

Stromlieferung durch den Vermieter

I. Einleitung

Die Frage der Versorgung mit Energie, der Handhabung der erneuerbaren Energien und der „gerechten“ und effektiven Gestaltung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) ist ein in der letzten Zeit auch politisch stark diskutiertes Problem. Von Brisanz ist dieses Thema ebenfalls für den Mieter, denn der Strompreis ist für die privaten Haushalte in den letzten Jahren kräftig gestiegen. Für eine Kilowattstunde (kWh) müssen mittlerweile im Bundesdurchschnitt rund 29 Cent gezahlt werden. Im Jahr 2000 lag der Strompreis noch bei rund 14 Cent pro kWh¹. Bei einem durchschnittlichen jährlichen Haushaltsverbrauch von etwa 3800 kWh werden im Jahr 2013 allein für den Strom rund 1100 Euro gezahlt. Die Stromrechnung stellt somit für viele Rentner und Geringverdiener eine gewaltige Belastung dar. Die Frage einer kostengünstigen Energieversorgung spielt daher auch in Mietverhältnissen eine immer wichtiger werdende Rolle.

Der mietrechtliche Anknüpfungspunkt für die Stromversorgung ist § 535 Absatz 1 Satz 1 BGB. Danach gehört es zum Pflichtenkreis des Vermieters, den umfassenden Gebrauch der Mietsache zu gewährleisten. Der Vermieter muss also dafür Sorge tragen, dass der Anschluss der Wohnung an das öffentliche Stromnetz möglich ist. Ansonsten unterliegt der Strombezug der inhaltlichen Ausgestaltung durch die parteilichen Vereinbarungen, wobei verschiedene Varianten denkbar sind². Eine aufgrund der neuesten technischen Entwicklung mögliche Variante besteht darin, dass der Vermieter den Strom selbst erzeugt und den Strom seinen Mietern zum Kauf anbietet. Der Vermieter kann in seinem Haus beispielsweise eine Heizungsanlage mit Kraft-Wärme-Kopplung betreiben und im Rahmen der Eigenversorgung nach § 3 Absatz 10 Satz 3 Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) den damit erzeugten Strom den Mietern anbieten. Strom, der mit erneuerbaren Energien wie Sonne oder Wind erzeugt wird, kann im Wege des Direktverbrauchs durch Dritte nach § 33a Absatz 2 EEG an die Mieter verkauft werden³. Die Stromlieferung von selbsterzeugtem Strom durch den Vermieter wird wegen der Energiewende und der energetischen Gebäudesanierung in Zukunft sicher eine immer bedeutendere Rolle spielen.

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit den sich aus dem EEG ergebenden Möglichkeiten des Bezugs von selbst erzeugtem Solarstrom im Mietverhältnis.

Das EEG 2012 eröffnet dem Mieter die Möglichkeit, seine Stromkosten erheblich zu senken. Für die Vermarktung des Solarstroms im Mietverhältnis stehen zwei Modelle zur Auswahl: Der Selbstverbrauch nach § 37 Absatz 3 Satz 2 EEG 2012 und der Eigenverbrauch durch Dritte nach § 33a Absatz 2 EEG 2012.

¹[http://www.bdew.de/internet.nsf/id/123176ABDD9ECE5DC1257AA20040E368/\\$file/13%2005%2027%20BDE_W_Strompreisanalyse_Mai%202013.pdf](http://www.bdew.de/internet.nsf/id/123176ABDD9ECE5DC1257AA20040E368/$file/13%2005%2027%20BDE_W_Strompreisanalyse_Mai%202013.pdf).

² S. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 535 Rn. 540ff.

³ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 535 Rn. 542.

II. Selbstverbrauch

Im Tatbestand des Selbstverbrauches nach § 37 Absatz 3 EEG 2012 hat der Gesetzgeber das sogenannte „Eigenstromprivileg“ verankert:

„Betreibt die Letztverbraucherin oder der Letztverbraucher die Stromerzeugungsanlage als Eigenerzeuger und verbraucht den erzeugten Strom selbst, so entfällt für diesen Strom der Anspruch der Übertragungsnetzbetreiber auf Zahlung der EEG-Umlage (...), sofern der Strom
1. nicht durch ein Netz durchgeleitet wird oder
2. im räumlichen Zusammenhang zu der Stromerzeugungsanlage verbraucht wird.“

Für die Existenz des Eigenstromprivilegs gibt es keinen sachlichen Grund. Es handelt sich nicht um ein gezielt eingesetztes Förderinstrument zur Erzeugung von erneuerbaren Energien⁴. Auch sprechen keine Aspekte des Umweltschutzes für das Eigenstromprivileg. Denn auch der Betreiber eines veralteten Kohlekraftwerkes (einer sogenannten „Dreckschleuder“⁵) kann sich auf das Privileg berufen, da es wegen der Energiequellenneutralität für alle Stromerzeugungsanlagen gilt⁶.

Das Eigenstromprivileg führt dazu, dass die EEG-Umlage entfällt. Diese Umlage macht einen erheblichen Teil der Stromkosten aus und beträgt derzeit 5,28 Cent pro kWh; Tendenz steigend: Die vier deutschen Übertragungsnetzbetreiber haben im Oktober 2013 mitgeteilt, dass die EEG-Umlage im kommenden Jahr auf 6,24 Cent pro kWh klettert; die Steigerung zum Vorjahr beträgt damit 18,2 Prozent⁷. Mittels der EEG-Umlage wird den Betreibern von Wind- und Solaranlagen ein fester Abnahmepreis garantiert. Der Anstieg der Umlage für den Ökostrom entsteht durch die rasch wachsende Stromproduktion in dem Bereich der erneuerbaren Energien, die gleichzeitig zu einem Rückgang der Börsenstrompreise führt. Durch den Zubau erneuerbarer Energien sind die Großhandelspreise an der Strombörse von rund 6 Cent im Jahr 2008 auf knapp 3 Cent heute gefallen. Die Differenz zwischen Erlös des Stromverkaufs an der Börse und der zu zahlenden Vergütung an die Stromeinspeiser wird mit der EEG-Umlage auf die Verbraucher umgelegt⁸.

