Eine Laufzeitverlängerung nach dem geltenden EEG 2014 ist ausgeschlossen. Jedes BHKW, das jetzt – unabhängig davon, ob es neu oder gebraucht ist – zu einer Bestandsbiogasanlage gebaut wird, teilt deren Schicksal, also sowohl deren Inbetriebnahmejahr als auch deren Vergütungshöhe und Restlaufzeit.

FOTO: JÖRG BÖTHLING

Laufzeitverlängerung für Bestandsbiogasanlagen – juristische Möglichkeiten und Grenzen

Bisher war die Frage, was „nach dem EEG" kommt, noch wenig relevant: Das EEG gewährt eine Mindestvergütungslaufzeit von 20 Jahren zuzüglich Inbetriebnahmejahr. Alle Biogasanlagen, die vor dem Jahr 2000 in Betrieb genommen wurden, gelten nach dem EEG 2000 als in diesem Jahr in Betrieb genommen. Das heißt, die Laufzeit der ersten Biogasanlagen endet damit erst am 31.12.2020. Gleichwohl machen sich viele Anlagenbetreiber im Hinblick auf die Biogasentwicklung im EEG nunmehr verstärkt darüber Gedanken, was eigentlich nach dem Ende ihrer Laufzeit passiert.

Von Dr. Helmut Loibl

Das bereits angekündigte nächste EEG wird voraussichtlich nicht nur für Neuanlagen, sondern eventuell auch für alle Bestandsanlagen nach ihrer Laufzeit die Möglichkeit der Teilnahme an Ausschreibungsverfahren vorsehen. Möglicherweise können sich also aus der Mindestlaufzeit herausgefallene Anlagen an solchen Ausschreibungsverfahren beteiligen. Problematisch hierbei ist, dass die Höhe der Vergütung wohl gedeckelt sein wird, zudem müssen Biogasanlagen mit anderen Biomasseanlagen, also auch etwa Holzverbrennungsanlagen, konkurrieren. Hier sehen viele Bestandsanlagenbetreiber nur wenig positive Aussicht für ihre Zukunft. Umso mehr stellt sich die Frage, ob nach dem derzeit geltenden EEG bereits jetzt eine Laufzeitverlängerung möglich ist. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Eine Laufzeitverlängerung nach dem geltenden EEG 2014 ist ausgeschlossen. Jedes BHKW, das jetzt – unabhängig davon, ob es neu oder gebraucht ist – zu einer Bestandsbiogasanlage gebaut wird, teilt deren Schicksal, also sowohl deren Inbetriebnahmejahr als auch deren Vergütungshöhe und Restlaufzeit.

Anders war dies nur bei Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden und bis zu diesem Termin „modernisiert" wurden. Nach den damaligen gesetzlichen Regelungen war bei jeder Änderung einer Biogasanlage beziehungsweise bei jedem Hinzubau zu prüfen, wie hoch der Wert der Investitionen war: Zunächst war zu ermitteln, welchen Wert nach Abschluss der betreffenden Erweiterungs- oder Austauschmaßnahmen die gesamte Biogasanlage zu Neupreisen gehabt hätte. Sodann waren diesem Betrag die konkreten Kosten, die für die Austausch- oder Modernisierungsmaßnahme aufgewendet wurden, gegenüberzustellen.

Hauptkriterium: mehr als 50 Prozent Neuinvestition

War der investierte Betrag unter 50 Prozent, hat auch die Änderung an der Anlage letztendlich das Schicksal der Bestandsanlage geteilt, das heißt, es blieb insgesamt beim bisherigen Inbetriebnahmejahr, bei der bisherigen Vergütungshöhe und Mindestvergütungsdauer. Wurden jedoch mehr als 50 Prozent investiert, wurde die gesamte Anlage zu einer Neuanlage.

Beispiel: Eine Biogasanlage mit dem Inbetriebnahmejahr 2002 hat im Kalenderjahr 2006 einen Fermenter, ein Endlager und ein weiteres BHKW hinzugebaut. Nach Abschluss dieser Arbeiten hätte die Anlage, so wie sie dastand, einen Neupreis von 1,2 Millionen Euro gekostet. Konkret aufgewendet für die Modernisierungsmaßnahme wurden 650.000 Euro, also deutlich über 50 Prozent der fiktiven Neuherstellungskosten. Demzufolge war nach Abschluss der Arbeiten die Biogasanlage im Jahr 2006 neu in Betrieb gegangen. Dies beinhaltet Vorteile, aber auch Nachteile: Zum einen hat die Anlage im Kalenderjahr 2006 nochmals einen neuen Mindestvergütungszeitraum von 20 Jahren zuzüglich Inbetriebnahmejahr erhalten, das heißt, Vergütungsende ist somit der 31.12.2026. Demgegenüber war jedoch die zwischenzeitlich eingetretene Degression zu berücksichtigen, das heißt, es gelten die doch deutlich geringeren Mindestvergütungssätze hinsichtlich der Grundvergütung für 2006er Biogasanlagen gegenüber den vorher höheren Vergütungssätzen des Jahres 2002. Allerdings kam diese Anlage in den Genuss, beispielsweise den 2-Cent-KWK-Bonus oder etwa den Trockenfermentationsbonus geltend zu machen, was als 2002er Biogasanlage ausgeschlossen war.

