

## SCHIEDSSPRUCH

2020/67-IV

Berlin, den 8. Februar 2022

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

In dem schiedsrichterlichen Verfahren

1. [...]

– Schiedskläger –

2. [...]

– Schiedsbeklagte –

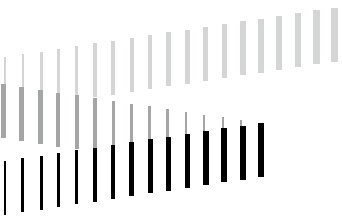
erlässt das Schiedsgericht der Clearingstelle EEG|KWKG<sup>1</sup> durch die Schiedsrichter Dr. Mutlak sowie Richter und Teichmann aufgrund der mündlichen Verhandlung folgenden Schiedsspruch:

- 1. Die vom Schiedskläger betriebene Biogasanlage wurde im Jahr 2008 nach einer Erneuerung gemäß § 3 Abs. 4 Alternative 2 EEG 2004<sup>2</sup> neu in Betrieb genommen.**
- 2. Die Rückforderungsansprüche der Schiedsbeklagten für Einspeisungen aus den Jahren ab 2018<sup>3</sup> sind gemäß § 57 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2014 bislang nicht verjährt.**

<sup>1</sup>Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern vorliegend auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse oder Dokumente der Clearingstelle Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

<sup>2</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.12.2006 an geltenden Fassung, 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>3</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 02.09.2016 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.



Ergänzender Hinweis des Schiedsgerichts:

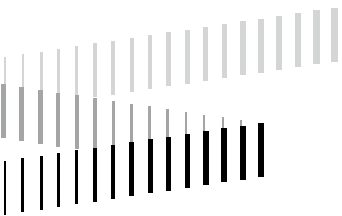
**Ergeben sich aus diesem Schiedsspruch nachträgliche Korrekturen am bundesweiten Ausgleich hinsichtlich der abzurechnenden Strommengen oder Vergütungs- bzw. Prämienzahlungen (finanzielle Förderung), sind diese Korrekturen gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2021<sup>4</sup> bzw. den jeweils anzuwendenden Regelungen zum bundesweiten Ausgleich bei der nächsten Abrechnung zu berücksichtigen.**

## 1 Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Biogasanlage des Schiedsklägers im Jahr 2008 gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 neu in Betrieb genommen wurde und ob die Geltendmachung der Neuinbetriebnahme durch den Schiedskläger gegenüber der Schiedsbeklagten im Jahr 2018 verspätet war, insbesondere der damit geltend gemachte Zahlungsanspruch verjährt, präkludiert oder verwirkt ist.
- 2 Der Schiedskläger betreibt eine Biogasanlage (im Folgenden: Anlage) am Standort [...], Flurstücksnummer [...7], Gemarkung [...]. Den in der Anlage erzeugten Strom speist er in das von der Schiedsbeklagten betriebene Netz für die allgemeine Versorgung (im Folgenden: Netz) ein.
- 3 Die Anlage wurde am [...] Dezember 2004 erstmalig mit einem BHKW mit einer installierten Leistung von 190 kW<sub>el</sub> (im Folgenden: BHKW-1) als NawaRo<sup>5</sup>-Anlage in Betrieb genommen.
- 4 Zu diesem Zeitpunkt waren im Wesentlichen vorhanden:
  - ein Fahrsilo mit zwei Kammern,
  - eine Vorgrube,
  - zwei Fermenter (jeweils mit Feststoffeintrag) (im Folgenden: Fermenter-1 und Fermenter-2, dabei Fermenter-2 noch nicht fertiggestellt),

<sup>4</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.01.2021 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht v. 16.07.2021 (BGBl. I S. 3026), nachfolgend bezeichnet als EEG 2021. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2021/arbeitsausgabe>.

<sup>5</sup>Biomasseanlage mit einer Stromerzeugung aus nachwachsenden Rohstoffen.



- ein Technik-Gebäude, darin
  - das BHKW-1 sowie
  - ein Gärrestlager.
- 5 In 2005 wurden am Fermenter-2 die Güllepumpe zur Zuführung der Gülle aus der Vorgrube sowie das Rührwerk im Fermenter-2 installiert, außerdem die Folienabdeckung des Fermenters-2 fertiggestellt. Um eine für den Betrieb des BHKW-1 auskömmliche Gasausbeute zu erzielen, war der zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage bereits mit Rührwerk versehene Fermenter-1 angabegemäß ausreichend.
- 6 Bereits kurz nach Beginn des Anlagenbetriebs stellte der Schiedskläger fest, dass weiteres Gaserzeugungspotential gehoben und dadurch auch weitere Verstromungseinheiten zugebaut werden könnten.
- 7 Zwischen 2005 und 2008 erfolgten daher zahlreiche Änderungsmaßnahmen, u. a.:
- Zubau eines Nachgärers (2005),
  - Vergrößerung der Fläche der zwei vorhandenen Fahrsilokammern (2005),
  - Zubau eines weiteren BHKW mit 190 kW<sub>el</sub> (im Folgenden: BHKW-2; 2006),
  - Umbau der Feststoffeintragssysteme an beiden Fermentern (2007),
  - Ergänzung des Fahrsilos um zwei weitere Silokammern (2007),
  - Errichtung eines zusätzlichen Gärrestlagers (zwischen 2007 und 2008)<sup>6</sup>.
- 8 Im Juni 2007 erhielt der Schiedskläger eine „immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung zur Errichtung und Betrieb einer Biogasanlage mit einer Leistung von 500 kW<sub>el</sub> nebst Endlager, BHKW-Gebäude und Fahrsilooerweiterung auf dem Flst.-Nr. [...7], [...8] Gemarkung [...], Stadt [...]“ des Landratsamtes [...]. Den Antrag hatte er im Oktober 2006 gestellt und im Juni 2007 bescheidungsfähig vervollständigt.
- 9 Gegenstand der Änderungsgenehmigung waren folgende – teils bereits zu diesem Zeitpunkt umgesetzte – Maßnahmen:

<sup>6</sup>Das in diesem zusätzlich errichteten sowie in dem bereits ursprünglich vorhandenen geschlossenen Gärrestlager sowie dem Nachgärer entstehende Gas wurde seither zur Stromerzeugung eingesetzt.

- Erhöhung der elektrischen Einspeiseleistung durch die Installation von zwei weiteren BHKW von bisher 90 kW<sub>el</sub> auf 500 kW<sub>el</sub>
- Errichtung eines Nachgärers,
- Errichtung eines Technikraums
- Errichtung eines Gaslagers,
- Errichtung eines Gärrest-Endlagers (geschlossen),
- Verlängerung der bestehenden Fahrsilos F1 – F4 und
- Errichtung eines Silosickersaftbehälters.

