

2009/26

13. April 2010

Votum

Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.

Leitsätze:

- 1. Zur Bestimmung des Inbetriebnahmezeitpunkts gem. § 3 Nr. 5 EEG 2009 ist grundsätzlich auf den Anlagenbegriff des § 3 Nr. 1 EEG 2009 abzustellen. § 3 Nr. 5 2. HS EEG 2009 modifiziert diesen indes dahingehend, dass für die Zwecke der Ermittlung des Inbetriebnahmezeitpunkts unerheblich ist, ob in der Anlage zum fraglichen Zeitpunkt Erneuerbare Energien eingesetzt werden bzw. wurden.**
- 2. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigungssituation ist für die Bestimmung der Inbetriebnahme nach dem EEG unerheblich.**

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den technischen Koordinator Dibbern, den Vorsitzenden Dr. Lovens und das Mitglied Dr. Winkler sowie die nichtständigen Beisitzer Grobrügge und Weißenborn aufgrund der mündlichen Erörterung vom 21. Januar 2010 am 13. April 2010 folgendes Votum:

- a) In dem Fall, dass die Anspruchstellerin nach Inkrafttreten des EEG 2009 erstmalig Strom aus Jatropha- oder ggf. einem anderen Pflanzenöl in ihren in [...] belegenen und ursprünglich bereits seit vor Inkrafttreten des EEG 2000 zur konventionellen Stromerzeugung genutzten Blockheizkraftwerken erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin einspeist, gilt gem. § 3 Nr. 5 EEG 2009 i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2009, § 21 Abs. 1 EEG 2004 und § 9 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 das Jahr 2000 als Inbetriebnahmejahr.
- b) Im unter a) bezeichneten Fall gilt gem. § 21 Abs. 1 EEG 2009 der Zeitpunkt, zu dem die oben bezeichneten BHKW erstmalig Strom ausschließlich aus Erneuerbaren Energien erzeugen und in das Netz der Anspruchsgegnerin einspeisen, als der Beginn des Zeitraums, für den nach dem Erneuerbaren-Energien-Gesetz Anspruch auf Zahlung der Vergütung für die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien besteht.

Die Clearingstelle EEG weist darauf hin, dass dieser Anspruch nur besteht, falls der tatsächlich genutzte Einsatzstoff den Vorgaben der Verordnung über die Anforderungen an eine nachhaltige Herstellung von flüssiger Biomasse zur Stromerzeugung (Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung – BioSt-NachV) vom 23. Juli 2009 in der jeweils gültigen Fassung genügt. Weiterhin ist gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004 und § 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 der 31. Dezember 2020 das Ende des Zeitraums, in dem die Vergütung gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004, § 5 Abs. 1 EEG 2000 und § 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 zu zahlen ist.

- c) Die Anspruchstellerin kann im unter a) bezeichneten Fall von der Anspruchsgegnerin gem. § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 lit. a) EEG 2009 i. V. m. §§ 21 Abs. 1 Nr. 4, 8 Abs. 2 EEG 2004 und Anlage 2 EEG 2009 die Zahlung des „Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen“ verlangen, falls der tatsächlich genutzte Einsatzstoff den einzuhaltenden Anforderungen gem. § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 lit. a) EEG 2009 i. V. m. Anlage 2 EEG 2009 und der BioSt-NachV in der jeweils gültigen Fassung genügt.

Der Anspruch besteht für die in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeiste elektrische Arbeit, die gem. Anlage 2 Nr. VI.3 EEG 2009 i. V. m. § 18 EEG 2009 den Leistungsklassen der Anlage 2 Nr. VI.1 a) EEG 2009 zugeordnet wird.

Inhaltsverzeichnis

1 Sachverhalt	4
2 Begründung	6
2.1 Verfahren	6
2.2 Würdigung	6
2.2.1 Inbetriebnahme	7
2.2.2 Vergütungsperiode	12
2.2.3 Grundvergütung	18
2.2.4 NawaRo-Bonus	20
2.2.5 Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung	23

I Sachverhalt

- 1 Die Anspruchstellerin nahm [1996] in [...] ein BHKW mit einer Leistung von [2,2 MW_{el}] und [1998] ein weiteres mit einer Leistung von [3,2 MW_{el}] in Betrieb. Beide wurden mit fossilem Brennstoff betrieben. Seit [2004] befinden sich die BHKW nicht mehr im Dauerbetrieb, sondern wurden als elektrisch geführte Spitzenlastanlagen gefahren. Die Aggregate werden aus einem gemeinsamen Kraftstofftank versorgt.
- 2 Die Anspruchstellerin beabsichtigt, die beiden Aggregate zukünftig mit Jatrophader ggf. einem anderen Pflanzenöl zu betreiben und zeigte dies 2008 [der zuständigen] Genehmigungsbehörde i. S. d. BImSchG¹ an. [Die Behörde] verlangte die Einholung einer Genehmigung nach § 16 BImSchG („Wesentliche Änderung genehmigungsbedürftiger Anlagen“). Im Zuge der Umstellung auf den Betrieb mit Jatrophader ggf. einem anderen Pflanzenöl sollen die Anlagen mit einer Leitungsbegleitheizung zur Kraftstofferwärmung sowie einem sog. Viskosimaten zur Regulierung der Kraftstoffviskosität versehen werden.
- 3 Die Anspruchstellerin begehrt von der Anspruchsgegnerin die Zahlung der Einspeisevergütung für Biomasseanlagen und des NawaRo-Bonus nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz.
- 4 Zur Begründung dieses Anspruchs trägt die Anspruchstellerin vor, dass die Aggregate gem. § 3 Nr. 5 EEG 2009 als [1996] bzw. [1998] in Betrieb genommen zu gelten haben, mit der Folge, dass gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 die Vergütungsvorschriften des EEG 2004 und ggf. des EEG 2000 anzuwenden seien.
- 5 Die Anspruchsgegnerin hält dem entgegen, dass es sich hier um eine Neuinbetriebnahme i. S. d. § 3 Nr. 5 EEG 2009 handele, was sich unter anderem an der Notwendigkeit einer immissionsschutzrechtlichen Änderungsgenehmigung festmachen lasse. Vor allem aber stelle die notwendige Umrüstung/Anpassung erst eine „Anlage“ i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2009 her. Folglich liege bisher keine Inbetriebnahme i. S. d. § 3 Nr. 5 EEG 2009 vor, für die Anwendung des § 66 Abs. 1 EEG 2009 bleibe kein Raum.

¹Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundesimmissionsschutzgesetz – BImSchG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 26.09.2002 (BGBl. I S. 3830), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 11.08.2009 (BGBl. I S. 2723), im Folgenden bezeichnet als BImSchG.

- 6 Weiterhin bestehe wegen Anlage 2 Nr. I.2 EEG 2009 kein Anspruch auf den NawaRo-Bonus. Ferner bestreitet die Anspruchsgegnerin die Aussagen der Anspruchstellerin bezüglich der Umrüstung der Anlagen sowie bezüglich deren andauernden Einsatzes mit Nichtwissen.
- 7 Die Anspruchstellerin bezeichnet die Anpassungsmaßnahmen als „bloß vorteilhaft“ und verneint ihre prinzipielle Notwendigkeit, konzediert aber, dass eine Nichtvornahme der Anpassungsmaßnahmen in schlechteren Wirkungsgraden und u. U. kürzeren Wartungsintervallen resultieren würde. Die Anspruchsgegnerin hat diese Aussage der Anspruchstellerin nicht substantiiert bestritten. Auf das Bestreiten der Anspruchsgegnerin des Zeitpunktes der Umstellung der Betriebsweise der Anlagen sowie der seitherigen Einsatzhäufigkeit ging die Anspruchstellerin nicht ein.
- 8 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 2. und 8. September 2009 haben sich die Anspruchstellerin und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. VerfO² durchzuführen. Die Anspruchstellerin wünschte die Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers vom Bundesverband Erneuerbare Energien e. V., die Anspruchsgegnerin wünschte die Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers vom BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.
- 9 Mit Beschluss vom 6. Oktober 2009 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtenden Fragen lauteten:
 - a) Welcher Zeitpunkt ist gem. §§ 3 Nr. 5, 66 Abs. 1 EEG 2009 für die Inbetriebnahme in dem Fall zugrundezulegen, dass die Anspruchstellerin in 2009 erstmals Strom aus Jatropa- oder einem anderen Pflanzenöl in ihren in [...] belegenen und ursprünglich bereits seit vor Inkrafttreten des EEG 2000 zur konventionellen Stromerzeugung genutzten Blockheizkraftwerken erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin einspeist?
 - b) Welche Zeitpunkte gelten in diesem Fall als Beginn und Ende der Vergütungsdauer gem. §§ 21, 66 Abs. 1 EEG 2009?
 - c) Kann die Anspruchstellerin von der Anspruchsgegnerin die Zahlung des Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen gem. §§ 27

²Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG vom 01.10.2007 i. d. F. v. 16.02.2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>, im Folgenden bezeichnet als VerfO.

