

Nur per E-Mail

renergie Allgäu e.V.
Herrn Florian Weh
Adenauerring 97
87439 Kempten

Ihr Zeichen

Unser Zeichen
009851-08/LO/mt

Datum
24.11.2020

renergie Allgäu e.V. wegen Beratung

Sehr geehrter Herr Weh,

wir melden uns in Bezug auf die Stellungnahme für das Verfahren vor der Clearingstelle EEG | KWKG zur Erneuerung von Biogasanlagen im Geltungsbereich des EEG 2004.

Die nachstehende Struktur richtet sich nach der Nummerierung der Clearingstelle in ihrer Bitte um Stellungnahme. Die von Ihnen ausgeführten Stellungnahmen haben wir in unsere Antworten mit einfließen lassen.

1. a)

Die Frage zielt unserer Meinung nach darauf ab, ab wann die Vergütung auf Basis der neu in Betrieb genommenen Anlage ausgezahlt bzw. bis wann der Vergütungsanspruch in Höhe des vormals geltenden Inbetriebnahmejahres ausgezahlt werden muss.

Der Wortlaut von § 3 Absatz 4 EEG 2004 ist insoweit eindeutig. Hiernach gilt als Inbetriebnahme der Zeitpunkt

„... nach ihrer Erneuerung, sofern...“

Der maßgebliche Zeitpunkt ist daher die Vollendung bzw. der Abschluss der entsprechenden Modernisierungsarbeiten. Eine Bezugnahme auf den Beginn des nächsten Kalendermonats oder aber des nächsten Kalenderjahres ist dem EEG im Hinblick auf den Zeitpunkt einer Inbetriebnahme unbekannt. Wenn daher feststeht, dass zu einem bestimmten Tag Modernisierungsarbeiten als abgeschlossen betrachtet werden können, kann ab dem Folgetag die neue Vergütungsstruktur beansprucht werden können.

Dr. Helmut Loibl
Partner, Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Lehrbeauftragter für Umwelt-
und Energierecht

Sabine Sobola
Partnerin, Rechtsanwältin
Lehrbeauftragte für IT-
und Wirtschaftsrecht

Ulrike Specht
Partnerin, Rechtsanwältin
Fachwältin für Erbrecht
Fachwältin für Handels-
und Gesellschaftsrecht

Susanne Lindenberger
Rechtsanwältin

Marc Bruck
Rechtsanwalt

Carolina Gierisch
Rechtsanwältin

Michael Hannig
Rechtsanwalt

Bastian Winter
Rechtsanwalt

Carmen Mohr
Rechtsanwältin

Gerrit Müller-Rüster*
Rechtsanwalt

Markus Sawade*
Rechtsanwalt

Paluka Sobola Loibl
& Partner Rechtsanwälte mbB

Hauptsitz:
Prinz-Ludwig-Straße 11
93055 Regensburg

Tel 0941 585710
Fax 0941 5857114
Mail info@paluka.de

*Zweigstelle:
Niemannsweg 109
24105 Kiel

Tel 0431 77546474
Fax 0431 77546475
Mail kiel@paluka.de

§ 3 Absatz 4 EEG 2004 der als einzige Auslegungsnorm herangezogen werden kann, weil vergleichbare Regelungen in den Folgevorschriften fehlen, statuiert weder die Art der Nachweisführung, noch, dass überhaupt ein entsprechendes Gutachten erstellt werden müsste. Im Gegenteil, die Norm benennt überhaupt gar keine Nachweisführungspflichten. Folglich kann für die Geltung eines neuen Inbetriebnahmejahres auch nicht der Zeitpunkt angesetzt werden, wann ein entsprechendes Gutachten erstellt oder eingereicht wird, weil ein solches weder gesetzlich vorgesehen, noch etwaige Rechtsfolgen daran anknüpfen.

In der Kommentarliteratur wird hierzu ausgeführt, dass

„...im Ergebnis [...] die Inbetriebnahme zu dem Zeitpunkt vor[liegt], an dem die Anlage – sei es erstmals oder nach einer wesentlichen Erneuerung – fertiggestellt ist, d. h. bei entsprechenden natürlichen Bedingungen (Wind, Sonneneinstrahlung etc.) technisch in der Lage ist, Strom zu erzeugen.“

Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Auflage, § 3 Rn. 67.

Der Gesetzgeber hat bewusst offengelassen, in welcher Art und Weise der Netzbetreiber über etwaige Erneuerungsmaßnahmen informiert werden könnte. Nach der Gesetzgebungsdogmatik muss jedoch die zweite Alternative des § 3 Absatz 4 EEG 2004 ebenso ausgelegt werden wie die erste. Hiernach liegt es in der Hand des Anlagenbetreibers, eine Anlage in Betrieb zu nehmen. Es ist ebenfalls einhellige Meinung, dass auch der Netzbetreiber den Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebsetzung, beispielsweise durch Verzögerung des Netzanschlusses, nicht beeinflussen kann.

