

2016/9

14. April 2016

Votum

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

Leitsätze:

1. Eine Deponie als solche einschließlich des aus öffentlich-rechtlichen Gründen erforderlichen Gaserfassungssystems (einschließlich Gasverdichteranlage) ist nicht Teil der Deponiegasanlage im Sinne des EEG.
2. Mehrere Deponiegas-BHKW, die lediglich dadurch miteinander verbunden sind, dass sie Deponiegas aus demselben Gaserfassungssystem (einschließlich Gasverdichteranlage) beziehen, werden hierdurch nicht zu *einer* Anlage „verklammert“.
3. Wird ein Deponiegas-BHKW am bisherigen Standort ausgetauscht und dort durch ein neues Deponiegas-BHKW ersetzt, wird das ersetzende BHKW neu in Betrieb genommen (*Fortführung der Empfehlung 2012/19*).

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchsteller –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens sowie die Mitglieder Richter und Dr. Winkler auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren am 14. April 2016 einstimmig folgendes Votum:

1. Der Anspruchsteller hat aufgrund der im Jahre 2011 vorgenommenen technischen Änderungen für den Strom, der in der ausgewechselten BHKW-Einheit am Standort [...] durch Verbrennung des Deponiegases erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Vergütung gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009¹ i. V. m. § 37 Abs. 1 und § 100 Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 10 EEG 2014² i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2012³.
2. § 21 Abs. 3 EEG 2009 steht diesem Anspruch nicht entgegen.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle EEG:

Wenn und soweit die Anspruchsgegnerin geringere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Votums auf den verfahrensgegenständlichen Vergütungszeitraum 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 vor.

¹Gesetz 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-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

²Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 2 Absatz 10 des Gesetzes zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes v. 21.12.2015 (BGBl. I S. 2498), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

³Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien sind unterschiedlicher Auffassung über die Auslegung und Anwendung von § 21 Abs. 3 EEG 2009 beim Austausch eines Deponiegas-BHKW.
- 2 Der Anspruchsteller erzeugt seit 1994 Strom aus Deponiegas an der Hausmülldeponie [...]. 2006 wurde dort ein BHKW in Betrieb genommen, zu einem anderen Zeitpunkt ein weiteres BHKW, welches nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist. Beide BHKW werden im Wechsel betrieben, indem das Deponiegas – je nach Gasaufkommen – entweder zu dem einen oder zu dem anderen BHKW geleitet wird. Je BHKW werden eine Lüftungsanlage sowie das vollständige Aggregatmanagement getrennt vorgehalten. Die BHKW sind über eine Gasverdichteranlage mit dem Gaserfassungssystem der Deponie verbunden. Die Gasverdichteranlage erzeugt einen Unterdruck, um das Deponiegas aus den Gasbrunnen anzusaugen und zu verwerten oder zu beseitigen. Das Gaserfassungssystem und die Gasverdichteranlage werden auch dann betrieben, wenn das Deponiegas nicht verstromt, sondern abgefackelt wird. Außer dem Gaserfassungssystem (einschließlich der Gasverdichteranlage) teilen sich die BHKW keine weiteren technischen oder baulichen Komponenten.
- 3 Im Jahr 2011 nahm der Anspruchsteller eine technische und bauliche Umgestaltung vor (nachfolgend: „Umbau“). Dabei wurden folgende technischen und baulichen Einrichtungen ausgetauscht:
 - das komplette 2006 in Betrieb genommene BHKW in Containerbauweise nebst Schaltanlage, Steuerung und Nebenantrieben,
 - die komplette Gasverdichteranlage,
 - das Kühlwassersystem,
 - die Gasregelstrecke,
 - die Abgasanlage mit Schornstein,
 - der Stahlcontainer,
 - die Lüftungsanlage sowie
 - das gesamte Aggregatmanagement.
- 4 Vor dem Umbau lag die installierte Leistung dieses BHKW bei 311 kW_{el}, seitdem liegt sie bei 110 kW_{el}. Die Bemessungsleistung beider BHKW liegt unter 150 kW_{el}.

