

# Stellungnahme

## des Fachverbandes Biogas e. V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu folgenden Fragen (Verfahren 2012/19):

- (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 EEG 2009 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG 2012 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG 2012 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 EEG 2009) bzw. der Zeitpunkt der Inbetriebnahme (§ 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG 2012 bzw. § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG 2012 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“)?

## A. Empfehlungsbeschluss der Clearingstelle EEG

Die Clearingstelle EEG hat am 27. September 2012 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG Dr. Lovens, die Mitglieder der Clearingstelle EEG Dr. Pippke i. V. für Reißerweber und Dr. Winkler sowie die nichtständigen Beisitzer der Clearingstelle EEG Grobrügge und Weißenborn einstimmig beschlossen:

1. Gemäß § 23 Abs. 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO) wird ein Empfehlungsverfahren zu folgenden Fragen eingeleitet:
  - (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 EEG 2009 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG 2012 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG 2012 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 EEG 2009) bzw. der Zeitpunkt der Inbetriebnahme (§ 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG 2012 bzw. § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG 2012 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“)?

## **B. Entscheidungsvorschlag des Fachverbandes Biogas e.V.**

- I. Eine bereits in Betrieb genommene Anlage behält ihr Inbetriebnahmedatum bei einer Versetzung unabhängig von dem jeweils zugrunde zulegenden Inbetriebnahmebegriff. Dies gilt auch für jedes einzelne BHKW.
- II. Soweit Teile eines bereits in Betrieb gegangenen BHKW oder dessen Generator in eine noch nicht in Betrieb gegangene Anlage (BHKW) integriert werden, wird das Inbetriebnahmedatum nicht übertragen.
- III. Die Rechtsfolge des § 21 Abs. 3 EEG 2009 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG 2012 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG 2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung tritt dann nicht ein, wenn die gesamte Anlage ausgetauscht wird. Einer neuen Inbetriebnahme steht es aber nicht entgegen, wenn zur Stromerzeugung nicht erforderliche Infrastruktureinrichtungen wie Netzanschluss, Anschlussleitungen, Transformatoren, Verbindungswege und Verwaltungseinrichtungen oder nach der Verkehrsauffassung wirtschaftlich oder technisch unbedeutende in der ansonsten neuen Anlage verwendet werden.
- IV. Eine Anlage, die nach dem 31. Dezember 2011 zu einer bereits vor dem 1. Januar 2012 bestehenden Anlage hinzugebaut wird („Anlagenerweiterung“), erhält das Inbetriebnahmedatum der bestehenden Anlage.

### **C. Stellungnahme des Fachverbandes Biogas e. V.**

Im Namen seiner rund 4.700 Mitglieder bedankt sich der Fachverband Biogas e.V. für die Möglichkeit, zu den oben genannten Fragen des Empfehlungsverfahrens 2012/19 Stellung nehmen zu können.

Der Fachverband Biogas e.V. vereint bundesweit landwirtschaftliche wie industrielle Anlagenbetreiber, Hersteller und Planer von Biogasanlagen, Rechtsanwälte, Vertreter aus Wissenschaft und Forschung sowie Interessierte mit dem Ziel, die Biogastechnologie zu fördern.

Das Empfehlungsverfahren adressiert verschiedene Fragestellungen des Inbetriebnahmezeitpunktes. Dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme kommt für die Stromerzeugung aus Biogas schon deshalb eine zentrale Rolle zu, weil die anzuwendende EEG-Fassung in aller Regel dem Inbetriebnahmezeitpunkt folgt. Darüber hinaus ist der Begriff auch für die Ermittlung des Vergütungsbeginns, der Vergütungshöhe und der Vergütungsdauer entscheidend. Ihm kommt daher eine sehr hohe wirtschaftliche Bedeutung zu.

Da die unterschiedlichen Definitionen der verschiedenen EEG-Fassungen in jedem Fall auf die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft abstellen, hängt der Inbetriebnahmezeitpunkt vom Anlagenbegriff ab. Problematisch ist dabei die fehlende Kontur des Anlagenbegriffs. Diese Stellungnahme basiert auf dem weiten Anlagenbegriff.

Des Weiteren wird davon ausgegangen, dass grundsätzlich auch bei einer Änderung des Inbetriebnahmebegriffs die Fassung des Begriffs maßgeblich bleibt, die zum Zeitpunkt des Inbetriebnahmesachverhaltes gegolten hat.

Unter Zugrundelegung dieser Prämissen beantworten wir die oben genannten Fragen (dazu II.) nach einer Darstellung der Rechtsgrundlagen (dazu I.).

## I. Rechtsgrundlagen

### 1. EEG 2004

Im Rahmen des EEG 2000 wurde der Begriff der Inbetriebnahme zwar bezüglich der Regelungen verwendet, aber nicht bestimmt. Im EEG 2004 wurde der Begriff der Inbetriebnahme in § 3 Abs. 4 EEG 2004 wie folgt definiert:

*„Inbetriebnahme ist die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft oder nach ihrer Erneuerung, sofern die Kosten der Erneuerung mindestens 50 Prozent der Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen betragen.“*

In der Begründung zum EEG 2004 wird dazu unter anderem ausgeführt: Hinsichtlich des Inbetriebnahmezeitpunktes *„wird auf den Zeitpunkt, an dem der Anlagenbetreiber erstmalig Strom zur Einspeisung in das Netz aufgrund der technischen Bereitschaft der Anlage zur Stromerzeugung nach ihrer Herstellung oder Erneuerung tatsächlich zur Abnahme anbietet“*<sup>1</sup> abgestellt. Es sei daher ausreichend, *„wenn der Anlagenbetreiber das seinerseits erforderliche getan hat, um Strom ordnungsgemäß [...] einspeisen zu können“*.<sup>2</sup> Dabei wurde klargestellt, dass zum seitens des Anlagenbetreibers Erforderlichen gehöre, dass die technischen Voraussetzungen der Anlage für die erstmalige Einspeisung in das Netz nach den anerkannten Regeln der Technik erfüllt sind. Darüber hinaus seien alle allgemein anerkannten technischen sowie die gesetzlichen Anforderungen für einen Dauerbetrieb einzuhalten. Auf einen Probetrieb oder eine Mitwirkung des Netzbetreibers komme es dagegen nicht an.<sup>3</sup>

