

degressive AfA oder Sonderabschreibungen geltend gemacht werden, kein Steuerstundungsmodell begründen kann (*Hallerbach*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Kommentar zum EStG/KStG, Lfg. 279 [Stand: Mai 2017], § 15b EStG, Anm. 30). Negative Einkünfte bedingt durch die Inanspruchnahme degressiver AfA oder Sonderabschreibungen sind vielmehr bei betriebswirtschaftlich sinnvollen Investitionen typische Anlaufverluste, die nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht in den Anwendungsbereich des § 15b EStG fallen sollten (vgl. FG Münster, Urt. v. 24. 11. 2015 – 12 K 3933/12 F, EFG 2016, 362; Revision eingelegt, Az. des BFH: IV R 7/16).

Der Senat hat vorliegend keine Zweifel, dass es sich im Streitfall um eine solche betriebswirtschaftlich sinnvolle Investition handelt, die sich auch ohne Steuervorteile in Dänemark oder Deutschland betriebswirtschaftlich „rechnet“, weil im Rahmen der Energiewende die Bundesrepublik Deutschland seit Jahren die Erzeugung von Windenergie auf der Einnahmenseite fördert. Die prognostizierte Rendite von 7,2% vor Steuern über die Laufzeit von 20 Jahren, mit der erworben wurde, spricht für sich. Von volkswirtschaftlich fragwürdigen Fehlallokationen kann hier deshalb genauso wenig die Rede sein wie von einer kommerziellen Verwertung von Steuervorteilen. Nur derartige sollte nach der gesetzgeberischen Zielsetzung des § 15b EStG verhindert werden (vgl. *Hallerbach*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Kommentar zum EStG/KStG, Lfg. 279 [Stand: Mai 2017], § 15b EStG, Anm. 4, 30).

(c) Die Anwendung des § 15b EStG auf Fälle der vorliegenden Art würde im Übrigen bedeuten, weit über das gesetzgeberische Ziel hinauszugehen und Erwerber einer Windmühle im Rahmen eines Windparkkonzeptes anders zu beurteilen als Großinvestoren, die einen gesamten Windpark betreiben oder Einzelinvestoren, die lediglich eine einzelne Windkraftanlage erwerben. Bei den letztgenannten Gruppen stände außer Frage, dass – wegen der vorhandenen unbestreitbaren Gewinnerzielungsabsicht – negative Ergebnisse in den ersten Jahren nach der Investition etwa beruhend auf der Inanspruchnahme von AfA, Sonderabschreibungen und Finanzierungskosten steuerlich unbeanstandet in Ansatz gebracht werden könnten. Eine derartige Ungleichbehandlung ist nicht zu rechtfertigen und nicht Ziel der Einführung des § 15b EStG (ähnlich FG Münster, Urt. v. 24. 11. 2015 – 12 K 3933/12 F, EFG 2016, 362; Revision eingelegt, Az. des BFH: IV R 7/16).

Die Klage hatte damit in vollem Umfang Erfolg.

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO. (...)

**Anmerkung der Schriftleitung:** Das Gericht hat die Revision zum BFH wegen grundsätzlicher Bedeutung und zur Fortbildung des Rechts zugelassen (vgl. § 115 Abs. 2 FGO). Die Zulassung der Revision sei auch im Hinblick auf das bereits beim BFH unter dem Az. IV R 7/16 anhängige Revisionsverfahren geboten.

---

## Berichte

### Bericht der Clearingstelle EEG | KWKG

*Dr. Natalie Mutlak / Elena Richter / Sebastian Sobotta, Berlin\**

#### I. Einleitung

Die Clearingstelle hat im Berichtszeitraum u. a. eine Empfehlung zu Anwendungsfragen des Messstellenbetriebsgesetzes (MsbG) (dazu unter II), einen Schiedsspruch zur Flexibilisierung eines Satelliten-BHKW (dazu unter III), ein Votum zum Anlagenbegriff bei Geothermieanlagen (dazu unter IV) sowie ein Votum zur Einhaltung der 70%-Grenze beim Einspeisemanagement (dazu unter V) veröffentlicht.