Abs. 4 Nr. 2, 66 Abs. 1 und Anlage 2 EEG 2009 verlangen, wenn sie Jatrophaöl einsetzt?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 10 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 11 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 12 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 1, 23 Abs. 3 Satz 1 sowie 26 Abs. 2 Satz 1 VerfO.
- 13 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 2 VerfO hat die Clearingstelle EEG einen Termin zur mündlichen Erörterung bestimmt. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO der technische Koordinator Dibbern erstellt.

2.2 Würdigung

- 14 Wenn und soweit die Anspruchstellerin erstmals nach Inkrafttreten EEG 2009³ Strom aus Jatropha- oder ggf. einem anderen Pflanzenöl in ihren ursprünglich bereits seit vor Inkrafttreten des EEG 2000⁴ zur konventionellen Stromerzeugung genutzten Blockheizkraftwerken erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin einspeist, gilt gem. § 3 Nr. 5 EEG 2009 i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2009 und § 21 Abs. 1

³Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch das Gesetz v. 11.08.2010 (BGBl. I S. 1170), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

⁴Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes v. 29.03.2000 (BGBl. I S. 305), zuletzt geändert durch Art. 1 des zweiten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 22.12.2003 (BGBl. I S. 3074), nachfolgend bezeichnet als EEG 2000, außer Kraft gesetzt durch Art. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918).

EEG 2004⁵ sowie § 9 Abs. 1 Satz 2 des EEG 2000 das Jahr 2000 als Inbetriebnahmejahr. Dies ergibt sich aus dem Inbetriebnahmebegriff des § 3 Nr. 5 EEG 2009 (siehe 2.2.1). Der Vergütungszeitraum und -anspruch endet am 31. Dezember 2020. Dies folgt aus § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004 und § 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 (siehe Rn. 43). Die Höhe der Grundvergütung bestimmt sich gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004 nach § 5 Abs. 1 EEG 2000 und § 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 (siehe 2.2.3). Die Anspruchstellerin kann von der Anspruchsgegnerin die Zahlung des „Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen“ verlangen, falls der tatsächlich genutzte Einsatzstoff den einzuhaltenden Anforderungen gem. § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 lit. a) EEG 2009 i. V. m. Anlage 2 EEG 2009 und der BioSt-NachV⁶ in der jeweils gültigen Fassung genügt, was aus § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 lit. a) EEG 2009 i. V. m. §§ 21 Abs. 1 Nr. 4, 8 Abs. 2 EEG 2004 und Anlage 2 EEG 2009 zu folgern ist (siehe 2.2.4).

2.2.1 Inbetriebnahme

15 **Qualifikation der Anlagen** „Inbetriebnahme“ i. S. d. EEG 2009 ist gemäß der Legaldefinition des § 3 Nr. 5 EEG 2009 die

„erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft, unabhängig davon, ob der Generator der Anlage mit Erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde.“

16 Bei der gem. § 3 Nr. 5 EEG 2009 in Betrieb gesetzten Anlage muss es sich um eine Anlage i. S. d. EEG 2009 handeln. Laut Legaldefinition des Begriffs der Anlage in § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 ist

⁵Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

⁶Verordnung über Anforderungen an eine nachhaltige Herstellung von flüssiger Biomasse zur Stromerzeugung (Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung – BioSt-NachV) v. 23.07.2009, BGBl. I S. 2174, im Folgenden bezeichnet als BioSt-NachV, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/biost-nachv>.

„Anlage‘ jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas.“

- 17 Die in Rede stehenden Anlagen sind – entgegen der Auffassung der Anspruchsgegnerin – Anlagen „zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas“, denn die geplanten technischen Anpassungen, die die Anspruchstellerin an den verfahrensgegenständlichen Anlagen vornehmen will, stellen nicht erst die prinzipielle Eignung der Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien her. Die Anspruchsgegnerin hat ausgeführt, dass ihrer Auffassung nach erst durch die vorgesehenen Anpassungsmaßnahmen eine Einrichtung „zur“ Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas, mithin eine „Anlage“ i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2009, geschaffen werde. Zwar plante die Anspruchstellerin nach eigenem Bekunden Anpassungsmaßnahmen an den Betrieb mit Jatropa- oder ggf. einem anderen Pflanzenöl, insbesondere sollten die Kraftstoffleitungen vom gemeinsamen Kraftstofftank mit einer Leitungsbegleitheizung und die Anlagen mit einem sog. Viskosimaten ausgestattet werden. Jedoch erscheinen diese als bloße Anpassungsmaßnahmen an den *konkret* für den Einsatz in den Anlagen geplanten Kraftstoff. Denn die Anlagen wären auch ohne diese Anpassungsmaßnahmen in der Lage, aus Erneuerbaren Energien, namentlich aus flüssiger Biomasse, Strom zu erzeugen.⁷
- 18 Die Anpassungsmaßnahmen sind technisch lediglich vorteilhaft, nicht indes notwendig. Daher handelte es sich bei den fraglichen Anlagen schon vor der ersten Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien um Anlagen „zur“ Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien. Denn die Anlagen sind auch ohne Anpassungen *prinzipiell* in der Lage, aus Erneuerbaren Energien, namentlich aus flüssiger Biomasse, Strom zu erzeugen – wenn auch womöglich wegen fehlender Optimierung auf einen *bestimmten* Einsatzstoff hin nicht im wirtschaftlichen Optimum.⁸
- 19 Der *tatsächliche* Einsatz Erneuerbarer Energien ist für die Bestimmung, ob es sich um eine Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2009 handelt, unerheblich. Zur Subsumtion unter § 3 Nr. 1 EEG 2009 reicht es, dass die Anlage sich grundsätzlich zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas *eignet*.⁹

⁷Zu den Mindestanforderungen an Anlagen i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2009 vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2009/12, Rn. 92f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2009/12>.

⁸Zur „Identität“ von Anlage(n) nach Umstellung auf Betrieb mit Erneuerbaren Energien im EEG 2004 vgl. *OLG München*, Beschluss v. 26.06.2008 – 8 U 3297/08, S. 3, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/397>.

⁹Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2009/12, Rn. 93, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2009/12>; implizit ähnlich, indes zur Rechtsituati-

- 20 Auch auf ein voluntatives oder finales Element bei der die Anlage betreibenden Person kommt es bei der Bestimmung, ob es sich um eine Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2009 handelt, nicht an. Insbesondere ist es nicht notwendig, dass diese Person sich dessen bewusst ist, dass die Anlage ab einem bestimmten Punkt in der Zukunft mit Erneuerbaren Energien betrieben werden wird oder dass sie den Einsatz Erneuerbarer Energien für die Zukunft projiziert. Denn logisch muss die Anlage, die in Betrieb genommen werden soll, bereits vor der Inbetriebnahme vorhanden sein. Bei der Bewertung, ob es sich dabei um eine Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2009 handelt, kann es also nicht auf die inneren Motive der die Anlage (künftig) betreibenden, also für die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas nutzenden Person i. S. d. § 3 Nr. 2 EEG 2009 ankommen, da diese u. U. gar nicht feststeht.
- 21 Noch weniger kann es auf innere Motive einer von der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber verschiedenen dritten Person (z. B. Anlagenvoreigentümer oder -hersteller) ankommen, denn andernfalls könnte diese Person, die das EEG 2009 als Inhaberin von Rechten oder Pflichten nicht kennt, aufgrund ihrer inneren Motivation darüber entscheiden, ob eine technische Einrichtung „Anlage“ i. S. d. EEG 2009 ist oder nicht.
- 22 **Immissionsschutzrechtliche Genehmigungssituation** Entgegen der Auffassung der Anspruchsgegnerin ist die Erteilung einer (Änderungs-)Genehmigung nach dem BImSchG für die Bestimmung des Inbetriebnahmezeitpunktes nach dem EEG 2009 unerheblich. Das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsregime knüpft an gänzlich andere Voraussetzungen an als die Regelung des EEG 2009 zur Inbetriebnahme, beide verfolgen gänzlich verschiedene Ziele:¹⁰ Während das Genehmigungserfordernis nach BImSchG der Gefahrenabwehr und -vorsorge dient, ist die Bestimmung des Inbetriebnahmezeitpunktes nach dem EEG 2009 Grundvoraussetzung für das Entstehen und mitentscheidend für den Umfang von Ansprüchen nach dem EEG 2009.
- 23 **Inbetriebnahme nach dem EEG 2009** Selbst wenn unterstellt würde, dass die Anlagen weder prinzipiell noch im konkreten Einzelfall für die Stromerzeugung aus Er-

on im EEG 2004: *BGH*, Urteil v. 21.05.2008 – VIII ZR 308/07, Rn. 15, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/400>.