Ob auch weitere Strompreiskomponenten, wie der KWK-Zuschlag, das Netzentgelt, die Konzessionsabgabe, die Umlage nach § 19 Stromnetzentgeltverordnung und die Stromsteuer entfallen, hängt davon ab, ob das öffentliche Netz genutzt wird und wieviel Leistung die Anlage bringt. Wird eine private Leitung genutzt und produziert die Anlage weniger als zwei Megawatt⁹, entfallen die übrigen Strompreiskomponenten.

In privaten Haushalten wird der Selbstverbrauch von eigen erzeugtem Strom aufgrund des steigenden Strompreises und gesunkener Kosten für Solaranlagen immer interessanter. Die

⁴ Klemm, ree 1/2013, 3.

⁵ Klemm, ree 1/2013, 3.

⁶ „Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG – Kurzgutachten“, S. 48, zu finden unter: http://www.erneuerbare-energien.de/fileadmin/ee-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/kurzgutachten_eeg-umlage_2012_bf.pdf.

⁷ www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/oekostrom-umlage-steigt-auf-6-24-cent-a-927858.html und <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/eeg-umlage108.html>.

⁸ http://www.erneuerbare-energien.de/fileadmin/ee-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/faq_eeg-umlage_2013_bf.pdf, S. 1.

⁹ S. § 9 Absatz 1 Nr. 3 Stromsteuergesetz.

„Flucht in die Eigenstromerzeugung“ ist bundesweit bereits in vollem Gange. Sie beschränkt sich nicht nur auf Unternehmen des produzierenden Gewerbes, sondern geht durch alle Branchen bis hin zum Endverbraucher¹⁰. In kaum einem anderen Land gibt es so viele Photovoltaikanlagen auf privaten Dächern wie in Deutschland: Die Anzahl der installierten Photovoltaikanlagen bis Ende August 2012 beträgt 1.28 Millionen¹¹.

Der Gesetzgeber belastet jedoch nicht alle Stromverbraucher gleichermaßen mit der EEG-Umlage. Er hat Ausnahmen geschaffen, die im Ergebnis dazu führen, dass einzelne Stromverbraucher eine reduzierte oder gar keine EEG-Umlage zu tragen haben. Die gravierendsten Ausnahmeregelungen finden sich in den §§ 40ff. EEG 2012, wonach stromintensive Unternehmen und Schienenbahnen von der EEG-Umlage befreit sind. Hintergrund für diese Befreiung ist die Auffassung des Gesetzgebers, dass kein stromintensives Unternehmen eine EEG-Umlage von derzeit 5,28 Cent pro kWh tragen könnte, wenn diese auf seinen gesamten Stromverbrauch erhoben würde. Der gesetzgeberische Wille ist, die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Industrie zu erhalten¹².

Wie kann nun der Mieter in den Genuss der Befreiung von der EEG-Umlage und des Entfallens der weiteren Strompreiskomponenten kommen? Die Antwort findet sich im „Eigenstromprivileg“ des § 37 Absatz 3 Satz 2 EEG 2012.

II. 1. Anlagenpachtvertrag

Die Voraussetzung des Eigenstromprivilegs ist die Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Stromverbraucher. Es darf also gerade keine Lieferbeziehung bestehen. Ein klassisches Beispiel hierfür ist der Hauseigentümer, der eine Solaranlage auf seinem Hausdach installieren lässt und den so erzeugten Strom selbst verbraucht. Liefert der Vermieter Strom aus einer Photovoltaikanlage an den Mieter, ist dies zunächst mangels Personenidentität kein Selbstverbrauch. Das Eigenstromprivileg greift nicht. Die rechtliche Basis zur Erreichung der Personenidentität zwischen Stromerzeuger und Anlagenbetreiber ist der Anlagenpachtvertrag: Der Anlageneigentümer (Vermieter) überlässt dem Anlagenbetreiber (Mieter) die Anlage zur Erzeugung erneuerbarer Energien. Vertragspartner sind also der Anlageneigentümer und der Anlagenbetreiber, also entweder der einzelne Mieter oder die Mieter-GbR, mit dem Gesellschaftszweck des Betriebs einer Solaranlage zum Selbstverbrauch¹³. Ziel des Anlagenpachtvertrages ist Personenidentität zwischen demjenigen, der Strom erzeugt und dem demjenigen, der Strom verbraucht, herzustellen, um so gemäß § 37 Absatz 3 Satz 2 EEG 2012 von der Zahlung der EEG-Umlage befreit zu sein. Die Erreichung dieses Ziels steht und fällt mit der Frage, wer Anlagenbetreiber, also Stromerzeuger, ist.

II. 2. Anlagenbetreiber

Erste Voraussetzung für die Befreiung des Mieters von der EEG-Umlage ist, dass er unter den Begriff des „Anlagenbetreibers“ im Sinne des § 37 Absatz 3 Satz 2 EEG 2012 fällt.

¹⁰ Klemm, ree 1/2013, 11.

¹¹ http://www.solarwirtschaft.de/fileadmin/media/pdf/2013_2_BSW_Solar_Faktenblatt_Photovoltaik.pdf.

¹² <http://www.erneuerbare-energien.de/fileadmin/ee->

import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/kurzgutachten_eeg-umlage_2012_bf.pdf, S. 2f.

¹³ Von Oppen, photovoltaik 02/2013, 76.

