

## Empfehlung der Clearingstelle EEG 2012/19 (Austausch und Versetzung von Anlagen und Anlagenteilen) - EINE KRITISCHE WÜRDIGUNG



### I. Einführung

Die Clearingstelle EEG hat mit Datum vom 2. Juli 2014 unter dem Aktenzeichen 2012/19 eine Empfehlung zum Thema „Austausch und Versetzen von Anlagen und Anlagenteilen (außer PV und Wasserkraft) im EEG 2009 und EEG 2012“ verfasst. Hierzu wurden die Leitsätze am 11.07.2014 veröffentlicht. Eine Begründung liegt derzeit noch nicht vor. Die nachfolgenden Ausführungen fassen die Ergebnisse dieser Empfehlung zusammen und setzen sich kritisch mit ihnen auseinander.

### II. Inhalt und kritische Würdigung im Einzelnen

#### 1. Weiter Anlagenbegriff

##### a) Empfehlung Clearingstelle EEG:

Entsprechend dem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs vom 23. Oktober 2013 vertritt nunmehr auch die Clearingstelle EEG unter Abkehr von ihrer bisherigen Auffassung (Empfehlung 2009/12) den weiten Anlagenbegriff. Zur Anlage zählt daher nunmehr auch nach Auffassung der Clearingstelle EEG die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen. Hierbei sind jedoch nur Einrichtungen gemeint, die jedenfalls auch der Stromerzeugung dienen. Andere Einrichtungen, die beispielsweise nur der Stromeinspeisung oder der Netzsicherheit dienen, sollen keine Bestandteile des Anlagenbegriffes sein.

##### b) Kritische Würdigung:

Diese Ausführungen stellen eine grundsätzliche Abkehr der Clearingstelle EEG von ihrem bisherigen eigenen Anlagenbegriff, der mit der BGH-Rechtsprechung nunmehr nicht vereinbar ist, dar. Die Ausführungen beinhalten keinerlei Neuigkeiten, sondern geben im Ergebnis die bisher herrschende Auffassung in Literatur und Praxis wieder.

#### 2. Satelliten-BHKW

##### a) Empfehlung Clearingstelle EEG:

Satelliten-BHKW stellen eigenständige Anlagen dar, wenn sie betriebstechnisch und räumlich von der Biogasanlage hinreichend abgegrenzt und daher rechtlich selbständig sind. Betriebstechnisch selbständig soll ein Satellit dann sein, wenn im konkreten Einzelfall das Vor-Ort-BHKW hinweggedacht und das Satelliten-BHKW gleichwohl ohne erhebliche Änderung seines Betriebskonzepts sinnvoll weiterbetrieben werden könnte. Hierfür und für die Frage, ob eine unmittelbare räumliche Nähe anzunehmen ist, möchte die Clearingstelle noch einen Indizienkatalog veröffentlichen, der derzeit noch nicht vorliegt. Kein Satellit soll gegeben sein, wenn sich die BHKW auf demselben Betriebsgelände befinden, selbst wenn eine betriebstechnische Selbständigkeit vorliegen würde. Wo die Grenzen zu ziehen sind, soll stets im Einzelfall bestimmt werden.

## b) Kritische Würdigung:

Auch diese Aussagen beinhalten kaum Neuerungen, Satelliten-BHKW sind seit vielen Jahren anerkannt, ebenso war und ist anerkannt, dass neben einer gewissen räumlichen Entfernung beispielsweise ein eigenständiges sinnvolles Wärmekonzept verfolgt werden muss. Hinsichtlich des Indizienkatalogs bleibt abzuwarten, ob die dortigen Kriterien sachgerecht und mit dem EEG vereinbar sein werden.