Zur Versetzung einer Anlage wurde ausgeführt, dass es für die Bestimmung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme unerheblich sei, ob die Anlage zu einem späteren Zeitpunkt an einem anderen Ort versetzt wird. Des Weiteren wurde ausdrücklich dargelegt, dass für die Dauer und Höhe des Vergütungsanspruchs auch nach einer Versetzung das Datum der erstmaligen Inbetriebnahme maßgeblich sei.<sup>4</sup>

Zum Vergütungszeitraum war in § 12 Abs. 3 EEG 2004 bestimmt, dass die Mindestvergütungen vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme an jeweils für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen sind.

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 15/2864, S. 30.

<sup>2</sup> BT-Drs. 15/2864, S. 30.

<sup>3</sup> BT-Drs. 15/2864, S. 30.

<sup>4</sup> BT-Drs. 15/2864, S. 30.

## 2. EEG 2009

In dem am 01.01.2009 in Kraft getretenen EEG 2009 wurde die Legaldefinition des Inbetriebnahmebegriffs in § 3 Nr. 5 EEG 2009 neu gefasst. Diese lautet:

*„Im Sinne dieses Gesetzes ist `Inbetriebnahme` die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft, unabhängig davon, ob der Generator der Anlage mit Erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde.“*

Ein Vergleich dieser Begriffsbestimmung der Inbetriebnahme des EEG 2009 mit der entsprechenden Definition im EEG 2004 ergibt eine maßgebliche Abweichung bei den folgenden zwei Punkten. Zum einen wurde die in § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 enthaltene Möglichkeit einer Neuinbetriebnahme durch Erneuerung der Anlage abgeschafft. Zum anderen wurde im EEG 2009 geregelt, dass es auf die Art des eingesetzten Energieträgers nicht ankommt.

In der Begründung zum EEG 2009 wurde zur Inbetriebnahme unter anderem das Folgende ausgeführt:<sup>5</sup> Es sei auf den Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft, unabhängig davon, ob der Generator der Anlage mit erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde, abzustellen.

Wiederum findet sich in der Begründung der Aussage, dass es unerheblich für die Bestimmung des Zeitpunktes der Inbetriebnahme sei, ob die Anlage zu einem späteren Zeitpunkt an einen anderen Ort versetzt wird. Ausdrücklich wurde diesbezüglich klargestellt, dass für die Dauer und die Höhe des Vergütungsanspruchs auch nach einer Versetzung das Datum der erstmaligen Inbetriebnahme maßgeblich sei. Hinsichtlich einer späteren Umstellung des Generators auf erneuerbare Energieträger sei die vorherige, erstmalige Inbetriebnahme maßgeblich. Im Rahmen eines Beispiels wurde ausgeführt, dass wenn ein Generator zunächst mit Erdgas betrieben und später auf Biogas umgestellt wird, hinsichtlich des Beginns des 20-jährigen Vergütungszeitraumes nach § 21 Abs. 2 EEG 2009 auf die erstmalige Inbetriebnahme mit Erdgas abzustellen sei. Hinsichtlich eines Einbaus eines gebrauchten Generators in ein Blockheizkraftwerk wurde dargelegt, dass nicht auf die erneute Inbetriebnahme im Blockheizkraftwerk, sondern auf die erstmalige Inbetriebnahme des Generators abzustellen sei.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> BT-Drs. 16/8148, S. 39 f.

<sup>6</sup> BT-Drs. 16/8148, S. 39 f. und S. 52.

Der Vergütungsbeginn und die Vergütungsdauer sind im EEG 2009 in § 21 normiert. Zum Beginn des Vergütungsanspruchs bestimmt § 21 Abs. 1 EEG 2009, dass die Vergütungen ab dem Zeitpunkt zu zahlen sind, ab dem Generator erstmals Strom ausschließlich aus erneuerbaren Energien oder Grubengas erzeugt und in das Netz der allgemeinen Versorgung einspeist.

Wie im EEG 2004 wird die Vergütung für die Dauer von 20 Jahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres gezahlt, § 21 Abs. 2 S. 1 EEG 2009. Dabei bestimmt sich der Beginn dieses Vergütungszeitraums nach dem Inbetriebnahmezeitpunkt des Generators, auch wenn dieser mit fossilen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde, § 21 Abs. 2 S. 3 EEG 2009. Dieser Vergütungszeitraum beginnt weder von Neuem noch verlängert er sich, wenn ein Generator oder sonstige technische oder bauliche Teile ausgetauscht werden (§ 21 Abs. 3 EEG 2009).

Nach der Übergangsbestimmung § 66 Abs. 1 EEG 2009 sind für Strom aus Anlagen, die vor dem 01.01.2009 in Betrieb genommen worden sind, die Vorschriften des EEG 2009 grundsätzlich anwendbar. Nicht anwendbar sind lediglich die in § 66 Abs. 1 EEG 2009 ausdrücklich genannten Vorschriften des EEG 2009, anstelle derer das EEG 2004 weiter anwendbar bleibt. In § 66 Abs. 1 EEG 2009 ist § 21 Abs. 2 EEG 2009 aufgelistet; nicht genannt sind dagegen § 3 Nr. 5 EEG 2009 sowie § 21 Abs. 1 und § 21 Abs. 3 EEG 2009.

