

2012/9

2. Juli 2012

## Votum

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

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Winkler und die Mitglieder Dibbern und Reißerweber sowie die Beisitzer Walter und Weißenborn aufgrund der mündlichen Erörterung vom 3. Mai 2012 am 2. Juli 2012 mehrheitlich folgendes Votum:

- 1. Für die in [...] [L...], [M...] und [...] [F...], [F...straße...], gelegenen BHKW der Anspruchstellerin gilt als Inbetriebnahmezeitpunkt der 24. Dezember 2008.**
- 2. Der Zeitraum, in dem die Vergütung zu zahlen ist, begann am 24. Dezember 2008 und endet am 31. Dezember 2028.**

## I Tatbestand

- 1 Die Parteien begehren die Klärung des Inbetriebnahmezeitpunktes von Biomethan-BHKW der Anspruchstellerin.
- 2 Die Anspruchstellerin nahm 1989 in [...] [F...], [F... straße...], eine BHKW-Installation mit einer Leistung von 460 kW<sub>el</sub> und 1990 eine weitere in [...] [L...], [M...], mit einer Leistung von ebenfalls 460 kW<sub>el</sub> in Betrieb. Die BHKW-Installationen, jeweils bestehend aus fünf Gasmotoren und fünf Generatoren, wurden mit fossilem Brennstoff betrieben. Als Brennstoff wurde hauptsächlich Erdgas eingesetzt, das aus dem Erdgasnetz bezogen wurde. Als Ersatzbrennstoff – bei einer angekündigten Erdgasabschaltung (in der Regel ab Temperaturen von ca. -5°C) – wurde Flüssiggas eingesetzt.
- 3 Die Einrichtungen zur Zufuhr des Flüssiggases (Flüssiggastank und -leitungen sowie Verdampferinheit) wurden bei der BHKW-Installation [F...] im Jahr 1999, bei der BHKW-Installation [L...] im Jahre 2008 stillgelegt.
- 4 Zur Umstellung jeweils zweier Gasmotoren auf den Betrieb mit Biomethan im Wege des Gasabtausches im Jahr 2008 wurden in beiden BHKW-Installationen die Brennstoffzuleitungen von jeweils zwei Gasmotoren von den Zuleitungen der anderen Motoren getrennt und mit einem separaten Zähler zur Messung des Brennstoffverbrauchs ausgerüstet. Diese Zähler erfassen das Wärmeäquivalent des verbrauchten Erdgases.
- 5 Auch die elektrischen Anschlüsse wurden von den anderen Anschlüssen getrennt. Der Strom wird seitdem über einen separaten Zähler in das Stromnetz eingespeist.
- 6 Die übrigen drei Motoren werden am Standort [L...] weiterhin mit Erdgas betrieben. Die drei Motoren befinden sich zusammen mit den mit Biomethan betriebenen Motoren in einer Halle. Die Zuleitung des Gases zu den Modulen erfolgt über eine Gassammelschiene, von der aus jedes Modul einzeln mit Erdgas versorgt werden kann, wobei sich die Gassammelschiene zunächst in zwei Abzweige verzweigt, ein Abzweig für die Erdgasmodule, ein Abzweig für die Biomethanmodule. Sodann erfolgen weitere Abzweigungen, jeweils zu den Erdgas- bzw. Biomethan-BHKW.
- 7 Am Standort [F...] existieren seit dem Jahr 2010 nur noch die zwei mit Biomethan betriebenen Motoren.
- 8 Die Umstellung der jeweils zwei Gasmotoren auf den Betrieb mit Biomethan erfolgte durch die Anspruchsgegnerin am 22. Dezember 2008. Die erstmalige Einspeisung

erfolgte aufgrund der Bilanzierung am 24. Dezember 2008. Das Biomethan wird von der [b... AG & Co. KG] bezogen. Diese wiederum erwirbt das Gas bei der [b... GmbH] in [M...].

