
**Gutachterliche Stellungnahme
„Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des
Direktverbrauchs von Strom durch Dritte aus
Photovoltaikanlagen“**

Erstattet im Auftrag des

Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit

durch die Rechtsanwälte

Prof. Dr. Christoph Moench

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Honorarprofessor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main

Dr. Johann Wagner, LL.M. (NYU)

Steuerberater

Martin Schulz, M.A., LL.M. (Univ. Canterbury)

Jens Wrede, Dipl.-Finanzwirt (FH)

30. April 2013

Haftungsausschluss

Diese Ausarbeitung trägt rein rechtswissenschaftlichen Charakter. Sie gibt allein die Rechtsauffassung der Autoren wieder. Die Begutachtung dient nicht der Beratung von Einzelnen. Die Autoren übernehmen keine Haftung.

INHALTSVERZEICHNIS

A.	ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	IX
I.	Rechtlicher und wirtschaftlicher Hintergrund	IX
II.	Rechtsfragen zum Eigenverbrauch von Strom aus Photovoltaikanlagen	IX
III.	Rechtsfragen zum Verbrauch von Strom aus Photovoltaikanlagen durch Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes	XVI
B.	GEGENSTAND DES GUTACHTENS	1
C.	RECHTLICHER UND WIRTSCHAFTLICHER HINTERGRUND	2
I.	Rechtlicher Ausgangspunkt: PV-Novelle	2
1.	Marktintegrationsmodell	2
2.	Weitere zentrale Punkte der PV-Novelle.....	3
II.	Netzparität durch rechtliche Vorgaben im Bereich der Photovoltaik.....	4
D.	EIGENVERBRAUCH UND DIREKTVERBRAUCH DURCH DRITTE.....	4
I.	Eigenverbrauch.....	6
1.	Arbeitsdefinition Eigenverbrauch	6
1.1	Gesetzliche Anknüpfungspunkte: § 16 Abs. 3 Nr. 2 und § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG.....	7
1.2	Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher.....	7
1.3	Betreibereigenschaft.....	7
1.4	Keine Durchleitung durch ein Netz oder Verbrauch in räumlichen Zusammenhang	8
1.4.1	Keine Durchleitung durch ein Netz.....	8
1.4.2	Räumlicher Zusammenhang	10
1.5	Zusammenfassung der Arbeitsdefinition Eigenverbrauch.....	11
2.	Konstellationen zum Eigenverbrauch.....	11
2.1	Grundfall.....	11
2.2	Fall 1: Eigenverbrauch mit Versorgung eines weiteren Gebäudes durch Direktleitung	12
2.3	Fall 2: Eigenverbrauch mit Versorgung eines weiteren Gebäudes über das Netz der allgemeinen Versorgung	12
2.4	Fall 3: Gewerblicher Eigenverbrauch.....	13
2.5	Fall 4: Gesellschaft bürgerlichen Rechts verbraucht Strom aus PV-Anlage	14
2.6	Fall 5: Miteigentümer einer PV-Dachanlage	15
2.7	Fall 6: PV-Dachanlage auf einem Schulgebäude	15
3.	Konkrete Fragestellungen zum Eigenverbrauch	16

3.1	Eigenverbrauch und Pflicht zur Zahlung von Netzentgelten, der KWK-Umlage, § 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage, § 18 AbLaV-Umlage oder Konzessionsabgaben	16
3.1.1	Netzentgelte	16
a)	Rechtlicher Rahmen Netzentgelte	16
b)	Definition Netzentgelte	16
c)	Konstitutive Voraussetzung: Nutzung eines Netzes	18
d)	Zwischenergebnis	18
3.1.2	KWK-Umlage/§ 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage/§ 18 AbLaV-Umlage/Offshore-Umlage	19
a)	Rechtlicher Rahmen KWKG	19
aa)	Eigenverbrauch ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung	19
bb)	Eigenverbrauch mit Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung	20
b)	§ 19 Abs. 2 StromNEV-/§ 18 AbLaV- und Offshore-Umlage	21
c)	Zwischenergebnis	21
3.1.3	Konzessionsabgaben	21
a)	Rechtlicher Rahmen	21
b)	Definition Konzessionsabgaben	21
c)	Verpflichteter der Konzessionsabgabe	22
d)	Zwischenfazit	22
3.2	Pflichten des Anlagenbetreibers bezogen auf den Eigenverbrauch	23
3.2.1	Pflichten nach dem EnWG	23
3.2.2	Pflichten aus dem EEG	26
3.3	Umsatz-, strom- und ertragsteuerrechtliche Auswirkungen des Eigenverbrauchs	27
3.3.1	Umsatzsteuer	27
a)	Betrieb einer Photovoltaikanlage als unternehmerische Tätigkeit	27
aa)	Stromeinspeisung als Lieferung gegen Entgelt	27
bb)	Anlagenbetreiber als Unternehmer	28
(1)	Unternehmerbegriff im Allgemeinen	29
(2)	Sonderfall Kleinunternehmer	32
(3)	Auswirkungen des Eigenverbrauchs auf die Unternehmereigenschaft	33
b)	Auswirkungen des Eigenverbrauchs auf den Vorsteuerabzug	33
aa)	Vollumfängliche Zuordnung der Photovoltaikanlage zum Unternehmen	35

bb)	Vollumfängliche Zuordnung der Photovoltaikanlage zum nichtunternehmerischen Bereich	35
cc)	Anteilige Zuordnung der Photovoltaikanlage zum Unternehmen	36
c)	Eigenverbrauch als unentgeltliche Wertabgabe	37
aa)	Voraussetzungen der Wertabgabenbesteuerung	37
bb)	Bemessungsgrundlage für die unentgeltliche Wertabgabe	39
3.3.2	Stromsteuer	42
a)	Ausgangspunkt	42
b)	Anlagenbetreiber als Versorger oder Eigenerzeuger	43
aa)	Versorger	43
(1)	Leistung an Letztverbraucher	44
(2)	Steuerbefreiungsvorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG	45
bb)	Eigenerzeuger	45
cc)	Zwischenergebnis	46
c)	Steuerbarkeit und Steuerbefreiungen	46
aa)	Grundsätzliche Steuerbarkeit	46
bb)	Steuerbefreiungstatbestände	47
(1)	§ 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG	47
(2)	§ 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StromStG	48
d)	Erlaubnispflicht nach § 4 StromStG aufgrund Eigenverbrauchs	49
e)	Ergebnis	49
3.3.3	Ertragsteuern (einschließlich Gewerbesteuer)	50
a)	Betrieb einer PV-Anlage als steuerlicher Gewerbebetrieb	50
aa)	Allgemeines	50
(1)	Betrieb einer Photovoltaikanlage durch natürliche Personen	50
(2)	Betrieb einer Photovoltaikanlage durch eine Personengesellschaft	51
(3)	Betrieb einer Photovoltaikanlage durch eine Genossenschaft	51
(4)	Betrieb einer Photovoltaikanlage durch eine Gemeinde	52
bb)	Grundsätzlich keine Betriebsaufgabe aufgrund zunehmenden Eigenverbrauchs	52
b)	Auswirkungen des Eigenverbrauchs auf die steuerliche Bemessungsgrundlage	53

II. Direktverbrauch durch Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes („Direktverbrauch durch Dritte“)	55
1. Arbeitsdefinition Direktverbrauch durch Dritte.....	55
1.1 Abgrenzung zur Direktvermarktung (§ 33a Abs. 2 EEG)	56
1.2 Veräußerung des Stroms aus erneuerbaren Energien	57
1.3 Verbrauch durch Dritte.....	57
1.3.1 Abgrenzung zum Anlagenbetreiber.....	58
1.3.2 Kriterium des anderen Anschlussnutzungsverhältnisses	58
1.3.3 Ergebnisse beider Ansätze überwiegend identisch.....	60
1.4 Verbrauch in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage.....	60
1.4.1 Kein Rückgriff auf § 19 Abs. 1 EEG möglich	60
1.4.2 Bestimmung der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ nach gebietsbezogenen Kriterien.....	61
1.4.3 Bestimmung der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ nach netzbezogenen Kriterien.....	62
1.4.4 Stellungnahme.....	63
1.5 Keine Durchleitung des Stroms durch ein Netz	64
1.6 Zusammenfassung der Arbeitsdefinition Direktverbrauch durch Dritte	64
2. Konstellationen zum Direktverbrauch durch Dritte	65
2.1 Grundfall.....	65
2.2 Fall 1: Vermieter-/Mieter-Konstellationen	66
2.3 Fall 2: Dritter pachtet PV-Dachanlage – Dritter betreibt PV-Freiflächenanlage auf verpachtetem Grundstück	66
2.4 Fall 3: PV-Anlage einer Gesellschaft.....	67
2.5 Fall 4: Miteigentümer einer PV-Dachanlage	68
2.6 Fall 5: PV-Dachanlage auf einem Schulgebäude.....	68
2.7 Fall 6: Contracting.....	69
3. Konkrete Fragestellungen zum Direktverbrauch durch Dritte.....	69
3.1 PV-Anlagenbetreiber als Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach EEG und Energieversorgungsunternehmen nach EnWG / Folgen für Pflichten zur Transparenz, Bilanzierung und Rechnungslegung	70
3.1.1 Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach EEG	70
a) Definition in § 3 Nr. 2 lit. d) EEG.....	70
b) Begriff des Letztverbrauchers	72
c) Begriff der Lieferung.....	73
aa) Auffassungen im Schrifttum	74
bb) Ergebnis: Anforderungen an „Lieferung“	75

d)	Ergebnis: Betreiber PV-Dachanlage = Elektrizitätsversorgungsunternehmen.....	76
e)	Gleichstellung von Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Letztverbrauchern nach § 37 Abs. 3 EEG.....	76
3.1.2	Energieversorgungsunternehmen nach EnWG	77
3.1.3	Exkurs: Vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen.....	79
a)	Vertikal integriertes Unternehmen und Entflechtung.....	79
b)	Definition eines vertikal integrierten Unternehmens.....	79
c)	Erzeuger als Netzbetreiber im Sinne des EnWG.....	80
aa)	Direktleitung	81
bb)	Kundenanlage und Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung.....	81
(1)	Kundenanlage nach § 3 Nr. 24a EnWG	82
(a)	Räumlich zusammenhängendes Gebiet.....	83
(b)	Verbindung zum Energieversorgungsnetz oder Erzeugungsanlage.....	83
(c)	Fehlende Wettbewerbsverzerrung	83
(d)	Diskriminierungsfreie und unentgeltliche Zurverfügungstellung der Anlage.....	84
(2)	Kundenanlage nach § 3 Nr. 24b EnWG.....	84
(a)	Räumlich zusammengehörendes Betriebsgebiet	85
(b)	Betriebliche Eigenversorgung	86
cc)	Geschlossenes Verteilernetz.....	86
(1)	Voraussetzungen eines geschlossenen Verteilernetzes	87
(a)	Geographisch begrenztes Industrie-/Gewerbegebiet bzw. Gebiet, in dem gemeinsam Leistung genutzt werden	88
(b)	Technische / Sicherheitstechnische Verknüpfung nach Nr. 1	88
(c)	Eigenversorgung nach Nr. 2.....	89
(d)	Grundsätzlich keine Versorgung von Haushaltskunden	89
(2)	Geschlossenes Verteilernetz und Direktverbrauch durch Dritte	89
dd)	Pflicht zur Entflechtung gemäß §§ 6ff. EnWG	89
3.1.4	Pflichten zur Transparenz, Bilanzierung und Rechnungslegung	90
a)	Transparenz.....	90
aa)	Pflichten nach EEG	90
bb)	Pflichten nach EnWG	92

b)	Bilanzierung und Rechnungslegung	94
3.2	Direktverbrauch durch Dritte und Pflicht zur Zahlung von EEG-Umlage, Netzentgelten, KWK-Umlage/§ 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage, § 18 AbLaV- Umlage, Offshore-Umlage und Konzessionsabgaben	96
3.2.1	EEG-Umlage	96
a)	Rechtsrahmen EEG	96
b)	Anspruch auf Zahlung der EEG-Umlage	97
c)	Zahlungspflicht der EEG-Umlage auch ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung	97
d)	Zwischenergebnis	98
3.2.2	Netzentgelte	98
3.2.3	KWK-Umlage/§ 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage//§18 AbLaV- Umlage/Offshore-Umlage	99
3.2.4	Konzessionsabgaben	99
a)	Öffentliche Verkehrswege der Gemeinde	99
b)	Zwischenfazit	100
3.2.5	Ergebnis und praktische Handhabung	100
3.3	Umsatzsteuerrechtliche, stromsteuerrechtliche und ertragsteuerrechtliche Auswirkungen des Direktverbrauchs durch Dritte	101
3.3.1	Umsatzsteuer	101
3.3.2	Stromsteuer	102
a)	Ausgangspunkt	102
b)	Anlagenbetreiber als Versorger oder Eigenerzeuger	102
c)	Steuerbarkeit und Steuerbefreiungen	102
aa)	Grundsätzliche Steuerbarkeit	102
bb)	Steuerbefreiungstatbestände	103
(1)	§ 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG	103
(2)	§ 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StromStG	103
cc)	Erlaubnispflicht nach § 4 StromStG aufgrund Direktverbrauchs	103
dd)	Ergebnis	104
3.3.3	Ertragsteuern (einschließlich Gewerbesteuer)	104

A. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

Die wesentlichen Ergebnisse der gutachterlichen Stellungnahme zu „*Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs von Strom durch Dritte aus Photovoltaikanlagen*“ folgen der Grundstruktur des Gutachtens und teilen sich in drei Komplexe auf: Erstens der rechtliche und wirtschaftliche Hintergrund der Fragestellung, zweitens Rechtsfragen zum Eigenverbrauch von Strom aus Photovoltaikanlagen und drittens Rechtsfragen zum Verbrauch von Strom aus Photovoltaikanlagen durch Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes.

I. Rechtlicher und wirtschaftlicher Hintergrund

1. **Ausgangspunkt** der Überlegungen sind die rückwirkend zum 1. April 2012 in Kraft getretenen Änderungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) durch das Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien (PV-Novelle 2012).¹
2. Bei diesen Änderungen stellt vor allem das **Marktintegrationsmodell** einen weiteren wichtigen Schritt dar, um die Förderung des Stroms aus erneuerbaren Energien (EEG-Strom) über das EEG zu beschränken und diesen Strom stärker in den Markt zu integrieren. Durch das Marktintegrationsmodell wird bei mittelgroßen Anlagen zur Gewinnung von Strom aus solarer Strahlungsenergie (Photovoltaikanlagen, PV-Anlagen) die Förderung auf 90 % der gesamten erzeugten Strommenge begrenzt. Dadurch und infolge der verstetigten Absenkung der festen Vergütungssätze für Strom aus solarer Strahlungsenergie besteht ein größerer Anreiz für den Erzeuger, den produzierten Strom selbst zu verbrauchen (**Eigenverbrauch**) bzw. an Dritte weiterzugeben. Letzteres kann u. a. durch eine direkte Lieferung an einen Dritten, der den Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Erzeugungsanlage abnimmt, ohne das Netz der allgemeinen Versorgung zu nutzen, geschehen (**Direktverbrauch durch Dritte**). Die Ersparnis durch Eigenverbrauch oder die Weitergabe an Dritte eröffnet inzwischen größere Verdienstmöglichkeiten als die feste Einspeisevergütung. Die Kosten der Stromerzeugung in PV-Anlagen unterschreiten die durchschnittlichen Strompreise für private Haushalte inzwischen deutlich; es wurde **Netzparität** erreicht.

II. Rechtsfragen zum Eigenverbrauch von Strom aus Photovoltaikanlagen

1. **Gesetzlicher Ausgangspunkt** sind zwei Normen des EEG:
 - a) Nach § 16 Abs. 3 Satz 2 EEG müssen Anlagenbetreiber, die den erzeugten Strom selbst verbrauchen, diesen nicht dem Netzbetreiber zur Verfügung stellen, können dann aber für die selbst verbrauchte Strommenge keine feste Einspeisevergütung beanspruchen.

¹ Die gutachterliche Stellungnahme beruht auf der am 1. April 2013 geltenden Rechtslage.

- b) Nach § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG ist derjenige Letztverbraucher von der Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage befreit, der eine Stromerzeugungsanlage als Eigenerzeuger betreibt und den erzeugten Strom selbst verbraucht, sofern der Strom entweder nicht durch ein Netz durchgeleitet wird oder im räumlichen Zusammenhang zu der Anlage verbraucht wird. Dieser Eigenverbrauch kann als „**privilegierter Eigenverbrauch**“ bezeichnet werden und ist als solcher Gegenstand des Gutachtens.
2. Daraus ergeben sich Kriterien, die den (privilegierten) **Eigenverbrauch** kennzeichnen:
- a) Anlagenbetreiber und Verbraucher müssen **personenidentisch** sein. Dieses Merkmal ist restriktiv auszulegen, Erzeuger und Verbraucher müssen ein und dieselbe natürliche/juristische Person sein. Allerdings muss der Anlagenbetreiber nicht Eigentümer der Erzeugungsanlage sein; wichtig ist nur, dass er das wirtschaftliche Risiko der Anlage trägt. Dies wird u. a. immer dann der Fall sein, wenn der Betreiber/Verbraucher die Anlage auf eigene Rechnung benutzt, die Verfügungsgewalt über die Anlage hat und die Kosten für den Unterhalt aufbringen muss.
- b) Der Strom darf nicht durch ein **Netz** der allgemeinen Versorgung durchgeleitet werden oder der Verbrauch muss alternativ **im räumlichen Zusammenhang** zur Erzeugungsanlage stattfinden. Der **allgemeinen Versorgung** dient das Netz in der Regel dann, wenn es grundsätzlich jedem Abnehmer offen steht. Kein Netz in diesem Sinne sind Direktleitungen und die in § 3 Nr. 24a und 24b EnWG aufgeführten Kundenanlagen. Ferner können aus dem Netzbegriff des EEG auch geschlossene Verteilernetze (§ 110 EnWG) ausgenommen sein. Dies hängt vom Einzelfall ab.² Der Begriff des **räumlichen Zusammenhangs** wird im EEG nicht definiert. Die Auslegung der Vorschrift ist nach dem Willen des Gesetzgebers an § 9 Abs. 1 Nr. 3a des Stromsteuergesetzes zu orientieren. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) und dem Bundesministerium der Finanzen muss die Auslegung des Begriffs nach folgenden Kriterien zu erfolgen: tatsächliche Entfernung der Entnahmestelle zu der Anlage, Anzahl der Entnahmestellen und ihre Verteilung in der Fläche und Spannungsebene des Versorgungsnetzes, in das der Strom eingespeist wird. Im Zweifel kommt es jedoch auf die Umstände des konkreten Einzelfalls an.
3. Vor dem Hintergrund dieser Kriterien konnten zur Veranschaulichung einige **Beispiele für Eigenverbrauchskonstellationen**, die derzeit vermehrt zu beobachten sind, gebildet werden.
- a) Im **Grundfall** installiert der Eigentümer eines Wohnhauses auf seinem Dach eine PV-Anlage und betreibt diese selbst, indem er die alleinige Verfügungsgewalt über die Anlage hat und die Kosten selbst trägt. Den produzierten Strom verwendet er ausschließlich selbst auf seinem Grundstück.

² Ob ein geschlossenes Verteilernetz im Sinne des § 110 EnWG unter den Netzbegriff des EEG fällt, wird unterschiedlich bewertet, befürwortend siehe *Oschmann*, in: Altmann/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 120; *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn 161; abwägend, *Ekardt/Hennig*, in: Frenz/Müggenborg, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 123; das geschlossene Verteilernetz ist in aller Regel aber ein Energieversorgungsnetz im Sinne des EnWG.

- b) Eigenverbrauch liegt auch vor, wenn der Betreiber der PV-Anlage nicht nur – wie im Grundfall – sein eigenes Wohnhaus versorgt, sondern auch wenn er den selbst erzeugten Strom in einem auf dem gleichen Grundstück gelegenen **Gebäude**, wie beispielsweise in seiner landwirtschaftlichen Stallung, nutzt. Die Stallung muss nicht auf dem gleichen Grundstück wie das Wohnhaus mit PV-Anlage liegen, sofern die Gebäude durch eine Direktleitung miteinander verbunden sind.
- c) Ähnlich ist auch die Konstellation zu beurteilen, in der der Betreiber der PV-Anlage ein zweites Gebäude auf einem **anderen Grundstück** versorgt, beide jedoch nicht durch eine Direktleitung, sondern über das Netz der allgemeinen Versorgung miteinander verbunden sind. Zwischen beiden Grundstücken muss aber ein räumlicher Zusammenhang bestehen. Der Anlagenbetreiber speist in diesem Fall also den Strom in das Netz ein und entnimmt die gleiche Menge Strom für sein zweites Grundstück aus dem Netz.
- d) Eine Form des **gewerblichen Eigenverbrauchs** liegt vor, wenn beispielsweise ein Kaufmann seinen Gewerbebetrieb durch eine, ebenfalls in seinem Eigentum stehende, auf dem Nachbargrundstück errichtete PV-Freiflächenanlage versorgt. Der Kaufmann betreibt diese Anlage selbst, wenn er die alleinige Verfügungsgewalt über sie hat und alle Kosten trägt. Der dort erzeugte Strom wird durch eine Direktleitung direkt in den Gewerbebetrieb geleitet. Von Eigenverbrauch wird auch dann auszugehen sein, wenn die Direktleitung die PV-Freiflächenanlage und den Betrieb, die nicht unmittelbar auf benachbarten Grundstücken liegen, sondern durch einige Grundstücke und möglicherweise Gemeindestraßen getrennt sind, verbindet. Befinden sich Betriebsstätte und PV-Anlage in einiger Entfernung, z. B. in zwei getrennten Gemeinden und nutzt der Kaufmann zum Transport des Stroms das Netz der allgemeinen Versorgung, liegt kein Eigenverbrauch mehr vor.
- e) Eigenverbrauch ist auch zu bejahen, wenn Betreiber der PV-Anlage und Verbraucher keine natürliche Person, sondern eine **juristische Person** oder eine rechtlich eigenständige **Personengesellschaft** (z. B. GmbH, oHG, GbR, Genossenschaft) ist und die Anlage beispielsweise auf dem Dach des Geschäftshauses installiert ist und der erzeugte Strom für die Gesellschaft verwendet wird. In dieser Konstellation ist die Gesellschaft sowohl Betreiber (da vor allem die Kosten des Anlagenbetriebs zu ihren Lasten gehen) als auch Verbraucher (da der Strom im Geschäftsbetrieb der Gesellschaft verbraucht wird).
- f) Eine PV-Anlage kann auch durch mehrere Einzelpersonen als **Miteigentümer** betrieben werden. Denkbar ist dies beispielsweise dann, wenn auf einem Geschäftshaus für drei verschiedene Unternehmen eine einzige PV-Anlage installiert wird und diese zusammen Eigentümer und Betreiber der Anlage sind. Die Verfügungsgewalt üben sie gemeinsam aus. Die Eigentumsanteile können unterschiedlich verteilt sein, z. B. im Verhältnis 20:20:60. Nach diesem Schlüssel erfolgt idealiter auch die Verteilung der Kosten für die Anlage. Eigenverbrauch liegt vor, wenn der Strom jeweils entsprechend der Eigentumsanteile genutzt wird, also im Verhältnis 20:20:60.

- g) Eigenverbrauch ist schließlich auch dann anzunehmen, wenn eine **Gemeinde** eine PV-Anlage auf dem Dach einer Schule betreibt und der Strom der Versorgung des Schulgebäudes dient. Betreiber und Eigentümer der Anlage ist in diesem Fall die Gemeinde bzw. das gemeindliche Stadtwerk, wenn es sich bei diesem um eine rechtlich nicht verselbstständigte Abteilung der Kommunalverwaltung handelt.³
4. Die konkreten Fragestellungen nach Art und Umfang bestimmter energierechtlicher Pflichten des PV-Anlagenbetreibers, der den produzierten Strom selbst verbraucht, lassen sich vor diesem Hintergrund wie folgt beantworten:
- a) In Bezug auf die Pflicht zur Zahlung von Netzentgelten, KWK-Umlage, Umlage nach § 18 Verordnung über abschaltbare Lasten (AbLaV), Konzessionsabgaben gilt folgendes:
- aa) **Netzentgelte** müssen nach der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) für die Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung gezahlt werden. Der Eigenverbraucher, der den in seiner PV-Anlage erzeugten Strom selbst verbraucht, muss Netzentgelte bezüglich dieser selbst erzeugten Strommengen nur zahlen, wenn er den Strom in räumlichen Zusammenhang durch das Netz der allgemeinen Versorgung leitet. Nutzt er das Netz nicht, fallen auch keine Netzentgelte an.
- bb) Auch für die **KWK-Umlage** ist gem. § 9 KWKG die Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung entscheidend. Nutzt der Eigenverbraucher das Netz der öffentlichen Versorgung nicht, zahlt er auch keine KWK-Umlage. Nutzt der Eigenverbraucher jedoch das Netz der allgemeinen Versorgung für den Eigenverbrauch in räumlichem Zusammenhang, so hat er die KWK-Umlage – auch auf den selbst erzeugten Strom – zu zahlen. Gleiches gilt im Übrigen auch für die Umlage nach § 19 Abs. 2 StromNEV, die Offshore-Umlage nach § 17 Abs. 2a EnWG und die § 18 AbLaV-Umlage, die jeweils auf den KWK-Wälzungsmechanismus verweisen. Auch diese Umlagen müssen nicht gezahlt werden, wenn das Netz der allgemeinen Versorgung nicht genutzt wird.
- cc) **Konzessionsabgaben** gem. §§ 46, 48 EnWG und Konzessionsabgabenverordnung (KAV) sind in aller Regel beim Eigenverbrauch nicht zu zahlen. Die Konzessionsabgaben sind nur von Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 3 Nr. 18 EnWG an die Gemeinden für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege der Gemeinde zur Verlegung und Betrieb von Stromleitungen zur Versorgung von Letztverbrauchern zu zahlen. Der Eigenverbraucher übernimmt nicht die Funktion eines Energieversorgungsunternehmens. Einen Anspruch auf Nutzung der öffentlichen Verkehrswege hat der Eigenverbraucher – da er kein Energieversorgungsunternehmen ist – nicht. Er wird in aller Regel auch nicht öffentliche Verkehrswege für den Eigenverbrauch nutzen. Für den Fall, dass der Eigenverbraucher z. B. über eine Direktleitung, öffentliche Verkehrswege zur Ei-

³ Weitere Fallgestaltungen finden Sie im ausführlichen Gutachten auf Seite 11.

genversorgung in Anspruch nehmen möchte, muss er direkt mit der Gemeinde die Bedingungen und Kosten aushandeln; in diesem Fall ist eine Konzessionsabgabe im Sinne der KAV nicht gegeben.

- b) Verbraucht der Anlagenbetreiber den von ihm erzeugten Strom ausschließlich selbst, treffen ihn grundsätzlich keine besonderen **Pflichten nach dem EnWG** bzw. dem **EEG**, sondern nur die allgemeinen Pflichten nach EEG und EnWG, die für alle Betreiber von Photovoltaikanlagen gelten, deren Anlagen zumindest auch Strom in das öffentliche Netz einspeisen.⁴
5. Die umsatz-, strom- und ertragsteuerrechtlichen Auswirkungen des Eigenverbrauchs lassen sich wie folgt zusammenfassen:
- a) Umsatzsteuerrechtlich gilt Folgendes⁵:
 - aa) Der Betrieb einer Photovoltaikanlage stellt unseres Erachtens eine **unternehmerische Tätigkeit** im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG dar, soweit der erzeugte Strom nach den Vorschriften des EEG ganz oder teilweise, regelmäßig und nicht nur gelegentlich gegen Vergütung in das allgemeine Stromnetz eingespeist wird. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass aufgrund des Vorlagebeschlusses des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (ÖVwGH) vor dem EuGH derzeit ein Verfahren zu der Frage anhängig ist, unter welchen Voraussetzungen der Betrieb einer Photovoltaikanlage eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne des Art. 9 Abs. 1 MwStSystRL darstellt. Aufgrund der Tatsache, dass das deutsche Umsatzsteuergesetz auf der MwStSystRL beruht, ist damit auch die Rechtsfrage nach der Einordnung des Betriebs einer Photovoltaikanlage als unternehmerische Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG als bisher nicht abschließend geklärt anzusehen. Die folgenden Ausführungen basieren jedoch auf der Annahme, dass der Betrieb einer Photovoltaikanlage grundsätzlich eine unternehmerische Tätigkeit darstellt.
 - bb) Als Unternehmer ist der Betreiber einer Photovoltaikanlage unter den Voraussetzungen des § 15 UStG zum Vorsteuerabzug berechtigt. Danach kann er insbesondere die Umsatzsteuer für die Anschaffung bzw. Herstellung der Photovoltaikanlage als Vorsteuer von der von ihm geschuldeten Umsatzsteuer gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG abziehen. Photovoltaikanlagenbetreiber, deren Umsatz zuzüglich der darauf entfallenden Umsatzsteuer im vorangegangenen Kalenderjahr 17.500 Euro nicht überstiegen hat und im laufenden Kalenderjahr 50.000 Euro voraussichtlich nicht übersteigen wird und die somit in den Anwendungsbereich der **Kleinunternehmerregelung** des § 19 Abs. 1 UStG fallen, sind weder zum gesonderten Ausweis von Umsatzsteuer in ihren Rechnungen noch zum Vorsteuerabzug

⁴ Ausführlich zu den allgemeinen Pflichten, die ein Betreiber einer Photovoltaikanlage, die an das öffentliche Netz angeschlossen ist, finden sie auf Seite 22ff.

⁵ Ausführlich zur Umsatzsteuer beim Eigenverbrauch (inklusive Beispiele), siehe Hauptgutachten, S. 27ff.

nach § 15 UStG berechtigt. Es besteht für die Anlagenbetreiber jedoch die Möglichkeit, auf die Anwendung der Kleinunternehmerregelung nach § 19 Abs. 2 Satz 1 UStG **zu verzichten**. Sie unterliegen dann der Besteuerung nach den allgemeinen Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes und bleiben insbesondere zum Vorsteuerabzug nach § 15 UStG berechtigt.

- cc) Wird die Photovoltaikanlage **sowohl unternehmerisch als auch nichtunternehmerisch** genutzt, indem der Anlagenbetreiber sowohl Strom gegen Vergütung in das allgemeine Versorgungsnetz einspeist als auch Strom für private Zwecke zum Eigenverbrauch entnimmt, hat der Anlagenbetreiber ein Wahlrecht, die Photovoltaikanlage vollständig oder teilweise entsprechend dem – geschätzten – unternehmerischen Nutzungsanteil dem Unternehmensbereich zuzuordnen, wenn der (private) Eigenverbrauch nicht mehr als 90% der erzeugten Strommenge beträgt, vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 UStG. Sofern der Anlagenbetreiber die Photovoltaikanlage vollumfänglich seinem unternehmerischen Bereich zuordnet, kann er den vollen Vorsteuerabzug aus den Anschaffungs- oder Herstellungskosten in Anspruch nehmen. Der zum Eigenverbrauch entnommene Strom stellt dann eine **unentgeltliche Wertabgabe** im Sinne des § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG dar und unterliegt damit der Umsatzsteuer. Als Bemessungsgrundlage für die unentgeltliche Wertabgabe nach § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 UStG ist unseres Erachtens regelmäßig der (fiktive) **Einkaufspreis** heranzuziehen. Auch diese Frage ist jedoch bislang nicht abschließend geklärt; alternativ kämen die Selbstkosten als Bemessungsgrundlage in Betracht.
 - dd) Ordnet der Anlagenbetreiber die Photovoltaikanlage – trotz anteiliger unternehmerischer Nutzung von mindestens 10% – insgesamt dem nichtunternehmerischen Bereich zu, wird die Anlage als solche dem Umsatzsteuersystem vollständig entzogen, so dass ein Vorsteuerabzug aus den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der Anlage nach § 15 UStG ausgeschlossen ist. Im Gegenzug muss er aber auch keine Umsatzsteuer für den selbst verbrauchten Strom zahlen. Beschränkt der Anlagenbetreiber die Zuordnung der teilunternehmerisch genutzten Photovoltaikanlage zu seinem Unternehmen auf den Umfang der anteiligen unternehmerischen Nutzung, steht ihm auch nur das Recht zum **anteiligen Vorsteuerabzug** in Bezug auf die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der Anlage zu. Eine Umsatzsteuerpflicht besteht hinsichtlich der zum Eigenverbrauch entnommenen Strommenge in diesem Fall nicht, soweit der Umfang der nichtunternehmerischen Nutzung den Umfang des nicht dem Unternehmen zugeordneten Teils der Photovoltaikanlage nicht überschreitet.
- b) In Bezug auf die **Stromsteuer** gelten folgende Grundsätze⁶:
- aa) Die Entnahme von selbst erzeugtem Strom zum Eigenverbrauch ist regelmäßig gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG **von der Stromsteuer befreit**, soweit der Strom

⁶ Ausführlich zur Stromsteuer, siehe Hauptgutachten, S. 42 ff.

von dem Betreiber der Photovoltaikanlage direkt – also ohne Umweg über das öffentliche Versorgungsnetz – entnommen wird. Darüber hinaus kommt eine Steuerbefreiung nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StromStG in Betracht, soweit der Strom in einer Anlage mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu 2 MW erzeugt und vom Betreiber der Anlage als Eigenerzeuger im räumlichen Zusammenhang zu der Anlage entnommen wird.

- bb) Eine **Erlaubnis** im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 StromStG benötigt regelmäßig nur derjenige Anlagenbetreiber, der nicht als Eigenerzeuger im Sinne des § 2 Nr. 2 StromStG, sondern als Versorger im Sinne des § 2 Nr. 1 StromStG zu qualifizieren ist, weil er den in der Photovoltaikanlage erzeugten Strom im Wege der Direktvermarktung über das öffentliche Versorgungsnetz auch an Letztverbraucher leistet (§ 1a Abs. 4 StromStV).
- c) Ertragsteuerrechtlich ergibt sich beim Eigenverbrauch Folgendes:
 - aa) Der Betrieb einer Photovoltaikanlage zur Erzeugung von Strom, der gegen Vergütung in das allgemeine Versorgungsnetz eingespeist wird, stellt grundsätzlich einen **Gewerbebetrieb** im Sinne des § 15 EStG dar. Der Anlagenbetreiber trägt diesbezüglich das Unternehmerrisiko und entfaltet Unternehmerinitiative. Die steuerliche Bemessungsgrundlage ist für Zwecke der Einkommensteuer nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 EStG der Gewinn bzw. für Zwecke der Gewerbesteuer nach §§ 6, 7 GewStG der Gewerbeertrag aus dem Betrieb der Photovoltaikanlage. Als Betriebsausgaben kommen insbesondere Absetzungen für Abnutzung („AfA“) nach § 7 Abs. 1 EStG in Betracht. Da Photovoltaikanlagen nach der amtlichen AfA-Tabelle eine betriebsgewöhnliche **Nutzungsdauer von 20 Jahren** haben, dürfen nach § 7 Abs. 1 EStG in jedem Jahr – bis zur vollständigen Absetzung – 1/20 der Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der Anlage als Betriebsausgaben abgezogen werden. Darüber hinaus kommt unter bestimmten Voraussetzungen auch der Abzug einer **Sonderabschreibung** nach § 7g Abs. 5 EStG von bis zu 20% der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Photovoltaikanlage in Betracht, wenn der betriebliche Nutzungsanteil der Anlage mindestens 90% beträgt. Gleiches gilt grundsätzlich für den Abzug eines Investitionsabzugsbetrages nach § 7g Abs. 1 EStG, der bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen im Vorfeld der Anschaffung oder Herstellung der Photovoltaikanlage als vorweggenommene Betriebsausgabe abgezogen werden kann.
 - bb) Der **Eigenverbrauch** von selbst erzeugtem Strom ist als **betriebliche Entnahme** zu behandeln, die nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG mit dem Teilwert anzusetzen ist und sich als fiktive Betriebseinnahme gewinnerhöhend auswirkt. Der Teilwert entspricht hierbei grundsätzlich den Wiederherstellungskosten (Reproduktionskosten), da es sich bei dem mittels einer Photovoltaikanlage erzeugten Strom um ein selbst hergestelltes Wirtschaftsgut handelt. Bei einer Photovoltaikanlage wird man insofern grundsätzlich auf die anteiligen **Selbstkosten** (insbesondere also die anteilige

AfA) abstellen müssen. Aus Vereinfachungsgründen erlaubt die Finanzverwaltung allerdings den Entnahmewert in Anlehnung an den Strompreis für aus dem Netz des Energieversorgers bezogenen Strom zu schätzen.

III. Rechtsfragen zum Verbrauch von Strom aus Photovoltaikanlagen durch Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes

1. **Gesetzlicher Ausgangspunkt** zur Bestimmung des Direktverbrauchs durch Dritte sind zwei Normen des EEG:

- a) Nach **§ 39 Abs. 3 EEG** kann die EEG-Umlage für PV-Anlagenbetreiber verringert werden, wenn der erzeugte Strom nicht unter die Direktvermarktung fällt und der Verbrauch durch den Letztverbraucher in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage stattfindet und nicht durch ein Netz der allgemeinen Versorgung durchgeleitet wird.
- b) Nach **§ 33a Abs. 2 EEG** ist der Direktverbrauch zur Direktvermarktung abzugrenzen. Veräußerung von Strom an Dritte ist dann keine Direktvermarktung gegeben, wenn Anlagenbetreiber Strom aus erneuerbaren Energien an Dritte veräußern, die den Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbrauchen, und der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird.

2. Daraus ergeben sich im Wesentlichen **vier Voraussetzungen**, die kumulativ vorliegen müssen:

- a) Fest steht: Es darf **keine Durchleitung** des Stroms durch ein **Netz der allgemeinen Versorgung** erfolgen. Eine Direktleitung z.B. zur Versorgung des Nachbarn und eine Kundenanlage, wie z.B. im Mietshaus sind keine Netze der allgemeinen Versorgung.
- b) Der **Verbrauch muss** durch einen „Dritten“ erfolgen. Dies setzt zwangsläufig eine Personenverschiedenheit zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher voraus.

Unter den Begriff des „Dritten“ kann auch der Eigentümer eines Hauses gefasst werden, wenn die PV-Anlage von einer anderen Person, beispielsweise auf der Grundlage eines Pachtvertrages, betrieben wird. Wird die Anlage von einer juristischen Person betrieben, so ist „Dritter“ jede von dieser rechtlich verschiedene natürliche oder juristische Person, z. B. Tochtergesellschaften.⁷

- c) Ferner muss der **Verbrauch in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage** stattfinden. Der Begriff der unmittelbaren räumlichen Nähe wird im EEG nicht definiert. Die Auslegung des Begriffs sollte anhand von netzbezogenen (hier: vorzugsweise – wie die Clearingstelle EEG es tut – auf den Netzverknüpfungspunkt abzustellen⁸) und gebietsbezogenen

⁷ Nähere Ausführungen zum Dritten siehe Hauptgutachten S. 57ff.

⁸ Nähere Ausführungen zum Netzverknüpfungspunkt siehe ausführlich S. 62

nen Kriterien (tatsächliche Entfernung) erfolgen. Im Zweifel kommt es auf die Umstände des konkreten Einzelfalls an.

- d) Außerdem muss der Strom „**veräußert**“ werden. Von Veräußerung kann nach dem Wort-sinn **nicht** gesprochen werden, wenn die zur Verfügung gestellte Sache schenkweise – also **unentgeltlich** – zur Verfügung gestellt wird. Das Kriterium der Unentgeltlichkeit ist jedoch restriktiv auszulegen. So muss die Schenkung eindeutig auch subjektiv gewollt sein. Insbesondere liegt keine subjektive Unentgeltlichkeit vor, wenn eine Partei die Zu-wendung als Abgeltung einer Gegenleistung oder als Erfüllung einer Verbindlichkeit an-sieht. Stellt also ein Vermieter beispielsweise Wohnraum inklusive Strom zu einem er-höhten Mietzins zur Verfügung, ist die Unentgeltlichkeit zu verneinen. In einem solchen Fall ist beiden Parteien – sowohl Mieter als auch Vermieter – bewusst, dass der Mietzins nicht nur für die Bereitstellung des Wohnraums, sondern auch für den Strom entrichtet wird. Bei einer sog. gemischten Schenkung, bei der der erzielte Gegenwert in Geld nicht dem vollen Wert der übertragenen Sache entspricht, liegt ebenfalls ein „Veräußern“ vor. Wirtschaftliche Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung ist nicht Voraussetzung des Veräußerungsbegriffs; vielmehr kann auch ein unter dem Marktwert liegendes Entgelt als Gegenleistung dazu führen, dass ein „Veräußern“ vorliegt.
3. Vor dem Hintergrund dieser Kriterien konnten zur Veranschaulichung einige **Beispiele für Konstellationen zum Direktverbrauch durch Dritte**, die derzeit vermehrt zu beobachten sind, gebildet werden.
 - a) Im **Grundfall** hat der Eigentümer eines Wohnhauses auf seinem Dach eine PV-Anlage installiert, über die er die alleinige Verfügungsgewalt hat und deren Kosten er auch trägt; er ist also der Betreiber der Anlage. Den produzierten Strom verwendet der Anlagenbe-treiber nicht nur selbst, sondern beliefert auch seinen unmittelbar angrenzenden Grund-stücksnachbarn. Dazu hat er zu diesem eine eigene Direktleitung verlegt.
 - b) Eine ebenfalls weit verbreitete Konstellation des Direktverbrauchs durch Dritte ist gege-ben, wenn der Anlagenbetreiber **Vermieter** eines Mehrparteienhauses ist. Den in der PV-Dachanlage produzierten Strom stellt er den Mietern zur Verfügung und rechnet ihn über die Nebenkostenabrechnung ab.
 - c) Direktverbrauch durch Dritte ist auch dann gegeben, wenn die PV-Anlage auf dem Dach des Hauseigentümers **durch eine dritte Person betrieben** wird, diese also die Verfü-gungsgewalt innehat und die Kosten trägt. Den Strom kann dieser (dritte) Betreiber dann z. B. an den Hauseigentümer oder die Mieter des Hauses verkaufen. Dem Hauseigentü-mer wird dem Betreiber einen monatlichen Betrag für die Nutzung des Daches zahlen. Ähnliches wird auch gelten, wenn sich die PV-Anlage nicht auf dem Dach des Hausei-gentümers befindet, sondern auf einer Freifläche, die nicht im Eigentum des tatsächlichen Anlagenbetreibers steht.

- d) Hinsichtlich der auch beim Eigenverbrauch erörterten **gesellschaftsrechtlichen Konstellation** ist Direktverbrauch durch Dritte dann anzunehmen, wenn Anlagenbetreiber eine juristische Person bzw. eine rechtlich selbständige Personengesellschaft ist, der in der Anlage erzeugte Strom aber nicht (allein) für Unternehmenszwecke genutzt wird. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der erzeugte Strom auch den Gesellschaftern der Gesellschaft zum privaten Verbrauch geliefert wird.
 - e) In der ebenfalls oben erörterten **Miteigentumskonstellation** liegt Direktverbrauch durch Dritte dann vor, wenn die Miteigentümer einer PV-Anlage den produzierten Strom nicht entsprechend ihrer Miteigentumsanteile verbrauchen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Strom der Anlage, die den drei Miteigentümern je zu einem Drittel gehört, im Verhältnis 10:30:60 verbraucht wird. Dritter ist in diesem Fall derjenige Miteigentümer, der mehr Strom verbraucht als es seinem Miteigentumsanteil entspricht.
 - f) Bei der ebenfalls im Rahmen des Eigenverbrauchs behandelten Konstellation einer **gemeindlichen Schule** liegt Direktverbrauch durch Dritte dann vor, wenn die PV-Anlage auf dem Dach der Schule beispielsweise durch eine Stadtwerke-AG betrieben wird. Die AG ist eine eigenständige juristische Person, was auch dann gilt, wenn ihre Anteile mehrheitlich in der Hand der Gemeinde liegen.⁹
4. Im Zusammenhang mit dem Direktverbrauch durch Dritte ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung in unmittelbar räumlicher Nähe stellen sich konkrete Fragen nach der Eigenschaft des Anlagenbetreibers als Elektrizitätsversorgungs-/Energieversorgungsunternehmen und nach Art und Umfang bestimmter energierechtlicher Pflichten – wie bereits ähnlich oben unter dem Themenkomplex Eigenverbrauch dargestellt -, die sich wie folgt beantworten lassen:
- a) Der PV-Anlagenbetreiber ist im Falle der Direktlieferung an Dritte sowohl Elektrizitäts- als auch Energieversorgungsunternehmen:
 - aa) Die Betreiber einer PV-Anlage sind im Zusammenhang mit dem Direktverbrauch durch Dritte **Elektrizitätsversorgungsunternehmen** im Sinne von § 3 Nr. 2 lit. d) EEG. Danach ist jeder als Elektrizitätsversorgungsunternehmen anzusehen, der Elektrizität an Letztverbraucher liefert. Der PV-Anlagenbetreiber **liefert** im Fall des Direktverbrauchs durch Dritte **Elektrizität an Letztverbraucher**. Einigkeit besteht insoweit, dass keine „Lieferung“ vorliegt, wenn Strom unter Berücksichtigung aller Umstände unentgeltlich überlassen wird (siehe oben zum „Veräußern“) oder wenn ein- und derselbe Rechtsträger sich selbst versorgt (Eigenverbrauch).
 - bb) Ferner ist der Betreiber einer PV-Anlage als **Energieversorgungsunternehmens** im Sinne des EnWG einzustufen. Dabei kommt es – anders als beim Begriff des Elektrizitätsversorgungsunternehmens nach EEG – noch nicht einmal auf die Be-

⁹ Weitere typische Beispielfälle für den Direktverbrauch durch Dritte finden Sie im Hauptgutachten auf Seite 65.

lieferung von *Letztverbrauchern* an. Vielmehr genügt hierfür bereits die Belieferung von „**anderen**“, also auch von Zwischenhändlern oder Weiterverteilern.

- cc) Die Belieferung eines Kunden mit Strom aus einer Photovoltaikanlage mittels einer Direktleitung oder einer Kundenanlage (z.B. Hausnetz) führt auch nicht dazu, dass der Betreiber der Photovoltaikanlage zu einem Netzbetreiber im Sinne des EnWG oder EEG wird. Dementsprechend unterliegt er in der Regel auch nicht den für Netzbetreiber und vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen geltenden Vorschriften im EnWG.¹⁰
- b) Den PV-Anlagenbetreiber treffen im Falle der Direktlieferung an Dritte als Elektrizitäts- und Energieversorgungsunternehmen folgende Transparenz-, Rechnungslegungs- und Bilanzpflichten:
 - aa) Nach dem EEG¹¹ unterliegt der Betreiber einer PV-Dachanlage der **Mitteilungspflicht** nach §§ 45, 49 EEG gegenüber seinem regelverantwortlichem Übertragungsnetzbetreiber sowie der **Informationspflicht** gemäß § 51 EEG gegenüber der Bundesnetzagentur, die sich vor allem auf die gelieferte Energiemenge beziehen. Es sprechen gute Gründe dafür, die **Veröffentlichungspflicht** des § 52 EEG, wonach die Daten auch auf der Internetseite des Energieversorgungsunternehmens veröffentlicht werden müssen, für Betreiber kleiner PV-Anlagen, die lediglich einen kleinen, abgrenzbaren Personenkreis mit Strom beliefern abzulehnen. Ferner ist der Anlagenbetreiber als Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach § 53 EEG zur **Ausweisung der EEG-Umlage gegenüber den Letztverbrauchern** berechtigt. Macht er von dieser Berechtigung Gebrauch, so muss er sich jedoch an die festgelegten inhaltlichen Vorgaben halten. Nach § 54 EEG, der auf § 42 EnWG verweist, besteht zudem die Pflicht, in den Rechnungen an seine Letztverbrauchern den EEG-Strom auszuweisen.
 - bb) Gegenüber Letztverbrauchern treffen den Anlagenbetreiber als Energieversorgungsunternehmen die Pflichten aus §§ 40, 42 EnWG¹². Danach müssen die Rechnungen einfach und verständlich sein und konkrete Angaben enthalten. Beliefert er **Haushaltskunden**, müssen seine Verträge die besonderen Anforderungen an Transparenz, Einfachheit und Verständlichkeit gem. § 41 EnWG erfüllen. Nach § 5 EnWG müssen Energieversorgungsunternehmen, die Haushaltskunden mit Energie beliefern, die Aufnahme und Beendigung der Tätigkeit sowie Änderungen ihrer Firma bei der BNetzA unverzüglich anzeigen; dies gilt nicht, wenn ausschließlich Haushaltskunden innerhalb einer Kundenanlage oder eines geschlosse-

¹⁰ Die Lieferung von Strom über ein geschlossenes Verteilernetz kann hingegen die Netzbetreibereigenschaft begründen. Siehe hierzu und zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen ausführlich Seite 79, insbesondere zum geschlossenen Verteilernetz S. 86 im Hauptgutachten.