Aus der fehlenden Nennung des § 3 Nr. 5 EEG 2009, in welchem der Inbetriebnahmebegriff geregelt ist, ergibt sich jedoch nicht, dass der Inbetriebnahmebegriff des EEG 2009 auf vor dem Inkrafttreten des EEG 2009 gegebene Inbetriebnahmesachverhalte anzuwenden ist. Dagegen spricht schon der Wortlaut der Übergabevorschrift, der eine Inbetriebnahme nach der vorhergehenden Gesetzesfassung voraussetzt. Des Weiteren wäre dieses Ergebnis, durch eine historische, genetische, teleologische und systematische Auslegung gestützt.

### **3. EEG 2012 a.F.**

Im Rahmen der Novellierung des EEG 2009 wurde auch der Inbetriebnahmebegriff überarbeitet. In der am 01.01.2012 in Kraft getretenen Fassung des EEG 2012 findet sich in § 3 Nr. 5 EEG 2012 folgende Legaldefinition, in der der Begriff der Inbetriebnahme für den Zeitraum nach dem 31.12.2011 und vor dem 01.04.2012 wie folgt bestimmt wird:

*„Im Sinne dieses Gesetzes ist `Inbetriebnahme´ 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; der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile*

*nach der erstmaligen Inbetriebnahme führt nicht zu einer Änderung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme.“*

Mit der Neuregelung ist eine leichte Umstellung im Wortlaut des Kerns der Begriffsbestimmung verbunden. Die Änderung im Wortlaut besteht lediglich darin, dass künftig anstelle der Inbetriebsetzung der Anlage auf die Inbetriebsetzung des Generators der Anlage abzustellen ist.

Ausweislich der Gesetzesbegründung handelt es sich hierbei lediglich um eine Klarstellung, mit der keine Änderung der bisherigen Gesetzeslage verbunden sei. Mit der geänderten Formulierung solle insbesondere für Biogasanlagen zur sogenannten „Vor-Ort-Verstromung“ von Biogas klargestellt werden, dass als Zeitpunkt für die Inbetriebnahme der Anlage die erstmalige Inbetriebsetzung der Stromerzeugungseinheit ausschlaggebend sei. Wie bereits nach der bisherigen Rechtslage solle auf den Inbetriebsetzungszeitpunkt zur Stromerzeugung nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage selbst abzustellen sein, welche also insgesamt zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme bereits technisch betriebsbereit sein müsse.<sup>7</sup>

Zur Verdeutlichung wird in der Begründung weiter ausgeführt, dass wenn bei einer „Vor-Ort-Verstromung“ ein eingesetzter Generator bereits vor Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage in Betrieb genommen wurde, es nicht auf den ersten Inbetriebnahmezeitpunkt ankommt, sondern auf die erste Inbetriebsetzung des Generators nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage.<sup>8</sup>

Des Weiteren wurde der bisherige § 21 Abs. 3 EEG 2009 als zweiter Halbsatz in § 3 Nr. 5 EEG 2012 a.F. integriert. Damit ist nun dort bestimmt, dass der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile nach der erstmaligen Inbetriebnahme nicht zu einer Änderung des Inbetriebnahmezeitpunkts führt.

In der Begründung wird dazu ausgeführt, dass der neu hinzugefügte Satz 2 im Wesentlichen dem Regelungsgehalt des § 21 Abs. 3 EEG 2009 entspreche, der jetzt allerdings auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme Bezug nehmen würde. Dies hätte zur Folge, dass auch der Austausch einzelner Teile nicht zu einer Neuinbetriebnahme der Anlage führen würde. Letzteres wird anhand eines defektbedingten Austauschs einer Gondel einer Offshore-Anlage verdeutlicht. Diesbezüglich führt die Begründung aus, dass ein solcher Austausch nicht zu einer Neuinbetriebnahme führen würde.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> BT-Drs. 17/6071, S. 61.

<sup>8</sup> BT-Drs. 17/6071, S. 61.

<sup>9</sup> BT-Drs. 17/6071, S. 61.



Die Vorschriften zum Vergütungsbeginn und zur Vergütungsdauer finden sich in § 21 EEG 2012. Wie schon im EEG 2009 ist die Vergütung ab dem Zeitpunkt zu zahlen, ab dem der Generator erstmals Strom ausschließlich aus erneuerbaren Energien oder Grubengas erzeugt (§ 21 Abs. 1 EEG 2012). Des Weiteren normiert § 21 in dessen Absatz 2, dass die Vergütungen jeweils für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen sind, wobei der Beginn dieser Frist der Zeitpunkt der Inbetriebnahme ist.

#### 4. EEG 2012

Die soeben dargestellte Fassung des § 3 Nr. 5 EEG 2012 gilt jedoch lediglich bis zum 01.04.2012, da durch das Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zur weiteren Änderung im Recht der erneuerbaren Energien<sup>10</sup> folgende Ergänzung – als HS 2 – eingefügt 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;“*

In der Begründung wird zu dieser Änderung ausgeführt, dass der Begriff der Inbetriebnahme präzisiert worden sei, indem Mindestanforderungen an die technische Betriebsbereitschaft an die Anlage festgelegt worden sind. Der Grund für die Änderung sei gewesen, dass seit der Neufassung des Anlagen- und Inbetriebnahmebegriffs zum 01.01.2009 zahlreiche Möglichkeiten zur Beeinflussung des Inbetriebnahmezeitpunkts bestanden hätten.<sup>11</sup>