Nach § 3 Nr. 2 EEG 2009/2012 ist Anlagenbetreiber derjenige, der unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom nutzt¹⁴. Das rechtliche Eigentum ist also nicht primär maßgeblich. Eigentümer und Anlagenbetreiber können daher auseinander fallen. Trotz Eigentümerstellung des Vermieters kann der Mieter/die Mieter-GbR demnach Anlagenbetreiber sein.

In der Gesetzesbegründung zu § 3 Nr. 2 EEG 2009 wird der Anlagenbetreiber als derjenige definiert, der die Kosten und das wirtschaftliche Risiko der Anlage trägt und das Recht hat, die Anlage auf eigene Rechnung zur Stromerzeugung zu nutzen. Der Anlagenbetreiber bestimmt daher über den Einsatz der Anlage, oder hat zumindest bestimmenden Einfluss¹⁵.

Ein BGH-Urteil aus dem Jahr 2008 zum KWKG sagt aus, dass Betreiber der Anlage derjenige ist, der die tatsächliche Sachherrschaft über die Anlage hat, der in eigener Verantwortung über die Arbeitsweise der Anlage bestimmt und sie auf eigene Rechnung nutzt, mithin das wirtschaftliche Risiko trägt¹⁶. Auch der BGH hält demnach das rechtliche Eigentum nicht für entscheidend, sondern stellt auf die tatsächliche Sachherrschaft und die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos ab. Das Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen soll dabei nicht anhand eines einzelnen Kriteriums, sondern auf der Grundlage einer wertenden Gesamtschau ermittelt werden¹⁷. Es liegt nahe, dass der BGH auch bei der hier besprochenen Solaranlagenpacht so entscheiden würde.

Um den Mieter unter den Begriff des Anlagebetreibers subsumieren zu können, müssen die wesentlichen Betreiberrisiken beim Mieter liegen. Hier fehlt derzeit eine gerichtlich abgesegnete Vertragspraxis der Verteilung der Risiken und Pflichten hinsichtlich des Anlagenbetriebs zwischen den Anlagenpachtvertragsparteien.

Eine mögliche Aufteilung der Pflichten und Risiken könnte wie folgt aussehen¹⁸: Der Vermieter trägt als Anlageneigentümer das Risiko der ordnungsgemäßen Errichtung der Anlage und des zufälligen Untergangs der Anlage und wickelt die Mängelgewährleistungsansprüche ab. Den Mieter/die Mieter-GbR trifft die Pflicht zum ordnungsgemäßen Anlagenbetrieb und zur Anmeldung der Anlage beim Netzbetreiber und bei der Bundesnetzagentur, er bzw. sie trägt das Risiko der schwankenden Stromerträge und der Abschaltung der Anlage durch den Netzbetreiber. Der Mieter/die Mieter-GbR muss die tatsächliche Sachherrschaft über die Anlage innehaben, also jederzeit Zugang zur Anlage haben. Da der Mieter/die Mieter-GbR in aller Regel kein technisches Know-How zum Betrieb einer Solaranlage hat, muss der Mieter/die Mieter-GbR eventuell noch einen separaten Wartungsvertrag mit einem externen Dienstleister, oder einen Betriebsführungsvertrag mit dem Anlageneigentümer (dem Vermieter) abschließen, wobei der Vertragspartner des Mieters/der Mieter-GbR nur als Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB auftreten darf, damit der Mieter/die Mieter-GbR die Stellung des alleinigen Inhabers/der alleinigen Inhaberin der tatsächlichen Sachherrschaft nicht verliert und weiterhin als Anlagenbetreiber/-in auftritt¹⁹. Mit dieser Aufteilung ist die Schaffung von Personenidentität

¹⁴ Hahn/Naumann, NJOZ 2012, 361.

¹⁵ Klemm, ree 1/2013, 6.

¹⁶ BGH VIII ZR 280/05.

¹⁷ Klemm, ree 1/2013, 6.

¹⁸ S. Von Oppen, photovoltaik 02/2013, 76.

¹⁹ Klemm, ree 1/2013, 12.

denkbar. Der stromverbrauchende Mieter tritt als Anlagentreiber auf – die erste Voraussetzung für die Befreiung von der EEG-Umlage ist erfüllt.

II. 3. Weitere Voraussetzungen

Um einen Eigenerzeugungssachverhalt herzustellen, darf der Strom nicht durch ein Netz geleitet werden, § 37 Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 EEG 2012, oder muss im räumlichen Zusammenhang zu der Stromversorgung verbraucht werden, § 37 Absatz 3 Satz 2 Nr. 2 EEG 2012. Der Begriff des „räumlichen Zusammenhangs“ ist strittig²⁰: Eine weite Auslegung sieht den räumlichen Zusammenhang selbst dann noch gewahrt, wenn sich die Erzeugungsanlage und die Verbrauchsstätte in verschiedenen Stadtteilen befinden. Einer anderen Ansicht nach fällt die Durchleitung in andere Stadtteile nicht mehr unter den Begriff des räumlichen Zusammenhangs. Im Wohnraummietverhältnis in dem der Mieter Anlagenpächter ist, wird der räumliche Zusammenhang in der Regel nach allen Auffassungen gewahrt sein.

Die Mieter müssen eine Vielzahl rechtlicher Verbindlichkeiten eingehen, um in den Genuss der Befreiung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 3 Satz 2 EEG 2012 zu kommen, und bei Nutzung einer privaten Leitung, was bei den Objektnetzen wie im Mehrfamilienhaus stets der Fall ist, auch die übrigen Strompreiskomponenten einzusparen. Es ist zu denken an

- einen Gesellschaftsvertrag mit dem Zweck des Betriebs einer Solaranlage zum Eigenverbrauch,
- einen Pachtvertrag über die Anlage,
- einen Netzanschluss,- Netznutzungs- und Anschlussnutzungsvertrag mit dem örtlichen Netzbetreiber,
- einen Stromliefervertrag mit einem Stromlieferanten zum Bezug von Zusatzstrom und an
- einen Betriebsführungsvertrag mit dem Eigentümer/Wartungsvertrag mit einem externen Dienstleister.

