

# Funktion, Anwendungsbereich und formelle Voraussetzungen des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts für sog. Scheibenpachtmodelle nach § 104 Abs. 4 EEG (2017)

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, Dr. Mirko Sauer\*

## A. Einleitung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit den sog. Scheibenpachtmodellen und liegt im Zusammenhang der Frage, ob die Beteiligten dieser Erzeugungskonstellationen zur EEG-Umlagezahlung verpflichtet sind (oder waren). Dieser Beitrag soll und kann allerdings ohne eine genaue Definition von Scheibenpachtmodellen auskommen. Ebenso wenig soll hier geklärt werden, ob und inwieweit ein Scheibenpachtmodell, das unter der Geltung des EEG 2000, EEG 2004, EEG 2009 oder EEG 2012 begründet wurde, die seinerzeit geltenden Voraussetzungen für die Annahme einer mit der EEG-Umlage nicht belasteten „Eigenerzeugung“ erfüllen konnte. Es soll auch nicht geklärt werden, ob und inwieweit Scheibenpachtmodelle die materiellen Voraussetzungen des 2017 neu eingeführten gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts nach § 104 Abs. 4 EEG erfüllen. Eine Auseinandersetzung mit all diesen angedeuteten Fragen hat in den vergangenen Jahren intensiv stattgefunden. Es ist nicht Anliegen dieses Beitrags, hierzu noch eine weitere Position zu entwickeln.

Im Fokus der nachfolgenden Untersuchung soll vielmehr die Frage stehen, welche Funktion und welchen Anwendungsbereich das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht des § 104 Abs. 4 Satz 1 EEG hat und welche formellen Voraussetzungen hierfür gelten. Relevanz gewinnt diese im Kern dogmatische Fragestellung besonders in den Fällen, in denen es den Beteiligten eines vor dem 1.8.2014 begründeten Scheibenpachtmodells angeblich nicht gelungen sein soll, die Voraussetzungen des § 104 Abs. 4 EEG zu erfüllen. Können sich diese Unternehmen auf den gesetzlich gewährten Eigenerzeugungsbestandsschutz (§§ 61e, 61f EEG) berufen und müssen sie das überhaupt?

## B. Funktion und Anwendungsbereich des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts nach § 104 Abs. 4 S. 1 EEG

### I. Diskussionsstand

In der Literatur finden sich Aussagen, wonach der Gesetzgeber des EEG 2017 mit der Norm des § 104 Abs. 4 EEG eine „Änderung der Behandlung von sogenannten Scheibenpachtmodellen“ vorgenommen und damit die bis dato umstrittene Frage, ob die in Scheibenpachtmodellen erzeugten und verbrauchten Strommengen als Eigenversorgung bzw. Eigenerzeugung angesehen werden können, geklärt habe.<sup>1</sup> Eine körperlich-gegenständliche Stromerzeugungsanlage könne – wie mit der Rege-

lung des § 104 Abs. 4 EEG nun festgeschrieben worden sei – immer nur von „einem“ Letztverbraucher zur Eigenversorgung bzw. bestandsgeschützten Eigenerzeugung<sup>2</sup> genutzt werden; eine anteilige Nutzung der Anlage durch mehrere Letztverbraucher soll damit nicht als Eigenversorgung oder Eigenerzeugung qualifiziert werden können.<sup>3</sup> In einem Satz: Eine Eigenerzeugung erfasse hiernach nicht die wirtschaftlich über Nutzungsrechte zugerechnete Erzeugung.<sup>4</sup>

Eben diese Literaturstimmen scheinen – ohne dies näher zu beschreiben – anzunehmen, dass der Gesetzgeber (EEG 2017) die dahingehende rechtliche Einordnung gesetzlich festgeschrieben habe und dies für die Zukunft und für die Vergangenheit gelten soll. Der Gesetzgeber soll mithin also die mangelnde Einordenbarkeit als Eigenerzeugungs- oder Eigenversorgungsvariante auch für Scheibenpachtmodelle, die vor der Geltung des EEG 2017 und sogar vor der Geltung des EEG 2014 (vor dem 1.8.2014) begründet wurden, normativ geregelt und damit die Frage der Nichtschuld der EEG-Umlage nunmehr unter die formellen und materiellen Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts nach § 104 Abs. 4 EEG gestellt haben.<sup>5</sup> Eine nähere Begründung für diese Annahme (rückwirkende Regelung des Gesetzgebers) wird nicht geliefert. Diese

\* Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski ist geschäftsführender Direktor des EWeRK; Dr. Mirko Sauer ist Teil der wissenschaftlichen Leitung des EWeRK.

1 Scholz, in: Säcker, Berliner Kommentar, Band 6, 4. Aufl. 2017, § 104 Rn. 29, 30.

2 Eine Legaldefinition der Eigenerzeugung gab und gibt es nicht. Verwendet wurde der Begriff vor Einführung des EEG 2014 (vor dem 1.8.2014). Gemeint ist der Fall, in dem die Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage nicht bestand, weil Strom nicht an den Letztverbraucher geliefert wurde, sondern von diesem im Wege des Betriebs einer Stromerzeugungsanlage erzeugt und selbst verbraucht wurde (vgl. § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG 2012). In Abgrenzung dazu ist seit dem 01.08.2014 von Eigenversorgung die Rede (§ 61 Abs. 1 EEG 2014/2017), für die eine Legaldefinition geschaffen wurde (§ 5 Nr. 12 EEG 2014 bzw. § 3 Nr. 19 EEG 2017).

3 Weiss/Schweizer, EnWZ 2018, S. 19, 25.

4 Scholz, in: Säcker, Berliner Kommentar, Band 6, 4. Aufl. 2017, § 104 Rn. 30.

5 a.A. Buchmüller, wonach sich der Gesetzgeber mit Einführung des § 104 Abs. 4 EEG 2017 – entgegen der seinerzeit herrschenden Meinung – nur auf den „rechtlichen Standpunkt“ gestellt habe, dass eine von der EEG-Umlage befreite Eigenerzeugung in Mehrpersonen-Konstellationen niemals möglich war. Vgl. Buchmüller, ZNER 2017, S. 18, 23. Den Beteiligten soll es daher unbenommen bleiben, sich darauf zu berufen, dass eine Einordnung von Scheibenpachtmodellen als Eigenerzeugung/Eigenversorgung bis zum Inkrafttreten des EEG 2017 (d.h. unter der Geltung des EEG 2004, EEG 2009, EEG 2012, EEG 2014) möglich war und der Amnestieregelung des Gesetzgebers (§ 104 Abs. 4 EEG 2017) überhaupt nicht bedurfte. Vgl. Buchmüller, a.a.O., S. 22 (dort Fn. 43) und S. 23.

Sichtweise korrespondiert aber erkennbar mit einer Äußerung der BNetzA, wonach durch § 104 Abs. 4 EEG eine Klärung der EEG-Umlagepflicht bei Scheibenpachtmodellen für die heutige und „die früheren Fassungen des EEG“ herbeigeführt worden sei.<sup>6</sup> Eine nähere Erläuterung oder Begründung findet sich auch hier allerdings nicht.

Aufkommende verfassungsrechtliche Störgefühle sind in der Literatur insoweit als unberechtigt abgetan worden, als die Beteiligten durch § 104 Abs. 4 EEG schließlich ihren „Bestandsschutz“ erhielten; dies in Gestalt eines Leistungsverweigerungsrecht des Scheibenverpächters, den § 104 Abs. 4 Satz 1 EEG als grundsätzlich umlagepflichtigen Lieferanten einordne. Damit soll die Gefahr einer Verfassungswidrigkeit vermieden worden sein.<sup>7</sup>

In der Tat wäre die Intensität der verfassungsrechtliche Rechtfertigungslast einer Regelung, die für die in der Vergangenheit begründeten Scheibenpachtmodellen die seinerzeit erworbene gesetzliche Qualifizierung als Eigenerzeugung oder Eigenversorgung versagt, erheblich abgemildert, wenn den davon betroffenen Unternehmen ein Leistungsverweigerungsrecht zuerkannt werden würde, das zumindest im Ergebnis dem objektiven Rechtszustand bei Begründung des jeweiligen Scheibenpachtmodells (Schuld oder Nichtschuld der EEG-Umlage) und den nachfolgenden Bestandsschutzregelungen gleichkäme. Die Frage ist allerdings, ob dies durch § 104 Abs. 4 EEG tatsächlich so sichergestellt wird. Bei einem kursorischen Blick auf den Wortlaut der Norm können sich dahingehende Zweifel ergeben. Soweit durch ein Scheibenpachtmodell objektiv die seinerzeit (vor Erlass des EEG 2017) geltenden Voraussetzungen einer Eigenerzeugung oder Eigenversorgung verwirklicht wurden, schulden die Beteiligten dieser Erzeugungskonstellation qua Gesetz keine EEG-Umlage. Nach § 104 Abs. 4 EEG muss hingegen ein Leistungsverweigerungsrecht (Einrede) ausgeübt werden; Rückforderungen für bereits erfolgte – aber womöglich gar nicht geschuldete – EEG-Umlagezahlungen sind hier von vornherein ausgeschlossen.<sup>8</sup> Das in § 104 Abs. 4 EEG geregelte gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht soll auch nur bestehen für Scheibenpachtmodelle, die vor dem 1.8.2014 begründet wurden (Satz 1) und bei denen ab dem 1.8.2014 keine Erneuerungen, Ersetzungen und Erweiterungen an der Stromerzeugungsanlage vorgenommen wurden (Satz 4 Nr. 3). Der objektive Rechtszustand vor Erlass des EEG 2017 würde damit, wenn ein Scheibenpachtmodell seinerzeit eine Eigenerzeugung begründete, nicht vollständig abgebildet werden.<sup>9</sup> Überdies soll das Leistungsverweigerungsrecht dem Wortlaut nach nur bestehen, „soweit“ bis zum 31.12.2017 Angaben nach § 74 Abs. 1 Satz 1 und § 74a Abs. 1 EEG mitgeteilt worden sind (§ 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG). Auch dies entspricht nicht dem Rechtszustand, den die Beteiligten eines Scheibenpachtmodells vorfanden, das vor dem Erlass des EEG 2017 (eigenerzeugungswirksam) begründet wurde.<sup>10</sup> Dies erst Recht nicht, wenn man annehmen würde, dass das Leistungsverweigerungsrecht endgültig ausgeschlossen ist, wenn der formelle Akt der Angabenmitteilung bis zum 31.12.2017 gar nicht oder sonst ungenügend erfolgt ist.

Dass die Gefahr der Verfassungswidrigkeit einer normativen Regelung, die den seinerzeit eigenerzeugungs- bzw. eigenversorgungswirksam begründeten Scheibenpachtmodellen die Qualität einer Eigenerzeugung oder Eigenversorgung abspräche, schon durch die Existenz eines Leistungsverweigerungsrechts vermieden werden kann, kann daher nicht überzeugen. Es kommt darauf an, ob unter der Geltung des EEG 2004, EEG 2009, EEG 2012 oder EEG 2014 ein eigenerzeugungs- bzw. eigenversorgungstaugliches Scheibenpachtmodell begründet wurde und wie das Leistungsverweigerungsrecht ausgestaltet wird und ausgelegt werden kann.

Um es deutlicher zu formulieren, stellen sich mit Blick auf den Anwendungsbereich des § 104 Abs. 4 EEG folgende Fragen:

- (1) Ist § 104 Abs. 4 EEG eine Norm, die regelt, dass Scheibenpachtmodelle in der Vergangenheit keinen Eigenerzeuger- bzw. Eigenversorgerstatus begründen konnten und auch in der Zukunft nicht begründen können, sondern nur im Wege eines gesetzlich gewährten Leistungsverweigerungsrechts und nach dessen Voraussetzungen von der EEG-Umlagepflicht entlastet werden können? Dann wären die §§ 61e und 61f EEG von vornherein unanwendbar. Ob die Begründung eines Eigenerzeuger- bzw. Eigenversorgerstatus mittels Scheibenpachtmodells seinerzeit im Anwendungsbereich des EEG 2004, EEG 2009, EEG 2012 oder EEG 2014 objektiv gelungen ist, wäre irrelevant. Der Gesetzgeber des EEG 2017 hätte selbst im damaligen Erfolgsfall (Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung) nunmehr das Gegenteil geregelt, was mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen zum Rückwirkungsverbot konfligiert bzw. vor diesem Hintergrund gerechtfertigt werden müsste.
- (2) Oder ist § 104 Abs. 4 EEG eine Norm, die exklusiv den materiellen Bestandsschutz eines vor Erlass der Norm im Wege eines Scheibenpachtmodells (möglicherweise) erworbenen Eigenerzeuger- bzw. Eigenversorgerstatus nunmehr durch ein Leistungsverweigerungsrecht regelt? Dann wären die §§ 61e und 61f EEG (bzw. § 61 Abs. 3 und 4 EEG 2014) auf Scheibenpachtmodelle ab dem 01.01.2017 zwar nicht mehr anwendbar. Zugleich würden aber die dem § 104 Abs. 4 EEG entnommenen materiellen<sup>11</sup> und

6 BNetzA, Hinweis zur EEG-Umlagepflicht für Stromlieferungen in Scheibenpacht-Modellen und ähnlichen Mehrpersonen-Konstellationen und zum Leistungsverweigerungsrecht nach der „Amnestie-Regelung des § 104 Abs. 4 EEG 2017, Hinweis 2017/1 vom 26.01.2017, S. 3.

