

Somit war die Dacherneuerung auch im Streitfall zwingend notwendig, um die Photovoltaikanlage installieren zu können. Ohne die Maßnahme wäre die (...) beabsichtigte unternehmerische Tätigkeit also nicht zulässig und damit auch nicht möglich gewesen. Daraus folgt, dass die Leistung der Dacherneuerung für das Unternehmen Photovoltaik bezogen wurde.

Dass die Photovoltaikanlage kein Gebäudebestandteil wird, ist dagegen kein Grund für die Versagung des Vorsteuerabzugs, da es entscheidend nur auf den Leistungsbezug für das Unternehmen ankommt.

Soweit die Verwaltung argumentiert, dass die Dachsanierung – ggf. vorweg genommener – Erhaltungsaufwand sei, ist dieser ertragsteuerliche Aspekt für die umsatzsteuerliche Beurteilung irrelevant. Bei Anerkennung des Vorsteuerabzugs liegt zwar eine Diskrepanz zur ertragsteuerlichen Beurteilung vor, da es sich dort um Erhaltungsaufwand des Gebäudes handelt. Allerdings können umsatzsteuerliche und ertragsteuerliche Beurteilung voneinander abweichen. Bei Annahme vorweg genommenen Erhaltungsaufwands läge im Übrigen eine gemischte (teils unternehmerische, teils nicht unternehmerische Verwendung) vor, wobei eine Schätzung der jeweiligen Anteile im Grunde nicht möglich ist.

Auch soweit die Verwaltung dahin argumentiert, dass das Dach als bloße Halterung für die Photovoltaikanlage diene, steht dies einem Leistungsbezug für das Unternehmen nicht entgegen, wenn ohne die Maßnahme der Dacherneuerung die Anlage nicht installiert werden könnte.

Im Streitfall kommt eine teilweise Saldierung mit einer unentgeltlichen Wertabgabe (§ 3 Abs. 9 a Nr. 1 UStG) nicht in Betracht (so *OFD Karlsruhe*, die die nicht unternehmerische Verwendung der Dachsanierung mit 50 % schätzt). Der *Senat* sieht zumindest im Streitfall keinen Grund für den Ansatz einer unentgeltlichen Wertabgabe, da das Dach ohne die Photovoltaikanlage nicht erneuerungsbedürftig gewesen wäre.

Das Verfahren musste nicht zum Ruhen gebracht werden, da die Sachverhalte der beim *BFH* anhängigen Verfahren nicht vergleichbar sind: In dem Verfahren XI R 29/09 geht es um die Errichtung eines Schuppens, um auf dem Dach eine Photovoltaikanlage zu installieren. Im Verfahren XI R 21/10 geht es um die Erweiterung einer Carports, um auf dessen Dach eine Photovoltaikanlage zu installieren. Im Verfahren XI R 29/10 geht es um die Sanierung eines Scheunendaches, um darauf eine Photovoltaikanlage installieren zu können.

**Anmerkung der Schriftleitung:** Das *Finanzgericht* hat die Revision zum *BFH* wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. Der Vorsteuerabzug aus der Erneuerung eines asbesthaltigen Daches zum Zweck der Installation einer Photovoltaikanlage betreffe eine Vielzahl von Fällen und sei höchststrichterlich noch nicht geklärt. Die in der Entscheidung genannten Vorschriften der Gefahrstoffverordnung beziehen sich auf die Fassung 2005 vom 23. 12. 2004 (BGBl. 2004 I, 3759). Eine Neufassung der Gefahrstoffverordnung mit einer geänderten Systematik und Paragraphenfolge stammt vom 26. 11. 2010 (BGBl. 2010 I, 1643).

---

## Berichte

### Bericht aus der Clearingstelle EEG

*Dr. Sebastian Lovens, LL.M./ Dr. Martin Winkler, Berlin\**

#### I. Einleitung

Der vorliegende Bericht informiert über die in den vergangenen Monaten abgeschlossenen und für die Praxis besonders bedeutsamen Verfahren zum Anlagenbegriff im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009, zum Begriff des Gasnetzes im Sinne des EEG 2009 sowie zur EEG-rechtlichen Behandlung von sog. „Satelliten-BHKW“ sowohl hinsichtlich der Grundvergütung als auch hinsichtlich der Gewährung von Boni. Der Bericht schließt mit einem Ausblick auf alsbald zur Entscheidung anstehende Verfahren bei der Clearingstelle EEG.