II.4. Fragen

1) Umsetzungsschwierigkeiten und künftige Entwicklung

Die vielen zusätzlichen rechtlichen Verpflichtungen zu überschauen, wird für die meisten Mieter wohl nur mit juristischer Unterstützung möglich sein. Die Mieter sollten das Modell der Anlagenpacht nicht nur ausschließlich mit dem Ziel, in den Genuss des reduzierten Strompreises zu gelangen, verwirklichen wollen; denn das EEG wird beinahe im Jahresrhythmus geändert, so dass die Beibehaltung des derzeitigen Eigenstromprivilegs nicht sicher ist. Das Privileg wurde nicht geschaffen, um Investitionen in Eigenerzeugungsanlagen zu fördern, so dass sich die Parteien nicht auf Vertrauensschutz berufen können²¹.

2) Gesetzesumgehung

Die Anlagenpacht einer Solaranlage zum Eigenverbrauch durch die Mieter stellt keine Gesetzesumgehung dar, da ein bestimmtes Konzept, wie Anlagen zur Erzeugung von erneuerbaren Energien zu realisieren sind, gesetzlich nicht vorgesehen ist²².

²⁰ S.m.w.N. *Klemm*, ree 1/2013, 9.

²¹ *Klemm*, ree 1/2013, 12.

²² *Klemm*, ree 1/2013, 12.

Auch eine Entscheidung der Bundesnetzagentur aus dem Jahr 2007 spricht für die Zulässigkeit der Pacht einer Solaranlage durch eine Mieter-GbR. Die Bundesnetzagentur hatte am 19. März 2007 in dem Fall „Mietergemeinschaft Klaffenbach GbR./Envia Verteilernetz GmbH“ über die Zulässigkeit der Anlagenpacht eines Blockheizkraftwerks zu entscheiden²³. In dem entscheidungserheblichen Fall beabsichtigten der Eigentümer und die Mieter von zwei Mehrfamilienhäusern eine Eigenversorgung der Mieter aus einem Blockheizkraftwerk (BHKW) mit Strom und Wärme. Die Mieter schlossen eine Mieter-GbR zum Betrieb des BHKW und vereinbarten mit dem Eigentümer einen Nutzungsvertrag über die Anlage zum Zweck der Eigenstrom- und Eigenwärmeerzeugung. Die Mieter-GbR schloss zusätzlich einen Reservestromliefervertrag mit einem externen Versorger ab und beantragte einen Summenzähler als Zwei-Richtungs-Arbeitszähler, der hinter der Hausanschlusssicherung als allein abrechnungsrelevanter Zählpunkt beim vorgelagerten Netzbetreiber registriert werden sollte. Außerdem beantragte die Mieter-GbR beim Netzbetreiber die Abmeldung der bisher für die jeweiligen Wohnungen als eigener Zählpunkt erfassten Arbeitszähler. Der Netzbetreiber lehnte die Abmeldung ab und verweigerte die Anerkennung des Zwei-Richtungs-Arbeitszählers als Grundlage für die Abrechnung.

Die Bundesnetzagentur entschied zugunsten der Mieter. Das Argument des Netzbetreibers, dass es zu Einnahmeverlusten auf Grund geringerer Stromentnahme kommt und damit Ausfälle bei den EEG- und KWK-Umlagen, bei den Netzentgelten, den Steuern und den Konzessionsabgaben kommen werde, führte nicht zum Erfolg. Die Bundesnetzagentur entschied, dass die Anlagenpacht durch die Mieter-GbR in ihrer tatsächlichen Umsetzung rechtlich zulässig ist.

3) Grundrechtliche Bedenken

Das Bundesumweltministerium hat ein Gutachten in Auftrag gegeben, das sich unter anderem mit der Verfassungsmäßigkeit der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 3 EEG 2012 beschäftigt²⁴. Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass das EEG mit der ganz überwiegenden Meinung keine verfassungsrechtlichen Bedenken aufwirft. Auch sei durch die ungleiche Belastung der Verbraucher mit der EEG-Umlage keine Verletzung des Gleichheitssatzes aus Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz zu befürchten, da sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber ergeben könnten. Differenzierungen bedürften aber immer der Rechtfertigung durch Sachgründe. Da das EEG 2012 auch weitere Stromerzeuger in die EEG-Umlage einbeziehe, werde durch das EEG 2012 eine höhere Umlagegleichheit hergestellt, welche die Belastung des Einzelnen verringere. An der Verfassungsmäßigkeit des EEG 2012 sei daher nicht zu zweifeln²⁵.

Allerdings ist zu bedenken, dass die Befreiung von der Zahlung der EEG-Umlage für Einige zu einer Erhöhung der EEG-Umlage für die nicht befreiten Konsumenten führt. Zwar gibt es zwei Leitentscheidungen des BGH, dass der EEG-Fördermechanismus zugunsten der erneuerbaren Energien grundrechtskonform ist; jedoch wurde dieser Mechanismus in der letzten Zeit massiv strukturell verändert²⁶. Durch die Befreiung der Industrie von der EEG-

²³ Bundesnetzagentur BK6-06-071.

²⁴ S. Fn. 6.

²⁵ „Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG – Kurzugutachten“, S. 47.

²⁶ S. Burgi, JZ 2013, 745.

