

2012/19

2. Juli 2014

Empfehlung

Die Clearingstelle EEG gibt im Empfehlungsverfahren 2012/19
„Austausch und Versetzen von Anlagen und Anlagenteilen (außer PV und
Wasserkraft) im EEG 2009 und EEG 2012“

die folgende Empfehlung ab:

1. Diese Empfehlung gilt nur für Anlagen, auf die § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 oder EEG 2012 anwendbar ist, und vorbehaltlich etwaiger Änderungen des Anlagenbegriffes durch künftige Fassungen des EEG.
2. Es gilt der sog. weite Anlagenbegriff im Sinne des Urteils des *Bundesgerichtshofes* (BGH) vom 23. Oktober 2013 – VIII ZR 262/12¹ Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 / EEG 2012 ist danach „die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen.“² Mehrere BHKW, die Gas aus demselben Fermenter beziehen, sind – vorbehaltlich Nummer 4 – Bestandteile derselben Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 / EEG 2012; gleiches gilt, wenn die BHKW eine andere für den Betrieb notwendige Einrichtung gemeinsam nutzen („technische Anlagenzusammenfassung“ oder „Verklammerung“, s. Abschnitt 3).
3. Bestandteile der Anlage im Sinne des EEG 2009 / EEG 2012 sind nur Einrichtungen, die jedenfalls auch der Stromerzeugung dienen. Einrichtungen, die der *Stromeinspeisung* oder der Netzsicherheit dienen, sind keine Bestandteile der Anlage im Sinne des EEG 2009 / EEG 2012. Bei Einrichtungen, die sowohl der Stromerzeugung als auch anderen Zwecken dienen, handelt es sich jedenfalls dann nicht um Anlagenbestandteile, wenn diese Einrichtungen vorrangig zu anderen Zwecken errichtet worden sind (s. Abschnitt 3.2).

¹Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/2363>.

²BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/2363>, Leitsatz a).

4. (a) Ist ein („Satelliten“- oder „abgesetztes“) BHKW an die gleiche Gaserzeugungsanlage wie ein in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Gaserzeugungsanlage befindliches („Vor-Ort“-)BHKW angeschlossen, so ist dieses („Satelliten“- oder „abgesetzte“) BHKW mit der „Vor-Ort“-Anlage nicht technisch zu einer Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 / EEG 2012 zusammenzufassen, wenn es
- betriebstechnisch *und*
 - räumlich
- von der „Vor-Ort“-Anlage hinreichend abgegrenzt und daher rechtlich selbständig ist.
- (b) Die Clearingstelle EEG rät, vorbehaltlich einer späteren Regelung bzw. Klärung durch den Gesetzgeber oder den *BGH*, von einer betriebstechnischen Selbständigkeit dann auszugehen, wenn im konkreten Einzelfall das „Vor-Ort“-BHKW hinweggedacht und das „Satelliten“-BHKW gleichwohl ohne erhebliche Änderung seines Betriebskonzeptes sinnvoll weiterbetrieben werden könnte. Die Clearingstelle EEG hat für diese Prüfung einen Indizienkatalog entwickelt (s. Rn. 56).
- (c) Die Clearingstelle EEG rät, vorbehaltlich einer späteren Regelung bzw. Klärung durch den Gesetzgeber oder den *BGH*, eine (unmittelbare) räumliche Nähe nicht anzunehmen, wenn sich die Gaserzeugungseinrichtung der „Vor-Ort“-Anlage (z. B. der Fermenter) und die Satellitenanlage an verschiedenen (Betriebs-)Standorten befinden. Die Clearingstelle EEG hat für diese Prüfung einen Indizienkatalog entwickelt (s. Rn. 58).
- (d) Aufgrund ihrer räumlichen Nähe handelt es sich bei mehreren an dieselbe Gaserzeugungsanlage angeschlossenen BHKW in der Regel um *eine* Biogasanlage, wenn die BHKW sich auf *demselben* Betriebsgelände befinden, selbst wenn die BHKW die Indizien der betriebstechnischen Selbständigkeit erfüllen. Wo die Grenzen des Betriebsgeländes zu ziehen sind, ist stets im Einzelfall zu bestimmen.
- (e) Die Auffassung, ab einer Entfernung von 500 Metern zwischen Fermenter und BHKW sei stets oder grundsätzlich von einer selbständigen (Satelliten-)Anlage auszugehen, findet weder in den Gesetzesmaterialien noch in der o. g. Entscheidung des *BGH* eine Stütze (Fortführung von *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 14. April 2009 – 2008/49, Nr. 4 b) und S. 44 ff.³).

³Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/49>.

5. Wird eine bereits in Betrieb genommene Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 / EEG 2012 vollständig an einen anderen Standort versetzt, so behält sie grundsätzlich ihr Inbetriebnahmedatum (s. Abschnitt 4). Dies gilt nicht, wenn die Anlage zu einer bereits bestehenden Anlage hinzugebaut wird und mit dieser im Sinne von Nummer 2 zu einer Anlage verklammert wird; in diesem Fall teilt die versetzte Anlage das Inbetriebnahmedatum der bestehenden Anlage („Anlagenerweiterung“, s. Abschnitte 4.1.3 und 7). Ein „vollständiges“ Versetzen liegt auch dann vor, wenn in geringfügigem Umfang Teile der Anlage nicht mit der Anlage versetzt werden (s. Abschnitt 4.2).
6. Wird ein bereits in Betrieb genommenes BHKW an einen anderen Standort versetzt, so führt es das Inbetriebnahmedatum der Anlage, in der das BHKW betrieben wurde, nur unter folgenden Voraussetzungen fort (s. Abschnitt 4.1.4):
 - Nach dem Versetzen ist das BHKW als solches die Anlage (Identität zwischen BHKW und Anlage, s. Rn. 89 ff.), das heißt, das BHKW wird nach dem Versetzen *nicht* an einen Fermenter oder an eine ähnliche, für die Anlageneigenschaft konstitutive Einrichtung zur Gewinnung und Aufbereitung des Energieträgers (vgl. oben Nummern 2 und 3) angeschlossen, näher Rn. 91),
 - das BHKW wird am alten Standort *nicht* ersetzt („Sperrwirkung“ der Austauschregelung), und
 - das BHKW wird nach dem Versetzen nicht zu einer bereits in Betrieb genommenen Anlage hinzugebaut (Anlagenerweiterung).
7. Werden einzelne Anlagenbestandteile – abgesehen vom BHKW – aus einer in Betrieb genommenen Anlage herausgelöst und versetzt (z. B. der Motor oder der Generator), so führen diese Teile kein Inbetriebnahmedatum mit sich. Werden diese Teile in eine neue oder bestehende Anlage eingebaut, so werden sie vollumfänglich Bestandteil dieser anderen Anlage und teilen damit auch deren Inbetriebnahmezeitpunkt (s. Abschnitt 5).
8. (a) Der Austausch von Teilen der Anlage lässt das Inbetriebnahmedatum der Anlage unberührt (s. Abschnitt 6). Wird die vollständige Anlage ersetzt, liegt am bisherigen Standort der ersetzten Anlage für die dort neu errichtete Anlage grundsätzlich eine neue Inbetriebnahme vor; dies gilt insbesondere bei Satelliten-BHKW und Gasabtausch-BHKW (s. Abschnitt 6.3).

- (b) Der „sukzessive Austausch“ ist im Einzelfall von der „sukzessiven Neuerrichtung“ abzugrenzen: Werden mehrere Anlagenbestandteile in mehreren, zeitlich getrennten Schritten („sukzessive“) ausgetauscht, so handelt es sich dem ersten Anschein nach (*prima facie*) um einen Anwendungsfall der Austauschregelung für jeden einzelnen dieser Schritte. Stellen sich jedoch die einzelnen Austauschschritte nachweislich als Teile eines planmäßigen einheitlichen Vorgangs der „sukzessiven Neuinbetriebnahme“ dar und liegen die übrigen Voraussetzungen für eine Inbetriebnahme nach § 3 Nr. 5 Teilsatz 1 EEG 2009 / EEG 2012 vor, so handelt es sich nach Abschluss der Maßnahme um eine „neue“ Inbetriebnahme (s. Abschnitt 6.4).
9. (a) Handelt es sich beim Zubau von Anlagen oder Anlagenteilen um eine Anlagenerweiterung, so führt die Gesamtanlage das bisherige Datum der Inbetriebnahme der erweiterten Anlage auch dann weiter, wenn die Anlage um ein älteres BHKW oder sonst einen älteren Generator erweitert wird (s. Abschnitt 7.1).
- (b) Die Vergütungsvoraussetzungen für den gesamten in der Anlage erzeugten Strom sind nach der Fassung des EEG zu bestimmen, welche zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Gesamtanlage galt (s. Abschnitt 7.2).
10. Hinsichtlich der Bestimmung der Vergütungshöhe und -dauer bei einer Anlagenerweiterung gibt die Clearingstelle EEG bis zu einer endgültigen Entscheidung durch den *BGH* folgenden Rat zur Praxis:
- In Betracht kommen vorläufig sowohl die „gezonte Aufteilung“ der Leistungsschwellen (s. Rn. 162), die „vertikale Aufteilung“ der Leistungsschwellen (s. Rn. 163) als auch die „horizontale Aufteilung“ der Leistungsschwellen (s. Rn. 165).
 - Die Clearingstelle EEG rät aus pragmatischen Gründen, dass Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber und Netzbetreiber vorläufig und unter dem wechselseitigen Vorbehalt der Rückforderung an der bisherigen Abrechnungspraxis zunächst festhalten, gegenseitig schriftlich auf die Einrede der Verjährung verzichten und nach einer diesbezüglichen Entscheidung des *BGH* wechselseitige Rück- bzw. Nachforderungen ausgleichen (s. Rn. 167 f.).

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	7
2	Einführung	8
2.1	Problemaufriss	8
2.2	Begriffsbestimmungen	10
2.3	Prüfungsmaßstab	11
3	Anlagenbegriff	14
3.1	BGH-Urteil vom 23. Oktober 2013	14
3.2	Abgrenzung nicht zur Anlage gehörender Komponenten	15
3.3	Anlagenbegriff beim Satelliten-BHKW	24
3.3.1	EEG 2004 und EEG 2009	25
3.3.2	EEG 2012	31
4	Versetzen von Anlagen – Verfahrensfrage 1.	32
4.1	„Mitnahme“ des Inbetriebnahmedatums	32
4.1.1	Inbetriebnahme beim Versetzen einer Anlage <i>ohne</i> Zubau und Austausch	32
4.1.2	Inbetriebnahmedatum beim Zusammentreffen von Versetzen und Austausch ohne Zubau	35
4.1.3	Inbetriebnahmedatum beim Zusammentreffen von Versetzen und Zubau	38
4.1.4	Sonderfall: Inbetriebnahmedatum beim Versetzen eines BHKW	38
4.2	Geringfügigkeitsgrenze	41
4.3	Versetzen in den räumlichen Geltungsbereich des EEG hinein	42
4.4	Rechtsfolge des Versetzens der Anlage für am alten Standort verblei- bende Komponenten	42

5	Inbetriebnahmezeitpunkt beim Versetzen von Anlagenteilen – Verfahrensfrage 2.	43
5.1	Keine Mitnahme der Inbetriebnahme durch versetzte Anlagenteile	43
5.2	Inbetriebnahme bei „wanderndem“ Generator	47
6	Austausch von Anlagen und Anlagenteilen – Verfahrensfrage 3.	48
6.1	„Austausch“	48
6.2	„des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile“	50
6.3	Austausch eines Satelliten-BHKW	55
6.4	Abgrenzung von „sukzessivem Austausch“ und „sukzessiver Neuerrichtung“	57
6.5	Austausch mit Leistungserhöhung	59
6.6	Rechtsfolgen	59
6.6.1	Für die „zurückbleibende“ Anlage	59
6.6.2	Für ausgetauschte und an andere Stelle versetzte Anlagenteile	60
7	Zubau von Anlagen und Anlagenteilen – Verfahrensfrage 4.	61
7.1	Inbetriebnahme bei Anlagenerweiterungen	61
7.2	Vergütungsbestimmung bei Anlagenerweiterungen	62
7.2.1	Vergütungsvoraussetzungen	62
7.2.2	Vergütungshöhe und -dauer	64
8	Zusammenfassung für die Erzeugungsarten	69
8.1	Deponiegas	69
8.2	Klärgas	69
8.3	Grubengas	70
8.4	Biomasse	70
8.4.1	Gasförmige Biomasse und Gasabtausanlagen	70
8.4.2	Feste Biomasse	71
8.4.3	Flüssige Biomasse	71

8.4.4	Gülleverstromungsanlagen, Bioabfallvergärungsanlagen, Emissionsminimierungsbonus, Altholzanlagen und andere Sonderfälle	71
8.5	Geothermieranlagen	72
8.6	Windkraftanlagen	72
9	Aufhebung von Teilen der Empfehlung 2009/12	73
10	Anhang: Typische Fallkonstellationen im Überblick (wird nachgetragen)	73

I Einleitung des Verfahrens

1 Die Clearingstelle EEG hat am 27. September 2012 durch ihren Vorsitzenden Dr. Lovens, ihre Mitglieder Reißerweber⁴ und Dr. Winkler sowie ihre Beisitzer Grobrügge und Weißenborn gemäß § 23 Abs. 1 VerfO⁵ die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgenden Fragen beschlossen:

1. Behält eine bereits im Sinne des EEG in Betrieb genommene Anlage ihr Inbetriebnahmedatum, wenn die gesamte Anlage vollständig an einen anderen Ort versetzt wird?
2. Überträgt ein Anlagenteil – z. B. ein Generator – der aus einer bereits in Betrieb genommenen Anlage ausgebaut und an anderer Stelle im Geltungsbereich des EEG in eine ansonsten neue Anlage eingebaut wird, das Inbetriebnahmedatum seiner „ursprünglichen“ Anlage auf die neue Anlage? Was gilt, wenn ein (oder mehrere) Anlagenteil(e) in eine bereits bestehende, in Betrieb genommene Anlage eingebaut wird (werden)?
3. Tritt die Rechtsfolge des § 21 Abs. 3 EEG 2009 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG 2012 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG 2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung auch dann ein, wenn die gesamte Anlage ausgetauscht wird? Wenn nein: Bis zu welchem Umfang

⁴Das Mitglied Reißerweber ist zum 31.03.2013 aus der Clearingstelle EEG ausgeschieden; an ihre Stelle ist das Mitglied Dibbern getreten.

⁵Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der am Tage der Sitzung geltenden Fassung, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

führt ein Austausch „sonstiger technischer oder baulicher Teile“ dazu, dass die Vergütungsdauer (§ 21 Abs. 3 EEG 2009) bzw. der Zeitpunkt der Inbetriebnahme (§ 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG 2012 bzw. § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG 2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung) unverändert bleibt?

4. Welches Inbetriebnahmedatum erhält eine Anlage, die nach dem 31. Dezember 2011 zu einer bereits vor dem 1. Januar 2012 bestehenden Anlage hinzugebaut wird („Anlagenerweiterung“)?
- 2 Die Beschlussvorlage hat gemäß § 24 Abs. 5 VerfO i. V. m. dem Geschäftsverteilungsplan der Clearingstelle EEG das Mitglied Dr. Winkler erstellt.
- 3 Die bei der Clearingstelle EEG während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 2 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 3. Dezember 2012 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gemäß § 24 Abs. 1 VerfO erhalten. Die renergie allgäu e. V. (renergie), das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV), das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), der Verband deutscher Papierfabriken e. V. (vdp), der BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V., der BBK Bundesverband Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V. und der Fachverband Biogas e. V. (FvB) haben fristgemäß Stellungnahmen eingereicht.
- 4 Das Empfehlungsverfahren ruhte vom 23. Oktober 2013 bis zur Veröffentlichung der Begründung des Urteils des *BGH* zum Anlagenbegriff (s. Abschnitt 3).

2 Einführung

2.1 Problemaufriss

- 5 Die Clearingstelle EEG hat eine Vielzahl von Anfragen erhalten, die bauliche und technische Veränderungen an bestehenden Anlagen zum Gegenstand haben. Bei den in diesem Empfehlungsverfahren behandelten Erzeugungsarten werden Anlagen in verschiedenster Art und Weise verändert: Anlagen oder Anlagenteile werden versetzt oder ausgetauscht oder ausgetauscht und zugleich versetzt. Beim Versetzen werden häufig neue oder gebrauchte Komponenten einer bestehenden oder einer neu zu errichtenden Anlageninstallation hinzugefügt, dabei wird teilweise die Leistung der

Anlagen erhöht oder gesenkt oder die Anlagen werden auf andere Weise technisch und baulich umgestaltet.

- 6 Für viele dieser Fälle treffen das EEG 2009 und das EEG 2012 keine ausdrückliche Regelung (ausgenommen die in Abschnitt 2.3 genannten), so dass in der Praxis große Unsicherheit über die Rechtsfolgen derartiger technischer und baulicher Veränderungen besteht. Dies gilt beispielsweise für Deponiegasanlagen, die bereits unter dem EEG 2004 in Betrieb genommen worden sind, weil in § 24 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 die Vergütungssätze für Strom aus Deponiegasanlagen mit einer Leistung von bis zu 500 kW auf 9 ct/kWh angehoben worden sind,⁶ so dass es wirtschaftlich vorteilhaft sein kann, wenn diese Anlagen durch einen Umbau unter die Regelungen des EEG 2009 fallen. Verunsicherung besteht auch bei Biomasseanlagen, die unter dem EEG 2004 oder EEG 2009 in Betrieb genommen worden sind, weil für diese die Vergütungsbestimmungen im EEG 2012 teilweise grundlegend verändert worden sind, so dass es für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber im Einzelfall wirtschaftlich nachteilig sein kann, infolge einer Veränderung am Anlagenkonzept unter das EEG 2012 zu fallen. Für alle Erzeugungsarten ergibt sich eine weitere wirtschaftliche Unsicherheit daraus, dass durch die Vergütungsdegression (§ 20 Abs. 2 EEG 2012) geringere Vergütungen zu zahlen sind, sollte eine Veränderung der Anlage rechtlich als neue Inbetriebnahme zu werten sein. Zwar wird hierdurch eine neue 20-jährige Vergütungsperiode in Lauf gesetzt (§ 21 Abs. 2 EEG 2012). Die Finanzierungsrechnungen bestehender Anlageninstallationen sind aber auf die bei der erstmaligen Inbetriebnahme geltenden Vergütungssätze ausgerichtet, so dass eine Verlängerung der Vergütung bei abgesenkten Sätzen betriebswirtschaftlich häufig keine Vorteile nach sich zieht.
- 7 Bei alledem weist die Clearingstelle EEG darauf hin, dass es stets auf die Umstände des Einzelfalles ankommt, ob es wirtschaftlich von Vor- oder Nachteil ist, wenn durch Austausch-, Zubau- oder Versetzungsvorgänge der Inbetriebnahmezeitpunkt einer Anlage verändert wird oder nicht.⁷

⁶Für unter Geltung des EEG 2004 in Betrieb genommene Deponiegasanlagen bis 500 kW lag die Vergütung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2004 zwischen 7,67 ct/kWh (Inbetriebnahme 2004) und 7,22 ct/kWh (Inbetriebnahme 2008).

⁷Ebenso *Thomas*, IR 2012, 155.

2.2 Begriffsbestimmungen

8 In dieser Empfehlung werden die folgenden Begriffe wie folgt verstanden:

- Austauschregelung: § 21 Abs. 3 EEG 2009 bzw. § 3 Nr. 5 Teilsatz 2 EEG 2012 (in der bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung) bzw. § 3 Nr. 5 Teilsatz 3 EEG 2012 (in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung), wonach Anlagen nicht neu in Betrieb genommen werden, wenn der Generator oder Teile der Anlage ausgetauscht werden;
- Ersetzen: ein Vorgang, durch den die gesamte Anlage oder Anlagenteile ausgetauscht werden, „austauschen“ und „ersetzen“ werden also synonym verwendet;
- BHKW: ein Blockheizkraftwerk, in dem der eingesetzte Energieträger (Biomasse einschließlich Biomethan; Deponie-, Klär-, Grubengas; Speichergas) sowohl in Strom als auch in Wärme umgewandelt wird;⁸
- „Vor-Ort“-BHKW: ein Biogas- (aber nicht Biomethan-)BHKW, welches das Biogas am Standort des Fermenters oder sonstiger Biogaserzeugungseinrichtungen⁹ verstromt;¹⁰
- „Satelliten“-BHKW: ein BHKW, welches Biogas an anderer Stelle als dem Standort des Fermenters verstromt (auch „abgesetztes“ BHKW genannt);
- Neuinbetriebnahme: die Inbetriebnahme einer als neu zu bewertenden Anlage am Standort einer zuvor bereits bestehenden Anlage im Zuge eines nicht unter § 21 Abs. 3 EEG 2009 / § 3 Nr. 5 Teilsatz 2 bzw. 3 EEG 2012¹¹ fallenden Austausches der Anlage;
- Komponente: bauliche oder technische Einrichtung, die technisch, baulich oder anderweitig mit der Anlage verbunden ist, ohne dass hiermit eine Fest-

⁸Dies bedeutet nicht zwangsläufig, dass das BHKW in Kraft-Wärme-Kopplung im Sinne der Anlage 3 EEG 2009/Anlage 2 EEG 2012 betrieben wird.

⁹Vgl. §§ 19 Abs. 1 Satz 2, 27b Abs. 1 Nr. 1, 66 Abs. 4 EEG 2012.

¹⁰Vgl. BT-Drs. 17/6071, S. 61.

¹¹Soweit nicht anders gekennzeichnet, beziehen sich Zitate des EEG 2012 sowohl auf die zum 01.01.2012 als auch auf die zum 01.04.2012 in Kraft getretene Fassung; „§ 3 Nr. 5 Teilsatz 2 bzw. 3 EEG 2012“ bezieht sich auf die inhaltsgleiche Fassung der Vorschrift zum Austausch des Generators oder sonstiger Teilen bis zum 31.03.2012/ab dem 01.04.2012.

legung zur Zugehörigkeit dieser Einrichtung zur Anlage im Sinne des EEG verbunden ist;

- Generator: diejenige technische Einrichtung, die chemische, thermische oder andere Energie in elektrische Energie umwandelt (§ 3 Nr. 4 EEG 2012); anders als häufig im Sprachgebrauch und teilweise auch in der juristischen Literatur¹², wird der Generator hier *nicht* mit dem BHKW gleichgesetzt.

2.3 Prüfungsmaßstab

9 Die für diese Empfehlung maßgeblichen Vorschriften des EEG 2009 / EEG 2012 lauten wie folgt (Auslassungen und Satznummerierungen nicht im Original):

10 § 3 Nr. 1 und 5 EEG 2009: „Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. „Anlage“ jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas. Als Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas gelten auch solche Einrichtungen, die zwischengespeicherte Energie, die ausschließlich aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandeln,

...

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

...“

¹²Vgl. *Ekardt/Hennig*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 103.

11 § 21 EEG 2009 lautet:

„(1) Die Vergütungen sind ab dem Zeitpunkt zu zahlen, ab dem der Generator erstmals Strom ausschließlich aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas erzeugt und in das Netz nach § 8 Absatz 1 oder 2 eingespeist hat oder der Strom erstmals nach Maßgabe des § 33 Absatz 2 verbraucht worden ist.

(2) ¹Die Vergütungen sind jeweils für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen. ²... ³Beginn der Frist nach Satz 1... ist der Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Generators, unabhängig davon, ob er mit Erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb genommen wurde.

(3) Der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile führt nicht zu einem Neubeginn oder einer Verlängerung der Frist nach Absatz 2 Satz 1, ...“

12 § 3 Nr. 1 EEG 2012: Die Norm hat den gleichen Wortlaut wie § 3 Nr. 1 EEG 2009 (s. Rn. 10).

13 § 3 Nr. 5 EEG 2012 in der vom 1. Januar bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung lautet: „Im Sinne dieses Gesetzes ist

...

5. „Inbetriebnahme“ die erstmalige Inbetriebsetzung des Generators der Anlage nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage, unabhängig davon, ob der Generator mit Erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde; der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile nach der erstmaligen Inbetriebnahme führt nicht zu einer Änderung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme,

...“

14 § 3 Nr. 5 EEG 2012 in der seit dem 1. April 2012 geltenden Fassung lautet:

„Im Sinne dieses Gesetzes ist

...