- 5 **Der Anspruchsteller** ist der Meinung, es liege in diesem Fall kein Austausch von Anlagenteilen vor, sondern ein vollständiger Austausch der gesamten Anlage. Die Austauschregelung in § 21 Abs. 3 EEG 2009 sei daher nicht anzuwenden. Es handle sich vielmehr nach dem Abschluss des Umbaus um eine Neuanlage, auf die nicht § 7 Abs. 1 EEG 2004, sondern § 24 EEG 2009 anzuwenden sei. Die Deponie und insbesondere die Gasverdichteranlage seien Bestandteil der Deponieanlage und nicht Teil der EEG-Anlage. Die Deponiegaserfassung sei aus öffentlich-rechtlichen Gründen auch ohne eine Verstromung notwendig, um das Deponiegas aufzufangen und am Entweichen in die Atmosphäre zu hindern. Die Rechtslage sei insoweit anders als bei einer Biogasanlage, bei der die Gaserzeugung im Fermenter einzig der Stromerzeugung diene.
- 6 **Die Anspruchsgegnerin** meint, im vorliegenden Fall führe § 21 Abs. 3 EEG 2009 dazu, dass die Anlage das bisherige Datum der Inbetriebnahme fortführe; eine Vergütung gemäß § 24 EEG 2009 komme daher nicht in Betracht. Eine andere Auslegung, wie sie auch von der Clearingstelle EEG in der Empfehlung 2012/19⁴ vertreten worden sei, führe dazu, dass in den meisten Fällen bei Deponiegasanlagen ein Austausch der BHKW-Einheit zu einer Unwirtschaftlichkeit des Anlagenbetriebs führe. Denn kein Motor laufe 20 Jahre; da ein Austausch allein des Motors kaum möglich sei, werde innerhalb des gesetzlichen Vergütungszeitraums unvermeidlich die gesamte BHKW-Einheit ausgetauscht. Wäre damit die Inbetriebnahme einer neuen Anlage – und nicht der inbetriebnahmewahrende Austausch von Teilen einer bestehenden Anlage – verbunden, führte dies – abgesehen von der Vergütungsänderung im EEG 2009 – degressionsbedingt zu abgesenkten Vergütungssätzen. Das aber lief dem gesetzlich gewollten Bestandsschutz zuwider. Im Übrigen sei vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt, dem Anlagenbetreiber eine längere Vergütungsdauer als 20 Jahre zu ermöglichen; die Kosten des Austausches von Anlagenteilen habe der Gesetzgeber bereits bei der Festsetzung der Vergütung für die unterschiedlichen Anlagenarten einkalkuliert. Der Gesetzgeber habe die Förderhöhe gerade so kalkuliert, dass die Anlage über einen Zeitraum von 20 Jahren wirtschaftlich betrieben werden könne. Die Rechtsauffassung des Anspruchstellers führe aber dazu, dass Deponiegasanlagen eine faktisch unbegrenzte Vergütungsdauer erhielten. Dies sei mit den Zielen des EEG nicht vereinbar. Schließlich zeige auch der Vergleich mit Klärgasanlagen, dass nicht allein das BHKW die Anlage darstelle; bei beiden Energieträgern bedür-

⁴Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfo/2012/19>.

fe es zwangsläufig eines Gaserfassungssystems. Bei Klärgasanlagen seien die gleichen Investitionskosten anzusetzen wie bei Deponiegasanlagen; die Förderung für Deponiegasanlagen im EEG 2009 liege aber um 27 Prozent über der für Klärgas. Es würden zudem Biogas- und Wasserkraftanlagen anders behandelt als Deponiegasanlagen, weil jene nicht den Vorteil einer Verlängerung der Vergütungsdauer nutzen könnten.

- 7 Mit Beschluss vom 24. Februar 2016 hat die Clearingstelle EEG das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)⁵ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtenden Fragen lauten:

Hat der Anspruchsteller für den Strom, der in der ausgewechselten BHKW-Einheit durch Verbrennung des Deponiegases [...] erzeugt wird, aufgrund der im Jahre 2011 vorgenommenen technischen Änderungen einen Anspruch auf Vergütung gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009 gegen die Anspruchsgegnerin? Insbesondere: Steht diesem Anspruch § 21 Abs. 3 EEG 2009 entgegen?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 8 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 1 VerfO. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da alle Parteien und die Clearingstelle EEG dem zugestimmt haben, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler erstellt.

