

Anlage zu Empfehlungsverfahren 2012_19

**„Austausch, Versetzung und Zubau von Anlagen
(außer PV und Wasserkraft)“**

(a) Behält eine bereits im Sinne des EEG in Betrieb genommene Anlage ihr Inbetriebnahmedatum, wenn die gesamte Anlage vollständig an einen anderen Ort versetzt wird ?

(b) Überträgt ein Anlagenteil – z. B. ein Generator – der aus einer bereits in Betrieb genommenen Anlage ausgebaut und an anderer Stelle im Geltungsbereich des EEG in eine ansonsten neue Anlage eingebaut wird, das Inbetriebnahmedatum seiner „ursprünglichen“ Anlage auf die neue Anlage ? Was gilt, wenn ein (oder mehrere) Anlagenteil(e) in eine bereits bestehende, in Betrieb genommene Anlage eingebaut wird (werden) ?

(c) Tritt die Rechtsfolge des § 21 Abs. 3 EEG2009 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG2012 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung auch dann ein, wenn die gesamte Anlage ausgetauscht wird ? Wenn nein: Bis zu welchem Umfang führt ein Austausch „sonstiger technischer oder baulicher Teile“ dazu, dass die Vergütungsdauer (§ 21 Abs. 3 EEG2009) bzw. der Zeitpunkt der Inbetriebnahme (§ 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG2012 bzw. § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung) unverändert bleibt ?

(d) Welches Inbetriebnahmedatum erhält eine Anlage, die nach dem 31. Dezember 2011 zu einer bereits vor dem 1. Januar 2012 bestehenden Anlage hinzugebaut wird („Anlagenerweiterung“) ?

Der BBK nimmt wie folgt Stellung:

- (a) Behält eine bereits im Sinne des EEG in Betrieb genommene Anlage ihr Inbetriebnahmedatum, wenn die gesamte Anlage vollständig an einen anderen Ort versetzt wird ?**

Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen.

Inbetriebnahme ist nach § 3 Nr. 5 EEG

die erstmalige Inbetriebsetzung des Generators der Anlage nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage, unabhängig davon, ob der Generator mit erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde; die technische Betriebsbereitschaft setzt voraus, dass die Anlage fest an dem für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort und dauerhaft mit dem für die Erzeugung von Wechselstrom erforderlichen Zubehör installiert wurde; der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile nach der erstmaligen Inbetriebnahme führt nicht zu einer Änderung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme,

Für die vorliegend nicht zu untersuchenden Photovoltaikanlagen hat die Clearingstelle den Begriff der Inbetriebnahme am 25.06.2010 präzisiert (Hinweis 2010/1). Der im Rahmen der PV-Novelle zum 1.04.2012 neu eingefügte zweite Halbsatz kann vorliegend relevant sein (s.u.). Der letzte Halbsatz zum Generatöraustausch stellt lediglich eine vorher schon bestehende Rechtslage klar (vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 Nr. 5 EEG 2012, S. 120). Die Vorgängernorm des § 21 Abs. 3 EEG2009 normierte demgegenüber, dass ein Austausch des Generators nicht zu einem Neubeginn oder einer Verlängerung der *Vergütungsfrist* führt.

Zwar wird im Zusammenhang mit Biogasanlagen diskutiert, ob eine Anlage tatsächlich das Datum ihrer Inbetriebnahme bei einem Verkauf mitnimmt (Fundstellen bei Loibl, Biogasanlagen im EEG, 2008, 85 ff.). Hintergrund dieser Diskussion war die bei einigen Herstellern verbreitete Praxis, neue Anlagen auf dem Betriebsgelände aufzustellen und in Betrieb zu nehmen, um die Vergütungssätze eines bestimmten Jahres für den potenziellen Käufer zu sichern.

Doch solche Fallkonstellationen verhindert die im Rahmen der PV-Novelle eingefügte Ergänzung des Inbetriebnahmebegriffs um folgenden Halbsatz:

*„die technische Betriebsbereitschaft setzt voraus, dass die Anlage fest **an dem für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort** und dauerhaft mit dem für die Erzeugung von Wechselstrom erforderlichen Zubehör installiert wurde;“*

Diese Neuregelung verlangt, dass die Anlage an einem Ort installiert wird, der für den dauerhaften Betrieb vorgesehen ist. Dies steht der Praxis von Herstellern entgegen stehen, Biogasanlagen oder sonstige EEG-Anlagen bereits auf ihrem Betriebsgelände oder an einem anderen vorläufigen Standort in Betrieb zu nehmen, etwa um dem Käufer eine bestimmte Einspeisevergütung zu sichern. Solche Fallkonstellationen dürften mit dieser Vorgabe nicht vereinbar sein.