#### II. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen MsbG

In der Empfehlung 2018/33<sup>1</sup> hatte die Clearingstelle zu klären, welche Rechtsfolgen nach EEG, KWKG und MsbG für Anlagenbetreiberinnen und -betreiber eintreten, wenn die Anforderungen an einen einwandfreien Messstellenbetrieb nach Maßgabe

des MsbG nicht eingehalten werden. Insbesondere war die Frage zu behandeln, ob und inwieweit solche Verstöße Auswirkungen auf Zahlungsansprüche aus dem EEG oder dem KWKG haben und ob der (vorrangige) Netzanschluss bzw. eine etwaige spätere Trennung der Anlage vom Netz davon betroffen ist.

In der Empfehlung wird festgestellt, dass das MsbG bei Pflichtverstößen des Messstellenbetreibers gegen Vorgaben des MsbG zunächst keine unmittelbaren Rechtsfolgen vorsieht. Hat der Netzbetreiber jedoch berechtigte Zweifel daran, dass der Messstellenbetreiber den ordnungsgemäßen Messstellenbetrieb ge-

---

\* Die Autoren sind Mitglieder der Clearingstelle EEG|KWKG. Die Clearingstelle ist die im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie betriebene neutrale Einrichtung zur Klärung von Streitigkeiten und Anwendungsfragen im Bereich des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG), des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes (KWKG) und des Messstellenbetriebsgesetzes (MsbG).

1 Clearingstelle, Empfehlung vom 26. 9. 2019 – 2018/33, im Internet abrufbar unter [www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2018/33](http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2018/33).

währleisten kann und gelingt es letzterem nicht, dessen Zweifel auszuräumen, kann der Netzbetreiber den Vertragsabschluss nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 MsbG verweigern oder einen bereits geschlossenen Messstellenvertrag kündigen. Im Einzelnen wurden verschiedene mögliche Verstöße gegen die Vorgaben des MsbG beleuchtet:

Ein Verstoß gegen die Vorgaben für eine form- und fristgerechte Datenübertragung gemäß § 52 Abs. 1 und 2 MsbG führt derzeit weder zu einer Vergütungssanktion nach EEG oder KWKG noch dazu, dass die Pflicht des Netzbetreibers zum unverzüglichen Netzanschluss der Erzeugungsanlage aufgehoben wird bzw. der Netzbetreiber die Erzeugungsanlage vom Netz für die allgemeine Versorgung trennen darf.

Auch wenn die Einhaltung von Mess- und Eichrecht grundsätzlich keine Voraussetzung für Zahlungsansprüche nach dem EEG oder KWKG ist, können sich Verstöße gegen das Mess- und Eichrecht im Einzelfall auf die Fälligkeit des Zahlungsanspruchs nach EEG und KWKG, insbesondere dessen Höhe auswirken. Wenn z. B. Anlagenbetreiber EEG- bzw. KWKG-Zahlungsansprüche auf Grundlage von Messwerten aus nicht (mehr) geeichten Messgeräten geltend machen und die Messwerte vom Netzbetreiber bezweifelt werden, haben Anlagenbetreiber die Richtigkeit der Messwerte auf anderem Wege darzulegen, insbesondere durch eine plausible und nachvollziehbare Ersatzwertbildung.

Ein alternatives Verfahren zur Messwertbildung bei Verstößen gegen das Mess- und Eichrecht kommt dabei jedoch nicht dauerhaft, sondern nur für einen vorübergehenden Zeitraum in Frage. Ein fortgesetztes Messen mit nicht (mehr) geeichten Messeinrichtungen bzw. das Fehlen von abrechnungsrelevanten Messeinrichtungen verstößt gegen das Mess- und Eichgesetz und stellt eine Ordnungswidrigkeit dar.