¹⁰Ebenso, bezogen auf die Verschiedenheit der Anlagenbegriffe von BImSchG und EEG: *Clearingstelle EEG*, Empfehlung vom 01.07.2010 – 2009/12, Rn. 97, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2009/12>.

neuerbaren Energien geeignet wären, gälten die Anlagen dennoch als in Betrieb genommen. Denn aus dem Wortlaut der die Inbetriebnahme regelnden Vorschrift § 3 Nr. 5 EEG 2009 ergibt sich, dass eine Inbetriebnahme i. S. d. EEG 2009 auch dann möglich sein soll, wenn fossile Brennstoffe eingesetzt werden bzw. wurden. Und zwar gilt dies auch dann, wenn die Anlage erst später auf den Betrieb mit Erneuerbaren Energien umgerüstet wird und mithin zum Zeitpunkt der Erst-Inbetriebnahme nicht notwendigerweise geeignet ist bzw. war, aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas Strom zu erzeugen.¹¹

- 24 Diese sowohl in der Gesetzesbegründung als auch in der Kommentarliteratur bezüglich der Konsequenz einhellig geteilte Auffassung ist indes nur dann mit dem Wortlaut des § 3 Nr. 5 EEG 2009 vereinbar, wenn man – wie die Clearingstelle EEG auch – annimmt, dass § 3 Nr. 5 EEG 2009 den Anlagenbegriff des § 3 Nr. 1 EEG 2009 dahingehend *modifiziert*, dass in § 3 Nr. 5 EEG 2009 nicht die technische Betriebsbereitschaft zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas, sondern überhaupt zur Stromerzeugung gemeint ist. Anderenfalls könnte es nicht zu der – auch in der Gesetzesbegründung beispielhaft angeführten¹² – Inbetriebnahme mit fossilen Energieträgern und der erst sehr viel späteren *Umstellung* auf den Betrieb mit Erneuerbaren Energien unter Beibehaltung des Inbetriebnahmedatums kommen.
- 25 Die verfahrensgegenständlichen Anlagen wurden folglich gemäß der Legaldefinition des § 3 Nr. 5 EEG 2009 in Betrieb genommen, denn sie wurden [1996] bzw. [1998] mit fossilem Brennstoff erstmalig in Betrieb gesetzt und seither nicht in erheblichem Umfang umgebaut oder erneuert. Auf die Betriebsweise (Dauer- oder Bedarfsbetrieb) kommt es hingegen nicht an, da § 3 Nr. 5 EEG 2009 allein auf die *erstmalige* Inbetriebsetzung der Anlage abstellt.
- 26 Da die Inbetriebnahme der fraglichen Anlagen vor dem 1. Januar 2009 erfolgte, sind die Übergangsbestimmungen des § 66 EEG 2009 anwendbar. § 66 Abs. 1 EEG 2009 zufolge sind anstelle einer Reihe von Vorschriften des EEG 2009, darunter der § 21 Abs. 2 EEG 2009 (Vergütungsdauer), die Vorschriften des zum 1. Januar 2009 außer Kraft gesetzten EEG 2004 in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung mit den in § 66 EEG 2009 genannten Maßgaben anzuwenden.

¹¹Vgl. BT-Drs. 16/8148 (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung), S. 39, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>; Salje, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 3 Rn. 151 f.; Reshöft, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Handkommentar, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 53 f.; Böwing, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 2. Aufl. 2010, S. 4791 Rn. 16.

¹²Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 39f.

- 27 Ob aus dieser Regelung folgt, dass zum einen für Bestandsanlagen¹³ in den Regelungsfällen der in § 66 Abs. 1 EEG 2009 aufgezählten Vorschriften im Grundsatz das *gesamte* EEG 2004 für anwendbar erklärt wird und zum anderen die in diesen Fällen für anwendbar erklärten Regelungen des EEG 2004 von den *nicht* in § 66 Abs. 1 EEG 2009 aufgezählten Vorschriften des EEG 2009 verdrängt werden (*lex posterior*), oder ob nur diejenigen Normen des EEG 2004 gelten, die den Regelungsgehalt der in § 66 Abs. 1 EEG 2009 genannten Normen des EEG 2009 abdecken („anstelle“), muss an dieser Stelle nicht entschieden werden, da die Rechtsfolgen im vorliegenden Fall dieselben sind.¹⁴
- 28 Folgt man der ersten Ansicht, hieße dies insbesondere, dass die Vorschriften des EEG 2004 für Bestandsanlagen anzuwenden wären, *sofern* und *soweit* nicht Vorschriften des EEG 2009, die *nicht* in der Aufzählung des § 66 Abs. 1 enthalten sind, etwas anderes besagen. Regelte indes das EEG 2004 etwas, zu dem das EEG 2009 keine oder lediglich allgemeinere Anordnungen trifft, wäre dieser Ansicht zufolge die Regelung des EEG 2004 anzuwenden (*lex specialis*).¹⁵
- 29 Der zweitgenannten Ansicht zufolge bestünde die Geltung der Vorschriften des EEG 2004 nur und ausschließlich aufgrund der Anordnung in § 66 Abs. 1 EEG 2009. Die *nicht* in § 66 Abs. 1 EEG 2009 aufgezählten Regelungen des EEG 2009 gälten somit *nicht* qua Derogation etwaig entgegenstehender Normen, sondern weil die entgegenstehenden Normen außer Kraft und die des EEG 2009 in Kraft gesetzt worden sind.¹⁶
- 30 Nicht in der Liste der durch Regelungen des EEG 2004 ersetzen Vorschriften aufgeführt ist § 3 EEG 2009, so dass die Definitionen und Wertungen des § 3 EEG 2009

¹³Anlagen mit einem Inbetriebnahmedatum vor dem 01.01.2009.

¹⁴Zum Verhältnis von EEG 2004 und EEG 2009 bei Geltungskonkurrenz verschiedener Normen, ausgelöst durch § 66 EEG 2009 im Einzelnen: *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 29.01.2009 – 2008/51, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/51>, S. 11 ff., weiterhin *Salje*, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 66 Rn. 11; *Reshöft*, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Handkommentar, 3. Aufl. 2009, § 66 Rn. 9 ff.

¹⁵Für diese Ansicht spricht vor allem der Wortlaut: „Für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, sind ... *die Vorschriften* des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004 ... anzuwenden: ... “ (Hervorhebung nicht im Original). Eine Beschränkung auf die den aufgezählten Vorschriften *entsprechenden* Regelungen wäre textlich einfach umsetzbar gewesen.