5. „Inbetriebnahme“ die erstmalige Inbetriebsetzung des Generators der Anlage nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage, unabhängig davon, ob der Generator mit erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde; die technische Betriebsbereitschaft setzt voraus, dass die Anlage fest an dem für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort und dauerhaft mit dem für die Erzeugung von Wechselstrom erforderlichen Zubehör installiert wurde; der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile nach der erstmaligen Inbetriebnahme führt nicht zu einer Änderung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme,

...“

15 § 21 EEG 2012 in der seit dem 1. Januar 2012 geltenden Fassung lautet:

„(1) Die Vergütungen sind ab dem Zeitpunkt zu zahlen, ab dem der Generator erstmals Strom ausschließlich aus erneuerbaren Energien oder Grubengas erzeugt und in das Netz nach § 8 Absatz 1 oder 2 eingespeist hat oder der Strom erstmals nach Maßgabe des § 33 Absatz 2 verbraucht worden ist.

(2) ¹Die Vergütungen sind jeweils für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen. ²Beginn der Frist nach Satz 1 ist der Zeitpunkt der Inbetriebnahme, soweit sich aus den nachfolgenden Vorschriften nichts anderes ergibt.“

3 Anlagenbegriff

3.1 BGH-Urteil vom 23. Oktober 2013

- 16 Bis zum Urteil des *BGH* vom 23. Oktober 2013 – VIII ZR 262/12¹³ war höchststrich-
terlich ungeklärt, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen mehrere Generatoren
bereits technisch als Bestandteil einer Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2009 /
EEG 2012 zu betrachten sind.¹⁴
- 17 Mit seinem Urteil hat der *BGH* im Wesentlichen entschieden, dass § 3 Nr. 1 Satz 1
EEG 2009 ein „weiter“ Anlagenbegriff zugrunde liege. Demnach ist unter einer An-
lage nach § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 die Gesamtheit aller funktional zusammenge-
hörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen zu verstehen. Nutzen
mehrere BHKW gemeinsam eine technisch und baulich notwendige Einrichtung, so
handelt es sich bei diesen BHKW in der Regel um eine Anlage. So bilden in (unmit-

¹³Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/2363>.

¹⁴Einerseits wurde der vom *BGH* bestätigte sog. „weite“ Anlagenbegriff vertreten, u. a. von
OLG Stuttgart, Urt. v. 13.03.2014 – 2 U 61/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/2563>, Revision anhängig unter Az. VIII ZR 110/14; *OLG Oldenburg*, Urt. v.
30.10.2013 – 5 U 143/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/2417> – Revision
anhängig unter Az. VIII ZR 325/13; *OLG Naumburg*, Urt. v. 16.05.2013 – 2 U 129/12, ab-
rufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2561>; *Brandenburgisches OLG*, Urt.
v. 17.07.2012 – 6 U 50/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/1987> – in der
Revision bestätigt durch das Urteil des *BGH* v. 23.10.2013; *Brandenburgisches OLG*, Urt.
v. 16.09.2010 – 12 U 79/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/1050>; *OLG
Düsseldorf*, Urt. v. 05.12.2012 – VI-2 U (Kart) 7/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/2156>, Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision abgewiesen durch Beschl.
v. 20.12.2013 – VIII ZR 407/12, nicht veröffentlicht; *LG Frankfurt (Oder)*, Urt. v. 31.01.2014
– 19 O 16/13, nicht veröffentlicht; *LG Frankfurt (Oder)*, Urt. v. 26.04.2010 – 12 O 324/09,
abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/1048>; *BMU*, Stellungnahme S. 3 ff., abruf-
bar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>; *BDEW*, Stellungnahme zum Empfeh-
lungsverfahren 2009/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2009/12>; *Wei-
ßenborn*, REE 2013, 155 ff.; *Loibl* in: *Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter* (Hrsg.), *Biogasan-
lagen im EEG 2009*, 3. Aufl. 2013, S. 37 ff. (Rn. 5 ff.). – Anderer Auffassung war die *Clea-
ringstelle EEG* mehrheitlich in der Empfehlung v. 01.07.2010 – 2009/12, abrufbar unter
<http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2009/12>; diese wurde u. a. ganz oder teilweise geteilt von *LG
Trier*, Urt. v. 26.07.2012 – 5 O 211/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/2221>
– nicht rechtskräftig; *LG Regensburg*, Urt. v. 01.09.2011 – 3 O 896/11 (3), abrufbar unter
<http://www.clearingstelle-eeg.de/node/1505>; *LG Duisburg*, Urt. v. 21.03.2012 – 23 O 25/11, abruf-
bar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/1814> – in der Berufung durch *OLG Düsseldorf* auf-
gehoben; *Reshöft*, in: *Reshöft* (Hrsg.), *EEG Handkommentar*, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 29 ff.; *Salje*, in:
Hempel/Franke (Hrsg.), *Recht der Energie- und Wasserversorgung*, Bd. 2, EEG § 3 Rn. 8, Stand:
107. Ergänzungslfg. November 2012; *Richter*, *Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht*,
2012, S. 166 ff.

telbarer) räumlicher Nähe zueinander errichtete BHKW, die an denselben Fermenter angeschlossen sind, in der Regel eine einheitliche Biogasanlage im Sinne des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009; die BHKW sind mithin nicht erst unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 EEG 2009 vergütungsrechtlich zu einer fiktiven Anlage zusammenzufassen.¹⁵

3.2 Abgrenzung nicht zur Anlage gehörender Komponenten

- 18 Der technischen Anlagenzusammenfassung denknotwendig vorgreiflich ist die Frage, welche Teile überhaupt und welche *nicht* zur Anlage gehören.
- 19 Bestandteil der Anlage im Sinne des EEG 2009 / EEG 2012 sind nur Einrichtungen, die jedenfalls auch der Stromerzeugung dienen.¹⁶ Einrichtungen, die der Stromspeisung oder der Netzsicherheit dienen, sind keine Teile der Anlage. Bei Einrichtungen, die sowohl der Stromerzeugung als auch anderen Zwecken dienen, handelt es sich jedenfalls dann nicht um Anlagenbestandteile, wenn diese Einrichtungen vorrangig zu anderen Zwecken errichtet worden sind.
- 20 Hierfür spricht bereits der **Wortlaut** von § 3 Nr. 1 EEG 2009 / EEG 2012, der die Anlage im Wesentlichen als „Einrichtung zur Erzeugung von Strom“ definiert. Daraus folgt, dass nur diejenigen Teile zur Anlage zu zählen sind, die in einem funktional auf die Stromerzeugung hin ausgerichteten (finalen) Zusammenhang mit der Stromerzeugung stehen. Auch der *BGH* nimmt in seinem Urteil zum Anlagenbegriff eine funktionale Betrachtung vor.¹⁷ So heißt es im ersten Leitsatz des Urteils:

„... ist unter einer Anlage nach § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen zu verstehen.“¹⁸

¹⁵BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Leitsatz 3 und passim.

¹⁶BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Rn. 22 unter Verweis auf BT-Drs. 16/8148, S. 38 f.; vgl. auch *Weißborn*, REE 2013, 155 f.

¹⁷BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Leitsatz 1 und Rn. 23, 33, 37.

¹⁸BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>; ebenso auch in Rn. 23, 33 und 37 des Urteils.

- 21 *Stets keine* Anlagenbestandteile im Sinne des EEG sind damit Teile, die nicht der Stromerzeugung dienen, sondern der Stromeinspeisung,¹⁹ wie bspw. Wechselrichter, Netzanschlusseinrichtungen, Zähler, Trafos, Umrichter bei Windkraftanlagen, technische Einrichtungen i. S. v. § 6 Abs. 1, 2 EEG 2009 / EEG 2012, Blindstromkompensationseinrichtungen oder anlagenseitige Netzschutzeinrichtungen²⁰ (z. B. NA-Schutz).
- 22 Zwar ließe sich mit dem Wortlaut auch in Einklang bringen, jeden rein kausalen Zusammenhang mit der Stromerzeugung genügen zu lassen, so dass – in letzter Konsequenz – auch die Sozialräume des Anlagenbetriebspersonals als Anlagenbestandteil angesehen werden könnten: Ohne Sozialräume kein Personal, ohne Personal keine Stromerzeugung. Dagegen spricht jedoch die funktionale Betrachtung, die nach der Rechtsprechung des *BGH* vorzunehmen ist.²¹ Wie eng der funktionale Zusammenhang sein muss und ob Komponenten, die neben der Stromerzeugung weiteren Funktionen dienen oder die lediglich für die Stromerzeugung vorteilhaft sind, Anlagenbestandteil sind, kann nur im Wege der weiteren Auslegung von § 3 Nr. 1 EEG 2009 / EEG 2012 ermittelt werden.
- 23 Die **systematische Auslegung** führt im Kontext des EEG selbst nicht zu belastbaren Ergebnissen. Soweit der Begriff der Anlage in anderen Vorschriften des EEG 2009 / EEG 2012 verwendet wird, so wird damit im Zweifel auf die Begriffsbestimmung in § 3 EEG 2009 / EEG 2012 Bezug genommen und nicht umgekehrt. Zwar nennt das Gesetz an verschiedenen Stellen Komponenten, wie bspw. den Generator (§ 3 Nr. 4 EEG 2009 / EEG 2012) oder den Fermenter (§ 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2012), die nach einhelliger Auffassung Anlagenbestandteil werden. Das Gesetz nennt aber auch Komponenten, die nach ganz einhelliger und mit dem Wortlautbefund im Einklang stehender Ansicht nicht Anlagenbestandteil sind, weil sie nicht der Stromerzeugung dienen, wie bspw. die Messeinrichtungen (§ 7 Abs. 1 EEG 2009 / EEG 2012) oder die technischen Einrichtungen i. S. v. § 6 EEG 2009 / EEG 2012. Dies verdeutlicht, dass nicht jedwede technische oder bauliche Einrichtung nur deshalb Teil der Anlage sein muss, weil sie im EEG erwähnt ist.

¹⁹Vgl. *Weißborn*, REE 2013, 155, 156.

²⁰Zur Frage, ob der Einbau von Netzschutzeinrichtungen dem Netzanschluss oder dem Netzausbau zuzuordnen ist, vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 06.12.2012 – 2008/33, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/33>.

²¹*BGH*, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Leitsatz 1 und Rn. 23, 33, 37. – Noch weitergehend sieht *Richter*, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, 2012, S. 123, nur diejenigen Komponenten als Bestandteil der „Anlage“, die für die Stromerzeugung *technisch zwingend erforderlich* sind.

- 24 Der Vergleich mit den Anlagenbegriffen anderer Gesetze kommt nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber mit der Anlagendefinition in § 3 EEG 2009 / EEG 2012 deutlich gemacht hat, dass für die Zwecke des EEG ein eigenständiger Anlagenbegriff gelten soll, der von den Anlagenbegriffen anderer Gesetze abweicht.²²
- 25 Der Vergleich von § 3 Nr. 1 EEG 2009 / EEG 2012 mit § 3 Abs. 2 EEG 2004 im Wege der **historischen Auslegung** legt nahe, dass die für den Betrieb nicht erforderlichen Einrichtungen, d. h. Einrichtungen, die nicht der Stromerzeugung dienen, nicht Teil der Anlage sein sollen. Denn während der ursprünglichen gesetzlichen Definition der Anlage in § 3 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 nichts zum Umfang der Anlage zu entnehmen war,²³ enthielt § 3 Abs. 2 Satz 2 Teilsatz 2 EEG 2004 die gesetzliche Festlegung, dass

„insbesondere Wechselrichter, Wege, Netzanschlüsse, Mess-, Verwaltungs- und Überwachungseinrichtungen“

nicht „für den Betrieb technisch erforderlich“ seien. Das EEG 2004 unterschied mithin zwischen für den Betrieb technisch erforderlichen und nicht erforderlichen Einrichtungen. Folge dieser gesetzlichen Unterscheidung war, dass die technisch nicht erforderlichen Einrichtungen keine Zusammenfassung mehrerer Anlagen zu einer fiktiven Gesamtanlage nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Teilsatz 1 EEG 2004 bewirkten.

- 26 Im EEG 2009 / EEG 2012 ist die Einschränkung des § 3 Abs. 2 Satz 2 Teilsatz 2 EEG 2004 nicht mehr im Gesetz enthalten, in der Begründung des Gesetzentwurfes zum EEG 2009 hat die Bundesregierung indes ausgeführt:

„Infrastruktureinrichtungen wie Wechselrichter, Netzanschluss, Anschlussleitungen, eine Stromabführung in gemeinsamer Leitung, Transformatoren, Verbindungswege und Verwaltungseinrichtungen sind jedoch vom Anlagenbegriff nicht erfasst, da diese Einrichtungen nicht der Stromerzeugung dienen.“²⁴

²²BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Rn. 54; Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 01.07.2010–2009/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfo/2009/12>, Rn. 97.

²³Sowohl das Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Stromnetz (Stromeinspeisungsgesetz) v. 07.12.1990 (BGBl. I, S. 2633), außer Kraft gesetzt durch Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien v. 29.03.2000 (BGBl. I, S. 3074) als auch das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien vom 29.03.2000 v. 29.03.2000, 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), setzten den Anlagenbegriff definitionslos voraus.

²⁴BT-Drs. 16/8148, S. 38, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

- 27 Dies legt den Schluss nahe, dass mit dem EEG 2009 und nachfolgend auch mit dem EEG 2012 die alte Rechtslage zumindest insoweit fortgeschrieben werden sollte, indem die genannten Infrastruktureinrichtungen als für den Betrieb technisch nicht erforderliche Einrichtungen gelten und ganz ausdrücklich nicht Teil der Anlage sein sollen. Bestätigt wird durch die zitierte Regierungsbegründung jedenfalls die bereits in der Wortlautbetrachtung getroffene Feststellung, dass Einrichtungen, die nicht der *Stromerzeugung* dienen, nicht Teil der Anlage sind.²⁵
- 28 Die **genetische Auslegung**, also die Betrachtung der Norm im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens, führt zu keinen weiterreichenden Erkenntnissen:
- 29 Die später Gesetz gewordene Formulierung von § 3 Nr. 1 EEG 2009 war bereits im Referentenentwurf vom 9. Oktober 2007²⁶ enthalten und wurde im weiteren Verlauf hinsichtlich der Frage, welche Teile *nicht* vom Anlagenbegriff umfasst sein sollen, nicht Gegenstand der parlamentarischen Diskussion.
- 30 Im Zuge des zum EEG 2012 führenden Gesetzgebungsverfahrens regte der Bundesrat jedoch an, § 3 Nr. 1 Satz 1 durch folgenden Teilsatz zu ergänzen:

„einschließlich aller notwendigen technischen und baulichen Einrichtungen zur Bereitstellung der Erneuerbare[n]²⁷ Energien“²⁸.

- 31 Zur Begründung hieß es:

„In der derzeitigen Formulierung des Anlagenbegriffs ergeben sich Möglichkeiten einer absichtlichen und missbräuchlichen Aufspaltung von Biogasanlagen, um einen Mehrerlös bei größeren Anlagen zu erzielen. Um den Missbrauch der größenabhängigen Vergütung im EEG zu stoppen, ist eine rechtlich verbindliche Regelung zur Klarstellung notwendig.“²⁹

- 32 Dem trat die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung wie folgt entgegen:

„Die vorgeschlagene Änderung des § 3 Nummer 1 EEG droht neue Auslegungsfragen in Bezug auf den Anlagenbegriff des EEG aufzuwerfen

²⁵Ebenso *Richter*, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, 2012, S. 124.

²⁶Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

²⁷Anm. der Clearingstelle EEG: Im Original „Erneuerbarer“.

²⁸BR-Drs. 341/1/11, S. 6 unter Ziff. 12 a); ebenso der Plenarbeschluss auf BR-Drs. 341/11 (B), S. 4 unter Ziff. 10 a).

²⁹BR-Drs. 341/1/11, S. 7; BR-Drs. 341/11 (B), S. 5.

und damit neue Rechtsunsicherheit zu schaffen. Zudem ist bereits nach der bisher geltenden Rechtslage ausweislich der Begründung des EEG 2009 zur Bestimmung einer Anlage neben der stromerzeugenden Einrichtung auch auf sämtliche technisch und baulich erforderlichen Einrichtungen abzustellen.“³⁰

- 33 Daraus folgt, dass jedenfalls das Kriterium der *Erforderlichkeit* bei der Bestimmung des Anlagenbegriffes nach den Verlautbarungen der am Gesetzgebungsprozess beteiligten Akteure maßgebliche Bedeutung haben soll. Zur Anlage sollen also neben der stromerzeugenden Einrichtung – dies ist zumeist der Generator – auch weitere Einrichtungen gehören, soweit sie technisch und baulich erforderlich sind.³¹ Weitere Aussagen, welche dieser Einrichtungen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers *nicht* in diesem Sinne erforderlich sein sollen, lassen sich den Gesetzgebungsmaterialien indes nicht entnehmen.
- 34 Die nach dem objektiven Sinn und Zweck der Norm fragende **teleologische Auslegung** legt nahe, dass es die Anlagendefinition ermöglichen soll, diejenigen Teile, die zur Anlage im Sinne des EEG gehören, von den nicht hierzu zu zählenden Teilen einer äußerlich möglicherweise als Ganzes erscheinenden Installation zu unterscheiden. Als Unterscheidungskriterium bietet sich insoweit der Maßstab der Erforderlichkeit gerade zur *Stromerzeugung* an. Demgegenüber scheidet nach Sinn und Zweck der Norm aus, allein eine kausale Betrachtung vorzunehmen, also alle Teile allein deshalb zur Anlage zugehörig zu betrachten, weil sie ohne die Anlage nicht vorhanden wären. Denn dies gilt zum einen für die der *Stromeinspeisung* dienenden Einrichtungen wie auch der sonstigen Infrastruktur, die sowohl nach dem Wortlaut als auch nach den Vorstellungen der Bundesregierung nicht zur Anlage gehören sollen. Zum anderen würde dies eine Eingrenzung unmöglich machen, weil bei einer rein kausalen Betrachtung letztlich alle irgendwie im Zusammenhang mit der Stromerzeugung stehenden Teile zur Anlage gehören müssten (wie am Beispiel der Sozialräume (Rn. 22) gezeigt).
- 35 Es liegt daher nahe, zunächst danach zu fragen, zu welchem Zweck eine Einrichtung errichtet worden ist. Wurde eine Einrichtung bereits zu einem anderen Zweck als zur Stromerzeugung – und möglicherweise auch schon zu einem früheren Zeitpunkt als die Stromerzeugungseinheit – errichtet, so legt dies nahe, dass es sich hierbei

³⁰BT-Drs. 17/6247, Anlage 4, S. 29.

³¹Richter, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, 2012, S. 121.

nicht um eine Einrichtung gerade *zur* Stromerzeugung handelt.³² Dies gilt bspw. für eine Deponie, die bereits vor der Deponiegasanlage und offenkundig auch zu einem anderen Zweck errichtet worden ist.

36 Somit sind alle diejenigen Einrichtungen Teil der Anlage, die ausschließlich oder vorrangig zum Zweck der Stromerzeugung errichtet worden und für die Stromerzeugung technisch erforderlich sind.³³

37 Dabei kommt es indes allein auf die *technische* Erforderlichkeit an. Unbeachtlich sind *rechtliche* Anforderungen, also bspw. aufgrund von Genehmigungsaufgaben erforderlich gewordene Einrichtungen.³⁴ Denn andernfalls würde es vom Einzelfall und von der Ausgestaltung und dem Vollzug anderer Gesetze abhängen, welchen Umfang eine Anlage im Sinne des EEG hat; einen EEG-spezifischen Anlagenbegriff gäbe es dann nicht. Zudem könnte sich im Laufe der Zeit der Umfang der Anlage durch die Änderung von genehmigungsrelevanten Gesetzen oder von Genehmigungsaufgaben ändern, wodurch eine rechtssichere Bestimmung des Umfangs der Anlage erheblich erschwert würde.

38 *Nicht* zur Anlage gehören damit unter anderem:

- Einrichtungen zur Nachrotte³⁵ und Kompostierung,
- Viehställe und der Viehhaltung zugeordnete Güllesammelgruben („neben dem Stall“),³⁶
- Substratlager, Silo und andere der Bevorratung und Lagerung von Einsatzstoffen dienende Einrichtungen (anders aber Brennstofftanks und Vorgruben, dazu s. Rn. 41),³⁷

³²Salje, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 3 Rn. 76: Bsp. Papierfabrik mit Abwasserreinigungsanlage und nachgeschalteter Biogasanlage.

³³Weißborn, REE 2013, 155, 156.

³⁴Richter, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, 2012, S. 126; Salje, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 3 Rn. 76: Bsp. Papierfabrik mit immissionsschutzrechtlich erforderlicher Abwasserreinigungsanlage, aus welcher Biogas gewonnen und verstromt wird. – Anderer Auffassung VG Düsseldorf, Urt. v. 06.05.2014 – 3 K 8583/13, abrufbar unter http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_duesseldorf/j2014/3_K_8583_13_Urteil_20140506.html.

³⁵Diese sind von Einrichtungen zur Lagerung der Gärrückstände wie Nachgärer oder Gärrestlager abzugrenzen, s. dazu Rn. 42.

³⁶Vgl. FvB, Stellungnahme S. 18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>.

³⁷Wie hier Richter, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, 2012, S. 125. Dagegen zwischen Biogasanlage auf dem Bauernhof mit eigener Substratversorgung und Biogasanlage mit Substratanlieferung differenzierend Loibl, in: Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG 2009, 3. Aufl. 2013, S. 43 f. (Rn. 25).

- die Deponie einschließlich Gasbrunnen und gesamter „Gassammelinfrastruktur“ bei Deponiegas, soweit ohnehin aufgrund von TASI³⁸ bzw. Deponieverordnung³⁹ und Genehmigung auf der Deponie vorhanden,⁴⁰
- Gasfackel, Notfackel und sonstige immissionsschutzrechtlich erforderliche Gasabfuhreinrichtungen;⁴¹ soweit als Gasverbrauchseinrichtung ein weiteres BHKW genutzt wird, ist dieses als mit der Hauptanlage technisch zusammengefasste („verklammerte“) Anlage zu betrachten,
- Schornsteine und andere genehmigungsrelevante Abgasabfuhreinrichtungen,
- Schalldämpfer und ähnliche Einrichtungen zur Lärminderung,
- Stollen und Gasbrunnen bei Grubengasanlagen, soweit sie ohnehin aufgrund anderweitiger Zweckbestimmung, Verpflichtung bzw. Genehmigung errichtet worden sind,⁴²
- sämtliche Wege, Zäune und Lärm- und Sichtschutzwälle und -wände, Sozial- und Aufenthaltsräume für das Betriebspersonal, dem Schutz vor Diebstahl, Witterung oder sonstiger Verschlechterung dienende Vorrichtungen⁴³ wie z. B. Überwachungskameras.

39 Bei Abwärmeabfuhr- und -nutzungseinrichtungen (z. B. Kühler, Wärmetauscher, Wärmenetz) ist zu differenzieren: Abwärmeabfuhreinrichtungen, die der Kühlung des Motors dienen, sind für die dauerhafte Stromerzeugung unverzichtbar und daher Anlagenbestandteil. Die Nutzung der im Abgas enthaltenen Wärme hingegen ist für die Stromerzeugung unerheblich, so dass der Abgaswärmenutzung dienenden

³⁸Technische Anleitung zur Verwertung, Behandlung und sonstigen Entsorgung von Siedlungsabfällen (Dritte Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Abfallgesetz) v. 14.05.1993 (BAnz. Nr. 99a vom 29.05.1993), aufgehoben durch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Aufhebung von Verwaltungsvorschriften zum Deponierecht vom 27.04.2009, abrufbar unter <http://www.bmu.de/N6684/>.

³⁹Deponieverordnung v. 27.04.2009 (BGBl. I S. 900), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 28 G v. 24.02.2012 (BGBl. I S. 212).

⁴⁰Tendenziell anders wohl EEG-Erfahrungsbericht 2007, BT-Drs. 16/7119, S. 51.

⁴¹Vgl. *Bayerisches Landesamt für Umwelt* (Hrsg.), *Biogashandbuch Bayern – Materialienband*, Kap. 2.2.2.2.8, Stand März 2011, abrufbar unter <http://www.lfu.bayern.de/abfall/biogashandbuch/doc/kap222.pdf>.

⁴²Anm. der Clearingstelle EEG: Noch nicht abschließend geklärt ist, ob der Vergütungsausschluss des § 26 Abs. 2 EEG 2012 greift, wenn Grubengas allein zur Verstromung aktiv zu Tage gefördert wird. Gemäß EEG-Erfahrungsbericht 2007, BT-Drs. 16/7119, S. 50, bestehe in diesem Fall kein Vergütungsanspruch.