Neuanlage nach Modernisierung rückwirkend nach Jahren?

Nunmehr zeigt sich insbesondere in den vergangenen Jahren, dass zwar viele Biogasanlagen in den Jahren bis Ende 2008 massiv investiert haben, jedoch zu keinem Zeitpunkt die Modernisierung, die tatsächlich durchgeführt wurde, haben anerkennen lassen. Deshalb stellen sich viele Anlagenbetreiber zum jetzigen Zeitpunkt, wo es letztlich auf jedes verbleibende Restlaufjahr ankommt, die Frage, ob auch im Nachhinein eine solche Modernisierung anerkannt werden kann. Diese Frage ist klar zu bejahen: Entscheidend ist, ob damals vor dem 31. Dezember 2008 tatsächlich mehr als 50 Prozent der fiktiven Neuherstellungskosten investiert ▶

wurden. Wenn dem so ist, kann auch heute noch – rückwirkend – diese Modernisierung über ein entsprechendes Modernisierungsgutachten, das dem Netzbetreiber vorzulegen ist, nachgewiesen werden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass dies durchaus auch mit Nachteilen verbunden sein kann, da möglicherweise die Vergütungshöhe wegen der Degression absinkt.

Das heißt, dass der Netzbetreiber möglicherweise Rückforderungsansprüche für die vergangenen Jahre wegen zu hoch ausgezahlter EEG-Vergütung inne hat. Diese Rückforderung kann bis zum Verjährungseintritt, das heißt also maximal bis drei Jahre, noch geltend gemacht werden. Hier empfiehlt es sich in der Praxis, mit dem Netzbetreiber offen darüber zu kommunizieren, wie mit der Vergangenheit umgegangen werden soll.

Festzuhalten bleibt als Fazit, dass alle Anlagenbetreiber kritisch prüfen sollen, ob sie vor dem 1. Januar 2009 entsprechend investiert haben und damit eine Laufzeitverlängerung durchsetzen können. Investitionen nach dem 1. Januar 2009 spielen hierbei keine Rolle. Vorsicht ist bei Zündstrahlaggregaten geboten: Bei einem Inbetriebnahmejahr nach 2006 ist ein fossiler Zündstrahl verboten.

Alle anderen Anlagen, die nicht unter diese Modernisierungsregelung fallen können, könnten gleichwohl bereits eine Laufzeitverlängerung haben: Hintergrund ist die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs zum weiten Anlagenbegriff. Dort hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass ein nach dem 1. Januar 2009 hinzugebautes BHKW ganz sicher nicht dieselbe Vergütungshöhe wie die Bestandsanlage hat. Vielmehr soll für ein solches BHKW die Degression gelten.

Umstrittene BGH-Entscheidung

Bei konsequenter Betrachtung dieser Rechtsprechung bedeutet dies, dass ein nach dem 1. Januar 2009 hinzugebauter Generator beziehungsweise ein neu hinzugebautes BHKW auch eine eigene Mindestvergütungsdauer von nochmals 20 Jahren zuzüglich Inbetriebnahmejahr haben muss. In der Praxis ist höchst umstritten, wie diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs auszulegen ist, weil diese Anmerkungen anlässlich einer ganz anderen zu klärenden Rechtsfrage gemachten wurden, ohne dass es im konkreten Fall darauf angekommen wäre.

Zwar hat der BGH bis heute noch keinen entsprechenden Fall zu entscheiden gehabt, in der Entscheidung vom 6. Mai 2015 (Grundsatzentscheidung zum Formaldehydbonus) hat der BGH jedoch erneut erklärt, dass allenfalls hinzugebaute BHKW eine eigenständige Mindestlaufzeit haben können. Letztlich bestätigt also der BGH in der aktuellen Besetzung seine bisherige Auffassung. Konsequent zu Ende gedacht würde dies Folgendes bedeuten:

Jedes neue BHKW, das nach dem 1. Januar 2009 und vor dem 1. August 2014 zu einer Bestandsanlage hinzugebaut wurde, hat eine eigenständige 20-jährige Mindestvergütungsdauer. Im Gegenzug ist hier jedoch die entsprechende Degression zu berücksichtigen. Beispiel: Eine Biogasanlage aus dem Jahr 2006 hat im Juli 2014 ein weiteres BHKW zugebaut, um flexibel Strom erzeugen zu können. Die Biogasanlage selbst hätte also eine Restlaufzeit bis 31. Dezember 2026, das 2014 hinzugebaute neue BHKW eine Restlaufzeit bis 31. Dezember 2034. Im Gegenzug würde das 2014 hinzugebaute BHKW nicht die hohen Vergütungssätze des EEG für das Jahr 2006 erhalten, insoweit wären weitere acht Jahre an Degression zu berücksichtigen.

