

Berlin, 22. Januar 2021

**bdew**  
Energie. Wasser. Leben.

**BDEW Bundesverband  
der Energie- und  
Wasserwirtschaft e. V.**  
Reinhardtstraße 32  
10117 Berlin

[www.bdew.de](http://www.bdew.de)

## Stellungnahme

# zum Hinweisverfahren 2020/73-IV der Clearingstelle EEG | KWKG

Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie bei Satelliten-  
bzw. Biomethan-BHKW

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten über 1.900 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu über-regionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 90 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland.

## 1 Verfahrensfragen:

1. Können Satelliten-BHKW oder Biomethan-BHKW, die eine rechtlich eigenständige Anlage i. S. d. EEG darstellen, durch Zubau von BHKW erweitert werden – insbesondere zum Zweck der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie gemäß §§ 50, 50b i.V. m. Anlage 3 EEG 2017 / §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014?

2. Wann<sup>1</sup> sind die vorhandenen und die zugebauten BHKW eine „Anlage“ i. S. d. EEG? Insbesondere:

- Wann liegt eine (unmittelbare) räumliche Nähe zwischen den BHKW vor?
- Wann stellen die BHKW eine funktionale Gesamtheit dar?

## 2 Stellungnahme

Der BDEW begrüßt die Möglichkeit, zu den sehr praxisrelevanten Verfahrensfragen Stellung nehmen zu dürfen.

In diesem Zusammenhang weist der BDEW darauf hin, dass die Abgabe der Stellungnahme nur zu den §§ 50, 50b i.V. m. Anlage 3 EEG 2017 bzw. §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014 erfolgt, nicht zu den korrespondierenden Regelungen des EEG 2021 (einschl. Übergangsregelungen).

Der BDEW geht wie wohl auch die Clearingstelle in ihrem Hinweisentwurf davon aus, dass die Flexibilitätsprämie nach §§ 50, 50b i.V. m. Anlage 3 EEG 2017 bzw. §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014 nur unter Zugrundelegung der Feststellung ein und derselben technischen Anlage nach § 5 Nr. 1 EEG 2014 bzw. § 3 Nr. 1 EEG 2017 in Anspruch genommen werden kann.

Der BDEW teilt außerdem die Einschätzung der Clearingstelle, dass zwei Satelliten-BHKW, die mit derselben Vorort-Gassammelschiene verbunden sind, und bei denen die Gassammelschiene wiederum über eine (Mikro-)Gasleitung mit einem an einem anderen Standort errichteten Fermenter verbunden sind, eine gemeinsame technische Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2009 bzw. § 5 Nr. 1 EEG 2014 und § 3 Nr. 1 EEG 2017 sind.

Im Falle von Biomethan-BHKW sieht der BDEW aber zum einen eine Präzisierung der Aussagen im Hinweisentwurf als notwendig an, und zum anderen eine Differenzierung nach den jeweils vorstellbaren Fällen. Hier trifft den Betreiber der BHKW nach Auffassung des BDEW auch eine

---

<sup>1</sup> Der Hinweisentwurf leitet diese Verfahrensfrage anders als der Einleitungsbeschluss mit den Worten „Unter welchen Voraussetzungen...“ ein.

erhöhte Darlegungs- und Beweislast unter Berücksichtigung des gemeinsamen, auf Flexibilität ausgerichteten Anlagenkonzeptes.

Unter diesen Voraussetzungen können dann auch Satelliten-BHKW und Biomethan-BHKW zu bestehenden Satelliten-BHKW bzw. Biomethan-BHKW hinzugebaut werden und eine gemeinsame Anlage darstellen.

Der BDEW teilt grundsätzlich die im Hinweisentwurf dargestellten Ausführungen der Clearingstelle zur (unmittelbaren) räumlichen Nähe zwischen den BHKW und zur funktionalen Gesamtheit mehrerer BHKW für die Bestimmung einer gemeinsamen Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2021 und Vorgängerregelungen. Insoweit sind aber die nachfolgenden Anmerkungen zu den einzelnen Ausführungen zu beachten.

Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

## 2.1 Grundsätzliche Vorab-Überlegungen

Ohne hierauf im Hinweisentwurf näher einzugehen, unterstellt die Clearingstelle EEG/KWKG, dass die Flexibilitätsprämie nach §§ 50, 50b i.V. m. Anlage 3 EEG 2017 bzw. §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014 nur auf ein und dieselbe Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2009 und Folgeregelungen anwendbar ist. Dies ist in der Branche nicht streitfrei und ergibt sich auch nicht unmittelbar aus den gesetzlichen Regelungen.

Allerdings stellen

- §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 und
- §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014

jeweils auf „die Anlage“ ab, speziell in Anlage 3 Nr. I.1 a), b) und d) EEG 2017/EEG 2014.

