

2013/87

27. März 2014

Votum

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

Leitsätze:

1. Ein Anspruch auf den Technologie-Bonus nach Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 besteht für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden (sog. Bestandsanlagen) weder in direkter noch in analoger Anwendung der Übergangsbestimmungen aus § 66 Abs. 1 EEG 2009.
2. Der Anspruch auf den Technologie-Bonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 für Anlagen, die nach dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden (sog. Neuanlagen), besteht weder direkt noch analog für Bestandsanlagen, die nach dem 1. Januar 2009 mit einer Einrichtung zur Nachrotte bzw. Kompostierung ausgestattet wurden.

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch die ständige Beisitzerin Dr. Brunner in Vertretung für Dr. Lovens als Vorsitzende, den ständigen Beisitzer Dibbern in Vertretung für den ständigen Beisitzer Dr. Winkler sowie die ständige Beisitzerin Richter am 27. März 2014 einstimmig folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin keinen Anspruch auf die erhöhte Vergütung gemäß §§ 16, 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 (Technologie-Bonus) für den Strom, den sie in ihrer in [...] belegenen und am 1. April 2009 um eine Kompostierungsanlage zur Herstellung von Düngemitteln aus Gärresten erweiterten Biogasanlage erzeugt.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	3
2	Begründung	6
2.1	Verfahren	6
2.2	Würdigung	6
2.2.1	Kein Anspruch aus § 66 Abs. 1 i. V. m. Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 für die Biogasanlage	7
2.2.2	Kein Anspruch aus § 27 Abs. 1 i. V. m. Anlage 2 EEG 2009 für die Einrichtung zur Nachrotte oder die Biogasanlage	15

I Tatbestand

- 1 Die Parteien sind uneins, ob die Anspruchstellerin für den Strom aus ihrer Biogasanlage einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung gemäß §§ 16, 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009¹ (Technologie-Bonus) hat.
- 2 Die Biogasanlage der Anspruchstellerin wurde erstmalig im Jahr 2002 in Betrieb genommen. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die Anlage aufgrund einer Erweiterung in den Jahren 2005 und 2006 gemäß § 3 Abs. 4 Halbsatz 2 EEG 2004² „erneuert“ und damit unter dem EEG 2004 neu in Betrieb genommen wurde.
- 3 Im Jahr 2009 wurde zu der Biogasanlage eine Kompostierungsanlage hinzugebaut und in Betrieb genommen, die im Jahr 2010 durch eine Eindickungsanlage sowie eine Einrichtung zur Nachrotte ergänzt wurde. Diese Einrichtungen ermöglichen die Kompostierung und Nachrotte der Gärreste aus der Biogasanlage, um diese anschließend weiter zu Düngemittel aufzubereiten.
- 4 Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die Voraussetzungen für den Technologie-Bonus aus Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 (Vergärung von Bioabfällen bei Nachrotte der festen Gärrückstände in einer unmittelbar mit der Biogasanlage verbundenen Einrichtung zur Nachrotte und stofflicher Verwertung der Gärreste) erfüllt sind. Es ist jedoch strittig, ob Anlage 1 EEG 2009 überhaupt auf die Anlagen der Anspruchstellerin anwendbar ist.
- 5 **Die Anspruchstellerin** ist der Ansicht, dass sie aufgrund der Nachrüstung ihrer Anlage mit der Einrichtung zur Kompostierung bzw. genauer mit der Einrichtung zur Nachrotte für den in ihrer Biogasanlage erzeugten Strom einen Anspruch auf den Technologie-Bonus nach Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 habe.

¹Gesetz 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 <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

²Gesetz 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).

