

2019/22

Berlin, den 17. September 2019

## Schiedsspruch

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

In dem schiedsrichterlichen Verfahren

1. [...]

– Partei zu 1 und Schiedskläger –

2. [...]

– Partei zu 2 und Schiedsbeklagte –

erlässt das Schiedsgericht durch die Schiedsrichter Dibbern sowie Richter und Dr. Winkler am 17. September 2019 folgenden Schiedsspruch:

1. **Das Satelliten-BHKW, welches der Schiedskläger aus seiner Vor-Ort-Anlage herauslösen und an den Standort „Heizwerk [...]“ versetzen möchte, ohne dass es am ursprünglichen Standort ersetzt wird, ist nach dem Versetzen eine eigenständige Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2017<sup>1</sup>.**
2. **Das Satelliten-BHKW und die am Satellitenstandort zum Zweck der Flexibilisierung hinzugebauten Flex-BHKW bilden eine gemeinsame Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2017 (Satelliten-Anlage).**
3. **Diese Satelliten-Anlage hat das Inbetriebnahmejahr 2007.**
4. **Im Wege einer Billigkeitsentscheidung ist der Vor-Ort-Anlage eine Höchstbemessungsleistung i. S. v. § 101 Abs. 1 EEG 2017 in Höhe von [ca. 570] kW<sub>el</sub> und der Satelliten-Anlage eine Höchstbemessungsleistung in Höhe von [ca. 475] kW<sub>el</sub> zuzuordnen.**

<sup>1</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes zur Beschleunigung des Energieerzeugungsausbau v. 13.05.2019 (BGBl. I S. 706), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

5. **Anspruchsgrundlage für eine Förderung der durch die Flex-BHKW flexibel bereitgestellten Leistung ist die Flexibilitätsprämie gemäß §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017.**

Ergänzender Hinweis des Schiedsgerichts:

**Wenn und soweit die Schiedsbeklagte geringere oder höhere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Schiedsspruchs ergibt, so liegen hinsichtlich darauf beruhender Zahlungen oder Forderungen der Schiedsbeklagten an die Schiedsklägerin die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017 vor.**

## Inhaltsverzeichnis

1	<b>Tatbestand</b>	2
2	<b>Begründung</b>	6
2.1	Verfahren . . . . .	6
2.2	Würdigung . . . . .	7
2.2.1	Satelliten-BHKW als eigenständige Anlage . . . . .	7
2.2.2	Inbetriebnahmedatum des Satelliten-BHKW . . . . .	9
2.2.3	Zubau der Flex-BHKW als Erweiterung der Satelliten-Anlage	10
2.2.4	Zuordnung der Höchstbemessungsleistung . . . . .	18
2.2.5	Anspruch auf Flexibilitätsprämie . . . . .	24

### 1 Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist streitig, welche Vergütungsansprüche dem Schiedskläger für die von ihm geplanten Satelliten-BHKW zustehen – insbesondere, welches Inbetriebnahmedatum und ggf. welche Höchstbemessungsleistung diesen zuzuordnen ist.

- 2 Am Standort [...], Flurnummer [...], Gemarkung [...] befindet sich eine Biogasanlage (im Folgenden: „Vor-Ort-Anlage“), die unter Beteiligung des Schiedsklägers betrieben wird.
- 3 Diese Vor-Ort-Anlage wurde im Jahr 2007 mit mindestens einem Fermenter sowie zwei BHKW mit einer Leistung von [...] kW<sub>el</sub> sowie [...] kW<sub>el</sub> in Betrieb genommen. Im Jahr 2009 wurde sie um ein weiteres BHKW mit [ca. 500] kW<sub>el</sub> bzw. [...] kW<sub>th</sub> (im Folgenden: „BHKW-1“) erweitert und die beiden bereits vorhandenen BHKW als Redundanz-BHKW beibehalten. Im Jahr 2014, aber vor dem 1. August, wurde zudem ein weiteres BHKW mit [ca. 600] kW<sub>el</sub> (im Folgenden: „BHKW-2“) zur Vor-Ort-Anlage zugebaut. Somit wies die Vor-Ort-Anlage am gesetzlichen Stichtag 31. Juli 2014 eine installierte Gesamtleistung von [ca. 1100] kW<sub>el</sub> auf.
- 4 Der in der Vor-Ort-Anlage erzeugte Strom wird ins Netz der Schiedsbeklagten eingespeist; die erzeugte Wärme wird für das Nahwärmenetz [A], für die Trocknung landwirtschaftlicher Güter sowie für die Fermenterheizung verwendet.
- 5 Der Schiedskläger plant, das BHKW-1 aus der Vor-Ort-Anlage herauszulösen und als Satelliten-BHKW an einem neuen, von der Vor-Ort-Anlage ca. 4,5 km Luftlinie<sup>2</sup> entfernten Standort (Flur [...], Gemarkung [...], nahe dem [...]) zu betreiben (im Folgenden: „Satelliten-Standort“). Weiterhin plant er, ca. 5 m entfernt vom BHKW-1 zur Flexibilisierung der Strom- und Wärmeerzeugung zwei weitere BHKW mit je [...] kW<sub>el</sub>/[...] kW<sub>th</sub> zu errichten (im Folgenden: „Flex-BHKW“). Das im BHKW-1 und in den Flex-BHKW eingesetzte Biogas soll aus dem Fermenter der Vor-Ort-Anlage bezogen werden; hierzu soll eine ca. 4,5 km lange Biogasleitung verlegt werden. Das BHKW-1 und die Flex-BHKW sollen über eine Gassammelschiene an diese Biogasleitung angeschlossen und in einem gemeinsamen BHKW-Gebäude errichtet werden. Sie sollen zudem über dieselbe Regelungstechnik gesteuert werden.
- 6 Der im BHKW-1 und den Flex-BHKW erzeugte Strom soll in das von der Schiedsbeklagten betriebene Stromnetz, die erzeugte Wärme in das ebenfalls von der Schiedsbeklagten betriebene Nahwärmenetz [B] eingespeist werden.
- 7 Das BHKW-1 und die Flex-BHKW sollen in erster Linie wärmegeführt gefahren und ihre Fahrpläne hierfür aufeinander abgestimmt werden. Das BHKW-1 soll die vom Nahwärmenetz [B] benötigte Grundlast abdecken, die Flex-BHKW sollen je nach Wärmebedarf zugeschaltet werden. Alle drei BHKW können je nach Bedarf parallel oder auch einzeln zugeschaltet, mit mehr oder weniger Leistung betrieben

<sup>2</sup>Hierzu wird auf das zur Akte gereichte Luftbild „Standort BGA und SAT“, Anhang „[...] – Anlagen zum Rechtsgutachten“ der E-Mail vom 18.09.2018 verwiesen.

oder heruntergefahren werden. Die BHKW sollen zudem mit den Kraftwerken der Schiedsbeklagten kommunizieren, damit Start-/Stopp-Vorgänge möglichst vermieden sowie die Heizlastkurve möglichst sinnvoll abgefahren werden kann.

- 8 Das BHKW-1 und die Flex-BHKW können bei Bedarf auch stromgeführt gefahren werden.
- 9 Zudem plant der Schiedsbeklagte, einen Wärmepufferspeicher (voraussichtlich [...] bis [...] m<sup>3</sup>) zu errichten, um bei einer wärmegeführten Fahrweise die erzeugte Wärme noch flexibler an das Nahwärmenetz abgeben zu können und bei einer ggf. stromgeführten Fahrweise die Deckung des Wärmebedarfs zu steuern.
- 10 Anlass der geplanten Standortverlegung ist der begrenzte Wärmebedarf am Standort der Vor-Ort-Anlage sowie der künftig erhöhte Wärmebedarf am Satelliten-Standort. Das Nahwärmenetz [B] soll um zusätzliche Wärmeabnehmer erweitert und hierfür ausgebaut werden. Der bisherige Wärmebedarf dieses Nahwärmenetzes – im Sommer min. [...] kW<sub>th</sub>, im Winter durchschnittlich ca. [...] kW<sub>th</sub> – wird bisher durch das Heizkraftwerk [...] (bestehend aus einem Biomasse- und einem Erdgaskessel) mit insgesamt [...] kW<sub>th</sub> bedient. Diese vom Heizkraftwerk [...] angebotene thermische Leistung ist im Winter an besonders kalten Tagen vollständig ausgeschöpft. Die aufgrund des geplanten Wärmenetzausbaus erforderliche zusätzliche thermische Leistung soll durch das BHKW-1 und die Flex-BHKW bereitgestellt werden.
- 11 An der Vor-Ort-Anlage soll das BHKW-1 nach seinem Wegbau nicht ersetzt werden.
- 12 **Der Schiedskläger** behauptet, dass es energetisch sinnvoller ist, das BHKW-1 und die Flex-BHKW am Satelliten-Standort zu errichten und eine ca. 4,5 km lange Biogasleitung von der Vor-Ort-Anlage zum Satelliten-Standort zu verlegen (Variante 1) als das BHKW-1 an der Vor-Ort-Anlage zu belassen, diese um die Flex-BHKW zu erweitern und eine ca. 4,5 km lange Nahwärmestichleitung zum Satelliten-Standort zu verlegen (Variante 2). Dies gelte unter Berücksichtigung sowohl allein des BHKW-1 als auch des BHKW-1 und weiterer Flex-BHKW. So entstünden bei Variante 1 im Vergleich zur bestehenden Situation keine zusätzlichen Wärmeverluste; bei Variante 2 hingegen zusätzliche Wärmeverluste von 10–20% (bezogen auf das BHKW-1) bzw. 30–50% (bezogen auf das BHKW-1 und weitere Flex-BHKW). Da in Variante 2 die Abwärme der Flex-BHKW nicht genutzt werden könne und deren Transport zum Nahwärmenetz einen gegenüber Variante 1 bis zu fünffachen Ausbau der Nahwärmestichleitung erforderte, würde dies zu einem sehr ungünstigen Verhältnis von installierter Wärmeleistung zu übertragener Wärmemenge – also Wärmeverlusten – und einem deutlich erhöhten Investitionsumfang für die Nahwärmestichlei-

tung führen. Auch sei der zusätzliche Stromverbrauch in Variante 1 (durch ein dann erforderliches Gasgebläse zur Druckerhöhung) voraussichtlich niedriger als der in Variante 2 (durch eine dann erforderliche Umwälzpumpe im Wärmenetz). Für die Einzelheiten wird auf das zur Akte gereichte Gutachten<sup>3</sup> der EnergieEffizienzBeratung Dipl. Ing. [...] (nach § 8 EDL-G<sup>4</sup> zugelassener Energie-Auditor) verwiesen.