- 10 Die Leistungssteigerung wurde durch Zubau des BHKW-2 erreicht und bis Ende 2008 die weiterreichende Änderungsgenehmigung damit nur bis 380 kW<sub>el</sub> ausgenutzt. Im Übrigen wurden alle beantragten Änderungen umgesetzt.
- 11 Den Abschluss der verfahrensgegenständlichen Maßnahmen bildete die gastechnische Anbindung des zweiten Gärrestlagers Anfang 2008. Es kann nicht mehr genau nachvollzogen werden, wann die Anlage nach Abschluss der vorgenannten Maßnahmen erneut in Betrieb gesetzt wurde.
- 12 Erstmals im Jahr 2018 erfuhr der Schiedskläger durch Hinweis seines Motorenherstellers von der Erneuerungsvorschrift des § 3 Abs. 4 EEG 2004. Am 21. März 2018 beauftragte er die Gutachtergemeinschaft [...] GmbH (im Folgenden: Gutachtergemeinschaft) mit der Begutachtung der Frage, ob die vom Schiedskläger geleisteten Investitionen mehr als 50 % des Neuwertes der kompletten Anlage nach Abschluss der durchgeführten Maßnahmen betragen hätten.
- 13 Die Gutachtergemeinschaft stellte mit Gutachten vom 3. August 2018 (im Folgenden: Gutachten-1) fest, dass sich die Kosten der durchgeführten Maßnahmen auf 525 262 € beliefen (nach Abzug der Positionen, die aus Sicht des Gutachters nicht der „Erneuerung“ der Biogasanlage zugerechnet werden konnten). Der ermittelte Aufwand für eine hypothetische Neuherstellung der Anlage im Jahr 2008 nach Abschluss der Maßnahmen beträgt dem Gutachten-1 zufolge 967 728 € (Summe der Kosten der Herstellung der ursprünglichen Anlage und der „erneuernden“ Maßnahmen, allesamt hochgerechnet auf das Jahr 2008), so dass im Ergebnis ein Prozentsatz von 54,28 % für die nachgewiesenen Investitionen zur „Erneuerung“ der Anlage im Verhältnis zum fiktiven Aufwand für eine Neuherstellung der Anlage ermittelt wurde.
- 14 Mit Gutachten vom 24. Januar 2019 bestätigte die Gutachtergemeinschaft das Überschreiten der 50 %-Kostenschwelle in einer überarbeiteten Version (im Folgenden:

Gutachten-2). Darin werden die Kosten sowohl der durchgeführten Maßnahmen als auch der Neuherstellung abweichend vom Gutachten-1 ohne Berücksichtigung der Komponenten für den Bau der Fahrhilfen ermittelt. Danach betragen die Kosten der „Erneuerung“ nunmehr 442 394 € (gerundet) und jene einer fiktiven Neuherstellung (ebenfalls hochgerechnet auf das Jahr 2008) 819 248 €, woraus sich ein Prozentsatz von 54 % für die nachgewiesenen Investitionen in den Jahren 2005 bis 2008 ergab.

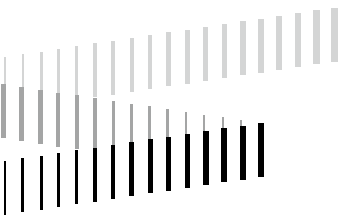
- 15 Der Schiedskläger hat der Schiedsbeklagten mit Schreiben vom 5. November 2018 mitgeteilt, dass er die verfahrensgegenständlichen Umbaumaßnahmen durchgeführt hat und mit selbigem Schreiben erstmals die „Erneuerung“ und Neuinbetriebnahme der Anlage geltend mache. Als maßgebliches Datum für die Umstellung auf die deswegen auch zu verändernden Vergütungssätze schlug der Schiedskläger den [...] Januar 2019 vor. Dem Schreiben war das Gutachten-1 beigelegt.
- 16 Anlässlich der in den Gutachten festzustellenden Überlappung von Rechnungen aus der noch nicht abgeschlossenen Errichtungsphase der ursprünglichen Anlage im Jahre 2005 mit Rechnungen aus der zu dieser Zeit ebenfalls begonnenen Phase der „Erneuerung“ hat der Schiedskläger erläutert, dass dies entweder dadurch zustande gekommen ist, dass sich die Rechnungslegung für Maßnahmen, die der Stufe der Anlagenerrichtung und der damit verbundenen Restarbeiten zugehörig sind, verzögert hat, oder dass bestimmte Maßnahmen, die dieser ersten Stufe zuzuordnen sind, tatsächlich noch nicht abgeschlossen waren, als die zweite Stufe (Erneuerung) bereits geplant und umgesetzt wurde.
- 17 **Der Schiedskläger** vertritt die Ansicht, dass eine Berufung auf die Modernisierungsregel des § 3 Abs. 4 EEG 2004 gemäß § 100 Abs. 2 Nr. 10 Buchstabe a) EEG 2017<sup>7</sup> möglich sei, sofern die Investitionen vor dem 1. Januar 2009 stattgefunden hätten.
- 18 Auch sei die maßgebliche Kostenschwelle überschritten worden, wie die Gutachten bestätigten. Es liege daher seit 2008 eine Neuanlage i. S. d. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 vor, so dass die Förderfrist des § 12 Abs. 3 EEG 2004 neu zu laufen begonnen habe.

<sup>7</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 14.08.2020 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728) sowie Art. 6 des Gesetzes zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1818), rückwirkend geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

- 19 Insbesondere seien die Erweiterung der Anlage um ein weiteres BHKW und der Zubau des Gärrestbehälters als Erneuerung zu werten. Denn der Begriff der Erneuerung umfasse sowohl den Austausch oder die Ertüchtigung von einzelnen Anlagen als auch die Erweiterung um neue Anlagenteile und gehe damit deutlich weiter als ein bloßer Austauschvorgang.<sup>8</sup>
- 20 Ebenso enthalte § 10 Abs. 2 EEG 2004 das Begriffspaar „ersetzen oder erneuern“, weshalb beiden Begriffen eine unterschiedliche Bedeutung zukommen und somit das „Erneuern“ über das „Ersetzen“ hinausgehen müsse. Dafür spreche auch ein Vergleich mit dem damals geltenden § 6 Abs. 2 EEG 2004.
- 21 Für dieses Verständnis spreche weiterhin in teleologischer Hinsicht, dass ohne Zubau von BHKW eine Leistungssteigerung praktisch nie erreicht werden könne. Das System des EEG – insbesondere im EEG 2004 und später im EEG 2009 – sei darauf angelegt gewesen, Investitionsanreize zu schaffen, um bestehende Anlagen auszubauen und neue Anlagen zu errichten. Eine enge Auslegung des Begriffs der Erneuerung würde diesem Gesetzesziel zuwiderlaufen.
- 22 Dabei sei nicht erforderlich, dass die Erweiterung einer Anlage auch einen modernisierenden Charakter habe. Denn dies hätte zur Folge, dass nur solche Anlagen von § 3 Abs. 4 EEG 2004 erfasst würden, die mit einem „schlechten“ Stand der Technik in Betrieb genommen und anschließend modernisiert worden seien. Der Gesetzgeber habe aber alle im Geltungsbereich des EEG 2004 modernisierten Anlagen erfassen wollen und eine Diskriminierung nach einem bestimmten technischen Stand nicht beabsichtigt.<sup>9</sup>
- 23 Weise eine Biogasanlage eine Gaskapazität auf, die es erlaube, eine höhere Bemessungsleistung abzufahren, so sei der entsprechende Zubau eines BHKW auch als Effizienzsteigerung in Bezug auf die eingesetzte Energie zu werten, da andernfalls die eingesetzten erneuerbaren Energien potentiell vergeudet würden.
- 24 Darüber hinaus seien mehrere Einzelmaßnahmen zusammen und nicht einzeln zu betrachten. Eine Modernisierung durch eine einzelne Maßnahme sei zudem bereits gar nicht möglich. Nicht erforderlich sei jedoch, dass den einzelnen Modernisierungsmaßnahmen ein Konzept bzw. eine gesamtheitliche Planungsabsicht zugrundeliege. Eine solche Voraussetzung sei im Gesetz an keiner Stelle angelegt. Doch selbst wenn ein Gesamtkonzept erforderlich sei, habe der Schiedskläger dieses Erfordernis mit seinem Moder-

<sup>8</sup>Der Schiedskläger verweist insoweit auf die Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 4 EEG 2004 in BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/278>, S. 30.

