

2013/83

26. März 2014

## Votum

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

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch Dr. Winkler in Vertretung für Dr. Lovens als Vorsitzenden, das Mitglied Dibbern sowie das Mitglied Richter am 26. März 2014 einstimmig folgendes Votum:

**Die Anspruchstellerin hat für den Strom, der seit dem 1. Oktober 2010 in ihren 2002 und 2003 mit Erdgas in Betrieb gesetzten BHKW durch Einsatz von Biomethan im Wege des sog. Gasabtauschs erzeugt wird, keinen Anspruch auf den Technologie-Bonus gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004 i. V. m. § 5 EEG 2000 oder § 8 Abs. 4 EEG 2004.**

## Inhaltsverzeichnis

1	<b>Tatbestand</b>	2
2	<b>Begründung</b>	4
2.1	Verfahren . . . . .	4
2.2	Würdigung . . . . .	4
2.2.1	Inbetriebnahme . . . . .	4
2.2.2	Anwendbare Vergütungsvorschriften des EEG . . . . .	7

### I Tatbestand

- 1 Die Parteien sind uneins darüber, ob für den Strom, den die Anspruchstellerin in ihren beiden BHKW erzeugt, ein Anspruch auf eine erhöhte Vergütung mit dem sog. Technologiebonus nach Anlage 1 Nr. I EEG 2009<sup>1</sup> oder § 8 Abs. 4 EEG 2004<sup>2</sup> für den Einsatz von auf Erdgasqualität aufbereitetem Biogas (Biomethan) besteht.
- 2 Das BHKW 1 wurde im Jahr 2002, das BHKW 2 im Jahr 2003 jeweils mit Erdgas in Betrieb gesetzt. Beide BHKW weisen zusammengenommen eine installierte Gesamtleistung von 220 kW auf. Im Oktober 2010 wurden beide BHKW auf den Einsatz von Biomethan umgestellt.
- 3 Die Anspruchstellerin erhält von der Anspruchsgegnerin für den seit der Umstellung auf Biomethan erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten

<sup>1</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/arbeitsausgabe>.

<sup>2</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), 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), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, 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).

Strom eine Grundvergütung (nach EEG 2000<sup>3</sup> oder<sup>4</sup> EEG 2009) sowie die erhöhte, einsatzstoffbezogene Vergütung mit dem sog. NawaRo-Bonus und die erhöhte Vergütung für die Stromerzeugung in Kraft-Wärme-Kopplung (sog. KWK-Bonus) nach EEG 2009.

- 4 Die Anspruchstellerin ist der Ansicht, dass ihr für den Strom, den sie seit der Umstellung in ihren BHKW erzeugt, auch ein Anspruch auf den sog. Technologiebonus des EEG 2009 oder EEG 2004 für den Einsatz von auf Erdgasqualität aufbereitetes Biogas (Biomethan) zusteht.
- 5 Die Anspruchsgegnerin ist hingegen der Ansicht, dass der Anspruchstellerin für den seit der Umstellung der BHKW aus Biomethan erzeugten Strom kein Anspruch auf den sog. Technologiebonus zusteht.
- 6 Mit Beschluss vom 29. Oktober 2013 hat die Clearingstelle EEG das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)<sup>5</sup> nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin für den seit dem 1. Oktober 2010 in den in [...] belegenen BHKW 1 und BHKW 2, die 2002 und 2003 mit Erdgas in Betrieb gesetzt wurden und in denen seit dem 1. Oktober 2010 Biogas im Wege des sog. Gasabtauschs nach § 27 Abs. 2 EEG 2009 eingesetzt wird, erzeugten Strom einen Anspruch auf einen Technologie-Bonus gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004 i. V. m. § 5 EEG 2000?

Verneinendenfalls: Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf einen Technologie-Bonus gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004 i. V. m. § 8 Abs. 4 EEG 2004?

<sup>3</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 29.03.2000 (BGBl I S. 305), zuletzt geändert durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 22.12.2003 (BGBl I S. 3074), nachfolgend bezeichnet als EEG 2000, außer Kraft gesetzt durch Art. 4 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918).