- 13 Der Schiedskläger ist zudem der Auffassung, dass die BHKW am Satelliten-Standort – sowohl nach den vom Bundesgerichtshof (BGH) als auch den von der Clearingstelle aufgestellten Grundsätzen – eine eigenständige Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2017 sind. So befinde sich der Satelliten-Standort nach dem BGH-Urteil vom 23. Oktober 2013<sup>5</sup> nicht in „unmittelbarer räumlicher Nähe“ zur Vor-Ort-Anlage und liege diesem ein eigenständiges Wärmekonzept zugrunde. Zudem erfülle er die Kriterien für die „räumliche und betriebstechnische Selbständigkeit“ nach der Empfehlung 2012/19<sup>6</sup> der Clearingstelle.
- 14 Das BHKW-1 und die Flex-BHKW stellten zudem eine gemeinsame EEG-Anlage (also nicht zwei oder drei EEG-Anlagen) dar. Das Inbetriebnahmejahr dieser Anlage sei das Jahr 2009; denn dieses sei das Inbetriebnahmejahr des BHKW-1, welches es im Zuge des Versetzens mitnehme und welches die hinzugebauten Flex-BHKW teilten. Für die Gesamtanlage könnten daher eine Vergütung nach dem EEG 2009 sowie die Flexibilitätsprämie für Bestandsanlagen gemäß §§ 50, 50b EEG 2017 in Anspruch genommen werden.
- 15 Dieser Gesamtanlage sei zudem gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2017 eine Höchstbemessungsleistung von [ca. 475] kW<sub>el</sub> zuzuweisen. In dieser Höhe nehme das BHKW-1 die Höchstbemessungsleistung der Vor-Ort-Anlage anteilig mit; durch den Zubau der Flex-BHKW werde die Höchstbemessungsleistung nicht erhöht.
- 16 Für den weiteren Rechtsvortrag des Schiedsklägers wird im Übrigen auf die Akte verwiesen.

<sup>3</sup>„Energetische Bewertung zur Standortauswahl für BHKW-Aggregate“ erstellt im Auftrag der [...] GbR], vom 06.04.2017.

<sup>4</sup>Gesetz über Energiedienstleistungen und andere Energieeffizienzmaßnahmen vom 04.11.2010 (BGBl. I S. 1483), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203).

<sup>5</sup>BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/node/2363>.

<sup>6</sup>Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Leitsatz 4a) sowie Rn. 56 f.

- 17 Die Schiedsbeklagte wünscht eine Klärung der künftig bestehenden Vergütungsansprüche durch die Clearingstelle.
- 18 Dem schiedsrichterlichen Verfahren liegen folgende Fragen zugrunde:
- (a) Ist das BHKW (im Folgenden: Satelliten-BHKW), welches der Schiedskläger an der bisherigen Biogasanlage (im Folgenden: Vor-Ort-Anlage) am Standort [...], Gemarkung [...], Flurnr. [...], im Jahr 2009 in Betrieb gesetzt hat und welches der Schiedskläger herauslösen und an den Standort „Heizwerk [...]“, Gemarkung [...], Flurnr. [...] (im Folgenden: Satelliten-Standort) versetzen möchte, ohne dass es am ursprünglichen Standort ersetzt wird, nach dem Versetzen eine eigenständige Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2017?
  - (b) Bilden das Satelliten-BHKW und die am Satellitenstandort zum Zweck der Flexibilisierung hinzugebauten weiteren BHKW (im Folgenden: Flex-BHKW) eine gemeinsame Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2017?
  - (c) Welches Inbetriebnahmejahr haben das an der Vor-Ort-Anlage im Jahr 2009 in Betrieb gesetzte Satelliten-BHKW sowie die Flex-BHKW?
  - (d) Welche Höchstbemessungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2017 ist dem Satelliten-BHKW sowie ggf. weiteren hinzugebauten BHKW zuzuordnen?
  - (e) Kann für den in den Flex-BHKW erzeugten Strom die Flexibilitätsprämie gemäß §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 in Anspruch genommen werden?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 19 Das schiedsrichterliche Verfahren ist gemäß dem zwischen den Parteien und dem Schiedsgericht abgeschlossenen Schiedsvertrag (Schiedsvereinbarung und Schiedsrichtervertrag; einschließlich Zusatzvereinbarung) durchgeführt worden. Die Parteien haben darin das Schiedsgericht ermächtigt, zur o. g. Verfahrensfrage (d)

eine Billigkeitsentscheidung zu treffen. Beide Parteien hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

## 2.2 Würdigung

- 20 Das Satelliten-BHKW stellt gemeinsam mit den beiden Flex-BHKW eine gegenüber der Vor-Ort-Anlage eigenständige Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2017 mit dem Inbetriebnahmejahr 2007 dar (sog. Satelliten-Anlage, s. Abschnitte 2.2.1, 2.2.2 und 2.2.3).
- 21 Im Rahmen einer Billigkeitsentscheidung ist der Vor-Ort-Anlage eine Höchstbemessungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2017 in Höhe von [ca. 570]kW<sub>el</sub>, der Satelliten-Anlage eine Höchstbemessungsleistung in Höhe von [ca. 475]kW<sub>el</sub> zuzuordnen (s. Abschnitt 2.2.4).
- 22 Da die Flex-BHKW Teil der Satelliten-Anlage und keine eigenständigen Neuanlagen sind, ist Anspruchsgrundlage für die Förderung der durch die Flex-BHKW zur bedarfsgerechten Stromerzeugung bereitgestellten Leistung die Flexibilitätsprämie für Bestandsanlagen; aufgrund der erstmals unter Geltung des EEG 2017 vorgenommenen Flexibilisierung ist §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 anzuwenden (s. Abschnitt 2.2.5).

### 2.2.1 Satelliten-BHKW als eigenständige Anlage

- 23 Das BHKW-I ist nach seiner geplanten Versetzung als Satelliten-BHKW an den Standort „Heizwerk [...]“ eine eigenständige Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2017.<sup>7</sup>
- 24 Sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zum sog. weiten Anlagenbegriff<sup>8</sup> als auch der Empfehlung 2012/19 der Clearingstelle handelt es sich bei diesem künftigen Satelliten-BHKW um eine Anlage, die – trotz Lieferung des eingesetzten Biogases aus der Vor-Ort-Anlage – räumlich und technisch selbständig ist.

<sup>7</sup>Gilt seit 01.01.2017 einschließlich der Endabrechnung für das Jahr 2016 auch für Bestandsanlagen (gemäß § 100 Abs. 2 Satz 2 EEG 2017).

<sup>8</sup>BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/node/2363> und BGH, Urteil v. 04.11.2015 – VIII ZR 244/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2933>. Siehe zu diesem Anlagenbegriff auch unten Abschnitt 2.2.3.

- 25 So geht der BGH davon aus, dass BHKW, die durch einen gemeinsamen Fermenter versorgt werden, dann nicht als eine Anlage im Sinne dieser Vorschrift anzusehen sind, wenn sie aufgrund ihrer räumlichen Entfernung als selbständige Anlagen zu werten sind.<sup>9</sup> Hierfür verweist der BGH u. a. auf die Gesetzesbegründung zum EEG 2004, derzufolge der Fermenter dann nicht zu einer Biogasanlage gehört, „wenn aufgrund einer räumlichen Trennung von einer betriebstechnischen Selbstständigkeit und damit von verschiedenen Anlagen ausgegangen werden muss“.<sup>10</sup>
- 26 Das Satelliten-BHKW ist eine in diesem Sinne räumlich entfernte, selbständige Anlage. Es ist mehrere Kilometer vom Fermenter bzw. von der Vor-Ort-Anlage entfernt. Weiterhin dient es am Satelliten-Standort einem anderen Betriebskonzept (Versorgung des Wärmenetzes [B] in Abstimmung mit dem Heizkraftwerk [...] und den geplanten Flex-BHKW sowie flexible Stromerzeugung in Zusammenhang mit den geplanten Flex-BHKW) als die Vor-Ort-Anlage (Wärmenutzungen vor Ort durch Trocknung landwirtschaftlicher Güter und Fermenterheizung sowie Versorgung des Wärmenetzes [A]).
- 27 Dies ergibt sich auch aus den Indizien, die die Clearingstelle in ihrer Empfehlung 2012/19 zur Konkretisierung des weiten Anlagenbegriffes für sog. Satelliten-BHKW erarbeitet hat.<sup>11</sup> Auch hiernach ist das Satelliten-BHKW des Schiedsklägers gegenüber der Vor-Ort-Anlage räumlich und betriebstechnisch selbständig:
- 28 Es ist räumlich selbständig,<sup>12</sup> da sich die Vor-Ort-Anlage und das Satelliten-BHKW auf verschiedenen (Betriebs-)Geländen (Hofstelle sowie Standort nahe des Heizkraftwerks) befinden. Zudem befinden sich auf den 4,5 Kilometern Entfernung zwischen den Anlagen mehrere trennende Siedlungselemente.
- 29 Das Satelliten-BHKW ist gegenüber der Vor-Ort-Anlage auch betriebstechnisch selbständig.<sup>13</sup> Denn der Schiedskläger hat substantiiert und plausibel dargelegt, dass durch das Versetzen des BHKW-1 an den Satelliten-Standort ein energetisch sinnvolles neues Anlagenkonzept umgesetzt wird. Dies gilt sowohl bei Betrachtung nur des Satelliten-BHKW als auch des Satelliten-BHKW und der zwei geplanten Flex-

<sup>9</sup>BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/node/2363>, Rn. 25 und Rn. 50.

<sup>10</sup>BT-Drs. 15/2327, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 21.

<sup>11</sup>Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Abschnitt 3.3, insbesondere Rn. 53 ff.

<sup>12</sup>S. zu den Indizien Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 57.