Ebenso knüpfte der damalige Gesetzgeber an die erstmalige Inbetriebsetzung einer Biogasanlage keine Nachweispflichten, wie beispielsweise heute im Marktstammdatenregister. Daher war es im Geltungsbereich des EEG 2004 durchaus möglich, eine neue Biogasanlage in Betrieb zu nehmen, ohne dass der Netzbetreiber hierüber informiert wurde. Wäre beispielsweise eine Biogasanlage als Eigenversorgungsanlage (die in der Regel 100 % Eigenstrom produziert und nur ausnahmsweise in bestimmten Zeiträumen einspeist) betrieben worden, wäre sie im Sinne von § 3 Absatz 4 ebenfalls technisch betriebsbereit und in Betrieb gesetzt gewesen. In diesem Fall würde der Vergütungsanspruch erst zu dem Zeitpunkt bestehen, ab dem Strom in das allgemeine Stromnetz eingespeist wird.

Die Rechtsfolge der Inbetriebnahme oder der Neuinbetriebnahme kann daher auch ohne Kenntnis des Netzbetreibers durchgeführt werden, weil die Voraussetzungen für die Inbetriebnahme bzw. Neuinbetriebnahme an tatsächliche Gegebenheiten anknüpfen und nicht an etwaige Meldungen oder Informationen. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen gilt das neue Inbetriebnahmejahr kraft Gesetzes – es existiert kein Wahlrecht des Anlagenbetreibers.

1. b)

Bei der Frage, ob diese Ansprüche verjährt, verwirkt, präkludiert oder sonst ausgeschlossen sein könnten, muss differenziert werden.

(1) Verjährung

Aufgrund des Wortlauts und der allgemeinen Auslegung von § 3 Absatz 4 EEG 2004 tritt die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme kraft Gesetzes ein und zwar unabhängig davon, ob hierüber ein Nachweis erbracht wurde, ein Gutachten erstellt wurde oder der Netzbetreiber hiervon Kenntnis erlangt hat.

Gegenstand der Verjährung kann gemäß § 194 Absatz 1 BGB nur das Recht sein, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.

„Rechte und Rechtsstellungen, die keine Ansprüche sind, können nicht verjähren.“

Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, § 194 Rn. 3.

Weder die getätigten Investitionen, noch der Abschluss der Modernisierungsmaßnahmen, noch die potentielle Einreichung eines Gutachtens oder aber eine anderweitige Nachweisführung stellen für sich gesehen einen „Anspruch“ dar. Hierbei handelt es sich *um tatsächliche Gegebenheiten*, aus deren Vorliegen sich erst bestimmte Rechtsstellungen ableiten lassen.

Der eigentliche Anspruch, der Gegenstand der Verjährung sein kann, begründet sich aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis des EEG. Die die Geltung des neuen Inbetriebnahmejahres kann also für sich gesehen nicht der Verjährung unterliegen.

Vorliegend kann also allenfalls **der Vergütungsanspruch** des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber auf Grundlage des gesetzlichen Schuldverhältnisses von § 7 EEG 2017 bzw. damals § 5 EEG 2004 als „Anspruch“ der regelmäßigen Verjährung unterliegen. § 57 Absatz 5 EEG 2017 bezieht sich lediglich auf Rückforderungsansprüche des Netzbetreibers, nicht jedoch auf Ansprüche des Anlagenbetreibers.

Nach der rechtlichen Dogmatik könnte daher ein Anlagenbetreiber gegenüber dem Netzbetreiber allenfalls Vergütungsansprüche geltend machen, die aufgrund der Regelverjährung im Sinne des § 195 noch nicht verjährt wären.

Das EEG 2004 bot im Verhältnis zum EEG 2000 zahlreiche Bonusmöglichkeiten (wie beispielsweise durch die Einführung des NawaRo-Bonus, des KWK-Bonus, des Technologiebonus, etc.), die Anlagenbetreiber, deren Anlage beispielsweise im Geltungsbereich des EEG 2000 in Betrieb genommen wurde, bis zu dem damaligen Zeitpunkt noch nicht geltend machen konnten. Das bedeutet, dass Anlagenbetreiber beispielsweise in den Jahren 2004 bis 2008 möglicherweise die Voraussetzungen für den damals neu eingeführten NawaRo-Bonus oder den KWK-Bonus eingehalten haben könnten, jedoch noch nicht die Möglichkeit hatten, entsprechende Bonuszahlungen zu beanspruchen.

Erst mit Einführung des EEG 2009, welches über seine Übergangsvorschriften die Eröffnung bestimmter Boni auch für alle Altanlagen ermöglichte, war auch für EEG 2000-Anlagenbetreiber möglich, die oben genannten Boni zumindest teilweise zu beanspruchen, es sei denn, Anlagenbetreiber hätten ihre jeweiligen Anlagen unter Geltung des EEG 2004 modernisiert. Ein Anspruch eines Anlagenbetreibers einer im

Jahr 2000 in Betrieb genommenen Biogasanlage gegen einen Netzbetreiber auf potentielle Bonuszahlungen, die im Geltungsbereich des EEG 2004 in Folge einer modernisierten Anlage, wären daher bei einer Geltendmachung dieser Ansprüche im Jahr 2017 verjährt.