7 Weiss/Schweizer, EnWZ 2018, S. 19, 25.

8 BT-Drs. 18/10668, S. 150.

9 Denn bei Eigenerzeugungen, die vor dem 1.8.2014 begründet wurden, durften an der betreffenden Stromerzeugungsanlage Erneuerungen, Ersetzungen und Erweiterungen auch noch nach dem 1.8.2014 vorgenommen werden (vgl. § 61 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2014).

10 Vgl. z.B. § 49 EEG 2012 (§ 74 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 EEG 2014).

11 Kein Leistungsverweigerungsrecht für Scheibenpachtmodelle, die nach dem 1.8.2014 begründet wurden (§ 104 Abs. 4 Satz 1 EEG). Kein Leistungsverweigerungsrecht für Scheibenpachtmodelle, die vor dem 1.8.2014 begründet wurden, deren Stromerzeugungsanlage nach dem 1.8.2014 erneuert, ersetzt oder erweitert wurde (§ 104 Abs. 4 Satz 4 Nr. 3 EEG).

formellen<sup>12</sup> Einschränkungen des Leistungsverweigerungsrechts in Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot geraten, wenn die Begründung eines Eigenerzeugers- bzw. Eigenversorgerstatus im Anwendungsbereich des EEG 2004, EEG 2009, EEG 2012 oder EEG 2014 objektiv gelungen ist.

- (3) Oder ist § 104 Abs. 4 EEG eine Norm, die die Frage des (auch verfassungsrechtlich gebotenen) Bestandsschutzes unberührt und insoweit „ungeregelt“ lässt, ob vor Erlass der Norm mittels eines Scheibenpachtmodells ein Eigenerzeugers- bzw. Eigenversorgungsstatus objektiv begründet wurde, sondern vielmehr – ohne dies normativ zu regeln – einfach unterstellt, dass dies nicht oder zumindest nicht mit Sicherheit geschehen konnte und gerade wegen dieser Unsicherheit ein gesondertes Leistungsverweigerungsrecht regelt? Dann wären die §§ 61e, 61f EEG (Bestandsschutz wegen objektiv echter Eigenerzeugung) neben § 104 Abs. 4 EEG (Leistungsverweigerungsrecht bei unsicherem oder fehlgeschlagenem Eigenerzeugungsversuch) anwendbar. Den Beteiligten eines Scheibenpachtmodells, das vor Erlass des EEG 2017 errichtet wurde, bliebe es unbenommen, das damalige Rechtsunsicherheitsrisiko einzugehen und sich mit der Begründung auf § 61e oder § 61f EEG zu berufen, dass in ihrem Modell unter Geltung des EEG 2004, EEG 2009, EEG 2012 oder EEG 2014 eine (echte) Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung begründet wurde und bis heute fortgilt; es mithin des Leistungsverweigerungsrecht des § 104 Abs. 4 EEG 2017 überhaupt nicht bedürfe und damit natürlich auch dessen Voraussetzungen nicht erfüllen muss.<sup>13</sup>

Bei einer an den Maßstäben der juristischen Auslegungsmethodik orientierten Gesetzesauslegung des § 104 Abs. 4 EEG kann allein der zuletzt genannte Fall (3) angenommen werden.

## II. Gesetzesauslegung

Der BGH fasste die Methodik der Gesetzesauslegung jüngst wie folgt zusammen: *„Für die Auslegung von Gesetzen ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen, wobei Ausgangspunkt der Auslegung der Wortlaut der Vorschrift ist. Die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption ist durch das Gericht bezogen auf den konkreten Fall möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen.“*<sup>14</sup>

### 1. Wortlaut

In § 104 Abs. 4 Satz 1 EEG wird der Anwendungsbereich der Norm, das heißt die Grundvoraussetzung des Leistungsverwei-

gerungsrechts mit der Formulierung eröffnet: *„Ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen kann für Strom, den es ... vor dem 1. August 2014 an einen Letztverbraucher geliefert hat, die Erfüllung ... verweigern, ...“*. Fälle, in denen eine Eigenerzeugung oder Eigenversorgung begründet wurde, die definitionsgemäß gerade keine „Lieferung“ darstellen, sind also bei allein grammatischer Auslegung von der Norm des § 104 Abs. 4 EEG gar nicht erfasst. Dies gilt natürlich auch für Scheibenpachtmodelle, soweit mit diesen objektiv eine (echte) Eigenerzeugung oder Eigenversorgung begründet wurde. In diesen Fällen mag sich die Frage stellen, ob und inwieweit sich diese (echten) Eigenerzeuger oder Eigenversorger auf das in § 104 Abs. 4 EEG geregelte Leistungsverweigerungsrecht berufen können; der Wortlaut trifft darüber keine Aussage.<sup>15</sup>

Jedenfalls führt die grammatische Auslegung des in Satz 1 geregelten Anwendungsbereiches der Norm nicht zu dem Befund, dass mittels Scheibenpachtmodell objektiv begründete (echte) Eigenerzeugungs- oder Eigenversorgungsfälle eine Zahlung der EEG-Umlage fortan nur noch allein im Wege des in § 104 Abs. 4 EEG näher normierten Leistungsverweigerungsrechts (Einrede) und bei Einhaltung der dort geregelten formellen und materiellen Voraussetzungen verweigern können sollen. Auch sonst findet sich im Wortlaut des gesamten § 104 Abs. 4 EEG kein Hinweis darauf, dass der in § 61e bzw. § 61f EEG gewährte Eigenerzeugungsbestandsschutz in irgendeiner Weise eingeschränkt werden soll; die Normen der §§ 61e, 61f EEG enthalten im Übrigen auch keine wörtliche Bezugnahme zum Leistungsverweigerungsrecht des § 104 Abs. 4 EEG – gelten also gerade auch ohne die formellen und materiellen Einschränkungen des § 104 Abs. 4 EEG.<sup>16</sup>

Die wörtlich so zu verstehende Eröffnung des Anwendungsbereiches der Norm wird auch nicht durch die in § 104 Abs. 4 Satz 2 EEG geregelte Fiktion verändert, sondern vielmehr noch verstärkt.

Scheibenpachtmodelle können unterschiedlich ausgestaltet sein. In jedem Fall enthalten sie (mindestens) die vertragliche Vereinbarung eines anteiligen Nutzungsrechts an einer Stromerzeugungsanlage. In § 104 Abs. 4 Satz 2 EEG wird dieser „gemeinsame Nenner“ von Scheibenpachtmodellen zum Tatbestand einer gesetzlichen Fiktion gemacht: *„Ausschließlich zur Bestimmung des Betreibers ... im Rahmen von Satz 1 Nummer 1 gilt ein anteiliges vertragliches Nutzungsrecht des Letztverbrauchers an einer bestimmten Erzeugungskapazität der Stromerzeugungsanlage als eigenständige Stromerzeugungsanlage, wenn und soweit der Letztverbraucher diese wie eine Stromerzeugungsanlage betrieben hat.“* Diese Fiktion wird

<sup>12</sup> Soweit man § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG dahin auslegt, dass kein Leistungsverweigerungsrecht besteht, wenn die Mitteilung von Angaben nach den §§ 74 und 74a EEG bis zum 31.12.2017 unterblieben ist oder ungenügend war.

<sup>13</sup> So Buchmüller, a.a.O., S. 22 (dort Fn. 43) und S. 23; der sich allerdings offenbar nur auf Scheibenpachtmodelle bezieht, die vor dem 1.8.2014 begründet wurden.

<sup>14</sup> Jüngst: BGH, Urteil vom 15.05.2019, Az.: VIII ZR 51/18, Rn. 29 (m.w.N.).

<sup>15</sup> Zur teleologischen Auslegung: siehe unter 3.

<sup>16</sup> Anders nur zur Frage der Zulässigkeit einer Rechtsnachfolge bei Bestandsanlagen: § 61h Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c) und § 61h Abs. 2 Nr. 2 EEG.

ihrerseits in § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG zur Bedingung des Leistungsverweigerungsrechts des EltVU erklärt. „*Ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen kann für Strom, den es ... vor dem 1. August 2014 an einen Letztverbraucher geliefert hat, die Erfüllung ... verweigern, soweit ... der Anspruch aufgrund der Fiktion nach Satz 2 nicht entstanden wäre ...*.“ Auch mit Blick auf diese Formulierungen wird erkennbar, dass Fälle, in denen objektiv eine echte Eigenerzeugung oder Eigenversorgung begründet wurde und die deshalb schon definitionsgemäß und nicht „aufgrund der Fiktion nach Satz 2“ keine Lieferung darstellen, bei allein grammatischer Auslegung von der Norm des § 104 Abs. 4 EEG gar nicht erfasst werden. Dem Wortlaut der Fiktion (Satz 2) kann auch nicht – auch nicht im Kontext des Satzes 1 – entnommen werden, dass anteilige Nutzungsrechte an einer bestimmten Erzeugungskapazität nach der jeweiligen Rechtslage nunmehr als Fälle einer Strombelieferung zu gelten haben.

Der Wortlaut der Norm gibt auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass sämtliche Scheibenpachtmodelle nur noch anhand der gesetzlichen Fiktion des § 104 Abs. 4 Satz 2 EEG zu behandeln wären und insoweit durch § 104 Abs. 4 EEG den Pächtern die Erlangung des Eigenerzeuger- bzw. Eigenversorgerstatus (Betreiberstatus) auf andere gesetzlich zugestandene Weise<sup>17</sup> für die Zukunft oder gar rückwirkend verwehrt wird. Vielmehr muss schon bei grammatischer Auslegung gerade umgekehrt davon ausgegangen werden, dass der Anwendungsbereich der Norm (das Leistungsverweigerungsrecht) genau in solchen Fällen eröffnet ist, in denen ein konkretes Scheibenpachtmodell auf andere gesetzlich zugestandene Weise objektiv nicht zur Verwirklichung der Voraussetzung der Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung geführt hat und deshalb – wie Satz 1 es beschreibt – von einer im Grundsatz mit der EEG-Umlagepflicht belasteten Stromlieferung auszugehen ist; daher auch die Hilfestellung der Fiktion.

Die grammatische Auslegung ergibt insgesamt folgenden Befund:

- Im Wortlaut des § 104 Abs. 4 EEG findet sich keine normative Regelung zu der Frage, ob (1) mittels eines Scheibenpachtmodells ein Eigenerzeugungs- oder Eigenversorgungsstatus (z.B. vor Erlass der Norm) objektiv begründet wurde und (2) ob ein solcher Status seinerzeit, gegenwärtig oder in der Zukunft anzuerkennen war oder ist. In der Norm wird die seinerzeit und heute umstrittene Rechtsfrage nicht regelnd geklärt.
- Im Wortlaut des gesamten § 104 Abs. 4 EEG findet sich kein Hinweis darauf, dass der in § 61e bzw. § 61f EEG geregelte Eigenerzeugungsbestandsschutz in irgendeiner Weise eingeschränkt werden und für Beteiligte eines seinerzeit begründeten Scheibenpachtmodells von vornherein auch dann nicht zur Verfügung stehen soll, wenn ihre Erzeugungskonstellation unter der Geltung des EEG 2004, EEG 2009, EEG 2012 oder EEG 2014 eine Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung objektiv realisiert hat. Im Wortlaut findet sich keine Regelung, wonach bei mittels Scheibenpachtmodell begründeten Eigenerzeugungs- oder Eigen-

versorgungsfällen eine Zahlung der EEG-Umlage fortan nur noch im Wege des in § 104 Abs. 4 EEG näher normierten Leistungsverweigerungsrechts (Einrede) verweigert werden kann.