⁴³Zu Betriebsgebäuden und anderen festen Einhausungen s. sogleich Rn. 43.

Komponenten nicht zur Anlage im Sinne des EEG 2009 / EEG 2012 gehören; nicht Gegenstand dieser Empfehlung ist die Frage, ob eine ORC-Einheit, deren Abwärme in der ORC-Komponente zur Verstromung genutzt wird, Bestandteil der Anlage ist. Abwärmeabfuhr- und -nutzungseinrichtungen werden auch nicht dadurch zum Anlagenbestandteil, dass es sich um wärmegeführte BHKW handelt, weil es für den Anlagenbegriff unerheblich ist, ob die Stromerzeugung primäres Ziel oder Nebeneffekt des Anlagenbetriebes ist.

40 Stets und zwingend zur Anlage gehören jedenfalls

- die Antriebseinheit in Verbindung mit dem Generator,
- bzw. für den Fall, dass eine Antriebseinheit zur Stromerzeugung nicht erforderlich ist, der zur Stromerzeugung geeignete Generator (so z. B. bei der Brennstoffzelle),
- sowie für den Fall, dass zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas die Zufuhr eines Energieträgers oder von Energie erforderlich ist, eine Vorrichtung, die je nach der Eigenart des regenerativen Energieträgers bzw. der Erneuerbaren Energie diesen bzw. diese unmittelbar der Antriebseinheit zuführt oder für diese bereitstellt.⁴⁴

41 Soweit im Einzelfall vorhanden und zur Stromerzeugung notwendig, gehören ebenfalls zur Anlage:

- Einrichtungen zur Herstellung, Aufbereitung oder Speicherung des Einsatzstoffes für die Stromerzeugung wie bspw. der Fermenter,⁴⁵
- Einrichtungen zur Substratbeschickung (z. B. Förderschnecke und andere Eintragungssysteme bei Biogasanlagen; Förderband bei Festbiomasseanlagen),⁴⁶ bzw. zur Einleitung des Energieträgers in die Anlage,
- Vorgrube,

⁴⁴Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung vom 01.07.2010–2009/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2009/12>, Rn. 98.

⁴⁵*Richter*, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, 2012, S. 124; *Weißborn*, REE 2013, 155, 156. – Anderer Ansicht *BMELV*, Stellungnahme S. 1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>.

⁴⁶So auch für Feststoffdosierer, Gülleleitung und -pumpe: *Brandenburgisches OLG*, Urt. v. 16.09.2010–12 U 79/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/1050>, Rn. 15 f.

- Rührwerk,
- Öltank,⁴⁷
- Gasverdichter zwischen Fermenter und BHKW,
- Einrichtungen zur Brenngasaufbereitung,
- das Getriebe zwischen Motor und Generator,
- die Leit- und Steuertechnik, soweit nicht der *Stromeinspeisung* dienend,
- Turm und Fundament der Windkraftanlage.⁴⁸

42 Bei Einrichtungen zur Lagerung der Gärrückstände wie Nachgärer oder Gärrestlager (auch Gärproduktlager genannt) handelt es sich um Anlagenbestandteile, es sei denn, in der jeweiligen Einrichtung wird kein Gas zur Verstromung erfasst. Wird – sofern dies genehmigungsrechtlich (noch) zulässig ist – kein Gas erfasst und verstromt, so fehlt es am funktionalen Zusammenhang mit der Stromerzeugung; im umgekehrten Fall liegt dieser Zusammenhang jedoch vor.⁴⁹

43 Bei massiven Einhausungen von BHKW ist zu fragen, welchem Zweck eine Gebäudehülle um ein BHKW bzw. um Turbine und Generator dient. Dem ersten Anschein nach (*prima facie*) dient eine massive Gebäudehülle zunächst dem bloßen Schutz der Technik vor Witterungseinflüssen und Diebstahl. Gleichzeitig kann das Gebäude

⁴⁷So auch *Richter*, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, 2012, S. 124; ebenso zum EEG 2004: *Thüringer OLG*, Urtr. v. 14.02.2007 – 7 U 905/06, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/376>.

⁴⁸Dies lässt die Frage unberührt, unter welchen Voraussetzungen der vollständige Abbau bzw. die vollständige Außerbetriebnahme einer Windenergieanlage im Falle eines Repowerings i. S. v. § 30 Abs. 2 EEG 2012 gegeben ist.

⁴⁹Anderer Ansicht *Hinsch*, ZUR 2007, S. 401, 409, der unterstellt, im „Gärrestespeicher“ werde kein Gas zur Stromerzeugung erfasst. *Richter*, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, 2012, S. 125, rechnet Gärrestlager nicht der Anlage zu, ohne auf die Frage der Gaserfassung einzugehen. Umgekehrt betrachten *Brandenburgisches OLG*, Urtr. v. 16.09.2010 – 12 U 79/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/1050>, Rn. 15 f.; *Brandenburgisches OLG*, Urtr. v. 17.07.2012 – 6 U 50/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/1987> und *OLG Düsseldorf*, Urtr. v. 05.12.2012 – VI-2 U (Kart) 7/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/2156> das Gärrestlager stets als Anlagenbestandteil, ohne dass sich den Urteilen entnehmen lässt, inwieweit in den konkreten Einzelfällen eine Gaserfassung erfolgt ist. Gleiches gilt für die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 3 Nr. 1 EEG 2009, BT-Drs. 16/8148, S. 38.

aber auch der Stromerzeugung dienen, denn diese ist ohne Witterungsschutz häufig nur theoretisch und für kurze Zeiträume technisch möglich.⁵⁰ Es ist daher zu vermuten, dass eine massive Gebäudehülle dem Zweck der Stromerzeugung dient, wenn ohne diese massive Hülle die Stromerzeugung technisch nicht dauerhaft möglich ist.⁵¹ Objektive Anhaltspunkte, ob die Anlage einer festen Gebäudehülle bedarf oder nicht, ergeben sich aus den technischen Datenblättern und Spezifikationen der Hersteller. Ist die Stromerzeugung hingegen ohne feste Gebäudehülle möglich, weil – wie bei sog. Container-BHKW – technisch ein Stahlcontainer als Hülle ausreicht,⁵² so ist hingegen zu vermuten, dass eine *zusätzliche*, über den Container hinausgehende Einhausung nicht Anlagenbestandteil ist.⁵³

3.3 Anlagenbegriff beim Satelliten-BHKW

- 44 Ist ein („Satelliten“- oder „abgesetztes“) BHKW an die gleiche Gaserzeugungsanlage wie ein in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Gaserzeugungsanlage befindliches („Vor-Ort“-)BHKW angeschlossen, so ist dieses („Satelliten“- oder „abgesetzte“) BHKW mit der „Vor-Ort“-Anlage nicht technisch zu einer Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 / EEG 2012 zusammenzufassen, wenn es betriebstechnisch *und* räumlich von der „Vor-Ort“-Anlage hinreichend abgegrenzt und daher rechtlich selbständig ist. („Satellitenanlage“, „Satelliten-BHKW“ oder „abgesetztes BHKW“, s. Abschnitt 3.3.1).
- 45 Mehrere solcher gegenüber der „Vor-Ort“-Anlage selbständigen Einheiten können jedoch untereinander zu einer Anlage „verklammert“ sein, wenn sie z. B. über eine Gassammelschiene miteinander verbunden sind;⁵⁴ im Übrigen ist die vergütungsseitige Anlagenzusammenfassung nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 / EEG 2012 zu beachten.⁵⁵ Soweit § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012 anwendbar ist, gelten derartige BHKW

⁵⁰Wie bei kristallinen Solarzellen ohne Modulrahmen und Glasabdeckung, vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung vom 01.07.2010–2009/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2009/12>, Rn. 147.

⁵¹Vgl. *Thüringer OLG*, Urt. v. 14.02.2007–7 U 905/06, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/376>, S. 4, wobei das Gericht – entgegen der Vorinstanz – im konkreten Fall das Gebäude nicht für technisch erforderlich ansah.

⁵²Hieraus ergibt sich, dass der Container zur Stromerzeugung erforderlich und daher Anlagenbestandteil ist.

⁵³Zweck der zusätzlichen Gebäudehülle können bspw. Diebstahl-, Elementarschadensversicherungsbedingungen oder Lärmschutzaufgaben sein.

⁵⁴Vgl. *Loibl*, ZNER 2014, 152, 156 f.

⁵⁵*Loibl*, ZNER 2014, 152, 157.

stets zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage (s. Abschnitt 3.3.2).

3.3.1 EEG 2004 und EEG 2009

- 46 Aus der historischen Auslegung anhand der Gesetzgebungsmaterialien zum EEG 2004 (dazu Rn. 47 ff.) sowie aus dem Urteil des *BGH* zum Anlagenbegriff (dazu näher Rn. 51 ff.) lässt sich ableiten, dass ein BHKW, welches gegenüber der „Vor-Ort“-Anlage betriebstechnisch selbständig ist *und* sich *nicht* in unmittelbarer räumlicher Nähe zur „Vor-Ort“-Anlage befindet, eine rechtlich eigenständige Anlage ist.
- 47 **Satelliten-BHKW in den Gesetzesmaterialien:** Das „Satelliten“- oder „abgesetzte“ BHKW ist explizit weder in den verschiedenen Gesetzesfassungen des EEG noch in den Gesetzgebungsmaterialien erwähnt. In der Begründung zum Regierungsentwurf des § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004, in der es um die fiktive Anlagenzusammenfassung geht, heißt es jedoch:

„Mehrere Anlagen, die gleichartige Energien oder Energieträger einsetzen und durch für den Betrieb technisch erforderliche Einrichtungen (einschließlich Geräte und Installationen) oder bauliche Anlagen unmittelbar miteinander verbunden sind, gelten als eine Anlage ... Bauliche Anlagen in diesem Sinne sind etwa Staumauern oder Türme von Windenergieanlagen. Für den Betrieb erforderlich sind auch die Einrichtungen zur Gewinnung und Aufbereitung des jeweiligen Energieträgers wie die Fermenter von Biogasanlagen, *sofern nicht aufgrund einer räumlichen Trennung dieser Einrichtungen von einer betriebstechnischen Selbstständigkeit und damit von verschiedenen Anlagen ausgegangen werden muss.*“⁵⁶

- 48 Aufgrund des hervorgehobenen Halbsatzes gehen die juristische Literatur wie auch die Praxis ganz überwiegend⁵⁷ davon aus, dass Satelliten-BHKW weder unter Gel-

⁵⁶BT-Drs. 15/2327, S. 21, Hervorhebung und Auslassung nicht im Original.

⁵⁷Anderer Ansicht, soweit ersichtlich, allein *Oschmann*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 29, wonach die räumliche Entfernung zwischen BHKW und Fermenter unerheblich sei.

tion des § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 noch des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 mit der „Vor-Ort-“Anlage technisch zusammenzufassen sind.⁵⁸

- 49 Dem Gesetzgebungsverfahren zum EEG 2009 lässt sich nicht mit völliger Sicherheit entnehmen, ob der Gesetzgeber durch die Änderung des Anlagenbegriffes in § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 hieran festhalten oder davon abkehren wollte. Sowohl der Erfahrungsbericht zum EEG 2004⁵⁹ als auch der Referentenentwurf zum EEG 2009⁶⁰ schweigen hierzu. Allein dem Regierungsentwurf zum EEG 2009 lässt sich ein Indiz entnehmen, dass an der bisherigen Handhabung grundsätzlich festgehalten werden sollte. Darin heißt es:

„Auch werden mehrere *selbständige* Anlagen wie etwa Wasserkraftwerke, die bis zu mehrere Kilometer auseinander liegen, nicht etwa durch den Bau eines Entlastungswehres zu einer Anlage.“⁶¹

- 50 Hieraus lässt sich schließen, dass Anlagen auch dann *selbständig* bleiben (können), wenn sie eine Einrichtung wie bspw. ein Entlastungswehr gemeinsam nutzen. Die Selbständigkeit bleibt nach der Vorstellung des Gesetzgebers jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der räumlichen Trennung der Anlagen erhalten. Dies spricht eher dagegen, dass der Gesetzgeber des EEG 2009 die Figur der abgesetzten Anlage gänzlich abschaffen wollte.⁶² Aufgrund der praktischen Bedeutung, die die abgesetzte Anlage schon unter Geltung des EEG 2004 hatte, ist anzunehmen, dass es in den Gesetzesmaterialien Ausdruck gefunden hätte, wäre eine Abschaffung dieses „Anlagentyps“ gewollt gewesen.

⁵⁸So im Ergebnis auch *Wedemeyer*, NuR 2009, 24, 30 f.; *Kruschinski*, Biogasanlagen als Rechtsproblem, 2010, S. 227 f.; *Loibl*, ZNER 2014, 152 ff. (m.w.N. auf eigene Veröffentlichungen); *Weißborn*, REE 2013, 155, 161; *Ekardt*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 8; *Ekardt/Hennig*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 9 ff. und passim; *Vollprecht*, EnWZ 2014, 122, 124.

⁵⁹*Staiß/Schmidt/Musiol* (Projektleitung), Forschungsvorhaben im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit: Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2007 gemäß § 20 EEG, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/137>, S. 151 f.

⁶⁰Abgerufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2009/material>.

⁶¹BT-Drs. 16/8148, S. 38 (=BR-Drs. 10/08, S. 91), abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2009/material>, Hervorhebung nicht im Original.

⁶²Im weiteren Gesetzgebungsverfahren spielte diese Frage keine Rolle, soweit aus den Gesetzesmaterialien, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2009/material>, ersichtlich.

51 **Satelliten-BHKW im Urteil des BGH:** Der *BGH* knüpft in seinem Urteil zum Anlagenbegriff⁶³ an die zitierten Gesetzesbegründungen an⁶⁴ und betont in der Entscheidung häufig den Aspekt der räumlichen Nähe. Gemäß dem Urteil kommt es für die technische Zusammenfassung mehrerer BHKW zu einer Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 zum einen auf die gemeinsame Nutzung eines (oder mehrerer) Fermenter(s) an.⁶⁵ Zum anderen bedarf es einer räumlichen Nähe zwischen den ggf. nach dem „weiten“ Anlagenbegriff zusammenzufassenden Anlagen.⁶⁶ Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Gesetzgebungsmaterialien zum EEG 2004 und EEG 2009 heißt es:

„Denn die Anbindung mehrerer Blockheizkraftwerke an einen gemeinsam genutzten Fermenter führt nach den Vorstellungen des Gesetzgebers *nicht stets* zum Vorliegen einer einheitlichen Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009. So sind Blockheizkraftwerke, die durch einen gemeinsamen Fermenter versorgt werden, dann *nicht* als *eine* Anlage im Sinne dieser Vorschrift anzusehen, wenn sie aufgrund ihrer *räumlichen Entfernung* als *selbständige Anlagen* zu werten sind (vgl. BT-Drucks. 16/8148, S. 38; vgl. ferner BT-Drucks. 15/2327, S. 21 [zu § 3 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004]).“⁶⁷

52 Beide Gesichtspunkte – funktionale Zusammengehörigkeit (Selbständigkeit) und räumliche Nähe (Entfernung) – werden vom *BGH* stets gleichrangig durch „und“ oder ein Komma miteinander verknüpft.⁶⁸ Diese müssen mithin *kumulativ* vorliegen.

⁶³ *BGH*, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, vgl. Leitsatz c) und Rn. 20, 23 f., 38 ff., 40, 48, 64.

⁶⁴ *BGH*, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Rn. 22, 28, 35, 45, 47, 50; Verweis auf BT-Drs. 15/2327, S. 21 bzw. BT-Drs. 16/8148, S. 38.

⁶⁵ *BGH*, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>; Leitsatz c) („denselben Fermenter“), Rn. 15 („bauliche Verbindung zu einem oder mehreren gemeinsam genutzten Fermenter(n)“), Rn. 20, 24 („an einen gemeinsamen Fermenter angeschlossen“), Rn. 23 („an einen gemeinsam genutzten Fermenter angeschlossen“), Rn. 39 („von demselben Fermenter mit Biogas versorgt werden“), Rn. 48 („einen (oder mehrere) Fermenter teilen“).

⁶⁶ *BGH*, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>; Leitsätze, in Rn. 20, 24, 38, 48 (dort ohne „unmittelbar“), Rn. 23, 39, 40 (dort mit „unmittelbar“, teils mit, teils ohne Klammer), ähnlich auch Rn. 64 („am gleichen Standort“).

⁶⁷ *BGH*, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Rn. 50; Hervorhebungen nicht im Original.

⁶⁸ *BGH*, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Leitsatz c), Rn. 15, 20, 23, 24, 39, 40.

53 **Zwischenergebnis und Rat zur Praxis:** Im Ergebnis kann die Satellitenanlage⁶⁹ unter gleichrangiger Verbindung betriebstechnischer und räumlicher Aspekte definiert werden als

Anlage, die betriebstechnisch und räumlich von anderen, aus derselben Gaserzeugungsanlage gespeisten Anlagen hinreichend abgegrenzt und daher rechtlich selbständig ist.

54 Bislang ungeklärt ist, unter welchen Voraussetzungen von einer betriebstechnischen Selbständigkeit und von einer hinreichenden räumlichen Entfernung auszugehen ist.⁷⁰ Da diese Fragen im Wege der Auslegung nicht abstrakt-generell beantwortet werden können, ist es aufgrund ihrer wesentlichen und grundsätzlichen Bedeutung nach Auffassung der Clearingstelle EEG Aufgabe des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung, gesetzlich oder höchstrichterlich zu klären, unter welchen Voraussetzungen eine betriebstechnische Selbständigkeit und keine (unmittelbare) räumliche Nähe vorliegen. Bis zu einer solchen Klärung rät die Clearingstelle EEG, unter folgenden Voraussetzungen eine Satellitenanlage anzunehmen:

55 Von einer **betriebstechnischen Selbständigkeit** kann – vorbehaltlich einer späteren Regelung bzw. Klärung durch den Gesetzgeber oder den *BGH* – ausgegangen werden, wenn das BHKW der „Vor-Ort-“Anlage hinweggedacht und die Satellitenanlage gleichwohl ohne eine erhebliche Änderung ihres Betriebskonzeptes sinnvoll weiterbetrieben werden könnte.

56 Folgende Indizien können hierbei herangezogen werden:

- Wird mit dem Satelliten-BHKW eine Wärmesenke erschlossen, welche durch eine Wärmeleitung nur unter Inkaufnahme energetisch unsinniger Verluste erschlossen werden könnte, ist also energetisch die Verlegung einer Mikrogaslei-

⁶⁹Wasserkraftanlagen bleiben außer Betracht, da diese nicht Gegenstand des Empfehlungsverfahrens sind.

⁷⁰Praktisch kaum umsetzbar erscheint der Vorschlag von *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG 2009*, 3. Aufl. 2013, S. 71 Rn. 113, der hierzu die „objektive Sicht eines durchschnittlichen und verständigen Bürgers“ heranziehen will, denn einem durchschnittlichen Bürger sind schon wesentliche Grundannahmen des EEG-rechtlichen Anlagenbegriffes kaum vermittelbar, bspw. warum die Mess- oder die Netzanschlusseinrichtungen nicht zur EEG-Anlage gehören sollen; wenn aber der Anlagenbegriff des EEG der Laiensphäre weitestgehend unverständlich ist, kann die objektive Sicht eines Bürgers kaum dazu herangezogen werden, die betriebstechnische Selbständigkeit einer Anlage zu bewerten. Davon abgesehen ist nicht ersichtlich, wie der Vorschlag von *Loibl* im Verhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber operationalisiert werden soll.

tung sinnvoller als die Verlegung einer Wärmeleitung, so spricht dies *für* eine betriebstechnische Selbständigkeit.

- Wird mit dem Satelliten-BHKW eine Wärmesenke erschlossen, welche bspw. aufgrund eines speziellen Wärmelastprofils eine Fahrweise des BHKW verlangt, welche von dem BHKW der „Vor-Ort“-Anlage aufgrund des von diesem zu liefernden Wärmelastprofils einer anderen Wärmesenke technisch nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand gefahren werden könnte,⁷¹ so spricht dies *für* eine betriebstechnische Selbständigkeit.
- Sind die Betreiberinnen bzw. Betreiber des Satelliten-BHKW gegenüber der Betreiberin bzw. dem Betreiber der „Vor-Ort“-Anlage rechtlich und betriebswirtschaftlich selbständig, so ist dies ein – wenn auch eher schwächeres – Indiz *für* eine betriebstechnische Selbständigkeit.
- Konnte am Standort der Vor-Ort-Anlage aufgrund unbehebbarer Platzmangels oder aus genehmigungsrechtlichen Gründen kein weiteres oder leistungsstärkeres BHKW errichtet werden, so spricht dies *für* eine betriebstechnische Selbständigkeit.
- Versorgt das Satelliten-BHKW eine Stromsenke, die im Wege des Direktverbrauches (i. S. v. § 16 Abs. 4 c) EEG 2009 bzw. § 16 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2012) die Stromerzeugung des Satelliten-BHKW aufnimmt, und kann die Stromsenke aus technischen oder rechtlichen Gründen nicht oder nur unter Inkaufnahme unverhältnismäßiger Verluste durch eine direkte Stromleitung zum „Vor-Ort“-BHKW erschlossen werden, so spricht dies *für* eine betriebstechnische Selbständigkeit.⁷²
- Versorgen mehrere BHKW *dieselbe* Wärmesenke, z. B. ein Nahwärmenetz, so spricht dies *gegen* eine betriebstechnische Selbständigkeit der einzelnen BHKW.

57 Eine hinreichende **räumliche Entfernung** zwischen „Vor-Ort“- und Satellitenanlage liegt vor, wenn sich die Gaserzeugungsanlage der „Vor-Ort“-Anlage (z. B. der Fermenter) und die Satellitenanlage an verschiedenen (Betriebs-)Standorten befinden.

⁷¹Zum Beispiel, wenn die eine Wärmesenke eine sehr hohe maximale Wärmelast aufweist, welche nur zu bestimmten Zeiten erreicht wird und die andere Wärmesenke eine deutlich kleinere Wärmelast aufweist, diese aber konstant zu versorgen ist.

⁷²So auch *Loibl*, ZNER 2014, 152, 154.

58 Indizien dafür, dass es sich um verschiedene Standorte handelt, können sein:

- Die BHKW liegen auf verschiedenen Betriebsgeländen (z. B. auf verschiedenen Hofstellen, voneinander unabhängigen landwirtschaftlichen Betrieben o. ä.), die durch äußere Merkmale eindeutig voneinander abgrenzbar sind, z. B. durch unterschiedliche Anschriften.
- Zwischen den Anlagen liegt eine Siedlung.
- Nicht unmittelbar zu dem einen oder anderen Betriebsgelände gehörende, eine eindeutige Trennung herstellende Landschaftselemente (wie bspw. ein Waldstück oder ein Fluss), Infrastruktureinrichtungen (wie bspw. eine Eisenbahntrasse) oder Siedlungsbestandteile bewirken, dass die Anlagen äußerlich als eigenständige Einheiten erkennbar sind.⁷³

59 Die vorgenannten Indizien sind stets im Einzelfall zu bewerten und zu gewichten. Dabei sind die Anforderungen an die betriebstechnische Selbständigkeit umso höher, je schwächer die für eine räumliche Entfernung zwischen den BHKW sprechenden Indizien sind.

60 Aufgrund ihrer räumlichen Nähe handelt es sich in der Regel um *eine* Biogasanlage, wenn mehrere BHKW, die an eine (oder mehrere) gemeinsam genutzte Gaserzeugungseinrichtung(en) angeschlossen sind, sich auf demselben Betriebsgelände befinden, selbst wenn die BHKW die Indizien der betriebstechnischen Selbständigkeit (s. Rn. 56) erfüllen. Wo die Grenzen des Betriebsgeländes zu ziehen sind, ist stets im Einzelfall zu bestimmen.

61 Die Auffassung, ab einer Entfernung von *500 Metern* sei stets oder grundsätzlich von einer selbständigen Anlage auszugehen,⁷⁴ findet weder in den Gesetzesmaterialien noch in der Entscheidung des *BGH* eine Stütze.⁷⁵ Es spricht nach Auffassung der

⁷³Weitergehend *Loibl*, ZNER 2014, 152, 154, wonach „zwischenliegende Bebauung“ hierfür ausreiche, wobei nicht näher darauf eingegangen wird, ob dies auch denn ausreichen soll, wenn die „Bebauung“ zu ein- und demselben Betrieb gehört (wie z. B. Ställe zwischen zwei BHKW auf demselben Bauernhof).