<sup>13</sup>S. zu den Indizien Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 56.



BHKW. Er hat dargelegt, dass am Satelliten-Standort ein künftig erhöhter Wärmebedarf besteht, mithin eine neue bzw. erweiterte Wärmesenke erschlossen wird.

- 30 Er hat durch das vorgelegte Gutachten substantiiert und plausibel dargelegt, dass das Versetzen des BHKW-1 (mit oder ohne die Flex-BHKW) an den Satelliten-Standort und die Verlegung einer Gasleitung dorthin erheblich weniger energetische Verluste verursacht als der Verbleib des BHKW-1 (mit oder ohne die Flex-BHKW) an der Vor-Ort-Anlage und die Verlegung einer Wärmeleitung an den Satelliten-Standort (s. Rn. 12).
- 31 Weiterhin versorgt das Satelliten-BHKW eine andere Wärmesenke. Diese könnte von der (stattdessen erweiterten) Vor-Ort-Anlage zudem technisch nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand bedient werden. Denn die Wärmelastprofile an den beiden Standorten unterscheiden sich grundlegend. So soll das Satelliten-BHKW – gemeinsam mit den geplanten Flex-BHKW – die Grundlast des Nahwärmenetzes [B] bedienen und hierzu in Abstimmung auch mit dem vorhandenen Kraftwerk gefahren werden. Die Vor-Ort-Anlage liefert hingegen Wärme für die Trocknung landwirtschaftlicher Güter, die Fermenterheizung sowie die Versorgung des Wärmenetzes [A].

### 2.2.2 Inbetriebnahmedatum des Satelliten-BHKW

- 32 Das Satelliten-BHKW hat ab dem Zeitpunkt, in dem es am Satelliten-Standort in Betrieb gesetzt wird, das Inbetriebnahmehjahr 2007. Es behält mithin das Inbetriebnahmedatum, das es erstmals – beim Zubau zur Vor-Ort-Anlage – erhalten hat.
- 33 Dies ergibt sich aus der Empfehlung 2012/19 der Clearingstelle sowie der Gesamtbewertung des vorliegenden Falls.
- 34 Als das BHKW-1 im Jahr 2009 unmittelbar an der Vor-Ort-Anlage hinzugebaut und an deren Fermenter angeschlossen wurde, wurde es nach dem weiten Anlagenbegriff Teil dieser Anlage und hat daher auch deren Inbetriebnahmedatum aus dem Jahr 2007 übernommen.<sup>14</sup>

<sup>14</sup>Zur Bestimmung des Inbetriebnahmedatums bei Zubau weiterer BHKW zu einer Vor-Ort-Anlage s. *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Leitsatz 9 und Rn. 150. Zur Bestimmung der Vergütungsdauer und -höhe bei Zubau weiterer BHKW s. *Clearingstelle*, Votum v. 28.06.2019 – 2018/47, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/47>, Rn. 86 ff.

- 35 Wird das BHKW-1 wie geplant aus der Vor-Ort-Anlage herausgelöst, ist es am neuen Standort als rechtlich eigenständiges Satelliten-BHKW (s. oben 2.2.1) für sich genommen die EEG-Anlage. Es wird auch nicht an einen neuen Fermenter angeschlossen und damit auch nicht Teil einer konstitutiv *neu geschaffenen* Anlage.<sup>15</sup> In diesen Fällen behält das BHKW sein ursprüngliches, von der Vor-Ort-Anlage übernommenes Inbetriebnahmedatum.<sup>16</sup>
- 36 Gegen diese „Mitnahme“ und damit Vervielfältigung des Inbetriebnahmedatums 2007 der Vor-Ort-Anlage spricht im vorliegenden Fall auch nicht die Sperrwirkung der Austauschregelung.<sup>17</sup> Denn eine Vervielfältigung der Strommengen, die zu den Bedingungen des EEG 2004 bzw. EEG 2009 zu vergütet sind, ist hiermit nicht verbunden.
- 37 So wird die Partei zu 1 das versetzte BHKW-1 an der Vor-Ort-Anlage nicht durch ein anderes BHKW ersetzen, also die versetzte, „abgegebene“ Leistung nicht anschließend wieder zubauen.
- 38 Darüber hinaus ist sowohl der Vor-Ort-Anlage als auch dem Satelliten-BHKW eine Höchstbemessungsleistung i. S. v. § 101 Abs. 1 EEG 2017 zuzuordnen (s. Abschnitt 2.2.4). Auch hierdurch ist an diesen Anlagen die Strommenge, die mit der Einspeisevergütung alter EEG-Fassungen vergütet werden kann, dauerhaft begrenzt.

### 2.2.3 Zubau der Flex-BHKW als Erweiterung der Satelliten-Anlage

- 39 Die Flex-BHKW werden mit dem Zubau zum Satelliten-BHKW Teil dieser Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2017 (im Folgenden: Satelliten-Anlage). Sie stellen also keine eigenständigen Anlagen i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2017 dar.
- 40 Dies ergibt sich aus dem sog. weiten Anlagenbegriff sowie auch aus Sinn und Zweck der Regelungen zur Flexibilitätsprämie (s. Rn. 42 ff. und 58 ff.).
- 41 Diesem Ergebnis steht auch das Urteil des LG Frankfurt (Oder) vom 5. April 2019<sup>18</sup> nicht entgegen (s. Rn. 65 ff.).

<sup>15</sup> Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 88 und 91.

<sup>16</sup> Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Leitsatz 9 und Rn. 150.

<sup>17</sup> S. hierzu Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, insbesondere Leitsatz 6 zweiter Spiegelstrich, Rn. 80 ff. und Rn. 88 ff.

<sup>18</sup> LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 05.04.2019 – 11 O 122/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5009>.

42 **Weiter Anlagenbegriff** Nach dem weiten Anlagenbegriff ist eine (Biogas-)Anlage

„... die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen... Anlagen, die nach § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004<sup>19</sup> nur fiktiv als Anlage gegolten haben, stellen nun in der Regel schon begrifflich eine Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 dar. In (unmittelbarer) räumlicher Nähe zueinander errichtete Blockheizkraftwerke, die an denselben Fermenter angeschlossen sind, bilden in der Regel eine einheitliche Biogasanlage.“<sup>20</sup>

43 Diese Grundsätze hat der BGH zur Anlagendefinition gemäß § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009<sup>21</sup> entschieden; sie sind aber auch auf den identischen § 3 Nr. 1 Halbsatz 1 EEG 2017 übertragbar.<sup>22</sup>

44 Die Anlage ist weiterhin

„die Gesamtheit aller funktional zusammengehörender technisch und baulich notwendiger Einrichtungen, die aus Sicht eines objektiven Betrachters in der Position eines vernünftigen Anlagenbetreiber nach dessen Konzept als Gesamtheit funktional zusammenwirken und sich damit nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch als eine Anlage darstellen“.<sup>23</sup>

<sup>19</sup>Anmerkung des Schiedsgerichts: Gesetz 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), 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), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004.

<sup>20</sup> BGH, Urte. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/node/2363>, Leitsätze 1 bis 3. Auslassung nicht im Original.

<sup>21</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

<sup>22</sup>Beide definieren die Anlage als „jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas“.

<sup>23</sup>BGH, Urteil v. 04.11.2015 – VIII ZR 244/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2933>. In diesem Urteil setzt sich der BGH mit dem Anlagenbegriff bei

- 45 Die Satelliten-BHKW und die Flex-BHKW sind Teile einer solchen funktional zu-  
46 sammengehörenden Gesamtheit. Sowohl das Satelliten-BHKW als auch die beiden  
Flex-BHKW sind Stromerzeugungseinheiten und damit für die Stromerzeugung  
**technisch notwendige Einrichtungen**.
- 47 Auch die Gassammelschiene ist eine für die Stromerzeugung technisch notwendi-  
ge Einrichtung, da sie in der hier gewählten Konstellation dem Satelliten-BHKW  
und den Flex-BHKW das von der Vor-Ort-Anlage gelieferte Biogas unmittelbar zu-  
führt. Insofern ist die Gassammelschiene von der Mikrogasleitung abzugrenzen; letz-  
tere dient, ähnlich wie das Erdgasnetz bei Biomethan-BHKW, als bloße Liefer- bzw.  
Transporteinrichtung für das Biogas vom Fermenter einer Vor-Ort-Anlage zu recht-  
lich eigenständigen Satelliten-Anlagen.<sup>24</sup> Die Gassammelschiene stellt hier auch kei-  
ne von mehreren Anlagen geteilte Einrichtung, sondern einen Bestandteil einer ge-  
meinsamen Anlage dar.
- 48 Denn insbesondere wirken die Satelliten-BHKW und die Flex-BHKW als eine Anla-  
ge **funktional zusammen**. Die Flex-BHKW dienen der Flexibilisierung sowohl der  
Strom- als auch der Wärmeerzeugung des Satelliten-BHKW. Alle BHKW werden zu  
diesem Zweck durch eine gemeinsame Regelungstechnik gesteuert und in Abhängig-  
keit voneinander gefahren.
- 49 Die Annahme einer solchen funktional zusammengehörenden Anlage entspricht  
auch der Sicht eines objektiven Betrachters und dem Konzept eines vernünftigen  
Anlagenbetreibers.
- 50 Ein **objektiver Betrachter** würde drei, sich räumlich unmittelbar nebeneinander  
befindliche sowie durch Leitungen verbundene BHKW wahrnehmen, die allesamt  
im selben Gebäude untergebracht sind. Er würde von außen betrachtet eher von  
einer Anlage als von drei Anlagen ausgehen.
- 51 Der hier geplante Zubau der zwei (Flex-)BHKW zum Satelliten-BHKW stellt auch  
ein **vernünftiges Anlagenkonzept** dar. Die Flexibilisierung und damit die „Bereit-  
stellung zusätzlicher installierter Leistung“ an einer Bestandsanlage im Sinne von

---

Solaranlagen unter dem EEG 2009 – dem sog. Solarkraftwerk – auseinander. Das Schiedsgericht geht jedoch davon aus, dass diese Grundsätze auch für den weiten Anlagenbegriff bei Biomasseanlagen gelten, da der BGH dabei ausdrücklich auf sein Urteil v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12 (s. Fn. 20) zu Biomasseanlagen Bezug nimmt.