- Dem Wortlaut des § 104 Abs. 4 EEG nach ist der Anwendungsbereich der Norm vielmehr umgekehrt eröffnet, wenn ein konkretes Scheibenpachtmodell objektiv nicht zur Verwirklichung der Voraussetzung der Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung geführt hat und deshalb objektiv eine mit der EEG-Umlagepflicht belastete Stromlieferung vorliegt. In diesen Fällen soll unter bestimmten Voraussetzungen ein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht gelten. Auf diese Weise lässt der Wortlaut des § 104 Abs. 4 EEG die seinerzeit und heute umstrittene Rechtsfrage der Eigenerzeugungs- bzw. Eigenversorgungstauglichkeit von Scheibenpachtmodellen dahinstehen.

## 2. Entstehungsgeschichte

Der Wortlautbefund wird durch die entstehungsgeschichtliche Betrachtung der Norm bestätigt.

### a. Erklärte Rechtsansicht des Gesetzgebers

In der Gesetzesbegründung offenbarte der Gesetzgeber, dass er davon ausging, dass mit Einführung des EEG 2014 mittels Scheibenpachtmodellen keine Eigenversorgung bzw. Eigenerzeugung begründet werden kann. „*Da sich die mit dem EEG 2014 neu geregelten Bestimmungen zu den EEG-Umlagepflichten stets auf den Betrieb der realen Stromerzeugungsanlage und nicht auf vertragliche Nutzungsrechte beziehen, kann sich ein Letztverbraucher seit dem EEG 2014 nicht auf die Eigenversorgungs- bzw. Eigenerzeugungsprivilegien berufen, soweit er Strom aus einer „gepachteten Kraftwerksscheibe“ verbraucht.*“<sup>18</sup>

Diese Ausführungen sind zwar in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Sie geben der Norm des § 104 Abs. 4 EEG aber keinen anderen als den schon aus ihrem Wortlaut abzuleitenden Sinngehalt.

Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber zunächst zwar auf die Einführung des EEG 2014 als eine Art Zäsur rekurriert, dann aber aussagt, dass sich ein Letztverbraucher seit dem EEG 2014 nicht auf die Eigenversorgungs- bzw. Eigenerzeugungsprivilegien berufen könne. Dass Eigenerzeuger i.S.d. EEG 2012 (oder davor) schon ausweislich des seinerzeit geltenden und über die Bestandsschutzregelungen fortbestehenden Entstehungstatbestandes der EEG-Umlagepflicht keine EEG-Umlage schulden und insofern nicht im Sinne einer EEG-Umlagebefreiung „privilegiert“ sind<sup>19</sup>, sei hier dahingestellt. Unklar bleibt, wie die aus der Neuregelung des EEG 2014 gezogene Schlussfolgerung des Gesetzgebers zu verstehen ist. Soll sich ein „Letztverbraucher“ in einem Scheibenpachtmodell, das vor Erlass des EEG

<sup>17</sup> Z.B. auf der Grundlage von § 37 Abs. 3 EEG 2012 (§ 61e EEG 2017) oder vor dem 1.9.2011 auf der Grundlage der seinerzeit geltenden Bestimmungen als Nichtlieferkonstellation (§ 61f EEG 2017) betrieben haben.

<sup>18</sup> BT-Drs. 18/10668, S. 150.

<sup>19</sup> Riedel/Weiss, EnWZ 2013, S. 402, 404.

2014 begründet wurde (z.B. unter Geltung des EEG 2009 oder EEG 2012), seit dem EEG 2014 oder ab Geltung des EEG 2017 nicht mehr auf das „Eigenerzeugungsprivileg“ berufen können und seit dem grundsätzlich die EEG-Umlage schulden? Wenn dies der Gesetzgeber tatsächlich so sehen würde, wäre eine Aussage zu erwarten gewesen, dass schon unter der Geltung EEG 2012 (oder davor) eine solche Einordnung (echte Eigenerzeugung) unmöglich war. Dies äußert der Gesetzgeber aber gerade nicht, sondern verweist einerseits auf die Rechtsänderung durch das EEG 2014 und andererseits auf die vor dem Inkrafttreten des EEG 2014 häufig bestehende erhebliche Rechtsunsicherheit.<sup>20</sup> Dies lässt es für sich bereits als zweifelhaft erscheinen, dem Gesetzgeber die Rechtsansicht zu unterstellen, dass er ganz generell davon ausging, dass eine von der EEG-Umlagepflicht nicht erfasste Eigenerzeugung in Mehrpersonen-Konstellationen (Scheibenpachtmodellen) niemals möglich war.<sup>21</sup>

Eine solche Unterstellung ist im Übrigen auch aus anderen entwicklungsgeschichtlichen Gründen verfehlt. Zum einen würde sich der Gesetzgeber damit gegen die seinerzeit (vor dem EEG 2014) wohl herrschende Auffassung in der Literatur stellen, die gerade von einer Verwirklichung der Eigenerzeugung durch Scheibenpachtmodelle ausging.<sup>22</sup> In zwei vom BMU beauftragten und veröffentlichten Gutachten ist die prinzipielle Erfüllbarkeit der gesetzlichen Eigenerzeugungs- und Eigenversorgungsanforderungen durch Scheibenpachtmodelle auch nicht in Abrede gestellt worden.<sup>23</sup> Im Wesentlichen vertrat nur die Bundesnetzagentur eine solche Sichtweise; begründete dies allerdings auch nur mit der im EEG 2014 neu eingeführten Eigenversorgungsdefinition (§ 5 Nr. 12 EEG 2014).<sup>24</sup> Die Gerichte und der BGH haben diese Frage zu diesem Zeitpunkt<sup>25</sup> nicht geklärt, so dass der Gesetzgeber eine solch eindeutige Rechtsansicht gar nicht hätte vertreten können.

Zum anderen wäre die so verstandene Äußerung des Gesetzgebers auch bemerkenswert vor dem Hintergrund der parallel verlaufenden beihilferechtlichen Entwicklung.

Durch die Anmeldung Deutschlands wurde am 5. Juli 2017 (nach Erlass des EEG 2017<sup>26</sup>) ein beihilferechtliches Genehmigungsverfahren bei der Europäischen Kommission eröffnet, bei dem auch die Einordnung von Scheibenpachtmodellen relevant war. Die Kommission gab den Vortrag Deutschlands wie folgt wieder:

„2.3.5.4. *Scheibenpacht* (§ 104 Absatz 4 EEG 2017)

(41) *Deutschland erläuterte, dass vor der Reform des EEG im Jahr 2014 Unternehmen, die eine Stromerzeugungsanlage pachteten oder anteilig pachteten (sog. Scheibenpacht) ebenfalls als Eigenversorger angesehen wurden und nicht der EEG-Umlage unterlagen.*

(42) *Daher ist in § 104 Absatz 4 EEG 2017 vorgesehen, dass bei bereits vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommenen Anlagen Scheibenpächter ebenfalls die Befreiung nach § 61c EEG 2017 oder § 61d EEG 2017 [Anmerkung: § 61e oder § 61f EEG n.F.] in Anspruch nehmen können, sofern die Anlage nicht erneuert, ersetzt oder erweitert worden ist, der Scheibenpachtvertrag fortbesteht und vor dem 31. Dezember 2017 eine Mitteilung abgegeben wird.“<sup>27</sup>*

Wie gezeigt nahm Deutschland im Beihilfenverfahren den Standpunkt der seinerzeit vorherrschenden Auffassung ein, dass Scheibenpachtmodelle vor Inkrafttreten des EEG 2014 als Eigenversorgung angesehen wurden und nicht der EEG-

20 BT-Drs. 18/10668, S. 150. „Zu der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des EEG 2014 bestanden bei den betroffenen Unternehmen allerdings häufig erhebliche Rechtsunsicherheiten.“

21 Vgl. Buchmüller, ZNER 2017, S. 18, 23.

22 Vgl. Buchmüller, ZNER 2017, S. 18, 20 sowie S. 19 (dort Fn. 13): Kachel/Charles, REE 2014, S. 197, 201; Salje, Das Eigenstromprivileg im Belastungsausgleich des Rechts der Erneuerbaren Energien, in: Baur et al. (Hrsg.), Festschrift für Kühne, 2009, S. 311, 325 f.; Scholtka, Letztverbraucherbelieferung und Eigenerzeugung im EEG, in: Baur et al. (Hrsg.), Festschrift für Kühne, 2009, S. 343, 361 f.; Böhme/Schreiner, in: Greb/Boewe, Beck'scher Online-Kommentar zum EEG, 5. Auflage, Stand 1.4.2016, § 61 EEG 2014, Rn. 19; Überdies: Riedel, IR 2010, S. 101, 104; Altmann, in: Altmann/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Auflage 2013, § 37 Rn. 33; kritisch mit Blick auf die Eigenerzeugungsqualität von Scheibenpachtmodellen vor Erlass des EEG 2014 aber Klemm, REE 2013, S. 1, 10 f.; zwar zweifelnd aber nicht grundsätzlich ausschließend: Strauch/Wustlich, RdE 2012, S. 409, 415 (hänge vom Einzelfall ab).

23 Vgl. Mikefić et al. (Kanzlei Salans), „Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG“ (27.08.2012); Moench et al. (Kanzlei Gleiss Lutz), Gutachterliche Stellungnahme „Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs von Strom durch Dritte aus Photovoltaikanlagen“ (30.04.2013).

24 Bundesnetzagentur, Leitfaden zur Eigenversorgung (Stand Juli 2016), Ziff. 4.1.4., S. 31 f. (zum Merkmal der Personenidentität und zur mangelnden Betreibereigenschaft bei anteiligen vertraglichen Nutzungsrechten); Der BDEW hat sich in seiner Stellungnahme zum Konsultationsentwurf des BNetzA-Leitfadens allerdings gegen die strikte Ablehnung der Erfüllung des Merkmals der Personenidentität bei Scheibenpachtmodellen ausgesprochen und auch den Betreiberbegriff in seinen Facetten anders akzentuieren wollen. Vgl. BDEW, Stellungnahme zur Konsultationsfassung des Leitfadens zur Eigenversorgung der Bundesnetzagentur vom 16. Oktober 2015, S. 10 ff., abrufbar: [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen\\_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Eigenversorgung/Stellungnahmen/BDEW\\_SN.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Eigenversorgung/Stellungnahmen/BDEW_SN.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

25 Das *LG Wuppertal* hat allerdings jüngst ein unter der Geltung des EEG 2012 begründetes Scheibenpachtmodell als Eigenerzeugung i.S.d. § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG 2012 anerkannt. Vgl. *LG Wuppertal*, Beschluss vom 23.06.2020, Az.: 5 O 490/19, Rn. 35 ff. (juris). Daraus folge nach Ansicht des Gerichts auch ein Bestandsschutz (gemäß § 61 Abs. 3 EEG 2014) bis zum 31.12.2016. Ab dem 01.01.2017 soll sich dies aus § 104 Abs. 4 EEG 2017 ergeben, dessen Voraussetzungen das Gericht im vorliegenden Fall als erfüllt betrachtete. Wie das Gericht entschieden hätte, wenn die Voraussetzungen des § 104 Abs. 4 EEG 2017 nicht erfüllt worden wären, wird nicht deutlich. Es hat allerdings ausgeführt, dass die in § 61e EEG 2017 geregelte (auf zurückgehende § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG 2012) Einschränkung der Eigenversorgung („räumlicher Zusammenhang“) und nicht die in § 3 Nr. 19 EEG 2017 (bzw. § 5 Nr. 12 EEG 2014) geregelte weitergehende Einschränkung („unmittelbaren räumlichen Zusammenhang“) Geltung beanspruche, was für sich darauf hindeutet, dass das Gericht den Bestandsschutz nach § 61e EEG 2017 nach wie vor für relevant betrachtete.