Für den Fall, dass sich aufgrund der Geltung des neuen Inbetriebnahmezeitpunktes eine insgesamt geringere EEG-Vergütung ergäbe, wäre der Netzbetreiber ebenfalls an die Verjährungs- bzw. Ausschlussfristen des § 57 Absatz 5 EEG 2017 gebunden.

Der BGH hatte mit Urteil vom 05.07.2017 (Aktenzeichen VIII ZR 147/16) festgestellt, dass die Vorschriften in § 57 Absatz 5 EEG 2014 (bzw. EEG 2017) spezielle Anspruchsgrundlagen für die Zurückforderung zu viel gezahlter Vergütung nach dem EEG enthalten. Diese Vorschriften, so der BGH regeln keine Verjährung, sondern bestimmen

„... ein gänzlich Erlöschen des Anspruchs und damit eine von Amts wegen zu beachtende Ausschlussfrist...“

BGH, Urteil vom 05.07.2017, Aktenzeichen VIII ZR 147/16, Rn. 8.

Daraus ist zu erkennen, dass das Institut des Rechtsfriedens im Rahmen des Rückforderungsanspruchs des Netzbetreibers höher gewichtet wird, als eine vermeintlich nicht korrekte EEG-Vergütung. Nach dem Ablauf von zwei Kalenderjahren müssten andernfalls potenzielle Rückforderungsansprüche des Netzbetreibers ebenfalls in den Wälzungsmechanismus eingebracht werden, was der Gesetzgeber im Rahmen des Belastungsausgleich nicht vorgesehen hat.

Im Ergebnis muss davon ausgegangen werden, dass ein Anlagenbetreiber, der beispielsweise eine Neuinbetriebnahme seiner EEG-2000-Anlage zum Jahr 2006 durchgeführt hat, aber den Netzbetreiber hiervon erst im Jahr 2009 in Kenntnis setzt, die erhöhte Bonusvergütung für die Jahre 2006 bis 2008 beanspruchen kann, sofern er entsprechende Voraussetzungen eingehalten hat. Dies gilt in diesem Beispiel nur, weil die potentiellen Bonusansprüche noch nicht verjährt gewesen waren.

Alternativ könnte ein Netzbetreiber, der bislang eine zu hohe Vergütung ausgeschüttet hat, weil er keine Kenntnis von Modernisierungsmaßnahmen hatte, die verringerte EEG-Vergütung nur für die letzten zwei Kalenderjahre korrigieren. Angesichts der deutlich höheren EEG-Vergütung, die durch die erstmalige Einführung von Bonuszahlungen im EEG 2004 möglich waren, dürften die Nachteile einer späteren Geltendmachung eines Vergütungsanspruchs, der auf einer Modernisierung basiert, in aller Regel auf Seiten des Anlagenbetreibers liegen. Hier hätte ein Anlagenbetreiber bei Kenntnis der entsprechenden Rechtsfolge erhöhte Vergütungen wie den bspw. den Technologiebonus, insbesondere aber den EEG-2004-KWK-Bonus mit 2 ct/kWh schon über größere Zeiträume beanspruchen können.

Dass beide Parteien in einer solchen Situation Vor- und Nachteile erleiden können, ist der Tatsache geschuldet, dass der gesetzliche Schuldanspruch des EEG auf dem Vorliegen von Tatsachen beruht, die für sich gesehen nicht der Verjährung unterliegen können.

(2) Verwirkung

Ebenso wie die Verjährung ist auch eine Verwirkung nicht im Wortlaut des EEG vorgesehen. Das Rechtsprinzip der Verwirkung ist Ausfluss des Grundgedankens von Treu und Glauben. Ein Recht ist demnach verwirkt,

„... wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend gemacht hat und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf eingerichtet hat und sich auch einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht mehr geltend machen werde. [...] Die Verwirkung ist ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens [...] Der Verstoß gegen Treu und Glauben liegt in der illoyalen Verspätung der Rechtsausübung.“

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Auflage 2020, § 242 Rn. 87.

Voraussetzung für eine Verwirkung ist einerseits ein Zeitmoment und ein Umstandsmoment.

Hinsichtlich des **Zeitmoments** gilt das oben Gesagte. Angeknüpft wird auf den Zeitpunkt, ab dem das entsprechende Recht geltend gemacht werden kann. Auch hier kann es nur auf den EEG-rechtlichen Vergütungsanspruch, nicht jedoch auf die Nachweisführung einer durchgeführten Modernisierungsmaßnahme ankommen. Eine Verwirkung kann daher im Hinblick auf das Zeitmoment nur daran anknüpfen, dass ein Anlagenbetreiber gegenüber dem Netzbetreiber einen EEG-rechtlichen Vergütungsanspruch geltend macht, der weit in der Vergangenheit liegt, aber aufgrund der Tatsache, dass erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt Kenntnis über die Rechtsfolge der Modernisierungsmaßnahmen erlangt wurde, noch nicht geltend gemacht wurde.