- 6 Zwar regle die Übergangsbestimmung des § 66 Abs. 1 EEG 2009 nicht ausdrücklich, dass der Technologie-Bonus auch für Bestandsanlagen gelte, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden; dies stelle jedoch eine planwidrige Lücke im Gesetz dar.
- 7 So beruhe es lediglich auf einem Versehen des Gesetzgebers, dass § 66 Abs. 1 EEG 2009 die Geltung von Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 nicht auch für Bestandsanlagen vorsehe. Die Bestimmung zum Technologie-Bonus für Bioabfallvergärungsanlagen (Anlage 1 Nr. II.1.i) sei erst sehr spät in den Gesetzentwurf eingefügt worden und die Übergangsvorschriften zu diesem Zeitpunkt schon vorhanden gewesen. Eine Anpassung des § 66 Abs. 1 EEG 2009 sei daher entweder versehentlich unterblieben oder der Gesetzgeber habe nicht bedacht, dass die Nachrüstung einer Bestandsanlage nicht zu einer Neuinbetriebnahme führe.
- 8 Auch der Regelungsplan des Gesetzgebers verlange, dass der Technologie-Bonus des EEG 2009 auch für Bestandsanlagen gelten müsse. Denn durch die Nachrotte werde das Ziel des Technologie-Bonus verwirklicht, einen spezifischen Anreiz zum Einsatz innovativer, besonders energieeffizienter und schadstoffarmer Anlagentechnik mit möglichst hohen Wirkungsgraden zu setzen. Die Nachrüstung von Bestandsanlagen mit solcher Technik bringe hierbei denselben positiven Effekt wie die Errichtung von Neuanlagen.
- 9 Der Gesetzgeber habe durch die Übergangsbestimmung des § 66 Abs. 1 EEG 2009 Bestandsanlagen nicht vom Anspruch auf den (neuen) Technologie-Bonus des EEG 2009 ausschließen wollen. Vielmehr habe er durch die in § 66 Abs. 1 EEG 2009 geregelte Nichtanwendung der neuen Vorschriften des EEG 2009 auf bereits bestehende Anlagen lediglich einen Bestandsschutz für diese Anlagen herbeiführen wollen. Ein solcher Bestandsschutz gelte insbesondere dann, wenn Anlagenbetreiberinnen und -betreiber eine Anlagentechnik nutzten, die nach dem EEG 2009 nicht mehr als innovativ angesehen werde, nach dem EEG 2004 jedoch zur Inanspruchnahme des Technologie-Bonus berechtigte. Hierzu zähle insbesondere das Trockenfermentationsverfahren. Würde man jedoch die Vorschriften des EEG 2009 auf Bestandsanlagen auch dann nicht anwenden, wenn diese mit einer Anlagentechnik nachgerüstet würden, die erst mit Inkrafttreten des EEG 2009 als förderungswürdig angesehen wurde, würde man die Betreiberinnen und -betreiber von Bestandsanlagen zu ihren Lasten vom Technologie-Bonus ausschließen.
- 10 Die Interessenlage von Betreiberinnen und Betreibern von Altanlagen, die ihre Anlage nach dem 1. Januar 2009 mit innovativer Anlagentechnik nachrüsteten, sei auch

mit der von Errichtern und Planern neuer Anlagen vergleichbar. Denn die Ausrüstung einer neuen Anlage mit der innovativen Technik und die entsprechende Nachrüstung einer bestehenden Anlage würden jeweils unter derselben Zielrichtung vorgenommen und in beiden Konstellationen entstünden vergleichbare Investitionskosten. Die Kosten einer Nachrüstung von Bestandsanlagen lägen vielfach sogar über den Kosten, die die Bereitstellung solcher Techniken bei der Neuerrichtung einer Anlage verursache. Jedenfalls bestünde keine Gefahr der Überförderung, da der Technologiebonus in Höhe von 2 Cent/kWh lediglich der Refinanzierung der als innovativ bewerteten Anlagentechnik diene, welche zum Zeitpunkt der Errichtung einer Bestandsanlage noch nicht in die gesamtwirtschaftliche Planung der Anlage einkalkuliert werden konnte.

- 11 Darüber hinaus müsse nach Sinn und Zweck des Technologiebonus die innovative Anlagentechnik, hier in Form der Nachrotte, in Erweiterung des Anlagenbegriffes um diesen spezifischen Teil den Regelungen für Neuanlagen unterliegen und damit ein Anspruch auf den Technologiebonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 EEG 2009 bestehen.
- 12 **Die Anspruchsgegnerin** ist der Auffassung, dass ein Anspruch nicht bestehe, da gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 für Bestandsanlagen die Vorschriften zum Technologie-Bonus aus § 27 Abs. 4 Nr. 1 und Anlage 1 EEG 2009 nicht gälten und die stattdessen anwendbaren Regelungen zum Technologie-Bonus aus § 8 Abs. 4 EEG 2004 ihrerseits keine Vergütung für die Vergärung von Bioabfällen und Nachrotte von Gärresten enthielten. Auch stelle die Einrichtung zur Kompostierung bzw. Nachrotte keinen Anlagenbestandteil dar, so dass deren Inbetriebnahme nicht zu einer Neubewertung des Inbetriebnahmezeitpunktes der Biogasanlage führe.
- 13 Mit Beschluss vom 11. November 2013 hat die Clearingstelle EEG das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)³ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:
- 14 Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin für den in [...] belegenen und am 1. April 2009 um eine Kompostierungsanlage zur Herstellung von Düngemitteln aus Gärresten erweiterten Biogasanlage erzeugten

³Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung vom 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

Strom einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung gemäß §§ 16, 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 (Technologie-Bonus)?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 15 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.
- 16 Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO die ständige Beisitzerin der Clearingstelle EEG Richter erstellt.

2.2 Würdigung

- 17 Die Anspruchstellerin hat für den in ihrer Biogasanlage erzeugten Strom keinen Anspruch auf die erhöhte Vergütung aus Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 (sog. Technologie-Bonus).
- 18 Denn der Technologie-Bonus aus Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 gilt gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 nicht für Strom aus sog. **Bestandsanlagen**, die – wie die Biogasanlage der Anspruchstellerin – vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden (s. Rn. 21 f.). Er kann auch nicht durch eine ungeschriebene Ergänzung des § 66 Abs. 1 EEG 2009 analog (d. h. entsprechend) auf solche Bestandsanlagen angewendet werden (s. Rn. 25 f.).
- 19 Zudem kann die **Einrichtung zur Kompostierung bzw. Nachrotte** für sich allein genommen weder direkt (s. Rn. 53 f.) noch analog (s. Rn. 55 f.) den Anspruch auf den Technologie-Bonus aus § 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 für Strom aus sog. Neuanlagen begründen, die nach dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden. Denn eine solche Einrichtung kann nicht wie eine „Anlage“ zur Stromerzeugung i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 behandelt werden. Auch kann die Inbetriebnahme einer solchen Einrichtung nicht dazu führen, dass die ihr zugeordnete Biogasanlage als neu in Betrieb genommen gilt.