26 Gesetz zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung vom 22.12.2016 (BGBl. I S. 3106).

27 Europäische Kommission, Beschluss vom 19.12.2017, SA.46526 (2017/N), Rn. 41, 42.

Umlage unterlagen. Das deckt sich auch mit der Rechtsansicht des Gesetzgebers des EEG 2014.<sup>28</sup>

Im Gesetzgebungsprozess des sog. Mieterstromgesetzes 2017<sup>29</sup>, in dem auch die Frage geregelt werden sollte, ob und inwieweit im Rahmen von § 104 Abs. 4 EEG Rechtsnachfolgen zuzulassen sind (§ 61f EEG a.F. – heute § 61h), vertrat die Bundesregierung – wie nachfolgend zu sehen – zwar einer weniger eindeutige Position. Keinesfalls aber wurde die Ansicht vertreten, dass eine Eigenerzeugung in Mehrpersonen-Konstellationen (Scheibenpachtmodellen) zu jeden Zeitpunkt ausgeschlossen war.

*Die Bundesregierung geht davon aus, dass mit der vorgeschlagenen Nennung des § 104 Absatz 4 EEG 2017 in § 61f bezweckt wird, im Rahmen von § 104 Absatz 4 Rechtsnachfolgen zuzulassen. In der Sache geht es um Fälle der Scheibenpacht, die mit dem EEG 2014 explizit von der Privilegierung im EEG ausgenommen wurden, weil es hier vielfach zu rechtsmissbräuchlichen Ausgestaltungen kam. Dieser Vorschlag ist daher zudem beihilferechtlich fraglich und auch aus diesem Grunde abzulehnen. Dies folgt bereits aus den unterschiedlichen bestandsschutzauslösenden Fristen der Bestimmungen: Während § 104 Absatz 4 EEG 2017 nämlich nur solche Konstellationen erfasst, die in dieser Form bereits vor dem 1. August 2014 bestanden haben, weil bis zur Neuregelung durch das EEG 2014 die Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage in derartigen Konstellationen unklar gewesen ist, ermöglicht die Regelung des § 61f EEG 2017 Rechtsnachfolgen auch noch nach dem 1. August 2014. Die unklare Rechtslage vor dem 1. August 2014 ist jedoch die tragende Säule der beihilferechtlichen Rechtfertigung des § 104 Absatz 4 EEG 2017.*<sup>30</sup>

Die Frage der beihilfenrechtlichen Genehmigung spielte im Gesetzgebungsprozess bei Abfassung der Norm des § 104 Abs. 4 EEG 2017 eine erhebliche Rolle. Mit dem Leistungsverweigerungsrecht in § 104 Abs. 4 EEG 2017 wurde zugleich in § 104 Abs. 7 EEG 2017 geregelt, dass diese Bestimmung erst nach der beihilfenrechtlichen Genehmigung durch die Europäische Kommission angewandt werden durfte. Dieses Genehmigungsverfahren war im Übrigen auch für die in § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017 geregelte Frist zur Mitteilung der Angaben nach § 74 und § 74a EEG zentral. Das Fristende wurde in § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017 ursprünglich auf den 31. Mai 2017 gelegt und im Anschluss, weil mit einer Entscheidung der Kommission nicht mehr vor dem 31. Mai 2017 gerechnet wurde<sup>31</sup>, auf den 31. Dezember 2017 verlegt.

Dem Gesetzgeber des § 104 Abs. 4 EEG 2017 kann vor diesem Hintergrund nur schwer unterstellt werden, dass er tatsächlich den rechtlichen Standpunkt einnahm, wonach eine von der EEG-Umlagepflicht nicht erfasste Eigenerzeugung in Mehrpersonen-Konstellationen (Scheibenpachtmodellen) niemals möglich war.<sup>32</sup> Er mag in seiner Rechtsauffassung davon ausgegangen sein, dass mit Einführung des EEG 2014 keine eigensversorgungstauglichen Scheibenpachtmodelle mehr begründet werden konnten. Dass dies aber auch vor Inkrafttreten des EEG 2014 generell ausgeschlossen gewesen sein soll, lässt sich nicht als Rechtsauffassung des Gesetzgebers deklarieren.<sup>33</sup>

Im Übrigen muss betont werden, dass die Motive des Gesetzgebers, dessen Äußerungen und Wertungen im Gesetzgebungsverfahren die Gesetzesauslegung nur insofern binden können als sie im Gesetzeswortlaut einen Ausdruck gefunden haben.<sup>34</sup> Dies ist wie die grammatische Auslegung zeigte, gerade nicht geschehen. Selbst wenn der Gesetzgeber 2017 – was sich schon nicht belegen lässt – die Rechtsansicht vertreten haben mag, dass mit Scheibenpachtmodellen zu keiner Zeit eine Eigenerzeugung begründet werden konnte, so hat er dies im Wortlaut weder feststellend geregelt noch rechtsfolgenseitig definiert. Er hat nach dem Normtext lediglich Scheibenpachtmodelle, die vor dem 1.8.2014 errichtet wurden, mit einem gesetzlichen Leistungsverweigerungsrecht begünstigt; das im Vergleich zu den echten gesetzlichen Eigenerzeugungsanforderungen des § 37 Abs. 3 EEG 2012 (§ 61e EEG) und den vor dem 1.9.2011 für Nichtlieferkonstellationen geltenden Bestimmungen (§ 61f EEG 2017) geringere Voraussetzungen hat (Fiktion des § 104 Abs. 4 Satz 2 EEG), zugleich aber wegen der in § 104 Abs. 4 EEG normierten formellen<sup>35</sup> und materiellen<sup>36</sup> Einschränkungen im Ergebnis inhaltlich hinter dem echten „Eigenerzeugungsprivileg“ zurückbleibt. Selbst wenn die hinter dieser „Begünstigung“ (der Fiktion) stehende Motivation des Gesetzgebers sich aus einer rückblickenden Gesetzesauslegung gewonnenen Rechtsansicht ergab, nach der alle früheren Scheibenpachtkonstellationen auch unter Geltung des EEG 2009 oder EEG 2012 objektiv eigenerzeugungsuntauglich waren, so

28 Der Gesetzgeber des EEG 2014 hat die ab 01.09.2011 (Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vom 28.07.2011, BGBl. I S. 1634) eingeführte Beschränkung der Eigenerzeugung auf Fälle mit einem „räumlichen Zusammenhang zu der Stromerzeugungsanlage“ (§ 37 Abs. 3 Nr. 2 lit. b) EEG a.F.) ausdrücklich so auslegt, dass damit Geschäftsmodelle ausgeschlossen werden sollten, „bei denen weit entfernte Kraftwerksscheiben gepachtet wurden, um so in den Genuss der Privilegierung zu gelangen“ (BR-Drs. 157/1/14, S. 40). Die Eigenerzeugungstauglichkeit von Scheibenpachtmodellen wurde vom Gesetzgeber des EEG 2014 also gerade nicht prinzipiell in Zweifel gezogen.

29 Gesetz zur Förderung von Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 17.07.2017, BGBl. I S. 2532.

30 BT-Drs. 18/12728 vom 14.06.2017, S. 24.

31 BT-Drs. 18/12988 vom 28.06.2017, S. 38.

32 So aber Buchmüller, ZNER 2017, S. 18, 23.

33 Der Gesetzgeber des EEG 2017 hätte damit im Übrigen auch der seinerseits vertretenen Rechtsansicht des Gesetzgebers des EEG 2014 widersprochen (vgl. Fn. 28), was für sich nicht nur unüblich wäre, sondern eine insoweit explizite Begründung dieses Meinungswechsels erfordert hätte. Explizit hat der Gesetzgeber des EEG 2017 allerdings nur auf die Neuregelungen des EEG 2014 abgestellt und darauf seine Rechtsansicht gestützt (vgl. BT-Drs. 18/10668, S. 159).

34 BGH, Beschluss vom 19.04.2012, Az.: I ZB 80/11, Rn. 30 (m.w.N.); vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 09.05.1978, Az.: 2 BvR 952/75, Rn. 29 (juris); BVerfG, Urteil vom 30.03.2004, Az.: 2 BvR 1520/01, Rn. 91 (juris); BVerfG, Beschluss vom 10.06.2009, Az.: 1 BvR 825/08, Rn. 48 (juris).

35 Soweit man § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG dahin auslegt, dass kein Leistungsverweigerungsrecht besteht, wenn die Mitteilung von Angaben nach den §§ 74 und 74a EEG bis zum 31.12.2017 unterblieben ist oder ungenügend war.

36 Kein Leistungsverweigerungsrecht für Scheibenpachtmodelle, die nach dem 1.8.2014 begründet wurden (§ 104 Abs. 4 Satz 1 EEG). Kein Leistungsverweigerungsrecht für Scheibenpachtmodelle, die vor dem 1.8.2014 begründet wurden, deren Stromerzeugungsanlage nach dem 1.8.2014 erneuert, ersetzt oder erweitert wurde (§ 104 Abs. 4 Satz 4 Nr. 3 EEG).

hat der Gesetzgeber diese (vermeintliche) Rechtsansicht in der Norm des § 104 Abs. 4 EEG nicht kodifiziert; jedenfalls nicht in der gebotenen Klarheit und Bestimmtheit. Der Gesetzgeber hat im Normtext lediglich einen Reparaturmechanismus (Fiktion des § 104 Abs. 4 Satz 2 EEG) zur Verfügung gestellt, der genau an den aus seiner Rechtsansicht für die Qualifizierung einer Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung kritischen Voraussetzungen ansetzt<sup>37</sup> und darüber hinweghelfen soll<sup>38</sup>. Abgesehen davon, dass dem Wortlaut der Fiktion (Satz 2) schon nicht – auch nicht im Kontext des Satz 1 – entnommen werden kann, dass anteilige Nutzungsrechte an einer bestimmten Erzeugungskapazität nach der jeweiligen Rechtslage als Fälle einer Strombelieferung zu gelten haben, lässt sich eine dahingehende Regelungsabsicht des Gesetzgebers auch schon nicht feststellen.

In der Gesetzesbegründung finden sich im Übrigen auch keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber im Sinn hatte, mit § 104 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 EEG eine „klarstellende Regelung“ zu treffen und insoweit eine seiner Ansicht nach schon immer bestehenden Rechtslage zu regeln; ganz abgesehen davon, dass solche „rückwirkenden Klarstellungen“ des Gesetzgebers ohnehin keine Relevanz für die Auslegung der seinerzeit geltenden Regelungen haben<sup>39</sup> und – soweit sie in die Fortgeltung einer damals begründeten Rechtslage (Rechtsposition) rückwirkend eingreifen – nur in den durch das Rückwirkungsverbot vorgegebenen Grenzen verfassungsrechtliche Anerkennung verdienen<sup>40</sup>. Weder aus dem Normtext noch aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber diesen Weg gewählt hat oder wählen wollte.

#### b. Erklärtes Regelungsziel des Gesetzgebers

Ausweislich der Gesetzesbegründung verfolgte der Gesetzgeber mit § 104 Abs. 4 EEG vielmehr das Ziel, für Betreiber von realen technischen Stromerzeugungsanlagen (Verpächter der Kraftwerksscheibe bzw. Erzeugungskapazität) das Risiko der Nichtanerkennung einer unter der Geltung des EEG 2004, EEG 2009 oder EEG 2012 angestrebten Eigenerzeugungskonstellation zu beseitigen.