⁷⁴So *Loibl*, ZNER 2014, 152, 153; *ders.*, in: *Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter* (Hrsg.), *Biogasanlagen im EEG* 2009, 3. Aufl. 2013, S. 69 ff., insbes. S. 71 Rn. 113; ähnlich *ders.*, *Der Vergütungsanspruch von Biogasanlagen nach dem EEG*, 1. Aufl. 2007, S. 155 ff, 166; *Wernsmann*, AuUR 2008, 329, 330; *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 3 Rn. 60; unterhalb von 500 m kommt es nach *Loibl* „auf die objektive Sicht eines durchschnittlichen und verständigen Bürgers“ an.

⁷⁵So auch *Richter/Herms*, ER 2014, 3, 5. – Unzutreffend ist insoweit die Behauptung, die 500-m-Grenze sei „in der Praxis nie in Zweifel gezogen“ worden, so *Loibl*, ZNER 2014, 152, 153; vielmehr

Clearingstelle EEG von einem zu engen Verständnis des Begriffs der „räumlichen Nähe“, wenn dieser allein im Sinne eines bezifferbaren Abstandes oder einer messbaren Entfernung verstanden wird. Ebenso möglich – und in Anbetracht der unauflösbaren Relativität von Entfernungen auch aus Gründen der Rechtssicherheit vorzugswürdig – erscheint es, „räumliche Nähe“ zu verstehen als „Nachbarschaft, unmittelbare Umgebung“,⁷⁶ wodurch losgelöst von ohnehin willkürlichen Abstandswerten eine Betrachtung des Einzelfalles anhand der jeweiligen räumlichen Gegebenheiten ermöglicht wird.⁷⁷

3.3.2 EEG 2012

62 Zu beachten ist mit Inkrafttreten des EEG 2012 zum 1. Januar 2012 die besondere Regelung zur Anlagenzusammenfassung in § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012:

„Abweichend von Satz 1 gelten mehrere Anlagen unabhängig von den Eigentumsverhältnissen und ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage, wenn sie Strom aus Biogas mit Ausnahme von Biomethan erzeugen und das Biogas aus derselben Biogaserzeugungsanlage stammt.“

63 Somit gelten ab dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommene BHKW, die nicht bereits nach dem Anlagenbegriff gemäß § 3 Nr. 1 EEG 2012 Bestandteil derselben Biogasanlage sind, ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator immer als eine Anlage, sofern das Biogas aus derselben Biogaserzeugungsanlage stammt. Dies gilt auch und insbesondere für Satellitenanlagen.⁷⁸

ist die Clearingstelle EEG bekannt, dass bspw. etliche Netzbetreiber und der BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. als Interessenvertreter der Netzbetreiber diese Grenze nicht anerkennen. Zur methodischen Fragwürdigkeit der 500-m-Grenze zur Bestimmung der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ s. a. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 14.04.2009 – 2008/49, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/49>, Nr. 4 b) und S. 44 ff.

⁷⁶Schlagwort „Nähe“, in: *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), *Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts*, Version 0.4.23, abrufbar unter <http://www.dwds.de/?qu=nähe>; zuletzt abgerufen am 22.05.2014.

⁷⁷Ähnlich im Ergebnis *Loibl*, ZNER 2014, 152, 154, der bei Anlagen im bauplanungsrechtlichen Außenbereich andere Maßstäbe anlegen will als bei Anlagen in einem Gewerbegebiet.

⁷⁸*Ekarde/Hennig*, in: *Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 12; *Oschmann*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 4. Aufl. 2013, § 19 Rn. 51; *BDEW*, *Umsetzungshilfe zum EEG 2012: Empfehlungen für Netzbetreiber zur Umsetzung des*

4 Versetzen von Anlagen – Verfahrensfrage 1.

4.1 „Mitnahme“ des Inbetriebnahmedatums

4.1.1 Inbetriebnahme beim Versetzen einer Anlage *ohne* Zubau und Austausch

- 64 Das Versetzen jedenfalls einer vollständigen Anlage lässt ihr Inbetriebnahmedatum unberührt. Dies gilt sowohl unter dem EEG 2009, dem EEG 2012 in der bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung (dazu Rn. 68 ff.) als auch unter dem EEG 2012 in der seit dem 1. April 2012 geltenden Fassung (dazu Rn. 71 ff.).
- 65 Eine Anlage wird „vollständig“ versetzt, wenn grundsätzlich alle im Rechtssinne zur Anlage gehörenden Komponenten versetzt werden (zur Abgrenzung von Anlagenbestandteilen und rechtlich nicht zur Anlage gehörenden Komponenten s. Abschnitt 3.2).
- 66 Verbleiben beim Versetzen in geringfügigem Umfang einzelne Bestandteile der Anlage am alten Betriebsort, so gilt dies auch als „vollständiges“ Versetzen (dazu Abschnitt 4.2).
- 67 Werden gebrauchte Anlagen in den räumlichen Geltungsbereich des EEG hinein versetzt, so ist ihr Inbetriebnahmedatum nach den Regelungen des EEG zu bestimmen; dieses Datum bleibt wie bei inländisch in Betrieb genommenen Anlagen durch das Versetzen grundsätzlich unberührt (dazu Abschnitt 4.3).
- 68 § 3 Nr. 5 EEG 2009, § 3 Nr. 5 Teilsatz 1 EEG 2012 (bis 03/2012) Bereits aus dem Wortlaut von § 3 Nr. 5 EEG 2009, § 3 Nr. 5 Teilsatz 1 EEG 2012 (in der bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung) ergibt sich, dass es für die Bestimmung der Inbetriebnahme unerheblich ist, ob eine Anlage nach der Inbetriebnahme an einen anderen Ort versetzt wird. Weder ist die Inbetriebnahmedefinition an einen bestimmten Standort geknüpft,⁷⁹ noch ändert der Versetzungsvorgang etwas daran, dass die Anlage (oder ihr Generator) bereits vor dem Versetzen „erstmalig“ in Betrieb gesetzt worden ist. Einer weiteren Auslegung bedarf es angesichts des insoweit eindeutigen

Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz - EEG) und der damit verbundenen Verordnungen, 16. Mai 2013, abrufbar unter <http://tinyurl.com/pb4bfao>, S. 45.

⁷⁹Anderer Ansicht *vdP*, Stellungnahme S. 3. – Wie hier: *BMU*, Stellungnahme S. 4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>; *FvB*, Stellungnahme S. 15 f.; *BMELV*, Stellungnahme S. 1; *renergie*, Stellungnahme S. 1 f., alle abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>; *Reshöft*, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Handkommentar, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 53; *Oschmann*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 86; *Ekardt*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 1. Aufl. 2009, § 3 Rn. 46.

Wortlautes nicht.

- 69 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass dieser Wortlautbefund sich mit den Gesetzgebungsmaterialien zu § 3 Nr. 5 EEG 2009 deckt:⁸⁰

„Unerheblich für die Bestimmung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme ist, ob die Anlage zu einem späteren Zeitpunkt an einen anderen Ort versetzt wird. Für die Dauer und Höhe des Vergütungsanspruchs ist auch nach einer Versetzung das Datum der erstmaligen Inbetriebnahme maßgeblich.“⁸¹

- 70 Auch die Systematik und Sinn und Zweck des EEG sprechen für dieses Ergebnis, denn die Annahme einer neuen Inbetriebnahme allein infolge des Versetzens der Anlage an einen anderen Ort hätte zur Folge, dass der Vergütungszeitraum erneut beginnen würde (§ 21 Abs. 2 Satz 3 EEG 2009, § 21 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012), obwohl das bloße Versetzen nicht als eine der Anlagenneuerstellung gleichwertige Investition zu werten ist.⁸² Zudem könnte der Vergütungsanspruch durch das fortwährende Versetzen weit über den gesetzlich vorgesehenen Zeitraum von 20 Jahren verlängert werden, was dem Grundprinzip des befristeten gesetzlichen Vergütungsanspruches (§ 21 Abs. 2 Satz 1 EEG 2009 / EEG 2012) widerspricht.⁸³

- 71 § 3 Nr. 5 Teilsätze 1 und 2 EEG 2012 (ab 04/2012) Die Rechtslage hat sich durch die Änderung von § 3 Nr. 5 EEG 2012 zum 1. April 2012 nicht geändert.⁸⁴

- 72 Dies ergibt sich bereits aus dem **Wortlaut**: § 3 Nr. 5 EEG 2012 regelt in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung, dass „die technische Betriebsbereitschaft“ erst gegeben ist, wenn „die Anlage fest an dem für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort ... installiert wurde.“ Die Ortsfestigkeit der Installation ist somit eine *Voraussetzung* der Inbetriebnahme; hieraus kann jedoch nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass eine nach der Inbetriebnahme folgende Aufhebung der Ortsfestigkeit nebst Versetzen an einen anderen Ort die einmal erfolgte Inbetriebnahme und deren

⁸⁰Vgl. *FvB*, Stellungnahme S. 15, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>.

⁸¹BT-Drs. 16/8148, S. 39.

⁸²*Ekaradt/Hennig*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 103. Ähnlich *FvB*, Stellungnahme S. 16, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, wonach es im Widerspruch zur Abschaffung der Modernisierungsregelung stünde, wenn durch das bloße Versetzen eine Neuinbetriebnahme erreicht werden könnte.

⁸³Vgl. zur ähnlichen Problematik beim Versetzen von PV-Modulen: *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 31.01.2013 – 2012/21, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2012/21>.

⁸⁴So auch *FvB*, Stellungnahme S. 15 f.; a. A. *vdp*, Stellungnahme S. 3 f., beide abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>.

Rechtswirkungen „aufhebt“ und eine neuerliche Inbetriebnahme an dem anderen Ort ermöglicht. Denn nach der Inbetriebnahmedefinition kann es nur eine, nämlich die erstmalige Inbetriebnahme geben;⁸⁵ ist eine Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft aber einmal in Betrieb genommen, so ändert sich daran durch nachfolgende Änderungen ihrer Betriebsbereitschaft – wie sie auch bei einer langwierigen Reparatur eintreten kann – grundsätzlich nichts.

- 73 Keine Stütze im Gesetz findet daher auch die Annahme, dass eine das Inbetriebnahmedatum wahrende Versetzung *allein dann* anzunehmen sei,⁸⁶ wenn eine Anlage von vornherein für den mobilen Betrieb vorgesehen wurde und es daher keinen „für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort“ gibt.⁸⁷
- 74 Die grundsätzliche Möglichkeit einer das Inbetriebnahmedatum wahrenden Versetzung entspricht auch dem vom Gesetzgeber verfolgten **Sinn und Zweck** der Regelung, der in den Gesetzesmaterialien wie folgt Ausdruck gefunden hat:

„Ändert sich dieser Ort nach der Installation der Anlage entgegen den ursprünglichen Plänen (also *ex post*), hat dies keinen Einfluss auf den Inbetriebnahmezeitpunkt ...“⁸⁸

- 75 Jedenfalls bei nicht von vornherein geplanten späteren Versetzungen nimmt der Gesetzgeber damit eine Wahrung des Inbetriebnahmedatums an.
- 76 Hingegen kommt es nach dem Willen des Gesetzgebers des EEG 2012 in der seit April 2012 geltenden Fassung erst *nach* dem Versetzen zur Inbetriebnahme, wenn das (einmalige) Versetzen der Anlage bereits von Anfang an geplant war, um das Kriterium der ortsfesten Installation zu umgehen und einen unter Vergütungsgesichts-

⁸⁵Vgl. *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter* (Hrsg.), *Biogasanlagen im EEG 2009*, 3. Aufl. 2013, S. 125 (Rn. 16).

⁸⁶So aber *vdp*, Stellungnahme S. 4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeq.de/empfv/2012/19>.

⁸⁷Unter welchen Voraussetzungen eine Anlage, die von vornherein für den „mobilen“ Betrieb – also für das wiederholte Auf- und Abbauen sowie Versetzen an verschiedenen Standorten – vorgesehen ist, i. S. d. § 3 Nr. 5 EEG 2012 (ab 04/2012) fest an dem „für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen“ Ort installiert und damit erstmals in Betrieb gesetzt werden kann, und wann das Versetzen einer solcher Anlagen zu (k)einer Neuinbetriebnahme führt, kann in dieser Empfehlung nicht abschließend geklärt werden. Der Clearingstelle EEG ist u. a. bekannt, dass BHKW für Deponiegasanlagen je nach Deponiegasaufkommen temporär eingesetzt werden, bis die gesunkene verstromungsfähige Gasmenge den Einsatz kleinerer BHKW erfordert. Jedenfalls in diesen Fällen dürfte nach Sinn und Zweck des Gesetzes eine Inbetriebnahme und damit Vergütungsfähigkeit – und auch keine erneute Inbetriebnahme bei Versetzen – anzunehmen sein, da andernfalls die Vorschriften zur Vergütung für Deponiegasanlagen leerlaufen. Vgl. auch BT-Drs. 17/8877, S. 17: „Dauerhaft ist ein Zeitraum, der über wenige Monate hinaus geht und mindestens einen Zeitraum von einem Jahr erfasst.“

⁸⁸BT-Drs. 17/8877, S. 17.

punkten günstigeren Inbetriebnahmezeitpunkt herbeizuführen. Unter welchen Voraussetzungen dies angenommen werden kann, ist nicht in dieser Empfehlung zu klären.

4.1.2 Inbetriebnahmedatum beim Zusammentreffen von Versetzen und Austausch ohne Zubau

- 77 Nicht Gegenstand der gegenwärtig beim *BGH* anhängigen Revisionsverfahren⁸⁹ ist die Frage, wie die Inbetriebnahme zu bestimmen ist, wenn wesentliche Anlagenbestandteile aus einer Anlage ausgebaut, als solche funktional ersetzt *und* diese Bestandteile in Gänze an einen anderen Standort versetzt und dort weiterbetrieben werden, ohne Teil einer anderen Anlage zu werden (kein Zubau).⁹⁰ Ein solches Zusammenfallen von Austausch und Versetzen liegt bspw. vor, wenn ein 2006 in A in Betrieb genommenes „Vor-Ort“-BHKW im Jahr 2010 versetzt und in B weiterbetrieben wird, während zugleich in A ein anderes BHKW eingebaut wird und die Funktion des ursprünglichen BHKW übernimmt und mit dem Bestandsfermenter betrieben wird, mithin das ursprüngliche BHKW ersetzt. In derartigen Fällen lässt das EEG die „Verdoppelung“ einer Anlage bzw. von deren Inbetriebnahmezeitpunkt nicht zu, die Austauschregelung entfaltet in diesem Fall eine „Sperrwirkung“ gegen die „Verdoppelung“ von Inbetriebnahmezeitpunkten. Dies ergibt sich aus den folgenden Erwägungen:
- 78 Wird das BHKW am Standort A ersetzt, so gilt gemäß der Austauschregelung, dass sich die Inbetriebnahme der „Vor-Ort“-Anlage in A nicht ändert, weil mit dem (Bestands-)Fermenter ein Teil der Anlage erhalten geblieben und mit dem BHKW „lediglich“ ein anderer Teil der Anlage ausgetauscht worden ist. Das nach B versetzte BHKW könnte, jedenfalls wenn es nicht an einen Fermenter angeschlossen werden muss,⁹¹ seinerseits als Anlage betrachtet werden, welche „ihr“ Inbetriebnahmedatum (2006) mitnehmen und am Standort B fortführen könnte. Sowohl die Anlage am alten als auch die am neuen Standort hätten dann das gleiche Inbetriebnahmedatum (2006), obwohl es sich faktisch um zwei verschiedene Installationen handelt.

⁸⁹Az. VIII ZR 325/13, s. <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2417>; Az. VIII ZR 110/14, s. <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2563>.

⁹⁰Das heißt, die Anlagenbestandteile werden entweder an einen neuen Standort (an dem es noch keine Anlage gibt) versetzt oder sie werden zwar an den Standort einer bestehenden Anlage versetzt, dort aber *nicht* mit der bestehenden Anlage zu einer Gesamtanlage „verklammert“. Zum Zubau eines BHKW zu einer bestehenden Anlage *mit* Verklammerung s. Abschnitte 4.1.3 und 7.

⁹¹Zum Beispiel weil es bilanziell aus dem Gasnetz entnommenes Biomethan verstromt.

- 79 Aus systematischen und teleologischen Gründen kommt eine solche „klonale Vermehrung“ eines Inbetriebnahmezeitpunktes nicht in Betracht.⁹² Denn § 3 Nr. 1 und 5 EEG 2009 / EEG 2012 bezwecken, dass jeder Anlage genau *ein* Inbetriebnahmedatum und ein „individueller“, sich aus dem jeweiligen Inbetriebnahmedatum ergebender Vergütungsanspruch zugewiesen wird, welche nicht beliebig „vermehrt“ werden können.
- 80 Eine solche „Vermehrung“ des Inbetriebnahmezeitpunktes entstünde rechtlich gesehen durch eine Kollision zwischen der Inbetriebnahmedefinition und der Austauschregelung. Der Fortbestand einer einmal erfolgten Inbetriebnahme ist nicht an den Standort der ursprünglichen Inbetriebsetzung gebunden. Zwar regelt § 3 Nr. 5 Teilsatz 2 EEG 2012 nunmehr, dass zur Inbetriebnahme die Anlage „fest an dem für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort ... installiert wurde“.⁹³ Dies betrifft aber allein die Frage, ob die der Inbetriebnahme vorausgehende Betriebsbereitschaft vorliegt (vgl. Rn. 72). Es ist damit weder dem Wortlaut nach ausgedrückt noch vom Gesetzgeber gewollt, dass bei der Entfernung der Anlage von diesem Ort die Inbetriebnahme wieder entfällt und somit eine Anlage durch bloßes Versetzen beliebig oft in Betrieb genommen werden kann. Im Ergebnis kann eine Anlage beim Versetzen also grundsätzlich ihre Inbetriebnahme mit sich nehmen. Die Austauschregelung hingegen bewirkt, dass eine „Vor-Ort“-Anlage auch dann ihr Inbetriebnahmedatum behält, wenn das BHKW ausgetauscht wird, ohne den Sonderfall zu regeln, dass das ausgetauschte BHKW versetzt und weiterbetrieben wird. Diese Kollision ist dahingehend aufzulösen, dass die Austauschregelung eine „Sperrwirkung“ entfaltet: Immer dann, wenn bei einer Anlage, die aus mehr als der Erzeugungseinheit besteht, insbesondere im Falle eines BHKW mit Fermenter, „nur“ das BHKW ausgetauscht wird, bleibt aufgrund der Austauschregelung das Inbetriebnahmedatum nur am Standort des Austauschvorganges bestehen. Das ausgetauschte und versetzte BHKW ist an seinem neuen Standort als neu in Betrieb genommen anzusehen, wenn die übrigen Voraussetzungen der Inbetriebnahmedefinition vorliegen. Die Definition der Inbetriebnahme ist folglich teleologisch und systematisch im Lichte der Austauschregelung so auszulegen und anzuwenden, dass im Falle des Zusammentreffens von Austausch und Versetzen die Betriebsbereitschaft am neuen Standort neu hergestellt wird und insoweit eine neue Inbetriebsetzung nach dem Versetzen zu einer neuen Inbetriebnahme führt. Denn andernfalls würden die Austauschrege-

⁹² Anderer Ansicht Koch, in: Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG 2009, 3. Aufl. 2013, S. 109 Rn. 56.

⁹³ Auslassungen nicht im Original.

lung und die Inbetriebnahmedefinition entgegen ihrem Sinn und Zweck den Fortbestand der Inbetriebnahme nicht nur für die Anlage bewirken, bei der Anlagenteile ausgetauscht worden sind, sondern auch für eine andere, funktional betrachtet neu geschaffene Anlage.

- 81 Die Sperrwirkung ist auch logisch einleuchtend, denn wenn man etwas Unteilbares (das einem BHKW anhaftende Inbetriebnahmedatum)⁹⁴ mitnimmt, kann es nicht mehr am alten Standort vorhanden sein. Wenn aber das Inbetriebnahmedatum dort verbleibt, kann es nicht vom BHKW an den neuen Standort mitgenommen werden.
- 82 Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass hierdurch Vergütungszeiträume über das gesetzliche Maß hinaus verlängert würden: Zwar beginnt für das versetzte BHKW (in B) aufgrund der Inbetriebnahme nach der neuerlich herbeigeführten Betriebsbereitschaft ein neuer 20-jähriger Vergütungszeitraum. Gleichsam im Gegenzug wird jedoch für das ersetzende BHKW (in A) der Vergütungszeitraum insoweit verkürzt, als dort nur noch für die „Restlaufzeit“ des in A bereits laufenden Vergütungszeitraums Vergütungen beansprucht werden können. Im Ergebnis ist der kumulierte garantierte Vergütungszeitraum des ersetzten und des ersetzenden BHKW stets kleiner oder gleich 40 Jahre zzgl. der Inbetriebnahmejahre beider BHKW.⁹⁵
- 83 Die Sperrwirkung kann von vornherein nicht eintreten, wenn das BHKW oder Teile davon lediglich „entfernt“ oder „ausgebaut“ und nicht zugleich „ersetzt“ werden, weil dann auch kein Fall der Austauschregelung vorliegt. Wird im Beispielfall (Rn. 77) das BHKW in A ausgebaut, ohne ersetzt zu werden, so kann die Austauschregelung für den verbleibenden Rest der nicht weiter betriebenen Installation in A nicht angewendet werden; das Problem der „Vermehrung“ des Inbetriebnahmedatums kann sich dann nicht ergeben.
- 84 Zu beachten ist, dass die Austauschregelung und damit auch ihre Sperrwirkung grundsätzlich nicht verfällt. Wenn also im Beispielfall (Rn. 77) das Ersetzen in A erst ein Jahr nach dem Versetzen erfolgt, so fällt dieser Vorgang grundsätzlich gleichwohl unter die Austauschregelung. Ein langer Zeitraum zwischen Ausbau und Ersetzen kann jedoch ein Indiz dafür sein, dass es sich bei funktionaler Betrachtung nicht um einen Austausch, sondern um die Herstellung einer neuen Anlage handelt (vgl. zur Abgrenzung zwischen Austausch und Inbetriebnahme insbesondere Abschnitt 6.4).

⁹⁴Dass die Inbetriebnahme als Eigenschaftsmerkmal einer Anlage unteilbar ist, wird als gegeben vorausgesetzt.

⁹⁵Vgl. für den ähnlichen Fall des Ver- und Ersetzens von PV-Modulen *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 21.05.2013 – 2013/16, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2013/16>, Rn. 32 f.

- 85 Eine Neuinbetriebnahme und kein Austausch kann auch dann vorliegen, wenn verbleibende Komponenten nach dem Versetzen oder dem Außerbetriebsetzen konstitutiver Anlagenteile für ein gänzlich neues Anlagenbetriebskonzept funktional anders genutzt werden, als es dem ursprünglichen Anlagenkonzept entsprach.⁹⁶ Dies kann bspw. der Fall sein, wenn lediglich einzelne, insbesondere geringwertige (s. dazu Abschnitt 4.2) Komponenten weitergenutzt werden. Hierbei ist es eine Frage des Einzelfalles, ob es sich bei wertender Betrachtung um eine Anlage handelt, die rechtlich so zu behandeln ist wie eine Neuanlage, zu deren Herstellung zuvor andernorts gebrauchte Teile verwendet worden sind,⁹⁷ oder ob funktional die alte Anlage letztlich nur vorübergehend stillgelegt worden ist und nunmehr durch den Austausch von Anlagenteilen modernisiert und reaktiviert wird.
- 86 Zu beachten ist, dass von vornherein kein Fall der Austauschregelung gegeben ist (und damit auch keine Sperrwirkung eintritt), wenn das nach B versetzte BHKW am Standort A als solches die Anlage darstellte (wie bspw. bei einem Biomethan-BHKW möglich). Denn der Austausch der vollständigen Anlage führt am alten Standort für die dort neu in Betrieb zu nehmende Anlage grundsätzlich zu einer neuen Inbetriebnahme, s. Abschnitt 6.⁹⁸

4.1.3 Inbetriebnahmedatum beim Zusammentreffen von Versetzen und Zubau

- 87 Die Rechtsfolgen, die sich für die Bestimmung der Inbetriebnahme und für die Vergütungsberechnung ergeben, wenn eine Anlage versetzt und zu einer bereits bestehenden Anlage hinzugebaut wird, werden in Abschnitt 7 ausgeführt.