¹⁶Für diese Ansicht spricht die gewählte Technik der Behandlung von Bestandsanlagen. Wenn der Gesetzgeber das gesamte EEG 2004 für Bestandsanlagen hätte fortgelten lassen wollen, hätte er auf dessen Aufhebung in Art. 7 des Einführungsgesetzes zum EEG 2009 vom 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074) verzichten können. Im Ergebnis ähnlich, indes zum EEG 2004: *OLG Naumburg*, Urt. v. 23.07.2010 – 6 U 53/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1177>.

jedenfalls die früheren gesetzgeberischen Wertungen des § 3 EEG 2004 ablösen. Dies hat u. a. für den vorliegenden Fall die Folge, dass – anders als noch nach § 3 Abs. 4 EEG 2004 – der Einsatz von Erneuerbaren Energien definitionsgemäß *nicht* mehr Voraussetzung einer Inbetriebnahme ist.¹⁷

2.2.2 Vergütungsperiode

- 31 In dem Katalog nicht anzuwendender Normen des § 66 EEG 2009 enthalten ist indes § 21 Abs. 2 EEG 2009. Diese Vorschrift regelt neben der *Länge* der Vergütungsperiode (Sätze 1 und 2) auch ihren *Beginn* (Satz 3). Da die Vorschrift wegen § 66 Abs. 1 EEG 2009 nicht auf Bestandsanlagen anwendbar ist, sind die Länge und der Beginn der Vergütungsperiode nach den Vorschriften des EEG 2004 in der am 31. Dezember 2008 gültigen Fassung zu ermitteln.
- 32 **Übergangsbestimmungen nach dem EEG 2004** Bei der Bestimmung von Anfang und Länge der Vergütungsperiode ist § 21 EEG 2004 zu beachten. Zwar folgt aus dem oben unter Rn. 30 Ausgeführten, dass es für Bestandsanlagen unklar ist, ob die Regelungen des EEG 2004 grundsätzlich in Gänze gelten, und es ist unter dieser Prämisse *prima facie* fraglich, ob die Übergangsbestimmungen in § 21 EEG 2004 vorliegend anzuwenden sind, doch ergibt sich dies bei näherer Betrachtung schon aus dem Wortlaut.
- 33 Selbst bei strenger Anwendung der zweiten der oben unter Rn. 27 dargestellten Auffassungen gehört zum Regelungsbereich der ersetzten Vorschrift des EEG 2009 die Modifikation der jeweiligen Vorschrift des EEG 2004 durch die Übergangsvorschriften des EEG 2004. Denn es ist, da das EEG 2009 nicht mit dem EEG 2004 deckungsgleich ist, immer möglich, dass der Regelungsbereich *einer* Vorschrift des EEG 2009 von *mehreren* Vorschriften des EEG 2004 abgedeckt wird und umgekehrt. Zur Bestimmung der Regelungen, die durch die Anordnung des § 66 Abs. 1 EEG 2009 anstelle der dort aufgezählten Vorschriften gelten, ist es mithin erforderlich, alle im

¹⁷Vgl. zur früheren Rechtslage, bei der der Einsatz Erneuerbarer Energien Voraussetzung einer Inbetriebnahme war: *BGH*, Urt. v. 21.05.2008 – VIII ZR 308/07, Rn. 15 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/400>; *OLG München*, Beschl. v. 25.06.2008 – 8 U 3297/08, S. 4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/397>. – Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Rechtswirkungen einer nach § 3 Abs. 4 EEG 2004 erfolgten Inbetriebnahme durch § 66 Abs. 1 i. V. m. § 3 EEG 2009 nachträglich rückgängig zu machen sind, was zu verneinen ist; siehe *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2009/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2009/12>, Rn. 148 ff.

Regelungsbereich relevanten Vorschriften einzubeziehen. Hierzu gehören namentlich auch die Übergangsvorschriften des § 21 EEG 2004, sofern sie die ersetzenden Vorschriften des EEG 2004 noch modifizieren.

- 34 Das Gegenargument, dass § 66 Abs. 1 EEG 2009 keine Norm aufzählt, *anstelle* derer § 21 EEG 2004 gelten könne, läuft indes ins Leere, da eine solche Vorschrift nur § 66 EEG 2009 selbst sein könnte. Wäre nun aber § 66 EEG 2009 in der Liste der zu ersetzenden Vorschriften enthalten, führte dies zu unauflösbaren logischen Widersprüchen.¹⁸
- 35 Darüber hinaus ist Sinn und Zweck des § 66 Abs. 1 EEG 2009 hauptsächlich der Vertrauensschutz der Investorinnen und Investoren.¹⁹ Hierzu gehört sicherlich, dass Eigentümerinnen bzw. Eigentümern „alter“ Bestandsanlagen²⁰ Rechtspositionen, die sie aufgrund der Übergangsvorschriften des § 21 EEG 2004 bis zum 31. Dezember 2008 innehatten, nicht plötzlich und ohne besonderen Grund entzogen werden. Hätten dem Gesetzgeber entsprechende Gründe vorgelegen und hätte er folglich die Entziehung der „tradierten“ Rechtspositionen beabsichtigt, hätte dies jedenfalls Niederschlag in den Gesetzesmaterialien gefunden. Letzteren ist indes kein Hinweis auf eine solche Absicht des Gesetzgebers zu entnehmen. Folglich ist § 21 EEG 2004 vorliegend grundsätzlich anwendbar.
- 36 § 21 EEG 2004 lautet in den hier relevanten, auf Biomasseanlagen anwendbaren Teilen:

„(1) Für Strom aus Anlagen, die bis zum 31. Juli 2004 in Betrieb genommen worden sind, sind die bisherigen Vorschriften über die Vergütungssätze, über die Dauer des Vergütungsanspruches und über die Bereitstellung von Messdaten mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

...

3. für Strom aus Biomasseanlagen, die nach dem 31. Dezember 2003 in Betrieb genommen worden sind, gelten ab dem 1. August 2004 die Vergütungssätze des § 8 dieses Gesetzes;

¹⁸Dann wäre gem. § 66 EEG 2009 § 66 EEG 2009 gerade nicht anwendbar. Wäre dem nun aber so, entfiele die Anordnung der Nichtanwendbarkeit, mit der Folge, dass § 66 EEG 2009 anzuwenden wäre. Infolgedessen wäre § 66 EEG 2009 allerdings nicht anwendbar. Dies ist offenkundig zirkelschlüssig.

¹⁹Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 76; *Salje*, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, S. 1234 Rn. 1.

²⁰Anlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 01.08.2004.

4. für Strom aus Biomasseanlagen, die vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb gegangen sind, erhöht sich die Mindestvergütung nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 dieses Gesetzes;
5. für Strom aus Biomasseanlagen, die vor dem 1. August 2004 in Betrieb genommen worden sind, findet § 8 Abs. 6 Satz 2 dieses Gesetzes Anwendung;

...

(2) ...

- (3) Für Strom aus Biomasseanlagen, die auch Altholz der Altholzkategorie A III und A IV im Sinne der Altholzverordnung vom 15. August 2002 (BGBl. I S. 3302) einsetzen und die vor dem 30. Juni 2006 in Betrieb genommen worden sind, ist anstelle von § 8 Abs. 1 Satz 2 § 8 Abs. 1 Satz 1 anzuwenden.

...“

37 **Beginn der Vergütungsperiode** Die in § 21 Abs. 1 EEG 2004 genannten „bisherigen Vorschriften“ sind die des EEG 2000 in der am 31. Juli 2004 gültigen Fassung.²¹ Die Fortgeltungsanordnung betrifft die Vorschriften über die Vergütungssätze, die Dauer des Vergütungsanspruchs sowie diejenigen über die Bereitstellung von Messdaten. Für das vorliegende Verfahren sind mithin insbesondere § 5 EEG 2000 und § 9 EEG 2000 zu betrachten. § 5 EEG 2000 indes enthält zur Inbetriebnahme keine Aussagen. § 9 Abs. 1 EEG 2000 hingegen lautet wie folgt:

„¹Die Mindestvergütungen nach §§ 4 bis 8 sind für neu in Betrieb genommene Anlagen jeweils für die Dauer von 20 Jahren ohne Berücksichtigung des Inbetriebnahmejahres zu zahlen, soweit es sich nicht um Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Wasserkraft handelt. ²Für Anlagen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes in Betrieb genommen worden sind, gilt als Inbetriebnahmejahr das Jahr 2000.“²²

38 Anknüpfend an die Vorschrift über die *Dauer* der Vergütungsperiode (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000) gelten auch solche über den *Beginn* derselben (§ 9 Abs. 1 Satz 2

²¹Mit der Ausnahme des § 21 Abs. 1 Nr. 7 EEG 2004, der für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie das EEG 2000 in der am 22.07.2003 geltenden Fassung in Bezug nimmt.

²²Satznummerierung nicht im Original.