*„Mit dem neuen § 104 Absatz 4 EEG 2017 werden Unternehmen entlastet, die aufgrund einer unklaren Rechtslage vor dem Inkrafttreten des EEG 2014 davon ausgegangen waren, dass in bestimmten Konstellationen keine umlagepflichtige Stromlieferung, sondern eine umlagenbefreite Eigenerzeugung aus anteilig genutzten Erzeugungskapazitäten an einer Stromerzeugungsanlage (sogenannten „Kraftwerksscheiben“) vorlag. Der neu eingefügte Absatz 4 schafft ein Leistungsverweigerungsrecht für Alt-Forderungen und ermöglicht darüber hinaus eine von der EEG-Umlage befreite Eigenerzeugung bei unverändert fortgeführten Konstellationen auch in der Zukunft. [...] Zu der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des EEG 2014 bestanden bei den betroffenen Unternehmen allerdings häufig erhebliche Rechtsunklarheiten. Infolge dessen bestehen für die Betreiber der realen technischen Stromerzeugungsanlagen erhebliche Risiken. Das Leistungsverweigerungsrecht nach Absatz 4 Satz 1 beseitigt diese Risiken für Strommengen, die der Betreiber der Stromerzeugungsanlage*

*vor dem Inkrafttreten des EEG 2014 an die einzelnen Scheibenpächter geliefert hat.“*<sup>41</sup>

In der Tat kann eine Pflicht zur Nachentrichtung der EEG-Umlage für die Kraftwerksbetreiber (aber auch für die Scheibenpächter) mitunter ein existenzbedrohendes Ausmaß erreichen.<sup>42</sup> Dass es dem Gesetzgeber mit der Regelung darum ging, dafür zu sorgen, dass die EEG-Umlage für die in den vor dem EEG 2014 begründeten Scheibenpachtmodellen verbrauchten Strommengen im Grundsatz nachzuentrichten ist, ist vor diesem Hintergrund nicht erkennbar. Die gesetzgeberisch getroffene Wahl für die rechtlichen Konstruktion eines gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts, liegt auch ganz offensichtlich darin begründet, dass er seine (vermeintlich notwendige) Begünstigung begrenzen und insoweit die Rückforderung bereits geleisteter EEG-Umlagezahlungen von unter der Geltung des EEG 2009, EEG 2012 oder EEG 2014 missglückten Scheibenpachtmodellen unterbinden wollte. *„Die Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen ist ausgeschlossen.“*<sup>43</sup>

Der Blick auf die vom Gesetzgeber selbst beschriebene Motivation bestätigt somit den Wortlautbefund, wonach mit § 104 Abs. 4 EEG in keiner Weise der in § 61e bzw. § 61f EEG geregelte Eigenerzeugungsbestandsschutz einschränkt werden sollte. Im Gegenteil. Der Gesetzgeber hat vielmehr, weil er bei rückblickender Gesetzesauslegung zu der Rechtsansicht gelangte, dass mit Scheibenpachtmodellen die damals geltenden gesetzlichen Eigenversorgungsvoraussetzungen (die über die §§ 61e, 61f EEG fortgelten) womöglich nicht erfüllt werden können, zur Vermeidung des Risikos erheblicher Nachzahlungspflichten eine gesetzliche Hilfestellung für die Betroffenen in Form eines Leistungsverweigerungsrechts schaffen wollen. Er hat also gerade in Sorge eines Leerlaufs der Bestandsschutzvorschriften der §§ 61e, 61f EEG gehandelt. § 104 Abs. 4 EEG soll das Risikos erheblicher Nachzahlungspflichten beseitigen – nicht hingegen einen (möglicherweise doch) bestehenden

37 Vgl. BT-Drs. 18/10688, S. 150: *„Da vertragliche Nutzungsrechte nicht „betrieben“ werden können, lässt sich von den Kriterien, wer Betreiber einer Stromerzeugungsanlage ist (vgl. BGH, Urteil vom 13.02.2008, VIII ZR 280/05, Rn. 15), allein das Kriterium der wirtschaftlichen Risikotragung unproblematisch auf eine betreiberähnliche Nutzung der Kraftwerksscheibe übertragen. Die Kriterien der tatsächlichen Herrschaft und der eigenverantwortlichen Bestimmung der Arbeitsweise passen für Nutzungsrechte allenfalls sehr eingeschränkt.“*

38 Vgl. BT-Drs. 18/10688, S. 150: *„Ausschließlich für diesen Zweck der Bestimmung des Betreibers und der von ihm erzeugten Strommengen im Zusammenhang mit der EEG-Umlage fingiert Satz 2, dass ein anteiliges vertragliches Nutzungsrecht des Letztverbrauchers an einer bestimmten Erzeugungskapazität der Stromerzeugungsanlage als eigenständige Stromerzeugungsanlage gilt, wenn und soweit der jeweilige Letztverbraucher diese „Kraftwerksscheibe“ wie eine Stromerzeugungsanlage betrieben hat. [...] Soweit der Anspruch gegenüber dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das die Stromerzeugungsanlage betreibt, aufgrund dieser Fiktion nach der jeweiligen Rechtslage nicht entstanden wäre, kann es die Zahlung dauerhaft verweigern.“*

39 OLG Frankfurt, Urteil vom 13.03.2019, Az.: 12 U 38/18, Rn. 75; BGH, Urteil vom 21.12.2005, Az.: VIII ZR 108/04, Rn. 36 ff.; vgl. auch Weiss/Schweizer, EnWZ 2018, S. 19, 22.

40 BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, Az.: 1 BvL 5/08, Rn. 53 ff.; ausführlich dazu: Weiss/Schweizer, EnWZ 2018, S. 19, 21 ff.

41 BT-Drs. 18/10668, S. 149, 150 (Hervorhebung durch die Verfasser)

42 Buchmüller, ZNER 2017, S. 17, 19.

43 BT-Drs. 18/10668, S. 150.

Eigenerzeugungsbestandsschutzes für Scheibenpachtmodelle beschränken.

### 3. Teleologische Auslegung

Mit der teleologischen Auslegung ist auf den objektivierten Zweck der Regelung abzustellen. Die im Gesetzgebungsprozess offenbar gewordenen Zweifel des Gesetzgebers an der Eigenerzeugungstauglichkeit von Scheibenpachtmodellen haben diesen dazu bewogen, das Risiko der EEG-Umlagen(nach)zahlung für die betroffenen Unternehmen zu beseitigen, indem er mit § 104 Abs. 4 EEG ein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht für den Fall geregelt hat, dass die Voraussetzungen der Eigenerzeugung unter Geltung des EEG 2012 (oder davor) tatsächlich nicht verwirklicht wurden, dass nämlich zwischen den Beteiligten des seinerzeit begründeten Scheibenpachtmodells objektiv eine EEG-umlagepflichtige Stromlieferung stattgefunden hat und stattfindet. Dieses vom Gesetzgeber selbst erklärte Regelungsziel ist auch im Wortlaut der Norm zum Ausdruck gekommen. Der objektivierte Zweck des § 104 Abs. 4 EEG besteht in der Beseitigung des Risikos einer Pflicht zur EEG-Umlagenach- und -fortzahlung für die Beteiligten von vor dem 1.8.2014 errichteten Scheibenpachtmodellen.

Eine relevante teleologische Interpretationsmöglichkeit, die darüber hinaus auch eine rückwirkende normativ-regelnde Versagung der Eigenerzeugungstauglichkeit von Scheibenpachtmodellen samt Einschränkung eines möglicherweise erworbenen Bestandsschutzes nach §§ 61e, 61f EEG postulieren würde, fände weder im Wortlaut noch in der Entstehungsgeschichte der Norm einen tragfähigen Anhalt. Durch das eingeführte gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht soll die seinerzeit und heute umstrittene Rechtsfrage der Eigenerzeugungs- bzw. Eigenversorgungstauglichkeit von Scheibenpachtmodellen gerade dahinstehend gelassen werden können; im Ergebnis keine Pflicht zur (Nach-)Zahlung der EEG-Umlage.

Von diesem Sinn und Zweck der Regelung (Begünstigung durch Risikobeseitigung) ausgehend darf angenommen werden, dass es ebenfalls dem objektiven Willen des Gesetzgebers entspricht, dass sich auch die Beteiligten eines Scheibenpachtmodells, dass die damaligen Eigenerzeugungsvoraussetzungen erfüllt hat, auf das neu geschaffene Leistungsverweigerungsrecht berufen dürfen. Der Anwendungsbereich der Norm ist zwar seinem Wortlaut nach nur bei objektiven Stromlieferkonstellationen und gerade nicht bei echten Eigenerzeugungsfällen eröffnet (siehe oben 1.). Der Ausschluss eines Forumshoppings zwischen echtem Bestandsschutz (§§ 61e, 61f EEG) und Leistungsverweigerungsrecht (§ 104 Abs. 4 EEG) wird allerdings nicht formuliert. Insofern ist Raum für eine dahingehende teleologische Auslegung, nach der es den Beteiligten eines echten eigenerzeugungstauglichen Scheibenpachtmodells freisteht, eine gegen sie gerichtete EEG-Umlageforderung mit dem rechtsunsicherheitsrisikobehafteten Hinweis auf Bestandsschutz und hilfsweise durch Ausübung des neuen gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts zurückzuweisen; oder umgekehrt. Weder die Bestandsvorschriften (§§ 61e, 61f EEG) noch das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht (§ 104 Abs. 4 EEG) setzen eine unabänderliche und unbedingte Erklärung

der subjektiven Selbsteinordnung der Beteiligten unter eine bestandsgeschützte Eigenerzeugung oder eine einredebegünstigte Stromlieferkonstellation voraus. Es kann auch nicht der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) erhoben werden, wenn in die eine oder andere Richtung zwischen der Reklamation von Bestandsschutz und Leistungsverweigerungsrecht gewechselt wird; beide Institute haben ein gleichgerichtetes Ziel und sind in ihrer Wirkung vergleichbar.

### 4. Systematik

Auch bei systematischer Auslegung<sup>44</sup> ergibt sich kein anderer – vom Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und dem objektivierten Zweck der Norm abweichender – Auslegungsbefund. Es wurde bereits festgestellt, dass sich im Wortlaut des gesamten § 104 Abs. 4 EEG kein Hinweis darauf findet, dass der in § 61e bzw. § 61f EEG gewährte Eigenerzeugungsbestandsschutz in irgendeiner Weise eingeschränkt werden soll; auch in der Gesetzesbegründung findet sich dafür kein Anhaltspunkt. Die Normen der §§ 61e, 61f EEG enthalten ihrerseits auch keine Bezugnahme zum Leistungsverweigerungsrecht des § 104 Abs. 4 EEG, woraus zu schließen ist, dass der Bestandsschutz echter Eigenerzeugungskonstellationen – soweit dies durch ein Scheibenpachtmodell objektiv realisiert wurde – ohne die formellen<sup>45</sup> und materiellen<sup>46</sup> Einschränkungen des § 104 Abs. 4 EEG gesetzlich zugestanden bleibt.<sup>47</sup> Die §§ 61e, 61f EEG können bei dieser Gesetzesauslegung des § 104 Abs. 4 EEG ihre volle Wirksamkeit entfalten. Ein Normkonflikt tut sich dann insoweit nicht auf; was in der Tat anders wäre, wenn die Reklamation auf eine bestandsgeschützte Fortführung eines eigenerzeugungswirksamen Strompachtmodells nur noch unter den Voraussetzungen des § 104 Abs. 4 EEG realisierbar wäre.

Die volle Wirksamkeit und Fortgeltung der Bestandsschutzregeln (§§ 61e, 61f EEG) und deren prinzipielle Anwendbarkeit auf Scheibenpachtmodelle steht umgekehrt aber auch nicht im Widerspruch zum objektivierten Zweck des § 104 Abs. 4 EEG (s.o. Begünstigung durch Beseitigung des Risikos einer EEG-Umlage(nach)zahlungsverpflichtung), dessen volle Geltung und Wirksamkeit auch dann nicht untergraben wird, wenn sich die Beteiligten eines Scheibenpachtmodells unter insoweit

44 Bei der systematischen Auslegung ist das Gesamtsystem der geschaffenen Regelungen (hier also das gesamte EEG) und die sich daraus ergebenden Wertungen in den Blick zu nehmen hat und dabei der Gedanke tragend, dass das in Rede stehende Gesetz insgesamt widerspruchsfrei aufgebaut ist und zwischen den einzelnen Gesetzesbestimmungen eine sachliche Übereinstimmung angenommen werden kann. Vgl. hierzu Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 145 ff., 146.

45 Soweit man § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG dahin auslegt, dass kein Leistungsverweigerungsrecht besteht, wenn die Mitteilung von Angaben nach den §§ 74 und 74a EEG bis zum 31.12.2017 unterblieben ist oder ungenügend war.

46 Kein Leistungsverweigerungsrecht für Scheibenpachtmodelle, die nach dem 1.8.2014 begründet wurden (§ 104 Abs. 4 Satz 1 EEG). Kein Leistungsverweigerungsrecht für Scheibenpachtmodelle, die vor dem 1.8.2014 begründet wurden, deren Stromerzeugungsanlage nach dem 1.8.2014 erneuert, ersetzt oder erweitert wurde (§ 104 Abs. 4 Satz 4 Nr. 3 EEG).

47 Anders nur zur Frage der Zulässigkeit einer Rechtsnachfolge bei Bestandsanlagen: § 61h Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c) und § 61h Abs. 2 Nr. 2 EEG.

sogar strengeren materiellen Voraussetzungen mit Erfolg auf das gesetzlich seinerzeit gewährte und heute noch bestandsgeschützte echte „Eigenerzeugungsprivileg“ nach § 61e oder § 61f EEG berufen können.