2.2.1 Kein Anspruch aus § 66 Abs. 1 i. V. m. Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 für die Biogasanlage

- 20 Ein Anspruch auf den Technologie-Bonus nach Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2009 besteht weder in direkter Anwendung des Gesetzeswortlautes (s. Rn. 21 f.) noch in analoger Anwendung (s. Rn. 25 f.).
- 21 **2.2.1.1 Direkte Anwendung von § 66 Abs. 1 EEG 2009** Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 gilt Anlage 1 EEG 2009 nicht für die Biogasanlage der Anspruchstellerin.
- 22 Denn für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden, ergeben sich Ansprüche aus dem EEG 2009 nur, soweit die Übergangsvorschrift des § 66 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 dies vorsieht.
- 23 Die Biogasanlage der Anspruchstellerin ist eine solche „Anlage“ im Sinne der Übergangsbestimmung aus § 66 Abs. 1 i. V. m. § 3 Nr. 1 EEG 2009, also eine „Einrichtung zur Erzeugung von Strom“. Dies gilt unabhängig davon, ob die „Biogasanlage“ auch die Einrichtungen zur Nachrotte bzw. zur Kompostierung umfasst oder ob man als „Anlage“ nur den Fermenter und das BHKW betrachtet und die nachgerüsteten Einrichtungen zur Nachrotte bzw. zur Kompostierung als Teile ansieht, die nicht zur Anlage im Rechtssinne gehören. Die Biogasanlage der Anspruchstellerin ist auch gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 „vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen“ worden. Denn zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Anlage gemäß § 3 Abs. 4 Satz 1 EEG 2004 erstmals im Jahr 2002 und gemäß § 3 Abs. 4 Satz 2 EEG 2004 im Jahr 2006 neu in Betrieb genommen wurde.
- 24 Die Übergangsvorschrift des § 66 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 sieht vor, dass für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden, ab dem 1. Januar 2009 zwar grundsätzlich das EEG 2009 gilt, hinsichtlich der Vergütungstatbestände jedoch zum großen Teil die Vorschriften des EEG 2004 fortgelten – so jedenfalls für Anlagen, die wie die Biogasanlage der Anspruchstellerin nach dem 1. August 2004 (hier: neu) in Betrieb genommen wurden, s. § 21 Abs. 1 EEG 2004. Anstelle welcher Vorschriften des EEG 2009 die Regelungen des EEG 2004 fortgelten, führt § 66 Abs. 1 EEG 2009 dabei ausdrücklich auf. So sind gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 für Biomasse-Bestandsanlagen u. a. „anstelle der ... § 27 ... sowie der ... Anlage 1“ EEG 2009 die Vorschriften des EEG 2004 zur Grundvergütung und

zum Technologie-Bonus anzuwenden.⁴ Sofern diejenigen Vorschriften des EEG 2009, die für Bestandsanlagen grundsätzlich nicht gelten, doch zumindest teilweise anwendbar sind (Rückausnahme), führt § 66 Abs. 1 EEG 2009 auch dies ausdrücklich auf (die Vorschriften des EEG 2004 sind dann „mit folgenden Maßgaben anzuwenden“). Jedoch sind weder für Nr. II. 1. i noch für sonstige Teile der Anlage 1 EEG 2009 solche Rückausnahmen vorgesehen. Dies ist zwischen den Parteien auch nicht streitig.

- 25 **2.2.1.2 Analoge Anwendung von § 66 Abs. 1 i. V. m. Anlage 1 Nr. II. 1. i EEG 2009** Die Übergangsbestimmung des § 66 Abs. 1 EEG 2009 kann jedoch auch nicht durch eine ungeschriebene Ausnahme ergänzt und die Anlage 1 Nr. II. 1. i EEG 2009 auf Bestandsanlagen nicht analog angewendet werden. Denn zum einen besteht schon keine planwidrige Regelungslücke. Zum anderen ist zweifelhaft, ob bei der Nachrüstung bestehender Abfallvergärungsanlagen eine vergleichbare Interessenlage besteht wie bei der erstmaligen Errichtung und Ausrüstung einer Neuanlage.
- 26 Eine gesetzliche Regelung kann nur dann analog auf eine Konstellation angewendet werden, wenn diese Konstellation – auch nach weiter Auslegung – vom Wortlaut der Regelung nicht erfasst ist, dies eine in Bezug auf die Regelungsziele des Gesetzes planwidrige Regelungslücke darstellt⁵ und zudem bei der nicht erfassten Konstellation eine vergleichbare Interessenlage besteht wie bei den erfassten Konstellationen.⁶ Hierzu im Einzelnen:

