

Stellungnahme

Zum Votumsverfahren 2020/62/IV der Clearingstelle EEG/KWKG

Erneuerung einer Biogasanlage nach dem EEG
2004

Berlin, 27. November 2020

1. Sachverhalt:

Ein spezieller Sachverhalt ist im Rahmen dieses Verfahrens neben den Verfahrensfragen nicht mitgeteilt worden. Dementsprechend nimmt der BDEW auf Basis des Sachverhaltes Stellung, soweit sich dieser aus den nachfolgenden Verfahrensfragen ergibt.

2. Verfahrensfragen:

1. Vorausgesetzt, dass im Jahr 2008 eine „Erneuerung“ i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 erfolgt ist und der/die Anlagenbetreiber/in dem zuständigen Netzbetreiber erstmals unter Geltung des EEG 2017 mitteilt, dass und welche Erneuerungsmaßnahmen vorgenommen wurden und die Neuinbetriebnahme im Jahr 2008 geltend macht:

(a) Ab wann entstehen Ansprüche auf Vergütung des erzeugten Stroms als Strom aus einer im Jahr 2008 neu in Betrieb genommen Anlage?

(b) Insbesondere: Sind solche Vergütungsansprüche

- verjährt,
- verwirkt,
- präkludiert oder
- sonst ausgeschlossen?

Bejahendenfalls: Für welche Zeiträume?

(c) Wie wirken dabei die Mitteilungspflichten (§ 14a EEG 2004; § 46 EEG 2009/EEG 2012; § 71 EEG 2014/EEG 2017)?

2. Wann liegt eine „Erneuerung“ i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 einer Biogasanlage vor? Insbesondere:

(a) Ist dies der Fall, wenn

- i. nur die installierte Leistung durch Zubau weiterer BHKW erhöht wird,
- ii. die installierte Leistung durch Zubau weiterer BHKW erhöht wird und zugleich weitere Anlagenteile (z. B. Gaserzeugungseinrichtungen oder Einsatzstoffeintrag) entsprechend vergrößert werden?

(b) Ändern sich die Bewertungen unter (a)

- i. wenn die installierte Leistung durch „Austausch“ eines BHKW, Motors oder Generators erhöht wird?
- ii. in Abhängigkeit davon, ob die weiteren Anlagenteile zugebaut, ausgetauscht oder, wenn sie ergänzt werden, zugleich technisch aufgerüstet werden?

(c) Ergeben sich aus dem Regelungszweck (Ermöglichung eines neuen Förderzeitraums und ggf. Förderung nach einer neuen EEG-Fassung) Anhaltspunkte zur Auslegung des Begriffs „Erneuerung“?

3. Können für die Kosten der Erneuerung auch Bestandteile berücksichtigt werden, die nicht zur „Anlage“ i. S. d. EEG gehören?

3. Stellungnahme:

Der BDEW dankt für die Möglichkeit der Stellungnahme zu diesen sehr praxisrelevanten Verfahrensfragen. Er bedauert allerdings die Eilbedürftigkeit dieses Verfahrens, da entsprechende Sachverhalte schon seit langen Jahren bekannt sind und die Inanspruchnahme einer „Erneuerung“ i. S. v. § 3 Abs. 4, Alt. 2, EEG 2004 durch die Betreiber von Bestandsanlagen seit Inkrafttreten des EEG 2017 deutlich zugenommen hat.

Der BDEW weist außerdem darauf hin, dass mehrere Fragen dieses Verfahrens nur abschließend beantwortet werden können, wenn konkrete Informationen über den zugrunde liegenden Sachverhalt vorliegen. Im vorliegenden Verfahren wurden allerdings keinerlei Sachverhaltsinformationen übersandt. Dem BDEW ist bekannt, dass Fälle einer „Erneuerung“ i. S. v. § 3 Abs. 4, Alt. 2, EEG 2004 von den Tatsachen her ausgesprochen heterogen sind. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die vorliegende BDEW-Stellungnahme nicht automatisch jeden denkbaren Sachverhalt erfassen kann.

Nach Auffassung des BDEW treten die Rechtsfolgen einer „Erneuerung“ i. S. v. § 3 Abs. 4, Alt. 2, EEG 2004 nicht automatisch bei Vorlage der Tatbestandsvoraussetzungen sondern erst aufgrund entsprechender Ausübung des der Regelung innewohnenden Gestaltungsrechtes des Anlagenbetreibers ein. Es erfordert daher einer Mitteilung des Anlagenbetreibers an den Netzbetreiber,

- dass die Voraussetzungen der Regelung eingehalten werden (einschl. eines möglichen Nachweises hierüber) und
- dass die Rechtsfolgen der Regelung, also die Neuinbetriebnahme der Anlage, eintreten sollen.

Erfolgt diese Mitteilung, dass und welche Erneuerungsmaßnahmen vorgenommen wurden, erstmals unter Geltung des EEG 2017¹, und entsprechend auch erst dann eine Geltendmachung einer Neuinbetriebnahme im Jahr 2008, ist die Mitteilung und der dieser Mitteilung innewohnende Gestaltungsanspruch nach Auffassung des BDEW aufgrund von Verwirkung nicht wirksam. Der Anlagenbetreiber ist in der Zwischenzeit durch Inanspruchnahme der Förderung nach dem EEG 2000 der Wirkung der Erneuerung wirksam entgegen getreten. Er hätte dem Netzbetreiber diese Erneuerung und damit die hierdurch bedingte Neuinbetriebnahme der Anlage

- nach § 14a Abs. 1 und 2 EEG 2004,
- nach §§ 45 und 46 Nr. 3 EEG 2009 und EEG 2012 und
- nach §§ 70 und 71 Nr. 1 EEG 2014 und EEG 2017

¹ Grundlage dieser Stellungnahme ist, dass entsprechende Erneuerungsmaßnahmen mit dem 31. Dezember 2008 abgeschlossen worden sind. In der Folge durchgeführte Erneuerungsmaßnahmen sind nach § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 a) EEG 2017 bereits schon nicht im Rahmen von § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 berücksichtigungsfähig.

rechtzeitig mitteilen müssen. Dies ist dann nicht erfolgt, soweit sich das aus den Verfahrensfragen entnehmen lässt. Eine nachträgliche Geltendmachung dieser Erneuerung ist somit nicht mehr erheblich. Der Ausschluss der Geltendmachung gilt im Zweifel ab der erstmaligen Inrechnungstellung der EEG-Förderung auf Basis der bisherigen Rechtslage ohne Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Erneuerung der Anlage.