¹¹ Zu den folgenden Pflichten im Einzelnen siehe Hauptgutachten Seite 90ff.

¹² Siehe Hauptgutachten Seite 92f..

nen Verteilernetzes sowie über nicht auf Dauer angelegte Leitungen beliefert werden. Die Ausnahme dürfte auch für Direktleitungen, mit denen Dritte versorgt werden, gelten. **Netzbetreiberpflichten** treffen den Betreiber der PV-Anlage hingegen grundsätzlich **nicht**, solange er Dritte **nicht** über ein **Netz** versorgt.

- cc) Da der Betreiber einer Photovoltaikanlage typischerweise kein Netz betreibt und daher auch kein **vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen** ist, finden die besonderen Bestimmungen zur Rechnungslegung und Buchführung in **§ 6b EnWG keine Anwendung**; es verbleibt damit bei den **allgemeinen Vorschriften zur Rechnungslegung nach Handels- oder Steuerrecht**. Handelt es sich bei dem Anlagenbetreiber um einen **Kaufmann** im Sinne des Handelsrechts (ggf. kraft Handelsregistereintragung), sind die allgemeinen handelsrechtlichen Buchführungsvorschriften nach **§§ 238 ff. HGB** zu beachten. Wird die Anlage durch eine **Kapitalgesellschaft** betrieben, kommen daneben noch ergänzende Rechnungslegungsvorschriften zur Anwendung (s. **§§ 264 ff. HGB**). Ist die Rechnungslegung und Bilanzierung seitens des Anlagenbetreibers nicht bereits nach Handelsrecht vorgeschrieben, kommen bei der Überschreitung bestimmter Umsatz- oder Gewinngrößen die steuerlichen Buchführungsvorschriften der **§§ 140 ff. AO** zum Tragen.
- c) In Bezug auf die Pflicht zur Zahlung von EEG-Umlage, Netzentgelten, KWK-Umlage, § 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage, Offshore-Umlage, § 18 AbLaV-Umlage und der Konzessionsabgabe gilt folgendes:
- aa) Der PV-Anlagenbetreiber unterfällt gemäß § 37 Abs. 2 EEG der **Pflicht zur Zahlung von EEG-Umlage** für den direkt an einen Dritten gelieferten Strom. Der regelverantwortliche Übertragungsnetzbetreiber ist berechtigt diese von dem PV-Anlagenbetreiber als Elektrizitätsversorgungsunternehmen einzufordern. Nach Rechtsprechung des BGH besteht diese Pflicht auch, wenn der PV-Anlagenbetreiber nicht das Netz der allgemeinen Versorgung nutzt. Allerdings existiert für den PV-Anlagenbetreiber in aller Regel die Möglichkeit nach § 39 Abs. 3 EEG eine **Verringerung der EEG-Umlage** von 2,0 ct pro kWh in Anspruch zu nehmen, da er Letztverbraucher in unmittelbar räumlicher Nähe ohne Netznutzung mit Strom beliefert. Der PV-Anlagenbetreiber muss aber nach § 39 Abs. 3 Nr. 2 EEG seinem regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber die erstmalige Inanspruchnahme der Verringerung der EEG-Umlage vor Beginn des vorangegangenen Kalendermonats übermitteln. Nähere Hinweise und Formulare finden sich auf der gemeinsamen **Homepage der vier Übertragungsnetzbetreiber**: <http://www.eeg-kwk.net>. Speziell zu § 39 Abs. 3 EEG siehe http://www.eeg-kwk.net/cps/rde/xchg/eeg_kwk/hs.xsl/Grünstromprivileg.htm/papp/mac:765/ma-eeg_kwk-datagathering/Entry.action. Ferner stellen die jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber auch auf Ihren eigenen Seiten Informationen zur Verfügung, wie z.B.

<http://www.transnetbw.de/eeg-and-kwk-g/erneuerbare-energien-gesetz/eeg-jahresabrechnung/>

- bb) Auch im Falle des Direktverbrauchs von Strom aus einer Photovoltaikanlage durch Dritte besteht grundsätzlich keine Pflicht zur Zahlung von **Netzentgelten, KWK-Umlage, § 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage, § 18 AbLaV-Umlage und Offshore-Umlage**, da das öffentliche Netz in diesem Fall nicht genutzt wird. Insoweit kann auf die Ausführungen zum Eigenverbrauch verwiesen werden. Dass der Anlagenbetreiber als Elektrizitäts- oder Energieversorgungsunternehmen zu qualifizieren ist, führt nicht dazu, dass der Anlagenbetreiber etwaigen Zahlungspflichten unterfällt. In Bezug auf die **Konzessionsabgaben** ist zu differenzieren, ob die Direktbelieferung über eine Direktleitung erfolgt, die über öffentliche Verkehrswege der Gemeinde führt. Ist das der Fall, wäre der PV-Anlagenbetreiber als Energieversorgungsunternehmen Verpflichteter gegenüber der Gemeinde. Er müsste Konzessionsabgaben entrichten. Nutzt der PV-Anlagenbetreiber keine öffentlichen Verkehrswege der Gemeinde, so muss er auch keine Konzessionsabgabe zahlen.
5. Die umsatz-, strom- und ertragsteuerrechtlichen Auswirkungen des Direktverbrauchs durch Dritte lassen sich wie folgt zusammenfassen:
- a) Da auch die Veräußerung des selbst erzeugten Stroms an Dritte gegen Entgelt erfolgt, hat der Direktverbrauch durch Dritte unseres Erachtens keine Auswirkungen auf die Einordnung des Betriebes einer Photovoltaikanlage als **unternehmerische Tätigkeit** im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG. Dies dürfte auch dann gelten, wenn der gesamte erzeugte und nicht zum Eigenverbrauch entnommene Strom **ausschließlich an einen Dritten** in unmittelbarer räumlicher Nähe als einzigen Abnehmer geliefert wird. Dementsprechend unterliegt auch die Veräußerung des selbst erzeugten Stroms an Dritte nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG grundsätzlich der Umsatzsteuer. Etwas anderes gilt, wenn die Stromlieferung im Einzelfall ausnahmsweise als Nebenleistung zu einer steuerfreien Hauptleistung (z.B. Vermietung) anzusehen ist; zu beachten ist, dass in diesem Fall auch der Vorsteuerabzug des Anlagenbetreibers ganz oder teilweise ausgeschlossen sein kann.
- b) Wenn der Anlagenbetreiber nicht ohnehin (regelmäßig aufgrund der Lieferung von Strom an Letztverbraucher im Wege der sogenannten Direktvermarktung) als Versorger i.S.d. Stromsteuerrechts anzusehen ist, wird er grundsätzlich auch durch den Direktverbrauch von Strom durch Dritte nach § 1a Abs. 4 StromStV in Verbindung mit § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG regelmäßig nicht zum Versorger.. Im Übrigen ist der Direktverbrauch durch Dritte von mittels einer Photovoltaikanlage erzeugtem Strom **regelmäßig** nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG **von der Stromsteuer befreit**, unabhängig davon, ob der Anlagenbetreiber als Versorger oder als Eigenerzeuger anzusehen ist. Eine Erlaubnispflicht wird durch den Direktverbrauch durch Dritte regelmäßig nicht begründet.
- c) Der entgeltliche Direktverbrauch von selbst erzeugtem Strom durch Dritte ändert grundsätzlich nichts am Vorliegen eines Gewerbebetriebs im Sinne des § 15 Abs. 2 EStG und

der Erzielung **gewerblicher Einkünfte** durch den Anlagenbetreiber, da auch die Abnahme von Strom durch lediglich einen Vertragspartner eine – für das Vorliegen eines Gewerbebetriebs grundsätzlich erforderliche – **Markteilnahme** begründen kann, sofern die Tätigkeit nach Art und Umfang dem Bild einer unternehmerischen Marktteilnahme entspricht.

B. GEGENSTAND DES GUTACHTENS

Die Gewinnung von Strom aus solarer Strahlungsenergie durch **Photovoltaikanlagen** hat in den letzten Jahren eine bemerkenswerte Entwicklung genommen. Die Preise für neue Photovoltaikanlagen sind aufgrund der rasanten technologischen Entwicklung, dem starken Wettbewerb in diesem Bereich und dem Kostendruck durch die degressiven Vergütungssätze im EEG stark gesunken, was zu einem hohen Zubau von neuen Photovoltaikanlagen in Deutschland geführt hat. Infolgedessen wurden die Vergütungssätze im EEG mehrmals stark abgesenkt. Mittlerweile sind die Vergütungen für Strom aus **Photovoltaikanlagen** im EEG weit unterhalb des durchschnittlichen Haushaltsstrompreises. Dies führt dazu, dass der Strom zunehmend nicht mehr nur in das öffentliche Stromnetz eingespeist, sondern durch den Betreiber¹³ der Anlagen selbst verbraucht bzw. an Dritte weitergegeben wird.

Beim **Eigenverbrauch** bzw. **Direktverbrauch durch Dritte** stellen sich für Anlagenbetreiber und Stromverbraucher vielfältige neue Rechtsfragen. Durch die Ausschreibung des Kurzgutachtens „*Rechtsfragen des Direktverbrauchs von Strom aus Photovoltaikanlagen*“ möchte das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) zur Klärung wesentlicher Fragestellungen beitragen. Vor diesem Hintergrund hat das BMU folgende zwei Fragenkomplexe zusammengestellt:

- 1.) Rechtsfragen zum Eigenverbrauch von Strom aus Photovoltaikanlagen und
- 2.) Rechtsfragen zum Verbrauch von Strom aus Photovoltaikanlagen durch Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes.

Das Gutachten erläutert zunächst den rechtlichen und wirtschaftlichen Hintergrund im Bereich der Photovoltaikförderung (dazu unter C.). Der erste Themenkomplex greift danach den **Eigenverbrauch** auf (dazu unter D.I.). Zunächst wird eine **Arbeitsdefinition** zum Eigenverbrauch herausgearbeitet (dazu unter D.I.1.), bevor anhand dieser – ausgehend vom klassischen Eigenverbrauchssachverhalt – eine **Subsumtion** verschiedener denkbarer weiterer Konstellationen des Eigenverbrauchs erfolgt (dazu unter D.I.2.). Im Anschluss werden **konkrete Fragen** untersucht (dazu unter D.I.3.). So stellt sich in dem Kontext zunächst die Frage, ob beim Eigenverbrauch eine Pflicht zur Zahlung von *KWK-Umlage*, der *Konzessionsabgabe* oder von *Netzentgelten* besteht (dazu unter D.I. 3.1). Ferner stellt sich die Frage, ob der Eigenverbrauch *Auswirkungen im Rahmen des Energiewirtschaftsgesetzes* – beispielsweise Meldepflichten – hat (dazu unter D.I. 3.2). Im Anschluss wird geprüft, welche umsatz-, strom- und ertragsteuerrechtlichen Auswirkungen der Eigenverbrauch hat (dazu unter D.I. 3.3).

Der zweite Themenkomplex behandelt den **Direktverbrauch durch Dritte**. Vorgabe für das Gutachten ist, dass der Direktverbrauch in unmittelbar räumlicher Nähe ohne Nutzung des Net-

¹³ Im Folgenden wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit vorwiegend die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist damit jedoch in jedem Fall ebenfalls als erfasst anzusehen.

zes der allgemeinen Versorgung stattfindet. Parallel zum Eigenverbrauch wird auch für den Direktverbrauch durch Dritte eine **Arbeitsdefinition** erstellt (dazu unter D.II.1.) und – ausgehend vom klassischen Sachverhalt zum Direktverbrauch durch Dritte – die **Subsumtion** verschiedener Sachverhaltskonstellationen vorgenommen (dazu unter D.II.2.). Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob es sich bei einem PV-Dachanlagenbetreiber, der Strom über eine eigene Leitung an Dritte liefert, um ein **Elektrizitätsversorgungsunternehmen** nach EEG und/oder ein **Energieversorgungsunternehmen** nach EnWG handelt (dazu unter D.II. 3.1). Im Exkurs wird in diesem Zusammenhang auch geprüft, ob es sich nicht auch um ein **vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen** handelt, das möglicherweise zur **Entflechtung** verpflichtet ist. Ebenso wie beim Direktverbrauch stellen sich ferner die Fragen, ob beim Direktverbrauch durch Dritte die Pflicht zur Zahlung von *KWK-Umlage*, *Netzentgelten*, *Konzessionsabgaben* und darüber hinaus *EEG-Umlage* besteht (siehe dazu D.II. 3.2). Auch die steuerrechtlichen Fragen, nämlich welche umsatz-, strom- und ertragsteuerrechtlichen Auswirkungen der Direktverbrauch durch Dritte hat (dazu unter D.II. 3.3), stellen sich in gleicher Weise.

C. RECHTLICHER UND WIRTSCHAFTLICHER HINTERGRUND

I. Rechtlicher Ausgangspunkt: PV-Novelle

Das „Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien vom 17. August 2012“¹⁴ (die sog. PV-Novelle 2012) trat rückwirkend zum **1. April 2012** in Kraft und änderte das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz, EEG) in zentralen Punkten. Ziel des Gesetzes war es, der **Überförderung der Photovoltaik** entgegenzuwirken und zugleich Photovoltaikanlagen (PV-Anlagen) **effizienter in den Markt** zu integrieren.¹⁵

1. Marktintegrationsmodell

Ein zentraler Punkt zur Erreichung dieses Zieles ist die Einführung des sogenannten „**Marktintegrationsmodells**“. Danach ist die Förderung von Strom aus PV-Anlagen ab einer installierten Leistung von mehr als 10 kW bis einschließlich einer installierten Leistung von 1 MW pro Jahr auf **90 %** der gesamten erzeugten Strommenge gedeckelt. Die Begrenzung der förderfähigen Strommenge gilt dabei unabhängig davon, in welcher Form die Förderung seitens des Anlagenbetreibers in Anspruch genommen wird, sei es über die feste Einspeisevergütung, im Rahmen der Direktvermarktung über die Marktprämie oder das Grünstromprivileg. Eine Förderung für Strom, der über die förderfähige Menge hinaus erzeugt wird, findet nicht statt. Durch die Begrenzung der Förderung besteht für die Anlagenbetreiber ein natürlicher Anreiz, den nicht förderungsfähigen Strom **selbst zu verbrauchen**. Auf diese Weise soll die Eigenverantwortung

¹⁴ BGBl. I S. 1754.

¹⁵ BT-Drs. 17/8877, S. 1.

der Anlagenbetreiber gestärkt werden.¹⁶ Hat der PV-Anlagenbetreiber die Förderhöchstgrenze von 90 % erreicht und verbraucht er die letzten **10 %** nicht selbst, so muss er sich überlegen, wie er mit der übrigen Strommenge verfahren will. Grundsätzlich stehen ihm weiterhin die Möglichkeiten, den Strom **einzuspeisen** oder **direkt zu vermarkten**, zur Verfügung. Im ersten Fall ist der Netzbetreiber zwar weiterhin zur Abnahme verpflichtet, der Anlagenbetreiber bekommt aber nicht mehr die feste erhöhte Einspeisevergütung, sondern nur noch die niedrigeren Erlöse der Vermarktung des Stroms durch die Übertragungsnetzbetreiber an der Strombörse. Im zweiten Fall kann der PV-Anlagenbetreiber zwar seinen Strom direkt vermarkten. Dabei hat er die Möglichkeit bei der Veräußerung im Wege der Direktvermarktung höhere Marktpreise zu erzielen, als bei einer Abnahme durch den Netzbetreiber. Jedoch entfällt die Förderung in Form der Marktprämie. Die Managementprämie bleibt allerdings bestehen. Daneben kann es für den PV-Anlagenbetreiber attraktiv sein, den erzeugten nicht mehr förderfähigen Strom beispielsweise über eine eigene Leitung an seinen Nachbarn oder an seine Mieter zu veräußern. Dann läge – wie es Gegenstand des Gutachtens ist – **Direktverbrauch durch Dritte** in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung vor. Im Unterschied zur Direktvermarktung wird kein Netz der allgemeinen Versorgung für den Transport genutzt.

2. Weitere zentrale Punkte der PV-Novelle

Ein weiterer Kernpunkt der PV-Novelle ist die **Neugestaltung der Vergütungsklassen** für PV-Strom. Während es bei Dachanlagen nunmehr vier Vergütungsklassen gibt, nämlich für Anlagen bis 10 kW, bis 40 kW, bis 1000 kW und bis 10 MW installierter Leistung, erhalten Freiflächenanlagen bis 10 MW eine einheitliche Vergütung.¹⁷ Die aktuellen Vergütungssätze werden von der Bundesnetzagentur monatlich auf ihrer Homepage veröffentlicht.¹⁸

Daneben wurde die **Degression** verstetigt, indem die Vergütungssätze ab 1. Mai 2012 monatlich abgesenkt werden. Die Höhe der monatlichen Degression hängt vom Zubau ab und wird in jedem Quartal angepasst, erstmals zum 1. November 2012 (sog. „atmender Deckel“).¹⁹

Maßgeblich ist ein jährlicher **Ausbaukorridor** von 2.500 – 3.500 MW, bis das **Gesamtausbauziel** von **52 GW** erreicht ist. Ab diesem Punkt wird Strom aus neuen Anlagen zwar noch vorrangig eingespeist, jedoch nicht mehr finanziell gefördert.

¹⁶ BT-Drs. 17/8877, 20.

¹⁷ Die Vergütungen betragen für Photovoltaikanlagen, die im April 2013 in Betrieb gegangen sind: Für Anlagen bis 10 kW installierter Leistung 15,92 ct/kWh, bis 40 kW installierter Leistung 15,10 ct/kWh, bis 1000 kW installierter Leistung 13,47 ct/kWh und bis 10 MW installierter Leistung 11,02 ct/kWh, Freiflächenanlagen bis 10 MW erhalten eine einheitliche Vergütung in Höhe von 11,02 ct/kWh.

¹⁸ Siehe: *BNetzA*, Monatliche Veröffentlichung der PV-Meldezahlen (Stand: 3.04.2013), abrufbar im Internet unter <http://www.bnetza.de> (Startseite > Sachgebiete > Elektrizität/Gas > Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) > Photovoltaikanlagen: Datenmeldungen und EEG-Vergütungssätze, 2.04.2013).

¹⁹ Von Februar bis April betrug die monatliche Absenkung 2,2 %.

Gestrichen wurde schließlich die Vergütung in § 33 Abs. 2 EEG a. F. für selbst erzeugten PV-Strom beim Eigenverbrauch bzw. beim Verbrauch durch Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes (sog. **Eigenverbrauchsbonus**).

II. Netzparität durch rechtliche Vorgaben im Bereich der Photovoltaik

Die starke Absenkung der Vergütungssätze und die Verstärkung der Degression für Strom aus Photovoltaikanlagen durch die PV-Novelle 2012, hat im Jahr 2012 dazu geführt, dass die Stromerzeugungskosten aus Photovoltaikanlagen die durchschnittlichen Haushaltsstrompreise für private Haushalte und das Kleingewerbe deutlich unterschreiten. Für den Bereich der Photovoltaik ist damit die so genannte Netzparität erreicht.²⁰ Beachtlich ist ferner, dass die Ersparnis durch Eigenverbrauch mittlerweile deutlich höher liegt als die Verdienstmöglichkeit durch die feste Einspeisevergütung. So bekommt ein Anlagenbetreiber für eine kleine PV-Anlage (<10 kWp), die im April 2013 in Betrieb gegangen ist, nur noch eine feste Vergütung von 15,92 ct/kWh für den eingespeisten Strom, während der Haushaltsstrom zum Teil schon über 28 ct/kWh kostet.²¹

D. EIGENVERBRAUCH UND DIREKTVERBRAUCH DURCH DRITTE

Bis zur PV-Novelle 2012 wurde der Eigenbrauch durch einen eigenen Bonus gefördert. § 33 Abs. 2 EEG 2009 sah vor, dass Strom aus PV-Anlagen bis 500 Kilowatt (mit einem verringerten Satz) vergütet werden konnte, auch wenn der Anlagenbetreiber oder Dritte den Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage selbst verbrauchten. Diese **Eigenverbrauchsvergütung** wurde durch die PV-Novelle 2012 **gestrichen**.²² Die grundsätzliche Ausrichtung, nämlich eine größere Marktorientierung für Strom aus PV-Anlagen zu erreichen, wurde dadurch nicht aufgegeben; vielmehr konnte man durch die mittlerweile eingetretene Netzparität davon ausgehen, dass der Eigenverbrauch auch ohne direkte Förderung weiterhin attraktiv bleibt.

Bedingt durch das Marktintegrationsmodell, die Netzparität und die fehlenden wirtschaftlichen Anreize geht auch die Ausweitung der tatsächlichen Sachverhaltskonstellationen zum **Eigenverbrauch** einher. Neben der Möglichkeit, den erzeugten Strom selbst zu verbrauchen, tritt ferner zunehmend auch die Variante, den **Strom einem dritten Verbraucher** direkt zur Verfügung zu stellen, **ohne** ihn dazu allerdings **in das Netz der allgemeinen Versorgung einzuspeisen**. Der erzeugte Strom wird vielmehr ohne Nutzung des allgemeinen Stromnetzes einem Dritten direkt im Wege einer eigenen Leitung zur Verfügung gestellt. Der Dritte wird sich in diesem

²⁰ BT-Drs. 17/8877, 2.

²¹ *Schneidewindt*, Zivilrechtliche Einordnung des Erwerbers und Betreibers einer Photovoltaikanlage - Verbraucher oder Unternehmer, ER 2/13, S. 53 (57).

²² Nur Bestandsanlagen, die vor dem Inkrafttreten der PV-Novelle in Betrieb gegangen sind, können weiterhin den Eigenverbrauchsbonus in Anspruch nehmen.

Fall deshalb in aller Regel **nicht in weiter Entfernung** vom Erzeugungsort befinden, sondern den durch den Erzeuger gelieferten Strom in räumlicher Nähe zur PV-Anlage verbrauchen.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass sich im geltenden **EEG 2012 zwei Regelungen** zum Eigen- bzw. Direktverbrauch durch Dritte finden, die auf die beschriebene Entwicklung reagieren und ihrerseits an zwei zentralen Inhalten des EEG anknüpfen.

Zum einen stellt **§ 16 Abs. 3 EEG** fest, dass Strom, der durch den Anlagenbetreiber **selbst** oder einen **Dritten** direkt verbraucht wird, nicht an den Netzbetreiber abgegeben werden muss; der Anlagenbetreiber kann dann dafür auch keine feste Einspeisevergütung beanspruchen:

(1) Netzbetreiber müssen Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern Strom aus Anlagen, die ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen, mindestens nach Maßgabe der §§ 18 bis 33 vergüten. Dies gilt nur für Strom, der tatsächlich nach § 8 abgenommen worden ist. (...)

(2) (...)

(3) Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber, die den Vergütungsanspruch nach Absatz 1 für Strom aus einer Anlage geltend machen, sind verpflichtet, ab diesem Zeitpunkt dem Netzbetreiber den gesamten in dieser Anlage erzeugten Strom,

1. für den dem Grunde nach ein Vergütungsanspruch nach Absatz 1 besteht,

2. der nicht von ihnen selbst oder von Dritten in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbraucht wird und

3. der durch ein Netz durchgeleitet wird,

zur Verfügung zu stellen, und sie dürfen den in der Anlage erzeugten Strom nicht als Regelenergie vermarkten.

[Hervorhebungen nicht im Original]

Zum anderen sind Anlagenbetreiber, die ihren Strom selbst verbrauchen, von der EEG-Umlage befreit, **§ 37 Abs. 3 EEG**. Die Lieferung des Stroms an einen Dritten, der ihn direkt verbraucht, findet sich im Wortlaut der Norm nicht.

(3) Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher stehen Elektrizitätsversorgungsunternehmen gleich, wenn sie Strom verbrauchen, der nicht von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen geliefert wird. 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 nach Absatz 2 oder Satz 1, sofern der Strom

*1. nicht durch ein Netz durchgeleitet wird **oder***

2. im räumlichen Zusammenhang zu der Stromerzeugungsanlage verbraucht wird.

[Hervorhebungen nicht im Original]

Vor dem Hintergrund der jüngsten Entwicklungen befasst sich die folgende gutachterliche Betrachtung mit den zwei großen Themenkomplexen: **Eigenverbrauch** (dazu unter I.) und **Direktverbrauch durch Dritte in unmittelbar räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung** (dazu unter II.). Im Folgenden wird zunächst auf den Eigenverbrauch eingegangen.

I. Eigenverbrauch

Im Folgenden wird zunächst auf den Eigenverbrauch von mittels einer Photovoltaikanlage erzeugtem Strom eingegangen. Hierzu wird eine **Arbeitsdefinition** entwickelt (dazu unter 1.), anhand derer im Anschluss – ausgehend vom klassischen Eigenverbrauchssachverhalt – verschiedene denkbare Konstellation des Eigenverbrauchs subsumiert werden (dazu unter 2.). Sodann werden die **konkrete Fragen** im Zusammenhang mit dem Eigenverbrauch untersucht, nämlich die Pflicht beim Eigenverbrauch zur Zahlung von *Netzentgelten*, von *KWK-Umlage* und der *Konzessionsabgabe* (dazu unter 3.1), sowie möglichen *Auswirkungen* des Eigenverbrauchs *im Rahmen des Energiewirtschaftsgesetzes* (dazu unter 3.2). Zuletzt wird geprüft, welche umsatz-, ertrag- und stromsteuerrechtlichen Auswirkungen der Eigenverbrauch hat (dazu unter 3.3).

1. Arbeitsdefinition Eigenverbrauch

Eigenverbrauch findet im EEG – wie gezeigt – Erwähnung in § 16 Abs. 3 Nr. 2 EEG und § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG. Um Eigenverbrauch annehmen zu können, muss Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher gegeben sein (dazu unter 1.2). Für den Eigenverbrauch ist nicht entscheidend, wer Eigentümer der Erzeugungsanlage – hier der PV-Anlage – ist; vielmehr richtet es sich danach, wer die PV-Anlage betreibt. Anlagenbetreiber ist derjenige, der das wirtschaftliche Risiko trägt (dazu unter 1.3). Schließlich liegt Eigenverbrauch vor, wenn der Strom entweder nicht durch ein Netz durchgeleitet wird (dazu unter 1.4.1) oder aber der Verbrauch im räumlichen Zusammenhang zur Erzeugungsanlage (dazu unter 1.4.2) stattfindet. Sofern letzteres im räumlichen Zusammenhang erfolgt, kann der Strom auch durch ein Netz durchgeleitet werden.

Bei der folgenden Arbeitsdefinition wird ausschließlich vom „**privilegierten Eigenverbrauch**“ ausgegangen. Privilegierter Eigenverbrauch ist dann gegeben, wenn eine Eigenverbrauchskonstellation vorliegt, die nach § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG von der EEG-Umlage befreit ist.²³

²³ Eigenverbrauch kann auch dann vorliegen, wenn z. B. der in der Erzeugungsanlage produzierte Strom nicht mehr in räumlichen Zusammenhang verbraucht und durch ein Netz z. B. zu den weiter entfernten betriebseigenen Produktionsanlagen transportiert wird. Dieser Sachverhalt wäre zwar Eigenverbrauch, unterfiele jedoch der Zahlung der EEG-Umlage.

1.1 Gesetzliche Anknüpfungspunkte: § 16 Abs. 3 Nr. 2 und § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG

Der Begriff des Eigenverbrauchs wird weder im EEG noch im EnWG definiert. Anhaltspunkte für die Begriffsbestimmung finden sich aber in den bereits oben zitierten Normen des § 16 Abs. 3 Nr. 2 EEG und des § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG. Nach § 16 Abs. 3 Satz 2 müssen Anlagenbetreiber, die den erzeugten Strom selbst verbrauchen, diesen nicht dem Netzbetreiber zur Verfügung stellen. Nach § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG ist derjenige Letztverbraucher von der Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage befreit, der eine Stromerzeugungsanlage **als Eigenerzeuger betreibt** und den erzeugten Strom **selbst verbraucht**, sofern der Strom entweder **nicht durch ein Netz durchgeleitet** wird (Nr. 1) oder **im räumlichen Zusammenhang** zu der Anlage verbraucht wird (Nr. 2).

1.2 Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher

§ 37 Abs. 3 Satz 2 EEG setzt für den privilegierten Eigenverbrauch die **Personenidentität** zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Letztverbraucher voraus. Gleiches gilt für § 16 Abs. 3 Nr. 2 EEG, wenn dieser verlangt, dass der Anlagenbetreiber den Strom **selbst** verbraucht.

Bei der Beurteilung der Personenidentität ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber seit jeher eine möglichst breite Verteilung der Kosten des EEG anstrebt.²⁴ Vor diesem Hintergrund und unter Bezugnahme auf diesen eindeutigen gesetzgeberischen Willen hat der **Bundesgerichtshof** (BGH) mit Urteil vom 9. Dezember 2009 – VIII ZR 35/09 klargestellt, dass das Merkmal der Personenidentität **restriktiv** zu handhaben ist. Personenidentität zwischen Stromerzeuger und Stromverbraucher liegt nach Auffassung des BGH nur dann vor, wenn es sich um **dieselbe natürliche oder juristische Person** handelt. Sobald jedoch eine „Lieferung“ vorliegt (dazu unter D.II. 3.1.1.c), scheidet eine Eigenerzeugung aus.²⁵ Eine „Lieferung“ ist dabei nach Auffassung des BGH bereits dann gegeben, wenn sie zwischen Unternehmen unterschiedlicher Rechtsformen desselben Konzerns erfolgt.²⁶

1.3 Betreibereigenschaft

Nach § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG muss der Letztverbraucher die Stromerzeugungsanlage ferner als Eigenerzeuger betreiben. Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 2 EEG ist Anlagenbetreiber, wer **unabhängig vom Eigentum** die Anlage für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Ener-

²⁴ Vgl. BT-Drs. 15/2327, 37 zu § 14 EEG 2004; BT-Drs. 17/6071; *Mikešić/ Thieme/ Strauch*, Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG, 27. August 2012, S. 24, 48; *Strauch/Wustlich*, RdE 2012, 409 (413).

²⁵ *Kachel*, CuR 2011, 100 (100); *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 39; a.A. „Lieferung an sich selbst“ aber *Scholtka*, in FS Kühne, Frankfurt am Main 2010, S. 353 (354).

²⁶ BGH vom 9.12.2009 – VIII ZR 35/09 = ZUR 2010, 143; zustimmend *Moench/Ruttloff*, RdE 2012, 134 (136).

gien oder aus Grubengas nutzt. Nach der Gesetzesbegründung²⁷ kommt es für die Betreibereigenschaft darauf an,

*„wer die Kosten und das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebes trägt und das Recht hat, die Anlage auf eigene Rechnung zur Stromerzeugung zu nutzen, also über den Einsatz der Anlage bestimmt bzw. zumindest bestimmenden Einfluss hat.“*²⁸

Betreiber ist damit unabhängig von der tatsächlichen Betriebsführung derjenige, der das wirtschaftliche Risiko trägt.²⁹

Zur Frage, wie das **wirtschaftliche Risiko** zu bestimmen ist, verhält sich die Gesetzesbegründung nicht. Die Literatur nennt hierzu eine Vielzahl von Kriterien, die eine Einordnung ermöglichen sollen. Als Kriterien werden unter anderem die Übernahme der Absatz- und Vermarktungsrisiken, des Brennstoffpreisrisikos durch den Letztverbraucher oder von Besicherungsrisiken für die Anlage sowie die Möglichkeit zur Bestimmung der Anlagenfahrweise genannt.³⁰ Eine Eigenerzeugung wird nach allgemeiner Auffassung dabei in der Regel vorliegen, wenn der Stromverbraucher die PV-Anlage **auf eigene Rechnung benutzt, die Verfügungsgewalt innehat** und die **Kosten für den Unterhalt der Anlage aufbringt**.³¹ Aufgrund der vielfältigen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten ist eine pauschale Bestimmung der Betreibereigenschaft nicht möglich. Ergänzend zu den Kriterien ist eine jeweilige Einzelfallbetrachtung daher unerlässlich.

1.4 Keine Durchleitung durch ein Netz oder Verbrauch in räumlichen Zusammenhang

Um Eigenverbrauch annehmen zu können, darf der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet werden (dazu unter 1.4.1) oder muss in räumlichen Zusammenhang zur Erzeugungsanlage verbraucht werden (dazu unter 1.4.2).

1.4.1 Keine Durchleitung durch ein Netz

Die EEG-Umlagepflicht entfällt nach § 37 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 EEG nur dann, wenn der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird.

²⁷ BT-Drs. 16/8148, 38.

²⁸ Der Betreiberbegriff aus dem EEG unterscheidet sich damit beispielsweise von dem Betreiberbegriff des Bundesimmissionsschutzgesetzes, der an die Genehmigungsinhaberschaft anknüpft, siehe dazu insbesondere *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 167; *Eckardt*, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Auflage 2001, § 3 Rn. 12.

²⁹ *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 168; *Oschmann*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 44. *Mikešić/ Thieme/ Strauch*, Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG, 27. August 2012, S. 29.

³⁰ *Altrock*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 37 Rn. 14; *Kachel*, CuR 2011, 100 (101). Zu weiteren Kriterien siehe *Riedel*, IR 2010, 101 (104).

³¹ In Bezug auf die Abgrenzungskriterien sei auf das Gutachten zum industriellen Eigenverbrauch verwiesen, dort insbesondere auf den Seiten 19, 22f. Siehe auch *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 169.

Der Begriff des Netzes richtet sich nach § 3 Nr. 7 EEG; es ist also ein **Netz** „zur Verteilung von Elektrizität für die allgemeine Versorgung“ gemeint.

Kein Netz in diesem Sinne sind demnach privat betriebene Netze, die nicht der allgemeinen, sondern nur der speziellen Versorgung bestimmter Abnehmer dienen.³² Darunter fallen z.B. Direktleitungen und – nach der entsprechenden Klarstellung bzw. Neuregelung im EnWG – nunmehr auch die Kundenanlagen gem. § 3 Nr. 24a und Nr. 24b EnWG. Umstritten ist die Einordnung von geschlossenen Verteilernetzen gem. § 110 EnWG³³ (näher dazu siehe unter D.II. 3.1.3 c)).³⁴

Wann ein Netz „für die allgemeine Versorgung“³⁵ vorliegt, ist im Gesetz nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³⁶ unter Bezugnahme auf § 2 Abs. 3 EnWG a. F. ist das Merkmal der „allgemeinen Versorgung“ **weit auszulegen**. Es bezeichnet alle Netze,

„die dem Bezug von Energie durch andere dienen und schließt lediglich solche Netze aus, die ausschließlich zur eigenen Versorgung des Netzbetreibers (Eigenanlagen) vorgesehen sind“.

Allerdings hat der BGH in einer späteren Entscheidung ausgeführt:

„Der Begriff der allgemeinen Versorgung ist [...] nicht definiert.[...] [Es] ergibt sich unter Berücksichtigung des Sprachgebrauchs, dass die allgemeine Versorgung nicht von vorneherein auf bestimmte Abnehmer begrenzt sein darf, sondern grundsätzlich für jeden Abnehmer offen sein muss.“³⁷

³² Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 131; BGH, Urteil v. 28. März 2007, VIII ZR 42/06, Rn. 23 = NJW-RR 2007, 994; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 3. Februar 2012, 9 W 4/12 = RdE 2012, 45.

³³ Ob ein geschlossenes Verteilernetz im Sinne des § 110 EnWG unter den Netzbegriff des EEG fällt, wird unterschiedlich bewertet, befürwortend siehe *Oschmann*, in: Altmann/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 120; ablehnend *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 161; abwägend, *Ekardt/Hennig*, in: Frenz/Müggenborg, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 123; das geschlossene Verteilernetz ist in aller Regel aber ein Energieversorgungsnetz im Sinne des EnWG.

³⁴ Dazu auch *Helmes*, EnWZ 2013, 23; wie hier auch *Schomerus/Scheel*, ZNER 2010, 558 (561).

³⁵ Da die Regelung nicht von einem Netz *der* allgemeinen Versorgung, sondern *für* die allgemeine Versorgung spricht, muss das Netz die allgemeine Versorgung nicht bereits tatsächlich leisten. Durch die Präposition „für“ wird klar, dass lediglich der Zweck bzw. die Funktion des Netzes definiert wird. Damit ist unerheblich, ob die Allgemeinheit tatsächlich über das Netz versorgt wird; maßgeblich ist vielmehr, dass es grundsätzlich jedem Abnehmer offen steht. So auch *Oschmann*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 3 EEG, Rn. 109.

³⁶ BGH, Urt. v. 08.10.2003 - VIII ZR 165/01, zitiert nach juris, Rn. 15.

³⁷ BGH, Urt. v. 10.03.2004 - VIII ZR 213/02, ZNER 2004, 182 (183).

In Übereinstimmung hiermit äußert sich die *Clearingstelle EEG* in ihrer Empfehlung vom 29. September 2011³⁸ unter Bezugnahme auf die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 3 Nr. 7 EEG³⁹. Danach sind Netze für die allgemeine Versorgung solche Netze,

*„die unmittelbar der Verteilung von Energie an Dritte dienen und von ihrer Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich **für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen stehen.**“* [Hervorhebungen nicht im Original]

Der Strom muss durch das Netz der allgemeinen Versorgung **durchgeleitet** werden. Der Begriff der Durchleitung stammt aus den früheren Fassungen des EnWG und bezieht sich nur auf das Netz der allgemeinen Versorgung.⁴⁰ Dieses Netz muss zu Zwecken des Stromtransports genutzt werden. Auf die Art der rechtlichen Ausgestaltung des Durchleitungsrechts oder in technischer Hinsicht auf die Spannungsebene kommt es nicht an.⁴¹

1.4.2 Räumlicher Zusammenhang

Wird der Strom durch ein Netz geleitet, ist der Eigenverbrauch nach § 37 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EEG privilegiert, wenn der Strom im **räumlichen Zusammenhang** zu der Stromerzeugungsanlage verbraucht wird. Der Begriff des räumlichen Zusammenhangs wird im EEG nicht definiert. Ausweislich der Gesetzesbegründung⁴² ist die Vorschrift in Übereinstimmung mit **§ 9 Abs. 1 Nr. 3a des Stromsteuergesetzes** auszulegen.

Der räumliche Zusammenhang bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) und dem Bundesministeriums der Finanzen nach den folgenden **Kriterien**:

- Tatsächliche Entfernung der Entnahmestelle zu der Anlage
- Anzahl der Entnahmestellen und ihre Verteilung in der Fläche
- Spannungsebene des Versorgungsnetzes, in das der Strom eingespeist wird.

Hierzu hat der BFH einige Entscheidungen getroffen. So ist z.B. die Nutzung einer Hochspannungsleitung nach Auffassung des BFH ein Indiz gegen einen räumlichen Zusammenhang.⁴³ Letztendlich kommt es jedoch im Zweifel auf die Umstände des konkreten Einzelfalls an.

³⁸ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 69.

³⁹ BT-Drs. 16/8148, 40.

⁴⁰ BT-Drs. 17/6071, 82 f.

⁴¹ *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 54.

⁴² BT-Drs. 17/6071, 83.

⁴³ So wird zur unmittelbar räumlichen Nähe vertreten, dass diese lediglich dann vorliegt, wenn es sich dabei um ein Grundstück oder ein benachbartes Grundstück handelt.

1.5 Zusammenfassung der Arbeitsdefinition Eigenverbrauch

Für die Feststellung, ob ein privilegierter Eigenverbrauch in dem jeweiligen konkreten Sachverhalt vorliegt, sind im Wesentlichen **zwei Voraussetzungen** von Bedeutung: zum einen setzt Eigenverbrauch zwingend **Personenidentität** zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher voraus. Dabei ist wichtig zu erwähnen, dass es sich bei dem Anlagenbetreiber nicht zwingend um den Eigentümer der Anlagen handeln muss. Vielmehr richtet sich dies – wie oben dargelegt – nach der Verteilung des **wirtschaftlichen Risikos**. Ferner muss als zweites Kriterium entweder auf die **Durchleitung durch ein Netz** der allgemeinen Versorgung **verzichtet** werden. Alternativ muss der Eigenverbrauch **im räumlichen Zusammenhang** erfolgen, sofern auf eine Netznutzung nicht verzichtet wird. Letztendlich entscheidet sich die Frage, ob Eigenverbrauch vorliegt, unter konkreter Betrachtung des Einzelfalls. Im Folgenden sollen daher – ausgehend vom klassischen Fall der Eigenversorgung – verschiedene Konstellationen vorgestellt werden, die entsprechend der herausgearbeiteten Kriterien als Eigenverbrauch zu qualifizieren sind.

2. Konstellationen zum Eigenverbrauch

Unter Zuhilfenahme der Arbeitsdefinition zum Eigenverbrauch sind die folgenden Sachverhaltskonstellationen unter Eigenverbrauch zu subsumieren. Ausgangspunkt ist der klassische (einfach denkbare) Eigenverbrauchssachverhalt.⁴⁴

2.1 Grundfall

Der Eigentümer E eines Ein-Familien-Hauses hat auf seinem Dach eine PV-Anlage installiert. Er hat die Anlage privat finanziert und kümmert sich um alle beim Betrieb anfallenden Fragen technischer und rechtlicher Art; Reparaturen zahlt er selbst. Den produzierten Strom verwenden E und seine Familienangehörigen selbst auf seinem Grundstück. Deckt der in der PV-Anlage produzierte Strom nicht den gesamten Bedarf seiner Familie, bezieht er Strom aus dem Netz eines Stromversorgungsunternehmens über seine Haus-Entnahmestelle.

Diese Konstellation ist der klassische Fall des Eigenverbrauchs. Es besteht *Personenidentität* zwischen Anlagenbetreiber (Stromerzeuger) und Letztverbraucher (Stromverbraucher), da es sich um dieselbe natürliche Person handelt, den Eigentümer E. Der E ist Anlagenbetreiber, da er das *wirtschaftliche Risiko* der PV-Anlage trägt. Zudem nutzt er den Strom auf seinem Grundstück, ohne ihn durch ein Netz durchzuleiten. Dass auch seine Familienangehörigen in seinem Haushalt den Strom nutzen, schließt den Eigenverbrauch nicht aus (siehe dazu unter D.II. 1.3.2).

⁴⁴ In allen Fällen wird der Überschussstrom (also der Strom, der in der Photovoltaikanlage erzeugt, aber vom Betreiber nicht selbst verbrauchen konnte) gegen eine EEG-Vergütung in das öffentliche Netz eingespeist. Die Betrachtung in den Fällen beschränkt sich hingegen auf den selbst verbrauchten Stromanteil.

2.2 Fall 1: Eigenverbrauch mit Versorgung eines weiteren Gebäudes durch Direktleitung

Der E ist Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gutes. Er bewohnt mit seiner Familie das Wohnhaus; auf dem Grundstück befindet sich ebenfalls ein Stall zur Viehhaltung in einem eigenständigen Gebäude. Auf dem Dach seines Wohnhauses hat E eine PV-Anlage installiert. Er hat die Anlage privat finanziert und kümmert sich um alle beim Betrieb anfallenden Fragen technischer und rechtlicher Art; Reparaturen zahlt er selbst. Den produzierten Strom verwenden E und seine Familienangehörigen selbst im eigenen Haus und in der Stallung. Deckt der in der PV-Anlage produzierte Strom nicht den gesamten Bedarf seiner Familie, bezieht er Strom aus dem Netz eines Stromversorgungsunternehmens über seine Haus-Entnahmestelle.

Auch in diesem Fall handelt es sich um Eigenverbrauch. Die Tatsache, dass E mit dem in seiner PV-Anlage auf dem Wohnhaus selbst erzeugten Strom über eine eigene Leitung ein weiteres Gebäude auf demselben Grundstück versorgt, ändert daran nichts. Denn auch in diesem Fall besteht *Personenidentität* zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Letztverbraucher, da ausschließlich E und seine Familie die Gebäude nutzen. Da der Stromtransport zum Stall hier über eine eigene Leitung erfolgt, wird der Strom auch *nicht durch ein Netz durchgeleitet*. Hinsichtlich des Tragens des *wirtschaftlichen Risikos* gilt dasselbe wie im Grundfall.

Abwandlung: E konnte aus Platzgründen die Stallung nicht auf dem gleichen Grundstück, auf dem auch sein Wohnhaus steht, errichten. Er hat jedoch ein Grundstück, das direkt gegenüber seinem Wohnhaus liegt gekauft und den Stall dort errichtet. Dieses Grundstück ist von seinem Grundstück durch eine **Gemeindestraße**, die der Erschließung des Wohngebiets dient und vorrangig von Anliegern benutzt wird, getrennt. Mit gemeindlicher Genehmigung hat E ein Stromkabel von seinem Wohnhaus zum Stall auf der anderen Straßenseite gezogen, um diese beiden Einrichtungen auch mit Strom aus seiner PV-Anlage versorgen zu können.

In diesem Fall liegt ebenfalls Eigenverbrauch vor. Dass der Stall hier auf einem anderen Grundstück steht und mittels einer eigenen Leitung mit Strom versorgt wird, führt zu keiner anderen Bewertung. Denn hinsichtlich der Kriterien der *Personenidentität* und des *wirtschaftlichen Risikos* gilt dasselbe wie zuvor. Da E ein Stromkabel über die Gemeindestraße hinweg gezogen hat, leitet er auch hier den selbst erzeugten Strom durch eine Direktleitung und *nicht durch ein Netz*.

2.3 Fall 2: Eigenverbrauch mit Versorgung eines weiteren Gebäudes über das Netz der allgemeinen Versorgung

Der E ist Eigentümer eines Ein-Familien-Hauses, das er mit seiner Familie bewohnt. Auf der gegenüberliegenden Straßenseite hat E ein weiteres Grundstück gekauft. Auf diesem Grundstück hat er sich ein kleines Häuschen errichtet, in dem er seinem Hobby nachgeht und alte Motorräder repariert. Er nutzt diese Werkstatt ausschließlich für sich privat. Zwischen den beiden Grundstücken verläuft eine Gemeindestraße, mit der das Wohngebiet erschlossen wird und die vorrangig von Anwohnern benutzt wird. Beide Grundstücke sind an das Stromnetz eines Versorgungsunternehmens angeschlossen. Auf dem Dach seines Wohnhauses hat E eine PV-Anlage installiert. Er hat die Anlage privat finanziert und kümmert sich um alle beim Betrieb anfallen-

den Fragen technischer und rechtlicher Art; Reparaturen zahlt er selbst. Den produzierten Strom verwenden E und seine Familienangehörigen selbst im eigenen Haus, aber auch in der Werkstatt. Da E jedoch Werkstatt und Wohnhaus nicht durch eine eigene Stromleitung verbunden hat, speist er den Teil des Stroms aus seiner PV-Dachanlage, den er im Wohnhaus nicht verbraucht, in das Stromnetz ein. Die eingespeiste Menge Strom entnimmt er in der Werkstatt aus dem Netz der allgemeinen Versorgung. .