<sup>4</sup>Aus den zum Verfahren gereichten Unterlagen nicht ersichtlich.

<sup>5</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung vom 14.12.2011, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 7 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 1 VerfO. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da alle Parteien und die Clearingstelle EEG dem zustimmten, §§ 28 Abs. 2 Satz 1 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß § 28 Abs. 1, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Richter erstellt.

### 2.2 Würdigung

- 8 Die Anspruchstellerin hat für den seit dem 1. Oktober 2010 in ihren BHKW erzeugten Strom weder einen Anspruch auf den Technologie-Bonus des EEG 2009 noch den des EEG 2004.
- 9 Denn da die BHKW 1 und 2 in den Jahren 2002 und 2003 in Betrieb genommen wurden (s. Abschnitt 2.2.1), richtet sich die Vergütung des Stromes gemäß den Übergangsbestimmungen des EEG 2012, EEG 2009 und EEG 2004 grundsätzlich nach dem EEG 2000 (s. Abschnitt 2.2.2). Anders als für den sog. NawaRo-Bonus<sup>6</sup> und den sog. KWK-Bonus<sup>7</sup> beinhalten das EEG 2009 und EEG 2004 zudem keine Übergangsbestimmungen, denen zufolge der Technologiebonus des EEG 2009 oder EEG 2004 auch für Bestandsanlagen gilt.
- 10 Das EEG 2000 sieht hingegen keine erhöhte Vergütung für den Einsatz bestimmter Technologien vor (s. Rn. 32).

#### 2.2.1 Inbetriebnahme

- 11 Die Vergütung der BHKW 1 und 2 richtet sich grundsätzlich nach dem EEG 2000. Welche Vorschriften des EEG 2000, EEG 2004, EEG 2009 oder EEG 2012 für den in einer Anlage erzeugten Strom anwendbar sind, richtet sich im Kern nach dem Inbetriebnahmezeitpunkt der Anlage.
- 12 Die BHKW 1 und BHKW 2 wurden gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 in den Jahren 2002 und 2003 in Betrieb genommen. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

<sup>6</sup>Bonus für den Einsatz nachwachsender Rohstoffe, § 27 Abs. 4 Nr. 2 oder § 66 Abs. 1 i. V. m. Anlage 2 EEG 2009 bzw. § 8 Abs. 2 EEG 2004.

<sup>7</sup>Bonus für die Erzeugung von Strom in Kraft-Wärme-Kopplung, § 27 Abs. 4 Nr. 3 oder § 66 Abs. 1 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009 bzw. § 8 Abs. 3 EEG 2004.

- 13 Nach § 66 Abs. 1 EEG 2012<sup>8</sup> i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2009<sup>9</sup> gelten für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden (sog. Bestandsanlagen), ab dem 1. Januar 2009 u. a. die Vorschriften des § 3 Nr. 5 EEG 2009 (Begriff der Inbetriebnahme) und des § 3 Nr. 1 EEG 2009 (Begriff der Anlage) EEG 2009. Denn gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 gelten für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, grundsätzlich die Vorschriften des EEG in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung, es sei denn, dass § 66 Abs. 1 EEG 2012 anstelle einer bestimmten Vorschrift des EEG 2009 die Geltung einer Vorschrift des EEG 2012 anordnet; dies ist für § 3 EEG 2009 nicht der Fall.<sup>10</sup> Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 wiederum gelten für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden, anstelle bestimmter benannter Vorschriften des EEG 2009 die Vorschriften des EEG 2004 und im Übrigen das EEG 2009. § 3 EEG 2009 gehört nicht zu den Vorschriften, an deren Stelle eine entsprechende Vorschrift des EEG 2004 weitergilt. Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 gilt also ab dem 1. Januar 2009 für Bestandsanlagen nicht mehr der Inbetriebnahmebegriff aus § 3 Abs. 4 EEG 2004, sondern es gilt § 3 Nr. 5 EEG 2009.
- 14 Auch für die Frage, ob überhaupt eine (vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommene) Bestandsanlage i. S. d. § 66 Abs. 1 EEG 2009 vorliegt, gelten § 3 Nr. 5 und Nr. 1 EEG 2009.<sup>11</sup>
- 15 Gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 ist die Inbetriebnahme einer Anlage

„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“.<sup>12</sup>

Die Inbetriebnahme setzt also grundsätzlich die Inbetriebsetzung einer technisch betriebsbereiten Anlage i. S. d. § 3 Nr. 5 EEG 2009 voraus.