### 5. Verfassungskonforme Auslegung

Soweit durch ein einfaches Gesetz höherrangige Verfassungsgrundsätze berührt sind, reicht eine isolierte Betrachtung der einfach-gesetzlichen Rechtsebene nicht aus. Die Anwendung und Auslegung eines in diesem Kontext stehenden einfachen Gesetzes muss der Verwirklichung der höherstehenden Rechtsgrundsätze genügen. Lässt eine einfach-gesetzliche Norm mehrere Auslegungsmöglichkeiten zu, dann ist diejenige Auslegungsweise vorzuziehen, die mit der Verfassung vereinbar ist. Die Norm wäre insoweit verfassungskonform auszulegen.<sup>48</sup>

Unter diesem Blickwinkel ist eine Korrektur des bislang festgestellten Auslegungsergebnisses im Wege einer verfassungskonformen Auslegung nicht geboten, sondern wird vielmehr gerade unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Grundsätze bestätigt. Dies allerdings nicht, weil – wie in der Literatur zum Teil vertreten<sup>49</sup> – den Beteiligten eines vor Erlass der Norm eigenerzeugungswirksam begründeten Scheibenpachtmodells der verfassungsrechtlich gebotene „Bestandsschutz“ in Gestalt eines Leistungsverweigerungsrechts des Scheibenverpächters gewährt wird, sondern vielmehr, weil den Betroffenen bei richtiger Auslegung trotz des neu eingeführten Leistungsverweigerungsrechts (§ 104 Abs. 4 EEG) die Berufung auf Bestandsschutz nach §§ 61e, 61f EEG weder materiell noch formell verwehrt wird:

- § 104 Abs. 4 EEG enthält bei richtiger Lesart keine normative Regelung zu der Frage, ob (1) mittels eines Scheibenpachtmodells ein Eigenerzeugungs- oder Eigenversorgungsstatus (z.B. vor Erlass der Norm) objektiv begründet wurde und (2) ob ein solcher Status seinerzeit, gegenwärtig oder in der Zukunft anzuerkennen war oder ist. Mit § 104 Abs. 4 EEG wird die seinerzeit und heute umstrittene Rechtsfrage nicht regelnd geklärt; sondern zur Abhilfe ein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht zur Verfügung gestellt, wodurch die umstrittene Rechtsfrage gerade dahinstehend gelassen werden kann.
- Mit § 104 Abs. 4 EEG wird der in § 61e bzw. § 61f EEG geregelte Eigenerzeugungsbestandsschutz nicht eingeschränkt und steht für Beteiligte eines seinerzeit begründeten Scheibenpachtmodells dann zur Verfügung, wenn ihre Erzeugungskonstellation unter der Geltung des EEG 2004, EEG 2009, EEG 2012 oder EEG 2014 eine Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung objektiv realisiert hat. § 104 Abs. 4 EEG regelt auch nicht, dass in unter der Geltung früherer Gesetzesfassungen mittels Scheibenpachtmodell begründeten Eigenerzeugungs- oder Eigenversorgungsfällen eine Zahlung der EEG-Umlage nachträglich und/oder fortan nur noch im Wege des in § 104 Abs. 4 EEG näher normierten Leistungsverweigerungsrechts (Einrede) und bei Erfüllung der dort geregelten formellen und materiellen Voraussetzungen verweigert werden kann.

Sähe man dies anders und ginge von einer Auslegungsweise aus, nach der § 104 Abs. 4 EEG die Einstufung von Scheibenpachtmodellen als Eigenerzeugungsvariante normativ regelnd auch für die Vergangenheit ausschließt, den Bestandsschutz einer seinerzeit gültigen Eigenerzeugungseinordnung ausschließt oder dadurch beschränkt, dass dieser nur noch im Wege eines Leistungsverweigerungsrechts<sup>50</sup> und dies auch nur unter den formellen und materiellen Voraussetzungen des § 104 Abs. 4 EEG ausgeübt werden kann, müsste dies auch den für rückwirkende gesetzliche Regelungen vorgegebenen verfassungsrechtlichen Anforderungen<sup>51</sup> genügen. Diese verfassungsrechtlichen Anforderungen können aber jedenfalls dann nicht erfüllt sein, wenn die Beteiligten eines Scheibenpachtmodells, das unter der Geltung des EEG 2002, EEG 2009 oder EEG 2012 als Eigenerzeugung (Nichtlieferung) einzustufen war, demnach keine EEG-Umlage schuldeten, mit der späteren Einführung und Anwendung der Norm des § 104 Abs. 4 EEG im Ergebnis verpflichtet werden würden, von der Aufnahme ihres Scheibenpachtmodells an nun doch EEG-Umlage zu zahlen bzw. nachzuzahlen. Dieses verfassungsrechtlich nicht hinnehmbare Ergebnis wäre im Wege einer verfassungskonformen Auslegung der Norm des § 104 Abs. 4 EEG zu korrigieren. Bei einer an den Maßstäben der juristischen Auslegungsmethodik orientierten Gesetzesauslegung des § 104 Abs. 4 EEG kann aber – wie gesagt – schon nicht von einer solchen verfassungsrechtlich korrekturbedürftigen Auslegungsweise ausgegangen werden.

### III. Fazit

§ 104 Abs. 4 EEG lässt die Frage des (auch verfassungsrechtlich gebotenen) Bestandsschutzes unberührt und insoweit die umstrittene Rechtsfrage „ungeregelt“, ob vor Erlass der Norm mittels eines Scheibenpachtmodells ein Eigenerzeugungs- bzw. Eigenversorgungsstatus objektiv begründet wurde oder nicht. Die Norm schafft vielmehr für den Fall, dass ein Scheibenpachtmodell die damals geltenden gesetzlichen Eigenversorgungsvoraussetzungen (die über die §§ 61e, 61f EEG fortgelten) nicht erfüllt hat und deshalb dann als Stromlieferungskonstellation zu behandeln ist, ein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht, um auf diese Weise das Risiko erheblicher Nachzahlungspflichten der Betroffenen zu beseitigen; die umstrittene Rechtsfrage soll von den Beteiligten insoweit dahinstehend gelassen werden können. Auf § 104 Abs. 4 EEG können sich auch die Beteiligten eines Scheibenpachtmodells berufen, das unter der Geltung des EEG 2000, EEG 2009 oder EEG

48 BVerfG, Beschluss vom 07.05.1953, Az.: 1 BvL 104/52, Rn. 40; BVerfG, Beschluss vom 01.03.1978, Az.: 1 BvL 20/77, Rn. 18 ff.

49 Weiss/Schweizer, EnWZ 2018, S. 19, 25.

50 Das dann nebenbei bemerkt zur Konsequenz hätte, dass vor Einführung dieses Leistungsverweigerungsrechts bereits geleistete EEG-Umlagezahlungen, auch dann nicht zurückgefordert werden können, wenn diese seinerzeit gesetzlich gar nicht geschuldet waren.

51 Zu diesen Grundsätzen: Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Auflage, Art. 20 Rn. 94 ff.; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 70 ff.; Sowie u.a. BVerfGE 11, 139, 145 f.; BVerfGE 13, 261, 272; BVerfGE 31, 275, 289 f.; BVerfGE 36, 281, 293; BVerfGE 53, 257, 309; BVerfGE 64, 87, 104; BVerfGE 72, 9, 23; BVerfGE 75, 78, 105; BVerfGE 76, 220, 244 f.; BVerfGE 88, 384, 404; BVerfGE 95, 64, 82; BVerfGE 101, 239, 263; BVerfGE 105, 48, 57; BVerfGE 122, 374.

2012 tatsächlich als Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung zu qualifizieren war.

Mit der Norm des § 104 Abs. 4 EEG (Leistungsverweigerungsrecht bei unsicherem oder fehlgeschlagenem Eigenerzeugungsversuch) werden die Beteiligten eines vor dem 1.8.2014 begründeten Scheibenpachtmodells aber auch nicht daran gehindert, eine EEG-Umlageforderung bzw. -nachforderung unter Berufung die Vorschriften der §§ 61e, 61f EEG (Bestandsschutz wegen objektiv echter Eigenerzeugung) zurückzuweisen; dies aber freilich nur, soweit ihr Scheibenpachtmodell unter der Geltung des EEG 2000, EEG 2004, EEG 2009 oder EEG 2012 (und selbst des EEG 2014) tatsächlich als Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung zu qualifizieren war.

Der Aussage der Bundesnetzagentur, wonach die Regelung des § 104 Abs. 4 EEG zwei Kernaussagen treffe (1. die Klärung der EEG-Umlagepflicht bei Scheibenpacht-Modellen für die heutige und die früheren Fassungen des EEG sowie 2. die Einführung eines Leistungsverweigerungsrechts zugunsten von Bestands-Konstellationen)<sup>52</sup>, kann nach alledem insofern zugestimmt werden, als der Gesetzgeber mit § 104 Abs. 4 EEG geklärt hat, dass vor dem 1.8.2014 begründete Scheibenpachtmodelle ungeachtet der seinerzeit geltenden und im Detail umstrittenen Eigenerzeugungsvoraussetzungen keine EEG-Umlage (nach-)zahlen müssen.

### C. Formelle Voraussetzungen des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts

Nach dem Wortlaut von § 104 Abs. 4 Satz 1 EEG kann ein EltVU den Anspruch auf Zahlung der EEG-Umlage verweigern, soweit (Nr. 2) *die Angaben nach § 74 Absatz 1 Satz 1 und § 74a Absatz 1 bis zum 31. Dezember 2017 mitgeteilt worden sind*. Die Gesetzesbegründung enthält keinen Hinweis darauf, warum der Gesetzgeber eine solche Fristsetzung für erforderlich hielt und welchem Zweck sie dienen sollte.

Dass die besagten Angaben mitgeteilt worden sein müssen, gilt auch für Unternehmen, die aus derselben Stromerzeugungsanlage ab dem 01.08.2014 Strom lieferten. Für sie stellt § 104 Abs. 4 Satz 4 EEG klar, dass die Sätze 1 und 2 auch für sie gelten, wenn bestimmte Voraussetzungen weiterhin erfüllt sind. In diesem Zusammenhang werden die Meldepflichten von §§ 74 Abs. 1, 74a Abs. 1 EEG für entsprechend anwendbar erklärt. In diesem Zusammenhang heißt es in der Gesetzesbegründung:

*„Die üblichen Darlegungs- und Beweislasten nach allgemeinem Zivilrecht und die Mitteilungspflichten nach dem EEG gelten auch für die Leistungsverweigerungsrechte nach diesem Absatz. Da der Fall eines Leistungsverweigerungsrechts in § 74 Absatz 1 und § 74a Absatz 1 EEG 2017 nicht eigenständig genannt ist, stellt Satz 5 die entsprechende Anwendbarkeit sicher.“<sup>53</sup>*

#### I. Mitteilung der Angaben nach § 74 Abs. 1 Satz 1 und § 74a Abs. 1 EEG

Betrachtet werden sollen zunächst die Fälle, in denen die Angaben nach § 74 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 74a Abs. 1 EEG bis zum

31. Dezember 2017 mitgeteilt worden sind. Im Kontext des § 104 Abs. 4 EEG wird dabei insbesondere über die Frage gestritten, ob stets der Scheibenverpächter („Elektrizitätsversorgungsunternehmen“), der sich auf das Leistungsverweigerungsrecht schlussendlich berufen kann oder auch der Scheibenpächter („Letztverbraucher“) die Angaben mitteilen kann, so dass beim „Elektrizitätsversorgungsunternehmen“ das Leistungsverweigerungsrecht entsteht.

Zunächst soll der Blick auf die §§ 74 und 74a EEG geworfen werden:

Nach § 74 Abs. 1 Satz 1 EEG müssen *Elektrizitätsversorgungsunternehmen*, die Strom an Letztverbraucher liefern, dem regelverantwortlichen ÜNB mitteilen, (Nr. 1) ob und ab wann eine im Grundsatz EEG-umlagepflichtige Lieferung (§ 60 EEG) vorliegt und zusätzlich (Nr. 2) ob und auf welcher gesetzlichen Grundlage die im Grundsatz bestehende EEG-Umlagepflichtigkeit dieser Lieferung entfällt oder sich verringert. Gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 EEG bedarf es allerdings keiner Mitteilung, wenn diese Angaben (Nr. 1 und 2) bereits übermittelt worden sind oder dem Netzbetreiber bereits offenkundig bekannt sind. In jedem Fall zu melden ist allerdings nach Nr. 3, wenn sich tatsächliche Änderungen mit Blick auf die Angaben nach Nr. 1 und Nr. 2 eintreten.