#### II. Anlagenbegriff (§ 3 Nr. 1 EEG 2009)

In ihrer Empfehlung 2009/12 vom 1. 7. 2010<sup>1</sup> befasste sich die Clearingstelle EEG mit dem Anlagenbegriff. Dieser ist im Recht der Erneuerbaren Energien von zentraler Bedeutung. Anlagen dienen dazu, erneuerbare Energieträger wie solare Strahlungsenergie, Biomasse oder Wind in Strom umzuwandeln. Für die Anwendung des Rechts der Erneuerbaren Energien, insbesondere zur korrekten Ermittlung der gesetzlichen

---

\* Dr. Sebastian Lovens, LL.M. ist Leiter der Clearingstelle EEG, Dr. Martin Winkler ist Mitglied der Clearingstelle EEG, Berlin.

<sup>1</sup> Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 1. 7. 2010 – 2009/12, abrufbar unter [www.clearingstelle-eeeg.de/empfv/2009/12](http://www.clearingstelle-eeeg.de/empfv/2009/12).

Einspeisevergütung, ist es daher von höchster Relevanz, trennscharf zu erfassen, was unter einer „Anlage“ zu verstehen ist.<sup>2</sup>

Die Begriffsbestimmungen des EEG 2004<sup>3</sup> enthielten noch eine zweigliedrige Anlagendefinition: Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 war eine „Anlage (...) jede *selbständige technische* Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas“.<sup>4</sup> Satz 2 enthielt eine gesetzliche Fiktion zur technisch-baulichen Anlagenzusammenfassung. Da die Anwendung der Definition und der Fiktion zur identischen Rechtsfolge – der Annahme einer „Anlage“ im Sinne des EEG 2004 – führten, war es unter Geltung des EEG 2004 praktisch irrelevant, ob eine Aggregation von Bestandteilen nach Satz 1 eine Anlage war oder nach Satz 2 als eine solche galt. Eine Entscheidung konnte zumeist dahinstehen.

Die Anlagendefinition im EEG 2009<sup>5</sup> unterscheidet sich von der Begriffsbestimmung des EEG 2004 jedoch im Wesentlichen in zweierlei Hinsicht: Die Einrichtung muss nicht mehr „selbständig technisch“ sein und das EEG 2009 enthält keine Fiktion der technisch-baulichen Anlagenzusammenfassung mehr. Der Gesetzgeber des EEG 2009 wirkt dem sog. „Anlagensplitting“ – d. h. der Errichtung einer Vielzahl kleinerer Anlagen anstelle einer oder mehrerer großer Anlagen, um die höheren Vergütungen und Boni der unteren Leistungsklassen zu erhalten – nicht mehr über eine technisch-bauliche Zusammenfassung, sondern vielmehr durch die vergütungsseitige Regelung in § 19 Abs. 1 EEG 2009 entgegen.<sup>6</sup> Die Frage, was eine „Anlage“ im Sinne des EEG 2009 ist, stellte sich somit nach Inkrafttreten des EEG 2009 grundlegend neu.

Da § 3 Abs. 2 EEG 2004 ab dem 1. 1. 2009 auf Anlagen im Sinne des EEG keine Anwendung mehr findet, sondern vielmehr § 3 Nr. 1 EEG 2009 auch für Bestandsanlagen gilt, war für eine unüberschaubare Vielzahl von Anlagen zu klären, wie Einrichtungen, die unter dem EEG 2004 als (eine) Anlage zu bewerten waren, unter Geltung des EEG 2009 zu behandeln sind. Insbesondere knüpfte hieran die Frage an, wie der in diesen Anlagen erzeugte Strom – auch im Hinblick auf die Leistungsschwellen – nun zu vergüten sei.

Hieraus resultierte in der Praxis große Unsicherheit, die sich in vielen Anfragen an die Clearingstelle EEG niederschlug. Dem Klärungsbedarf kam die Clearingstelle EEG mit der Empfehlung 2009/12 nach. Danach ist eine „Einrichtung“ bereits dann eine „Anlage“ im Sinne von § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009, wenn sie über diejenigen Komponenten verfügt, die im Sinne einer zwingend erforderlichen Mindestvoraussetzung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas notwendig sind. Zwingend erforderlich und damit konstitutiv für die Bestimmung einer Anlage sind

- die Antriebseinheit in Verbindung mit dem Generator,
- für den Fall, dass eine Antriebseinheit zur Stromerzeugung nicht erforderlich ist, der zur Stromerzeugung erforderliche Generator,
- sowie für den Fall, dass zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas die Zufuhr eines

Energieträgers oder von Energie erforderlich ist, eine Vorrichtung, die je nach der Eigenart des regenerativen Energieträgers bzw. der Erneuerbaren Energie diesen bzw. diese unmittelbar der Antriebseinheit zuführt oder für diese bereitstellt.

