bürgerenergieakteure und lässt sich demnach auch noch als „Bürgerenergiegesetz i. w. S.“ beschreiben. Diese Spielräume wurden jedoch spätestens mit den Änderungen im EEG 2014 eingeschränkt, so dass sich insbesondere mit der Schaffung von „echten“ Bürgerenergieausnahmen wie § 36g EEG 2017 die Frage stellt, welcher Zusammenhang zwischen diesen Tendenzen besteht.

Während Bürgerenergieakteure sich unter dem Regime des „alten“ EEG zu maßgeblichen Akteuren bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien entwickeln konnten, sind nunmehr nach Auffassung des Gesetzgebers Ausnahmeregelungen erforderlich, um den Erhalt der Akteursvielfalt, insbesondere die Teilnahme von Bürgerenergiegesellschaften an der Windausschreibung im Wege eines „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“, sicherzustellen²¹⁴. Aus dieser Entwicklung wird deutlich, dass das „Recht der Bürgerenergie i. w. S.“ nicht ausreicht, um den Bestand von Bürgerenergieakteuren am Markt zu gewährleisten. Mit der Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen hat sich dadurch der faktische und insoweit ungeschriebene „Normalfall“ zum Ausnahmefall bei der erneuerbaren-Stromerzeugung entwickelt. Normalfall heißt in diesem Zusammenhang, dass bislang überverhältnismäßig stark an der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien beteiligte Akteure²¹⁵ nicht mehr den typischen Regelfall darstellen, sondern zunehmend umfangreicherer Ausnahmeregelungen bedürfen. Der bisherige Regelfall wird damit quasi zur Ausnahme. Ob Umfang und Qualität der Privilegierungen für Bürgerenergiegesellschaften und damit das „Recht der Bürgerenergie i. e. S.“ ausreichen, um das Ziel des Gesetzgebers, die Akteursvielfalt zu sichern, oder sogar den bisher hohen Anteil von Bürgerenergie an der erneuerbaren Stromerzeugung zu erhalten, bleibt abzuwarten.

²¹⁴ Ob und inwieweit schon früher aufgrund der erheblich reduzierten Einspeisevergütung im PV-Bereich durch die „PV-Novelle“ 2012 eine Zäsur erfolgt ist, sei hier dahingestellt.

²¹⁵ In Bezug auf die Erzeugung von EE-Strom durch Bürgerenergieakteure vgl. *trend:research/Leuphana Universität Lüneburg*, Definition und Markanalyse von Bürgerenergie in Deutschland, im Auftrag der Initiative „Die Wende - Energie in Bürgerhand“ und der Agentur für Erneuerbare Energien, 2013, S. 15 und in Bezug auf kleine b. z. w. mittlere Akteure vgl. BT-Drs. 18/8832, S. 200, wonach sich die Anzahl der kleineren und mittleren Solaranlagen in 2013 auf ca. 118.000 Neuanlagen bis 750 kW und 2014 auf ca. 64.000 Neuanlagen bis 750 kW beläuft.