

Bericht aus der Clearingstelle EEG

Dr. Nicole Pippke / Dr. Martin Winkler, Berlin*

I. Einleitung

Die Clearingstelle EEG hat im Berichtszeitraum zwei Voten zu PV-Freiflächenvorhaben (dazu unter II.) sowie ihre Empfehlung zum Anlagenbegriff (dazu unter III.) veröffentlicht.

II. Entscheidungen zu PV-Freiflächenvorhaben

In dem Votumsverfahren 2013/62¹ kam es für den zwischen den Parteien streitigen Vergütungsanspruch nach § 32 EEG 2009² maßgeblich darauf an, ob die Fläche, auf der die aufgeständerten PV-Module installiert worden waren, eine vorrangig zu anderen Zwecken errichtete bauliche Anlage darstellte. Es handelte sich bei der Vorhabensfläche um das ehemalige Betriebsgelände eines Holzverarbeitungsbetriebes, dessen Produktion im Jahr 1990 stillgelegt worden war und das seitdem brach lag. Auf der Fläche befanden sich bei Errichtung der PV-Module noch Betriebsstraßen und unterirdische Fundamente. Ein im Rahmen des Votumsverfahrens eingeholtes Gutachten zur bodenkundlichen Beschaffenheit der Fläche ergab, dass außerdem auf der gesamten Fläche Auffüllungen mit einer Mächtigkeit von durchschnittlich 0,6 m vorhanden waren. Diese Auffüllungen bestanden im Wesentlichen aus Schlacke und Sand sowie zum Teil aus Bauschutt und waren verdichtet eingebracht worden. Aufgrund dieser Auffüllungen ging die Clearingstelle EEG im Ergebnis von einer baulichen Anlage aus. Sie legte dabei die Rechtsprechung des BGH zum Begriff der baulichen Anlage zugrunde, wonach darunter „jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen und Baustoffen hergestellte Anlage zu verstehen“³ ist, wobei auch Aufschüttungen und Abgrabungen, Lagerplätze, Abstellplätze und Ausstellungsplätze bauliche Anlagen sein sollen.⁴ Da die Auffüllungen im konkreten Fall aus der Zeit der Vornutzung der Fläche durch den Holzverarbeitungsbetrieb stammten, war außerdem die Voraussetzung erfüllt, dass die bauliche Anlage vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden sein muss. Schließlich waren die Module auch an bzw. auf der baulichen Anlage angebracht, wie es § 32 Abs. 2, Alt. 1 EEG 2009 weiter verlangte. Denn sie wurden über die im Boden verankerten Fundamente mit den Auffüllungen verbunden. Dem stand nicht entgegen, dass die Auffüllungsschicht teilweise mit bis zu 10 cm Mutterboden bedeckt war. Denn diese Schicht Mutterboden spielte für die bauliche Konstruktion und insbesondere die Statik der Konstruktionen eine – wenn überhaupt – nur untergeordnete Rolle, während die Konstruktionen ihren wesentlichen Halt durch die Verankerung in der Auffüllung fanden. Das genügt für die Annahme einer „Anbringung“, denn die Module müssen

nicht „ausschließlich“ an der baulichen Anlage angebracht sein, wie es etwa für die Gebäudevergütung erforderlich ist.⁵

In dem Votumsverfahren 2014/2⁶ war zu klären, ob für den Strom, der in einer auf einem Baggersee schwimmenden PV-Installation erzeugt wird, ein Anspruch auf die für Konversionsflächen erhöhte Vergütung nach § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012⁷ in Verbindung mit § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.)⁸ besteht. Die Clearingstelle EEG entschied, dass der Anspruch im konkreten Fall besteht, weil die Voraussetzungen des § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 erfüllt waren, es sich bei der Vorhabensfläche insbesondere um eine Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung⁹ handelte. Die wirtschaftliche Vornutzung bestand in dem jahrzehntelangen Abbau von Kies und Sand, aus dem der Baggersee entstanden war. Weiterhin war infolge des Abbaubetriebes eine schwerwiegende Beeinträchtigung des ökologischen Wertes der Fläche eingetreten. Denn es war durch den weiträumigen und langjährigen Abbau von Kies im Wege der Nassauskiesung eine erhebliche Veränderung des Bodens eingetreten, die die natürlichen Bodenfunktionen der ursprünglich landwirtschaftlich genutzten Fläche schwerwiegend beeinträchtigt hatte. Diese Beeinträchtigung wirkte im konkreten Fall auch noch fort, denn der Kiesabbau wird an dem Baggersee fortgeführt, so dass sich die Vorhabensfläche innerhalb eines noch in Betrieb befindlichen, aktiven Kiesabbaugebietes be-

* Dr. Nicole Pippke und Dr. Martin Winkler sind Mitglieder der Clearingstelle EEG in Berlin. Die Clearingstelle EEG ist die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie errichtete neutrale Einrichtung zur Klärung von Streitigkeiten und Anwendungsfragen des EEG.