- 27 **Planwidrige Regelungslücke** Der Technologie-Bonus aus Anlage 2 EEG 2009 gilt zwar gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2009 nur für Neuanlagen und wird in § 66 Abs. 1

⁴Dahinstehen kann für die folgende Betrachtung, ob sich ein Anspruch auf die gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 für Bestandsanlagen ausdrücklich geltenden oder – wie hier – ggf. analog geltenden Biomasse-Boni des EEG 2009 aus § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 8 EEG 2004 oder § 27 EEG 2009 (als Verweisnormen und grundsätzliche Vergütungstatbestände) ergeben. Vgl. zur genauen Anspruchsgrundlage beim NawaRo-Bonus des EEG 2009 für Bestandsanlagen *Clearingstelle EEG*, Votum v. 24.11.2010 – 2009/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2009/10>, Rn. 15 f.

⁵ So die herrschende Ansicht, siehe z. B. *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 370, 373; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 1. Aufl. 2008, S. 97.

⁶ *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 370, 373; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 1. Aufl. 2008, S. 97. Ebenso eine andere Ansicht, der zufolge es jedoch ausschließlich auf das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlagen und nicht auf die Identifizierung einer planwidrigen Regelungslücke ankommt, siehe z. B. *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 635 mit weiterem Nachweis.

EEG 2009 nicht als eine der Vorschriften genannt, die auch für Bestandsanlagen gelten; dies kann jedoch im Ergebnis nicht als eine „**Regelungslücke**“ bezeichnet werden.

- 28 Denn nach dem ausdrücklichen Wortlaut und der Systematik der Übergangsbestimmung aus § 66 Abs. 1 EEG 2009 gilt für Bestandsanlagen stattdessen die Vorschriften des EEG 2004 fort, so dass eine ausdrückliche – nur eben andere – Regelung mit dem Inhalt „keine Geltung des Technologie-Bonus für Bestandsanlagen“ vorhanden ist. Insofern liegt hier schon kein „ungeregelter“ Fall vor, auf den eine für andere Fälle getroffene Regelung erstreckt werden könnte.
- 29 Insbesondere ist diese ausdrückliche Nichterstreckung der Anlage 1 auf Bestandsanlagen auch nicht **planwidrig**. Denn es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass dem Gesetzgeber bei der Abfassung des § 66 EEG 2009 in Bezug auf den Technologie-Bonus nach Anlage 1 Nr. II. 1. i EEG 2009 eine versehentliche Auslassung unterlaufen ist und nach seinem eigentlichen Willen dieser Bonus auch für Bestandsanlagen gelten sollte.
- 30 Wie bereits festgestellt (s. Rn. 24), hat der Gesetzgeber in § 66 Abs. 1 EEG 2009 mittels einer (sog. enumerativen) Aufzählung der nicht auf Bestandsanlagen anwendbaren Regelungen des EEG 2009 ausdrücklich und differenziert angeordnet, welche Vergütungstatbestände und Boni nur für neue Anlagen und welche auch für Bestandsanlagen gelten sollen. Dies soll § 66 Abs. 1 EEG 2009 nach dem Willen des Gesetzgebers auch abschließend regeln, da der Gesetzgeber nicht etwa für bestimmte neue Vorschriften offenlassen und dem Gesetzesanwender die Entscheidung darüber überlassen wollte, ob für Bestandsanlagen diese neuen Vorschriften gelten oder die alte Rechtslage fortgilt.
- 31 Der Gesetzgeber hat dabei sowohl Fälle gesehen und geregelt, in denen für Bestandsanlagen ab dem 1. Januar 2009 (oder ab einem späteren Zeitpunkt) **ausschließlich**⁷ oder **teilweise**⁸ die Regelungen des EEG 2009 gelten sollen.
- 32 Insbesondere hat er dabei auch gesehen, dass in bestimmten Fällen zur Erreichung des gesetzgeberischen Zieles eine Parallelität von anwendbaren Bonusvergütungen nach zwei verschiedenen Gesetzesfassungen erforderlich sein kann. Denn in ausdrücklich vorgesehenen Fällen können Betreiberinnen und Betreiber von Bestandsanlagen zudem **wahlweise** entweder einen Bonus des EEG 2004 aus Vertrauensschutzgründen weiterhin in Anspruch nehmen oder aber – bei Erfüllung der vom

⁷Z. B. § 66 Abs. 1 in Bezug auf § 6 Nr. 1 EEG 2009 – technische oder betriebliche Einrichtungen.

⁸Z. B. § 66 Abs. 1 Halbsatz 1 und Nr. 2 in Bezug auf Anlage 2 EEG 2009 – sog. NawaRo-Bonus.

EEG 2009 vorgesehenen, strengeren Voraussetzungen – den höheren Bonus nach dem EEG 2009 (§ 66 Abs. 1 Nr. 3, insbesondere Satz 1, in Bezug auf Anlage 3 EEG 2009 – sog. KWK-Bonus).