<sup>24</sup>Die Mikrogasleitung ist nicht Bestandteil eines Satelliten-BHKW; s. hierzu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 134. Zur Möglichkeit der „Verklammerung“ zweier Satelliten-BHKW durch eine Gassammelschiene s. hingegen ebendort, Rn. 45.

§ 50b EEG 2017 – also die Erhöhung der installierten Leistung – kann sowohl durch die Verringerung der Bemessungsleistung der Anlage bei gleichbleibender installierter Leistung<sup>25</sup> als auch durch die Erhöhung der installierten Leistung geschehen.<sup>26</sup> Letzteres kann wiederum grundsätzlich sowohl durch den Austausch der Stromerzeugungseinheit gegen eine größere Einheit als auch den Zubau weiterer Stromerzeugungseinheiten (sog. Anlagenerweiterung) geschehen.

- 52 Die Flexibilisierung des Satelliten-BHKW durch eine Verringerung der Bemessungsleistung ist vorliegend nicht sinnvoll; hierdurch würde sich auch die Wärmebereitstellung aus dem Satelliten-BHKW und damit die Versorgung des Wärmenetzes [B] mit regenerativer Wärme verringern. Zudem ist die (förderfähige) Flexibilisierung einer *Bestandsanlage* durch den Austausch der Stromerzeugungseinheit gegen eine größere Einheit dann rechtlich nicht möglich, wenn – wie hier – die Stromerzeugungseinheit für sich genommen die Anlage ist. Denn ihr Austausch würde zur Schaffung einer *Neuanlage* führen.<sup>27</sup> Im vorliegenden Fall ist daher die Flexibilisierung des Satelliten-BHKW gerade durch den Zubau weiterer BHKW sinnvoll.
- 53 Dem steht nicht entgegen, dass, solange keine zusätzlichen Strommengen flexibel abgerufen werden, die Flex-BHKW wärmegeführt gefahren werden. Denn der Schiedskläger hat plausibel vorgetragen, dass ein Wechsel in den stromgeführten Betrieb möglich ist, wenn dies im Bedarfsfall für die flexible Erzeugung der jeweils benötigten Strommengen erforderlich ist. Die Bedienung sowohl der erforderlichen Wärmemengen als auch der im Bedarfsfall erforderlichen Stromeinspeisung wird auch durch den geplanten Pufferspeicher erleichtert.
- 54 Es entspricht auch einem sinnvollen Konzept, die flexibel bereitgestellte installierte Leistung in den Zeiten, in denen sie nicht zur flexiblen Stromerzeugung gebraucht wird, wärmegeführt zur flexiblen Wärmeerzeugung einzusetzen. Eine etwa vom Gesetz nicht gewollte Förderung wärmegeführter Stromerzeugung durch die Flexibilitätsprämie ist damit nicht verbunden, da die Bemessungsleistung der Anlage bei der Berechnung der Flexibilitätsprämie gemäß Anlage 3 EEG 2017 berücksichtigt wird und die weiteren Voraussetzungen der Flexibilitätsprämie unabhängig davon eingehalten werden müssen. Die Förderung der (ggf. wärmegeführt erzeugten und)

<sup>25</sup>BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 186.

<sup>26</sup>S. hierzu auch *Clearingstelle*, Empfehlung v. 31.05.2018 – 2017/37, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2017/37>, Rn. 102.

<sup>27</sup>Zum Austausch einer vollständigen Anlage s. *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, Leitsatz 8 (a).

eingespeisten Strommengen mit der Marktprämie ist zudem durch die Höchstleistungsgrenze gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2017 begrenzt.

- 55 Da das Satelliten-BHKW und die Flex-BHKW schon aufgrund der Flexibilisierungsaufgabe sowie der hierzu erfolgenden gemeinsamen Steuerung und gemeinsamen Gassammelschiene funktional zusammengehören, kann im Ergebnis dahinstehen, ob das BHKW-Gebäude ein verklammernder Anlagenbestandteil ist oder nicht zur Anlage gehört. Gleichwohl geht das Schiedsgericht davon aus, dass es sich bei dem Gebäude nicht – wie bei einem Container-BHKW – um einen ggf. redundanten, bloßen Witterungsschutz<sup>28</sup> handelt, sondern um einen für die dauerhafte Stromerzeugung technisch erforderlichen, betriebsnotwendigen Witterungsschutz<sup>29</sup> und damit um eine zur gemeinsamen Anlage gehörende Einrichtung.
- 56 Auch aus den Ausführungen des BGH zu rechtlich eigenständigen BHKW (s. Rn. 25) ergibt sich nicht, dass das Satelliten-BHKW und die zwei Flex-BHKW drei eigenständige Anlagen sind. Diese drei BHKW sind zwar von der sog. Vor-Ort-Anlage räumlich so weit entfernt, dass gegenüber dieser von einer betrieblich eigenständigen Anlage auszugehen ist. Sie sind aber im Verhältnis *zueinander* räumlich so nah (ca. 5 m voneinander entfernt und im selben Gebäude errichtet), dass sie untereinander nicht als betrieblich eigenständige Anlagen zu werten sind; zudem sind sie technisch unmittelbar miteinander verbunden.
- 57 Gleiches ergibt sich aus den in der Empfehlung 2012/19 entwickelten Indizien zur Selbständigkeit von Satelliten-BHKW.<sup>30</sup> Auch danach sind das Satelliten-BHKW und die Flex-BHKW eine gemeinsame Anlage, da sie im Verhältnis *zueinander* weder räumlich noch betriebstechnisch selbständig sind. Zur räumlichen Selbständigkeit s. Rn. 56. Sie sind zudem nicht betriebstechnisch eigenständig, da sie ein gemeinsames Stromerzeugungs- bzw. Flexibilisierungskonzept umsetzen, aufeinander abgestimmt ein gemeinsames Wärmelastprofil abfahren und eine gemeinsame Wärmesenke bedienen.

<sup>28</sup>S. hierzu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>, Rn. 38 letzter Aufzählungspunkt.

<sup>29</sup>S. hierzu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>, Rn. 43.

<sup>30</sup>S. oben Rn. 27 ff. sowie *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 53 ff. Zur entsprechenden Anwendung dieser Indizien auf mehrere Satelliten-BHKW s. *Clearingstelle*, Votum v. 29.05.2015–2013/23, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-kwkg.de/votv/2013/23>, Leitsatz 2.

- 58 **Sinn und Zweck der Flexibilitätsprämie** Die Flexibilisierung des Satelliten-BHKW durch Zubau weiterer BHKW verwirklicht auch das Ziel, dass der Gesetzgeber durch die Vorschriften zur Flexibilitätsprämie erreichen wollte.
- 59 Der Gesetzgeber hat seit dem EEG 2012 die bedarfs- und marktorientierte Stromerzeugung in neuen und bestehenden Biogasanlagen angereizt,<sup>31</sup> die er auch als deren wesentliche Stärke ansieht.<sup>32</sup>
- 60 Bei Bestandsanlagen wollte er – innerhalb des sog. Flexdeckels gemäß Anlage 3 Nr. I.5 EEG 2014/EEG 2017 – eine Flexibilisierung gerade auch durch Leistungszubau anreizen.
- 61 Dies zeigt sich zum einen darin, dass der „Flex-Zubau“ teils gesetzlich privilegiert ist. So wurde im EEG 2014 für die weitere Erhöhung der Förderdegression für Biomassenanlagen nur der Bruttozubau, also der Zubau durch neu in Betrieb genommene Anlagen berücksichtigt, nicht jedoch der Zubau installierter Leistung zu Bestandsanlagen.<sup>33</sup> Hiermit sollte insbesondere der Zubau zur Flexibilisierungen von Bestandsanlagen ausgenommen werden.<sup>34</sup>
- 62 Zum anderen ist dieser sog. Flex-Zubau von der Förderbegrenzung für Bestandsanlagen (Höchstbemessungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2017) ausgenommen.<sup>35</sup>
- 63 Sofern man – wie auch der weite Anlagenbegriff des BGH – anerkennt, dass ein Satelliten-BHKW eine eigenständige EEG-Anlage sein kann, entspricht daher die Flexibilisierung einer solchen Anlage durch Zubau weiterer BHKW und, bei Bestandsanlagen, die Förderung dieser Flexibilisierung durch die Flexibilitätsprämie (§§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017) dem gesetzlichen Ziel.
- 64 Zwar könnte ein flexibles Stromerzeugungskonzept am Satelliten-Standort auch durch den Bau dreier neuer oder eines größeren neuen BHKW stattfinden. Diese könnten als Neuanlage(n) lediglich durch den Flexibilitätszuschlag gemäß §§ 50, 50a EEG 2017 gefördert werden. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, dass der

<sup>31</sup>Im EEG 2012 durch die Flexibilitätsprämie gemäß § 33i i. V. m. Anlage 5, ggf. i. V. m. § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012; im EEG 2014/EEG 2017 durch den Flexibilitätszuschlag für Neuanlagen gemäß §§ 52, 53 EEG 2014 bzw. §§ 50, 50a EEG 2017 und die Flexibilitätsprämie für Bestandsanlagen gemäß §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014 bzw. §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017.

<sup>32</sup>BT-Drs. 18/8860, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 225.

<sup>33</sup>Gemäß § 28 Abs. 3 i. V. m. § 26 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014.

<sup>34</sup>BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 132 f.

<sup>35</sup>Clearingstelle, Hinweis v. 16.12.2015 – 2015/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2015/27>, Leitsatz 9 und Rn. 83 f. mit weiteren Nachweisen.

Gesetzgeber die Förderung der vorliegenden Konstellation durch die Flexibilitätsprämie nicht gewollt hätte. Denn zum einen ist die Versetzung des BHKW-1 als Bestandsanlage von der Vor-Ort-Anlage an den Satelliten-Standort sinnvoller als das Belassen an der Vor-Ort-Anlage und der Errichtung eines neuen BHKW am Satelliten-Standort, weil das BHKW-1 an der Vor-Ort-Anlage wegen des dort gesunkenen Wärmebedarfs nicht mehr gebraucht wird. Weiterhin ist am Satelliten-Standort die Errichtung dreier kleinerer BHKW (Satelliten-BHKW und zwei Flex-BHKW) sinnvoller als die Errichtung eines BHKW mit derselben installierten Gesamtleistung, weil drei BHKW die dort benötigte, aufeinander abgestimmte flexible Wärme- und Strombereitstellung technisch besser wahrnehmen können als ein einziges größeres BHKW.