Wäre daher ein entsprechendes Gutachten beim Netzbetreiber im Jahr 2017 eingegangen, ließe sich mit dem Rechtsinstitut der Verwirkung anführen, dass ein Vergütungsanspruch auf bspw. den NawaRo-Bonus im Abrechnungsjahr 2008 verwirkt sein könnte.

Das **Umstandsmoment** knüpft an das schützenswerte Vertrauen an.

„Im Hinblick auf das Umstandsmoment, also den Vertrauenstatbestand, ist auszuführen, dass das bloße Unterlassen der Geltendmachung des Anspruchs nicht genügt.“

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Auflage 2020, § 242 Rn. 95; BGH NJW 19, 1062.

Weiterhin wird hierzu ausgeführt:

„Der Verpflichtete muss sich aufgrund des Verhaltens des Berechtigten darauf eingerichtet haben, dieser werde sein (vermeintliches) Recht nicht mehr geltend machen; ferner muss sich der Verpflichtete

aufgrund des geschaffenen Vertrauenstatbestands in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Geltendmachung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Auflage 2020, § 242 Rn. 95.

Aktuelle Ansprüche des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber können nicht verwirkt sein, da sie auf Basis der eingespeisten Strommengen entstanden sind, die im laufenden Jahr produziert wurden. Insofern entspricht das EEG einem Dauer-schuldverhältnis, bei dem sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen und jedes Jahr angepasst werden. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Netzbetreibers, dass jedes Jahr die gleiche Vergütungsstruktur für die Stromeinspeisung des Anlagenbetreibers gelten wird, existiert nicht. Je nachdem, welche Bonusvoraussetzungen eingehalten werden können bzw. welche zusätzlichen Boni geltend gemacht werden oder auch die Höhe der eingespeisten Kilowattstunden, verändert sich jährlich die Vergütungsstruktur im EEG. Ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass die Kilowattstunden ausschließlich auf der Basis des ursprünglichen Inbetriebnahmejahres vergütet werden, ließe sich ebenso wenig begründen, wie die Tatsache, dass der Netzbetreiber die gesetzlich angeordnete Neuinbetriebnahme einfach ignorieren dürfte.

Aus dem gleichen Grund kann der Anspruch des Netzbetreibers auf potenzielle Rückforderungen wegen einer anderen Vergütungsstruktur, die an das Neuinbetriebnahmedatum anknüpft, im laufenden Jahr nicht verwirkt sein, da diese Rückforderungsmöglichkeit wegen der Spezialvorschriften von § 57 Absatz 5 EEG 2017 noch nicht ausgeschlossen wäre.

Solange daher der Netzbetreiber gemäß § 57 Absatz 5 EEG 2017 verpflichtet ist, etwaige Rückforderungen geltend zu machen, entsteht im Hinblick auf die EEG-Vergütung kein Vertrauenstatbestand, weder für den Anlagenbetreiber noch für den Netzbetreiber. Da es sich bei § 57 Absatz 5 EEG 2017 um Ausschlussfristen handelt, kann es dahinstehen, ob etwaige weitergehende Rückforderungsansprüche verwirkt sein könnten, da der Netzbetreiber regelmäßig nur die letzten zwei Kalenderjahr korrigieren darf.

Gegen eine Verwirkung spricht ebenso, dass weder im EEG 2009, noch im EEG 2012 auf die Fortgeltung des § 3 Abs. 4 EEG 2004 Bezug genommen wurde. Es entsprach der allgemeinen Praxis der Netzbetreiber, die Anerkennung des aufgrund von abgeschlossenen Modernisierungsmaßnahmen im Geltungsbereich des EEG 2004 neuen Inbetriebnahmejahres, zu verweigern. Als Argument wurde angeführt, dass sich kein Verweis im EEG 2009 und 2012 findet. Diese rechtliche Unsicherheit wurde erst im EEG 2014 klargestellt, indem in § 100 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 lit. a EEG 2014 ausdrücklich auf die weitere Anwendbarkeit von § 3 Abs. 4 EEG 2004 verwiesen wurde. Zahlreichen Anlagenbetreibern war es daher durch die Rechtsansichten der Netzbetreiber gar nicht möglich, die Vergütung auf Basis des neuen Inbetriebnahmejahres zu beanspruchen. Wenn daher der Gesetzgeber selbst erst im EEG 2014 eine entsprechende Klarstellung vornimmt, kann keinesfalls davon ausgegangen werden, dass bereits eine Verwirkung greifen würde.