§ 74a Abs. 1 EEG bezieht sich auf die *Letztverbraucher und Eigenversorger*.

Im Fall des *„sonstigen Verbrauchs“* (§ 61 Abs. 1 Nr. 2 EEG)<sup>54</sup> sollen die *Letztverbraucher* gemäß § 74a Abs. 1 EEG die Angaben übermitteln, (Nr. 1) ob und ab wann ein Fall des sonstigen Letztverbrauchs vorliegt und (Nr. 3) ob und auf welcher Grundlage die EEG-Umlage sich verringert oder entfällt. Auch hier gilt gemäß § 74a Abs. 1 Satz 2 EEG, dass die Angaben (Nr. 1, Nr. 3) vom Letztverbraucher nicht übermittelt werden müssen, wenn diese bereits übermittelt worden sind oder die Tatsachen, die mit den Angaben übermittelt werden sollen, dem Netzbetreiber bereits offenkundig bekannt sind. Eintretende Änderung bzgl. der Angaben nach Nr. 1 und 3 sind vom Letztverbraucher allerdings stets zu übermitteln.

Im Fall der *Eigenversorgung* (§ 61 Abs. 1 Nr. 1 EEG) sollen die *Eigenversorger* gemäß § 74a Abs. 1 EEG die Angaben übermitteln, (Nr. 1) ob und ab wann ein Fall der Eigenversorgung vorliegt, (Nr. 2) welche installierte Leistung die selbst betriebenen Stromerzeugungsanlage hat und (Nr. 3) ob und auf welcher

<sup>52</sup> BNetzA, Hinweis zur EEG-Umlagepflicht für Stromlieferungen in Scheibenpacht-Modellen und ähnlichen Mehrpersonen-Konstellationen und zum Leistungsverweigerungsrecht nach der „Amnestie-Regelung des § 104 Abs. 4 EEG 2017, Hinweis 2017/1 vom 26.01.2017, S. 3.

<sup>53</sup> BT-Drs. 18/10668, S. 150.

<sup>54</sup> Gemeint sind Fälle, in denen sich ein Letztverbraucher von einem ausländischen Versorger beliefern lässt („Belieferung im Ausland“) oder in denen der Letztverbraucher einen eigenen Bilanzkreis selbst führt (ggf. einen Dienstleister damit beauftragt) und auf diese Weise eine strukturierte (wechselnde) Versorgung von verschiedenen Lieferanten (z.B. über die Strombörse oder durch OTC-Geschäfte) organisiert. So Bundesnetzagentur, Leitfaden zur Eigenversorgung (Stand Juli 2016), Ziff. 3 (S. 15 ff.), die die Kategorie des „sonstigen Verbrauchs“ als eine „Auffangregelung“ betrachtet, die ausnahmsweise nicht bereits von den Konstellationen einer EltVU-Belieferung oder einer Eigenversorgung erfasst ist.

Grundlage die EEG-Umlage sich verringert oder entfällt. Auch hier gilt gemäß § 74a Abs. 1 Satz 2 EEG, dass die Angaben (Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3) vom Eigenversorger nicht übermittelt werden müssen, wenn diese bereits übermittelt worden sind oder die Tatsachen, die mit den Angaben übermittelt werden sollen, dem Netzbetreiber bereits offenkundig bekannt sind. Eintretende Änderung bzgl. der Angaben nach Nr. 1, 2 und 3 sind allerdings stets zu übermitteln.

Im Kontext des § 104 Abs. 4 EEG stellt sich die Frage der Mitteilungspflicht wie folgt dar:

Die Bundesnetzagentur ist der Auffassung, dass die für die Ausübung des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts nach § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und Satz 4 Nr. 1 EEG vorausgesetzte Mitteilung durch das „Elektrizitätsversorgungsunternehmen“ erfüllt werden kann<sup>55</sup>; es also an ihm läge, den Netzbetreiber über das bestehende Scheibenpachtmodell in Kenntnis zu setzen. Dem ist im Ansatz zuzustimmen. Zweifelsohne soll dieses EltVU das Leistungsverweigerungsrecht (Einrede) ausüben. Dass aber ausschließlich nur dieses EltVU die gewünschten Angaben wirksam mitteilen können soll, ergibt sich weder aus § 104 Abs. 4 EEG noch aus den §§ 74, 74a EEG, auf die verwiesen wird.

Geht man davon aus, dass § 104 Abs. 4 Satz 1 EEG für den Fall geschaffen wurde bzw. den Fall unterstellt, dass ein Scheibenpachtmodell die seinerzeit geltenden gesetzlichen Eigenversorgungsvoraussetzungen nicht erfüllt hat (s.o.), so wäre diese Konstellation als Stromlieferungsfall zu behandeln. In Stromlieferungsfällen trifft das Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Mitteilungspflicht (§ 74 EEG) oder bei einem „sonstigen Verbrauch“ den Letztverbraucher (§ 74a EEG). Darauf scheint die Bundesnetzagentur abzuheben. Dass der Scheibenverpächter in der Logik als „Elektrizitätsversorgungsunternehmen“ die Angaben mitteilen kann, ist auch ohne weiteres richtig. Nur eben kann dies – in einer für die Begründung des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts wirksamen Weise – alternativ auch der Scheibenpächter („Letztverbraucher“ i.S.d. § 104 Abs. 4 EEG) tun; und dies nicht nur in der Fallkonstellation des „sonstigen Verbrauchs“.

Nach seinem Wortlaut verlangt § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG, dass die Angaben nach § 74 und § 74a EEG „mitgeteilt worden sind.“ Es geht in § 104 Abs. 4 EEG also nicht darum, wer etwas mitzuteilen hat, sondern nur darum, dass bestimmte Angaben mitgeteilt worden sind; egal, ob vom Scheibenverpächter oder Scheibenpächter. Ob dies schon aus der Formulierung „§ 74 Absatz 1 Satz 1 und § 74a Absatz 1“ im Zusammenspiel mit der Fiktion des Satzes 2 folgt, wonach der Letztverbraucher in einem missglückten Scheibenpachtmodell als fiktiver Eigenerzeuger bzw. Eigenversorger zu gelten hat und folglich auch die Meldung nach § 74a EEG vornehmen kann<sup>56</sup>, sei dahingestellt.<sup>57</sup> Selbst wenn dies nicht zuträfe und die Beteiligten eines Scheibenpachtmodells somit irrtümlicherweise glaubten, dass die geforderten Angaben durch den Scheibenpächter als fiktiven Eigenversorger nach § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, Satz 4 Nr. 1 i.V.m. § 74a EEG zu übermitteln seien, kann dies bei zweckkonformer Auslegung des § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 4 Nr. 1 EEG nicht dazu führen, dass diese nun einmal übermit-

telten Angaben für die Entstehung des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts irrelevant wären. Entscheidend ist hierfür vielmehr, dass der verantwortliche Netzbetreiber (i.d.R. der ÜNB) Angaben bekommt („mitgeteilt worden sind“), die ihn in Kenntnis über den Bestand eines Scheibenpachtmodells setzen. Auch die durch den Scheibenpächter übermittelten Angaben verschaffen dem ÜNB eine Kenntnis über die Frage, ob und in welchen Größenordnungen die EEG-Umlage anfallen könnte oder nicht.

Dieser Befund ergibt sich letztlich auch durch die Regelungen in § 74 und § 74a EEG selbst. Immer dann nämlich, wenn die Angaben für die ÜNB bereits offenkundig sind, bedarf es keiner weiteren Mitteilungen (§ 74 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 74a Abs. 1 Satz 2 EEG). Offenkundig bekannt sind die Angaben dem ÜNB ganz unabhängig davon, von wem er die Angaben erlangt hat.

§ 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG verweist zwar wörtlich nur auf § 74 Abs. 1 Satz 1 und damit – anders als bei § 74a – nicht auf dessen gesamten Absatz 1. Dass damit aber ausgeschlossen werden sollte, dass ein ÜNB ihm bekannte (offenkundige) Informationen über ein Scheibenpachtmodell im Falle eines auf diese Informationen bezogen ausgeübten Leistungsverweigerungsrechts ignorieren kann, widerspricht einer zweckkonformen Auslegung des § 104 Abs. 4 EEG.

Es ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb bei einer Meldung nach § 74a EEG auch offenkundige Tatsachen vom Netzbetreiber berücksichtigt werden sollen<sup>58</sup>, in der Konstellation des § 74 EEG aber nicht. Dies schon lässt es naheliegender erscheinen in der Beschränkung der Verweisung auf § 74 Absatz 1 Satz 1 EEG ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers zu erblicken. Diese Annahme wird im Übrigen gestützt durch § 104 Abs. 4 Satz 5 EEG, der die entsprechende Anwendung des § 74 Abs. 1 EEG insgesamt, das heißt ohne die Einschränkung auf dessen Satz 1 anordnet.

Die im Normtext des § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG unterlassene Verweisung auch auf Satz 2 des § 74 Abs. 1 EEG kann im Übrigen auch deshalb nicht als eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für den Ausschluss der Berücksichtigung auch offenkundiger Tatsachen durch den ÜNB betrachtet werden, weil es hierfür einer dahingehend ausdrücklichen Regelung bedurft hätte; wofür weder im Wortlaut noch in der Gesetzesbegründung etwas ersichtlich ist.

55 BNetzA, Hinweis zur EEG-Umlagepflicht für Stromlieferungen in Scheibenpacht-Modellen und ähnlichen Mehrpersonen-Konstellationen und zum Leistungsverweigerungsrecht nach der „Amnestie-Regelung des § 104 Abs. 4 EEG 2017, Hinweis 2017/1 vom 26.01.2017, Ziff. 3, S. 5.

56 Es liegt auch nicht fern, dass einige Scheibenpächter wie selbstverständlich davon ausgingen, echte Eigenerzeuger zu sein und sich deshalb von § 74a EEG in § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG selbst angesprochen fühlten.

57 Gablerschlussfolgert aus der Formulierung (logische Verknüpfung) „§ 74 Abs. 1 Satz 1 und § 74a Abs. 1“ beispielsweise, dass sowohl das EltVU (tatsächliche Betreiber der Stromerzeugungsanlage) als auch der Betreiber des anteiligen vertraglichen Nutzungsrechts die jeweils für sich geltenden Meldepflichten einhalten musste. Vgl. Gabler, in: Baumann/Gabler/Günther, EEG, in: § 104 Rn. 21 (m.w.N.)

58 § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 verweist auf den gesamten § 74a Abs. 1 EEG und damit auch auf dessen Satz 2.

Denn auch ohne die ausdrücklichen Regelungen der § 74 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 74a Abs. 1 Satz 2 EEG (Offenkundigkeit) werden die Mitteilungen nach § 74 und § 74a EEG – wie sämtliche Mitteilungspflichten der §§ 70 ff. EEG – nur insoweit abverlangt als diese für den Zweck der jeweiligen Mitteilung (noch) „erforderlich“ sind (vgl. § 70 EEG). Dass es aus Sicht des ÜNB oder objektiv erforderlich wäre, dass die Daten, die ihm vom Scheibenpächter übermittelt wurden und auf die das „Elektrizitätsversorgungsunternehmen“ im Rahmen der Ausübung seines Leistungsverweigerungsrechts (§ 104 Abs. 4 EEG) im unmittelbaren Kontext schließlich selbst Bezug nimmt, auch zwingend (noch einmal) von ihm mitgeteilt werden müssten, ist nicht erkennbar. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Erforderlichkeit der Mitteilung im Auskunftsverhältnis zwischen ÜNB und „Elektrizitätsversorgungsunternehmen“ in diesem Fall auch auf die bilaterale Beziehung zwischen beiden Unternehmen erstreckt. Der konkrete Bezug der übermittelten Daten zum bundesweiten Ausgleich wird durch die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts hergestellt. Man kann es auch so formulieren: Die von dritter Seite übermittelten Daten sind im Falle der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts als Daten des Elektrizitätsversorgungsunternehmens erkennbar und anzusehen.