- 65 **Kein Entgegenstehen der Entscheidung des LG Frankfurt (Oder)** Das Urteil des Landgerichts (LG) Frankfurt (Oder) vom 5. April 2019<sup>36</sup> steht diesem Ergebnis nicht entgegen.
- 66 Das LG Frankfurt (Oder) hat in dem seinem Urteil zugrundeliegenden Fall entschieden, dass das BHKW, welches zu einem bestehenden Satelliten-BHKW zu dessen Flexibilisierung hinzugebaut und über eine gemeinsame Gassammelschiene verbunden wurde, keine Erweiterung des bestehenden Satelliten-BHKW, sondern eine eigenständige EEG-Anlage darstellt. Es hat daher für das hinzugebaute BHKW einen Anspruch auf die Flexibilitätsprämie (für Bestandsanlagen) verneint und lediglich einen Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag (für Neuanlagen) für möglich gehalten.
- 67 Das Schiedsgericht kommt vorliegend jedoch zu einem anderen Ergebnis.
- 68 Es ist bereits unklar, ob und inwieweit das LG Frankfurt (Oder) seine Argumentation auch in der vorliegenden Konstellation anwenden würde. Denn dem Urteilstext lassen sich – außer der Angabe, dass die BHKW durch eine Gassammelschiene verbunden waren – keine näheren Angaben zur räumlichen, technischen und funktionalen Beziehung des dort streitgegenständlichen Satelliten-BHKW und dem später zugebauten BHKW entnehmen.<sup>37</sup> So ist etwa unklar, ob sich das Satelliten-BHKW sowie die zugebauten BHKW in großer räumlicher Entfernung oder Nähe zueinan-

<sup>36</sup>LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 05.04.2019 – 11 O 122/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5009>.

<sup>37</sup>Das zur Gerichtsakte gereichte und auf S. 2 des Urteils in Bezug genommene Lichtbild ist dem Schiedsgericht (selbstverständlich) nicht bekannt.



der befunden haben und wie sie – abgesehen von einer gemeinsamen Gassammelschiene – sonst technisch und funktional verbunden waren.

- 69 Zudem bejaht das Schiedsgericht die Frage, ob mehrere Satelliten-BHKW in bestimmten Fällen untereinander eine gemeinsame „Anlage“ i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009/EEG 2017 darstellen können (s. oben Abschnitt 2.2.3) – bzw. anders gewendet, ob eine Satelliten-Anlage nicht nur durch den Austausch eines Generators gegen einen größeren, sondern auch durch den Zubau von BHKW „erweitert“ werden kann –, und zieht damit aus der Rechtsprechung des BGH und dem sog. weiten Anlagenbegriff andere Schlüsse als das LG Frankfurt (Oder).<sup>38</sup>
- 70 Nach Ansicht des Schiedsgerichts spricht auch die Anlagenzusammenfassung gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 EEG 2012<sup>39</sup> nicht dafür, die Erweiterung von Satelliten-BHKW durch Zubau weiterer BHKW grundsätzlich abzulehnen.<sup>40</sup>
- 71 Das Schiedsgericht geht ebenso wie der BGH<sup>41</sup> und das LG Frankfurt (Oder)<sup>42</sup> davon aus, dass die sog. vergütungsseitige Anlagenzusammenfassung erst dann greift, wenn überhaupt mehrere „Anlagen“ i. S. v. § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009/EEG 2017<sup>43</sup> – also mehrere Anlagen im Sinne des weiten Anlagenbegriffs – vorliegen. Es geht weiterhin ebenso wie das LG Frankfurt (Oder) davon aus, dass der hauptsächliche praktische Anwendungsbereich von § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012<sup>44</sup> bei Satelliten-BHKW zu sehen ist.<sup>45</sup> Es folgt dem LG Frankfurt (Oder) auch insoweit, als dass nach dem weiten Anlagenbegriff trotz einer gemeinsamen bautechnischen Verbindung möglicherweise mehrere „Anlagen“ vorliegen können,<sup>46</sup> z. B. wenn diese dennoch technisch-funktional getrennte Gesamtheiten darstellen.<sup>47</sup> Es vermag daraus aber nicht den

<sup>38</sup>LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 05.04.2019 – 11 O 122/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5009>, S. 5.

<sup>39</sup>Bzw. inhaltsgleich gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 EEG 2014 und § 24 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 EEG 2017.

<sup>40</sup>A.A. wohl LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 05.04.2019 – 11 O 122/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5009>, S. 5.

<sup>41</sup>BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/node/2363>, Rn. 51.

<sup>42</sup>LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 05.04.2019 – 11 O 122/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5009>, S. 5.

<sup>43</sup>Bzw. inhaltsgleich gemäß § 3 Nr. 1 EEG 2012 und § 5 Nr. 1 EEG 2014.

<sup>44</sup>S. entsprechend Fn. 39.

<sup>45</sup>LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 05.04.2019 – 11 O 122/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5009>, S. 6.

<sup>46</sup>LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 05.04.2019 – 11 O 122/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5009>, S. 6.

<sup>47</sup>Vgl. hierzu Clearingstelle, Hinweis v. 10.11.2016 – 2016/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2016/19>, Rn. 24 zu der Frage, wann mehrere Maschi-

Umkehrschluss zu ziehen, dass mehrere BHKW an einem Satelliten-Standort nie eine gemeinsame Anlage im Sinne des weiten Anlagenbegriffs bzw. der Anlagendefinition darstellen können – zumal auch eine solche „Anlage“ i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2017 mit der Vor-Ort-Anlage als zweiter „Anlage“ i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2017 gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 vergütungsseitig zusammengefasst werden kann.

- 72 Einem kategorischen Ausschluss der Flexibilisierung von Satelliten-BHKW mit Inbetriebnahmedatum vor dem 31. Juli 2014 und der grundsätzlichen Annahme, dass in diesen Fällen die Gewährung der Flexibilitätsprämie volkswirtschaftlich unnötige Kosten, Mitnahmeeffekte bzw. in vergütungsrechtlicher Hinsicht missbilligte Anlagenkonfiguration hervorruft,<sup>48</sup> stehen nach Ansicht des Schiedsgerichts zudem die Erwägungen aus Rn. 58 ff. entgegen.

#### 2.2.4 Zuordnung der Höchstbemessungsleistung

- 73 Das Schiedsgericht trifft zur Bestimmung der Höchstbemessungsleistung i. S. v. § 101 Abs. 1 EEG 2017 eine Billigkeitsentscheidung gemäß § 1051 Abs. 3 ZPO. Dies ist ihm möglich, weil die Parteien es im Schiedsvertrag hierzu ermächtigt haben.
- 74 Danach ist in der geplanten Anlagenkonstellation der Vor-Ort-Anlage eine Höchstbemessungsleistung in Höhe von [ca. 570] kW<sub>el</sub> und der Satelliten-Anlage eine Höchstbemessungsleistung in Höhe von [ca. 475] kW<sub>el</sub> zuzuordnen.
- 75 **Billigkeitsentscheidung** Eine Ermächtigung zur Billigkeitsentscheidung befreit das Schiedsgericht von der Anwendung des materiellen Rechts, in den Grenzen der guten Sitten und öffentlichen Ordnung (*ordre public*).<sup>49</sup> Das Schiedsgericht muss dann nicht mehr auf Grundlage einer strengen Rechtsanwendung entscheiden. Ob das Schiedsgericht auch bei einer Billigkeitsentscheidung gehalten ist, zunächst das

nensätze (Turbine und Generator), die betriebsnotwendige bauliche Einrichtungen teilen, eine gemeinsame Wasserkraftanlage darstellen.

<sup>48</sup>LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 05.04.2019 – 11 O 122/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5009>, S. 7.

<sup>49</sup>Seiler, in: Thomas/Putzo (Begr.), ZPO, 40. Aufl. 2019, § 1051 Rn. 4; Saenger, in: Saenger/Eberl/Eberl (Hrsg.), Schiedsverfahren, 1. Aufl. 2019, § 1051 Rn. F5; Geimer, in: Zöller (Begr.), ZPO, 32. Aufl. 2018, § 1051 Rn. 6; Münch, in: (Hrsg.) MüKo ZPO, 5. Aufl. 2017, § 1051 Rn. 46 und 55; Schütze, in: Wieczorek/Schütze (Hrsg.), ZPO Band 11, 4. Aufl. 2014, § 1051, Rn. 2; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, S. 183; Wais, in: Schütze/Tscherning/Wais (Hrsg.), Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl. 1990, A. Rn. 111.

materielle Recht anzuwenden und nur davon abzuweichen, wenn dies im Einzelfall zu einem unbilligen Ergebnis führte,<sup>50</sup> kann im vorliegenden Fall dahinstehen.