Eine „Erneuerung“ im Sinne von § 3 Abs. 4, Alt. 2, EEG 2004 setzt dem Wortsinne nach voraus, dass durch die betreffende Maßnahme am Bestand der Anlage etwas verändert worden ist. Dies umfasst auch die Erhöhung der Leistung einer Anlage durch Ersetzung des Motors oder des Generators einer Anlage durch eine entsprechende neue Einrichtung. Durch die Gesetzesbegründung wird außerdem der Zubau von Einrichtungen der bestehenden Anlage ebenfalls als Erneuerung der Anlage verstanden, auch wenn ansonsten an der bestehenden Anlage technisch nichts verändert worden ist. Dies betrifft z.B. den Zubau eines BHKW zu einer ansonsten unveränderten BHKW-Fermenter-Bestandsanlage. In Abwägung der Gesamtumstände ist der BDEW aber der Ansicht, dass alleine der Zubau eines BHKW zu einer ansonsten nicht veränderten Bestandsanlage keine Erneuerung im Sinne dieser Regelung darstellt.

Außerdem definiert sich die „Anlage“ insoweit ausschließlich nach der Definition der Anlage gemäß § 3 Abs. 2 EEG 2004. Infrastruktureinrichtungen und andere Einrichtungen, die hier nach nicht zur Anlage gehören, können dabei weder zu einer Erneuerung im engeren Sinne noch zu einer Ausfüllung des Rahmens der Kosten der Erneuerung im Vergleich zu den Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen beitragen.

Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

3.1. Inbetriebnahme und Erneuerung nach § 3 Abs. 4 EEG 2004

§ 3 Abs. 4 EEG 2004 definierte die Inbetriebnahme als die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft oder nach ihrer Erneuerung, sofern die Kosten der Erneuerung mindestens 50 % der Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen betragen. Wurde eine solche Erneuerung durchgeführt, galt die Anlage als neu in Betrieb genommen, mit der Folge eines neuen Beginns der jeweils maßgeblichen gesetzlichen Förderdauer sowie einer Behandlung der Anlage als Anlage nach dem EEG 2004.²

3.2. Zeitliche Begrenzung der Erneuerungsmaßnahme

Aus § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 a) EEG 2017 ergibt sich, dass eine Neuinbetriebnahme im Sinne von § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 nur vorgenommen werden konnte, wenn die zugrundeliegende Erneuerungsmaßnahme vor dem 1. Januar 2009 durchgeführt worden ist. Dies

² Im Gegensatz zu einer möglichen vorherigen Behandlung der Anlage als solche nach dem EEG 2000.

deckt sich mit der Geltungsdauer des EEG 2004 und dem Inkrafttreten des EEG 2009 zum 1. Januar 2009.

Artikel 7 Satz 2 des „Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften“ vom 25. Oktober 2008 hatte angeordnet, dass das EEG 2004 zum 1. Januar 2009 außer Kraft tritt und das EEG 2009 zum gleichen Zeitpunkt in Kraft tritt. Das EEG 2009 enthielt jedoch keine Regelung mehr, die dem § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 entsprach. Vielmehr hatte das EEG 2009 in § 3 Nr. 5 EEG 2009 eine von § 3 Abs. 4 EEG 2004 abweichende Inbetriebnahmedefinition eingeführt in Form der

„erstmalige(n) 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“.

Außerdem wurde in § 21 Abs. 3 EEG 2009 eine Regelung eingearbeitet, die bei Austausch von Teilen der Anlage grundsätzlich gerade keine Neuinbetriebnahme vorgesehen hatte und somit im Gegensatz zu § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 stand:

„Der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile führt nicht zu einem Neubeginn oder einer Verlängerung der Frist nach Absatz 2 Satz 1, soweit sich aus den nachfolgenden Vorschriften nichts anderes ergibt.“

Erneuerungsmaßnahmen, die erst ab dem 1. Januar 2009 abgeschlossen worden waren, konnten somit nicht mehr die Wirkung haben, die § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 bisher hatte.³ Dies wird durch § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014 bzw. nun § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 a) EEG 2017 bestätigt. Eine nach dem 31. Dezember 2008 abgeschlossene Erneuerungsmaßnahme konnte daher bereits gar nicht unter § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 fallen.

3.3. Zeitliche Begrenzung der Geltendmachung der Erneuerung

Das Gestaltungsrecht des Anlagenbetreibers dahingehend, dass Erneuerungsmaßnahmen nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 zu einer Neuinbetriebnahme führten, die vor dem 1. Januar 2009 abgeschlossen worden sind, aber erst mehrere Jahre nach diesem Termin dem Netzbetreiber mitgeteilt worden sind, ist nach Ansicht des BDEW im Zweifel zum Zeitpunkt dieser Mitteilung bereits verwirkt. Deshalb kann die Rechtsfolge nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 dann gar nicht mehr eintreten.⁴

Mit Wirkung zum 1. Dezember 2006 wurden die Mitteilungspflichten der Anlagenbetreiber nach § 14a Abs. 1 und 2 EEG 2004 in das Gesetz eingefügt. Diese lauteten damals bereits:

„§ 14a Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten

³ Von spezialgesetzlichen Erneuerungsmaßnahmen wie in § 23 Abs. 2 und 5 EEG 2009 für Wasserkraftanlagen abgesehen.

⁴ Vgl. aber insoweit die Abgrenzung der Verwirkung einer Rechtshandlung gegen die nachträgliche Geltendmachung einer Rechtslage, die sich z.B. durch zwischenzeitliche Gerichtsentscheidungen gegenüber der bisherigen Abrechnungspraxis geändert hat; dies wird am Ende dieser Ansicht dargestellt.

(1) Anlagenbetreiber, Netzbetreiber und Elektrizitätsversorgungsunternehmen sind verpflichtet, einander die für den bundesweiten Ausgleich nach § 5 Abs. 2 und § 14 jeweils erforderlichen Daten, insbesondere die in den Absätzen 2 bis 5 genannten, zur Verfügung zu stellen.