Darüber hinaus ist die durch die Regelung vorausgesetzte flexible Fahrweise „der Anlage“ schwierig nachzuweisen, wenn nicht durch gemeinsam genutzte Anlagentechnik nachweisbar ist, welche Stromerzeugungseinrichtungen zu derselben Anlage gehören. Eine nur „virtuelle“ Zusammenfassung würde außerdem nicht nur der Zuordnung der Regelung zu einzelnen Stromerzeugungseinrichtungen entgegenstehen, da dann in der Folge und innerhalb der Laufzeit der Prämie diese Zuordnungen verändert werden könnten. Die mit der Zuordnung verbundenen Pflichten, wie die Direktvermarktung des Stroms aus diesen Anlagen, würden dann auch kein konkretes Bezugsobjekt mehr haben.

Für die Bezugnahme auf eine einzelne „technische Anlage“ nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 spricht auch die Verwendung des Begriffs „Anlage“ im Singular in Anlage 3 Nr. I.1 a), b) und d) EEG 2017/EEG 2014. Außerdem stellt zumindest die Bemessungsleistung nach den Definitionen im EEG 2014 und EEG 2017 stets auf nur eine Anlage im Sinne des „technischen Anlagenbegriffs“ ab. Schließlich führt die mögliche Anwendbarkeit der Prämie auf zwei verschiedene Anlagen

im Sinne des „technischen Anlagenbegriffs“ dazu, dass die neuere Zubau-Anlage gar nicht in den zeitlichen Anwendungsbereich dieser Prämie fallen kann, sondern wegen Inbetriebnahme ab dem 1. August 2014 in den Anwendungsbereich des Flexibilitätszuschlags des EEG 2014 bzw. EEG 2017.

Eine nur virtuelle, leistungsseitige Zusammenfassung nach § 32 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 bzw. § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 führt jedenfalls nicht zu einer Zusammenlegung der Inbetriebnahmezeitpunkte beider ansonsten rechtlich eigenständig zu behandelnden Anlagen. Dies hat der BGH auch mit seinem aktuellen Urteil vom 14. Juli 2020<sup>2</sup> indirekt klargestellt, indem er die Anwendbarkeit der leistungsseitigen Zusammenfassung nach § 32 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 auf eine Windenergieanlage mit Inbetriebnahme im Dezember 2015 und eine mit Inbetriebnahme Anfang 2016 bejaht hatte. Im Übrigen ist der BGH in diesem Urteil aber davon ausgegangen, dass beide Anlagen trotz der Zusammenfassung unterschiedliche Inbetriebnahmezeitpunkte aufwiesen. Ansonsten wäre es

- zu einer Zusammenziehung auf den Inbetriebnahmezeitpunkt der jüngeren Anlage gekommen, mit der Folge, dass die „Negative-Preise-Regelung“ des § 24 EEG 2014 auf beide Anlagen anzuwenden gewesen wäre, oder
- zu einer Zusammenziehung auf den Inbetriebnahmezeitpunkt der älteren Anlage, mit der Folge, dass die „Negative-Preise-Regelung“ des § 24 EEG 2014 auf keine der beiden Anlagen anzuwenden gewesen wäre, weil beide vor dem 1. Januar 2016 in Betrieb genommen worden wären (§ 24 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2014).

Der BDEW rät dazu an, diese grundsätzlichen Überlegungen in den Hinweis einfließen zu lassen, da ansonsten unklar ist, warum die Clearingstelle im Hinweis auf den „technischen Anlagenbegriff“ abstellt und die Zuordnung mehrerer Stromerzeugungseinrichtungen zu derselben Anlage problematisiert.

## 2.2 Hinweise zu den Inhalten des Hinweistwurfs

### Leitsätze:

Leitsatz 2 ist insoweit missverständlich formuliert, als unklar ist, welchen Bezug „rechtlich eigenständig“ hat. Dieser Bezug kann speziell bei „Satelliten-BHKW“ sowohl die Eigenständigkeit des „Satelliten-BHKW“ zum „Vorort-BHKW“ erfassen, als auch die Eigenständigkeit mehrerer Biomethan-BHKW bzw. „Satelliten-BHKW“ an demselben Standort zueinander, speziell im Falle eines Zubaus.

---

<sup>2</sup> Az. [XIII 12/19](#).

**Rdn. 6:**

Hier sollte klargestellt werden, dass es sich im Zweifel hierbei um Biomethan handelt, das im Rahmen eines „Gasabtauschsystems“ bzw. einer Gasmengenbilanzierung durch ein Massenbilanzsystem nach § 44b Abs. 5 EEG 2017 oder Vorgängerregelung von Erdgas zu Biomethan umgewandelt worden ist. Die Formulierung im Hinweisentwurf legt nahe, dass es sich an der Entnahmestelle stofflich immer um Biogas bzw. Biomethan handelt, obwohl es in den allermeisten Fällen stofflich Erdgas ist.

**Rdn. 10:**

Hier sollte in Zeile 3 der Randnummer anstelle des „sowie“ ein „und gleichzeitig“ klarstellend verwendet werden. Hierdurch wird verdeutlicht, dass nicht nur das gemeinsame Nutzungskonzept für die Annahme einer gemeinsamen „technischen“ Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2017 ausreicht, sondern auch die Verbindung durch gemeinsame technisch oder baulich notwendige Einrichtungen.

