

2008/15

30. März 2011

Empfehlung

Die Clearingstelle EEG empfiehlt, die Fragen des Empfehlungsverfahrens 2008/15

„Ausschließlichkeitsprinzip für Biomasseanlagen nach dem EEG 2004“¹

wie folgt zu beantworten:

1. **Beim Einsatz anderer als der in § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) bis c) EEG 2004 genannten Energieträger in einer Anlage außerhalb des Anfahrbetriebes oder im Rahmen einer notwendigen Zünd- und/oder Stützfeuerung i. S. d. § 8 Abs. 6 EEG 2004 entfällt der Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 oder 2 EEG 2004 („NawaRo-Bonus“) gemäß der Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 endgültig.**
2. **Ein Einsatz anderer Energieträger als Biomasse i. S. d. BiomasseV führt dann nicht zu einem Verlust der Vergütung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 für den in dieser Anlage erzeugten Strom, wenn**
 - (a) **hinsichtlich dieser Energieträger die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 erfüllt sind (Gasäquivalent gilt als Biomasse),**
 - (b) **die Voraussetzungen des § 8 Abs. 6 Satz 2 EEG 2004 erfüllt sind (Zünd- und Stützfeuerung) oder**
 - (c) **diese als geringfügige und unvermeidbare Verunreinigungen i. S. d. § 2 Abs. 2 und 3 BiomasseV geduldet werden (hierzu ausführlich Rn. 62).**
3. **Erfolgt der Einsatz anderer Stoffe als Biomasse i. S. d. BiomasseV im Rahmen eines Anfahrbetriebes – vor Inbetriebnahme der Anlage (§ 3 Abs. 4**

¹Die Clearingstelle EEG weist darauf hin, dass sich die vorliegende Empfehlung auf das EEG 2004 bezieht, ohne dass hierdurch automatisch Aussagen für das EEG 2009 getroffen würden.

EEG 2004) –, stellt dies keinen Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip dar. Allerdings wird der während der Zeitdauer des Anfahrbetriebes in der Anlage erzeugte und ggf. eingespeiste Strom nicht nach § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 vergütet.

4. Sofern in einer Anlage andere Stoffe als Biomasse i. S. d. BiomasseV eingesetzt werden (Mischfeuerung) oder ein alternierender Betrieb zwischen dem Einsatz von Biomasse i. S. d. BiomasseV und anderen Energieträgern in der Anlage erfolgt, führt dies für den aus der Anlage während dieser Zeiten eingespeisten Strom zu einem Verlust der Vergütung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004. Auch eine anteilige Vergütung wird nicht gewährt. Der Anspruch auf diese Vergütung entfällt jedoch nicht endgültig. Sobald die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 (wieder) erfüllt sind, besteht der Anspruch auf die Grundvergütung.
5. Die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber ist hinsichtlich des Einsatzes ausschließlich von Biomasse i. S. d. BiomasseV vollumfänglich darlegungs- und ggf. beweispflichtig. Sie bzw. er hat daher den Beginn und das Ende einer evtl. Mischfeuerung oder im Falle des alternierenden Betriebs den Beginn und das Ende der alternierenden Betriebsphasen dem Netzbetreiber mitzuteilen und ggf. ihm gegenüber zu beweisen. Eine solche Darlegung ist entbehrlich, wenn während der Mischfeuerung bzw. des alternierenden Betriebes der Anlage eine Einspeisung des so erzeugten Stroms in das Netz nicht möglich war bzw. ist, da ein Vergütungsanspruch nur für Strom besteht, der ins Netz eingespeist wurde.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	4
2	Einführung	5
3	Zusammenfassung der Stellungnahmen	7
3.1	BBK Bundesverband Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V.	7

3.2	BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.	8
3.3	Fachverband Biogas e. V.	11
4	Herleitung	13
4.1	Ausschließlichkeitsprinzip nach § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 EEG 2004 (NawaRo-Bonus)	14
4.2	Ausschließlichkeitsprinzip nach § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 (Grundvergütung)	16
4.2.1	Wortlaut	16
4.2.2	Systematische Auslegung	19
4.2.3	Historische und genetische Auslegungen	23
4.2.4	Teleologische Auslegung	30
4.3	Darlegungs- und Beweisfragen	31
4.4	Rat zur Praxis	32

I Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle EEG hat eine Vielzahl von Anregungen zur Durchführung eines Empfehlungsverfahrens zur Thematik „Ausschließlichkeitsprinzip für Biomasseanlagen nach dem EEG 2004“ von Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreibern und Netzbetreibern erhalten.
- 2 Problematisch ist beispielsweise der Umgang mit dem vorübergehenden Einsatz von fossilen Energieträgern in Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biomasse zum Zwecke der Sicherung der (Not-)Stromversorgung umliegender Gebäude im Falle einer Stromversorgungsunterbrechung. Fraglich ist, ob und unter welchen Umständen unter Beachtung des im EEG 2004² normierten Ausschließlichkeitsprinzips (siehe §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 8 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2004) trotz dieses vorübergehenden Einsatzes von fossilen Energieträgern die Vergütungen gem. § 8 EEG 2004 für den in der betreffenden Anlage erzeugten Strom (weiter) zu zahlen sind.
- 3 Die Clearingstelle EEG hat auf ihrer Sitzung am 9. April 2008 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens, die Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke und die nichtständigen Beisitzer der Clearingstelle EEG Grobrügge und Weißenborn gem. § 23 Abs. 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)³ die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgenden Fragen beschlossen:

Unter welchen Voraussetzungen führt ein Einsatz fossiler Energieträger nicht zum dauerhaften Verlust der Vergütung nach § 8 EEG 2004 für den in dieser Anlage erzeugten Strom?

Insbesondere: Ist es mit dem in §§ 5 Abs. 1, 8 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2004 normierten Ausschließlichkeitsprinzip vereinbar, in einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus Biomasse ausschließlich zur Sicherung der Notstromversorgung umliegender Gebäude im Fall einer Unterbrechung der durch das Netz für die allgemeine Versorgung erfolgenden Stromversor-

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

³In der Fassung v. 12.12.2007, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

gung vorübergehend fossile Energieträger einzusetzen, wenn die Stromversorgungsunterbrechung die weitere Versorgung der Anlage mit Biomasse unmöglich werden lässt?

- 4 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 1 und 3, 2 Abs. 3 VerfO.
- 5 Die Beschlussvorlage für die vorliegende Empfehlung haben gemäß § 24 Abs. 5 VerfO der Clearingstelle EEG das Mitglied der Clearingstelle EEG Reißerweber und die wissenschaftliche Mitarbeiterin Mutlak erstellt.
- 6 Die bei der Clearingstelle EEG während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 14. Mai 2008, 18 Uhr, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 24 Abs. 1 VerfO erhalten. Die Stellungnahmen des BBK Bundesverband Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V. (BBK), des BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (BDEW) und des Fachverbandes Biogas e. V. sind fristgemäß eingegangen.⁴

2 Einführung

- 7 Das Ausschließlichkeitsprinzip ist ein das Erneuerbare-Energien-Gesetz prägendes Prinzip, das bereits in § 1 Satz 1 des StrEG⁵ sowie in § 2 Abs. 1 EEG 2000⁶ verankert war.
- 8 Das im EEG 2004 geregelte Ausschließlichkeitsprinzip (§§ 5 Abs. 1 Satz 1, 8 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2004) für Biomasseanlagen wirft verschiedene Fragen auf, die in der Praxis zu Unsicherheiten führen.
- 9 Nicht eindeutig geregelt ist zunächst, ob sich das Ausschließlichkeitsprinzip allein auf den Prozess der Stromerzeugung selbst oder auch auf die vorbereitenden Schritte

⁴Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/15>.

⁵Gesetz über die Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Stromeinspeisungsgesetz – StrEG) v. 07.12.1990 (BGBl. I S. 2633), aufgehoben durch das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes v. 29.03.2000 (BGBl. I S. 305), nachfolgend bezeichnet als StrEG.

⁶Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) v. 29.03.2000 (BGBl. I S. 305), aufgehoben durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), nachfolgend bezeichnet als EEG 2000.

bezieht. Die Unsicherheit betrifft insbesondere den Einsatz von fossilen Energieträgern beim **Anfahrbetrieb mit konventionellen Energieträgern**.⁷

- 10 Zudem wird diskutiert, welche Folgen eine „**Mischfeuerung**“, d. h. die gleichzeitige Nutzung von erneuerbaren und fossilen Energie(träger)n⁸ bzw. von verschiedenen Erneuerbaren Energien⁹ im Hinblick auf die Vergütung nach dem EEG 2004 hat.
- 11 Keine ausdrückliche Regelung enthält das EEG 2004 des Weiteren zur Frage der Zulässigkeit der alternierenden Verwendung von fossilen und regenerativen Einsatzstoffen in einer Anlage (**alternierender Betrieb bzw. alternierende Fahrweise**). Hier findet ein Wechsel in der Betriebsführung der Anlage zwischen Phasen statt, in denen ausschließlich erneuerbare Energieträger genutzt werden und Phasen, in denen (auch) andere (fossile) Energieträger eingesetzt werden¹⁰ – z. B. zum Zwecke der Sicherung der Stromversorgung umliegender Gebäude im Falle einer Stromversorgungsunterbrechung.
- 12 Unsicherheit herrscht insbesondere darüber, ob und unter welchen Umständen trotz eines vorübergehenden Einsatzes von fossilen Energieträgern die Vergütungen gem. § 8 EEG 2004 für den in der betreffenden Anlage erzeugten Strom (weiter) zu zahlen sind oder ob der Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip den endgültigen Wegfall der Vergütung nach § 8 EEG 2004 nach sich zieht.

⁷Rechtsprechung zum Ausschließlichkeitsprinzip im Rahmen der Inbetriebnahme einer Anlage: *OLG Oldenburg*, Urt. v. 30.03.2006 – 14 U 123/05, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/110> und zuletzt *BGH*, Urt. v. 21.05.2008 – VIII ZR 308/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/400>, wonach die Inbetriebnahme die ausschließliche Verwendung Erneuerbarer Energien voraussetzt, so dass ein fossiler „Probetrieb“ diese beispielsweise ausschließt.