Die Clearingstelle EEG hat durch die vorgenannte Empfehlung u. a. geklärt, dass bei der Erzeugung von Strom aus Biomasse jedes BHKW, das über eine Gasleitung mit einem Fermenter verbunden ist, eine Anlage im Sinne des EEG 2009 ist. Damit handelt es sich – auch wenn zwei (oder mehr) BHKW aus einem Fermenter gespeist werden – um zwei (oder mehr) Anlagen. Ebenso stellt bei Nutzung der „Abtauschregel“ des § 27 Abs. 2 EEG 2009 jedes BHKW, das über einen Zugang zum Erdgasnetz verfügt, eine Anlage im Sinne des EEG 2009 dar. Werden zwei oder mehr BHKW aus demselben Fermenter mit Biogas beschickt, stellen alle BHKW damit jeweils eine Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 dar. Mangels technisch-baulicher Anlagenzusammenfassung gelten sie nicht fiktiv als eine Anlage, indes kann ggf. ihre Leistung zum Zwecke der Ermittlung der Vergütung nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 zusammengefasst werden.<sup>7</sup>

### III. Gasnetz im Sinne des EEG 2009

In ihrem Hinweis vom 24. 2. 2011<sup>8</sup> setzte sich die Clearingstelle EEG mit dem Begriff des Gasnetzes im Sinne des EEG 2009 auseinander.

In einer Vielzahl von Fallkonstellationen ist entscheidend, ob ein BHKW, das mit Biogas gespeist wird, dieses aus einem „Gasnetz“ im Sinne des EEG 2009 entnimmt. Denn bei Ent-

2 Lovens, ZUR 2010, 291.

3 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien, verkündet als Art. 1 des „Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich“ vom 21. 7. 2004 (BGBl. 2004 I, 1918), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. 11. 2006 (BGBl. 2006 I, 2550), nachfolgend als „EEG 2004“ bezeichnet, außer Kraft gesetzt durch Gesetz vom 25. 10. 2008 (BGBl. 2008 I, 2074).

4 Hervorhebung durch die Verfasser.

5 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien, verkündet als Art. 1 des „Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften“ vom 25. 10. 2008 (BGBl. 2008 I, 2074 ff.), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. 4. 2011 (BGBl. 2011 I, 619), im Folgenden als „EEG 2009“ bezeichnet.

6 Hierzu Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 1. 7. 2010 – 2009/12 (o. Fußn. 1), Rdnr. 126 ff.; Überblick über die Regelungen zur vergütungsseitigen Anlagenzusammenfassung nach § 19 EEG 2009 bei Lovens, ZUR 2010, 291 (292 ff.).

7 Zu § 19 Abs. 1 EEG 2009 vgl. ausführlich Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 14. 4. 2009 – 2008/49, abrufbar unter [www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/49](http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/49).

8 Clearingstelle EEG, Hinweis vom 24. 2. 2011 – 2010/14, abrufbar unter [www.clearingstelle-eeg.de/hinww/2010/14](http://www.clearingstelle-eeg.de/hinww/2010/14).

nahme des Gases aus einem Gasnetz im Sinne des § 27 Abs. 2 EEG 2009 besteht der Anspruch auf die Grundvergütung gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 nur in den Fällen, in denen der Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt wird. Darüber hinaus ist weder der Emissionsminimierungsbonus (§ 27 Abs. 5 Satz 2 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4 a Satz 2 EEG 2009) noch der sog. „Gülle-Bonus“ zu gewähren (Anlage 2 Nr. VI 2 b Satz 3 EEG 2009).

Daher war es von erheblicher praktischer Bedeutung, den Begriff des „Gasnetzes“ im Sinne des EEG 2009 auszulegen. Die Clearingstelle EEG hat hierzu in ihrem Hinweis 2010/14 festgestellt:

1. Gasversorgungsnetze im Sinne des § 3 Nr. 20 EnWG 2005 sind „Gasnetze“ im Sinne des EEG 2009.
2. Darüber hinaus sind Gasleitungssysteme dann ein „Gasnetz“ im Sinne des EEG 2009, wenn sie
  - mindestens eine Gaseinspeiseeinrichtung und mindestens eine Gasverbrauchseinrichtung miteinander verbinden und
  - mit einem Netz im Sinne des § 3 Nr. 20 EnWG 2005 auf eine Weise verbunden sind, die es technisch ermöglicht, dass
    - in dem Gasleitungssystem eine physische Vermischung von Bio-, Klär- oder Deponiegas mit Erdgas stattfindet, so dass die an das Gasleitungssystem angeschlossene(n) Gasverbrauchseinrichtung(en) (auch) Erdgas verbrauchen können, und
    - das Gas aus der oder den Gaseinspeiseeinrichtung(en) (auch) in ein Netz im Sinne des § 3 Nr. 20 EnWG 2005 gelangt.