- 76 Denn das Schiedsgericht geht nicht so weit, das materielle Recht außer acht zu lassen. Es geht jedoch davon aus, dass die reine Rechtsauslegung bei der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit die Höchstbemessungsleistung bei Versetzungsvorgängen mitgenommen werden kann, an ihre Grenzen stößt. Systematik, Gesetzesbegründung und Sinn und Zweck der Regelung geben zwar Anhaltspunkte dafür, was rechtlich gewollt gewesen sein könnte und damit grundsätzlich billig ist, führen aber zu keinem eindeutigen Ergebnis. Eine Analogie oder teleologische Reduktion ist zudem aufgrund der Normstruktur nicht möglich.
- 77 Das Schiedsgericht wendet daher die Regelung in § 101 Abs. 1 EEG 2017 im konkreten Einzelfall nach Billigkeitsgesichtspunkten an.
- 78 **Billigkeitserwägungen** Das Schiedsgericht hält es für billig, im vorliegenden Fall eine anteilige Übertragung der Höchstbemessungsleistung i. S. v. § 101 Abs. 1 EEG 2017 von der Vor-Ort-Anlage auf die Satelliten-Anlage vorzunehmen.<sup>51</sup> Diese Rechtsanwendung verstößt weder gegen den *ordre public* noch, aufgrund der unklaren und auslegungsbedürftigen Rechtslage, gegen das Abweichungsverbot gemäß § 7 Abs. 2 EEG 2017.
- 79 Der Wortlaut von § 101 Abs. 1 EEG 2017, der auf die (Höchst-)Bemessungsleistung „der Anlage“ zu einem Zeitpunkt bis zum 31. Juli 2014 abstellt, kennt keine andere Anlage als die, die an diesem Stichtag bereits bestand. Er gibt also Anhaltspunkte dazu, wie die förderfähige Strommenge zu bestimmen ist, wenn sich die Bemessungsleistung dieser Anlage nach diesem Stichtag erhöht oder verringert – aber nicht dazu, wie die Höchstbemessungsleistung zu bestimmen ist, wenn diese Anlage nach dem Stichtag in mehrere Anlagen „aufgespalten“ sowie wenn eine dieser abgespaltenen Anlagen versetzt wird.
- 80 Nicht eindeutig ist daher, ob in diesen Fällen die Höchstbemessungsleistung rechnerisch aufgeteilt werden kann – oder ob sie allein „der“ zum Stichtag bestehenden

<sup>50</sup>So grundsätzlich und damit wohl als Mindermeinung *Münch*, in: (Hrsg.) MüKo ZPO, 5. Aufl. 2017, § 1051 Rn. 56; unterscheidend nach der Art der Ermächtigung *Wais*, in: Schütze/Tscherning/Wais (Hrsg.), Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl. 1990, A. Rn. 111.

<sup>51</sup>Eine „Mitnahme“ der Höchstbemessungsleistung grundsätzlich für rechtlich möglich halten auch *von Bredow/Hennig*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2015, § 101 Rn. 26 ff; *Gordalla*, in: Greb/Boewe (Hrsg.), EEG Kommentar, 8. Aufl. 2019, Rn. 24.

„Anlage“ zuzuordnen ist und damit auch nur an „ihrem“ jeweiligen Standort existiert (sei es ihr ursprünglicher Standort oder der nach dem bloßen Versetzen „dieser“ Anlage). Im letzten Fall könnte einer abgespaltenen Anlage gar keine Höchstbemessungsleistung zugeordnet werden; für den darin erzeugten und eingespeisten Strom könnte dann keine EEG-Förderung durch die Marktprämie oder Einspeisevergütung, sondern nur der Marktwert verlangt werden (§ 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017).

- 81 Der systematische Vergleich mit der Förderbegrenzung gemäß § 44b Abs. 1 EEG 2017<sup>52</sup>, die ebenfalls wie § 101 Abs. 1 EEG 2017<sup>53</sup> erstmals unter dem EEG 2014 geschaffen wurde, ergibt keine eindeutigen Anhaltspunkte. Diese Regelung stellt ohne Stichtag auf die installierte Leistung der Anlage ab; der Wortlaut lässt damit spätere Abweichungen grundsätzlich zu. Hauptziel dieser Regelung war lediglich, die Flexibilisierung von Neuanlagen sicherzustellen.<sup>54</sup>
- 82 Ein Vergleich mit der Höchstbemessungsleistung gemäß § 39h Abs. 2 EEG 2017 könnte für die Annahme sprechen, die Höchstbemessungsleistung gelte nur für eine bestimmte Anlage an ihrem Standort. Diese Höchstbemessungsleistung soll bei ausschreibungspflichtigen Neuanlagen – neben deren Flexibilisierung – sicherstellen, dass der Ausbaupfad für Biomasse nach § 4 Nr. 4 EEG 2017 nicht überschritten wird.<sup>55</sup> Sie knüpft hierfür an einen bestimmten Prozentsatz der bezuschlagten Gebotsmenge an und nicht an die installierte Leistung, damit (mangels Stichtag) diese Höchstbemessungsleistung nicht durch spätere Erweiterungen der Anlage erhöht werden kann.<sup>56</sup> Die Gebotsmenge muss zudem für einen bestimmten Standort abgegeben werden (§ 30 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2017). Auch hieraus lassen sich jedoch im Ergebnis keine belastbaren Rückschlüsse ziehen. Denn diese Höchstbemessungsleistung wurde erstmals im EEG 2017 und damit später als die Höchstbemessungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017/EEG 2014 geschaffen. Für Bestandsanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. August 2014 gab es zudem keinen Ausbaupfad<sup>57</sup> sowie – innerhalb des ursprünglichen zwanzigjährigen Vergütungszeitraums, für den auch § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 gilt – kein

<sup>52</sup>Zuvor § 47 Abs. 1 EEG 2014.

<sup>53</sup>Zuvor § 101 Abs. 1 EEG 2014.

<sup>54</sup>BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 142.

<sup>55</sup>BT-Drs. 18/9096, abrufbar unter [https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/break\\_urfassung/material](https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/break_urfassung/material), S. 363.

<sup>56</sup>BT-Drs. 18/9096, abrufbar unter [https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/break\\_urfassung/material](https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/break_urfassung/material), S. 363.

<sup>57</sup>Nur Mindestziele, s. z. B. § 1 Abs. 2 EEG 2004/EEG 2009 und § 1 Abs. 2 und 3 EEG 2012.

Ausschreibungsverfahren.

- 83 Die Gesetzesbegründung zu § 101 Abs. 1 EEG 2017/EEG 2014<sup>58</sup> kann jedenfalls unterschiedlich gelesen werden. Sie kann so verstanden werden, dass die Höchstbemessungsleistung nur an die bisherige Anlage anknüpft – also einen Bestandsschutz nur für die am Stichtag vorhandenen Anlagenkonstellationen gewährt. Sie kann aber auch so verstanden werden, dass die Höchstbemessungsleistung die Vergütung nach bisherigen EEG-Fassungen in Bezug auf eine bestimmte Gesamtstrommenge begrenzen sollte – also quasi auf die bundesweite Höchstbemessungsleistung am Stichtag 31. Juli 2014. Sie spricht daher nicht zwingend dafür, dass bei einer nach diesem Stichtag erfolgten Aufspaltung einer Anlage ein Teil der Höchstbemessungsleistung „verloren gehen“ soll – sei es, dass der aufgespaltene Teil am bisherigen Standort verbleibt, sei es, dass er an einen anderen Standort versetzt wird.
- 84 Die Gesetzesbegründung lautet:

„Absatz 1 dient dazu, die *nachträgliche Erhöhung der Stromerzeugung* in Biogasanlagen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes in Betrieb genommen wurden, *mengenmäßig zu begrenzen*. Hintergrund dieser Regelung ist, dass mit diesem Gesetz die Förderbedingungen für neue Biogasanlagen deutlich verschärft werden. Infolgedessen kann eine *Erweiterung bestehender Anlagen*, die unter der *für sie anzuwendenden Fassung des EEG teilweise deutlich höhere Förderansprüche* begründen für Anlagenbetreiber wirtschaftlich deutlich attraktiver sein als der Neubau einer Anlage („Flucht ins EEG 2009 oder ins EEG 2012“). Eine *Erweiterung insbesondere von Bestandsanlagen, die überwiegend nachwachsende Rohstoffe einsetzen*, würde jedoch das mit diesem Gesetz verfolgte Ziel konterkarieren, die besonders kostenintensive und Nutzungskonkurrenzen verschärfende Förderung der Stromerzeugung aus nachwachsenden Rohstoffen zurückzufahren. Mit Absatz 1 wird die Erhöhung der installierten Leistung von Bestandsanlagen grundsätzlich nicht begrenzt. Jedoch erhalten diese Anlagen, wenn sie nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ihre Stromerzeugungsmengen gegenüber der bisherigen höchsten Jahresstrommengenerzeugung (Höchstbemessungsleistung) vergrößern, die volle Einspeisevergütung bzw. Marktprämie nur für den Anteil der erzeugten Strommenge, der 100 Prozent der höchsten kalenderjähr-

<sup>58</sup>Die Gesetzesbegründung erging zu § 101 Abs. 1 EEG 2014. Die hier betrachteten Regelungen haben sich in § 101 Abs. 1 EEG 2017 jedoch nicht geändert.

lichen Bemessungsleistung der Anlage vor Inkrafttreten dieses Gesetzes entspricht... der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie sind von dieser Begrenzung der Förderung nicht betroffen.“<sup>59</sup>

- 85 Vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber die Stromerzeugung in Kraft-Wärme-Kopplung anreizen<sup>60</sup> und die Flexibilisierung von Bestandsanlagen fördern will, hält das Schiedsgericht es im vorliegenden Fall für billig, dass das BHKW-1 beim Abspalten aus der Vor-Ort-Anlage und Versetzen an den Satelliten-Standort einen – seinem Leistungsverhältnis entsprechenden – Anteil der der Vor-Ort-Anlage zugeordneten Höchstbemessungsleistung „mitnimmt“ (zu Berechnung s. Rn. 90). Denn andernfalls könnte für das BHKW-1 am Satelliten-Standort keine Einspeisevergütung mehr gewährt werden und dies ggf. die Umsetzbarkeit des geplanten Projekts gefährden. Das Versetzen des BHKW-1 an den Satelliten-Standort ist jedoch energetisch sinnvoller als sein Verbleib an der Vor-Ort-Anlage.
- 86 Eine Erhöhung der bisherigen Höchstbemessungsleistung oder der Strommenge aus Vor-Ort-Anlage und BHKW-1, die zu den Bedingungen des EEG 2004 bzw. EEG 2009 vergütet werden kann, ist damit nicht verbunden. Dies ist schon durch die anteilige Höchstbemessungsleistung der Vor-Ort-Anlage und der Satelliten-Anlage unterbunden. Zudem wird das BHKW-1 an der Vor-Ort-Anlage nicht ersetzt.
- 87 Zwar erhöht sich durch die Schaffung des Satelliten-BHKW möglicherweise derjenige Anteil der in der Vor-Ort-Anlage und dem BHKW-1 erzeugten Gesamtstrommenge, die mit dem KWK-Bonus des EEG 2004 oder EEG 2009 vergütet wird, wenn das BHKW-1 am Satelliten-Standort mehr Nutzwärme abgeben kann als an der Vor-Ort-Anlage. Dies kann und soll jedoch auch die Höchstbemessungsleistung nicht verhindern. Denn auch an einer Bestandsanlage, die seit den Stichtagen i. S. v. § 101 Abs. 1 EEG 2017 unverändert geblieben ist, kann z. B. der Nutzwärmebedarf steigen und sich daher bei gleichbleibender Bemessungsleistung der Anteil an bonusfähigem Strom erhöhen<sup>61</sup> oder können sich z. B. die Anteile der eingesetzten Einsatzstoffe än-

<sup>59</sup>BT-Drs. 18/1304, S. 180f.; weitere Erwägungen zudem in BT-Drs. 18/1891, S. 220f.; beide abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material>. Auslassung nicht im Original.