Zähler mit Arbeitsmessung und jährlicher Messwerterfassung sind grundsätzlich keine für die Sicherheit des Netzes notwendigen Einrichtungen im Sinne von § 49 EnWG bzw. auch keine Einrichtungen, die grundsätzlich geeignet sind, die Gewährleistung der technischen Sicherheit gemäß § 49 EnWG zu beeinträchtigen. Dies gilt derzeit ebenso für Messeinrichtungen mit registrierender Leistungsmessung (RLM) bzw. mit Zählerstandgangmessung (ZSG), wenn lediglich 15-minütliche Messwerte erfasst werden. Bei diesen Messeinrichtungen kann deshalb – unabhängig davon, ob es sich um nicht (mehr) geeichte Messeinrichtungen oder um fehlende abrechnungsrelevante Messeinrichtungen handelt – unter Rückgriff auf § 49 EnWG keine Verweigerung des Netzanschlusses bzw. eine Netztrennung eines bereits bestehenden Netzanschlusses begründet werden. Die in § 8 EEG 2017 und § 3 KWKG geregelte Pflicht, dass Netzbetreiber EEG- und KWKG-Anlagen unverzüglich vorrangig an ihr Netz anschließen müssen, ist grundsätzlich zu erfüllen.

In der Empfehlung wurde schließlich festgestellt, dass ein Streitiges Messkonzept – jedenfalls wenn die Sicherheit des

Netzbetriebs nachweislich nicht gefährdet ist und wenn ein (ggf. virtueller) Übergabezähler vorhanden ist – weder bei bereits an das Netz für die allgemeine Versorgung angeschlossenen EEG- bzw. KWKG-Anlagen einen Rechtsgrund darstellt, um die Anlage vom Netz zu trennen, noch bei Einspeisewilligen dazu führt, dass der Netzanschluss der Anlagen bis zur abschließenden Klärung des Messkonzeptes verweigert werden darf.<sup>2</sup>

Nicht behandelt wurden in der Empfehlung u. a. die Rechtsfolgen für Vergütungsansprüche bzw. für Netzanschlussfragen, wenn dem Netzbetreiber nicht alle Erzeugungsanlagen bekannt sind (sog. „wilde Einspeisungen“) oder Anlagenbetreiberinnen und -betreiber auf ihre Vergütungsansprüche nach EEG bzw. KWKG verzichten wollen.

### III. Flex-Zubau bei Satelliten-BHKW

Im Schiedsspruch 2019/22<sup>3</sup> hat das Schiedsgericht u. a. entschieden, dass das Satelliten-BHKW und die Flex-BHKW der Schiedsklägerin eine gemeinsame EEG-Anlage darstellen. Die Flex-BHKW sind damit keine eigenständigen Neuanlagen; die darin flexibel bereitgestellte Leistung kann daher durch die Flexibilitätsprämie für Bestandsanlagen gefördert werden.

Im konkreten Fall stellt das Satelliten-BHKW, das aus einer räumlich entfernten Biogasanlage (sog. Vor-Ort-Anlage mit Fermenter) mit Biogas beliefert wird, eine eigenständige EEG-Anlage sowie eine Bestandsanlage (Inbetriebnahme vor dem 1.8.2014) dar.