In dieser Konstellation liegt ebenfalls Eigenverbrauch vor. Das *wirtschaftliche Risiko* trägt E (s.o.). Auch *Personenidentität* liegt vor, da E die Werkstatt (und damit auch den dort verbrauchten Strom) ausschließlich privat nutzt. Der Unterschied zum vorhergehenden Fall liegt darin, dass der mittels der PV-Anlage auf dem Wohnhaus selbst erzeugte Strom in das Netz eingespeist wird. Die sich auf der anderen Straßenseite befindende Werkstatt wird anstatt über eine eigene Leitung vollständig über das Stromnetz versorgt. Der Strom wird also durch ein Netz durchgeleitet. Allerdings erfolgt der Verbrauch hier im *räumlichen Zusammenhang* zur Stromerzeugungsanlage, da sich diese lediglich auf der anderen Straßenseite befindet. Es handelt sich um privilegierten Eigenverbrauch gemäß § 37 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EEG 2012.

2.4 Fall 3: Gewerblicher Eigenverbrauch

E betreibt als eingetragener Kaufmann (e. K.) in einem Gewerbegebiet eine mittelständische Druckerei mit acht Angestellten. Vor einigen Jahren hat er das unmittelbar an sein Betriebsgelände angrenzende Nachbargrundstück erworben und darauf eine Freiflächen-Solaranlage installiert. Er hat die Anlage privat finanziert und kümmert sich um alle beim Betrieb anfallenden Fragen technischer und rechtlicher Art. Reparaturen zahlt er selbst. Die PV-Anlage ist durch eine Stromleitung mit der Druckerei verbunden, über die ausschließlich der erzeugte Strom fließt. Den produzierten Strom verwendet E ausschließlich in seiner Druckerei, um die zahlreichen Druckmaschinen zu betreiben. Deckt der in der PV-Anlage produzierte Strom nicht den gesamten Bedarf des Betriebs, bezieht er Strom aus dem Netz eines Stromversorgungsunternehmens.

Diese Konstellation ist als Eigenbedarf zu qualifizieren. Unproblematisch trägt E hier das *wirtschaftliche Risiko* der Freiflächen-Solaranlage. Auch die *Personenidentität* ist gegeben, da E sowohl Anlagenbetreiber als auch Letztverbraucher (seine Druckerei) ist. Da der Strom mittels einer eigenen Stromleitung von der Freiflächen-Solaranlage auf dem unmittelbar angrenzenden Grundstück zur Druckerei transportiert wird, wird er *nicht durch ein Netz durchgeleitet*.

Abwandlung 1: E konnte kein Grundstück erwerben, das direkt an sein Betriebsgrundstück angrenzt. Er hat deshalb ein Grundstück erworben, das zwar noch im gleichen Gewerbegebiet liegt, jedoch weiter vom Betriebsgelände entfernt ist. Zwischen den beiden Grundstücken liegen mehrere andere Grundstücke und einige Gemeindestraßen, die der Erschließung des Gewerbegebiets dienen. Gleichwohl konnte E zwischen der PV-Anlage und seiner Druckerei ein Kabel ziehen, durch das ausschließlich der Strom von der Anlage zum Betrieb fließt. Dieses Kabel führt entlang der Gemeindestraßen.

Auch hier liegt noch Eigenverbrauch vor, da der Strom hier *nicht durch ein Netz durchgeleitet* wird. Denn E hat trotz der größeren Entfernung zwischen der Freiflächen-Solaranlage und seiner Druckerei ein eigenes Stromkabel entlang der Gemeindestraßen ziehen können, über das der Stromtransport erfolgt. Auf den räumlichen Zusammenhang kommt es insofern nicht an. Hinsichtlich des wirtschaftlichen Risikos der Anlage und der Personenidentität gelten die entsprechenden Ausführungen zum Ausgangsfall.

Abwandlung 2: Wie Abwandlung 1, nur liegt die Druckerei jetzt auf dem Gebiet der Nachbargemeinde. E speist den in der Freiflächenanlage gewonnenen Strom in das Stromnetz ein und bezieht für seine Druckerei ausschließlich Strom aus dem Stromnetz eines Versorgungsunternehmens.

Hier liegt kein Eigenverbrauch mehr vor. Zwar ist E noch Anlagenbetreiber und Letztverbraucher in einer Person, aber der Strom durch das Netz durchgeleitete Strom wird jetzt nicht im *räumlichen Zusammenhang* zur Stromerzeugungsanlage verbraucht; Druckerei und PV-Anlage liegen in unterschiedlichen Gemeinden, sodass es schon nach dem gebietsbezogenen Ansatz an der notwendigen Nähe fehlt.

2.5 Fall 4: Gesellschaft bürgerlichen Rechts verbraucht Strom aus PV-Anlage

A und B haben eine Gesellschaft gegründet (sei es als GbR, oHG oder GmbH etc.). Zweck der Gesellschaft ist es, Nutzanhänger zu vermieten. Das kleine Geschäftshaus mit einigen Büros, Abstellräumen und einer Werkstatt befindet sich auf einem Grundstück in einem Gewerbegebiet, auf dem auch die zu vermietenden Anhänger stehen. Eigentümerin des Grundstücks und des gesamten Betriebsvermögens ist die GbR. Auf dem Dach des Geschäftshauses wurde eine PV-Anlage installiert. Der dort erzeugte Strom wird ausschließlich für die Anhängervermietung, also für die Büros, die Werkstatt und das Betriebsgelände, verbraucht. Alle technischen und rechtlichen Fragen rund um die PV-Dachanlage regeln A und B im Namen der GbR. Reparaturkosten werden aus dem Vermögen der GbR bezahlt.

Diese Konstellation stellt Eigenverbrauch dar. Die PV-Anlage wird ausschließlich für die von der GbR betriebene Anhängervermietung (Büros, Werkstatt, Betriebsgelände) genutzt. Es besteht also *Personenidentität* zwischen der GbR als Stromerzeugerin (Anlagenbetreiberin) und als Letztverbraucherin des Stroms. Der GbR als solcher kommt hier eigene Rechtspersönlichkeit zu. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die GbR als solche rechtsfähig, soweit sie als Teilnehmer am Rechtsverkehr Träger von Rechten und Pflichten sein kann.⁴⁵ Die GbR betreibt die Anlage auf eigene Rechnung und trägt auch das *wirtschaftliche Risiko*, da der Unterhalt der Anlage (insb. Reparaturkosten) aus dem GbR-Vermögen gezahlt wird. Zudem wird die Verfügungsgewalt von A und B im Namen der GbR ausgeübt, indem sie alle die PV-Anlage betreffenden technischen und rechtlichen Fragen regeln.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 29.01.2001 - 2 ZR 331/00, zitiert nach juris, Rn. 4 ff.

2.6 Fall 5: Miteigentümer einer PV-Dachanlage

In einem dreistöckigen Gebäude eines Innovations- und Technologieparks sind drei Start-up-Unternehmen der IT-Branche ansässig: A, B und C. Sie nutzen in dem Gebäude jeweils eine abgeschlossene Etage. Das Gebäude steht im Eigentum der Innovations- und Technologiepark-Betreiber-Gesellschaft. Mit deren Genehmigung haben A, B und C auf dem Dach des Gebäudes eine PV-Dachanlage installiert, deren Eigentümer sie auch sind, und zwar im Verhältnis 20:20:60 (A:B:C). Den damit hergestellten Strom nutzen A, B und C direkt in ihrem jeweiligen Unternehmen. Die Verteilung erfolgt nach dem vorab festgelegten Schlüssel, der den Eigentumsanteilen entspricht, nämlich A und B jeweils 20 und C wegen seines höheren Bedarfs 60 Anteile des produzierten Stroms. Die technischen und rechtlichen Fragen rund um die Anlage klären A, B, und C gemeinsam. Reparaturkosten werden ebenfalls nach dem festgelegten Schlüssel im Verhältnis 20:20:60 verteilt. A, B und C verfügen jeweils noch über einen Anschluss an das Stromnetz, über den sie Strom beziehen, wenn der in der PV-Dachanlage erzeugte Strom den jeweiligen Bedarf nicht deckt.

Diese Miteigentümerkonstellation ist als Eigenverbrauch einzuordnen, soweit A, B und C den erzeugten Strom im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile (20:20:60) selbst verbrauchen. In diesem Fall besteht quasi *Personenidentität*. Bei schwankendem Strombedarf ist insoweit von Eigenverbrauch auszugehen, sofern die verbrauchte Strommenge nicht den jeweils eigenen Anteil übersteigt. Sofern sich das Verhältnis ändert und eine Partei mehr Strom zulasten der anderen Parteien aus der Anlage bezieht, ist von Direktverbrauch auszugehen (siehe unten D.II. 2.5). A, B und C sind auch Betreiber der Anlage, da sie das *wirtschaftliche Risiko* tragen (ebenfalls im Verhältnis 20:20:60). Da sie den mittels der PV-Anlage erzeugten Strom direkt in ihren jeweiligen Unternehmen nutzen, d. h. über eine eigene Leitung, wird der Strom auch *nicht durch ein Netz durchgeleitet*.

2.7 Fall 6: PV-Dachanlage auf einem Schulgebäude

Die Grundschule der Gemeinde G hat auf ihrem Schulgebäude eine PV-Dachanlage. Mit dem dadurch gewonnenen Strom wird die Schule versorgt. Die PV-Anlage wurde durch das Stadtwerk der Gemeinde auf dem Schulgebäude installiert. Das Stadtwerk ist eine rechtlich nicht verselbständigte Abteilung der Kommunalverwaltung der Gemeinde G. Es hat die Anlage installieren lassen, kümmert sich um alle technischen und rechtlichen Fragen und trägt auch alle Kosten für Reparaturen etc.

Diese Konstellation ist als Eigenverbrauch zu klassifizieren. Die *Personenidentität* besteht hier insoweit, als dass sowohl das Stadtwerk als Stromerzeuger (rechtlich nicht verselbständigte Abteilung der kommunalen Verwaltung) als auch die gemeindeeigene Grundschule als Letztverbraucher der Gemeinde G zuzuordnen ist. Anlagenbetreiber ist mittelbar die hinter dem Stadtwerk stehende Gemeinde G, da sie das *wirtschaftliche Risiko* trägt. Da ausschließlich die Schule mittels der auf dem Dach befindlichen PV-Anlage versorgt wird, wird der Strom auch *nicht durch ein Netz durchgeleitet*.

3. Konkrete Fragestellungen zum Eigenverbrauch

Im Zusammenhang mit dem Eigenverbrauch werden im Folgenden drei Fragen aufgeworfen:

1. Besteht beim Eigenverbrauch die Pflicht zur Zahlung der Netzentgelte, KWK-Umlage und/oder Konzessionsabgabe?
2. Löst der Eigenverbrauch Pflichten im Rahmen des Energiewirtschaftsgesetzes aus?
3. Welche steuerrechtlichen Auswirkungen hat der Eigenverbrauch im Rahmen der Umsatz-, Ertrag-, Strom- und Gewerbesteuer?

3.1 Eigenverbrauch und Pflicht zur Zahlung von Netzentgelten, der KWK-Umlage, § 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage, § 18 AbLaV-Umlage oder Konzessionsabgaben

3.1.1 Netzentgelte

Im Folgenden wird geprüft, unter welchen Voraussetzungen Netzentgelte zu zahlen sind. Beim Eigenverbrauch kommen dabei im Wesentlichen zwei Sachverhaltskonstellationen in Betracht, der Eigenverbrauch **mit** und **ohne Nutzung der Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung**⁴⁶.

a) Rechtlicher Rahmen Netzentgelte

Die für den Stromtransport benötigte Netzinfrastruktur stellt im Markt ein natürliches Monopol dar. Um den Wettbewerb in der leitungsgebundenen Stromwirtschaft zu ermöglichen und zu fördern, unterliegen die Netzentgelte einer ausdifferenzierten **staatlichen Regulierung**. Ziel dieser Regulierung ist ein diskriminierungsfreier, transparenter und fairer Wettbewerb. Um diesen sicherzustellen, hat der Gesetz-/Verordnungsgeber verschiedene rechtliche Instrumentarien geschaffen. Von besonderer Bedeutung sind in diesem Kontext das **EnWG**, die **Stromnetzentgeltverordnung** (StromNEV)⁴⁷ und die **Anreizregulierungsverordnung** (ARegV)⁴⁸.

b) Definition Netzentgelte

Der Verordnungsgeber definiert den Begriff „Netzentgelte“ in § 1 StromNEV legal. Darin heißt es:

⁴⁶ Da nur der privilegierte Eigenverbrauch betrachtet wird, muss für die zweite Variante der Eigenverbrauch im räumlichen Zusammenhang vorliegen.

⁴⁷ Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen, vom 25. Juli 2005, BGBl. I S. 2225, zuletzt geändert durch Art. 4 G über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze vom 28. 7. 2011 (BGBl. I S. 1690).

⁴⁸ Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze, vom 29. Oktober 2007, BGBl. I S. 2529, zuletzt geändert durch Art. 7 Drittes G zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 20. 12. 2012 (BGBl. I S. 2730).

„Diese Verordnung regelt die Festlegung der Methode zur Bestimmung der Entgelte für den Zugang zu den Elektrizitätsübertragungs- und Elektrizitätsverteilernetzen (Netzentgelte) einschließlich der Ermittlung der Entgelte für dezentrale Einspeisungen.“ [Hervorhebungen nicht im Original]

Konstitutives Element für die Bestimmung der Netzentgelte ist folglich der „Zugang zu den Elektrizitätsübertragungs- und Elektrizitätsverteilungsnetzen“. Das Wort „Zugang“ könnte zunächst den Schluss nahelegen, dass damit lediglich der reine Zugang zu der Netzinfrastruktur gemeint sein könnte. Dies ist aber nicht der Fall.

Abzugrenzen ist zwischen der Netzanschluss-, Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung. Die Verbindung, die ein Erzeuger bzw. ein Letztverbraucher zum Energieversorgungsnetz benötigt, bezeichnet man als „Netzanschluss“. In dem Zusammenhang finden sich Regelungen in § 17 EnWG (Anschlusspflicht für Betreiber von Energieversorgungsnetzen sämtlicher Spannungsebenen) i. V. m. der Kraftwerksnetzanschlussverordnung (KraftNAV)⁴⁹ für Erzeuger (Einspeiser) und § 18 EnWG (Anschluss von Letztverbrauchern in Niederspannung) i. V. m. der Niederspannungsanschlussverordnung (NAV).⁵⁰ Die Netzzugangsregulierung umfasst die Konditionen, zu denen Dritte die Energieversorgungsnetze für den Transport nutzen können.⁵¹ Zentrale Norm ist § 20 EnWG, der vorsieht, dass „jedermann nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren“ ist. Absatz 1a benennt die konkreten Ausgestaltungsmöglichkeiten, Abschluss eines Netznutzungsvertrages oder eines Lieferantenrahmenvertrags (bekannt auch als sog. „All-inclusive-Verträge“). Nähere Regelungen zum Netzzugang enthält die Stromnetzzugangsverordnung (StromNZV)⁵². Auf die Regulierung der Netzentgelte, dem letzten der drei Regulierungsbereiche, soll im Folgenden näher eingegangen werden.⁵³

⁴⁹ Verordnung zur Regelung des Netzanschlusses von Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie (Kraftwerksnetzanschlussverordnung - KraftNAV).

⁵⁰ Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung (Niederspannungsanschlussverordnung - NAV); Bruhn, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, EnWG, § 18, Rn. 5.

⁵¹ Klees, Einführung in das Energiewirtschaftsrecht, 1. Aufl. 2012, S. 161; siehe zur Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung insbesondere: Klees, Einführung in das Energiewirtschaftsrecht, 1. Aufl. 2012, S. 162 ff. und S. 176 ff.; zum Netzzugang auch: Mussaeus/Teßmann/D. Reuter, in: PwC, Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2012, S. 399 f.

⁵² Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzzugangsverordnung - StromNZV).

⁵³ Zur Netzentgeltregulierung: Klees, Einführung in das Energiewirtschaftsrecht, 1. Aufl. 2012, S. 176 ff.; Gerdes/Zöckler, in: PwC, Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2012, S. 441 ff.

c) Konstitutive Voraussetzung: Nutzung eines Netzes

Die Netzentgelte, die im Rahmen der Netzentgeltregulierung ermittelt werden, können nur dann seitens des Netzbetreibers vom Letztverbraucher verlangt werden, wenn der Letztverbraucher das **Netz** zur Entnahme von Strom **nutzt**.⁵⁴ In diesem Sinne definiert die Bundesnetzagentur „Netzentgelte (Strom)“ wie folgt:

*„Das Netzentgelt ist das Entgelt, das für die **Nutzung von Netzen der Netzbetreiber** bezahlt werden muss. Es ist ein Bestandteil des Preises einer **Stromlieferung** und ist schon im Endpreis enthalten. Das Entgelt muss angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Die Entgelte für die Nutzung der Netze werden in Cent/kWh berechnet.“⁵⁵ [Hervorhebungen nicht im Original]*

Wenn der Letztverbraucher keinen „Zugang zu den Elektrizitätsverteilungsnetzen“ beansprucht, aber das „Entgelt für den Zugang“ gerade auch die Netznutzung zum Gegenstand hat, ist bereits die zentrale Tatbestandsvoraussetzung des § 1 StromNEV nicht erfüllt.

Dieses Ergebnis wird gestützt durch folgenden Umstand: Den Netzentgelten, die der Letztverbraucher zu tragen hat, liegt stets eine verbrauchsbezogene Komponente zugrunde, die in ct/kWh berechnet wird, so genannter Arbeitspreis. Dieser Umstand macht umso mehr deutlich, dass die Netzentgelte nur dann zu zahlen sind, wenn der Letztverbraucher das Netz tatsächlich nutzt.

d) Zwischenergebnis

Sofern der Stromtransport für den Eigenverbrauch wie in § 37 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 EEG nicht durch ein Netz durchgeleitet wird, können für die eigenerzeugte PV-Strommenge auch keine Netzentgelte für den Eigenverbraucher anfallen. Anders ist dies zu bewerten, wenn der privilegierte Eigenverbrauch in räumlichen Zusammenhang mit Hilfe eines Netzes der allgemeinen Versorgung geschieht. In diesen Fällen findet eine Netznutzung seitens des Letztverbrauchers statt.⁵⁶ Dafür müssen im Ergebnis auch Netzentgelte an den Netzbetreiber gezahlt werden.

⁵⁴ *Missling*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 1 StromNEV Rn. 18. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Entgelte nur für die Entnahme von Strom erhoben werden, nicht aber für die Einspeisung, siehe § 15 Abs. Satz 3 StromNEV.

⁵⁵ *Bundesnetzagentur*, Glossar, <http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Glossareintraege/DE/BNetzA/Energie/N/NetzentgeltStrom.html?nn=35556>.

⁵⁶ Netze der allgemeinen Versorgung unterliegen der Netzentgeltregulierung. Der Gesetzgeber hat sich für die Anreizregulierung entschieden. Im Rahmen der im EnWG verankerten Anreizregulierung, § 21a EnWG, genehmigt die Regulierungsbehörde nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV eine so genannte Erlösobergrenze für das jeweilige regulierte Netz. Diese Erlösobergrenze wird individuell gemäß § 17 ARegV in die Preisblätter des jeweiligen Netzbetreibers umgesetzt. Letztverbraucher im Niederspannungsnetz ohne Leistungsmessung zahlen ein pauschaliertes Arbeitsentgelt, das dem Arbeitspreis (ct/kWh) zugrunde gelegt wird sowie einen Grundpreis. Letztverbraucher, bei denen eine ¼ h-Leistungsmessung erfolgt, zahlen

3.1.2 KWK-Umlage/§ 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage/§ 18 AbLaV-Umlage/Offshore-Umlage

Zu prüfen ist, ob beim privilegierten Eigenverbrauch die KWK-Umlage anfällt. Wie bei den Netzentgelten kommen auch hier im Wesentlichen zwei Sachverhaltskonstellationen in Betracht, der Eigenverbrauch **mit** und **ohne Nutzung der Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung**.

a) Rechtlicher Rahmen KWKG

Neben den Erneuerbaren Energien stellt der aus der sogenannten **Kraft-Wärme-Kopplung** gewonnene Strom eine weitere Energiequelle dar, die der Gesetzgeber aus umweltpolitischen Gesichtspunkten als besonders förderwürdig ansieht. Dies verdeutlicht nicht zuletzt die Zielsetzung des Gesetzes für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz, KWKG), § 1 KWKG, das die Abnahme, die Vergütung und die Überwälzung der Kosten von Strom aus KWK-Anlagen regelt.

Von zentraler Bedeutung ist **§ 9 KWKG**. Nach dieser Vorschrift wird maßgeblich der **Belastungsausgleich** des KWKG abgewickelt. Ziel ist grundsätzlich die bundesweite gleichmäßige Verteilung der Kosten für die KWKG-Förderung. Über den Wälzungsmechanismus werden am Ende die Kosten für die Förderung von KWK-Anlagen auf die Letztverbraucher umgelegt.

aa) Eigenverbrauch ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung

Zunächst wird die Sachverhaltskonstellation ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung betrachtet. Entscheidend ist für die Beantwortung der Frage **§ 9 Abs. 3 Satz 1 KWKG**. Darin heißt es:

*„Übertragungsnetzbetreiber sind verpflichtet, den unterschiedlichen Umfang ihrer Zuschlagszahlungen und ihrer Ausgleichszahlungen nach Maßgabe der von ihnen oder anderen **Netzbetreibern** im Bereich ihres Übertragungsnetzes **an Letztverbraucher** im Sinne des Absatzes 7 Satz 2, des Absatzes 7 Satz 3 und an andere Letztverbraucher **gelieferten Strommengen** über eine finanzielle Verrechnung untereinander auszugleichen.“ [Hervorhebungen nicht im Original]*

Bereits aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich, dass der selbst erzeugte Strom der PV-Anlage **nicht** in den Belastungsausgleich **einzubeziehen** ist. Es fehlt an einem Netzbetreiber, der Strom an den Letztverbraucher liefert, da der Strom vom Verbraucher selbst erzeugt wird. Wenn aber diese Strommengen keine Berücksichtigung über § 9 Abs. 3 KWKG im Wälzungsmechanismus finden, dann kann spie-

einen Leistungs- (EUR/kWh), einen Arbeits-(ct/kWh) und einen Grundpreis (EUR/a) und gegebenenfalls ein Entgelt für Blindarbeit (ct/kvarh).

gelbildlich auf der anderen Seite auch **keine Pflicht zur Zahlung der KWK-Umlage in Höhe der eigenerzeugten Strommengen** gegenüber dem Letztverbraucher seitens des Netzbetreibers nach § 9 Abs. 7 KWKG⁵⁷ bestehen.⁵⁸

Zu demselben Ergebnis kommt auch *Säcker* im Zusammenhang mit der Lieferung an Letztverbraucher aus dem Netz der allgemeinen Versorgung über ein Arealnetz⁵⁹. Er führt aus:

*„Dabei muss jedoch der von Arealnetzbetreibern selbst erzeugte Strom **außer Betracht** bleiben. Angesetzt wird an dem von „**öffentlichen**“ **Versorgern** mittelbar über das Arealnetz an Letztverbrauchern **gelieferten Strom**.“⁶⁰*

Dafür spricht auch § 9 Abs. 7 Satz 2 KWKG, der bei der Weiterwälzung der KWK-Umlage über die Netzentgelte im Zusammenhang mit privilegierten Letztverbrauchern auf die „*Strombezüge aus dem Netz für die allgemeine Versorgung*“ abstellt.

bb) Eigenverbrauch mit Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung

Anders ist der Fall zu bewerten, wenn der Eigenverbrauch im räumlichen Zusammenhang über das **Netz der allgemeinen Versorgung** erfolgt. In diesen Konstellationen findet eine Lieferung vom Netzbetreiber an den Letztverbraucher i. S. d. § 9 Abs. 3 Satz 1 KWKG statt. Folglich wird die **Strommenge** im Belastungsausgleich **berücksichtigt**. Wenn die Strommenge aber Berücksichtigung findet, dann ist der Netzbetreiber auch berechtigt, die KWK-Umlage vom belieferten Letztverbraucher nach § 9 Abs. 7 KWKG zu vereinnahmen. Dies lässt sich auch in Einklang bringen mit den Ergebnissen zu den Netzentgelten. In derartigen Fällen des Eigenverbrauchs hat der Letztverbraucher auch Netzentgelte zu zahlen, über die die KWK-Umlage schließlich gewälzt wird. Dafür spricht ebenfalls der § 9 Abs. 7 Satz 2 KWKG, der auf „*Strombezüge aus dem Netz für die allgemeine Versorgung*“ abstellt. Ein solcher Strombezug ist in den gegenständlichen Fällen stets gegeben.

⁵⁷ § 9 Abs. 7 KWKG lautet wie folgt: „*Netzbetreiber sind berechtigt, geleistete Zuschlagszahlungen, soweit sie nicht erstattet worden sind, und Ausgleichszahlungen bei der Berechnung der Netznutzungsentgelte in Ansatz zu bringen, sofern sie die Zahlungen durch Testat eines Wirtschaftsprüfers oder vereidigten Buchprüfers nachweisen.*“

⁵⁸ Valentin/Herz, EnWZ 2013, 20.

⁵⁹ Heute unter dem Begriff geschlossenes Verteilernetz bekannt, § 110 EnWG. Dabei handelt es sich nicht um Netze der allgemeinen Versorgung. Beispiel wäre ein Industriepark.

⁶⁰ *Topp*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2010, KWKModG, § 9 Rn. 14.

- b) § 19 Abs. 2 StromNEV-/§ 18 AbLaV- und Offshore-Umlage

Sowohl die § 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage, § 18 AbLaV-Umlage als auch die Offshore-Umlage verweisen auf den KWK-Belastungsausgleich, so dass für diese beiden Umlage das gleiche gilt.

- c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten: Nutzt der Eigenverbraucher das Netz der allgemeinen Versorgung nicht, so zahlt er auch keine KWK-Umlage, § 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage, § 18 AbLaV-Umlage und Offshore-Umlage. Nutzt der Letztverbraucher für den Eigenverbrauch im räumlichen Zusammenhang ein Netz der allgemeinen Versorgung, so fällt auf die aus dem Netz gelieferte Strommenge KWK-Umlage, § 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage, § 18 AbLaV-Umlage und Offshore-Umlage an.

3.1.3 Konzessionsabgaben

- a) Rechtlicher Rahmen

Die maßgeblichen Regelungen zu Konzessionsabgaben im Bereich der Energieversorgung finden sich in den §§ 46, 48 des EnWG sowie in den Vorschriften der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung – KAV) in der Fassung vom 1. November 2006. Während die §§ 46 und 48 EnWG die Verpflichtung der Gemeinden zur Einräumung von Wegenutzungsrechten regeln und hierfür ein Entgelt in der Form von Konzessionsabgaben vorsehen, gestalten die Vorschriften der KAV die Zulässigkeit und Bemessung der Zahlung solcher Abgaben der Energieversorgungsunternehmen an Gemeinden und Landkreise (vgl. § 1 Abs. 1 KAV) näher aus. Die KAV beruht dabei auf der Ermächtigung der Bundesregierung nach § 48 Abs. 2 EnWG. Im Strom- und Gasbereich sind die Art der Berechnung von Konzessionsabgaben und ihre Höhe durch die KAV abschließend normiert. Betroffen von diesen Regelungen sind alle Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 3 Nr. 18 EnWG, also natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern, ein Energieversorgungsnetz betreiben oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen. Ausdrücklich nicht umfasst sind Betreiber einer Kundenanlage oder einer Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung.

- b) Definition Konzessionsabgaben

Konzessionsabgaben sind nach der Legaldefinition der § 48 Abs. 1 EnWG und § 1 Abs. 2 KAV Entgelte, die **Energieversorgungsunternehmen** für die Einräumung des Rechts zur Benutzung **öffentlicher Verkehrswege** für die Verlegung und den Betrieb

von Leitungen, die der **unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern** im Gemeindegebiet mit Energie dienen, entrichten.⁶¹

c) Verpflichteter der Konzessionsabgabe

Schuldner der Konzessionsabgabe ist nach § 48 Abs. 1, 3 EnWG und § 1 Abs. 2 KAV das **Energieversorgungsunternehmen**, das die öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen aufgrund eines eingeräumten Wegenutzungsrechts nutzt, mithin der Vertragspartner der Gemeinde.⁶² Die Gemeinden haben nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG ihre öffentlichen Verkehrswege den Energieversorgungsunternehmen i. S. d. § 3 Nr. 18 EnWG zur Verfügung zu stellen, **nicht hingegen Eigenverbrauchern**.⁶³

Für die Frage, ob im Falle des Eigenverbrauchs Konzessionsabgaben zu leisten sind, ist zu differenzieren. Nutzt der Eigenverbraucher das Netz der allgemeinen Versorgung, so wird der Netzbetreiber als Energieversorgungsunternehmen und mithin Verpflichteter die Konzessionsabgaben zusammen mit den Netzentgelten gegenüber dem Eigenverbraucher erheben. Schließlich werden für den Stromtransport öffentliche Verkehrswege der Gemeinde genutzt. In dieser Eigenverbrauchskonstellation besteht folglich die Pflicht zur Zahlung der Konzessionsabgaben. Die Höhe der Konzessionsabgabe bestimmt sich nach der Konzessionsabgabenverordnung.

Nutzt der Eigenverbraucher kein Netz der allgemeinen Versorgung und keine öffentlichen Verkehrswege der Gemeinde, können im Ergebnis auch keine Konzessionsabgaben für die selbsterzeugte Strommenge anfallen. Für den Fall, dass er öffentliche Verkehrswege der Gemeinde zu Eigenverbrauchszwecken – z.B. über eine Direktleitung – in Anspruch nehmen möchte, muss er sich mit der Gemeinde über die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege und die Kosten dafür ins Benehmen setzen. Hierbei handelt es sich allerdings nicht formell um Konzessionsabgaben. Einen Anspruch auf Nutzung der öffentlichen Verkehrswege – wie es einem Energieversorgungsunternehmen zusteht – hat der Eigenverbraucher nicht.

d) Zwischenfazit

Für den Fall, dass das Netz der allgemeinen Versorgung im Eigenverbrauchsfall genutzt wird, wird das Energieversorgungsunternehmen – hier der Netzbetreiber – die an die Ge-

⁶¹ Eine Versorgung von Letztverbrauchern liegt auch dann vor, wenn ein Weiterverteiler über öffentliche Verkehrswege mit Elektrizität beliefert wird, der diese Energien ohne Benutzung solcher Verkehrswege an Letztverbraucher weiterleitet. Siehe dazu *Albrecht*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 169; *Kermel*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, EnWG, § 48 Anh KAV § 1, Rn. 6.

⁶² *Theobald/Templin*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), KAV, § 1 Rn. 107; *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 1. Aufl. 2006, § 48 Rn. 64; *Kermel*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, EnWG, § 48 Rn. 33.

⁶³ *Wegner*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, EnWG, § 46 Rn. 23

meinde zu entrichtenden Konzessionsabgaben an den Eigenverbraucher weitergeben. Für den Fall, dass kein Netz genutzt wird und auch keine öffentlichen Verkehrswege in Anspruch genommen werden, fallen keine Konzessionsabgaben für den Eigenverbraucher an. Für den Fall, dass der Eigenverbraucher, z.B. über eine Direktleitung, öffentliche Verkehrswege in Anspruch nehmen möchte, muss er direkt mit der Gemeinde die Konditionen aushandeln.

3.2 Pflichten des Anlagenbetreibers bezogen auf den Eigenverbrauch

Für den Betreiber einer Photovoltaikanlage ergeben sich in der Regel aus dem EnWG und aus dem EEG eine Vielzahl von Pflichten. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Informations- und Duldungspflichten, die dazu beitragen, dass die Ziele des EnWG (insbesondere die Netzsicherheit, vgl. § 1 EnWG) und des EEG (neben der Netzsicherheit auch die Realisierung des EEG-Wälzungsmechanismus) erreicht werden können. Ausgenommen von diesen Pflichten ist ein Betreiber einer Photovoltaikanlage nur dann, wenn seine Anlage keinen Strom ins öffentliche Netz einspeist und auch nicht an das öffentliche Netz angeschlossen ist. In aller Regel wird der Betreiber einer Photovoltaikanlage aber zumindest einen Teil seines Stroms gegen eine EEG-Vergütung ins öffentliche Netz einspeisen.

3.2.1 Pflichten nach dem EnWG

Der Eigenverbrauch löst grundsätzlich keine spezifischen Pflichten im Rahmen des EnWG aus. Maßgebend ist vielmehr, inwieweit ein Anschluss an das Netz der allgemeinen Versorgung besteht. In diesen Fällen treffen ihn folgende allgemeine Pflichten:

- **Informationspflicht nach § 12 Abs. 4 EnWG:** Nach dieser Norm sind Betreiber von Erzeugungsanlagen, Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen, industrielle und gewerbliche Letztverbraucher und Lieferanten von Elektrizität verpflichtet, den Betreibern von Übertragungsnetzen sowie vorgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen unverzüglich die Informationen bereitzustellen, die notwendig sind, damit die Übertragungsnetze sicher und zuverlässig betrieben, gewartet und ausgebaut werden können. Die Informationsübermittlung erfolgt nur auf Verlangen des Netzbetreibers.⁶⁴ Mögliche Informationen sind zum Beispiel solche über die erwartete Verfügbarkeit der einzelnen Erzeugungskapazitäten, die für die Planung von Einspeisestellen und Spannungshaltungen relevant sind.⁶⁵ Die Pflicht besteht nur, wenn das Netz der allgemeinen Versorgung genutzt wird.⁶⁶

⁶⁴ So auch *Theobald*, in: Danner / Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 12 EnWG, Rn. 10.

⁶⁵ BT-Drs. 15/3917, 56.

⁶⁶ Dies ergibt sich nicht nur aus der systematischen Stellung des § 12 im 3. Teil des EnWG, der sich mit der Regulierung des Netzbetriebs befasst, sondern auch aus der Tatsache, dass nach Sinn und Zweck der Vorschrift, einen sicheren Betrieb der Netze gewährleisten zu können, die Informationen nur bei einem Anschluss an das Netz relevant werden.

- **Pflichten zur Duldung des Einbaus von Messsystemen („Smart Meter“) nach § 21c EnWG und zur Durchführung des Messstellenbetriebes und Messungen nach § 7 EEG:** Anlagenbetreiber nach dem EEG und dem KWKG müssen bei Neuanlagen, in bestimmtem Umfang aber auch bei Altanlagen, den Einbau von Messsystemen dulden, § 21c Abs. 1 lit. c, Abs. 3 EnWG.⁶⁷ Ein solches Messsystem ist nach § 21d Abs. 1 EnWG eine in ein Kommunikationsnetz eingebundene Messeinrichtung zur Erfassung elektrischer Energie, das den tatsächlichen Energieverbrauch und die tatsächliche Nutzungszeit widerspiegelt. Die **intelligenten Messsysteme** („smart meter“) sollen vor allem dem Umwelt-, Klima- und Verbraucherschutz dienen,⁶⁸ indem sie Energieeinsparungen ermöglichen und das Verbrauchs- und Kostenbewusstsein der Verbraucher stärken.⁶⁹ Kleinanlagen sollen in ein intelligentes Netz eingebunden und kommunikativ vernetzt werden.⁷⁰ Die Einbaupflicht trifft bei Neuanlagen nur Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 7 Kilowatt (§ 21c Abs. 1 lit. c EnWG). Bei Altanlagen besteht die Verpflichtung unabhängig von der installierten Leistung,⁷¹ allerdings muss der Einbau wirtschaftlich vertretbar sein (§ 21c Abs. 3 EnWG). Dies ist dann der Fall, wenn dem Anschlussnutzer für Einbau und Vertrieb keine Mehrkosten entstehen oder wenn eine wirtschaftliche Bewertung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, die alle langfristigen, gesamtwirtschaftlichen und individuellen Kosten und Vorteile prüft, und eine Rechtsverordnung im Sinne von § 21i Abs. 1 Nr. 8 ihn anordnet (§ 21c Abs. 2 Satz 2 EnWG). Diese Rechtsverordnung ist noch nicht erlassen, sodass die Verpflichtung derzeit noch nicht wirksam besteht. Sowohl für Alt- als auch für Neuanlagen muss der Einbau zusätzlich technisch möglich sein, d. h. es müssen Messsysteme, die den gesetzlichen Anforderungen genügen, am Markt verfügbar sein. Zu den gesetzlichen Anforderungen zählen dabei insbesondere solche zum Datenschutz und zur Datensicherheit, wie sie sich aus § 21g und § 21h EnWG ergeben.⁷² Zur Ausgestaltung dieser Anforderungen wurde das Bundesamt für Sicherheit und Informationstechnik (BSI) im September 2010 vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie mit der Erstellung eines Schutzprofils sowie einer technischen Richtlinie für die Kommunikationseinheit eines intelligenten Messsystems (Smart Meter Gateway) betraut, um einen einheitlichen technischen Sicherheitsstandard für alle Marktakteure zu gewährleisten.⁷³ Die Messsysteme müssen den Anforderungen des Schutzprofils entsprechen, um zertifi-

⁶⁷ Vgl. auch die Verweise in § 7 Abs. 1 Satz 2 EEG (dazu *Eder/vom Wege/Weise*, ZNER 2012, 59, 63) und § 8 Abs. 1 KWKG.

⁶⁸ Zu den datenschutzrechtlichen Problemen, siehe *Guckelberger*, DÖV 2012, 613 (618 ff.).

⁶⁹ BT-Drs. 17/6072, 76.

⁷⁰ BT-Drs. 17/6072, 79.

⁷¹ *Eder/vom Wege/Weise*, ZNER 2012, 59 (64).

⁷² *Eder/vom Wege/Weise*, ZNER 2012, 59 (63).

ziert werden zu können; nur zertifizierte Messsysteme dürfen installiert werden und sind als solche „am Markt verfügbar“ (vgl. § 21e Abs. 4 Satz 1 EnWG).⁷⁴ Diese Einbaupflicht soll nach der Gesetzesbegründung auch für die Betreiber von Anlagen zur Eigenerzeugung gelten.⁷⁵ Voraussetzung für die Einbaupflicht ist auch hier das Vorliegen einer Rechtsverordnung, die derzeit noch nicht erlassen worden ist (vgl. § 21e Abs. 2 EnWG).

Diese Verpflichtung aus dem EnWG wird für EEG-Anlagen durch § 7 Abs. 1 Satz 1 EEG modifiziert: Danach ist der Anlagenbetreiber berechtigt, den Anschluss der Anlagen sowie die Einrichtung und den Betrieb der Messeinrichtungen einschließlich der Messung von dem Netzbetreiber oder einer fachkundigen dritten Person vornehmen zu lassen. Die Norm ist damit eine Spezifizierung insbesondere der in § 21b EnWG enthaltenen Pflicht, auf die § 7 Abs. 1 Satz 2 EEG auch verweist, wonach der Messstellenbetrieb grundsätzlich Aufgabe des Energieversorgungsnetzbetreibers ist. Die Pflicht trifft den Anlagenbetreiber auch hier selbstredend nur, wenn seine Anlage an das Netz der allgemeinen Versorgung angeschlossen ist.

- **Informations- und Duldungspflichten nach der SysStabV:** Gemäß § 49 Abs. 1 Satz 1 EnWG sind Energieanlagen so zu errichten und zu betreiben, dass die technische Sicherheit gewährleistet ist. Konkretisiert wird diese Pflicht dabei durch die Systemstabilitätsverordnung (SysStabV)⁷⁶, die auf Grundlage von § 12 Abs. 3a und § 49 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EnWG erlassen wurde. Sie hat das Ziel, eine Gefährdung der Systemstabilität des Elektrizitätsversorgungsnetzes durch PV-Anlagen bei Über- und Unterfrequenzen, d. h. bei Schwankungen im Stromnetz, die von der Normalfrequenz von 50 Hz abweichen, zu vermeiden (sog. 50,2-Hz-Problematik).⁷⁷ Zu diesem Zweck verpflichtet § 4 Abs. 1 SysStabV die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen zur Nachrüstung der an ihr Netz angeschlossenen Wechselrichter. Dazu müssen ihnen die Anlagenbetreiber die für die Vorbereitung der Nachrüstung erforderlichen Informationen übermitteln und den Einbau des Wechselrichters ermöglichen (§ 9 Abs. 1, 2 SysStabV).⁷⁸ Die Nachrüstung betrifft nur **Anlagen im Niederspannungsnetz** mit einer installierten maximalen Leistung von mehr als **10 Kilowatt**, die nach dem 31. August 2005 und vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, sowie von **mehr als 100 Kilowatt**, für Anlagen, die nach dem 30. April 2001 und vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden

⁷³ Eder/vom Wege/Weise, ZNER 2012, 59 (63).
https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/SmartMeter/Schutzprofil_Gateway/schutzprofil_smart_meter_gateway_node.html

⁷⁴ Eder/vom Wege/Weise, ZNER 2012, 59 (63).

⁷⁵ BT-Drs. 17/6072, 76. Vgl. auch Eder/vom Wege/Weise, ZNER 2012, 59 (64).

⁷⁶ Verordnung zur Gewährleistung der technischen Sicherheit und Systemstabilität des Elektrizitätsversorgungsnetzes (SysStabV) vom 20. Juli 2012 (BGBl. I S. 1635).

⁷⁷ Siehe hierzu auch: von Oppen / Groß, ZNER 2012, 347 (351).

⁷⁸ Zur Durchsetzung dieser Pflichten siehe: Held / Seidel, RdE 2013, 8 (12).

(§ 2 Nr. 1 SysStabV).⁷⁹ Auch diese Pflicht trifft Anlagenbetreiber nur, wenn die Anlage an das Netz der allgemeinen Versorgung angeschlossen ist.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass Betreiber großer Anlagen mit einer Nennleistung ab 50 Megawatt die **Wirkleistungs- und Blindleistungseinspeisung nach § 13 Abs. 1a EnWG anpassen** müssen. Ebenfalls nur für Anlagenbetreiber großer Anlagen ist die Pflicht zur Anzeige der Stilllegung der Erzeugungsanlage nach § 13a EnWG zu beachten, bei der es unabhängig vom Eigenverbrauch darauf ankommt, ob es bei der Stilllegung der Anlage zu einer Störung des Netzbetriebes kommen kann.

3.2.2 Pflichten aus dem EEG

- Einhaltung der Sicherheitstechnischen Anforderungen nach § 7 Abs. 2 EEG

Der Betreiber einer PV-Anlage ist auch beim Anschluss an das Netz gehalten, technischen Anforderungen an den Anschluss einzuhalten. Das gilt sowohl für die Ausführungen des Anschlusses als auch für die übrigen Einrichtungen, die für die Sicherheit des Netzes notwendig sind.⁸⁰ Dabei hat er insbesondere die Vorgaben des § 49 EnWG zu beachten. Was genau der Anlagenbetreiber tun muss, um den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu entsprechen, ist einzelfallabhängig.

- Aus dem EEG trifft speziell den Betreiber einer PV-Anlage die **Pflicht nach § 6 Abs. 1 und 2 EEG**, die ebenfalls der Herstellung der Netzsicherheit dient.⁸¹ Anlagenbetreiber müssen bei einer installierten Leistung von mehr als 30 und höchstens 100 Kilowatt ihre Anlagen mit technischen Einrichtungen ausstatten, mit denen der Netzbetreiber jederzeit die Einspeiseleistung bei Netzüberlastung ferngesteuert reduzieren kann. Betreiber kleinerer Anlagen mit einer installierten Leistung von höchstens 30 Kilowatt haben die Wahl, ob sie der vorgenannten Pflicht nachkommen oder am Verknüpfungspunkt ihrer Anlage mit dem Netz die maximale Wirkleistungseinspeisung auf 70 % der installierten Leistung begrenzen. Für Anlagen über 100 Kilowatt gelten die Anforderungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EEG uneingeschränkt.
- **Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach §§ 45, 46 EEG:** Nach § 45 EEG sind Anlagenbetreiber, Netzbetreiber und Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet, einander die für den bundesweiten Ausgleich nach den §§ 34 bis 39 EEG jeweils erforderlichen Daten unverzüglich zur Verfügung zu stellen, wozu u. a. der Standort der Anlage und die installierte Leistung gehört (§ 46 EEG).⁸² Diese Pflicht

⁷⁹ Anlagen im Mittelspannungsnetz sind bei einer installierten maximalen Leistung von mehr als 30 Kilowatt betroffen, wenn sie nach dem 30. April 2001 und vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden (§ 2 Nr. 2 SysStabV).

⁸⁰ *Cosack*, in: Frenz/Müggenborg, 3. Aufl. 2013, § 7, Rn. 17.

⁸¹ BT-Drs. 17/6071, 63.

⁸² BT-Drs. 16/8148, 68.

trifft den Anlagenbetreiber, der seinen Strom vollständig selbst verbraucht nicht, weil er nicht in den bundesweiten Belastungsausgleich einbezogen ist.

- **Pflicht zum Nachweis der erzeugten Strommenge nach § 33 Abs. 5 EEG:** Schließlich trifft den Anlagenbetreiber eine weitere Pflicht, die der Einführung des Marktintegrationsmodells durch die PV-Novelle geschuldet ist. Nach § 33 Abs. 5, HS 1 EEG besteht für Betreiber von PV-Anlagen mit einer installierten Leistung über 10 kW eine Nachweispflicht gegenüber dem Netzbetreiber über die in ihrer Anlage insgesamt in einem Kalenderjahr erzeugte Strommenge. Kommt der Anlagenbetreiber seiner Verpflichtung nicht nach, wirkt sich dies bei der förderfähigen Strommenge nachteilig aus, vgl. § 33 Abs. 5 HS 2 EEG.

3.3 Umsatz-, strom- und ertragsteuerrechtliche Auswirkungen des Eigenverbrauchs

Im Folgenden sollen die umsatz-, strom- und ertragsteuerrechtlichen Auswirkungen des Eigenverbrauchs von selbst erzeugtem Strom aus Photovoltaikanlagen untersucht werden.

3.3.1 Umsatzsteuer

Um zu beantworten, welche umsatzsteuerrechtlichen Auswirkungen der Eigenverbrauch von selbst erzeugtem Strom aus Photovoltaikanlagen hat, ist zunächst zu untersuchen, ob der Betrieb einer Photovoltaikanlage als solcher überhaupt der Umsatzsteuer unterliegt (s. dazu unter a)). Nur wenn diese Frage bejaht wird, braucht den Auswirkungen des Eigenverbrauchs im Umsatzsteuerrecht nachgegangen zu werden. Solche Auswirkungen können sich einerseits in Gestalt des Vorsteuerabzugs im Zusammenhang mit der Zuordnung der Photovoltaikanlage zum Unternehmensbereich (s. dazu unter b)) und andererseits in Gestalt der Besteuerung des Eigenverbrauchs als unentgeltliche Wertabgabe (s. dazu unter c)) ergeben.

- a) Betrieb einer Photovoltaikanlage als unternehmerische Tätigkeit

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG unterliegen der Umsatzsteuer die **Lieferungen und sonstigen Leistungen**, die ein Unternehmer im Inland **gegen Entgelt** im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Bei der Einspeisung von aus einer Photovoltaikanlage erzeugtem Strom nach den Vorschriften des EEG müsste es sich also um eine entgeltliche Lieferung oder sonstige Leistung im Inland handeln. Zudem müsste der Anlagenbetreiber als Unternehmer im Sinne des § 2 UStG zu qualifizieren sein, der die Einspeisung des Stroms im Rahmen seines Unternehmens ausführt.

- aa) Stromeinspeisung als Lieferung gegen Entgelt

Das Umsatzsteuergesetz kennt – unter dem Oberbegriff der Leistung – zwei Arten von Leistungen: zum einen die Lieferungen und zum anderen die sonstigen Leistungen⁸³. Eine Lieferung liegt nach § 3 Abs. 1 UStG vor, wenn einer anderen Per-

⁸³ Die europäische Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie, auf der das nationale Umsatzsteuerrecht basiert, spricht insofern von Dienstleistungen, vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c) MwStSystRL.

son die Verfügungsmacht an einem Gegenstand verschafft wird. In negativer Abgrenzung zum Lieferungs begriff wird der Begriff der sonstigen Leistungen durch § 3 Abs. 9 UStG dahingehend definiert, dass sonstige Leistungen diejenigen Leistungen umfassen, die keine Lieferungen sind. Die Einspeisung von Strom nach den Vorschriften des EEG kann also nur dann eine sonstige Leistung darstellen, wenn sie nicht bereits als umsatzsteuerrechtliche Lieferung anzusehen ist.