(3) Präklusion

Präklusionen dienen dazu, Versäumnisse bei Darlegungs- und Mitwirkungshandlungen einer Partei zu sanktionieren. Im Allgemeinen findet sich dieses Rechtsinstitut hauptsächlich im Prozessrecht, im öffentlichen Recht oder in Form von Ausschlussfristen bei der Geltendmachung bestimmter Rechtspositionen. Eine potenzielle Präklusion von Rechten muss allerdings zwingend entweder gesetzlich normiert sein oder zuvor vertraglich vereinbart werden. Weder im EEG noch in anderen hier relevanten Rechtsquellen sind Präklusionsfristen nach diesseitigen Kenntnisstand bekannt.

4) Sonstige Ausschlüsse

Der § 57 Absatz 5 EEG 2017 würde ein potenzielles Ausschlusskriterium für Rückforderungsansprüche des Netzbetreibers bilden. Auch bei Ansprüchen des Netzbetreibers kann es allerdings nur darum gehen, ob EEG-rechtliche Vergütungsansprüche, die in der Vergangenheit begründet wurden, auch nachträglich geltend gemacht werden können. Ein Ausschluss der nachträglichen Nachweisführung des neuen Inbetriebnahmejahres ist nicht möglich, weil sämtliche Modernisierungsmaßnahmen bereits in der Vergangenheit abgeschlossen waren und der entsprechende Tatbestand von § 3 Absatz 4 zweite Alternative EEG 2004 bereits im Geltungsbereich des EEG 2004 erfüllt war. § 57 Abs. 5 EEG 2017 knüpft nur an die Auszahlung von EEG-Vergütung an, nicht aber auf das Vorliegen oder das Anerkennen bestimmter Tatsachen.

Bezogen auf den Fall, dass eine Anlage im Jahr 2008 modernisiert und im Geltungsbereich des EEG 2017 ein entsprechendes Gutachten eingereicht wurde, wodurch die Modernisierungsmaßnahme bestätigt wird, bedeutet dies, dass potenzielle Nachforderungsansprüche des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber nur insofern korrigierend geltend gemacht werden können, als der EEG-rechtliche Anspruch noch nicht verjährt wäre. Da in diesem Fall die allgemeinen zivilrechtlichen Grundlagen der Verjährung Anwendung finden, beginnt die regelmäßige Verjährung mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

Betreibt beispielsweise ein Anlagenbetreiber seine im Jahr 2000 in Betrieb genommene Anlage in Trockenfermentation und hätte erst im Jahr 2017 davon Kenntnis erlangt, dass die von ihm getätigten Investitionen zu einer Neuinbetriebnahme geführt hätten, hätte er (erst) ab diesem Zeitpunkt Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen erlangt. Ob er diese infolge von grober Fahrlässigkeit hätte erkennen müssen, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab, sodass hieraus abzuleiten ist, ob er auch noch für die in weiterer Vergangenheit liegenden Ansprüche Nachforderungen geltend machen könnte oder nicht.

Im Hinblick auf Rückforderungsansprüche des Netzbetreibers greift wiederum § 57 Absatz 5 EEG 2017, sodass im Fall zu viel ausgezahlter EEG-Vergütung bei Kenntniserlangung im Jahr 2017 Korrekturen nur für das laufende Jahr 2017 bis maximal zum Jahr 2015 geltend gemacht werden können.

1 c) Mitteilungspflichten

Die aktuell in § 71 EEG 2017 festgelegten Mitteilungspflichten besagen zusammenfassend, dass der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber alle für die Erstellung einer Jahresendabrechnung erforderlichen Daten zur Verfügung stellen muss. Unterlässt der Anlagenbetreiber, diese Unterlagen vollständig einzureichen, wirkt sich dies auf die Höhe des EEG-rechtlichen Vergütungsanspruchs aus. Wird beispielsweise für die Erzielung des sogenannten Güllebonus kein entsprechendes Umweltgutachten eingereicht, ist der Netzbetreiber darangehalten, den Güllebonus für das vorangegangene Kalenderjahr nicht mehr auszuzahlen. Das bedeutet, die Vorschrift des § 71 birgt die Sanktion in sich selbst. Werden dem Netzbetreiber nicht entsprechende Nachweise übermittelt, verringert sich entsprechend der Vergütungsanspruch.

Fraglich ist, ob eine Mitwirkungspflicht dem Anlagenbetreiber auferlegt werden kann, wenn er von der Rechtsfolge, die ein Gesetz, welches seit mittlerweile mehreren Jahren nicht mehr in Kraft ist, selbst keine Kenntnis hatte.

In den meisten Fällen, in denen nachträglich Modernisierungsmaßnahmen angezeigt werden, verhält es sich so, dass Biogasanlagenbetreiber den Tatbestand des § 3 Absatz 4 zweite Alternative EEG 2004 zwar erfüllt hatten, jedoch keine Kenntnis davon hatten, welche Rechtsfolgen daran anknüpfen.