Die zwei Flex-BHKW, die zur Flexibilisierung der Strom- und Wärmeerzeugung des Satelliten-BHKW hinzugebaut werden sollen, stellen mit dem Satelliten-BHKW eine gemeinsame EEG-Anlage dar. Nach der Rechtsprechung des BGH zum weiten Anlagenbegriff sind die drei BHKW „eine Gesamtheit funktional zusammengehörender technisch und baulich notwendiger Einrichtungen, die aus Sicht eines objektiven Betrachters in der Position eines vernünftigen Anlagenbetreibers nach dessen Konzept als Gesamtheit funktional zusammenwirken“. Sie sind durch eine Gassammelschiene technisch verbunden und ein objektiver Betrachter nimmt die drei verbundenen und in einem gemeinsamen Gebäude untergebrachten BHKW als eine gemeinsame Anlage wahr. Insbesondere werden alle drei BHKW durch eine gemeinsame Regelungstechnik gesteuert und in Abhängigkeit voneinander gefahren. Das verfolgte Anlagenkonzept ist vernünftig und energetisch sinnvoll. Die Flex-BHKW befinden sich direkt neben dem Satelliten-BHKW; sie sind daher auch nicht mangels unmittelbarer räumlicher Nähe als eigenständige Anlagen einzustufen.

2 Im Einzelnen Clearingstelle, Empfehlung vom 26.9.2019 – 2018/33 [Abschnitt 4.4.3].

3 Clearingstelle, Schiedsspruch vom 17.9.2019 – 2019/22, im Internet abrufbar unter [www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsdrv/2019/22](http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsdrv/2019/22).

Für die zur Stromerzeugung flexibel bereitgestellte installierte Leistung kann daher die Flexibilitätsprämie für Bestandsanlagen in Anspruch genommen werden.

Das Schiedsgericht kommt damit hier zu einem anderen Ergebnis als das Landgericht Frankfurt (Oder) in seinem Urteil vom 5. 4. 2019 (11 O 122/18)<sup>4</sup> im dort vorliegenden Fall.

Da die Anlage nach Inkrafttreten des EEG 2017 und der Anpassung des sog. „Flex-Deckels“ durch das Energiesammelgesetz<sup>5</sup> flexibilisiert wird, nimmt das Schiedsgericht an, dass sich der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie aus §§ 50, 50a und Anlage 3 EEG 2017 ergibt. Damit gilt insbesondere auch der Flex-Deckel aus Nr. 1.5 Anlage 3 EEG 2017. In welchen Fällen §§ 52, 54 und Anlage 3 EEG 2014 fortgelten (gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10e EEG 2017), konnte hier offenbleiben.

#### IV. Anlagenbegriff bei Geothermieranlagen

In dem Votum 2018/49<sup>6</sup> hat die Clearingstelle erstmals den Anlagenbegriff bei Geothermieranlagen geklärt. Anlass hierzu war ihre Entscheidung, dass es sich bei der geplanten Inbetriebsetzung eines neu zu errichtenden Kraftwerks um eine Inbetriebnahme im Sinne von § 3 Nr. 30 EEG 2017 handelt und für den darin erzeugten Strom ein Vergütungsanspruch nach § 45 Abs. 1 EEG 2017 besteht. Dies war streitig, da das neue Kraftwerk geothermische Wärme aus einem Thermalwasserkreislauf beziehen sollte, aus dem bereits zuvor ein anderes Kraftwerk geothermische Wärme bezogen hatte.

Die Clearingstelle hat klargestellt, dass die Grenze einer Anlage mit einem geschlossenen thermodynamischen Kreislauf zur Erzeugung von Strom aus Geothermie im Sinne des § 45 Abs. 1 EEG 2017 der Wärmetauscher ist, über den der Rohstoff Erdwärme bezogen wird. Geothermische Wärmequellen sowie Bohrungen dienen allein der Gewinnung des Rohstoffs Erdwärme und sind daher nicht Teil der Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 Halbsatz 1 EEG 2017.

Der Rohstoff Erdwärme kann auf vielfältige Art und Weise genutzt werden und wird regelmäßig vorwiegend zur Wärmebereitstellung zu Heizzwecken gewonnen. Die Verbindung zwischen der Gewinnung des Rohstoffs Erdwärme und dessen Verstromung in einem Kraftwerk reicht daher nicht aus, um das Kraftwerk und den Thermalwasserkreislauf als eine „funktionale Gesamtheit“ für die Stromerzeugung im Sinne der Rechtsprechung des BGH<sup>7</sup> zu betrachten.