**Rdn. 15:**

Hier sollte im zweiten Halbsatz klargestellt werden, dass die Grundsätze des BGH *aufgrund des insoweit nicht geänderten Gesetzeswortlauts* auch auf die Anlagenbegriffe des EEG 2012, EEG 2014 und EEG 2017 übertragbar sind.

**Rdn. 23:**

Die Zusammenfassung nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 erfolgte nicht „allein zur Bestimmung der Vergütungshöhe“, sondern „zum Zweck der Ermittlung des Anspruchs nach § 19 Absatz 1 und zur Bestimmung der Größe der Anlage nach § 21 Absatz 1 oder § 22“ EEG 2017. Der Hinweisentwurf sollte daher entsprechend ergänzt werden.

**Rdn. 28:**

Hier sollte, wie zu Rdn. 10 dargestellt, klargestellt werden, dass eine unmittelbare räumliche Nähe nicht ausreicht, sondern dass eine funktionale Gesamtheit kumulativ hierzu zwingend vorliegen muss, damit eine gemeinsame Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2017 oder Vorgängerregelungen angenommen werden kann.

**Rdn. 31f.:**

Hier sollte verdeutlicht werden, dass der von der Clearingstelle beschriebene Standort nicht notwendigerweise derselbe ist wie derjenige nach § 38b EEG 2017 im Rahmen der „PV-Austauschregelung“, s. die Entscheidung der Clearingstelle im Verfahren [2018/24](#).

**Rdn. 37:**

Hier sollte speziell in Zeile 2 der Randnummer klargestellt werden, was der Begriff „Satelliten-BHKW“ in Abgrenzung zum Begriff „gemeinsame Satellitenanlage“ meint: Unklar ist hierbei, ob es sich bei den „Satelliten-BHKW“ um verschiedene „Satelliten-BHKW“ an verschiedenen Standort handeln soll, oder um mehrere „Satelliten-BHKW“ einer mglw. „gemeinsamen Satellitenanlage“.

**Rdn. 39:**

Hier ist in Zeile 11 der Begriff „vergütungsseitige Zusammenfassung“ unpräzise. Auch der Anlagenbegriff nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 samt Folgeregelungen führt zu einer vergütungsseitigen Zusammenfassung. Vielmehr sollte hier klargestellt werden, dass es sich hierbei um eine vergütungsseitige Zusammenfassung nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 handelt, wie der BGH in der dort zitierten Randnummer auch klargestellt hat.

Die Neuerung durch § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012 ist entgegen der Fußnote 41 des Hinweisturfs nicht, dass diese Regelung die Rechtslage (erstmalig) festlegt, sondern dass sie – von der räumlichen Beschränkung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 bzw. § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012 abgesehen – eine technische Verknüpfung mit dem gemeinsam genutzten Fermenter auch dann für eine Zusammenfassung ausreichen lässt, wenn das Vorort-BHKW und das Satelliten-BHKW sich nicht mehr in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden. Wie der BGH festgestellt hatte, konnte es auch bereits in Fällen des § 19 EEG 2009 zu einer vergütungsseitigen Zusammenfassung nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 kommen, obwohl es sich bei dem Vorort-BHKW und dem Satelliten-BHKW um zwei rechtlich selbständige Anlagen nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 handelte.

**Rdn. 44 ff., 62 ff. und 103 ff. zur Reichweite des Anlagenbegriffs:**

Der BDEW teilt nicht die Herangehensweise, dass der „technische Anlagenbegriff“ im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2009 samt Folgeregelungen eine Zusammenfassung mehrerer im Übrigen rechtlich selbständiger Anlagen regelt, wenn die gemeinsam genutzten technischen Einrichtungen nicht unmittelbar für die Stromerzeugung erforderlich gewesen sind.

In der Rechtsprechung zum Anlagenbegriff ist klargestellt worden, dass die gemeinsame Nutzung folgender technischen bzw. baulichen Einrichtungen zu einer gemeinsamen technischen Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 geführt hatte:

- Gemeinsame Nutzung desselben Fermenters bei Vorort-BHKW<sup>3</sup>,
- gemeinsame Nutzung derselben Aufständerung von Solaranlagen als technische Voraussetzung für deren Betrieb nach Maßgabe der Planung des Anlagenbetreibers<sup>4</sup>,
- gemeinsame Nutzung derselben Gassammelschiene zwischen verschiedenen Fermentern und verschiedenen Vorort-BHKW sowie Nutzung desselben Gärrestlagers<sup>5</sup> und
- gemeinsame Nutzung desselben Wehres bzw. Staudamms bei Wasserkraftanlagen<sup>6</sup>.

Der BGH hat zuletzt mit Urteil vom 14. Juli 2020<sup>7</sup> sehr deutlich zwischen Bestandteilen einer „technischen Anlage“ nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 samt Folgeregelungen und Einrichtungen einer gemeinsamen technischen Infrastruktur (Peripherieeinrichtungen) unterschieden, die letztlich nur eine leistungsseitige Verknüpfung nach § 19 Abs. 1 EEG 2009, speziell aber nach § 32 Abs. 1 EEG 2014 und § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017, ermöglichen. Zu Letzteren gehören nach Feststellung des BGH das Netzanschlusskabel, das Umspannwerk, die Messeinrichtung und der Netzverknüpfungspunkt.