(2) Anlagenbetreiber sind verpflichtet, dem Netzbetreiber

1. den Standort und die Leistung der Anlage mitzuteilen,

2. bei Biomasseanlagen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 die Einsatzstoffe nach § 8 Abs. 2 und die Angaben hinsichtlich der eingesetzten Technologien nach § 8 Abs. 3 und 4 mitzuteilen und

3. bis zum 28. Februar eines Jahres die für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen.“

Gemäß § 14a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004 wären Anlagenbetreiber daher verpflichtet gewesen, ab dem 1. Januar 2007 den Netzbetreibern die Vornahme einer Erneuerung nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 mitzuteilen. Diese Information stellte ein für die Endabrechnung des Vorjahres erforderliches Datum dar, weil diese Information wegen der anzuwendenden Förderdegression, aber auch wegen der nach § 21 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 EEG 2004 nach dem Inbetriebnahmedatum der Anlage differenzierenden Zuschläge nach § 8 Abs. 2, 3 und 4 EEG 2004 für die Abrechnung relevant war.⁵ Da die Verfahrensfrage 1 von einer „Neuinbetriebnahme im Jahr 2008“ spricht, galt diese Regelung in diesem Fall bereits. Eine solche Mitteilungspflicht ergab sich in der Folge auch nach §§ 45 und 46 Nr. 3 EEG 2009 und EEG 2012 sowie nach §§ 70 und 71 Nr. 1 EEG 2014 und EEG 2017.

Hinzu kommt, dass die Neuinbetriebnahme einer Anlage im Falle einer Erneuerung nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 nach Ansicht des BDEW nicht automatisch eingetreten war. Es lassen sich aus dem Wortlaut des Gesetzes keine Anhaltspunkte für eine automatische Neuinbetriebnahme bei Erfüllung der Voraussetzungen nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 entnehmen.

Auch Sinn und Zweck der Regelung schließen dies aus: Bereits das EEG 2000 hatte eine jährliche Degression der Einspeisevergütungen vorgesehen. Die Grundvergütung für Biomasseanlagen lag mit 20, 18 und 17 Pfennig/kWh für 2000 somit höher als die korrespondierende Grundvergütung nach dem EEG 2004. Außerdem waren nach § 21 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 EEG 2004 die Boni des EEG 2004 nur in eingeschränktem Umfang auf Biomasseanlagen nach dem Stromeinspeisungsgesetz bzw. dem EEG 2000 anwendbar.⁶

Eine automatische Wirkung einer Erneuerung nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 hätte somit für den Anlagenbetreiber nicht zwingend zu einer verbesserten oder zumindest zu einer gleichbleibenden Förderung geführt, sondern je nach Fallkonstellation auch zu einer Verschlechterung der Förderung. Bestand z.B. aufgrund eines Defektes eines Motors beim

⁵ Vgl. insoweit zur Verfassungsmäßigkeit der nur selektiven Anwendung der Zuschläge nach § 8 Abs. 2, 3 und 4 i. V. mit § 21 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 EEG 2014 auf Anlagen nach dem EEG 2000: BGH, Urteil vom 1. Dezember 2010, Az. VIII ZR 271/07, ZNER 2011, S. 49 ff.

⁶ Vgl. insoweit zur eingeschränkten Anwendbarkeit von § 8 EEG 2004 nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2004 auf Anlagen nach dem EEG 2000: BGH, Urteil vom 1. Dezember 2010, Az. VIII ZR 241/07, ZNER 2011, S. 49 ff.

einem BHKW die Notwendigkeit eines Austausches, sollte es dem Anlagenbetreiber unbenommen bleiben, von seinem Gestaltungsrecht nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 Gebrauch zu machen, um eine Förderverlängerung und damit eine Amortisation der Austauschkosten zu erhalten, ggf. unter Inkaufnahme einer durch die Neuinbetriebnahme geringeren Förderhöhe. Dass aber die Rechtsfolge auch automatisch eintreten sollte, wenn sich eine solche Erneuerung z.B. wegen eines teilweisen Anlagendefektes ohne Verschulden des Anlagenbetreibers ergeben würde, ist nicht erkennbar.

Dies alles spricht nach Auffassung des BDEW dafür, die Erneuerung nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 als Gestaltungsrecht des Anlagenbetreibers anzusehen.

Hatte der Anlagenbetreiber dieses Gestaltungsrecht jedoch trotz der Mitteilungspflicht nach § 14a Abs. 1 und 2 Nr. 1 EEG 2004 einschl. Folgeregelungen in der Zwischenzeit dem Netzbetreiber gegenüber nicht ausgeübt, ist mittlerweile hinsichtlich dieses Gestaltungsrechtes im Zweifel Verwirkung eingetreten. Diese Regelungen legen dem Anlagenbetreiber eine gesetzliche Mitteilungspflicht auf. Kommt er dieser nicht nach, kann er aus diesem Fehlverhalten auch keine Vorteile ziehen.⁷

Dies gilt umso mehr, wenn der Anlagenbetreiber nach der Vornahme der Erneuerungsmaßnahme dem Netzbetreiber Anlagendaten mitteilt, die in Widerspruch zu den Anlagendaten stehen, die sich aufgrund der Erneuerungsmaßnahme ergeben hätten, z.B. hinsichtlich der Anlagenleistung. Stellt der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber gegenüber zudem nach Vornahme der Erneuerungsmaßnahme Rechnungen aus, die die Förderung der Anlage nach dem Stand vor der Erneuerungsmaßnahme darstellen, muss er sich auch künftig an dem Inhalt dieser Rechnungen messen lassen.

Stellt der Anlagenbetreiber selber keine Rechnungen aus, nimmt er aber Kalenderjahresabrechnungen des Netzbetreibers, die zeitlich nach der Vornahme der Erneuerung gelegen sind, unbeanstandet hin, obwohl sich aufgrund dieser Erneuerungsmaßnahme eine andere Förderhöhe ergeben hätte, kann der Anlagenbetreiber sich später auch nicht darauf berufen, dass diese Abrechnungen wegen der davor gelegenen Erneuerungsmaßnahme unrichtig gewesen sind.⁸ Ihm oblag nach § 14a Abs. 1 und 2 EEG 2004 sowie den Folgeregelungen eine entsprechende Aufklärungspflicht.

Der Anlagenbetreiber setzt sich damit durch eine jetzige Geltendmachung einer Erneuerung nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 in Widerspruch zu seinem bisherigen Verhalten. Diese Zuwiderhandlung gegen das eigene frühere Verhalten („venire contra factum proprium“) ist gemäß ständiger Rechtsprechung des BGH als unzulässige Rechtsausübung anzusehen. Dies führt dann dazu, dass diese Rechtshandlung dann nicht beachtlich ist. Deshalb kann sie auch keine Änderung der Förderlage auslösen.

