

## Versetzen, Austausch und Erweiterung von Anlagen im EEG – Praxisfragen bei verschiedenen Energieträgern

RA Dr. Hartwig von Bredow und RA'in Julia Rawe\*

Der Anlagenbegriff des EEG wirft auch mehr als 15 Jahre nach seiner Einführung in das Gesetz zahlreiche Fragen auf. Im Folgenden werden die Rechtsfragen, die sich beim Austausch und beim Versetzen von Anlagen und Anlagenbestandteilen ergeben, näher beleuchtet. So führt insbesondere das Zusammenspiel von Anlagenbegriff und Inbetriebnahmebegriff in den vorliegend dargestellten Konstellationen oftmals zu Fragen, deren Beantwortung sich nicht eindeutig aus Gesetzestext oder -begründung erschließen lässt.

Ziel des nachfolgenden Beitrags ist es, trotz des konfuseen Meinungsstands, zunächst die für alle EEG-Anlagen geltenden Grundsätze hervorzuheben und sodann die für die Energieträger Biomasse, PV und Windenergie geltenden Besonderheiten zu berücksichtigen.

### A Anlagenbegriff

Der Anlagenbegriff hat im EEG weitreichende Bedeutung, bildet er doch – gemeinsam mit dem Inbetriebnahmebegriff – die Grundlage zur Ermittlung der konkreten Anlagenvergütung und – auch nach der mit dem EEG 2017<sup>1</sup> erfolgten Einführung von Ausschreibungen – zugleich den Anknüpfungspunkt für zahlreiche rechtliche Regelungen im EEG.

Der Anlagenbegriff ist allerdings ebenso umstritten. Zahlreiche Details des Begriffs und seiner Auswirkungen sind nach wie vor – trotz der in der Zwischenzeit ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung und der gesetzlichen Klarstellungen – nicht abschließend geklärt.<sup>2</sup>

Bereits im EEG 2004<sup>3</sup> war die Anlage definiert als „jede selbstständige technische Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas“. An dieser Definition hat sich im Kern bis heute nichts geändert. Jedoch wurden bereits zum EEG 2004 unter Berufung auf das Wort „selbstständig“ viele Streitigkeiten im Hinblick auf die Vergütung geführt,<sup>4</sup> was bereits in der Novelle 2009 eine Neuausrichtung des Anlagenbegriffs erforderlich machte. Das Wort „selbstständig“ wurde durch den Gesetzgeber in der Folge ebenso wie das Wort „technisch“ gestrichen, was zu einer Ausweitung des Begriffs führte.<sup>5</sup> Seither reicht „jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas“ aus, um den Anlagenbegriff des EEG zu erfüllen. Im Zuge der Novelle des EEG 2009 führte allerdings die Streichung des § 3 Absatz 2 Satz 2 EEG 2004<sup>6</sup> und die gleichzeitige Einführung der Regelung zur Zusammenfassung mehrerer in engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang in Betrieb gesetzter Anlagen in § 19 Absatz 1 EEG 2009 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. April 2011 (BGBl. I S. 619) geändert worden ist zu weiteren Streitigkeiten. Inwiefern sich durch diese systematische Verschiebung, und Erweiterung der Norm eine wesentliche Neuausrichtung der förderseitigen Anlagenverklammerung ergeben hat, ist teilweise bis heute umstritten. So führte die Regierungsbegründung zum EEG 2009 aus, der § 3 Absatz 2 Satz 2 EEG 2004 sei damals im Wesentlichen inhaltsgleich in den auch für Bestandsanlagen anwendbaren § 19 EEG 2009 übernommen worden, hiernach handelte es sich also sozusagen lediglich um eine Klarstellung der vom Gesetzgeber wiederholt geäußerten Unerwünschtheit des sog. Anlagensplittings zu Zwecken der Vergütungsoptimierung.<sup>7</sup> Dem traten jedoch zahlreiche Stimmen im Schrifttum und die Clearingstelle EEG<sup>8</sup> mit dem Argument entgegen, dass sich durch die Gesetzesänderung derart weitreichende Änderungen in den Voraussetzungen der Verklammerungsfiktion ergeben hätten, dass von einer reinen gesetzlichen Klarstellung nicht mehr die Rede sein könne.<sup>9</sup>

Nachdem die rückwirkende Anwendung des § 19 Absatz 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen auch das Bundesverfassungsgericht beschäftigt hatte,<sup>10</sup> welches sich bald nach Inkrafttreten des EEG 2009 dazu entschloss, sog. modularer Anlagen und Anlagenparks doch noch Bestandsschutz zu gewähren,<sup>11</sup> blieb lange Zeit heftig umstritten, ob dem EEG ein weiter oder ein enger Anlagenbegriff zugrunde lag, ob also beispielsweise zwei zu einer Biogasanlage gehörende Blockheizkraftwerke zwei Anlagen sind, die nur unter den Voraussetzungen des § 19 Absatz 1 EEG 2009 und nur im Hinblick auf die vergütungsrechtlichen Leistungsschwellen wie eine Anlage behandelt werden, oder ob insoweit von einer einzigen, sich aus den Fermentern und den beiden Blockheizkraftwerken konstituierenden Anlage auszugehen sei.

Erst im Herbst 2013 brachte ein erstes Urteil des BGH die lang erwartete Klärung. Der BGH vertrat hier den sogenannten weiten Anlagenbegriff und sah die Biogasanlage einschließlich der Blockheizkraftwerke als Gesamtanlage an.<sup>12</sup> Diese Rechtsprechung führte der BHG dann in seiner „Solarkraftwerk-Entscheidung“ bezüglich PV-Anlagen konsequent fort und entschied, dass – entgegen der bis dahin einhelligen Auffassung in Literatur und Praxis – nicht das einzelne PV-Modul, sondern erst die Gesamtheit der zu einer Freiflächen-PV-Anlage gehörenden Module die Anlage konstituiert (sog. Solarkraftwerk).<sup>13</sup> Für die Bewertung, ob und inwieweit die Einrichtungen funktional zusammenwirken und eine Gesamtheit bil-

\* Hartwig von Bredow ist Rechtsanwalt und Partner, Julia Rawe ist Rechtsanwältin in der Berliner Energierechtskanzlei von Bredow Valentin Herz. .

1. Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2532) geändert worden ist.
2. Vgl. BGH, Urt. v. 23. 10. 2013 – VIII ZR 262/12 mit Anmerkung *Hermeier*, RdE 2014, 69; *Richter/Herms*, ER 2014, 3; von *Bredow/Herz*, ZUR 2014, 139; *Valentin/von Bredow*, EWeRK 1/2014, 40; *Loibl*, REE 2014, 1; *Wernsmann*, jurisPR-AgrarR 1/2014 Anm. 1 sowie BGH, Urt. v. 04. 11. 2015 – VIII ZR 244/14, ZNER 2015, 526 ff. = REE 2015, 213 ff. mit Anmerkung von *Bredow*; vgl. zu dem Urteil und seinen rechtlichen Auswirkungen auch *Assion/Koukakis*, EnWZ 2016, 208; *Vollprecht/Altrock*, EnWZ 2016, 387; *Müller*, EnWZ 2016, 49; *Herms/Richter*, ER 2016, 62 ff.; *Taplan/Baumgartner*, NVwZ 2016, 362; *Boemke*, REE 2016, 13.
3. Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 7. November 2006 (BGBl. I S. 2550).
4. Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung zum EEG 2009, BT-Drs. 16/8148, S. 38.
5. Vgl. auch bereits OLG Oldenburg, Urt. v. 30. 03. 2003 – 14 U 123/05, ZNER 2006, 158, mit Anmerkungen von *Loibl*, ZNER 2006, 159 und *Vollprecht*, IR 2006, 159; OLG Koblenz, Urt. v. 06. 11. 2007 – 11 U 439/07, ZNER 2008, 74; nachgehend dazu auch BGH, Urt. v. 21. 05. 2008 – VIII ZR 308/07, ZNER 2008, 231; dazu a.A. *Oschmann*, in *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 37. Eingehend zum weiten Anlagenbegriff auch etwa *Weißborn*, REE 2013, 155.
6. Dieser sah vor, dass mehrere Anlagen dann als eine Anlage gelten sollten, wenn sie durch für den Betrieb technisch erforderliche Einrichtungen oder bauliche Anlagen unmittelbar verbunden waren.
7. Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 38, 50; zur mehrfach geäußerten Unerwünschtheit des Anlagensplittings durch den Gesetzgeber vgl. auch BT-Drs. 16/2455, S. 13 f.; BR-Drs. 427/06 sowie 418/08.
8. Seit dem 1. Januar 2018 Clearingstelle EEG/KWKG. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird im Folgenden weiterhin stets der zum Zeitpunkt der zitierten Entscheidungen geltende Name „Clearingstelle EEG“ verwendet.
9. Clearingstelle EEG, Empfehlung 2008/49 vom 14. April 2009, S. 49 ff.; Vgl. *Altrock/Lehnert*, ZNER 2008, 118 (119); *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 19 Rn. 3, 27; *Reshöft*, in: *Reshöft*, EEG, 3. Aufl. 2009, § 19 Rn. 6; *Oschmann*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 3. Aufl. 2011, § 19 Rn. 11 (Fn. 15); *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter*, Biogasanlagen im EEG, 2. Aufl. 2011, S. 41 Rn. 50; *Schomerus*, NVwZ 2010, 549 (551); siehe auch *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter*, Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl. 2016, S. 118 Rn. 52.
10. Vgl. BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats vom 03. 04. 2009 – 1 BvR 3299/08 sowie BVerfG, Beschl. des Ersten Senats vom 18.02. 2009 – 1 BvR 3076/08.
11. Vgl. den zum 01. 01. 2010 in Kraft getretenen § 66 Absatz 1a EEG 2009.
12. BGH, Urt. v. 23. 10. 2013, VIII ZR 262/12.
13. BGH, Urt. v. 04. 11. 2015 – VIII ZR 244/14.

den sollen, sei das Gesamtkonzept der Anlage maßgeblich.<sup>14</sup> Da das neue vom BGH entwickelte Merkmal des „Gesamtkonzepts“ damit insgesamt alles andere als abgrenzungsscharf ist, bleibt abzuwarten, inwieweit es Praxis und Rechtsprechung künftig prägen wird.

In Reaktion auf diese jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung zum Anlagenbegriff, die den klar in der Begründung zum EEG 2012<sup>15</sup> zum Ausdruck kommenden Vorstellungen des Gesetzgebers widersprach, ist für PV-Anlagen in § 3 Nummer 1 Satz 1 EEG 2017 nunmehr eine spezielle Regelung zum Anlagenbegriff bei PV-Anlagen getroffen worden, vgl. hierzu unten unter III.