Insoweit führt die Prämisse in Rdn. 63 für die Vorlage einer funktionalen Zusammengehörigkeit, dass diese Einrichtungen Bestandteile der Anlage sein müssen, zu Missverständnissen, weil die in der Folge genannten Einrichtungen dies nicht notwendigerweise sind:

Folgende Einrichtungen sind nach dem Verständnis des BDEW **keine Bestandteile der Anlage** und damit keine technischen Einrichtungen, deren gemeinsame Nutzung durch mehrere BHKW zu einer Verklammerung im Sinne des technischen Anlagenbegriffs nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 einschl. Folgeregelungen führen:

- Einrichtungen zur Anlagensteuerung, da sie nicht direkt der Erzeugung von Strom und Wärme innerhalb der Anlage dienen, wie z.B. Regeleinrichtungen des Netz- oder des Anlagenbetreibers oder des Direktvermarkters,
- Mikrogasleitung vom Vorort-Fermenter zum Satelliten-Standort, weil sie gemäß BGH-Rechtsprechung kein Bestandteil der Anlage ist,
- sonstige Infrastruktureinrichtungen in der Sphäre des Anlagenbetreibers wie das *stromseitige* Netzanschlusskabel, eine Stromsammelschiene, die der Einspeisung dient, die Messeinrichtung, der Trafo, die Umspannanlage oder das Schaltfeld, soweit dies dem Netzanschluss zugeordnet wird,

---

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 23. Oktober 2012, Az. VIII ZR 262/12.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 4. November 2015, Az. VIII 244/14.

<sup>5</sup> OLG Naumburg, Urteil vom 16. Mai 2013, Az. 2 U 129/12, ZNER 2013, S. 401 ff.

<sup>6</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Mai 2012, Az. 3 U 193/11.

<sup>7</sup> Az. [XIII 12/19](#).

- gemeinsames Anlagenzertifikat nach VDE-AR-N 4110, da dieses nicht den Anlagenbegriff beschreibt, sondern das technische Verhalten mehrerer ggf. rechtlich selbständiger EEG-Anlagen an demselben Netzverknüpfungspunkt,
- gemeinsame Genehmigung der Anlage z.B. nach dem BImSchG oder dem BauGB, da diesen Genehmigungen ein Anlagenbegriff nach dem jeweiligen anlagenzulassungsrechtlichen Fachrecht zugrunde liegt, der nicht zwingend dem EEG-Anlagenbegriff entspricht,<sup>8</sup>
- Einrichtungen zur Überwachung der Grenzwerte, da diese technisch für den Anlagenbetrieb nicht erforderlich sind, sondern „nur“ der Überwachung der Einhaltung der BImSchG-Vorgaben dienen,
- Gasfackeln, die von mehreren BHKW „am gleichen Standort“ gemeinsam genutzt werden, da auch diese letztlich nur Einrichtungen darstellen, die nach den BImSchG- bzw. EEG-Vorgaben installiert sein müssen, aber nicht für den technischen Betrieb der Anlage erforderlich sind, und
- ein gemeinsam genutzter Wärmeabnehmer oder eine Wärmesenke, da weder die Person noch diese Einrichtungen Bestandteile der Anlage darstellen, da sie für den Anlagenbetrieb nicht erforderlich sind.

In Rdn. 94 f. des Hinweistwurfes sollte eine Klarstellung erfolgen, dass mehrere BHKW an demselben Standort sich zwar eine **Gasfackel** funktionell teilen dürfen, dass aber die gemeinsame Nutzung derselben Gasfackel bei BHKW *an verschiedenen Standorten* nicht die Vorgaben nach § 9 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017 einschl. Vorgängerregelungen an „zusätzliche Gasverbrauchseinrichtungen zur Vermeidung einer Freisetzung von Biogas“ erfüllt. Ansonsten könnte aus diesen Darstellungen abgeleitet werden, dass eine „mobile Gasfackel“ den gesetzlichen Anforderungen entspricht.

Gerade im Hinblick auf die **Infrastruktureinrichtungen** in Rdn. 80, aber auch hinsichtlich der Gasfackel in Rdn. 95, sollte verdeutlicht werden, dass alleine die räumliche Voraussetzung „in (unmittelbarer) räumlicher Nähe“ für die Vorlage einer gemeinsamen Anlage nicht ausreicht.

Außerdem sollte bei **Einrichtungen zur Anlagensteuerung** am Beginn der Rdn. 65 klargestellt werden, dass hierunter keine Leitwarten oder Regeleinrichtungen zu verstehen sind, z.B. durch („Anlagensteuerung, ausgenommen Leitwarten, Regeleinrichtungen o.ä.“). Ansonsten erfolgt die entsprechende Einschränkung in Rdn. 70 für den Leser überraschend.

