

2016/39

24. November 2016

## 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 das Mitglied Dr. Winkler als Vorsitzenden, das Mitglied Richter und den technischen Koordinator Teichmann aufgrund der mündlichen Erörterung vom 27. Oktober 2016 am 24. November 2016 einstimmig folgendes Votum:

1. **Es handelt sich bei den beiden BHKW der Anspruchstellerin mit einer Leistung von 837 kW („BHKW-1“) und 600 kW („BHKW-2“) in [...] um eine Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009.**
2. **Die Vergütungsberechnung für den Strom, der in den BHKW erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, ist Gegenstand eines im Rahmen dieses Votumsverfahrens von den Parteien geschlossenen Vergleichs.**

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle EEG:

Wenn und soweit die Anspruchsgegnerin geringere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Votums oder des zugehörigen Vergleichs ergibt, so liegen hinsichtlich diesbezüglicher Nachzahlungen der Anspruchsgegnerin an die Anspruchstellerin die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014<sup>1</sup> vor.

## I Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist streitig, ob zwei BHKW eine Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009<sup>2</sup> sind und wie die Vergütung für den Strom, der in den BHKW erzeugt wird, zu berechnen ist.
- 2 Die Anspruchstellerin betreibt in [...] zwei BHKW. Das BHKW-1 mit einer installierten Leistung von 837 kW<sub>el</sub> wurde am 18. Dezember 2008 mit Erdgas in Betrieb gesetzt und am 4. März 2009 auf Biogas umgestellt. Das BHKW-2 mit einer installierten Leistung von 600 kW<sub>el</sub> wurde am 21. Februar 2011 mit Biogas in Betrieb gesetzt. Beide BHKW befinden sich in einer Halle (nachfolgend: Energiezentrale). Die Abwärme aus den BHKW wird in das Nahwärmenetz [...] (im Folgenden: Nahwärmenetz) eingespeist. In der Energiezentrale befinden sich zudem drei Erdgaskessel, die ebenfalls Wärme in das Nahwärmenetz abgeben. Einer dieser Erdgaskessel ist technisch in der Lage, redundanzhalber mit Biogas betrieben zu werden. Die Zuleitung von Biogas in den Erdgaskessel erfolgt nur dann, wenn eines der beiden oder beide Biogas-BHKW nicht betrieben werden können; die bereitstehende Biogasmenge reicht nicht aus, um zeitgleich mehr als die beiden Biogas-BHKW zu betreiben. Wegen der technischen und baulichen Einzelheiten wird auf die zur Akte gereichten Pläne und Lichtbilder Bezug genommen. Beide BHKW werden stromgeführt betrieben.

<sup>1</sup> Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

<sup>2</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 <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

- 3 Die BHKW beziehen das Biogas über eine ca. 1,5 km lange Biogasleitung, welche von der Anspruchsgegnerin betrieben wird. Am Standort des Fermenters befindet sich kein BHKW. Die Lieferung und Abrechnung des Biogases erfolgt für beide BHKW zusammen. Bilanziell kann das Biogas dem jeweiligen BHKW zugeordnet werden, da in der Energiezentrale ein separater Biogaszähler für das BHKW-2 existiert. Abgesehen von den redundanzhalber zuschaltbaren Erdgaskesseln in der Energiezentrale werden aus dem Fermenter keine weiteren BHKW oder sonstigen Abnehmer mit Biogas versorgt. Eigentümerin und Betreiberin des Fermenters ist die [...] KG (nachfolgend: KG), von der die Anspruchstellerin das Biogas kauft. An dieser KG ist die Anspruchstellerin mit rund 70 % der Gesellschaftsanteile beteiligt, sieben weitere Gesellschafter tragen das übrige Einlagekapital. Die persönlich haftende Gesellschafterin der KG, die [...], gehört zu 100 % der Anspruchstellerin.
- 4 Bis zum Urteil des Bundesgerichtshofes zum Anlagenbegriff bei Biomasseanlagen<sup>3</sup> wurden beide BHKW als eigenständige Anlagen behandelt und abgerechnet. Nunmehr wird das BHKW-2 als Erweiterung der ursprünglich nur aus dem BHKW-1 bestehenden Anlage betrachtet.
- 5 Für den Strom, der im BHKW-1 erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, zahlt diese (gestaffelt nach Leistungsklassen 0 – 150 kW/151 – 500 kW/ > 500 kW) gegenwärtig
- eine Grundvergütung von 11,67/9,32/8,38 ct/kWh,
  - einen NawaRo-Bonus von 9/9/4 ct/kWh (bis 31. Juli 2014, einschließlich Landschaftspflegebonus) bzw. von 7/7/4 ct/kWh (seit 1. August 2014, ohne Landschaftspflegebonus),
  - den Technologie-Bonus von 2/2/2 ct/kWh,
  - den KWK-Bonus von 3/3/3 ct/kWh und
  - den Emissionsminimierungsbonus i. H. v. 1/1/0 ct/kWh.
- 6 Nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist die zwischen den Parteien umstrittene Frage, ob der Anspruch auf den Landschaftspflegebonus auch über den 1. August 2014 hinaus besteht. Im Übrigen ist die Abrechnung für das BHKW-1 unstrittig.