Da eine Lieferung die Verschaffung der Verfügungsmacht an einem Gegenstand verlangt, müsste es sich bei dem eingespeisten Strom um einen Gegenstand handeln. Als Gegenstände im Sinne des § 3 Abs. 1 UStG kommen sowohl bewegliche und unbewegliche körperliche Gegenstände als auch solche (nicht körperlichen) Wirtschaftsgüter, die im Wirtschaftsverkehr wie körperliche Sachen behandelt werden, in Betracht.⁸⁴ **Elektrizität** (die als Oberbegriff auch elektrischen Strom umfasst) ist hierbei kraft ausdrücklicher Anordnung in Art. 15 Abs. 1 MwStSystRL **einem körperlichen Gegenstand gleichgestellt** und unterfällt somit dem Gegenstands begriff des § 3 Abs. 1 UStG. Infolge der Abnahmeverpflichtung gemäß § 8 Abs. 1 EEG wird dem vergütungspflichtigen Netzbetreiber letztlich – durch den Übergang der wirtschaftlichen Substanz⁸⁵ – auch die Verfügungsmacht am eingespeisten Strom verschafft, so dass bei der Einspeisung von Strom nach den Vorschriften des EEG insgesamt eine Lieferung im Sinne des § 3 Abs. 1 UStG vorliegt.

Die Lieferung von Strom aufgrund der Vorschriften des EEG erfolgt grundsätzlich auch gegen Entgelt, da dem Betreiber einer Photovoltaikanlage ein Vergütungsanspruch gegen den Netzbetreiber nach §§ 16, 32 EEG zusteht. Dass der Vergütungsanspruch hierbei auf einem **gesetzlichen Rechtsverhältnis** beruht, ist für den Entgeltcharakter unschädlich.⁸⁶

Im Ergebnis lässt sich also festhalten, dass es sich bei der Einspeisung von mittels einer Photovoltaikanlage erzeugtem Strom nach den Vorschriften des EEG um eine entgeltliche Lieferung handelt, die gemäß § 3g UStG – unter der Voraussetzung, dass der vergütungspflichtige Netzbetreiber sein Unternehmen in Deutschland betreibt – grundsätzlich auch im Inland erfolgt.

bb) Anlagenbetreiber als Unternehmer

Fraglich ist, ob es sich bei dem Betreiber einer Photovoltaikanlage auch um einen Unternehmer im Sinne des § 2 UStG handelt.

⁸⁴ Abschn. 3.1 Abs. 1 Satz 2 UStAE; *Heidner*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 3 Rn. 35; *Stadie*, UStG, 2. Aufl., Köln 2012, § 3 Rn. 6 u. 8.

⁸⁵ Vgl. Abschn. 3.1 Abs. 2 Satz 1 UStAE; *Stadie*, UStG, 2. Aufl., Köln 2012, § 3 Rn. 22.

⁸⁶ Vgl. BFH, Urt. vom 6.5.2004 – V R 40/02, BStBl. II 2004, 854.

(1) Unternehmerbegriff im Allgemeinen

Nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Satz 1 UStG ist derjenige Unternehmer, der eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit **selbständig** ausübt. Gewerblich oder beruflich ist insofern **jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen**, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 3 UStG). Nach richtlinienkonformer Auslegung muss es sich bei der von § 2 Abs. 1 Satz 3 UStG geforderten Tätigkeit um eine **wirtschaftliche Tätigkeit** im Sinne des Art. 9 Abs. 1 MwStSystRL handeln. Der Betrieb einer Photovoltaikanlage begründet demnach dann die Unternehmereigenschaft des Anlagenbetreibers, wenn es sich hierbei um eine nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen handelt, die selbständig ausgeübt wird, ohne dass es auf eine Gewinnerzielungsabsicht ankommt.

Selbständig wird eine Tätigkeit dann ausgeübt, wenn sie auf **eigene Rechnung** und auf **eigene Verantwortung** ausgeübt wird.⁸⁷ Diese Voraussetzungen dürften bei der Einspeisung von Strom, der mittels einer Photovoltaikanlage erzeugt wurde, beim Anlagenbetreiber regelmäßig gegeben sein. Wird die Photovoltaikanlage von einer Personenhandels- oder Kapitalgesellschaft betrieben, brauchen die Voraussetzungen der Selbständigkeit nicht im Einzelnen geprüft werden, da Personenhandels- und Kapitalgesellschaften grundsätzlich stets selbständig tätig sind.⁸⁸

Eine wirtschaftliche Tätigkeit wird dann nachhaltig ausgeübt, wenn sie **auf Wiederholung angelegt** ist und im Sinne einer geschäftsmäßigen Tätigkeit auf die Erzielung von Einnahmen ausgerichtet ist.⁸⁹ Als Kriterien, die für eine Nachhaltigkeit sprechen können, kommen unter anderem das Vorliegen einer mehrjährigen Tätigkeit, ein planmäßiges Handeln, die Ausführung mehr als nur eines Umsatzes oder auch die Beteiligung am Markt in Betracht.⁹⁰ Die vollständige oder teilweise, **regelmäßige** (nicht nur gelegentliche⁹¹) Einspeisung von Strom, der mittels einer Photovoltaikanlage erzeugt

⁸⁷ Abschn. 2.2 Abs. 1 Satz 1 UStAE; *Korn*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 2 Rn. 94.

⁸⁸ Vgl. Abschn. 2.2 Abs. 5 u. 6 UStAE; *Korn*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 2 Rn. 92. – Bei einer Kapitalgesellschaft gilt dies dann nicht, wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen eines Organträgers eingegliedert ist (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG).

⁸⁹ BFH, Urt. vom 18.7.1991 – V R 86/87, BStBl. II 1991, 776; Abschn. 2.3 Abs. 5 Satz 1 UStAE; *Korn*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 2 Rn. 65.

⁹⁰ Vgl. BFH, Urt. vom 18.7.1991 – V R 86/87, BStBl. II 1991, 776; *Klenk*, in: Sölch/Ringleb, UStG, Stand: 68. EL (September 2012), § 2 Rn. 158.

⁹¹ Vgl. BFH, Urt. vom 18.12.2008 – V R 80/07, BStBl. II 2011, 292; FG Münster, Urt. vom 5.12.2006 – 15 K 2813/03 U, EFG 2007, 1114.

wurde, für die der Betreiber der Anlage eine Vergütung nach §§ 16, 32 EEG erhält, stellt eine auf Wiederholung angelegte Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen und demnach eine nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit dar.⁹² Eine solche Tätigkeit begründet daher die Unternehmereigenschaft des Anlagenbetreibers (sofern diese nicht bereits aufgrund anderer wirtschaftlicher Tätigkeiten gegeben ist).⁹³ Hierbei kommt es grundsätzlich weder auf die Höhe der aus dem Betrieb der Photovoltaikanlage erzielten Einnahmen⁹⁴ noch auf die leistungsmäßige Auslegung der Anlage⁹⁵ noch auf den Umstand, dass der Anlagenbetreiber den überwiegenden Teil des erzeugten Stroms selbst verbraucht, an. Da der Betreiber einer Photovoltaikanlage aufgrund der Vorschriften des EEG einen Anspruch hat, den erzeugten Strom an den Netzbetreiber gegen eine nach §§ 32, 33 EEG festgelegte Vergütung zu veräußern, ist auch weder die Einrichtung eines Geschäftslokals noch Werbung für den erzeugten Strom erforderlich.⁹⁶

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass aufgrund des Vorlagebeschlusses des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (ÖVwGH) vor dem EuGH derzeit ein Verfahren zu der Frage anhängig ist, unter welchen Voraussetzungen der Betrieb einer Photovoltaikanlage eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne des Art. 9 Abs. 1 MwStSystRL darstellt.⁹⁷ Da das deutsche Umsatzsteuergesetz auf der MwStSystRL beruht, ist die noch ausstehende Entscheidung des EuGH auch für die Einordnung des Betriebs einer Photovoltaikanlage als unternehmerische Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG maßgeblich. Im konkreten Fall geht es um die Frage, ob das regelmäßige Einspeisen von Strom in das öffentliche Versorgungsnetz auch dann eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ darstellt, wenn die mittels einer Photovoltaikanlage erzeugte Strommenge den Eigenbedarf des Eigenheims dauerhaft deutlich unterschreitet und das Einspeisen von Strom insbesondere nur deswegen zustande kommt, weil die Anbindung der Anlage an das öffentliche Netz die Zusatzerrichtung von Stromspeichermöglichkeiten erspart.⁹⁸ Der ÖVwGH war in seinem Vorlagebeschluss insbesondere davon ausgegangen, dass für

⁹² Vgl. Abschn. 2.5 Abs. 1 Satz 1 UStAE; *Fromm/Litzenberger*, *SteuK* 2011, 452 (453).

⁹³ Vgl. Abschn. 2.5 Abs. 1 Satz 1 UStAE.

⁹⁴ S. dazu BFH, Urt. vom 18.12.2008 – V R 80/07, *BStBl. II* 2011, 292; FG Niedersachsen, Urt. vom 22.3.2010 – 16 K 11189/08, *EFG* 2010, 1263.

⁹⁵ S. dazu Abschn. 2.5 Abs. 1 Satz 2 UStAE.

⁹⁶ Vgl. FG Niedersachsen, Urt. vom 22.3.2010 – 16 K 11189/08, *EFG* 2010, 1263.

⁹⁷ ÖVwGH, Beschl. vom 29.3.2012 – EU 2012/0001-1 (abrufbar unter www.vwgh.gv.at/rechtsprechung/2009150143.pdf?3rt5i4)

⁹⁸ So ÖVwGH, Beschl. vom 29.3.2012 – EU 2012/0001-1, S. 10 (abrufbar unter www.vwgh.gv.at/rechtsprechung/2009150143.pdf?3rt5i4).

den unionsrechtlichen Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ charakteristisch sei, dass regelmäßig ein den Eigenverbrauch übersteigender Stromüberschuss entstehe.⁹⁹

Auch in der Literatur wird teilweise vertreten, dass ein über der Stromerzeugung liegender Energiebedarf, bei dem Strom lediglich mangels eigener Speichermöglichkeit in das Netz eingespeist werde, daraufhin deute, dass die Eigenversorgung des Anlagenbetreibers – und damit die private Nutzung – im Mittelpunkt stehe.¹⁰⁰ Weise die entgeltliche Stromeinspeisung also kein wirtschaftliches Gewicht auf, sei sie nur Nebenfolge einer privaten Betätigung¹⁰¹, der eingespeiste Strom gewissermaßen nur ein „Abfallprodukt“¹⁰². Der Betrieb einer privaten Photovoltaikanlage soll daher nicht bereits dadurch zu einer nachhaltigen und damit wirtschaftlichen Tätigkeit führen, dass der erzeugte Strom regelmäßig an einen Stromnetzbetreiber abgegeben werde, wenn eine solche Anlage vorrangig aus privaten Motiven und nicht primär zur Erbringung von Leistungen am Markt betrieben wird.¹⁰³ Die Generalanwältin *Sharpston* hat der Auffassung des ÖVwGH in ihren Schlussanträgen vom 7. März 2012 eine Absage erteilt. Nutze der Anlagenbetreiber seine Photovoltaikanlage dazu, die erzeugte Elektrizität teilweise oder ganz an den Netzbetreiber zu liefern und werde diese Lieferung gemäß dem von ihm und dem Netzbetreiber geschlossenen Vertrag vergütet, stelle dies objektiv eine wirtschaftliche Tätigkeit dar.¹⁰⁴ Dieser Auffassung ist unseres Erachtens zuzustimmen, da sich die Frage der Nachhaltigkeit einer Tätigkeit allein nach objektiven Kriterien bestimmt. Maßgeblich ist die Nutzung des konkreten Wirtschaftsguts – vorliegend der Photovoltaikanlage; ob und in welchem Umfang neben der wirtschaftlichen Nutzung privater Stromkonsum erfolgt, muss für die Frage, ob die Photovoltaikanlage unternehmerisch oder nicht unternehmerisch verwendet wird, unerheblich sein.¹⁰⁵

Daher ist der Auffassung des BFH unseres Erachtens insofern zuzustimmen, als es sich bei dem Betreiber einer Photovoltaikanlage, der den erzeugten Strom gemäß den Vorschriften des EEG ganz oder teilweise, regelmäßig und nicht nur gelegentlich gegen Vergütung in das allgemeine Stromnetz ein-

⁹⁹ ÖVwGH, Beschl. vom 29.3.2012 – EU 2012/0001-1, S. 8; so auch *Peyerl*, SWK 2010, 905 (907).

¹⁰⁰ Vgl. *Peyerl*, SWK 2010, 905 (907).

¹⁰¹ FG Hessen, Urt. vom 4.4.2001 – 6 K 6512/98, EFG 2001, 930.

¹⁰² So *Stadie*, UStG, 2. Aufl., Köln 2012, § 2 Rn. 73.

¹⁰³ *Stadie*, in: Rau/Dürrwächter, UStG, Stand: 147. EL (Juli 2011), § 2 Rn. 381.

¹⁰⁴ Vgl. GA *Sharpston*, Schl.Antr. vom 7.3.2013, Rs. C-219/12 – FUCHS, BeckRS 2013, 80497, Tz. 25.

¹⁰⁵ Vgl. FG Münster, Urt. vom 5.12.2006 – 15 K 2813/03 U, EFG 2007, 1114.

speist, grundsätzlich um einen Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 UStG handelt.¹⁰⁶ Dementsprechend wird das Vorliegen einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit seitens des Anlagenbetreibers von der Finanzverwaltung regelmäßig vermutet, wenn eine Photovoltaikanlage – unmittelbar oder mittelbar – mit dem allgemeinen Stromnetz verbunden ist.¹⁰⁷ Wie bereits ausgeführt, ist die Frage nach der Einordnung des Betriebs einer Photovoltaikanlage als unternehmerische Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG vorbehaltlich einer Entscheidung des EuGH aber bisher als nicht abschließend geklärt anzusehen.

(2) Sonderfall Kleinunternehmer

Als **Kleinunternehmer** gelten gemäß § 19 Abs. 1 UStG diejenigen Unternehmer, deren Umsatz zuzüglich der darauf entfallenden Umsatzsteuer im vorangegangenen Kalenderjahr 17.500 Euro nicht überstiegen hat und im laufenden Kalenderjahr 50.000 Euro voraussichtlich nicht übersteigen wird. Obgleich auch Kleinunternehmer die Voraussetzungen des Unternehmerbegriffs in § 2 Abs. 1 UStG erfüllen, werden sie **umsatzsteuerrechtlich weitgehend wie Nichtunternehmer** behandelt.¹⁰⁸ So sind Kleinunternehmer insbesondere weder zum gesonderten Ausweis von Umsatzsteuer in ihren Rechnungen noch zum Vorsteuerabzug nach § 15 UStG berechtigt. Liegen die Bruttoumsätze eines Anlagenbetreibers aus dem Betrieb der Photovoltaikanlage also **kontinuierlich unterhalb von 17.500 Euro**, gilt der Anlagenbetreiber grundsätzlich als Kleinunternehmer im Sinne des § 19 UStG.¹⁰⁹

Jeder Anlagenbetreiber, der in den Anwendungsbereich der Kleinunternehmerregelung fällt, hat jedoch die Möglichkeit, auf die Anwendung des § 19 Abs. 1 UStG zu **verzichten** (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 1 UStG). Er unterliegt dann der Besteuerung nach den allgemeinen Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes;¹¹⁰ insbesondere bleibt es in diesem Fall bei dem Recht, einen Vorsteuerabzug nach § 15 UStG geltend zu machen.¹¹¹ Angesichts der hohen Anschaffungskosten einer Photovoltaikanlage und der damit einhergehenden hohen Umsatzsteuerbelastung dürfte es sich für Betreiber einer Photovoltaikanlage regelmäßig empfehlen, von der Option zur Regelbesteuerung Ge-

¹⁰⁶ BFH, Urt. vom 18.12.2008 – V R 80/07, BStBl. II 2011, 292.

¹⁰⁷ S. Abschn. 2.5 Abs. 1 Satz 3 UStAE.

¹⁰⁸ Vgl. *Korn*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 19 Rn. 1.

¹⁰⁹ *Schanz*, DStR 2011, 1772 (1773), geht davon aus, dass in der Praxis die meisten privaten Anlagenbetreiber als Kleinunternehmer im Sinne des § 19 UStG einzustufen sind.

¹¹⁰ Vgl. Abschn. 19.2 Abs. 1 Satz 2 UStAE.

¹¹¹ Vgl. *Möβlang*, in: Sölch/Ringleb, UStG, Stand: 68. EL (September 2012), § 19 Rn. 28.

brauch zu machen und die auf die Anschaffungskosten der Anlage gezahlte Umsatzsteuer nach § 15 UStG als Vorsteuer in Abzug zu bringen.¹¹²

Die **Erklärung des Verzichts** auf die Anwendung der Kleinunternehmerregelung **bindet** den Anlagenbetreiber als Unternehmer – nach Eintritt der Unanfechtbarkeit der Steuerfestsetzung – für mindestens **fünf Kalenderjahre** (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 2 UStG). Diese Fünfjahresfrist läuft ab dem Beginn desjenigen Kalenderjahres, für das die Erklärung abgegeben worden ist.¹¹³

(3) Auswirkungen des Eigenverbrauchs auf die Unternehmereigenschaft

Der Eigenverbrauch des mittels einer Photovoltaikanlage erzeugten Stroms hat – nach der hier vertretenen Auffassung¹¹⁴ – keine Auswirkungen auf die Unternehmereigenschaft des Anlagenbetreibers im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG, wenn die wirtschaftliche Nutzung der Photovoltaikanlage, also das entgeltliche Einspeisen von Strom in das allgemeine Versorgungsnetz, regelmäßig und nicht nur gelegentlich erfolgt. Ob und in welchem Umfang neben der wirtschaftlichen Nutzung der Photovoltaikanlage auch ein privater Stromkonsum erfolgt, ist für die Frage des Vorliegens einer unternehmerischen Tätigkeit unerheblich.¹¹⁵

b) Auswirkungen des Eigenverbrauchs auf den Vorsteuerabzug

Der Verbrauch des mittels einer Photovoltaikanlage erzeugten Stroms für eigene Zwecke könnte **Auswirkungen auf den Abzug von Vorsteuern** aus der Anschaffung oder Herstellung der Anlage haben. Grundsätzlich ist der Betreiber einer Photovoltaikanlage unter den Voraussetzungen des § 15 UStG zum Vorsteuerabzug berechtigt. Der Anlagenbetreiber als Unternehmer kann also die Umsatzsteuer für Lieferungen und sonstige Leistungen, die von einem anderen Unternehmer für das Unternehmen des Anlagenbetreibers ausgeführt werden, als Vorsteuer von der von ihm geschuldeten Umsatzsteuer abziehen¹¹⁶ (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG und § 16 Abs. 2 Satz 1 UStG), sofern er kein Kleinunternehmer ist oder er als Kleinunternehmer zur Regelbesteuerung optiert hat (s. dazu oben a)bb)(2)). Zu diesen Lieferungen und sonstigen Leistungen für das Unternehmen des Anlagenbetreibers gehört grundsätzlich und im Wesentlichen die **Anschaffung bzw. Herstellung der Photovoltaikanlage**; die auf die Anschaffungs- und Herstellungs-

¹¹² So etwa *Schanz*, DStR 2011, 1772 (1773).

¹¹³ Abschn. 19.2 Abs. 3 Satz 2; *Mößlang*, in: Sölch/Ringleb, UStG, Stand: 68. EL (September 2012), § 19 Rn. 33.

¹¹⁴ Zur Gegenauffassung siehe oben (1).

¹¹⁵ Vgl. FG Münster, Urt. vom 5.12.2006 – 15 K 2813/03 U, EFG 2007, 1114.

¹¹⁶ Ist der Betrag der vom Unternehmer für die von ihm ausgeführten Lieferungen und sonstigen Leistungen niedriger als die abziehbare Vorsteuer, kommt es insoweit zu einer Erstattung bzw. Vergütung des Überhangs, vgl. dazu *Stadie*, UStG, 2. Aufl., Köln 2012, § 16 Rn. 20 f.

kosten entfallende, vom Anlagenbetreiber gezahlte Vorsteuer ist bei diesem also grundsätzlich abzugsfähig.

Soweit die Photovoltaikanlage aber nicht für das Unternehmen des Anlagenbetreibers, also für die entgeltliche Einspeisung von Strom, genutzt wird, sondern für **unternehmensfremde (private) Zwecke**, scheidet ein Vorsteuerabzug aus (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG: „für sein Unternehmen“). Unternehmensfremde Zwecke stellen insbesondere **Entnahmen für den privaten Bedarf** des Unternehmers als natürliche Person, für den privaten Bedarf seines Personals oder für private Zwecke des Gesellschafters dar.¹¹⁷ Wird der mittels einer Photovoltaikanlage erzeugte Strom also infolge Eigenverbrauchs teilweise für private Zwecke des Anlagenbetreibers genutzt, kommt grundsätzlich nur ein **anteiliger Vorsteuerabzug** in Betracht; demnach ist der Unternehmer lediglich im Umfang der unternehmerischen Nutzung, also im Umfang der entgeltlichen Netzeinspeisung, zum Vorsteuerabzug berechtigt.¹¹⁸ Der Eigenverbrauch hat also grundsätzlich Auswirkungen auf den Abzug der auf die Anschaffungs- und Herstellungskosten der Photovoltaikanlage entfallenden Vorsteuern; je größer der Eigenverbrauchsanteil ist, desto geringer ist der Vorsteuerabzug.

Bei Gegenständen, die **sowohl unternehmerisch als auch nichtunternehmerisch** (für private Zwecke) genutzt werden, hat der Unternehmer allerdings ein **Zuordnungswahlrecht**; er kann den Gegenstand vollumfänglich seinem Unternehmensbereich zuordnen, er kann ihn insgesamt seinem nichtunternehmerischen Bereich (Privatvermögen) zuordnen oder den Gegenstand lediglich entsprechend dem – geschätzten – unternehmerischen Nutzungsanteil dem Unternehmen (und im Übrigen dem nichtunternehmerischen Bereich) zuordnen.¹¹⁹ Ein Gegenstand kann dem Unternehmensbereich jedoch nur dann (vollständig oder teilweise) zugeordnet werden, wenn die **unternehmerische Nutzung** dieses Gegenstandes **mindestens 10%** beträgt (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 UStG).¹²⁰ Überträgt man diese Grundsätze auf den Betreiber einer Photovoltaikanlage, folgt daraus, dass der Anlagenbetreiber die Photovoltaikanlage seinem entsprechenden Unternehmen (Betrieb einer Photovoltaikanlage) ganz oder teilweise zuordnen kann, wenn die Nutzung für unternehmensfremde (private) Zwecke, mithin der Eigenverbrauch, nicht mehr als 90% der Gesamtnutzung ausmacht. Nutzt der Anlagenbetreiber hingegen mehr als 90% des erzeugten Stroms für eigene Zwecke und veräußert er somit weniger als 10% an den Netzbetreiber oder sonstige Dritte, kommt eine Zuordnung der Anlage zum Unternehmensbereich nicht in Betracht. Je nach Umfang einer Zuordnung der Photovoltaikanlage ergeben

¹¹⁷ Vgl. Abschn. 2.3 Abs. 1a Satz 3 UStAE.

¹¹⁸ Vgl. Abschn. 15.2 Abs. 15a Satz 2 UStAE; *Stadie*, UStG, 2. Aufl., Köln 2012, § 15 Rn. 93.

¹¹⁹ *Heidner*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 3 Rn. 133; vgl. auch GA *Sharpston*, Schl.Antr. vom 7.3.2013, Rs. C-219/12 – FUCHS, BeckRS 2013, 80497, Tz. 35.

¹²⁰ S. auch *Heidner*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 3 Rn. 133; *Stadie*, UStG, 2. Aufl., Köln 2012, § 15 Rn. 127.

sich unterschiedliche Auswirkungen auf den Vorsteuerabzug des Anlagenbetreibers im Zusammenhang mit der Anschaffung bzw. Herstellung der Photovoltaikanlage.

aa) Vollumfängliche Zuordnung der Photovoltaikanlage zum Unternehmen

Sofern der Anlagenbetreiber die Photovoltaikanlage **vollumfänglich** seinem unternehmerischen Bereich zuordnet, kann er – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 15 UStG im Übrigen – den **vollen Vorsteuerabzug** aus den Anschaffungs- oder Herstellungskosten in Anspruch nehmen. Die **Zuordnungsentscheidung** trifft der Unternehmer hierbei in der Regel durch Inanspruchnahme der Vorsteuer bei Anschaffung oder Herstellung der Anlage;¹²¹ nimmt der Anlagenbetreiber also den vollen Abzug der auf die Anschaffung oder Herstellung der Photovoltaikanlage entfallenden Vorsteuer in Anspruch, spricht dies für eine vollumfängliche Zuordnung der Anlage zum Unternehmen.

Zur Kompensation des vollständigen Vorsteuerabzugs bei lediglich teilunternehmerischer Nutzung unterliegt der **für private Zwecke verbrauchte Strom** der sogenannten **Wertabgabenbesteuerung** nach § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG (s. dazu noch unten c)). Zudem unterliegt auch die Veräußerung der Photovoltaikanlage grundsätzlich in vollem Umfang der Umsatzsteuer.¹²²

bb) Vollumfängliche Zuordnung der Photovoltaikanlage zum nichtunternehmerischen Bereich

Ordnet der Anlagenbetreiber die Photovoltaikanlage – trotz anteiliger unternehmerischer Nutzung von mindestens 10% – **insgesamt seinem nichtunternehmerischen Bereich** zu, wird die Anlage als solche „dem Mehrwertsteuersystem vollständig entzogen“¹²³. Ein **Vorsteuerabzug** aus den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten nach § 15 UStG ist damit **ausgeschlossen**. Indiziert wird eine solche Zuordnung zum nichtunternehmerischen Bereich regelmäßig durch die **Unterlassung des Vorsteuerabzugs** seitens des Unternehmers.¹²⁴

Aufgrund des unterbliebenen Vorsteuerabzugs aus den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten kommt eine **Wertabgabenbesteuerung** nach § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG in Bezug auf den im Rahmen eines Eigenverbrauchs für private Zwecke entnommenen Strom **nicht in Betracht** (vgl. § 3 Abs. 1b Satz 2 UStG). Auch eine Veräußerung der Photovoltaikanlage unterliegt nicht der Umsatzsteuer. Die

¹²¹ *Heidner*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 3 Rn. 134; vgl. auch Abschn. 15.2 Abs. 21 Nr. 2 Satz 8 UStAE.

¹²² *Heidner*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 15 Rn. 111.

¹²³ So ausdrücklich GA *Sharpston*, Schl.Antr. vom 7.3.2013, Rs. C-219/12 – FUCHS, BeckRS 2013, 80497, Tz. 37.

¹²⁴ S. Abschn. 15.2 Abs. 21 Nr. 2 Satz 8 UStAE.

entgeltliche Veräußerung (eines Teils) des erzeugten Stroms an den Netzbetreiber oder sonstige Dritte, also die unternehmerische Tätigkeit als solche, bleibt jedoch umsatzsteuerpflichtig.

cc) Anteilige Zuordnung der Photovoltaikanlage zum Unternehmen

Beschränkt der Anlagenbetreiber die Zuordnung einer auch für private Zwecke (Eigenverbrauch) genutzten Photovoltaikanlage auf den **Umfang der anteiligen unternehmerischen Nutzung**, steht dem Betreiber auch nur das Recht zum anteiligen Vorsteuerabzug in Bezug auf die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der Anlage zu. Da der nicht dem Unternehmen zugeordnete Teil der Anlage nicht für die Erbringung steuerbarer unternehmerischer Leistungen verwendet wird, unterfällt er auch **nicht dem Regelungsbereich der Umsatzsteuer**;¹²⁵ insbesondere kommt eine Wertabgabenbesteuerung nach § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG im Umfang der nichtunternehmerischen Nutzung nicht in Betracht, soweit der Umfang der nichtunternehmerischen Nutzung den Umfang des nicht dem Unternehmen zugeordneten Teils der Photovoltaikanlage nicht überschreitet. Im Falle der Veräußerung der Photovoltaikanlage unterliegt nur der unternehmerisch genutzte Teil der Umsatzsteuer.¹²⁶

Für die **Aufteilung der Nutzung** in einen unternehmerischen und einen nichtunternehmerischen Teil enthält das Umsatzsteuergesetz keine unmittelbare Regelung; § 15 Abs. 4 UStG gilt insoweit nicht, weil aufgrund einer nichtunternehmerischen Nutzung der Photovoltaikanlage keine Umsätze erzielt werden, die den Vorsteuerabzug nach § 15 Abs. 2 UStG ausschließen. Diese Regelungslücke wird man aber in **analoger Anwendung des § 15 Abs. 4 UStG** schließen dürfen, so dass der Unternehmer den abzugsfähigen Vorsteueranteil im Wege einer sachgerechten und von der Finanzverwaltung zu überprüfenden Schätzung ermitteln kann.¹²⁷ Dabei kann dem **prognostizierten** Verhältnis des entgeltlich eingespeisten Stroms zum für private Zwecke verbrauchten Strom maßgebliche Bedeutung zukommen; das genaue Verhältnis wird hingegen erst nach der Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage und damit zeitlich nach der Zuordnungsentscheidung bekannt sein und kann damit kaum herangezogen werden.¹²⁸

Stellt sich später heraus, dass der tatsächliche Anteil der unternehmerischen Nutzung höher ist als der zum Zeitpunkt der Zuordnung prognostizierte Anteil, kommt

¹²⁵ *Heidner*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 15 Rn. 116.

¹²⁶ Vgl. EuGH, Urt. vom 8.3.2001, Rs. C-415/98 – BAKCSI, Slg. 2001, I-1831, Tz. 47.

¹²⁷ Vgl. insofern BFH, Urt. vom 3.3.2011 – V R 23/10, BStBl. II 2012, 74, Tz. 31; krit. *Stadie*, UStG, 2. Aufl., Köln 2012, § 15 Rn. 119 ff.

¹²⁸ Dies verkennt GA *Sharpston*, Schl.Antr. vom 7.3.2013, Rs. C-219/12 – FUCHS, BeckRS 2013, 80497, Tz. 40.

unseres Erachtens keine (ggf. anteilige) Erstattung der zuvor nicht abgezogenen Vorsteuerbeträge im Wege der Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG in Betracht, da dem Umsatzsteuerrecht eine zum (nachträglichen) Vorsteuerabzug führende Einlage aus dem Privatvermögen fremd ist.¹²⁹ Die Rechtsprechung hat sich – soweit ersichtlich – mit dieser Frage jedoch noch nicht befasst.

c) Eigenverbrauch als unentgeltliche Wertabgabe

Sofern die Photovoltaikanlage dem Unternehmen des Anlagenbetreibers ganz oder teilweise zugeordnet worden ist, könnte der **Eigenverbrauch als sogenannte unentgeltliche Wertabgabe** nach § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG seinerseits der Umsatzsteuer unterliegen. Sofern die Voraussetzungen der Wertabgabenbesteuerung vorliegen, wäre in einem zweiten Schritt zu klären, wie die Bemessungsgrundlage hierfür bestimmt wird.

aa) Voraussetzungen der Wertabgabenbesteuerung

Nach § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG wird die **Entnahme** eines Gegenstandes durch einen Unternehmer aus seinem Unternehmen für Zwecke, die außerhalb des Unternehmens liegen, **einer Lieferung gegen Entgelt gleichgestellt**; sie unterliegt somit nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG auch der Umsatzsteuer. Eine solche Entnahme erfordert hierbei – im Gegensatz zur allgemeinen Lieferung von Gegenständen nach § 3 Abs. 1 UStG – nicht notwendigerweise, dass einem Abnehmer die Verfügungsmacht verschafft wird; ausreichend ist vielmehr, dass der betreffende Gegenstand für eigene nichtunternehmerische Zwecke entnommen wird.¹³⁰ Voraussetzung für das Vorliegen einer unentgeltlichen Wertabgabe ist jedoch, dass der **Gegenstand** oder seine Bestandteile **zum vollen oder teilweisen Vorsteuerabzug** berechtigt haben (s. § 3 Abs. 1b Satz 2 UStG).

Elektrizität bzw. Strom gilt nach Art. 15 Abs. 1 MwStSystRL für Zwecke des Umsatzsteuerrechts als Gegenstand. Nutzt bzw. verbraucht der Betreiber einer Photovoltaikanlage den hieraus selbst erzeugten Strom für unternehmensfremde (private) Zwecke, entnimmt er diesen Strom seinem Unternehmen, so dass der Tatbestand einer unentgeltlichen Wertabgabe grundsätzlich erfüllt ist. Dies gilt prinzipiell unabhängig davon, ob die Anlage durch eine natürliche Person, eine Personen- oder Kapitalgesellschaft oder einen Verein betrieben wird.¹³¹ Da infolge der Neuregelung des EEG auch keine Vergütung mehr vom Netzbetreiber für den vom Anlagenbetreiber selbst verbrauchten Strom gezahlt werden muss, kann dieser Strom auch nicht Gegenstand einer (allgemeinen) Lieferung nach § 3 Abs. 1 UStG an den

¹²⁹ Vgl. insofern das Beispiel bei *Wagner*, in: Sölch/Ringleb, UStG, Stand: 68. EL (September 2012), § 15 Rn. 272; s. auch *Heidner*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 15a Rn. 12.

¹³⁰ BFH, Urt. vom 12.12.2012 – XI R 3/10, BFH/NV 2013, 661, Tz. 15.

¹³¹ Vgl. Abschn. 3.2 Abs. 1 Satz 2 UStAE.

Netzbetreiber sein;¹³² die **Annahme einer Hin- und Rücklieferung** (wie grundsätzlich unter Geltung der alten Vorschriften des EEG) in Bezug auf den vom Anlagenbetreiber selbst verbrauchten Stroms **kommt insofern nicht mehr in Betracht**.¹³³

Die Steuerbarkeit der Entnahme setzt jedoch auch voraus, dass der Gegenstand „Strom“ bzw. seine Bestandteile zum vollen oder teilweisen Vorsteuerabzug berechtigt haben.¹³⁴ Da der Strom vom Betreiber einer Photovoltaikanlage selbst erzeugt wird, **unterlag er als Produkt selbst nicht der Umsatzsteuer** und konnte dementsprechend auch nicht zum Vorsteuerabzug berechtigen. Zum Vorsteuerabzug haben bei der – als Vorbedingung für eine Wertabgabe erforderlichen – (vollumfänglichen oder anteiligen) Zuordnung einer Photovoltaikanlage zum unternehmerischen Bereich **lediglich der Gegenstand „Photovoltaikanlage“** bzw. die auf diese Anlage entfallenden Anschaffungs- oder Herstellungskosten berechtigt. Fraglich ist insofern, ob es für das Vorliegen einer unentgeltlichen Wertabgabe ausreichend ist, dass das **nicht entnommene Produktionsmittel**, nicht aber das entnommene Produkt, zum Vorsteuerabzug berechtigt hat. Da der Zweck der Regelung des § 3 Abs. 1b Satz 2 UStG darin liegt, den beim Erwerb des entnommenen Gegenstandes vorgenommenen **Vorsteuerabzug zu neutralisieren**,¹³⁵ wird man diese Frage bejahen müssen. Denn es kann insofern keinen Unterschied machen, ob das zum Vorsteuerabzug berechtigende Produktionsmittel entnommen wird und dann das Produkt außerhalb des unternehmerischen Bereichs erzeugt wird oder ob lediglich das Produkt entnommen wird, wenn das **Produktionsmittel typischerweise allein auf die Erzeugung bzw. Herstellung des Produkts ausgerichtet** ist. Dieser Gedanke kommt auch in der Besteuerung unentgeltlicher Leistungen nach § 3 Abs. 9a Nr. 1 UStG zum Ausdruck. Danach wird die Verwendung eines dem Unternehmen zugeordneten Gegenstandes, der zum (vollen oder anteiligen) Vorsteuerabzug berechtigt hat, für unternehmensfremde Zwecke einer sonstigen Leistung gegen Entgelt gleichgestellt und unterliegt folglich der Umsatzsteuer. Hierbei muss gerade die Verwendung des Gegenstandes die erbrachte unentgeltliche Leistung charakterisieren.¹³⁶ Mündet eine solche unternehmensfremde Verwendung also in eine steuerbare sonstige Leistung, kann für die Verwendung eines Unterneh-

¹³² Vgl. Abschn. 2.5 Abs. 7 Satz 4 UStAE.

¹³³ Vgl. insofern abermals Abschn. 2.5 Abs. 7 Satz 4 UStAE.

¹³⁴ Vgl. *Stadie*, UStG, 2. Aufl., Köln 2012, § 3 Rn. 64.

¹³⁵ Vgl. *Stadie*, UStG, 2. Aufl., Köln 2012, § 3 Rn. 56. – Gleichwohl kann die Umsatzsteuer auf die unentgeltliche Wertabgabe langfristig den vorgenommenen Vorsteuerabzug auch übersteigen. Beim Eigenverbrauch des mittels einer Photovoltaikanlage selbst erzeugten Stroms kann dies insbesondere der Fall sein, wenn als Bemessungsgrundlage für die unentgeltliche Wertabgabe im Sinne des § 3 Abs. 1b Satz 2 UStG nicht auf die Selbstkosten, sondern auf den Einkaufspreis abgestellt wird.

¹³⁶ *Heidner*, in: Bunjes, UStG, 11. Aufl., München 2012, § 3 Rn. 262. Dies ist z.B. bei der Überlassung einer betrieblichen Wohnung für private Zwecke der Fall, vgl. Abschn. 3.4 Abs. 7 UStAE.

mensgegenstandes, die in die Erzeugung eines Gegenstandes mündet, der anschließend entnommen wird, nichts anderes gelten. Auch diese Entnahme des erzeugten Gegenstandes muss der Umsatzsteuer unterliegen. Diese Auffassung steht auch in Einklang mit der Rechtsprechung des BFH, der in seinem Urteil vom 12. Dezember 2012 zwar auf dieses Problem nicht näher eingegangen ist, im Ergebnis aber die Anwendung des § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG bei der Entnahme von Strom aus einem (mit einer Photovoltaikanlage vergleichbaren) Blockheizkraftwerk bejaht hat.¹³⁷ Somit ist es für das Vorliegen einer unentgeltlichen Wertabgabe im Sinne des § 3 Abs. 1b Nr. 1 UStG bei der Erzeugung von Strom mittels einer Photovoltaikanlage **ausreichend**, dass lediglich die **Photovoltaikanlage zum (vollen oder anteiligen) Vorsteuerabzug berechtigt hat**, nicht aber der erzeugte Strom selbst.

Beispiel:

P erwirbt eine Photovoltaikanlage, die er zu 30% nichtunternehmerisch und zu 70% unternehmerisch nutzt, indem er 30% des in der Anlage erzeugten Stroms für private Zwecke selbst verbraucht und die übrige Strommenge gegen Inanspruchnahme einer EEG-Vergütung dem Netzbetreiber andient. Er ordnet die Anlage zu 70% seinem unternehmerischen Bereich zu. Damit steht ihm auch der Vorsteuerabzug aus den Anschaffungskosten der Photovoltaikanlage nur zu 70% zu. Eine Wertabgabenbesteuerung nach § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG in Bezug auf den zum Eigenverbrauch entnommenen Strom kommt aufgrund der lediglich anteiligen Zuordnung der Anlage zum Unternehmensvermögen nicht in Betracht.

Soweit P im Folgejahr aufgrund eines auf 50% erhöhten Eigenverbrauchs nur 50% der erzeugten Strommenge gegen Inanspruchnahme einer EEG-Vergütung dem Netzbetreiber andient, liegt in Höhe von 20% der erzeugten Strommenge eine steuerbare unentgeltliche Wertabgabe im Sinne des § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG vor, da der Eigenverbrauch insoweit den nicht dem unternehmerischen Bereich zugeordneten Anteil der Photovoltaikanlage (= 30%) übersteigt.

bb) Bemessungsgrundlage für die unentgeltliche Wertabgabe

Da Verbrauch von Strom, der mittels einer Photovoltaikanlage erzeugt wurde, für unternehmensfremde (private) Zwecke eine unentgeltliche Wertabgabe im Sinne des § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG darstellt, ist in einem zweiten Schritt zu klären, wie die **Bemessungsgrundlage** hierfür zu bestimmen ist. Die Regelungen zur Bemessungsgrundlage für Lieferungen und sonstige Leistungen finden sich in § 10 UStG. Nach § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 UStG wird der Umsatz bei unentgeltlichen Wertabgaben im Sinne des § 3 Abs. 1b UStG nach dem **Einkaufspreis zuzüglich der Nebenkosten** für den Gegenstand oder für einen gleichartigen Gegenstand o-

¹³⁷ BFH, Urt. vom 12.12.2012 – XI R 3/10, BFH/NV 2013, 661, Tz. 15.

der mangels eines Einkaufspreises nach den **Selbstkosten**, jeweils zum Zeitpunkt des Umsatzes, bemessen.

Die Selbstkosten sind also nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 UStG („*mangels eines Einkaufspreises*“) nur dann anzusetzen, wenn ein Einkaufspreis für den entnommenen Gegenstand oder für einen gleichartigen Gegenstand nicht zu ermitteln ist.¹³⁸ Maßgebend ist also in erster Linie der Einkaufspreis, der **Ansatz der Selbstkosten** ist hingegen **subsidiär**.¹³⁹ Der Einkaufspreis entspricht in der Regel dem Wiederbeschaffungspreis im Zeitpunkt des Umsatzes, hier also im Zeitpunkt der Entnahme.¹⁴⁰ Daraus folgt, dass es keineswegs auf einen tatsächlichen Einkaufspreis ankommt, der bei selbst hergestellten Gegenständen – wie hier dem Strom – grundsätzlich nicht vorliegen kann.¹⁴¹ Aus dem Umstand, dass stets der Einkaufspreis (oder Selbstkostenpreis) im Zeitpunkt der Entnahme anzusetzen ist, folgt unseres Erachtens vielmehr, dass im Rahmen des § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 UStG **auf einen fiktiven Einkaufspreis abzustellen** ist.¹⁴² Denn wenn das Umsatzsteuergesetz auf die zum Zeitpunkt des Umsatzes (der Entnahme) feststellbaren Einkaufspreise für gleiche oder gleichartige Gegenstände abstellt, können dies naturgemäß nicht die Preise sein, die für die entnommenen Gegenstände bei deren Einkauf tatsächlich bezahlt worden sind.¹⁴³ Für die Ermittlung des Einkaufspreises ist es hierbei ausreichend, den Einkaufspreis **für einen gleichartigen Gegenstand**, also für Strom, zu ermitteln; in welchem Produktionsprozess dieser Strom geschaffen wurde (Photovoltaik, Windkraft, etc.), ist hingegen unerheblich.¹⁴⁴ Nach anderer Auffassung der Generalanwältin *Sharpston* erscheint es zwar fraglich, ob in Fällen, in denen sich ein Selbstkostenpreis tatsächlich errechnen lässt, ein Einkaufspreis für vergleichbare Gegenstände angesetzt werden darf, der höher oder niedriger als der Selbstkostenpreis sein könnte.¹⁴⁵ Eine solche Betrachtungsweise dürfte unseres Erachtens – vorbehaltlich einer Entscheidung des EuGH – jedoch in Widerspruch zu der in Art. 11 MwStSystRL sowie § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 UStG angeordneten Subsidiarität der Selbstkosten gegenüber dem (fiktiven) Einkaufspreis stehen. Die Bemessungsgrundlage für den Verbrauch von Strom, der mittels

¹³⁸ BFH, Urt. vom 12.12.2012 – XI R 3/10, BFH/NV 2013, 661; Abschn. 10.6 Abs. 1 Satz 3 UStAE.

¹³⁹ BFH, Urt. vom 12.12.2012 – XI R 3/10, BFH/NV 2013, 661.

¹⁴⁰ Vgl. Abschn. 10.6 Abs. 1 Satz 2 UStAE.

¹⁴¹ Anders aber zuvor FG Niedersachsen, Urt. vom 10.9.2009 – 16 K 41/09, DStRE 2010, 1386, das daher mangels tatsächlichen Einkaufspreises die Selbstkosten ansetzen will. Ebenfalls für den Ansatz von Selbstkosten *Peyerl*, SWK 2010, 905 (909).

¹⁴² So auch BFH, Urt. vom 12.12.2012 – XI R 3/10, BFH/NV 2013, 661, Tz. 28.

¹⁴³ BFH, Urt. vom 12.12.2012 – XI R 3/10, BFH/NV 2013, 661.

¹⁴⁴ Vgl. BFH, Urt. vom 12.12.2012 – XI R 3/10, BFH/NV 2013, 661.

¹⁴⁵ Vgl. GA *Sharpston*, Schl.Antr. vom 7.3.2013, Rs. C-219/12 – FUCHS, BeckRS 2013, 80497, Tz. 39.

einer Photovoltaikanlage hergestellt wurde, für unternehmensfremde (private) Zwecke, bestimmt sich folglich nach dem Einkaufspreis; hierfür wird regelmäßig auf den Preis (einschließlich etwaiger Steuern und Abgaben, allerdings ohne die Umsatzsteuer¹⁴⁶) des vom Vertrags-Energieversorgungsunternehmen des Anlagenbetreibers erzeugten Stroms abzustellen sein.¹⁴⁷ Zwar hat sich die Rechtsprechung – soweit ersichtlich – bisher nicht mit der Frage befasst, welcher Stromtarif der Ermittlung des Einkaufspreises zugrunde zu legen ist. Denkbar erscheint es jedoch, insofern – in Anlehnung an die Berechnung des Teilwerts einer Entnahme im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG¹⁴⁸ – auf den Tarif des allgemeinen Strom-Mixes und nicht etwa auf einen besonderen Ökostrom-Tarif abzustellen.

Für den Anlagenbetreiber stellt sich bei der Zugrundelegung des Einkaufspreises als Bemessungsgrundlage der unentgeltlichen Wertabgabe nach § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG die Schwierigkeit, dass die Entwicklung des insofern heranzuziehenden Strompreises zum Zeitpunkt der Zuordnungsentscheidung nicht vorhersehbar ist, wohingegen die Selbstkosten – die grundsätzlich durch Verteilung der Anschaffungs- und Herstellungskosten der Photovoltaikanlage auf die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von 20 Jahren zu ermitteln sind¹⁴⁹ – bereits zum Zeitpunkt der Zuordnungsentscheidung bestimmt werden können. Ist zu prognostizieren, dass der Barwert des über die gesamte Nutzungsdauer der Photovoltaikanlage kumulierten Einkaufspreises des selbst verbrauchten Stroms die entsprechenden Selbstkosten übersteigt, kann es für den Anlagenbetreiber betriebswirtschaftlich sinnvoll sein, die Anlage nur anteilig im Umfang des nicht selbst verbrauchten Stroms dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen und damit einer Wertabgabenbesteuerung nach § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG zu entgehen.

Beispiel:

P lässt eine Photovoltaikanlage mit einer installierten Leistung von 5 kWp, die jährlich 5.000 kWh Strom erzeugt, auf dem Dach seines Einfamilienhauses installieren. Die Anschaffungskosten betragen 10.000 € zzgl. 1.900 € Umsatzsteuer. Im Jahr der Anschaffung speist P 3.000 kWh des selbst erzeugten Stroms in das öffentliche Versorgungsnetz ein, die übrigen 2.000 kWh (also 40% der Gesamtstrommenge) werden von P zu privaten Zwecken verbraucht. Sofern P die Photovoltaik-

¹⁴⁶ Entgelt im Sinne des Umsatzsteuerrechts ist alles, was der Leistungsempfänger aufwendet, um die Leistung zu erhalten, jedoch abzüglich der Umsatzsteuer, vgl. § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG.

¹⁴⁷ So etwa BFH, Urt. vom 12.12.2012 – XI R 3/10, BFH/NV 2013, 661.

¹⁴⁸ Vgl. insofern OFD Niedersachsen, VfG. vom 17.9.2010 – S 2240 – 160 – St 221/St 222, DStR 2010, 2305 (2306).