⁸*LG Frankfurt/Oder*, Urt. v. 30.12.2004 – 12 O 590/04, ZNER 2005, 175, 176, wonach die Mischfeuerung und -vergütung nicht der Zielrichtung des EEG entspreche, die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien zu fördern, so dass die Erleichterungen des § 12 Abs. 5 EEG 2004 der Anlagenbetreiberin bzw. dem -betreiber hier nicht zugute kommen; *OLG Naumburg*, Urt. v. 27.03.2008 – 11 O 66/06, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/295>, zur Frage, ob Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber eine Einspeisevergütung nach § 8 EEG 2004 verlangen können, wenn sie Betriebshilfsmittel, wie z. B. mineralische Präparate zur Verbesserung der Gärwirkung, der Biomasse zugeben (hier bejaht); *OLG Hamm*, Urt. v. 29.11.2005 – 21 U 57/05, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/107>, zur Frage, ob es eine prozentuale Begrenzung für den Einsatz fossiler Brennstoffe zur Zünd- und Stützfeuerung gibt (hier verneint).

⁹Siehe u. a. *LG Kiel*, Urt. vom 28.10.2001 – 16 O 55/00, zum Einsatz von Klärschlamm in einer Biogasanlage.

¹⁰Vgl. *Altrock/Theobald*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 5 Rn. 17.

- 13 Die diesbezüglich widerstreitenden Ansichten spiegeln sich nicht zuletzt in den bei der Clearingstelle EEG eingegangenen Stellungnahmen¹¹ der akkreditierten Verbände wider. Zur vorübergehenden alternierenden Fahrweise, insbesondere in der Ausprägung, dass eine Einspeisung von Strom in das Netz während des Einsatzes fossiler Energieträger unterbunden ist und zu der Frage, ob und unter welchen Umständen der Einsatz von fossilen Brennstoffen den endgültigen Wegfall der Vergütung nach § 8 EEG 2004 zur Folge hat, ist – soweit ersichtlich – noch keine gerichtliche Entscheidung ergangen. In der Literatur wird dazu vornehmlich die Ansicht vertreten, dass mit der (angenommenen) Etablierung eines „anlagenbezogenen Ausschließlichkeitsprinzips“ in § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 und § 8 Abs. 1 EEG 2004 der Einsatz fossiler bzw. anderer nicht unter den Biomassebegriff des § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 fallender Brennstoffe zum endgültigen Ausschluss der Anlage aus dem Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 führe.¹²

3 Zusammenfassung der Stellungnahmen

3.1 BBK Bundesverband Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V.

- 14 Nach Ansicht des BBK verstößt der Anfahrbetrieb mit konventionellen Einsatzstoffen nach der Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 1 EEG 2004¹³ nicht gegen das Ausschließlichkeitsprinzip des § 5 Abs. 1 EEG 2004. Gemäß § 8 Abs. 6 Satz 1 EEG 2004 entfalle bei nach dem 31. Dezember 2006 in Betrieb genommenen Anlagen die Vergütungspflicht, wenn für die Zünd- und Stützfeuerung nicht ausschließlich Biomasse im Sinne der BiomasseV oder Pflanzenölmethylester verwendet werde. Bei vor dem 1. Januar 2007 in Betrieb genommenen Anlagen gelte der Anteil der notwendigen fossilen Zünd- und Stützfeuerung auch nach dem 31. Dezember 2006 als Biomasse. Bei Erzeugung von Strom unter Verwendung fossiler Einsatzstoffe, ohne dass es sich dabei um einen notwendigen Anfahrbetrieb oder eine notwendige Zünd- und Stützfeuerung gem. § 8 Abs. 6 EEG 2004 handele, entfalle der Vergütungsanspruch. Aufgrund des Wortlautes des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 entfalle der NawaRo-Bonus bei

¹¹ Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/15>.

¹² Vgl. Altrock/Theobald, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 5 Rn. 17, § 8, Rn. 28; Müller, RdE 2004, 237, 239.

¹³ Vgl. die Beschlussempfehlung, BT-Drs. 15/2864, S. 35 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/ee2004/material>.

Einsatz fossiler Einsatzstoffe außerhalb des Anfahrbetriebs oder einer notwendigen Zünd- und Stützfeuerung i. S. d. § 8 Abs. 6 EEG 2004 sofort und endgültig. Im Gegensatz dazu entstünden die Ansprüche auf die Mindestvergütung, den KWK-Bonus und den Technologie-Bonus bei in Übereinstimmung mit dem Ausschließlichkeitsprinzip erfolgter Stromerzeugung neu.

- 15 Eine rein am Wortlaut orientierte Anwendung des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 stoße nach Ansicht des BBK auf Bedenken. Der sofortige und endgültige Wegfall des NawaRo-Bonus ohne Berücksichtigung des Grundes oder eines Verschuldens für den Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip sei unverhältnismäßig. Ein unverschuldeter Verstoß etwa durch höhere Gewalt oder ein ihn begründender sachlicher Grund, etwa die Aufrechterhaltung des Anlagenbetriebs zur Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen, dürfe vor dem Hintergrund, dass der dauerhafte Anspruchsverlust eine unmittelbare Insolvenzgefahr des Anlagenbetreibers mit sich bringe, nicht zum sofortigen und dauerhaften Verlust des NawaRo-Bonus führen. Der sofortige und endgültige Wegfall des NawaRo-Bonus in einem Notfall widerspreche dem in § 1 EnWG und in § 1 EEG 2004 zum Ausdruck kommenden öffentlichen Interesse an einer sicheren und nachhaltigen Stromversorgung.
- 16 Die Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 sei aus Gründen der Verhältnismäßigkeit einschränkend auszulegen.

3.2 BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

- 17 Nach Ansicht des BDEW entfällt gemäß § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 der Anspruch auf erhöhte Vergütung gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 EEG 2004 endgültig, sobald die Voraussetzungen von § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 nicht mehr erfüllt seien. Während eine EEG-Anlage anfänglich mit fossilen Einsatzstoffen oder Einsatzstoffen nach § 8 Abs. 1 EEG 2004 i. V. m. der BiomasseV betrieben werden könne, führe eine Wiedenumstellung auf Einsatzstoffe, die nicht den Vorgaben von § 8 Abs. 2 Satz 1 oder Satz 2 EEG 2004 entsprechen, zu einem dauerhaften Verlust des Anspruchs auf den dortigen Zuschlag. Damit habe der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁴ Missbrauch bei der Zuschlagregelung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 EEG 2004 vorbeugen wollen.

¹⁴Vgl. Beschlussempfehlung des BT-Ausschusses, BT-Drs. 15/2864, S. 35 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/ee2004/material>.

- 18 Die kulanztweise Duldung anderer als der in § 8 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 EEG 2004 genannten Einsatzstoffe sei nach erstmaligem Einsatz dieser Stoffe und Beanspruchung des Zuschlags nicht mehr zulässig. Bei Brennstoffengpässen müsse der Anlagenbetreiber bzw. die Anlagenbetreiberin notfalls den Stillstand der Anlage in Kauf nehmen, um den Anspruch auf Zahlung des Zuschlags nicht zu verlieren. Das strikte Ausschließlichkeitsprinzip werde auch in der Rechtsliteratur zu § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 vertreten.¹⁵
- 19 Da § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 ausschließlich auf die objektive Einhaltung der Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 EEG 2004 abstelle, sei es unerheblich, ob eine Verletzung des Ausschließlichkeitsprinzips durch den Anlagenbetreiber bzw. die Anlagenbetreiberin selbst oder durch eine andere Person erfolgt oder ob der Verstoß fahrlässig, vorsätzlich oder zufällig erfolgt sei.
- 20 In Bezug auf das Ausschließlichkeitsprinzip nach § 8 Abs. 1 EEG 2004 müsse nach Ansicht des BDEW zwischen Anlagen mit Inbetriebnahme vor und ab dem 1. August 2004 unterschieden werden.
- 21 Für Biomasse-Anlagen mit einem Inbetriebnahmedatum ab dem 1. August 2004 gelte Folgendes:
- Es gelten die Vergütungsvorschriften gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004. Es sei hier auf die gesamte Betriebsdauer der Anlage ab erstmaligem Einsatz von Biomasse i. S. v. § 8 Abs. 7 i. V. m. § 21 Abs. 5 EEG 2004 sowie der BiomasseV abzustellen („anlagenbezogenes Ausschließlichkeitsprinzip“).¹⁶
 - Eine teilweise oder vollständige Verwendung von Einsatzstoffen, die nicht diesen Voraussetzungen entsprechen, führe dann zum dauerhaften und endgültigen Vergütungsausschluss, wenn die Anlage vorher Biomasse i. S. d. BiomasseV eingesetzt und der Anlagenbetreiber bzw. die Anlagenbetreiberin hierfür einen Vergütungsanspruch nach § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1

¹⁵Der BDEW nennt hier: *Oschmann/Vollprecht*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 78; *Oschmann*, in: Danner/Theobald, Energierecht Band II, 58. EL Stand: Februar 2008, § 8 Rn. 67; *Steiner*, in: Reshöft/Steiner/Dreher, EEG Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 8 Rn. 31; *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 8 Rn. 114.

¹⁶Hier führt der BDEW an: *Altröck/Theobald*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 5 Rn. 17; *Oschmann/Vollprecht*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 28; *Oschmann*, in: Danner/Theobald, Energierecht Band II, 58. EL Stand: Februar 2008, § 8 Rn. 30 f., § 5 Rn. 14; *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 5 Rn. 13, § 8 Rn. 82.

EEG 2004 geltend gemacht habe. Dieses Prinzip werde nur durch die zulässige Zünd- und Stützfeuerung nach § 8 Abs. 6 EEG 2004 und durch die Regelung des § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 durchbrochen.