## 3. Versetzung gebrauchtes BHKW

Gänzlich neu sind die Ausführungen der Clearingstelle, wenn es um die Versetzung eines gebrauchten BHKW an einen anderen Standort geht:

### a) Empfehlung Clearingstelle EEG:

Ein versetztes gebrauchtes BHKW soll sein bisheriges Inbetriebnahmedatum nur dann beibehalten, wenn drei Voraussetzungen vorliegen:

- Nach dem Versetzen muss das gebrauchte BHKW als solches die Anlage darstellen, es darf also nicht zu einer Bestandsanlage hinzugesetzt werden (Beispiel: Nutzung als Satelliten-BHKW oder als Biomethan-BHKW, nicht aber als Erweiterung einer bestehenden Biogasanlage oder bestehenden Satelliten-Anlage),
- das BHKW wird am alten Standort nicht ersetzt („Sperrwirkung“ der Austauschregelung) und
- das BHKW wird nicht zu einer bereits in Betrieb genommenen Anlage hinzugebaut.

Sofern eine dieser Voraussetzungen nicht vorliegt, soll das BHKW wohl dann als Neuanlage nach dem dann wohl geltenden jeweils aktuellen EEG neu in Betrieb gehen.

### b) Kritische Anmerkungen:

Diese Aussagen der Clearingstelle entbehren – nach einer ersten Einschätzung – nicht nur jeg-

licher juristischer Grundlage, sondern widersprechen auch der bisher absolut herrschenden Auffassung und der generellen Praxis: So war es stets einhellige Auffassung, dass ein gebrauchtes BHKW sein Inbetriebnahmejahr auch im Falle einer Versetzung mitnimmt. Ebenso ist es völlig unhaltbar, von einer „Sperrwirkung der Austauschregelung“ auszugehen. Die Austauschregelung beinhaltet die Aussage, dass der Austausch des Generators oder sonstiger baulicher oder technischer Teile nicht zu einer Änderung des Inbetriebnahmedatums oder der Vergütungshöhe führt. Das neue BHKW tritt damit sinnbildlich an die Stelle des alten. Die Austauschregelung beinhaltet jedoch nicht die Aussage, dass das alte BHKW dann sein Inbetriebnahmejahr und seine Vergütungshöhe verlieren würde. Dies ist indes dem EEG nicht fremd, da dies beispielsweise für beschädigte PV-Module oder für repowerte Windenergieanlagen ausdrücklich im Gesetz geregelt ist: Die ausgetauschten Module bzw. ersetzten Windenergieanlagen erhalten ausdrücklich keine EEG-Vergütung mehr. Da bei der Austauschregelung eine solche Ausschlusswirkung ausdrücklich nicht vorgesehen ist, war sie offensichtlich nicht gewollt, so dass sich aus dem EEG gerade nicht ergibt, dass das ausgetauschte BHKW sein Inbetriebnahmejahr verlieren soll (ausführlich hierzu Loibl, ree 2014, S. 1, 7 bzw. Loibl, ZNER 2014, S. 152, 155).



## Newsletter-Abo

Wenn Sie regelmäßig aktuelle Informationen zum EEG und anderen Rechtsgebieten erhalten möchten, können Sie auf [www.paluka.de](http://www.paluka.de) kostenfrei unsere Newsletter abonnieren.

Hier wird noch im Einzelnen abzuwarten sein, wie die Clearingstelle EEG die von ihr geforderten Voraussetzungen begründen möchte. Nach unserer ersten Einschätzung sind diese Aussagen der Clearingstelle jedoch in keinster Weise mit dem EEG 2009 und EEG 2012 zu vereinbaren.

#### 4. Versetzung vollständiger Anlagen

##### a) Empfehlung Clearingstelle EEG:

Sofern eine komplette Biogasanlage an einen anderen Ort versetzt wird, soll sie grundsätzlich ihr Inbetriebnahmedatum beibehalten. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn sie zu einer bestehenden Anlage hinzugebaut wird. In diesem Fall soll die versetzte Anlage das Inbetriebnahmedatum der bestehenden Anlage teilen.

##### b) Kritische Anmerkung:

Es war in der gesamten Fachliteratur bislang unstrittig, dass die Versetzung einer Anlage an einen anderen Standort – ebenso wie die Versetzung eines gebrauchten BHKW – ihr bisheriges Inbetriebnahmedatum beibehält. Interessant ist, dass dann, wenn eine komplette Biogasanlage zu einer anderen Anlage versetzt wird, die versetzte ein neues Inbetriebnahmedatum erhält.