Auch wenn zwischenzeitlich höchstrichterlich geklärt ist, dass dem EEG ein weiter Anlagenbegriff zugrunde liegt, bleiben – teils im Zusammenspiel mit dem Inbetriebnahmebegriff – viele Fragen offen. Dies betrifft etwa die Übertragbarkeit der BGH-Rechtsprechung auf andere Energieträger, etwa Windenergieanlagen,<sup>16</sup> die Anforderungen an das Gesamtkonzept und die baulichen und technischen Verbindungen sowie die Frage, wann aufgrund einer größeren räumlichen Entfernung trotz des Vorliegens einer baulichen und technischen Verbindung von der anlagenrechtlichen Selbständigkeit, etwa eine sog. Satelliten-BHKW, auszugehen ist und ob es darüber hinaus dann auch einer betriebstechnischen Selbständigkeit bedarf.<sup>17</sup> Ungeklärt ist überdies, ob zwei neben einander, aber in größerer räumlicher Entfernung von der Biogaserzeugungsanlage betriebene Biogas- oder Biomethan-Blockheizkraftwerke als Gesamtanlage oder als zwei einzelne Anlagen zu werten sind,<sup>18</sup> welche Bauteile Bestandteil der Anlage sind und eine „Verklammerung“ herbeiführen können<sup>19</sup> bzw. im Fall des Versetzens nicht verloren gehen dürfen, damit es sich am neuen Standort noch um die alte, und nicht um eine neue Anlage mit neuem Inbetriebnahmedatum und neuem Förderregime handelt.<sup>20</sup> Zuletzt erscheint weiter unklar, ob das sog. Form- oder Materialprinzip gilt, ob eine Anlage also auch noch nach Austausch all ihrer Einzelbestandteile dieselbe Anlage bleiben kann.<sup>21</sup>

## B Inbetriebnahmebegriff

Neben dem Anlagenbegriff ist auch der – ebenfalls erstmals im EEG 2004 geregelte – Inbetriebnahmebegriff bis heute umstritten. Anlagenbegriff und Inbetriebnahmebegriff weisen dabei einen engen inneren Zusammenhang auf: Eine Anlage kann – wie auch der BGH betont<sup>22</sup> – erst in Betrieb genommen werden, wenn sie existiert; zugleich muss es zwangsläufig zu einer Neuinbetriebnahme kommen, wenn infolge eines Austauschs oder einer Versetzung die Existenz einer bestehenden Anlage endet und eine neue Anlage zur Entstehung gelangt.

Die Inbetriebnahme ist seit dem EEG 2004 im Kern definiert als die „erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft“, wobei das EEG 2004 in § 3 Absatz 4 Fall 2 noch die Möglichkeit einer Neuinbetriebnahme im Fall einer grundlegenden Erneuerung vorsah. Diese Möglichkeit ist mit dem EEG 2009 entfallen; das EEG 2009 stellte überdies klar, dass die Inbetriebnahme unabhängig davon erfolgen soll, ob der Generator mit erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde. Mit der sog. PV-Novelle 2012<sup>23</sup> wurde sodann näher definiert, welche Anforderungen an die für die Inbetriebnahme vorausgesetzte technische Betriebsbereitschaft der Anlage zu stellen sind. Mit dem EEG 2014<sup>24</sup> wurde erstmals geregelt, dass die Inbetriebnahme einer Anlage erst mit erstmaligem Einsatz erneuerbarer Energien erfolgt – eine insbesondere für die Umstellung von bislang mit Erdgas betriebenen Blockheizkraftwerken auf den Betrieb mit Biomethan sehr weitreichende Änderung. Das EEG 2017 hält hieran fest.

Die Inbetriebnahmedefinition bietet seit jeher Anlass für unzählige Streitigkeiten. Dies ist nicht weiter verwunderlich, da der Inbetriebnahmezeitpunkt – ähnlich wie der Anlagenbegriff – für die Ermittlung der Vergütungshöhe, den Beginn des Förderzeitraums und den jeweils anwendbaren Rechtsrahmen von entscheidender Bedeutung ist. Neben der im Folgenden näher zu beleuchtenden

Frage, wie die Inbetriebnahme im Fall des Versetzens von Anlagen und des Austauschs von Anlagen und Anlagenteilen zu bestimmen ist, war in der Vergangenheit und ist teilweise auch heute noch umstritten, wann – etwa bei PV-Anlagen (Stichwort: mobile Inbetriebnahme und Glühlampentest) und Biogasanlagen – die technische Betriebsbereitschaft gegeben ist und welche Folgen ein nach erstmaliger Inbetriebsetzung erfolgreicher Wechsel des Energieträgers hat. Die seit April 2012 geltenden Anforderungen, wonach die Anlage fest an dem für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort installiert sein muss, haben allerdings erheblich zu einem Rückgang der streitigen Fälle beigetragen.

## C Versetzen von Anlagen und Anlagenteilen

### I. Grundsätze

Bei der Versetzung von Anlagen oder einzelner Anlagenteile stellt sich zunächst die Frage, ob eine zunächst an einem Standort in Betrieb genommene Anlage auch dann noch dieselbe Anlage ist, wenn sie – oder Teile von ihr – an einen anderen Standort versetzt wird. Wenn insoweit von einer Anlagenkontinuität auszugehen ist, spricht viel dafür, dass die Anlage trotz des Versetzungsvorgangs ihr ursprüngliches Inbetriebnahmedatum beibehält. Sofern man hingegen zu dem Ergebnis kommt, dass das, was an den neuen Standort versetzt worden ist, nicht mit der zuvor an einem anderen Standort betriebenen Anlage identisch ist, liegt es nahe, von der Inbetriebnahme einer neuen Anlage und mithin auch von einem neuen Inbetriebnahmezeitpunkt auszugehen.

Der Anlagenbegriff in § 3 Nummer 1 EEG 2017 bzw. den entsprechenden Vorgängervorschriften enthält zunächst keine Vorgabe, dass die Anlage für ihre gesamte Betriebsdauer an einem bestimmten Standort verbleiben muss. Wird eine Anlage an einen neuen Standort versetzt, entsteht hierdurch demnach nicht etwa eine neue Anlage. Bei Versetzung einer Anlage ist daher grundsätzlich auch davon auszugehen, dass diese ihr jeweiliges Inbetriebnahmedatum behält und an den neuen Standort „mitnimmt“.

Eine spätere Änderung des einmal festgelegten Inbetriebnahmedatums ist dem EEG grundsätzlich fremd, seit die noch im EEG 2004 vorgesehene Möglichkeit der Neuinbetriebnahme einer bestehenden Anlage mit dem EEG 2009 entfallen ist.<sup>25</sup> Die Inbetriebnahme ist vielmehr in im Kern in allen bisherigen Fassungen des EEG definiert als die „erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Her-

14. BGH, Urt. v. 04. 11. 2015 – VIII ZR 244/14, Leitsatz a).

15. Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien vom 17. August 2012 (BGBl. I S. 1754).

16. Vgl. hierzu etwa Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 3 Rn. 16.

17. Vgl. hierzu Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02. 07. 2014, Az. 2012/19, Leitsatz 4 und Rn. 55 ff.; kritisch Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 3 Rn. 18 ff.

18. Näher hierzu Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 3 Rn. 18 ff.

19. Vgl. BT-Drs. 16/1848, S. 38.

20. Näher hierzu sogleich unter C.

21. Vgl. hierzu im Einzelnen Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02. 07. 2014, Az. 2012/19, die insoweit eine Art Mittelweg beschreitet und maßgeblich auf die Umstände der einzelnen Austauschvorgänge abstellen möchte (Clearingstelle EEG, aaO., Leitsatz 8 und Rn. 136 ff.).

22. BGH, Urt. v. 04. 11. 2015 – VIII ZR 244/14.

23. Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien v. 17. 08. 2012 (BGBl. I S. 1754).

24. Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das durch Artikel 4 des Gesetzes vom 22. Juli 2014 (BGBl. I S. 1218) geändert worden ist.

25. Einzige Ausnahme dürfte insoweit § 39 f Absatz 3 Satz 1 EEG 2017 sein, wonach eine bestehende Biomasseanlage, die einen Zuschlag in einem Ausschreibungsverfahren erhalten hat, ab dem sog. Stichtag als neu in Betrieb genommen gilt. Näher hierzu Salje, EEG, 8. Aufl. 2017, § 39f Rn. 15f.;

stellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft“ – und nicht etwa die erstmalige Inbetriebsetzung nach vorübergehender Stilllegung, nach einem Umbau, nach einem Energieträgerwechsel oder nach Versetzung an einen neuen Standort.

## II. „Erstmalige Inbetriebsetzung“

Der Begriff „erstmalige Inbetriebsetzung“ impliziert bereits, dass eine zu einem späteren Zeitpunkt erfolgende erneute Inbetriebsetzung unbeachtlich ist. Wird eine ursprünglich etwa im Jahr 2007 in Betrieb gesetzte Anlage vorübergehend außer Betrieb genommen und dann erneut in Betrieb gesetzt, so ist für die Vergütungshöhe und den Vergütungszeitraum nicht der Zeitpunkt der erneuten Inbetriebsetzung, sondern der Zeitpunkt der ursprünglichen, „erstmaligen“ Inbetriebsetzung maßgeblich. Dies gilt – wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird – selbstverständlich auch dann, wenn sich der Anlagenstandort ändert. Auch bauliche Änderungen und der Austausch von Anlagenteilen lassen das Inbetriebnahmedatum grundsätzlich unberührt, sofern es sich weiterhin um dieselbe Anlage handelt.

Die Unveränderlichkeit des Inbetriebnahmedatums ist der Förder-systematik des EEG immanent, da ansonsten die nach dem EEG für jede Anlage vorgesehene 20-jährige Förderdauer beliebig oft neu begonnen werden könnte. Dies entspräche nicht der Intention des Gesetzgebers, wonach der Förderzeitraum einmalig zu bestimmen ist und die jeweilige Anlage diesen fortwährend beibehält.

Die spätere Versetzung einer Anlage oder einzelner Stromerzeugungseinheiten einer Anlage stellt demnach nicht etwa das der Anlage bereits innewohnende Inbetriebnahmedatum in Frage.<sup>26</sup> Dies bestätigen auch die Erläuterungen in der Regierungsbegründung über die Reichweite des subjektiven Tatbestandsmerkmals „für den dauerhaften Betrieb vorgesehen“.<sup>27</sup> So wird dort zutreffend klargestellt, dass sich der Anlagenbetreiber nicht etwa bei Inbetriebnahme für den gesamten 20-jährigen Förderzeitraum an einen Standort bindet. Vielmehr reicht es aus, wenn der Anlagenbetreiber bei Inbetriebnahme die ernsthafte Absicht hat, die Anlage am ersten Standort bis auf weiteres zu betreiben. Ändert sich im Nachhinein der Anlagenstandort entgegen den ursprünglichen Plänen des Anlagenbetreibers, so hat dies keinen Einfluss auf den Inbetriebnahmezeitpunkt.