<sup>9</sup>Der Schiedskläger nimmt dazu Bezug auf BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/278>, S. 30 sowie Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 1. Aufl., § 3 Rn. 62.



nisierungskonzept als einem durch einen einzigen Bescheid genehmigten Maßnahmenbündel erfüllt.

- 25 Da die umfangreichen Arbeiten zu einer grundlegenden Umstrukturierung der Anlage und insgesamt zu einer Verbesserung des Ist-Zustandes geführt hätten, sei durch den Zubau des BHKW-2 nicht nur eine Erweiterung der bestehenden Anlage, sondern auch eine Modernisierung des Anlagenbetriebes erreicht worden.
- 26 Bei der Auslegung des Begriffs „Erneuerung“ könne nicht nur darauf abgestellt werden, ob bestehende Komponenten gegen neue ausgetauscht werden. Dies zeige sich u. a. darin, dass Biomasseanlagen historisch zunächst eher zweistufig<sup>10</sup> aufgebaut waren und sich später herausstellte, dass die Substratausbeute bzw. die Effizienz des Anlagenbetriebs durch einen dreistufigen<sup>11</sup> Anlagenaufbau merklich gesteigert werden könne. Der Zubau von Nachgärern diene daher nicht zwingend der Erweiterung der Anlagenleistung, sondern auch der Verbesserung der Substratausbeute.
- 27 Die Wirtschaftlichkeit des Anlagenbetriebs sei keine Voraussetzung für die Erstinbetriebnahme i. S. d. § 3 Abs. 4 Alt. 1 EEG 2004, sondern nur die technische Betriebsbereitschaft bzw. die tatsächliche Möglichkeit, die Anlage zu betreiben und in Betrieb zu setzen. Auch Anlagenoptimierungen könnten somit Erneuerungen sein.
- 28 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Neuinbetriebnahme sei gemäß § 3 Abs. 4 EEG 2004 die Vollendung bzw. der Abschluss der entsprechenden Modernisierungsarbeiten. Die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme trete auch ohne Kenntnis des Netzbetreibers ein, da diese an tatsächliche Gegebenheiten anknüpfe und nicht an etwaige Meldungen oder Informationen. Bei Erfüllung der Voraussetzungen sei die Neuinbetriebnahme eine zwingend gesetzlich angeordnete Rechtsfolge.
- 29 Die Ansprüche auf Neuvergütung seien grundsätzlich auch nicht verwirkt, präkludiert oder sonst ausgeschlossen, weil der aktuelle Vergütungsanspruch für jedes Jahr neu ermittelt werden müsse und somit die für die jeweilige Abrechnung relevanten Umstände von Jahr zu Jahr abweichen könnten.
- 30 Die Geltung des neuen Inbetriebnahmejahres könne nicht der Verjährung unterliegen. Weder die getätigten Investitionen noch der Abschluss der Modernisierungsmaßnahmen noch die Einreichung eines Gutachtens stellten für sich gesehen einen „Anspruch“ dar, sondern es handele sich hierbei um tatsächliche Gegebenheiten, aus deren Vorliegen sich erst bestimmte Rechtspositionen ableiten ließen.

<sup>10</sup>Bestehend aus Fermenter und Gärrestlager.

<sup>11</sup>Bestehend aus Fermenter, Nachgärer und Gärrestlager.

- 31 Allenfalls der Vergütungsanspruch aus dem Abrechnungsjahr 2008 könne aufgrund des gesetzlichen Schuldverhältnisses nach § 7 EEG 2017 bzw. § 5 EEG 2004 als „Anspruch“ der regelmäßigen Verjährung unterliegen oder aufgrund der Einreichung des Gutachtens-1 erst in 2018 verwirkt sein, nicht jedoch die Neuinbetriebnahme an sich. Für den Fall, dass sich aufgrund der Geltung des neuen Inbetriebnahmezeitpunktes eine insgesamt geringere EEG-Vergütung ergäbe, sei der Netzbetreiber an die Verjährungs- bzw. Ausschlussfristen des § 57 Abs. 5 EEG 2017 gebunden.
- 32 Schließlich komme auch keine Präklusion in Frage, da diese zwingend entweder gesetzlich normiert oder zuvor vertraglich vereinbart worden sein müsse. Aktuelle Ansprüche des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber könnten auch nicht verwirkt oder ausgeschlossen sein, da sie auf Basis der eingespeisten Strommengen aus dem laufenden Jahr entstanden seien. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Netzbetreibers, dass jedes Jahr die gleiche Vergütungsstruktur für die Stromeinspeisung des Anlagenbetreibers gelten werde, existiere nicht. Denn das EEG stelle ein Dauerschuldverhältnis dar, bei dem jedes Jahr in Abhängigkeit der jeweils erbrachten Leistung und Gegenleistung die Vergütungsansprüche neu zu ermitteln seien.
- 33 Im Gegenzug entstehe für den Anlagenbetreiber kein Vertrauenstatbestand in Bezug auf die EEG-Vergütung, solange der Netzbetreiber gemäß § 57 Abs. 5 EEG 2017 verpflichtet sei, etwaige Rückforderungen geltend zu machen.
- 34 **Die Schiedsbeklagte** ist der Auffassung, dass eine Berufung auf die Modernisierungsregelung des § 3 Abs. 4 EEG 2004 nicht möglich sei.
- 35 Insbesondere seien Maßnahmen, soweit sie allein der Erweiterung einer bereits bestehenden EEG-Anlage dienten, ohne sie zu erneuern, bei der Ermittlung der 50 %-Schwelle des § 3 Abs. 4 EEG 2004 nicht zu berücksichtigen, auch wenn die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zum EEG 2004 diesbezüglich nicht eindeutig seien. Denn die Gesetzesbegründung könne nicht zu einem Auslegungsergebnis führen, das in klarem Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes stehe. So verstehe der allgemeine Sprachgebrauch unter „Erneuerung“ den Austausch „alt gegen neu“. Auch habe der Gesetzgeber bei der Schaffung von § 3 Abs. 4 EEG 2004 nicht Maßnahmen im Blick gehabt, die nur der Erhaltung oder Optimierung der Funktionsfähigkeit der Anlage für den laufenden Betrieb dienten. Vielmehr sollte ein Anreiz für Investitionen gesetzt werden, die die Anlage auf den aktuellen Stand der Technik bringen. Nur wenn eine ältere Anlage nach Durchführung von Erneuerungsmaßnahmen in wesentlichen Teilen dem Standard entspreche, den eine ganz neue Anlage aufweise, sei eine Vergütung wie für eine Neuanlage gerechtfertigt. Daher könnten insbesondere die vom Schiedskläger angegebenen Kosten



für den Bau eines zusätzlichen BHKW, eines Nachgärers, eines zusätzlichen Gärrestlagers und zusätzlicher Fahrsilos nicht angerechnet werden. Ohne diese Elemente sei die 50 %-Schwelle des § 3 Abs. 4 EEG 2004 indessen nicht erreicht, weshalb die Anlage auch nicht als im Jahr 2008 neu in Betrieb genommen zu werten sei.