Umlage und teilweise auch den Netzentgelten müssen Privathaushalte und kleine und mittlere Unternehmen rund 5,6 Milliarden Euro mehr an Kosten tragen²⁷. Die Wahrung des Gleichheitssatzes des Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz dürfte daher unter dem Gesichtspunkt des derzeitigen Fördermechanismus zweifelhaft sein.

III. Eigenverbrauch durch Dritte

Die nächste Möglichkeit der Vermarktung des selbst erzeugten Stroms ist sein Verkauf an einen vom Anlagenbetreiber verschiedenen Dritten. Der Vermieter hat über § 33a Absatz 2 EEG 2012 die Möglichkeit, den Strom an seine Mieter zu verkaufen, wenn die Voraussetzungen der Vorschrift vorliegen:

„Veräußerungen von Strom an Dritte gelten (...) nicht als Direktvermarktung, wenn Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber Strom aus erneuerbaren Energien oder Grubengas an Dritte veräußern, die den Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbrauchen, und der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird.“

Der Verkauf des Stroms an den Mieter ist für den Vermieter vorteilhafter, da es im Vergleich zur Anlagenpacht die unkompliziertere Lösung ist, die durch die Existenz gesetzlicher Regelungen mehr Rechtssicherheit erfährt. Für die Mieter, die nicht an der Versorgung durch den Vermieter teilnehmen wollen, ändert sich nichts. Sie behalten ihren bisherigen externen Stromlieferanten. Der Nachteil im Gegensatz zur Anlagenpacht liegt darin, dass die Lieferung des Stroms umlagepflichtig ist²⁸; die Mieter müssen also die EEG-Umlage zahlen. Wird ausschließlich Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie an die Mieter verkauft, müssen die Mieter allerdings nur eine um 2 Cent verringerte EEG-Umlage zahlen, da das sogenannte „Grünstromprivileg“ des § 39 Absatz 3 EEG 2012 Anwendung findet. Dies wird aber tatsächlich kaum der Fall sein, da der Vermieter, der seine Mieter mit Strom versorgt, nicht nur Solarstrom liefern können wird: Denn auch wenn mal keine Sonne scheint, ist der Vermieter aufgrund des Stromlieferungsvertrages mit seinem Mieter verpflichtet Strom zu liefern, den er dann von einem externen Stromversorger über einen Reservestromvertrag bezieht.

III.1. Voraussetzungen

Damit der Vermieter Solarstrom an seine Mieter verkaufen kann, müssen die Voraussetzungen des § 33a Absatz 2 EEG 2012 erfüllt sein. Der Mieter muss „Dritter“ im Rahmen der Vorschrift sein, und der Strom muss in „unmittelbarer räumlicher Nähe“ zur Erzeugungsstätte verbraucht werden. Weder der Begriff des „Dritten“ noch der Begriff der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ sind gesetzlich definiert.

1) „Dritter“

Das EEG 2009 lässt offen, wer Dritter ist. Es definiert lediglich den Anlagenbetreiber, als denjenigen, der „unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas nutzt“, § 3 Nr. 2 EEG 2009. Im Sinne einer

²⁷ http://www.foes.de/pdf/2012-10-Industriebeguenstigung_EEG-Umlage.pdf.

²⁸ BGH Urteil vom 9.12.2009 – VIII ZR 35/09.

„Negativabgrenzung“ ist daher Dritter jeder, der nicht Anlagenbetreiber ist und den erzeugten Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage eigenständig verbraucht²⁹.

Die Clearingstelle EEG³⁰ differenziert nicht nach der Eigenschaft des Anlagenbetreibers oder Nicht-Anlagenbetreibers, sondern stellt auf das jeweilige Anschlussnutzungsverhältnis ab. Dritter ist danach jeder, der über ein anderes Anschlussnutzungsverhältnis als der Anlagenbetreiber mit Strom zum eigenen Verbrauch versorgt wird³¹. In der Praxis wird dies mit der „Negativabgrenzung“ im Rahmen des § 3 Nr. 2 EEG 2009 in den meisten Fällen übereinstimmen.

Eine Definition des Dritten findet sich auch im EEG 2012 nicht. Es gilt daher weiterhin die Faustformel, dass Dritter derjenige ist, der weder Anlagenbetreiber noch Netzbetreiber ist und den Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbraucht³².

Der Mieter, der den Strom vom Vermieter, der Anlagenbetreiber ist, für seinen Verbrauch kauft, ist nach allen dargestellten Auffassungen Dritter im Sinne des § 33a Absatz 2 EEG 2012.

2) „unmittelbare räumliche Nähe“

Nach EEG 2009 war anerkannt, dass sich in jedem Fall das Gebäude, an, in oder auf dem der Strom erzeugt wird, in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage befindet³³. Daher befindet sich auch der Mieter in einem größeren Hochhaus oder einem Gebäudekomplex in unmittelbarer räumlicher Nähe zu der Stromerzeugungsanlage auf, an oder im Haus.

Die Clearingstelle EEG hat ihre bisherige Auffassung, dass der Begriff nach rein räumlichen Kriterien zu bestimmen ist, aufgegeben. Hat sie vorher auf die Grundstücksbezogenheit abgestellt, will sie den Begriff nun netzbezogen verstanden wissen. Unmittelbare räumliche Nähe setzt danach voraus, dass der Strom nicht durch ein Netz für die allgemeine Versorgung geleitet wird³⁴.