Folgende Einrichtungen sind demgegenüber auch nach BDEW-Ansicht **Bestandteile der Anlage** nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 samt Folgeregelungen, weshalb deren gemeinsame Nutzung zu einer gemeinsamen Anlage im Sinne dieser Regelung(en) führt:

- Gassammelschiene oder T-Stück zwischen mehreren BHKW am Standort der BHKW,

---

<sup>8</sup> Vgl. exemplarisch den weiten BImSchG-Anlagenbegriff bei einem Windpark, wobei das EEG jede einzelne Windenergieanlage als separate Anlage definiert.



- Gasanschlussleitung der Biogas-BHKW an den oder die Fermenter beim Vorort-BHKW,
- Einrichtungen zur Gasaufbereitung oder Gasspeicherung zwischen den BHKW und dem Gasnetz bzw. dem Fermenter beim Vorort-BHKW, wenn diese Einrichtung am „Standort“ der Satelliten-BHKW gelegen ist,
- Gasverdichter, wenn dieser für den Betrieb der Anlage erforderlich ist.

Hinsichtlich der Gasanschlussleitung der BHKW an das Gasnetz (Biomethan-BHKW), wenn diese nicht im Eigentum des Gasnetzbetreibers ist, wird auf die nachstehende Kommentierung zu Rdn. 111 des Hinweistwurfs verwiesen.

Die Verklammerung mehrerer BHKW durch die vorstehend genannten Einrichtungen setzt jedoch voraus, dass diese der **Sphäre des Anlagenbetreibers** zuzuordnen sind. Handelt es sich insbesondere um Einrichtungen des Strom- oder des Gasnetzbetreibers, können diese keine Bestandteile einer EEG-Anlage sein.

Die **Nutzung desselben Gebäudes** durch mehrere BHKW (Satelliten- oder Biomethan-BHKW) kann nach Auffassung des BDEW keine Verklammerung der BHKW bewirken: Das Gebäude ist letztlich für die Strom- und Wärmeerzeugung rein technisch gesehen nicht erforderlich und dient nur dem Witterungsschutz. Ein Witterungsschutz ist aber nur auf den Erhalt der Anlage auf Dauer ausgelegt, und sorgt nicht dafür, dass die Anlage überhaupt technisch betrieben werden kann.<sup>9</sup> Daher ist die Bezeichnung des „schwachen Kriteriums“ in Rdn. 74 insoweit missverständlich, als in Rdn. 75 die Prämisse aufgestellt wird, dass die BHKW sich eine gemeinsame *technisch* zur Stromerzeugung notwendige Einrichtung teilen müssen. Trifft Letzteres korrekterweise zu, ist das Gebäude als gemeinsam genutzte *bauliche* Einrichtung, die aber nicht für den Betrieb der Anlage erforderlich ist, nicht mehr relevant.

Welche Erheblichkeit baulichen Anlagen zukommen soll, die zu einer Zusammenfassung mehrerer Stromerzeugungseinrichtungen zu einer Anlage führt, kann der Begründung zum seinerzeitigen „Wachstumsbeschleunigungsgesetz“<sup>10</sup>, entnommen werden, mit dem der Begriff der modularen Anlage in das EEG 2009 ergänzend eingeführt wurde (§ 66 Abs. 1a EEG 2009). Dort wird als Beispiel für die Verklammerung durch eine bauliche Anlage die Staumauer einer Wasserkraftanlage angeführt. Dies resultiert letztlich, wie vom OLG Stuttgart klargestellt worden ist, aus der Erforderlichkeit der Staumauer für eine Stromerzeugung in den Generatoren. Hieraus wird noch einmal deutlich, dass die Nutzung eines gemeinsamen Gebäudes nicht geeignet ist, mehrere BHKW zu einer Anlage zusammenzufassen.

Außerdem teilt der BDEW die Annahme der Clearingstelle nicht, dass „in der Regel (...) bei einer **Direktvermarktungspflicht**, häufig auch bei der Flexibilisierung ohne Direktvermarktungspflicht, zugleich eine gemeinsame Anlagensteuerung des Satelliten-BHKW und der zugebauten

---

<sup>9</sup> So auch OLG Thüringen, Urteil vom 14. Februar 2007, Az. 7 U 905/06, zum Anlagenbegriff nach § 3 Abs. 2 Satz 1 und 2 EEG 2004 unter Bezugnahme auf den Witterungsschutz der BHKW.

<sup>10</sup> BT-Drs. 17/15, S. 22.

BHKW vorhanden sein (wird), die ebenso wie die Fernsteuerung zur Direktvermarktung im automatisierten Datenaustausch mit dem Prozessleitsystem des Direktvermarkters bzw. Stromhändlers steht“. Zum einen wurde die Direktvermarktungspflicht erst durch das EEG 2014 aufgestellt. Der vom Verfahren erfasste Zubau zu Satelliten-Bestands-BHKW i.V. mit der Flexibilitätsprämie betrifft faktisch aber vorrangig Anlagen des EEG 2012 oder älter, was auch aus dem Anwendungsbereich der Flexibilitätsprämie resultiert. Zum anderen ist die leistungsseitige Zusammenfassung nach § 32 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 und nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 nur anwendbar auf verschiedene rechtlich eigenständige Anlagen im Falle der verpflichtenden Direktvermarktung nach § 37 EEG 2014 bzw. § 21 EEG 2017. Auch dies spricht somit gegen den von der Clearingstelle angestellten „in der Regel“-Schluss.