⁷ Vgl. insoweit BGH, Urteil vom 16. Juni 2004, Az. [VIII ZR 248/03](#), Seite 8, wonach ein EVU sich nicht auf die Verjährungsregelung in § 21 Abs. 1 AVBEitV wegen Schadenersatzansprüchen wegen eigens verschuldeter falscher tariflicher Einstufung eines Letztverbrauchers berufen dürfe.

⁸ So bereits BGH, Urteil vom 13. Juni 2007, Az. [VIII ZR 36/06](#) zur nicht in angemessener Zeit nach § 315 BGB beanstandeter Höhe eines Tarifikundenentgeltes.

Dies hat der BGH mit Urteil vom 16. März 2017⁹ in Rdn. 96 wie folgt klargestellt:

„Ein widersprüchliches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 242 BGB, wenn besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. Entscheidend sind die Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Widersprüchliches Verhalten (venire contra factum proprium) kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn für den anderen Teil ein Vertrauensstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 - I ZR 147/04, BGHZ 173, 217 Rn. 27 Aspirin II; Urteil vom 25. Oktober 2012 - I ZR 162/11, GRUR 2013, 717 Rn. 46 = WRP 2013, 911 - Covermount; Urteil vom 4. Februar 2015 VIII ZR 154/14, NJW 2015, 1087 Rn. 24). Eine Rechtsausübung ist unzulässig, wenn sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, weil das frühere Verhalten mit dem späteren sachlich unvereinbar ist und die Interessen der Gegenseite deshalb vorrangig schutzwürdig erscheinen (BGH, Beschluss vom 28. Juli 2015 - XII ZB 508/14, MDR 2015, 1101 Rn. 12; Urteil vom 12. Juli 2016 XI ZR 501/15, WM 2016, 138 Rn. 20).“

Diese Voraussetzungen liegen – wie vorstehend dargestellt – im Falle der deutlich späteren Geltendmachung einer Erneuerung im Sinne von § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 trotz zwischenzeitlich bestehender gesetzlicher Mitteilungspflicht vor.

Auch eine Verwirkung als Unterfall des „venire contra factum proprium“ trifft hier zu. Gemäß ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Recht verwirkt, wenn seit der Möglichkeit seiner Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die eine spätere Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment).¹⁰

Der Zeitmoment ist bereits dann erfüllt, wenn erst deutlich nach Außerkrafttreten des EEG 2004 eine solche Erneuerung vom Anlagenbetreiber dargelegt worden ist, z.B. erst in den Jahren 2016, 2017 oder 2018.

Der Umstandsmoment ist

- durch ein Nichtnachkommen der gesetzlichen Mitteilungspflicht nach § 14a Abs. 1 und 2 EEG 2004 einschl. Folgeregelungen,
- durch eine fortwährende Rechnungstellung des Anlagenbetreibers auf Basis der bisherigen Förderparameter und
- durch eine fehlende Beanstandung der Förderabrechnungen des Netzbetreibers durch den Anlagenbetreiber

ebenfalls erfüllt. Dementsprechend kann ein Anlagenbetreiber in diesen Fällen nicht mehr nachträglich von seinem Gestaltungsrecht auf Erneuerung einer Anlage nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004, Gebrauch machen.

Von den Verwirkungen von Rechtshandlungen abzugrenzen sind förderseitige Neueinordnungen, die sich aufgrund einer bisherigen fehlerhaften Anwendung des EEG ergeben haben. So

⁹ Az. [I ZR 39/15](#).

¹⁰ BGH, NJW 2010, S. 3714; NJW 2011, S. 212; NJW 2014, S. 1230.

ist z.B. denkbar, dass eine EEG-Anlage aufgrund eines zwischenzeitlich ergangenen Gerichtsurteils, v.a. eines Urteils des BGH, zu einem gleichgelagerten Fall neu abgerechnet werden muss. Hier sind bspw. folgende Urteile des BGH zu nennen:

- Urteil vom 21. Mai 2008¹¹, wonach eine Biomasseanlage im Rahmen des EEG 2004 solange nicht in Betrieb genommen sein konnte, wie sie technisch gar nicht zur Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien geeignet war,
- Urteil vom 23. Oktober 2013¹², wonach unter einer Anlage nach § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen zu verstehen ist („weiter Anlagenbegriff“), und
- Urteil vom 4. November 2015¹³, wonach eine Anlage zur Stromerzeugung aus solarer Strahlungsenergie nach dem EEG 2009 nicht nur aus dem Solarmodul besteht, sondern auch aus der Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen, wonach insbesondere die Gesamtheit der Module die Anlage „Solarkraftwerk“ bildet.¹⁴

Eine solche förderseitige Neueinordnung kann Auswirkungen für die Zukunft entfalten, aber auch Auswirkungen für die Vergangenheit in dem Umfang, für den Rückforderungsansprüche des Netzbetreibers nach § 57 Abs. 5 EEG 2017 einschl. Vorgängerregelungen für die Vergangenheit bestehen. Diese Neueinordnung hing dann aber nicht von der Ausübung einer Willenserklärung des Anlagenbetreibers wie im Falle der Erneuerung nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2014 ab. Vielmehr ergab sie sich unmittelbar aus der Anwendung des Rechts.

Teilweise wird zwar auch vertreten, dass diese nachträgliche Geltendmachung der Erneuerung weiterhin möglich ist, da die damalige Erfüllung der Voraussetzungen einer Erneuerung nach § 3 Abs. 4, 2. Alternative, EEG 2004 nicht verjähren oder verwirken kann, weil die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme automatisch mit Erfüllung der Voraussetzungen eintritt.

Das Inbetriebnahmedatum einer Anlage im Sinne des EEG ist nach dieser Ansicht als eine Art Rechtszustand bzw. eine Rechtstatsache anzusehen. Dementsprechend wirke

- die Inbetriebnahme einer EEG-Anlage nach § 3 Abs. 4, 1. Alternative, EEG 2004
- genauso wie die Neuinbetriebnahme einer EEG-Anlage nach einer Erneuerung im Sinne von § 3 Abs. 4, 2. Alternative, EEG 2004

dann kraft Gesetzes („ipso iure“). Das ursprüngliche Inbetriebnahmedatum einer EEG-Anlage nach § 3 Abs. 4, 1. Alternative, EEG 2004 ändere sich somit automatisch bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen. Dementsprechend könne dieser Anspruch oder dieses Gestaltungsrecht des Anlagenbetreibers nach dieser Ansicht nicht der Verjährung oder Verwirkung unterliegen.