1 Clearingstelle EEG, Votum vom 13.2.2014 – 2013/62, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg.de/votv/2013/62.

2 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 25.10.2008 (BGBl. 2008, I, 2074 ff.), zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes vom 22.12.2009 (BGBl. 2009 I, 3950 ff.), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009.

3 BGH, Urt. v. 9.2.2011 – VIII ZR 35/10, REE 2011, 78.

4 BGH, Urt. v. 17.7.2013 – VIII ZR 308/12, REE 2013, 242.

5 Vgl. BGH, Urt. v. 9.2.2011 – VIII ZR 35/10, REE 2011, 78 [83].

6 Clearingstelle EEG, Votum vom 15.4.2014 – 2014/2, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg.de/votv/2014/2.

7 „Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG)“ vom 25.10.2008 (BGBl. 2008, I, 2074 ff.), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 20.12.2012 (BGBl. 2012 I, 2730 ff.), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012.

8 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 25.10.2008 (BGBl. 2008, I, 2074 ff.), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.8.2012 (BGBl. 2012 I, 1754 ff.).

9 Ausführlich zum Begriff der Konversionsfläche Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 1.7.2010 – 2010/2, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2.

findet, in dem noch keine Renaturierung erfolgt ist. Es ist nur dann nicht mehr von einer Konversionsfläche auszugehen, wenn zwar zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt eine ökologische Beeinträchtigung eingetreten ist, diese aber im maßgeblichen Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses für den zugrundeliegenden Bebauungsplan nicht mehr vorhanden ist.¹⁰ Diese Voraussetzungen lagen hier – mangels Renaturierung der Fläche – nicht vor. Schließlich ging die Clearingstelle EEG auch davon aus, dass die PV-Anlage sich „auf“ der Konversionsfläche „befindet“. Dass die Installation nicht unmittelbar auf dem Boden installiert wurde, sondern nur mittels auf dem Seegrund aufliegenden Gewichtsfundamenten mit diesem verbunden ist und im Übrigen auf der Wasseroberfläche schwimmt, steht dem nicht entgegen.

III. Empfehlung zum Austausch, Versetzen und Zubau von Anlagen und Anlagenteilen

Das Empfehlungsverfahren, das sich mit Rechtsfragen rund um den Austausch, das Versetzen und den Zubau von Anlagen und Anlagenteilen (ausgenommen PV und Wasserkraft) im EEG 2009 und EEG 2012 beschäftigt, ist am 2.7.2014 abgeschlossen worden.

Anlass für die Einleitung des Verfahrens waren vielfältige rechtliche Probleme, die sich stellen, wenn Anlagen in verschiedenster Art und Weise verändert werden: Anlagen oder Anlagenteile werden versetzt oder ausgetauscht oder ausgetauscht und zugleich versetzt, beim Versetzen werden häufig neue oder gebrauchte Komponenten einer bestehenden oder einer neu zu errichtenden Anlageninstallation hinzugefügt, dabei werden teilweise die Leistungen der Anlagen erhöht oder gesenkt oder sonstige Änderungen vorgenommen. In allen diesen Fällen stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies auf die Bestimmung des Inbetriebnahmezeitpunktes und die Einspeisevergütung hat.

Das Empfehlungsverfahren wurde zunächst unter der Prämisse eingeleitet, die seinerzeit noch hoch umstrittene und ungeklärte Frage des Anlagenbegriffes¹¹ offen zu lassen, da mit einer Klärung durch den BGH im Laufe des Jahres 2014 gerechnet wurde. Kurz vor der für November 2013 geplanten Veröffentlichung der bereits beschlussreifen Empfehlung fällt der BGH jedoch bereits am 23.10.2013 sein Urteil zum Anlagenbegriff.¹² Die Empfehlung musste daraufhin im Lichte der BGH-Entscheidung grundlegend überarbeitet werden.