Auch wenn dies nicht als rechtssicher anzusehen ist, deutet die neuerliche Entscheidung des BGH jedoch daraufhin, dass dies der einzig richtige Umgang mit entsprechend hinzugebauten BHKW ist. Dass dem so ist, zeigt auch der Umgang vieler Netzbetreiber mit dieser Problematik: Viele übersenden derzeit Verjährungsverzichtserklärungen für die Vergangenheit im Hinblick darauf, dass gerade wegen der BGH-Entscheidung und der zu berücksichtigenden Degression bisher eigentlich zu viel Vergütung ausgezahlt wurde. Wären sich die Netzbetreiber sicher, dass es keine Laufzeitverlängerung gibt, könnten sie auf solche Schreiben verzichten. Nur ein Hinweis am Rande zu diesen Verjährungsverzichtserklärungen: Ich würde empfehlen, diese nicht zu unterzeichnen.

Notlösung Hilfsantrag

Der Netzbetreiber würde dann wohl die zu viel gezahlte Vergütung zurückfordern beziehungsweise mit der laufenden EEG-Vergütung aufrechnen. Der Anlagenbetreiber müsste sodann die Vergütung ohne Degres-

sion einklagen und – groteskerweise – darauf hoffen, vor Gericht zu unterliegen. In einem Hilfsantrag könnte für diesen Fall festgestellt werden, dass das hinzugebaute BHKW noch eine verlängerte Restlaufzeit hat.

Da hier der Streitwert überschaubar wäre, ist dies eine sehr günstige Möglichkeit, eine Laufzeitverlängerung verbindlich gerichtlich feststellen zu lassen. Wer dies nicht möchte und den Verjährungsverzicht abgeben will, sollte dies keinesfalls pauschal tun, sondern den Verzicht zum einen der Höhe nach begrenzt und zum anderen mit einer konkreten Begründung versehen ausgestalten.

Wer nun ein solches BHKW mit einer möglichen Laufzeitverlängerung an seiner Anlage stehen hat, muss beachten, dass im Hinblick auf die Degression dieses BHKW eine deutlich geringere EEG-Vergütung hat als die anderen BHKW der Anlage. Hier ist also kritisch zu prüfen: Läuft dieses neue BHKW nur sehr selten und laufen eigentlich die bisherigen alten BHKW durch, muss dies über eine entsprechende Unterzählung dokumentiert werden.

BHKW gemeinsam messen oder nicht, entscheidet der Einzelfall

Es kann dann nachgewiesen werden, dass fast ausschließlich die alten BHKW mit der hohen Vergütung gelaufen sind. Dies kann dann auch gegenüber dem Netzbetreiber geltend gemacht werden. Eine gemeinsame Messung wäre in diesem Fall äußerst schädlich: Eine gemeinsame Messung bedeutet, dass die eingespeisten Kilowattstunden nach der jeweils installierten Leistung der einzelnen BHKW aufgeteilt werden. Läuft das neue BHKW mit geringerer Vergütung also wenig, würde über die gemeinsame Messung gleichwohl ein Teil der Kilowattstunden dieser schlechteren Vergütung zugeschlüsselt, was fatal wäre.

Läuft hingegen beispielsweise wegen des besseren Wirkungsgrades nur das neue BHKW, während die alten BHKW etwa als Flex-BHKW nur selten in Betrieb genommen werden, ist eine gemeinsame Messung äußerst hilfreich. Hier wird dann über die gemeinsame Messung der alten Anlage mit der hohen Vergütung, auch wenn die alte Anlage kaum in Betrieb ist, gleichwohl ein nicht unerheblicher Teil der Kilowattstunden zugeschlüsselt. Hier wird der Anlagenbetreiber also kritisch prüfen müssen, ob er seine Anlage bereits ideal ausgestaltet hat.

Insgesamt ist also festzuhalten, dass eine Laufzeitverlängerung oder Ähnliches nach dem aktuellen EEG ausgeschlossen ist. Zu prüfen ist jedoch, ob eine Anlage möglicherweise durch entsprechende Investitionen, die vor dem 1. Januar 2009 abgeschlossen wurden, insgesamt vielleicht ein deutlich günstigeres Inbetriebnahmejahr hat als das, nachdem bisher abgerechnet wird.

Weiterhin wird zu prüfen sein, ob nach dem 1. Januar 2009 und vor dem 1. August 2014 ein neues BHKW hinzugebaut wurde. Dieses hat entsprechend den gemachten Ausführungen eventuell eine eigene Mindestvergütungsdauer, wenn auch verbunden mit einer deutlich geringeren Vergütungshöhe. Entscheidend ist, ob es wirklich ein Hinzubau eines weiteren BHKW war: Wurde im Zug des neuen BHKW-Zubaus ein altes abgebaut, handelt es sich also um einen Austausch, erhält das neue BHKW kraft ausdrücklicher gesetzlicher Fiktion kein neues Inbetriebnahmedatum, sondern teilt insoweit das Schicksal der Altanlage. ◀

Autor

Dr. Helmut Loibl
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht
Sprecher des Juristischen Beirates
im Fachverband Biogas e.V.
Kanzlei Paluka Sobola Loibl & Partner
Prinz-Ludwig-Str. 11
93055 Regensburg
Tel. 09 41/585 71-0
E-Mail: loibl@paluka.de
www.paluka.de