¹¹ Az. VIII ZR 308/07, RdE 2009, S. 21. ff.

¹² Az. VIII ZR 262/12, REE 2013, S. 262.

¹³ Az. VIII ZR 244/14, REE 2015, S. 213 ff.

¹⁴ Der Gesetzgeber hat insoweit auf das BGH-Urteil reagiert, als gemäß § 3 Nr. 1 EEG 2017 für Neuanlagen und gemäß § 100 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 für alle Bestandsanlagen wieder das Modul als Anlage einer Solaranlage gilt.

Wenn bereits die Vorlage der Tatsachen für eine Erneuerung nach § 3 Abs. 4, 2. Alternative, EEG 2004 zu einer Neuinbetriebnahme führt, sei außerdem zu beachten, dass alle seit dem Zeitpunkt des Eintritts einer solchen Neuinbetriebnahme ausgestellten Rechnungen des Betreibers einer solchen Anlage gemäß dieser Ansicht unkorrekt gewesen sind, wenn ihnen noch die Rechtslage auf Basis des ursprünglichen Inbetriebnahmedatums zugrunde lag. Hatte ein solcher Anlagenbetreiber hierdurch in den bislang abgelaufenen Kalenderjahren zu hohe Förderzahlungen erhalten, z.B. wegen zwischenzeitlicher Degression des Fördersatzes, müsste er den Differenzbetrag wegen fehlenden Rechtsgrundes nach § 812 Abs. 1 BGB an den auszahlenden Netzbetreiber zurückerstatten, bzw. der Netzbetreiber müsste diesen nach § 57 Abs. 5 EEG 2017 bzw. Vorgängerregelungen zurückfordern.

Die bewusste Stellung nicht korrekter Rechnungen durch den Anlagenbetreiber kann dann auch die Voraussetzungen eines Betruges nach § 263 des Strafgesetzbuches (StGB) erfüllen.

Zu beachten sei allerdings auch, dass von einer automatischen Neuinbetriebnahme nach § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 auch Fälle umfasst sind, in denen zwar die Neuinbetriebnahme zu einer Anhebung des Fördersatzes geführt hatte, aber auch zur Anwendbarkeit weiterer Pflichten des Anlagenbetreibers, die – mangels zwischenzeitlicher Erfüllung – wiederum wegen Sanktionsbehauptung zu einer Förderabsenkung geführt haben. Denkbar sind hierbei z.B.

- die Verpflichtung zur Installation von Regeleinrichtungen nach § 6 EEG 2009
- die Verpflichtung zum Betrieb eines gasdichten Gärrestlagers nach § 6 EEG 2012 und
- die Notwendigkeit der Einhaltung der SDLWindV nach § 6 EEG 2009

einschl. den jeweiligen Regelungen in den Folgefassungen des EEG sowie den jeweils korrespondierenden Sanktionen.

Nach Auffassung des BDEW sprechen aber bessere Gründe dafür, die „Erneuerung“ im Sinne von § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 als Gestaltungsrecht anzusehen, das von einer entsprechenden Ausübung durch den Anlagenbetreiber abhängig ist, und nicht ipso iure eintritt.

Sollte der Anlagenbetreiber dennoch der Auffassung sein, dass die Neuinbetriebnahme im Sinne von § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 von Gesetzes wegen, d.h. ohne Ausübung eines Gestaltungsrechtes, eintritt, ist Folgendes zu beachten:

In diesem Falle wurden spätestens die ab dem 1. Januar 2009 ausgestellten Kalenderjahresabrechnungen des Anlagenbetreibers nach § 71 EEG 2017 einschl. Vorgängerregelungen auf Basis einer falschen Tatsachenlage ausgestellt. Dies kann einen Betrugstatbestand nach § 263 des Strafgesetzbuches zu Lasten des Anlagenbetreibers erfüllen.

Außerdem kann der Anlagenbetreiber im Sinne eines „venire contra factum proprium“ dann hinsichtlich eines Rückforderungsanspruchs des Netzbetreibers¹⁵ für die seit der „Erneuerung“ ggf. gezahlten, erhöhten EEG-Förderung keine Einrede der Verjährung vortragen. Die insbesondere bei einer „Erneuerung“ im Jahre 2008 seit Inbetriebnahme der Anlage

¹⁵ Nach § 57 Abs. 5 EEG 2017 sowie einschlägige Vorgängerregelungen und vor deren Inkrafttreten nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt., (Leistungskondition), BGB.

eingetretene Förderdegression würde dann zwangsläufig dazu führen, dass seit dem Jahr der „Erneuerung“ überhöhte Förderungen ausgezahlt worden sind.

Zu beachten sind aus BDEW-Sicht insoweit auch die praktischen Nachweisprobleme für die Tatsachen, die eine Neuinbetriebnahme einer EEG-Anlage nach § 3 Abs. 4, 2. Alternative, EEG 2004 begründen sollen. Dafür, dass eine solche Neuinbetriebnahme eingetreten sein soll, reicht nicht alleine der bloße Vortrag der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen. Vielmehr muss nachgewiesen werden,

- wann die Maßnahme vorgenommen worden war,
- wann und dass sie vor dem 1. Januar 2009 abgeschlossen war¹⁶ und
- dass die Kosten der Erneuerung mindestens 50 % der Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen betragen haben.

Je größer der zeitliche Abstand zu den tatsächlichen Erneuerungsmaßnahmen ist, desto schwieriger wird letztlich die Nachweisführung.

3.4. Inhalte der „Erneuerung“ im Sinne von § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004

Gemäß § 3 Abs. 4 EEG 2004 wurde die Inbetriebnahme einer EEG-Anlage definiert als

„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.“

Gemäß dem **Wortsinne des Wortlautes des Gesetzes** muss eine „Erneuerung“ einer „Anlage“ Maßnahmen zur Erneuerung von Bestandteilen der bestehenden Anlage umfassen. Es müssten somit Teile der Bestandsanlage gegen neue ausgetauscht werden. Dies kann dann nur solche Teile umfassen, die nach der Definition nach § 3 Abs. 2 EEG 2004 auch zu dieser Anlage gehören.