### **Rdn. 52 ff.:**

Der BDEW weist darauf hin, dass die Vorlage eines gemeinsamen Betriebskonzeptes alleine aus den Daten, die der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber meldet bzw. die im MaStR aufgeführt sind, nicht notwendigerweise erkennbar ist. Da das gemeinsame Betriebskonzept aber neben anderen Voraussetzungen erforderlich ist, um zwei BHKW zu einer Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 einschl. Folgeregelungen zu verklammern, ist der Anlagenbetreiber verpflichtet, dem Netzbetreiber dieses darzulegen und ggf. zu beweisen. Dies gilt speziell hinsichtlich der Möglichkeit eines strom- und wärmeseitigen flexiblen Betriebs der BHKW für sich und in der Gesamtheit gesehen.

Hierbei ist zu beachten, dass das Umweltgutachten, das der Anlagenbetreiber zur Bescheinigung der Eignung der Anlage für den bedarfsorientierten Betrieb vorlegen muss, letztlich nur dieses bescheinigen kann (Rdn. 57f.). Nicht durch das Gutachten ausgewiesen und belegt werden kann, dass es sich bei mehreren BHKW um eine gemeinsame Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 einschl. Folgeregelungen handelt, da dies in erster Linie eine rechtliche Bewertung darstellt, die nicht Gegenstand von Umweltgutachten sein kann, und keine technische.

Ein Umweltgutachten kann insbesondere dann nicht als Nachweis für ein gemeinsames Betriebskonzept dienen, wenn es aus sich heraus nicht schlüssig ist oder wenn es keinerlei Herleitung für die Postulierung des „gemeinsamen Betriebskonzeptes“ oder der „Eignung zum bedarfsorientierten Betrieb“ enthält. Dies ist durch die Rechtsprechung

- zur Modernisierung von Wasserkraftanlagen<sup>11</sup> bzw.
- zur Bestimmung der förderfähigen KWK-Strommenge von Biomasseanlagen<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> OLG Naumburg, Urteil vom 2. September 2010, Az. 1 U 37/10; OLG Dresden, Urteil vom 3. Juli 2012, Az. 9 U 1568/11; OLG München, Urteil vom 25. April 2012, Az. 3 U 891/11.

<sup>12</sup> OLG Naumburg, Urteile vom 21. November 2013, Az. 2 U 54/13, REE 2014, S. 35 ff., sowie vom 13. März 2014, Az. 2 U 26/11.

bestätigt worden. Dies sollte hinsichtlich der Eignung des Gutachtens zum Nachweis der v.g. Tatbestände unter Rdn. 58 noch dargestellt werden.

Unter Rdn. 59 sollte außerdem ergänzt werden, dass der Anlagenbetreiber jenseits des Vortrags eines gemeinsamen Wärmeabnehmers auch die weiteren Umstände eines stromerzeugungsseitigen Betriebskonzeptes darlegen und ggf. beweisen muss. Insoweit unterstützt der BDEW die Darstellungen in Rdn. 60 des Hinweisentwurfs.

#### **Rdn. 101:**

Bei Austausch eines bestehenden Biomethan-BHKW gegen ein leistungsstärkeres liegt nur dann eine Neuanlage vor, wenn das leistungsstärkere BHKW für sich gesehen eine Neuanlage ist. Wurde es aber als Bestandsanlage von einem vorherigen Standort an den neuen Standort versetzt, führt dies alleine nicht zur Annahme einer Neuanlage.

#### **Rdn. 110:**

Diese Darstellungen sind zwar für Gasanschlüsse in Niederdruck korrekt. Allerdings können größere Biomethananlagen auch an das Mitteldruck-Netz angeschlossen sein. Dann gilt § 5 NDAV nicht mehr, sondern die inhaltlich korrespondierende Regelung in den TAB/TMA des Gasnetzbetreibers bzw. einzelfallspezifische Regelungen.

#### **Rdn. 111:**

Der BDEW bittet außerdem um Prüfung der Darstellungen in dieser Randnummer auf Konsistenz im Gesamtkontext: Die Clearingstelle stellt in Rdn. 107 dar, dass die Ausführungen unter 3.2.3.2.2 des Hinweisentwurfs insoweit für Biomethan-anlagen entsprechend anzuwenden sind, also einschl. der Feststellung, dass eine Gassammelschiene am Satellitenstandort, die zwischen den Satelliten-BHKW gelegen ist, diese im Sinne einer gemeinsamen Anlage zusammenfasst. In Rdn. 111 wird jedoch dargestellt, dass die Gasleitungen zwischen der Hauptabsperreinrichtung und dem letzten Gasschieber nicht zur Anlage gehören können, weil ansonsten auch andere Erzeugungseinrichtungen zu dieser Anlage gehören würden. In Rdn. 107 wird schließlich die Gassammelschiene zwischen zwei Biomethan-BHKW als funktional verbindendes Element angesehen.