Vergleichend könnte man den Fall heranziehen, dass ein Anlagenbetreiber regelmäßig seit Jahren den Formaldehydbonus beansprucht, ohne zu wissen, dass der zuständige Techniker in den vergangenen Jahren falsch gemessen hat und die Grenzwerte bei korrekter Messung überschritten gewesen wären. In diesem Fall hätte der Netzbetreiber eine zu hohe EEG-Vergütung ausgezahlt, obwohl die entsprechenden Voraussetzungen nicht vorlagen und obwohl der Anlagenbetreiber hiervon keine Kenntnis hatte. Auch in diesem Fall wäre es dem Netzbetreiber verwehrt, Rückforderungsansprüche gegen den Anlagenbetreiber geltend zu machen, die über die § 57 Absatz 5 genannte Frist hinausgeht. Derartige Rechtsunsicherheiten hat der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 57 Absatz 5 EEG 2017 bewusst hingenommen. Etwas Anderes könnte sich daraus ergeben, dass das Vorliegen von etwaigen Modernisierungsmaßnahmen bewusst arglistig verschwiegen worden wären, mit dem Ziel, möglichst lang eine höhere Vergütung zu erzielen.

Ein solches relativ unwahrscheinliches rechtsmissbräuchliche Verhalten dürfte allerdings erstens kaum nachzuweisen und zweitens weder für den Anlagenbetreiber noch für den Netzbetreiber von Nutzen sein. Die Differenz, die aufgrund unterschiedlicher Inbetriebnahmejahre beruht, wirkt sich seit dem EEG 2009 allenfalls auf der zweiten oder dritten Vergütungsstufe und auch nur in Bezug auf die Grundvergütung aus. **In fast allen Fällen dürften Anlagenbetreiber den weitaus größeren Nachteil davon gehabt haben, dass die entsprechenden Nachweise zu spät eingereicht wurden**, wenn man beispielsweise das Kalenderjahr 2008 oder frühere Jahre mit einrechnet, in denen Anlagenbetreiber, die im EEG 2000 oder früher gestartet sind, noch keinerlei Boni beanspruchen konnten oder aber Boni, die es nur im EEG 2004 gab, künftig nicht geltend machen konnten.

Insofern können sich Mitwirkungspflichten erst daraus ergeben, wenn ein Anlagenbetreiber Kenntnis von den entsprechenden Voraussetzungen hatte.

Zudem beschränken sich die Mitwirkungspflichten des § 71 EEG 2017 auf diejenigen Umstände, die für die Endabrechnung des jeweils vorangegangenen Kalenderjahres entscheidend sind. Eine nachträgliche, über § 57 Abs. 5 EEG 2017 hinausgehende Korrekturmöglichkeit ist im EEG nicht vorgesehen.

2. (a) i. Erhöhung der installierten Leistung

Die Erneuerung einer Anlage im Sinne von § 3 Absatz 4 EEG 2004 kann in vielerlei Hinsicht durchgeführt werden.

Neben einem reinen baugleichen Austausch kann eine Erneuerung aber auch bzw. sollte sie sogar, zu einer Effizienzsteigerung der Anlage führen. Erneuerungen von bestehenden Institutionen werden grundsätzlich aufgrund dessen durchgeführt, dass sich neue Technologien ergeben, Kapazitäten erweitert werden können und daher auch der Umsatz gesteigert werden kann. Der Begriff einer Erneuerung geht somit sehr viel weiter als ein bloßer Austausch. Die Steigerung der installierten Leistung ist ein Unterfall dessen, dass bei einer Biogasanlage eine Effizienzsteigerung durchgeführt wird.

Dies zeigt auch ein Vergleich zu dem damals geltenden § 6 Abs. 2 EEG 2004. Hieraus lässt sich entnehmen, dass die in Nr. 1 genannten Erneuerungen in Nr. 2 zu einer Erhöhung des elektrischen Arbeitsvermögens führen sollen, aufgrund von § 6 Abs. 2 EEG 2004 ist ersichtlich, dass eine Erneuerung auch eine Erhöhung der technischen Leistungsfähigkeit nach sich ziehen kann. An dieser Stelle hat der Gesetzgeber also klargestellt, dass eine Erneuerung auch mit einer Erweiterung einer Anlage einhergehen kann. Systematische Erwägungen sprechen also einer Erhöhung der technischen Leistungsfähigkeit nicht entgegen.

Vgl. Loibl in „Der Vergütungsanspruch von Biogasanlagen im EEG, 2007, S. 57.

Auch in der Gesetzesbegründung heißt es ausdrücklich:

„Auch eine Erweiterung einer Anlage, bei der (...) der bereits vorhandene Anlagenteil nicht verändert wird, ist dann eine wesentliche Erneuerung, ...“

Begründung zu § 3 Abs. 4, BT-Drs. 15/2864, S.30

Der Gesetzgeber selbst ist also schon bei der Schaffung der Regelung eindeutig davon ausgegangen, dass eine Erweiterung unter den Begriff der wesentlichen Erneuerung von § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 fallen kann.