¹⁴⁹ Hinsichtlich der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer einer Photovoltaikanlage s. Ziffer 3.1.6 der amtlichen AfA-Tabelle des BMF für die allgemein verwendbaren Anlagegüter (abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de).

anlage – trotz der anteiligen privaten Nutzung – vollständig seinem Unternehmen zuordnet, kann er den vollen Vorsteuerbetrag in Höhe von 1.900 € geltend machen. In diesem Fall unterliegt der Eigenverbrauch des selbst erzeugten Stroms als unentgeltliche Wertabgabe im Sinne des § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG allerdings der Umsatzsteuer.

Als Bemessungsgrundlage der unentgeltlichen Wertabgabe ist gemäß § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 UStG vorrangig der Einkaufspreis anzusetzen. Unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Strompreises für Privathaushalte von 0,23 €/kWh (ohne Umsatzsteuer) ist der Eigenverbrauch pro Jahr also mit 460 € (2000 kWh × 0,23 €/kWh) zu bemessen; gemäß § 12 Abs. 1 UStG beträgt die hierauf anfallende Umsatzsteuer dementsprechend 87,40 € (460 € × 19%).

Bei einer betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer der Photovoltaikanlage von 20 Jahren würde – ein Gleichbleiben des Strompreises vorausgesetzt – Umsatzsteuer für den Eigenverbrauch von insgesamt 1748 € (20 Jahre × 87,40 €) entstehen. Der für den nichtunternehmerisch genutzten Teil der Photovoltaikanlage in Anspruch genommene Vorsteuerabzug beträgt hingegen lediglich 760 € (1.900 € × 40%). Im konkreten Fall wäre daher – unter Außerachtlassung einer betriebswirtschaftlichen grundsätzlich vorzunehmenden Abzinsung und sonstiger relevanter Faktoren – eine nur anteilige Zuordnung der Photovoltaikanlage im Umfang ihrer unternehmerischen Nutzung (60%) und die Inanspruchnahme eines entsprechenden anteiligen Vorsteuerabzugs (1.140 €) für den Anlagenbetreiber grundsätzlich vorteilhaft, da der Eigenverbrauch dann keiner Umsatzsteuer unterläge (soweit er nicht mehr als 40% der erzeugten Strommenge ausmacht).

3.3.2 Stromsteuer

a) Ausgangspunkt

Die Stromsteuer wurde zum 1. April 1999 eingeführt, um – so die Gesetzesbegründung – Energie durch höhere Besteuerung zu verteuern und eine „ökologische Steuerreform“ einzuleiten.¹⁵⁰ Gegenstand der Stromsteuer ist gemäß § 1 StromStG **elektrischer Strom** der Position 2716 der Warennomenklatur nach Art. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2658/87 des Rates vom 23. Juli 1987 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif (Abl. EG Nr. L 256 S. 1, Nr. L 341 S. 38, Nr. L 378 S. 120, 1988 Nr. L 130 S. 42) in der am 1. Januar 2002 geltenden Fassung. Bei der Stromsteuer handelt es sich um eine **besondere Verbrauchsteuer** im Sinne des Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG; als besondere Verbrauchsteuer ist die Stromsteuer eine **indirekte Steuer**, die der Steuerschuldner (typischerweise der Versorger) grundsätzlich über den Strompreis auf den Verbraucher abwälzt. Das Aufkommen der Stromsteuer steht gemäß Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG ausschließlich dem Bund zu. Die Bestimmungen des

¹⁵⁰ BT-Drs. 14/40, 1.

Stromsteuergesetzes sind im Lichte der Richtlinie 2003/96/EG des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom („Energiesteuer-Richtlinie“) auszulegen.

Zentrale Begriffe des Stromsteuerrechts sind der **Begriff des „Versorgers“** und der **Begriff des „Eigenerzeugers“**; beide Begriffe werden in § 2 StromStG legal definiert. An die Qualifikation als Versorger oder Eigenerzeuger knüpfen sich gewichtige Rechtsfolgen. Wenn ein Versorger Strom leistet oder zum Selbstverbrauch aus dem Leitungsnetz entnimmt oder ein Eigenerzeuger Strom zum Selbstverbrauch entnimmt, wird ein Steueratbestand verwirklicht (§ 5 Abs. 1 StromStG). Wird ein Steueratbestand verwirklicht (und greift kein Befreiungstatbestand ein), ist entweder der Versorger oder der Eigenerzeuger **Steuerschuldner** (§ 5 Abs. 2 StromStG). Wer als Versorger Strom leisten oder als Eigenerzeuger Strom zum Selbstverbrauch entnehmen will, bedarf grundsätzlich einer **Erlaubnis** nach § 4 StromStG. Außerdem knüpfen einzelne Steuerbefreiungstatbestände an den Begriff des Eigenerzeugers an (z.B. § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StromStG).

Ausgangspunkt der stromsteuerrechtlichen Analyse des Eigenverbrauchs von selbsterzeugtem Strom aus Photovoltaikanlagen muss daher die **Auslegung der Begriffe des Versorgers und des Eigenerzeugers** sein. Daran anknüpfend wird zu untersuchen sein, ob und unter welchen Voraussetzungen der Eigenverbrauch des selbsterzeugten Stroms der Stromsteuer unterliegt und ob der Eigenverbrauch von selbsterzeugtem Strom durch den Betreiber einer Photovoltaikanlage eine Erlaubnispflicht begründet.

b) Anlagenbetreiber als Versorger oder Eigenerzeuger

aa) Versorger

Der **Begriff des Versorgers** wird grundsätzlich in § 2 Nr. 1 StromStG legal definiert; danach ist Versorger grundsätzlich **derjenige, der Strom leistet**. Damit wäre grundsätzlich jeder Betreiber einer Photovoltaikanlage, der aufgrund eines gesetzlichen Schuldverhältnisses mit dem Netzbetreiber nach dem EEG Strom in das allgemeine Versorgungsnetz einspeist, als Versorger anzusehen.

Der gesetzlich bestimmte Begriff des Versorgers wird jedoch durch § 1a StromStV **modifiziert**; eine entsprechende Verordnungsermächtigung enthält § 11 Nr. 3 StromStG. Nach § 1a Abs. 4 StromStV ist, wer Strom in Anlagen mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu zwei Megawatt erzeugt und ausschließlich diesen Strom leistet, nur dann Versorger, wenn er den **Strom an Letztverbraucher leistet** und dieser Strom nicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG von der Steuer befreit ist.

Da die vorliegend in Rede stehenden Photovoltaikanlagen häufig eine elektrische **Nennleistung von deutlich weniger als zwei Megawatt** haben,¹⁵¹ kommt es für die Einordnung des Betreibers als Versorger regelmäßig darauf an, ob er den Strom (auch) an Letztverbraucher leistet und die Voraussetzungen der Steuerbefreiungsvorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG erfüllt sind.

(1) Leistung an Letztverbraucher

Weder das Stromsteuergesetz noch die Stromsteuer-Durchführungsverordnung enthalten eine eigenständige Bestimmung des Begriffs des Letztverbrauchers. Ausweislich der Gesetzesbegründung wurde der Begriff dem Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) entnommen.¹⁵² In dessen aktueller Fassung wird der **Letztverbraucher** als natürliche oder juristische Person definiert, die **Energie für den eigenen Verbrauch kauft** (§ 3 Nr. 25 EnWG). Die Begriffe des Versorgers und des Letztverbrauchers schließen sich gegenseitig aus.¹⁵³

An einer Leistung an einen Letztverbraucher fehlt es daher im Falle der Leistung von Strom an einen Versorger **aufgrund eines gesetzlichen Schuldverhältnisses nach dem EEG**. Eine Leistung an einen Letztverbraucher liegt aber auch insoweit nicht vor, als der Anlagenbetreiber den in der Photovoltaikanlage erzeugten Strom **selbst verbraucht**; denn eine Leistung setzt stets eine vertragliche oder gesetzliche Beziehung zwischen zwei oder mehr natürlichen oder juristischen Personen voraus.¹⁵⁴

Eine Leistung von Strom an einen Letztverbraucher liegt dagegen vor, wenn der Anlagenbetreiber aufgrund einer vertraglichen Beziehung Strom auch **an Personen liefert, die den Strom zum Verbrauch kaufen**. Dies ist der Fall in der Konstellation des Direktverbrauchs durch Dritte (dazu unter 3.3.2) und in der Konstellation der sog. Direktvermarktung, bei dem an Letztverbraucher unter Nutzung des öffentlichen Netzes Strom geliefert wird. In diesem Fall ist der Betreiber der Photovoltaikanlage jedoch nur dann als Versorger einzustufen, wenn auf die Leistungen an die Letztverbraucher nicht die Steuerbefreiungsvorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG anzuwenden ist.

¹⁵¹ Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass die hier in Rede stehenden Photovoltaikanlagen eine elektrische Nennleistung von nicht mehr als zwei Megawatt haben. Der Anlagenbetreiber ist nach der Rechtsprechung des BFH jedoch jeweils verpflichtet, durch geeignete Unterlagen (z.B. durch Anlagen-Datenblätter oder Typenschilder) den Nachweis über die Höhe der Nennleistung zu führen, vgl. BFH, Urteil vom 7. Juni 2011 – VII R 55/09, BFH/NV 2011, 1973.

¹⁵² Vgl. BT-Drs. 14/40, 11.

¹⁵³ *Milewski*, in: Möhlenkamp/Milewski, EnergieStG/StromStG, 2012, § 2 StromStG Rz. 20.

¹⁵⁴ Vgl. *Soyk*, Energie- und Stromsteuerrecht, 3. Aufl. 2013, Kap. 15 Rz. 3.

(dazu im Folgenden unter (2)).

(2) Steuerbefreiungsvorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG

Der ökologischen Zielsetzung des Stromsteuergesetzes entsprechend soll Strom, der aus regenerativen Energieträgern gewonnen wurde, grundsätzlich von der Steuer befreit sein.¹⁵⁵ Eine entsprechende **Steuerbefreiung** sieht § 9 Abs.1 Nr. 1 StromStG vor. Danach ist **Strom aus erneuerbaren Energieträgern begünstigt**. Dazu gehört nach § 2 Nr. 7 StromStG unter anderem Strom, der aus Sonnenenergie erzeugt wird. Diese Voraussetzung ist bei Strom, der ausschließlich aus einer Photovoltaikanlage stammt, erfüllt.

Weitere Voraussetzung für die Steuerbefreiung nach § 9 Abs.1 Nr. 1 StromStG ist, dass der Strom aus einem ausschließlich aus begünstigten Energieträgern gespeisten Netz oder einer entsprechenden Leitung entnommen wird. Es reicht daher nicht aus, wenn der Strom zwar im ersten Schritt in einer Photovoltaikanlage erzeugt wurde, dann aber im zweiten Schritt über das öffentliche Netz an einen Letztverbraucher abgegeben wird. Nur wenn der in der Photovoltaikanlage erzeugte Strom **direkt** – also ohne Umweg über das öffentliche Netz – an einen Letztverbraucher abgegeben wird, greift die Steuerbefreiung des § 9 Abs.1 Nr. 1 StromStG ein.

Damit ist der **Betreiber einer Photovoltaikanlage**, der den selbsterzeugten Strom ausschließlich an einen Energieversorger leistet oder zu den in diesem Gutachten zu untersuchenden Zwecken – dem Eigenverbrauch oder dem Direktverbrauch durch Dritte ohne Nutzung des öffentlichen Netzes – verwendet, **nicht als Versorger anzusehen**. Wenn er jedoch daneben im Wege der sog. Direktvermarktung Strom über das öffentliche Netz an Letztverbraucher leistet, wird er zum Versorger.

bb) Eigenerzeuger

Neben dem Versorger und dem Letztverbraucher ist der **Eigenerzeuger** die dritte Kernfigur des Stromsteuergesetzes.¹⁵⁶ Eigenerzeuger ist gemäß § 2 Nr. 2 StromStG derjenige, der **Strom zum Selbstverbrauch erzeugt**. Die Begriffe des Versorgers und des Eigenerzeugers schließen sich gegenseitig aus, wobei der Begriff des Eigenerzeugers gegenüber dem Begriff des Versorgers **subsidiär** ist; d.h. ein Eigenerzeuger, der Strom an andere leistet (wenn er nicht ausnahmsweise nach § 1a Abs. 4 StromStV trotzdem kein Versorger ist), wird zum Versorger.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 14/40, S. 12.

¹⁵⁶ Milewski, in: Möhlenkamp/Milewski, EnergieStG/StromStG, 2012, § 2 StromStG Rz. 21.

¹⁵⁷ Wundrack, in: Bongartz, EnergieStG/StromStG, Loseblatt, Stand: März 2012, § 2 Rz. 15; Milewski, in: Möhlenkamp/Milewski, EnergieStG/StromStG, 2012, § 2 StromStG Rz. 21.

Der Betreiber einer Photovoltaikanlage ist daher Eigenerzeuger, wenn

- er – was in der Praxis selten vorkommen dürfte – Strom **ausschließlich** zum Eigenverbrauch erzeugt oder
- er zwar an Dritte Strom leistet, aufgrund der **Ausnahmeregelung** des § 1a Abs. 4 StromStV aber kein Versorger ist, weil seine Leistungsempfänger entweder ausschließlich Versorger sind oder er zwar (auch) an Letztverbraucher Strom leistet, diesen Strom aber - was in der Praxis auch eher der Ausnahmefall sein dürfte – aus einem ausschließlich mit Strom aus erneuerbaren Energieträgern gespeisten Netz oder einer entsprechenden Leitung entnimmt (vgl. oben aa)(2)).

cc) Zwischenergebnis

Wer eine Photovoltaikanlage mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu zwei Megawatt betreibt, ist gemäß § 2 Nr. 2 StromStG **Eigenerzeuger**, wenn er den selbsterzeugten Strom, den er nicht gegen eine feste EEG-Vergütung an einen Energieversorger leistet, ausschließlich selbst verbraucht. Aber auch der Direktverbrauch durch Dritte ohne Nutzung des öffentlichen Netzes begründet gem. § 1a Abs. 4 StromStV keine Versorgereigenschaft.

Ein Anlagenbetreiber, der den in der Photovoltaikanlage erzeugten Strom auch im Wege der Direktvermarktung über das öffentliche Versorgungsnetz an Letztverbraucher leistet, ist unseres Erachtens ein Versorger im Sinne des § 2 Nr. 1 StromStG.

c) Steuerbarkeit und Steuerbefreiungen

Stromsteuer entsteht, wenn ein steuerbarer Vorgang verwirklicht wird und kein Steuerbefreiungstatbestand eingreift.

aa) Grundsätzliche Steuerbarkeit

Ein **steuerbarer Vorgang** wird dadurch verwirklicht, dass vom im Steuergebiet ansässigen Versorger geleisteter Strom **durch Letztverbraucher** aus dem Versorgungsnetz **entnommen** wird, oder dadurch, dass der Versorger dem Versorgungsnetz Strom **zum Selbstverbrauch entnimmt** (§ 5 Abs. 1 Satz 1 StromStG). Bei Eigenerzeugern ist die Entnahme von Strom zum Selbstverbrauch steuerbar, ohne dass sie aus einem Versorgungsnetz erfolgen muss (§ 5 Abs. 1 Satz 2 StromStG).

Das Gesetz enthält keine Definition des **Begriffs des „Versorgungsnetzes“**. Die Rechtsprechung hat sich mit der Auslegung des Begriffs soweit ersichtlich bislang nicht explizit befasst. Es stellt sich die Frage, ob das Versorgungsnetz im Sinne des § 5 StromStG – entsprechend der Definition des Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung gemäß § 3 Nr. 17 EnWG – nur das öffentliche Netz um-

fasst¹⁵⁸ oder ob auch die zu einem Kraftwerk (hier: zu einer Photovoltaikanlage) gehörenden Leitungen Teil des Versorgungsnetzes sind¹⁵⁹. Würden die zu einem Kraftwerk gehörenden Leitungen nicht Teil des Versorgungsnetzes sein, wäre die Entnahme von Strom durch einen Versorger aus den Kraftwerksleitungen bereits nicht steuerbar. Die Steuerbefreiungsvorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG, die einen steuerbaren Vorgang voraussetzt, würde in diesem Fall ins Leere gehen;¹⁶⁰ die Bezugnahme auf § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG in § 1a Abs. 4 StromStG wäre praktisch weitgehend ohne Bedeutung, da die Leistung von Strom an einen Letztverbraucher ausschließlich über das Kraftwerksnetz bereits nicht unter § 5 Abs. 1 Satz 1 StromStG fiele. Dies spricht dafür, die Kraftwerksleitungen (hier: die **Leitungen einer Photovoltaikanlage) als Teil des Versorgungsnetzes anzusehen.**¹⁶¹ Darauf, dass diese Auslegung auch der Auffassung des BFH entspricht, deutet im Übrigen auch die Begründung des Urteils vom 20. April 2004¹⁶² hin, in dem der BFH feststellte, dass der Steuerbefreiungstatbestand des § 9 Abs. 1 Nr. 3 StromStG a.F. bei einer Nutzung des öffentlichen Netzes nicht von vorneherein ausscheide. Daraus lässt sich der Rückschluss ziehen, dass der BFH die Vorschrift (jedenfalls auch) für den Fall der Leistung von Strom unter Vermeidung des öffentlichen Netzes für anwendbar hält; die Befreiungsvorschrift ist aber steuersystematisch nur anwendbar, wenn im ersten Schritt ein steuerbarer Vorgang bejaht wird. Unseres Erachtens ist daher auch die **Entnahme von Strom durch einen Versorger** aus einer Kraftwerksleitung ein **steuerbarer Vorgang**.

Der Eigenverbrauch ist daher unseres Erachtens grundsätzlich unabhängig davon steuerbar, ob der Betreiber der Photovoltaikanlage als Versorger oder als Eigenzeuger anzusehen ist. Wenn keine Steuerbefreiungsvorschrift eingreift, fällt daher beim Eigenverbrauch Stromsteuer an.

bb) Steuerbefreiungstatbestände

(1) § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG

Wenn der Strom von dem Betreiber der Photovoltaikanlage direkt – also ohne Umweg über das öffentliche Versorgungsnetz – entnommen wird, greift die bereits oben (unter b)aa)(2)) diskutierte **Steuerbefreiungsvorschrift** des § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG ein. Damit ist der Eigenverbrauch von Strom, der in einer Photovoltaikanlage erzeugt wurde, durch den Anlagenbetreiber steu-

¹⁵⁸ So *Köthe*, in: Friedrich/Meißner, Energiesteuern, Loseblatt, Stand: Oktober 2011, § 5 StromStG Rz. 15.

¹⁵⁹ So *Milewski*, in: Möhlenkamp/Milewski, EnergieStG/StromStG, 2012, § 5 StromStG Rz. 6f.

¹⁶⁰ So auch *Milewski*, in: Möhlenkamp/Milewski, EnergieStG/StromStG, 2012, § 5 StromStG Rz. 6f.

¹⁶¹ So auch *Milewski*, in: Möhlenkamp/Milewski, EnergieStG/StromStG, 2012, § 5 StromStG Rz. 6f.; a.A. *Köthe*, in: Friedrich/Meißner, Energiesteuern, Loseblatt, Stand: Oktober 2011, § 5 StromStG Rz. 15.

¹⁶² BFH, Urteil vom 20. April 2004 – VII R 54/03, BFH/NV 2004, 1607.

erfrei – und zwar unabhängig davon, ob der Anlagenbetreiber als Versorger oder als Eigenerzeuger anzusehen ist.

(2) § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StromStG

Wenn der Betreiber der Photovoltaikanlage **Eigenerzeuger** ist, kommt daneben der **Befreiungstatbestand des § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StromStG** in Betracht. Nach dieser Vorschrift ist Strom, der in Anlagen mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu zwei Megawatt erzeugt wird und vom Betreiber der Anlage als Eigenerzeuger im räumlichen Zusammenhang zu der Anlage zum Selbstverbrauch entnommen wird, von der Steuer befreit. Für die stromsteuerrechtliche Behandlung des Eigenverbrauchs hat § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StromStG jedoch **keine eigenständige Bedeutung**, da insoweit bereits der Steuerbefreiungstatbestand des § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG einschlägig ist (dazu oben unter (1)). Seine eigentliche Bedeutung erlangt § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StromStG bei der **Frage der Erlaubnispflicht**; daher soll die Bestimmung auch erst im Zusammenhang mit der Erlaubnispflicht (siehe dazu im Folgenden unter d)) näher erörtert werden.

Beispiel 1:

P betreibt auf einem landwirtschaftlich genutzten Gebäude eine Photovoltaikanlage mit einer elektrischen Nennleistung von 40 kW. Von der erzeugten Strommenge entnimmt P 30% für den landwirtschaftlichen Betrieb zum Eigenverbrauch. Die verbleibenden 70% der Strommenge werden gegen Zahlung einer festen Vergütung nach dem EEG in das öffentliche Versorgungsnetz eingespeist und von dem Netzbetreiber an der Strombörse verkauft.

P ist Eigenerzeuger im Sinne des § 2 Nr. 2 StromStG, da nicht er, sondern der Netzbetreiber den erzeugten Strom an einen Letztverbraucher liefert, vgl. § 1a Abs. 4 StromStG. Die Entnahme von Strom zum Eigenverbrauch stellt einen steuerbaren Vorgang nach § 5 Abs. 1 Satz 2 StromStG dar, der gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG steuerbefreit ist. Soweit der selbst erzeugte Strom in das öffentliche Versorgungsnetz eingespeist wird, handelt es sich nicht um einen steuerbaren Vorgang im Sinne des § 5 Abs. 1 StromStG.

Beispiel 2:

F betreibt eine Freiflächen-Photovoltaikanlage mit einer elektrischen Nennleistung von 7 MW. Der in der Photovoltaikanlage erzeugte Strom wird zum Zweck der Geltendmachung der EEG-Marktpremie unter Nutzung des öffentlichen Versorgungsnetzes direkt an Letztverbraucher vermarktet.

F ist in diesem Fall Versorger im Sinne des § 2 Nr. 1 StromStG, da er Strom an einen Letztverbraucher leistet. Dies stellt einen steuerbaren Vorgang im

Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StromStG dar. Eine Steuerbefreiung nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StromStG scheitert daran, dass die Anlage eine elektrische Nennleistung von mehr als 2 MW aufweist.

d) Erlaubnispflicht nach § 4 StromStG aufgrund Eigenverbrauchs

Wer als Versorger mit Sitz im Steuergebiet Strom leisten oder als Eigenerzeuger Strom zum Selbstverbrauch entnehmen will, benötigt grundsätzlich eine **Erlaubnis** nach § 4 Abs. 1 Satz 1 StromStG. Einer Erlaubnis als Eigenerzeuger bedarf es **ausnahmsweise** nicht, soweit der Eigenerzeuger Strom zum Selbstverbrauch entnimmt, der nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StromStG von der Steuer befreit ist (§ 4 Abs. 1 Satz 2 StromStG). Dies gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StromStG für Strom, der in Anlagen mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu zwei Megawatt erzeugt wird und vom Betreiber der Anlage als Eigenerzeuger im räumlichen Zusammenhang zu der Anlage zum Selbstverbrauch entnommen wird. Diese Voraussetzungen sind beim Eigenverbrauch in der Regel erfüllt. Damit begründet der **Eigenverbrauch regelmäßig keine Erlaubnispflicht**. Ist der Anlagenbetreiber jedoch Versorger, weil er im Wege der sog. Direktvermarktung Strom an Dritte liefert, bedarf er einer Erlaubnis.

e) Ergebnis

- (1) Wer eine Photovoltaikanlage mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu zwei Megawatt betreibt, ist Versorger, wenn er Strom an einen Letztverbraucher über das öffentliche Versorgungsnetz, also im Wege der sog. Direktvermarktung, leistet. Wenn der Anlagenbetreiber keinen Strom im Wege der sog. Direktvermarktung an einen Letztverbraucher leistet, ist er Eigenerzeuger. In diesem Fall wird er auch nicht dadurch zum Versorger, dass er selbst erzeugten Strom im Wege des Eigenverbrauchs entnimmt. Unabhängig davon, ob der Photovoltaikanlagenbetreiber als Versorger oder Eigenerzeuger einzuordnen ist, unterliegt die Entnahme von selbst erzeugtem Strom zum Eigenverbrauch der Steuerbefreiung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG.
- (2) Versorger und Eigenerzeuger benötigen grundsätzlich eine **Erlaubnis** nach § 4 Abs. 1 Satz 1 StromStG. Einer Erlaubnis als Eigenerzeuger bedarf es jedoch insoweit regelmäßig nicht, als der selbsterzeugte Strom im Wege des Eigenverbrauchs genutzt wird. Damit bedarf der Betreiber einer Photovoltaikanlage regelmäßig nur dann einer Erlaubnis, wenn er Strom im Wege der sog. Direktvermarktung an Letztverbraucher liefert.
- (3) Der Anlagenbetreiber sollte im Ergebnis nur im Fall der Direktvermarktung zur Zahlung von Stromsteuer verpflichtet sein, wenn der mittels einer Photovoltaikanlage erzeugte Strom unter Nutzung des öffentlichen Versorgungsnetzes entweder an einen Abnehmer geliefert wird, der sich nicht im räumlichen Zusammenhang zu der Anlage befindet, oder die Anlage eine elektri-

sche Nennleistung von mehr als 2 MW aufweist (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StromStG).

3.3.3 Ertragsteuern (einschließlich Gewerbesteuer)

Auswirkungen des Eigenverbrauchs von selbst erzeugtem Strom aus Photovoltaikanlagen im Bereich des Ertragsteuerrechts (Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuerrecht) können sich nur dann ergeben, wenn der Betrieb einer Photovoltaikanlage überhaupt **ertragsteuerrelevant** ist. Das hängt zum einen davon ab, ob und unter welchen Voraussetzungen der Betrieb einer Photovoltaikanlage einen **Gewerbebetrieb** im Sinne des Steuerrechts darstellt (siehe dazu sogleich unter a)). Bei Vorliegen eines ertragsteuerrelevanten Sachverhalts können sich zum anderen **Auswirkungen auf die steuerliche Bemessungsgrundlage**, also die Betriebseinnahmen bzw. (im Bereich des Gewerbesteuerrechts) den Gewerbeertrag, ergeben (siehe dazu unter b)).

a) Betrieb einer PV-Anlage als steuerlicher Gewerbebetrieb

aa) Allgemeines

(1) Betrieb einer Photovoltaikanlage durch natürliche Personen

Der Einkommensteuer unterliegen nach § 2 Abs. 1 EStG ausschließlich solche Einkünfte, die im Rahmen einer der sieben im Einkommensteuergesetz genannten Einkunftsarten erzielt werden. **Gewerbliche Einkünfte** im Sinne des § 15 EStG liegen dann vor, wenn Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb erzielt werden. Nach der Legaldefinition des § 15 Abs. 2 EStG ist ein Gewerbebetrieb eine **selbständige nachhaltige Betätigung**, die mit **Gewinnerzielungsabsicht** unternommen wird und sich als **Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr** darstellt, sofern die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft (§ 13 EStG) noch als Ausübung eines freien Berufs oder einer anderen selbständigen Tätigkeit (§ 18 EStG) anzusehen ist. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eines Gewerbebetriebs wird zudem verlangt, dass die Tätigkeit über den Rahmen einer bloßen Vermögensverwaltung hinausgeht.¹⁶³

Der **Betrieb einer Photovoltaikanlage**, mit der Strom zur Einspeisung in das Netz erzeugt wird, stellt grundsätzlich einen **Gewerbebetrieb** dar. Der Betrieb erfolgt nämlich selbständig, also auf eigene Rechnung und Gefahr des Anlagenbetreibers, so dass dieser sowohl das **Unternehmerrisiko** trägt als auch **Unternehmerinitiative** entfaltet. Zudem stellt der Betrieb einer Photovoltaikanlage auch eine nachhaltige, nämlich auf Wiederholung angelegte Tätigkeit dar, da der Anlagenbetreiber den erzeugten Strom im Allgemeinen **kontinuierlich** in das Versorgungsnetz einspeist. Des Weiteren erfüllt der Betrieb einer Photovoltaikanlage weder die Voraussetzungen einer

¹⁶³ Vgl. R 15.7 Abs. 1 EStR; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 32. Aufl., München 2013, § 15 Rn. 46.

land- und forstwirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des § 13 EStG noch die Voraussetzungen einer selbständigen Tätigkeit im Sinne des § 18 EStG; er geht ferner über eine reine Vermögensverwaltung hinaus, da der Anlagenbetreiber – auch wenn seine Vergütung in weiten Teilen gesetzlich festgeschrieben ist – prinzipiell **wie ein Händler am Markt** tätig wird und sich nicht allein auf das bloße Halten eines Wirtschaftsgutes beschränkt. Auch eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr liegt beim Betrieb einer Photovoltaikanlage grundsätzlich vor, da der Anlagenbetreiber sich grundsätzlich mit seiner Tätigkeit **über den internen privaten Bereich hinaus** erkennbar nach außen an den allgemeinen Markt wendet. Dass der erzeugte Strom im Wesentlichen oder sogar ausschließlich nur von einem Kunden, dem Netzbetreiber, abgenommen wird, ist unschädlich, da **auch Leistungen an nur einen einzigen Abnehmer** bzw. Vertragspartner eine **Marktteilnahme** zu begründen vermögen, sofern die Tätigkeit nach Art und Umfang dem Bild einer unternehmerischen Marktteilnahme entspricht.¹⁶⁴ Schließlich wird auch die Gewinnerzielungsabsicht regelmäßig vorliegen, wengleich deren Voraussetzungen jeweils im Einzelfall zu prüfen sind.¹⁶⁵

(2) Betrieb einer Photovoltaikanlage durch eine Personengesellschaft

Sofern die Photovoltaikanlage **durch eine Personengesellschaft** (z.B. eine GbR oder eine OHG, KG) betrieben wird, sind die Einkünfte aus dieser Anlage auf Ebene der Personengesellschaft zu ermitteln, werden aber sodann den Gesellschaftern als gewerbliche Einkünfte – entsprechend ihrer Beteiligung – zugerechnet und sind von diesen zu versteuern. Sofern die Personengesellschaft eine nicht gewerbliche (andere) Tätigkeit ausübt, kommt es durch die Aufnahme des Betriebs einer Photovoltaikanlage in der Personengesellschaft grundsätzlich zu einer **gewerblichen Infektion** der gesamten Tätigkeit der Gesellschaft, so dass auch originär nicht gewerbliche Tätigkeiten infolge der Bündelung mit einer gewerblichen Tätigkeit in einer Gesellschaft zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb zählen (vgl. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG).¹⁶⁶

(3) Betrieb einer Photovoltaikanlage durch eine Genossenschaft

Wird die Photovoltaikanlage **durch eine Genossenschaft** betrieben, unterliegen die hieraus erzielten Einkünfte nicht der Einkommensteuer, sondern der **Körperschaftsteuer** (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 KStG). Die Einkünfte sind hierbei – ohne dass es auf die nähere Prüfung der Voraussetzungen des § 15

¹⁶⁴ Vgl. *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 32. Aufl., München 2013, § 15 Rn. 20.

¹⁶⁵ S. dazu OFD Rheinland, VfG. vom 10.7.2012, BeckVerw 264573 (unter Ziffer 1 lit. b).

¹⁶⁶ Vgl. *Fromm/Litzenberger*, SteuK 2011, 452 (456).

Abs. 2 EStG ankäme – bereits kraft gesetzlicher Anordnung in § 8 Abs. 2 KStG als gewerbliche Einkünfte zu behandeln.

(4) Betrieb einer Photovoltaikanlage durch eine Gemeinde

Eine **Gemeinde (oder eine andere Gebietskörperschaft)** unterliegt als juristische Person des öffentlichen Rechts nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG nur mit ihren sogenannten **Betrieben gewerblicher Art** der unbeschränkten **Körperschaftsteuerpflicht**. Der **Betrieb einer Photovoltaikanlage** durch eine Gemeinde (oder eine andere Gebietskörperschaft) stellt als nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen grundsätzlich einen **Betrieb gewerblicher Art** dar, wobei es insofern – im Gegensatz zu den Voraussetzungen für gewerbliche Einkünfte in § 15 Abs. 2 EStG – weder auf eine Gewinnerzielungsabsicht der Gemeinde noch auf eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr ankommt (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 KStG). Auch der Umstand, dass der Betrieb einer Photovoltaikanlage durch eine Gemeinde ggf. (allein) der Versorgung der Gemeindebevölkerung mit Elektrizität dienen soll, ändert gemäß § 4 Abs. 3 KStG an der Eigenschaft als Betrieb gewerblicher Art nichts.

bb) Grundsätzlich keine Betriebsaufgabe aufgrund zunehmenden Eigenverbrauchs

Es ist zu prüfen, ob der **zunehmende Eigenverbrauch** von selbst erzeugtem Strom aus Photovoltaikanlagen Auswirkungen auf die Eigenschaft der Photovoltaikanlage als **Betriebsvermögen** haben und infolgedessen zu einer **Betriebsaufgabe** führen kann.

Photovoltaikanlagen stellen im Allgemeinen sogenannte **Betriebsvorrichtungen** im Sinne des § 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BewG dar, die als selbständige, bewegliche Wirtschaftsgüter einzuordnen sind. Sie sind also selbst dann **kein Gebäudebestandteil**, wenn sie als Aufdachanlagen oder als dachintegrierte Photovoltaikanlagen fest mit einem Gebäude verbunden sind.¹⁶⁷ Als selbständige, bewegliche Wirtschaftsgüter sind Photovoltaikanlagen – je nach Nutzungsumfang – entweder als **notwendiges Betriebsvermögen**, als **gewillkürtes Betriebsvermögen** oder als **notwendiges Privatvermögen** einzuordnen. Zum notwendigen Betriebsvermögen gehören alle diejenigen Wirtschaftsgüter, die unmittelbar für eigenbetriebliche Zwecke des Steuerpflichtigen genutzt werden oder dazu bestimmt sind.¹⁶⁸ Beträgt der **betriebliche Nutzungsanteil mehr als 50%**, nimmt die Finanzverwaltung regelmäßig notwendiges Betriebsvermögen an.¹⁶⁹ Bei einer betrieblichen Nutzung

¹⁶⁷ Vgl. OFD Rheinland, Vfg. vom 10.7.2012, BeckVerw 264573 (unter Ziffer 1 lit. c).

¹⁶⁸ Vgl. *Wied*, in: Blümich, EStG, 117. Aufl., München, § 4 Rn. 350.

¹⁶⁹ R 4.2 Abs. 1 Satz 4 EStR.

von **mindestens 10% bis zu 50%** kommt eine Behandlung des betreffenden Wirtschaftsguts als gewillkürtes Betriebsvermögen durch entsprechende Zuordnung seitens des Steuerpflichtigen in Betracht.¹⁷⁰ Wirtschaftsgüter, die **zu mehr als 90% privat genutzt** werden, gehören hingegen in vollem Umfang zum notwendigen Privatvermögen.¹⁷¹ Eine Aufteilung in einen betrieblichen und einen privaten Anteil kommt bei einem einheitlichen Wirtschaftsgut grundsätzlich nicht in Betracht.

Eine Photovoltaikanlage, die zu mehr als 90% für private Zwecke genutzt wird, insbesondere infolge des Eigenverbrauchs von mehr als 90% des erzeugten Stroms, stellt somit notwendiges Privatvermögen dar. Wurde diese Anlage zuvor als gewillkürtes oder notwendiges Betriebsvermögen behandelt, weil sie zu mindestens 10% bzw. zu mehr als 50% betrieblich genutzt wurde und der Eigenverbrauchsanteil entsprechend geringer war, könnte es infolge eines über 90% des erzeugten Stroms gestiegenen Eigenverbrauchs *ipso iure* **zu einer (Zwangs-)Entnahme der Photovoltaikanlage** kommen, die nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG mit dem **Teilwert** anzusetzen wäre. Dagegen spricht jedoch, dass – nach Auffassung des BFH – eine Nutzungsänderung allein grundsätzlich nicht zu einer Entnahme kraft schlüssigen Verhaltens führt.¹⁷² Denn ein Wirtschaftsgut (wie etwa eine Photovoltaikanlage), das Betriebsvermögen geworden ist, verliert diese Eigenschaft bis zur Betriebsbeendigung nur durch Lösung des persönlichen oder sachlichen Zusammenhangs mit dem Betrieb;¹⁷³ dies kann z.B. infolge einer Entnahme oder Zerstörung der Fall sein. Daher dürfte eine Entnahme der Photovoltaikanlage zum Teilwert aufgrund eines Anstiegs der Nutzung der Photovoltaikanlage für private Zwecke von mehr als 90% alleine nicht anzunehmen sein. Von einer Entnahme im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG dürfte unseres Erachtens jedoch auszugehen sein, wenn eine dem Betriebsvermögen zugeordnete Photovoltaikanlage infolge einer Nutzungsänderung künftig ausschließlich für private Zwecke (zum Eigenverbrauch) genutzt und kein Strom mehr an Dritte – weder an einen Netzbetreiber noch an einen Letztverbraucher – gegen Vergütung geleistet werden soll.

b) Auswirkungen des Eigenverbrauchs auf die steuerliche Bemessungsgrundlage

Die steuerliche **Bemessungsgrundlage** beim Betrieb einer Photovoltaikanlage ist – da es sich um gewerbliche Einkünfte handelt – der Gewinn (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Als **Betriebsausgaben** kommen hierbei insbesondere Absetzungen für Abnutzung („**AfA**“) nach § 7 Abs. 1 EStG in Betracht. Da Photovoltaikanlagen nach der amtlichen AfA-Tabelle eine betriebsgewöhnliche **Nutzungsdauer von 20 Jahren** haben,¹⁷⁴ darf nach § 7

¹⁷⁰ Vgl. R 4.2 Abs. 1 Satz 6 EStR; *Wied*, in: Blümich, EStG, 117. Aufl., München, § 4 Rn. 366.

¹⁷¹ R 4.2 Abs. 1 Satz 5 EStR.

¹⁷² Vgl. BFH, Urt. vom 21.8.2012 – VIII R 11/11, BStBl. II 2013, 117.

¹⁷³ *Heinicke*, in: Schmidt, EStG, 32. Aufl., München 2013, § 4 Rn. 118.

¹⁷⁴ Vgl. OFD Rheinland, Vfg. vom 10.7.2012, BeckVerw 264573 (unter Ziffer 1 lit. d).

Abs. 1 EStG in jedem Jahr – bis zur vollständigen Absetzung – $\frac{1}{20}$ der Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der Anlage als Betriebsausgaben abgezogen werden. Für Photovoltaikanlagen, die in den Jahren 2009 und 2010 angeschafft wurden, kommt daneben auch eine **degressive AfA** nach § 7 Abs. 2 EStG (in der seit 1.1.2008 geltenden Fassung, vgl. § 52 Abs. 21 a EStG) in Betracht. Der Betrag der degressiven AfA ergibt sich durch Anwendung eines festen Prozentsatzes (vorliegend 12,5%) auf den jeweiligen Restbuchwert der Photovoltaikanlage.

Des Weiteren kommt unter bestimmten Voraussetzungen auch der **Abzug einer Sonderabschreibung** nach § 7g Abs. 5 EStG von insgesamt bis zu 20% der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Photovoltaikanlage in Betracht. Insbesondere muss die Anlage dazu **fast ausschließlich betrieblich genutzt** werden. Eine fast ausschließliche betriebliche Nutzung liegt vor, wenn der **betriebliche Nutzungsanteil mindestens 90%** beträgt.¹⁷⁵ Dementsprechend kommt bei einem Eigenverbrauch, der 10% des selbst erzeugten Stroms übersteigt, keine Sonderabschreibung nach § 7g Abs. 5 EStG in Betracht. Gleiches gilt grundsätzlich für den Abzug eines **Investitionsabzugsbetrages** nach § 7g Abs. 1 EStG, der im Vorfeld der Anschaffung oder Herstellung einer Photovoltaikanlage als (vorweggenommene) Betriebsausgaben bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen abgezogen werden kann.

Der Eigenverbrauch selbst ist als **Entnahme des betrieblich erzeugten Wirtschaftsguts Strom** mit dem **Teilwert** nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG anzusetzen und wirkt dadurch (als fiktive Betriebseinnahme) gewinnerhöhend. Der Teilwert entspricht hierbei grundsätzlich den Wiederherstellungskosten (Reproduktionskosten), da es sich bei dem mittels einer Photovoltaikanlage erzeugten Strom um ein selbst hergestelltes Wirtschaftsgut handelt.¹⁷⁶ Bei einer Photovoltaikanlage wird man insofern maßgeblich auf die anteiligen Selbstkosten (insbesondere also die anteilige AfA) abstellen müssen.¹⁷⁷ Basierend auf einer Entscheidung des BFH, wonach für die Ermittlung des Teilwerts bei der Entnahme eines Wirtschaftsguts aus dem Betrieb der Marktpreis maßgeblich ist,¹⁷⁸ erlaubt die Finanzverwaltung aus Vereinfachungsgründen allerdings den Entnahmewert in Anlehnung an den Strompreis für aus dem Netz des Energieversorgers bezogenen Strom zu schätzen.¹⁷⁹

¹⁷⁵ BMF-Schreiben, vom 8.5.2009 – IV C 6-S 2139-b/07/10002, BStBl. I 2009, 1912, Tz. 46 ff.; *Brandis*, in: Blümich, EStG, 117. Aufl., München, § 7g Rn. 45; *Fromm/Litzenberger*, SteuK 2011, 452 (455).

¹⁷⁶ Vgl. *Kulosa*, in: Schmidt, EStG, 32. Aufl., München 2013, § 6 Rn. 255.

¹⁷⁷ Vgl. insofern *Fromm/Litzenberger*, SteuK 2011, 452 (455).

¹⁷⁸ BFH, vom 6.8.1985 – VIII R 280/81, BStBl. II 1986, 17.

¹⁷⁹ So OFD Niedersachsen, VfG. vom 17.9.2010 – S 2240 – 160 – St 221/St 222, DSStR 2010, 2305 (2306).

II. Direktverbrauch durch Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes („Direktverbrauch durch Dritte“)

Im Folgenden wird auf den Direktverbrauch durch Dritte eingegangen, wobei einschränkend nur der Direktverbrauch in unmittelbarer Nähe ohne Nutzung des Netzes betrachtet wird. Hierzu wird wie beim Eigenverbrauch zunächst eine **Arbeitsdefinition** entwickelt (dazu unter 1.), anhand derer im Anschluss verschiedene denkbare Konstellationen des Direktverbrauchs subsumiert werden (dazu unter 2.). Sodann werden die **konkrete Fragen** im Zusammenhang mit dem Eigenverbrauch untersucht, wobei zunächst die Frage beantwortet werden soll, ob der Betreiber einer Photovoltaik-Dachanlage als Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne des EEG bzw. als Energieversorgungsunternehmen im Sinne des EnWG anzusehen ist (dazu unter 3.1.). Sodann folgen die konkreten Pflichten zur Zahlung der *EEG-Umlage*, von *Netzentgelten*, der *KWK-Umlage* und der *Konzessionsabgabe* (dazu unter 3.2.). Zuletzt wird geprüft, welche steuerrechtlichen Auswirkungen der Eigenverbrauch vor dem Hintergrund der *Umsatz-, Ertrag-, Strom- und Gewerbesteuer* hat (dazu unter 3.3.).

1. Arbeitsdefinition Direktverbrauch durch Dritte

Nachfolgend soll eine Arbeitsdefinition für den Direktverbrauch durch Dritte (auch als „Eigenverbrauch durch Dritte“ oder „Selbstverbrauch durch Dritte“ bezeichnet) aufgestellt werden, anhand der die aufgeworfenen Fragestellungen begutachtet werden. Im Wesentlichen wird die Konstellation in **§ 39 Abs. 3 EEG** beschrieben. Darin heißt es:

Die EEG-Umlage verringert sich ferner für Elektrizitätsversorgungsunternehmen in einem Kalendermonat um 2,0 Cent pro Kilowattstunde, höchstens jedoch in Höhe der EEG-Umlage, wenn

1. der Strom, den sie in diesem Kalendermonat an ihre gesamten Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher liefern,

a) ausschließlich Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie ist und für diesen Strom dem Grunde nach ein Vergütungsanspruch nach § 16 besteht, der nicht nach § 17 verringert ist; § 33 Absatz 1 ist nicht anzuwenden,

b) von den Letztverbraucherinnen und Letztverbrauchern in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbraucht und nicht durch ein Netz durchgeleitet wird und

c) nach § 33a Absatz 2 an Dritte veräußert und nicht nach § 8 abgenommen worden ist [...]

Vor diesem Hintergrund ist eine Abgrenzung zur Direktvermarktung gemäß § 33a Abs. 2 EEG vorzunehmen (dazu 1.1), indem die vom Gesetz vorgegebenen Kriterien, bei deren Vorliegen Direktverbrauch durch Dritte vorliegt (dazu 1.2 bis 1.5), erläutert werden.

1.1 Abgrenzung zur Direktvermarktung (§ 33a Abs. 2 EEG)

Der Direktverbrauch durch Dritte ist von der Direktvermarktung im Sinne von § 33a Abs. 1 EEG abzugrenzen. Danach können Anlagenbetreiber Strom aus Anlagen, die ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen, nach Maßgabe der §§ 33b-33f EEG an Dritte veräußern (Direktvermarktung). Es handelt sich um die Veräußerung des EEG-Stroms an Dritte, unabhängig davon, wer diesen verbraucht.¹⁸⁰

§ 33a Abs. 2 EEG stellt Voraussetzungen auf, bei deren Vorliegen kein Fall der Direktvermarktung besteht. Diese Vorschrift lautet:

*„Veräußerungen von Strom an Dritte gelten abweichend von Absatz 1 **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.“* [Hervorhebungen nicht im Original]

Der Direktverbrauch durch Dritte liegt demnach nur vor, wenn bestimmte Personen (Dritte) den Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbrauchen und dieser nicht durch ein Netz durchgeleitet wird.¹⁸¹ Durch Absatz 2 stellt der Gesetzgeber klar, dass der Direktverbrauch und die Direktvermarktung nicht deckungsgleich sind, sondern zwei voneinander unabhängige Vermarktungsformen darstellen.¹⁸² Sie schließen sich gegenseitig aus.¹⁸³

Sind die in Absatz 2 genannten Ausschlusskriterien gegeben, handelt es sich bei der Veräußerung von Strom an Dritte nicht um Direktvermarktung im Sinne von § 33a Abs. 1 EEG. Vielmehr kann dann nur Direktverbrauch durch Dritte angenommen werden. Unter Bezugnahme auf diese Abgrenzungskriterien sind für den Begriffsinhalt des Direktverbrauchs durch Dritte daher die nachfolgenden Merkmale konstitutiv:

- Veräußerung des Stroms aus erneuerbaren Energien (dazu 1.2)
- an Dritte (dazu 1.3),
- die den Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbrauchen (dazu 1.4) und
- der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird (dazu 1.5).

¹⁸⁰ So zu § 33 Abs. 2 EEG a. F. Schomerus, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 33, Rn. 32.

¹⁸¹ So zu § 33 Abs. 2 EEG a. F. Schomerus, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 33, Rn. 32.

¹⁸² BT-Drs. 17/6071, S. 78; Hahn/Naumann, NJOZ 2012, 361 (362); Hahn/Naumann, ZUR 2011, 571 (575).

¹⁸³ Hahn/Naumann, ZUR 2011, 571 (575); Hahn/Naumann, NJOZ 2012, 361 (362).

1.2 Veräußerung des Stroms aus erneuerbaren Energien

Sowohl bei der Direktvermarktung gemäß § 33a Abs. 1 EEG als auch beim Direktverbrauch durch Dritte ist Voraussetzung, dass Strom aus erneuerbaren Energien veräußert wird. Dies ergibt sich aus der Regelung des § 33a Abs. 2 EEG. Danach wird diese Voraussetzung auch für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Direktverbrauchs durch Dritte (als Ausnahme von der Direktvermarktung) zugrunde gelegt.