<sup>8</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2012/arbeitsausgabe>.

<sup>9</sup>Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 gilt § 66 Abs. 1 EEG 2009 für Bestandsanlagen auch nach Inkrafttreten des EEG 2012 fort.

<sup>10</sup>Die Bezugnahme in § 66 Abs. 1 EEG 2012 auf dem am 31. Dezember 2011 geltenden Inbetriebnahmebegriff bezieht sich insbesondere auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Solarenergie.

<sup>11</sup>Clearingstelle EEG, Votum v. 13.04.2010 – 2009/26, Leitsatz 1 und Rn. 30, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2009/26>.

<sup>12</sup>Hervorhebungen nicht im Original.

- 16 Ob es sich bei den beiden BHKW auch nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH)<sup>13</sup> bereits im Jahre 2002 und 2003 um EEG-„Anlagen“ im Sinne des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 handelte, kann vorliegend dahinstehen. Denn jedenfalls sind diese BHKW in den Jahren 2002 und 2003 „nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft“ mit „sonstigen Energieträgern“, nämlich mit Erdgas, gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 „in Betrieb gesetzt“ und spätestens mit der Umstellung auf Biomethan im Jahr 2010 als „Anlagen“ i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 anzusehen, die i. S. v. § 3 Nr. 5 EEG 2009 in den Jahren 2002 und 2003 „in Betrieb genommen“ wurden.
- 17 So hat die Clearingstelle EEG bereits im Votum 2009/26 zur „Inbetriebnahme“ gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 bei der Umstellung zweier BHKW unter dem EEG 2009 von Erdgas auf erneuerbare Energien (dort Pflanzenöl) ausgeführt:

„Selbst wenn unterstellt würde, dass die Anlagen (*zum Zeitpunkt ihrer Inbetriebsetzung mit fossilen Energieträgern*)<sup>14</sup> weder prinzipiell noch im konkreten Einzelfall für die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien geeignet wären, gälten die Anlagen dennoch als in Betrieb genommen. Denn aus dem Wortlaut der die Inbetriebnahme regelnden Vorschrift § 3 Nr. 5 EEG 2009 ergibt sich, dass eine Inbetriebnahme i. S. d. EEG 2009 auch dann möglich sein soll, wenn fossile Brennstoffe eingesetzt werden bzw. wurden. Und zwar gilt dies auch dann, wenn die Anlage erst später auf den Betrieb mit Erneuerbaren Energien umgerüstet wird und mithin zum Zeitpunkt der Erst-Inbetriebnahme nicht notwendigerweise geeignet ist bzw. war, aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas Strom zu erzeugen.<sup>15</sup>

Diese sowohl in der Gesetzesbegründung als auch in der Kommentarliteratur bezüglich der Konsequenz einhellig geteilte Auffassung ist indes nur dann mit dem Wortlaut des § 3 Nr. 5 EEG 2009 vereinbar, wenn man – wie die Clearingstelle EEG auch – annimmt, dass § 3 Nr. 5 EEG 2009 den Anlagenbegriff des § 3 Nr. 1 EEG 2009 dahingehend *modifi-*

<sup>13</sup>BGH, Urteil v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2363>.

<sup>14</sup>Klammerzusatz nicht im Original.