Ebenso wird in § 10 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2004 der Begriff der

„...ersetzen oder erneuern...“

verwendet. Da sie in unmittelbarem Zusammenhang verwendet werden, muss beiden Begrifflichkeiten unterschiedliche Bedeutung zukommen. Wenn der Begriff „Erneuerung“ eng auszulegen wäre, müsste darunter ein Austausch von etwas altem gegen etwas neues verstanden werden. Das hieße, dass damit immer eine Ersetzung oder

Teilersetzung verbunden wäre. Es würde also keinen Sinn machen in § 10 Abs. 2 EEG 2004 beide Begriffe nebeneinander im gleichen Zusammenhang zu verwenden. Der Begriff der Erneuerung muss daher über den der reinen Ersetzung hinausgehen.

Vgl. Loibl in „Der Vergütungsanspruch von Biogasanlagen im EEG, 2007, S. 59.

Auch in teleologischer Hinsicht ergibt sich das gleiche Bild. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass der Stromanteil aus Erneuerbaren Energien durch Schaffung des EEG 2004 weiter gesteigert werden sollte, um die Klimaziele bis zum Jahr 2010 einhalten zu können. Das System des EEG ist insbesondere durch das EEG 2004 und später EEG 2009 darauf angelegt, Investitionsanreize zu schaffen, wodurch erreicht werden sollte, bestehende Anlagen weiter auszubauen und neue Anlagen zu errichten. Würde man daher § 3 Abs. 4 EEG 2004 aus Sicht des Gesetzgebers des EEG 2004 eng auslegen, würde dies faktisch bedeuten, dass eine Leistungssteigerung nicht erreicht werden könnte. Damalige Investitionen wären nicht vorgenommen worden, wenn Biogasanlagenbetreiber den ursprünglichen Leistungsstatus hätten beibehalten müssen. All dies wäre dem Sinn und Zweck des Gesetzes völlig zuwidergelaufen.

Vgl. Loibl in „Der Vergütungsanspruch von Biogasanlagen im EEG, 2007, S. 59.

Weist daher eine Biogasanlage bspw. eine Gaskapazität auf, die es erlaubt, mehr als die bisher erzeugte Bemessungsleistung abzufahren, ist der Hinzubau eines weiteren BHKW nicht zwingend als eine „bloße Erhöhung der installierten Leistung“ zu werten, sondern als eine Maßnahme der Effizienzsteigerung in Bezug auf die eingesetzte Energie. Eine solche Maßnahme muss erst recht als Erneuerungsmaßnahme gewertet werden, weil dadurch feststeht, dass die Anlage vor der Erhöhung der installierten Leistung potentielle Erneuerbare Energie vergeudet hätte.

2. (a) ii.

Werden zugleich weitere Anlagenteile zu der Anlage hinzugebaut, beispielsweise, weil ein weiterer Fermenter an die Anlage angeschlossen wird, wird dadurch der Gesamtumsatz der Biogasanlage erhöht. Der Hinzubau von Gaserzeugungseinrichtungen muss zwangsläufig in der Form erfolgen, dass diese in die bestehende Biogasanlage integriert werden. Dies ist bereits zwingend aufgrund des weiten Anlagenbegriffs der Fall, da eine EEG-Anlage stets eine gesamte Gaserzeugungseinrichtung samt der Verstromungseinheit umfasst.

Daher kann keine andere Bewertung begründbar sein, wenn die Erneuerungsmaßnahme umfangreicher und nicht nur auf ein Anlagenteil beschränkt ist. Zeigt sich daher die Möglichkeit, eine größere elektrische Leistung abzufahren, gleichzeitig aber auch die Gaserzeugungskapazität der Anlage zu erhöhen, ist kein Grund ersichtlich, weshalb umfangreichere Modernisierungsmaßnahmen vom Begriff der Erneuerung ausgenommen werden sollen, während Maßnahmen, die sich auf einzelne Anlagenteile beschränken hiervon erfasst sein sollen.

Aufgrund der Geltung des weiten Anlagenbegriffs des EEG umschließen Modernisierungsanlagen nicht nur die Verstromungseinheiten, sondern auch die Gaserzeugung oder den Einsatzstoffeintrag.

Viele landwirtschaftliche Betriebe, die in den neunziger Jahren oder in den Anfängen des EEG an ihren landwirtschaftlichen Betrieben eine Biogasanlage installiert haben, sind mit einer Anlagenleistung von weit unter 100 kW gestartet, aus der Idee heraus, hauptsächlich die anfallende Gülle aus dem Tierbestand energetisch zu verwerten.