Neben subjektiven ergeben sich aus der Inbetriebnahmedefinition des EEG weitere, objektive Merkmale. So muss die Anlage fest an dem vorgesehenen Ort installiert worden sein und dauerhaft mit dem für die Erzeugung von Strom erforderlichen Zubehör ausgestattet worden sein, vgl. § 3 Nummer 30 EEG 2017. Hinsichtlich PV-Anlagen bedeutet dies, dass die Anlagen bereits in, an oder auf einem Gebäude angebracht sein müssen. Freiflächenanlagen müssen auf den vorgesehenen Flächen in Betrieb genommen worden sein. Darüber hinaus müssen die Anlagen ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>28</sup> fest installiert sein. Dies bedeutet, dass die für einen dauerhaften Betrieb erforderlichen Befestigungen erfolgt sein müssen. Bei Biogasanlagen etwa soll es bei einem Blockheizkraftwerk in einem Container ausreichen, wenn dieser Container schlicht abgestellt wird. Eine feste Verschraubung soll nur dann erforderlich sein, wenn die Anlage ohne eine solche nicht dauerhaft an diesem betrieben werden könnte. Bei PV-Dachanlagen soll deshalb in der Regel die feste Verschraubung bzw. Verbindung mit dem Dach oder den auf dem Dach befindlichen Ständern erforderlich sein und der Wechselrichter muss mit der Anlage verbunden sein, um Strom erzeugen zu können. Freiflächenanlagen müssen aufgeständert worden sein, Turbinen von Windenergieanlagen müssen auf dem Turm installiert sein und Turbinen von Wasserkraftanlagen fest im Fluss des Gewässers verankert sein.<sup>29</sup>

## III. keine Standortbezogenheit

Dass die Anlage im Augenblick ihrer Versetzung nicht mehr fest an dem *ehemals für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort* installiert ist, ändert nichts daran, dass sie es zum Zeitpunkt der

erstmaligen Inbetriebsetzung war und somit wirksam in Betrieb genommen wurde. Ändern sich die Pläne des Anlagenbetreibers, nachdem er die Anlage an dem ursprünglich für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Standort installiert hatte, steht dies einer Beibehaltung des Inbetriebnahmedatums nicht entgegen.<sup>30</sup>

Diese Grundannahme wird auch in der Begründung zum EEG 2014 durch den Gesetzgeber aufgegriffen. Dort heißt es zu § 5 Nummer 21 EEG 2014:

*„Die Umstellung eines bereits mit EEG-förderfähigen Energieträgern betriebenen Blockheizkraftwerks von einem förderfähigen Energieträger auf einen anderen (...) führt ungeachtet einer oftmals damit einhergehenden geographischen Umsetzung des Blockheizkraftwerks nicht zu einer erneuten Inbetriebnahme.“<sup>31</sup>*

Zwar hat der Gesetzgeber hier ausdrücklich nur die Umsetzung von Blockheizkraftwerken im Blick gehabt. Aus dem Gesetz ergeben sich aber keine Anhaltspunkte dafür, dass für andere Energieträger etwas grundsätzlich anderes gelten sollte. Auch dafür, dass der Gesetzgeber von dieser Grundannahme nunmehr im EEG 2017 abweichen wollte, finden sich im Gesetz und in der Begründung keine Hinweise. Vielmehr entspricht der Inbetriebnahmebegriff des § 3 Nummer 30 EEG 2017 inhaltlich unverändert dem Inbetriebnahmebegriff des § 5 Nummer 21 EEG 2014.

Besteht über das Vorliegen einer wirksamen Inbetriebnahme Streit, stellt sich die Frage wem hier die Darlegungs- und Beweislast zukommt. Da es dem Anlagenbetreiber schwer fallen dürfte, seine innere Haltung im Hinblick auf den gewählten Standort zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme *ex post* zu beweisen, ist es sachgemäß und naheliegend, bei einer den weiteren Vorgaben des § 3 Nummer 30 EEG 2017 genügenden Inbetriebsetzung von einer Vermutung im Sinne eines dauerhaft vorgesehenen Betriebs an diesem Standort auszugehen. Dem Netzbetreiber würde es im Streitfall dann obliegen, die Vermutung im Einzelfall durch seinen Vortrag zu erschüttern.<sup>32</sup> Insgesamt dürften bei einem über längeren Zeitraum aufrecht erhaltenen Anlagenbetrieb am Erststandort vor dem Hintergrund des Normzwecks (Vermeidung der willkürlichen Generierung früherer Inbetriebnahmedaten weit vor der bestimmungsgemäßen Inbetriebnahme am eigentlich geplanten Standort) jedenfalls keine überspannten Anforderungen an den Anlagenbetreiber hinsichtlich seiner Intention eines dauerhaften Betriebs gestellt werden.

Die dargestellten, für alle Energieträger geltenden Grundsätze, sollen im Folgenden durch eine Betrachtung von Biomasse, PV-Anlagen und Windenergieanlagen im Einzelnen ergänzt werden.

## IV. Biomasse

### 1. Versetzung von Gesamtanlagen

Nach den dargestellten Grundsätzen besteht letztlich kein Zweifel, dass die Versetzung einer Biomasseanlage an einen anderen Standort keinerlei Auswirkungen auf das Inbetriebnahmedatum hat.<sup>33</sup>

von Bredow/Hoffmann, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 39 f. Rn. 136.

26. So etwa auch Salje, EEG, 8. Auflage 2017, § 25 Rn. 16 ff; Klewar, in: ZNER 2014, S. 554, 560.

27. BT-Drs. 17/8877, S. 17.

28. a.a.O.

29. Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 3 Rn. 193.

30. BT-Drs. 17/8877, S. 17.

31. Gesetzesbegründung zum EEG 2014, BT-Drs. 18/1304, S. 114, Hervorhebung nicht im Original.

32. Vgl. Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 3 Rn. 195.

33. Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 2. Juli 2014 – Az. 2012/19, Rn. 64 ff. (jedenfalls bei Versetzen einer vollständigen Anlage); Reshöft, in: Hk-EEG, 4. Auflage 2014, § 3 Rn. 83; Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Auflage 2013, § 3 Rn. 112; Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/

Wird beispielsweise ein als eigenständige Anlage betriebenes Blockheizkraftwerk an einem Standort demontiert und an einem anderen Standort als eigenständige EEG-Anlage wieder aufgebaut und weiter betrieben, so hat dies keinen Einfluss auf das Inbetriebnahmedatum.

## 2. Versetzen von Blockheizkraftwerken

Die Rechtslage ist weniger eindeutig, wenn die Anlage nicht vollständig versetzt wird, sondern lediglich einzelne Teile der Anlage ihren Standort ändern. Dieser Fall ist beispielsweise dann gegeben, wenn ein Blockheizkraftwerk, das bislang als Bestandteil einer aus mehreren Fermentern und einem oder mehreren Blockheizkraftwerken bestehenden Biogasanlage betrieben wird, an einen neu zu schaffenden Standort versetzt werden soll, an dem es fortan als eigenständige Anlage mit Biogas (sog. Satelliten-Blockkraftwerk) oder mit aus dem Erdgasnetz entnommenen Biomethan betrieben werden soll.

### a) Inbetriebnahmedatum

In der Praxis ist seit vielen Jahren weitgehend anerkannt, dass ein aus einer bestehenden Biogasanlage herausgelöstes Blockheizkraftwerk sein ursprüngliches Inbetriebnahmedatum beibehält, wenn es am neuen Standort als eigenständige Anlage im Sinne des EEG betrieben wird. In diesem Fall wird zwar nicht die gesamte Anlage an den neuen Standort versetzt.

Gleichwohl erscheint es sachgerecht, dass das Blockheizkraftwerk, das am neuen Standort eine eigenständige Anlage im Sinne des EEG ist, sein Inbetriebnahmedatum beibehält.<sup>34</sup>

### b) Zusammentreffen von Austausch und Versetzung

Die Mitnahme des Inbetriebnahmedatums soll nach Ansicht der Clearingstelle EEG allerdings nicht gelten, wenn das an den neuen Standort versetzte Blockheizkraftwerk an seinem ursprünglichen Standort durch ein anderes Blockheizkraftwerk ersetzt wird.<sup>35</sup> Die Clearingstelle EEG geht insoweit von einem Vorrang und einer Sperrwirkung der sogenannten „Austauschregelung“ aus:

Wenn das Blockheizkraftwerk am alten Standort ersetzt worden ist und die Anlage dort mit ihrem ursprünglichen Inbetriebnahmedatum weiterbetrieben wird, könne das Blockheizkraftwerk sein ursprüngliches Inbetriebnahmedatum nicht zugleich mit an den neuen Standort nehmen, da es dann zu einer gesetzlich nicht gewollten „klonalen Vermehrung“ des Inbetriebnahmedatums käme.

Die Clearingstelle EEG begründet ihr Ergebnis im Einzelnen damit, dass die Mitnahme des Inbetriebnahmedatums in diesen Fällen mit der sog. Austauschregelung „kollidiere“. Die Kollision sei dahingehend aufzulösen, dass die Austauschregelung eine „Sperrwirkung“ entfalte. Es widerspräche dem Sinn und Zweck der Regelungen, wenn der Fortbestand der Inbetriebnahme nicht nur für die Anlage gilt, bei der Anlagenteile ausgetauscht worden sind, sondern auch für eine andere, neu geschaffene Anlage. Die Sperrwirkung sei zudem „logisch einleuchtend“, denn wenn man etwas Unteilbares wie das einem Blockheizkraftwerk anhaftende Inbetriebnahmedatum mitnehme, könne es nicht mehr am alten Standort vorhanden sein. Dabei werde als gegeben vorausgesetzt, dass die Inbetriebnahme als Eigenschaftsmerkmal einer Anlage unteilbar sei.

Die Auslegung der Clearingstelle EEG erscheint allerdings nicht restlos überzeugend.

Auch bleibt unklar, weshalb in derartigen Fallkonstellationen eine auflösungsbedürftige „Kollision“ zwischen Anhaftungsprinzip und Austauschregelung vorliegen sollte. Schließlich können beide Grundsätze ohne weiteres parallel zur Anwendung kommen. Weshalb hierin ein Widerspruch zum Sinn und Zweck der Regelungen zu sehen ist, ist nicht nachvollziehbar. Es ist jedenfalls nicht ohne Weiteres ersichtlich, weshalb die „klonale Vermehrung“ gesetzlich nicht gewollt sein soll: Die Beibehaltung des ursprünglichen Inbetriebnahmedatums kann im Einzelfall zwar dazu führen, dass die insgesamt

zu zahlende Einspeisevergütung höher ist, sie ist zugleich aber die einzige Möglichkeit, eine Verlängerung des Förderzeitraumes auszuschießen. Wie dem auch sei: Weder dem Gesetz noch der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass in diesem Fall eine Abweichung von dem „Anhaftungsprinzip“, wonach eine bereits in Betrieb genommene Anlage ihre Inbetriebnahme nicht aufgrund der Versetzung an einen anderen Standort verliert, geboten wäre.<sup>36</sup>

Zu widersprechen ist auch der Annahme, dass das Inbetriebnahmedatum einer Anlage etwas „Unteilbares“ sei und sich die Mitnahme des Inbetriebnahmedatums bei gleichzeitiger Anwendung der Austauschregelung bereits aus diesem Grunde verbiete. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass das Inbetriebnahmedatum nicht nur dem ausgetauschten Blockheizkraftwerk, sondern eben auch den übrigen am ursprünglichen Standort verbleibenden Anlagenteilen anhaftet. Es geht also nicht darum, etwas vermeintlich Unteilbares zu teilen.