- 33 Diese letztere Übergangsregelung ist vergleichbar mit der Übergangsregelung, deren Schaffung der Gesetzgeber nach Ansicht der Anspruchstellerin versehentlich unterlassen hat – also der hypothetischen Regelung, dass Bestandsanlagen zumindest die unter dem EEG 2004 noch nicht anerkannten Technologien in Anlage 1 EEG 2009 nachrüsten und hierfür den Technologie-Bonus des EEG 2009 erhalten können. Eine solche Problematik hat der Gesetzgeber mithin gesehen und beim KWK-Bonus geregelt, beim Technologie-Bonus hingegen nicht geregelt.
- 34 Es liegt daher nahe, dass der Gesetzgeber neben dem Technologie-Bonus für Neuanlagen nach Anlage 1 EEG 2009 bewusst keine entsprechende Regelung für Bestandsanlagen geschaffen hat – auch nicht für diejenigen Technologien, die (wie die in Anlage 1 Nr. II. 1. i EEG 2009 geförderte Abfallvergärung) gemäß § 8 Abs. 4 EEG 2004 noch nicht gefördert wurden.
- 35 Bereits im Gesetzentwurf (also von Anfang des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens an) war vorgesehen, dass der Technologie-Bonus nach Anlage 1 EEG 2009 in keiner seiner dort vorgeschlagenen Ausgestaltungen auch für Bestandsanlagen gelten sollte, ordnete also die geplante Übergangsbestimmung in § 66 Abs. 1 EEG 2009 an, dass für Bestandsanlagen anstatt der Anlage 1 EEG 2009 die entsprechenden Vorschriften des EEG 2004 gelten sollten.⁹
- 36 Auch die bloße Tatsache, dass Änderungen am Technologie-Bonus für Neuanlagen¹⁰ vorgenommen wurden (so z. B. auch die Ergänzung der geplanten Anlage 1 EEG 2009 um Nr. II. 1. i)¹¹ während die Übergangsbestimmungen (§ 66 EEG 2009) für Bestandsanlagen schon vorhanden waren, impliziert für sich genommen nicht, dass der Gesetzgeber bei Ergänzung des Technologie-Bonus für Neuanlagen versäumt habe, im gleichen Zuge eine entsprechende Übergangsbestimmung für Bestandsanlagen zu schaffen.

⁹Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/8148, S. 19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

¹⁰§ 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 EEG 2009.

¹¹Durch Änderungsantrag der Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion und der SPD-Fraktion, s. Ausschussdrucksache 16(16)446, S. 26, auch enthalten in Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses, BT-Drs. 16/9477, S. 30, beide abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

- 37 Denn die Betrachtung weiterer Änderungen ergibt, dass dem Gesetzgeber durchaus bewusst war, dass im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens bei der Änderung von Vergütungstatbeständen für Neuanlagen grundsätzlich auch eventuelle Auswirkungen für Bestandsanlagen zu berücksichtigen sind, daher bei Bedarf die Geltung auch für Bestandsanlagen gesetzlich zu verankern ist und er – sofern er Bedarf sah – solche Anpassungen auch vorgenommen hat.
- 38 So wurden nach Einbringung des Gesetzentwurfes auch noch andere Grundvergütungstatbestände und Boni für Biomasseanlagen geändert und bei manchen dieser Änderungen die entsprechenden Übergangsbestimmungen für Bestandsanlagen ausdrücklich angepasst – z. B.
- zur Abdeckpflicht für Gärrestlager beim sog. NawaRo-Bonus: die Einfügung der Nr. I. 4. in Anlage 2 EEG 2009¹² und die gleichzeitige Ausnahme für Bestandsanlagen in § 66 Abs. 1 Nr. 2a) EEG 2009¹³;
 - zum sog. Luftreinhaltebonus: die Einfügung des § 27 Abs. 5 EEG 2009¹⁴ und die entsprechende Regelung für Bestandsanlagen durch § 66 Abs. 1 Nr. 4a) EEG 2009¹⁵;
 - zum Nachweis der KWK-Strommenge beim sog. KWK-Bonus: die Änderung in Anlage 3 Nr. II.1. Satz 1 EEG 2009¹⁶ sowie entsprechend § 66 Abs. 1 Nr. 5 Satz 6 (in der Fassung ab dem 28. Juli 2011 Satz 4) EEG 2009¹⁷;
 - zum bereits angesprochenen (s. Rn. 32), wahlweise geltende KWK-Bonus für Bestandsanlagen gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009, der auch auf solche Bestandsanlagen erstreckt wurde (in der in Kraft getretenen Fassung § 66 Abs. 1

¹²Beschlussempfehlung und Bericht des Umweltausschusses, BT-Drs. 16/9477, S. 13, dort Nummer 36c), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

¹³Beschlussempfehlung und Bericht des Umweltausschusses, BT-Drs. 16/9477, S. 11, dort Nummer 34a)cc), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

¹⁴Beschlussempfehlung und Bericht des Umweltausschusses, BT-Drs. 16/9477, S. 6, dort Nummer 18e), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

¹⁵Beschlussempfehlung und Bericht des Umweltausschusses, BT-Drs. 16/9477, S. 11, dort Nummer 34a)ee), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

¹⁶Beschlussempfehlung und Bericht des Umweltausschusses, BT-Drs. 16/9477, S. 14, dort Nummer 37 a), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