Den genauen Umfang dieser Anlagenbestandteile stellt die Begründung des Fraktionsentwurfs zu § 3 Abs. 2 EEG 2004 dar:¹⁷

„Die neu eingefügte Vorschrift dient der rechtssicheren Klärung der für die Feststellung der Vergütungshöhe und der Leistungsobergrenzen jeweils maßgebenden Beurteilungsmaßstäbe. Die Regelungen entsprechen weitgehend der bisherigen Praxis. Allerdings sind der Rechtsliteratur gewisse Auslegungsunsicherheiten zu entnehmen, die mit den vorgeschlagenen Formulierungen beseitigt werden sollen.

Gemäß Satz 1 ist zur Bestimmung einer Anlage vom Ansatz her grundsätzlich auf diejenige technische Einheit abzustellen, die den Strom erzeugt. Zur Anlage zählen nach Satz 1 aber auch sämtliche technisch für den Betrieb erforderlichen Installationen, Geräte und

¹⁶ S. vorher unter Ansicht 1, Nr. 2.

¹⁷ BT-Drs. 15/2327, S. 21.

baulichen Anlagen wie etwa Wechselrichter, unterirdische geothermische Betriebseinrichtungen, Staumauern oder Türme von Windenergieanlagen. Für Anlagen, deren technisch erforderlichen Bestandteile sich nicht sämtlich im Geltungsbereich des Gesetzes befinden, kann nur der Strom berücksichtigt werden, der den im Bundesgebiet liegenden Anlagenteilen zuzurechnen ist und in das deutsche Netz eingespeist wird. Dieser Stromanteil ergibt sich in der Regel aus den auf Völkerrecht oder Staatsvertrag beruhenden Konzessionen oder Bewilligungen. Dies gilt beispielsweise für Grenzkraftwerke, bei denen ein Teil auf deutschen¹⁸ Hoheitsgebiet, ein anderer Teil aber auf dem Gebiet eines der Nachbarstaaten liegt. Mehrere Anlagen, die gleichartige Energien oder Energieträger einsetzen und durch für den Betrieb technisch erforderliche Einrichtungen (einschließlich Geräte und Installationen) oder bauliche Anlagen unmittelbar miteinander verbunden sind, gelten als eine Anlage, soweit sich aus den §§ 6 bis 12 nichts anderes ergibt. Bauliche Anlagen in diesem Sinne sind etwa Staumauern oder Türme von Windenergieanlagen. Für den Betrieb erforderlich sind auch die Einrichtungen zur Gewinnung und Aufbereitung des jeweiligen Energieträgers wie die Fermenter von Biogasanlagen, sofern nicht aufgrund einer räumlichen Trennung dieser Einrichtungen von einer betriebstechnischen Selbstständigkeit und damit von verschiedenen Anlagen ausgegangen werden muss. Infrastruktureinrichtungen wie Netzanschluss, Anschlussleitungen, eine Stromabführung in gemeinsamer Leitung, Transformatoren, Messeinrichtungen, Verbindungswege und Verwaltungseinrichtungen sind für den Betrieb technisch nicht erforderlich und zählen daher nicht zur Anlage. Vor diesem Hintergrund ist es praktisch nicht vorstellbar, dass mehrere Windenergieanlagen eine Anlage darstellen, da es in aller Regel an gemeinsamen betriebstechnischen Einrichtungen fehlen wird.

Weitere Bedingung für die Verbindung zu einer Anlage nach Satz 2 ist infolge der Regelung des § 2 Abs. 1, dass die Anlagen im Sinne von Satz 1 sich sämtlich im Geltungsbereich dieses Gesetzes befinden.

Die Regelung des Absatzes 2 dient auch dazu, die dem Gesetzeszweck widersprechende Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten zu verhindern. Dabei soll es darauf ankommen, ob die Stromerzeugung auf dem Einsatz gleichartiger Energieträger (d. h. der jeweiligen Arten von Erneuerbaren Energien im Sinne dieses Gesetzes) beruht.

Für Fotovoltaikanlagen normiert § 11 Abs. 6 eine hiervon abweichende Regelung.“

Bestandteile derselben Anlage im Sinne von § 3 Abs. 2 EEG 2004 waren daher

- diejenige technische Einheit, die den Strom erzeugt,
- sämtliche technisch für den Betrieb erforderlichen Installationen, Geräte und baulichen Anlagen wie etwa Wechselrichter, unterirdische geothermische Betriebseinrichtungen, Staumauern oder Türme von Windenergieanlagen,
- aber auch die Einrichtungen zur Gewinnung und Aufbereitung des jeweiligen Energieträgers wie die Fermenter von Biogasanlagen, sofern nicht aufgrund einer räumlichen

¹⁸ Fehler im Original.

Trennung dieser Einrichtungen von einer betriebstechnischen Selbstständigkeit und damit von verschiedenen Anlagen ausgegangen werden muss.

So hat der BGH mit Urteil vom 21. Mai 2008¹⁹ klargestellt, dass ein Fermenter insoweit zu einer Biogasanlage gehört, als die Biogasanlage ohne Fertigstellung eines Fermenters nicht in Betrieb genommen sein konnte. Im Umkehrschluss und in Anlehnung an die Folge-Rechtsprechung des BGH zu Biogasanlagen stellte der Zubau eines Biogas-BHKW zu einer bestehenden Biogas-Fermenter-BHKW-Konstellation bereits unter dem EEG 2004 die Erweiterung einer bestehenden Anlage dar. Allerdings war eine solche Erweiterung im Regelfall nicht geeignet, die Schwelle von 50 % der Kosten einer Neuinvestition der gesamten Anlage zu überschreiten.

Infrastruktureinheiten, wie sie in der Gesetzesbegründung dargestellt worden sind, sind dagegen keine Bestandteile der Anlage nach § 3 Abs. 2 EEG 2004 und können – soweit erneuert – auch nicht im Rahmen von § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 herangezogen werden.

Eine „Erneuerung“ liegt dem Wortsinne nach auch dann vor, wenn die Anlage durch *Austausch* des bisherigen Motors oder Generators gegen einen neuen Motor oder Generator eine Erhöhung der installierten elektrischen Leistung erfährt. Der Gesetzeswortlaut steht jedenfalls einer solchen Leistungserhöhung nicht entgegen, wenn diese durch einen erneuernden Austauschvorgang vorgenommen wird.