- 9 Die Anspruchstellerin ist der Ansicht, sie habe für den in den Biomethan-BHKW erzeugten Strom einen Anspruch auf Zahlung der Einspeisevergütung nach dem EEG 2004. Die Anlagen seien nach § 3 Abs. 4 EEG 2004 erst im Jahr 2008 mit der Umstellung auf den Gasabtausch in Betrieb genommen worden.
- 10 Sie stützt sich dabei auch auf das Urteil des BGH vom 21. Mai 2008, Az. VIII ZR 308/07<sup>1</sup>. Nach dem Urteil sei auf die technische Betriebsbereitschaft der Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien abzustellen. Erforderlich dafür sei, dass die Anlage über eine Einrichtung zur Gewinnung und Aufbereitung des jeweiligen Energieträgers verfüge, was bei einer Biogasanlage den Fermenter voraussetze. Unter Rückgriff auf den Anlagenbegriff des EEG 2004 habe der BGH dies damit begründet, dass die Inbetriebnahme einer Biogasanlage voraussetze, dass die Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien technisch betriebsbereit sei. Nach der Anlagendefinition nach § 3 Abs. 4 EEG 2004 ist eine Anlage jede „selbständige technische Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas.“ Bei Berücksichtigung dieser Entscheidung sei deshalb auf den Zeitpunkt der Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien abzustellen.
- 11 Zudem sei nach Sinn und Zweck des EEG die Inbetriebnahme (auch eines bestehenden BHKW) i. S. d. EEG erst dann gegeben, wenn die Umstellung auf den Biogasbetrieb erfolge. Vorher sei der Anwendungsbereich des Gesetzes noch gar nicht eröffnet.
- 12 Schließlich setze die Betriebsbereitschaft nicht ausschließlich voraus, dass der Fermenter angeschlossen sei, sondern alternativ, dass der notwendige Brennstoff überhaupt erstmalig zur Verfügung stehe. Eine Inbetriebnahme unter dem EEG 2000 habe zudem schon deswegen nicht stattfinden können, weil die BHKW-Installationen technisch nur zum Einsatz von Erdgas, nicht aber zum Einsatz von Biogas ausgelegt gewesen seien; hierzu hätten Umbauarbeiten, z. B. für einen Anschluss an ein Mikrogasnetz, stattfinden müssen. Jedenfalls sei eine Umstellung auf den Biomethanbetrieb erstmals möglich geworden, nachdem – was unstrittig ist – im Jahr 2006 in der Biomethananlage in Pliening erstmals in Deutschland Biomethan aufbereitet und ins Erdgasnetz eingespeist worden war.

<sup>1</sup> Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/400>.

- 13 Die Anspruchsgegnerin ist der Ansicht, dass die Einspeisevergütung nach dem EEG 2000 zu erfolgen habe. Der Inbetriebnahmezeitpunkt der Anlagen sei gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004 i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 der 1. Januar 2000.
- 14 Es finde der Inbetriebnahmebegriff des § 3 Nr. 5 EEG 2009 sowie der Anlagenbegriff des § 3 Nr. 1 EEG 2009 Anwendung. Zur Subsumtion unter § 3 Nr. 1 EEG 2009 reiche es aus, dass die Anlage sich grundsätzlich zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas eigne.
- 15 Auch bei Anwendung des Inbetriebnahmebegriffs des EEG 2004 sei gemäß § 21 Abs. 1 EEG 2004 i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 der 1. Januar 2000 der gesetzliche Inbetriebnahmezeitpunkt.
- 16 Die Rechtsprechung des BGH zum EEG 2004<sup>2</sup> stütze dieses Ergebnis, da die Anlagen der Anspruchstellerin bereits zum Zeitpunkt ihrer erstmaligen konventionellen Inbetriebsetzung mit Erdgas technisch dazu in der Lage waren, Biogas zur Erzeugung von Strom zu nutzen. Es komme beim Anlagenbegriff des EEG 2004 und des EEG 2009 allein auf die technische Eignung der Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien an. Für die Auffassung der Anspruchstellerin, dass auf den Zeitpunkt abzustellen sei, in dem sie erstmals bilanziell Biomethan beziehen konnte, gebe es keine Anhaltspunkte im Gesetz. Weder das EEG 2004 noch das EEG 2009 würden sich auf Umstände beziehen, die außerhalb der technischen Eignung der Stromerzeugungseinrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien lägen. Zudem habe es der Anspruchstellerin freigestanden, auf anderem Wege Biogas zu beziehen, z. B. durch Lieferungen von Tanklastern.
- 17 Mit inhaltsgleichen Anträgen haben sich die Anspruchstellerin und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. VerfO<sup>3</sup> durchzuführen.
- 18 Mit Beschluss vom 12. April 2012 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtenden Fragen lauteten:

Welcher Inbetriebnahmezeitpunkt gilt für die in [...] [L...], [M...] und [...] [F...], [F... straße...], gelegenen BHKW der Anspruchstel-

<sup>2</sup>BGH, Urt. v. 21.05.2008, – VIII ZR 308/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/400>.