<sup>15</sup>Vgl. BT-Drs. 16/8148 (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung), S. 39, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>; Salje, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 3 Rn. 151 f.; Reshöft, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Handkommentar, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 53 f.; Böwing, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 2. Aufl. 2010, S. 4791 Rn. 16.

ziert, dass in § 3 Nr. 5 EEG 2009 nicht die technische Betriebsbereitschaft zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas, sondern überhaupt zur Stromerzeugung gemeint ist. Anderenfalls könnte es nicht zu der – auch in der Gesetzesbegründung beispielhaft angeführten<sup>16</sup> – Inbetriebnahme mit fossilen Energieträgern und der erst sehr viel späteren *Umstellung* auf den Betrieb mit Erneuerbaren Energien unter Beibehaltung des Inbetriebnahmedatums kommen.“<sup>17</sup>

- 18 Damit sind auch die hier verfahrensgegenständlichen BHKW bereits in den Jahren 2002 und 2003 i. S. v. § 3 Nr. 5 EEG 2009 „in Betrieb genommen worden“.
- 19 Wenn nicht bereits bei ihrer Inbetriebnahme, so sind die BHKW spätestens mit ihrer Umstellung auf den Einsatz von Biomethan als eine erneuerbare Energie zudem „Einrichtung(en) zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas“ und daher „Anlagen“ im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009 (und damit auch im Sinne des § 66 Abs. 1 EEG 2009).

### 2.2.2 Anwendbare Vergütungsvorschriften des EEG

- 20 **Technologiebonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 Nr. I EEG 2009** Für den Strom aus den verfahrensgegenständlichen BHKW besteht kein Anspruch auf den Technologiebonus des EEG 2009. Denn nach § 66 Abs. 1 EEG 2012 i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2009 gelten u. a. § 27 und Anlage 1 EEG 2009 nicht für „Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden“, also nicht für Bestandsanlagen im Sinne des EEG 2009, die vor dem Inkrafttreten des EEG 2009 in Betrieb genommen wurden. Hierzu gehören auch die BHKW 1 und 2, die – wie soeben dargestellt – in den Jahren 2002 und 2003 in Betrieb genommen wurden.
- 21 Für solche Anlagen gelten gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 u. a. anstelle des § 27 sowie der Anlage 1 EEG 2009 vielmehr die „Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918) in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung“, also die Regelungen des EEG 2004. Zudem gilt für diese Anlagen die Übergangsvorschrift des § 21 Abs. 1 EEG 2004.<sup>18</sup>

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

<sup>17</sup> Clearingstelle EEG, Votum v. 13.04.2010 – 2009/26, Rn. 23 ff., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2009/26>.

<sup>18</sup> Zwar führt § 66 Abs. 1 EEG 2009 nicht ausdrücklich an, dass an seiner selber statt die Übergangsbestimmungen des EEG 2004 gelten, jedoch würde eine Nennung von § 66 EEG 2009 in § 66 EEG 2009 selber auch zu einem unauflösbaren logischen Widerspruch führen, so dass davon aus-

- 22 Auch eine analoge – d. h. entsprechende – Anwendung von § 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen wie die verfahrensgegenständlichen BHKW bzw. eine Ergänzung des § 66 Abs. 1 EEG 2009 um die Aufzählung der Anlage 1 scheidet aus. Denn es bestehen schon keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine planwidrige Regelungslücke besteht, also der Gesetzgeber etwa nur versehentlich übersehen hat, den Technologiebonus des EEG 2009 auch für Bestandsanlagen vorzusehen. Vielmehr zählt § 66 Abs. 1 EEG 2009 ausdrücklich auf, welche Vergütungen des EEG 2009 auch für Bestandsanlagen gelten sollen bzw. welche nicht. Während der Gesetzgeber z. B. den NawaRo-Bonus und den KWK-Bonus des EEG 2009 teilweise und unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich auch für Bestandsanlagen vorgesehen hat (s. § 66 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 EEG 2009), hat er den Technologiebonus des EEG 2009 gerade nicht in die Übergangsbestimmung für Bestandsanlagen aus § 66 Abs. 1 EEG 2009 aufgenommen. Es ist daher anzunehmen, dass er dies bewusst unterlassen hat. Selbst wenn eines der gesetzgeberischen Ziele des Technologiebonus – den Einsatz von Biomethan anzureizen – auch bei Bestandsanlagen greifen könnte, besteht daher keine ausreichende Grundlage, die es dem Gesetzesanwender ermöglichen würde, von einer Gesetzeslücke auszugehen und diese zu schließen, indem er – den Wortlaut des EEG 2009 ergänzend – Anlage 1 EEG 2009 analog auf Bestandsanlagen anwendet.<sup>19</sup>
- 23 **Technologiebonus nach § 8 Abs. 4 EEG 2004** Es besteht auch kein Anspruch auf den Technologiebonus nach § 8 Abs. 4 EEG 2004. Denn dieser gilt gemäß § 21 Abs. 1 EEG 2004 nicht für „Anlagen, die bis zum 31. Juli 2004 in Betrieb genommen wurden“ – also nicht für Bestandsanlagen im Sinne des EEG 2004, die vor dem Inkrafttreten des EEG 2004 in Betrieb genommen wurden.
- 24 Gemäß § 21 Abs. 1 EEG 2004 gelten für solche Anlagen grundsätzlich die „bisherigen Vorschriften über die Vergütungssätze“ – also die Vergütungsvorschriften des EEG 2000 – mit den „folgenden Maßgaben“, also sofern § 21 Abs. 1 EEG 2004 im Weiteren nicht ausdrücklich festlegt, dass konkrete Vorschriften des EEG 2004 doch auch für Bestandsanlagen gelten.