Die Clearingstelle EEG legt ihrer Empfehlung den sog. „weiten“ Anlagenbegriff im Sinne des BGH zugrunde. Danach umfasst die Anlage die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden, technisch und baulich für die Stromerzeugung notwendigen Einrichtungen. Insbesondere sind mehrere Blockheizkraftwerke (BHKW), die in (unmittelbarer) räumlicher Nähe zueinander errichtet und an einen (oder mehrere) gemeinsam genutzte(n) Fermenter angeschlossen sind, Bestandteile einer Anlage. Die abweichende Auffassung, die von der Clearingstelle

EEG mehrheitlich in der Empfehlung 2009/12 vertreten worden war, ist damit obsolet. Darüber hinaus ergibt sich aus der Rechtsprechung des BGH, dass bei einer Anlagenkonzeption mit einem Fermenter als Energieträgereinrichtung erst ab dem Zeitpunkt eine Anlage vorliegt, ab dem das BHKW an den Fermenter angeschlossen worden ist. Denn aus dem Urteil des BGH ergibt sich, dass es ohne Fermenter keine („Vor-Ort“-) Biogasanlage gibt, welche folglich auch nicht in Betrieb genommen werden kann. Dies ist bedeutsam bei der Umstellung von Erdgas auf Biogas, weil in diesem Fall die Anlage erst mit dem Anschluss an den Fermenter in Betrieb genommen werden kann. Anders liegt es hingegen, wenn auch ohne Fermenter eine Anlage im Sinne des EEG vorliegt, wie beispielsweise bei Biomethananlagen oder Pflanzenöl-BHKW. Bei diesen ist die Anlageneigenschaft nicht an die Verbindung mit einem Fermenter gekoppelt, so dass gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009/2012 eine Inbetriebnahme auch schon vor der Umstellung auf den regenerativen Betrieb erfolgen kann.¹³

Das Versetzen von Anlagen oder Anlagenteilen – und dessen Folge für die Inbetriebnahme – ist im EEG nicht geregelt. Die Clearingstelle EEG kommt zu dem Ergebnis, dass nur das Versetzen einer *vollständigen* Anlage zu einer „Mitnahme“ der Inbetriebnahme führt. Denn weder der Anlagenbegriff noch die Inbetriebnahmedefinition sind standortgebunden, d. h. das Versetzen einer Anlage führt weder zu ihrem „Untergang“ im Rechtssinne noch zu ihrer „Außerbetriebsetzung“. Dabei ist die Frage, ob es sich um eine „vollständige“ Anlage handelt, wegen der Standortgebundenheit des Anlagenbegriffes nicht nur aus der Perspektive des ursprünglichen Standortes zu beantworten. Vielmehr liegt eine vollständig versetzte Anlage auch dann vor, wenn zwar am alten Standort Teile zurückblieben, am neuen Standort aber durch den Versetzungsvorgang eine vollständige Anlage entsteht. Wird beispielsweise aus einer Fermenter-BHKW-Installation („Vor-Ort“-Anlage) ein BHKW herausgelöst und an einem neuen Standort als Biomethan-BHKW weiterbetrieben, so kann es die Inbetriebnahme vom alten Standort grundsätzlich mitnehmen. Dies gilt jedoch in drei Fällen nicht: Erstens, wenn das BHKW am alten Standort ersetzt wird, weil dann § 21 Abs. 3 EEG 2009 bzw. § 3 Nr. 5 EEG 2012 (die sog. „Austauschregelung“) greift, wonach der Austausch von Anlagenteilen nicht zu einer neuen Inbetriebnahme führt. Wenn aber am alten Standort die Inbetriebnahme bestehen bleibt, dann kann sie nicht zugleich mit dem ausgetauschten BHKW an den neuen Standort „wandern“, weil dem EEG eine solche „Vermehrung“ von Inbetriebnahmezeit-

10 Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 1.7.2010 – 2010/2, Rdnr. 77, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2.

11 Zur Diskussion vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 1.7.2010 – 2009/12, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2009/12.

12 BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, REE 2013, 226.

13 Vgl. Clearingstelle EEG, Votum vom 13.4.2010 – 2009/26, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg.de/votv/2009/26.

punkten fremd ist. Zweitens nimmt das BHKW „seinen“ Inbetriebnahmezeitpunkt auch dann nicht mit an den neuen Standort, wenn es dort erst durch die Verbindung mit einem Fermenter zu einer Anlage wird (siehe oben). Drittens schließlich kommt es auch dann nicht zu einer Mitnahme der Inbetriebnahme, wenn das BHKW nach dem Versetzen eine bereits in Betrieb genommene Anlage erweitert, weil das versetzte BHKW dann den Inbetriebnahmezeitpunkt der bestehenden Anlage teilt.

Werden lediglich Anlagenbestandteile versetzt, die unter keinen Umständen die für eine Anlage notwendigen Eigenschaften aufweisen (z. B. der Motor, das Getriebe oder der Generator), so führen diese mangels Anlageneigenschaft kein Inbetriebnahmedatum mit sich. Auch werden bestehende Anlagen nicht durch den Einbau von solchen Bestandteilen mit anderen Inbetriebnahmezeitpunkten „infiziert“.