Diese Darstellungen sind erst einmal textlich nicht konsistent, da die Gassammelschiene zwischen mehreren BHKW zwischen der Hauptabsperreinrichtung und den Absperreinrichtungen der einzelnen BHKW liegt. Insoweit ist die Rechtslage bei Biomethan-Anlagen zu derer bei Satelliten-BHKW in technischer Hinsicht vergleichbar, s. Rdn. 107. Die Clearingstelle widerspricht sich damit im Ergebnis in Rdn. 107 und Rdn. 111 des Hinweisentwurfs.

Außerdem hebt der BDEW hervor, dass die Clearingstelle noch in der Entscheidung im [Verfahren 2012/19](#) dargestellt hatte, dass es sich bei einem Biomethan-BHKW insoweit „im Wesentlichen“ um eine rechtlich selbständige Anlage handelt, s. dortige Rdn. 86, 89, 134 und 175. Danach sei das Erdgasnetz kein Anlagenbestandteil, ebenso wenig die in dieses Netz einspeisende Gaserzeugungs- und -aufbereitungsanlage. Das Versetzen solcher BHKW lasse daher grundsätzlich deren Inbetriebnahme unberührt, auch wenn in geringfügigem Umfang Anlagenteile am alten Standort verbleiben.

Hieraus entnimmt der BDEW, dass die Clearingstelle zumindest im Verfahren 2012/19 noch einen auf das jeweilige Biomethan-BHKW beschränkten Anlagenbegriff vertreten hatte. Im Zusammenhang mit den Darstellungen unter Rdn. 111 des vorliegenden Hinweistwurfs würde das bedeuten, dass es praktisch nicht möglich wäre, auf Biomethan-Anlagen die Flexibilitätsprämie in den verschiedenen Fassungen des EEG anzuwenden, da man die Gassammelschiene als verklammerndes technisches Kriterium bei Biomethan-BHKW herausnehmen würde. Der einzige Anwendungsfall wäre dann der Fall der Flexibilisierung durch Änderung der Fahrweise, die jedoch nicht Gegenstand des Hinweisverfahrens ist.

Dies widerspricht aber – auch unter Zugrundelegung der Ausführungen in der Empfehlung 2012/19 – den Darstellungen in Rdn. 100 bis 102 des Hinweistwurfs, in denen die Clearingstelle von der Möglichkeit der Erweiterung einer Biomethananlage durch eine weitere Biomethananlage ausgeht. Unklar bleibt dann, durch welche technisch für die Stromerzeugung in den BHKW erforderlichen Einrichtungen die beiden BHKW zu einer Anlage werden können.

Insoweit erscheint es sinnvoll, die Darstellungen

- in Rdn. 107 (Gassammelschiene führt zu einer gemeinsamen Anlage) mit denen
- in Rdn. 111 (Leitungen hinter der Hauptabsperreinrichtung führen nicht zu einer gemeinsamen Anlage)

zu harmonisieren bzw. technisch weiter zu differenzieren. Denkbar wäre z.B., dass man innerhalb von Rdn. 111 in verschiedene Gassammelschienen unterteilt, die – je nach Verwendungszweck der BHKW – neben- bzw. hintereinander gelegen sind. Dem BDEW ist an dieser Stelle bewusst, dass die Verwendung eines BHKW als Biomethan-BHKW an einer Gassammelschiene mit ansonsten mit Erdgas betriebenen BHKW bei einem weiten Verständnis des Anlagenbegriffs zu Problemen mit dem EEG-Ausschließlichkeitsprinzip führen kann.

Jedenfalls kann man festhalten, dass mehrere Biomethan-BHKW, die jeweils mit einer separaten Gasanschlussleitung an das Gasnetz angeschlossen worden sind, technisch selbständige Anlagen nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 und Folgeregelungen sind, wenn die Gasleitungen keine dazwischenliegende Gassammelschiene haben. Eine Anwendung der Flexibilitätsprämie auf beide Anlagen ist somit dann nicht möglich, gerade im Falle eines Zubaus eines ab dem 1. August 2014 neu in Betrieb genommenen BHKW.

Nach Auffassung des BDEW sprechen aber die besseren Argumente dafür, dass mehrere Biomethan-BHKW, die durch eine außerhalb des Netzes im Herrschaftsbereich des Anlagenbetreibers gelegene Gassammelschiene verbunden sind, grundsätzlich eine gemeinsame Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 und Folgeregelungen darstellen, wenn der Anlagenbetreiber insoweit ein gemeinsames Anlagenkonzept verfolgt. Dies entspricht auch der mehrheitlichen Auffassung im BDEW-Mitgliederkreis.