- 36 Im Ergebnis seien die vorgetragenen Umbaumaßnahmen nicht als Erneuerung i. S. d. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004, sondern als Optimierung des Anlagenbestands anzusehen, um einen dauerhaft wirtschaftlichen Betrieb der Anlage zu ermöglichen.
- 37 Darüber hinaus seien die geltend gemachten Ansprüche mittlerweile verwirkt. Die Rechtsfolgen aus § 3 Abs. 4 EEG 2004 würden nicht von selbst eintreten; vielmehr müssten Anlagenbetreiber sie im Wege der Ausübung ihres entsprechenden Gestaltungsrechts beim Netzbetreiber geltend machen. Übt ein Anlagenbetreiber dieses Gestaltungsrecht trotz der Mitteilungspflicht gemäß § 14a Abs. 1 und 2 Nr. 1 EEG 2004 einschließlich Nachfolgeregelungen über mehrere Jahre hinweg nicht aus, trete hinsichtlich dieses Gestaltungsrechts Verwirkung ein.
- 38 Die Schiedsbeklagte ist der Ansicht, dass sie bislang noch keine wirtschaftlichen Dispositionen getätigt habe, die eine nachträgliche Geltendmachung der Neuinbetriebnahme einschließlich veränderter Vergütung unzumutbar erscheinen ließen.
- 39 Für den weiteren Sach- und Rechtsvortrag der Parteien wird im Übrigen auf die Verfahrensakte verwiesen.
- 40 Dem Schiedsverfahren liegen folgende Fragen zugrunde:
1. Kann der Schiedskläger gegenüber der Schiedsbeklagten für den Strom aus seiner Biogasanlage in der Gemarkung [...], Flurstück [... 7] ab dem Jahr 2018 erstmals einen Anspruch auf Neuvergütung geltend machen und sich dafür auf eine in den Jahren 2005 bis 2008 vorgenommene „Erneuerung“ gemäß § 3 Abs. 4 EEG 2004 berufen oder ist ein solcher Anspruch verwirkt?
  2. Wurde die Anlage des Schiedsklägers 2008 gemäß § 3 Abs. 4 EEG 2004 erneuert und neu in Betrieb genommen?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

41 Das schiedsrichterliche Verfahren ist gemäß dem zwischen den Parteien und dem Schiedsgericht abgeschlossenen Schiedsvertrag (Schiedsvereinbarung und Schiedsrichtervertrag) durchgeführt worden. Beide Parteien hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

### 2.2 Würdigung

42 Der Schiedskläger hat seine Anlage gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 erneuert und 2008 neu in Betrieb genommen (s. Abschnitt 2.2.1).

43 Das Geltendmachen der Erneuerung und Neuinbetriebnahme ist kein Gestaltungsrecht im zivilrechtlichen Sinne und daher nicht verwirkt (s. Abschnitt 2.2.2).

44 Die Neuinbetriebnahme ist nicht wegen eines Verstoßes gegen Mitteilungspflichten ausgeschlossen (s. Abschnitt 2.2.3).

45 Nachzahlungsansprüche des Schiedsklägers bestehen nicht, da sich die Vergütung durch die Neuinbetriebnahme der Höhe nach verringert hat (s. Abschnitte 2.2.4 und 2.2.5). Es muss daher vorliegend nicht entschieden werden, wann solche Ansprüche verjährt oder verwirkt wären (s. Rn. 88 f.).

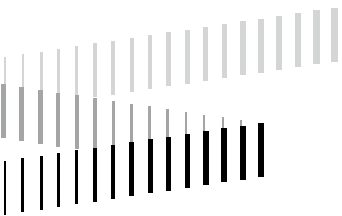
46 Die aus der Neuinbetriebnahme folgenden Rückforderungsansprüche der Schiedsbeklagten für zu viel gezahlte Vergütungen sind für Einspeisungen aus den Jahren ab 2018 noch nicht verjährt.

#### 2.2.1 Erneuerung und Neuinbetriebnahme gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004

47 Der Schiedskläger hat seine Anlage gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 in 2008 erneuert und neu in Betrieb genommen.

48 **Anwendbares Recht** § 3 Abs. 4 EEG 2004 lautet:

„Inbetriebnahme ist die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft oder nach ihrer Erneuerung, so-



fern die Kosten mindestens 50 Prozent der Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen betragen“.

- 49 Diese Regelung galt unter dem EEG 2004, also vom 1. August 2004<sup>12</sup> bis zum 31. Dezember 2008,<sup>13</sup> auch für Bestandsanlagen,<sup>14</sup> und ist für Erneuerungen, die im o. g. Zeitraum erfolgt sind, weiterhin anzuwenden.<sup>15</sup>
- 50 **Erneuerung** Die vom Schiedskläger in den Jahren 2005 bis 2008 vorgenommenen Maßnahmen stellen eine Erneuerung i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 dar.
- 51 **Zusammenhängender Vorgang** Die Maßnahmen waren Teil eines funktional und zeitlich zusammenhängenden Erneuerungsvorgangs, der über Wartungsmaßnahmen oder einen reinen Leistungszubau hinausging.
- 52 Besteht die Erneuerung aus mehreren Maßnahmen, müssen diese und die dafür erforderlichen Investitionen nicht sämtlich zum selben Zeitpunkt vorgenommen werden, allerdings einen abgrenzbaren Vorgang zusammenhängender Maßnahmen bilden, welche zur Erreichung des gemeinsamen Ziels einer bestimmten Veränderung der Anlage geplant und durchgeführt werden. Diese Anforderung ist aus dem Wortlaut von § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 sowie aus dessen Sinn und Zweck abzuleiten.<sup>16</sup>
- 53 Umfang und Abschluss der Maßnahmen der Erneuerung müssen nachvollziehbar sein (s. Rn. 58). Nachvollziehbarkeit erfordert, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber darlegen und ggf. nachweisen, welche Maßnahmen zusammenhängen und mit einem bestimmten Erneuerungsziel durchgeführt wurden.<sup>17</sup>

<sup>12</sup>Inkrafttreten des EEG 2004.

<sup>13</sup>Mit Inkrafttreten des EEG 2009 am 01.01.2009 wurde sie abgeschafft; seitdem galt für alle Anlagen § 3 Nr. 5 EEG 2009.