gegangen werden kann, dass für Bestandsanlagen trotz mangelnder Nennung § 21 Abs. 1 EEG 2004 gilt, s. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 13.04.2010 – 2009/26, Rn. 32–35, insbes. Rn. 34, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2009/26>.

<sup>19</sup>Ausführlich zur analogen Anwendung der Anlage 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen, dort zu Anlage 1 Nr. II.i EEG 2009: *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.03.2014 – 2013/87, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2013/87>.



- 25 Zwar ist unter einer „Anlage“ und einer „Inbetriebnahme“ i. S. d. § 21 Abs. 1 EEG 2004 grundsätzlich eine Anlage gemäß § 3 Abs. 2 EEG 2004 und eine Inbetriebnahme gemäß § 3 Abs. 4 EEG 2004 zu verstehen; jedoch kann vorliegend offenbleiben, ob und inwieweit die „Inbetriebnahme“ – also die „technische Betriebsbereitschaft“<sup>20</sup> und die „Inbetriebsetzung“ – nach § 3 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 sowie die „Anlage“ nach § 3 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 anders auszulegen war als unter dem EEG 2012 und EEG 2009 (s. oben Rn. 16 f.), insbesondere ob eine Inbetriebsetzung nur mit erneuerbaren oder auch mit fossilen Energieträgern<sup>21</sup> möglich war.
- 26 Denn wenn wie im vorliegenden Fall für die Anwendung des EEG 2009 aus § 66 Abs. 1 EEG 2009 auf das EEG 2004 verwiesen wird, ist für die Anwendung des § 21 Abs. 1 EEG 2004 kein anderer Inbetriebnahme- und Anlagenbegriff zugrunde zu legen als bei der Anwendung der § 66 Abs. 1 EEG 2009. Denn zum einen ordnet § 66 Abs. 1 EEG 2009 für § 3 EEG 2009 gerade nicht an, dass an seiner Stelle die Vorschriften vorheriger EEG-Fassungen gelten sollen, sondern ordnet dies ausdrücklich nur für andere Vorschriften (einschließlich des § 66 EEG 2009 selber, s. Rn. 21) an. § 66 Abs. 1 EEG 2009 verweist also nur auf § 21 EEG 2004, aber nicht auf § 3 EEG 2004. Zum anderen führte es ggf. zu Wertungswidersprüchen und könnten Verweisungsketten im Falle der Umstellung von Biomasseanlagen i. S. v. § 3 Nr. 1 Halbsatz 2 EEG 2009 vom fossilen auf den regenerativen Betrieb ggf. nicht schlüssig aufgelöst werden, wenn im Rahmen der Verweisungskette auf unterschiedliche Inbetriebnahme- und Anlagenbegriffe abzustellen wäre.
- 27 Gemäß § 21 Abs. 1 und Abs. 3 EEG 2004 finden auf Biomasse-Bestandsanlagen, die bis zum 31. Juli 2004 in Betrieb genommen wurden, für die Vergütungssätze die bisherigen Vorschriften des EEG 2000 sowie die folgenden Vorschriften des EEG 2004 Anwendung:

„(1) ...