<sup>3</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG vom 01.10.2007 i. d. F. v. 16.02.2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>, im Folgenden bezeichnet als VerfO.

lerin, wenn diese vor Inkrafttreten des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien vom 29. März 2000 zur konventionellen Stromerzeugung genutzt wurden und die Anspruchstellerin in ihnen seit dem 24. Dezember 2008 Strom aus Biomethan erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin einspeist?

Welche Zeitpunkte gelten in diesem Fall als Beginn und Ende der Vergütungsdauer?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 19 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 20 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO<sup>4</sup> nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 21 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 2, 26 Abs. 1 VerfO.
- 22 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 2 VerfO hat die Clearingstelle EEG einen Termin zur mündlichen Erörterung bestimmt. Die Beschlussvorlage haben gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Reissenweber und die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Richter erstellt.

### 2.2 Würdigung

- 23 Die Biomethan-BHKW der Anspruchstellerin sind am 24. Dezember 2008 gemäß § 3 Abs. 4 EEG 2004 in Betrieb genommen worden.
- 24 Der Zeitraum, in dem die Vergütung zu zahlen ist, begann gemäß § 12 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 am 24. Dezember 2008 und endet am 31. Dezember 2028.

---

<sup>4</sup>In der Fassung v. 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

### 2.2.1 Keine Anwendung des Inbetriebnahmebegriffs des EEG 2009

- 25 Für die Bestimmung des Inbetriebnahmezeitpunktes der Biomethan-BHKW der Anspruchstellerin war nicht § 3 Nr. 5 EEG 2009<sup>5</sup> heranzuziehen.
- 26 Die Inbetriebnahme nach § 3 Nr. 5 EEG 2009 knüpft an die erstmalige Inbetriebsetzung unabhängig vom eingesetzten Energieträger an, so dass eine Inbetriebnahme i. S. v. § 3 Nr. 5 EEG 2009 auch mit fossilen Einsatzstoffen erfolgen kann. Danach wären die Biomethan-BHKW der Anspruchstellerin bereits im Jahr 1989 bzw. 1990 in Betrieb genommen worden.<sup>6</sup>
- 27 § 3 Nr. 5 EEG 2009 ist jedoch nicht anwendbar. Zwar ist § 3 Nr. 5 EEG 2009 in § 66 Abs. 1 EEG 2009 nicht als eine der Regelungen genannt, an deren Stelle die Vorschriften des EEG 2004<sup>7</sup>, das grundsätzlich zum 1. Januar 2009 außer Kraft gesetzt wurde<sup>8</sup>, weiterhin anzuwenden sind. Jedoch lässt sich daraus nicht folgern, dass auf Anlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009 der Inbetriebnahmebegriff des EEG 2009 anzuwenden wäre.
- 28 Ein Wille des Gesetzgebers, in der Vergangenheit erfolgte, abgeschlossene Vorgänge, die unter Geltung des EEG 2000 bzw. EEG 2004 als Inbetriebnahme zu werten waren, mit Inkrafttreten des EEG 2009 rechtlich neu zu bewerten, also unter dem EEG 2004 in Betrieb genommenen Anlagen ggf. nachträglich ein anderes Inbetriebnahmedatum zuzuweisen, ist nicht erkennbar. Den Gesetzgebungsmaterialien ist für einen solchen Willen des Gesetzgebers kein Anhaltspunkt zu entnehmen. Dies gilt

<sup>5</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

<sup>6</sup>Anm. der Clearingstelle EEG: In diesem Fall würde gem. § 3 Nr. 5 EEG 2009 i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2009, § 21 Abs. 1 EEG 2004 und § 9 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 das Jahr 2000 als Inbetriebnahmejahr gelten.