2.2 Würdigung

- 9 Der Anspruchsteller hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Vergütung gemäß § 24 Abs. 1 EEG 2009, weil in Folge des Umbaus im Jahr 2011 eine neue Anlage (§ 3 Nr. 1 EEG 2009) in Betrieb genommen wurde (§ 3 Nr. 5 EEG 2009).

⁵Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung vom 24.06.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

- 10 **Anwendbares Recht:** § 24 Abs. 1 EEG 2009 ist auf die 2011 in Betrieb genommene Anlage weiterhin anwendbar. Dies ergibt sich aus § 100 Abs. 1 Nr. 10 c) EEG 2014 i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2012, welcher für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, die Geltung der Vergütungsbestimmungen des EEG 2009 anordnet.
- 11 **Anlagenbegriff:** Es handelt sich bei jedem der beiden BHKW des Anspruchstellers um eine rechtlich eigenständige Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009⁶. Die beiden BHKW sind nicht gemäß dem „weiten“ Anlagenbegriff⁷ Bestandteile *einer* Anlage: Sie werden nicht zu einer Anlage „verklammert“, weil sie an das Deponiegaserfassungssystem der Deponie [...] angeschlossen ist, denn das Deponiegaserfassungssystem ist nicht Bestandteil der Deponiegasanlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 (dazu Rn. 12 ff.). Die beiden BHKW für sich genommen bilden auch nicht nach dem Gesamtkonzept der Anspruchstellerin funktional eine bei der Stromerzeugung zusammenwirkende Einheit (Rn. 19 f.).
- 12 Eine „Verklammerung“ mehrerer in unmittelbarer räumlicher Nähe gelegener BHKW führt immer dann zu *einer* Anlage, wenn die BHKW als eine Gesamtheit funktional zusammengehörender technisch und baulich notwendiger Einrichtungen anzusehen sind, wie zum Beispiel bei der gemeinsamen Nutzung eines Fermenters bei einer Biogasanlage. Eine „Verklammerung“ durch technische oder bauliche Einrichtungen setzt voraus, dass es sich bei den verklammernden Einrichtungen um Teile handelt, die begrifflich bereits Bestandteil der Anlage sind. Denn alle Stromerzeugungsanlagen sind über das Stromnetz miteinander verbunden, so dass die rechtliche Selbständigkeit von Anlagen allein über die räumliche Nähe bestimmbar wäre, wenn jedwede bauliche oder technische Verbindung ausreichte, um sie zu „verklammern“. Eine solch weitgehende Anwendung des „weiten“ Anlagenbegriffs wird jedoch weder vom *BGH* noch anderweitig vertreten.
- 13 Die Deponie mit dem Deponiegaserfassungssystem ist kein Bestandteil der Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 und führt daher auch nicht zur „Verklammerung“ der beiden BHKW. Zwar ist offenkundig, dass das Deponiegaserfassungssystem für die

⁶Seit dem 01.08.2014 ist anstelle von § 3 Nr. 1 EEG 2009 gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2014 die Anlagendefinition des § 5 Nr. 1 EEG 2004 anzuwenden; diese ist jedoch inhaltlich identisch mit § 3 Nr. 1 EEG 2009.

⁷Vgl. *BGH*, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2363>; *BGH*, Urt. v. 04.11.2015 – VIII ZR 244/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2933>; *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>.

Stromerzeugung in den Deponiegasanlagen erforderlich ist. Eine solche rein kausale Betrachtung würde jedoch den weiten Anlagenbegriff uferlos ausdehnen, weil dann beispielsweise auch ein Kanalbauwerk, an dem sich mehrere Wasserkraftanlagen befinden, zur „Verklammerung“ dieser Anlagen führen müsste, selbst wenn der Kanal älter als die Wasserkraftanlagen ist. Es sind daher alle Einrichtungen aus der Betrachtung herauszunehmen, die vorrangig zu einem anderen Zweck als der Stromerzeugung – und möglicherweise auch schon zu einem früheren Zeitpunkt als die Stromerzeugungseinheit – errichtet und betrieben werden.⁸ Daraus folgt, dass ein Deponiegasfassungssystem immer dann, wenn es – wie im vorliegenden Fall – aus öffentlich-rechtlichen Gründen vorgehalten wird und daher nicht vorrangig der Stromerzeugung dient, nicht Bestandteil der EEG-Anlage ist und mehrere EEG-Anlagen nicht „verklammert“.