Künftig müsse eine Anlage fest an dem für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort installiert sein. Dauerhaft sei ein Zeitraum, der mindestens einen Zeitraum von einem Jahr erfasse. Der vorgesehene Ort sei der Ort, an dem die Anlage dauerhaft betrieben werden soll. Für den Fall, dass sich dieser Ort nach der Installation der Anlage entgegen den ursprünglichen Plänen ändert, hätte dies keinen Einfluss auf den Inbetriebnahmezeitpunkt, wenn die Anlage ursprünglich dauerhaft an ihrem ursprünglichen Ort betrieben werden sollte.<sup>12</sup>

Des Weiteren müsse die Anlage fest installiert sein. Bei Biogasanlagen reiche es bei einem BHKW in einem Container aus, dass der Container abgestellt wird. Eine feste Verschraubung sei nur dann erforderlich, wenn die Anlage ohne eine solche nicht dauerhaft an diesem Ort betrieben werden könnte. Darüber hinaus

---

<sup>10</sup> BGBl. I, 2012, S. 1754.

<sup>11</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 17.

<sup>12</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 17.

müsse die Anlage mit dem für die Erzeugung von Wechselstrom erforderlichen Zubehör ausgestattet sein.<sup>13</sup>

Ferner müsse die Anlage in der Lage sein, dauerhaft Strom erzeugen zu können. Hierfür sei bei Biomasseanlagen die Sicherstellung der dauerhaften Energieträgerzufuhr durch einen Anschluss an das Erdgasnetz, an einen Fermenter oder an eine sonstige Beschickungseinrichtung erforderlich.<sup>14</sup>

In § 66 Abs. 1 EEG 2012 wurde im Rahmen dieser kleinen Novelle klargestellt, dass für die Frage, ob das bisherige Recht (EEG 2009) anzuwenden ist oder nicht, der Inbetriebnahmebegriff des EEG 2009 gelten soll. Für Anlagen, die ab dem 01.01.2012 und bis zum 31.03.2012 in Betrieb genommen worden sind, bleibt nach § 66 Abs. 12 EEG 2012 n.F. der Inbetriebnahmebegriff nach § 3 Nr. 5 EEG 2012 a.F. maßgeblich.

Der Vergütungsbeginn und die Vergütungsdauer richten sich nach § 21 EEG 2012. Die Streichung der Wörter „*oder der Strom erstmals nach Maßgabe des § 33 Absatz 2 verbraucht worden ist*“ sei eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung der Vergütung für Strom aus solarer Strahlungsenergie und dem Wegfall des Eigenverbrauchsbonus.<sup>15</sup> Auswirkungen auf Biogasanlagen ergeben sich daraus nicht.

---

<sup>13</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 17.

<sup>14</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 17 f.

<sup>15</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 18.

## **II. Auslegung des Inbetriebnahmebegriffs sowie des Vergütungsbeginns und der Vergütungsdauer im EEG 2004, EEG 2009 und EEG 2012**

### **1. Rechtliche Vorbemerkungen**

#### **a. Inbetriebnahme im EEG 2004**

Im Hinblick auf den Inbetriebnahmebegriff nach dem EEG 2004 war vor allem umstritten, ob es auf die erstmalige Stromerzeugung aus erneuerbaren Energienanlagen ankam oder ob auch ein vorheriger fossiler Betrieb, etwa eines BHKW, die Inbetriebnahme im Sinn des Gesetzes herbeiführen konnte. Weiter war unklar, ob die Inbetriebnahme einer Biogasanlage im Rahmen der technischen Betriebsbereitschaft erforderte, dass bereits sämtliche Einrichtungen zur Biogaserzeugung (insbesondere Fermenter) fertiggestellt waren.<sup>16</sup> Der BGH hat sich hierzu in zwei wegweisenden Entscheidungen positioniert:

Mit Urteil vom 21.05.2008<sup>17</sup> wurde festgestellt, dass die Inbetriebnahme einer Biomasseanlage die technische Betriebsbereitschaft einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien voraussetze. Erforderlich sei dafür, dass die Anlage über eine Einrichtung zur Gewinnung und Aufbereitung des jeweiligen Energieträgers verfüge, was bei einer Biogasanlage einen angeschlossenen Fermenter voraussetze. Ein vorheriger Betrieb des Generators mit fossilen Brennstoffen vor technischer Fertigstellung des Fermenters könne daher keine Inbetriebnahme im Sinne des § 3 Abs. 4 EEG 2004 auslösen. Das Gericht argumentierte, dass der in § 3 Abs. 2 EEG 2004 legaldefinierte Begriff der Anlage - jede selbstständige technische Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder Grubengas - in den Inbetriebnahmebegriff hineingelesen werden müsse. Damit erfordere eine Inbetriebnahme im Sinne des EEG, dass die Anlage – wenn auch nach einer Phase des Hochfahrens mit fossilen Brennstoffen – dauerhaft Strom aus erneuerbaren Energien erzeugen kann. Auch wenn nach dem BGH-Urteil die technische Betriebsbereitschaft der Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien gegeben sein muss, ergibt sich aus ihm nicht, dass eine Veränderung des Standorts der Anlage oder eine veränderte Energieversorgung zu einer Veränderung des Inbetriebnahmezeitpunktes führt. Vielmehr ist diesbezüglich gemäß der Begründung anzunehmen, dass es für die Bestimmung des Zeitpunktes der Inbetriebnahme unerheblich ist, ob die Anlage zu einem späteren Zeitpunkt an einen anderen Ort versetzt wird.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Vgl. M. Koch, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow/ Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl., Der Inbetriebnahmebegriff im EEG, § 3 Rn. 6.

<sup>17</sup> BGH, ZNER 2008, S. 231 f.

<sup>18</sup> BT-Drs. 15/2864.