<sup>14</sup>Anlagen, die vor dem 01.08.2004 in Betrieb genommen wurden. Gemäß § 21 Abs. 1 EEG 2004 galten für diese Anlagen die „bisherigen Vorschriften über die Vergütungssätze [und] die Dauer des Vergütungsanspruches“ des EEG 2000 fort; gemäß BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 54 gehören hierzu nicht „die §§ 1 bis 4 [EEG 2004]“, die „auch auf ältere Anlagen Anwendung finden“. Ergänzung in eckigen Klammern jeweils nicht im Original.

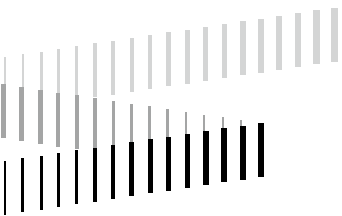
<sup>15</sup>Gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2021 i. V. m. § 100 Abs. 2 Nr. 10 Buchst. a) EEG 2017.

<sup>16</sup>Vgl. zur rechtlichen Herleitung *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, Rn. 48 ff.

<sup>17</sup>Z. B. durch Planungsunterlagen, Kostenpläne, Finanzierungszusagen, Kostenvoranschläge, Angebote oder sonstigen schlüssigen Vortrag zum zeitlichen Ablauf der vorgenommenen Änderungen: Je länger der Zeitraum ist, über den die Maßnahmen hinweg durchgeführt wurden, umso schwieriger wird ggf. darzulegen sein, dass es sich um einen zusammenhängenden Vorgang handelte.

- 54 Eine solche Darlegung ist vorliegend erfolgt. Der Schiedskläger hat schlüssig vorgetragen, mit welchem Ziel und auf welche Weise er ab 2005 eine Erweiterung des Anlagenbetriebs geplant hat, der die konkret vorgenommenen Maßnahmen erforderte, nämlich insbesondere zur Erhöhung der Gaserzeugung durch Errichtung eines Nachgärers sowie zur Steigerung der installierten Leistung zur Stromerzeugung durch Zubau des BHKW-2 einschließlich damit zusammenhängender Maßnahmen.
- 55 Der Zeitpunkt der zu diesen Maßnahmen gehörigen immissionsschutzrechtlichen Änderungs genehmigung im Juni 2007 passt sich in diese Darstellung ein. Die Maßnahmen liegen zeitlich hinreichend nahe beieinander und greifen aus technischer Sicht auch ineinander, da sie der Anlagenoptimierung durch Anpassung der Gaserzeugung von einem sog. zweistufigen auf einen sog. dreistufigen Aufbau (mit Nachgärer) dienen. Es lagen damit nicht nur lose Einzelmaßnahmen vor, sondern ein zusammenhängendes, über drei Jahre andauerndes Vorhaben zur Umgestaltung und technischen Verbesserung der Anlage. Die Vornahme der konkreten Maßnahmen und der Zeitraum des Umbaus werden durch die ausgestellten Rechnungen auch plausibilisiert.
- 56 **Zubau und Austausch** Da die vorgenommenen Umbaumaßnahmen keine bloßen Wartungen darstellten und zudem über die Steigerung der installierten Leistung durch den bloßen Zubau von BHKW hinausgingen, indem sie auch den Austausch von Anlagenbestandteilen umfassten und teils zu einem verbesserten technischen Stand der Anlage führten, muss nicht entschieden werden, ob bereits der bloße Zubau eines weiteren BHKW eine Erneuerung darstellt.
- 57 **Gegenstand der Erneuerung** Gegenstand sowohl der Erneuerung der „Anlage“ als auch der neu hergestellten „gesamten Anlage“ i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 können nur solche Bestandteile sein, die zur Anlage i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 gehören.
- 58 Hierzu zählen daher nicht die bereits vor dem Umbau vorhandenen Fahrhilfen sowie deren Erweiterung bzw. Ausbau als Teil der Umbaumaßnahmen. Denn die „gesamte Anlage“ i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 sowie die „Anlage“ i. S. v. § 3 Abs. 2 Alt. 2 und Abs. 2 EEG 2004 sind begrifflich identisch.<sup>18</sup> Nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 2 EEG 2004 umfasst die „Anlage“ selbständige technische Einrichtungen zur Erzeugung von Strom (Satz 1) sowie damit unmittelbar verbundene, für den Betrieb technisch erforderliche Einrichtungen oder bauliche Anlagen (Satz 2). Als „Betrieb“

<sup>18</sup> Clearingstelle, Empfehlung v. 11.06.2011–2008/19, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eegekwwg.de/empfv/2008/19>, Rn. 100 ff.



i. S. dieser Vorschrift kann nur der Betrieb zur Stromerzeugung gemeint sein. Für die Stromerzeugung unerheblich sind dagegen nicht abgedeckte Gärrestlager, in denen keine Gaserfassung zur Verstromung stattfindet,<sup>19</sup> oder Fahrsilos, die als Substratlager lediglich der Bevorratung des Einsatzstoffes vor Ort dienen.<sup>20</sup>

- 59 **Neuinbetriebnahme bzw. Inbetriebsetzung nach der Erneuerung** Die Biogasanlage des Schiedsklägers wurde im Jahr 2008 neu in Betrieb genommen.
- 60 Als „Inbetriebsetzung nach der Erneuerung“ ist der Zeitpunkt der erstmaligen Stromerzeugung nach Abschluss der Erneuerung anzusehen, wobei ein tatsächliches Außer- und Wiederinbetriebsetzen für die Neuinbetriebnahme gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 indessen nicht zwingend erforderlich ist.<sup>21</sup>
- 61 Der Schiedskläger hat schlüssig vorgetragen, dass bis 2008 mehrere Umbaumaßnahmen vorgenommen wurden. Die letzte Maßnahme im Rahmen der Erneuerung fand laut Vortrag des Schiedsklägers mit der gastechnischen Anbindung des zweiten Gärrestlagers „Anfang 2008“ statt. Diesen Vortrag hat der Schiedskläger auf die im Gutachten-2 unter der letzten Position (Nr. 236) in der Tabelle 2 „Kosten der Erneuerung“ aufgeführten Rechnung der [...] GmbH vom 20. Februar 2008 gestützt.
- 62 Der Schiedskläger hat damit nach Auffassung des Schiedsgerichts nicht substantiiert dargelegt, dass die Erneuerungsmaßnahmen tatsächlich am 20. Februar 2008 abgeschlossen wurden. Dem Schiedsgericht liegen weder die Rechnung noch sonstige Angaben dazu vor, ob es sich bei diesem Datum um den Abschluss des Rechnungs- oder Leistungszeitraums handelt. Dies ergibt sich auch nicht aus den Gutachten oder der Gewerkskategorie, der diese Rechnung zugeordnet wird. In Frage kommt daher auch, zu Lasten des Schiedsklägers<sup>22</sup> den 1. Februar 2008 als Datum der Neuinbetriebsetzung anzusehen.<sup>23</sup>
- 63 Vorliegend kann jedoch dahinstehen, an welchem konkreten Tag die Neuinbetriebnahme stattgefunden hat. Für die Bestimmung der Vergütungsdauer und -höhe ist dies un-

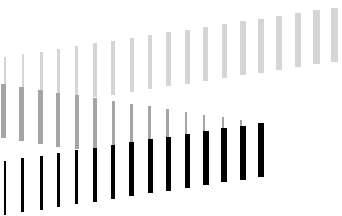
<sup>19</sup>Ebenso zu § 3 Nr.1 EEG 2009 *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 42.