Erforderlich ist mithin ein „**Veräußerungsvorgang**“. Im Zivilrecht wird unter „Veräußerung“ sowohl ein (entgeltlicher) Verkauf (= schuldrechtliche Ebene) als auch ein sachenrechtlicher Übertragungsvorgang (Eigentumsverschaffung, sachenrechtliche Ebene) verstanden.¹⁸⁴ Von Veräußerung kann nach dem Wortsinn **nicht** gesprochen werden, **wenn** die zur Verfügung gestellte Sache schenkweise – also **unentgeltlich** – zur Verfügung gestellt wird.¹⁸⁵ Das Kriterium der Unentgeltlichkeit ist jedoch restriktiv auszulegen. So genügt es für die Annahme einer Schenkung nicht, „wenn die Zuwendung nur objektiv unentgeltlich erfolgt, sondern sie muss von den Parteien subjektiv als unentgeltliche Zuwendung gewollt sein.“¹⁸⁶ Insbesondere liegt keine subjektive Unentgeltlichkeit vor, „wenn eine Vertragspartei – sei es auch nur irrtümlich – die Zuwendung als Abgeltung einer Gegenleistung oder als Erfüllung einer Verbindlichkeit ansieht.“¹⁸⁷ Stellt also ein Vermieter beispielsweise Wohnraum inklusive Strom zu einem erhöhten Mietzins zur Verfügung, ist die Unentgeltlichkeit zu verneinen. In einem solchen Fall ist beiden Parteien – sowohl Mieter als auch Vermieter – bewusst, dass der Mietzins nicht nur für die Bereitstellung des Wohnraums, sondern auch für den Strom entrichtet wird. Bei einer sog. gemischten Schenkung, bei der der erzielte Gegenwert in Geld nicht dem vollen Wert der übertragenen Sache entspricht, soll ebenfalls von „Veräußern“ gesprochen werden können.¹⁸⁸ Wirtschaftliche Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung ist nicht Voraussetzung des Veräußerungsbegriffs; vielmehr führt auch ein unter dem Marktwert liegendes Entgelt als Gegenleistung dazu, dass ein „Veräußern“ vorliegt.¹⁸⁹ So kann selbst bei einem groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung von einem entgeltlichen Vertrag ausgegangen werden.¹⁹⁰

1.3 Verbrauch durch Dritte

Weitere Voraussetzung für die Annahme von Direktverbrauch durch Dritte ist, dass „Dritte“ den Strom verbrauchen. Es stellt sich also die Frage, wer unter den Begriff des „Dritten“ fällt. Das

¹⁸⁴ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 33a, Rn. 8.

¹⁸⁵ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 33a, Rn. 8.

¹⁸⁶ Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 516 Rn. 24.

¹⁸⁷ Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 516 Rn. 25; vgl. auch RGZ 125, 380 (383); BGH WM 1967, 1131; 1971 (1338); 1990, 1790 (1792); BFHE 65, 562, 564 f..

¹⁸⁸ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 33a, Rn. 8.

¹⁸⁹ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 33a, Rn. 8.

¹⁹⁰ Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 516 Rn. 21.

EEG lässt diese Frage offen. Aufgrund des Wortlauts in § 33a Abs. 2 EEG, der den Plural verwendet („Dritte“), können auch mehrere Personen im Wege des Direktverbrauchs versorgt werden.

1.3.1 Abgrenzung zum Anlagenbetreiber

Nach Sinn und Zweck der Vorschrift des § 33a Abs. 2 EEG kommt es in erster Linie auf die Unterscheidung zwischen dem Anlagenbetreiber und sonstigen Personen an.¹⁹¹ „Dritter“ ist damit jede andere Person als der Anlagenbetreiber. **„Anlagenbetreiber“** ist gemäß **§ 3 Nr. 2 EEG**

*„wer unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas nutzt“.*¹⁹²

Nach *einer Auffassung*¹⁹³ soll danach im Sinne einer Negativabgrenzung jeder als „Dritter“ gelten, der nicht Anlagenbetreiber ist. Insofern ist zumindest eine **Personenverschiedenheit** zwischen dem Erzeuger und dem Verbraucher des Stroms erforderlich.¹⁹⁴ Dieser Ansatz läuft auf die denkbar weiteste Definition des „Dritten“ hinaus, da lediglich der Anlagenbetreiber selbst ausgeschlossen wird.

1.3.2 Kriterium des anderen Anschlussnutzungsverhältnisses

Die Clearingstelle EEG¹⁹⁵ stellt hingegen zu § 33 Abs. 2 EEG 2009 auf das jeweilige „Anschlussnutzungsverhältnis“ ab. Zwar erging die Empfehlung der Clearingstelle zum EEG 2009, das in § 33 Abs. 2 EEG 2009 noch nicht das Kriterium „ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung“ enthielt. Jedoch ging auch die Clearingstelle EEG eindeutig davon aus, dass bei Direktverbrauch durch Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe **nicht das Netz der allgemeinen Versorgung** in Anspruch genommen werden durfte.¹⁹⁶ Unbeschadet dessen zieht sie hilfsweise zur Bestimmung des Dritten das Kriterium des anderen Anschlussnutzungsverhältnisses heran. Danach ist „Dritter“ *„jeder, der über ein **anderes Anschlussnutzungsverhältnis** (vgl. § 3 NAV¹⁹⁷) mit Strom zum eigenen Verbrauch versorgt wird als [...] der Anlagenbetreiber“*. [Hervorhebung nicht im Original]

¹⁹¹ So auch *Schomerus/Scheel*, ZNER 2010, 558 (560) zu § 33 Abs. 2 EEG a. F.

¹⁹² Hierzu ausführlich *Kachel*, CuR 2011, 100 (101) sowie oben unter D.I. 1.3 im Rahmen der Arbeitsdefinition des Eigenverbrauchs.

¹⁹³ *Hahn/Naumann*, NJOZ 2012, 361 (365), allerdings zum Begriff des „Dritten“ im Sinne von § 33 Abs. 2 EEG 2009.

¹⁹⁴ Vgl. insofern zum Eigenverbrauch oben D.I. 1.2, der zwingend eine Personenidentität voraussetzt.

¹⁹⁵ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 57 f.

¹⁹⁶ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Leitsatz 6.

¹⁹⁷ Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung (Niederspannungsanschlussverordnung - NAV), vom 1. November

§ 3 Abs. 1 NAV bestimmt zum Anschlussnutzungsverhältnis zwischen dem Netzbetreiber¹⁹⁸ und dem Anschlussnutzer¹⁹⁹:

*„¹Inhalt der **Anschlussnutzung** ist das **Recht zur Nutzung des Netzanschlusses zur Entnahme von Elektrizität**. ²Die Anschlussnutzung umfasst weder die Belieferung des Anschlussnutzers mit Elektrizität noch den Zugang zu den Elektrizitätsversorgungsnetzen im Sinne des § 20 des Energiewirtschaftsgesetzes. ³Das Anschlussnutzungsverhältnis besteht **zwischen dem jeweiligen Anschlussnutzer und dem Netzbetreiber**.“* [Hervorhebungen nicht im Original]

Aus dem Anschlussnutzungsverhältnis ergibt sich somit, welche (Einzel-)Person oder auch Personenmehrheit über den Netzanschluss Strom aus dem Netz bezieht.²⁰⁰ Das Anschlussnutzungsverhältnis in Niederspannung ist ein gesetzliches Schuldverhältnis. Es muss nicht notwendigerweise durch einen Vertrag begründet werden, sondern kann auch durch tatsächliches Verhalten, z.B. die Nutzung des Stroms durch erstmaliges Einschalten des Lichts in der neuen Wohnung begründet werden. So ist z.B. der Mieter ein Anschlussnutzer, sobald er Elektrizität entnimmt. Zu unterscheiden ist der Begriff des Anschlussnutzers vom Begriff des Anschlussnehmers.²⁰¹ Der Anschlussnehmer ist in aller Regel der Eigentümer. Nach § 3 Abs. 3 Satz 1 ist der Anschlussnutzer (z.B. die jeweiligen Mieter in einem Miethaus) verpflichtet, die Aufnahme der Nutzung des Netzanschlusses zur Entnahme von Elektrizität unverzüglich mitzuteilen.

Im Falle eines Miethauses haben daher die jeweiligen Mieter der Wohnungen ein eigenes Anschlussnutzungsverhältnis mit dem Netzbetreiber. Der gesamte, im Rahmen eines Anschlussnutzungsverhältnisses erfolgte Verbrauch wird einheitlich dem „Mieter“ zugerechnet²⁰², auch wenn mehrere Personen den Strom als Letztverbraucher nutzen, wie z.B. eine Familie. Eine solche Personenmehrheit ist als Einheit aufzufassen und zu behandeln. Sie kann daher auch nicht als „Dritter“ im Sinne des § 33 Abs. 2 EEG 2009 qualifiziert werden, wenn auch nur eine Per-

2006 (BGBl. I S. 2477), zuletzt geändert durch Artikel 4 der Verordnung vom 3. September 2010 (BGBl. I S. 1261).

¹⁹⁸ Definition in § 1 Abs. 4 NAV: „*Netzbetreiber im Sinne dieser Verordnung ist der Betreiber eines Elektrizitätsversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 1 des Energiewirtschaftsgesetzes.*“

¹⁹⁹ Definition in § 1 Abs. 3 NAV: „*Anschlussnutzer ist jeder Letztverbraucher, der im Rahmen eines Anschlussnutzungsverhältnisses einen Anschluss an das Niederspannungsnetz zur Entnahme von Elektrizität nutzt.*“

²⁰⁰ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 57.

²⁰¹ Siehe dazu auch BNetzA zum Unterschied zwischen Netzanschlussverhältnis und Anschlussnutzungsverhältnis, <http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/FAQs/DE/BNetzA/VerbrServiceEnergie/RechteVerbraucher/WasIstDerUnterschiedZwischenNetzanschlussverhaeltnisUndAnschlussnutzungsverhaeltnis.html?nn=125442> (zuletzt aufgerufen am 19. April 2013)

²⁰² Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 57.

son dieser Personenmehrheit Anlagenbetreiber im Sinne von § 3 Nr. 2 EEG 2009 ist.²⁰³ **Keine Dritten** sind damit insbesondere die **im Haushalt des Anlagenbetreibers lebenden Personen** wie z. B. der Ehegatte und die Kinder.

Unter den Begriff des „Dritten“ kann auch der Eigentümer eines Hauses gefasst werden, wenn die Photovoltaik-Dachanlage von einer anderen Person, beispielsweise auf der Grundlage eines Pachtvertrages, betrieben wird.²⁰⁴ Wird die Anlage von einer juristischen Person betrieben, so ist „Dritter“ jede von dieser rechtlich verschiedene natürliche oder juristische Person, z. B. Tochtergesellschaften.²⁰⁵ Auch Gebietskörperschaften wie Gemeinden können „Dritte“ sein.²⁰⁶

1.3.3 Ergebnisse beider Ansätze überwiegend identisch

Tatsächlich werden die unterschiedlichen Ansätze in den **meisten Fällen** zum **selben Ergebnis** führen.²⁰⁷ Einzig für die im Haushalt des Anlagenbetreibers lebenden Personen gelangen die Ansätze regelmäßig zu unterschiedlichen Ergebnissen: Sie sind zwar vom Anlagenbetreiber personenverschieden, werden jedoch in der Regel nicht über ein anderes Anschlussnutzungsverhältnis mit Strom versorgt. Hinsichtlich dieser Personen ist vorzugswürdig, diese nicht als „Dritte“ im Sinne von § 33a Abs. 2 EEG anzusehen, da diese aufgrund des gemeinsamen Haushalts in einer persönlichen Nähebeziehung zum Anlagenbetreiber stehen. Eine Einstufung als „Dritte“ wäre nicht realitätsnah, zumal der Verbrauch des Stroms in derselben Wohnung erfolgt und nicht individualisierbar ist.

1.4 Verbrauch in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage

Wie eingangs dargestellt, muss der Strom durch den Dritten „in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage“ verbraucht werden. Der Begriff der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ ist gesetzlich nicht definiert. Er stellt einen auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriff dar.²⁰⁸

1.4.1 Kein Rückgriff auf § 19 Abs. 1 EEG möglich

Bei der Auslegung kann dabei nach zutreffender Auffassung²⁰⁹ nicht auf § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG zurückgegriffen werden. Nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG gelten mehrere Anlagen

²⁰³ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 57.

²⁰⁴ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 58; *Hahn/Naumann*, NJOZ 2012, 361 (365).

²⁰⁵ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 58.

²⁰⁶ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 58.

²⁰⁷ *Hahn/Naumann*, NJOZ 2012, 361 (365).

²⁰⁸ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 59.

²⁰⁹ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 63 ff.; *Oschmann/Sösemann*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 3. Aufl. 2011, § 33 Rn. 22; *Schomerus/Scheel*, ZNER 2010, 558, (561);

„(...) unabhängig von den Eigentumsverhältnissen und ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage, wenn

1. sie sich auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden, (...)“

Obwohl der Begriff der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ in § 16 Abs. 3 Nr. 2 EEG und in § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG identisch verwendet wird, kommt ihm jeweils eine andere Bedeutung zu. § 19 Abs. 1 EEG regelt die Zusammenfassung mehrerer Anlagen zum Zwecke der Ermittlung der Vergütung, um die Umgehung der Vergütungsschwellen durch eine künstliche Aufteilung einer großen Anlage in mehrere kleine zu verhindern. § 16 Abs. 3 Nr. 2 EEG und § 39 Abs. 3 Nr. 1b EEG dienen hingegen der Förderung des dezentralen Verbrauchs und der Entlastung der lokalen Netze.²¹⁰

1.4.2 Bestimmung der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ nach gebietsbezogenen Kriterien

Die Literatur ist überwiegend der Auffassung, dass der Begriff der unmittelbaren räumlichen Nähe nach örtlichen bzw. gebietsbezogenen Kriterien zu bestimmen ist.

Vereinzelt wird dabei vertreten, der Begriff der unmittelbaren räumlichen Nähe sei mit dem des räumlichen Zusammenhangs aus § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG vergleichbar, wobei letzterer insgesamt weiter zu verstehen sei.²¹¹ Die Auslegung habe jeweils unter Berücksichtigung der **örtlichen Verhältnisse des Einzelfalls** zu erfolgen.²¹²

Unklar ist jedoch, bis zu welchem Umkreis ein Stromverbrauch durch Dritte noch als Verbrauch in unmittelbarer räumlicher Nähe angesehen werden kann.

Unstreitig soll sich jedenfalls das Gebäude, an dem der Strom erzeugt wird, in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden. Gleiches soll bei größeren Hochhäusern und Gebäudekomplexen gelten.²¹³

Rüger, REE 2012, 146, (146); a.A. wohl Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 16 Rn. 55; Hahn/Naumann, ZUR 2011, 571, (575).

²¹⁰ So zuletzt auch in der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/8877, 22. Darin heißt es zu „Marktintegrationsmodell und Direktverbrauch durch Dritte“: „Dies [§ 39 Abs. 3 EEG] stellt eine Gleichstellung des Direktverbrauchs durch Dritte mit der Direktvermarktung dar und flankiert das Bestreben einer stärkeren räumlichen Planung von Fotovoltaikanlagen in der Nähe des Verbrauchs.“ [Ergänzung nicht im Original]; siehe ferner zu § 33 Abs. 2 EEG 2009 Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 65 – zu § 33 Absatz 2 EEG 2009; BT- Drs. 17/1147, S. 10 f. – zu § 33 Absatz 2 EEG 2009; Oschmann/Söseman, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 33 Rn. 22; Rüger, REE 2012, 146, (146); Bönning, in: Reshöft, EEG, 3. Aufl. 2009, § 33 Rn. 21.

²¹¹ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37, Rn. 62.

²¹² Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 16 Rn. 55; Rüger, REE 2012, 146, (146).

²¹³ Schomerus/Scheel, ZNER 2010, 558, (561); Schomerus, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 33 Rn. 35; Hahn/Naumann, NJOZ 2012, 361, (365 f.); Hahn/Naumann, ZUR 2011, 571, (575).

Auch bei Nachbargrundstücken soll grundsätzlich ein Verbrauch in unmittelbarer räumlicher Nähe möglich sein.²¹⁴ Hierbei wird zum Teil zusätzlich nach der Größe der Grundstücke differenziert. Bei einem sehr großen Grundstück soll keine unmittelbare räumliche Nähe mehr vorliegen, wenn der Strom auf dem gleichen Grundstück weiter entfernt verbraucht wird. Bei kleinen Grundstücken soll hingegen eine räumliche Nähe auch noch bei mehreren Grundstücken nebeneinander gegeben sein.²¹⁵

Bei einer Anlage im selben Ort oder Stadtteil soll es für eine unmittelbar räumliche Nähe ausreichen, wenn eine Entfernung von 1,5 km zwischen Abnahmestelle und Anlagenstandort nicht überschritten wird.²¹⁶ Andere sehen sogar bei der Versorgung einer Siedlung die unmittelbare räumliche Nähe noch als gegeben an, sofern das Netz der allgemeinen Versorgung nicht genutzt wird.²¹⁷

Keine räumliche Nähe soll hingegen vorliegen, wenn der Strom über das Netz für die allgemeine Versorgung an den Dritten geliefert wird, weil dann der Zweck der Entlastung der Stromnetze nicht mehr greife.²¹⁸

1.4.3 Bestimmung der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ nach netzbezogenen Kriterien

Die Clearingstelle EEG hat sich in ihrer Empfehlung vom 29. September 2011²¹⁹ zum Begriff der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ folgendermaßen geäußert:

*„Ein Verbrauch in ‚unmittelbarer räumlicher Nähe‘ erfolgt dann, wenn der in der Solarstromanlage erzeugte Strom **nicht über ein Netz für die allgemeine Versorgung zu der oder dem Dritten gelangt**. Von einem Verbrauch in ‚unmittelbarer räumlicher Nähe‘ ist nur dann nicht mehr auszugehen, wenn sich der Netzverknüpfungspunkt der Solarstromanlage und die Anschluss-/ Entnahmestelle der bzw. des Dritten, über die diese bzw. dieser im Übrigen mit Strom versorgt wird, nicht innerhalb desselben Netzbereiches im Netz für die allgemeine Versorgung befinden.*

²¹⁴ Oschmann/Sösemann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 33 Rn. 21; Hahn/Naumann, ZUR 2011, 571, (575).

²¹⁵ Bönning, in: Reshöft, EEG, 3. Aufl. 2009, § 33 Rn. 21.

²¹⁶ Salje, in: EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 16 Rn. 55.

²¹⁷ Oschmann/Sösemann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 33 Rn. 22; Bönning, in: Reshöft, EEG, 3. Aufl. 2009, § 33 Rn. 21; Schomerus/Scheel, ZNER 2010, 558, (561) (die zusätzlich auf die räumliche Ausdehnung der Siedlung und der Menge des gelieferten Stroms abstellen).

²¹⁸ Schomerus, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 33 Rn. 35; Schomerus/Scheel, ZNER 2010, 558, (561); Oschmann/Sösemann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 33 Rn. 21.

²¹⁹ Wie oben bereits erwähnt erfolgte das Votum der Clearingstelle EEG noch zu der alten Gesetzeslage, in der allein die „unmittelbare räumliche Nähe“ einschränkendes Kriterium war. Nunmehr ist als weiteres Kriterium „ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung“ hinzugetreten. Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Leitsatz 6.

Den maßgeblichen Netzbereich stellen dabei alle zusammengehörigen Netzabschnitte einer Spannungsebene dar.“ [Hervorhebung nicht im Original]

In ihrem Votum vom 28. März 2012²²⁰ hat sie ferner klargestellt, dass „unmittelbare räumliche Nähe“ auch dann vorliegt,

„wenn sich nur der von der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber nach § 5 Abs. 2 EEG gewählte tatsächliche Netzverknüpfungspunkt im selben Netzbereich wie die Entnahmestelle des Dritten befindet, nicht hingegen der gesetzliche Netzverknüpfungspunkt i. S. d. § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG.“

Die Clearingstelle EEG hat bei Erstellung des Votums auch konkret die Sachverhaltskonstellation vor Augen gehabt, dass beim Direktverbrauch durch Dritte nicht das Netz der allgemeinen Versorgung genutzt werden darf. Dieses Kriterium ist neuerdings im EEG 2012 auch normiert. Zur Ermittlung der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ – eine solche muss auch nach dem EEG 2012 vorliegen – stellt sie hilfsweise eine netzbezogene Betrachtung an. Allein auf die fehlende Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung abzustellen, führt in Bezug auf die unmittelbar räumliche Nähe im Ergebnis nicht weiter. So kann auch eine Direktleitung theoretisch über mehrere Kilometer für den Stromtransport in Anspruch genommen werden. Prämisse der Clearingstelle für die netzbezogene Betrachtungsweise ist, dass – Stand heute – in aller Regel eine Netzverknüpfung vorhanden ist. Eine völlige autarke Versorgung ohne Anbindung an das Netz der allgemeinen Versorgung erscheint, insbesondere vor dem Hintergrund der unzureichenden Speichermöglichkeiten, noch fernliegend. Die Clearingstelle EEG stützt ihre rein netzbezogene Betrachtung dabei primär auf den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck. Da die Entlastung der Netze erstrebt wird, müsse es sich um eine unmittelbare räumliche „**Nähe im Netz**“ handeln²²¹. Aber nochmals: Das Netz der allgemeinen Versorgung darf bei dieser Direktverbrauchskonstellation nicht genutzt werden. Die netzbezogene Bestimmung wird nur hilfsweise zur Abgrenzung herangezogen.

1.4.4 Stellungnahme

Zur Bestimmung der unmittelbaren räumlichen Nähe bietet sich eine Kombination der netzbezogenen und gebietsbezogenen Betrachtungsweise an. So hat – entsprechend der Auffassung der Clearingstelle EEG - grundsätzlich die Bestimmung netzbezogen zu erfolgen. Hierfür spricht, dass der Gesetzgeber mit der Direktverbrauchsregelung die Entlastung des Stromnetzes bezweckt hat. Vor diesem Hintergrund ist es dann aber unerheblich, ob der Strom auf dem Grundstück verbraucht wird, auf dem die Stromerzeugungsanlage steht, oder auf dem Nachbargrundstück.²²² Eine gebietsbezogene Betrachtungsweise für sich allein genommen, dürfte eine Be-

²²⁰ Clearingstelle EEG, Votum 2012/4 vom 28. März 2012, Leitsatz.

²²¹ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 77.

²²² *Wellershoff/Obst*, et 12/2010, 52, (53 f.).

stimmung der unmittelbar räumlichen Nähe nur in evidenten Fällen leisten können.²²³ Wie die unterschiedlichen Ansätze in der Literatur zeigen, geht das Spektrum weit auseinander. Unmittelbare räumliche Nähe nach der netzbezogenen Betrachtungsweise liegt dann vor, wenn

- sich der Netzverknüpfungspunkt der Solarstromanlage und die Anschluss-/ Entnahmestelle der bzw. des Dritten, über die diese bzw. dieser im Übrigen mit Strom versorgt wird, innerhalb desselben Netzbereiches im Netz für die allgemeine Versorgung befinden.
- Für die Bestimmung, ob sich der Netzverknüpfungspunkt und die Anschluss-/ Entnahmestelle innerhalb desselben Netzverknüpfungspunkt befinden, kommt es auf den tatsächlichen und nicht auf den gesetzlichen Netzverknüpfungspunkt an.

In einem zweiten Schritt ist dann jedoch zu untersuchen, ob bei einer gebietsbezogenen Betrachtung im jeweiligen Einzelfall eine Korrektur des Ergebnisses zu erfolgen hat.²²⁴

Das Erfordernis einer derartigen Korrektur im jeweiligen Einzelfall ergibt sich daraus, dass Sachverhaltskonstellationen denkbar sind, in denen der Netzverknüpfungspunkt der PV-Anlage und die Anschluss-/Entnahmestelle des unmittelbaren Nachbarn in einem anderen Netzbereich liegen. Befindet sich der Nachbar in einem solchen Fall tatsächlich nah an der Anlage und ist seine Versorgung technisch möglich, ist es widersinnig, einen Verbrauch in unmittelbarer räumlicher Nähe abzulehnen. Dies liefe dann gleichermaßen dem Gesetzeszweck zuwider, wonach das Netz gerade durch den anlagenahen Verbrauch entlastet werden soll.²²⁵

1.5 Keine Durchleitung des Stroms durch ein Netz

Voraussetzung für die Annahme des Direktverbrauchs durch Dritte ist zudem, dass der Strom „nicht durch ein Netz durchgeleitet“ wird, § 33a Abs. 2 EEG. Hinsichtlich der Bedeutung kann auch auf den wortgleichen Begriff in § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG zurückgegriffen werden. Zu den Begriffen des „Netzes“ und der „Durchleitung“ wird auf die Erläuterungen im Rahmen der Arbeitsdefinition zum Eigenverbrauch verwiesen (dazu oben D.I.1.).

1.6 Zusammenfassung der Arbeitsdefinition Direktverbrauch durch Dritte

Für die Beurteilung, ob Direktverbrauch durch Dritte vorliegt, sind im Wesentlichen **drei Voraussetzungen** maßgeblich, die kumulativ vorliegen müssen. Es muss sich erstens um Verbrauch durch einen „**Dritten**“ handeln. Dies setzt zwangsläufig eine Personenverschiedenheit zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher voraus. Dabei müssen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher über ein anderes Anschlussnutzungsverhältnis versorgt werden. Dadurch wird

²²³ Überzeugend insofern die Ausführungen der Clearingstelle in ihrer Empfehlung 2011/2/1 vom 29.09.2011, Rn. 71ff.

²²⁴ Ähnlich auch *Hahn/Naumann*, NJOZ 2012, 361, (366).

²²⁵ *Rüger*, REE 2012, 146, (147).

sichergestellt, dass im Haushalt des Anlagenbetreibers lebende Personen nicht als Dritte eingestuft werden. Dies wäre lebensfremd. Zweitens muss der **Verbrauch in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage** stattfinden. Hierbei ist auf netzbezogene und gebietsbezogene Kriterien abzustellen. Drittens darf **keine Durchleitung des Stroms durch ein Netz** erfolgen. Ob es sich um Direktverbrauch durch Dritte handelt, ist letztendlich eine Frage des konkreten Einzelfalls. Wie zum Eigenverbrauch, sollen nachfolgend – ausgehend vom klassischen Fall des Direktverbrauchs durch Dritte – verschiedene Konstellationen vorgestellt werden, die entsprechend der herausgearbeiteten Kriterien als Direktverbrauch durch Dritte zu klassifizieren sind.

2. Konstellationen zum Direktverbrauch durch Dritte

2.1 Grundfall

Der Eigentümer E eines Ein-Familien-Hauses hat auf seinem Dach eine PV-Anlage installiert. Er hat die Anlage privat finanziert und kümmert sich um alle beim Betrieb anfallenden Fragen technischer und rechtlicher Art; Reparaturen zahlt er. Den produzierten Strom verwenden nicht nur E und seine Familienangehörigen selbst, sondern er stellt ihn auch seinem Nachbar N auf dem unmittelbar angrenzenden Grundstück zur Verfügung. Dafür hat er zu N eine Leitung gebaut, die ausschließlich Strom seiner PV-Anlage zu N transportiert.

Diese Konstellation ist der klassische Fall des Direktverbrauchs durch Dritte. Es besteht *Persönverschiedenheit* zwischen Anlagenbetreiber E (Stromerzeuger) und Letztverbraucher N (Stromverbraucher). E ist *Anlagenbetreiber*, da er das wirtschaftliche Risiko der PV-Anlage trägt. N ist nach beiden vertretenen Auffassungen „*Dritter*“, da er nicht Anlagenbetreiber ist und über ein anderes Anschlussnutzungsverhältnis versorgt wird als E. Der Verbrauch durch N erfolgt in *unmittelbarer räumlicher Nähe* zur Stromerzeugungsanlage, nämlich auf dem unmittelbar angrenzenden Grundstück. Da der Strom über eine eigens für die Versorgung des N gebaute Leitung (eine Direktleitung) transportiert wird, *fehlt* es auch an einer *Durchleitung durch das Netz für die allgemeine Versorgung*.

Abwandlung: Wie Grundfall, allerdings liefert E den Strom nun an seinen Schwager S. Dieser wohnt im gleichen Dorf wie E. Mit gemeindlicher Erlaubnis hat E eine Leitung zum Grundstück des S verlegt, die ausschließlich den Strom seiner PV-Anlage zu S transportiert. E und S befinden sich im gleichen Netzbereich. Die Leitung führt entlang verschiedener Gemeindestraßen.

Direktverbrauch durch Dritte ist auch hier gegeben. Der Schwager S ist „*Dritter*“. Der Verbrauch erfolgt noch in *unmittelbarer räumlicher Nähe*, da die Grundstücke im gleichen Dorf liegen und damit das gebietsbezogene Kriterium erfüllen. Auch gehören sie zum gleichen Netzbereich, d. h. befinden sich auf einer Spannungsebene, sodass auch das netzbezogene Kriterium zu bejahen ist. Eine *Durchleitung durch ein Netz für die allgemeine Versorgung* erfolgt aufgrund der eigenen Leitung *nicht*. Dass diese Leitung entlang verschiedener Gemeindestraßen verläuft ist für die Einordnung als Direktverbrauch durch Dritte unerheblich.

2.2 Fall 1: Vermieter-/Mieter-Konstellationen

E ist Eigentümer eines Mehrfamilienhauses, das er vollständig vermietet. Auf dem Dach dieses Hauses hat er eine PV-Dachanlage installiert. Den damit erzeugten Strom stellt er seinen Mietern zur Verfügung. E kümmert sich um alle beim Betrieb anfallenden Fragen technischer und rechtlicher Art; Reparaturen zahlt er. Die Mieter sind nicht verpflichtet, den Strom von E abzunehmen. Wenn sie sich aber dafür entscheiden, stellt E die Kosten im Rahmen der Nebenkostenabrechnung den Mietern verbrauchsabhängig in Rechnung.

Auch hier liegt ein Fall von Direktverbrauch durch Dritte vor. Die Mieter sind im Verhältnis zum Vermieter *Dritte*; Anlagenbetreiber ist allein E. Es liegt auch eine *unmittelbare räumliche Nähe* vor, da sich die Anlage im gleichen Haus wie die Letztverbraucher befinden. Deshalb findet auch keine Durchleitung durch das Netz der allgemeinen Versorgung statt.

2.3 Fall 2: Dritter pachtet PV-Dachanlage – Dritter betreibt PV-Freiflächenanlage auf verpachtetem Grundstück

E ist Eigentümer eines Mehrfamilienhauses, das er vollständig vermietet. Auf dem Dach dieses Hauses hat er eine PV-Dachanlage installiert, um die sich jedoch in allen Belangen B kümmert, der über das dafür notwendig technische und rechtliche Know-how verfügt. B zahlt E dafür monatlich einen festen Betrag. Den mit der Anlage gewonnenen Strom bietet B den Mietern des Hauses an. B kümmert sich um alle beim Betrieb anfallenden Fragen. B trägt auch das Risiko, dass er die für einen betriebswirtschaftlich erfolgreichen Betrieb notwendigen Preise nicht realisieren kann, dass die Kosten für den Betrieb der Anlage unerwartet steigen oder dass die Anlage einmal technisch bedingt ausfällt.

Es handelt sich um Direktverbrauch durch Dritte. Anlagenbetreiber ist hier der Pächter B, da er das wirtschaftliche Risiko der PV-Anlage trägt (Risiko des Nichtrealisierens notwendiger Preise, Kostenrisiko bzgl. steigender Betriebskosten, Ausfallrisiko). Die durch B mit Strom belieferten Mieter des E sind nach beiden vertretenen Auffassungen „*Dritte*“. Der Verbrauch findet in *unmittelbarer räumlicher Nähe* zur PV-Anlage statt, nämlich in dem Mehrfamilienhaus, auf dessen Dach die Anlage montiert ist. Es erfolgt *keine Durchleitung durch ein Netz* für die allgemeine Versorgung, vielmehr wird der Strom unmittelbar im Haus über eine eigene Leitung an die Mieter verteilt.

Abwandlung: Wie oben, nur ist E nicht Eigentümer eines Mehrfamilienhauses, sondern eines brach liegenden Grundstücks in einem Gewerbegebiet. Auf diesem hat er eine **PV-Freiflächenanlage** errichtet, um die sich wiederum B kümmert. Den mit der Anlage erzeugten Strom liefert B zum einen an E, der unmittelbar angrenzend an das brachliegende Grundstück, auf dem die PV-Anlage steht, eine kleine Kfz-Werkstatt unterhält. Zum anderen liefert er den Strom auch an eine Tischlerei, die sich in einiger Entfernung im gleichen Gewerbegebiet befindet. Zur Kfz-Werkstatt und zur Tischlerei hat E je ein Kabel nur für die Lieferung des Stroms gezogen.

Hier liegt – sowohl bzgl. der Kfz-Werkstatt des E als auch bzgl. der Tischlerei – Direktverbrauch durch Dritte vor. Da B hier wiederum das wirtschaftliche Risiko der PV-Freiflächenanlage trägt und somit Anlagenbetreiber ist (s.o.), ist E nach den bereits genannten Kriterien als „Dritter“ anzusehen, da er den Strom in seiner **Kfz-Werkstatt** verbraucht. Die Tatsache, dass E Eigentümer des Grundstücks, auf dem sich die Anlage befindet, sowie der Anlage selbst ist, ist unerheblich. Der Verbrauch erfolgt in *unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Durchleitung durch ein Netz*, da der Verbrauch für die Werkstatt auf dem unmittelbar angrenzenden Grundstück und der Stromtransport über eine eigene Leitung erfolgt.

Hinsichtlich der **Tischlerei** gilt nichts Anderes. Diese ist unzweifelhaft „Dritter“. Die *unmittelbare räumliche Nähe* liegt vor, da der Verbrauch jedenfalls noch im gleichen Gewerbegebiet stattfindet. Eine *Durchleitung durch ein Netz* erfolgt aufgrund des ausschließlich für die Belieferung der Tischlerei gezogenen Kabels *nicht*.

2.4 Fall 3: PV-Anlage einer Gesellschaft

A und B betreiben in Form einer offenen Handelsgesellschaft (OHG) einen Sanitärbetrieb. Der Betrieb befindet sich im Erdgeschoss eines Drei-Familien-Hauses. Im ersten Stock wohnt A, im zweiten Stock B. Jeder ist Eigentümer seiner jeweiligen Etage. Auf dem Dach dieses Hauses ist eine PV-Anlage installiert. Sie steht im Eigentum der OHG; alle technischen und rechtlichen Fragen rund um die PV-Dachanlage regeln A und B im Namen der OHG. Reparaturkosten werden aus dem Vermögen der Gesellschaft bezahlt. Der erzeugte Strom wird zu drei gleichen Teilen im Sanitärbetrieb und jeweils durch A und B privat in ihrer jeweiligen Wohnung verbraucht.

Diese Konstellation ist – soweit die Gesellschafter A und B mit Strom beliefert werden (also in Höhe von 2/3 des erzeugten Stroms) – als Direktverbrauch durch Dritte zu qualifizieren. Die OHG ist gemäß § 124 Abs. 1 HGB als rechtlich selbstständige Trägerin von Rechten und Pflichten gesetzlich anerkannt.²²⁶ Als solche ist sie die Betreiberin der PV-Dachanlage, da sie die Anlage auf eigene Rechnung betreibt und das wirtschaftliche Risiko trägt. Die seitens der OHG mit Strom belieferten Letztverbraucher A und B sind (im Verhältnis zur OHG) „Dritte“. Sie sind – trotz ihrer Gesellschafterstellung – personenverschieden, da sie weder Anlagenbetreiber sind (dies ist die OHG) noch in ihren Privatwohnungen im ersten und zweiten Stock über dasselbe Anschlussnutzungsverhältnis versorgt werden wie die OHG. Da sie ihre Wohnungen im selben Gebäude haben, auf dessen Dach die OHG die PV-Anlage betreibt, verbrauchen sie den Strom *in unmittelbarer räumlicher Nähe*. Zudem wird der Strom auch *nicht durch ein Netz durchgeleitet*, sondern über eine eigene Leitung in die Wohnungen von A und B transportiert.

Abwandlung: Ähnlich wie Ausgangsfall, jedoch sind A und B nun Mitglieder einer Weinbaugenossenschaft (**eingetragene Genossenschaft**, eG). Diese ist auch Eigentümerin der PV-Dachanlage, deren Strom zu gleichen Teilen durch die eG und durch A bzw. B privat verbraucht wird.

²²⁶ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 124, Rn. 2.

Auch bei der Abwandlung handelt es sich – soweit die Mitglieder A und B der Weinbaugenossenschaft den Strom privat verbrauchen (also in Höhe von 2/3 des erzeugten Stroms) – um Direktverbrauch durch Dritte. Gemäß § 17 Abs. 1 GenG hat die eingetragene Genossenschaft „*als solche [...] selbständig ihre Rechte und Pflichten*“. Sie ist daher rechtsfähig und zur juristischen Person verselbständigt.²²⁷ Die Mitglieder A und B sind daher „*Dritte*“, die den Strom wie im Ausgangsfall in *unmittelbarer räumlicher Nähe* zur Anlage verbrauchen, *ohne* dass dieser *durch ein Netz durchgeleitet* wird.

2.5 Fall 4: Miteigentümer einer PV-Dachanlage

In einem dreistöckigen Gebäude auf einem Universitätsgelände sind drei verschiedene medizinische Forschungslabors untergebracht: das A-, B- und C-Labor. Diese nutzen in dem Gebäude jeweils eine abgeschlossene Etage. Das Gebäude steht im Eigentum der Universität. Mit deren Genehmigung haben A, B und C auf dem Dach des Gebäudes eine PV-Dachanlage installiert, deren Eigentümer sie zu gleichen Teilen (je ein Drittel) sind. Die technischen und rechtlichen Fragen rund um die Anlage klären A, B, und C gemeinsam. Reparaturkosten werden ebenfalls nach dem Eigentumsschlüssel verteilt. Den mit der Anlage hergestellten Strom nutzen A, B und C direkt in ihrem jeweiligen Labor. Die Verteilung erfolgt nach einem vorab festgelegten Schlüssel und zwar im Verhältnis 10:30:60, wobei A am wenigsten (10), B etwas mehr (30) und C wegen seines höheren Bedarfs 60 Anteile des produzierten Stroms beziehen.

Direktverbrauch durch Dritte liegt in diesem Fall – soweit mehr Strom verbraucht wird, als dem Miteigentumsanteil von 1/3 entspricht – vor – dies gilt zumindest, wenn idealiter von einer entsprechenden Aufteilung der Anteile am produzierten Strom ausgegangen wird. In der Praxis ist der jeweilige Verbrauch durch eigene Messstellen nachzuweisen. Vorliegend ist nur C Dritter, da er einen Anteil von 60 bezieht, der um knapp 27 Anteile über seinen Miteigentumsanteil hinausgeht. Im Übrigen handelt es sich bei einem Bezug, der unter dem jeweiligen Miteigentumsanteil von 1/3 liegt, um Eigenverbrauch. Anlagenbetreiber sind A, B und C – ihrem Miteigentumsanteil entsprechend – zu je 1/3. Im Verhältnis zu A und B, deren überschüssige Anteile C bezieht, ist er „*Dritter*“, da bezüglich dieser knapp 27 Anteile Personenverschiedenheit vorliegt. Insoweit gelten nämlich A und B als Anlagenbetreiber, C hingegen als Stromverbraucher. Der Verbrauch findet in *unmittelbarer räumlicher Nähe* statt, *ohne* dass der Strom *durch ein Netz durchgeleitet* wird.

2.6 Fall 5: PV-Dachanlage auf einem Schulgebäude

Die Grundschule der Gemeinde G hat auf ihrem Schulgebäude eine PV-Dachanlage. Mit dem dadurch gewonnenen Strom wird ausschließlich die Schule versorgt. Die PV-Anlage wurde durch die Stadtwerke-AG der Gemeinde auf dem Schulgebäude installiert. Die Stadtwerke-AG ist eine Aktiengesellschaft, deren Anteile mehrheitlich in der Hand der Gemeinde liegen. Die

²²⁷ Pöhlmann, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, Genossenschaftsgesetz, 4. Aufl. 2012, § 17, Rn. 1.

Stadtwerke-AG hat die Anlage installiert, kümmert sich um alle technischen und rechtlichen Fragen und trägt auch alle Kosten für Reparaturen etc.

Es handelt sich um Direktverbrauch durch Dritte. Die Stadtwerke-AG ist vorliegend Anlagenbetreiberin, da sie das wirtschaftliche Risiko der Anlage trägt. Von dieser bezieht die Gemeinde G als „Dritte“ den Strom für ihre gemeindeeigene Grundschule. Insofern besteht Personenverschiedenheit. Die Tatsache, dass die Gemeinde zu einem bestimmten Prozentsatz an der Stadtwerke-AG beteiligt ist, ist ohne Relevanz, da die AG als solche selbständig ist. Die *unmittelbare räumliche Nähe* ist gegeben, da der Strom im selben Gebäude verbraucht wird. Eine *Durchleitung durch ein Netz* erfolgt *nicht*.

2.7 Fall 6: Contracting

E hat auf seinem brachliegenden Grundstück in einem Gewerbegebiet eine Solar-Freiflächenanlage errichtet. Er kümmert sich um alle technischen und rechtlichen Fragen und trägt auch alle Kosten. Verschiedenen Unternehmen im gleichen Gewerbegebiet bietet er an, dass er die Beleuchtung in Lagerhallen, die Klimaanlage in Büros und die Lastaufzüge in Gewerbebetrieben installiert, wartet und am Laufen hält. Dazu verwendet er den Strom aus seiner PV-Anlage. Die Unternehmen, mit denen er entsprechende Verträge abgeschlossen hat, zahlen einen festgelegten Betrag für diese Dienstleistungen, der insgesamt günstiger ist, als wenn sie die Leistungen und den Strom einzeln von Dritten beziehen müssten.

Beim Contracting handelt es sich um Direktverbrauch durch Dritte. Als „Contractor“ ist E Anlagenbetreiber, da er das wirtschaftliche Risiko der Solar-Freiflächenanlage trägt, indem er sich um alle technischen und rechtlichen Fragen kümmert sowie sämtliche Kosten der Anlage übernimmt.²²⁸ Die den Strom verbrauchenden Unternehmen, mit denen E Verträge abgeschlossen hat („Contracting-Nehmer“), sind „Dritte“, da sie von E personenverschieden sind. Der Verbrauch des Stroms findet in *unmittelbarer räumlicher Nähe* zur Freiflächenanlage des E statt, da die Unternehmen im gleichen Gewerbegebiet ansässig sind. Eine *Durchleitung durch ein Netz* erfolgt aufgrund von eigenen Leitungen *nicht*.

3. Konkrete Fragestellungen zum Direktverbrauch durch Dritte

Im Zusammenhang mit dem Direktverbrauch durch Dritte werden im Folgenden drei Fragen aufgeworfen:

1. Ist der Betreiber einer Photovoltaik-Dachanlage, der Strom über eine eigene Leitung an einen Dritten liefert, ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne des EEG bzw. ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des EnWG und – falls ja - welche Rechtsfolgen ergeben sich hieraus, insbesondere mit Blick auf Pflichten zur Transparenz, Bilanzierung und Rechnungslegung?

²²⁸ Vgl. dazu ausführlich *Mikešić/ Thieme/ Strauch*, Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG, 27. August 2012, S. 30 ff.

2. Besteht beim Direktverbrauch durch Dritte die Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage, Netzentgelte, KWK-Umlage und/oder Konzessionsabgabe?
3. Welche umsatz-, strom- und ertragsteuerrechtlichen Auswirkungen hat der Direktverbrauch durch Dritte?

3.1 PV-Anlagenbetreiber als Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach EEG und Energieversorgungsunternehmen nach EnWG / Folgen für Pflichten zur Transparenz, Bilanzierung und Rechnungslegung

Für den Fall des Direktverbrauchs durch Dritte²²⁹ stellt sich die Frage, ob der Betreiber einer Photovoltaik-Dachanlage als Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne des EEG (dazu unter 3.1.1) bzw. als Energieversorgungsunternehmen im Sinne des EnWG (dazu unter 3.1.2) anzusehen ist und welche Rechtsfolgen sich hieraus mit Blick auf Pflichten zur Transparenz (dazu unter 3.1.4 a), Bilanzierung und Rechnungslegung (dazu unter 3.1.4 b) ergeben.

3.1.1 Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach EEG

- a) Definition in § 3 Nr. 2 lit. d) EEG

Nach der durch die EEG-Novelle zum 1. Januar 2012 eingefügten Definition in **§ 3 Nr. 2 lit. d) EEG** ist **Elektrizitätsversorgungsunternehmen**

„jede natürliche oder juristische Person, die Elektrizität an Letztverbraucherinnen oder Letztverbraucher liefert“.

Wie sich ausdrücklich aus der **Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 3 Nr. 2 lit. d) EEG** ergibt, ist der Begriff im Sinne einer breiten Verteilung der Kosten des EEG und der Vermeidung von Ungleichbehandlungen **weit auszulegen**.²³⁰ Die intendierte extensive Auslegung des Begriffs verdeutlicht der Gesetzgeber selbst, indem er in der amtlichen Begründung anordnet, dass die Definition jeden umfasse, der Elektrizität an Letztverbraucher liefert.²³¹ Erfasst seien auch Konstellationen, in denen sich verschiedene Gesellschaften eines Konzerns gegenseitig Strom liefern.²³² Letzteres ist auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt: Danach wird der Verbrauch durch konzernverbundene Unternehmen nicht mehr vom eng auszulegenden Eigenverbrauchs begriff umfasst.²³³

²²⁹ Zur Definition oben D.II.1.

²³⁰ BT-Drs. 17/6071, 60.

²³¹ BT-Drs. 17/6071, 60.

²³² BT-Drs. 17/6071, 60; *Oschmann*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 3 EEG, Rn. 56o.

²³³ BGH, Urt. v. 09.12.2009 - 8 ZR 35/09, zitiert nach juris, Rn. 24.

Die Definition des „Elektrizitätsversorgungsunternehmens“ ist angelehnt an die des „Energieversorgungsunternehmens“ in § 3 Nr. 18 Alt. 1 EnWG, wonach eine Energielieferung an andere verlangt wird.²³⁴ Sie stimmt zudem mit der vom Bundesgerichtshof zu § 14 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 entwickelten Definition überein. Danach sind Elektrizitätsversorgungsunternehmen solche, „die Strom an Letztverbraucher liefern“.²³⁵

Zur Auslegung des Begriffs des „Elektrizitätsversorgungsunternehmens“ und der vom „Energieversorgungsunternehmen“ nach EnWG divergierenden Bedeutung besagt die Begründung zum Gesetzesentwurf²³⁶ weiter wörtlich:

„Die einzige Abweichung von der Definition des Energiewirtschaftsgesetzes ist der Bezug auf die Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher. Unternehmen, die lediglich als Händler auftreten und Strom an andere Händler oder Elektrizitätsversorgungsunternehmen liefern, spielen im Ausgleichsmechanismus des EEG keine Rolle und müssen deshalb – anders als im Energiewirtschaftsgesetz – vorliegend nicht berücksichtigt werden.“

Zweifelsfrei **keine Elektrizitätsversorgungsunternehmen** im Sinne des EEG sind demnach bloße „Weiterverteiler“, die gar keine Letztverbraucher versorgen, und „Eigenversorger“, die keinen einzigen Dritten, sondern nur sich selbst mit Strom beliefern.²³⁷ Sofern jedoch konzernverbundene Unternehmen mit Strom versorgt werden, handelt es sich nicht mehr um Eigenverbrauch, da es auf eine eventuelle wirtschaftliche Abhängigkeit zwischen Stromerzeuger und -bezieher nicht ankommt.²³⁸

Konstitutive Begriffsmerkmale des „Elektrizitätsversorgungsunternehmens“ sind, dass die betreffende Person

- „Elektrizität“, also elektrischen Strom,
- an Letztverbraucherinnen oder Letztverbraucher (dazu unter b)
- liefert (zum Begriff der Lieferung unter c).²³⁹

Das Merkmal der „Elektrizität“ liegt bei der Erzeugung von Strom durch eine Photovoltaik-Dachanlage vor.

²³⁴ BT-Drs. 17/6071, 60; *Oschmann*, in: Danner/Theobald, *Energierrecht*, 75. EL (2012), § 3 EEG, Rn. 56n; *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 3, Rn. 206.