Der Gesetzgeber hat sich in § 33a Absatz 2 EEG 2012 der Auffassung der Clearingstelle angeschlossen, dass ein Selbstverbrauch in unmittelbarer Nähe zumindest dann nicht mehr gegeben ist, wenn der Strom durch ein Netz der allgemeinen Versorgung im Sinne des § 3 Nr. 7 EEG 2012 geleitet wird. Der Terminus der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ ist daher grundsätzlich eher netzbezogen zu verstehen und weniger nach räumlichen Kriterien zu bestimmen. Jedoch ist er bis auf die Einschränkung, dass der Strom nicht durch ein öffentliches Netz geleitet werden darf, nicht gesetzlich geregelt. Eine private Leitung ist demnach notwendig, die maximale Entfernung bleibt weiterhin vom Einzelfall abhängig.

Verkauft der Vermieter den selbst erzeugten Strom an seine Mieter und nutzt dabei eine private Leitung (im Objektnetz des Mehrfamilienhauses ist dies stets der Fall), ist die Voraussetzung der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ gegeben.

²⁹ Hahn/Naumann, NJOZ 2012, 361.

³⁰ Die Clearingstelle EEG wurde im Jahr 2007 gemäß § 57 EEG 2012 und EEG 2009 (bzw. gemäß § 19 EEG 2004) durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit errichtet und soll die Möglichkeit bieten, Streitigkeiten aufgrund des EEG schnell und kostengünstig zu lösen bzw. zu vermeiden.

³¹ Hahn/Naumann, NJOZ 2012, 361.

³² Hahn/Naumann, NJOZ 2012, 361.

³³ Hahn/Naumann, NJOZ 2012, 361.

³⁴ Hahn/Naumann, NJOZ 2012, 361.

III.2. Pflichten des Vermieters

Nach § 3 Nr. 18 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) ist ein Energieversorgungsunternehmen jede natürliche oder juristische Person, die Energie an andere liefert. Der Vermieter, der Strom an seine Mieter verkauft, ist daher ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des EnWG, so dass den Vermieter auch die entsprechenden Pflichten eines Energieversorgungsunternehmens treffen:

Er muss die Anlage gemäß § 4 EnWG bei der zuständigen Landesregulierungsbehörde genehmigen lassen. Die Behörde hat sechs Monate Zeit um die Entscheidung über die Genehmigung zu treffen und darf sie nur versagen, wenn der Vermieter nicht die personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt, um den Netzbetrieb entsprechend des EnWG auf Dauer zu gewährleisten.

Die Energiebelieferung muss gemäß § 5 EnWG bei der Landesregulierungsbehörde angezeigt werden, wenn es sich nicht um eine Belieferung von Haushaltskunden ausschließlich innerhalb einer Kundenanlage handelt. Der Haushaltskunde ist nach § 3 Nr. 22 EnWG der Letztverbraucher, der Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt kauft. Der Mieter ist also ein typischer Haushaltskunde. Ob es sich bei der Anlage zur Erzeugung von erneuerbarer Energie um eine Kundenanlage im Sinne des § 3 Nr. 24 EnWG handelt, wird im Einzelfall anhand der angeschlossenen Letztverbraucher, der geographischen Ausdehnung des Netzes, der Menge der durchgeleiteten Energie und der Vertragsgestaltung überprüft; die Solaranlage im Mehrfamilienhaus ist in der Regel eine solche Kundenanlage³⁵. Wenn der Vermieter seinen Mietern jedoch anbietet, die gesamte Stromversorgung zu übernehmen, also nicht nur den Solarstrom liefert, sondern über einen sogenannten „Beistellvertrag“ mit einem Stromlieferanten die erforderlichen Reststrommengen bezieht, die er dann an die Mieter weiterliefert, ist er auf jeden Fall anzeigepflichtig³⁶. Denn dann handelt es sich nicht mehr nur um eine reine Kundenanlage, die den Mieter mit Strom versorgt.

Die Anforderungen an die Stromrechnungen, die Stromlieferverträge und die Stromkennzeichnung werden in §§ 40 bis 42 EnWG konkretisiert. Die Rechnungen müssen einfach und verständlich sein; die Berechnungsfaktoren müssen vollständig und in allgemein verständlicher Form ausgewiesen werden. Der Vermieter ist hinsichtlich der Wahl der Abrechnung frei. Er kann monatliche oder andere Zeitabschnitte wählen; jedoch darf der Zeitabschnitt maximal 12 Monate betragen. Er muss dem Mieter eine monatliche, vierteljährliche oder halbjährliche Rechnung anbieten; eine monatliche Verbrauchsinformation, die auch die Kosten widerspiegelt, ist den Mietern kostenfrei zur Verfügung zu stellen.

Die Stromlieferverträge müssen u.a. Angaben über die Vertragsdauer, den nächstmöglichen Kündigungstermin, die geltenden Preise, über das Rücktrittsrecht des Mieters, über die zu erbringende Leistung einschließlich angebotener Wartungsdienste, die Zahlungsweise, Haftungs- und Entschädigungsregelungen bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Leistung und den unentgeltlichen und zügigen Lieferantenwechsel enthalten. Sie dürfen wegen § 309 Nr. 9a BGB für maximal 2 Jahre geschlossen werden, eine stillschweigende Verlängerung ist um maximal ein Jahr möglich, § 309 Nr. 9b BGB.

³⁵ Von Oppen, photovoltaik 02/2013, 77.

³⁶ Von Oppen, photovoltaik 02/2013, 78.

III.3. Fragen

1) Haftung des Vermieters

Da der Vermieter selbst zum Energieversorger im Sinne des EnWG wird, ergeben sich auch Haftungsrisiken für ihn. Da der Vermieter als Vertragspartner des Mieters für die Stromlieferung verantwortlich ist, birgt jede Versorgungsunterbrechung einen Haftungsfall³⁷. Zu denken wäre etwa an eine Haftung des Vermieters bei Sachschäden, wenn beispielsweise das Gefriergut in der Tiefkühltruhe wegen Stromausfalls verdirbt oder bei Vermögensschäden, wenn der Mieter zum Beispiel im Hotel übernachten muss, da die Heizung wegen Stromausfalls nicht läuft.