3. für Strom aus Biomasseanlagen, die nach dem 31. Dezember 2003 in Betrieb genommen worden sind, gelten ab dem 1. August 2004 die Vergütungssätze des § 8 dieses Gesetzes;

<sup>20</sup>Vgl. hierzu insbesondere *BGH*, Urt. v. 16.03.2011 – VIII ZR 48/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1341> sowie *BGH*, Urt. v. 21.05.2008 – VIII ZR 308/07, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/400>.

<sup>21</sup>Vgl. zur Inbetriebsetzung bei einem fossilen Anfahrtrieb während der Aufwärmung auf Betriebstemperatur des einzusetzenden Pflanzenöls *BGH*, Urt. v. 16.03.2011 – VIII ZR 48/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1341>.

4. für Strom aus Biomasseanlagen, die vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb gegangen sind, erhöht sich die Mindestvergütung nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 dieses Gesetzes;
5. für Strom aus Biomasseanlagen, die vor dem 1. August 2004 in Betrieb genommen worden sind, findet § 8 Abs. 6 Satz 2 dieses Gesetzes Anwendung;

...

(2) ...

- (3) Für Strom aus Biomasseanlagen, die auch Altholz der Altholzkategorie A III und A IV im Sinne der Altholzverordnung vom 15. August 2002 (BGBl. I S. 3302) einsetzen und die vor dem 30. Juni 2006 in Betrieb genommen worden sind, ist anstelle von § 8 Abs. 1 Satz 2 § 8 Abs. 1 Satz 1 anzuwenden.

...“

- 28 Gemäß § 21 EEG 2004 gilt für Bestandsanlagen damit beispielsweise der sog. NawaRo-Bonus<sup>22</sup> des EEG 2004 aus § 8 Abs. 2 EEG 2004.
- 29 Es gilt jedoch gerade nicht der sog. Technologiebonus des EEG 2004, der in § 8 Abs. 4<sup>23</sup> EEG 2004 geregelt wurde.
- 30 Ähnlich wie unter dem EEG 2009 (s. oben Rn. 22) kommt auch eine analoge Anwendung von § 8 Abs. 4 EEG 2004 auf Bestandsanlagen bzw. eine entsprechende Ergänzung von § 21 EEG 2004 nicht in Betracht.
- 31 **Anspruch nach § 5 EEG 2000** § 66 Abs. 1 EEG 2012 i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004 verweisen mithin für Anlagen, die bis zum 31. Juli 2004 in Betrieb genommen wurden, im Übrigen auf § 5 EEG 2000.

<sup>22</sup>Bonus für den Einsatz nachwachsender Rohstoffe und Gülle.

<sup>23</sup>„Die Mindestvergütungen nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 erhöhen sich um jeweils weitere 2,0 Cent pro Kilowattstunde, wenn der Strom in Anlagen gewonnen wird, die auch in Kraft-Wärme-Kopplung betrieben werden, und die Biomasse durch thermochemische Vergasung oder Trockenfermentation umgewandelt, das zur Stromerzeugung eingesetzte Gas aus Biomasse auf Erdgasqualität aufbereitet worden ist oder der Strom mittels Brennstoffzellen, Gasturbinen, Dampfmotoren, Organic-Rankine-Anlagen, Mehrstoffgemisch-Anlagen, insbesondere Kalina-Cycle-Anlagen, oder Stirling-Motoren gewonnen wird...“

- 32 § 5 EEG 2000 sah jedoch lediglich eine nach Anlagengröße gestaffelte Grundvergütung (§ 5 Abs. 1 EEG 2000) sowie eine Degressionsvorschrift (§ 5 Abs. 2 EEG 2000), aber noch keine erhöhte Vergütung für den Einsatz bestimmter Technologien vor.
- 33 Für den in den BHKW des Anspruchstellers erzeugten Strom besteht daher kein Anspruch auf eine erhöhte Vergütung (Technologiebonus) für den Einsatz von auf Erdgasqualität aufbereitetem Biogas.

Dr. Winkler  
i. V. für Dr. Lovens

Dibbern

Richter