Ob und inwieweit Erneuerungen im Sinne von § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 auch durch *Zubau von Einrichtungen zur Stromerzeugung* zu derselben Anlage oder *Erweiterungen der Anlage* stattfinden konnten, lässt sich dem Wortlaut der Regelung nicht zweifelsfrei entnehmen.

Gemäß der **Gesetzsystematik** des EEG 2004 kennt der Gesetzgeber zumindest die Begriffe „Erneuerung“, „Erweiterung“ und „Ersetzung“ und weiß, hierzwischen entsprechend zu differenzieren:

§ 6 Abs. 2 EEG 2004 (Erneuerung von Wasserkraftanlagen):

Strom aus Wasserkraftanlagen mit einer Leistung ab 5 Megawatt bis einschließlich 150 Megawatt wird nach den Vorschriften dieses Gesetzes nur vergütet, wenn

- 1. die Anlage zwischen dem 01. August 2004 und dem 31. Dezember 2012 **erneuert** worden ist,*
- 2. die **Erneuerung** zu einer Erhöhung des elektrischen Arbeitsvermögens um mindestens 15 Prozent geführt hat sowie*
- 3. nach der **Erneuerung** nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert ist.*

*Abweichend von § 3 Abs. 4 gelten Wasserkraftanlagen mit einer Leistung ab 5 Megawatt mit Erfüllung der Voraussetzungen des Satz 1 als neu in Betrieb genommen. **Als Erneuerung im Sinn von Satz 1 gilt auch die erstmalige Inbetriebnahme einer Anlage im***

¹⁹ Az. [VIII ZR 308/07](#).

räumlichen Zusammenhang mit einer bereits bestehenden Staustufe oder Wehranlage.

§ 10 Abs. 2 EEG 2004 (Repowering von Windenergieanlagen):

Abweichend von Absatz 1 Satz 3 verlängert sich die Frist nach Absatz 1 Satz 2 für Strom aus Anlagen, die

- 1. im selben Landkreis bestehende Anlagen, die bis zum 31. Dezember 1995 in Betrieb genommen worden sind, **ersetzen oder erneuern und***
- 2. die installierte Leistung mindestens um das Dreifache **erhöhen** (Repowering-Anlagen)*

um zwei Monate je 0,6 Prozent des Referenzertrages, um den ihr Ertrag 150 Prozent des Referenzertrages unterschreitet.

§ 13 Abs. 4 EEG 2004 (Netzanschluss):

*Die notwendigen Kosten eines nur infolge neu anzuschließender, reaktiverter, **erweiterter oder in sonstiger Weise erneuerter** Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas erforderlichen Ausbaus des Netzes im Sinne von § 4 Abs. 2 zur Abnahme und Übertragung des Stroms aus Erneuerbaren Energien trägt der Netzbetreiber, bei dem der Ausbau erforderlich wird.*

Dieser Vergleich ergibt, dass der Gesetzgeber im EEG 2004 bereits nach Erneuerung und Erweiterung differenziert. Er fasst aber scheinbar eine Erweiterung auch an anderer Stelle als Erneuerung auf.

Die **Gesetzeshistorie** führt hier nicht weiter: Das EEG 2000 wie das Stromeinspeisungsgesetz enthielten noch keine gleiche oder ähnliche Regelung.

Der **Sinn und Zweck der Regelung** kann für beide Ansichten sprechen. Der Fraktionsentwurf des EEG 2004 begründete § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 wie folgt:²⁰

„Im Gegensatz zur Versetzung einer Anlage wirkt sich eine wesentliche Erneuerung einer Anlage vorbehaltlich des § 6 Abs. 2 auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme aus. Eine wesentliche Erneuerung liegt vor, wenn die Kosten der Erneuerung der Anlage mindestens 50 Prozent der Kosten einer Neuinvestition der erneuerten Gesamtanlage betragen. Abzustellen ist dabei auf die Kosten der Neuherstellung der Stromerzeugungseinheit einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen. In diesem Fall gilt die Anlage mit dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der wesentlichen Erneuerung als neu in Betrieb genommen.

Auch eine Erweiterung einer Anlage, bei der im Gegensatz zur Erneuerung der bereits vorhandene Anlagenteil nicht verändert wird, ist dann eine wesentliche Erneuerung, wenn nach der Erweiterung nur eine Anlage im Sinne von Absatz 2 vorliegt und die Kosten mehr als 50 Prozent einer Neuinvestition betragen. Zur Beurteilung der Frage ob nur eine Anlage vorliegt, ist alleine Absatz 2 maßgeblich. Die Regelung des § 11 Abs. 6 kann

²⁰ BT-Drs. 15/2327, S. 22.

aufgrund der verschiedenen Intentionen der Vorschriften und des unterschiedlichen Regelungsgegenstands nicht herangezogen werden. Deshalb wird bei Fotovoltaikanlagen in der Regel bei einer Erweiterung im umgangssprachlichen Sinn keine Erweiterung im Sinne des Gesetzes vorliegen. Anders kann der Fall nur dann zu beurteilen sein, wenn das einzelne Modul einer Fotovoltaikanlage aus neuen und gebrauchten Zellen besteht.

Die Erweiterung einer Wasserkraftanlage mit einer Leistung von mehr als 5 Megawatt ist auch dann keine Erneuerung, wenn die Kosten mehr als 50 Prozent der Kosten einer Neuinvestition betragen. Die Regelung des § 6 Abs. 2 geht insoweit als speziellere Regelung dem Absatz 4 vor. § 6 Abs. 2 stellt besondere Anforderungen, unter denen eine Vergütungspflicht bei einer Erweiterung einer Wasserkraftanlage entsteht.“

Auch hier wird der Begriff „Erneuerung“ verwendet. Dies spräche dafür, dass im Zuge einer Erneuerung im Sinne dieser Regelung auch Erneuerungen an Anlagenteilen vorgenommen werden müssen, die zur Bestandsanlage zählen. Der vorstehend genannte zweite Absatz der Begründung schränkt dies insoweit ein, als auch eine Erweiterung einer Anlage, bei der im Gegensatz zur Erneuerung der bereits vorhandene Anlagenteil nicht verändert wird, dann eine wesentliche Erneuerung sein soll, wenn nach der Erweiterung nur eine Anlage im Sinne von § 3 Abs. 2 EEG 2004 vorliegt und die Kosten mehr als 50 % einer Neuinvestition betragen.