<sup>7</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

<sup>8</sup>Art. 7 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, S. 2099.

nicht nur für den Fall, dass zusammengefasste Anlagen nach § 3 Abs. 2 EEG 2004 ein fiktives Inbetriebnahmedatum erhielten<sup>9</sup>, sondern auch für die Frage, ob für die Inbetriebnahme im EEG 2004 der Einsatz Erneuerbarer Energien erforderlich war.

- 29 Hierfür sprechen auch teleologische Überlegungen: Sinn und Zweck der Übergangsbestimmungen ist zum einen, Rechtsunsicherheiten und Unstimmigkeiten, die sich aus der Anwendung unterschiedlicher Regelungen ergeben würden, zu vermeiden, zum anderen, das „geschützte Vertrauen der Investoren“ zu berücksichtigen.<sup>10</sup> Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass hinsichtlich des Inbetriebnahmebegriffs kein geschütztes Vertrauen entstehen konnte, wie dies auch beim Anlagenbegriff bzw. bei der Anlagenzusammenfassung der Fall war, welche erheblich umstritten waren.<sup>11</sup> Denn dass zur Inbetriebnahme im EEG 2004 die Anlage *zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas* technisch betriebsbereit sein musste, stand spätestens mit der Entscheidung des BGH<sup>12</sup> fest.
- 30 Für die Frage, ob nach dem EEG 2004 eine wirksame Inbetriebnahme stattgefunden hat ist damit allein § 3 Abs. 4 EEG 2004 maßgeblich.

### 2.2.2 Anwendbarkeit des Inbetriebnahmebegriffs des EEG 2004

- 31 Die Biomethan-BHKW der Anspruchstellerin sind nach § 3 Abs. 4 EEG 2004 am 24. Dezember 2008 in Betrieb genommen worden. Nach dieser Regelung ist Inbetriebnahme „die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft“. Voraussetzung für eine Inbetriebnahme nach § 3 Abs. 4 EEG 2004 ist damit zum einen die technische Betriebsbereitschaft und zum anderen die Inbetriebsetzung der Anlage.
- 32 **Inbetriebnahme 1989 bzw. 1990** Die verfahrensgegenständlichen Anlagen sind nicht bereits 1989 bzw. 1990 im Sinne des EEG in Betrieb genommen worden.

<sup>9</sup>Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 09.07.2009 – 2009/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2009/12>, Rn. 148 ff.

<sup>10</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 76. Zum Teil wortgleich auch die Begründung zu § 21 EEG 2004: BT-Drs. 15/2327, S. 42.

<sup>11</sup>So BVerfG, Beschl. v. 18.02.2009 – 1 BvR 3076/08; Beschl. v. 03.04.2009 – 1 BvR 3299/08 und 1 BvR 3369/08, alle abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/661>.

<sup>12</sup>Vgl. dazu BGH, Urt. v. 21.05.2008 – VIII ZR 308/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/400>, Leitsatz und Rn. 15 f.