<sup>60</sup>Hierfür gibt es seit dem EEG 2000 bis zum EEG 2017 unterschiedliche Regelungen; die Erzeugung in Kraft-Wärme-Kopplung ist energetisch besonders effektiv.

<sup>61</sup>Der KWK-Bonus nach dem EEG 2004 unterliegt keiner Begrenzung. Die Inanspruchnahme des KWK-Bonus des EEG 2009 bei Erhöhung der KWK-Strommenge in Anlagen aus dem EEG 2004 ist zwar gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 begrenzt (s.a. *BGH*, Urt. v. 04.03.2015 – VIII ZR 325/13, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2731>). Dies gilt jedoch auch unabhängig von der Höchstbemessungsleistung.

dern und sich dadurch bei gleichbleibender Bemessungsleistung die Vergütungssätze erhöhen.<sup>62</sup> Auch in Hinblick auf den NawaRo-Bonus sollten laut der Gesetzesbegründung Anlagenerweiterungen verhindert werden. Sonstige Erhöhungen des geförderten NawaRo-Stromanteils – bspw. die bloße Umstellung einer Biogasbestandsanlage auf nachwachsende Rohstoffe – werden nicht ausgeschlossen.

- 88 Führt die Teilung einer größeren Bestandsanlage in mehrere kleine Anlagen dazu, dass bei insgesamt gleichbleibender Höchstbemessungsleistung die erzeugte Strommenge zu einem größeren Anteil niedrigeren Leistungsschwellen zuzuordnen ist, führt dies ebenfalls nicht zu einer mengenmäßigen Erhöhung der Stromerzeugung über die Höchstbemessungsleistung hinaus und wird dies zudem – wie auch sonst beim Vorliegen mehrerer Anlagen – ggf. durch die Regelungen zur vergütungsseitigen Anlagenzusammenfassung<sup>63</sup> aufgefangen.
- 89 Den Zubau von durch die Flexibilitätsprämie geförderter Leistung soll die Höchstbemessungsleistung zudem gerade nicht verhindern.
- 90 **Höhe der Höchstbemessungsleistung** Nach dem Versetzen des BHKW-1 ist daher die Höchstbemessungsleistung der Vor-Ort-Anlage gemäß § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 (95 % der installierten Gesamtleistung von [ca. 1100]kW<sub>el</sub><sup>64</sup>, also [ca. 1045]kW<sub>el</sub>) anteilig auf das Satelliten-BHKW und die entsprechend „verkleinerte“ Vor-Ort-Anlage aufzuteilen.
- 91 Dem Satelliten-BHKW ist danach eine Höchstbemessungsleistung in Höhe von [ca. 475]kW<sub>el</sub> (95 % der installierten Gesamtleistung von [ca. 500]kW<sub>el</sub>) zuzuordnen und bei der Vor-Ort-Anlage verbleibt eine Höchstbemessungsleistung in Höhe von [ca. 570]kW<sub>el</sub> (95 % der dort verbliebenen installierten Gesamtleistung von [ca. 600]kW<sub>el</sub>).

<sup>62</sup>Insbesondere bei den einsatzstoffbezogenen Vergütungsklassen des EEG 2012.

<sup>63</sup>Bei Bestandsanlagen mit Inbetriebnahmedatum vor dem 1. August 2014 durch § 19 EEG 2009/EEG 2012.

<sup>64</sup>Die Redundanz-BHKW zählen nicht zur installierten Leistung; s. hierzu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 31.05.2018 – 2017/37, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2017/37>, Leitsatz 1.

### 2.2.5 Anspruch auf Flexibilitätsprämie

- 92 Für die durch die Flex-BHKW flexibel bereitgestellte Leistung kann – bei Erfüllung aller Voraussetzungen<sup>65</sup> – die Flexibilitätsprämie gemäß §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 in Anspruch genommen werden.
- 93 Denn der geplante Zubau der Flex-BHKW zum Satelliten-BHKW stellt eine Erweiterung einer Bestandsanlage dar (s. Rn. 94 ff.) und keine Errichtung von Neuanlagen, für welche nur der Flexibilitätszuschlag in Anspruch genommen werden kann. Der Anspruch auf Flexibilitätsprämie richtet sich zudem nach §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 und nicht nach §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014 (s. Rn. 95 ff.).
- 94 **Flexibilisierung einer Bestandsanlage** Die geplanten Flex-BHKW werden Teil der Satelliten-Anlage. Durch sie wird mithin gemäß § 50b Satz 1 EEG 2017 an einer „vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommenen“ Anlage zusätzlich installierte Leistung für eine bedarfsorientierte Stromerzeugung bereitgestellt.
- 95 **Anwendbares Recht** Der Anspruch des Schiedsklägers auf Flexibilitätsprämie bestimmt sich nach §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 – und damit nicht nach § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10e) EEG 2017 i. V. m. §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014.
- 96 Denn die §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 gelten nach Ansicht des Schiedsgerichts jedenfalls für Bestandsanlagen, für die – wie vorliegend – erstmals nach Inkrafttreten des EEG 2017 die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen und flexible installierte Leistung hinzugebaut wird.<sup>66</sup>
- 97 Dabei kann für den vorliegenden Fall offenbleiben, ob §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 seit dem 1. Januar 2017 (Inkrafttreten des EEG 2017)
- für alle Bestandsanlagen aus dem EEG 2012 und früheren EEG-Fassungen als speziellere Vorschriften der Anordnung in § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10e) EEG 2017 vorgehen – unabhängig davon, ob für diese Bestandsanlagen die Flexibilitätsprämie bereits unter dem EEG 2014 oder EEG 2012 genutzt wurde – und die (Fort-)Geltung von §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014

<sup>65</sup>Diese sind nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

<sup>66</sup>Wohl a. A., aber einen Redaktionsfehler nicht ausschließend *Hennig/Ekardt*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 50b Rn. 30. Ebenso a. A., aber eine Korrektur für sog. Stichtagsanlagen des EEG 2014 annehmend *Walter*, in: Greb/Boewe (Hrsg.), EEG Kommentar, 8. Aufl., § 50b Rn. 33 und 42.



daher auf den Zeitraum ab 1. August 2014 bis 31. Dezember 2016 (Geltung des EEG 2014) beschränkt ist, oder

- nur für Bestandsanlagen aus dem EEG 2012 und früher anzuwenden sind, für die ab 1. Januar 2017 erstmals die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen wird, sowie für den weiteren Zubau installierter flexibler Leistung bei Bestandsanlagen (aus dem EEG 2012 und früher), für die bereits unter dem EEG 2014 oder EEG 2012 die Flexibilitätsprämie genutzt wurde.

98 §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 ist zudem gemäß seinem Satz 4 rückwirkend zum 1. August 2014 auf die sog. „Übergangsanlagen“ (auch „Stichtagsanlagen“ genannt) des EEG 2014 entsprechend anwendbar.<sup>67</sup> Insofern ist § 50b Satz 4 EEG 2017 (Flexibilitätsprämie für Übergangsanlagen aus dem EEG 2014) jedenfalls als speziellere Regelung gegenüber § 100 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 i. V. m. § 53 EEG 2014 (Flexibilitätszuschlag des EEG 2014 für „reguläre“ Anlagen<sup>68</sup> aus dem EEG 2014) und gegenüber § 100 Abs. 4 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 (Förderung der Übergangsanlagen aus dem EEG 2014 grundsätzlich wie Anlagen aus dem EEG 2012) anzusehen.

99 **Wortlaut und Systematik** Für Bestandsanlagen aus dem EEG 2012 und früher trifft das EEG 2017 widersprüchliche Geltungsanordnungen.

100 Einerseits ergibt sich aus der Überschrift („Flexibilitätsprämie für bestehende Anlagen“) und dem Wortlaut von § 50b EEG 2017, dass diese Vorschrift gerade für Bestandsanlagen aus dem EEG 2012 und früher anwendbar sein soll. So begründet § 50b Satz 1 EEG 2017 einen Anspruch für Betreiber von Anlagen, „die . . . vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind“. <sup>69</sup>

<sup>67</sup> Diese Anlagen i. S. v. § 100 Abs. 4 EEG 2017 wurden zwar zwischen dem 01.08.2014 bis 31.12.2014 und damit unter Geltung des EEG 2014 in Betrieb genommen, aber erfüllen bestimmte Vertrauensschutzvoraussetzungen und werden daher wie Anlagen aus dem EEG 2012 vergütet.

<sup>68</sup> Also keine Übergangsanlagen bzw. Stichtagsanlagen.

<sup>69</sup> Auch ergibt sich allein aus der Formulierung „nach dem am 31. Juli 2014 geltenden Inbetriebnahmebegriff“ vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen“ nicht, dass § 50b EEG 2017 jedenfalls nicht für Bestandsanlagen aus dem EEG 2009 gelten soll. Dass diese Formulierung ein „Oberbegriff“ für Bestandsanlagen aus dem EEG 2012, aber auch älterer Anlagen sein sollte, ergibt sich insbesondere auch aus § 100 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Nr. 10 EEG 2017. Danach sind für Strom aus Anlagen, die nach dem am 31.07.2014 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 01.08.2014 in Betrieb genommen worden sind, die Bestimmungen des EEG 2014 anzuwenden mit der Maßgabe, dass für Strom aus Anlagen, die nach dem am 31.12.2011 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen worden sind, abweichend hiervon bestimmte Regelungen des EEG 2009 und früherer EEG-Fassungen anzuwenden sind. A. A. Hermeier, in: Säcker (Hrsg.), Energierecht, 4. Aufl. 2014, Bd. 6, § 50b EEG Rn. 4.