- Unerheblich seien aufgrund des anlagenbezogenen Ausschließlichkeitsprinzips auch die Gründe, die zu dem vorübergehenden teilweisen oder ausschließlichen Einsatz von Stoffen führten, die nicht mit der BiomasseV vereinbar seien.
- Dementsprechend sei es auch unerheblich, ob die Anlage ausschließlich zur Sicherung der Notversorgung umliegender Gebäude im Falle der Unterbrechung der allgemeinen Stromversorgung vorübergehend fossile Einsatzstoffe einsetze. Der Anlagenbetreiber bzw. die Anlagenbetreiberin hätte für diesen Fall eine alternative Stromversorgung, z. B. durch ein Notstromaggregat, sicherstellen müssen, um den dauerhaften und endgültigen Verlust der Vergütung zu vermeiden. § 3 Abs. 5 Satz 2 EEG 2004 berücksichtige diesen Sachverhalt ausdrücklich.

2.2 Für Biomasse-Anlagen mit einem Inbetriebnahmedatum vor dem 1. August 2004 gelte Folgendes:

- Für solche Anlagen habe bis zum 31. Juli 2004 das „einspeisungsbezogene Ausschließlichkeitsprinzip“ nach § 2 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1 Satz 1 und § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 gegolten, wonach es nur erforderlich gewesen sei, dass der eingespeiste Strom aus der Anlage ausschließlich aus Biomasse i. S. d. BiomasseV erzeugt wurde. Nicht erforderlich sei gewesen, dass die Anlage dauerhaft ausschließlich Biomasse i. S. d. BiomasseV als Einsatzstoff verwendete. Dementsprechend sei ein Intervallbetrieb der Anlage einerseits mit Biomasse und andererseits mit anderen Einsatzstoffen zulässig gewesen.
- Trotz § 5 Abs. 1 Satz 1 und § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 führe § 21 Abs. 1 EEG 2004 dazu, dass vor dem 1. August 2004 in Betrieb genommene Anlagen auch im Rahmen der Geltungsdauer des EEG 2004 weiterhin alternierend mit Biomasse oder mit sonstigen Einsatzstoffen betrieben werden könnten. Insoweit gelte das „einspeisungsbezogene Ausschließlichkeitsprinzip“ des EEG 2000 unbefristet weiter.
- Dementsprechend wäre ein zwischenzeitlicher Einsatz fossiler Einsatzstoffe zur Aufrechterhaltung der Notstromversorgung bei Ausschluss des EEG-Ver-

gütungsanspruchs für die entsprechende Zeit zulässig, wenn die Anlage vor dem 1. August 2004 in Betrieb genommen wurde.

3.3 Fachverband Biogas e. V.

23 Nach Ansicht des Fachverbandes Biogas e. V. entfällt der Vergütungsanspruch nach § 8 EEG 2004 nicht dauerhaft, sondern es führe nur zu einem zeitweisen Verlust des Vergütungsanspruches, sobald der Ausschließlichkeitsgrundsatz des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 verletzt werde. Im Einzelnen:

- Der Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 setze zwar die Einhaltung des Ausschließlichkeitsprinzips voraus, bestimme jedoch nicht, dass der Anspruch entfalle, wenn das Ausschließlichkeitsprinzip verletzt werde, was für einen dauerhaften Verlust der Ansprüche sprechen würde.
- Nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 komme es nur darauf an, dass zum Zeitpunkt der Stromerzeugung ausschließlich Erneuerbare Energien eingesetzt würden. Ein Wechsel in der Betriebsführung zwischen der ausschließlichen Nutzung Erneuerbarer Energien und Phasen, in denen auch andere Energieträger eingesetzt werden, sei möglich; die Vergütungsansprüche entfielen damit nur für den Zeitraum des Verstoßes gegen den Ausschließlichkeitsgrundsatz gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004.
- Aus der Formulierung des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 lasse sich entnehmen, dass dort, wo ein dauerhafter Wegfall der Vergütung aufgrund der Verletzung des Ausschließlichkeitsprinzips gewollt sei, dies der Gesetzgeber auch ausdrücklich erklärt habe.
- Die Gesetzesbegründung¹⁷ zu § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 stelle allein darauf ab, ob der Strom ausschließlich aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas erzeugt worden sei. Unerheblich sei es, ob die Anlage zu einem anderen Zeitpunkt mit Erneuerbaren Energien oder Grubengas betrieben wurde.

¹⁷Anm. der Clearingstelle EEG: Die Stellungnahme führt nicht aus, auf welches Dokument Bezug genommen wird. Aufgrund der textlichen Übereinstimmungen ist anzunehmen, dass es sich um die konsolidierte Fassung der Begründung zum EEG 2004 (Begründung aus dem Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, BT-Drs. 15/2864, unter Berücksichtigung der Änderungen durch die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drs. 15/3385; abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/151>) handelt.

- Der Befund werde zudem durch die Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Regelung des § 5 EEG 2004 gestützt. Der Gesetzesbegründung¹⁸ zu § 5 EEG 2004 zufolge sei die Umwelt- und Klimafreundlichkeit in der Bilanz entscheidend. Es könne deshalb allein darauf ankommen, welche Stoffe zur Stromerzeugung eingesetzt wurden.
- 24 Wie bei § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 sei das Ausschließlichkeitsprinzip nach § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 als Voraussetzung für den Anspruch, also in einer den Anspruch begründenden Weise formuliert und nicht so gefasst, dass der Anspruch entfalle, wenn gegen das Ausschließlichkeitsprinzip verstoßen werde. Im Einzelnen:
- Der Wortlaut stelle darauf ab, welche Stoffe eingesetzt würden, nicht darauf, aus welchen Stoffen in der Vergangenheit Strom produziert worden sei. Wenn der Gesetzgeber den dauerhaften Verlust des Anspruches gewollt hätte, hätte er eine § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 entsprechende Formulierung gewählt.
 - Auch in der Gesetzesbegründung¹⁹ finde sich kein Anhaltspunkt, dass die Anlage zu jedem Zeitpunkt mit Erneuerbaren Energien betrieben werden müsse.
 - Ein Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip nach § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 begründe daher keinen dauerhaften Verlust des Vergütungsanspruchs, der Vergütungsanspruch entfalle lediglich für den Zeitraum der Verletzung.
- 25 Nach Ansicht des Fachverbandes Biogas e. V. ist es sowohl aufgrund des klaren Wortlauts der Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 als auch zur Verhinderung von Missbrauch gerechtfertigt, dass der Anspruch auf die Zusatzvergütung des § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 entfalle, soweit die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 nicht eingehalten bzw. das Ausschließlichkeitsprinzip verletzt werde.
- 26 Die Regelung des § 8 Abs. 6 EEG 2004 begründe keinen endgültigen Wegfall der Vergütung in dem Fall, dass Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2006 in Betrieb genommen worden sind, für Zwecke der Zünd- und Stützfeuerung nicht ausschließlich Biomasse i. S. d. BiomasseV oder Pflanzenmethylester verwendeten. Aus der Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 gehe klar hervor, dass dort, wo Vergütungsansprüche auf Dauer entfallen solle, eine ausdrückliche Regelung des Gesetzgebers erfolge.

¹⁸Anm. der Clearingstelle EEG: vgl. unter Fn. 17.

¹⁹Anm. der Clearingstelle EEG: vgl. unter Fn. 17.

27 Zu den Voraussetzungen eines dauerhaften Wegfalls der Vergütung nach § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 durch den Einsatz fossiler Energieträger führt der Fachverband Biogas e. V. im Einzelnen aus:

- Für den Verlust der Zusatzvergütung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 sei gemäß § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 kein Verschulden erforderlich.
- Jedoch sei eine verfassungskonforme Auslegung des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 dahingehend geboten, dass der Vergütungsanspruch nach § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 durch den Einsatz fossiler Energieträger nur dann entfalle, wenn der Anlagenbetreiber schuldhaft, zumindest einfach fahrlässig, gehandelt habe. Dies erkläre sich aus dem Sinn und Zweck der Regelung, Missbrauchsfälle zu verhindern, d. h. Konstellationen, in denen eine willentliche Tätigkeit vorliege und die entsprechende Sanktion durch ein gewisses Mindestmaß an Verschulden gerechtfertigt sei.
- Es sei dann eine teleologische Reduktion der Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 zu prüfen, wenn deren Zweck – den Missbrauch der Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 durch nicht in § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004 genannte Stoffe zu verhindern – nicht gefährdet sei.
- In der in der Verfahrensfrage beschriebenen Konstellation würden in der Anlage zur ausschließlichen Sicherung der Notstromversorgung vorübergehend fossile Energieträger eingesetzt, weil die Stromversorgungsunterbrechung die weitere Versorgung der Anlage mit Biomasse unmöglich werden lasse. Dürften in einem solchen Fall keine fossilen Energieträger eingesetzt werden, würden zum einen erhebliche Kosten für die Versorgung der umliegenden Gebäude entstehen, zum anderen wäre zu befürchten, dass die dann aufzubauende Sekundärversorgung zu Umweltbelastungen führe. Da in diesem Fall keine Missbrauchsgefahr bestehe, sei an eine teleologische Reduktion des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 zu denken.

4 Herleitung

28 Die für alle Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien geltende Regelung der Vergütungsvoraussetzungen in § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 ist jeweils in Verbindung mit den speziellen Vergütungsvoraussetzungen der §§ 6 bis 11 EEG 2004

für die einzelnen Energieträger – für Biomasse i. V. m. § 8 EEG 2004 – zu lesen. Die Vorschrift des § 8 EEG 2004 bzw. die BiomasseV²⁰ enthalten zusätzliche und spezielle Bedingungen für die Vergütung von Strom, der unter Einsatz von Biomasse gewonnen wird, insbesondere im Hinblick auf das Ausschließlichkeitsprinzip.

- 29 Nachfolgend wird in einem ersten Schritt das Ausschließlichkeitsprinzip im Zusammenhang mit dem NawaRo-Bonus nach § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 EEG 2004 (siehe hierzu unter 4.1) in den Blick genommen. In einem zweiten Schritt folgt die Betrachtung des Ausschließlichkeitsprinzips im Zusammenhang mit der Grundvergütung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 EEG 2004 (siehe hierzu unter 4.2). Abschließend werden unter 4.3 Darlegungs- und Beweisfragen behandelt und unter 4.4 ein Rat zur Praxis erteilt.