Schließlich ist zu beachten, dass die Empfehlung der Clearingstelle EEG zum EEG 2012 ergangen ist. Mit dem EEG 2014 sind mit der sog. Höchstbemessungsleistung neue Regelungen eingeführt worden, welche die Clearingstelle EEG in ihrer noch vor Inkrafttreten des EEG 2014 ergangenen Empfehlung unberücksichtigt gelassen hat. Seit Inkrafttreten des EEG 2014 verbietet sich jedoch eine isolierte Betrachtung der Inbetriebnahmeregelungen. Die Regelungen zur sog. Höchstbemessungsleistung – näher hierzu so gleich unter C. IV. 3. – müssen vielmehr mit bedacht werden.

## 3. Höchstbemessungsleistung

Die Frage, ob ein Blockheizkraftwerk die Höchstbemessungsleistung im Falle einer Versetzung mitnimmt, wird in der Praxis uneinheitlich gehandhabt. Eine gerichtliche Entscheidung zu dieser Frage oder eine Stellungnahme der Clearingstelle EEG existiert bislang nicht.

Im EEG ist nicht näher geregelt, ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen die Versetzung einer Biogasanlage Einfluss auf die nach § 101 Absatz 1 EEG 2017 zu ermittelnde Höchstbemessungsleistung hat. Ein pragmatischer Ansatz könnte sein, hier Parallelen zur Mitnahme des Inbetriebnahmedatums zu ziehen.

So sprechen im Einzelnen gute Gründe dafür, dass die Mitnahme der Höchstbemessungsleistung möglich sein muss.<sup>37</sup>

Wie bereits dargelegt regelt das EEG an keiner Stelle, dass das Versetzen eines Blockheizkraftwerks an einen anderen Standort zu einer Reduzierung oder gar einem Verlust der EEG-Vergütung führt. Ein „Standortprinzip“, wonach die EEG-Vergütung an den einmal gewählten Standort der Anlage gebunden ist, ist im EEG gerade nicht normiert. Würde man zu dem Ergebnis kommen, dass die Mitnahme der Höchstbemessungsleistung grundsätzlich ausgeschlossen ist, wäre jegliche Versetzung von Biogasanlagen faktisch unterbunden. Diese Folge wäre auch aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zumindest problematisch.

Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 3 Rn. 212; Herms, in: Loibl/Maslaton/Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl. 2016, § 4 Rn. 98; Naujoks, in: Gabler/Metzenthin, EEG Praxis-Kommentar, Ausgabe 2011, § 3 Rn. 97.

34. Reshöft, in: Reshöft, Hk-EEG, 4. Auflage 2014, § 3 Rn. 83; Oschmann, in: Erneuerbare-Energien-Gesetz Kommentar, 3. Auflage 2011, § 3 Rn. 86; Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 3 Rn. 212; Herms, in: Loibl/Maslaton/Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl. 2016, § 4 Rn. 98; Naujoks, in: Gabler/Metzenthin, EEG Praxis-Kommentar, Ausgabe 2011, § 3 Rn. 97.

35. Vgl. insoweit Clearingstelle EEG, Empfehlung 2012/19 vom 2. Juli 2014, Leitsatz 6 und Rn. 77 ff.

36. Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 5 Rn. 151.

37. Vgl. im Einzelnen zur Höchstbemessungsleistung bei Versetzen, Aufteilen, Verschmelzen und Erweitern von Anlagen von Bredow/Hennig, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 101 Rn. 26 ff.; Loibl, REE 2014, 149 (150 ff.); Loibl, in: Altrock/Huber/Loibl/Walter, Übergangsbestimmungen im EEG 2014, § 101.

Jedenfalls dann, wenn am alten Standort keine Anlage verbleibt, muss die Höchstbemessungsleistung an den neuen Standort mitgehen. Denn andernfalls würde die Höchstbemessungsleistung allein aufgrund der Versetzung der Anlage „untergehen“.

Unklar erscheint die Rechtslage allerdings dann, wenn die Anlage, aus der das Blockheizkraftwerk entnommen wird, weiter existiert. Dies wäre der Fall, wenn bei einer Biogasanlage mit zwei Blockheizkraftwerken nur eines der beiden Blockheizkraftwerke an einen neuen Standort versetzt würde.

In diesem Fall dürften gewichtige Argumente dafür sprechen, dass die Höchstbemessungsleistung zwischen den beiden Standorten aufgeteilt wird.<sup>38</sup> Denn andernfalls würde ein Anlagenstandort geschaffen, bei dem es keine Höchstbemessungsleistung gibt und dementsprechend auch eine Förderung nach dem EEG ausgeschlossen ist, obwohl das versetzte Blockheizkraftwerk sein Inbetriebnahmedatum beibehält. Dies würde zu unauflösbaren Wertungswidersprüchen führen.

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür im Gesetz, dass aufgrund der Teilung einer Anlage ein Teil der Höchstbemessungsleistung verloren gehen soll. Zugleich gibt es keine Grundlage dafür, dass im Fall der Anlagenteilung die Höchstbemessungsleistung nur einem der Anlagenteile zuzuordnen wäre. Wollte man im Fall der Versetzung eines Blockheizkraftwerks eine andere Auffassung vertreten, käme man überdies zu wenig sachgerechten Ergebnissen:

Man müsste dann entweder die Ansicht vertreten, dass die Anlage gar keine Höchstbemessungsleistung aufweist, da sie vor dem 1. August 2014 noch gar nicht existierte. In der Folge bestünde für den in dem Blockheizkraftwerk erzeugten Strom allerdings kein Zahlungsanspruch. Dieses Ergebnis erscheint bereits unter Gesichtspunkten des Bestands- und Vertrauensschutzes wenig überzeugend. Alternativ käme man zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem Blockheizkraftwerk zwar um eine vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommene Anlage handelt, die Regelung zur Höchstbemessungsleistung entgegen dem klaren Wortlaut des § 101 Absatz 1 EEG 2017 jedoch keine Anwendung findet. Auch dieses Ergebnis ist mit dem Gesetz nicht vereinbar.

Geht man nun davon aus, dass das Blockheizkraftwerk seine ursprüngliche Höchstbemessungsleistung beibehält, stellt sich weiter die Frage, wie diese zu bestimmen ist. Naheliegend erscheint es, von einer Höchstbemessungsleistung in Höhe von 95 % der installierten Leistung auszugehen, welche das Blockheizkraftwerk für sich genommen am 31. Juli 2014 aufgewiesen hat. Sofern die tatsächliche höchste Bemessungsleistung des Blockheizkraftwerks vor 2014 höher lag, ist dieser Wert zugrunde zu legen.

Schließlich stellt sich die Frage, ob das Versetzen des Blockheizkraftwerks Auswirkungen auf die Höchstbemessungsleistung der bestehenden Biogasanlage hat. Der Wortlaut des § 101 Absatz 1 EEG 2017 spricht zunächst dafür, dass spätere bauliche Veränderungen keinerlei Einfluss auf die Höchstbemessungsleistung einer Anlage haben. Nach dem Wortlaut ist allein entscheidend, welche installierte Leistung die Anlage am 31. Juli 2014 aufwies oder welche Bemessungsleistung 2013 oder früher erreicht wurde. Die Verringerung der installierten Leistung nach Inkrafttreten des EEG 2014 ist indes für die Höchstbemessungsleistung irrelevant. Die Versetzung eines zu einer Biogasanlage gehörenden Blockheizkraftwerks an einen anderen Standort entspricht jedoch letztlich – wie bereits dargestellt – einer Anlagenteilung. Aus einer bislang einheitlichen Anlage werden zwei Anlagen. Vor diesem Hintergrund erscheint es naheliegend, dass sich auch die Höchstbemessungsleistung auf beide Anlagen aufteilt. Blicke die Höchstbemessungsleistung der Biogasanlage unverändert, könnten Anlagenbetreiber den Sinn und Zweck des § 101 Absatz 1 EEG 2017 allzu leicht unterlaufen und die insgesamt förderfähige und nach früheren Fassungen des EEG zu vergütende Strommenge beliebig steigern<sup>39</sup>. Dieses Ergebnis wäre jedoch wiederum nicht mit dem Gesetzeszweck und dem Willen des Gesetzgebers vereinbar.

Ausgehend von der Annahme, dass das an einen neuen Satellitenstandort versetzte, zuvor als Teil einer Biogasanlage betriebene

Blockheizkraftwerk „seine“ Höchstbemessungsleistung mitnimmt und sich die Höchstbemessungsleistung am Standort der Biogasanlage entsprechend reduziert, liegt die Lösung für sämtliche Fälle, in denen das versetzte Blockheizkraftwerk an seinem bisherigen Standort ersetzt wird, auf der Hand.

Die Bestimmungen zur Höchstbemessungsleistung in § 101 Absatz 1 EEG 2014 / EEG 2017 verhindern bereits, dass in derartigen Fällen die auf Grundlage einer früheren Fassung des EEG zu vergütende Strommenge gesteigert wird. Es bedarf insoweit keiner sonderlich restriktiven Auslegung des Inbetriebnahmebegriffs, um eine „Flucht ins EEG 2012/2009“ zu verhindern – egal wann auf welche Weise Blockheizkraftwerke ausgetauscht und versetzt werden. Seit Inkrafttreten des EEG 2014 ist in Fällen, in denen ein Blockheizkraftwerk an einen neuen Satellitenstandort versetzt wird, kein vollwertiger Ersatz des Blockheizkraftwerks mehr möglich, so dass ein „Vorrang“ und eine „Sperrwirkung“ der Austauschregelung ungerechtfertigt erscheint.

Mit anderen Worten:

Die Höchstbemessungsleistung einer bereits vor August 2014 in Betrieb genommenen Biogasanlage impliziert das Recht, jährlich für eine bestimmte, der Höchstbemessungsleistung entsprechende Strommenge eine Vergütung auf Grundlage einer früheren Fassung des EEG zu verlangen. Entscheidet sich der Anlagenbetreiber nun dafür, eines der zur Biogasanlage zählenden Blockheizkraftwerke an einen neuen Standort zu versetzen und dort als eigenständige Anlage zu betreiben, reduziert sich die Höchstbemessungsleistung der Biogasanlage und damit auch die jährliche vergütungsfähige Strommenge in entsprechender Höhe. Diesen Wegfall der vergütungsfähigen Strommenge kann der Anlagenbetreiber dann nicht dadurch kompensieren, dass er ersatzweise ein neues Blockheizkraftwerk gleicher oder größerer Leistung installiert. Indem der Anlagenbetreiber das Blockheizkraftwerk versetzt hat, hat er gewissermaßen seine Biogasanlage in diesem Umfang dauerhaft stillgelegt und das dadurch freigewordene Blockheizkraftwerk an einen neuen Standort versetzt. Es ist nicht ersichtlich, was in diesem Fall gegen die Mitnahme des Inbetriebnahmedatums sprechen würde.