EEG 2000) fort. Denn die Begründung zu dem insoweit unverändert Gesetz gewordenen § 21 EEG 2004 lautet:

„Die Vorschrift geht grundsätzlich davon aus, dass für die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits in Betrieb genommenen Anlagen die Vergütungsbestimmungen der bisher geltenden Regelung einschließlich der Regelung über die Vergütungsdauer, zu denen auch die Vorschrift des § 7 Abs. 1 des EEG in der bisherigen Fassung für die vor dem 1. April 2000 in Betrieb genommene Altanlagen zählt, fortgelten sollen, weil es regelmäßig keiner zusätzlichen finanziellen Anreize bedarf, um diese Anlagen wirtschaftlich weiter betreiben zu können. Damit wird zugleich klar gemacht, dass die übrigen neuen Bestimmungen (die §§ 1 bis 4 und 12 bis 20 dieses Gesetzes) sowie diejenigen Teile der §§ 5 bis 11 dieses Gesetzes, die weder die Vergütungshöhe noch die Vergütungsdauer regeln oder diese beeinflussen, auch auf ältere Anlagen Anwendung finden. Damit gelten für bestehende Anlagen etwa die von § 3 Abs. 5 neuer Fassung abweichende bisherige Leistungsdefinition des § 4 Satz 2 Halbsatz 2 für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Wasserkraft, Deponie-, Gruben- und Klärgas, wohingegen die Regelung des § 11 Abs. 5 alter Fassung nicht weiter gilt ...“²³

- 39 Neben der allgemeinen Regelung des § 9 EEG 2000 enthielt das EEG 2000 eine weitere, spezielle Vorschrift für Windenergieanlagen zur fiktiven Inbetriebnahme von bei Inkrafttreten des EEG 2000 bereits in Betrieb befindlichen Anlagen: § 7 Abs. 1 EEG 2000 war aufgrund einer Inbetriebnahmefiktion in § 7 Abs. 2 EEG 2000 auf alte Windenergieanlagen anwendbar. § 7 Abs. 1 Satz 1 bis 3 und Abs. 2 Satz 1 und 2 EEG 2000 lauteten:

„(1) Für Strom aus Windkraft beträgt die Vergütung mindestens 17,8 Pfennig pro Kilowattstunde für die Dauer von fünf Jahren, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme. Danach beträgt die Vergütung für Anlagen, die in dieser Zeit 150 vom Hundert des errechneten Ertrages der Referenzanlage (Referenzertrag) gemäß dem Anhang zu diesem Gesetz erzielt haben, mindestens 12,1 Pfennig pro Kilowattstunde. Für sonstige Anlagen verlängert sich die Frist des Satzes 1 für jedes 0,75

²³BT-Drs. 15/2327, S. 42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2004/material>.

vom Hundert des Referenzertrages, um den ihr Ertrag 150 vom Hundert des Referenzertrages unterschreitet, um zwei Monate ...

(2) Für Altanlagen gilt als Zeitpunkt der Inbetriebnahme im Sinne von Abs. 1 Satz 1 der 1. April 2000. Für diese Anlagen verringert sich die Frist im Sinne von Abs. 1 Satz 1 bis 3 um die Hälfte der bis zum 1. April 2000 zurückgelegten Betriebszeit; sie läuft jedoch in jedem Fall mindestens vier Jahre, gerechnet vom 1. April 2000 ...“

- 40 In der oben angeführten Begründung zum EEG 2004 geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass aufgrund der Inbetriebnahmefiktion des § 7 Abs. 2 EEG 2000 auch unter Geltung des EEG 2004 die Vergütung alter Windenergieanlagen weiterhin gem. § 7 Abs. 1 EEG 2000 stattzufinden habe. Er war also der Auffassung, dass die Bestimmungen des EEG 2000 über den Inbetriebnahmezeitpunkt und daran anknüpfend auch die Bestimmungen über die Vergütungsperiode für Bestandsanlagen unter dem EEG 2004 fortgelten sollten. Soweit erkennbar, ist die Rechtspraxis dieser Auffassung gefolgt, zumindest ist aus der Kommentarliteratur oder der Rechtsprechung Gegenteiliges nicht ersichtlich.²⁴
- 41 Zur Bestimmung des Beginns der Vergütungsperiode ist vorliegend also der Inbetriebnahmezeitpunkt gem. EEG 2000 ausschlaggebend. In § 9 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 wird für Anlagen, die – wie die verfahrensgegenständlichen Anlagen – vor Inkrafttreten des EEG 2000 in Betrieb genommen worden sind, das Jahr 2000 als Inbetriebnahmejahr festgelegt, das wegen des Gleichlaufs der Inbetriebnahme mit dem Beginn der Vergütungsperiode im EEG 2000 ebenfalls als Beginn der Vergütungsperiode für die verfahrensgegenständlichen Anlagen gilt.
- 42 **Zwischenergebnis** Gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2009, § 21 Abs. 1 EEG 2004 und § 9 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 gilt das Jahr 2000 für die verfahrensgegenständlichen Anlagen als Inbetriebnahmejahr und Beginn der Vergütungsperiode.
- 43 **Dauer der Vergütungsperiode** Gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004 und § 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 endet der Vergütungszeitraum und -anspruch am 31. Dezember 2020.²⁵

²⁴Vgl. *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 21 Rn. 9; *Oschmann*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht Kommentar, VI B1 § 21 Rn. 24 (56. EL v. Mai 2007).

²⁵Zum Anspruch auf Grundvergütung selbst sogleich unter 2.2.3.

- 44 Da anstelle des § 21 Abs. 2 EEG 2009, der im EEG 2009 grundsätzlich Beginn und Dauer der Vergütungsperiode regelt, gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 die Vorschriften des EEG 2004 anzuwenden sind,²⁶ bestimmen sich Beginn und Länge der Vergütungsperiode nach den Vorschriften des EEG 2004.
- 45 Grundsätzlich wäre zu diesem Zweck der § 12 Abs. 3 EEG 2004 heranzuziehen, indes ist auch hier § 21 Abs. 1 EEG 2004 anzuwenden. Da für die verfahrensgegenständlichen Anlagen das Jahr 2000 als Inbetriebnahmejahr gilt,²⁷ sind gemäß § 21 Abs. 1 EEG 2004 die Vorschriften des EEG 2000 für die Vergütungssätze, die Dauer des Vergütungsanspruchs sowie über die Bereitstellung von Messdaten mit den in § 21 EEG 2004 nachfolgend aufgeführten Maßgaben anzuwenden.
- 46 Die Frage der Dauer der Vergütungsperiode ist im EEG 2000 grundsätzlich in § 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 geregelt. Dieser Vorschrift zufolge sind „die Mindestvergütungen nach §§ 4 bis 8 ... für neu in Betrieb genommene Anlagen jeweils für die Dauer von 20 Jahren ohne Berücksichtigung des Inbetriebnahmejahres zu zahlen, soweit es sich nicht um Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Wasserkraft handelt.“
- 47 Dementsprechend bilden für die in Rede stehenden Anlagen die Jahre 2001 bis 2020 die Vergütungsperiode, da das Inbetriebnahmejahr 2000 unberücksichtigt bleibt – sofern zumindest eine Grundvergütung nach den §§ 4 bis 8 EEG 2000 erzielt werden kann.²⁸
- 48 **Beginn der Pflicht zur Vergütung** Gemäß der Liste der nicht bzw. lediglich erheblich modifiziert auf Bestandsanlagen anzuwendenden Vorschriften in § 66 Abs. 1 EEG 2009 ist § 21 Abs. 1 EEG 2009 vollständig auf Bestandsanlagen anzuwenden. § 21 Abs. 1 EEG 2009 zufolge sind „die Vergütungen ... ab dem Zeitpunkt zu zahlen, ab dem der Generator erstmals Strom ausschließlich aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas erzeugt und in das Netz nach § 8 Abs. 1 oder Abs. 2 eingespeist hat oder der Strom erstmals nach § 33 Abs. 2 verbraucht worden ist.“
- 49 Zum Zeitpunkt der Verabschiedung dieses Votums liegt der Zeitpunkt der erstmaligen Stromproduktion ausschließlich aus Erneuerbaren Energien, namentlich aus flüssiger Biomasse, durch die verfahrensgegenständlichen Anlagen – bzw. ihre Generatoren – noch in der Zukunft. Der insoweit eindeutige Wortlaut setzt aber für den Vergütungsanspruch dreierlei voraus:

²⁶Vgl. oben Rn. 26 ff.