4.1 Ausschließlichkeitsprinzip nach § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 EEG 2004 (NawaRo-Bonus)

- 30 Die Regelung des § 8 Abs. 2 EEG 2004 legt zunächst in § 8 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 fest, ab welchem Zeitpunkt der Anspruch auf den NawaRo-Bonus entsteht. Nach § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 muss der Strom *ausschließlich* aus den in Nr. 1 Buchst. a), b) oder c) des § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 genannten Einsatzstoffen gewonnen werden. Zudem muss die Biomasseanlage nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2004 *ausschließlich* für den Betrieb mit diesen Stoffen genehmigt sein oder der Anlagenbetreiber bzw. die Anlagenbetreiberin muss – für den Fall, dass eine solche Genehmigung nicht vorliegt – durch ein Einsatzstofftagebuch mit Angaben und Belegen über Art, Menge und Herkunft der eingesetzten Stoffe den Nachweis führen können, dass keine anderen Stoffe eingesetzt werden. Des Weiteren dürfen nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EEG 2004 auf demselben Betriebsgelände keine Biomasseanlagen betrieben werden, in denen Strom aus sonstigen Stoffen gewonnen wird. Daraus folgt, dass die Anforderungen des Ausschließlichkeitsprinzips für den Erhalt des NawaRo-Bonus neben den speziellen Anforderungen des § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 EEG 2004 einzuhalten sind, sobald der Strom ausschließlich aus den in § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a), b) oder c) EEG 2004 genannten Einsatzstoffen gewonnen wird.
- 31 Alsdann bestimmt § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004, dass der Anspruch auf den NawaRo-Bonus *endgültig* entfällt, sobald die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004

²⁰Verordnung über die Erzeugung von Strom aus Biomasse (Biomasseverordnung – BiomasseV) vom 21.06.2001 (BGBl. I S. 1234), zuletzt geändert durch die 1. Verordnung zur Änderung der Biomasseverordnung vom 09.08.2005 (BGBl. I S. 2419).

nicht mehr erfüllt sind. Durch die Verwendung des Begriffs „sobald“ wird deutlich, dass sowohl eine Mischfeuerung als auch eine alternierende Fahrweise in einer Anlage mit anderen als den in § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) – c) EEG 2004 genannten Energieträgern gegen das Ausschließlichkeitsprinzip für den Erhalt des NawaRo-Bonus verstößt und als Rechtsfolge zu einem endgültigen Verlust des erhöhten Vergütungsanspruchs führt. Hätte der Gesetzgeber eine weniger strikte Regelung treffen wollen, so hätte er stattdessen „wenn und soweit“ formulieren können.

- 32 Der Wortlaut dieser Regelung ist sowohl in seinen Tatbestandsvoraussetzungen als auch in der Rechtsfolge eindeutig, so dass eine weitergehende Auslegung dieser Vorschrift ausgeschlossen ist.
- 33 Der Wortlaut eröffnet auch keinen Spielraum für die Einbeziehung weiterer Voraussetzungen, wie beispielsweise das Vorliegen eines Verschuldens der Anlagenbetreiberin bzw. des Anlagenbetreibers.
- 34 Überdies bestehen auch keine Anhaltspunkte für eine teleologische Reduktion der Vorschrift dahingehend, dass in bestimmten Konstellationen trotz Verstoßes gegen das Ausschließlichkeitsprinzip kein endgültiger Verlust des NawaRo-Bonus eintritt. Eine solche teleologische Reduktion kommt immer dann in Betracht, wenn der Gesetzeswortlaut weiter reicht als es der Zweck der Vorschrift gebietet.²¹ Sinn und Zweck des Ausschließlichkeitsprinzips in § 8 Abs. 2 EEG 2004 ist die Vermeidung von Missbrauchsfällen. Die Gefahr des Missbrauchs besteht dabei nur, wenn die erhöhte Vergütung bereits einmal beansprucht wurde. Die Einhaltung der Voraussetzungen soll durch § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 gerade zusätzlich abgesichert werden, indem dieser als Folge der Nichtbeachtung den dauerhaften Verlust der Zusatzvergütung festlegt.²²
- 35 Ob die Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 gegen Grundrechte verstößt und daher im Wege der verfassungskonformen Auslegung einzuschränken ist, kann von der Clearingstelle EEG nicht geklärt werden, weil die Clearingstelle EEG zur Auslegung und Anwendung von Verfassungsrecht nicht berufen ist.

²¹Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1. Aufl. 1994, S. 635; Treder, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 1. Aufl. 1998, S. 64 f.

²²Vgl. die Beschlussempfehlung des BT-Ausschusses, BT-Drs. 15/2864, S. 39 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2004/material>.

4.2 Ausschließlichkeitsprinzip nach § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 (Grundvergütung)

4.2.1 Wortlaut

36 Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 sind Netzbetreiber verpflichtet,

„... Strom, der in Anlagen gewonnen wird, die *ausschließlich* Erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen und den sie nach § 4 Abs. 1 oder Abs. 5 abgenommen haben, nach Maßgabe der §§ 6 bis 12 zu vergüten.“²³

37 § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 lautet:

„Für Strom, der in Anlagen mit einer Leistung bis einschließlich 20 Megawatt gewonnen wird, die *ausschließlich* Biomasse im Sinne der nach Abs. 7 erlassenen Rechtsverordnung, der Biomasseverordnung einsetzen, beträgt die Vergütung ...“²⁴

38 **Eindeutig** folgt aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 und des § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004, dass Strom nur vergütet wird, wenn er in Anlagen erzeugt wird, die *ausschließlich* Erneuerbare Energien oder Grubengas bzw. Biomasse im Sinne der nach Abs. 7 erlassenen Rechtsverordnung, also der BiomasseV, einsetzen. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird das Wort „ausschließlich“ als Synonym u. a. für „alles andere ausschließend“, „alleinig“, „exklusiv“ und „einzig“ verwendet.²⁵

39 Im Falle eines gleichzeitigen Einsatzes anderer Stoffe als Biomasse i. S. d. BiomasseV, also bei kumulativer Nutzung von Biomasse i. S. d. BiomasseV und anderen (ggf. fossilen) Energieträgern in einer Anlage (sog. Mischfeuerung) entfällt der Vergütungsanspruch somit vollständig, bleibt also auch nicht anteilig bestehen.

²³Hervorhebung nicht im Original.

²⁴Hervorhebung nicht im Original.

²⁵*Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts, <http://www.dwds.de/?kompakt=1&qu=ausschlie%C3%9Flich>, zuletzt abgerufen am 01.02.2011.*

- 40 **Nicht eindeutig** geht aus dem Wortlaut indes hervor, zu welchem Zeitpunkt ausschließlich Biomasse i. S. d. BiomasseV eingesetzt werden muss und somit insbesondere, ob Anlagenbetreiberinnen und -betreiber *dauerhaft und endgültig* den Anspruch auf die Grundvergütung verlieren, wenn sie in einer Anlage vorübergehend andere Stoffe als Biomasse i. S. d. BiomasseV einsetzen.
- 41 Diese Uneindeutigkeit folgt daraus, dass sich dem Gesetzeswortlaut nicht zweifelsfrei entnehmen lässt, ob sich der Begriff „ausschließlich“ in § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 bzw. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 auf die *Anlage* oder auf die *Einsatzstoffe* zur Stromerzeugung bezieht.
- 42 Für die Annahme, dass sich „ausschließlich“ auf die *Anlage* bezieht, spricht zunächst die relative Halbsatzkonstruktion in § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004:

„... in Anlagen mit einer Leistung bis einschließlich 20 Megawatt gewonnen wird, *die* ausschließlich Biomasse... einsetzen...“²⁶

- 43 Das Relativpronomen „die“ bezieht sich zweifelsfrei auf „Anlagen“. Hieraus könnte geschlussfolgert werden, dass eine Anlage, in der andere Einsatzstoffe als Biomasse i. S. d. BiomasseV verstromt werden, gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 zu vergütenden Strom nach einem entsprechenden Einsatz nicht mehr zu produzieren vermag, so dass der Vergütungsanspruch dauerhaft und endgültig entfiele, sobald andere Stoffe eingesetzt werden (sog. anlagenbezogenes Ausschließlichkeitsprinzip).
- 44 Dieses Verständnis trifft indes auf erhebliche Bedenken, die aus der grammatikalischen Fassung der Vorschrift des § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 resultieren.
- 45 Zunächst ist festzustellen, dass § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 den Akteur bzw. die Akteurin des den Satz bestimmenden Verbs – „einsetzen“ – nicht exakt benennt. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 verlangt, dass „Anlagen... ausschließlich Biomasse...“ einsetzen. Eine Anlage ist gemäß der Begriffsbestimmung aus § 3 Abs. 2 EEG 2004 eine selbständige *technische Einheit* zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas. Es ist fernliegend, anzunehmen, dass eine „technische Einheit“ einen Stoff „einzusetzen“ vermag, da das „Einsetzen“ von Stoffen zur Verstromung einen willkürlichen Akt bezeichnet, technische Einheiten zur Ausübung willensgeleiteter Handlungen indes nicht befähigt sind. Es sind vielmehr die Anlagenbetreiberinnen bzw. die Anlagenbetreiber, die Stoffe zur Verstromung einsetzen, denn sie

²⁶Hervorhebung nicht im Original.

nutzen die Anlage zum Zwecke der Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas, § 3 Abs. 3 EEG 2004. Im Wege der grammatikalischen Wortlautkorrektur ist Akteur des „Einsetzens“ somit nicht die Anlage, sondern die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber. Dies ist ein erstes Indiz dafür, dass es auf den Prozess des Stoffeinsatzes für sich genommen ankommt.