Mit einem Urteil vom 16.03.2011 hat der BGH diese Rechtsprechung fortgeführt.<sup>19</sup> In diesem Urteil wurde über den Inbetriebnahmezeitpunkt eines Pflanzenölkraftwerks entschieden. Die Richter bestätigten, dass Voraussetzung für die Inbetriebnahme die technische Betriebsbereitschaft zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien sei. Dazu müsse die Anlage über sämtliche Einrichtungen zur Stromerzeugung unter Einsatz des jeweiligen Energieträgers verfügen. Liege dies vor, könne die Inbetriebsetzung jedoch ohne weiteres mit fossilen Brennstoffen erfolgen. Eine Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien sei nicht zwingend notwendig. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war ein Pflanzenölkraftwerk bereits vor dem Jahreswechsel einschließlich des Pflanzenöltanks technisch betriebsbereit fertiggestellt, wurde allerdings zunächst einige Wochen lang mit Heizöl hochgefahren, da das Pflanzenöl auf die notwendige Betriebstemperatur gebracht werden musste. Der BGH hatte gleichwohl die Inbetriebnahme im Sinne des EEG 2004 noch im alten Kalenderjahr bejaht.<sup>20</sup>

#### **b. Inbetriebnahme im EEG 2009**

Wie die Neuformulierung des Inbetriebnahmebegriffs im Rahmen des EEG zu werten ist, ist nach wie vor umstritten. Höchstrichterliche Rechtsprechung existiert zu dieser Frage bislang nicht. Die besseren Argumente sprechen dafür, auch im zeitlichen Geltungsbereich des EEG 2009 den Inbetriebnahmebegriff genauso auszulegen, wie im EEG 2004. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Versetzung der Anlage als auch auf die vorgenannte Rechtsprechung des BGH.

Wie in der Gesetzesbegründung zum EEG 2004 weist der Gesetzgeber an verschiedenen Stellen in der Gesetzesbegründung zum EEG 2009 darauf hin, dass eine spätere Versetzung der Anlage an einen anderen Ort keine Auswirkungen auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme hat.<sup>21</sup>

Im Hinblick auf die Inbetriebnahme wird zwar von der Literatur mit Hinweis auf verschiedene Ausführungen in der Gesetzesbegründung teilweise geschlossen, dass es generell ausschließlich auf die erstmalige (gegebenenfalls fossile) Inbetriebnahme des Generators ankommen müsse.<sup>22</sup> Dabei soll es nicht auf das spä-

<sup>19</sup> BGH, ZNER 2011, S. 322 f., mit zustimmenden Anmerkungen von M. Schulte-Middelich.

<sup>20</sup> Vgl. M. Koch, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow/ Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl., Der Inbetriebnahmebegriff im EEG, § 3 Rn. 8.

<sup>21</sup> Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 39 f. und S. 52.

<sup>22</sup> Vgl. F. Ekardt, in: Frenz/ Muggenborg (Hrsg.), EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 44 sowie § 21 Rn. 12; V. Oschmann, in: Altröck/ Oschmann/ Theobald (Hrsg.), EEG-Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 92; J. Reshöft in: Reshöft (Hrsg.), EEG-Kommentar, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 53.

tere Schicksal des Generators, wie etwa den Einbau eines neuen BHKW oder der Umstellung auf erneuerbare Energieträger ankommen.<sup>23</sup>

Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die zum EEG 2004 ergangene BGH-Rechtsprechung nicht auf das EEG 2009 übertragbar sein sollte. Der maßgebliche Gesetzeswortlaut ist in beiden Gesetzesfassungen identisch. Zwar wurde die Möglichkeit der Inbetriebnahme durch Erneuerung einer Bestandsanlage durch § 3 Abs. 4 HS 2 EEG 2004 im Rahmen der EEG-Novelle 2009 ersatzlos gestrichen, jedoch war dies hier gerade nicht Gegenstand der Entscheidungen des BGH. Auch die Ergänzung in § 3 Nr. 5 EEG 2009, nach der es nicht entscheidend sein soll, ob der Generator der Anlage mit erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde, steht einer Übertragbarkeit der BGH-Rechtsprechung auf das EEG 2009 nicht entgegen. Im Gegenteil: Bereits nach dem EEG 2004, in dem dieser Zusatz nicht enthalten war, ist nach Auffassung des BGH eine Inbetriebsetzung des Generators mit fossilen Energieträgern möglich gewesen, soweit die Anlage als solches für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien technisch betriebsbereit war. In diesem Lichte stellt sich die Ergänzung in § 3 Nr. 5 EEG 2009 lediglich als Klarstellung dar, die nicht zu einer Änderung der materiellen Rechtslage führt.<sup>24</sup>

### **c. Inbetriebnahme im EEG 2012 a.F.**

Mit leichten Umstellungen im Wortlaut ist die Inbetriebnahme nunmehr in § 3 Nr. 5 EEG 2012 definiert als 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.

Der bisherige § 21 Abs. 3 EEG 2009 wurde als 2. Halbsatz in § 3 Nr. 5 EEG 2012 a.F. integriert, wonach der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile nach der erstmaligen Inbetriebnahme nicht zu einer Änderung des Inbetriebnahmezeitpunktes führt.

### **d. Inbetriebnahme im EEG 2012 (nach der Solarnovelle)**

Durch die Marktentwicklungen im Bereich der Photovoltaik veranlasst, wurde schon wenige Wochen nach Inkrafttreten des EEG 2012 das EEG durch das „Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien“ überarbeitet. Dabei wurde auch der Inbetriebnahmebegriff geändert. Zur näheren

<sup>23</sup> Vgl. F. Ekdardt, in: Frenz/ Müggenborg (Hrsg.), EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 46; wohl anderer Ansicht Clearingstelle EEG, Votum 2009/26 vom 13.04.2011, Rn. 20.