Beim Zubau eines BHKW zu einer bestehenden Anlage sind die Vergütungsvoraussetzungen für den Strom der gesamten Anlage nach der EEG-Fassung zu bestimmen, die zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der erweiterten Anlage galten. Wird also im Jahr 2014 eine 2009 in Betrieb genommene Anlage um ein BHKW erweitert, welches andernorts bereits seit 2006 betrieben worden ist, so gilt das EEG 2009 auch für den Strom, der in dem zugebauten „älteren“ BHKW erzeugt wird. Für die Vergütungshöhe ist jedoch zu beachten, dass nach dem Urteil des BGH ein degressiv abgesenkter Vergütungssatz gilt. Die Empfehlung enthält diesbezüglich einen Rat zur Praxis, wie die Vergütung berechnet werden kann.¹⁴

Ein weiterer Schwerpunkt der Empfehlung ist die nähere Bestimmung des sog. „Satelliten-BHKW“. Satelliten-BHKW gelten zwar weithin als anerkannt, ihre rechtlichen Konturen

sind aber bislang weder gesetzlich noch höchstrichterlich geklärt. Die Clearingstelle EEG empfiehlt, dass ein „Satelliten“-BHKW mit der „Vor-Ort“-Anlage nicht technisch zu einer Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 / EEG 2012 zusammenzufassen ist, auch wenn es an die gleiche Gaserzeugungsanlage wie ein in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Gaserzeugungsanlage befindliches („Vor-Ort“-) BHKW angeschlossen ist, wenn es betriebstechnisch *und* räumlich von der „Vor-Ort“-Anlage hinreichend abgegrenzt und daher rechtlich selbständig ist. Von einer betriebstechnischen Selbständigkeit ist dann auszugehen, wenn im konkreten Einzelfall das „Vor-Ort“-BHKW hinweggedacht und das „Satelliten“-BHKW gleichwohl ohne erhebliche Änderung seines Betriebskonzeptes sinnvoll weiterbetrieben werden könnte. Eine (unmittelbare) räumliche Nähe *nicht* anzunehmen, wenn sich die Gaserzeugungseinrichtung der „Vor-Ort“-Anlage (z. B. der Fermenter) und die Satellitenanlage an verschiedenen (Betriebs-) Standorten befinden. Beide Empfehlungen werden durch Indizien konkretisiert und stehen unter dem Vorbehalt einer späteren Regelung bzw. Klärung durch den Gesetzgeber oder den BGH.

Die Empfehlung macht deutlich, dass das EEG eine Reihe von Fragen aufwirft, weil die Rechtsfragen, die sich beim Versetzen, Austauschen und Zubauen von Anlagen bzw. Anlagenteilen stellen, von wenigen Ausnahmen abgesehen nicht gesetzlich geregelt worden sind. Dies gilt insbesondere für den Begriff der Stilllegung, der sich im Wege der Auslegung nicht hinreichend rechtssicher konkretisieren lässt.

14 Zu beachten ist § 22 EEG 2014, vgl. BT-Drs. 18/1304, S. 193 f.

Dokumentation

Bundesnetzagentur

Biogas-Monitoringbericht 2014 veröffentlicht

Pressemitteilung vom 18. 8. 2014

Die Bundesnetzagentur hat heute ihren Biogas-Monitoringbericht 2014 veröffentlicht. Danach ist die Anzahl der Biogasanlagen, die auf Erdgasqualität aufbereitetes Biogas in das öffentliche Gasnetz einspeisen, im Jahr 2013 stark gestiegen. Zum 31. 12. 2013 waren 144 Anlagen an das Netz angeschlossen. Dies sind 33 Prozent mehr als ein Jahr zuvor. Die Anlagen speisten im Laufe des Jahres 2013 insgesamt 520 Mio. Kubikmeter

Biogas in die Gasnetze ein. Die eingespeiste Menge konnte somit im Vergleich zum Vorjahr um 26 Prozent gesteigert werden.

„Die Einspeisung von Biogas in die Gasnetze kann wesentlich zu einer CO₂-armen Energieversorgung beitragen“, sagte Jochen Homann, Präsident der Bundesnetzagentur. „Außerdem kann Biogas in verbrauchsarmen Zeiten gespeichert und dann bei Bedarfsspitzen oder wenn andere erneuerbare Energieträger nicht zur Verfügung stehen, zur Deckung des Wärme- und Strombedarfs herangezogen werden. Somit trägt es zu einem flexiblen und nachfrageorientierten Energieangebot bei.“

Biogas in Erdgasqualität kann unbeschränkt in das Netz eingespeist werden, da es die gleichen Eigenschaften wie fossiles