- 46 In der Konsequenz beinhaltet § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 auch keine Begriffsbestimmung für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biomasse. Zum einen sind die Begriffsbestimmungen zum EEG 2004 in § 3 EEG 2004 geregelt. Zum anderen liegt es nach den vorgenannten Erwägungen nahe, auf den Einsatz von Stoffen durch die Anlagenbetreiberin bzw. den -betreiber abzustellen. Die Satzkonstruktion von § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 unter Einschluss der Relativkonstruktion „Anlagen... , die...“ könnte jedenfalls so gewählt worden sein, um die Leistungsgrenze bis einschließlich 20 Megawatt *uno actu* einführen zu können.
- 47 Sodann spricht die Analyse der zeitlichen Form von § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 gegen die Annahme, dass eine Anlage, in der andere Einsatzstoffe als Biomasse i. S. d. BiomasseV verstromt werden, gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 zu vergütenden Strom nach einem entsprechenden Einsatz nicht mehr zu produzieren vermag.
- 48 § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 verlangt, dass die Anlagen (bzw. gem. der o. g. grammatikalischen Wortlautkorrektur die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber) ausschließlich Biomasse i. S. d. BiomasseV „einsetzen“. Diese Formulierung ist im Präsens formuliert, ohne auf Vorgänge in der Vergangenheit oder der Zukunft Bezug zu nehmen.²⁷ Handlungen vor oder nach dem „Einsetzen“ bleiben dabei schon aufgrund des Wortlauts außer Betracht. Bezöge sich das „Einsetzen“ auch auf (alle) künftigen Handlungen²⁸, könnte man durch die hiermit verbundene Ausweitung der indikativen Präsensformulierung des Gesetzeswortlauts auch zu dem Schluss kommen, auch zu jedem Zeitpunkt in der Zukunft den von diesem Zeitpunkt aus gesehen zeitlich vergangenen Einsatz von anderen Stoffen als Biomasse i. S. d. BiomasseV zu Lasten der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber zu berücksichtigen – und zwar rückwirkend bis zu dem Tag, an dem erstmals die Vergütung geltend gemacht wurde. Dies würde jedoch zu dem Ergebnis führen, dass Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber in dem Fall des Einsetzens anderer Einsatzstoffe als Biomasse i. S. d. BiomasseV nicht nur ab diesem Zeitpunkt des „Einsetzens“ ihren Vergütungs-

²⁷Insoweit abweichend die Formulierung in § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004: „endgültig“, d. h. auch für die Zukunft – zur systematischen Auslegung vgl. 4.2.2.

²⁸So die Stellungnahme des BDEW unter 3.2.

anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 verlieren würden, sondern auch für die Vergangenheit, weil eine Anlage, in der irgendwann einmal andere Einsatzstoffe eingesetzt werden, im Sinne eines streng anlagenbezogenen Ausschließlichkeitsprinzips *nie* ausschließlich Biomasse *einsetzt*. Da aber nie mit absoluter Sicherheit auszuschließen ist, dass in irgendeiner Biomasseanlage zu irgendeinem Zeitpunkt einmal andere Einsatzstoffe als Biomasse i. S. d. BiomasseV eingesetzt werden, würde ein anlagenbezogenes Ausschließlichkeitsprinzip potentiell jede Biomasseanlage mit dem auch rückwirkenden Ausschluss ihrer Vergütungsfähigkeit belegen. Auch wäre es ausgeschlossen, ursprünglich fossil betriebene Anlagen später auf Biomasse umzustellen. Jedenfalls begegnet eine nicht nur auf den Moment des Einsatzes selbst bezogene Lesart der Formulierung „einsetzen“ erheblichen Bedenken.

- 49 **Zwischenergebnis** § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 regelt eindeutig, dass der Einsatz (auch) von anderen Stoffen als Biomasse i. S. d. BiomasseV den Vergütungsanspruch für Strom, der durch diesen Einsatz gewonnen wird, entfallen lässt. Auch eine anteilige Vergütung ist nicht geschuldet. Dem Wortlaut der genannten Vorschriften ist indes nicht völlig zweifelsfrei zu entnehmen, ob der Einsatz (auch) von anderen Stoffen als Biomasse i. S. d. BiomasseV im Sinne einer Mischfeuerung, einer alternierenden Fahrweise oder für Zeiträume, in denen der erzeugte Strom nicht eingespeist wird, den Vergütungsanspruch dauerhaft und endgültig entfallen lässt. Insofern ist die Auslegung des Gesetzeswortlauts geboten.

4.2.2 Systematische Auslegung

- 50 Im Rahmen der systematischen Auslegung wird die zu untersuchende Norm im Zusammenhang mit anderen Normen desselben oder anderer Gesetze betrachtet. Nachfolgend wird zunächst das Ausschließlichkeitsprinzip des § 8 Abs. 2 EEG 2004²⁹ betrachtet, um hieraus Rückschlüsse auf das Ausschließlichkeitsprinzip nach § 8 Abs. 1 EEG 2004 zu ziehen. Anschließend werden die Biogaseinspeisung gemäß § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 und die gesetzlichen Ausnahmebestimmungen vom Ausschließlichkeitsprinzip dargestellt.
- 51 **Ausschließlichkeitsprinzip gemäß § 8 Abs. 2 EEG 2004** Wie bereits unter 4.1 gezeigt, besteht nach § 8 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 die Voraussetzung für die erhöhte

²⁹Hierzu ausführlich bereits unter 4.1.

Mindestvergütung (NawaRo-Bonus) ab dem Zeitpunkt, von dem an die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 erfüllt sind. Sobald die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 nicht mehr erfüllt sind, entfällt nach § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 der Anspruch auf die erhöhte Vergütung endgültig. Daraus folgt, dass im Gegensatz zu dem in § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 geregelten Ausschließlichkeitsprinzip das Ausschließlichkeitsprinzip des § 8 Abs. 2 EEG 2004 eine klare Regelung sowohl hinsichtlich der zeitlichen Komponente als auch der Rechtsfolge eines Verstoßes trifft.

- 52 Hieraus könnte gefolgert werden, dass ein Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip nach § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung gerade nicht zu einem dauerhaften und endgültigen Verlust des Vergütungsanspruches nach § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 führen soll.³⁰ Dies hätte im Fall der Mischfeuerung und des alternierenden Betriebs zur Folge, dass der Vergütungsanspruch nur für den Zeitraum des Verstoßes, jedoch nicht dauerhaft entfielen.
- 53 Eine eindeutige Aussage für das in § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 geregelte Ausschließlichkeitsprinzip lässt sich hieraus indes nicht ableiten. Denn man könnte auch zu der Schlussfolgerung kommen, dass die Anordnung des dauerhaften Vergütungsverlustes nur zur Verdeutlichung bzw. Hervorhebung der Rechtsfolge erfolgt ist, wobei gegen eine solche Annahme spricht, dass der Gesetzgeber dies dann auch umfassend für den Anwendungsbereich des § 8 EEG 2004 hätte regeln können, was aber gerade nicht erfolgt ist.
- 54 **(Gesetzliche) Ausnahmebestimmungen vom Ausschließlichkeitsprinzip** Auch aus den (gesetzlichen) Ausnahmebestimmungen vom Ausschließlichkeitsprinzip lässt sich keine Aussage zu der Frage treffen, ob ein Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip nach § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 endgültig und dauerhaft zum Verlust des Vergütungsanspruches führt.
- 55 **Gasäquivalent als Biomasse gemäß § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004** § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 bestimmt, dass auch aus dem Gasnetz entnommenes Gas als Biomasse gilt, soweit die Menge des entnommenen Gases im Wärmeäquivalent der Menge von

³⁰Vgl. die Stellungnahmen des BBK unter 3.1 und des Fachverbandes Biogas e. V. unter 3.3.

an anderer Stelle im Geltungsbereich des Gesetzes in das Gasnetz eingespeistem Gas aus Biomasse entspricht.³¹

56 Davon unberücksichtigt bleibt allerdings die in § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 konstituierte Voraussetzung, dass es sich auch bei dem zunächst ins Gasnetz eingespeisten Biogas um Biomasse i. S. d. BiomasseV handeln muss, so dass die Voraussetzung des Ausschließlichkeitsprinzips nach § 8 Abs. 1 Satz 1 sowie § 8 Abs. 2 EEG 2004 im Übrigen unberührt bleibt.

57 **Zünd- und Stützfeuerung gemäß § 8 Abs. 6 Satz 1 EEG 2004** Abweichend vom Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004, wonach der Vergütungsanspruch entfällt, sofern nicht ausschließlich Biomasse i. S. d. BiomasseV eingesetzt wird, erfolgt in § 8 Abs. 6 Satz 2 EEG 2004 insofern eine Ausnahme vom Ausschließlichkeitsprinzip, als dass bei Anlagen, die vor dem 1. Januar 2007 in Betrieb genommen worden sind, der Anteil, der der notwendigen fossilen Zünd- und Stützfeuerung zuzurechnen ist, auch nach dem 31. Dezember 2006 noch als Strom aus Biomasse gilt.

58 Infolge des eindeutigen Wortlauts, der die Vergütungspflicht *auch* nach dem 31. Dezember 2006 vorschreibt, ist der notwendige Zünd- und Stützfeuerungsanteil auch vor diesem Zeitpunkt vollumfänglich zu vergüten.³²

59 Nach § 8 Abs. 6 Satz 2 EEG 2004 muss die Zünd- und Stützfeuerung *notwendig* sein. Dies ist der Fall, wenn und soweit die Zünd- und Stützfeuerung für den störungsfreien Betrieb der Anlage technisch notwendig ist.³³ Insofern lässt sich dem EEG auch keine feste Obergrenze für den Einsatz fossiler Brennstoffe zur Zünd- und Stützfeuerung entnehmen.³⁴ Daraus folgt, dass jeder über die Notwendigkeit hinausgehende Einsatz anderer Einsatzstoffe als Biomasse i. S. d. BiomasseV zu einer Mischfeuerung und damit zu einem Ausschluss der Vergütung des hierbei erzeugten Stroms führt.

60 Für Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2006 in Betrieb genommen worden sind, entfällt nach § 8 Abs. 6 Satz 1 EEG 2004 die Pflicht zur Vergütung hingegen, wenn

³¹Vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Oschmann/Vollprecht*, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 37 f.

³²Vgl. die Beschlussempfehlung des BT-Ausschusses, BT-Drs. 15/2864, S. 41, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2004/material>.

³³OLG Hamm, Urt. v. 29.11.2005 – 21 U 57/05, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/107>.