<sup>24</sup> Ausführlich dazu M. Koch, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow/ Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Auflage, Der Inbetriebnahmebegriff im EEG, § 3 Rn. 16 ff.

Bestimmung der technischen Betriebsbereitschaft wurde in § 3 Nr. 5 EEG 2012 folgender Halbsatz eingefügt:

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

Die vorstehende Definition führt ausdrücklich drei weitere Kriterien an: So verlangt der Gesetzestext nunmehr, dass die Anlage fest installiert sein muss. Gemäß der Begründung reicht es dabei bei Biogasanlagen aus, dass das BHKW, welches in einem Container verbaut ist, mit dem Container abgestellt wird. Eine feste Verschraubung ist nur dann erforderlich, wenn die Anlage ohne eine solche nicht dauerhaft an diesem Ort betrieben werden kann.<sup>25</sup>

Weiterhin muss die Installation dauerhaft erfolgen. Gemäß der Begründung ist davon auszugehen, dass eine Dauerhaftigkeit zumindest dann gegeben ist, wenn ein Zeitraum von einem Jahr überschritten ist.<sup>26</sup> Da zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme und nicht nur aus einer ex post-Sicht feststehen muss, ob eine Anlage in Betrieb gegangen ist, kommt es nicht darauf an, ob die Anlage über ein Jahr fest an dem Ort verbunden war. Vielmehr führt die Begründung zu Recht aus, dass sich an einer Inbetriebnahme nichts ändert, wenn die Anlage entgegen den ursprünglichen Plänen versetzt wird.<sup>27</sup>

Des Weiteren wird nun vorausgesetzt, dass die Anlage mit dem für die Erzeugung von Wechselstrom erforderlichen Zubehör ausgestattet sein muss. Zu denken ist hier in erster Linie an Wechselrichter, die für Biogasanlagen keine Rolle spielen. Nach der Gesetzesbegründung soll dieses Kriterium jedoch auch die dauerhafte Stromerzeugung als solches umfassen. Für Biomasseanlagen wird dort ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die dauerhafte Energieträgerzufuhr sicherzustellen ist, sei es durch Anschluss an das Erdgasnetz, an einen Fermenter oder eine sonstige Beschickungseinrichtung.<sup>28</sup> Unter Aufzählung möglicher Versorgungseinrichtungen wird dies in der Begründung für Biomasseanlagen ausdrücklich klargestellt.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 17.

<sup>26</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 17.

<sup>27</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 17.

<sup>28</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 17 f.

<sup>29</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 17 f.

## 2. Verfahrensfragen

### 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?

Eine bereits in Betrieb genommene Anlage behält ihr Inbetriebnahmedatum bei einer Versetzung. Dies gilt unabhängig vom Inbetriebnahmebegriff und dem Inbetriebnahmezeitpunkt. Da jedes einzelne BHKW eine Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien darstellt, gilt dies auch unter Zugrundelegung des weiten Anlagenbegriffs.

Für vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommene Anlagen wird einhellig in der Literatur<sup>30</sup> zu § 3 Abs. 4 EEG 2004 bzw. EEG 2009 vertreten, dass die Versetzung einer Anlage nach Inbetriebnahme derselben keine Auswirkung auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme hat. Diese Ansicht kann sich sowohl auf den Wortlaut des Gesetzes als auch auf die diesbezüglichen Ausführungen in den Gesetzesbegründungen stützen. Weder dem Wortlaut der Legaldefinition des EEG 2004 noch der des EEG 2009 ist eine örtliche Bindung zu entnehmen.<sup>31</sup> Vielmehr wird in den Gesetzesbegründungen<sup>32</sup> sogar ausdrücklich dargelegt, dass eine spätere Versetzung keine Auswirkung auf den Inbetriebnahmezeitpunkt hat.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht für nach dem 31.12.2011 in Betrieb genommene Anlagen:

Hinsichtlich des mit dem EEG 2012 eingeführten Inbetriebnahmebegriffs, der nach dem 31.12.2011 und vor dem 01.04.2012 gilt, ist festzustellen, dass dieser gemäß der Begründung lediglich klarer gefasst wurde und die Änderungen dazu dienen, Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.<sup>33</sup> Ein Versetzen der gesamten Anlage hat damit keinen Einfluss auf den Inbetriebnahmezeitpunkt.<sup>34</sup>

Für nach dem 01.04.2012 in Betrieb genommene Anlagen gilt der mit dem Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zur weiteren Änderung im Recht der erneuerbaren Energien eingeführte Inbetriebnahmebegriff. Dieser macht zwar die Inbetriebnahme ausdrücklich davon abhängig, dass die Anlage an dem für den dauerhaften Betrieb vorgesehen Ort in

<sup>30</sup> M. Altrock/ V. Oschmann/ C. Theobald (Hrsg.), EEG, 2006, § 3 Rn. 60.

<sup>31</sup> H. Thomas/ J. Vollprecht, Neubau, Versetzung, Erweiterung, Konzeptänderung und „verbessernde“ Reparatur von EEG-Anlagen oder: Das Anlagenphantom, ZNER 2012, S. 334 (S. 339); V. Oschmann, in: Altrock/ Oschmann/ Theobald (Hrsg.), EEG, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 86; F. Ekardt, in: Frenz/ Müggenborg (Hrsg.), EEG, 2010, § 3 Rn. 46; J. Reshöft, in: Reshöft (Hrsg.), EEG, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 53.

<sup>32</sup> BT-Drs. 15/2327, S. 22 bzw. BT-Drs. 16/8148, S. 39.

<sup>33</sup> BT-Drs. 17/6071, S. 61.