- 14 Diese Auslegung und Anwendung des „weiten“ Anlagenbegriffs ergibt sich auch aus dem Urteil des BGH vom 4. November 2015.⁹ In Randnummer 19 dieses Urteils hat der BGH ausgeführt:

„Der Anlagenbegriff erschöpft sich mithin nicht in einer rein technisch-baulichen Betrachtung derjenigen Einrichtungen, ohne die kein Strom produziert werden könnte. Vielmehr ist auch einzubeziehen, nach welchem Gesamtkonzept die einzelnen Einrichtungen funktional zusammenwirken und eine Gesamtheit bilden sollen (Senatsurteil vom 23. Oktober 2013 – VIII ZR 262/12, aaO Rn. 34, 36 f.). Daher ist über die technisch-baulichen Mindestvoraussetzungen hinaus maßgeblich, ob die der Stromerzeugung dienenden Einrichtungen aus Sicht eines objektiven Betrachters in der Position eines vernünftigen Anlagenbetreibers (vgl. BT-Drucks. 16/8148, S. 50) nach dessen Konzept als eine Gesamtheit funktional zusammenwirken und sich damit nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch (BT-Drucks. 16/8148, S. 39) als eine Anlage darstellen.“

- 15 Damit bestätigt der BGH, dass nur Einrichtungen zur Anlage gehören, die der Stromerzeugung *dienen*. Weiter lässt sich dem Zitat entnehmen, dass sich die Frage, ob Einrichtungen nach dem Konzept des Anlagenbetreibers „als eine Gesamtheit

⁸Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfo/2012/19>, Rn. 35.

⁹BGH, Urt. v. 04.11.2015 – VIII ZR 244/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2933>.

funktional zusammenwirken“ erst stellt, nachdem festgestellt worden ist, dass es sich um der Stromerzeugung dienende Einrichtungen handelt.

- 16 Dies ist zu verneinen, weil die Deponiegaserfassung einschließlich der Verdichterstation jedoch vorrangig aus öffentlich-rechtlichen Gründen errichtet worden sind. Die gesetzliche Pflicht zur Deponiegaserfassung, -behandlung und -verwertung ergibt sich aus § 12 Abs. 3 i. V. m. Anhang 5 Nr. 7 Deponieverordnung (DepV)¹⁰. Satz 1 und Satz 2 von Anhang 5 Nr. 7 DepV lauten:

„Entsteht auf einer Deponie auf Grund biologischer Abbauprozesse Deponiegas in relevanten Mengen, hat der Betreiber . . . dieses Deponiegas schon in der Ablagerungsphase zu fassen und zu behandeln, nach Möglichkeit energetisch zu verwerten. Deponiegaserfassung, -behandlung und -verwertung sind nach dem Stand der Technik durchzuführen.“¹¹

- 17 Zur aktiven Deponiegaserfassung gehören standardmäßig auch Gasverdichter, die den zum Absaugen des Gases erforderlichen Unterdruck erzeugen.¹²
- 18 Wenn das Gaserfassungssystem und die Gasverdichteranlage Einrichtungen sind, die öffentlich-rechtlichen Zwecken und nicht der Stromproduktion dienen, können diese nicht mit dem BHKW im Sinne des BGH als eine Gesamtheit bei der Stromerzeugung zusammenwirken und eine Anlage im Sinne des EEG darstellen.
- 19 Zudem fehlt es hier sowohl funktional als auch nach dem Gesamtkonzept der Anspruchstellerin am Zusammenwirken der beiden BHKW. Denn jedes BHKW erzeugt immer nur Strom, wenn das andere BHKW nicht in Betrieb ist. Dies mag ein Zusammenwirken der BHKW bei der abfallrechtlich vorgeschriebenen Verwertung des Deponiegases bewirken; hinsichtlich der Stromerzeugung ist es jedoch das Gegenteil eines Zusammenwirkens.
- 20 Für diese Auslegung und Anwendung des „weiten“ Anlagenbegriffs spricht auch, dass dieser nach dem Leiturteil des BGH vom 23. Oktober 2013 dazu dienen soll, eine Umgehung der Leistungsklassen in den Vergütungsregelungen des EEG zu verhindern, indem statt vieler kleiner Module mehrere größere Module oder eine ein-

¹⁰Verordnung über Deponien und Langzeitlager (Deponieverordnung – DepV) v. 27.04.2009 (BGBl. I S. 900), zuletzt geändert durch Art. 2 VO zur Umsetzung der novellierten abfallrechtlichen Gefährlichkeitskriterien v. 04.03.2016 (BGBl. I S. 382).