Der hier vertretenen Ansicht hat sich nunmehr – zumindest für einen Sonderfall – auch die Clearingstelle EEG angeschlossen.<sup>40</sup>

So hat diese in einem jüngst veröffentlichtem Votum die „Sperrwirkung der Austauschregelung“ jedenfalls in dem Fall für hinfällig erachtete, dass aus einer vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommenen Biogasanlage vor dem 1. August 2014 ein Blockheizkraftwerk entfernt sowie als eigenständige Anlage versetzt worden ist und an der Biogasanlage das versetzte Blockheizkraftwerk nach dem 31. Juli 2014 ersetzt wird. In diesem Fall soll auch nach Ansicht der Clearingstelle EEG gerade keine Sperrwirkung vorliegen, weil hier der Gesetzgeber mit der Höchstbemessungsleistung eine ausdrückliche Regelung zur Begrenzung der Vergütungsansprüche der Anlagen bereits getroffen habe.<sup>41</sup> Insbesondere vertritt die Clearingstelle EEG hier die Ansicht, dass, soweit die Regelungen zur Höchstbemessungsleistung in § 101 Absatz 1 EEG 2014/ EEG 2017 dazu führen, dass trotz eines Ver- und Ersetzens alte Vergütungsansprüche nicht „vermehrt“ werden, es einer Sperrwirkung der Austauschregelung gerade nicht bedarf.<sup>42</sup> Insofern geht also auch die Clearingstelle EEG davon aus, das darauf abzustellen ist, ob durch die Umsetzung tatsächlich die Gefahr besteht, dass die

38. von Bredow/Hennig, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus., EEG, 5. Auflage 2017, § 101 Rn. 27; so grundsätzlich auch *Loibl*, REE 2014, 149 (151), vgl. dort (152 ff.) auch vertieft zu den folgenden verschiedenen Konstellationen mit jeweils verschiedenen Auslegungsvarianten. Hierzu auch *Loibl*, in: Altrock/Huber/Loibl/Walter, Übergangsbestimmungen im EEG 2014, § 101 Rn. 558 ff.

39. von Bredow/Hennig, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus., EEG, 5. Auflage 2017, § 101 Rn. 28.

40. Clearingstelle EEG, Votum 2017/39 vom 17. November 2017.

41. Siehe hierzu im Einzelnen Clearingstelle EEG, a.a.O. Rn. 20 ff.

42. Clearingstelle EEG, a.a.O. Rn. 24.

zu vergütende eingespeiste Strommenge erhöht wird, oder ob eine solche Gefahr von vornherein nicht besteht.

Gleichzeitig stellt die Clearingstelle EEG allerdings im darauf folgenden letzten Absatz des Votums klar, dass aus ihrer Sicht hinsichtlich der „Geltung der Sperrwirkung eine differenzierte Betrachtung angezeigt ist, je nachdem, wann das Versetzen bzw. Ersetzen erfolgt und je nachdem, wann die Vor-Ort-Anlage in Betrieb genommen worden ist.“<sup>43</sup> Die Entscheidung gilt somit ausdrücklich nur dann, wenn ein Blockheizkraftwerk vor dem 1. August 2014 versetzt und nach dem 31. Juli 2014 durch ein neues Blockheizkraftwerk ersetzt worden ist.

Leider konnte sich die Clearingstelle EEG, die es bislang stets vermieden hat, zum Schicksal der Höchstbemessungsleistung bei Versetzung eines Blockheizkraftwerkes Stellung zu nehmen, am Ende nicht dazu durchringen, ihre Rechtsauffassung (ausdrücklich) auch auf Fälle zu übertragen, in denen sowohl das Versetzen, als auch der Zubau nach dem 31. Juli 2014 erfolgt sind. Wie in diesen Fällen zu verfahren ist, lässt die Clearingstelle offen. Dabei ist es naheliegend, auch für diese Fälle die Anwendung der Sperrwirkung zu verneinen.

Es lässt sich im EEG nämlich kein Anhaltspunkt dafür finden, die beiden Fälle unterschiedlich zu behandeln. Einzig unterscheiden sich die Fälle darin, dass beim Versetzen eines Blockheizkraftwerk nach dem 31. Juli 2014 neben der Frage zur Mitnahme des Inbetriebnahmedatums auch geklärt werden muss, ob das Blockheizkraftwerk die Höchstbemessungsleistung an den neuen Anlagenstandort (anteilig) mitnimmt. Dieser Umstand kann jedoch nur schwerlich zu einem unterschiedlichen Ergebnis für die Mitnahme des Inbetriebnahmedatums führen. Es wäre völlig unklar, aus welcher Rechtsnorm, oder auch aus welchem sachlichen Grund sich eine solche Unterscheidung ergeben könnte.

Daher ist es nur konsequent, die Sperrwirkung für sämtliche Fälle aufzuheben, in denen Blockheizkraftwerke nach dem 31. Juli 2014 ausgetauscht worden sind. Die Frage zum Verbleib der Höchstbemessungsleistung stellt auch kein die Mitnahme des Inbetriebnahmedatums hinderndes „Problem“ dar. Die hier vorgeschlagene Lösung, nach der das Blockheizkraftwerk anteilig auch die Höchstbemessungsleistung an den neuen Standort mitnimmt, ist ein systematisch stringentes und für die Praxis gangbares Ergebnis.

## V. Photovoltaik-Anlagen

### 1. Grundsätze

Die oben unter I. in Bezug auf die Biomasseverstromung aufgestellten Grundsätze entfalten für den PV-Bereich gleichermaßen Gültigkeit. Auch hier gilt diesbezüglich, dass die versetzte PV-Anlage ihr Inbetriebnahmedatum nach der Versetzung an den neuen Standort beibehält.

Gemäß § 3 Nummer 1 EEG 2017 ist im Fall von PV-Anlagen jedes Modul eine eigenständige Anlage, sogenannter „modularer Anlagenbegriff“. Dies gilt seit Inkrafttreten des EEG 2017 am 01. Januar 2017 – bereits seit der Jahresabrechnung für das Jahr 2016 – auch für sämtliche Bestandsanlagen.

Diese neu ins Gesetz aufgenommene Regelung dient letztlich der Korrektur der BGH-Rechtsprechung zum sogenannten „Solarkraftwerk“.<sup>44</sup> Bereits nach dem ersten Urteil des BGH zum Anlagenbegriff stellte sich die Frage, ob auch PV-Module, die in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander auf einem einheitlichen Trägersystem angebracht sind, auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung als „Gesamtheit funktional zusammengehörender technisch und baulich notwendiger Einrichtungen“ und damit als Gesamtanlage zu werten sein sollten. Dies hat der BGH im November 2015 in seinem vielbeachteten und ebenso – kritisierten<sup>45</sup> „Solarkraftwerk-Urteil“ bejaht. Hiernach soll nicht das einzelne, zum Einbau in ein Solarkraftwerk bestimmte PV-Modul als eine Anlage gemäß § 3 Nummer 1 EEG 2009 anzusehen sein, sondern erst die Gesamtheit der Module bilde die Anlage und somit ein einzelnes „Solarkraftwerk“.<sup>46</sup> Bis dahin

war – zurückgehend auf die Empfehlung 2011/2/1 der Clearingstelle EEG<sup>47</sup> – in Schrifttum, Rechtsprechung und Praxis ganz weitgehend anerkannt, dass jedes PV-Modul für sich genommen eine Anlage im Sinne des § 3 Nummer 1 EEG 2017 (bzw. der entsprechenden Vorgängerregelung) darstellt<sup>48</sup>, siehe hierzu sogleich unter 2. Rechtsfolgen.

### 2. Rechtsfolgen

#### a) Inbetriebnahmedatum

Wird eine PV-Anlage an einen neuen Standort versetzt, so ändert sich hierdurch nichts an dem bisherigen Inbetriebnahmedatum. Die oben dargestellten Grundsätze – keine grundsätzliche Standortbezogenheiten des Anlagen- oder des Inbetriebnahmebegriffs – gelten insofern genauso für PV-Anlagen.

Zwar hat der BGH in seinem „Solarkraftwerk-Urteil“ festgestellt, dass unter Geltung des EEG 2009 nicht das einzelne, zum Einbau in ein Solarkraftwerk bestimmte PV-Modul als eine (eigene) Anlage anzusehen sei, sondern erst die Gesamtheit der Module die Anlage „Solarkraftwerk“ bilde. Das Solarkraftwerk könne erst in Betrieb genommen werden, wenn es als solches errichtet sei; eine vorherige Inbetriebsetzung der einzelnen Module sei mangels Vorliegen einer Anlage unbeachtlich. Wendet man diese, zwischenzeitlich durch den Gesetzgeber korrigierte Rechtsprechung auf die sich aus der Versetzung einer PV-Anlage ergebenden Rechtsfragen an, so ändert dies nach hiesigem Verständnis jedoch nichts daran, dass auch das einem bestehenden „Solarkraftwerk“ anhaftende Inbetriebnahmedatum der Anlage bei Versetzung anhaftet: Plant ein Anlagenbetreiber, das gesamte „Solarkraftwerk“ zu versetzen, so wird auch die Gesamtheit der Module versetzt, was wiederum im Einklang mit den Empfehlungen der Clearingstelle EEG und der Literatur gleichermaßen dazu führt, dass keine neue Anlage „entsteht“ sondern die bisherige Anlage mit dem bisherigen Inbetriebnahmedatum weiterhin Bestand hat. Diesem Ergebnis könnte man allenfalls entgegenhalten, dass nach dem BGH auch die Modulträgereinrichtungen zur Anlage zählen und diese vermutlich regelmäßig am neuen Standort durch ein neues System ersetzt werden. Es spricht allerdings viel dafür, dass dem Trägersystem, wenngleich es sich um einen Anlagenbestandteil handelt, keine derart weitreichende Bedeutung zuteil wird, sondern nur als Anlagenbestandteil von allenfalls untergeordneter Bedeutung für die Stromerzeugung dient.

Überdies ist der Anwendungsbereich des Solarkraftwerk-Urteils äußerst begrenzt. Aufgrund der erfolgten Klarstellung im EEG 2017 gilt seit Inkrafttreten des EEG 2017 am 01. Januar 2017 – und bereits seit der Jahresabrechnung für das Jahr 2016 – auch für sämtliche Bestandsanlagen der „modulare Anlagenbegriff“.

#### b) Vergütungsfähigkeit

Wird eine PV-Anlage unter Mitnahme ihres Inbetriebnahmedatums an einen neuen Standort versetzt, so bestimmt sich der Vergütungsanspruch auch weiterhin nach den Regelungen, die für eine bereits zum ursprünglichen Inbetriebnahmezeitpunkt in Betrieb gesetzte Anlage maßgeblich sind. Insofern bleibt für das Inbetriebnahmeda-

43. Clearingstelle EEG, a.a.O. Rn. 25.

44. BGH, Urt. v. 04. 11. 2015 – VIII ZR 244/14.

45. Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Auflage 2017, § 3 Rn. 25; von Bredow, in: REE 2015, S. 216.