²³⁵ BGH, Urt. v. 09.12.2009 - 8 ZR 35/09, zitiert nach *juris*, Rn. 13 ff.

²³⁶ BT-Drs. 17/6071, 60.

²³⁷ *Salje*, in: FS Kühne, Frankfurt am Main 2010, S. 311 (311).

²³⁸ *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37, Rn. 26.

²³⁹ *Oschmann*, in: Danner/Theobald, *Energierrecht*, 76. EL (2012), § 3 EEG, Rn. 56p.

b) Begriff des Letztverbrauchers

Wie soeben erläutert, ist Voraussetzung für die Einordnung als Elektrizitätsversorgungsunternehmen, dass „Letztverbraucher“ mit Strom beliefert werden. Der Begriff des Letztverbrauchers ist **im EEG** auch nach der Gesetzesnovelle **nicht definiert**.

Eine Definition des „Letztverbrauchers“ findet sich **aber im EnWG**. Fraglich ist, ob auf diese zurückgegriffen werden kann. Zum **Verhältnis von EEG und EnWG** wird in der Begründung des Gesetzesentwurfs²⁴⁰ zum EEG wörtlich erläutert:

„Das Erneuerbare-Energien-Gesetz regelt als Teilbereich des Energieumweltrechts das Recht der Erneuerbaren Energien im Strombereich. Es enthält teilweise spezielle Regelungen von Sachverhalten, die allgemein ebenfalls im Energiewirtschaftsrecht geregelt werden. Im Fall des Zusammentreffens von Normen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes mit Regelungen des Energiewirtschaftsrechts und sich gegenseitig ausschließenden Rechtsfolgen gehen die Normen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes den Normen des Energiewirtschaftsrechts als speziellere Normen vor und verdrängen die Regeln des Energiewirtschaftsrechts für den Bereich der Erneuerbaren Energien. Dies gilt auch im Verhältnis zu zeitlich nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz erlassenen allgemeinen Regelungen des Energiewirtschaftsrechts.“

Da das EEG keine Definition des Letztverbraucherbegriffs enthält, kann hier – trotz der grundsätzlichen Spezialität der Normen des EEG gegenüber den Normen des EnWG²⁴¹ – auf das EnWG zurückgegriffen werden.²⁴² Nach **§ 3 Nr. 25 EnWG** sind **Letztverbraucher**

„natürliche oder juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen“.

Maßgeblich ist also, dass die Energie, d. h. in diesem Fall der Strom, „für den eigenen Verbrauch“ gekauft wird. Von anderen Energiebeziehern unterscheiden sich Letztverbraucher dadurch, dass sie einen **unmittelbaren Eigenbedarf** haben.²⁴³ Sie verbrauchen den Strom also selbst und verkaufen ihn nicht mehr weiter. Nach der Gesetzesfassung des

²⁴⁰ BT-Drs. 15/2864, 21.

²⁴¹ BT-Drs. 15/2864, 21; vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 09.12.2009 - 8 ZR 35/09, zitiert nach juris, Rn. 27; etwas ungenau zum Verhältnis von EEG und EnWG *Mikešić/ Thieme/ Strauch*, Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG, 27. August 2012, S. 28.

²⁴² *Salje*, in: FS Kühne, Frankfurt am Main 2010, S. 311 (317), der den Rückgriff auf das EnWG auch für die Definition des Elektrizitätsversorgungsunternehmens befürwortete, bis diese in § 3 Nr. 2 lit. d) EEG gesetzlich normiert wurde.

²⁴³ *Theobald*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 3 EnWG, Rn. 207.

§ 37 Abs. 2 Satz 1 EEG ist es nicht erforderlich, dass das Elektrizitätsversorgungsunternehmen ausschließlich oder überwiegend Letztverbraucher beliefert; es reicht vielmehr aus, dass nur **ein Letztverbraucher mit Strom versorgt** wird.²⁴⁴

Wer Energie hingegen für Dritte bezieht, um sie wieder abzugeben (z. B. Stromhändler, Großhändler im Sinne von § 3 Nr. 21 EnWG, Weiterverteiler), ist kein Letztverbraucher,²⁴⁵ da insofern kein unmittelbarer Eigenbedarf besteht bzw. die Energie nicht selbst verbraucht wird. Im Einzelfall kann die Abgrenzung, ob Letztverbrauch vorliegt oder nicht, schwierig sein und auch von der konkreten Vertragsgestaltung abhängen.²⁴⁶

Bezüglich des Nichtvorliegens von Letztverbrauch lässt sich folgende Regel aufstellen: Immer, wenn die Energie nicht eigenen Zwecken dient, sondern wenn sich der **Energiebezieher** und der **Energienutzer** als **selbständige wirtschaftliche Subjekte** gegenüberstehen und entweder **verschiedene Rechtssubjekte sind oder solchen angehören**, handelt es sich nicht um Letztverbrauch.²⁴⁷

Aufgrund des zuvor erläuterten Begriffsinhalts ist die **Letztverbrauchereigenschaft** in den denkbaren Sachverhaltskonstellationen des Direktverbrauchs durch Dritte²⁴⁸ zu bejahen. Der Grund für diese Einordnung ist, dass der Strom seitens des Stromempfängers jeweils bezogen wird, um ihn selbst unmittelbar zu verbrauchen. Eine Weiterleitung an einen weiteren Verbraucher ist hier vom Stromempfänger gerade nicht intendiert und erfolgt auch nicht.

c) Begriff der Lieferung

Wie eingangs erläutert, bedarf es für die Einstufung als Elektrizitätsversorgungsunternehmens einer „Lieferung“ von Strom an Letztverbraucher. Der Begriff der „**Lieferung**“ ist weder im EEG noch im EnWG gesetzlich definiert.

Nach **Art. 2 Ziff. 16 Binnenmarktrichtlinie Elektrizität 1997**²⁴⁹ war unter „Versorgung“

„die Lieferung und/oder [der] Verkauf von Elektrizität an Kunden“

²⁴⁴ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37, Rn. 25.

²⁴⁵ Salje, in: FS Kühne, Frankfurt am Main 2010, S. 311 (317); Theobald, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 3 EnWG, Rn. 207.

²⁴⁶ So Theobald, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 3 EnWG, Rn. 207. Mikešić/ Thieme/ Strauch, Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG, 27. August 2012, S. 28.

²⁴⁷ Theobald, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 3 EnWG, Rn. 207.

²⁴⁸ Hierzu oben D.II.3.

²⁴⁹ Richtlinie 96/92/EG, ABl. EG Nr. L 27/20 vom 30.01.1997.

zu verstehen. Es wurde also zwischen den Begriffen „Lieferung“ und „Verkauf“ unterschieden, wobei „Lieferung“ eher den physikalischen Übertragungsvorgang (Verfügbarmachen von Elektrizität) und „Verkauf“ eher den ökonomisch-juristischen Vorgang beinhaltet.²⁵⁰

Die neue europäische **Richtlinie Elektrizitätsbinnenmarkt 2009**²⁵¹ bestimmt in **Art. 2 Ziff. 19**, dass „Versorgung“ den

„Verkauf einschließlich des Weiterverkaufs von Elektrizität an Kunden“

meint. „Versorgung“ wird hier also – ohne Verwendung des Begriffs der „Lieferung“ – mit „Verkauf“ bzw. „Weiterverkauf“ gleichgesetzt.

Ob der Lieferungs begriff aber tatsächlich eine kaufvertragliche Beziehung zwischen Verkäufer/Lieferant und Käufer/Letzterverbraucher erfordert, wird im Schrifttum nicht einheitlich beurteilt.

aa) Auffassungen im Schrifttum

*Teilweise*²⁵² wird unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Dezember 2009²⁵³ die Auffassung vertreten, dass eine Stromlieferung grundsätzlich einer solchen **kaufvertraglichen Beziehung** bedarf. Da Strom keine Sache darstelle und auch nicht eigentumsfähig sei, scheidet für Strom eine übereignende Übergabe aus; unstreitig sei jedoch, dass Stromlieferungen über Kaufverträge abgewickelt würden und die kaufvertraglichen Regelungen analog zur Anwendung kämen.²⁵⁴ Soweit auf den Wortlaut abgestellt werde, entfalle die EEG-Umlagepflicht im Sinne des § 37 Abs. 2 Satz 1 EEG, wenn ein Vertragsverhältnis nicht als kaufvertragliche Lieferung, sondern beispielsweise als Werk-, Dienst-, Pacht- oder Lohnumwandlungsvertrag einzustufen sei.²⁵⁵

*Andererseits*²⁵⁶ wird vertreten, dass der Begriff der **Lieferung nicht zwangsläufig** mit dem **Verkauf** von Strom gleichzusetzen sei, da der Verkauf den juristischen

²⁵⁰ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37, Rn. 23.

²⁵¹ Richtlinie 2009/72/EG, ABl. EU Nr. 211/55 vom 14.08.2009.

²⁵² Riedel, IR 2012, 81 (82) sowie IR 2010, 101 (102).

²⁵³ BGH, Urt. v. 09.12.2009 - 8 ZR 35/09, zitiert nach juris, Rn. 24: „Letztverbraucher sind diejenigen Kunden, die Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen.“ Eine weitergehende Auseinandersetzung damit, ob der Begriff der „Lieferung“ tatsächlich einen Kaufvertrag voraussetzt, findet sich in dem Urteil jedoch nicht.

²⁵⁴ Riedel, IR 2010, 101 (102).

²⁵⁵ Riedel, IR 2012, 81 (82). Vgl dazu auch Mikešić/ Thieme/ Strauch, Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG, 27. August 2012, S. 28 f.

²⁵⁶ Scholtka, in: FS Kühne, Frankfurt am Main 2010, S. 343 (349).

Vorgang umschreibe, die Lieferung sich aber allgemein auf die physikalische Vorhaltung beziehen solle.²⁵⁷

Ferner wird zum Lieferbegriff ausgeführt, dass er auf eine **kommerzielle Verwertung** abziele²⁵⁸; wer Elektrizität lediglich verschenke und nicht **entgeltlich** verwerte, werde bereits umgangssprachlich nicht als Lieferant tätig. Die bekannten Umgehungsgeschäfte – Lieferung von Strom und Wärme, abgerechnet wird nur Wärme – schlossen den Lieferbegriff nicht aus.²⁵⁹ Der Liefervorgang müsse zwischen Lieferndem und Beliefertem als zwei Rechtsträgern im juristischen Sinne vollzogen werden, wobei es auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Parteien nicht ankomme. An einem Liefervorgang fehle es jedoch, wenn ein- und derselbe Rechtsträger sich selbst versorge (sog. Eigenverbrauch²⁶⁰). Denn alle Lieferverhältnisse beruhten typischerweise auf Vertragsverbindungen (Kaufvertrag oder Gesellschaftsvertrag), woran es bei der Eigenbelieferung fehle.

bb) Ergebnis: Anforderungen an „Lieferung“

Letztlich darf der Begriff der „**Lieferung**“ mit Blick auf die Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 3 Nr. 2 lit. d) EEG, die ein weites Verständnis des „Elektrizitätsversorgungsunternehmens“ verlangt, jedenfalls **nicht eng ausgelegt** werden.²⁶¹ Als Konsequenz wäre eine Beschränkung des Begriffsinhalts auf den „Kauf“ von Strom verfehlt. Entgegen dieser Auffassung, verlangt auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht eine derart restriktive Auslegung. In einer einzigen Passage führt der BGH vereinzelt aus:

*„Letztverbraucher sind diejenigen Kunden, die Elektrizität für den eigenen Verbrauch **kaufen** [...], mithin auch die mit der Beklagten verbundenen Unternehmen.“²⁶² [Hervorhebung nicht im Original]*

Jedoch lässt sich hieraus nicht auf das enge Begriffsverständnis schließen, da eine weitergehende Untersuchung des Lieferbegriffs unter dem Aspekt des „Kaufens“ von Elektrizität seitens des Senats im Urteil vom 9. Dezember 2009 nicht erfolgt; das Verb „kaufen“ wird vielmehr singular in der zitierten Urteils Passage

²⁵⁷ Ähnlich *Oschmann*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 3 EEG, Rn. 56p, der meint, dass das Verb „liefern“ in diesem Zusammenhang einen rein kaufmännischen bzw. rechtlichen Vorgang umfasse, denn elektrischer Strom fließe nach rein physikalischen Gesetzen; er könne nicht tatsächlich zugestellt oder ausgehändigt werden.

²⁵⁸ *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37, Rn. 26 f.

²⁵⁹ Zustimmend *Strauch/Wustlich*, RdE 2012, 409 (413, Fn. 58).

²⁶⁰ Dazu oben D.I.1.

²⁶¹ Vgl. auch *Mikešić/ Thieme/ Strauch*, Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG, 27. August 2012, S. 29.

²⁶² BGH, Urt. v. 09.12.2009 - 8 ZR 35/09, zitiert nach *juris*, Rn. 24.

verwendet. Zwar wird in aller Regel ein „Kauf“ zugrundeliegen. Eine Lieferung im Sinne von § 37 Abs. 2 Satz 1 EEG erfordert aber nicht zwingend einen reinen Kaufvertrag, sondern kann im Einzelfall auch auf andere Art und Weise geschehen. Andernfalls drohte eine allzu leichte Umgehung, z.B. indem die Parteien den vertraglichen Schwerpunkt im Stromlieferungsvertrag durch dienst- und werkvertragliche Elemente derart ausgestalten, dass nicht mehr von einer rein kaufvertraglichen Beziehung ausgegangen werden kann und folglich auch keine Lieferung mehr vorläge.

Einigkeit besteht insoweit, dass **keine „Lieferung“** vorliegt, wenn Strom gänzlich unentgeltlich überlassen wird oder wenn ein- und derselbe Rechtsträger sich selbst versorgt (Eigenverbrauch).²⁶³

- d) Ergebnis: Betreiber PV-Dachanlage = Elektrizitätsversorgungsunternehmen

Nach den vorhergehenden Ausführungen wird der Betreiber einer Photovoltaik-Dachanlage beim Direktverbrauch durch Dritte in der überwiegenden Anzahl der Fälle als Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne von § 3 Nr. 2 lit. d) EEG anzusehen sein.

- e) Gleichstellung von Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Letztverbrauchern nach § 37 Abs. 3 EEG

§ 37 Abs. 3 EEG regelt die Gleichstellung von Letztverbrauchern mit Elektrizitätsversorgungsunternehmen und lautet wörtlich:

*„¹Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher stehen Elektrizitätsversorgungsunternehmen gleich, wenn sie Strom **verbrauchen**, der nicht von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen geliefert wird. ²Betreibt 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 nach Absatz 2 oder Satz 1, sofern der Strom*

1. nicht durch ein Netz durchgeleitet wird oder

2. im räumlichen Zusammenhang zu der Stromerzeugungsanlage verbraucht wird.“ [Hervorhebung nicht im Original]

Durch die Gesetzesnovelle 2012 sind die Möglichkeiten einer Vermeidung der Zahlung der EEG-Umlage drastisch begrenzt worden.²⁶⁴ Im Gegensatz zu den Vorgängerregelun-

²⁶³ *Mikešić/ Thieme/ Strauch*, Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage nach § 37 Absatz 1 und 3 EEG, 27. August 2012, S. 29 m. w. N.

²⁶⁴ *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37, Rn. 38.

gen des § 37 Abs. 6 EEG 2009²⁶⁵ und des § 14 Abs. 7 EEG 2004²⁶⁶ ist nun für die Anwendbarkeit nicht mehr erforderlich, dass die Letztverbraucher den Strom „von einer dritten Person“ bzw. „von einem Dritten“ beziehen müssen, die bzw. der kein Elektrizitätsversorgungsunternehmen ist. § 37 Abs. 3 Satz 1 EEG findet vielmehr schon Anwendung, wenn der Letztverbraucher Strom „**verbraucht**, der nicht von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen geliefert“ wird. Die Bezugnahme auf den Dritten ist weggefallen.

In der Konsequenz bedeutet dies, dass auch der Eigenverbrauch von Strom unter § 37 Abs. 3 Satz 1 EEG fällt, sofern hier nicht die Ausnahme des § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG greift. Die grundsätzliche Befreiung von der EEG-Umlagepflicht, die nach den Vorgängerregelungen im Falle der Stromerzeugung zur Deckung des Eigenbedarfs (Eigenverbrauch) bestand, wird durch die Ausnahmen „keine Netzdurchleitung“ und „räumlicher Zusammenhang zur Erzeugungsanlage“ beschnitten.²⁶⁷

In der Praxis bedeutet die Regelung letztlich die Ausweitung der Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage. Denn für den Fall, dass der **Betreiber der Photovoltaik-Dachanlage** anhand der vorhergehenden Erwägungen **nicht als Elektrizitätsversorgungsunternehmen** im Sinne des EEG einzustufen sein sollte, bleibt die Pflicht zur Entrichtung der EEG-Umlage bestehen. Nur trifft diese **Zahlungspflicht** dann gemäß § 37 Abs. 3 Satz 1 EEG anstelle des Anlagenbetreibers den **Letztverbraucher**.²⁶⁸ Es erfolgt demnach ein Durchgriff auf die vom Anlagenbetreiber (als Lieferanten) versorgten Letztverbraucher.

Nach § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG entfällt die Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage für den Fall, dass der Letztverbraucher die Stromerzeugungsanlage als Eigenerzeuger betreibt und den erzeugten Strom selbst verbraucht, unter bestimmten Voraussetzungen. Da diese Konstellation nur für den Fall des Eigenverbrauchs relevant ist, wird an dieser Stelle auf die Darstellung verzichtet.²⁶⁹

3.1.2 Energieversorgungsunternehmen nach EnWG

Im Folgenden wird geprüft, ob der Betreiber einer Photovoltaik-Dachanlage auch als „Energieversorgungsunternehmen“ im Sinne des EnWG einzustufen ist.

„Energieversorgungsunternehmen“ sind gemäß § 3 Nr. 18 EnWG

²⁶⁵ § 37 Abs. 6 EEG 2009: „*Letztverbraucher, die Strom nicht von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen beziehen, sondern von einer dritten Person, stehen Elektrizitätsversorgungsunternehmen gleich.*“ [Hervorhebung nicht im Original].

²⁶⁶ § 14 Abs. 7 EEG 2004: „*Letztverbraucher, die Strom nicht von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen, sondern von einem Dritten beziehen, stehen Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne der Absätze 2 und 3 gleich.*“ [Hervorhebung nicht im Original].

²⁶⁷ *Strauch/Wustlich*, RdE 2012, 409 (409, 411 ff.).

²⁶⁸ *Herz/Valentin*, EnWZ 2013, 16 (22).

²⁶⁹ Dazu ausführlich unten D.II.3.2.1.

„natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern, ein Energieversorgungsnetz betreiben oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen; der Betrieb einer Kundenanlage oder einer Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung macht den Betreiber nicht zum Energieversorgungsunternehmen“. [Hervorhebung nicht im Original]

Nach § 3 Nr. 18 **Alt. 1** EnWG sind nur solche Unternehmen und Betriebe Energieversorgungsunternehmen, die „andere“ mit Strom (oder Gas)²⁷⁰ versorgen. Im Unterschied zum „Elektrizitätsversorgungsunternehmens“ gemäß § 3 Nr. 2 lit. d) EEG, das lediglich „Letztverbraucher“ als Empfänger der Stromlieferung bestimmt, erfasst das „Energieversorgungsunternehmen“ im Sinne von § 3 Nr. 18 EnWG generell Lieferungen an „andere“. Damit sind – wie sich auch explizit aus der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 3 Nr. 2 lit. d) EEG²⁷¹ ergibt – auch

„Unternehmen, die lediglich als Händler auftreten und Strom an andere Händler oder Elektrizitätsversorgungsunternehmen liefern“

erfasst. Im Gegensatz zum Elektrizitätsversorgungsunternehmen sind daher **auch** solche Personen Energieversorgungsunternehmen im Sinne des EnWG, die Energie an **Stromhändler, Großhändler oder „Weiterverteiler“** liefern. Diese Empfänger sind keine Letztverbraucher, da sie den Strom nicht selbst verbrauchen. Sie beziehen den Strom vielmehr nur, um ihn an Dritte (egal ob Letztverbraucher oder nicht) wieder abzugeben. In dieser Hinsicht ist der Begriff des Energieversorgungsunternehmens nach EnWG weiter, da er jede Lieferbeziehung erfasst, das Elektrizitätsversorgungsunternehmens des EEG hingegen nur die letzte Lieferbeziehung in der Kette, bevor der Strom unmittelbar selbst verbraucht wird.

Nicht gegeben ist das Merkmal der „Versorgung anderer“ bei ausschließlicher Deckung des Eigenbedarfs. Versorgung anderer liegt aber vor, wenn die Energie in das Netz eines Energieversorgungsunternehmens eingespeist wird.²⁷² Wie beim Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne des EEG ist nicht relevant, ob eine Vielzahl anderer versorgt wird; ausreichend ist, wenn ein anderer beliefert wird.²⁷³ Entscheidend ist auch hier, dass sich Versorger und Abnehmer als selbständige wirtschaftliche Einheit gegenüberstehen und entweder verschiedene Rechtssubjekte sind oder solchen angehören.²⁷⁴

Energieversorgungsunternehmen sind nach § 3 Nr. 18 **Alt. 2** EnWG auch solche Unternehmen und Betriebe, die ein Netz, d.h. mehrere miteinander verbundene Versorgungsleitungen nebst Zubehör, für die allgemeine Versorgung betreiben. Eine **isolierte Direktleitung** zwischen ei-

²⁷⁰ Vgl. die Definition von „Energie“ in § 3 Nr. 14 EnWG.

²⁷¹ BT-Drs. 17/6071, 60.

²⁷² *Theobald*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 3 EnWG, Rn. 147.

²⁷³ *Theobald*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 3 EnWG, Rn. 148.

²⁷⁴ *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 34.

nem Stromerzeuger und einem einzelnen Kunden ist jedoch **kein Netz**.²⁷⁵ Daher ist diese Alternative für den zu begutachtenden Fall des Direktverbrauchs von Strom, den der Betreiber einer Photovoltaik-Dachanlage über eine eigene Leitung einem Dritten zur Verfügung stellt, ohne Relevanz.

Aufgrund des erläuterten Begriffsinhalts ist der Betreiber einer Photovoltaik-Dachanlage als Energieversorgungsunternehmen im Sinne des EnWG einzustufen. Insofern kommt es – anders als beim Begriff des Elektrizitätsversorgungsunternehmens nach EEG – noch nicht einmal auf die Belieferung von Letztverbrauchern an. Vielmehr genügt hierfür bereits die Belieferung von „anderen“, also auch von Zwischenhändlern oder Weiterverteilern.

3.1.3 Exkurs: Vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen

Als nächstes wird geprüft, ob beim Direktverbrauch durch Dritte nicht nur ein Energieversorgungsunternehmen gem. § 3 Nr. 18 EnWG anzunehmen ist, sondern darüber hinaus auch ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen gem. **§ 3 Nr. 38 EnWG**. Letzteres wäre möglicherweise zur **Entflechtung** – auch bekannt als sog. Unbundling – nach dem EnWG verpflichtet.

a) Vertikal integriertes Unternehmen und Entflechtung

Auf das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen finden die Entflechtungsvorschriften der **§§ 6ff. EnWG** Anwendung, teils in abgeschwächter Form (dazu unter c) dd)). Diese Vorgaben haben ihren Ursprung in der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie, insbesondere der Art. 10, 12, 14, 16 und 19 EltRL 2003. Die Entflechtung sieht eine strikte **Trennung** zwischen – auf der einen Seite – **Produktion, Vertrieb** und – auf der anderen Seite – dem **Transport**, sei es in Form der Übertragung oder Verteilung, vor. Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei Netzen um natürliche Monopole. Sinn und Zweck der Entflechtung ist die **transparente und diskriminierungsfreie Ausgestaltung des Netzbetriebs** zur Ermöglichung eines wirksamen Wettbewerbs.²⁷⁶

b) Definition eines vertikal integrierten Unternehmens

Die Begriffsbestimmung des **vertikal integrierten Unternehmens** in § 3 Nr. 38 EnWG lautet wie folgt:

„Im Sinne dieses Gesetzes bedeutet ein vertikal integriertes Unternehmen ein in der Europäischen Union im Elektrizitäts- [...]bereich tätiges Unternehmen oder eine Gruppe von Elektrizitäts-[...]unternehmen, die [...] miteinander verbunden sind, wobei das betreffende Unternehmen oder die betreffende Gruppe in der Europäischen Union im Elektrizitätsbereich mindestens eine der Funktionen

²⁷⁵ Theobald, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), § 3 EnWG, Rn. 152.

²⁷⁶ Säcker/Schönborn, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, EnWG, § 6 Rn. 2.

Übertragung oder Verteilung und mindestens eine der Funktionen Erzeugung oder Vertrieb von Elektrizität [...] wahrnimmt,“

Ein vertikal integriertes Unternehmen zeichnet folglich aus, dass es neben der Tätigkeit im Geschäftsbereich des **Netzbetriebs** auch Tätigkeiten auf den vor- und nachgelagerten Wertschöpfungsstufen der Energieversorgung, namentlich **Erzeugung** und/oder **Vertrieb**, ausübt.²⁷⁷ Betrachtet man den Direktverbrauch durch Dritte in unmittelbar räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung, so liegen – stellt man auf den PV-Anlagenbetreiber ab, der z.B. an seinen Nachbarn mittels einer Direktleitung liefert – die Erzeugereigenschaft und zusätzlich der Vertrieb an Letztverbraucher vor. Es stellt sich jedoch ferner die Frage, ob bzw. wann auch das konstitutive Element des **Netzbetriebs** vorliegt. Nur wenn der auch vorliegt, handelte es sich um ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen.

c) Erzeuger als Netzbetreiber im Sinne des EnWG

Für den Elektrizitätsbereich gilt nach § 3 Nr. 27 EnWG als **Netzbetreiber**, wer ein *Elektrizitätsversorgungs-* (§ 3 Nr. 2 EnWG), *Elektrizitätsverteiler-* (§ 3 Nr. 3 EnWG), *Übertragungs-* oder *Energieversorgungsnetz* (§ 3 Nr. 4 EnWG) betreibt.

Die Legaldefinition in § 3 Nr. 4 EnWG „Betreiber eines **Energieversorgungsnetzes**“ kann beides umfassen, den Betrieb eines Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetzes. Energieversorgungsnetz ist der Oberbegriff. Ein Energieversorgungsnetz ist nach § 3 Nr. 16 EnWG ein Elektrizitätsversorgungsnetz [...] über eine oder mehrere Spannungsebenen [...] mit Ausnahme von Kundenanlagen im Sinne der Nr. 24a und 24b. Ein **Elektrizitätsversorgungsnetz** (§ 3 Nr. 2 EnWG) betreibt, wer ein Übertragungs- oder (Elektrizitäts-)Verteilernetz betreibt. Eine Definition des Übertragungsnetzbetreibers findet sich in § 3 Nr. 10 EnWG i. V. m. der Definition der Übertragung in § 3 Nr. 32 EnWG. In § 3 Nr. 3 wird der Betreiber eines Elektrizitätsverteilernetzes definiert in Zusammenschau mit der Definition zur Verteilung in § 3 Nr. 37 EnWG.

In den Konstellationen des Direktverbrauchs durch Dritte kann der Betrieb eines **Übertragungsnetzes** per se **ausgeschlossen** werden. Dies umfasst nach § 3 Nr. 32 EnWG den „Transport von Elektrizität über ein Höchstspannungs- und Hochspannungsverbundnetz einschließlich grenzüberschreitender Verbindungsleitungen zum Zwecke der Belieferung von Letztverbrauchern oder Verteilern“. Zurzeit gibt es in Deutschland abschließend nur die vier regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber: TenneT TSO GmbH, 50Hertz Transmission GmbH, Amprion GmbH, TransnetBW GmbH.

Ausweislich des Gutachtenauftrags ist auch die Belieferung über das Netz der allgemeinen Versorgung ausgeschlossen. Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung liegen nach § 3 Nr. 17 EnWG dann vor, wenn sie

„der Verteilung von Energie an Dritte dienen und von ihrer Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter,

²⁷⁷ Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, EnWG, § 3 Nr. 38 Rn. 109.

schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen stehen“.

Fraglich ist, wann für einen PV-Anlagenbetreiber eine Tätigkeit im **Netzbetrieb** vorliegt, mit der Folge, dass er als vertikal integriertes Unternehmen einzustufen wäre. Dazu soll im Folgenden abgestuft zwischen **Direktleitung**, **Kundenanlage/Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung** und **geschlossenem Verteilernetz** differenziert werden.

aa) Direktleitung

Unter **Direktleitung** versteht man gemäß § 3 Nr. 12 EnWG

„eine Leitung, die einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet, oder eine Leitung, die einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebsstätte, Tochterunternehmen oder Kunden verbindet, [...]“.

Es liegt auf der Hand, dass eine einzelne **Direktleitung** – wie sie z.B. zwischen zwei benachbarten Häusern besteht – **nicht die Qualität eines Netzes** aufweist.²⁷⁸ Gleiches gilt für einzelne Niederspannungskabel oder wenige Verbindungskabel.²⁷⁹ Folge ist, dass in dem Fall, wie er oben unter dem klassischen Sachverhalt zum Direktverbrauch dargestellt wurde, **keine Tätigkeit im Bereich des Netzbetriebs** erfolgt. Dann entfällt aber eine zwingende Voraussetzung für die Annahme eines vertikal integrierten Unternehmens. Der PV-Anlagenbetreiber, der über eine Direktleitung an seinen Nachbarn Strom liefert, ist im Ergebnis **kein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen** und folglich nicht zur Entflechtung verpflichtet.

bb) Kundenanlage und Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung

Ferner stellen so genannte **Kundenanlagen** – ausweislich des Wortlauts von § 3 Nr. 16 EnWG – **kein Energieversorgungsnetz** dar. Das Entflechtungsregime findet hier folglich ebenfalls keine Anwendung. Die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden führen in ihrem Leitfadens zu geschlossenen Verteilernetzen aus:

²⁷⁸ In der Literatur wird vertreten, dass auch bei mehreren Direktleitungen kein Netz vorliegt, sofern nur eine „bestimmte, begrenzte Anzahl („einzelner“) Kunden mit der Erzeugungsanlage“ verbunden sind, siehe *Salje*, EnWG, § 3 Rn. 55, *Theobald*, in: *Danner/Theobald*, § 3 Rn. 77; anders sieht es offensichtlich der BGH, wenn er ein sog. Sternnetz, bei dem Versorgungsleitungen ohne untereinander verbunden zu sein sternförmig von einer Quelle abgehen, als Energieversorgungsnetz einstuft; wobei es in diesem Sachverhalt um einen Campingplatz mit 450 Parzellen (330 Dauermieter) ging und der BGH den „Siedlungscharakter“ betonte, siehe BGH Beschluss 18.10.2011 = EnVR 68/10, *Helmes*, Netz oder Nicht-Netz, EnWZ 2013, S. 27.

²⁷⁹ *Boesche*, in: *Berliner Kommentar zum Energierecht*, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, EnWG, § 3 Nr. 12 Rn. 24.

„Da Kundenanlagen und Kundenanlagen zur betrieblichen Eigenversorgung keine Energieversorgungsnetze sind, unterliegen ihre Betreiber nicht den Pflichten, die Betreiber von Energieversorgungsnetzen treffen.“

Es gibt zwei Kategorien von Kundenanlagen: **Kundenanlagen** (§ 3 Nr. 24a EnWG) und **Kundenanlagen zur betrieblichen Eigenversorgung** (§ 3 Nr. 24b EnWG). Zwar sind die Definitionen 2011 ins EnWG aufgenommen worden, jedoch ist eine klare Abgrenzung aufgrund der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe schwierig.

(1) Kundenanlage nach § 3 Nr. 24a EnWG

Die Kundenanlage gemäß § 3 Nr. 24a EnWG ist wie folgt definiert:

„Energieanlagen zur Abgabe von Energie,

a) die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinden,

b) mit einem Energieversorgungsnetz oder mit einer Erzeugungsanlage verbunden sind,

c) für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend sind und

d) jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden“.

Der Gesetzgeber hatte bei der Alternative insbesondere die **versorgungstechnischen Einrichtungen eines Mehrfamilienhauses** vor Augen. So heißt es für ein Regelbeispiel in der Gesetzesbegründung:

„Geografisch eng begrenzte „Hausanlagen“ innerhalb von Gebäuden oder Gebäudekomplexen stellen in der Regel Kundenanlagen dar. Möglich ist im Einzelfall auch, dass sich eine Kundenanlage außerhalb von Gebäuden über ein größeres Grundstück erstreckt.“²⁸⁰

Diese Konstellation dürfte auch im Zusammenhang mit dem Direktverbrauch durch Dritte Relevanz haben. Sollte z.B. ein PV-Anlagenbetreiber in einem Mehrparteienhaus seine Mieter mit dem aus der PV-Anlage produzierten Strom versorgen, wären die versorgungstechnischen Leitungen in die Wohnungen unter folgenden Voraussetzungen als Kundenanlage und folglich nicht als Netz zu qualifizieren:

²⁸⁰ BT-Drs. 17/6072. 51; Helmes, EnWZ 2013, S. 25.

(a) Räumlich zusammenhängendes Gebiet

Grundsätzlich ist mit der Bundesnetzagentur dann von einem „**räumlich zusammengehörenden Gebiet**“ auszugehen, wenn sich die Anlage **auf einem Grundstück** befindet.²⁸¹ Andererseits soll die Voraussetzung auch noch als erfüllt gelten, wenn mehrere Grundstücke umfasst sind, unabhängig von den Eigentumsverhältnissen. Schließlich sei von „Gebiet“ und nicht von „Grundstück“ die Rede.²⁸² Vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Vorstellung spricht viel dafür, den Begriff nicht zu extensiv auszulegen.

(b) Verbindung zum Energieversorgungsnetz oder Erzeugungsanlage

Die **Verbindung mit einem Energieversorgungsnetz** oder einer **Erzeugungsanlage** ist selbstverständlich. Ohne eine solche Verbindung hätte die Kundenanlage keine Funktion, da ohne Strom keine Versorgung stattfinden könnte. Diese Voraussetzung stellt lediglich klar, dass auch sog. „Insellösungen“ erfasst sein sollen, das heißt, Kundenanlagen, die an eine Erzeugungsanlage aber nicht an das Energieversorgungsnetz angeschlossen sind.²⁸³

(c) Fehlende Wettbewerbsverzerrung

Die größten **Unklarheiten** bestehen bezüglich der Voraussetzung „für die Sicherstellung eines **wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs** bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend sind“. Der Gesetzgeber stellt dazu **vier Kriterien** auf, die in der Zusammenschau Rückschlüsse zulassen sollen:

- Anzahl der angeschlossenen Verbraucher
- Menge der durchgeleiteten Energie
- Geographische Ausdehnung
- Sonstige Merkmal, wie z. B. die zwischen dem Betreiber und den angeschlossenen Letztverbrauchern geschlossenen Verträge

²⁸¹ Gemeinsames Positionspapier der Regulierungsbehörden der Länder und der Bundesnetzagentur zu geschlossenen Verteilernetzen gem. § 110 EnWG vom 23.02.2012, S. 6.

²⁸² Küper, in: PwC, Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2012, S. 30.

²⁸³ BT-Drs. 17/6072, S. 51.

Das Vorliegen einer Kundenanlage soll – betrachtet man die ersten drei Punkte – immer unwahrscheinlicher sein, **je größer** der jeweilige Aspekt ist. In diesem Punkt ist eine Einzelfallbetrachtung unausweichlich.²⁸⁴

- (d) Diskriminierungsfreie und unentgeltliche Zurverfügungstellung der Anlage

Die Anlage muss „jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten **diskriminierungsfrei** und **unentgeltlich zur Verfügung** gestellt werden“. Dies schließt nach Auffassung der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörden insbesondere Exklusivitätsvereinbarungen, also die Bindung an einen Energielieferanten, aus.²⁸⁵ Ferner darf kein Nutzungsentgelt von externen Energielieferanten verlangt werden. Die **Unentgeltlichkeit** soll aber noch erfüllt sein, wenn die Anlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpakets (z.B. Miet- oder Pachtvertrag) zur Verfügung gestellt wird, sofern das Entgelt nicht abhängig von der Nutzung der Kundenanlage ist. Dabei darf sich die Höhe nicht nach der Menge der durchgeleiteten Energie richten. Ausweislich der Gesetzesbegründung liegt das Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit nicht im Falle „einer prohibitiven Preisgestaltung oder eines sonstigen Umgehungstatbestandes“ vor.²⁸⁶

- (2) Kundenanlage nach § 3 Nr. 24b EnWG

Die **Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung** gemäß § 3 Nr. 24b EnWG ist wie folgt definiert:

„Energieanlagen zur Abgabe von Energie,

a) die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Betriebsgebiet befinden,

b) mit einem Energieversorgungsnetz oder mit einer Erzeugungsanlage verbunden sind,

²⁸⁴ Siehe ausführlich dazu *Küper*, in: PwC, Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2012, S. 30.

²⁸⁵ In diesem Zusammenhang interessant BGH, Beschl. V. 18.10.2011, EnVR68/10: Der BGH geht auch bei Anlagen in einem Hotel davon aus, dass es sich nicht um ein Netz handelt, obgleich die Letztverbraucher ihren Lieferanten nicht frei wählen können. Er schafft damit eine ungeschriebene weitere Ausnahme von der Regulierung, siehe *Helmes*, EnWZ 2013, S. 27.

²⁸⁶ BT-Drs. 17/6072, S. 51.

c) fast ausschließlich dem betriebsnotwendigen Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens oder zu verbundenen Unternehmen oder fast ausschließlich dem der Bestimmung des Betriebs geschuldeten Abtransport in ein Energieversorgungsnetz dienen und

d) jedermann zum Zwecke der Belieferung der an sie angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden“.

Der Gesetzgeber stellte sich dabei insbesondere Anlagen vor, die sich „als **Bestandteil der Produktionsanlagen eines Unternehmens des produzierenden Gewerbes**, aber auch anderer **Gewerbe-, Dienstleistungs- und Industriezweige**“²⁸⁷ darstellen können. Auch in diesem Zusammenhang wäre vorstellbar, dass vorstehende Unternehmen durch eine PV-Anlage versorgt werden und der versorgende PV-Anlagenbetreiber unter den Voraussetzungen dieser Kundenanlage nicht als Betreiber eines Energieversorgungsnetzes gilt.

Im Gegensatz zur allgemeinen Kundenanlage kommt es bei der Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung auf das **Betriebsgebiet** (dazu unter (a)) an. Ferner muss es sich um Anlagen handeln, die entweder 1.) fast ausschließlich dem betriebsnotwendigen Transport von Energie **innerhalb des eigenen Unternehmens/des verbundenen Unternehmens** oder 2.) fast ausschließlich dem der Bestimmung des Betriebs geschuldeten **Abtransport** in ein Energieversorgungsnetz dienen (dazu unter (b)). Eine wettbewerbsrechtliche Verzerrung, die es bei der allgemeinen Kundenanlage zu vermeiden gilt, ist eher fernliegend, da die Kundenanlage in aller Regel nahezu ausschließlich durch das eigene Unternehmen oder durch verbundene Unternehmen genutzt wird. Im Übrigen gilt das zu den allgemeinen Kundenanlagen bereits Gesagte.

(a) Räumlich zusammengehörendes Betriebsgebiet

Ein solches Betriebsgebiet kann sich nach Vorstellung des Gesetzgebers über „**weite Flächen erstrecken und soll nicht nur kleine Betriebsgelände**“ erfassen.²⁸⁸ Darüber hinaus wird u.a. auch auf die Rechtsprechung zum § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG 2005 Bezug genommen. Das Tatbestandsmerkmal sei wörtlich aus dieser Altvorschrift entnommen. Folglich komme es darauf an, dass es sich um ein **geo-**

²⁸⁷ BT-Drs. 17/6072, S. 51

²⁸⁸ BT-Drs. 17/6072, S. 51.

graphisch und nach seinem **Erscheinungsbild geschlossenes Areal** handele.²⁸⁹

(b) Betriebliche Eigenversorgung

Während die erste Alternative von § 3 Nr. 24b c) auf die Eigenversorgung von Produktionsanlagen eines Unternehmens des produzierenden Gewerbes, aber auch anderer Gewerbe-, Dienstleistungs- und Industriezweige abzielt, wird mit der zweiten Alternative an die Kraftwerksstandorte gedacht, die die Anlagen nutzen, um Elektrizität in das Energieversorgungsnetz abzutransportieren. Die **Menge** soll dabei nach dem Willen des Gesetzgebers **unerheblich** sein. So heißt es z. B. in seiner Begründung:

„Die Menge der durchgeleiteten Energie ist im Unterschied zur Definition der Kundenanlage in Nummer 24a nicht von Relevanz. Erfasst werden gerade Konstellationen, in denen die Energiemenge sehr hoch sein kann. Maßgeblich ist, dass der Energietransport fast ausschließlich der betrieblichen Eigenversorgung und damit dem Betriebszweck dient.“²⁹⁰

Problematisch ist die „**fast ausschließliche**“ betriebliche Eigenversorgung. Fraglich ist nämlich, in welchem Umfang der Betreiber der Anlage Dritte versorgen kann, ohne dass die betriebliche Eigenversorgung hinter der Belieferung Dritter zurücktritt und folglich der Status einer Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung entfällt. Die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden gehen davon aus, dass der **Anteil an Drittbelieferung** im jährlichen Mittel **5-10 %** der Gesamtenergiemenge nicht übersteigen darf.²⁹¹

cc) Geschlossenes Verteilernetz

Bei einem geschlossenen Verteilernetz handelt es sich – im Gegensatz zur Kundenanlage – um ein **Energieversorgungsnetz** im Sinne des EnWG.²⁹² Dieses wird

²⁸⁹ Helmes, EnWZ 2013, S. 24 m. w. N.; OLG Naumburg, (o. Fn. 6) S. 78f.

²⁹⁰ BT-Drs. 17/6072, S. 51.

²⁹¹ Andere lassen einen Eigenanteil von 80 % ausreichen, siehe *Strohe*, CuR 2011, 105 (109). Wiederum andere nehmen einen Anteil von 90 % an und beziehen sich auf Vorschriften, die ähnliche Formulierungen enthalten, wie z. B. § 7g EStG oder § 8 Abs. 2 AStG, siehe *Helmes*, EnWZ 2013, S. 24.

²⁹² *Boesche*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, EnWG, § 3 Nr. 16 Rn. 42. Aufgrund der Tatsache, dass ein geschlossenes Verteilernetz vom Netzbegriff des EEG ausgenommen sein kann, wird diese Konstellation in die gutachterliche Betrachtung einbezogen. Sollte man zu dem Ergebnis kommen, dass es sich bei einem geschlossenen Verteilernetz um ein Netz im Sinne des EEG handelt, läge kein Direktverbrauch durch Dritte, wie er der hier angestellten Betrachtung zugrunde liegt, vor,

aber aufgrund bestimmter Eigenschaften privilegiert. Formelle Voraussetzung ist, dass der Netzbetreiber einen **Antrag bei der Bundesnetzagentur** stellt und die Regulierungsbehörde das Energieversorgungsnetz als geschlossenes Verteilernetz einstuft. Sofern an das Netz weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind und dieses nicht über das Gebiet eines Landes hinausreicht, ist der Antrag nach § 54 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 EnWG bei der Landesregulierungsbehörde zu stellen.

(1) Voraussetzungen eines geschlossenen Verteilernetzes

Die **Anforderungen** an ein geschlossenes Verteilernetz stehen in § 110 Abs. 2 EnWG. Die Vorschrift ist angelehnt an Art. 28 der Dritten Binnenmarkttrichtlinie. Die Voraussetzungen in § 110 Abs. 2 EnWG lauten wie folgt:

Die Regulierungsbehörde stuft ein Energieversorgungsnetz, mit dem Energie zum Zwecke der Ermöglichung der Versorgung von Kunden in einem geografisch begrenzten Industrie- oder Gewerbegebiet oder einem Gebiet verteilt wird, in dem Leistungen gemeinsam genutzt werden, als geschlossenes Verteilernetz ein, wenn

1. die Tätigkeiten oder Produktionsverfahren der Anschlussnutzer dieses Netzes aus konkreten technischen oder sicherheitstechnischen Gründen verknüpft sind oder

2. mit dem Netz in erster Linie Energie an den Netzeigentümer oder -betreiber oder an mit diesen verbundene Unternehmen verteilt wird; maßgeblich ist der Durchschnitt der letzten drei Kalenderjahre; gesicherte Erkenntnisse über künftige Anteile sind zu berücksichtigen.

Die Einstufung erfolgt nur, wenn keine Letztverbraucher, die Energie für den Eigenverbrauch im Haushalt kaufen, über das Netz versorgt werden oder nur eine geringe Zahl von solchen Letztverbrauchern, wenn diese ein Beschäftigungsverhältnis oder eine vergleichbare Beziehung zum Eigentümer oder Betreiber des Netzes unterhalten.

Auch hier könnte man sich Konstellationen vorstellen, in denen ein PV-Anlagenbetreiber gleichzeitig Betreiber eines geschlossenen Verteilernetzes ist, z.B. ein Campingplatz der an eine PV-Anlage angeschlossen ist.

Für ein geschlossenes Verteilernetz müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:

- (a) Geographisch begrenztes Industrie-/Gewerbegebiet bzw. Gebiet, in dem gemeinsam Leistung genutzt werden

Für die Annahme eines solchen geschlossenen Verteilernetzes muss entweder ein **geographisch begrenztes Industrie- oder Gewerbegebiet** vorliegen. Alternativ kann es sich auch um ein geographisches **Gebiet handeln, in dem Leistungen gemeinsam genutzt werden**. Der Erwägungsgrund 30 der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie²⁹³ nennt für ein solches Gebiet beispielhaft **Bahnhofsgebäude, Flughäfen, Krankenhäuser, große Campingplätze** mit integrierten Anlagen sowie Standorte der **Chemieindustrie**.²⁹⁴ Eine geographische Begrenzung ist dann anzunehmen, wenn „die Netzanlagen auf einem als Einheit erscheinenden, räumlich in sich geschlossenen Gelände gelegen sind“.²⁹⁵

- (b) Technische / Sicherheitstechnische Verknüpfung nach Nr. 1

Ferner muss eine der **zwei Varianten** – § 110 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 EnWG – vorliegen. Nach Nr. 1 muss eine **technische** bzw. **sicherheitstechnische Verknüpfung** der Tätigkeit oder Anschlussnutzer vorliegen. Nach der Bundesnetzagentur soll eine technische Verknüpfung dann vorliegen, wenn „die Tätigkeiten oder Produktionsverfahren in technischer Hinsicht aufeinander aufbauen. Dies gilt insbesondere, wenn eine Wertschöpfungskette existiert und die Anschlussnutzer im Verhältnis Zulieferer und Abnehmer stehen. Eine sicherheitstechnische Verknüpfung ist dann anzunehmen, wenn besondere Anforderungen an die Qualität des Netzes gestellt werden, die durch das Netz der allgemeinen Versorgung nicht erfüllt werden können, z. B. besondere Anforderungen an die Versorgungssicherheit, Notstromversorgung, Überspannungsschutz etc. Sowohl bei der technischen als auch bei der sicherheitstechnischen Verknüpfung kommt es maßgeblich darauf an, dass Tätigkeiten oder Produktionsverfahren davon **geprägt** sind. Sollte eine Verknüpfung i. S. d. Nr. 1 vereinzelt nicht vorliegen, so kann diese Variante möglicherweise dennoch einschlägig sein.

²⁹³ Richtlinie 2009/72/EG.

²⁹⁴ Gemeinsames Positionspapier der Regulierungsbehörden der Länder und der Bundesnetzagentur zu geschlossenen Verteilernetzen gem. § 110 EnWG vom 23.02.2012, S. 10.

²⁹⁵ Näher dazu Gemeinsames Positionspapier der Regulierungsbehörden der Länder und der Bundesnetzagentur zu geschlossenen Verteilernetzen gem. § 110 EnWG vom 23.02.2012, S. 10.