*Beispiel: Eine Biogasanlage aus dem Jahr 2000 wird komplett abgebaut und zu einer Anlage aus dem Jahr 2011 hinzugebaut.*

Nach Aussage der Clearingstelle erhält die 2000er Anlage damit das Inbetriebnahmejahr 2011. Was passiert dann aber, wenn diese Anlage erneut an einen neuen Standort als eigenständige Anlage versetzt wird? Soll sie dann das Inbetriebnahmedatum 2011 behalten? Diese Aussage der Clearingstelle eröffnet ungeahnte Möglichkeiten, wenn sie denn so zu verstehen sein soll. Nur am Rande sei allerdings darauf hingewiesen, dass dies wohl in einem klaren Widerspruch zur Grundsatzentscheidung des BGH zum Anlagenbegriff steht: Nach dem BGH erhält ein hinzugebautes BHKW ein eigenes Inbetriebnahmedatum und gerade nicht das Inbetriebnahmedatum der vorhandenen Anlage. Wir meinen, dass auch im Falle eines hinzuge-

bauten gebrauchten BHKW nichts anderes gelten kann. Diese Aussage der Clearingstelle dürfte also im unvereinbaren Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung stehen.



#### 5. Versetzung anderer Anlagenteile (ohne BHKW)

##### a) Empfehlung Clearingstelle EEG:

Die Clearingstelle vertritt die Auffassung, dass dann, wenn Anlagenteile – mit Ausnahme des BHKW – herausgelöst und versetzt werden, diese kein Inbetriebnahmedatum mit sich führen sollen. Als Beispiel wird der Motor oder der Generator genannt.

##### b) Kritische Würdigung:

Grundsätzlich meinen wir auch, dass andere Teile als die Stromerzeugungseinheit kein Inbetriebnahmedatum im Sinn des EEG haben. So kann ein Fermenter oder eine Einbringtechnik aus dem Jahr 2004, der zu einer EEG 2009-Anlage hinzugebaut wird, diese nicht mit dem alten Inbetriebnahmedatum „infizieren“, da ein Fermenter kein Inbetriebnahmedatum haben kann. Anders ist dies jedoch gerade für die Stromerzeugungseinheit. Diese ist elementarer Bestandteil und Anknüpfungspunkt des Anlagenbegriffs in § 3 Nr. 1 EEG. Dieser haftet durchaus ein Inbetriebnahmedatum an. Hier stellt sich die Frage, ob dieses Inbetriebnahmedatum damit dem gesamten BHKW oder aber dem Generator als Stromerzeugungseinheit anhaftet. Das EEG 2009 stellt hier unmittelbar auf den Generator ab. Wenn die Clearingstelle nun die Auffassung vertritt, der Generator, herausgelöst aus der Anlage, habe kein Inbetrieb-

nahmedatum, so dürfte dies mit dem Gesetzeswortlaut und der Intention des Gesetzgebers in keinster Weise zu vereinbaren sein.

## 6. Austausch Satelliten- und Biomethan BHKW

### a) Empfehlung Clearingstelle EEG:

Die Clearingstelle vertritt die Auffassung, dass der Austausch von Teilen einer Anlage das Inbetriebnahmedatum der Anlage unberührt lasse. Sofern jedoch eine vollständige Anlage ersetzt werde, sei hierin eine Neuinbetriebnahme zu sehen. Dies gelte insbesondere bei Satelliten-BHKW sowie bei Gasabtausch-BHKW.