²⁷Vgl. oben Rn. 42.

²⁸Dazu sogleich unten unter Rn. 51.

1. die tatsächliche Erzeugung von Strom durch den Generator, bzw. – wie vorliegend – durch die Generatoren,
2. die ausschließliche Herkunft der in Strom umgesetzten Energie aus Erneuerbaren Energien, soweit keine Ausnahmeregel besteht, sowie
3. die Einspeisung des erzeugten Stroms in das allgemeine Versorgungsnetz (§ 8 Abs. 1 EEG 2009) oder in ein sonstiges Netz i. S. v. § 8 Abs. 2 EEG 2009.²⁹

50 Festzuhalten ist, dass die Pflicht zur tatsächlichen Vergütung des erzeugten Stroms gem. § 16 Abs. 1 EEG 2009 erst

- bei *kumulativer* Erfüllung der vorgenannten drei Merkmale
- nach dem 31. Dezember 2008

ausgelöst wird.

2.2.3 Grundvergütung

51 Der in den streitgegenständlichen Anlagen erzeugte Strom ist gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004 grundsätzlich nach den Vorschriften der §§ 5 EEG 2000 und 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 zu vergüten.

52 **Anspruchsgrundlage** Gemäß § 16 Abs. 1 EEG 2009 müssen Netzbetreiber den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern Strom aus Anlagen, in denen ausschließlich Erneuerbare Energien oder Grubengas eingesetzt werden, mindestens nach Maßgabe der §§ 18 bis 33 EEG 2009 vergüten. § 27 EEG 2009, der die Vergütung für Strom aus Biomasse regelt, ist allerdings gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 grundsätzlich nicht auf Bestandsanlagen anwendbar – mit der Rückausnahme des § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 EEG 2009, der die Geltung von § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 EEG 2009 auch für Bestandsanlagen anordnet. § 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 regelt die Vergütung von Biomasseanlagen bis zu einer Anlagenleistung von einschließlich 150 kW, während § 27 Abs. 2 EEG 2009 die Zulässigkeit der Entnahme von Gas aus einem Gasnetz betrifft. Da verfahrensgegenständlich indes Anlagen zur Verstromung flüssiger Biomasse sind, bleibt letztere Regelung hier außer Betracht.

²⁹Für den bei Solarstromanlagen grundsätzlich zulässigen Eigen-/Selbst-/Direktverbrauch gem. § 33 Abs. 2 EEG 2009 bleibt vorliegend kein Raum.

53 Wie bereits oben unter Rn. 26 ff. dargestellt, sind gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 anstelle der dort aufgezählten Vorschriften die Vorschriften des EEG 2004 und wegen § 21 Abs. 1 EEG 2004 für bis zum 31. Juli 2004 in Betrieb genommene Anlagen wiederum die Vorschriften über die Vergütungssätze des EEG 2000 – hier § 5 EEG 2000 für Biomasseanlagen – anzuwenden. Dies gilt auch im Kontext des § 16 Abs. 1 EEG 2009, der für Bestandsanlagen wie folgt zu lesen ist:

„Netzbetreiber müssen Anlagenbetreiberinnen und -betreibern Strom aus Anlagen, die ausschließlich Erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen, mindestens nach Maßgabe der §§ 18 bis 33 *bzw. der gem. § 66 Abs. 1 sie ersetzenden Vorschriften* vergüten.“

54 Einschlägig für die Fragen über den Vergütungsanspruch sowie die Höhe der Vergütung im EEG 2000 sind für den vorliegenden Fall grundsätzlich § 3 Abs. 1 EEG 2000 und § 5 EEG 2000. § 3 Abs. 1 EEG 2000 allerdings regelt die Pflicht der Netzbetreiber, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien an ihr Netz anzuschließen, den gesamten darin erzeugten Strom vorrangig abzunehmen und gemäß der §§ 4 bis 8 EEG 2000 zu vergüten und wird insofern schon nicht von der Fortgeltungsanordnung des § 21 Abs. 1 EEG 2004 erfasst, da hier keine Vorschriften über die Vergütungssätze, über die Dauer des Vergütungsanspruches oder über die Bereitstellung von Messdaten niedergelegt sind (vgl. oben Rn. 36). Da zudem weder § 5 EEG 2009, § 8 EEG 2009 noch § 16 EEG 2009 in der Liste der von der Anwendung auf Bestandsanlagen ausgeschlossenen Vorschriften in § 66 Abs. 1 EEG 2009 enthalten ist, verbleibt für die Anwendung des § 3 Abs. 1 EEG 2000 bei Bestandsanlagen kein Raum.

55 **Höhe der Vergütung** Anzuwenden ist hier – unter Beachtung der Vergütung in der Leistungsstufe bis 150 kW, die durch § 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 bestimmt wird (vgl. oben Rn. 52) – § 5 EEG 2000, so dass sich die (Grund-)Vergütung im Übrigen nach dieser Vorschrift bestimmt.³⁰ Anstelle des in § 5 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 in Bezug genommenen § 4 Satz 2 1. HS EEG 2000 bestimmt indes § 18 EEG 2009 die Handhabung der Vergütungsberechnung bei Ansprüchen über verschiedene Leistungsklassen hinweg, da § 18 EEG 2009 nicht von § 66 Abs. 1 EEG 2009 erfasst wird.

³⁰A. A. Salje, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 21 Rn. 18 ff. Zur Begründung seiner Auffassung führt Salje u. a. § 21 Abs. 2 EEG 2009 an, der aber für Bestandsanlagen gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 gerade nicht zur Anwendung kommt.

2.2.4 NawaRo-Bonus

- 56 Die Anspruchstellerin kann von der Anspruchsgegnerin gem. § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Buchstabe a) EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2004 und § 8 Abs. 2 EEG 2004 sowie mit Anlage 2 EEG 2009 die Zahlung des Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen³¹ verlangen, falls der tatsächlich genutzte Einsatzstoff den einzuhaltenden Anforderungen gem. § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Buchstabe a) EEG 2009 i. V. m. Anlage 2 EEG 2009 und der BioSt-NachV in der jeweils gültigen Fassung genügt.
- 57 **Anspruch nach dem EEG 2009** Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 ist § 27 EEG 2009 grundsätzlich in Gänze von der Anwendung auf Bestandsanlagen ausgenommen. Eine Rückausnahme bildet § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 EEG 2009, der explizit die Anwendbarkeit von § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 EEG 2009 auf Bestandsanlagen anordnet. Folglich gälte nach wörtlichem Verständnis auch § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 sowie die über diese Vorschrift in Bezug genommene Anlage 2 EEG 2009 für Bestandsanlagen nicht. Indes lässt sich aus dem Wortlaut des § 66 Abs. 1 EEG 2009 schließen, dass zumindest die Anlage 2 auch auf Bestandsanlagen angewendet werden soll, da dort die Anlagen 1 und 3 explizit, nicht jedoch die Anlage 2 in der Liste der auf Bestandsanlagen nicht anwendbaren Vorschriften erwähnt sind. Gestützt wird dies durch § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EEG 2009, demzufolge explizit bestimmte Nummern der Anlage 2 EEG 2009 von der Anwendung auf Bestandsanlagen ausgeschlossen werden. Die Anlage 2 EEG 2009 nimmt ihrerseits wiederum in Nr. I.1 ausdrücklich § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 als Verankerung des NawaRo-Bonus im Gesetz in Bezug.
- 58 Gleichzeitig existierte mit § 8 Abs. 2 EEG 2004 ebenfalls eine Norm, die eine erhöhte Mindestvergütung für den Einsatz bestimmter nachwachsender Rohstoffe und Energiepflanzen gewährte. Da gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 anstelle der aufgezählten Normen diejenigen des EEG 2004 in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung anzuwenden sind, mithin für Stromerzeugung aus Biomasse anstelle des § 27 EEG 2009 grundsätzlich § 8 EEG 2004 anzuwenden ist, die Geltung der Anlage 2 EEG 2009 implizit im Gesetzestext angenommen wird und Gesetze widerspruchsfrei auszulegen sind,³² ist davon auszugehen, dass einerseits in § 8 Abs. 2 EEG 2004 die Grundlage für den Anspruch auf den NawaRo-Bonus bei Bestandsanlagen zu sehen ist und in Anlage 2 Nr. I.1 EEG 2009 für Bestandsanlagen anstelle von „§ 27 Abs. 4 Nr. 2“ er-

³¹Im Folgenden bezeichnet als NawaRo-Bonus.