4.1.4 Sonderfall: Inbetriebnahmedatum beim Versetzen eines BHKW

- 88 Wird ein BHKW vollständig versetzt, so behält es „sein“ Inbetriebnahmedatum nur unter folgenden Voraussetzungen:

- Nach dem Versetzen ist das BHKW als solches die Anlage (Identität zwischen BHKW und Anlage, s. Rn. 89 ff.), das heißt, das BHKW wird nach dem Verset-

⁹⁶Ähnlich *FvB*, Stellungnahme S. 18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>: Werde die Anlage soweit „zerschlagen“, dass keine Anlage mehr vorliege, so handele es sich auch nicht um einen Anwendungsfall der Austauschregelung.

⁹⁷In diesem Fall hat die Verwendung der gebrauchten Einzelteile keinen Einfluss auf die Bestimmung der Inbetriebnahme, s. Abschnitt 5.

⁹⁸Es sei denn, das austauschende BHKW führt seinerseits ein Inbetriebnahmedatum mit sich.

zen *nicht* an einen Fermenter oder an eine ähnliche, für die Anlageneigenschaft konstitutive Einrichtung zur Gewinnung und Aufbereitung des Energieträgers angeschlossen (näher Rn. 91),

- das BHKW wird am alten Standort *nicht* (im Sinne der Austauschregelung) ausgetauscht („Sperrwirkung“, s. Abschnitt 4.1.2) und
- das BHKW wird nach dem Versetzen nicht zu einer bereits in Betrieb genommenen Anlage hinzugebaut (Anlagenerweiterung, s. Abschnitt 7.1).

89 **Identität von Anlage und BHKW** Aus dem Grundsatz, dass stets nur eine vollständige Anlage ein Inbetriebnahmedatum hat und folglich auch nur einer vollständigen Anlage, nicht aber einzelnen Anlagenteilen das Inbetriebnahmedatum „anhftet“, ergäbe sich, dass ein BHKW, wenn es als bloßer Anlagenbestandteil betrachtet wird, kein Inbetriebnahmedatum mit sich führen kann. Die Frage, ob es sich beim BHKW um die ganze Anlage oder nur um einen Anlagenbestandteil handelt, kann jedoch je nach eingenommener Perspektive unterschiedlich beantwortet werden: Wird ein BHKW aus einer „Vor-Ort“-Anlage herausgelöst, versetzt und andernorts als Biomethananlage (weiter-)betrieben, so ist das BHKW aus der Perspektive seines ursprünglichen Standortes lediglich ein Anlagenbestandteil und damit nicht Träger eines Inbetriebnahmedatums. Aus der Perspektive des neuen Standortes verkörpert das BHKW jedoch die Anlage. Die erstgenannte, vom ursprünglichen Standort ausgehende Perspektive ist jedoch hier nicht maßgeblich, weil weder der Anlagenbegriff noch der Fortbestand der Inbetriebnahme nach dem EEG standortgebunden sind (Rn. 68 ff.). Dies ergibt sich aus der systematischen Zusammenschau von Regelungen des EEG, denen ausdrücklich oder implizit zu Grunde liegt, dass eine Anlage versetzt wird und am neuen Standort ihr Inbetriebnahmedatum fortführen kann:

- § 30 Abs. 2 EEG 2012 regelt, dass im Zuge des Repowerings von Windenergieanlagen ersetzte Anlagen außer Betrieb gesetzt werden müssen und ihren Vergütungsanspruch endgültig verlieren. Daraus folgt, dass die ersetzte Windenergieanlage weder versetzt und unter Wahrung ihres Inbetriebnahmedatums weiterbetrieben werden könnte,⁹⁹ noch versetzt und anschließend neu in Betrieb genommen werden könnte; beide Möglichkeiten werden vom Gesetzgeber durch § 30 Abs. 2 EEG 2012 unterbunden.

⁹⁹Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Versetzen der *ganzen* Windenergieanlage überhaupt möglich ist, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

- Ähnliches gilt für § 32 Abs. 5 Satz 2 EEG 2012, wonach der Vergütungsanspruch für PV-Module, die unter den Voraussetzungen des § 32 Abs. 5 Satz 1 EEG 2012 ersetzt worden sind, endgültig entfällt.
- Das Versetzen von PV-Modulen lässt den Inbetriebnahmezeitpunkt der Module generell unberührt.¹⁰⁰

90 Die Identität von Anlage und BHKW ist nach dem Versetzen allein eines BHKW, das für sich genommen am neuen Standort eine Anlage ist, auch dann gegeben, wenn das BHKW aus einer Vor-Ort-Anlage, die aus *mehreren* BHKW besteht, herausgelöst und diese Vor-Ort-Anlage mit dem (oder den) verbleibenden BHKW weiterbetrieben wird. Zwar führt dies faktisch zu einer vom Gesetz grundsätzlich nicht gebilligten Vermehrung von Anlagen mit demselben Inbetriebnahmedatum. Die Clearingstelle EEG sieht aber keine mit dem Anlagenbegriff und der Inbetriebnahmedefinition konsistente Möglichkeit, dem entgegenzutreten. Denn zum einen kommt, solange bei der Vor-Ort-Anlage kein Austausch des BHKW erfolgt, die „Sperrwirkung“ der Austauschregelung (s. Abschnitt 4.1.2) nicht zum Tragen. Einer „Mitnahme“ des Inbetriebnahmezeitpunkts, welcher der Vor-Ort-Anlage eigen ist, an den neuen Standort des BHKW ließe sich zum anderen zwar entgegenhalten, dass die Inbetriebnahme an sich etwas unteilbares sei, welches nur an den neuen Standort mitgenommen werden könne, wenn die Vor-Ort-Anlage am alten Standort untergehe; doch hieße dies, der Inbetriebnahmedefinition eine Standortbindung beizumessen, die das Gesetz nicht vorsieht (vgl. Rn. 80). Zudem würde sich die Frage stellen, ob mit dem Untergang der Anlage nicht auch deren Inbetriebnahme „untergehen“ müsste. Die Clearingstelle EEG regt vor diesem Hintergrund an, die Fragen, die sich aus der standort- und energieträgeroffenen Inbetriebnahmedefinition und dem Umstand, dass ein BHKW je nach Standort und Energieträger Anlage *oder* Anlagenbestandteil sein kann, ergeben, gesetzlich zu regeln.

91 Eine Identität von BHKW und Anlage ist indes dann nicht gegeben, wenn das BHKW am neuen Standort an einen *neuen*¹⁰¹ Fermenter o. ä. angeschlossen wird. Denn nach der Rechtsprechung des *BGH* ist die Verbindung zwischen BHKW und Fermenter

¹⁰⁰Clearingstelle EEG, Hinweis v. 31.01.2013 – 2012/21, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2012/21>.

¹⁰¹Handelt es sich um einen Fermenter, an den bereits ein BHKW₁ angeschlossen war, welches durch das versetzte BHKW₂ ersetzt wird, so gilt die Austauschregelung, d. h. der bestehende Fermenter überträgt als Teil der fortbestehenden Biogasanlage deren Inbetriebnahmedatum auf das zum Fermenter versetzte BHKW₂.

konstitutiv für die Existenz einer Biogasanlage¹⁰² und die Existenz einer Anlage Voraussetzung für deren Inbetriebnahme.¹⁰³ An diese höchstrichterlichen Entscheidungen ist die Clearingstelle EEG gebunden, auch wenn der Wortlaut der Inbetriebnahmedefinition eine andere Auslegung jedenfalls ab dem Inkrafttreten des EEG 2009 nahelegen scheint.¹⁰⁴ Daraus ergibt sich, dass durch die Verbindung von Fermenter und BHKW eine im Rechtssinne *neue* Anlage geschaffen wird, die gemäß der Inbetriebnahmedefinition am neuen Standort erstmals in Betrieb gesetzt wird.

- 92 **„Sperrwirkung“** Das BHKW kann indes das Inbetriebnahmedatum nicht „mitnehmen“, wenn durch die Mitnahme des Inbetriebnahmezeitpunkts eine „Verdoppelung“ des Inbetriebnahmedatums der Ursprungsanlage bewirkt würde (s. Abschnitt 4.1.2).
- 93 **Anlagenerweiterung** Weiter verliert ein BHKW das ursprüngliche Inbetriebnahmedatum, wenn es nach dem Versetzen einer bereits in Betrieb genommenen Anlage hinzugebaut und mit dieser „verklammert“ wird (sog. Anlagenerweiterung). Denn in diesem Fall ist für die gesamte Installation das Inbetriebnahmedatum der Ursprungsanlage am neuen Standort maßgeblich (s. Abschnitt 7).

4.2 Geringfügigkeitsgrenze

- 94 Das Gesetz regelt nicht, ob die Anlage ihr Inbetriebnahmedatum auch dann behält, wenn zwar viele oder technisch wichtige Anlagenkomponenten versetzt werden, zahlenmäßig oder technisch betrachtet geringfügige Anlagenbestandteile aber am alten Standort verbleiben. Es liegt auf der Hand, dass es für den Fortbestand der Anlage mitsamt Inbetriebnahmedatum rechtlich unerheblich ist, wenn am Standort

¹⁰²BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Rn. 21, 54. – Eine Ausnahme gilt für sog. Satelliten-BHKW, s. BGH, a. a. O., Rn. 50; s. a. Abschnitt 3.3.

¹⁰³BGH, Urt. v. 21.05.2008 – VIII ZR 308/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/400>, Rn. 15 f.; fortgeführt in BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Rn. 21 und 54.

¹⁰⁴Vgl. auch Clearingstelle EEG, Votum v. 13.04.2010 – 2009/26, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2009/26>: Bei der Umstellung von Erdöl auf Pflanzenöl oder von Erdgas auf Biomethan ist die Rechtslage anders, da dort kein Fermenter angeschlossen sein muss, um von einer Anlage im Sinne des EEG auszugehen.

der Anlage lediglich „ein paar Schrauben“ verbleiben.¹⁰⁵ Wo jedoch genau die Grenze zu ziehen ist zwischen einem im Rechtssinne vollständigen Versetzen der Anlage – mit der Folge, dass das Inbetriebnahmedatum an den neuen Standort mitgenommen werden kann – und einem bloßen Austausch im Sinne der Austauschregelung, kann in dieser Empfehlung nicht abstrakt geklärt werden. Dies ist im Einzelfall zu prüfen.¹⁰⁶

4.3 Versetzen in den räumlichen Geltungsbereich des EEG hinein

- 95 Werden gebrauchte Anlagen in den Geltungsbereich des Gesetzes (§ 2 Nr. 1 EEG 2009/EEG 2012) importiert, so gelten auch für diese die Begriffsbestimmungen des § 3 EEG 2009/EEG 2012. Zwar kann der Anschluss von Anlagen und die Vergütung des darin erzeugten Stroms erst geltend gemacht werden, wenn sich die Anlagen im Geltungsbereich des Gesetzes befinden.¹⁰⁷ Daraus folgt aber nicht, dass eine importierte Anlage rechtlich gesehen erst existiert und im Sinne des EEG in Betrieb genommen werden kann, wenn sie sich im räumlichen Geltungsbereich des EEG befindet. Weder der Wortlaut noch Sinn und Zweck des EEG legen eine solche Inbetriebnahmefiktion nahe. Ob es sich um den Import einer ganzen Anlage oder nur von Anlagenbestandteilen handelt, ist nach den gleichen Grundsätzen zu entscheiden wie beim Versetzen innerhalb Deutschlands (s. Abschnitte 4 und 5).

4.4 Rechtsfolge des Versetzens der Anlage für am alten Standort verbleibende Komponenten

- 96 Bleiben Komponenten, die im rechtlichen Sinne *nicht* zur Anlage gehören, am alten Standort zurück, so ist dies unbeachtlich.¹⁰⁸ Insbesondere ist die Austauschregelung – und damit deren Sperrwirkung (s. Abschnitt 4.1.2) – nicht einschlägig, wenn die nicht zur Anlage gehörenden Komponenten um (neue oder gebrauchte) Teile er-

¹⁰⁵Gehören die Schrauben zu Komponenten, die *nicht* Anlagenbestandteil sind (s. Abschnitt 3.2, insbes. Rn. 38 f.), so bleiben diese von vornherein außer Betracht; problematisch können nur geringfügige Teile sein, die zur Anlage im Sinne des EEG gehören.

¹⁰⁶Bestehen zwischen Netzbetreibern sowie Anlagenbetreiberinnen und -betreibern insoweit Meinungsverschiedenheiten, so bietet die Clearingstelle EEG zur Klärung schiedsrichterliche Verfahren, Einigungs- oder Votumsverfahren an.

¹⁰⁷BT-Drs. 16/8148, S. 38; BT-Drs. 15/2327, S. 20.

¹⁰⁸Vgl. *FvB*, Stellungnahme S. 3, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>.

gänzt werden.¹⁰⁹ Das Inbetriebnahmedatum dieser Installation ist dann unabhängig von dem früheren, mit der versetzten Anlage „abwandernden“ Inbetriebnahmezeitpunkt zu bestimmen. Wird bspw. eine mobile Biogasanlage mit im Wesentlichen allen im Rechtssinne zur Anlage gehörenden Komponenten abgebaut und versetzt, verbleiben aber am alten Standort der Transformator oder andere nicht zur Anlage gehörende Komponenten, so liegt unter den Voraussetzungen der Inbetriebnahmedefinition eine neue Anlage mit neuer Inbetriebnahme vor, wenn an den Transformator eine neue Biogasanlage angeschlossen wird.

5 Inbetriebnahmezeitpunkt beim Versetzen von Anlagenteilen – Verfahrensfrage 2.

5.1 Keine Mitnahme der Inbetriebnahme durch versetzte Anlagenteile

- 97 Ein einzelnes Anlagenteil (zur Frage, welche Teile zur Anlage gehören und welche nicht, s. Abschnitt 3) ist grundsätzlich keine Anlage und kann daher weder in Betrieb genommen werden noch ein Inbetriebnahmedatum mit sich führen.¹¹⁰ Dies gilt auch für den Generator. Etwas anderes gilt lediglich unter den in Abschnitt 4.1.4 genannten Voraussetzungen für das Versetzen eines BHKW.¹¹¹
- 98 Teilweise wird vertreten, dass ein älterer, bereits an anderer Stelle in Betrieb gesetzter Generator „sein“ Inbetriebnahmedatum auf eine andere Anlage übertrage, wenn der Generator in diese andere Anlage eingebaut wird; der älteste Generator einer Installation soll für das Inbetriebnahmedatum der gesamten Installation maßgeblich sein. Dies folge aus § 3 Nr. 5 EEG 2012, der – anders als § 3 Nr. 5 EEG 2009 – an die erstmalige Inbetriebsetzung des Generators anknüpfe.¹¹² Unerheblich sei, ob alle

¹⁰⁹Vgl. *FvB*, Stellungnahme S. 18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>.

¹¹⁰*BMU*, Stellungnahme S. 4; *FvB*, Stellungnahme S. 17; *BMELV*, Stellungnahme S. 1; *renergie*, Stellungnahme S. 2; alle abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>; *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter* (Hrsg.), *Biogasanlagen im EEG 2009*, 3. Aufl. 2013, S. 122 (Rn. 2 f.).

¹¹¹Zur begrifflichen und technischen Unterscheidung zwischen Generator und BHKW s. Abschnitt 2.2.

¹¹²*BDEW*, Stellungnahme S. 7 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>; so auch schon zum EEG 2009 *Oschmann*, in: *Danner/Theobald, Energierecht*, Band 2, Stand: 64. Ergänzungslfg. August 2009, § 3 Rn. 86: für den Fall des Einbaus eines gebrauchten, zuvor fossil angetriebenen Generators in eine EEG-Anlage, unter Verweis auf BT-Drs. 16/8148, S. 39; ebenso *Ekarde*, in: *Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 1. Aufl. 2009, § 3 Rn. 46: „Zeitpunkt der Inbetriebnahme vor dem Zeitpunkt der Errichtung der Anlage“; eher davon abkehrend

übrigen Anlagenteile erst nach dem 31. Dezember 2011 in Betrieb genommen worden sind, da sowohl § 3 Nr. 5 als auch § 20 Abs. 1 und § 21 Abs. 2 EEG 2012 für die Bestimmung des Inbetriebnahmezeitpunktes der Anlage nicht auf diese Anlagenbestandteile sondern auf den Inbetriebnahmezeitpunkt des Generators abstellen. Dies soll im Wege der Auslegung auch für das Versetzen eines Generators unter Geltung des EEG 2009 der Fall sein, weil das EEG 2012 laut Gesetzesbegründung die bisherige Rechtslage nicht ändere.

99 Dafür, dass für die Bestimmung des Inbetriebnahmezeitpunktes nicht allein die Inbetriebsetzung des ältesten Generators maßgeblich ist, spricht aber der **Wortlaut** von § 3 Nr. 5 Teilsatz 1 EEG 2012: Danach kommt es auf die Inbetriebsetzung des Generators überhaupt erst *nach* Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der in Betrieb zu nehmenden Anlage an.¹¹³ Im Umkehrschluss folgt daraus, dass eine Inbetriebsetzung des Generators *vor* Herstellung dieser technischen Betriebsbereitschaft und damit erst recht vor Existenz der Anlage nicht relevant ist.¹¹⁴ Da der Wortlaut jedoch insoweit nicht eindeutig ist und es auch in Betracht kommt, „die ... Inbetriebsetzung des Generators der Anlage“ zu verstehen als „Inbetriebsetzung des Generators (in) irgendeiner Anlage“, ist die Norm der weiteren Auslegung zugänglich.

100 Die **historische Auslegung** spricht dafür, dass es auf die Inbetriebsetzung des Generators erst *nach* Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der konkreten Anlage ankommt. Denn unter Geltung des EEG 2004 war anerkannt, dass es auf die erstmalige Inbetriebsetzung nach der Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft ankam, wenn nicht der Sonderfall der Anlagenzusammenfassung nach § 3

aber nunmehr *Ekarde/Hennig*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 91 ff., 97 f. und 101 f.; auf die Inbetriebnahme der Anlage, in die der Generator bzw. das BHKW eingebaut wird, stellt auch *BMU*, Stellungnahme S. 5 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, ab.

¹¹³ Ebenso *vdP*, Stellungnahme S. 4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>; *Salje*, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 3 Rn. 157; *Koch*, in: Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG 2009, 3. Aufl. 2013, S. 103 ff. (Rn. 39 ff., insbes. Rn. 43); vgl. auch *Ekarde/Hennig*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 98, die insoweit unzutreffend annehmen, die Clearingstelle EEG vertrete, dass bei der Inbetriebnahme einer Anlage mit einem gebrauchten Generator das diesem „anhafende“ Inbetriebnahmedatum maßgeblich sei; zutreffend ist lediglich, dass die Clearingstelle EEG im Votum vom 13.04.2010 – 2009/26, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2009/26>, davon ausgegangen ist, dass die erstmalige Inbetriebsetzung mit fossilen Einsatzstoffen gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 maßgeblich ist; den Fall der Inbetriebnahme mit einem an anderer Stelle bereits gebrauchten Generator hatte die Clearingstelle EEG bislang nicht zu klären.

¹¹⁴ Vgl. auch *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 25.06.2010 – 2010/1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2010/1>, Rn. 100.

Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 vorlag. Von dieser Rechtslage wollte der Gesetzgeber mit dem EEG 2009 und dem EEG 2012 *nicht* abrücken.¹¹⁵

- 101 Auch der vom Gesetzgeber beabsichtigte **Sinn und Zweck** der Norm spricht für diese Auslegung. So heißt es zunächst in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 3 Nr. 5 EEG 2009:

„Wird z. B. ein Generator zunächst mit Erdgas betrieben und später auf Biogas umgestellt, ist Beginn des 20-jährigen Vergütungszeitraums . . . die erstmalige Inbetriebnahme mit Erdgas. Auch bei Einbau eines Generators in ein Blockheizkraftwerk ist auf die erstmalige Inbetriebnahme des Generators abzustellen und nicht auf die erneute Inbetriebnahme im Blockheizkraftwerk.“¹¹⁶

- 102 Zwar könnte aus dem zweiten Satz gefolgert werden, dass es bei der Bestimmung der Inbetriebnahme isoliert auch auf den Generator ankomme, wenn dieser zu einer bestehenden Anlage hinzugebaut wird.¹¹⁷ Die Ausführungen in der Gesetzentwurfsbegründung sind aber in mehrfacher Hinsicht widersprüchlich, so dass es zweifelhaft erscheint, hieraus belastbare Schlüsse für die Auslegung von § 3 Nr. 5 Teilsatz 1 EEG 2009 / EEG 2012 zu ziehen: Die zitierte Formulierung stößt insoweit auf Bedenken, als sie sich nicht bruchlos mit dem Gesetzestext in Einklang bringen lässt, weil § 3 Nr. 5 EEG 2009 keine *Inbetriebnahme*, sondern lediglich eine *Inbetriebsetzung* des Generators kennt, welche ihrerseits Voraussetzung für die ggf. damit einhergehende Inbetriebnahme der *Anlage* ist. Auch kennt das EEG keine mehrfache oder „erneute“ Inbetriebnahme einer Anlage. Schließlich ist nicht klar, inwiefern überhaupt ein *Generator* mit Erd- oder Biogas betrieben werden kann, denn ein Generator wird mit der kinetischen Energie betrieben, die ihrerseits im Motor oder in der Turbine der Anlage durch die Umwandlung des eingesetzten Energieträgers (also bspw. Erd- oder Biogas) erzeugt wird; eine direkte Umwandlung des Energieträgers in elektrischen Strom innerhalb des Generators findet allein in Brennstoffzellen und PV-Modulen statt. Aus der fraglichen Formulierung entscheidende Schlüsse für die Auslegung des EEG 2012 zu ziehen, erscheint vor diesem Hintergrund eher fragwürdig.

- 103 Hinzu kommt, dass die in Rn. 101 zitierte Passage im Widerspruch zu den Gesetzgebungsmaterialien zu § 3 Nr. 5 EEG 2012 steht. Darin heißt es:

¹¹⁵BT-Drs. 17/6071, S. 61: „Eine Änderung der bisherigen Rechtslage ist hiermit nicht verbunden.“

¹¹⁶BT-Drs. 16/8148, S. 39 f.

¹¹⁷Vgl. BDEW, Stellungnahme S. 7 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>.

„Mit der geänderten Formulierung wird... klargestellt, dass als Zeitpunkt für die Inbetriebnahme der Anlage die erstmalige Inbetriebsetzung der Stromerzeugungseinheit ausschlaggebend sein soll. *Wie bereits nach bisheriger Rechtslage* ist auf den Inbetriebsetzungszeitpunkt der Stromerzeugung nach Herstellung der Betriebsbereitschaft *der Anlage selbst*... abzustellen, diese muss also *insgesamt im Inbetriebnahmezeitpunkt bereits technisch betriebsbereit sein*. Wurde ein... Generator bereits vor Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft *der Anlage* in Betrieb genommen, so gilt auch insoweit erst die erstmalige Inbetriebsetzung des Generators *nach* Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage als Inbetriebnahme...“¹¹⁸

- 104 Die Änderung des Wortlauts soll also nur verhindern, dass bei Biogasanlagen die erstmalige Inbetriebsetzung bspw. des Fermenters oder *anderer* Anlagenbestandteile, welche zwar für die Stromerzeugung erforderlich sind, aber für sich genommen nicht genügen, um Strom zu erzeugen, als maßgeblich angesehen wird oder dass es darüber hinaus entscheidend auf die Inbetriebsetzung *aller* Anlagenteile ankommt.¹¹⁹ Vielmehr genügt die *Betriebsbereitschaft* der Anlage und die erstmalige Stromerzeugung durch den Generator der Anlage. Hingegen hat der Gesetzgeber mit der Neufassung von § 3 Nr. 5 EEG 2012 nicht beabsichtigt, dass ein Generator eine Anlage mit „seinem“ Inbetriebnahmedatum „infiziert“.
- 105 Auch die **Gesetzessystematik** spricht für die hier vertretene Lesart: Denn würde stets der Generator die Inbetriebnahme einer Anlage definieren, dann liefere dies § 21 Abs. 3 EEG 2009 bzw. § 3 Nr. 5 Teilsatz 2 bzw. 3 EEG 2012 immer dann zuwider, wenn in einer Anlage der vorhandene Generator durch einen neu(er)en ersetzt wird. In konsequenter Anwendung der in Rn. 98 dargestellten Ansicht müsste dann nämlich die Inbetriebnahme der Anlage durch das Inbetriebsetzungsdatum des neu(er)en Generators bestimmt werden und die Anlage bekäme entgegen dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck von § 21 Abs. 3 EEG 2009, § 3 Nr. 5 Teilsätze 2 bzw. 3 EEG 2012 ein neu(er)es Inbetriebnahmedatum allein durch den Einbau des neu(er)en Generators; die vom Gesetz mit Abschaffung von § 3 Abs. 4 Teilsätze 2 EEG 2004 missbilligte fortwährende Verlängerung des Vergütungszeitraumes wäre problemlos möglich, indem kontinuierlich der Generator einer Anlage durch einen jüngeren ersetzt wird.