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass dem ÜNB die Daten offenkundig bekannt waren, obliegt dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen.<sup>59</sup> Das muss im Grundsatz auch für die hier behandelten Fälle gelten, in denen sich das Elektrizitätsversorgungsunternehmen darauf beruft, dass dem ÜNB die für die Ausübung seines Leistungsverweigerungsrechts relevanten Daten schon durch den Scheibenpächter übermittelt wurden.

## II. Fristsetzung bis zum 31.12.2017

Schließlich bleibt zu klären, welche Konsequenzen es haben könnte, wenn dem ÜNB die besagten Angaben nicht bis zum 31.12.2017 mitgeteilt worden sind.

Die Frage lautet, ob die Angaben auch noch nachträglich mitgeteilt werden können oder, ob dies möglicherweise deshalb unzulässig ist, weil den ÜNB ein nicht mehr zu behebender Schaden entstehen könnte und würde. Erkennbar ist ein solcher Schaden jedenfalls nicht, denn ein ÜNB, dem gegenüber Angaben nach dem 31.12.2017 mitgeteilt oder korrigiert wurden, erleidet keinerlei wirtschaftliche Nachteile durch eine solche nachträgliche Mitteilung und/oder Korrektur.

Das sieht auch die Bundesregierung nicht anders, die – worauf bereits hingewiesen wurde<sup>60</sup> – ein Beihilfverfahren über die ermäßigte EEG-Umlage bei der Eigenversorgung bei der Europäischen Kommission durchgeführt hat. In jenem Verfahren, das mit einem Beschluss der EU-Kommission vom 19.12.2017 abgeschlossen wurde<sup>61</sup>, zitiert die Kommission die Position Deutschlands wie folgt:

„2.3.5.4. Scheibenpacht (§ 104 Absatz 4 EEG 2017)

(41) Deutschland erläuterte, dass vor der Reform des EEG im Jahr 2014 Unternehmen, die eine Stromerzeugungsanlage pachteten oder anteilig pachteten (sog. Scheibenpacht) eben-

falls als Eigenversorger angesehen wurden und nicht der EEG-Umlage unterlagen.

(42) Daher ist in § 104 Absatz 4 EEG 2017 vorgesehen, dass bei bereits vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommenen Anlagen Scheibenpächter ebenfalls die Befreiung nach § 61c EEG 2017 oder § 61d EEG 2017 in Anspruch nehmen können, sofern die Anlage nicht erneuert, ersetzt oder erweitert worden ist, der Scheibenpachtvertrag fortbesteht und vor dem 31. Dezember 2017 eine Mitteilung abgegeben wird.“<sup>62</sup>

Im Ergebnis hat die EU-Kommission entschieden, dass diese Regelungen in § 104 Abs. 4 EEG nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar seien.<sup>63</sup> In Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV geht es um Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Damit steht nunmehr fest, dass es sich bei der Fiktion in § 104 Abs. 4 EEG nicht etwa um eine verbotene Beihilfe, sondern um eine erlaubte Entlastung von Unternehmen handelte, die mit einer unklaren Rechtslage vor dem Inkrafttreten des EEG 2014 belastet waren. Die Beseitigung der Unklarheit, so die EU-Kommission, ist mit den Binnenmarktinteressen vereinbar. Deutschland habe nämlich nachgewiesen, dass die Befreiungen für ältere Bestandsanlagen gerechtfertigt waren, weil diese Anlagen nicht zur Umgehung der EEG-Umlage errichtet worden waren.<sup>64</sup> Deshalb würde die Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage für diese Anlagen auf Grund der Änderung der Bemessungsgrundlage eine unbillige Härte darstellen. Dem pflichtete die Kommission bei und erklärte: „Dass Eigenversorger vor August 2014 nicht umlagepflichtig waren, stellte keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, sodass es im vorliegenden Fall auch nicht um die Rückforderung einer rechtswidrigen und unvereinbaren Beihilfe, sondern um die Änderung der Bemessungsgrundlage für die EEG-Umlage geht, die der deutsche Gesetzgeber vorgenommen hat, um die „Flucht in die Eigenversorgung“ zu begrenzen.“<sup>65</sup>

Aus alledem folgt: Die Befristung auf den 31. Dezember 2017 hatte keinerlei materielle Gründe, sondern diente ausschließlich dem Zweck, zu verdeutlichen, dass es der Bundesrepublik um eine Klärung der Bemessungsgrundlage für die EEG-Umlage bei älteren Bestandsanlagen und Scheibenpachtmodellen ging.

Dabei hatte Deutschland selbst vorgetragen, dass die Scheibenpächter „als Eigenversorger angesehen wurden und nicht der

59 Naujoks, Baumann/Gabler/Günther, EEG, in: § 74 Rn. 58 (m.w.N.)

60 Siehe oben unter B.II.1.a.

61 Europäische Kommission, Beschluss vom 19.12.2017, SA.46526 (2017/N).

62 Europäische Kommission, Beschluss vom 19.12.2017, SA.46526 (2017/N), Rn. 41, 42.

63 Europäische Kommission, Beschluss vom 19.12.2017, SA.46526 (2017/N), Rn. 117 ff.

64 Europäische Kommission, Beschluss vom 19.12.2017, SA.46526 (2017/N), Rn. 126.

65 Europäische Kommission, Beschluss vom 19.12.2017, SA.46526 (2017/N), Rn. 128.

EEG-Umlage unterlagen“.<sup>66</sup> Daraus folgt umgekehrt, dass es dem Gesetzgeber mit der Fristsetzung 31. Dezember 2017 nicht um eine Begrenzung der Begünstigung älterer Bestandsanlagen ging, da er selbst davon ausging, dass diese Bestandsanlagen von der EEG-Umlage befreit waren. An dieser, von ihm selbst konstatierten, Befreiungswirkung wollte der Gesetzgeber also durch die Neuregelung in § 104 Abs. 4 EEG (2017) nichts ändern. Er wollte der EU-Kommission nur verdeutlichen, dass es ihm darum ging, die Bemessungsgrundlage für die EEG-Umlage in Zukunft klarer zu stellen, als das in der Vergangenheit war. Dieses Bemühen wurde von der EU-Kommission als binnenmarktkonform eingeschätzt. Jedenfalls, und das wurde deutlich herausgearbeitet, verstärkte die Befreiung älterer Bestandsanlagen (auch in Form der Scheibenpacht) von der EEG-Umlage die „Flucht in die Eigenversorgung“ nicht. Für diese grundlegende Aussage spielt das Datum 31.12.2017 keine Rolle, da es sich um zeitlich abgeschlossene Tatbestände, nämlich um Bestandsanlagen, handelt, die vor dem 01.08.2014 in Betrieb gegangen waren.

Hieraus folgt, dass es bei der Frist des 31.12.2017 um eine rein administrative Frist ging und geht, mit deren Hilfe letztlich die Bemessungsgrundlage für die EEG-Umlage geschaffen werden sollte. Bei solchen rein administrativen Fristen kommt es letztlich nicht darauf an, ob die Frist punktgenau erfüllt wird. Auch Meldungen, die später erfolgen und Meldungen, die zu korrigieren sind, ändern nichts an der Klarstellung und Feststellung der Bemessungsgrundlage für die EEG-Umlage. Letztlich entscheidend ist, und das hat die EU-Kommission noch einmal betont, dass es sich um Bestandsanlagen älterer Art handelt, die nach dem Vortrag der Bundesrepublik selbst ohnehin nicht der EEG-Umlage unterlagen.

Die Befristung ist nach ihrem Sinn und Zweck also nicht geschaffen worden, um die klarstellende Begünstigung der Eigenversorgung in Scheibenpachtmodellen durch § 104 Abs. 4 EEG zu begrenzen. Sie diene ausschließlich einem administrativen Zweck, nämlich für die ÜNB die Bemessungsgrundlage der EEG-Umlage etwas klarer und transparenter als in der Vergangenheit fassen zu können. Dieses Ziel kann ohne weiteres auch dann umgesetzt und realisiert werden, wenn das eine und andere Unternehmen nicht am 31. Dezember 2017, sondern zeitlich später gemeldet und/oder Daten korrigiert hat.

Für die entgegenstehende Auffassung, die die BNetzA in ihrem Hinweispapier vom 26.01.2017<sup>67</sup> geäußert hat, gibt es somit im Gesetz keinerlei Anhaltspunkte. Die BNetzA interpretierte die Frist als *materielle Ausschlussfrist* mit der Folge, dass Unternehmen bei Fristversäumung das Leistungsverweigerungsrecht verlieren würden. Diese nicht begründete Auffassung ist mit der von der Bundesregierung selbst im Verfahren vor der EU-Kommission vorgetragenen Argumentationen und dem Sinn und Zweck der Entlastungswirkung des § 104 Abs. 4 EEG nicht in Einklang zu bringen. Da die Bundesregierung im Verfahren vor der EU-Kommission ohnehin davon ausging, dass für die Eigenzeugung im Scheibenpachtmodell für ältere Bestandsanlagen keine EEG-Umlage geschuldet war und die Kommission dies als binnenmarktkonform akzeptierte, entstehen weder den ÜNB noch der Allgemeinheit irgendwelche

Nachteile dadurch, dass Meldungen im Sinne der §§ 74 Abs. 1 Satz 1 und § 74a Abs. 1 EEG nach dem 31.12.2017 erfolgen und/oder korrigiert werden. Dabei kann die Frage offen bleiben, ob und von welchem Zeitpunkt an Meldungen möglicherweise als endgültig verwirkt gelten könnten. Anhaltspunkte für eine solche Verwirkung bestehen bis heute jedenfalls nicht, da Gesetzgeber und EU-Kommission ohnehin davon ausgingen, dass in all diesen Fällen, um die es bei § 104 Abs. 4 EEG geht und ging, keine EEG-Umlage geschuldet war und ist.

## D. Wesentliche Ergebnisse

1. § 104 Abs. 4 EEG lässt die Frage des Bestandsschutzes von Scheibenpachtmodellen unberührt und insoweit ungeregelt, ob vor Erlass der Norm mittels eines Scheibenpachtmodells ein Eigenerzeugungs- bzw. Eigenversorgungsstatus objektiv begründet wurde oder nicht.
2. Die Norm schafft vielmehr für den Fall, dass ein Scheibenpachtmodell die damals geltenden gesetzlichen Eigenversorgungsvoraussetzungen (die über die §§ 61e, 61f EEG fortgelten) nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllt hat und deshalb dann als Stromlieferungskonstellation zu behandeln ist, ein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht, um auf diese Weise das Risiko erheblicher Nachzahlungspflichten der Betroffenen zu beseitigen. Darauf können sich auch die Beteiligten eines Scheibenpachtmodells berufen, das unter der Geltung des EEG 2000, EEG 2004, EEG 2009 oder EEG 2012 tatsächlich als Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung zu qualifizieren war.
3. Mit der Norm des § 104 Abs. 4 EEG (Leistungsverweigerungsrecht bei unsicherem oder fehlgeschlagenem Eigenerzeugungsversuch) werden die Beteiligten eines vor dem 1.8.2014 begründeten Scheibenpachtmodells aber auch nicht daran gehindert, eine EEG-Umlageforderung bzw. -nachforderung auch unter Berufung die Vorschriften der §§ 61e, 61f EEG (Bestandsschutz wegen objektiv echter Eigenzeugung) zurückzuweisen; dies aber freilich nur, soweit ihr Scheibenpachtmodell unter der Geltung des EEG 2000, EEG 2004, EEG 2009 oder EEG 2012 (und selbst des EEG 2014) tatsächlich als Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung zu qualifizieren war.
4. Die in § 104 Abs. 4 Satz 1 EEG erwähnte Frist (31. Dezember 2017) dient der Klärung der Bemessungsgrundlage für die EEG-Umlage bei den ÜNB. Sie dient nicht dazu, die mit § 104 Abs. 4 EEG angestrebte Beseitigung des Risikos erheblicher EEG-Umlagezahlungen und -nachzahlungen durch Verkürzung des Leistungsverweigerungsrechtes letztlich ins Gegenteil zu verkehren.

<sup>66</sup> Europäische Kommission, Beschluss vom 19.12.2017, SA.46526 (2017/N), Rn. 41.

<sup>67</sup> BNetzA, Hinweis zur EEG-Umlagepflicht für Stromlieferungen in Scheibenpacht-Modellen und ähnlichen Mehrpersonen-Konstellationen und zum Leistungsverweigerungsrecht nach der „Amnestie-Regelung des § 104 Abs. 4 EEG 2017, Hinweis 2017/1 vom 26.01.2017, S. 6.