<sup>20</sup>Ebenso zu § 3 Nr.1 EEG 2009 *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 38.

<sup>21</sup>Vgl. hierzu *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, Rn. 64 f.

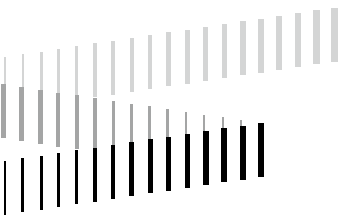
<sup>22</sup>Vgl. zu einer ähnlichen Frage *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, Rn. 83 f.

<sup>23</sup>Dies wäre insoweit zu Lasten des Schiedsklägers, als damit der Zeitraum bis zum 1. Februar 2008 erstreckt würde, in dem die an den Schiedskläger von der Schiedsbeklagten gezahlte Vergütung höher ausfiel, als der Zahlungsanspruch des Schiedsklägers infolge Neuinbetriebnahme tatsächlich war (vgl. dazu Rn. 83), so dass die Schiedsbeklagte grundsätzlich auch ab diesem Zeitpunkt Rückforderungsansprüche haben könnte.



erheblich, weil sich jene ebenso wie der zwanzigjährige Förderzeitraum anhand des Kalenderjahres der (Neu-)Inbetriebnahme bestimmen.

- 64 Insbesondere ist vorliegend die Anpassung der Vergütung für Zeiträume vor 2018 nicht streitgegenständlich, so dass für das Jahr 2008 auch nicht zu prüfen ist, ab welchem konkreten Zeitpunkt im Jahr 2008 Nachzahlungs- oder Rückzahlungsansprüche der Parteien bestanden (s. dazu die Abschnitte 2.2.5 und 2.2.6).
- 65 Dass die Anlage nach Abschluss der Umbauarbeiten technisch betriebsbereit war und unmittelbar fortbetrieben wurde, haben die Parteien weder in tatsächlicher Hinsicht bestritten noch besteht hier Anlass, dies aus rechtlicher Sicht zu bezweifeln.
- 66 **Erneuerung kurz nach Erstinbetriebnahme** Dass die Erneuerung vorliegend bereits unmittelbar im Folgejahr (2005) nach der Erstinbetriebnahme (2004) geplant und begonnen wurde, ist unschädlich.
- 67 Weder Wortlaut noch Regelungszweck von § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 verbieten, dass eine Erneuerung bereits kurz nach der Erstinbetriebnahme durchgeführt werden kann, sofern die Voraussetzungen einer Erneuerung erfüllt sind. Dagegen kann eine Erneuerung nicht stattfinden, solange die Ursprungsanlage noch nicht fertiggestellt und in Betrieb genommen wurde. Die Erstinbetriebnahme ist mithin von der Erneuerung abzugrenzen.
- 68 Vorliegend haben die Umbaumaßnahmen nicht vor der Erstinbetriebnahme begonnen. Denn die erstmals im Dezember 2004 in Betrieb genommene Anlage war zu diesem Zeitpunkt mit der Errichtung und Inbetriebsetzung des BHKW-1 an den zwei Fermentern technisch betriebsbereit und in der Lage, langfristig Strom zu erzeugen, auch wenn im Anschluss an die Inbetriebnahme am Fermenter-2 noch der Einbau von Rührwerk und Pumpe erfolgten, da der Fermenter-1 vollständig errichtet und damit die Gaserzeugung für den Betrieb des BHKW-1 auskömmlich war. Für die Inbetriebnahme i. S. d. EEG ist es nicht erforderlich, dass zu diesem Zeitpunkt eine (mit den bis dahin vorhandenen Komponenten) *optimal errichtete* Anlage vorliegt.
- 69 Dahinstehen kann daher, ob die Anlage bei Erstinbetriebsetzung mit einem BHKW und zwei (geplanten) Fermentern hinsichtlich der installierten elektrischen Leistung ineffizient ausgelegt war. Ebenso kann dahinstehen, ob der Schiedskläger die Anlage von Anfang an im endgültigen Umfang geplant hat und diese aus wirtschaftlichen Gründen zunächst in einem geringeren Umfang realisiert hat. Die Regelungen in § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 schließen dies nicht aus, wenn die Anlage nach der Erstinbetrieb-



nahme in ihrem ursprünglichen Umfang tatsächlich erneuert und die erforderliche Kostenschwelle überschritten wird.

- 70 **Kosten** Die Kosten der Erneuerung der Anlage haben vorliegend mindestens 50 %, nämlich ausweislich des Gutachtens-2 54 % der Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage betragen.
- 71 Das Gutachten-2 stellt auch einen schlüssigen, in sich widerspruchsfreien und nachvollziehbaren Vortrag des Schiedsklägers dar. Für die Zwecke des Kostenvergleichs wurden sowohl die Kosten der Erneuerung als auch der Neuherstellung der gesamten Anlage auf den selben Zeitpunkt, nämlich den des Abschlusses der Erneuerung – wie aufgrund des Regelungszweckes geboten<sup>24</sup> – hochgerechnet.
- 72 Zwar ist für das Schiedsgericht nicht abschließend bis ins letzte Detail überprüfbar, welche einzelnen Rechnungen insbesondere aus dem Jahr 2005 der Errichtung der Ursprungsanlage bzw. den vom Schiedskläger so bezeichneten „Restarbeiten“ zuzuordnen sind und welche Rechnungen bereits die Investitionen für die Erneuerung der Anlage abbilden. Der Schiedskläger hat dieses Rechnungskonvolut dem Schiedsgericht nicht vorgelegt. Diese Rechnungen wurden in den beiden Gutachten lediglich inhaltlich durch Benennung des Rechnungsgegenstandes und der zugrundeliegenden Leistungen zu den verschiedenen Anlagenteilen oder Baumaßnahmen zugeordnet.
- 73 Indessen hat das Schiedsgericht bei einer entsprechenden Gesamtschau der Umstände keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass die mit der Erstellung der beiden Gutachten beauftragte Gutachtergemeinschaft im Rahmen der Erstellung des Gutachten-2 sorgfältig, pflichtgemäß und fachkundig gehandelt und mithin den im Gutachten-2 festgestellten Prozentsatz richtig ermittelt hat. Insbesondere hat der Gutachter dargelegt, welche Rechnungspositionen nicht in die Prozentwertermittlung einbezogen wurden.<sup>25</sup> Ferner wurde bei der Begutachtung im Falle einer erforderlichen Klärung der richtigen Zuordnung von Rechnungen der Schiedskläger befragt und im Übrigen die Zuordnung auf plausibel beschriebene Weise durch den Gutachter vorgenommen. Auch die Schiedsbeklagte hat den Inhalt des Gutachtens-2 sowie dessen Zustandekommen nicht bemängelt.