¹⁷Beschlussempfehlung und Bericht des Umweltausschusses, BT-Drs. 16/9477, S. 11, dort Nummer 34a)ff), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

Nr. 3 Satz 3 EEG 2009), die die künftigen, strengeren Voraussetzungen des EEG 2009 bereits unter dem EEG 2004 faktisch eingehalten haben.¹⁸

- 39 Es ist daher anzunehmen, dass der Gesetzgeber auch bei der späteren Ergänzung des Technologie-Bonus für Neuanlagen nach Anlage 1 EEG 2009 um weitere, zuvor noch nicht nach dem EEG geförderte Technologien (u. a. durch Nr. II.1.i) es nicht übersehen, sondern vielmehr ganz bewusst unterlassen hat, entsprechende Regelungen für Bestandsanlagen mit aufzunehmen.
- 40 Auch der mit Anlage 1 EEG 2009 verfolgte Sinn und Zweck spricht nicht zwingend dafür, dass der Regelungsplan des Gesetzgebers eine Geltung des Technologie-Bonus des EEG 2009 auch für Bestandsanlagen erfordert.
- 41 So ist zum einen weder der Begründung zur Anlage 1 EEG 2009 in ihrer im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgeschlagenen Form¹⁹ noch der Begründung zur Einfügung der Nr. II. 1.i Anlage 1 EEG 2009 im Änderungsantrag der Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion und der SPD-Fraktion²⁰ zu entnehmen, dass die Anlage 1 bzw. insbesondere ihre Nr. II. 1.i auch für Bestandsanlagen gelten sollte.
- 42 In der Begründung zum Änderungsantrag heißt es:

„Daneben wird der Technologie-Bonus auf ... die Vergärung von Bioabfällen bei stofflicher Verwertung der Gärreste erweitert. Dies soll angesichts der gestiegenen Kosten und Nachhaltigkeitsprobleme von Energiepflanzen die verstärkte Nutzung von Reststoffen wie ... Bioabfällen anreizen.“²¹

- 43 Zum anderen würde zwar der mit Anlage 1 Nr. II. 1.i EEG 2009 gesetzte Anreiz sicherlich auch bei Bestandsanlagen zum gewünschten Ziel – der verstärkten Nutzung von Reststoffen – führen, jedoch reicht dies allein nicht aus, um eine vom Gesetzgeber übersehene Regelungslücke für Bestandsanlagen anzunehmen. Denn damit ließe

¹⁸Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses, BT-Drs. 16/9477, S. 11, dort Nummer 34a)dd), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/material>.

¹⁹Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/8148, S. 78 f., abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/material>.

²⁰Ausschussdrucksache 16(16)446, S. 26, auch enthalten in Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses, BT-Drs. 16/9477, S. 30, beide abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/material>.

²¹Beschlussempfehlung und Bericht des Unterausschusses, BT-Drs. 16/9477, S. 31, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/material>; Auslassungen nicht im Original.

sich die Anwendung *aller* Neuregelungen auf Bestandsanlagen rechtfertigen, die gegenüber den Vorgängerregelungen ein neues bzw. zusätzliches Ziel verfolgen und daher mit einem Anreiz zur Zielerreichung, also einer neuen oder einer gegenüber den Vorgängerregelungen erhöhten Vergütung einhergehen.

- 44 Weiterhin lässt sich nicht ermitteln, ob es aus Sicht des Gesetzgebers aufgrund eventueller anderer Bedenken (z. B. Verfügbarkeit von Einsatzstoffen o. Ä.) überhaupt zielführend gewesen wäre, auch bei Bestandsanlagen den Einsatz von Bioabfällen (unter der Bedingung der Nachrotte der Gärreste) anzureizen und ob daher eine Er-streckung des Technologie-Bonus auf Bestandsanlagen ganz bewusst nicht erwünscht war.
- 45 **Vergleichbare Interessenlage** Da schon keine planwidrige Lücke vorliegt und eine Analogie mithin bereits an dieser ersten Voraussetzung²² scheitert, kommt es nicht mehr darauf an, ob die zweite Voraussetzung einer Analogie – eine vergleichbare Interessenlage bei den geregelten und den nicht geregelten Fällen – vorliegt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich bei den vermeintlich „nicht geregelten“ Fällen um geregelte Fälle handelt, nämlich um die bewusste Regelung, dass der Technologie-Bonus des EEG 2009 *nicht* für Bestandsanlagen gelten soll.
- 46 Selbst wenn man zugunsten der Anspruchstellerin unterstellte, es liege eine plan-widrige Regelungslücke vor,²³ so ist jedoch auch das Vorliegen der zweiten Vor-aussetzung („vergleichbare Interessenlage“) nicht zweifelsfrei festzustellen – also die Vergleichbarkeit des vermeintlich nicht geregelten Sachverhaltes für Bestandsanlagen mit dem geregelten Sachverhalt für Neuanlagen in allen für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Punkten.
- 47 Denn obgleich, wie bereits angeführt, der finanzielle Anreiz durch den Technologie-Bonus auch bei Bestandsanlagen die Nutzung von Abfallstoffen erhöhen dürfte, lie-gen der gesetzgeberischen Entscheidung, Neuregelungen auch für Bestandsanlagen gelten oder nicht gelten zu lassen, zum Teil auch weitere wirtschaftliche Überlegun-gen zu Grunde.
- 48 So ist schon nicht sicher feststellbar, ob – wie die Anspruchstellerin annimmt – der Technologie-Bonus nach Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 für die Vergärung von Abfallstoffen und deren Nachrotte tatsächlich nur der Refinanzierung der Kosten für

²²S. Fn. 5.