- 33 Sie sind zu diesem Zeitpunkt weder nach dem StrEG<sup>13</sup> noch nach dem EEG 2000 in Betrieb genommen worden. Das StrEG ermöglichte die Förderung von Anlagen, die tatsächlich mit Erneuerbaren Energien betrieben wurden, unabhängig von deren Inbetriebnahmedatum. Das EEG 2000 kannte den Begriff der Inbetriebnahme, ohne ihn zu definieren. Auch wies das EEG 2000 Bestandsanlagen, die vor Inkrafttreten des EEG 2000 – also vor dem 1. April 2000 – „in Betrieb genommen worden“, zum Zwecke der Bestimmung des Vergütungszeitraumes per Fiktion das Jahr 2000 als Inbetriebnahmejahr zu. Gegenstand auch des EEG 2000 waren jedoch nur Neuanlagen oder Bestandsanlagen, die während der Geltung des EEG 2000 tatsächlich Erneuerbare Energien eingesetzt haben und daher nach dem EEG 2000 vergütet wurden. Die verfahrensgegenständlichen BHKW waren nie Gegenstand des EEG 2000, da in ihnen unter Geltung des EEG 2000 keine Erneuerbaren Energien zur Stromerzeugung eingesetzt wurden und der erzeugte Strom daher auch nicht nach dem EEG 2000 vergütet wurde.
- 34 Die verfahrensgegenständlichen BHKW sind auch nicht schon 1989 bzw. 1990 im Sinne von § 3 Abs. 4 EEG 2004 in Betrieb genommen worden, da sie 1989 bzw. 1990 schon nicht „technisch betriebsbereit“ im Sinne dieser Vorschrift waren.
- 35 Zwar ergibt sich allein aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 4 EEG 2004 nicht eindeutig, ob eine Inbetriebnahme der verfahrensgegenständlichen Biomethan-BHKW unter dem EEG 2004 die technische Betriebsbereitschaft zur Erzeugung von Strom gerade aus *Erneuerbaren* Energien voraussetzt oder ob für eine Inbetriebnahme die technische Betriebsbereitschaft zur Erzeugung von Strom aus *fossilen* Energieträgern ausreichend ist.
- 36 Der BGH<sup>14</sup> hat allerdings entschieden, dass der Inbetriebnahmebegriff des EEG 2004 so auszulegen ist, dass es auf die technische Betriebsbereitschaft der Anlage *gerade* zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien ankommt. Erforderlich dafür ist, dass die Anlage entweder über eine „Einrichtung zur Gewinnung und Aufbereitung des jeweiligen Energieträgers“, also einen angeschlossenen Fermenter verfügt,<sup>15</sup> oder

<sup>13</sup>Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Strom-einspeisungsgesetz), zuletzt geändert durch Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes v. 24. April 1998 (BGBl. I 1998 S. 730), außer Kraft gesetzt durch Art. 4 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes v. 29.03.2000 (BGBl. I S. 305).

<sup>14</sup>BGH, Urt. v. 21.05.2008, – VIII ZR 308/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/400>, Leitsatz und Rn. 15 f.

<sup>15</sup>BGH, Urt. v. 21.05.2008, – VIII ZR 308/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/400>, Leitsatz und Rn. 15 f.

– wenn die Anlage z. B. mit Pflanzenöl betrieben werden soll – über sonst erforderliche „sämtliche Einrichtungen zur Stromerzeugung unter Einsatz des jeweiligen Energieträgers“ verfügt.<sup>16</sup> Wenn diese Einrichtungen so angeschlossen sind, dass – wenn auch nach einer Phase des Hochfahrens der Anlage mittels Einsatzes fossiler Brennstoffe – die Anlage durch den Einsatz von Biomasse dauerhaft Strom erzeugen kann, ist die technische Betriebsbereitschaft der Anlage hergestellt.<sup>17</sup>

- 37 Dies war vorliegend in den Jahren 1989 bzw. 1990 nicht der Fall. Dabei kann offen bleiben, ob die Motoren des BHKW schon im Jahre 1989 bzw. 1990 technisch so ausgelegt waren, dass sie theoretisch Biogas hätten einsetzen können. Denn aus der Rechtsprechung des BGH folgt, dass eine technisch betriebsbereite Anlage über sämtliche Einrichtungen zur Stromerzeugung unter Einsatz des *jeweiligen* erneuerbaren Energieträgers verfügen muss – also über alle Einrichtungen, die für den Einsatz des jeweiligen konkreten Energieträgers in der konkret vorgesehenen Betriebsweise erforderlich sind. Eine bloß abstrakte oder theoretische Betriebsbereitschaft reicht demgegenüber nicht aus. Um mit Biogas aus Tanklastern betrieben werden zu können, hätten die verfahrensgegenständlichen BHKW zumindest für eine kontinuierliche Betriebsweise über separate Biogastanks und eine Zuleitung des Gases aus den Tanks verfügen müssen. Jedenfalls aber hätte, damit die BHKW im Sinne des § 3 Abs. 4 EEG 2004 betriebsbereit für den konkreten Einsatz von Biogas aus Tanklastern gewesen wären, beispielsweise ein Vertrag über die künftige Lieferung von Biogas aus Tanklastern abgeschlossen sein müssen.
- 38 Da es mithin schon an der erforderlichen technischen Betriebsbereitschaft zum Einsatz Erneuerbarer Energien mangelte, kann auch hinstehen, inwiefern die „Inbetriebsetzung“ i. S. v. § 3 Nr. 5 EEG 2004 sogar dann fossil erfolgen kann, wenn sie nicht nur im Rahmen eines notwendigen fossilen Anfahr- oder Probetriebes zum Zwecke der anschließenden Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien<sup>18</sup> stattfindet, sondern zunächst in einen fossilen Dauerbetrieb mündet.