46. Zweiter Leitsatz des Urteil vom 04. 11. 2015 – VIII ZR 244/14.

47. Clearingstelle EEG, Empfehlung 2011/2/1 vom 29. September 2011.

48. Vgl. etwa hierzu von Bredow, REE 2015, 213 ff. mit kritischer Anmerkung; vgl. zu dem Urteil und seinen rechtlichen Auswirkungen und Folgefragen jeweils m.w.N. auch etwa Assion/Koukakis, EnWZ 2016, 208; Vollprecht/Altrock, EnWZ 2016, 387; Müller, EnWZ 2016, 49; Herms/Richter, ER 2016, 62 ff.; Taplan/Baumgartner, NVwZ 2016, 362; Boenke, REE 2016, 13.

tum und damit für die Vergütungshöhe zunächst grundsätzlich auch nach der Versetzung alles beim Alten.

Dies kann allerdings nur insoweit gelten, soweit die standortbezogenen Vergütungsvoraussetzungen des EEG für PV-Anlagen auch am neuen Standort erfüllt sind. Auch die Höhe des Vergütungsanspruchs richtet sich danach, welche Anspruchsvoraussetzungen am neuen Standort erfüllt sind.<sup>49</sup> So ist die Clearingstelle EEG bereits Anfang 2013 im Wege einer teleologischen Reduktion zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Vergütungsanspruch für den am neuen Standort erzeugten Strom nur dann besteht, wenn auch die zum Zeitpunkt des Versetzens der Anlage geltende Fassung des EEG für diesen Standort noch einen Vergütungsanspruch vorsieht. Der Vergütungsanspruch soll demnach nach Ansicht der Clearingstelle EEG entfallen, wenn die Module an einen Standort versetzt werden, für den nach dem zum Zeitpunkt der Versetzung geltenden Voraussetzungen ein Vergütungsanspruch nicht besteht. Hieraus können sich für den Anlagenbetreiber nach der Versetzung gravierende Folgen ergeben: der Vergütungsanspruch entfällt gänzlich, soweit der neue Standort nach dem zum Versetzungszeitpunkt der Anlage geltenden EEG keinen Vergütungsanspruch vorsieht.

Aufgrund der Standortbezogenheit der Vergütungsvorschriften für PV-Anlagen ist vor der Versetzung daher immer genau im Einzelnen zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen an dem neuen Standort eine Vergütung in welcher Höhe erzielt werden kann.

### c) Ausschreibungspflicht

Mit dem EEG 2017 ist die für neu in Betrieb genommene PV-Anlagen ab 750 kWp geltende, bereits mit der sog. Freiflächenausschreibungsverordnung eingeführte Ausschreibungspflicht weiter ausgebaut worden, vgl. § 22 Absatz 3 EEG 2017.

Nicht zuletzt auf Grundlage des Hinweises 2012/21 der Clearingstelle EEG stellt sich hier die Frage, ob aufgrund der Versetzung der PV-Anlage ein Vergütungsanspruch am neuen Standort nur dann besteht, wenn und soweit die versetzte Anlage ebenfalls erfolgreich an einer Ausschreibung teilgenommen hat, auch wenn die Anlage nach der ursprünglich für sie geltenden Fassung des EEG gar nicht unter die Ausschreibungspflicht gefallen wäre.<sup>50</sup>

Zunächst muss beachtet werden, dass für die jeweilige Anlage immer der ursprüngliche Vergütungsanspruch nach der bei Inbetriebnahme geltenden Fassung des EEG geltend gemacht werden soll. Sieht diese Fassung des EEG keine Ausschreibungen vor, so liegt es nahe, dass das Ausschreibungserfordernis auch weiterhin nicht gelten kann, eben weil der geltend gemacht Anspruch sich insofern weiterhin nach der jeweiligen, ursprünglichen Fassung des EEG richtet.

Insbesondere betrifft die im EEG 2017 vorgesehene Ausschreibungspflicht nur neue Anlagen, nicht jedoch Bestandsanlagen, die bereits vor Inkrafttreten dieser Regelungen in Betrieb genommen worden sind. Das EEG 2017 sieht nicht vor, dass eine Bestandsanlage allein aufgrund ihrer Versetzung an einen anderen Standort an einer Ausschreibung teilnehmen muss. Gerade das Gegenteil ist der Fall: Die Möglichkeit, im Rahmen einer Ausschreibung einen Zuschlag bzw. eine Zahlungsberechtigung zu erhalten, ist nur neuen, nicht jedoch bereits in Betrieb genommenen Bestandsanlagen eröffnet (vgl. § 38a Absatz 1 Nummer 1 EEG 2017).

Im Übrigen bietet auch der Hinweis 2012/21 der Clearingstelle EEG hier keinen ausreichenden Anlass für eine abweichende Bewertung:

Nach Ansicht der Clearingstelle EEG müssen die Übergangsbestimmungen des EEG teleologisch reduziert werden. Ein Vergütungsanspruch für eine an einen neuen Standort versetzte Anlage bestehe nur, wenn auch die zum Zeitpunkt des Versetzens geltende Fassung des EEG noch einen vergleichbaren Vergütungsanspruch vorsieht.

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass der Hinweis der Clearingstelle EEG zu einem Zeitpunkt ergangen ist, zu dem die Einführung von Ausschreibungen noch gar nicht diskutiert wurde. Der Hinweis

der Clearingstelle EEG befasst sich daher auch nicht mit der Frage, ob der Vergütungsanspruch trotz Mitnahme des ursprünglichen Inbetriebnahmedatums entfällt, wenn für die Anlage bei einer jetzigen Inbetriebnahme eine Ausschreibungspflicht bestehen würde und eine erfolgreiche Teilnahme an einer Ausschreibung nicht möglich bzw. nicht gegeben ist.

In Leitsatz 5 des Hinweises formuliert die Clearingstelle EEG insoweit zwar missverständlich, dass der zum Zeitpunkt der ursprünglichen Inbetriebnahme für diesen Installationsort geltende Vergütungssatz gilt, „wenn der am Ort der Neuinstallation der versetzten PV-Anlage erzeugte Strom hiernach vergütungsfähig ist“. Vergütungsfähig wäre der Strom – wie bereits dargestellt – aber nach der aktuellen Gesetzesfassung eigentlich nicht, sofern für die Anlage am neuen Standort nach dem EEG 2017 eine Ausschreibungspflicht greift und eine erfolgreiche Teilnahme an einer Ausschreibung nicht gegeben ist.

Allerdings wird man die Ausführungen der Clearingstelle EEG nicht so verstehen dürfen, als wäre entscheidend, dass für die Anlage auch nach der zum Zeitpunkt des Versetzens geltenden Fassung in dem konkreten Fall ein Vergütungsanspruch besteht. Es kommt – wie die seitens der Clearingstelle EEG dargelegten Gründe im Einzelnen erkennen lassen – allein darauf an, ob der Gesetzgeber in der zum Zeitpunkt des Versetzens der PV-Anlage geltenden Fassung des EEG daran festgehalten hat, dass PV-Anlagen, die auf den entsprechenden Flächen errichtet werden, grundsätzlich eine EEG-Vergütung erhalten können.

## VI. Windenergieanlagen

### 1. Grundsätze

Die für die anderen Energieträger dargestellten Grundsätze – ein einheitliches Inbetriebnahmedatum der Anlage, kein Neubeginn des Vergütungszeitraums durch die Versetzung – gelten grundsätzlich auch hinsichtlich der Versetzung von Windenergieanlagen.

Diesbezüglich kann insoweit auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen werden.

Allerdings sind darüber hinaus sowohl tatsächliche wie auch rechtliche Besonderheiten im Hinblick auf die Versetzung von Windenergieanlagen zu beachten, die im Folgenden näher dargestellt werden sollen.

### 2. Rechtsfolgen

#### a) Inbetriebnahmedatum

Zunächst ergeben sich aus den allgemeinen Vorschriften des EEG allein keine Anhaltspunkte dafür, dass bei Versetzung einer Windenergieanlage andere Maßstäbe anzuwenden wären als bei der Versetzung von PV- oder Biogasanlagen.

Insbesondere kommt die Verbindung einer Windenergieanlage mit einer anderen Windenergieanlage zu einer Gesamtanlage am neuen Standort – anders als bei der Versetzung von Blockheizkraftwerken in Biogasanlagen – schon technisch nicht in Betracht.

Besonderheiten können sich allerdings bei Anwendung der Grundsätze der Empfehlung 2012/19 der Clearingstelle EEG<sup>51</sup> ergeben. Da hiernach nur das Versetzen einer weitestgehend „vollständigen“ Anlage das Inbetriebnahmedatum unberührt lässt, sind gerade im Rahmen der Versetzung von Windenergieanlagen Konstellationen denkbar, in denen es gerade an einer solchen vollständigen Versetzung fehlt. So ist in nahezu allen denkbaren Fällen der Versetzung einer Windenergieanlage wohl davon auszugehen, dass zumindest das Fundament am bisherigen Standort verbleibt und

49. Clearingstelle EEG, Hinweis 2012/21 vom 21. Januar 2013.

50. Vgl. hierzu Clearingstelle EEG, a.a.O., Leitsatz 4 und Rn. 21 ff.

51. Clearingstelle EEG, Empfehlung 2012/19 vom 2. Juli 2014.

nicht etwa aus dem Erdreich entnommen und an den neuen Standort mitversetzt wird.

So könnte eine versetzte Anlage bei Anwendung der Empfehlung der Clearingstelle EEG dann am neuen Standort als neue Anlage im Sinne des EEG mit einem neuen Inbetriebnahmedatum gelten, wenn aufgrund des Verbleibens des Fundamentes am alten Standort davon auszugehen wäre, dass keine vollständige Versetzung stattgefunden hat. Denn nach der Ansicht der Clearingstelle EEG ist das Fundament jedenfalls dann stets Teil der Anlage, wenn es zur Stromerzeugung notwendig ist. Da das Fundament einer Windenergieanlage die notwendige Verbindung zum Erdboden und damit Stütz- und Standpunkt der Anlage ist, ist ohne dieses – zumindest mittelbar – die Stromerzeugung durch diese Technologie nicht denkbar. Dies hieße, dass in diesen Fällen nicht ohne weiteres von der Versetzung einer vollständigen Anlage auszugehen wäre, was nach Ansicht der Clearingstelle EEG wiederum Zweifel an der Mitnahme des Inbetriebnahmedatums auslöst.