<sup>24</sup>Vgl. *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, Rn. 69 ff. Im Ergebnis ebenso *Oschmann*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 63; *Reshöft*, *EEG Kommentar*, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 20; *Salje*, *EEG Kommentar*, 4. Aufl. 2007, § 3, Rn. 148; *Loibl*, *Der Vergütungsanspruch von Biomasseanlagen nach dem EEG, 2007*, S. 55.

<sup>25</sup>So wurden u. a. angabegemäß all jene Rechnungen bei der Begutachtung ausgeklammert, welche sich auf Komponenten oder Gewerke bezogen, die nicht der Anlage i. S. d. § 4 Abs. 2 EEG 2004 zuzuordnen sind.

74 Darüber hinaus hat der Schiedskläger schlüssig erläutert, dass die Überlappung von Rechnungen aus der noch nicht vollständig abgeschlossenen Errichtungsphase der Ursprungsanlage im Jahre 2005 mit Rechnungen aus der bereits zu dieser Zeit ebenfalls begonnenen Erneuerungsphase der Anlage entweder dadurch zustande gekommen sein könnte, dass sich die Rechnungslegung für Maßnahmen, die der Stufe der Anlagenerrichtung und der damit verbundenen Restarbeiten zugehörig sind, verzögert hatte, oder dass bestimmte Maßnahmen, die dieser ersten Stufe zuzuordnen sind, tatsächlich noch nicht abgeschlossen waren, als bereits die zweite Stufe der Erneuerung geplant und umgesetzt wurde. Diese von der Schiedsbeklagten nicht beanstandete Schilderung entspricht zudem durchaus der allgemeinen Lebenserfahrung bei der Umsetzung von komplexeren Bauvorhaben, die häufig mit Verzögerungen, Überlappungen und Umdisponierungen verbunden sind, so dass das Schiedsgericht keinen Anlass hat, die Richtigkeit der Ausführungen des Schiedsklägers in Zweifel zu ziehen.

### 2.2.2 Keine Verwirkung eines Gestaltungsrechts

75 Das Geltendmachen der Erneuerung und Neuinbetriebnahme gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 ist kein Gestaltungsrecht im zivilrechtlichen Sinn. Sie treten vielmehr von Rechts wegen (*ipso iure*) ein, wie sich aus dem Wortlaut<sup>26</sup> sowie der Gesetzesbegründung<sup>27</sup> und -systematik einschließlich dem Regelungszweck ergibt. Daher unterliegt die Erneuerung selbst auch nicht der Verwirkung gemäß § 242 BGB<sup>28</sup>. Verwirken können allenfalls die aus der Neuinbetriebnahme resultierenden Ansprüche.<sup>29</sup>

### 2.2.3 Mitteilungspflichten

76 Die Neuinbetriebnahme ist nicht wegen eines Verstoßes gegen etwaige Mitteilungspflichten des EEG ausgeschlossen.

77 Zu den Daten, die gemäß § 14a EEG 2004, § 46 EEG 2009/EEG 2012, § 71 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021 dem zuständigen Netzbetreiber jeweils zum 28. Februar des auf die Einspeisung folgenden Jahres mitzuteilen sind, gehören neben Daten

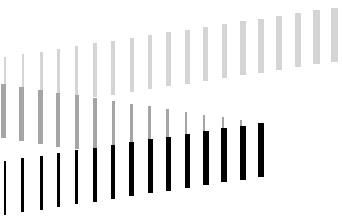
<sup>26</sup>§ 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 lautet: „Inbetriebnahme *ist* die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage... nach ihrer Erneuerung...“ Hervorhebung nicht im Original.

<sup>27</sup>Vgl. BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 30.

<sup>28</sup>Bürgerliches Gesetzbuch i.d. Fassung der Bekanntmachung v. 02.02.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 21.12.2021 (BGBl. I S. 5252).

<sup>29</sup>Vgl. zur rechtlichen Herleitung *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, Leitsätze 2 und 3 sowie Abschnitte 2.2.2., 2.2.5 und 2.2.6.



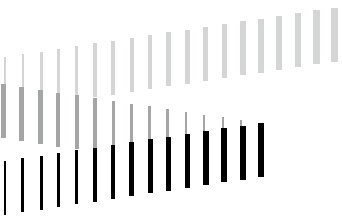


- i. e. S. auch die tatsächlichen Umstände, die für die Bestimmung der anwendbaren Vergütung erforderlich sind<sup>30</sup> – also auch die tatsächlichen Vorgänge, die die Erneuerung und Neuinbetriebnahme einer Anlage begründen können.
- 78 In den Jahren bis 2018 hat der Schiedskläger der Schiedsbeklagten, soweit sich dies aus dem Parteivortrag schließen lässt, lediglich im Jahr 2006 die Erhöhung der installierten Leistung durch Zubau des BHKW-2 mitgeteilt. Erstmals mit Schreiben vom 5. November 2018, eingegangen am 7. November 2018, hat er der Schiedsbeklagten mitgeteilt, dass und welche konkreten Umbaumaßnahmen er vorgenommen hat und dass er die Erneuerung und Neuinbetriebnahme sowie die Umstellung der Vergütungssätze zum [...] Januar 2019 geltend macht.
- 79 Zwar hat der Schiedskläger damit die für die Bewertung der Erneuerung und Neuinbetriebnahme erforderlichen Daten und Tatsachen allesamt nicht zum 28. Februar 2009, sondern erst am 7. November 2018, mithin über neun Jahre später mitgeteilt und damit die Mitteilungsfristen für eine entsprechende Abrechnung der Jahre 2008 bis 2017 versäumt. Dies führt jedoch nicht zu einem Ausschluss der Neuinbetriebnahme oder grundsätzlich aller daraus folgenden Vergütungsansprüche.
- 80 Die Mitteilungspflichten der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gemäß § 14a EEG 2004 bzw. § 46 EEG 2009/EEG 2012 und § 71 EEG 2014/EEG 2017/ EEG 2021 dienen dazu, dass die Netzbetreiber die Informationen erhalten, die erforderlich sind, um die zu leistenden Vergütungs- bzw. Förderzahlungen bestimmen und prüfen zu können.<sup>31</sup>
- 81 Versäumen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die Mitteilungsfristen und kann der Netzbetreiber mangels fristgerechter Information die Vergütung für das Vorjahr nicht korrekt endabrechnen, hat dies zur Folge, dass eine rückwirkende Änderung der Endabrechnung für die betreffenden Zeiträume den Anforderungen des § 38 EEG 2009/EEG 2012 bzw. § 62 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021 entsprechen muss, also Anlagenbetreiberinnen und -betreiber eine nachträgliche Korrektur ggf. nur bei Schaffung einer der dort genannten Titel erreichen können. Zu den Titeln, die Grundlage einer nachträglichen Korrektur sein können, gehört u. a. der vorliegende Schiedsspruch.<sup>32</sup>

<sup>30</sup>So zu § 14a Abs. 2 Nr. 1 und 2 EEG 2004 bereits BT-Drs. 16/2455, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 10.

<sup>31</sup>Vgl. zur rechtlichen Herleitung *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2020/62-IV>, Abschnitt 2.2.3.3.

<sup>32</sup>Gemäß § 38 EEG 2009; § 38 Nr. 4 EEG 2012; § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021.