<sup>16</sup>BGH, Urt. v. 16.03.2011, – VIII ZR 48/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1341>, Rn. 16f.

<sup>17</sup>BGH, Urt. v. 16.03.2011, – VIII ZR 48/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1341>, Rn. 16f.

<sup>18</sup>Nach BGH, Urt. v. 16.03.2011, – VIII ZR 48/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1341>, Leitsatz und Rn. 21 ist für den Zeitpunkt der Inbetriebnahme einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbarer Energie nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft auch dann auf die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage abzustellen, wenn der Stromerzeugung aus Erneuerbarer Energie zunächst ein technisch notwendiger konventioneller Anfahrbetrieb mit fossilen Brennstoffen vorausgeht.

- 39 **Inbetriebnahme am 24. Dezember 2008** Die technische Betriebsbereitschaft der verfahrensgegenständlichen Anlagen gerade zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien bestand ab dem 24. Dezember 2008.
- 40 Denn eine Inbetriebnahme der BHKW der Anspruchstellerin mit Biomethan unter Nutzung des sog. Gasabtausches war erst ab Inkrafttreten des EEG 2004, also erst ab dem 1. August 2004, rechtlich überhaupt möglich. Erst durch die rechtliche Fiktion in § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 wurde der rein bilanzielle Bezug von Biogas überhaupt als Nutzung „Erneuerbarer Energie“ qualifiziert.
- 41 Erst nachdem der Gesetzgeber im EEG 2004 die rechtliche Möglichkeit des bilanziellen Bezuges von Biomethan über das Erdgasnetz geschaffen hatte, waren die verfahrensgegenständlichen BHKW mithin i. S. d. § 3 Abs. 4 EEG 2004 „technisch betriebsbereit“, um unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 Strom aus Erneuerbaren Energien zu erzeugen.
- 42 Nach § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 gilt aus einem Gasnetz entnommenes Gas „als Biomasse, soweit die Menge des entnommenen Gases im Wärmeäquivalent der Menge von an anderer Stelle im Geltungsbereich des Gesetzes in das Gasnetz eingespeistem Gas aus Biomasse entspricht“. Es wird also fingiert, dass es sich bei dem zur Verstromung entnommenen Gas um eben das an anderer Stelle eingespeiste Gas aus Biomasse handelt („Durchleitungsfiktion“). Aufgrund dieser Fiktion kann das entnommene Gas im Einklang mit den Vergütungsregelungen des EEG 2004 verstromt werden, obwohl tatsächlich nicht das eingespeiste, sondern anderes, ggf. mit dem eingespeisten Gas vermisches (Erd-)Gas verstromt wird.
- 43 Ob das Gasnetz neben der Speicherfunktion auch eine Kreditfunktion übernehmen sollte, war im EEG 2004 umstritten<sup>19</sup> und kann für die Beantwortung der dem Votum zugrundeliegenden Frage dahinstehen. Aus der Regelung folgt jedenfalls, dass die insgesamt verstromte Menge auch tatsächlich eingespeist worden sein muss – unabhängig vom Zeitpunkt. Das heißt, es kann nur die Gasmenge aus Biomasse gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 im Wege der Gasabtauschregelung des § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 verstromt werden, die an anderer Stelle ins Gasnetz auch tatsächlich eingespeist worden ist.

<sup>19</sup>Gegen die Annahme einer Kreditfunktion im EEG 2004: *Oschmann/Vollprecht*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 77; anders die Rechtslage im EEG 2009: *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 24.02.2011 – 2010/14, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2010/14>, Rn. 71 ff.