Aus Sicht des BDEW bestehen jedoch Zweifel daran, dass im Falle einer Erweiterung ohne Erneuerung der Bestandsanlage eine Erneuerung im Sinne der gesetzlichen Regelung vorliegt. So hätte ein Anlagenbetreiber eine aus einem Fermenter und einem BHKW bestehende Biogasanlage, die im Jahre 2000 in Betrieb genommen worden ist, Ende 2008 durch Zubau eines weiteren BHKW und Anschluss an denselben Fermenter „erneuern“ können. Da ein solcher Zubau für sich gesehen regelmäßig die 50%-Schwelle nicht überschreitet, könnte der Anlagenbetreiber dann weitere Maßnahmen vorgenommen haben, nur um diese Schwelle zu überschreiten, obwohl die Maßnahmen nicht zwingend notwendig sein müssten. Für die Bestandsanlage würde dies dann eine Gesamtförderdauer von fast 30 Jahren ergeben, und das Zubau-BHKW würde wiederum für die gesetzlich vorgesehenen 20 Jahre zzgl. des Inbetriebnahmejahres der dann als neu in Betrieb genommen geltenden Anlage gefördert werden. Dies legt eine Überförderung der Gesamt-Anlagenkonstellation nahe. Nicht zuletzt hat der Gesetzgeber den § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 im EEG 2009 gestrichen und durch den restriktiven § 20 Abs. 3 EEG 2009²¹ ersetzt, um den Missbrauch der bisherigen Regelung zu begrenzen.²²

Hinzu kommt, dass § 21 Abs. 1 Nr. 5 EEG 2004 zwar die NawaRo²³-Regelung des § 8 Abs. 2 EEG 2004 auch für EEG-Anlagen anwendbar erklärt hatte, die vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb genommen worden waren. Die übrigen Vergütungssätze des § 8 EEG 2004 einschl. der KWK- und Technologie-Boni in § 8 Abs. 3 und 4 EEG 2004 galten aber nach § 21 Abs. 1

²¹ „Der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile führt nicht zu einem Neubeginn oder einer Verlängerung der Frist nach Absatz 2 Satz 1, soweit sich aus den nachfolgenden Vorschriften nichts anderes ergibt.“

²² Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum EEG 2009, BT-Drs. 16/8148, S. 52 f.

²³ „Nachwachsende Rohstoffe“.

Nr. 4 EEG 2004 nur für Strom aus Biomasseanlagen, die nach dem 31. Dezember 2003 in Betrieb genommen worden waren. Dies lässt erkennen, dass Bestands-Biomasseanlagen den rein einsatzstoffbezogenen Bonus, der nur die zusätzlichen Kosten des Einsatzstoffes decken sollte²⁴, auch ohne eine „Erneuerung“ in Anspruch nehmen sollten. Gerade der KWK- und der Technologie-Bonus nach § 8 Abs. 3 und 4 EEG 2004 sollte für die Bestandsanlagen nicht ohne eine entsprechende Erneuerung anwendbar sein. Dies korrespondiert dann damit, dass die Kosten für die Nachrüstung einer Kraft-Wärme-Kopplung nach § 8 Abs. 3 EEG 2004 oder der in § 8 Abs. 4 EEG 2004 genannten Technologien entsprechend durch die Erneuerungsregelung aufgefangen werden sollten.

Hinzu kommt, dass eine „Erneuerung“ im Sinne der Regelung auch dadurch hervorgerufen werden konnte, dass ein Anlagenbetreiber eine entsprechende Anlage ab Inkrafttreten des EEG 2004 bewusst unterdimensioniert in Betrieb nimmt, um durch einen Zubau mit erheblich höherer Leistung mehrere Jahre später und eine dadurch bedingte Neuinbetriebnahme der Anlage weitere 20 Jahre der gesetzlichen Förderung in Anspruch zu nehmen. Dies entspräche dann nicht dem Wortsinn von „Erneuerung der Anlage“.

Fazit zu Nr. 3.4:

Gerade auf Basis der extensiven Darstellungen in der Begründung des Regierungsentwurfs des EEG 2004 sprechen zwar gute Gründe dafür, dass eine „Erneuerung“ im Sinne von § 3 Abs. 4, 2. Alt., EEG 2004 auch dann vorliegt, wenn an der Bestandsanlage keinerlei Erneuerung im engeren Sinne vorgenommen worden ist, sondern nur ein Anlagenteil hinzu gebaut worden ist, z.B. ein BHKW.²⁵ In der Gesamtschau der Argumente sprechen aus Sicht des BDEW aber die besseren Gründe dafür, in diesem Fall keine Erneuerung im Sinne der Regelung anzunehmen, weil die Anlage in ihrem Bestand durch die Maßnahme nicht erneuert worden ist.²⁶ Dies sind vor allem

- der Gesetzeswortlaut, der hier nur von einer Erneuerung und nicht von einer Erweiterung spricht,
- die Anwendbarkeit des KWK-Bonus nach § 8 Abs. 3 EEG 2004 und des Technologie-Bonus nach § 8 Abs. 4 EEG 2004 auf Anlagen des EEG 2000 nur im Falle einer durch eine Erneuerung erfolgten Neuinbetriebnahme der Anlage und
- die latente Missbrauchsgefahr innerhalb dieser Regelung.

Demgegenüber sind auch durch die Begründung des Fraktionsentwurfs die bereits dem Gesetzeswortlaut nach zulässigen Leistungserhöhungen durch Austausch eines Motors oder eines Generators gegen einen neuen Motor oder Generator abgebildet, selbst im Falle einer dadurch bedingten Erhöhung der Leistung der Anlage. In diesem Falle liegt auch eine

²⁴ BT-Drucksache 15/2864, S. 40 und 54.

²⁵ So auch Loibl, Der Vergütungsanspruch von Biomasseanlagen nach dem EEG, 2007, S. 57 ff.

²⁶ So auch Oschmann, in: Danner/Theobald, Energierecht, 64 EL (August 2009), § 3 Rdn. 93, sowie 65. EL (2010), § 3 Rdn. 93, unklar: Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald, 2. Aufl., § 3 Rdn. 62, und Salje, EEG, 4. Aufl., § 3 Rdn. 150.

Erneuerung der Anlage im engeren Sinne durch Einsatz eines neuen Motors oder Generators anstelle des alten vor.

Ansprechpartner:

Ass. iur. Christoph Weißborn
Telefon: +49 30 300199-1514
christoph.weissenborn@bdeu.de