<sup>3</sup>BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>.

7 **Die Anspruchstellerin** ist der Auffassung, es handele sich um zwei Anlagen i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 bzw. § 5 Nr. 1 EEG 2014<sup>4</sup>, so dass der Strom aus den beiden BHKW getrennt abzurechnen sei. Die betriebstechnische Selbständigkeit der beiden BHKW ergebe sich u. a. aus den folgenden Gründen:

- Der Fermenter werde nicht durch die Anspruchstellerin betrieben.
- Aufgrund der räumlichen Entfernung ist der Fermenter räumlich nicht den BHKW zuzurechnen, so dass eine „Verklammerung“ der BHKW durch den Fermenter ausscheide.
- Technisch könnten vom Fermenter auch andere Abnehmer oder BHKW über die Gasleitung versorgt werden.
- Der Zubau eines zweiten BHKW anstelle des Austauschs gegen ein größeres BHKW sei branchenüblich, da es wirtschaftlich sinnvoller sei, bei Bedarf nur eines der BHKW in Vollast statt ein größeres BHKW in Teillast zu fahren.
- Die Unterbringung in einer Halle führe nicht zu einer „Verklammerung“ der BHKW, da diese Unterbringung nicht für den Betrieb erforderlich, sondern aus gestalterischen und schallschutztechnischen Gründen erfolgt sei. Die Anlagen könnten auch als Container-BHKW unter freiem Himmel betrieben werden.

8 **Die Anspruchsgegnerin** meint, es handele sich um *eine* Anlage im Sinne des weiten Anlagenbegriffs. Dies ergebe sich aus der Anwendung der BGH-Urteile zum Anlagenbegriff vom 23. Oktober 2013<sup>5</sup> und vom 4. November 2015<sup>6</sup>. Beide BHKW seien dicht beieinander errichtet worden, beide BHKW nutzten die Biogasleitung als gleiche Einrichtung zur Zufuhr des Energieträgers und beide BHKW seien an denselben Fermenter angeschlossen. Die Länge der Biogasleitung sei für die rechtliche Bewertung unerheblich. Zudem wirkten beide BHKW funktional zusammen bei der

<sup>4</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2014/arbeitsausgabe>.

<sup>5</sup>BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>.

<sup>6</sup>BGH, Urt. v. 04.11.2015 – VIII ZR 244/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2933>.

Energieversorgung des Wohngebietes, das neben der Energiezentrale liegt. Auch der Umstand, dass sich beide BHKW in derselben Halle befinden und für ihren Betrieb auf die Halle als Witterungsschutz angewiesen seien, führe zu einer „Verklammerung“.