²³Oder wenn man der Ansicht folgt, derzufolge es ausschließlich auf eine vergleichbare Interessenlage ankommt, s. Fn. 6.

die Einrichtung zur Nachrotte dienen sollte. Der Gesetzgeber könnte bei der sowohl technologie- als auch einsatzstoffbezogenen Konstellation aus Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 auch die Kosten für die Auslegung der (Neu-)Anlage auf den Einsatz von Abfallstoffen und ggf. deren Beschaffung mit einkalkuliert haben. Denn der Einsatz von Bioabfällen ist in der Grundvergütung gemäß § 27 Abs. 1 EEG 2009, die für den Einsatz jeglicher Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung²⁴ gewährt wird, nicht in besonderer Weise berücksichtigt.

- 49 Jedenfalls aber bauen die Höhe der Grundvergütung und die unterschiedlichen Bonusvergütungen einer jeweiligen Fassung des EEG in der Regel aufeinander auf und ergänzen einander. Sofern das Gesetz hiervon keine ausdrückliche Ausnahme macht (im EEG 2009 siehe § 66 Abs. 1 EEG 2009, dort für Biomasse z. B. Nr. 2 und 3), soll daher eine Kombination von Grundvergütung und Boni jeweils unterschiedlicher Gesetzesfassungen nicht möglich sein. Etwas anderes ist auch für Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 nicht ersichtlich. Auch hier spricht gegen das Bestehen einer vergleichbaren Interessenlage, dass die Nachrüstung einer Bestandsanlage mit einer der Technologien nach Anlage 1 EEG 2009 anderen Kosten- und Vergütungsstrukturen unterliegt als die Errichtung einer der Technologien nach Anlage 1 EEG 2009 *zuzüglich* der Neuerrichtung einer Neuanlage. Denn wird eine bereits vor Geltung des EEG 2009 betriebene Anlage unter Geltung des EEG 2009 z. B. mit einer Einrichtung zur Nachrotte ausgerüstet, so konnten zu diesem Zeitpunkt die Kosten für die bestehende Anlage bereits teilweise durch die – für Anlagen über 150 kW zudem gegenüber der Grundvergütung nach § 27 Abs. 1 EEG 2009²⁵ höhere – Grundvergütung nach § 8 Abs. 1 EEG 2004²⁶ amortisiert werden.
- 50 Daher war es für den Gesetzgeber eventuell auch gar nicht ausschlaggebend, ob – wie die Anspruchstellerin behauptet – die Kosten für die Nachrüstung einer Bestandsanlage mit einer bestimmten Technik (hier: der Nachrotte) gleich hoch oder sogar höher²⁷ sein könnten als die Ausrüstung einer zur gleichen Zeit neu errichteten Anlage

²⁴Verordnung über die Erzeugung von Strom aus Biomasse (Biomasseverordnung – BiomasseV) v. 21.06.2001 (BGBl. I S. 1234), zuletzt geändert durch Gesetz v. 24.02.2012 (BGBl. I S. 212), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/biomassev>.

²⁵Gemäß § 27 Abs. 1 EEG 2009 beträgt die Grundvergütung für Strom aus Biomasse – abzüglich der jeweiligen Degression – bis 150 kW 11,67 ct/kWh, bis 500 kW 9,18 ct/kWh, bis 5 MW 8,25 ct/kWh, bis 20 MW 7,79 ct/kWh.

²⁶Gemäß § 8 Abs. 1 EEG 2004 beträgt die Grundvergütung für Strom aus Biomasse – abzüglich der jeweiligen Degression – bis 150 kW 11,5 ct/kWh, bis 500 kW 9,9 ct/kWh, bis 5 MW 8,9 ct/kWh, bis 20 MW 8,4 ct/kWh.

²⁷Ob dies tatsächlich der Fall sein kann – etwa wenn die Nachrüstung einer Bestandsanlage aufgrund ihrer technischen Eigenschaften und Auslegung mehr Aufwand erfordert als die von Anfang an

mit derselben Technik.

51 Es ist also keine eindeutige vergleichbare Interessenlage festzustellen, die es erforderlich und möglich machte, § 66 Abs. 1 und Anlage 1 Nr. II.1.i EEG 2009 anders anzuwenden als der ausdrückliche Gesetzeswortlaut es vorsieht.