<sup>34</sup> P. Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 21 Rn. 8 und Rn. 32.

Betrieb gesetzt wird. Jedoch lässt sich aus dem Wortlaut nicht schließen, dass eine Neuinbetriebnahme erfolgen soll, wenn die Anlage versetzt wird. In der Begründung wird zudem festgestellt, dass einer Inbetriebnahme sogar eine Versetzung noch vor Ablauf des Zeitraums, den die Begründung für einen dauerhaften Betrieb vorsieht, nicht entgegensteht, wenn ein dauerhafter Betrieb ursprünglich beabsichtigt war und sich die Absicht nachträglich geändert hat:<sup>35</sup>

*„Ändert sich der Ort nach der Installation der Anlage entgegen den ursprünglichen Plänen (also ex post), hat dies keinen Einfluss auf den Inbetriebnahmezeitpunkt, wenn die Anlage ursprünglich dauerhaft an ihrem ursprünglichen Ort betreiben werden sollte.“<sup>36</sup>*

Zudem ist aus dem Wegfall von § 3 Abs. 4 2. Alt. EEG 2004, wonach im Fall einer Erneuerung der Anlage zu mindestens 50 % der für die Neuherstellung erforderlichen Kosten eine Neuinbetriebnahme vorlag, zu schließen, dass ein Versetzen nicht zu einer Neuinbetriebnahme führt. Aus dem Wegfall von § 3 Abs. 4 2. Alt. EEG 2004 ergibt sich, dass der Gesetzgeber eine Neuinbetriebnahme sogar dann nicht wünscht, wenn die Anlage erheblich umgestaltet wurde. Würde man bei jedem Versetzen der Anlage eine Neuinbetriebnahme zulassen, so könnte eine Neuinbetriebnahme sogar ohne eine Erneuerung erfolgen.

Damit kann im Ergebnis festgestellt werden, dass das Versetzen einer Neuanlage nicht zu einer Neuinbetriebnahme führt.

Dies gilt ausweislich der Begründung zum EEG 2009, welches einen weiten Anlagenbegriff zugrunde legt, auch für jedes einzelne BHKW<sup>37</sup> und folgt aus dem Wortlaut der Legaldefinition, da auch jedes aus einem Anlagenverbund herausgelöste BHKW eine Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien darstellt.

---

<sup>35</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 17.

<sup>36</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 17.

<sup>37</sup> BT-Drs. 16/8148, S. 39; vgl. auch Loibl, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow/ Walter, Biogasanlagen im EEG, 3. Auflage, Der Anlagenbegriff des EEG, § 2 Rn. 137.



- 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 gemäß § 21 Abs. 3 EEG 2009, § 3 Nr. 5 HS 2 a.F. bzw. § 3 Nr. 5 HS 3 EEG 2012 führt nicht zu einer Änderung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme. Damit ändert sich nichts hinsichtlich des Zeitpunkts der Inbetriebnahme der bestehenden Anlage.

Soweit der Generator einer schon in Betrieb gegangenen Anlage oder andere Teile in eine noch nicht in Betrieb gegangene Anlage eingebaut werden, führt dies nicht zu einer Übertragung des Inbetriebnahmezeitpunktes der Anlage, in der der Generator oder die Anlagenteile ursprünglich eingesetzt waren. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass eine Inbetriebsetzung zwingend eine betriebsbereite Anlage voraussetzt.<sup>38</sup> Zum anderen sind keine Regelungen ersichtlich, die eine solche Übertragung beinhalten. Daher fehlt es an einer Rechtsgrundlage, nach der das Inbetriebnahmedatum übergeht. Anderes ergibt sich, wie bereits oben ausgeführt, wenn ein BHKW versetzt wird.

- c. Tritt die Rechtsfolge des § 21 Abs. 3 EEG 2009 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG 2012 / § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG 2012 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 EEG 2009) bzw. der Zeitpunkt der Inbetriebnahme (§ 3 Nr. 5 Halbsatz 2 EEG 2012 bzw. § 3 Nr. 5 Halbsatz 3 EEG 2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung) unverändert bleibt?**

Nach § 21 Abs. 3 EEG 2009, § 3 Nr. 5 HS 2 EEG 2012 a.F. und § 3 Nr. 5 HS 3 EEG 2012 führt der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile weder zu einem Neubeginn noch zu einer Verlängerung der gesetzlichen Vergütungsdauer. Schon aus der Beschränkung dieser Norm auf einzelne Teile geht hervor, dass der Gesetzgeber zwischen diesen und der Gesamtanlage trennt. Da die Rechtsfolge auf Teile der Anlage beschränkt wird, kann im Rahmen eines Umkehrschlusses geschlossen werden, dass die Rege-

<sup>38</sup> Überzeugende Herleitung bei M. Koch, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow/ Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Auflage, Der Inbetriebnahmebegriff im EEG, § 3 Rn. 15 ff.

lung die Gesamtanlage nicht adressiert. Da beim Austausch der gesamten Anlage kein physischer Anknüpfungspunkt mehr für eine Weitergeltung des bisherigen Inbetriebnahmezeitpunkts bleibt, könnte eine Weitergeltung nur angenommen werden, wenn diese explizit vom Gesetz geregelt würde.<sup>39</sup> Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass bei einem Komplettaustausch eine Neuinbetriebnahme erfolgen kann.