³⁴OLG Hamm, Urt. v. 29.11.2005 – 21 U 57/05, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/107>; vgl. aber *Weißborn* zum EEG 2000 in: Böhmer (Hrsg.), Erneuerbare Energien – Perspektiven für die Stromerzeugung, Energie im Dialog Band 3, 1. Aufl. 2003, S. 75.

für Zwecke der Zünd- und Stützfeuerung nicht ausschließlich Biomasse i. S. d. BiomasseV oder Pflanzenölmethylester verwendet wird.

- 61 Allerdings kann aus dem insoweit gleichermaßen unzureichenden Wortlaut dieser Regelung nicht gefolgert werden, dass im Falle des Verstoßes gegen das Ausschließlichkeitsprinzip der Vergütungsanspruch endgültig und dauerhaft entfällt.
- 62 **Geringfügige Verunreinigungen nach der BiomasseV** Nach der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 2 und 3 BiomasseV werden Verunreinigungen der regenerativen Einsatzstoffe³⁵ nur geduldet bzw. nicht als Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip gewertet, wenn sie unvermeidbar sind, d. h. es sich um geringfügige produktions- oder gebrauchsbedingte Anteile fossiler Herkunft handelt, deren Extrahierung nicht möglich ist oder einen so hohen Aufwand erfordern würde, dass die Nutzung der übrigen Biomasse auch unter Anrechnung der Mindestvergütung nicht mehr wirtschaftlich sinnvoll wäre.³⁶ (Nur) solche Unreinheiten sollen ausnahmsweise hingegenommen werden können. Streng abzugrenzen sind solche produktions- oder gebrauchsbedingten Anteile fossiler Herkunft von einer Beimischung fossiler Energieträger aus anderen als den zuvor genannten Gründen. Letztere wäre eine unzulässige Mischfeuerung^{37, 38}
- 63 Hieraus lässt sich jedoch wiederum nicht weiter ableiten, dass eine Vergütung bei erfolgtem Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip einen endgültigen Verlust des Vergütungsanspruchs nach EEG 2004 auch nach Wiederaufnahme eines ausschließlich regenerativen Betriebes zur Folge hat.

³⁵Davon zu unterscheiden sind Betriebshilfsmittel wie z. B. mineralische Präparate zur Verbesserung der Gärwirkung, die nicht den Einsatzstoffen, sondern der Anlagentechnik zuzuordnen sind, womit sich die Frage eines Verstoßes gegen das Ausschließlichkeitsprinzips nicht stellt, vgl. *OLG Naumburg*, Urt. v. 27.03.2008 – 9 U 105/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/295>.

³⁶BT-Drs. 14/6059, S. 10.

³⁷Vgl. Rn. 39.

³⁸Zur Beantwortung der Frage, ob es sich im konkreten Einzelfall um geringfügige produktions- oder gebrauchsbedingte Anteile fossiler Herkunft handelt oder um eine unzulässige Beimischung fossiler Energieträger, rät die Clearingstelle EEG Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreibern und Netzbetreibern, einvernehmlich die Einleitung eines Votumsverfahrens bei der Clearingstelle EEG zu beantragen, um gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden, vgl. <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/info>.

4.2.3 Historische und genetische Auslegungen

- 64 Die Vorgängervorschrift bzgl. des Ausschließlichkeitsprinzips war in § 2 Abs. 1 EEG 2000 (Anwendungsbereich) wie folgt geregelt:

„Dieses Gesetz regelt die Abnahme und die Vergütung von Strom, der *ausschließlich* aus Wasserkraft, Windkraft, solarer Strahlungsenergie, Geothermie, Deponiegas, Klärgas, Grubengas oder aus Biomasse im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone gewonnen wird, durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Netze für die allgemeine Versorgung betreiben (Netzbetreiber). Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft sowie dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie durch Rechtsverordnung, die der Zustimmung des Bundestages bedarf, Vorschriften zu erlassen, welche Stoffe und technischen Verfahren bei Biomasse in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, und welche Umwelanforderungen einzuhalten sind.“³⁹

- 65 Die Vorgängerregelung bzgl. des Ausschließlichkeitsprinzips im EEG 2000 war wiederum in § 1 Satz 1 StrEG geregelt, der wie folgt lautete:

„Dieses Gesetz regelt die Abnahme und die Vergütung von Strom, der *ausschließlich* aus Wasserkraft, Windkraft, Sonnenenergie, Deponiegas, Klärgas oder aus Produkten oder biologischen Rest- und Abfallstoffen der Land- und Forstwirtschaft gewonnen wird, durch öffentliche Elektrizitätsversorgungsunternehmen.“

- 66 In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie wird zu § 2 Abs. 1 EEG 2000 ausgeführt:

„Abs. 1 regelt den Anwendungsbereich des Gesetzes positiv. Erfasst werden wie bereits im Stromeinspeisungsgesetz Wasserkraft, Windkraft, Deponiegas, Klärgas und Biomasse.“

³⁹Hervorhebung nicht im Original.

...

Das Gesetz hält an dem aus dem Stromeinspeisungsgesetz bekannten Ausschließlichkeitsprinzip fest, wonach nur diejenige Form der Stromerzeugung privilegiert wird, die vollständig auf dem Einsatz der genannten Energieträger beruht, soweit nicht die Stromerzeugung aus regenerativen Energieträgern erst durch eine Zünd- oder Stützfeuerang möglich wird. Dem Ausschließlichkeitsprinzip wird in aller Regel nicht Genüge getan, wenn etwa Hafenschlick, behandelte Bahnschwellen, Spanplatten mit synthetischen Bestandteilen oder andere schadstoffhaltige Althölzer eingesetzt werden. Entscheidend ist nach dem in § 1 normierten Zweck des Gesetzes die Umwelt- und Klimafreundlichkeit des jeweiligen Verfahrens. Um nicht ökologisch und ökonomisch sinnvolle Verfahren, die sich noch in der Entwicklung befinden, von vornherein auszuschließen und Fehlentwicklungen gegebenenfalls zu korrigieren, wird das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit mit der Beobachtung und Prüfung der Entwicklung betraut sowie ermächtigt, Vorschriften zu erlassen, um klarzustellen, welche Stoffe und technischen Verfahren bei Biomasse in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen und welche Umweltaforderungen einzuhalten sind. Es kommt dem Gesetzgeber im Ergebnis darauf an, dass mit dem jeweiligen Verfahren die in der Biomasse enthaltenen Schadstoffe so weit wie möglich in den Reststoffen konzentriert und nicht über den Luft- und Wasserpfad weiter verbreitet werden.“⁴⁰

- 67 Damit wird deutlich, dass im EEG 2000 in Anknüpfung an das StrEG ein einsatzstoff- bzw. einspeisungsbezogenes Ausschließlichkeitsprinzip gelten sollte, demzufolge es darauf ankommt, dass die Stromerzeugung tatsächlich ausschließlich aus den in § 1 Satz 1 StrEG bzw. § 2 Abs. 1 EEG 2000 genannten Energieträgern erfolgt.⁴¹ Eine Ausnahme stellt dabei die fossile Zünd- und/oder Stützfeuerang dar, wenn diese erst die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien ermöglicht.

⁴⁰BT-Drs. 14/2776, S. 20 f., Hervorhebung nicht im Original.

⁴¹Vgl. Salje, Stromeinspeisungsgesetz, 1. Auflage 1999, § 1 Rn. 66; Pohlmann, Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierecht, Band 95, 1. Auflage 1996, S. 154 ff.; Herrmann, Anwendungsprobleme des Stromeinspeisungsgesetzes, 1. Auflage 1996, S. 74 ff.; in dem Sinne eines „einspeisungsbezogenen Ausschließlichkeitsprinzips des EEG 2000“ auch die Stellungnahme des BDEW unter 3.2.

- 68 Während der Geltung des StrEG und des EEG 2000 und deren einspeisungsbezogenen Ausschließlichkeitsprinzipien hätte demnach der zeitweise Einsatz von fossilen Energieträgern, etwa zur Sicherung der Notstromversorgung umliegender Gebäude im Fall einer Unterbrechung der durch das Netz für die allgemeine Versorgung erfolgenden Stromversorgung, nicht zu einem dauerhaften Verlust der Vergütung nach § 8 EEG 2004 geführt. Ab dem Zeitpunkt, an dem wieder ausschließlich Erneuerbare Energien oder Grubengas bzw. Biomasse i. S. d. BiomasseV im Sinne des Gesetzes zur Stromerzeugung eingesetzt würden, entstünde der Vergütungsanspruch damit wieder neu.
- 69 Im EEG 2004 wurde das Ausschließlichkeitsprinzip einerseits in die die Vergütungspflicht regelnde Norm des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 aufgenommen und andererseits speziell in die die Vergütungsbedingungen für Strom aus Biomasse regelnde Bestimmung des § 8 EEG 2004 (siehe § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2) i. V. m. der BiomasseV. Der Vergleich von § 1 Satz 1 StrEG bzw. § 2 EEG 2000 mit § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 und § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 macht deutlich, dass im Gegensatz zum Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 und § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 – der sich auf Strom bezieht, der in *Anlagen* gewonnen wird, die ausschließlich Erneuerbare Energien bzw. Biomasse i. S. d. BiomasseV einsetzen – die Vorgängerregelungen sich direkt auf den *Strom* beziehen, der ausschließlich aus den in § 1 Satz 1 StrEG bzw. § 2 Abs. 1 EEG 2000 genannten Erneuerbaren Energien erzeugt wurde.
- 70 Dies könnte dafür sprechen, dass mit der Gesetzesneufassung des EEG 2004 eine qualitative Veränderung – weg vom einspeisungsbezogenen, hin zu einem anlagenbezogenen – Ausschließlichkeitsprinzip vollzogen werden sollte.⁴²
- 71 Jedoch lässt sich daraus – auch wenn mit der Einfügung der „Anlage“ in den Wortlaut der Vorschrift die Bezugnahme auf die Anlage beabsichtigt war – nicht zweifelsfrei auf eine Verschärfung dahingehend schließen, dass ein einmaliger Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip im Geltungsbereich des EEG 2004 mit einem endgültigen Verlust des Vergütungsanspruchs einhergehen sollte. Durch die Einfügung der „Anlage“ in den Wortlaut der Ausschließlichkeitsregelung des EEG 2004 könnte auch beabsichtigt gewesen sein, die unerwünschte und unter dem Wortlaut des StrEG bzw. EEG 2000 nicht eindeutig erfasste Mischfeuerung auszuschließen. Denn durch die Bezugnahme des § 1 Satz 1 StrEG bzw. § 2 Abs. 1 EEG 2000 auf den erzeugten *Strom* konnte aufgrund des nicht eindeutigen Wortlautes vertreten wer-