Die Vorschrift schränkt darüber hinaus aber die Versetzung von Anlagen im Hinblick auf das Inbetriebnahmedatum nicht ein. Wird eine Anlage versetzt, so geschieht dies in der Regel aufgrund von Gründen, die ursprünglich nicht vorhersehbar waren (Beispiel: Insolvenz des ursprünglichen Anlagenbetreibers). Dann kann dem ursprünglichen Anlagenbetreiber nicht vorgeworfen werden, er habe die Anlage nur zu einem vorübergehenden Zweck errichtet. Abgesehen von dem eingangs erwähnten Fall der Inbetriebnahme durch den Hersteller oder Verkäufer an einem vorläufigen Ort spricht eine widerlegliche Vermutung in jedem Fall einer Versetzung dafür, dass die Anlage am ursprünglichen Standort mit dem Ziel eines dauerhaften Betriebes in Betrieb genommen wurde. Den Netzbetreiber trifft die Beweislast, dies zu widerlegen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine Anlage bei Versetzung nur dann ihr Inbetriebnahmedatum nicht behält, wenn sie schon ursprünglich nur zu einem vorübergehenden Zweck am ursprünglichen Standort in Betrieb genommen wurde.

Darüber hinaus enthält der Begriff der Inbetriebnahme keine ortsbezogenen Merkmale. Dies bestätigt ein Vergleich der Anlagendefinition des EEG mit der Anlagendefinition des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes (KWKG). Im Rahmen der Anlagendefinition des § 3 Nr. 1 EEG kommt es nicht auf die Ortsfestigkeit der Einrichtung an, also deren geographische Verankerung (Frenz/Müggenborg, EEG-Kommentar, 2010, § 3 Rn. 3). § 3 Nr. 1 KWKG2009 stellt hingegen auf die Ortsfestigkeit einer Anlage ab. Daraus lässt sich der Umkehrschluss ziehen, dass der Gesetzgeber des EEG das Merkmal der Ortsfestigkeit in die Definition einer Anlage oder der Inbetriebnahme einer Anlage aufgenommen hätte, wenn er dies gewollt hätte.

Im Ergebnis besteht der Vergütungsanspruch für das gebrauchte Aggregat bei einer Versetzung. Die Höhe bemisst sich nach dem Jahr der erstmaligen Inbetriebnahme. Gemäß § 21 Abs. 1 EEG wird die Vergütung ab dem Zeitpunkt gezahlt, ab dem der Generator erstmals Strom ausschließlich aus erneuerbaren Energien erzeugt und in das Netz einspeist oder der Strom verbraucht wird.

Auch die Vergütungsdauer wird vom Generator abhängig gemacht. Die Vergütungsdauer von 20 Jahren wird gemäß § 21 Abs. 2 S. 3 EEG ab diesem Zeitpunkt berechnet, also der ersten Inbetriebnahme des Generators. Der Gesetzgeber will ausdrücklich an die erste Inbetriebsetzung des Generators anknüpfen. Für die Dauer und Höhe des Vergütungsanspruchs ist auch nach einer Versetzung das Datum der erstmaligen Inbetriebnahme maßgeblich (konsolidierte Begründung zum EEG 2009, S. 49, vgl. auch S. 26 zu § 3 Nr. 5).

Die versetzte Anlage behält ihr Inbetriebnahmedatum im Übrigen dann nicht, wenn es sich de facto nicht um eine Versetzung, sondern um einen Neubau handelt. Ein Neubau liegt erst bei einer vollständigen Neuherstellung einer Anlage vor (Salje, EEG-Kommentar, 2012, § 21 Rn. 31; Frenz/Müggenborg, EEG-Kommentar, 2011, § 21 Rn. 20; Reshöft, EEG-Kommentar, 2009, § 3 Rn. 20).

Die Vorschrift des § 3 Absatz 4 EEG 2004 ändert an dem obigen Ergebnis nichts. Diese Norm ermöglichte eine erneute Inbetriebnahme einer Anlage nach einer *Erneuerung*, wenn deren Kosten mindestens 50 Prozent einer Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulichen Anlagen betragen.