Allerdings stellt die Clearingstelle EEG in ihrer Empfehlung auch fest, dass ein „vollständiges“ Versetzen auch dann vorliege, wenn in geringfügigem Umfang Teile der Anlage nicht mit versetzt werden. Selbst wenn das Fundament also als Teil der Anlage zu bewerten sein sollte, bedeutet dies in der Folge auch nach Ansicht der Clearingstelle EEG nicht zwingend, dass die Anlage nicht unter Mitnahme ihres Inbetriebnahmedatums versetzt werden kann. Für die Möglichkeit der Versetzung unter gleichzeitiger Wahrung des Inbetriebnahmedatums spricht vor allem, dass das Fundament in der Gesamtbetrachtung der Anlage nur eine untergeordnete Bedeutung hat und als geringfügiger Teil der Anlage angesehen werden kann: Es hat lediglich eine „bauliche“ Funktion – die Verankerung des Turms im Erdreich – ist jedoch technisch für die Stromerzeugung von keiner darüber hinausgehenden Bedeutung. Zudem wäre eine Versetzung von Windenergieanlagen andernfalls faktisch ausgeschlossen, weil die Versetzung des Fundaments wohl an keinem Standort in Betracht kommen dürfte. Dies würde jedoch dem allgemeinen Grundsatz der Kontinuität des Inbetriebnahmedatums nicht gerecht und würde überdies dazu führen, dass Windenergieanlagen bei ihrer Versetzung neu in Betrieb genommen werden könnten. Dies widerspricht der gesetzgeberischen Intention, dass eine Neuinbetriebnahme grundsätzlich ausgeschlossen sein soll.

#### b) Ermittlung des Referenzertrags und der Anfangsvergütung

Ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit im Fall der Versetzung einer Windenergieanlage besteht unabhängig von der Frage des Inbetriebnahmedatums allerdings aufgrund der standort- und ertragsgebundenen Berechnung der erhöhten Anfangsvergütung. So ist die Vergütungssystematik des EEG für Windenergieanlagen in hohem Maße mit dem jeweiligen zugrundeliegenden Referenzstandort der Windenergieanlage verbunden.

Mit der verlängerten Zahlung einer höheren Anfangsvergütung für ertragsschwache, meist im Binnenland gelegene Windenergieanlagen soll die Finanzierung von Windenergieanlagen auch an diesen Standorten weiterhin ermöglicht werden. Eine standortorientierte Regelung ist hierfür notwendig, um einerseits zu vermeiden, dass an windhöflicheren Standorten eine höhere Vergütung gezahlt wird als dies für den wirtschaftlichen Betrieb notwendig ist (Überförderung), sowie um andererseits einen Anreiz für die Errichtung von Windenergieanlagen im ertragsschwächeren Binnenland zu schaffen.<sup>52</sup>

Zur Bestimmung des verlängerten Zeitraums der Anfangsvergütung ist der Referenzertrag im Verhältnis zum tatsächlichen Ertrag der Anlage zu berücksichtigen, vgl. Anlage 2 Nummer 7 zum EEG 2017 bzw. die entsprechenden Vorgängervorschriften.

Bei Referenzertrag<sup>53</sup> und Referenzstandort<sup>54</sup> handelt es sich um idealtypische Standorte und Ertragsmöglichkeiten, die grundsätzlich erst einmal unabhängig von dem tatsächlich erzielten Ertrag der Windenergieanlage und dem tatsächlichen Standort und nur nach dem jeweiligen Anlagentyp zu ermitteln sind.

Ob überhaupt und wenn ja wie viel länger die erhöhte Anfangsvergütung nach Ablauf der ersten fünf Betriebsjahre zu zahlen ist, bestimmt sich jedoch aus dem Verhältnis des tatsächlichen Ertrags der Anlage zum anlagentypischen Referenzertrag, vgl. § 46 Absatz 2 Satz 2 EEG 2017. In der anzustellenden Berechnung wird demnach der tatsächlich erzielte Ertrag der ersten fünf Jahre seit Inbetriebnahme der Anlage zugrunde gelegt, genauso wie auch der Referenzertrag für fünf Jahre zu ermitteln ist. Die Berechnung erfolgt also grundsätzlich für den bereits vergangenen fünfjährigen Zeitraum.

Der Zeitraum der Zahlung des erhöhten Anfangswerts ändert sich hierbei je nach dem Ertrag der Anlage, wobei die Anfangsförderung umso länger gewährt wird, je niedriger der Ertrag im Vergleich zum Referenzwert nach Anlage 2 des EEG 2017 ist, vgl. § 46 Absatz 2 EEG 2017. Oder vereinfacht gesagt: Je höher der Ertrag der Anlage, desto kürzer wird die erhöhte Anfangsvergütung über die ersten fünf Jahre hinaus gezahlt.

Der Referenzertrag der Anlage wird gemäß § 100 Absatz 1 Satz 3 EEG 2017 auch bei Bestandsanlagen, die seit dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, spätestens ein Jahr vor dem Ende der verlängerten Frist nach der Inbetriebnahme überprüft, vgl. § 46 Absatz 3 EEG 2017.<sup>55</sup>

Gemäß § 36 h Absatz 2 Satz 2 EEG 2017 ist die Anfangsvergütung daraufhin – auch rückwirkend – anzupassen. Eine Überprüfung der Zeiträume findet demzufolge nach den ersten fünf Betriebsjahren und dann wiederum nach zehn Jahren statt. Wurde die Verlängerung der Anfangsvergütung für einen Zeitraum von weniger als bis zum zehnten Betriebsjahr gewährt, so findet eine Überprüfung bereits ein Jahr vor dem Ende des berechneten Zeitraums statt.

Durch diese nachträgliche Anpassung des Referenzertrags aufgrund der tatsächlich eingespeisten Strommengen soll verhindert werden, dass sich wirtschaftliche Vorteile – etwa auf Basis von falschen Gutachten – ergeben, die nicht vom Gesetzgeber gewollt sind.

#### c) Unklare Rechtsfolge der Versetzung

Unklare Rechtsfolgen der Versetzung einer Windenergieanlage ergeben sich im Einzelfall im Hinblick auf die konkrete Berechnung der erhöhten Anfangsvergütung:

Wird eine Anlage von einem Standort mit niedrigem Ertragspotenzial an einen Standort mit einem höheren Ertragspotenzial versetzt, so könnte in der Folge die Anlage aufgrund der niedrigeren Erträge an dem früheren Standort über einen längeren Zeitraum die erhöhte Anfangsvergütung erhalten, als ihr nach dem Gesetz zugestanden hätte, wenn sie seit Beginn des Betrachtungszeitraums an dem neuen Standort betrieben worden wäre.

Werden Windenergieanlagen umgekehrt von einem Standort mit hohem Ertragspotenzial an einen Standort mit niedrigerem Ertragspotenzial versetzt, so erhielten die Anlagen in der Folge über einen kürzeren Zeitraum die erhöhte Anfangsvergütung ausgezahlt, als ihnen nach dem Gesetz zugestanden hätte, wenn sie bereits von Anfang an dem weniger windhöflichen Standort betrieben worden wären.

Dadurch, dass die Berechnung nur den gesamten fünf- bzw. zehnjährigen Zeitraum betrachtet und nicht etwa monats-scharf erfolgt, liegt am Ende nur ein über den jeweiligen Betrachtungszeitraum gemittelter Wert vor, der zwar für eine ggf. erfolgende weitere Verlängerung der Zahlung der erhöhten Anfangsvergütung ausschlaggebend ist, jedoch nicht die realen Verhältnisse am jeweiligen Standort widerspiegelt.

Unklar ist, ob daher die theoretisch gegebene Möglichkeit des Missbrauchs der Regelungen durch geschicktes Versetzen der Windenergieanlagen einer Versetzung generell entgegensteht.

52. BT-Drs. 16/8148; S. 57 (zur Vorgängerregelung in § 29 EEG 2009).

53. Nummer 2 der Anlage 2 zum EEG 2017.

54. Nummer 4 der Anlage 2 zum EEG 2017.

55. BT-Drs. 18/8860, S. 260.



Rechtsunsicherheit besteht insbesondere deshalb, weil sich aus dem Gesetz nicht ergibt, ob und wie ein Standortwechsel mit der damit typischerweise einhergehenden Änderung des konkreten Ertrages innerhalb der Berechnung der erhöhten Anfangsvergütung berücksichtigt werden kann, so dass eine Umsetzung nicht zu unbilligen Ergebnissen führt.

Denn die Regelungen des EEG setzen – stillschweigend – durch die Standortbezogenheit der Vergütungsregelung und der Regelung über die erhöhte Anfangsvergütung im Besonderen voraus, dass es für eine Windenergieanlage naturgemäß nur einen Standort gibt. So wurde mit dem EEG 2017 etwa der Begriff des Standortertrages eingeführt. Gemäß Anlage 2 Nummer 7 ist der Standortertrag „die Strommenge, die der Anlagenbetreiber an *einem konkreten Standort* über einen definierten Zeitraum tatsächlich hätte einspeisen können.“

Allerdings lässt sich den Regelungen des EEG umgekehrt auch nicht entnehmen, dass die Versetzung von Windenergieanlagen ausgeschlossen sein soll. Insbesondere existiert auch keine konkrete Regelung die es rechtfertigen würde, den Anspruch auf die erhöhte Anfangsvergütung auszuschließen. Im Ergebnis wird es hier daher auf eine Betrachtung des Einzelfalls ankommen. Insbesondere dürften hierbei die Gründe des Anlagenbetreibers für die Versetzung der Anlagen ausschlaggebend sein sowie der Zeitpunkt, zu dem die Umsetzung erfolgen soll.

Vor diesem Hintergrund lässt sich abschließend festhalten, dass diese Thematik der weiteren rechtlichen Betrachtung in Literatur und Rechtsprechung bedarf.

## D Austausch von Anlagen und Anlagenteilen

Während die alte Rechtslage des EEG 2004 noch eine erneute Inbetriebnahme einer Anlage nach einer Erneuerung durch den Austausch von Anlagenteilen unter bestimmten Voraussetzung<sup>56</sup> vorsah, so ist der Gesetzgeber hiervon mit Erlass des EEG 2009 abgerückt. So regelte das EEG 2009 die Inbetriebnahme als nunmehr allein die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft, vgl. § 3 Nummer 5 EEG 2009. Darüber hinaus heißt es in § 3 Nummer 5 Halbsatz 2 EEG 2012: „Der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile nach der erstmaligen Inbetriebnahme führt nicht zu einer Änderung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme“. Spätestens hierdurch wurde die Möglichkeit einer „zweiten Inbetriebnahme“ durch Austausch von Anlagenteilen abschließend abgeschafft. Der Gesetzgeber hielt die alte Regelung nicht mehr für sachgerecht, weil hiernach schon das Aufbringen der Hälfte der Investitionskosten für die Gewährung eines erneuten vollen Förderzeitraums ausreichte.<sup>57</sup>

So stellt schließlich auch § 3 Nummer 30, 3. Teilsatz EEG 2017 hieran anknüpfend klar, dass der Austausch des Generators oder sonstiger genutzter baulicher und technischer Teile einer Anlage nicht zum Neubeginn oder zur Verlängerung des 20-jährigen Vergütungszeitraums führt. Technische und bauliche Teile in diesem Sinne sind dabei all diejenigen Einrichtungen, die für die Stromerzeugung unbedingt erforderlich sind.<sup>58</sup> Das Entstehen eines neuen Inbetriebnahmezeitpunktes ist also nach § 3 Nummer 30, 3. Teilsatz EEG 2017 erst bei einer vollständigen Neuherstellung einer mit der ursprünglichen nicht identischen Anlage und einer Neuinvestition von entsprechendem Umfang denkbar.<sup>59</sup>

Aber auch diese Sichtweise ist keineswegs unumstritten. So ist nach Ansicht der Clearingstelle EEG hingegen auf die ursprüngliche Intention des Anlagenbetreibers abzustellen.<sup>60</sup> Ein sukzessiver Austausch mehrerer Anlagenteile stellt nach Ansicht der Clearingstelle EEG eine „sukzessive Neuinbetriebnahme“ dar, wenn die einzelnen Austauschschritte Teil eines planmäßig einheitlichen Vorgangs des Anlagenbetreibers sind.<sup>61</sup> Hiernach kommt es im Einzelfall damit auf die subjektive Absicht des Anlagenbetreibers an, ob durch den Austausch eine Neuinbetriebnahme stattfindet oder nicht.