³²Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1995, S. 155; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006, S. 37.

satzweise „§ 8 Abs. 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004 in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung“ zu lesen ist.

59 **Anspruch für alte Bestandsanlagen** Während dem oben Gesagten zufolge also Anlagen, die unter Geltung des EEG 2004 in Betrieb genommen wurden,³³ einen Anspruch auf Zahlung des NawaRo-Bonus gem. Anlage 2 EEG 2009 haben können, gilt dies nicht ohne Weiteres auch für vor dem 1. August 2004 in Betrieb genommene Anlagen,³⁴ da das EEG 2000 noch keine vergleichbare Regelung kannte und mithin selbst ein bloß formaler Anknüpfungspunkt für den Anspruch auf den NawaRo-Bonus für diese Anlagen fehlt. Allerdings ordnen § 21 Abs. 1 Nr. 3 und 4 EEG 2004 an, dass die Vergütungsregelungen des § 8 EEG 2004 differenziert auch auf vor dem 1. August 2004 in Betrieb genommene Anlagen Anwendung finden:

„3. für Strom aus Biomasseanlagen, die nach dem 31. Dezember 2003 in Betrieb genommen worden sind, gelten ab dem 1. August 2004 die Vergütungssätze des § 8 dieses Gesetzes;

4. für Strom aus Biomasseanlagen, die vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb gegangen sind, erhöht sich die Mindestvergütung nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 dieses Gesetzes;“

60 Für nach dem 31. Dezember 2003 und vor dem 1. August 2004 in Betrieb genommene Anlagen gelten die Vergütungs- und Zuschlagssätze des § 8 EEG 2004 gem. § 21 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2004 für ab dem 1. August 2004 eingespeisten Strom in Gänze, während gem. § 21 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2004 die übrigen Biomasseanlagen (Inbetriebnahmedatum vor dem 1. Januar 2004) zumindest in den Genuss der erhöhten Vergütung gem. § 8 Abs. 2 EEG 2004, also des NawaRo-Bonus, kommen können.³⁵ Dies wird ergänzt durch § 21 Abs. 1 Nr. 5 EEG 2004, demzufolge auch § 8 Abs. 6 Satz 2 EEG 2004³⁶ für vor dem 1. August 2004 in Betrieb genommene Anlagen gelten soll.

61 Der Gesetzgeber hat also in den Übergangsbestimmungen des EEG 2004 explizit die Erlangung des NawaRo-Bonus für Betreiber von Anlagen mit einem Inbetriebnahmedatum vor dem 1. August 2004 ermöglicht. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die verfahrensgegenständlichen Biomasseanlagen ein Anspruch auf den

³³Im Folgenden bezeichnet als „neue“ Bestandsanlagen.

³⁴Im Folgenden bezeichnet als „alte“ Bestandsanlagen, vgl. Fn. 20.

³⁵Zur Verfassungsgemäßheit von § 21 Abs. 1 Nr. 3 und 4 EEG 2004 (dort bejaht): *BGH*, Urt. v. 01.12.2010 – VIII ZR 241/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1241>.

³⁶Weitergeltung der Erlaubnis der fossilen Zünd- und Stützfeuerung über den 31.12.2006 hinaus.

NawaRo-Bonus insoweit besteht, wie die eingesetzten Stoffe den Anforderungen der Anlage 2 zum EEG 2009 genügen.

- 62 **Modifikationen des NawaRo-Bonus bei Bestandsanlagen** Gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Buchstabe a) EEG 2009 gelten Anlage 2 Nr. I.2 und I.4 EEG 2009 nicht für Bestandsanlagen.
- 63 Anlage 2 Nr. I.2 EEG 2009 bestimmt, dass „bei Anlagen ab einer Leistung von über 150 Kilowatt ... der Anspruch nur [besteht], wenn ausschließlich gasförmige oder feste Biomasse zur Stromerzeugung eingesetzt wird“. Dementsprechend können nur noch Anlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009 in größeren Leistungsklassen als 150 kW flüssige Biomasse zur Stromerzeugung einsetzen und für den so erzeugten Strom den NawaRo-Bonus beziehen. Da für die verfahrensgegenständlichen Anlagen – wie oben gezeigt – das Jahr 2000 als Inbetriebnahmejahr gilt, können sie auch mit einer Leistung von mehr als 150 kW noch trotz des Einsatzes flüssiger Biomasse den NawaRo-Bonus beziehen.
- 64 § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Buchstabe a) EEG 2009 ist nicht teleologisch einschränkend so auszulegen, dass Anlage 2 Nr. I.2 EEG 2009 nur bei solchen Bestandsanlagen keine Anwendung findet, die bereits vor dem 1. Januar 2009 mit Erneuerbaren Energien betrieben worden sind, umgekehrt also die Leistungsbegrenzung der Anlage 2 Nr. I.2 EEG 2009 bei solchen Bestandsanlagen, die erst nach dem 31. Dezember 2008 auf den Betrieb mit Erneuerbaren Energien umgestellt worden sind, doch angewandt wird. Zwar ließe sich dafür das gesetzgeberische Ziel anführen, neuen, mit flüssiger Biomasse betriebenen Anlagen größer 150 kW den NawaRo-Bonus zu verwehren; diesem Ziel würde es auch entsprechen, Bestandsanlagen, die erst nach dem Inkrafttreten des EEG 2009 durch die Umstellung auf Erneuerbare Energien in den Anwendungsbereich des EEG 2009 gelangen, Neuanlagen gleichzustellen. Dem aber steht der eindeutige Wortlaut des § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Buchstabe a) EEG 2009 entgegen, der unterschiedslos alle Bestandsanlagen von der Beschränkung der 150 kW-Obergrenze für den NawaRo-Bonus ausnimmt.
- 65 Dem weiteren teleologischen Argument, demzufolge § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Buchstabe a) EEG 2009 dem Vertrauensschutz von Betreiberinnen und Betreibern von Pflanzenöl-Bestandsanlagen mit Leistungen über 150 kW diene und mithin das Vertrauen von Betreiberinnen und Betreibern von Anlagen, die erst unter Geltung des EEG 2009 auf Pflanzenölbetrieb umstellen, insofern nicht schutzwürdig sei und die-

se also der in Rede stehenden Regelung nicht unterfielen, steht der eindeutige Wortlaut ebenfalls entgegen.

- 66 Auch eine – für eine vollständige, die Grenze des Wortlauts überwindende *teleologische Reduktion* notwendige – planwidrige „negative Regelungslücke“³⁷ ist vorliegend nicht ersichtlich, denn der Gesetzgeber war sich ausweislich der Gesetzesbegründung sehr wohl dessen bewusst, dass ursprünglich fossil betriebene Anlagen erst nach Inkrafttreten des EEG 2009 durch Umstellung des Einsatzstoffes als „neue“ Bestandsanlagen in dessen Anwendungsbereich gelangen könnten,³⁸ ohne dass er an irgendeiner Stelle besondere, von den Regelungen für „alte“ Bestandsanlagen abweichende Regelungen für diese Fallkonstellationen getroffen hätte.
- 67 Anlage 2 Nr. I.4 EEG 2009 konstituiert eine Pflicht zur gasdichten Abdeckung des Gärrestlagers und zur Vorhaltung zusätzlicher Gasverbrauchseinrichtungen für nach dem BImSchG genehmigungsbedürftige Biogasanlagen und ist hier – positiv wie negativ – ohne Belang.
- 68 Weiterhin gilt gem. § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Buchstabe b) EEG 2009 die Nr. IV.8 der Anlage 2 EEG 2009 für Bestandsanlagen nicht. Anlage 2 Nr. IV.8 EEG 2009 regelt die (Nicht-)Einsetzbarkeit von Schlempe aus der Herstellung von Bioethanol bei der Herstellung von Biogas, dessen Verstromung zum Bezug des NawaRo-Bonus berechtigt, und sei hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

2.2.5 Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung

- 69 Zu beachten sind weiterhin die Vorgaben der BioSt-NachV. Gemäß § 1 BioSt-NachV gilt selbige „für flüssige Biomasse, die nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz zur Erzeugung von Strom eingesetzt wird, mit Ausnahme von flüssiger Biomasse, die nur zur Anfahr-, Zünd- oder Stützfeuerung eingesetzt wird“. Da in den hier betrachteten Anlagen flüssige Biomasse nicht nur zu Zwecken der Anfahr-, Zünd- oder Stützfeuerung eingesetzt werden soll, sind die weiteren Bestimmungen der BioSt-

³⁷Der restriktiv ausgelegte Gesetzeswortlaut erfasst entgegen der Absicht des Gesetzgebers Fälle, die er nicht erfassen sollte. Vgl. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006, S. 69f.; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 1994, S. 650ff.; *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1988, S. 80f.; ferner: Seite „Auslegung (Recht)“, in Wikipedia, Die freie Enzyklopädie. Bearbeitungsstand 17.12.2010, 14:51 UTC, abrufbar unter [http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Auslegung_\(Recht\)&oldid=82766561#Teleologische_Reduktion](http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Auslegung_(Recht)&oldid=82766561#Teleologische_Reduktion), zuletzt abgerufen am 11.01.2011.