¹¹⁸BT-Drs. 17/6071, S. 61; Auslassungen und Hervorhebungen nicht im Original.

¹¹⁹Salje, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 3 Rn. 157, anders aber *ders.*, ebd., § 21 Rn. 11.

5.2 Inbetriebnahme bei „wanderndem“ Generator

106 Zu beachten ist, dass jedwede Inbetriebnahme die *dauerhafte* technische Betriebsbereitschaft voraussetzt.¹²⁰ Diesem Erfordernis ist dann nicht Genüge getan, wenn eine Anlage für kurze Zeit mit einem Generator lediglich zum Zweck der kurzzeitigen Stromerzeugung in Gang gesetzt wird, und diese Anlage aufgrund der technischen Gegebenheiten mit dem eingesetzten Generator nicht dazu in der Lage wäre, dauerhaft Strom zu erzeugen.¹²¹ Ein Indiz dafür, dass ein Generator lediglich zur Kurzzeit-Inbetriebnahme eingesetzt worden ist, liegt dann vor, wenn dieser Generator kurz nach dem Einsatz in der Anlage wieder ausgebaut und durch einen den technischen Erfordernissen der Anlage entsprechenden bzw. ihrer Dimensionierung angemessenen Generator ersetzt wird. In diesem Fall spricht viel dafür, dass die Inbetriebnahme im Sinne des EEG erst bei der erstmaligen Inbetriebsetzung des den technischen Anforderungen der Anlage entsprechenden Generators erfolgt ist. Ein weiteres Indiz kann vorliegen, wenn die kurzzeitige Inbetriebnahme vor dem Jahreswechsel erfolgte und daher die Vermutung nahe liegt, dass durch eine (vermeintliche) Inbetriebnahme ein Degressionsschritt (vgl. § 20 Abs. 1 und 2 EEG 2012) umgangen werden sollte.¹²² Dies ist freilich stets im Einzelfall zu prüfen.¹²³

¹²⁰Vgl. *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 25.06.2010 – 2010/1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2010/1>, Rn. 81, 104: „Die Anforderungen an die technische Betriebsbereitschaft sind... für die *erstmalige* Inbetriebsetzung nicht geringer (aber auch nicht höher) als für den Dauerbetrieb.“

¹²¹Ähnlich *FvB*, Stellungnahme S. 10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, unter Verweis auf BT-Drs. 17/8877, S. 17 f.

¹²²*BBK*, Stellungnahme S. 3; abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>: Es liege keine Inbetriebnahme vor, wenn die Anlage vom Hersteller oder Verkäufer an vorläufigem Ort in Gang gesetzt wird, nur um dem Käufer eine bestimmte Vergütung zu sichern. – Anm. der Clearingstelle EEG: Gemäß dem Hinweis v. 25.06.2010 – 2010/1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2010/1>, Rn. 52 f. liegt eine wirksame Inbetriebnahme durch Dritte nur dann vor, wenn diese auf Veranlassung der Anlagenbetreiber oder des -betreibers erfolgt.

¹²³Bestehen zwischen Netzbetreibern sowie Anlagenbetreiberinnen und -betreibern insoweit Meinungsverschiedenheiten, so bietet die Clearingstelle EEG zur Klärung schiedsrichterliche Verfahren, Einigungs- oder Votumsverfahren an.

6 Austausch von Anlagen und Anlagenteilen – Verfahrensfrage 3.

- 107 Die Rechtsfolge des § 21 Abs. 3 EEG 2009 / § 3 Nr. 5 Teilsätze 2 bzw. 3 EEG 2012 (d. h. keine neue Inbetriebnahme) tritt nicht ein, wenn die vollständige Anlage ausgetauscht wird. Positiv formuliert: Beim Austausch der vollständigen Anlage im Rechtssinne ist stets von einer neuen Inbetriebnahme auszugehen (s. Abschnitte 6.1 und 6.2). Dies gilt auch dann, wenn in geringfügigem Umfang Anlagenbestandteile der ausgetauschten Anlage weitergenutzt werden (vgl. Abschnitt 4.2 und Rn. 131).
- 108 Wird ein Satelliten-BHKW an seinem bisherigen Standort ausgetauscht, so liegt bei dem an diesem Standort daraufhin installierten BHKW die Inbetriebnahme einer neuen Anlage vor, es sei denn, das austauschende BHKW führt ein Inbetriebnahmedatum mit sich (s. Abschnitt 4.1.4); die Austauschregelung ist jedenfalls nicht anwendbar (s. Abschnitt 6.3).
- 109 Werden mehrere Anlagenbestandteile in mehreren, zeitlich getrennten Schritten („sukzessive“) ausgetauscht, so handelt es sich dem ersten Anschein nach (*prima facie*) um einen Anwendungsfall der Austauschregelung für jeden einzelnen dieser Schritte. Stellen sich jedoch die einzelnen Austauschschritte nachweislich als Teile eines planmäßigen einheitlichen Vorgangs der „sukzessiven Neuinbetriebnahme“ dar und liegen die übrigen Voraussetzungen für eine Inbetriebnahme nach § 3 Nr. 5 Halbsatz 1 EEG 2009 / EEG 2012 vor, so handelt es sich um eine „neue“ Inbetriebnahme (s. Abschnitt 6.4).
- 110 Wird im Zuge des Austausches von Anlagenteilen die installierte Leistung der Anlage erhöht – bspw. durch den Einbau eines leistungsstärkeren Generators –, so gilt auch für den „fiktiven“ Anteil der Anlage, der der Leistungserhöhung zugerechnet werden kann, das „ursprüngliche“ Inbetriebnahmedatum der Anlage fort. § 3 Nr. 5 Teilsatz 1 EEG 2009 / EEG 2012 ist auf den Anteil, der auf die Leistungserhöhung entfällt, nicht analog anwendbar (s. Abschnitt 6.5).

6.1 „Austausch“

- 111 Aus dem Wortlaut der Austauschregelung ergibt sich einerseits unmittelbar, dass diese nicht gilt, wenn Teile der Anlage nur „ausgebaut“ (und ggf. versetzt) werden, ohne zugleich ausgetauscht, d. h. ersetzt zu werden.
- 112 Werden alle Generatoren einer Anlage oder wird ein sonstiger für die Anlageneigenschaft konstitutiver Anlagenbestandteil *endgültig* ausgebaut, so liegt eine – im

EEG nicht ausdrücklich geregelte – Außerbetriebsetzung vor; die verbleibenden Teile haben keine Anlageneigenschaft mehr.¹²⁴ § 21 Abs. 3 EEG 2009 / § 3 Nr. 5 Teilsätze 2 bzw. 3 EEG 2012 ist insoweit nicht mehr anwendbar. Von einem endgültigen Erlöschen der Anlageneigenschaft kann letztlich rechtssicher erst dann ausgegangen werden, wenn eine spätere Reaktivierung der Anlage durch deren physischen Untergang ausgeschlossen ist. Denn andernfalls fällt die Reaktivierung, sofern dabei die ursprünglich ausgebauten Anlagenteile ersetzt werden, grundsätzlich unter die Austauschregelung.¹²⁵

- 113 Die Vorschrift ist andererseits nicht einschlägig, wenn ohne Austauschvorgänge eine bloße Erweiterung der Anlage vorgenommen wird (hierzu s. unten Abschnitt 7).¹²⁶
- 114 Weiter ergibt sich aus dem Wortlaut und aus der Systematik, dass ein Austausch auch dann vorliegt, wenn das ausgetauschte Teil andernorts in einer anderen Anlage weiterverwendet wird. Denn der Gesetzestext verlangt keine „Verschrottung“ oder „Stilllegung“. Der Vergleich mit § 30 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012¹²⁷ zeigt, dass der Gesetzgeber verschärfte Anforderungen an den Austausch stellt, wenn ihm dies erforderlich erscheint; so trifft auch § 32 Abs. 5 Satz 2 EEG 2012 beim Austausch defekter, beschädigter oder gestohlener PV-Module eine besondere Regelung dahingehend, dass der Vergütungsanspruch für die ersetzten PV-Module endgültig entfällt. Da die Austauschregelung von solchen speziellen Vorkehrungen absieht, kann davon ausgegangen werden, dass dergleichen beim die Inbetriebnahme unberührt lassenden Austausch von Anlagenteilen nicht zu verlangen ist.
- 115 Begrifflich erfordert ein „Austausch“ nicht, dass das zu ersetzende Teil unmittelbar an die Stelle des ersetzten tritt, also der Ausbau des Teiles und der Einbau des an seine Stelle tretenden Teils in einem Zuge erfolgen. Vielmehr kann ein Austausch auch dann vorliegen, wenn zunächst Anlagenteile – z. B. ein neuer Motor – der Anlage hinzugefügt und nach einer Übergangszeit alte Anlagenteile – z. B. der alte Motor – ausgebaut werden. Denn objektiv handelt es sich jedenfalls dann um einen Austausch, wenn das hinzugefügte Teil von vornherein dafür vorgesehen ist, funktional

¹²⁴Ähnlich *FvB*, Stellungnahme S. 18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>.

¹²⁵Dabei ist es dem Gesetzgeber selbstredend unbenommen, dies für künftige Austauschvorgänge anders zu regeln. – Nicht stets von § 21 Abs. 3 EEG 2009 / § 3 Nr. 5 Teilsätze 2 bzw. 3 EEG 2012 erfasst sind hingegen Vorgänge, bei denen am Standort der außer Betrieb gesetzten Anlage deren Reste für ein gänzlich neues Anlagenkonzept nachgenutzt werden, s. Rn. 85.

¹²⁶Siehe Begründung zu § 25 EEG 2009-RefE, S. 36; Begründung zu § 21 Abs. 3 EEG 2009-RegE auf BT-Drs. 16/8148, S. 52 f.; beide abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

¹²⁷„Eine Anlage wird ersetzt, wenn sie ... außer Betrieb genommen wurde.“

an die Stelle des ausgewechselten Teils zu treten. Dem Gesetz lässt sich nicht entnehmen, dass ein Austausch nur dann vorliegt, wenn das alte und das neue Teil zu keinem Zeitpunkt gemeinsam verwendet werden.¹²⁸

- 116 Die Rechtsfolgen eines der Austauschregelung unterfallenden Austausches – also das Unberührtbleiben der Inbetriebnahme – erstreckt sich nur auf die Anlage, bei der Teile ausgetauscht worden sind. Welche Folgen das Versetzen der ausgetauschten Teile in andere Anlagen hat, ist anhand der Inbetriebnahmedefinition und ggf. unter getrennter Anwendung der Austauschregelung auf die andere Anlage gesondert zu bestimmen. Für den Fall, dass das ausgetauschte Teil einer bestehenden Anlage hinzugefügt wird, s. Abschnitt 7. Wird die ausgetauschte Komponente Teil einer neu errichteten Anlage, so ist das Inbetriebnahmedatum dieser Anlage gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 / EEG 2012 zu bestimmen; dies gilt auch, wenn es sich bei dem versetzten Teil um den Generator handelt (im Einzelnen s. Abschnitt 5).

6.2 „des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile“

- 117 **Wortlaut** Aus dem Gesetzestext der Austauschregelung folgt, dass „Teile“ der Oberbegriff ist, der Generator dagegen lediglich ein sprachlich hervorgehobenes Anlagenteil darstellt. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass der Austausch einer *Mehrzahl* von technischen und baulichen Teilen inklusive dem Generator zu einer Neuinbetriebnahme führen kann.¹²⁹ Dies gilt jedenfalls dann, wenn die alte Anlage aufhört, physisch zu existieren („Außerbetriebnahme“ oder „Zerschlagung“¹³⁰). Dem Wortlaut lässt sich indes nicht entnehmen, in welchem qualitativen oder quantitativen Umfang der Austausch einer Mehrzahl von Anlagenteilen dazu führt, dass die Austauschregelung nicht mehr anzuwenden ist.
- 118 Der Wortlaut gibt auch keine Antwort auf die Frage, ob die Inbetriebnahme einer neuen Anlage nur dann vorliegt, wenn alle oder eine Mehrheit der Teile der Anlage *in einem Schritt* gesamthaft entfernt und in einem weiteren Schritt gesamthaft durch

¹²⁸Anderer Ansicht *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter* (Hrsg.), *Biogasanlagen im EEG 2009*, 3. Aufl. 2013, S. 123 f. (Rn. 8 ff.), wonach kein Austausch sondern ein Zubau vorliege, wenn die beiden fraglichen BHKW „auch nur eine Sekunde“ nebeneinander laufen.

¹²⁹Anderer Ansicht: *renergie*, Stellungnahme S. 2 f.: auch bei komplettem Austausch gelte altes Inbetriebnahmedatum sowohl für ausgetauschte als auch für Austauschanlage. Wie hier: *BDEW*, Stellungnahme S. 13 ff.; *FvB*, Stellungnahme S. 17 f.; *BMELV*, Stellungnahme S. 1; alle abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>; *Salje*, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 21 Rn. 16.

¹³⁰Vgl. *FvB*, Stellungnahme S. 18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>.

neue Teile ersetzt werden oder ob sich der Austausch der gesamten Anlage über einen ggf. auch längeren Zeitraum erstrecken kann. Werden nämlich die Teile der Anlage sukzessive durch neue Teile ersetzt, so könnte dies mit dem Gesetzeswortlaut entweder eine Neuinbetriebnahme oder ein die Inbetriebnahme unberührt lassender Austauschvorgang sein (hierzu unter Abschnitt 6.4).

- 119 Zur Klärung dieser Fragen bedarf es daher der weiteren Auslegung.
- 120 **Systematik** Aus § 3 Nr. 5 Teilsatz 1 EEG 2009 / EEG 2012 folgt, dass eine (neue) Inbetriebnahme vorliegt, wenn die technische Betriebsbereitschaft der „Anlage“ hergestellt und sie (EEG 2009) bzw. ihr Generator (EEG 2012) erstmals in Betrieb gesetzt worden ist.
- 121 Auch nach dem KWKG¹³¹ in seiner bis zum 18. Juli 2012 geltenden Fassung¹³² lag beim vollständigen Ersetzen einer KWK-Anlage kein Anwendungsfall des § 5 Abs. 1 Satz 2 KWKG 2002 a. F. (Erneuerung einer Bestandsanlage) vor, sondern eine Neuerrichtung nach § 5 Abs. 2 KWKG 2002 a. F.¹³³
- 122 Dies setzt indes den Begriff der Anlage voraus, vermag also nicht die Frage zu beantworten, ob bei einem Austausch von mehreren Teilen eine neu in Betrieb genommene Anlage bereits dann vorliegt, wenn die Teile, die ausgetauscht worden sind, in ihrer Summe die Mindestvoraussetzungen der Anlagendefinition erfüllen.
- 123 Zudem beantwortet das EEG nicht zweifelsfrei die Frage, wann eine Anlage im Rechtssinne nicht mehr existiert. Liegt eine Anlage im Rechtssinne nicht mehr vor, so kann § 21 Abs. 3 EEG 2009/§ 3 Nr. 5 Teilsätze 2 bzw. 3 EEG 2012 von vornherein nicht anzuwenden sein, weil es mangels Anlage auch keinen Austausch von „Teilen“ der Anlage geben kann. Es liegt lediglich auf der Hand, dass die Austauschregelung nicht gilt, wenn eine Anlage vollständig verschrottet und am Standort der alten Anlage eine vollständig neue Anlage errichtet wird.¹³⁴

¹³¹Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz – KWKG) vom 19.03.2002 (BGBl. I S. 1092), in Kraft getreten am 01.04.2002, zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 77 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154).

¹³²Vor Änderung durch das Gesetz zur Änderung des Kraft-Wärmekopplungsgesetzes vom 12.07.2012 (BGBl. I S. 1494), nachfolgend „KWKG 2002 a. F.“.

¹³³So auch *BDEW*, Stellungnahme S. 16, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, unter Bezugnahme auf *VGH Kassel*, Urt. v. 28.11.2007 – 6 UE 1882/06, abrufbar unter <http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/>, Rn. 41.

¹³⁴Ähnlich *FvB*, Stellungnahme S. 17f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>: Da die Austauschregelung auf Teile der Anlage beschränkt sei, greife

124 **Historie** Die historische Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass die „Anlage“ im Sinne der Austauschregelung grundsätzlich alle im Rechtssinne zur konkreten Anlage gehörenden Teile¹³⁵ umfasst.

125 Vor dem Inkrafttreten des EEG 2009 regelte § 3 Abs. 4 Alternative 2 EEG 2004, dass von einer Inbetriebnahme auch dann auszugehen sei, wenn die Anlage erneuert wird,

„... sofern die Kosten der Erneuerung mindestens 50 Prozent der Kosten für die Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen betragen.“¹³⁶

126 Durch die Neuregelung in § 21 Abs. 3 EEG 2009 wurde klargestellt, dass diese Sonderregelung für Neuanlagen nicht mehr gilt.¹³⁷ Historisches Ziel des Gesetzgebers war mithin die Abschaffung der Modernisierungsregelung in § 3 Abs. 4 Alternative 2 EEG 2004 und damit keine „Gewährung“ einer neuen Inbetriebnahme mehr in den Fällen, in denen nur Teile der Anlage erneuert oder anderweitig ersetzt werden.¹³⁸ Zwar war unter Geltung des EEG 2004 nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang eine Anlage erneuert werden musste, um von der 50-%-Regelung Gebrauch machen zu können; aus dem Wortlaut der Modernisierungsregelung, insbesondere aus dem letzten Halbsatz, lässt sich aber ableiten, dass der Gesetzgeber des EEG 2004 nicht nur die Erneuerung bestimmter Bestandteile einer Anlage zum Maßstab erhob, sondern der konkreten Anlage mit allen im jeweiligen Einzelfall im Rechtssinne zugehörigen Anlagenbestandteilen. Bestand also eine Anlage nicht nur aus Motor, Generator und Energieträgerzufuhreinrichtung, so waren bei der Anwendung von § 3 Abs. 4 Alternative 2 EEG 2004 auch die weiteren zur Anlage gehörenden Einrichtungen, bspw. die zur Energieträgeraufbereitung (im Fall einer Biogasanlage: der Fermenter), in die Betrachtung einzubeziehen.¹³⁹

diese im Umkehrschluss nicht beim vollständigen Austausch der Anlage.

¹³⁵Dies umfasst nicht immer alle faktisch in der Anlageninstallation vorhandenen Komponenten, vgl. Abschnitt 3.2.

¹³⁶Vgl. hierzu auch *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 11.06.2011 – 2008/19, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/19>.

¹³⁷Vgl. *Reshöft*, in: *Reshöft* (Hrsg.), *EEG Handkommentar*, 3. Aufl. 2009, § 21 Rn. 25, 28.

¹³⁸BT-Drs. 16/8148, S. 52 (zum EEG 2009); BT-Drs. 17/6071, S. 61 (zum EEG 2012).

¹³⁹Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 11.06.2011 – 2008/19, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/19>, Rn. 105 ff.

127 Der Gesetzgeber des EEG 2009 wollte diese Regelung dahingehend *verschärfen*, dass ein Austausch von Anlagenbestandteilen im Werte von „lediglich“ 50% der Anlagenneukosten nicht mehr für die Annahme einer Neuinbetriebnahme ausreichte.¹⁴⁰ Dies ergibt sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 21 Abs. 3 EEG 2009:

„Die bisherige Regelung, wonach im Fall einer Erneuerung der Anlage zu mindestens 50 Prozent der für eine Neuherstellung erforderlichen Kosten eine Neuinbetriebnahme vorliegt, ist weggefallen. Zum einen erwies sich diese Gleichstellung von Inbetriebnahme und Erneuerung nicht als sachgerecht, da bereits die Erbringung der Hälfte der Investitionskosten zum gleichen Ergebnis – Vergütung in gleicher Höhe für 20 Jahre – geführt hat. Zum anderen besteht für diese Regelung nunmehr kein Bedarf mehr. Insbesondere Biomasseanlagen sollten durch eine Erneuerung die Möglichkeit erhalten, auch die Boni (Technologie- bzw. KWK-Bonus) zusätzlich zur Grundvergütung in Anspruch nehmen zu können. Da für derartige Maßnahmen eine ausreichende Zeitspanne zur Verfügung stand, ist diese Regelung nun entbehrlich.“¹⁴¹

128 Hieraus kann gefolgert werden, dass bei der Anwendung der Austauschregelung die Anlage mit *allen* im Rechtssinne zugehörigen Bestandteilen maßgeblich ist. Andernfalls würde die Intention des Gesetzgebers verfehlt, weil der für eine neue Inbetriebnahme erforderliche Erneuerungsaufwand nicht in jedem Fall erhöht, sondern ggf. sogar abgesenkt würde.

129 **Teleologie** Die nach dem Sinn und Zweck fragende teleologische Auslegung stützt das Ergebnis der historischen Auslegung. Die Regelungen zur Inbetriebnahme – und damit auch § 21 Abs. 3 EEG 2009 – sollen im Wesentlichen zweierlei bewirken: Zum einen wird infolge des gesetzlich definierten Inbetriebnahmejahres der gesetzliche Vergütungssatz eindeutig bestimmt (vgl. § 20 Abs. 1 und 2 EEG 2009 / EEG 2012). Zum anderen werden Beginn und Ende des gesetzlichen Vergütungszeitraums festgelegt (vgl. § 21 Abs. 2 EEG 2009 / EEG 2012). Hierbei ist zu beachten, dass der gesetzliche Vergütungszeitraum nur ein Mal je Anlage in Anspruch genommen werden

¹⁴⁰So auch *FvB*, Stellungnahme S. 18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>.

¹⁴¹BT-Drs. 16/8148, S. 52, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

kann.¹⁴² Aus diesem Leitbild kann abgeleitet werden, dass im Fall der grundlegenden Umgestaltung bestehender Anlagen eine neue Inbetriebnahme und damit der Beginn eines neuen gesetzlichen Vergütungszeitraumes nur dann in Betracht kommt, wenn die Umgestaltung wertungsmäßig der Errichtung einer gänzlich neuen Anlage (im rechtlichen Sinne) an einem neuen Standort ähnelt. Als Bewertungsmaßstab dafür, ob eine Anlagenmodernisierung einer Neuerrichtung gleichzusetzen ist, lassen sich vor dem Hintergrund der Gesetzeshistorie „negativ“ die Investitionskosten heranziehen. Denn es kommt nach der gesetzlichen Neuregelung nicht in Betracht, eine neue Inbetriebnahme und einen neuen Vergütungszeitraum bereits dann zu bejahen, wenn für die Umgestaltung der Anlage Investitionskosten erbracht werden, die lediglich anteilig – bspw. zu 50 % – dem entsprechen, was für eine vergleichbare Neuanlage aufzubringen gewesen wäre.

- 130 Dabei lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, dass bereits ab einem bestimmten, deutlich über 50 % liegenden Schwellenwert von einer neuen Inbetriebnahme ausgegangen werden kann.¹⁴³ Jede prozentuale Festlegung sähe sich dem Vorwurf der Willkür ausgesetzt, auch wenn durchaus gewichtige Argumente der Ressourceneffizienz und der Verhältnismäßigkeit dafür sprechen, eine Anlage auch dann wie eine neue Anlage zu fördern, wenn in sie in geringem Umfang gebrauchte Teile der vorherigen Anlage eingebaut werden.
- 131 Jedoch ist zu beachten, dass nicht alle Teile, die mit der Anlage in einem baulichen oder funktionalen Zusammenhang stehen, Anlagenbestandteile sind (s. Abschnitt 3).¹⁴⁴ In Betracht kommt zudem, bei einer Demontage und Zerlegung einer Anlage in ihre Einzelteile von einer Außerbetriebsetzung (Stilllegung) auszugehen, so dass die Weiternutzung weniger Einzelteile der alten Anlage nicht zur Anwendung der Austauschregelung führt. Insoweit gelten die Überlegungen zur Geringfügigkeitsgrenze (s. Abschnitt 4.2) entsprechend.
- 132 Letztlich ist es eine Frage des Einzelfalles, in welchem Umfang Teile ausgetauscht werden müssen, um von einer vollständigen Ersetzung der Anlage mitsamt Neuinbetriebnahme ausgehen zu können. Die Clearingstelle EEG rät Anlagenbetreiberinnen und -betreibern, im Falle eines geplanten Kompletttausches vorab die Planungen

¹⁴² Ausnahmen hiervon regelt das Gesetz ausdrücklich, bspw. in § 23 Abs. 2 EEG 2009/EEG 2012 für Wasserkraftanlagen.