⁴²Vgl. *Altrock/Theobald*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 5 Rn. 17, § 8, Rn. 28; *Müller*, RdE 2004, 237, 239.

den, dass der Vergütungsanspruch im Falle einer Mischfeuerung nicht entfällt, sondern anteilig für den Stromanteil der ausschließlich aus den genannten Erneuerbaren Energien stammt, bestehen bleibt. Im EEG 2004 ist indes aufgrund des eindeutigen Wortlautes eine Mischfeuerung unzulässig und führt zu einem vollständigen Verlust des Vergütungsanspruches.⁴³

- 72 Dafür, dass es sich nicht um ein anlagenbezogenes Ausschließlichkeitsprinzip, das bei Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip zu einem endgültigen Verlust des Vergütungsanspruches führt, handelt, sprechen auch die Gesetzgebungsmaterialien. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum EEG 2004 wurde wiederholt auf das Ausschließlichkeitsprinzip eingegangen.
- 73 So führte das Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) aus:

„Erneuerbare Energien Richtlinie der EU: Die EEG Novelle dient gleichzeitig der Umsetzung einer Richtlinie der Europäischen Union. Deshalb wird nun die ganze Bandbreite der erneuerbaren Energien in den Anwendungsbereich des EEG aufgenommen. *Das Ausschließlichkeitsprinzip wird beibehalten*, d. h. eine Vergütung nach EEG ist nur möglich, wenn der Strom ausschließlich aus Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien kommt (dies bedeutet z. B. weiterhin keine Vergütung für Strom aus der Mitverbrennung des biologisch abbaubaren Anteils des Abfalls). ...“⁴⁴

- 74 Das in § 5 Abs. 1 EEG 2004 normierte Ausschließlichkeitsprinzip war schon⁴⁵ im Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und dem in Wortlaut und Begründung textgleichen Gesetzentwurf der Bundesregierung⁴⁶ enthalten.

⁴³Vgl. Rn. 39.

⁴⁴BMU, „Eckpunkte der Novelle des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG)“, Stand: 08/2003, S. 2 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2004/material>, Hervorhebungen nicht im Original.

⁴⁵Anm. der Clearingstelle EEG: Lediglich der in Satz 1 angeführte Bezug auf die Abnahme des Stroms „nach § 4 Abs. 1 oder Abs. 5“ fand in genannten Gesetzesentwürfen noch „nach § 4 Abs. 1 oder Abs. 4“ statt, ohne dass dies eine inhaltliche Änderung darstellte.

⁴⁶BT-Drs. 15/2539 und BT-Drs. 15/2593, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2004/material>.

75 In der im Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit enthaltenen Begründung wird zu § 5 Abs. 1 EEG 2004 Folgendes angeführt:

„Die verbraucherschützende Vorschrift des Absatzes 1 enthält den Teil des alten § 3 Abs. 1, der die Vergütungspflichten der Netzbetreiber regelt. Netzbetreiber sind danach verpflichtet, denjenigen gemäß § 4 aufgenommenen Strom nach Maßgabe der §§ 6 bis 12 zu vergüten, *der ausschließlich aus Erneuerbaren Energien oder ausschließlich aus Grubengas oder ausschließlich aus beiden Energieträgern gleichzeitig gewonnen wird. Das Gesetz hält damit hinsichtlich der Vergütung an dem bereits aus dem Stromeinspeisungsgesetz und dem Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 29. März 2000 (BGBl. I S. 305) in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes bekannten Ausschließlichkeitsprinzip fest, wonach grundsätzlich nur diejenige Art der Stromerzeugung privilegiert wird, die vollständig auf dem Einsatz der genannten Energie beruht.* Diesem Grundsatz wird auch dann Genüge getan, wenn etwa bei Biogas – unbeschadet der Vorschrift des § 8 Abs. 6 Satz 1 – *die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien erst durch eine Zünd- oder Stützfeuerleistung oder durch einen konventionellen Anfahrbetrieb möglich wird* oder wie bei der Geothermie für die Stromgewinnung Energie aufgewendet werden muss. *Denn das Ausschließlichkeitskriterium bezieht sich auf den Prozess der Stromerzeugung selbst, nicht auf die vorbereitenden Schritte.* Daher ist es etwa auch unschädlich, wenn konventionell erzeugter Strom für das Anfahren von Windenergieanlagen eingesetzt wird. Entscheidend ist nach dem in § 1 normierten Zweck des Gesetzes die Umwelt- und Klimafreundlichkeit des jeweiligen Verfahrens in der Bilanz. Der Vergütungsanspruch besteht wie bislang in voller Höhe und nicht nur für den Anteil, der rechnerisch bei Abzug der konventionellen Energiezufuhr aus Erneuerbaren Energien stammt. § 5 Abs. 1 steht einer Vergütung von Strom, der nicht in Übereinstimmung mit dem Ausschließlichkeitsprinzip gewonnen wird, auch in Höhe der in diesem Gesetz vorgesehenen Vergütungssätze nicht entgegen. Allerdings besteht dann keine Möglichkeit, diesen Strom und die entsprechenden Zahlungen in das Ausgleichssystem einzustellen. Im Interesse des Verbraucherschutzes ist dies auch bei übereinstimmendem Handeln der Anlagen-

Netz- und Übertragungsnetzbetreiber nicht zulässig.“⁴⁷

76 Die Begründung zu § 8 Abs. 1 EEG 2004 führt aus:

„Abs. 1, in dem die Vergütungsstufen festgelegt werden, übernimmt für die Leistungsklassen ab 500 Kilowatt die jeweiligen Vergütungssätze der bisherigen Regelung (modifiziert um die mittlerweile eingetretene Degression gemäß § 5 Abs. 2 EEG alte Fassung). Er führt zugleich eine neue Vergütungsstufe für kleine Anlagen ein (150 Kilowatt). Hintergrund ist, dass die relativ höheren spezifischen Kosten bei kleinen Anlagen in den bisher lediglich drei Vergütungsstufen unzureichend abgebildet werden. Bioenergieanlagen – namentlich Biogasanlagen im landwirtschaftlichen Bereich – können nach den vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit veranlassten wissenschaftlichen Betrachtungen der Marktlage auf Grundlage der bisherigen Regelung häufig selbst unter Ausnutzung des bestehenden Marktanzreizprogramms nicht rentabel betrieben werden. Es bedarf daher einer moderaten Erhöhung in diesem Marktsegment, um die vorhandenen Potenziale im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes zu erschließen. *Der Strom aus der Anlage wird nur vergütet, wenn in dieser ausschließlich Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung eingesetzt wird. Beim Einsatz sonstiger unter den weiteren Biomassebegriff des § 3 Abs. 1 fallende Stoffe besteht auch kein anteiliger Vergütungsanspruch.*“⁴⁸

77 Insgesamt ist festzustellen, dass die Gesetzgebungsmaterialien explizit und wiederholt auf das Ausschließlichkeitsprinzip des EEG 2000 und des StrEG abstellen, bei dem es sich um ein einspeisungs-, nicht aber um ein anlagenbezogenes Ausschließlichkeitsprinzip handelte.⁴⁹ Diese explizit gewünschte Kontinuität spricht dafür, dass es dem Gesetzgeber – auch wenn nun ein Anlagenbezug in die Ausschließlichkeitsregelung eingebracht wurde – nicht darum ging, das bisherige Ausschließlichkeitsprinzip signifikant zu verändern. Ein Verständnis als anlagenbezogenes Ausschließlichkeitsprinzip, das bei Verstoß zu einem endgültigen Verlust des Vergütungsanspruchs

⁴⁷Vgl. die Beschlussempfehlung des BT-Ausschusses, BT-Drs. 15/2864, S. 35 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2004/material>, Hervorhebungen nicht im Original.

⁴⁸Vgl. die Beschlussempfehlung des BT-Ausschusses, BT-Drs. 15/2864, S. 39, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2004/material>, Hervorhebung nicht im Original.

⁴⁹Vgl. die Stellungnahme des BDEW unter 3.2.

fürhte, würde jedoch eine signifikante Verschärfung darstellen, die nur schwer mit den Kontinuitätsbezeugungen der Gesetzesmaterialien in Übereinstimmung gebracht werden kann. Zu diesem Zweck wäre eine deutliche Erklärung in der Begründung bzw. ein hinsichtlich der Gesetzesfolge eindeutiger Wortlaut, dass nun eine Verschärfung stattgefunden habe – so wie im Übrigen in § 8 Abs. 2 EEG 2004 geschehen – zu erwarten gewesen.