82 Ob und für welche Zeiträume im jeweiligen Einzelfall eine Änderung der Endabrechnung vorgenommen werden kann, also für welche Zeiträume Nachzahlungs- oder Rückforderungsansprüche ggf. verjährt oder verwirkt sind, richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts sowie nach den spezialgesetzlichen Voraussetzungen des § 35 Abs. 5 EEG 2012/§ 57 Abs. 5 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021 (s. hierzu die Abschnitte 2.2.5 und 2.2.6).

#### 2.2.4 Änderung der Vergütungshöhe

83 Die EEG-Vergütung für den in der Biogasanlage erzeugten Strom ist für das Jahr 2008 ebenso wie für den Zeitraum ab 2009 bei einer Neuinbetriebnahme in 2008 niedriger als die Vergütung auf Grundlage eines Inbetriebnahmedatums aus 2004.

84 Dies ergibt sich daraus, dass sich bei einer im Jahr 2008 erfolgten Neuinbetriebnahme die Grundvergütung des EEG 2004 gegenüber einem Inbetriebnahmedatum aus 2004 degressiv abgesenkt hat. Die Boni des EEG 2004 unterliegen hingegen keiner Degression (§ 8 Abs. 5 EEG 2004).

85 Ab Inkrafttreten des EEG 2009 waren sowohl bei einem Inbetriebnahmedatum aus 2004 als auch aus 2008 in der ersten Vergütungsschwelle bis 150 kW die Grundvergütung des EEG 2009 sowie der NawaRo- bzw. Gülle-Bonus des EEG 2009 jeweils mit den Vergütungssätzen aus dem Jahr 2009 anzulegen. Das neue Inbetriebnahmedatum aus 2008 hat sich mithin auf diese Vergütungsbestandteile sowie auf die fortzuzahlenden Boni des EEG 2004 nicht ausgewirkt, sondern nur auf die unterschiedlich hohen Grundvergütungssätze des EEG 2004 in der zweiten und dritten Leistungsschwelle.<sup>33</sup>

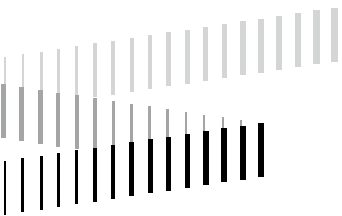
86 Dies gilt sowohl, wenn ein sog. gespaltener Vergütungssatz<sup>34</sup> (2005 für BHKW-1 und 2006 für BHKW-2) angelegt wurde als auch, wenn ein einheitlicher Vergütungssatz (2005 für beide BHKW) angelegt wurde.

#### 2.2.5 Keine Nachzahlungsansprüche des Schiedsklägers

87 Nachzahlungsansprüche des Schiedsklägers bestehen vorliegend nicht, da die von der Schiedsbeklagten seit der Neuinbetriebnahme im Februar 2008 ausgezahlten Vergütungen zu hoch waren. Insbesondere sind die seit Februar 2008 geleisteten Zahlungen nicht

<sup>33</sup>Vgl. hierzu die Tabelle 1 in *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>

<sup>34</sup>Vgl. hierzu *Clearingstelle*, Stellungnahme v. 08.12.2021 – 2020/72-IV/Stn, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/stellungnv/2020/72-IV>.



in voller Höhe zurückzufordern und stattdessen die seit der Neuinbetriebnahme mit einem neuen Vergütungssatz entstandenen Ansprüche rückwirkend auszusahlen.<sup>35</sup>

- 88 Da keine Nachzahlungsansprüche des Schiedsklägers bestehen, ist vorliegend auch nicht zu entscheiden, für welche Zeiträume diese Ansprüche verjährt wären.
- 89 Mangels Nachzahlungsansprüchen ist daher auch nicht zu entscheiden, wann diese ggf. verwirkt wären, so dass es offenbleiben kann, ob die Voraussetzungen der Verwirkung, insbesondere das Umstandsmoment, zu bejahen wären.<sup>36</sup>

### 2.2.6 Rückforderungsansprüche der Schiedsbeklagten

- 90 Aufgrund der Neuinbetriebnahme im Jahr 2008 sind jedoch Rückforderungsansprüche der Schiedsbeklagten in Höhe der Differenz zwischen der gezahlten und der gesetzlich geschuldeten, geringeren Vergütung entstanden. Verfahrensgegenständlich ist lediglich die Vergütungsanpassung ab 2018. Rückforderungsansprüche der Schiedsbeklagten für die Zeiträume ab 2018 sind noch nicht verjährt.
- 91 Die Verjährung von Rückforderungsansprüchen der Schiedsbeklagten<sup>37</sup> richtet sich nach § 57 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2014<sup>38</sup>. Gemäß dieser Vorschrift endet sie mit Ablauf des 31. Dezember des zweiten auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres.
- 92 Die Verjährungsfrist für Rückforderungsansprüche für das Jahr 2018 wäre daher regulär zum 31. Dezember 2020 abgelaufen. Sie ist jedoch spätestens seit dem 18. März 2019<sup>39</sup> gemäß §§ 209, 204 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b), Abs. 2 BGB i. V. m. § 14 Abs. 1 Verfo durch Rechtsverfolgung im Wege dieses Schiedsverfahrens gehemmt.<sup>40</sup> Diese Verjährungs-

<sup>35</sup>Vgl. zur rechtlichen Herleitung *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, Rn. 147.

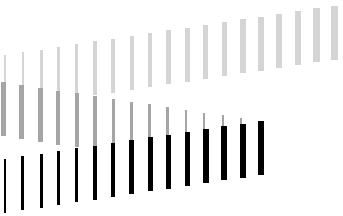
<sup>36</sup>Vgl. zu den Voraussetzungen der Verwirkung *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, Rn. 155 ff.

<sup>37</sup>Zur Anspruchsgrundlage s. *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, Rn. 174.

<sup>38</sup>Galt gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2014 seit dem 01.08.2014 auch für Anlagen, die vor diesem Datum in Betrieb genommen wurden; dies gilt gemäß dem Wortlaut von § 100 Abs. 2 EEG 2017 und § 100 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021 fort. Dahinstehen kann, ob je nach Auslegung von § 100 Abs. 1 und 2 EEG 2017/EEG 2021 seit 2017 bzw. 2021 stattdessen die entsprechenden Vorschriften des EEG 2017 bzw. EEG 2021 gelten, da diese inhaltsgleich sind.

<sup>39</sup>Als Datum des vom Schiedskläger eingereichten Antrags auf Durchführung eines Schiedsverfahrens.

<sup>40</sup>Die Regelungen zur Verjährungshemmung sind auch auf diese zweijährige kenntnisunabhängige Verjährung anzuwenden; vgl. *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, Rn. 180 m.w.N.



hemmung endet<sup>41</sup> sechs Monate nach der Beendigung dieses Verfahrens durch den Schiedsspruch.

- 93 Entsprechend sind auch Rückforderungsansprüche für die Zeiträume ab 2019 noch nicht verjährt.

Dr. Mutlak

Richter

Teichmann

---

<sup>41</sup>Der Zeitraum vom 18.03.2019 bis zu jenem Datum wird (taggenau) nicht eingerechnet (§ 209 BGB).