¹⁴³ Ebenso *FvB*, Stellungnahme S. 18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>. Anderer Ansicht *Thomas/Vollprecht*, ZNER 2012, 334, 339, die ab einem Schwellenwert der Umbaukosten im Umfang von 80 bis 90 % der Kosten einer Neuinvestition eine Neuinbetriebnahme annehmen.

¹⁴⁴ Vgl. auch *FvB*, Stellungnahme S. 3, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>.

und die hieraus folgenden rechtlichen Konsequenzen mit dem zuständigen Netzbetreiber zu besprechen, um nachfolgende Meinungsverschiedenheiten von vornherein zu vermeiden.

6.3 Austausch eines Satelliten-BHKW

133 Wird ein Satelliten-BHKW ausgetauscht, so sind aufgrund der fehlenden gesetzlichen Ausgestaltung dieses Sonderfalls der Anlage verschiedene Rechtsfolgen herleitbar, je nachdem, wo die Grenze zwischen der Satellitenanlage und den übrigen Komponenten gezogen wird:

- In Betracht kommt, den Fermenter grundsätzlich als Teil der Satellitenanlage zu betrachten, von dem „weiten“ Anlagenbegriff aber insoweit eine Ausnahme zu machen, als im Falle des Satelliten-BHKW dieses nicht durch die gemeinsame Fermenternutzung mit dem Vor-Ort-BHKW „verklammert“ wird. Legt man dies zugrunde, so wäre beim Austausch allein des Satelliten-BHKW die Austauschregelung anzuwenden, weil weitere Teile der Anlage, insbesondere der Fermenter und die Mikrogasleitung, bestehen bleiben.
- In Betracht kommt aber auch, rechtlich gesehen den Fermenter zwar nicht als Teil der Satellitenanlage zu betrachten, dies aber für die Mikrogasleitung zu bejahen. Auch bei dieser Betrachtung wäre grundsätzlich die Austauschregelung anzuwenden, weil mit der Gasleitung ein Teil der Anlage bestehen bliebe und mit dem BHKW nur ein Teil ausgetauscht würde.
- Ebenso vertretbar ist schließlich, die Mikrogasleitung nicht dem Satelliten-BHKW zuzurechnen. Hieraus ergäbe sich, dass beim Austausch des Satelliten-BHKW die Austauschregelung nicht anzuwenden wäre, weil die Anlage und das BHKW deckungsgleich (identisch) und keine weiteren Teile der Anlage vorhanden sind.

134 Die Clearingstelle EEG stimmt der letztgenannten Ansicht zu. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des *BGH* sind weder der Fermenter noch die Mikrogasleitung bzw. das Mikrogasnetz als Anlagenbestandteile des Satelliten-BHKW zu werten. Der Fermenter ist deshalb kein Anlagenbestandteil, weil das Satelliten-BHKW schon definitionsgemäß räumlich und betriebstechnisch vom Fermenter abgegrenzt und daher selbständig ist (s. Abschnitt 3.3). Mikrogasleitungen bzw. Mikrogasnetze

wiederum sind nicht Bestandteile des BHKW, weil es sich dabei entweder um Bestandteile der gesonderten „Vor-Ort“-Anlage (Fermenter und ggf. „Vor-Ort“-BHKW) oder – ebenso wie bei Wechselrichtern, Anschlussleitungen, Verbindungswegen und Verwaltungseinrichtungen – um bloße Infrastruktureinrichtungen handelt, die nicht unmittelbar der Stromerzeugung dienen.¹⁴⁵ Mikrogasleitungen und -netze können insbesondere nicht im Wege einer funktionalen Betrachtung als Pendant zum Fermenter betrachtet werden, denn es handelt sich dabei gerade nicht um die für den Betrieb einer Anlage erforderliche „Einrichtung zur Gewinnung und Aufbereitung von Biogas“¹⁴⁶, sondern vielmehr um eine Komponente, mittels derer das Gas zwischen dem Fermenter und dem Satelliten-BHKW transportiert wird. Es ist daher eher mit dem Erdgasnetz bei BHKW, die auf der Grundlage der Gasabtauschargeung Strom erzeugen (z. B. Biomethan-BHKW), vergleichbar; das Erdgasnetz zählt jedenfalls nicht zur Anlage. Würden Mikrogasleitungen bzw. -netze als Anlagenbestandteile betrachtet, könnte die Anwendbarkeit der Austauschregelung zudem davon abhängen, ob diese im konkreten Fall die Geringfügigkeitsgrenze überschreiten oder nicht (s. 4.2). Eine rechtssichere Abgrenzung wäre dabei kaum möglich. Hinzu kommt, dass bei einer Anbindung mehrerer Satelliten-BHKW an einen oder mehrere Fermenter unklar wäre, welche Teile der Mikrogasleitung bzw. des -netzes welchem BHKW zuzurechnen wären. Im Ergebnis sind daher die Fälle des Austausches von Satelliten-BHKW und Biomethan-BHKW im Wesentlichen gleich zu behandeln.

135 Nicht überzeugend ist die in der Literatur vertretene Ansicht, wonach es sich beim Satelliten-BHKW zwar um eine eigenständige Anlage handle, bei einem vollständigen Austausch dieses BHKW aber die Austauschregelung nach ihrem Sinn und Zweck anzuwenden sei, mit der Folge, dass *keine* neue Inbetriebnahme vorliegt.¹⁴⁷ Denn damit würde die Definition der Inbetriebnahme als ungeschriebenes Merkmal um die Anforderung ergänzt werden, dass zuvor an dem betreffenden Standort nicht bereits eine Anlage betrieben worden ist; dies ist indes weder dem Gesetzeswortlaut noch den Gesetzesmaterialien zu entnehmen. Unzutreffend ist zudem die Behauptung, die gegenteilige Ansicht würde angesichts der beschränkten Lebensdauer von

¹⁴⁵So *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter* (Hrsg.), *Biogasanlagen im EEG*, 3. Aufl. 2013, S. 78 (Rn. 134).

¹⁴⁶Vgl. *BGH*, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2363>, Rn. 21.

¹⁴⁷*Loibl*, ZNER 2014, 152, 156, der insoweit nicht zwischen dem sukzessiven Austausch und dem Komplettaustausch in einem Akt unterscheidet; ähnlich für den Austausch einer Fotovoltaikinstallation infolge eines Brandes *LG Itzehoe*, Urt. v. 16.07.2013 – 5 O 13/12, <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2494>.

BHKW, die regelmäßig unter 20 Jahren liegt, im Widerspruch zu dem gesetzlichen Mindestvergütungszeitraum liegen.¹⁴⁸ Denn durch den sukzessiven Austausch ggf. sogar aller Anlagenbestandteile ist eine Instandhaltung und Erneuerung der Anlage möglich, ohne hierdurch die Inbetriebnahme zu ändern (s. Abschnitt 6.4).

6.4 Abgrenzung von „sukzessivem Austausch“ und „sukzessiver Neuerrichtung“

- 136 Werden mehrere Anlagenbestandteile in mehreren, zeitlich getrennten Schritten („sukzessive“) ausgetauscht, so handelt es sich dem ersten Anschein nach (*prima facie*) um einen Anwendungsfall der Austauschregelung für jeden einzelnen dieser Schritte. Stellen sich jedoch die einzelnen Austauschschritte nachweislich als Teile eines planmäßigen einheitlichen Vorgangs der „sukzessiven Neuinbetriebnahme“ dar und liegen die übrigen Voraussetzungen für eine Inbetriebnahme nach § 3 Nr. 5 Halbsatz 1 EEG 2009 / EEG 2012 vor, so handelt es sich um eine „neue“ Inbetriebnahme.
- 137 Dies ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz, denn die zeitliche Dimension von Austausch- und Ersetzungsvorgängen ist in § 21 Abs. 3 EEG 2009/§ 3 Nr. 5 Teilsätze 2 bzw. 3 EEG 2012 nicht geregelt. Der **Wortlaut** spricht einerseits dafür, dass auch ein sukzessiver Austausch verschiedener Teile nacheinander den Inbetriebnahmezeitpunkt nicht ändert. Andererseits ist es lebensfremd, dass der Austausch sämtlicher Teile einer Anlage (wie weit diese auch immer reicht) stets in einem Akt erfolgt. Wenn also in einer Woche (in einem Monat) die eine Hälfte der Anlage, in der nächsten Woche (dem nächsten Monat) die andere Hälfte der Anlage ausgetauscht werden, so könnte dies semantisch und wertungsmäßig gleichermaßen als „sukzessiver Austausch“ wie auch als „sukzessive Neuerrichtung“ (letztere mit Folge der Neuinbetriebnahme) angesehen werden. Jedoch ist zu beachten, dass § 21 Abs. 3 EEG 2009/§ 3 Nr. 5 Teilsätze 2 bzw. 3 EEG 2012 leer liefe, wenn eine neue Inbetriebnahme immer schon dann anzunehmen wäre, wenn „sukzessive sämtliche wesentlichen technischen und baulichen Teile einer Anlage ausgetauscht werden und infolgedessen am Ende . . . eine Anlage steht, deren sämtliche Einzelbestandteile nicht mehr identisch mit den Einzelbestandteilen der ursprünglichen Anlage sind.“¹⁴⁹ Denn selbst wenn sich dieser sukzessive Austausch über mehrere Jahre erstreckte, läge nach dieser Ansicht eine neue Anlage vor, obgleich jeder einzelne der Austauschvorgänge

¹⁴⁸So *Loibl*, ZNER 2014, 152, 156.

¹⁴⁹So *BMU*, Stellungnahme S. 7 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>; Auslassung nicht im Original.

zweifelsfrei von § 21 Abs. 3 EEG 2009/§ 3 Nr. 5 Teilsätze 2 bzw. 3 EEG 2012 erfasst wäre und gerade keine neue Inbetriebnahme nach sich ziehen soll.

- 138 Umgekehrt liefe § 3 Nr. 5 Teilsätze 1 EEG 2009 / EEG 2012 leer, wenn die Austauschregelung stets auch in den Fällen angewendet wird, in denen eine Anlage komplett ausgetauscht wird, um eine Anlage zu errichten, die objektiv und nach dem Plan der Anlagenbetreiberin bzw. des Anlagenbetreibers einer neuen Anlage gleichartig ist.¹⁵⁰
- 139 Zur Abgrenzung der „sukzessiven Neuerrichtung“ vom „sukzessiven Austausch“ ist zunächst vom Leitbild der Austauschregelung auszugehen, wonach der Austausch von Anlagenbestandteilen *prima facie* keine neue Inbetriebnahme nach sich zieht; im Umkehrschluss kann eine Anlagenerneuerung nur dann als (neue) Inbetriebnahme zu bewerten sein, wenn dieser erste Anschein eines Austauschvorgangs hinreichend erschüttert wird. Werden sukzessive mehrere Anlagenbestandteile ausgetauscht, so gilt für jeden dieser Austauschvorgänge zunächst, dass es sich insoweit *nicht* um einen die Inbetriebnahme berührenden Vorgang handelt. Jedoch können Anlagenbetreiberinnen und -betreiber der Austauschregelung gleichsam entgegentreten, indem sie darlegen und ggf. beweisen, dass die einzelnen Austauschschritte Teile eines planmäßigen, einheitlichen Vorgangs der „sukzessiven Neuinbetriebnahme“ waren. Die Abgrenzung der „Neuinbetriebnahme“ vom „sukzessiven Austausch“ hat dann anhand der äußeren Umstände zu erfolgen: Stellen sich die Austauschschritte als ein in sich geschlossener Vorgang dar, der objektiv auf eine „sukzessive Neuinbetriebnahme“ hinausläuft, so gilt hierfür nicht die Austauschregelung; vielmehr ist beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 3 Nr. 5 EEG 2009 / EEG 2012 von einer neuen Inbetriebnahme auszugehen. Indizien hierfür können eine einheitliche Planung der Austauschschritte und eine einheitliche Auftragsvergabe sein. Widerstreitende Indizien können dagegen vorliegen, wenn einzelne der Austauschschritte durch Defekte oder andere äußere Anlässe (z. B. behördliche Auflagen) verursacht worden sind.
- 140 **Rat zur Praxis** Um im Nachhinein Streitigkeiten über die richtige rechtliche Bewertung umfassender Austauschvorgänge zu vermeiden, rät die Clearingstelle EEG Anlagenbetreiberinnen und -betreibern, die einen sukzessiven Komplettaustausch der Anlage planen, dies vorab dem Netzbetreiber unter Mitteilung des Planungskonzeptes anzuzeigen. Dies erleichtert es dem Netzbetreiber, die nach dem Konzept

¹⁵⁰BMU, Stellungnahme S. 9, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>: „zusammenhängender Umbauprozess“.

realisierte Anlage daraufhin zu prüfen, ob es sich um eine Installation handelt, die als neue Anlage (mit einem neuen Inbetriebnahmedatum) zu behandeln ist.

6.5 Austausch mit Leistungserhöhung

141 Wird im Zuge des Austausches von Anlagenteilen die installierte Leistung der Anlage erhöht – bspw. durch den Einbau eines leistungsstärkeren Generators –, so gilt auch für den „fiktiven“ Anteil der Anlage, der der Leistungserhöhung zugerechnet werden kann, das „ursprüngliche“ Inbetriebnahmedatum der Anlage fort.¹⁵¹ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Inbetriebnahmedefinition und der Austauschregelung.

142 Für eine analoge Anwendung der Inbetriebnahmebestimmung (§ 3 Nr. 5 Teilsatz 1 EEG 2009 / EEG 2012) auf den Anteil, der auf die Leistungserhöhung entfällt, ist insoweit kein Raum. Denn die Austauschregelung verdeutlicht, dass der Gesetzgeber mit der Inbetriebnahmedefinition eine abschließende, allein auf die Anlage bezogene Regelung treffen wollte. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber sowohl in § 23 Abs. 4 EEG 2009/§ 23 Abs. 3 EEG 2012 (Modernisierung von Wasserkraftanlagen) als auch in § 32 Abs. 5 EEG 2012 (Austausch von PV-Modulen)¹⁵² Regelungen erlassen hat, die eine leistungsmäßige Aufteilung von Strom aus einer Anlage auf verschiedene Vergütungsregelungen und -regime vorsehen. Daher kann nicht unterstellt werden, dass es sich bei der „Alles-oder-Nichts“-Regelung zur Inbetriebnahme um eine vom Gesetzgeber versehentlich nicht abschließend getroffene Bestimmung handelt.

6.6 Rechtsfolgen

6.6.1 Für die „zurückbleibende“ Anlage

143 § 21 Abs. 3 EEG 2009 Werden Bestandteile einer Anlage ausgetauscht, so ändert sich für die zurückbleibende und durch ersetzende Teile wieder vervollständigte Anlage rechtlich gesehen nichts. Weder der sich nach dem Inbetriebnahmezeitpunkt richtende Degressionssatz (§ 20 EEG 2009) noch die Höhe der Boni verändern sich,

¹⁵¹Anderer Ansicht: *Thomas/Vollprecht*, ZNER 2012, 334, 343 f.; *Lehnert*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 21 Rn. 37. Wie hier: *Loibl*, BIOGAS Journal 1/2012, S. 141, 142; *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter* (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG 2009, 3. Aufl. 2013, S. 125 f. (Rn. 14 ff.); *BMU*, Stellungnahme S. 11 f.; *FvB*, Stellungnahme S. 19; beide abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>.

¹⁵²Siehe dazu *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 31.01.2013–2012/21, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2012/21>.

auch beginnt der Vergütungszeitraum nicht neu zu laufen.¹⁵³ Kommt es infolge des Austausches zu einer Änderung der Bemessungsleistung, so kann sich jedoch in Anwendung von § 18 Abs. 2 EEG 2009/§ 18 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 der durchschnittliche Vergütungssatz je Kilowattstunde ändern, sofern Vergütungsschwellenwerte der §§ 23 bis 28 EEG 2009/EEG 2012 über- oder unterschritten werden.

- 144 § 3 Nr. 5 Teilsätze 2 bzw. 3 EEG 2012 Im Ergebnis zieht auch § 3 Nr. 5 Teilsätze 2 bzw. 3 EEG 2012 dieselben Rechtsfolgen nach sich: Da es gemäß der Austauschregelung nicht zu einer Neuinbetriebnahme kommt, beginnt weder ein neuer Vergütungszeitraum, noch ist der Vergütungssatz per Degression abzusenken. Für eine analoge Anwendung von § 20 EEG 2009/EEG 2012 fehlt es angesichts der eindeutigen Regelung in § 3 Nr. 5 EEG 2009/EEG 2012 an einer Regelungslücke.
- 145 Umgekehrt beginnt in den Fällen, in denen infolge eines vollständigen Austausches der vollständigen Anlage eine (neue) Inbetriebnahme vorliegt, auch der Vergütungszeitraum neu zu laufen, da dieser an die Inbetriebnahme *der Anlage* anknüpft (§ 21 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012). Soweit § 21 Abs. 2 Satz 3 EEG 2009 die Inbetriebnahme *des Generators* nennt, wird hiermit auf die Inbetriebnahme der konkreten Anlage i. S. v. § 3 Nr. 5 Teilsatz 1 EEG 2009 Bezug genommen.¹⁵⁴

6.6.2 Für ausgetauschte und an andere Stelle versetzte Anlagenteile

- 146 Ein Anlagenteil ist keine Anlage und kann daher für sich genommen weder in Betrieb genommen werden noch kann es ein Inbetriebnahmedatum mit sich führen (vgl. Abschnitt 5).

¹⁵³BT-Drs. 16/8148, S. 51.

¹⁵⁴Anders offenbar *vdP*, Stellungnahme S. 3 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>.

7 Zubau von Anlagen und Anlagenteilen – Verfahrensfrage 4.

- 147 Wird eine Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas einer bereits in Betrieb genommenen Anlage hinzugebaut, so wird diese Einrichtung unter den Voraussetzungen des „weiten“ Anlagenbegriffs Teil der bestehenden Anlage („Anlagenerweiterung“).
- 148 Dies gilt auch, wenn ein neuer oder ein gebrauchter Generator zu einer bereits in Betrieb genommenen Anlage hinzugebaut wird.
- 149 Aufgrund des Urteils des *BGH* zum Anlagenbegriff¹⁵⁵ ergeben sich für die Bestimmung des Inbetriebnahmezeitpunkts (s. Abschnitt 7.1) und die Bestimmung der Vergütung (s. Abschnitt 7.2) unterschiedliche Rechtsfolgen:

7.1 Inbetriebnahme bei Anlagenerweiterungen

- 150 Werden zu einer bereits in Betrieb genommenen Anlage weitere Bestandteile hinzugebaut, so führt die gesamte Anlage ein einheitliches Inbetriebnahmedatum, welches sich nach dem Inbetriebnahmezeitpunkt der bestehenden, durch den Zubau erweiterten Anlage richtet.¹⁵⁶ Neue oder gebrauchte Anlagenteile, die einer bereits in Betrieb genommenen Anlage hinzugefügt werden, teilen jedenfalls hinsichtlich des Inbetriebnahmedatums und der Vergütungsvoraussetzungen (s. Abschnitt 7.2.1) das rechtliche „Schicksal“ der bestehenden Anlage.
- 151 Dies gilt auch, wenn ein Generator, der bereits im Geltungsbereich des EEG in Betrieb gesetzt worden ist, einer Anlage hinzugefügt wird (s. Abschnitt 5).
- 152 Wird hingegen eine Anlage unter „Wahrung“ ihres Inbetriebnahmedatums (s. Abschnitt 4) an den Standort einer bereits bestehenden Anlage versetzt, *ohne* dass die Voraussetzungen der technischen Anlagenzusammenfassung („Verklammerung“) vorliegen,¹⁵⁷ handelt es sich mithin bei der versetzten Anlage auch am neuen Standort um eine eigenständige Anlage, so behält sie das vor dem Zubau bestehende Inbetrieb-

¹⁵⁵*BGH*, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/2363>.

¹⁵⁶Vgl. *BMU*, Stellungnahme S. 15 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/empfv/2012/19>; *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter* (Hrsg.), *Biogasanlagen im EEG 2009*, 3. Aufl. 2013, S. 129 (Rn. 31); *Vollprecht*, *EnWZ* 2014, 122, 124; *Hermeier*, *RdE* 2014, 76, 78.

¹⁵⁷Siehe oben Abschnitt 3.

nahmedatum auch nach dem Versetzen an den Standort einer bereits bestehenden Anlage.

7.2 Vergütungsbestimmung bei Anlagenerweiterungen

153 Bei der Erweiterung einer Anlage um ein BHKW oder einen Generator stellen sich hinsichtlich der Bestimmung der Vergütung zwei Fragen: Gelten *erstens* die zum Inbetriebnahmezeitpunkt anzuwendenden Vergütungsvoraussetzungen auch dann für den Strom aus der Anlagenerweiterung, wenn die Erweiterung nach dem Inkrafttreten einer EEG-Änderung (also bspw. 2009 oder 2012) erfolgt ist? Und, *zweitens*, wie genau ist die Vergütung zu berechnen?

154 Beide Fragen werden anhand des folgenden Beispielsfalls erörtert:

- BHKW₁: Bemessungsleistung = 300 kW, Inbetriebnahme 2004
- BHKW₂: Bemessungsleistung = 400 kW, Zubau 2009
- Gesamtanlage: Bemessungsleistung = 700 kW
- Gesamtstromerzeugung/Kalenderjahr = 6.132.000 kWh

7.2.1 Vergütungsvoraussetzungen

155 In Betracht kommt einerseits, das zum 1. Januar 2009 in Kraft getretene neue Vergütungsregime auf das zugebaute BHKW anzuwenden.¹⁵⁸ Dafür spricht, dass auch in dem Fall, der dem BGH-Urteil vom 23. Oktober 2013¹⁵⁹ zugrunde lag, eine unter dem EEG 2004 in Betrieb genommene Anlage vorlag, der BGH aber in Rn. 59 hinsichtlich des 2009 zugebauten BHKW sich nur auf §§ 20, 21 EEG 2009 bezieht (und bspw. hinsichtlich der Degression nicht auf § 8 Abs. 5 EEG 2004). Weiter ließe sich für diese Ansicht anführen, dass laut Rn. 59 des Urteils der weite Anlagenbegriff

„... nur hinsichtlich der Leistungsschwellen“

dazu führe, auf die Gesamtleistung aller Generatoren abzustellen, woraus im Umkehrschluss gefolgert werden könnte, dass hinsichtlich der Vergütungsvoraussetzungen und -berechnung der weite Anlagenbegriff nicht gelte.

¹⁵⁸So wohl Richter/Herms, ER 2014, 3, 6.

¹⁵⁹BGH, Urte. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/2363>.