¹¹Auslassung nicht im Original.

¹²Vgl. *Ritzkowski/Körner*, Exkurs: Deponiegas, in: Kaltschmitt/Hartmann/Hofbauer (Hrsg.), *Energie aus Biomasse*, 2. Aufl. 2009, S. 927.

zige Anlage errichtet werden.¹³ Es wäre aber hier technisch – aufgrund des schwankenden Deponiegasaufkommens – nachteilig, ein größeres BHKW anstelle der beiden kleineren BHKW zu errichten, weil ein größeres BHKW überwiegend im Teillastbetrieb gefahren werden müsste, was aus technischen Gründen zu vermeiden ist, weil ein Teillastbetrieb zu erhöhtem Verschleiß und schlechteren Wirkungsgraden führt.¹⁴ Objektiv und „in der Position eines vernünftigen Anlagenbetreibers“¹⁵ wäre es daher Ausdruck großer Unvernunft, würden hier die beiden kleineren Deponiegas-BHKW durch ein größeres BHKW ersetzt. Darüber hinaus bringt es der Anspruchstellerin bei der Aufteilung der Strommengen auf die Leistungsklassen des § 24 Abs. 1 EEG 2009 keinerlei Vorteile, dass sie zwei BHKW betreibt, weil in der Summe beide BHKW die Leistungsschwelle von § 24 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 (500 kW_{el}) deutlich unterschreiten. Ein rechtlich missbilligtes Anlagensplitting liegt damit von vornherein nicht vor.

21 Austauschregelung: Die Austauschregelung in § 21 Abs. 3 EEG 2009 steht dem nicht entgegen. Gemäß dieser Regelung führt der Austausch des Generators oder sonstiger Teile der Anlage nicht zu einer neuen Inbetriebnahme der Anlage. Daraus folgt, dass die Regelung bei einem vollständigen Austausch aller Anlagenteile einer neuen Inbetriebnahme nicht entgegensteht,¹⁶ denn wenn auch bei einem vollständigen Austausch die Inbetriebnahme unberührt bliebe, so wäre die Beschränkung des Wortlauts auf den Austausch von *Teilen* der Anlage überflüssig. Da aber neben der Rechtsfolge „Inbetriebnahme bleibt unberührt“ nur die Rechtsfolge „Inbetriebnahme wird neu bestimmt“ eintreten kann und eine vermittelnde Rechtsfolge im EEG nicht angelegt ist, bleibt für den vom Wortlaut des § 21 Abs. 2 EEG 2009 nicht umfassten Fall des vollständigen Anlagentausches nur die Rechtsfolge einer „neuen“ Inbetriebnahme. Werden alle wesentlichen Bestandteile der Anlage ausgetauscht, dann ist mithin die alte Anlage „außer Betrieb genommen“, mit der Folge, dass diese Anlage mit ihrer Anlageneigenschaft auch ihre Inbetriebnahme „verliert“; es existiert

¹³BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/node/2363>, Rn. 29; ähnlich auch Rn. 59 (am Ende): Ziel des § 3 Nr. 1 EEG 2009 sei, das „für die Stromkunden nachteilige Anlagensplitting zu vermeiden.“

¹⁴Scholwin/Edelmann, in: Kaltschmitt/Hartmann/Hofbauer (Hrsg.), Energie aus Biomasse, 2. Aufl. 2009, S. 916.

¹⁵BGH, Urt. v. 04.11.2015 – VIII ZR 244/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2933>, Rn. 19.