³⁸Vgl. Fn. 12, zu Rn. 24.

NachV beachtlich. Hier sind insbesondere § 3 Abs. 1 und § 10 BioSt-NachV in den Blick zu nehmen:

„§ 3 Anforderungen für die Vergütung

(1) Für Strom aus flüssiger Biomasse besteht der Anspruch auf Vergütung nach § 27 Absatz 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes nur, wenn

1. die Anforderungen an
 - a) den Schutz natürlicher Lebensräume nach den §§ 4 bis 6 und
 - b) eine nachhaltige landwirtschaftliche Bewirtschaftung nach § 7 erfüllt worden sind,
2. die eingesetzte flüssige Biomasse das Treibhausgas-Minderungspotenzial nach § 8 aufweist und
3. die Betreiberin oder der Betreiber der Anlage, in der die flüssige Biomasse zur Stromerzeugung eingesetzt wird, die Registrierung dieser Anlage im Anlagenregister nach den §§ 61 bis 63 beantragt hat.

(2) ...

§ 10 Bonus für nachwachsende Rohstoffe

Für Strom aus flüssiger Biomasse besteht der Anspruch auf den Bonus für nachwachsende Rohstoffe nach § 27 Abs. 4 Nummer 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes nur, wenn die Anforderungen nach den §§ 3 bis 8 erfüllt werden, wobei § 8 Abs. 2 nicht anzuwenden ist.“³⁹

70 Explizit nimmt die Verordnung also nur die Vergütung gem. § 27 Abs. 1 EEG 2009 sowie den NawaRo-Bonus gem. § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 in den Blick, woraus geschlossen werden könnte, dass die Vergütung gem. § 5 EEG 2000 i. V. m. §§ 21 Abs. 1 EEG 2004 und 66 Abs. 1 EEG 2009 sowie der NawaRo-Bonus gem. § 8 Abs. 2 EEG 2004 i. V. m. § 66 Abs. 1 und Anlage 2 EEG 2009 nicht in ihren Anwendungsbereich fielen. Dem widerstreiten indes starke systematische, genetische und teleologische Argumente.

³⁹§ 8 Abs. 2 BioSt-NachV enthält lediglich eine Erleichterung bezüglich des nachzuweisenden Treibhausgas-Minderungspotentials und muss deshalb hier nicht weiter in den Blick genommen werden.

- 71 **Systematisch** ist die BioSt-NachV eine in den hier relevanten Teilen auf Grund von § 64 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 erlassene, das EEG *konkretisierende* Verordnung. Daher erscheint es gerechtfertigt, auch im Rahmen der BioSt-NachV die von § 66 Abs. 1 angeordnete „Ersetzung“ bestimmter, dort abschließend aufgezählter Vorschriften des EEG 2009 durch die Regelungen des EEG 2004 anzunehmen, namentlich die des § 27 EEG 2009 durch § 8 EEG 2004.⁴⁰
- 72 In der Konsequenz wäre die BioSt-NachV auf die Stromerzeugung aus flüssiger Biomasse in Bestandsanlagen anwendbar.
- 73 **Genetisch** lässt sich feststellen, dass die Begründung zum BioSt-NachV-KabE⁴¹ offenbar davon ausging, dass sich der Erlass der Verordnung auch und vor allem auf Bestandsanlagen auswirken werde, da sie annahm, dass der Zubau neuer Flüssigbiomasse-Anlagen mit dem Inkrafttreten des EEG 2009 effektiv gestoppt sei.⁴² Weiterhin lautete der in § 1 festgelegte Anwendungsbereich im BioSt-NachV-RefE⁴³:

Diese Verordnung regelt

1. die Anforderungen an die Herstellung von flüssiger Biomasse, die zur Erzeugung von Strom nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074), das durch Artikel 5 des Gesetzes vom xx. xxx 2009 (BGBl. I S. xxx) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung eingesetzt wird,
2. ...

- 74 Die endgültige Fassung enthielt hingegen lediglich die folgende Formulierung zur Bestimmung des Anwendungsbereichs:

Diese Verordnung gilt für flüssige Biomasse, die nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz zur Erzeugung von Strom eingesetzt wird, mit Ausnah-

⁴⁰Vgl. oben Rn. 58.

⁴¹Am 10.06.2009 vom Bundeskabinett beschlossener und dem Deutschen Bundestag zugeleiteter Verordnungstext auf BT-Drs. 16/13326, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/biost-nachv/entwurf>, im Folgenden bezeichnet als BioSt-NachV-KabE.

⁴²Vgl. BioSt-NachV-KabE, S. 38.

⁴³*Bundesumweltministerium*, Entwurf – Verordnung über Anforderungen an eine nachhaltige Herstellung von flüssiger Biomasse zur Stromerzeugung (Nachhaltigkeitsverordnung-Biomassestrom – NachV-BioSt) v. 06.02.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/biost-nachv/entwurf>, im Folgenden bezeichnet als BioSt-NachV-RefE.

me von flüssiger Biomasse, die nur zur Anfahr-, Zünd- oder Stützfeuerung eingesetzt wird.

- 75 Im Laufe des Verordnungsgebungsverfahrens ist also die begriffliche Beschränkung auf die Stromerzeugung nach dem EEG 2009 durch eine wesentlich weitere Formulierung ersetzt worden. Die entsprechende Änderung ist zuerst im abgestimmten Regierungsentwurf vom 18. März 2009⁴⁴ nachweisbar. Zwar liegen über die interministeriellen Beratungen keine Protokolle vor, doch scheint es nicht ganz ausgeschlossen, dass mit dieser Änderung einer nicht beabsichtigten Beschränkung des Anwendungsbereichs der Verordnung auf die Stromerzeugung in Neuanlagen vorgebeugt werden sollte.
- 76 **Teleologisch** lässt sich festhalten, dass ausweislich der dem BioSt-NachV-KabE vorangestellten Problembeschreibung jegliche im Rahmen des EEG eingesetzte Flüssigbiomasse erfasst werden sollte:

„Durch diese Verordnung ... soll sichergestellt werden, dass fortan flüssige Biomasse, die zur Stromerzeugung eingesetzt und nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) vergütet wird, nur unter Beachtung verbindlicher Nachhaltigkeitsstandards hergestellt wird. Nicht nachhaltig hergestellte flüssige Biomasse kann künftig nicht mehr nach dem EEG vergütet werden. Hierdurch wird verhindert, dass die verstärkte energetische Nutzung von Biomasse unerwünschte Auswirkungen auf den Naturhaushalt, das Klima und soziale Belange hat.“⁴⁵

- 77 Hier bringt der Ordnungsgeber eindeutig zum Ausdruck, dass er die Wirkung der BioSt-NachV auch auf die in Bestandsanlagen eingesetzte Flüssigbiomasse erstrecken wollte („... kann künftig nicht mehr ... vergütet werden“).
- 78 **Im Ergebnis** ist daher festzustellen, dass die BioSt-NachV auch für Bestandsanlagen und somit ebenfalls für die hier verfahrensgegenständlichen Anlagen gilt.

⁴⁴Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/biost-nachv/entwurf>.

⁴⁵BioSt-NachV-KabE, S. 1.

gez. Dibbern

gez. Dr. Lovens

gez. Dr. Winkler

gez. Grobrügge

gez. Weißenborn