- 156 Diese Deutung ist jedoch nicht zwingend, denn das „nur“ in der zitierten Aussage des *BGH* kann auch so interpretiert werden, dass es lediglich für die Bestimmung von Vergütungsdegression und -dauer nicht auf die Gesamtanlage ankommen solle. Hätte der *BGH* gewollt, dass auch die materiellen Vergütungsvoraussetzungen¹⁶⁰ für die einzelnen Generatoren getrennt anzuwenden sein sollen, so hätte er diese weitreichende Konsequenz sicher im Urteil ausgesprochen. Gegen getrennte Vergütungsregime für die einzelnen Generatoren spricht im Übrigen auch, dass sich § 66 EEG 2009 / EEG 2012 nur auf die „Anlage“ beziehen. Wäre das zum Zeitpunkt der Anlagenerweiterung geltende Recht maßgeblich, so würde entgegen § 66 EEG 2009/EEG 2012 nicht mehr der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der *Anlage* über die materiellen Vergütungsvoraussetzungen (für das zugebaute BHKW) bestimmen, sondern der in § 66 EEG 2009 / EEG 2012 nicht vorgesehene Zeitpunkt der Erweiterung (bzw. der Zeitpunkt der erstmaligen Stromerzeugung im zugebauten BHKW). Wollte der Gesetzgeber verschiedene Vergütungsregimes für mehrere BHKW einer Anlage, so läge es nahe, in den Vergütungsregelungen oder den Übergangsbestimmungen an den Generator (und nicht an die Anlage) anzuknüpfen, denn in den Fällen, in denen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine differenzierte Betrachtung zwischen Anlage und Generator anzustellen ist, trifft der Gesetzgeber auch sonst ausdrücklich auf den Generator bezogene Regelungen.
- 157 Solange der *BGH* hierzu keine abweichende Klärung herbeiführt, sprechen für die Clearingstelle EEG die besseren Argumente dafür, dass das zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage geltende Vergütungsregime auch auf die Anlagenerweiterung anzuwenden ist.¹⁶¹ Im Beispielsfall (Rn. 154) gelten somit die Vergütungsvoraussetzungen des § 8 EEG 2004 auch für die Erweiterung, die Degression ist nach § 8 Abs. 5 EEG 2004 zu berechnen.¹⁶²
- 158 Für die anzulegenden Degressionsschritte beim zugebauten BHKW kommt es hingegen stets auf den Zeitpunkt der Anlagenerweiterung (im Beispielsfall Rn. 154: 2009) an.¹⁶³ Dies gilt auch, wenn der Generator bzw. das BHKW, welche der bestehenden Anlage hinzugefügt werden, bereits zu einem früheren Zeitpunkt andernorts

¹⁶⁰Also die konkreten Vergütungstatbestände der §§ 8 ff. EEG 2004 bzw. §§ 23 ff. EEG 2009/EEG 2012.

¹⁶¹So auch *Loibl*, ZNER 2014, 152, 157.

¹⁶²Jedoch sind die Vergütungsvoraussetzungen von Folgefassungen des EEG 2004 nur dann und insoweit anwendbar, wie diese EEG-Fassungen dies in den jeweiligen Übergangsbestimmungen anordnen, s. bspw. § 66 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EEG 2009 für vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommene Anlagen.

¹⁶³Ebenso *Loibl*, ZNER 2014, 152, 157.

Strom erzeugt haben, d. h. es wäre im Beispielsfall (Rn. 154) auch dann der nach dem EEG 2004 für das Jahr 2009 anzulegende Vergütungssatz maßgeblich, wenn die Anlage um ein bereits vor 2004 andernorts in Betrieb genommenes BHKW erweitert wird.

7.2.2 Vergütungshöhe und -dauer

- 159 Gemäß Randnummer 59 des BGH-Urteils zum Anlagenbegriff¹⁶⁴ sind für den Strom aus einem zugebauten BHKW nicht die zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage (im Beispielsfall Rn. 154: 2004) geltenden Vergütungssätze anzuwenden, sondern es soll gemäß dem „Degressionsprinzip“ für den Strom aus der Anlagenerweiterung ein neuer Vergütungszeitraum mit abgesenktem Vergütungssatz gelten. Die genaue Umsetzung dieses „gespaltenen“ Vergütungssatzes ist im Urteil offen gelassen worden, da die Vergütungsberechnung durch die Revision nicht angegriffen worden war.¹⁶⁵
- 160 Die Urteile der Oberlandesgerichte zum Anlagenbegriff, die vor dem BGH-Urteil zum Anlagenbegriff verkündet worden sind,¹⁶⁶ wie auch die Stimmen in der Literatur, die den „weiten“ Anlagenbegriff vertraten,¹⁶⁷ gingen einhellig davon aus, dass der Strom aus der Anlagenerweiterung in der Höhe zu vergüten ist, welche auch für den Strom aus der ursprünglichen Anlage galt. Es soll danach für den Strom des hinzugefügten BHKW der zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Gesamtanlage anzuwendende Vergütungssatz und für die gesamte Anlage ein einheitliches Vergütungsende gelten, die Vergütungs^{dauer}¹⁶⁸ für das Zubau-BHKW wäre also „verkürzt“ worden und zum gleichen Zeitpunkt wie für die bestehende Anlage abgelaufen.

¹⁶⁴BGH, Urte. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>.

¹⁶⁵Siehe hierzu *Vollprecht*, EnWZ 2014, 122, 125; *Richter/Herms*, ER 2014, 3, 7 f.; *Hermeier*, RdE 2014, 76, 77 f.

¹⁶⁶Siehe oben Fußnote 14; soweit ersichtlich sind diese rechtskräftig geworden, ausgenommen OLG Oldenburg, Urte. v. 30.10.2013 – 5 U 143/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2417>, Revision anhängig unter Az. VIII ZR 325/13, und OLG Stuttgart, Urte. v. 13.03.2014 – 2 U 61/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2563>, Revision anhängig unter Az. VIII ZR 110/14.

¹⁶⁷Siehe oben Fn. 14.

¹⁶⁸Nicht aber der Vergütungssatz.

161 In Betracht kommen drei Herangehensweisen zur Vergütungsberechnung:

162 **„gezonte Aufteilung“ der Leistungsschwellen:** Es werden entsprechend der OLG-Rechtsprechung¹⁶⁹ die Vergütungsschwellen gemäß § 18 Abs. 1 und 2 EEG 2009/§ 18 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 („gezonte Vergütung“) auf die Gesamtstrommenge angewendet (s. Abbildung 1).

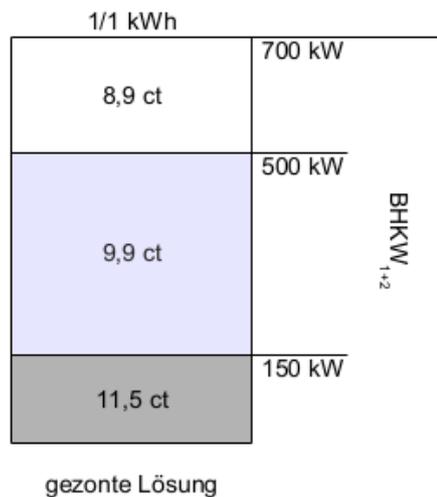


Abbildung 1: „gezonte“ Aufteilung der Leistungsschwellen nach OLG-Rechtsprechung

¹⁶⁹Nachweise oben Fn. 14.

163 **„vertikale Aufteilung“ der Leistungsschwellen:** Es werden die Vergütungsschwellen bis zur Gesamtbemessungsleistung von 700 kW anteilig auf die Gesamtstromerzeugung aufgeteilt und sodann anteilig – im Beispielsfall (Rn. 154) zu $\frac{3}{7}$ (BHKW₁) und $\frac{4}{7}$ (BHKW₂) – mit den jeweiligen Vergütungssätzen multipliziert (s. Abbildung 2).

	BHKW ₁ 3/7 kWh	BHKW ₂ 4/7 kWh
700 kW	8,9 ct	8,25 ct
500 kW	9,9 ct	9,18 ct
150 kW	11,5 ct	10,66 ct

vertikale Lösung

Abbildung 2: „vertikale“ Aufteilung der Leistungsschwellen bei gespaltenem Vergütungssatz

164 Hieraus ergibt sich im Beispielsfall (Rn. 154) folgende Berechnung der Einspeisevergütung (EV):

$$EV = \left(\frac{3}{7} \cdot \frac{150 \cdot 11,5 + 350 \cdot 9,9 + 200 \cdot 8,9}{700} \frac{\text{ct}}{\text{kWh}} + \frac{4}{7} \cdot \frac{150 \cdot 10,66 + 350 \cdot 9,18 + 200 \cdot 8,25}{700} \frac{\text{ct}}{\text{kWh}} \right) \cdot 6.132.000 \text{ kWh}$$

165 „horizontale Aufteilung“ der Leistungsschwellen: Es werden die Vergütungsschwellen zunächst auf die Strommenge, die auf das ursprüngliche BHKW entfällt, angewendet. Die auf das zugebaute BHKW entfallende Strommenge – also $\frac{4}{7}$ der Gesamtstrommenge – wird wie bei der vergütungsrechtlichen Anlagenzusammenfassung nach § 19 Abs. 1 EEG 2009/EEG 2012 „aufgesattelt“ und zusätzlich der Degression unterworfen (s. Abbildung 3).

1/1 kWh	
8,25 ct	700 kW BHKW ₂
9,18 ct	500 kW BHKW ₂
9,9 ct	300 kW BHKW ₁
11,5 ct	150 kW BHKW ₁

horizontale Lösung

Abbildung 3: „horizontale“ Aufteilung der Leistungsschwellen bei gespaltenem Vergütungssatz

Demnach wären im Beispielfall (Rn. 154)

- für BHKW₁
 - die der 1. Leistungsschwelle ($\leq 150 \text{ kW}$) anteilig zuzuordnende Strommenge ($\frac{150 \text{ kW}}{300 \text{ kW}}$) gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004 mit 11,5 ct/kWh,
 - die der 2. Leistungsschwelle ($> 150 \text{ kW}$ und $\leq 300 \text{ kW}$) anteilig zuzuordnende Strommenge ($\frac{300 \text{ kW} - 150 \text{ kW}}{300 \text{ kW}}$) gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2004 mit 9,9 ct/kWh
- und für BHKW₂
 - die der 2. Leistungsschwelle ($> 150 \text{ kW}$ und $\leq 500 \text{ kW}$) anteilig zuzuordnende Strommenge ($\frac{500 \text{ kW} - 300 \text{ kW}}{400 \text{ kW}}$) gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 5 EEG 2004 mit 9,18 ct/kWh sowie

- die der 3. Leistungsschwelle ($> 500 \text{ kW}$) anteilig zuzuordnende Strommenge ($\frac{700 \text{ kW} - 500 \text{ kW}}{400 \text{ kW}}$) gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 5 EEG 2004 mit $8,25 \text{ ct/kWh}$

zu vergüten. Es ergäbe sich mithin für BHKW₁ der Mischvergütungssatz (MV) und die Einspeisevergütung (EV) wie folgt:

$$MV = \frac{150 \text{ kW}}{300 \text{ kW}} \cdot 11,5 \frac{\text{ct}}{\text{kWh}} + \frac{300 \text{ kW} - 150 \text{ kW}}{300 \text{ kW}} \cdot 9,9 \frac{\text{ct}}{\text{kWh}} = 10,7 \frac{\text{ct}}{\text{kWh}}$$

$$EV = \frac{300 \text{ kW}}{700 \text{ kW}} \cdot 6.132.000 \text{ kWh} \cdot 10,7 \frac{\text{ct}}{\text{kWh}} = 28.119.600 \text{ ct}$$

Mischvergütungssatz und Einspeisevergütung für BHKW₂ ergäben sich wie folgt:

$$MV = \frac{500 \text{ kW} - 300 \text{ kW}}{400 \text{ kW}} \cdot 9,18 \frac{\text{ct}}{\text{kWh}} + \frac{700 \text{ kW} - 500 \text{ kW}}{400 \text{ kW}} \cdot 8,25 \frac{\text{ct}}{\text{kWh}} = 8,715 \frac{\text{ct}}{\text{kWh}}$$

$$EV = \frac{400 \text{ kW}}{700 \text{ kW}} \cdot 6.132.000 \text{ kWh} \cdot 8,715 \frac{\text{ct}}{\text{kWh}} = 30.537.360 \text{ ct}$$

166 Welcher der genannten Berechnungswege vorteilhafter für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ist, kann nicht allgemeingültig festgestellt werden, da dies von den Größenverhältnissen der konkret eingesetzten BHKW abhängt. Keine der Berechnungsmethoden ist mithin von vornherein „anlagenbetreiber(un)freundlicher“.

167 **Rat zur Praxis:** Bis zu einer abschließenden Klärung durch den *BGH*¹⁷⁰ rät die Clearingstelle EEG aus pragmatischen Gründen, dass Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber und Netzbetreiber vorläufig und unter dem wechselseitigen Vorbehalt der Rückforderung an der bisherigen Abrechnungspraxis festhalten, gegenseitig schriftlich auf die Einrede der Verjährung verzichten und nach einer diesbezüglichen Entscheidung des *BGH* wechselseitige Rück- bzw. Nachforderungen ausgleichen. Die Clearingstelle EEG rät betroffenen Verteilnetzbetreibern, hinsichtlich der Abrechnungspraxis im Hinblick auf den bundesweiten Ausgleich mit dem zuständigen Übertragungsnetzbetreiber Rücksprache zu halten.

168 Hinsichtlich der Messung der jeweiligen Strommengen ist zwar eine gemeinsame Messung nach § 19 Abs. 2 EEG 2009/EEG 2012 zulässig. Die Clearingstelle EEG rät gleichwohl dazu, eine zweite Messeinrichtung für den Strom aus dem zugebauten BHKW einzurichten, um Streitigkeiten, die ggf. bei der Zuordnung einzelner Strommengen zu bestimmten Vergütungssätzen entstehen könnten, zu vermeiden. Ferner

¹⁷⁰Diese Klärung könnte bspw. in den Revisionsverfahren VIII ZR 325/13 oder VIII ZR 110/14 erfolgen, s.a. *OLG Oldenburg*, Urte. v. 30.10.2013 – 5 U 143/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/2417>; *OLG Stuttgart*, Urte. v. 13.03.2014 – 2 U 61/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/2563>.

rät die Clearingstelle EEG, im Falle eines Zubaus eine Zwischenablesung an der vorhandenen Anlage vorzunehmen, bevor der zugebaute Generator Strom erzeugt.

8 Zusammenfassung für die Erzeugungsarten

8.1 Deponiegas

- 169 Wird ein BHKW aus einer Deponiegasanlage in eine andere versetzt, so nimmt das BHKW sein Inbetriebnahmedatum, den Vergütungssatz und die bereits abgelaufenen Jahre des 20-jährigen Vergütungszeitraumes grundsätzlich mit. Wird ein BHKW am bisherigen Standort ausgetauscht und dort durch ein neues BHKW ersetzt, liegt für das ersetzende BHKW eine Neuinbetriebnahme vor. Die Deponie als solche einschließlich der aus öffentlich-rechtlichen Gründen erforderlichen Gassammelinfrastuktur sind nicht Teil der Deponiegasanlage im Sinne des EEG.
- 170 Wird zu einer bestehenden Deponiegasanlage ein BHKW hinzugebaut, so liegt nach dem weiten Anlagenbegriff eine Erweiterung der bestehenden Anlage jedenfalls dann vor, wenn die BHKW durch eine Gassammelschiene miteinander „verklammert“ werden.

8.2 Klärgas

- 171 Soweit bei Klärgasanlagen Einrichtungen zur Entwässerung, Trocknung, Zersetzung, Hygienisierung oder sonstigen Behandlung des Klärschlammes öffentlich-rechtlich erforderlich sind (vgl. insbes. §§ 54 ff. WHG¹⁷¹ und die Klärschlammverordnung (AbfKlärV)¹⁷²), handelt es sich dabei nicht um Anlagenbestandteile im Sinne des EEG.¹⁷³ Hinsichtlich des Austausches, Versetzens und des Zubaus gelten dann die gleichen Überlegungen wie bei Deponiegasanlagen. Soweit die Gassammelinfrastuktur vorrangig oder ausschließlich der Stromerzeugung dient, handelt es sich um Anlagenbestandteile wie bei Fermentern.

¹⁷¹ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts – Wasserhaushaltsgesetz (WHG) v. 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585), zuletzt geändert durch Gesetz vom 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154).

¹⁷² Klärschlammverordnung v. 15.04.1992 (BGBl. I S. 912), zuletzt geändert durch Artikel 5 Absatz 12 des Gesetzes vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212).

¹⁷³ Ähnlich *Salje*, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 3 Rn. 76 für die immissionsschutzrechtlich vorgeschriebene Abwasserreinigungsanlage einer Papierfabrik, in der auch Biogas anfällt.

8.3 Grubengas

- 172 Für Grubengasanlagen gelten die Ausführungen zum Deponie- und Klärgas entsprechend. Im Übrigen wird auf Rn. 38 und Fußnote 42 verwiesen.

8.4 Biomasse

- 173 Für alle Biomasseerzeugungsarten ist bei Versetzungs-, Austausch- und Zubauvorgängen zunächst zu prüfen, ob die versetzten, ausgetauschten bzw. zugebauten und die ggf. zurückbleibenden Komponenten überhaupt Bestandteil der Anlage sind bzw. waren.

8.4.1 Gasförmige Biomasse und Gasabtauschanlagen

- 174 Bei Anlagen, die gasförmige Biomasse einsetzen, sind Versetzungs-, Austausch- und Zubaufälle rechtlich unterschiedlich zu bewerten, je nachdem, ob eine (Bio-)Gaserzeugungsanlage Teil der Anlage ist oder nicht. Verfügt eine Anlage bspw. über einen Fermenter oder eine andere Energieträgererzeugungseinrichtung, so handelt es sich beim BHKW dieser Anlage nur um einen Teil der Anlage, so dass dieses BHKW, wenn es ausgetauscht wird, am bisherigen Standort unter die Austauschregelung fällt und beim Zusammenfallen von Austausch und Versetzen die Sperrwirkung der Austauschregelung (s. Abschnitt 4.1.2.) zu beachten ist.
- 175 Handelt es sich hingegen um ein BHKW, das Erdgas einsetzt, welches wegen der Regelungen zum bilanziellen Ausgleich als Biomethan, Deponie-, Klär-, Gruben- oder Speichergas gilt, so bildet dieses BHKW im Wesentlichen die Anlage,¹⁷⁴ das Erdgasnetz hingegen ist kein Anlagenbestandteil, ebensowenig die in dieses Netz einspeisende Gaserzeugungs- und -aufbereitungsanlage. Gleiches gilt für Satelliten-BHKW (s. Abschnitt 3.3). Das Versetzen solcher BHKW lässt daher grundsätzlich deren Inbetriebnahme unberührt, auch wenn in geringfügigem Umfang (s. Abschnitt 4.2) Anlagenteile am alten Standort verbleiben. Die Austauschregelung findet keine Anwendung, wenn derartige BHKW vollständig am bisherigen Standort ersetzt werden, es handelt sich dabei gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009/EEG 2012 um eine neue Inbetriebnahme. Wird das Gasabtausch- bzw. Satelliten-BHKW durch ein BHKW ersetzt, welches zuvor Teil einer „Vor-Ort“-Biogasanlage war, so kann dieses

¹⁷⁴Vgl. *BMU*, Stellungnahme S. 2 f., 5, 14, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>.

BHKW jedoch seinerseits ein Inbetriebnahmedatum mit sich führen, es sei denn, am alten Standort des „Vor-Ort“-BHKW ist dieses durch ein anderes BHKW ersetzt worden, denn in diesem Fall entfaltet die Austauschregelung eine Sperrwirkung (s. Abschnitt 4.1.2).

- 176 Diese differenzierte Behandlung von „Vor-Ort“-BHKW einerseits und Biomethan- und Satelliten-BHKW andererseits ist systematisch naheliegend, da das Gesetz sowohl hinsichtlich der Vergütungsvoraussetzungen als auch der Vergütungshöhe beide Erzeugungsarten unterschiedlich behandelt; zudem unterscheiden sich beide Erzeugungsarten auch technisch wesentlich voneinander.

8.4.2 Feste Biomasse

- 177 Bei Anlagen zur Verstromung fester Biomasse ist im Einzelfall zu prüfen, welche Teile zur Anlage gehören und welche Komponenten nicht zur Anlage gehören, etwa weil sie primär zu einem anderen Zweck als dem der Stromerzeugung errichtet worden sind.

8.4.3 Flüssige Biomasse

- 178 Anlagen zur Verstromung flüssiger Biomasse verfügen zumeist über Tanks oder andere Einrichtungen zur Zwischenlagerung des Brennstoffes. Diese gehören grundsätzlich zur Anlage, es sei denn, sie sind im Einzelfall aus anderen Gründen als der Stromerzeugung errichtet worden.

8.4.4 Gülleverstromungsanlagen, Bioabfallvergärungsanlagen, Emissionsminimierungsbonus, Altholzanlagen und andere Sonderfälle

- 179 Bei einer Vielzahl von Anlagentypen sind die Vergütungsvoraussetzungen und die Vergütungshöhe vom EEG 2004 über das EEG 2009 bis hin zum EEG 2012 teils erheblich verändert worden. Die kaum überschaubare Vielfalt an Fallgestaltungen, die sich beim Austausch, Versetzen und Zubau von derartigen Anlagen (oder -teilen) ergeben können, sind in dieser Empfehlung nicht im Einzelnen darstellbar. Zu beachten sind dabei stets die Übergangsbestimmungen in § 66 EEG 2009/EEG 2012. Soweit sich in derartigen Fällen Auslegungs- und Anwendungsfragen ergeben, kann die Clearingstelle EEG diese durch einzelfallbezogene Verfahren¹⁷⁵ oder durch ein Hinweisverfahren klären.¹⁷⁶

¹⁷⁵Schiedsrichterliches Verfahren, Einigungs- oder Votumsverfahren.

¹⁷⁶Nähere Erläuterungen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrenerlaeuterung/>.

8.5 Geothermieranlagen

180 Bei Geothermieranlagen wird die Infrastruktur zur Nutzbarmachung der Erdwärme – bspw. Bohrungen, Pumpen und Wärmetauscher – regelmäßig allein zur Stromerzeugung errichtet, so dass es sich hierbei um Anlagenbestandteile handelt. Das Versetzen einer Geothermieanlage ist damit faktisch unmöglich. Wird zu einer bestehenden Geothermieanlage ein weiteres Kraftwerk hinzugebaut, so handelt es sich regelmäßig um die Erweiterung der bestehenden Anlage im Sinne des „weiten“ Anlagenbegriffs.

8.6 Windkraftanlagen

181 Der Austausch der Gondel oder des Generators führt gemäß der Austauschregelung nicht zu einer neuen Inbetriebnahme.¹⁷⁷ Das Versetzen einzelner Anlagenbestandteile von einer Windenergieanlage in eine andere berührt nicht deren Inbetriebnahmedatum; wird also bspw. ein gebrauchter Generator aus einer Windenergieanlage in eine im Übrigen neue Anlage eingebaut, so „infiziert“ der Generator die Neuanlage nicht mit dem Datum seiner früheren Inbetriebsetzung an anderer Stelle. Beim Austausch der gesamten Anlage gilt jedenfalls dann, wenn die erhöhte Vergütung für das sog. Repowering in Anspruch genommen werden soll, die Sonderregelung des § 30 EEG 2009/EEG 2012. Diese ist nicht Gegenstand dieses Empfehlungsverfahrens; insbesondere die Frage, wann eine Windenergieanlage im Sinne von § 30 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012 „vollständig ersetzt“ wird, bleibt einem gesonderten Verfahren vorbehalten. Eine technische „Verklammerung“ mehrerer Windkraftanlagen zu einer Anlage im Sinne des weiten Anlagenbegriffes ist praktisch ausgeschlossen, da es keine technisch oder baulich für den Betrieb notwendigen Einrichtungen gibt, die von mehreren Windkraftanlagen gemeinsam genutzt werden. Ein rein theoretischer Fall der technischen Anlagenzusammenfassung läge vor, wenn mehrere Windkraftgeneratoren auf einem Mast befestigt würden.

¹⁷⁷BMU, Stellungnahme S. 7, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>; BT-Drs. 17/6071, S. 61.

9 Aufhebung von Teilen der Empfehlung 2009/12

182 Die Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 1. Juli 2010 – 2009/12 „Anlagenbegriff (§ 3 Abs. 2 EEG 2004/§ 3 Nr. 1 EEG 2009) bei Bestandsanlagen“ wird gem. § 32 VerfO aufgehoben, soweit sie im Widerspruch zum Urteil des *BGH* vom 23. Oktober 2013 – VIII ZR 262/12 steht.¹⁷⁸ Dies betrifft namentlich Nr. 2 bis 4 der Empfehlung im engeren Sinne (Beschlusstenor) sowie die Empfehlung im weiteren Sinne, soweit sie die genannten Teile der Empfehlung im engeren Sinne trägt.

10 Anhang: Typische Fallkonstellationen im Überblick

– Hier wird eine schematische Darstellung typischer Fälle nachgetragen. –

Die Empfehlung wurde hinsichtlich der Leitsätze 5 und 9a sowie der Randnummern 42, 90, 91, 93, 94, 100 bis 105 und 158 einmütig, im Übrigen einstimmig angenommen.

Dibbern

Dr. Lovens

Dr. Winkler

Grobrügge

Weißborn

¹⁷⁸Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>.