9 Mit Beschluss vom 13. Oktober 2016 hat die Clearingstelle EEG das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)<sup>7</sup> nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtenden Fragen lauten:

1. Handelt es sich bei den beiden BHKW der Anspruchstellerin mit einer Leistung von 837 kW („BHKW-1“) und 600 kW („BHKW-2“) in [...] um *eine* Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 oder sind beide BHKW rechtlich eigenständige Anlagen?
2. Sofern es sich bei den beiden BHKW um *eine* Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 handelt: Wie ist die Vergütung für den Strom zu berechnen?

10 Die Parteien haben nach einem Hinweis der Kammer analog § 139 ZPO, wonach die erste Verfahrensfrage voraussichtlich dahingehend beantwortet wird, dass es sich bei den BHKW um *eine* Anlage handelt, in der mündlichen Erörterung übereinstimmend erklärt, die zweite Verfahrensfrage im Vergleichswege klären zu wollen. Sie haben die Clearingstelle EEG gebeten, ihnen gemäß § 28 Abs. 4 VerfO einen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten. Dem ist die Clearingstelle EEG nachgekommen.

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

11 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 3 und 5 VerfO. Es wurde eine mündliche Erörterung durchgeführt, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied Dr. Winkler erstellt.

<sup>7</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung v. 24.06.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

## 2.2 Würdigung

### 2.2.1 Verfahrensfrage 1: Anlagenbegriff

- 12 Es handelt sich bei den beiden BHKW um *eine* Anlage im Sinne des „weiten“ Anlagenbegriffs, § 3 Nr. 1 EEG 2009, da sich die BHKW in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander befinden und es sich um funktional und betriebstechnisch zusammengehörende Einrichtungen handelt.
- 13 **Räumliche Nähe:** Die räumliche Verbindung zwischen den beiden BHKW ergibt sich bereits daraus, dass diese in derselben Halle untergebracht sind.
- 14 Hingegen fehlt es im vorliegenden Fall an einer unmittelbaren räumlichen Nähe des Fermenters zu den BHKW. Die räumliche Trennung bewirkt, dass die BHKW zusammen mit dem Fermenter nicht als Bestandteile *einer* Anlage zu betrachten sind. Die rechtliche Bewertung gleicht hier dem Fall von „abgesetzten“ BHKW. Zwar befindet sich am Standort des Fermenters kein BHKW, so dass dort keine „Vor-Ort-Anlage“ im herkömmlichen Sinne vorliegt. Gäbe es aber am Standort des Fermenters ein BHKW, so wäre es unproblematisch möglich, die BHKW am Standort der Energiezentrale als rechtlich selbständige Satellitenanlage einzustufen.<sup>8</sup> Diese rechtliche Selbständigkeit kann jedoch nicht davon abhängig sein, dass am Standort des Fermenters ein BHKW betrieben wird, weil andernfalls der rechtliche Status des Satelliten-BHKW sich immer dann ändern würde, wenn das BHKW am Fermenter wegfällt, obwohl dies auf den selbständigen Betrieb des Satelliten-BHKW keinen Einfluss hätte.<sup>9</sup> Der Kern der rechtlichen Selbständigkeit wäre damit ausgehöhlt und die rechtliche Konstruktion des Satelliten-BHKW wäre in sich widersprüchlich.
- 15 **Funktionale und betriebstechnische Verbindung:** Aus der räumlichen Trennung zwischen Fermenter und BHKW folgt, dass die gemeinsame Nutzung des Fermenters die BHKW *nicht* zu einer Anlage „verklammert“. Denn eine Verklam-

<sup>8</sup>Zu den Voraussetzungen, unter denen eine Satellitenanlage rechtlich selbständig gegenüber der Vor-Ort-Anlage ist, s. *BGH*, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Rn. 50; *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>, Rn. 44 ff.