- 44 Biogas wurde erstmals Ende des Jahres 2006 zu Biomethan aufbereitet und in das Gasnetz eingespeist. Ab diesem Zeitpunkt bestand somit *theoretisch* die Möglichkeit für die Anspruchstellerin, die Gasäquivalentregelung nach § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 in Anspruch zu nehmen, denn erst ab diesem Zeitpunkt wurde an anderer Stelle auch tatsächlich Biomethan ins Gasnetz eingespeist. Dass indes die bloße theoretische Möglichkeit der Inanspruchnahme der Gasäquivalentnutzung für den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der BHKW nicht hinreichend sein kann, folgt schon daraus, dass andernfalls mehr Anlagen in Betrieb genommen worden wären, als mittels des eingespeisten Biomethans ins Gasnetz überhaupt hätten versorgt werden können.
- 45 Hinsichtlich der Frage nach der Beweislast für das (Nicht-)Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale gilt für das EEG 2004 als im Wesentlichen privatrechtsgestaltendem Gesetz die allgemeine Regel, derzufolge immer diejenige Partei das Vorliegen etwaiger Tatbestandsmerkmale darzulegen und ggf. zu beweisen hat, für die die Darlegung und ggf. der Beweis (rechts-)günstige Folgen hat. Dabei obliegt der Nachweis, dass die eingespeiste und die zur Verstromung entnommenen Mengen im Wärmeäquivalent mindestens gleich sind, den Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreibern.<sup>20</sup> In welcher Form dieser Nachweis zu erbringen ist, ist im EEG 2004 nicht geregelt.
- 46 Vorliegend hat die Anspruchstellerin zum bilanziellen Bezug von Biomethan durch das Erdgasnetz in 2008 die entsprechenden Verträge abgeschlossen und die technischen Maßnahmen durchgeführt, mittels derer das durchgeleitete Biomethan separat erfasst werden konnte. Erst zu diesem Zeitpunkt war die Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien technisch betriebsbereit, denn erst zu diesem Zeitpunkt konnte die Anspruchstellerin Biomethan aus dem Erdgasnetz entnehmen und hierfür die EEG-Vergütung beziehen.
- 47 Die anschließend erfolgende Inbetriebsetzung am 24. Dezember 2008 durch den erstmaligen Einsatz von „bilanziellem Biomethan“ zur Stromerzeugung und -einspeisung stellte also eine wirksame Inbetriebnahme nach § 3 Abs. 4 EEG 2004 dar.

### 2.2.3 Zeitpunkte als Beginn und Ende der Vergütungsdauer

- 48 § 66 EEG 2009 ordnet an, dass § 21 Abs. 2 EEG 2009 auf Bestandsanlagen nicht anzuwenden ist. § 21 Abs. 2 EEG 2009 regelt neben der Länge der Vergütungsperiode

<sup>20</sup>So auch *Altrock/Rostankowski*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 22.

(Sätze 1 und 2) auch ihren Beginn (Satz 3). Aus diesem Grund richtet sich die Länge und der Beginn der Vergütungsperiode für die verfahrensgegenständlichen Anlagen nach den Vorschriften des EEG 2004 in der am 31. Dezember 2008 gültigen Fassung.

- 49 Nach § 12 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 sind die Mindestvergütungen vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme an jeweils für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen.
- 50 Zur Bestimmung des Beginns der Vergütungszahlung sowie der Vergütungsperiode ist vorliegend also der Inbetriebnahmezeitpunkt gemäß EEG 2004 maßgeblich. Die BHKW der Anspruchstellerin sind (s. o. 2.2.1 bzw. 2.2.2) am 24. Dezember 2008 gemäß § 3 Abs. 4 EEG 2004 in Betrieb genommen worden. Damit beginnt die Pflicht zur Vergütung für den in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom aus Erneuerbaren Energien am 24. Dezember 2008. Das Jahr 2008 gilt für die verfahrensgegenständlichen BHKW der Anspruchstellerin als Inbetriebnahmejahr und Beginn der Vergütungsperiode.
- 51 Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 endet die Vergütungsperiode und der Anspruch auf die Vergütung am 31. Dezember 2028.

Dibbern

Reißenweber

Dr. Winkler

Walter

Weißborn