¹⁶Boemke, REE 2016, 13, 15.

tiert mithin keine Anlage (mehr), auf die die Austauschregelung angewendet werden könnte.¹⁷

- 22 So verhält es sich auch im vorliegenden Fall. Es bedarf keiner abschließenden Klärung, welche Bestandteile zur verfahrensgegenständlichen Anlage gehören, da im Zuge des Umbaus *sämtliche* Anlagenteile ersetzt worden sind. Es ist auch nicht ersichtlich oder von der Anspruchsgegnerin vorgetragen worden, dass hier eine Kette von Austauschvorgängen vorliegt, die je für sich unter die Austauschregelung fielen.¹⁸
- 23 **Inbetriebnahme:** Das im Jahr 2011 im Zuge des Umbaus errichtete, ersetzende Deponiegas-BHKW ist auch 2011 in Betrieb genommen worden. Auf die früheren Betriebszeiten des vorher an gleicher Stelle existierenden, ausgetauschten BHKW kommt es insoweit nicht an, denn der Standort als solcher ist weder Anlagenbestandteil noch vermag der Standort bei einem vollständigen Austausch den Inbetriebnahmezeitpunkt der alten Anlage auf die neue zu übertragen.¹⁹
- 24 Es führt auch nicht zu einer unbegrenzten Förderdauer für Deponiegasanlagen, wenn der vollständige Anlagentausch an demselben Standort eine neue Inbetriebnahme zur Folge hat. Denn bei Deponiegas besteht – im Gegensatz beispielsweise zum Klär- oder Biogas – die Besonderheit, dass das Deponiegasaufkommen aufgrund der geänderten abfallrechtlichen Rahmenbedingungen zwangsläufig zurückgeht und auf absehbare Zeit kein Deponiegas mehr technisch oder wirtschaftlich verwertbar sein wird. Denn seit dem 1. Juni 2005 ist die Deponierung unbehandelter biologisch abbaubarer Siedlungsabfälle in Deutschland ohne Einschränkungen verboten,²⁰ so dass in absehbarer Zeit die gegenwärtig in Deutschland vorhandenen

¹⁷ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, Abschnitt 6.

¹⁸ Zur Abgrenzung einer „sukzessiven Neuerrichtung“ von einem „sukzessiven Austausch“ s. Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, Rn. 136 ff.

¹⁹ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, Rn. 68 f.; vgl. auch Clearingstelle EEG, Votum v. 09.08.2012 – 2012/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2012/17>.

²⁰ Vgl. § 6 Abs. 4 der Verordnung über die umweltverträgliche Ablagerung von Siedlungsabfällen (Abfallablagerungsverordnung – AbfAbIV) v. 20.02.2001 (BGBl. I, S. 305), zuletzt geändert durch Verordnung v. 24.07.2002 (BGBl. I, S. 2807), aufgehoben durch Art. 4 Nr. 2 der Verordnung v. 27.04.2009 (BGBl. I, S. 900); § 2 Nr. 4 und § 4 Abs. 1 Nr. 4 DepV. – Das Umweltbundesamt geht davon aus, dass die heute vorhandenen Deponiekapazitäten im Durchschnitt noch für rund 20 Jahre reichen, vgl. <http://www.umweltbundesamt.de/themen/abfall-ressourcen/entsorgung/deponierung-lagerung>, zuletzt abgerufen am 14.04.2016.

Deponiegasanlagen zwangsläufig außer Betrieb gehen werden.²¹

- 25 Zudem spricht für das vorliegende Ergebnis, dass aufgrund der europarechtlichen Vorgaben praktisch alle in Deutschland betriebenen Deponiegasanlagen spätestens seit 2009 an Deponiegaserfassungssysteme angeschlossen sind. Denn am 16. Juli 2009 endete die Frist zur Erfüllung der Anforderungen der europäischen Deponierichtlinie²²; Anhang I Nr. 4.2 dieser Richtlinie enthält die Pflicht zur Deponiegaserfassung.²³ Vor diesem Hintergrund hätte § 24 EEG 2009 in der Praxis keinen Anwendungsbereich, wenn die Deponiegaserfassung zur Deponiegasanlage gehörte. Denn die Inbetriebnahme einer *neuen* Deponiegasanlage käme dann nur noch in den seltenen Fällen in Betracht, in denen das Deponiegas bislang erfasst und *ohne* energetische Nutzung abgefackelt wurde oder in dem in der Praxis nicht vorkommenden Fall, dass eine gänzlich neue Deponie mit einer Deponiegasanlage „auf der grünen Wiese“ errichtet wird. Das Abfackeln von Deponiegas erfolgt indes in der Praxis nur dann, wenn die energetische Verwertung unwirtschaftlich ist, insbesondere weil der Energiegehalt des Gases zu gering (geworden) ist;²⁴ aufgrund des stetig sinkenden Energiegehaltes von Deponiegas wird in der Praxis daher im Regelfall von der energetischen Verwertung auf das Abfackeln umgestiegen und nicht umgekehrt.