<sup>9</sup>Die Clearingstelle EEG rückt insofern von der im ihrem Votum v. 17.03.2016 – 2016/5, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/votv/2016/5>, Rn. 21 vorgenommenen Interpretation des Urteils des *BGH* v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ab.

merung kann nur durch Einrichtungen bewirkt werden, die zugleich Bestandteile der Anlage sind.<sup>10</sup>

- 16 Hieraus folgt jedoch nicht, dass die BHKW mangels „Verklammerung“ durch den Fermenter rechtlich selbständig sind. Denn mehrere gegenüber der „Vor-Ort-Anlage“ oder dem Fermenter selbständige Einheiten können Bestandteile *einer* Anlage sein, zum Beispiel wenn sie über eine „Gassammelschiene“ oder auf andere Weise betriebstechnisch miteinander verbunden sind.<sup>11</sup> Hier lässt sich den zur Akte gereichten Plänen nicht zweifelsfrei entnehmen, ob die zu den BHKW führenden Biogasleitungen am Standort der Energiezentrale untereinander zu einer „Gassammelschiene“ verbunden worden sind, was in technischer Hinsicht die BHKW miteinander „verklammern“ würde.
- 17 Dies kann indes dahinstehen, denn die BHKW sind betriebstechnisch voneinander nicht unabhängig, da das eine BHKW nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass das Betriebskonzept des anderen BHKW erheblich geändert werden müsste. Beide BHKW sind funktional und betriebstechnisch darauf ausgelegt, *zusammen* in das Nahwärmenetz einzuspeisen und damit dieselbe Wärmesenke zu versorgen;<sup>12</sup> sie bilden mithin nach dem Gesamtkonzept der Anspruchstellerin funktional und betriebstechnisch eine zusammenwirkende Einheit. Denn es ist weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich, dass aus Gründen der Wärme- oder Stromabnahme oder aus sonstigen Gründen<sup>13</sup> ein getrennter Betrieb der BHKW erforderlich ist und damit der (hypothetische) Ersatz der beiden BHKW durch ein größeres BHKW ausgeschlossen wäre. Nicht ausreichend ist, dass die Errichtung und der Betrieb zweier BHKW (von Anfang an oder nach späterem Zubau) wirtschaftlich günstiger ist als der Betrieb eines größeren BHKW; denn dies ändert nichts daran, dass die beiden BHKW wie eine Anlage funktional zusammenwirken.
- 18 Damit kann dahinstehen, ob die beiden BHKW auch dadurch zu einer Anlage „verklammert“ werden, dass sie sich in *einer* Halle befinden. Voraussetzung hierfür wäre, dass ohne diese massive Hülle die Stromerzeugung technisch nicht dauerhaft mög-

<sup>10</sup> Clearingstelle EEG, Votum v. 14.04.2016 – 2016/9, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2016/9>, Rn. 12.

<sup>11</sup> Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, Rn. 45; Clearingstelle EEG, Votum v. 29.05.2015 – 2013/23, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2013/23>, Rn. 66 ff.; vgl. auch Loibl, ZNER 2014, 152, 156 f.

<sup>12</sup> Vgl. den parallelen Fall in Clearingstelle EEG, Votum v. 29.05.2015 – 2013/23, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2013/23>, Rn. 70 ff.

<sup>13</sup> Zu den in Betracht kommenden Gründen s. Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, Rn. 56.

lich ist.<sup>14</sup> Dies war im vorliegenden Fall zwischen den Parteien umstritten. Da die funktionale und betriebstechnische Zusammengehörigkeit der BHKW hier bereits aus anderen Gründen zu bejahen ist, kann die Clearingstelle EEG aus verfahrensökonomischen Gründen auf die Klärung dieser Tatsachenfrage verzichten.

## 2.2.2 Verfahrensfrage 2: Abrechnung

- 19 Die Abrechnung der Strommengen, die in der Anlage erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist werden, ist Gegenstand eines von der Clearingstelle EEG vorgeschlagenen Vergleichs und daher nicht im Wege der rechtlichen Herleitung zu begründen.

gez. Richter

gez. Teichmann

gez. Dr. Winkler

---

<sup>14</sup>Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, Rn. 43.