(c) Eigenversorgung nach Nr. 2

Nach Nr. 2 muss der Strom in erster Linie an den Netzeigentümer oder -betreiber oder an ein mit diesem verbundenen Unternehmen verteilt werden. Eine solche **Eigenversorgung** ist nach Auffassung der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörden dann ausgeschlossen, wenn der Eigenversorgungsanteil des Netzbetreibers nicht wenigstens **50 %** erreicht.

Im Unterschied dazu gehen die Regulierungsbehörden bei der Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung davon aus, dass an Dritte nicht mehr als 5-10 % der Gesamtenergiemenge geliefert werden darf, um nicht den Status zu verlieren.

(d) Grundsätzlich keine Versorgung von Haushaltskunden

Ferner dürfen bei beiden Varianten grundsätzlich **keine Haushaltskunden** i.S.d. § 3 Nr. 22 EnWG über das Netz versorgt werden. Ausnahmsweise sieht § 110 EnWG in der Eigenversorgungsvariante vor, dass eine geringe Anzahl von Haushaltskunden versorgt werden darf, wenn sie in einem **Beschäftigungsverhältnis** gemäß § 611 BGB oder einer vergleichbaren Beziehung stehen. Eine geringe Anzahl soll jedenfalls dann nicht mehr anzunehmen sein, wenn mehr als **20 Haushalte** über das Netz versorgt werden. Nur diese Variante

(2) Geschlossenes Verteilernetz und Direktverbrauch durch Dritte

Diese Konstellation kann dann relevant werden, wenn ein PV-Anlagenbetreiber gleichzeitig der Betreiber des geschlossenen Verteilernetzes ist. Sollte dieser Fall vorliegen, wäre der PV-Anlagenbetreiber als vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen zu qualifizieren.

dd) Pflicht zur Entflechtung gemäß §§ 6ff. EnWG

In § 110 Abs. 1 EnWG ist enumerativ und abschließend aufgezählt, welche **Ausnahmen** von der Regulierung für den Betrieb eines geschlossenen Verteilernetzes gelten. So unterfällt das geschlossene Verteilernetz z.B. **nicht** der **Anreizregulierung** gemäß § 21a EnWG und auch **nicht** der **Netzentgeltgenehmigung** i. S. d. § 23a EnWG. Nicht aufgeführt in der Aufzählung sind u.a. die **§§ 6ff. EnWG**. Mit anderen Worten: Der Betreiber eines geschlossenen Verteilernetzes, der gleichzeitig im Bereich der Erzeugung und/oder Vertrieb tätig ist und folglich als vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen gilt, unterliegt den **Entflechtungsvorschriften**. Nutzt also ein Betreiber eines geschlossenen Verteilernetzes dieses Energieversorgungsnetz, um PV-Strom aus eigener Erzeugung an Letztverbraucher zu liefern, greifen die Entflechtungsvorschriften ein. Hierbei ist insbesondere an die **informativische** und **buchhalterische Entflechtung** zu denken. Die operatio-

nelle und rechtliche Entflechtung dürfte in der Regel keine Anwendung finden, da in den meisten Fällen die **De-Minimis-Regelungen** in § 7 Abs. 2, 7a Abs. 7 EnWG zum Tragen kommen. Demnach müssen vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen mit weniger als 100.000 Kunden sich nicht operationell und rechtlich entflechten.

3.1.4 Pflichten zur Transparenz, Bilanzierung und Rechnungslegung

Ist der Betreiber einer Photovoltaik-Dachanlage als Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne des EEG bzw. als Energieversorgungsunternehmen im Sinne des EnWG einzustufen, so ergeben sich hieraus verschiedene Pflichten im Hinblick auf **Transparenz** (dazu unter a)), **Bilanzierung** (dazu unter b)) und **Rechnungslegung** (dazu unter c)).

a) Transparenz

Sofern der Anlagenbetreiber Dritte direkt mit Strom aus seiner PV-Anlage versorgt, obliegen ihm kraft seiner Stellung als Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach EEG bzw. Energieversorgungsunternehmen nach EnWG verschiedene **Transparenzpflichten**.

aa) Pflichten nach EEG

- **Mitteilungspflicht (§§ 45, 49 EEG)**; Nach § 45 Satz 1 EEG sind Anlagenbetreiber, Netzbetreiber und Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet, einander verschiedene Daten zur Verfügung zu stellen. Für den Betreiber einer PV-Anlage, der bei der Lieferung von Strom an Dritte als Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne des EEG anzusehen ist, bestimmt konkret § 49 EEG, dass dem regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber unverzüglich die an die Letztverbraucher gelieferte Energiemenge elektronisch mitzuteilen und bis zum 31. Mai eine Endabrechnung für das Vorjahr vorzulegen ist. Diese Pflicht trifft ihn auch im Fall des Direktverbrauchs durch Dritte. Die Inanspruchnahme des Netzes eines regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreibers ist keine Voraussetzung. Denn diese Pflicht hat ihren Sinn und Zweck gerade darin, den regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber über die abgesetzte Energiemenge zu informieren, um auf Grundlage dieser Daten den Horizontal- und Belastungsausgleich berechnen zu können.²⁹⁶
- **Informations- bzw. Veröffentlichungspflichten (§§ 51, 52 EEG)**: Nach § 51 Abs. 1 Satz 2 EEG sind Elektrizitätsversorgungsunternehmen – also auch Betreiber einer PV-Anlage, die Strom an Dritte liefern – verpflichtet, zum Ablauf der jeweiligen Frist der Bundesnetzagentur die Angaben nach § 49 EEG in elektronischer Form vorzulegen. Zur Information der Öffentlichkeit sieht § 52 Abs. 1 EEG Pflichten zur Veröffentlichung vor. Danach sind Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet, auf ihren **Internetseiten** die Angaben nach § 49 unverzüglich nach ihrer Übermittlung und einen Bericht über die Ermittlung der von ihnen nach den § 49 mitgeteilten Daten un-

²⁹⁶ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 49, Rn. 1, 3.

verzüglich nach dem 30. September eines Jahres zu veröffentlichen und bis zum Ablauf des Folgejahres vorzuhalten. Eine Ausschlussregelung für kleine Anlagen sieht das Gesetz nicht vor, so dass auch diese grundsätzlich der Veröffentlichungspflicht nach § 52 Abs. 1 EEG nachkommen müssen. Hinsichtlich der konkreten Verpflichtung zur Veröffentlichung auf der Internetseite des Elektrizitätsversorgungsunternehmens wird diese Vorschrift bei Betreibern von kleineren PV-Dachanlagen allerdings im Ergebnis teleologisch zu reduzieren sein. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, eine Transparenz im Markt herzustellen. Eine solche Transparenz im Verhältnis der Nachbarversorgung dürfte über das Ziel hinausschießen. Auch aus gesetzgeberischer Sicht sprechen gute Gründe dafür. So wird der Gesetzgeber bei der Regelung dieser Pflicht einen solchen Fall gerade nicht vor Augen gehabt haben. Vielmehr dürfte er von Anlagenbetreibern ausgegangen sein, die ohnehin über eine entsprechende Internetseite verfügen und Marktrelevanz haben. In der Mehrzahl der Fälle wird es sich hier lediglich um die Belieferung von Nachbarn bzw. einem kleinen, abgrenzbaren Personenkreis handeln. Der Betreiber wird für diesen Fall in der Regel keine eigene Internetseite für sein Elektrizitätsversorgungsunternehmen vorhalten. Im Ergebnis ist eine solche Veröffentlichungspflicht für kleinere PV-Anlagenbetreiber, die als Elektrizitätsversorgungsunternehmen agieren, abzulehnen.

- **Berechtigung zur Ausweisung der EEG-Umlage (§ 53 EEG):** Nach § 53 Abs. 1 EEG kann ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen die EEG-Umlage gegenüber Letztverbrauchern ausweisen, soweit für diesen Strom keine Begrenzung der EEG-Umlage nach § 40 EEG erfolgt ist. Eine Ausweisungspflicht besteht also nach dem Wortlaut der Norm nicht.²⁹⁷ Wählt der Betreiber die Ausweisung, so darf nur die Umlage pro Kilowattstunde mitgeteilt werden, nicht der Gesamtbetrag der Umlage, da dieser keinen Mengenbezug aufweist und zwischen den verschiedenen Stromlieferanten nicht vergleichbar ist.²⁹⁸ Um eine Vergleichbarkeit sicherzustellen, ist zudem der betrachtete Abrechnungszeitraum zu beachten.²⁹⁹ Ausgewiesen werden darf nur – auch gegenüber den betroffenen Unternehmen – die unbegrenzte EEG-Umlage, nicht hingegen die gemäß §§ 40 ff. EEG begrenzte EEG-Umlage, die von Elektrizitätsversorgungsunternehmen an Letztverbraucher, die stromintensive Unternehmen des produzierenden Gewerbes mit hohem Stromverbrauch oder Schienenbahnen sind, weitergegeben wird. Dies wird damit begründet, dass die nach § 40 EEG begünstigten Unternehmen diese Information nicht benötigen, weil ihnen ein entsprechender Begrenzungsbescheid in Bezug auf die EEG-Umlage zugegangen ist. Zudem würde eine Ausweisung von differenzierten EEG-Umlagen eher verwirren, da dem Letztverbraucher zu erklären wäre, wie es zu den unterschiedlich hohen EEG-Umlagen kommt.³⁰⁰

²⁹⁷ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 53, Rn. 12.

²⁹⁸ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 53, Rn. 8.

²⁹⁹ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 53, Rn. 9.

³⁰⁰ Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 53, Rn. 10.

Entschließt sich der Betreiber zur Ausweisung, muss er die Modalitäten des Absatzes 2 einhalten.³⁰¹

- **Stromkennzeichnungspflicht (§ 54 EEG):** § 54 EEG konkretisiert die Stromkennzeichnungspflicht des § 42 EnWG. Absatz 1 verpflichtet zur prozentual anteiligen Ausweisung des EEG-Stroms in Rechnungen an die Letztverbraucher. Dieser Anteil muss unabhängig und getrennt vom sonstigen Strom aus erneuerbaren Energien explizit als Anteil aus „Erneuerbaren Energien, gefördert nach dem Erneuerbaren-Energien-Gesetz“, ausgewiesen werden, um die notwendige Transparenz zu schaffen.³⁰²

bb) Pflichten nach EnWG

Ist der Betreiber der PV-Anlage als Energieversorgungsunternehmen nach EnWG einzustufen, so ist er – auch ohne Netzbetrieb – Adressat gesetzlicher Pflichten aus dem EnWG.³⁰³

- **Pflichten nach §§ 40, 42 EnWG zur Transparenz von Stromrechnungen und zur Stromkennzeichnung:** Der Anlagenbetreiber muss konkrete Pflichten hinsichtlich der Transparenz von Stromrechnungen und der Abrechnungsmodalitäten bei der Belieferung von Letztverbrauchern einhalten, die sich aus den §§ 40, 42 EnWG ergeben.³⁰⁴ Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 EnWG müssen Rechnungen über Energielieferungen an Letztverbraucher „*einfach und verständlich*“ sein. § 40 Abs. 2 EnWG bestimmt z. B., welche konkreten Angaben in Rechnungen an Letztverbraucher auszuweisen sind. § 42 Abs. 1 EnWG verpflichtet die Energieversorgungsunternehmen zur Stromkennzeichnung bezüglich des Anteils der einzelnen Energieträger am Gesamtenergieträgermix, den der Lieferant im letzten oder vorletzten Jahr verwendet hat. Nach § 42 Abs. 7 Satz 1 EnWG sind Elektrizitätsversorgungsunternehmen zudem verpflichtet, einmal jährlich zur Überprüfung der Richtigkeit der Stromkennzeichnung die nach den Absätzen 1-4 gegenüber den Letztverbrauchern anzugebenden Daten sowie die der Stromkennzeichnung zugrunde liegenden Strommengen der Bundesnetzagentur zu melden. Für den Anlagenbetreiber, der Strom ausschließlich aus seiner PV-Anlage an einen Dritten leitet, dürfte diese Stromkennzeichnung weitgehend unkompliziert sein, da der Strom vollständig aus erneuerbaren Energien stammt.
- **Pflichten nach §§ 5, 41 EnWG bei der Belieferung von Haushaltskunden:** Sofern der Anlagenbetreiber als Energieversorgungsunternehmen Haushaltskunden im Sinne

³⁰¹ Zu den Einzelheiten *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 53, Rn. 14 ff.

³⁰² BT-Drs. 17/6071, 87; *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 54, Rn. 1; sowie *Kahle*, in: Reshöft, EEG, 3. Aufl. 2009, § 53 Rn.13 zu § 53 Abs. 2 EEG a. F, der noch von „Differenzkosten“ spricht.

³⁰³ Dazu auch *Helmes*, EnWZ 2013, 23 (26).

³⁰⁴ *Rüger*, REE 2012, 146 (147); *Wellershoff/Obst*, ET 12/2010, 52 (55).

von § 3 Nr. 22 EnWG – also solche Letztverbraucher, die die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10.000 Kilowattstunden nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen – beliefert, sind zusätzlich die §§ 5, 41 EnWG zu beachten. Nach § 5 Satz 1 bzw. 3 EnWG müssen die Anlagenbetreiber die Aufnahme der Stromlieferungen bei der Bundesnetzagentur anzeigen und ihre personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie der Zuverlässigkeit der Geschäftsführung nachweisen.³⁰⁵ Diese Pflicht kann ausgeschlossen sein,³⁰⁶ z. B. für ausschließlich in einer Kundenanlage tätige Lieferanten (§ 5 Satz 1 HS 2 EnWG). Gleiches dürfte erst recht auch bei einer Direktleitung gelten, die im Vergleich zur Kundenanlage ein Weniger darstellt. Die Pflichten nach § 41 EnWG hingegen gelten für alle Energielieferverträge ohne Ausnahme. Danach müssen die Verträge über die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie außerhalb der Grundversorgung generell einfach und verständlich sein (§ 41 Abs. 1 Satz 1 EnWG). Da ausdrücklich Verträge außerhalb der Grundversorgung erfasst sind, also nur solche die ein Energieversorgungsunternehmen nicht auf der Grundlage der Allgemeinen Bedingungen und Allgemeinen Preise, die es in seinem Netzgebiet öffentlich bekannt gemacht hat, geschlossen hat, gelten diese Pflichten gerade auch für den PV-Anlagenbetreiber, der (möglicherweise den Eigenbedarf übersteigenden) Strom aus seiner PV-Anlage Dritten direkt liefert. Die Verträge müssen zwingend bestimmte Bestandteile enthalten, z. B. Regelungen zur Vertragsdauer, Preisanpassung, Kündigungsterminen und Kündigungsfristen sowie zum Rücktrittsrecht des Kunden, zur Zahlungsweise, zum unentgeltlichen und zügigen Lieferantenwechsel (§ 41 Abs. 1 Satz 2 EnWG).³⁰⁷ Zu diesen Pflichtangaben müssen die Energieversorgungsunternehmen in oder als Anlage zu ihren Rechnungen, in Werbematerialien und - nach dem Wortlaut des § 41 Abs. 4 EnWG – auch auf ihrer Website allgemeine Informationen geben; hinsichtlich der Website sprechen jedoch gute Gründe dafür, für Betreiber von kleineren PV-Dachanlagen auch hier (siehe oben, D. II. 3.1.4 a) aa)) im Ergebnis eine teleologische Reduktion vorzunehmen. Vor Vertragsschluss müssen zudem verschiedene Zahlungsmöglichkeiten angeboten werden; besondere, verbraucherschützende Regelungen gelten für Vorauszahlungen (§ 41 Abs. 2 EnWG).

- **Netzbetreiberpflichten:** Beliefern Anlagenbetreiber im Wege des Direktverbrauchs durch Dritte eine Vielzahl von Kunden, können diese eigenen Leitungen unter Umständen ein Energieversorgungsnetz darstellen. Als Betreiber eines solchen Netzes könnten sie weitreichenden Pflichten (z. B. Pflicht zur Entflechtung, Pflicht, Netzzu-

³⁰⁵ *Wellershoff/Obst*, ET 12/2010, 52 (55).

³⁰⁶ *Helmes*, EnWZ 2013, 23 (26); *Rüger*, REE 2012, 146 (147).

³⁰⁷ *Wellershoff/Obst*, ET 12/2010, 52 (55).

gang zu gewähren sowie Pflicht, regulierte Entgelte zu erheben) unterliegen.³⁰⁸ Solange jedoch eine „Direktleitung“ im Sinne von § 3 Nr. 12 besteht, also

„eine Leitung, die einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet, oder eine Leitung, die einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebsstätte, Tochterunternehmen oder Kunden verbindet, oder eine zusätzlich zum Verbundnetz errichtete Gasleitung zur Versorgung einzelner Kunden“ [Hervorhebungen nicht im Original],

gilt diese nicht als Netz. Als Folge treffen den Betreiber auch nicht die Pflichten eines Netzbetreibers.³⁰⁹ Werden über eine solche Leitung aber eine Mehrzahl von Kunden, beispielsweise mehrere Wohnhäuser beliefert, ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Kundenanlage gem. § 3 Nr. 24a, 24b EnWG oder ein geschlossenes Verteilernetz gem. § 110 EnWG vorliegt.

b) Bilanzierung und Rechnungslegung

Ausdrückliche Vorschriften zur Bilanzierung und Rechnungslegung finden sich im EEG nicht; das EnWG enthält lediglich in § 6b EnWG Bestimmungen zur Rechnungslegung und Buchführung. Die Regelung des § 6b EnWG gilt jedoch nur für vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 3 Nr. 38 EnWG. Reine Energielieferanten und Erzeugungsgesellschaften sollen hingegen von den Rechnungslegungsvorschriften nach EnWG ausgenommen sein.³¹⁰ Da es sich bei dem Betreiber einer Photovoltaikanlage typischerweise nicht um ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen handelt, findet die Regelung des § 6b EnWG keine Anwendung. Somit verbleibt es für den Betreiber einer Photovoltaikanlage, der Strom über eine eigene Leitung an einen Dritten liefert, bei den allgemeinen Vorschriften zur Rechnungslegung, die sich z.B. aus dem Handelsgesetzbuch oder der Abgabenordnung ergeben können.

Nach § 238 Abs. 1 Satz 1 HGB ist jeder Kaufmann verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen. Diese allgemeine handelsrechtliche Buchführungsvorschrift (zusammen mit den §§ 238 ff. HGB) greift also nur, wenn es sich bei dem Betreiber einer Photovoltaikanlage um einen Kaufmann im Sinne des § 1 Abs. 1 HGB handelt. Kaufmann ist danach, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Ein Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art und

³⁰⁸ Wellershoff/Obst, ET 12/2010, 52 (55).

³⁰⁹ Wellershoff/Obst, ET 12/2010, 52 (55).

³¹⁰ S. BT-Drucks. 17/10754, S. 21.

Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (s. § 1 Abs. 2 HGB). Kriterien hierfür können unter anderem die Vielfalt der Erzeugnisse und Leistungen und der Geschäftsbeziehungen, die Zahl und Funktion der Beschäftigten sowie die Größe des Geschäftslokals sein.³¹¹ Maßgebend ist aber stets das Gesamtbild der Verhältnisse.³¹² Der Betreiber einer Photovoltaikanlage, der Strom über eine eigene Leitung an einen Dritten, z.B. einen Mieter oder Nachbar, liefert, wird üblicherweise keine nennenswerten kaufmännischen Einrichtungen benötigen und folglich kein Kaufmann sein.

Selbst wenn der Betrieb der Photovoltaikanlage nicht als Handelsgewerbe und der Betreiber infolgedessen nicht als Kaufmann im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB qualifiziert wird, kommt gemäß § 2 HGB die Fiktion eines Handelsgewerbes kraft Eintragung der Firma, unter der die Photovoltaikanlage betrieben wird, ins Handelsregister in Betracht. Gleiches gilt nach § 6 Abs. 1 HGB grundsätzlich auch in Bezug auf die Handelsgesellschaften (OHG, KG). In diesem Fall unterliegt der Betrieb der Photovoltaikanlage den Rechnungslegungs- und Bilanzierungsvorschriften der §§ 238 ff. HGB. Wird die Photovoltaikanlage durch eine Kapitalgesellschaft (AG, KGaA, GmbH) betrieben, sind ergänzend die Rechnungslegungsvorschriften der §§ 264 ff. HGB zu beachten.

Ist die Rechnungslegung und Bilanzierung nicht bereits nach Handelsrecht vorgeschrieben, kann der Betrieb zumindest den steuerlichen Buchführungsvorschriften nach §§ 140 ff. AO unterliegen. Nach § 141 Abs. 1 Nr. 1 und 4 AO sind gewerbliche Unternehmer, die nach den Feststellungen der Finanzbehörde für den einzelnen Betrieb entweder Umsätze (einschließlich steuerfreier Umsätze, ausgenommen jedoch die Umsätze nach § 4 Nr. 8 bis 10 UStG) von mehr als 500.000 Euro im Kalenderjahr oder einen Gewinn aus Gewerbebetrieb von mehr als 50.000 Euro im Wirtschaftsjahr gehabt haben, auch dann zur Buchführung und zur Erstellung von Jahresabschlüssen für diesen Betrieb verpflichtet, wenn sie nicht bereits nach Handelsrecht dazu verpflichtet sind. Die in § 141 Abs. 1 Satz 2 AO benannten Vorschriften des Handelsrechts gelten dabei sinngemäß. Da es sich bei einem Betreiber einer Photovoltaikanlage grundsätzlich um einen gewerblichen Unternehmer handelt (s. dazu oben D.I. 3.3.3a)), unterliegt dieser Betrieb bei Überschreiten der genannten Umsatz- bzw. Gewinngrößen den steuerlichen Buchführungs- und Bilanzierungsverpflichtungen nach §§ 140 ff. AO.

³¹¹ S. *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., München 2012, § 1 Rn. 23.

³¹² *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., München 2012, § 1 Rn. 23.

3.2 Direktverbrauch durch Dritte und Pflicht zur Zahlung von EEG-Umlage, Netzentgelten, KWK-Umlage/§ 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage, § 18 AbLaV-Umlage, Offshore-Umlage und Konzessionsabgaben

Ähnlich wie beim Eigenverbrauch stellen sich auch beim Direktverbrauch durch Dritte die Fragen, ob Netzentgelte, KWK-Umlage, Konzessionsabgaben und darüber hinaus EEG-Umlage gezahlt werden müssen.

3.2.1 EEG-Umlage

Beim Direktverbrauch durch Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes stellt sich die Frage, ob der Betreiber der PV-Anlage EEG-umlagepflichtig ist, ob also derjenige, der in seiner PV-(Dach-)Anlage Strom produziert und einem Dritten zur Verfügung stellt, zur Zahlung der EEG-Umlage verpflichtet ist.

a) Rechtsrahmen EEG

Um den Strom aus erneuerbaren Energien zu den Verbrauchern zu transportieren und die Kosten für die Erzeugung dieses Stroms zu decken, hat der Gesetzgeber mit dem EEG-Belastungsausgleich ein **Umlagesystem** entwickelt. Dieser **mehrstufige Wälzungsmechanismus** soll eine **gleichmäßige Verteilung** der Kosten auf **alle Letztverbraucher** sicherstellen, § 34ff. EEG. Die **erste Stufe** des Wälzungsmechanismus betrifft das Verhältnis zwischen den Anlagenbetreibern und den Verteilnetzbetreibern. Die Netzbetreiber sind verpflichtet, Strom aus erneuerbaren Energien vorrangig abzunehmen und den Betreibern der an ihr Netz angeschlossenen Anlagen die gesetzlich festgelegte Mindestvergütung für den eingespeisten Strom zu zahlen. Auf der **zweiten Stufe** leitet der Verteilnetzbetreiber den EEG-Strom gegen Erstattung der ausgezahlten Mindestvergütung an den vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber weiter. Im Rahmen der **dritten Stufe** werden die aufgenommenen Energiemengen und die Vergütungszahlungen zwischen den vier Übertragungsnetzbetreibern ausgeglichen (horizontaler Belastungsausgleich). Hierdurch wird sichergestellt, dass jede Regelzone unabhängig von der tatsächlichen direkten Einspeisung anteilig zum Letztverbraucherabsatz gleichmäßig belastet wird. Die **vierte Stufe** wurde zum 1. Januar 2010 **grundlegend** geändert. Die Pflicht der Stromlieferanten zur Abnahme und Vergütung des EEG-Stroms ist entfallen. Die Übertragungsnetzbetreiber sind nunmehr verpflichtet, den EEG-Strom am Spotmarkt der Strombörse zu verkaufen. Zur Deckung der hierbei entstehenden Aufwendungen erheben die Übertragungsnetzbetreiber von jedem Stromlieferanten, der Letztverbraucher beliefert, die so genannte **EEG-Umlage** in ct/kWh. Die Höhe der EEG-Umlage ist bundesweit einheitlich und wird jährlich neu festgelegt. Kommt es im laufenden Kalenderjahr bei den Übertragungsnetzbetreibern zu einer Über- oder Unterdeckung, erfolgt eine entsprechende Berücksichtigung erst bei der Berechnung der EEG-Umlage für das nächste Kalenderjahr. Auch hier entsteht der Anspruch der Übertragungsnetzbetreiber gegen die Stromlieferanten **jährlich aufs Neue**.

b) Anspruch auf Zahlung der EEG-Umlage

Ausgangspunkt ist § 37 EEG. Absatz 2 berechtigt Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucher liefern, zur Erhebung der EEG-Umlage. § 37 Abs. 2 Satz 1 EEG lautet:

„Die Übertragungsnetzbetreiber können von Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher liefern, anteilig zu dem jeweils von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen an ihre Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher gelieferten Strom die Kosten für die erforderlichen Ausgaben nach Abzug der erzielten Einnahmen und nach Maßgabe der Ausgleichsmechanismusverordnung verlangen (EEG-Umlage).“

Wie bereits oben unter D.II. 3.1.1.a) festgestellt, ist derjenige, der den produzierten Strom an einen Dritten in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung liefert, ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne des § 3 Nr. 2 lit. d) EEG. Als solches sieht es sich grundsätzlich dem Anspruch des Übertragungsnetzbetreibers ausgesetzt, die EEG-Umlage an diesen abzuführen. Wie im Folgenden dargelegt wird, knüpft die EEG-Umlage-Pflicht nicht an die Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung an.

c) Zahlungspflicht der EEG-Umlage auch ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung

Die EEG-Umlagepflicht beim Direktverbrauch durch Dritte besteht auch dann, wenn das Netz der allgemeinen Versorgung nicht genutzt wird. Die Umlagepflicht ist für den Betreiber der PV-Anlage also unabhängig davon, ob er ein Netz der allgemeinen Versorgung im Sinne von § 3 Nr. 7 EEG zur Weiterleitung des Stroms nutzt.³¹³

Der BGH hat 2009 entschieden, dass vom Ausgleichsmechanismus des EEG *„auch die Strommengen erfasst, die von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen außerhalb eines der allgemeinen Versorgung dienenden Netzes an verbundene Unternehmen geliefert werden.“*³¹⁴

Er vollzog damit eine Änderung seiner Rechtsprechung. 2005 hatte er nämlich noch entschieden, dass vom EEG nur derjenige Strom erfasst sein soll, der aus dem allgemeinen Versorgungsnetz bezogen wurde.³¹⁵ Nunmehr kommt es nicht mehr darauf an, ob das Netz, in dem sich die zu beurteilenden Lieferverhältnisse abspielen, der allgemeinen Ver-

³¹³ Herz/Valentin, EnWZ 2013, 16 (22).

³¹⁴ BGH, Urteil v. 9. Dezember 2009, VIII ZR 35/09 = NVwZ-RR 2010, 315.

³¹⁵ BGH, Urteil v. 21. Dezember 2005, VIII ZR 108/04 = NJW-RR 2006, 632. Dazu auch Müggenborg, NVwZ 2010, 940 (942).

sorgung dient oder nicht.³¹⁶ Insofern sind alle Lieferbeziehungen umlagepflichtig, auch wenn sie unter Nutzung von – wie im zugrundeliegenden Sachverhalt – Areal- bzw. Werksnetzen erfolgen.³¹⁷ Begründet hat der BGH dies damit, dass es Sinn und Zweck des Belastungsausgleichs des EEG sei, die entstehenden Lasten gleichmäßig auf alle Stromabnehmer zu verteilen und eine Ungleichbehandlung verschiedener Abnehmer, die zudem zu einer Erhöhung der Lasten für die dann noch ausgleichsverpflichteten Abnehmer führen würde, zu vermeiden.³¹⁸

Dies bedeutet für die vorliegende Fragestellung, dass auch für den Direktverbrauch durch Dritte mittels einer Direktleitung zwischen PV-Anlagenbetreiber und Verbraucher ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung die EEG-Umlagepflicht besteht.

Zu denken ist aber an **§ 39 Abs. 3 EEG**: Diese Norm privilegiert Strom aus einer PV-Anlage, die ohne Nutzung des Netzes an einen Verbraucher in unmittelbarer räumlicher Nähe direkt geliefert wird, indem die durch den Anlagenbetreiber (= Elektrizitätsversorgungsunternehmen, s. o.) zu entrichtende EEG-Umlage um 2 Cent pro kWh abgesenkt wird. Damit erfolgt eine Gleichstellung mit § 39 Abs. 1 EEG. Der PV-Anlagenbetreiber in seiner Funktion als Elektrizitätsversorgungsunternehmen muss aber nach § 39 Abs. 3 Nr. 2 EEG seinem regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber die erstmalige Inanspruchnahme der Verringerung der EEG-Umlage vor Beginn des vorangegangenen Kalendermonats übermitteln haben. Nähere Informationen finden sich unter:

http://www.eeg-kwk.net/cps/rde/xchg/eeg_kwk/hs.xsl/Grünstromprivileg.htm/papp/mac:765/meeeg_kwk-datagathering/Entry.action?

d) Zwischenergebnis

Der PV-Anlagenbetreiber ist als Elektrizitätsversorgungsunternehmen für den Übertragungsnetzbetreiber der richtige Adressat in Bezug auf die EEG-Umlage. Er wird diese im Anschluss an den Letztverbraucher weiterwälzen.

3.2.2 Netzentgelte

Entscheidend für die Frage, ob Netzentgelte im Rahmen des Direktverbrauchs anfallen, ist die Tatsache, ob ein Netz genutzt wird oder nicht. In der Konstellation des Direktverbrauchs durch Dritte ist die Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung bereits von vorneherein ausgeschlossen. Wie oben gezeigt, handelt es sich bei Direktleitung und Kundenanlagen nicht um Energieversorgungsnetze. Einzig die Nutzung von geschlossenen Verteilernetzen, die zwar nicht der verschärften Anreizregulierung unterworfen sind, aber dennoch ihre Entgelte angemessen, diskriminierungsfrei und transparent nach § 21 EnWG bilden müssen, führten zum Er-

³¹⁶ BGH, Urteil v. 9. Dezember 2009, VIII ZR 35/09, Rn. 14 = NVwZ-RR 2010, 315.

³¹⁷ *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 37 Rn. 51; *Hilgers*, ZNER 2012, 42 (43).

³¹⁸ BGH, Urteil v. 9. Dezember 2009, VIII ZR 35/09, Rn. 16 = NVwZ-RR 2010, 315.

gebnis, dass Entgelte für die Nutzung des geschlossenen Verteilernetzen zu zahlen wären. Dabei stellt der Gesetzgeber in § 110 Abs. 4 Satz 2 EnWG folgende Vermutung auf:

„Es wird vermutet, dass die Bestimmung der Netznutzungsentgelte den rechtlichen Vorgaben entspricht, wenn der Betreiber des geschlossenen Verteilernetzes kein höheres Entgelt fordert als der Betreiber des vorgelagerten Energieversorgungsnetzes für die Nutzung des an das geschlossene Verteilernetz angrenzenden Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung auf gleicher Netz- oder Umspannebene; grenzen mehrere Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung auf gleicher Netz- oder Umspannebene an, ist das niedrigste Entgelt maßgeblich.“

§ 110 Abs. 4 Satz 1 EnWG gibt dem Netznutzer das Recht in die Hand, eine Überprüfung der Entgelte durch die Regulierungsbehörde zu verlangen.

3.2.3 KWK-Umlage/§ 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage//§18 AbLaV-Umlage/Offshore-Umlage

Da die Pflicht zur Zahlung der KWK-Umlage, § 19 Abs. 2 StromNEV, § 18 AbLaV-Umlage und Offshore-Umlage an die Nutzung des Netzes der öffentlichen Versorgung geknüpft ist, fällt beim Direktverbrauch durch Dritte auch keine KWK-Umlage und auch keine § 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage, § 18 AbLaV-Umlage und Offshore-Umlage an. Näheres hierzu siehe die Ausführungen zum Eigenverbrauch unter D.I. 3.1.2 verwiesen.

3.2.4 Konzessionsabgaben

Ein Unterschied im Vergleich zu den Konstellationen beim Eigenverbrauch liegt darin, dass beim Direktverbrauch durch Dritte der PV-Anlagenbetreiber ein Energieversorgungsunternehmen ist. Als solches ist er, da er Letztverbraucher beliefern möchte, gegenüber der Gemeinde anspruchsberechtigt, die öffentlichen Verkehrswege für den Leitungsbau in Anspruch zu nehmen. Dies ist bei Eigenverbrauchskonstellation nicht der Fall. Auf der anderen Seite ist er in Bezug auf die Konzessionsabgaben aber auch Anspruchsverpflichteter gegenüber der Gemeinde für den Fall, dass er öffentliche Verkehrsflächen der Gemeinde in Anspruch nimmt.

a) Öffentliche Verkehrswege der Gemeinde

Zwingend für die Entrichtung von Konzessionsabgaben an die Gemeinde ist die Nutzung öffentlicher Verkehrswege der Gemeinde. Zu den **öffentlichen Verkehrswegen** gehören zunächst alle Straßen, Wege und Plätze, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind. Darüber hinaus zählen hierzu Verkehrswege, die nicht entsprechend gewidmet sind, auf denen aber gleichwohl öffentlicher Verkehr stattfindet.³¹⁹ Öffentliche Verkehrswege sind von solchen abzugrenzen, die im privaten Eigentum stehen. Fiskalischen Zwecken dienende Grundstücke, wie etwa Baugrundstücke oder Betriebshöfe, wurden von der Recht-

³¹⁹ Wegner, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, EnWG, § 46 Rn. 24; Danner, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), EnWG, § 46 Rn. 16.; a.A. Salje, EnWG, § 46, Rn. 24, 27, der hierunter nur für den Verkehr gewidmete Flächen erfassen will, jedoch für solche Fälle ein Ausnahme macht, dass ein vergleichbar zumutbarer (gewidmeter) Verkehrsweg nicht vorhanden ist.

sprechung im Rahmen des § 46 EnWG bisher nicht den öffentlichen Verkehrswegen zugerechnet.³²⁰ § 46 EnWG unterscheidet hinsichtlich der Verpflichtung der Gemeinden, mit den Versorgungsunternehmen Verträge über die Leitungsverlegung abzuschließen, also nicht danach, ob die betroffenen Wege nur tatsächlich dem öffentlichen Verkehr dienen oder diesem rechtlich gewidmet sind. Dem Begriff des öffentlichen Verkehrsweges ist ein **weites Verständnis** zugrunde zu legen.³²¹

b) Zwischenfazit

Nutzt der PV-Anlagenbetreiber keine öffentlichen Verkehrswege der Gemeinde, besteht auch keine Pflicht zur Zahlung von Konzessionsabgaben. Dies wäre der Fall, wenn die Grundstücke des PV-Anlagenbetreibers und des zu beliefernden Dritte unmittelbar aneinandergrenzen und die Direktleitung von der PV-Anlage zum Nachbarn ohne Inanspruchnahme öffentlicher Verkehrswege erfolgt. Sollte sich z.B. das Grundstück des zu beliefernden Dritten aber auf der anderen Straßenseite befinden und müsste folglich ein öffentlicher Verkehrsweg der Gemeinde für die Belieferung genutzt werden, so ist der PV-Anlagenbetreiber als Energieversorgungsunternehmen verpflichtet, an die Gemeinde Konzessionsabgaben zu zahlen. Diese wiederum würde der PV-Anlagenbetreiber in aller Regel an den Dritten weitergeben.

3.2.5 Ergebnis und praktische Handhabung

Letztendlich ist der PV-Anlagenbetreiber im Falle des Direktverbrauchs durch Dritte lediglich dem Anspruch des Übertragungsnetzbetreibers ausgesetzt, die EEG-Umlage zu entrichten. Netzentgelte, KWK-Umlage, § 19 Abs. 2-Umlage und Offshore-Umlage fallen nicht an, wenn kein Netz der allgemeinen Versorgung genutzt wird. Ebenso scheidet eine Konzessionsabgabe aus, sofern – wie in aller Regel zu vermuten – keine öffentlichen Verkehrswege genutzt werden. Sollten für die Belieferung des Dritten doch öffentliche Verkehrswege mittels einer Direktleitung in Anspruch genommen werden, so hat die Gemeinde auch einen Anspruch gegenüber dem PV-Anlagenbetreiber als Energieversorgungsunternehmen auf Konzessionsabgaben.

Bezüglich der EEG-Umlage und deren praktischen Handhabung besteht zurzeit das größte Problem darin, dass die PV-Anlagenbetreiber keine Kenntnis davon haben, dass sie der Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage unterfallen. Daher melden sie sich auch nicht beim regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber, der wiederum nur selten Kenntnis von dem Betrieb der PV-Anlage hat, sofern sie nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung einspeist. Grundsätzlich müsste sich der PV-Anlagenbetreiber nur auf die Plattform der vier Übertragungsnetzbetreiber begeben und sich anmelden (siehe dazu u.a. die gemeinsame Homepage der vier Übertragungsnetzbetreiber: <http://www.eeg-kwk.net>). Im Folgenden würde er wie ein ganz normales Elektri-

³²⁰ *Wegner*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, EnWG, § 46 Rn. 24; *Theobald/Templin*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), KAV, § 1 Rn. 116; *Danner*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), EnWG, § 46 Rn. 16.

³²¹ *Theobald/Templin*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL (2012), KAV, § 1 Rn. 117.

zitätsversorgungsunternehmen behandelt, mit allen Pflichten wie z.B. der Prognosemeldung und der EEG-Jahresabrechnung bis zum 31.05. des Folgejahres etc.

3.3 Umsatzsteuerrechtliche, stromsteuerrechtliche und ertragsteuerrechtliche Auswirkungen des Direktverbrauchs durch Dritte

Nachfolgend sollen die umsatz-, strom- und ertragsteuerrechtlichen Auswirkungen des Verbrauchs von selbst erzeugtem Strom aus Photovoltaikanlagen durch Dritte ohne Netznutzung untersucht werden.

3.3.1 Umsatzsteuer

Unter I.3.3.1a) wurde bereits ausgeführt, dass der Betrieb einer Photovoltaikanlage unseres Erachtens³²² grundsätzlich eine **unternehmerische Tätigkeit** im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG darstellt und die aus der Einspeisung an den Netzbetreiber erzielten **Entgelte für die Einspeisung** des erzeugten Stroms der **Umsatzsteuer unterliegen**, sofern nicht die Regelungen für Kleinunternehmer nach § 19 UStG zum Tragen kommen. Fraglich ist nunmehr, ob sich aus der **Veräußerung** des erzeugten Stroms **an Dritte** zum Verbrauch in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Netznutzung (vgl. dazu § 33a Abs. 2 EEG) Auswirkungen auf die Unternehmereigenschaft des Anlagenbetreibers ergeben. Da jedoch auch die Veräußerung des selbst erzeugten Stroms an Dritte (neben oder anstelle der Veräußerung an den Netzbetreiber) gegen Entgelt erfolgt, ändert sich an dem **Charakter einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit** zur Erzielung von Einnahmen nichts (vgl. dazu bereits oben I.3.3.1a)bb)(1)). Selbst wenn der gesamte erzeugte Strom **ausschließlich** an den Dritten in unmittelbarer räumlicher Nähe als einzigen Abnehmer geliefert wird, bleibt es beim Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit.³²³ Auch die Veräußerung des selbst erzeugten Stroms an Dritte gemäß der Vorschrift des § 33a Abs. 2 EEG unterliegt somit nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG grundsätzlich der Umsatzsteuer.

Da das Unternehmen nach § 2 Abs. 1 Satz 2 UStG die **gesamte** gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers erfasst, wozu auch die **Tätigkeit als Vermieter** gehört, ist lediglich darauf hinzuweisen, dass insofern der Betrieb einer Photovoltaikanlage durch den Vermieter (der den erzeugten Strom beispielsweise an die Mieter veräußert) und die (im allgemeinen steuerfreie) Vermietungstätigkeit ein **einheitliches Unternehmen** darstellen. Die Steuerfreiheit der Umsätze aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 4 Nr. 12 UStG kann sich hierbei – je nach den Umständen des Einzelfalls – auch auf die Lieferung von Strom an den Mieter erstrecken, wenn sich diese Stromlieferung als Nebenleistung zur Vermietungsleistung erweist und insofern eine einheitliche Dienstleistung (Vermietung) anzunehmen ist, so dass nach § 15 Abs. 2 Nr 1 UStG der Vorsteuerabzug des Anlagenbetreibers ganz oder teilweise ausgeschlossen sein kann³²⁴ Eine Leistung ist dann als Nebenleistung zu einer Hauptleistung anzusehen, wenn sie

³²² Zur Gegenauffassung vgl. oben I.3.3.1a).

³²³ Vgl. *Stadie*, UStG, 2. Aufl., Köln 2012, § 2 Rn. 68.

³²⁴ Vgl. BFH 15.1.2009 – V R 91/07, BStBl. II 2009, 615.

aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers im Vergleich zu der Hauptleistung nebensächlich ist, mit ihr eng – im Sinne einer wirtschaftlich gerechtfertigten Abrundung und Ergänzung – zusammenhängt und üblicherweise in ihrem Gefolge vorkommt.³²⁵ Hier hängt die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung letztlich stark von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.

3.3.2 Stromsteuer

a) Ausgangspunkt

In Bezug auf die stromsteuerrechtlichen Aspekte des Direktverbrauchs durch Dritte kann zum größten Teil auf die im Rahmen der Prüfung des Eigenverbrauchs herausgearbeiteten Ergebnisse verwiesen werden (vgl. dazu oben I.3.3.2).

b) Anlagenbetreiber als Versorger oder Eigenerzeuger

Wie bereits herausgearbeitet wurde, ist der Betreiber einer Photovoltaikanlage mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu zwei Megawatt Versorger, wenn er den selbst erzeugten Strom unter Nutzung des öffentlichen Versorgungsnetzes an Letztverbraucher leistet (vgl. oben I.3.3.2b)cc)).³²⁶ Anderenfalls ist er regelmäßig Eigenerzeuger. Außerdem wurde bereits herausgearbeitet, dass der Direktverbrauch durch Dritte ohne Nutzung des öffentlichen Netzes für sich genommen **keine Versorgereigenschaft des Anlagenbetreibers** begründen kann (vgl. oben I.3.3.2b)cc)).

c) Steuerbarkeit und Steuerbefreiungen

aa) Grundsätzliche Steuerbarkeit

Ein **steuerbarer Vorgang** wird – außer durch die Entnahme von Strom zum Selbstverbrauch, an der es beim Direktverbrauch durch Dritte definitionsgemäß fehlt – dadurch verwirklicht, dass vom im Steuergebiet ansässigen Versorger geleisteter Strom **durch Letztverbraucher aus dem Versorgungsnetz entnommen** wird (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 StromStG). Bezüglich der – höchstrichterlich ungeklärten – Frage, ob unter dem Versorgungsnetz im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 StromStG nur das öffentliche Netz oder auch das Netz der Photovoltaikanlage zu verstehen ist, wird auf die Ausführungen oben (I.3.3.2c)aa)) verwiesen.

Danach wird für Zwecke dieses Gutachtens davon ausgegangen, dass auch die Kraftwerksleitungen (hier: die zur Photovoltaikanlage gehörenden Leitungen) zum Versorgungsnetz gehören. Der **Direktverbrauch durch Dritte** ist also **nur steuerbar**, wenn der **Betreiber der Photovoltaikanlage** als **Versorger** anzusehen ist, d. h. wenn er auch im Wege der sog. Direktvermarktung Strom unter Nutzung des

³²⁵ BFH 15.1.2009 – V R 91/07, BStBl. II 2009, 615, Tz. 13.

³²⁶ Es wird davon ausgegangen, dass die vorliegend in Rede stehenden Photovoltaikanlagen eine elektrische Nennleistung von nicht mehr (und regelmäßig deutlich weniger) als 2 Megawatt haben.

öffentlichen Versorgungsnetzes an Letztverbraucher leistet. Ist der Anlagenbetreiber dagegen Eigenerzeuger, ist der Direktverbrauch durch Dritte mangels Leistung durch einen Versorger nicht steuerbar.

bb) Steuerbefreiungstatbestände

Auf das Vorliegen eines **Steuerbefreiungstatbestands** kommt es nicht an, wenn der Anlagenbetreiber Eigenerzeuger ist, da es in diesem Fall an einem steuerbaren Vorgang fehlt. Ist der Anlagenbetreiber dagegen Versorger, fällt auf den Direktverbrauch durch Dritte Stromsteuer an, wenn kein Steuerbefreiungstatbestand eingreift. Dies ist jedoch regelmäßig der Fall:

(1) § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG

Auch beim Direktverbrauch durch Dritte greift der bereits im Zusammenhang mit dem Eigenverbrauch (vgl. oben I.3.3.2b)aa)(2)) diskutierte § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG ein, wonach **Strom aus erneuerbaren Energieträgern**, der aus einem ausschließlich mit Strom aus erneuerbaren Energieträgern gespeisten Netz oder einer entsprechenden Leitung entnommen wird, von der Steuer befreit ist.

(2) § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StromStG

Daneben kommt der **Befreiungstatbestand des § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StromStG** in Betracht. Nach dieser Vorschrift ist Strom, der in Anlagen mit einer elektrischen Nennleistung von bis zu zwei Megawatt erzeugt wird und vom Betreiber der Anlage an Letztverbraucher geleistet wird, die den Strom **im räumlichen Zusammenhang** zu der Anlage entnehmen, von der Steuer befreit.

cc) Erlaubnispflicht nach § 4 StromStG aufgrund Direktverbrauchs

Wer als Versorger mit Sitz im Steuergebiet Strom leisten oder als Eigenerzeuger Strom zum Selbstverbrauch entnehmen will, benötigt grundsätzlich eine **Erlaubnis** nach § 4 Abs. 1 Satz 1 StromStG. Der **Direktverbrauch durch Dritte** begründet für sich genommen **keine Erlaubnispflicht**; denn ein Anlagenbetreiber, der als Versorger anzusehen ist, ist von vorneherein erlaubnispflichtig, und bei einem Eigenerzeuger kann nur die Entnahme zum Selbstverbrauch, nicht aber die Leistung von Strom an Dritte, eine Erlaubnispflicht begründen.

dd) Ergebnis

- (1) Der Direktverbrauch von in einer Photovoltaikanlage erzeugtem Strom durch Dritte ist regelmäßig nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG **von der Stromsteuer befreit** – unabhängig davon, ob der Anlagenbetreiber als Versorger oder als Eigenerzeuger anzusehen ist.
- (2) Ebenso wie der Eigenverbrauch begründet der Direktverbrauch durch Dritte für sich genommen regelmäßig **keine Erlaubnispflicht** nach § 4 Abs. 1 StromStG.

3.3.3 Ertragsteuern (einschließlich Gewerbesteuer)

In ertragsteuerrechtlicher Hinsicht ergeben sich durch den Direktverbrauch des selbst erzeugten Stroms durch Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe regelmäßig **keine Besonderheiten**. Insbesondere ändert der Direktverbrauch grundsätzlich nichts an dem Vorliegen eines Gewerbebetriebs im Sinne des § 15 Abs. 2 EStG, da **auch die Abnahme durch lediglich einen einzigen Vertragspartner** (gleich ob Energieversorgungsunternehmen oder Dritter in räumlicher Nähe) eine **Markteilnahme** begründen kann, sofern die Tätigkeit nach Art und Umfang dem Bild einer unternehmerischen Markteilnahme entspricht.³²⁷

* * * * *

³²⁷ Vgl. *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 32. Aufl., München 2013, § 15 Rn. 20.