- 78 Aus der Gesetzesbegründung folgt zudem, dass nur diejenige Art der Stromerzeugung privilegiert wird, die vollständig auf dem Einsatz von Erneuerbaren Energien oder Grubengas (§ 5 Abs. 1 EEG 2004) bzw. Biomasse i. S. d. BiomasseV (§ 8 Abs. 1 EEG 2004) beruht. Damit wird das bereits bei der Betrachtung des Wortlauts unter 4.2.1 gefundene Ergebnis bestätigt, dass eine Mischfeuerung gegen das in § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 verankerte Ausschließlichkeitsprinzip verstößt und jeglicher – auch einer anteiligen – Vergütung entgegensteht.
- 79 Der alternierende Betrieb einer Anlage verstößt zumindest dann nicht gegen das einspeisungsbezogene Ausschließlichkeitsprinzip, wenn für den unter Einsatz fossiler Energieträger erzeugten Strom keine Vergütung nach dem EEG 2004 beansprucht wird. Dies ist jedenfalls dann erfüllt, wenn eine Einspeisung dieses Stroms in das Netz der allgemeinen Versorgung – und damit eine Abnahme durch den Netzbetreiber gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 – nicht möglich ist bzw. der Strom – im Falle einer Abnahme- und Vergütungsabrede zwischen der Anlagenbetreiberin bzw. dem -betreiber und dem Netzbetreiber – zwar eingespeist, aber nicht nach dem EEG vergütet und nicht in den Leistungsausgleich des EEG eingestellt wird.
- 80 Neben der gesetzlichen Ausnahme der Zünd- und Stützfeuerung gemäß § 8 Abs. 6 Satz 1 EEG 2004 ist ausweislich der Gesetzesbegründung auch ein Anfahrbetrieb mit fossilen Einsatzstoffen zulässig und vergütungsunschädlich. Beim Anfahrbetrieb ist danach zu unterscheiden, ob die Anlage bereits in Betrieb genommen ist, Strom in das Netz für die allgemeine Versorgung einspeist und die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber hierfür eine Vergütung beansprucht – in diesem Fall handelt es sich um eine dem Mischeinsatz gleichzusetzende Konstellation – oder ob im Rahmen dieser die Inbetriebnahme vorbereitenden Schritte der Strom entweder noch gar nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird oder die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber für diesen vom Netzbetreiber keine Vergütung nach den Bestimmungen des EEG 2004 beansprucht – dann liegt schon kein Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip vor.

- 81 **Zwischenergebnis** Die historischen und genetischen Auslegungen sprechen in der Gesamtschau dafür, dass es sich bei dem Ausschließlichkeitsprinzip des § 8 Abs. 1 EEG 2004 nicht wie bei § 8 Abs. 2 EEG 2004 um ein verschärftes Ausschließlichkeitsprinzip handelt, das bei Nichteinhaltung der Voraussetzungen zu einem endgültigen Entfallen der Mindestvergütung gem. § 8 Abs. 1 EEG 2004 führen würde, sondern im Gegenteil das einspeisungsbezogene Ausschließlichkeitsprinzip beibehalten werden sollte.

4.2.4 Teleologische Auslegung

- 82 Ziel des Ausschließlichkeitsprinzips ist es, die nach § 8 EEG 2004 garantierte Mindestvergütung nur auf Strom zu beziehen, der aus Biomasse i. S. d. BiomasseV gewonnen wird. Strom, der ganz oder teilweise aus anderen – z. B., aber nicht nur aus fossilen – Einsatzstoffen gewonnen wird, soll nicht nach dem EEG 2004 vergütungsfähig sein. Ein konventioneller Anfahrbetrieb ist grundsätzlich unschädlich für die Vergütung des später auf der Grundlage der ausschließlich unter Verwendung Erneuerbarer Energien bzw. Biomasse i. S. d. BiomasseV gewonnenen Stroms. Allerdings ist der hierbei erzeugte Strom nicht zu vergüten. Würde auch der Anfahrbetrieb nach den Bestimmungen des EEG 2004 vergütet, hätten die Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber keinen wirtschaftlichen Anreiz, diesen schnellstmöglich zu beenden und auf den kostenintensiveren Biogasbetrieb umzustellen.⁵⁰ Dafür spricht auch, dass der Anfahrbetrieb, verstanden als die Phase *bis zur* Inbetriebnahme der Anlage mit Erneuerbaren Energien i. S. d. § 3 Abs. 4 EEG 2004 mangels erfolgter Inbetriebnahme aus dem Anwendungsbereich der Vergütungsvorschriften des EEG herausfällt, so dass sich diesbezüglich weder die Frage der Vergütung noch der Einhaltung des Ausschließlichkeitsprinzips stellt.⁵¹
- 83 Darüber hinaus ist es Ziel des Ausschließlichkeitsprinzips, eine transparente Vergütung auf der Grundlage einfacher Nachweise zu ermöglichen. Der ausschließliche Einsatz von Erneuerbaren Energien und Grubengas (§ 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004) bzw. von Biomasse i. S. d. BiomasseV (§ 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004) erleichtert die Abrechnung und Nachweisführung sowohl für Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber als auch für Netzbetreiber, da damit der gesamte von der Anlagenbetreiberin bzw.

⁵⁰Vgl. auch *LG Halle*, Urt. v. 30.12.2005 – 5 O 294/05, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/482>.

⁵¹Vgl. *BGH*, Urt. v. 21.05.2008 – VIII ZR 308/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/400>.

dem -betreiber angebotene, vom Netzbetreiber abgenommene und in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeiste Strom, der diese Ausschließlichkeitsanforderungen erfüllt, zu vergüten ist. Damit werden Abrechnungsschwierigkeiten verhindert. Diesem Ziel widerspricht es nicht, wenn für Strom, der während einer Mischfeuerung, des alternierenden Betriebs einer Anlage sowie des Anfahrbetriebs mit fossilen Energieträgern erzeugt wird, kein Vergütungsanspruch besteht.

- 84 Dem steht auch nicht das in § 8 Abs. 2 EEG 2004 geregelte Ausschließlichkeitsprinzip entgegen, wonach einerseits erhöhte Anforderungen an die Nachweisführung gestellt werden und andererseits die Vorgabe gemacht wird, dass die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 während der gesamten Betriebszeit der Anlage vorliegen müssen. Hiermit wird vielmehr unterstrichen, dass zwecks Erhalts der erhöhten Vergütung auch besondere und erhöhte Anforderungen zu erfüllen sind.⁵² Da es an einer solchen expliziten Regelung für das Ausschließlichkeitsprinzip nach § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 fehlt, kann im Umkehrschluss davon ausgegangen werden, dass diese erhöhten Anforderungen hierbei gerade nicht gelten sollen.

4.3 Darlegungs- und Beweisfragen

- 85 Die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber ist nach § 14 a Abs. 2 Nr. 2 EEG 2004 verpflichtet, dem Netzbetreiber bei Biomasseanlagen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 die Einsatzstoffe mitzuteilen und trägt nach den allgemeinen zivilprozessualen Regeln die Darlegungs- und Beweislast dafür, zur Erzeugung von vergütungsfähigem Strom in seiner Anlage ausschließlich Biomasse i. S. d. BiomasseV eingesetzt zu haben. In den Fällen der Mischfeuerung bzw. der alternierenden Fahrweise obliegt es daher ihr bzw. ihm, den Beginn und insbesondere das Ende der Mischfeuerung bzw. des Einsatzes anderer Stoffe als Biomasse i. S. d. BiomasseV darzulegen – und im Bestreitensfalle (durch den Netzbetreiber) zu beweisen. Gelingt der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber nicht zweifelsfrei die Darlegung und ggf. der Beweis des tatsächlichen Zeitraumes, während dessen der Vergütungsanspruch nicht bestand, so gehen verbleibende Zweifel zu ihren bzw. seinen Lasten. Der Vergütungsanspruch besteht mit anderen Worten nur für den Zeitraum, für den die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber zweifelsfrei darlegen und beweisen kann, dass ausschließlich Biomasse i. S. d. BiomasseV eingesetzt worden ist bzw. ei-

⁵²Vgl. *Salje*, EEG, 4. Aufl. 2007, § 8 Rn. 116.

ner der in Ziff. 2 der Empfehlung im engeren Sinne genannten Ausnahmetatbestände vorliegt.

- 86 Ist eine Einspeisung von Strom, der in einer Phase von Misch- oder vollständig fossiler Feuerung erzeugt wird, in das Netz gar nicht möglich – bspw., weil im Falle einer Stromversorgungsunterbrechung vorübergehend fossile Energieträger zum Zwecke der Sicherung der Stromversorgung umliegender Gebäude eingesetzt werden, aufgrund der Stromversorgungsunterbrechung indes auch keine *Stromeinspeisung* möglich ist –, ist die Darlegung und ggf. der Beweis der Wiederaufnahme des Betriebs ausschließlich mit Biomasse i. S. d. BiomasseV jedoch entbehrlich, wenn der Einsatz von Biomasse i. S. d. BiomasseV sofort nach Wiedererlangung der Einspeisemöglichkeit erfolgt. Anderenfalls gelten die unter Rn. 85 genannten Regeln.

4.4 Rat zur Praxis

- 87 Um jeweils den Beginn und das Ende der Mischfeuerung bzw. alternierender Betriebsphasen belegen zu können, rät die Clearingstelle EEG beispielsweise dazu, jeweils zu Beginn und zum Ende dieser Phasen den Zähler abzulesen und den Zählerstand zu dokumentieren, um die Strommengen zuordnen und klar zwischen den Betriebsphasen trennen zu können. Alternativ können Anlagenbetreiberinnen und -betreiber auch einen Doppelzähler einbauen, der impulsgesteuert zwischen EEG- und normaler Zählung wechselt.⁵³ Die Clearingstelle EEG rät den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern zudem dazu, den zuständigen Netzbetreiber über beide Zeitpunkte jeweils unverzüglich zu informieren.

⁵³So bereits *Weißborn* zum EEG 2000 in: Böhmer (Hrsg.), *Erneuerbare Energien – Perspektiven für die Stromerzeugung*, Energie im Dialog Band 3, 1. Aufl. 2003, S. 75.

Beschluss

Die Empfehlung im engeren Sinne, d.h. die Antwort auf die Verfahrensfragen,⁵⁴ wurde hinsichtlich der Ziff. 2 c), Ziff. 4 Satz 3 und 4 sowie Ziff. 5 Satz 2 und 3 durch Mehrheitsbeschluss und im Übrigen einstimmig angenommen. Die Empfehlung im weiteren Sinne, d.h. die Begründung im weiteren Sinne,⁵⁵ wurde hinsichtlich der Rn. 44 – 54, 62 – 63, 71 – 77, 79 – 81, 83 – 84, 86 – 87 durch Mehrheitsbeschluss und im Übrigen einstimmig angenommen.

Gemäß § 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme der Empfehlung beendet.

Dr. Lovens

Reißenweber

Dr. Winkler

Grobrügge

Weißborn

⁵⁴Seiten 1 und 2.

⁵⁵Seiten 3-33.