### b) Kritische Würdigung:

Diese Ausführungen halten wir für rechtlich falsch: Es ist häufig so, dass am Satelliten-Standort lediglich ein BHKW vorhanden ist. Geht dieses kaputt und muss es getauscht werden, läge darin eine komplette Neuinbetriebnahme (so die Clearingstelle EEG). Da kein BHKW 20 Jahre laufen kann, hätte dies zur Folge, dass die Clearingstelle EEG mit ihrer Empfehlung letztendlich die vom Gesetz selbst vorgesehene Mindestvergütungsdauer von 20 Jahren zzgl. Inbetriebnahmejahr abkürzt. Da üblicherweise nach 60.000 Betriebsstunden das BHKW getauscht werden muss, also spätestens nach ca. 7 bis 8 Jahren, läge darin eine faktische Aushüllung des gesetzlichen Mindestvergütungsanspruchs, der vom Gesetzgeber so sicherlich nicht gewollt ist (vgl. hierzu Loibl, ZNER 2014, S. 152, 156).



## 7. Sukzessiver Austausch

### a) Empfehlung Clearingstelle EEG:

Sofern nacheinander mehrere Anlagenbestandteile in zeitlich getrennten Schritten ausgetauscht werden, soll grundsätzlich die Austauschregelung greifen, sodass es grundsätzlich beim bisherigen Inbetriebnahmedatum bleibt. Dies soll dann anders sein, wenn sich die einzelnen Austauschschritte nachweislich als Teile eines planmäßigen einheitlichen Vorgangs der sukzessiven Neuinbetriebnahme darstellen.

### b) Kritische Würdigung:

Diese Auffassung ist im Ergebnis durchaus vertretbar: Wer letztendlich seine Gesamtanlage austauschen möchte, hierdurch jedoch Vergütungsnachteile erwartet und deshalb zeitlich gestreckt in einzelnen Schritten einen solchen Austausch herbeiführt, dürfte rechtmisbräuchlich handeln und kann sich auf die für ihn positive Wirkung der Austauschregelung des EEG nicht berufen.

## 8. Hinzubau eines älteren BHKW

### a) Empfehlung Clearingstelle EEG:

Die Clearingstelle meint, dass es dann, wenn ein älteres BHKW zu einer neueren Biogasanlage hinzugebaut wird, gleichwohl ein einheitliches Inbetriebnahmedatum der dort bestehenden Anlage geben soll.

### b) Kritische Würdigung:

Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden: Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung für den Hinzubau auch neuer BHKW entschieden, dass diese gerade nicht das Inbetriebnahmedatum der Bestandsanlage haben. Die Clearingstelle setzt sich über dieses Grundsatzurteil mit seiner Empfehlung eindeutig hinweg; wir meinen, dass eine solche Auslegung des Gesetzes entgegen den ausdrücklichen Ausführungen des Bundesgerichtshofs nicht möglich ist. Vielmehr wäre es bei konsequenter Auslegung der BGH-Entscheidung so, dass jedes BHKW sein eige-

nes Inbetriebnahmedatum beibehält (vgl. Loibl, ree 2014, S. 1, S. 7 f.).

### III. Gesamtfazit

Die Ausführungen der Clearingstelle EEG in der Empfehlung 2012/19 werden von uns als äußerst kritisch eingestuft.

Teilweise sind dort Aussagen enthalten, die ohnehin der ständigen Praxis oder herrschenden Meinung entsprechen. Dies ist nicht weiter zu beanstanden.

Sofern jedoch die Clearingstelle EEG für das EEG 2009 und EEG 2012 noch vor der Geltung des EEG 2014 darauf abstellt, dass ein hinzugebautes BHKW das Inbetriebnahmedatum der Bestandsanlage haben soll, zu der hinzugebaut wird, dürfte dies im klaren Widerspruch zur Grundsatzentscheidung des BGH vom 23.10.2013 stehen.

*„Der weite Anlagenbegriff hat aber ... nicht zur Folge, dass bei der Erweiterung einer Biogasanlage um ein zusätzliches Blockheizkraftwerk für die Vergütung des hierdurch erzeugten Stroms ... diejenigen Vergütungssätze gelten würden, die auch für die in einem früheren Kalenderjahr erstellte Ursprungsanlage maßgeblich sind“ (vgl. BGH, Urteil vom 23.10.2013, ree 2013, S. 226, S. 234).*

Deutlicher kann der Bundesgerichtshof seine Auslegung des Gesetzes wohl kaum zur Geltung bringen. Es ist weder nachvollziehbar, noch dürfte es rechtlich haltbar sein, wenn die Clearingstelle EEG sich in der hier vorliegenden Empfehlung ausdrücklich gegen diese Grundsatzaussage eines der höchsten deutschen Gerichte stellt.