- 101 Andererseits ordnet § 100 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 in Nr. 4 (für Anlagen aus dem EEG 2012) und Nr. 10 e) (für Anlagen aus dem EEG 2009 und früher) ausdrücklich an, dass für Anlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, die Regelungen zur Flexibilitätsprämie gemäß §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014 anzuwenden sind.<sup>70</sup>
- 102 Ordnen die Übergangsbestimmungen des EEG an, dass für Bestandsanlagen statt der Regelungen der aktuellen EEG-Fassung solche älterer Fassungen anzuwenden sind, gilt dies grundsätzlich nicht nur für zurückliegende Zeiträume, sondern gerade auch für den Zeitraum ab Inkrafttreten der neuen Fassung (sog. „Fortgeltung“ der bisherigen Regelungen).
- 103 Jedoch sprechen die Regelungen des EEG 2014 zur Flexibilitätsprämie und deren Gesetzesbegründung, der Sinn und Zweck des sog. Flex-Deckels sowie sonstige Grundsätze der Gesetzesauslegung dafür, dass jedenfalls für Anlagen, die erstmals unter dem EEG 2017 die Flexibilitätsprämie in Anspruch nehmen, §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 gelten und §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014 vollständig verdrängen.
- 104 **Historie** Das EEG 2014 ordnete ausdrücklich an, dass ab dem 1. August 2014 (Inkrafttreten des EEG 2014) für Bestandsanlagen aus dem EEG 2012 und früheren EEG-Fassungen nicht mehr die Flexibilitätsprämie des EEG 2012 (§ 33i i. V. m. Anlage 5 EEG 2012), sondern nur noch die des EEG 2014 (§§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014) gelten sollten (s. § 100 Abs. 1 Nr. 10e) EEG 2014). Dies war auch erforderlich, weil die Förderung der Flexibilisierung erstmals für Neu- und Bestandsanlagen ausdifferenziert sowie für Bestandsanlagen der sog. Flex-Deckel<sup>71</sup> eingeführt wurde. Da die Regelungen des EEG 2012 und EEG 2014 bis auf den Flex-Deckel inhaltlich weitgehend gleichliefen, verdeutlicht dies aber auch, dass ab Inkrafttreten des EEG 2014 der weitere Zubau von „Flex-Leistung“ bei allen Bestandsanlagen für den Flex-Deckel gezählt werden sollte. So führt auch die Gesetzesbegründung aus:

<sup>70</sup>Für reguläre Bestandsanlagen aus dem EEG 2014 gilt gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 hingegen § 50 EEG 2017 i. V. m. § 53 EEG 2014 und damit der Flexibilitätszuschlag des EEG 2014 fort.

<sup>71</sup>Nr. 1.5 der Anlage 3 EEG 2014. Dieser lautet: „Der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie entfällt für zusätzlich installierte Leistung, die als Erhöhung der installierten Leistung der Anlage nach dem 31.07.2014 nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach § 93 übermittelt wird, ab dem ersten Tag des zweiten Kalendermonats, der auf den Kalendermonat folgt, in dem der von der Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 26 Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe b in Verbindung mit der Rechtsverordnung nach § 93 veröffentlichte aggregierte Zubau der zusätzlich installierten Leistung durch Erhöhungen der installierten Leistung nach dem 31.07.2014 erstmals den Wert von 1 350 Megawatt übersteigt.“

- 105 „... werden... die Übergangsbestimmungen zur Flexibilitätsprämie für Biogasanlagen (§ 66 Absatz 1 Nummer 11 EEG 2012) für nicht mehr anwendbar erklärt. Bezüglich der Flexibilitätsprämie bedeutet dies, dass für schon vor dem Jahr 2012 betriebene Biogasanlagen statt des § 66 Absatz 1 Nummer 11 EEG 2012 nunmehr §§ 50 und 52 EEG 2014 in Verbindung mit Anlage 3 zu diesem Gesetz einschließlich der Einschränkung des Deckels für die Nutzung der Flexibilitätsprämie nach § 52 EEG 2014 anzuwenden sind, *unabhängig davon, ob sie die Flexibilitätsprämie nach § 33i EEG 2012 bereits genutzt haben oder nicht.*“<sup>72</sup>
- 106 Das EEG 2017 regelt – anders als das EEG 2014 – nicht eindeutig, dass für alle Bestandsanlagen das bisherige Regelungsregime zur Flexibilitätsprämie durch das neue ersetzt bzw. in dieses überführt wird. Der Gesetzgeber hat die Geltungsanordnung der Flexibilitätsprämie des EEG 2014 für Bestandsanlagen aus dem EEG 2012 und früher unverändert ins EEG 2017 übernommen (§ 100 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 10e) EEG 2017), aber parallel dazu für diese Bestandsanlagen neue Regelungen im EEG 2017 geschaffen.
- 107 Ob es sich hierbei um einen bloßen Redaktionsfehler im Rahmen des komplexen Übergangsregimes des EEG 2017 handelt oder welches genaue Nebeneinander von Regelungen daraus folgt, muss vorliegend nicht abschließend entschieden werden.
- 108 **Sinn und Zweck** Denn die Änderung des Flex-Deckels in Anlage 3 Nr. I.5 EEG 2017 durch das Energiesammelgesetz (EnSaG)<sup>73</sup> spricht dafür, dass jedenfalls der Flex-Deckel des EEG 2017 für den weiteren Flex-Zubau an allen Bestandsanlagen aus dem EEG 2012 und früher gelten soll.
- 109 Durch das EnSaG wurde die in Anlage 3 Nr. I.5 EEG 2017 vorgesehene Frist für die Schließung des Deckels für zusätzlich installierte Flex-Leistung, die nach dem 31. Juli 2014 gemeldet wird, von zwei auf sechzehn Kalendermonate verlängert und der Flex-Deckel von 1 350 MW auf 1 000 MW abgesenkt. Dies wurde wie folgt begründet:

<sup>72</sup>BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/wrfassung/material>, S. 178; Auslassungen und kursive Hervorhebung nicht im Original.

<sup>73</sup>Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes, des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften (Energiesammelgesetz – EnSaG) v. 17.12.2018 (BGBl. I S. 2018, S. 2549), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/ensag>.

„Die Änderung soll die Problematik adressieren, dass sich kurz vor Erreichen eines Deckels Unsicherheiten hinsichtlich der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie ergeben können, die eine Investition verhindern. Konkret besteht hier die Befürchtung, dass Anlagenbetreiber im Zeitpunkt ihrer Investitionsentscheidung keine Sicherheit haben, dass ihre Investition zur bedarfsgerechten und flexiblen Einspeisung noch förderfähig sein wird. Um dieser Unsicherheit zu begegnen, wird die Frist für die Schließung des Deckels von bislang zwei auf 16 Monate verlängert . . . Um die Maßnahme kostenneutral zu halten, wird der Deckel um 350 MW auf 1.000 MW reduziert . . .“<sup>74</sup>

- 110 Wären ab dem 1. Januar 2017 für Bestandsanlagen aus dem EEG 2012 und früher weiterhin *nur* die Regelungen in §§ 52, 54 Anlage 3 EEG 2014 anwendbar, bliebe die Änderung des Flex-Deckels in Anlage 3 EEG 2017 für diese Anlagen rechtlich völlig folgenlos. Es spricht jedoch nichts dafür, dass der Gesetzgeber den Flex-Deckel allein für die sog. Übergangsanlagen des EEG 2014 verschärfen wollte.
- 111 Hieraus folgt, dass auch für Bestandsanlagen aus dem EEG 2012 und früher, die ab dem 1. Januar 2017 erstmals die Flexibilitätsprämie in Anspruch nehmen oder, wenn sie die Flexibilitätsprämie des EEG 2014 bereits erhalten, aber nunmehr weitere flexible Leistung installieren wollen, jedenfalls Nr. 1.5 Anlage 3 EEG 2017 gelten muss.
- 112 Das Schiedsgericht geht daher weiterhin davon aus, dass jedenfalls für Bestandsanlagen wie die vorliegende §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 insgesamt anwendbar sind.
- 113 Denn eine Auslegung, nach der für Bestandsanlagen aus dem EEG 2012 und früher seit dem 1. Januar 2017 § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und 10e) EEG 2017 i. V. m. §§ 52, 54 EEG 2014 und im Wege einer teleologischen Reduktion und gleichzeitigen Analogie lediglich statt der Anlage 3 EEG 2014 die Anlage 3 EEG 2017 gilt – oder nur statt der Nr. 1.5 der Anlage 3 EEG 2014 die Nr. 1.5 der Anlage 3 EEG 2017 – erscheint dem Schiedsgericht insbesondere dann unnötig kompliziert und nicht folgerichtig, wenn für die Anlage die Flexibilitätsprämie des EEG 2014 nie in Anspruch genommen wurde.

<sup>74</sup>BT-Drs. 19/5523, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/ensag/material>, S. 95.

- 114 Zudem wäre andernfalls §§ 50b Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 als solcher nie anwendbar<sup>75</sup> und überflüssig. Gesetzliche Regelungen sind jedoch nicht so auszulegen, dass für sie kein Anwendungsbereich verbleibt.
- 115 Auf die für die Flexibilitätsprämie inhaltlich zu erfüllenden Voraussetzungen – außer für den Flex-Deckel – wirkt sich die Wahl der anwendbaren Normenkette zudem nicht wesentlich aus. Denn die Voraussetzungen der §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 und §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014 sind im Übrigen weitgehend inhaltsgleich.<sup>76</sup>

Dibbern

Richter

Dr. Winkler

---

<sup>75</sup>Satz 1 gilt auch für die sog. Überganganlagen des EEG 2014 nicht unmittelbar, sondern nur entsprechend über Satz 4.

<sup>76</sup>Die Ergänzung von Nr.II.(b)2.4 in der Anlage 3 EEG 2017 sollte der Klarstellung und keiner Änderung dienen, BT-Drs. 18/9096, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 369.