Kann ein landwirtschaftlicher Betrieb aufgrund seiner landwirtschaftlichen Flächen oder seines Tierbestands mehr Biogas produzieren, als seine bisherige Altanlage aufnehmen kann, entspricht dies ebenfalls einer Modernisierungsmaßnahme, wenn er bspw. die Gasspeicherkapazität erhöht. Der weite Anlagenbegriff lässt nicht zu, dass innerhalb ein und derselben Anlage unterschiedliche Inbetriebnahmezeitpunkte gelten würden.

Gleichzeitig wäre es ebenfalls kaum mit den Klimazielen des EEG 2004 vereinbar gewesen, derartige Erweiterungen nicht von den in § 3 Absatz 4 EEG 2004 dargestellten Erneuerungsmaßnahmen zu umfassen. Aus Sicht eines vernünftigen Anlagenbetreibers und dem Ziel des Gesetzgebers, den Ausbau Erneuerbare Energien voranzubringen, kann es daher keinen Unterschied machen, ob die Erhöhung der Gaserzeugungskapazität durch eine kostspielige und meist unwirtschaftliche Ersetzung des Fermentersystems erfolgt oder ob ein weiterer Gasbehälter in den Anlagenbetrieb integriert wird.

In beiden Fällen läge eine zwangsläufige Anlagenerweiterung vor, wobei eine Differenzierung im Hinblick auf eine „Erneuerung“ dem Gesetzeszweck widersprechen würde.

2. (b) i.

Erfolgt eine Leistungssteigerung beispielsweise nur durch den Austausch eines BHKW oder eines Motors, werden ebenso effizienzbestimmende Anlagenteile modernisiert.

Eine Erneuerung kann nur dann als eine solche angesehen werden, wenn hiermit auch eine Verbesserung des damaligen Ist-Zustandes einhergeht.

Kann daher die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien durch Erneuerungsmaßnahmen verbessert oder erweitert werden, wäre es sinnwidrig, derartige Maßnahmen von dem Begriff der Erneuerung auszunehmen. Wie auch das zeitlich spätere EEG 2009 darstellte, hätte der Austausch von Anlagenteilen keinen Einfluss auf das geltende Inbetriebnahmejahr der Anlage. Diese rechtliche Beurteilung hat sich zum EEG 2009 gewandelt, da Erweiterungs- oder Austauschmaßnahmen im EEG 2009 gerade nicht zu einem Neuinbetriebnahmejahr führen sollten.

2. (b) ii.

Auch hier gilt das oben Gesagte. Eine „technische Aufrüstung“, unabhängig davon, ob das entsprechende Anlagenteil zugebaut, ausgetauscht oder ergänzt wurde, be-

deutet, dass durch eine entsprechende technische Maßnahme ein „besserer“ Anlagenbetrieb gewährleistet werden kann als zuvor. Dies muss nicht zwingend in einer Erhöhung der installierten Leistung zum Ausdruck kommen, sondern beispielsweise auch durch eine Effizienzsteigerung oder durch die Erweiterung von Anlagenteilen, wodurch Arbeitsschritte eingespart werden können.

Beispielsweise könnte auch ein Computerupdate des Einbringsystems eine solche technische Aufrüstung darstellen. Da der Wortlaut von § 3 Absatz 4 EEG 2004 bewusst weit gehalten wurde und die Maßnahmen einer „technischen Aufrüstung“ mannigfaltig sein können, kann auch der bloße Hinzubau eines weiteren BHKW eine „technische Aufrüstung“ der Anlage bedeuten.

2. (c)

Hier verweisen wir auf die Ausführungen unter Ziffer 2. (a) i.

3.

Der Umfang, welche Kosten für die Erneuerung herangezogen werden können, muss sich auf den Anlagenbetrieb beschränken. Die Kosten für die Erneuerung einer komplexen technischen Anlage dürfen sich jedoch nicht nur auf die bloßen Materialkosten reduzieren, da, wie in allen Bereichen, die Planungs- und Einbaukosten, einen wesentlichen Investitionsaufwand erfordern. Daher müssen auch diejenigen Kosten erfasst werden, die den Verwaltungs- und Arbeitskosten zugerechnet werden können und die konkret für die Erneuerung angefallen sind.

Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Auflage, § 3 Rn. 62; Loibl in „Der Vergütungsanspruch von Biogasanlagen nach dem EEG“, 2007, Seite 56.

Dies muss ebenso auch für die Planungs- und Genehmigungskosten gelten.

Loibl in „Der Vergütungsanspruch von Biogasanlagen nach dem EEG“, 2007, Seite 56.

Anlagenteile, die nicht vom EEG-rechtlichen Anlagenbegriff umfasst sind, können zwangsläufig nicht Einfluss auf die eigentliche Gas- und Stromproduktion nehmen. Insofern wären die Kosten auf diejenigen Maßnahmen zu beschränken, die tatsächlich im Zusammenhang mit dem Anlagenbetrieb stehen.

Falls hierzu noch Fragen auftauchen sollten, können Sie sich jederzeit, gern auch telefonisch, an uns wenden.

Mit freundlichen Grüßen

Marc Bruck
Rechtsanwalt