Völlig unnachvollziehbar und ebenso wenig rechtlich haltbar dürfte es sein, wenn die Clearingstelle von einer „Sperrwirkung“ der Austauschregelung dergestalt ausgeht, dass grundsätzlich ein ausgetauschtes BHKW sein Inbetriebnahmedatum verlieren soll. Derlei kann dem EEG in keinster Weise entnommen werden und dürfte im Übrigen auch nicht dem Wil-

len des Gesetzgebers entsprechen. Es entspricht der gängigen Praxis der letzten Jahre, dass viele Anlagen, die kein sinnvolles Wärme-konzept hatten, ihre großen BHKW von der Biogasanlage an einen Satelliten-Standort gestellt haben, an dem ein sinnvolles Wärmekonzept vorhanden war. An der Anlage selbst wurde das große BHKW gegen ein kleineres, das nur der Fermenterbeheizung dient, ausgetauscht. Dieses sinnvolle Konzept ist in der Praxis anerkannt und wurde deutschlandweit wohl hundertfach praktiziert. Genau diesem Konzept würde nunmehr die Clearingstelle EEG den rechtlichen Boden entziehen, ohne dass diese Auslegung durch das Gesetz gedeckt wäre.

Hier bleibt zu hoffen, dass die Netzbetreiber an ihrer bisherigen zutreffenden Auffassung festhalten und dass auf diese Weise die Empfehlung der Clearingstelle nicht zu der zu befürchtenden Klagewelle führen wird.

Dramatisch sind die Konsequenzen der Grundsatzaussage, dass der Austausch eines Satelliten-BHKW oder eines Biomethan-BHKW zu einer Neuinbetriebnahme führt: Hierdurch würde faktisch zwingend die gesetzlich vorgesehene Mindestvergütungsdauer auch für Satelliten-BHKW und Biomethan-BHKW unterlaufen werden, da es in der Praxis kein BHKW gibt, das 20 Jahre zu laufen vermag.

Als Gesamtfazit ist damit festzuhalten: Die Empfehlung der Clearingstelle dürfte – nach einer überschlägigen Einschätzung – sich in vielen Punkten als rechtlich nicht haltbar erweisen. Eine genauere Beurteilung kann erst nach Vorlage der entsprechenden Begründung erfolgen. Schon jetzt ist allerdings absehbar, dass – entgegen der Aufgabe der Clearingstelle nach § 57 Abs. 2 EEG 2012, Fragen und Streitigkeiten zu klären – diese Empfehlung Anlass für eine unübersehbare Zahl an Rechtsstreitigkeiten bietet.

## Autor:

---



**Dr. Helmut Loibl**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Verwaltungsrecht

Dr. Helmut Loibl ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner von Paluka Sobola Loibl & Partner Rechtsanwälte mit Sitz in Regensburg. Zusammen mit seinem Team von mehreren auf das EEG spezialisierten Anwälten berät und vertritt er seit über 10 Jahren deutschlandweit Betreiber, Hersteller, Planer und Investoren von regenerativen Energieerzeugungsanlagen in den Bereichen Biogas, Biomasse, Photovoltaik, Windenergie, Geothermie und Wasserkraft. Den Schwerpunkt bildet hierbei die rechtliche

Beratung und Vertretung von Biogas-, Windenergie- und Solaranlagen.

Inhalte der Beratung sind sämtliche EEG-Fragen (Vergütung, Netzanschluss, Anlagenbegriff; Anlagenerweiterung usw.), die Begleitung von Genehmigungs-, Bebauungsplan- und Baumängelverfahren sowie Kauf- und Verkaufsvorgängen (einschließlich Due Diligence und Risk Management), die Gründung von Betreibergesellschaften sowie die Gestaltung und Prüfung aller notwendigen Verträge. Aktuell steht die Direktvermarktung von EEG-Strom im Fokus.