Entscheidendes Kriterium dafür, ob ein Gasleitungssystem ein „Gasnetz“ im Sinne des EEG 2009 bildet, ist somit die Verbindung mit einem Netz im Sinne des § 3 Nr. 20 EnWG 2005. Gasleitungssysteme, die keine Verknüpfung mit einem solchen Netz aufweisen, sondern die ausschließlich mit Bio-, Klär- und/oder Deponiegas gespeist werden („Mikrogasnetze“), sind somit kein „Gasnetz“ im Sinne des EEG 2009. Die Clearingstelle EEG hat mit dieser Auslegung ein praktisch sehr leicht überprüfbares Kriterium zur Bewertung eines Gasleitungssystems als „Gasnetz“ im Sinne des EEG 2009 statuiert, da eine etwaige Verbindung zu einem Gasversorgungsnetz im Sinne des EnWG 2005 für Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber und Netzbetreiber leicht erkennbar ist.

#### IV. Vergütung von Strom aus „Satelliten-BHKW“

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Vergütung von Strom aus „abgesetzten“ oder auch „Satelliten-BHKW“ – insbesondere dann, wenn sie teilweise aus Gülle gewonnenes Gas verstromen. Bei diesen Anlagen handelt es sich um BHKW, die in einiger Entfernung zu einem oder mehreren Fermentern, einem oder mehreren BHKW und ggf. Gärrestlagern o. ä. aufgestellt und untereinander verbunden werden. Die räumliche

Distanz dient regelmäßig dazu, mit der aus dem BHKW ausgekoppelten Wärme Wärmesenken zu bedienen, die durch das oder die anderen BHKW entweder aus Kapazitätsgründen gar nicht oder nur unter Inkaufnahme von Transportverlusten versorgt werden können.

Die Frage, wie Strom aus einem solchen „Satelliten-BHKW“ zu vergüten und ob der Gülle-Bonus zu gewähren ist, war Gegenstand des Votums vom 10. 2. 2011.<sup>9</sup> Sie ließ sich nach Abschluss der beiden vorgenannten Verfahren im konkreten Einzelfall kurz und bündig beantworten:<sup>10</sup> Ein BHKW, das über eine Gasleitung und einen Fermenter verfügt, ist eine Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009, die nicht mit anderen an die Gasleitung angeschlossenen BHKW zu einer Anlage verklammert wird. Die Anlage wird auch nicht aus einem „Gasnetz“ gespeist, wenn das Gasleitungssystem nicht mit einem Netz im Sinne des § 3 Nr. 20 EnWG 2005 verbunden ist. Somit erhalten Betreiberinnen und Betreiber von Anlagen zur Verstromung von Biogas in den „typischen“ Konstellationen – ein oder mehrere Fermenter, Nachfermenter und Gärrestlager, ein oder mehrere „Satelliten-BHKW“, kein Anschluss an ein Netz im Sinne des EnWG 2005 – sowohl die Einspeisevergütung für jede Anlage für sich genommen als auch den Gülle-Bonus.

Die Struktur des Votums 2009/17 verdeutlicht auch das Ineinandergreifen der verschiedenen Verfahrensarten bei der Clearingstelle EEG: Die relativ kurze Begründung zum Votum 2009/17 bezieht sich hinsichtlich aller tragenden Gründe auf die notwendigerweise deutlich umfangreicheren, vorgenannten Arbeitsergebnisse (Empfehlung 2009/12 und Hinweis 2010/14).

#### V. Laufende Verfahren

Die Clearingstelle EEG klärt in den nächsten Monaten in dem Empfehlungsverfahren 2011/1 die Frage des richtigen Netzverknüpfungspunktes im Sinne des § 5 EEG 2009. Streit besteht insbesondere darüber, ob es auf den gesamtwirtschaftlich und technisch günstigsten Verknüpfungspunkt ankommt. Praxisrelevant ist die Lage des Verknüpfungspunktes wegen der Höhe und Verteilung der Anschluss- und Netzausbaukosten.

Das Empfehlungsverfahren 2011/2 wird sich mit zahlreichen Fragen rund um den vergüteten Eigenverbrauch von Solarstrom nach § 33 Abs. 2 EEG 2009 und dessen messtechnischer Erfassung befassen.

<sup>9</sup> Clearingstelle EEG, Votum vom 10. 2. 2011 – 2009/17, abrufbar unter [www.clearingstelle-eeg.de/votv/2009/17](http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2009/17).

<sup>10</sup> Im zu entscheidenden Fall ging es um zwei Fermenter, zwei Nachfermenter, drei Gärrestlager und zwei BHKW mit einer Leistung von weniger als 500 kW.