²¹Siehe *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* (Hrsg.), Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichts 2014 gemäß § 65 EEG, Vorhaben I – Spartenübergreifende und integrierende Themen sowie Stromerzeugung aus Klär-, Deponie- und Grubengas, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2012/erfahrungsbericht>, S. 47, 50, 53 ff. und 80; *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit* (Hrsg.), Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG, Vorhaben I – Spartenübergreifende und integrierende Themen sowie Stromerzeugung aus Klär-, Deponie- und Grubengas Endbericht, Juni 2011, S. 15 f.: „Nutzbare Potenziale resultieren vor allem aus dem Austausch von Bestands-BHKW durch kleinere Anlagen (Downsizing). Dies führt dazu, dass bestehende Standorte länger nutzbar bleiben, allerdings nehmen Leistung und Stromerzeugung per saldo ab. Weitere Ausbaupotenziale sind für Deutschland nicht erkennbar.“

²²Art. 14 i. V. m. Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 1999/31/EG des Rates v. 26.04.1999 über Abfalldeponien, ABl. EU Nr. L 182 v. 16.07.1999, S. 1.

²³„Deponiegas von allen Deponien, auf denen biologisch abbaubare Abfälle abgelagert werden, ist zu sammeln, zu behandeln und zu nutzen. Wenn das gesammelte Gas nicht für die Energiegewinnung genutzt werden kann, muß es abgefackelt werden.“

²⁴Ritzkowski/Körner, Exkurs: Deponiegas, in: Kaltschmitt/Hartmann/Hofbauer (Hrsg.), *Energie aus Biomasse*, 2. Aufl. 2009, S. 930; vgl. auch „Gasfackel“, in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, Bearbeitungsstand: 21.02.2016, 00:14 UTC, <https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Gasfackel&oldid=151728696>, sowie „Deponiegas“, in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, Bearbeitungsstand: 27.03.2016, 19:58 UTC, <https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Deponiegas&oldid=152919907>, Abschnitt „Verwertung und Behandlung von Deponiegas“, beide zuletzt abgerufen am 31.05.2016.

26 Auch der Wille des Gesetzgebers des EEG 2009, eine energetische Nutzung des Deponiegases trotz sinkenden Gasaufkommens weiterhin zu ermöglichen, legt nahe, dass nach dem vollständigen Austausch eines Deponiegas-BHKW die gegenüber dem EEG 2004 erhöhte Vergütung nach § 24 EEG 2009 anzuwenden ist. Denn andernfalls müssten die Ersatzinvestitionen über die niedrigeren Vergütungssätze des EEG 2004 refinanziert werden, was nach den Ausführungen in der Gesetzesbegründung aus Sicht des Gesetzgebers aber gerade nicht möglich ist. Hierzu heißt es in der Begründung zum Regierungsentwurf des EEG 2009:

„Die Vergütung für Strom aus Anlagen mit einer Leistung bis 500 Kilowatt wird auf 9,0 Cent pro Kilowattstunde angehoben. Grund dafür ist das rückläufige Deponiegasaufkommen, das einen Trend zur Errichtung kleinerer Anlagen nach sich ziehen wird. Folge ist, dass sich die Projekte aufgrund der bisherigen Vergütung für Deponiegas nicht mehr rechnen. Um die verbleibenden Potenziale nutzen zu können, wird daher für neu in Betrieb genommene Deponiegasanlagen bis einschließlich 500 Kilowatt der Vergütungssatz erhöht.“²⁵