Hat der Vermieter gegenüber dem Mieter auch die Pflicht zur Lieferung von Reservestrom übernommen, haftet der Vermieter auch für eine Versorgungsunterbrechung, die der Reservestromlieferant verantworten muss. Denn der Reservestromlieferant ist in diesem Fall Erfüllungsgehilfe des Vermieters, für dessen Verschulden der Vermieter einzustehen hat, § 278 Satz 1 BGB.

Die Haftung des Netzbetreibers ist nach § 18 Netzanschlussverordnung (NAV) bei Vermögensschäden auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt; bei Sachschäden der Höhe nach begrenzt. Diese Haftungsbeschränkung gilt jedoch nicht für den Vermieter, der die Versorgung der Mieter mit Strom übernommen hat, denn Netzbetreiber im Sinne der NAV ist nach § 1 Absatz 4 NAV der Betreiber eines Elektrizitätsversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Sinne des § 18 Absatz 1 Satz 1 EnWG. Netze der allgemeinen Versorgung gemäß § 18 Absatz 1 Satz 1 EnWG sind Netze für Gemeindegebiete. Der Vermieter ist also kein Netzbetreiber im Sinne des § 18 NAV, selbst wenn er ein „eigenes Versorgungsnetz“ betreibt. Der Vermieter kann sich demnach nicht auf die Haftungsbeschränkungen der NAV berufen.

Fraglich ist, ob der Vermieter sich von der Haftung vertraglich freizeichnen kann. Übernimmt der Vermieter die Stromversorgung des Mieters, stellt dies eine wesentliche Vertragspflicht des Mietvertrages dar, da erst durch die Versorgung des Mieters die dann vertraglich geschuldete Nutzung der Wohnung durch den Mieter möglich wird³⁸. Die formularvertragliche Freizeichnung von der Haftung verstößt aber nach BGH gegen § 307 Absatz 2 Nr. 2 BGB, wenn es sich um eine „Kardinalpflicht“ (wesentliche Vertragspflicht) handelt³⁹. Dann darf in der Regel auch nicht die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden⁴⁰. Der Vermieter kann sich folglich auch nicht formularvertraglich von der Haftung für eine Versorgungsunterbrechung freizeichnen.

2) Mieterhöhung

Durch die Installation einer Photovoltaikanlage auf dem Dach wird Primärenergie eingespart, § 555b Nr. 2 BGB. Der Mieter ist daher zur Duldung verpflichtet, § 555d Absatz 1 BGB.

Fraglich ist, ob zugleich eine Maßnahme vorliegt, durch die in Bezug auf die Mietsache Endenergie nachhaltig eingespart wird (energetische Modernisierung), § 555b Nr. 1 BGB, so

³⁷ *Bub*, NZM 2001, 458.

³⁸ *Bub*, NZM 2001, 458.

³⁹ BGH, NJW 1993, 335.

⁴⁰ *Bub*, NZM 2001, 458.

dass der Vermieter die ihm entstandenen Kosten auf die Mieter umlegen darf, § 559 Absatz 1 BGB.

Wird der erzeugte Strom lediglich in das allgemeine Netz eingespeist, ist eine Mieterhöhung nach § 559 Absatz 1 BGB ausgeschlossen, da es dann in jedem Fall an dem Bezug zur Mietsache fehlt. Wird der erzeugte Solarstrom zur Deckung des Energiebedarfs des Gebäudes selbst eingesetzt, ist die Bundesregierung der Auffassung, dass dann der Bau der Anlage eine Maßnahme darstellt, die trotz unveränderter Menge der benötigten Nutzenergie zur Mieterhöhung berechtigt. Denn auch wenn dadurch unstreitig keine Endenergie eingespart wird, liege eine Energieeinsparung vor, die sich durch „weniger zu bezahlende“ Endenergie ergäbe⁴¹. Die daraus resultierenden niedrigeren Betriebskosten für den Mieter rechtfertigten eine Mieterhöhung. Auch sei der Sinn und Zweck des Gesetzes zu berücksichtigen, der gerade darin liegt, den Austausch fossiler Energieträger durch erneuerbare zu fördern⁴². Im Falle des Verkaufs von Strom aus erneuerbaren Energien an die Mieter schließen diese aber einen Stromliefervertrag mit dem Vermieter und vereinbaren ein Entgelt für den vom Vermieter zu liefernden Strom. Betriebskosten, die der Vermieter bei entsprechender mietvertraglicher Vereinbarung umlegen darf, werden durch den Stromliefervertrag nicht berührt. Der Verkauf des Solarstroms an die Mieter nach § 33a Absatz 2 EEG 2012 führt daher nicht zu einer Mieterhöhung nach § 559 Absatz 1 BGB⁴³.

3) Versorgungssperre

Versorgungsunternehmen haben nach § 19 Stromgrundversorgungsverordnung und der Netzbetreiber nach § 24 Niederspannungsanschlussverordnung ein Recht zur Versorgungssperre. Der Vermieter ist nur bei beendetem Mietvertrag zur Versorgungssperre berechtigt, und selbst dann nur, wenn Treu und Glauben nicht entgegen steht. Beim laufenden Mietverhältnis ist der Vermieter dagegen nicht zur Versorgungssperre berechtigt⁴⁴. Auf den ersten Blick scheint nicht plausibel, dass ein Versorgungsunternehmen die Versorgung einstellen kann, wenn der Kunde mit der Zahlung in Verzug ist, der Vermieter aber nicht, wenn er dieselbe Verpflichtung wie das zur Sperre berechnete Versorgungsunternehmen übernommen hat. Der Vermieter übernimmt aber im Gegensatz zum Versorgungsunternehmen weitergehende Verpflichtungen. Er hat aus dem Mietvertrag die Pflicht zur umfassenden Gebrauchsgewährung, wie sie vertraglich vereinbart ist. Ihn trifft die vertragsgemäße Gebrauchsüberlassungspflicht, wozu auch die Lieferung mit Strom gehört, wenn er diese Pflicht vertraglich übernommen hat. Der Vermieter, der seine Mieter selbst mit Strom versorgt, ist daher gegenüber dem Vermieter, der dies nicht tut, nicht zu privilegieren.