Dr. Helmut Loibl ist Mitglied des Juristischen Beirates des Bundesverbandes Windenergie, Sprecher des Juristischen Beirates beim Fachverband Biogas und Mitglied in der Gesellschaft für Umweltrecht. Zudem ist als Autor von Fachbeiträgen und als Fachreferent zum Thema Erneuerbare Energien sowie als Ausbilder von Rechtsreferendaren und als Mitglied des Prüfungsausschusses für Fachagrarwirte Erneuerbare Energien aktiv.

Unsere Leistungen für  
**Biogasunternehmen**

Unsere Abteilung Erneuerbare Energien berät und vertritt unter Leitung von Dr. Helmut Loibl seit über 10 Jahren bundesweit Betreiber, Hersteller, Planer und Investoren von Biogasanlagen. Das aus hochspezialisierten Rechtsanwälten bestehende Team kennt die rechtlichen Bedürfnisse der Biogasbranche ganz genau und verfügt über die notwendigen Fachkenntnisse in Kombination mit langjähriger Praxiserfahrung. Für eine optimale Mandatsbetreuung arbeiten wir zudem bei Bedarf eng mit einem Netzwerk von Gutachtern, Planern und Sachverständigen zusammen.

Unsere Leistungen für Sie:

Beratung in sämtlichen EEG-Fragen: Anlagengestaltung, Vergütungsoptimierung, Einzelfragen zu den Boni, Anlagenbegriff und Satelliten-BHKW u.v.m.

Netzanschlussprobleme: Richtiger Verknüpfungspunkt, Kostentragungsfragen einschließlich Vertragsprüfung; Netzanschluss-, Einspeiseverträge und Einspeisemanagement; Netzabschaltung und Rechtsfolgen.

Umfassende Begleitung von Gasaufbereitungs- und Gaseinspeiseprojekten: Gasnetzanschluss, Vertragsgestaltung, Verhandlungen mit dem Netzbetreiber etc.

Komplette Begleitung von Genehmigungsverfahren: Baurecht, BImSchG, Privilegierungsfragen, Verhandlungen mit Behörden, gerichtliche Genehmigungsdurchsetzung, Abwehr von Nachbarklagen.

Begleitung von Baugebietsausweisungen: »Sondergebiet Erneuerbare Energien«.

Gesellschaftsrechtliche Gestaltung: Gründung GmbH, GmbH & Co. KG, AG, Aufteilung in Besitz- und Betriebsgesellschaft aus Haftungsgründen etc.

Vertragsgestaltung und Vertragsprüfung: Wärme-, Substrat-, Gülle-, Rohgas-, Biomethanlieferverträge, Kauf- und Herstellungsverträge von Anlagen bzw. Komponenten u.v.m.

Mängelgewährleistung: Bei Anlagen und Anlagenkomponenten.

Bearbeitung energiesteuerrechtlicher Fragen.

Begleitung von Kauf-/Verkaufsvorgängen von Biogasprojekten: Unternehmenskauf, Share Deal, Asset Deal etc., Due Diligence.

Risk Management: Prüfungen von Biogasprojekten für Investoren und Finanzierer.

IHRE ANSPRECHPARTNER



Dr. Helmut Loibl  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Verwaltungsrecht



Susanne Lindenberger  
Rechtsanwältin



Susanne Bausch  
Rechtsanwältin



Marc Bruck  
Rechtsanwalt



Christian Wenzel  
Rechtsanwalt

Paluka  
Sobola



Loibl &  
Partner  
Rechtsanwälte

**Paluka Sobola Loibl & Partner  
Rechtsanwälte**

Prinz-Ludwig-Straße 11  
93055 Regensburg

Tel: 0941 58 57 1-0  
Fax 0941 58 57 1-14

[info@paluka.de](mailto:info@paluka.de)  
[www.paluka.de](http://www.paluka.de)

Partnerschaftsgesellschaft | Amtsgericht Regensburg PR39