Vorliegend muss nicht geklärt werden, ob die Versetzung ein Fall einer Erneuerung sein kann. Denn von dieser Rechtslage ist der Gesetzgeber schon mit dem EEG2009 abgerückt, und zwar auch mit Wirkung für im Rahmen des EEG2004 in Betrieb genommene Anlagen (so u.a. auch Thomas/Vollprecht, Zeitschrift für Neues Energierecht, Heft 4/2012, S. 334, 338). Der Gesetzgeber hielt die Regelung nicht für sachgerecht, weil schon die Hälfte der Investitionen für die Gewährung eines vollen Förderungszeitraumes ausreichte (BT-Drs. 16/8148, S. 52).

(b) Überträgt ein Anlagenteil – z. B. ein Generator – der aus einer bereits in Betrieb genommenen Anlage ausgebaut und an anderer Stelle im Geltungsbereich des EEG in eine ansonsten neue Anlage eingebaut wird, das Inbetriebnahmedatum seiner „ursprünglichen“ Anlage auf die neue Anlage ? Was gilt, wenn ein (oder mehrere) Anlagenteil(e) in eine bereits bestehende, in Betrieb genommene Anlage eingebaut wird (werden) ?

Der Austausch des *Generators* oder *sonstiger technischer oder baulicher Teile* nach der erstmaligen Inbetriebnahme führt nach dem neuen § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG nicht zu einer Änderung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme. Dies gilt sowohl für die Anlage, aus der ein Anlagenteil ausgebaut wurde, als auch für die Anlage, in die ein Anlagenteil eingebaut wird.

Der Gesetzgeber betont in der Gesetzesbegründung zu § 3 Nr. 5 EEG 2012 (S. 120), dass die Neuregelung klarstellend zur Beseitigung von Rechtsunsicherheiten erfolgt und eine Änderung der bisherigen Rechtslage hiermit nicht verbunden ist.

Auch insofern gilt parallel zu Frage a), dass nur ein vollständiger Neubau einer Anlage zu einer abweichenden Rechtslage führt.

Ein vollständiger Neubau liegt erst dann vor, wenn alle Teile einer Anlage im Sinne des EEG neu erstellt werden. Bei einer Biogasanlage gehört dazu auch der Fermenter, der Teil der Anlage ist. Davon zu trennen ist die von der Clearingstelle zutreffend vertretene Rechtsansicht (zum EEG2009), wonach sich mehrere Anlagen einen Fermenter teilen können (Empfehlung 2009/12).

Daher führt der bloße Austausch des Generators nicht dazu, dass sich das Inbetriebnahmedatum ändert.

(c) Tritt die Rechtsfolge des § 21 Abs. 3 EEG2009 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG2012 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung auch dann ein, wenn die gesamte Anlage ausgetauscht wird ? Wenn nein: Bis zu welchem Umfang führt ein Austausch „sonstiger technischer oder baulicher Teile“ dazu, dass die Vergütungsdauer (§ 21 Abs. 3 EEG2009) bzw. der Zeitpunkt der Inbetriebnahme (§ 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG2012 bzw. § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung) unverändert bleibt ?

Es gilt wiederum das oben Ausgeführte:

Ein vollständiger Neubau einer Anlage führt zu einer abweichenden Rechtslage.

(d) Welches Inbetriebnahmedatum erhält eine Anlage, die nach dem 31. Dezember 2011 zu einer bereits vor dem 1. Januar 2012 bestehenden Anlage hinzugebaut wird („Anlagenerweiterung“) ?

Eine im Geltungsbereich des EEG2004 oder 2009 errichtete Biogasanlage kann solange nicht rechtssicher erweitert werden, wie der Anlagenbegriff nicht abschließend vom Bundesgerichtshof geklärt ist. Nach der von mehreren Gerichten geteilten Entscheidung der Clearingstelle entsteht durch Zubau eines BHKW nach zwölf Kalendermonaten eine neue Anlage. Mehrere Anlagen können sich danach einen Fermenter teilen. Bestätigt der Bundesgerichtshof diesen Anlagenbegriff, so würde die Inbetriebnahme eines neuen BHKW eine neue Anlage bedeuten, für welche das EEG2012 gelten würde.

Wir fügen an, dass unsere Stellungnahme mit Blick auf Biogasanlagen erfolgt ist, weil sich die strittigen Fragen hier konzentrieren. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb für die anderen (vom vorliegenden Verfahren umfassten) EEG-Anlagen abweichende Grundsätze gelten sollten. Für Windenergieanlagen sind darüber hinaus die besonderen Vorgaben des § 30 EEG zum Repowering zu berücksichtigen. So entfällt nach § 30 Abs. 2 EEG der Vergütungsanspruch für ersetzte Anlagen endgültig.