2.2.2 Kein Anspruch aus § 27 Abs. 1 i. V. m. Anlage 2 EEG 2009 für die Einrichtung zur Nachrotte oder die Biogasanlage

2.2.2.1 Direkte Anwendung von § 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 EEG 2009

52 Der Anspruch aus § 16 Abs. 1, § 27 Abs. 1 i. V. m Anlage 1 Nr. II. 1. i EEG 2009 – der Technologie-Bonus für Neuanlagen, die unter dem EEG 2009, also nach dem 31. Dezember 2008 in Betrieb genommen wurden – gilt nicht für die Einrichtungen zur Kompostierung bzw. Nachrotte für sich genommen.

53 Denn die Einrichtung zur Kompostierung oder die Einrichtung zur Nachrotte als Teil der Kompostierungsanlage sind für sich genommen schon keine „Anlage“ i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009, da sie keine „Einrichtung(en) zur Erzeugung von Strom“ sind.

54 Eine Kompostierungsanlage ist eine Einrichtung, in welcher Gärreste in Kompostgut umgewandelt werden und die Nachrotte eine Reifephase der Kompostierung,²⁸ die der biologischen Stabilisierung des Kompostgutes dient.²⁹

2.2.2.2 Analoge Anwendung von § 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 EEG 2009

55 Der Anspruch auf den Technologie-Bonus für Neuanlagen (§ 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 EEG 2009) kann entgegen dem Vorbringen der Anspruchstellerin auch nicht analog auf die Einrichtungen zur Kompostierung bzw. Nachrotte für sich allein genommen angewendet werden. Ebenso wenig kann die Errichtung der Einrichtungen zur Kompostierung bzw. Nachrotte zu einer Neuinbetriebnahme der Biogasanlage führen oder § 27 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. Anlage 1 EEG 2009 analog auf die Biogasanlage angewendet werden.

mitgeplante Ausrüstung einer Neuanlage – kann die Clearingstelle EEG mangels bekannter Vergleichsfälle und mangels dargelegter Zahlen für den vorliegenden Fall hier nicht feststellen.

²⁸Kaltschmitt/Hartmann/Hofbauer, Energie aus Biomasse – Grundlagen, Techniken und Verfahren, 2. Aufl. 2009, S. 919.

²⁹Seite „Kompostierung“, in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, Bearbeitungsstand 29.12.2013, 05:44 UTC, abrufbar unter <http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Kompostierung&oldid=125889494>, zuletzt abgerufen am 05.02.2014.

- 56 Denn es ist ein elementares Prinzip des EEG, den erzeugten *Strom* zu vergüten und daher für die Bestimmung der anwendbaren Vergütungsvorschriften an die Inbetriebnahme der „Anlage“ anzuknüpfen, die jedenfalls auch die Stromerzeugungseinheit umfasst. Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber unterlassen hat, für die Geltung bestimmter Vergütungstatbestände stattdessen an das Inbetriebnahmedatum (ausschließlich) von Teilen oder Zubehör der Anlage anzuknüpfen, die nicht der Stromerzeugung dienen, sondern z. B. – wie hier – dieser nachgelagert sind und der Aufbereitung verwerteter Einsatzstoffe dienen.
- 57 Der Zubau dieser Einrichtungen führt auch nicht zu einer Neuinbetriebnahme der „Anlage“ i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009. Wann eine Anlage in Betrieb genommen wird und ob die Veränderung einer Anlage zu deren Neuinbetriebnahme führt, hat der Gesetzgeber in § 3 Abs. 4 EEG 2004 und §§ 3 Nr. 5, 21 Abs. 3 EEG 2009 abschließend geregelt. Insbesondere hat er die Regelung in § 3 Abs. 4 Halbsatz 2 EEG 2004, derzufolge eine Erneuerung der Anlage unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Neuinbetriebnahme führen konnte, durch das EEG 2009 absichtlich abgeschafft.³⁰ Sogar wenn man die Einrichtung zur Kompostierung bzw. Nachrotte als Teil der „Anlage“ i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 oder § 3 Nr. 1 EEG 2009 zählte, so hat jedenfalls der Gesetzgeber mit dem EEG 2009 eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass ab dem 1. Januar 2009 unter anderem auch Erweiterungen einer bestehenden „Anlage“ nicht zu einer Neuinbetriebnahme *dieser* „Anlage“ führen sollen.³¹ Diese Wertung kann nicht mit einer Art sinngemäßen Erweiterung oder teleologischen Reduzierung der legaldefinierten Anlagen- und Inbetriebnahmebegriffe bei Zubau z. B. einer Einrichtung zur Nachrotte unterlaufen werden. Die Annahme einer Neuinbetriebnahme würde zudem auch den in § 66 Abs. 1 EEG 2009 getroffenen Entscheidungen und den diesen zugrundeliegenden Wertungen zuwiderlaufen.
- 58 Im Übrigen gelten die bereits getroffenen Feststellungen zu den erkennbaren Regulationsintentionen des Gesetzgebers (s. Rn. 43 f.) und der vergleichbaren Interessenlage (s. Rn. 45 f.) entsprechend.

Dr. Brunner
i. V. für Dr. Lovens

Richter

Dibbern
i. V. für Dr. Winkler

³⁰S. BT-Drs. 16/8148, S. 52.

³¹Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 gelten § 3 und § 21 Abs. 3 EEG 2009 ab dem 1. Januar 2009 auch für Bestandsanlagen.