Bei Verknüpfung von zwei Biomethan-BHKW durch eine gemeinsam genutzte Gassammelschiene außerhalb des Gasnetzes, also im Herrschaftsbereich des Anlagenbetreibers, wäre die Rechtslage technisch vergleichbar zu derjenigen bei Satelliten-BHKW, bei denen die Clearingstelle dann eine gemeinsame Anlage annimmt. Allerdings kann es nach Auffassung des BDEW in diesem Falle nur dann zu einer gemeinsamen Anlage kommen, wenn aus dem technischen und dem Anlagenbetriebskonzept heraus erkennbar ist, dass beide BHKW wie eine Anlage technisch zusammenwirken sollen, gerade hinsichtlich des flexiblen Einsatzes der beiden BHKW als eine Gesamtanlage. Insoweit obliegt dem Anlagenbetreiber eine erhöhte Darlegungs- und ggf. Beweislast.

Dies resultiert auch aus

- der grundsätzlichen technischen Selbständigkeit der Biomethan-BHKW,
- der insoweit ungeklärten Frage, ob das EEG-Ausschließlichkeitsprinzip verletzt ist, wenn bei Anschluss mehrerer BHKW an eine Gassammelschiene nur ein BHKW als Biomethan-BHKW und das andere als Erdgas-BHKW betrieben wird<sup>13</sup>, und
- der insoweit je nach Falllage günstigeren Annahme eines kleineren oder eines größeren Anlagenbegriffes angesichts der Prämisse, dass der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile nach der erstmaligen Inbetriebnahme nicht zu einer Änderung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme führt.<sup>14</sup>

Insoweit ist zu beachten, dass die Gasabtauschregelung i.V. mit dem einzusetzenden Massenbilanzsystem theoretisch auch die Zuordnung von Biomethanmengen zu einem einzigen Biomethan-BHKW ermöglicht, obwohl dieses BHKW das Erdgas über dieselbe Sammelschiene er-

---

<sup>13</sup> Insoweit ist auch der KWK-Anlagenbegriff nach dem KWKG 2002, KWKG 2009, KWKG 2012, KWKG 2016 und KWKG 2020 unklar: § 2 Nr. 14 KWKG 2016/2020 lässt mehrere KWK-Anlagen an einem Standort *in Bezug auf die in den §§ 4 bis 8 des Gesetzes genannten Leistungsgrenzen* für den jeweils zuletzt in Betrieb genommenen Generator als eine KWK-Anlage gelten, soweit sie *innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten* in Dauerbetrieb genommen worden sind. In Anlehnung an § 19 Abs. 1 EEG 2009 und Folgeregelungen, dem diese KWKG-Regelung nachempfunden ist, fasst diese Regelung aber nur für die genannten Leistungsgrenzen mehrere im Übrigen rechtlich selbständige KWK-Anlagen zu einer zusammen. Außerhalb dieser Leistungsgrenzen bleiben die BHKW rechtlich selbständige Anlagen. Dies entspricht insoweit auch der zeitlich nicht begrenzten Zusammenfassung nach § 3 Abs. 3 Satz 2 KWKG 2002/2009, die nur für die 2 MW-Leistungsgrenze nach § 3 Abs. 3 Satz 1 KWKG 2002/2009 bzw. die in § 5 und in § 7 KWKG 2009 galt.

<sup>14</sup> § 3 Nr. 30, 3. Teilsatz, EEG 2017/2020 einschl. Folgeregelungen seit § 21 Abs. 3 EEG 2009.

hält, wie weitere an dieselbe Gassammelschiene angeschlossene BHKW, die aber nicht auf Biomethan umgestellt werden. Dies ist bei einer Mehrheit von BHKW, die über denselben Fermenter und eine dazwischen liegende Gassammelschiene Biogas beziehen, technisch nicht möglich. Dementsprechend erfordert auch die für Biomethananlagen anzuwendende Gasabtauschieregelung insoweit eine erhöhte Darlegungs- und ggf. Beweislast, dass mehrere Biomethan-BHKW vom Betriebszweck her als eine Anlage anzusehen sind.

In jedem Falle sind angesichts einer solchen Anlagenkonstellation Zweifel am gemeinsamen Betrieb dieser BHKW und damit an einer gemeinsamen Anlage angezeigt,

- wenn das eine von mehreren BHKW bereits mehrere Jahre als Erdgas-BHKW betrieben worden ist und es im Rahmen des Zubaus eines weiteren BHKW – verbunden mit einer Gassammelschiene außerhalb des Gasnetzes – zusammen mit diesem auf Biomethan umgestellt werden soll, oder
- wenn zwei solche BHKW – verbunden mit einer Gassammelschiene außerhalb des Gasnetzes – mehrere Jahre lang nebeneinander betrieben werden, eines als Biomethan- und das andere als Erdgas-BHKW, und dann beide im Zuge der Geltendmachung der Flexibilitätsprämie mit Biomethan betrieben werden sollen.

### **Ansprechpartner**

Ass. iur. Christoph Weißenborn  
Abteilung Recht  
Telefon: +49 30 300199-1514  
christoph.weissenborn@bdew.de