27 Die Überlegung der Anspruchsgegnerin, eine neue Inbetriebnahme bei einem Kompletttausch verstoße gegen den Vertrauensschutz für Bestandsanlagen, vermag nicht zu überzeugen. Es ist der Clearingstelle EEG bekannt, dass bei Verbrennungsmotoren häufig (mindestens) ein verschleißbedingter Austausch des Motors innerhalb des 20-jährigen Vergütungszeitraums notwendig wird. Die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber haben es jedoch in der Hand, zwischen dem Austausch allein des Motors und dem Austausch des gesamten BHKW zu wählen und damit zu entscheiden, ob der gesetzliche Vergütungssatz und -zeitraum weiterläuft oder ob ein neuer Vergütungszeitraum mit einem aufgrund der Vergütungsdegression ggf. niedrigeren Vergütungssatz zu laufen beginnt. Dabei sind die Nachteile, die sich durch die Vergütungsdegression ergeben, momentan nur ab einer Bemessungsleistung von mehr als 500 kW zu spüren. Denn die 2009 vorgenommene Erhöhung der Vergütungssätze hat auch nach Abzug der Degression dazu geführt, dass die Vergütung für Strom aus einer neuen Deponiegasanlage bis zu einer Bemessungsleistung von 500 kW immer noch geringfügig über der Vergütung des EEG 2004 liegt.

28 Schließlich spricht für eine deutliche Trennung zwischen Deponiegaserfassung und -verstromung, dass die Gaserfassung als öffentlich-rechtliche Pflicht des Deponie-

²⁵BT-Drs. 18/8148, S. 54.

gasbetreibers über Gebühren, Beiträge oder sonstige öffentliche Abgaben finanziert wird. Sinn und Zweck des EEG ist aber allein die Förderung von Verstromungsanlagen, die ohne diese Förderung nicht wirtschaftlich zu betreiben wären. Da die Deponiegaserfassung – wie gezeigt – gesetzlich in jedem Fall vorzunehmen ist, kann diese nicht vom Förderzweck des EEG umfasst sein; dieser zielt vielmehr allein darauf, dass das Deponiegas energetisch sinnvoll zur Stromerzeugung genutzt wird, anstatt es kostengünstiger abzufackeln. Wenn aber das EEG allein diejenigen Investitionskosten fördert, die für die Errichtung des Deponiegas-BHKW angefallen sind, dann ist auch kein Grund ersichtlich, diese Förderung nicht erneut zu gewähren, wenn der Anlagenbetreiber die alte Anlage außer Betrieb nimmt und Investitionen tätigt, die im gleichen Umfang nötig wären, wenn die bestehende Deponie *erstmalig* mit einem Deponiegas-BHKW versehen würde. Es ist damit aber schon begrifflich verfehlt, dies als eine „Verlängerung“ der Vergütung der alten Anlage zu beschreiben, es handelt sich vielmehr um eine neue Vergütung für eine neue Anlage.

- 29 Ob damit eine Ungleichbehandlung gegenüber Wasserkraft-, Biogas- und Klärgasanlagen vorliegt, braucht hier nicht entschieden zu werden. Die Clearingstelle EEG geht bei Klärgasanlagen davon aus, dass es auf die Gegebenheiten des Einzelfalles ankommt, ob der BHKW-Austausch als die Inbetriebnahme einer neuen Anlage oder als ein Fall der Austauschregelung anzusehen ist.²⁶ Im Übrigen zeigen die unterschiedlichen Vergütungssätze für Deponie- und für Klärgasanlagen, dass von Gesetzes wegen eine strikte Gleichbehandlung beider Energieträger nicht zwingend ist. Bei Biogasanlagen besteht der grundlegende Unterschied gegenüber Deponiegasanlagen darin, dass in den deutlich höheren Vergütungssätzen (§ 27 EEG 2009) die Investitionskosten für den allein der Energiegewinnung dienenden Fermenter eingepreist sind. Bei Wasserkraftanlagen wiederum hat der Gesetzgeber in § 23 Abs. 2 EEG 2009 ausdrücklich Sonderregelungen geschaffen, die es ermöglichen, eine Anlage zu modernisieren und so eine „Anschlussförderung“ zu erlangen. Im Übrigen ist es auch bei Wasserkraftanlagen möglich, durch den vollständigen Abbau der alten Anlage und das Ersetzen dieser Anlage an demselben Standort eine neue Anlage mit einer neuen Inbetriebnahme und einem neuen Vergütungszeitraum zu schaffen.²⁷

Dr. Lovens

Richter

Dr. Winkler

²⁶ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>, Rn. 17.

²⁷ Clearingstelle EEG, Votum v. 09.08.2012 – 2012/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2012/17>.