Ob auch bei einem Austausch einzelner technischer oder baulicher Teile eine Neu-Inbetriebnahme - mit der Konsequenz, dass der gesetzliche Vergütungszeitraum von Neuem beginnt – ist fraglich. Nachdem der Gesetzgeber die in § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 bestimmte Neuinbetriebnahmeregelung ausdrücklich nicht in das EEG 2009 übernommen hat, lässt sich wohl nicht aus dem Gesetz entnehmen, dass ab einem bestimmten Prozentsatz der Kosten einer Neuerrichtung eine Neuinbetriebnahme erfolgen kann. Da § 21 Abs. 3 EEG 2009, § 3 Nr. 5 HS 2 EEG 2012 a.F. sowie § 3 Nr. 5 HS 3 EEG 2012 auf Teile der Anlage abheben, kann im Rahmen eines Umkehrschlusses gefolgert werden, dass wenn die Anlage soweit zerschlagen ist, keine Anlage mehr gegeben ist, die einer Verwendung der noch verbliebenen Restteile einer Neuinbetriebnahme nicht entgegen stehen. Dies muss vor allem dann gelten, wenn die verbleibenden Teile nicht nur der Anlage, sondern einem anderen Zweck gedient haben. Zur Veranschaulichung kann das Beispiel einer Güllegrube herangezogen werden. Die Güllegrube diente während des Zeitraums des Betriebs der Biogasanlage sowohl der Lagerung der Exkremate im Hinblick auf die angeschlossene Viehhaltung als auch der Bevorratung der Einsatzstoffe für die Biogasanlage. Werden die gas- und stromerzeugenden Einrichtungen abgebaut, so fehlt es schon an einem Anknüpfungspunkt, um die hier zu beurteilende Güllegrube als Anlagenteil einzuordnen. Zumindest in dem Falle, in dem die Güllegrube auch der Lagerung von Exkrementen dient, ist es nicht mit dem Anlagenbegriff vereinbar, dass allein über diese Einrichtung das Inbetriebnahmedatum der ursprünglichen Anlage auf die neue Anlage übergeht.

**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 Anlagenerweiterung kann zum einen durch einen Zubau eines weiteren BHKW oder durch den Austausch eines BHKW durch ein leistungsstärkeres geschehen.

---

<sup>39</sup> Im Ergebnis ebenso: F. Ekardt, Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG, § 21 Rn. 20; P. Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 21 Rn. 31.

Wie bereits ausgeführt, stellt bei der Stromerzeugung aus Biogas auch unter Zugrundelegung des weiten Anlagenbegriffs das BHKW die Anlage dar. Wird ein BHKW zu einer bestehenden Anlage hinzugebaut, so beurteilt sich der Zeitpunkt der Inbetriebnahme nach dem sog. weiten Anlagenbegriff und nach der Auffassung der Clearingstelle EEG unterschiedlich.

Nach der Auffassung der Clearingstelle EEG stellt ein neu hinzugebautes BHKW eine eigenständige Anlage dar. Diese verfügt über einen eigenständigen Inbetriebnahmezeitpunkt. Dieser Inbetriebnahmezeitpunkt bemisst sich für die neue Anlage danach, wenn der neue Generator erstmals nach seinem Einbau in die bestehende Anlage Strom erzeugt. In diesem Zeitpunkt ist die technische Betriebsbereitschaft zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien gegeben und die erstmalige Inbetriebsetzung liegt vor.

Nach dem sog. weiten Anlagenbegriff, den das OLG Stuttgart<sup>40</sup> und des OLG Brandenburg<sup>41</sup> in seinen Entscheidungen zugrunde gelegt hat, wird das neue BHKW mit dem Einbau Teil der bestehenden Anlage. Damit erhält das neue BHKW den gleichen Inbetriebnahmezeitpunkt wie die bestehende Anlage.

Eine Anlagenerweiterung im Sinne eines Austauschs eines Aggregats durch ein leistungsstärkeres führt weder nach dem weiten Anlagenbegriff noch nach der Auffassung der Clearingstelle EEG zu einer Änderung des Inbetriebnahmezeitpunktes. Die vereinzelt vertretene Auffassung,<sup>42</sup> wonach der „überschießende Leistungsanteil“ einen neuen, eigenständigen Inbetriebnahmezeitpunkt erhält, ist abzulehnen, da sie im Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut des § 3 Nr. 5 EEG 2009 bzw. EEG 2012 steht. Dort heißt es ausdrücklich, dass hinsichtlich der Inbetriebnahme auf die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage bzw. des Generators der Anlage abzustellen ist. Dies gilt zudem unabhängig davon, mit welchem Energieträger diese Inbetriebsetzung erfolgt ist. Eine „erstmalige“ Inbetriebsetzung kann aber eben nur – der Wortlaut dürfte insoweit nicht auslegungsfähig sein – ein einziges Mal erfolgen. Ist somit ein Generator bzw. eine Biogasanlage in Betrieb genommen, steht für diese Anlage der Inbetriebnahmezeitpunkt fest. Eine nochmalige Inbetriebnahme ist für diese Anlage grundsätzlich nicht mehr möglich. Nach der oben genannten vereinzelt Literaturauffassung wären dagegen einem Generator mehrere Inbetriebnahmezeitpunkte zuzuordnen. Dies hätte zur Folge, dass für einen einzigen Generator unterschiedliche Vergütungssätze und Vergütungszeiträume anzusetzen wären. Dies ist aber bereits mit dem insofern klaren Wortlaut des § 3 Nr. 5 EEG 2009 bzw. EEG 2012 nicht zu vereinbaren.

<sup>40</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 25.05.2012, Az.3 U 193/11.

<sup>41</sup> OLG Brandenburg, Urteil vom 16.09.2010, Az. 12 U 79/10.

<sup>42</sup> W. Lehnert, in: Altröck/ Oschmann/ Theobald (Hrsg.), EEG, 3. Aufl. 2011, § 21 Rn. 37.

**Ansprechpartner:**

Rechtsanwalt, Dipl.-Betr. (BA) René Walter  
Fachverband Biogas e.V.  
rene.walter@biogas.org  
03.12.2012