Die Nutzung bereits bestehender, wechselnder oder mehrerer Bohrungen gleichzeitig dient sowohl der effektiven Auslastung von Bohrungen als auch der Deckung des Energiebedarfs bestimmter Kraftwerkstypen. Die Einbeziehung des Thermalwasserkreislaufs in den Anlagenbegriff würde dem jedoch entgegenstehen, denn hierdurch entstünde das Risiko, dass sich die Grenzen und damit das Inbetriebnahmedatum von Geothermieranlagen im Nachhinein ändern bzw. von vorn herein

verkürzen. Dies wäre nicht mit dem Sinn und Zweck des weiten Anlagenbegriffs vereinbar, bestehende Auslegungsunsicherheiten zu beseitigen, die insbesondere bei der Abgrenzung von zur Anlage gehörenden Bestandteilen aufgetreten sind.

#### V. Einhaltung der 70%-Grenze beim Einspeisemanagement

In dem Schiedsspruch 2019/4<sup>8</sup> wurde dem Schiedsgericht die Frage vorgelegt, ob die 70%-Grenze des § 6 Abs. 2 Nr. 2 lit. b EEG 2012 schon aufgrund der Modulausrichtung der Solaranlagen bzw. durch den vorhandenen Eigenverbrauch des Schiedsklägers eingehalten wird. Hier kam das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass es grundsätzlich möglich ist, durch den Aufbau, die Anbringung und die Ausrichtung von Solaranlagen die 70%-Grenze einzuhalten, ohne dass zusätzliche technische Einrichtungen, z. B. in ein Mess- und Regelungssystem eingebundene Wechselrichter, vorgehalten werden müssen. Auch durch Eigenverbrauchskonstellationen ist es grundsätzlich möglich, die 70%-Grenze einzuhalten, sofern technisch (z. B. durch ein Mess- und Regelungssystem) sichergestellt ist, dass zu jedem Zeitpunkt die 70%-Grenze eingehalten wird.

Hierzu ist aber ein plausibler und nachvollziehbarer Nachweis durch die Anlagenbetreiberin bzw. den Anlagenbetreiber darüber erforderlich, dass aufgrund des spezifischen technischen Aufbaus und ggf. des Eigenverbrauchs etwaige Erzeugungsspitzen abgefangen werden und die Wirkleistungseinspeisung am Verknüpfungspunkt zu keinem Zeitpunkt 70% der installierten Leistung überschreitet.

Der Nachweis kann u. a. durch eine Berechnung der maximalen Erzeugungsleistung unter Heranziehung des Azimutwinkels und des Neigungswinkels sowie des Tagesgangs der Sonne (verschiedene Sonnenstände) geführt werden. Ergibt die Berechnung, dass bereits die maximal mögliche Erzeugungsleistung zu keinem Zeitpunkt 70% der installierten Gesamtleistung erreichen kann, so sind die technischen Vorgaben nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 lit. b EEG 2012 erfüllt. Im zu entscheidenden Fall hat der Schiedskläger diesen Nachweis nicht geführt.

4 LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 5. 4. 2019 – 11 O 122/18, im Internet abrufbar unter [www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5009](http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5009).

5 Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes, des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften (Energiesammelgesetz – EnSaG) vom 17. 12. 2018 (BGBl. 2018 I, 2549).

6 Clearingstelle, Votum vom 13. 5. 2019 – 2018/49, im Internet abrufbar unter [www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/49](http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/49).

7 BGH, Urt. v. 4. 11. 2015 – VIII ZR 244/14, REE 2015, 213 [215].

8 Clearingstelle, Schiedsspruch vom 21. 5. 2019 – 2019/4, im Internet abrufbar unter [www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2019/4](http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2019/4).