4) Steuerliche Aspekte

Die Wohnungswirtschaft sieht sich mit dem Problem konfrontiert, dass die durch die Vergütung des eingespeisten Solarstroms erzielten Einnahmen als gewerbliche Einnahmen qualifiziert werden und sie durch den Betrieb einer einzigen Photovoltaikanlage daher ihre Möglichkeit der sogenannten „erweiterten Gewerbesteuerkürzung“ gemäß § 9 Nummer 1

⁴¹ BT-Drs. 17/10485, 19.

⁴² *Derleder*, PiG 95, 5.

⁴³ Zur Möglichkeit einer Mieterhöhung bei einer Stromversorgung der Gemeinschaftsanlagen des Mietshauses aus einer Anlage zur Erzeugung erneuerbarer Energien, s. *Derleder*, PiG 95, 5.

⁴⁴ Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 546 Rn. 116ff.

Satz 2 Gewerbesteuergesetz verliert. Durch diese erweiterte Gewerbesteuerverkürzung unterliegt die Grundstücksverwaltung der Wohnungsunternehmen in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft oder der Genossenschaft nicht der Gewerbesteuer. Voraussetzung dafür ist, dass das Unternehmen über sein Kerngeschäft der Nutzung und Verwaltung eigenen Grundbesitzes hinaus nur folgende Tätigkeiten ausübt: Verwaltung und Nutzung eigenen Kapitalvermögens, Betreuung von Wohnungsbauten und Errichtung und Veräußerung von Ein- oder Zweifamilienhäusern oder Eigentumswohnungen. Wenn das Unternehmen eine andere Tätigkeit ausübt, verliert es die Möglichkeit der erweiterten Kürzung insgesamt. Dies bedeutet für das Unternehmen, dass auch Mieteinkünfte steuerpflichtig werden⁴⁵.

Wenn das Wohnungsunternehmen den selbst erzeugten Strom jedoch nicht in das allgemeine Netz einspeist, sondern gemäß § 33a Absatz 2 EEG 2012 an seine Mieter verkauft, erhält es dafür keine Einspeisevergütung mehr. Bis zur „Photovoltaiknovelle“⁴⁶ im August 2012 hatte der Anlagenbetreiber einen Anspruch auf Einspeisevergütung auch dann, wenn er den Strom gemäß § 33a Absatz 2 EEG 2012 an Dritte veräußert und nicht in das allgemeine Netz eingespeist hatte. Diese Möglichkeit ist nun in § 16 EEG 2012 nicht mehr vorgesehen. Nur der Strom, der tatsächlich nach § 8 EEG 2012 vom Netzbetreiber abgenommen worden ist, muss vergütet werden. Erzeugen die Wohnungsunternehmen selbst Solarstrom und verkaufen sie ihn restlos an ihre Mieter, haben sie demnach keinen Anspruch auf eine zusätzliche Einspeisevergütung, so dass diese Tätigkeit für die erweiterte Gewerbesteuerkürzung unschädlich sein könnte. Für diese Annahme spricht auch, dass das Finanzgericht Berlin-Brandenburg in dem Urteil, in dem es die gewerbliche Tätigkeit bei Einspeisung in das allgemeine Netz und damit den Verlust der Möglichkeit der erweiterten Gewerbesteuerverkürzung bestätigt, erwägt, dass womöglich anders zu entscheiden wäre, wenn der produzierte Strom für den Energiebedarf des Wohnungsunternehmens verwendet würde⁴⁷. Dann wäre zu überlegen, ob die Stromerzeugung und der Stromverkauf an die Mieter Nebengeschäfte darstellen, die dem Begriff der Grundstücksverwaltung zuzurechnen sind und deshalb für die Inanspruchnahme der erweiterten Gewerbesteuerkürzung unschädlich sind⁴⁸. Das Finanzgericht Berlin-Brandenburg stellt in seinen Entscheidungsgründen deutlich darauf ab, dass der Strom dem allgemeinen Strommarkt zur Verfügung gestellt worden ist⁴⁹. Wählt das Wohnungsunternehmen den Weg des Verkaufs des Solarstroms an seine Mieter über § 33a Absatz 2 EEG 2012 dürfte dies demnach nicht zwingend zum Verlust der Möglichkeit der erweiterten Gewerbesteuerkürzung führen.

⁴⁵ PM GdW, zu finden unter <http://web.gdw.de/pressecenter/pressearchiv/pressearchiv-2012/692-gdw-fordert-aenderung-des-gewerbesteuergesetzes-mieteinkuenfte-duerfen-durch-den-betrieb-einer-solaranlage-nicht-gewerblich-werden>.

⁴⁶ Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zur weiteren Änderung im Recht der erneuerbaren Energien vom 17. August 2012, BGBl. I, 1754; *Scholkta/Baumbach/Pietrowicz*, NJW 2013, 2725.

⁴⁷ Finanzgericht Berlin Brandenburg, Urteil vom 13.12.2011 – 6 K 6181/08.

⁴⁸ Finanzgericht Berlin Brandenburg, Urteil vom 13.12.2011 – 6 K 6181/08.

⁴⁹ Finanzgericht Berlin Brandenburg, Urteil vom 13.12.2011 – 6 K 6181/08.