Wird jedoch ein Blockheizkraftwerk vollständig, z.B. durch einen Brand, zerstört und muss dann in einem einheitlichen Vorgehen gegen ein neues ausgetauscht werden, kommt es nach Ansicht der Clearingstelle stets zu einer Neuinbetriebnahme. Insbesondere für die Betreiber von Satelliten-Blockheizkraftwerken, bei denen die Errichtung der Biogasanlage und der Blockheizkraftwerke in unmittelbarem Zusammenhang steht, kann dies zu weitreichenden Problemen führen. Die Annahmen der Clearingstelle EEG erscheinen daher nicht restlos überzeugend. In den genannten Fällen kann, – je nach den Umständen des Einzelfalls – durchaus auch von einer Anlagenkontinuität auszugehen sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn Anlagenbetreiber, Anlagenstandort, Betriebskonzept und die genutzte Infrastruktur unverändert bleiben. Ein Indiz kann insoweit etwa die Neuerrichtung auf Grundlage der ursprünglichen Genehmigung darstellen.<sup>62</sup>

## E Zubau (und Wegnahme) von Anlagen und Anlagenteilen

Nach § 30 Nummer 3, 3. Teilsatz EEG 2017 haftet der Anlage das Inbetriebnahmedatum auch bei Austausch einzelner Komponenten an. Fraglich ist die Reichweite der Norm allerdings in Fällen, in denen ein Austausch im Sinne der Regelung an sich nicht stattfindet, sondern lediglich ein Zubau von (neuen) Anlagenteilen erfolgt, ohne dass die zuvor bestehenden Anlagenteile hierdurch verändert werden. Nach dem weiten Anlagenbegriff, zu dem sich der BGH in seinen Entscheidungen zum Anlagenbegriff<sup>63</sup> ausdrücklich bekennt, wird ein hinzugebautes Anlagenteil Teil der bestehenden Anlage. Die gesamte Anlage führt ein einheitliches Inbetriebnahmedatum, welches durch den Zubau nicht berührt wird.<sup>64</sup>

Zwar hat der BGH in einem *obiter dictum* im Rahmen seiner ersten Grundsatzentscheidung darauf hingewiesen, dass sich die Vergütungshöhe für später hinzugebaute Blockheizkraftwerke nicht nach dem Inbetriebnahmedatum der ersten, bereits vorhandenen Blockheizkraftwerke richte, sondern nach der Inbetriebnahme des hinzugebauten Generators. Hierin führte der BGH aus, dass die Regelung des § 21 EEG 2009 nach dem Willen des Gesetzgebers auch für den Anschluss zusätzlicher Generatoren an eine bereits vorhandene Anlage gelte, so dass der Vergütungszeitraum für den durch einen weiteren Generator erzeugten Strom gesondert zu laufen beginne. Vereinzelt wird daher vertreten, dass sich eine Abweichung zwischen der Vergütung der Ursprungsanlage zu einem neu hinzugebauten Blockheizkraftwerk ergeben soll und die Vergütungszeiträume für jedes Blockheizkraftwerk gesondert nach dem Zeitpunkt des Zubaus zur Gesamtanlage zu bestimmen seien.<sup>65</sup>

56. Dies war gemäß § 3 Absatz 4 EEG 2004 dann der Fall, wenn die Kosten der Erneuerung mindestens 50 Prozent der Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen betragen.

57. BT-Drs. 16/8148, S. 52; vgl. hierzu ausführlich auch *Klewar*, in: ZNER 2014, S. 554, 556; *Thomas/Vollprecht*, in: ZNER 2012, S. 334, 338.

58. *Lehnert*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 21 Rn. 20.

59. Grundlegend zur Bestimmung der Identität einer Anlage anhand des Form- oder Materialprinzips für den Anlagenbegriff nach dem KWKG („Schiff des Theseus“): VG Frankfurt a.M., Urt. v. 31. März 2010, Az.: I K 3375/09; Vgl. hierzu auch *Salje*, EEG, 8. Aufl. 2017, § 25 Rn. 12 ff.; vgl. hierzu auch *Thomas/Vollprecht* in: ZNER 2012, S. 334, 337; *Klewar*, in: ZNER 2014, S. 554, 557.

60. Clearingstelle EEG, Empfehlung 2012/19.

61. Clearingstelle EEG, Empfehlung 2012/19, Rn. 136 ff.

62. *Hennig/von Bredow/Valentin*, in: *Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus*, EEG, 5. Auflage 2017, § 3 Rn. 202.

63. BGH, Urt. v. 23. 10. 2013 – VIII ZR 262/12, REE 2013, 226; BGH, Urt. v. 04. 11. 2015 – VIII ZR 244/14, ZNER 2015, 526 = REE 2015, 213.

64. Vgl. auch die Clearingstelle EEG, Empfehlung 2012/19, Rn. 150.

65. *Loibl*, in REE, 2015, S. 156 (157).

Diese Auffassung widerspricht allerdings nicht nur allen bislang zu dieser Frage vertretenen Literaturmeinungen<sup>66</sup>, sondern steht auch im Gegensatz zur Systematik der Degressionsvorschriften des EEG 2004 und EEG 2009, die jeweils auf die Inbetriebnahme der Anlage abstellen und nicht des Generators<sup>67</sup>. Bereits die Schlussfolgerung, dass aus der Anwendung des § 21 EEG 2009 unterschiedliche Vergütungszeiträume resultieren, ist nicht nachvollziehbar. In § 21 Absatz 1 EEG 2009 ist geregelt, dass die Vergütung nach dem EEG ab dem Zeitpunkt zu zahlen ist, ab dem der Generator erstmals Strom ausschließlich aus erneuerbaren Energien erzeugt und in das Stromnetz eingespeist hat. Die Norm soll nach dem Willen des Gesetzgebers klarstellen, dass während des Probetriebs der Anlage mit konventionellen Energieträgern kein Anspruch auf die EEG Vergütung besteht. Gemäß § 21 Absatz 2 Satz 1 EEG 2009 ist die Vergütung dann für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen. Beginn dieser Frist sollte dann nach Absatz 2 Satz 3 der Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Generators sein.

Zudem sind auch unterschiedlich hohe Vergütungen innerhalb derselben Anlage im System des EEG nicht vorgesehen. Die Vergütungssätze richten sich bei Zubau eines neuen Blockheizkraftwerks nach dem Inbetriebnahmejahr der Gesamtanlage und nicht etwa nach eigenen, degressiven Sätzen. Diese Auslegung widerspricht dem Wortlaut der die Degression regelnden Bestimmungen des EEG 2004 und 2009. Hier wurde die Mindestvergütung jeweils für „ab diesem Zeitpunkt neu in Betrieb genommene“ Anlagen um jeweils 1,5 % gesenkt. Es wird hierdurch aber eindeutig auf das Inbetriebnahmedatum der einzelnen Anlage abgestellt, und nicht etwas auf das Inbetriebnahmedatum eines einzelnen Generators. Es lässt sich dem Gesetz schlichtweg nicht entnehmen, dass einer einzelnen Gesamt(-Anlage) aufgrund von Degression verschiedene Vergütungssätze zugewiesen werden.

Schließlich können die Ausführungen des BGH zum Beginn des Vergütungszeitraums und der Degression auch nicht zur abschließenden Klärung herangezogen werden. Die Ausführungen sind lediglich in einem – aus dargelegten Gründen – wenig überzeugenden obiter dictum erfolgt. In diesem hat der BGH zwar seine Rechtsansicht geäußert. Da diese Ausführungen aber nicht der Urteilsfindung dienen, stellen sie auch keine verbindliche Entscheidung des Gerichts dar.

Der Gesetzgeber hat schließlich mit dem EEG 2014 den Konflikt zugunsten der Bezugnahme auf die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage gelöst und überdies – wie bereits im EEG 2012 – in § 22 EEG 2014 klargestellt, dass allein die Inbetriebnahme der Anlage und nicht die Inbetriebnahme des Generators den Beginn des Förderzeitraums markiert.

In dem Fall des Zubaus und der Erweiterung einer bestehenden Biogasanlage um ein gebrauchtes Blockheizkraftwerk, stellt sich zudem die bereits unter C. IV. 3. dargestellte Frage nach dem Schicksal der Höchstbemessungsleistung. In diesem Fall scheint zunächst viel dafür zu sprechen, dass eine nach dem 31. Juli 2014 erfolgte Anlagenerweiterung grundsätzlich keinen Einfluss mehr auf die Höchstbemessungsleistung der Anlage – sei es nun die historische oder die installierte Höchstbemessungsleistung – haben kann. Während dies unzweifelhaft in dem Fall gelten muss, in dem ein neues oder bislang nicht mit Biogas betriebenes Blockheizkraftwerk zu einer Anlage hinzugebaut wird, stellt sich allerdings durchaus die Frage, wie der Fall zu bewerten ist, wenn ein bereits vor dem 1. August 2014 mit Biogas betriebenes Blockheizkraftwerk an den Standort einer bestehenden Biogasanlage versetzt wird. Der Unterschied liegt darin, dass das Blockheizkraftwerk in diesem Fall – zumindest bis zum Zeitpunkt der Versetzung – eine eigene Höchstbemessungsleistung aufweist.<sup>68</sup>

Es spricht viel dafür, dass derartige Fallkonstellationen letztlich mit der Verschmelzung zweier Anlagen zu vergleichen sind und dass Anlagenverschmelzungen spiegelbildlich zu einer Anlagenaufteilung zu bewerten sind. Eine Verschmelzung im engeren Sinne wäre beispielsweise gegeben, wenn sich zwei Biogasanlagen

an demselben Standort befinden und nach dem 31. Juli 2014 mittels Substrat- und Rohbiogasleitungen zu einer Anlage verbunden werden. In einem solchen Fall erfordert der Bestands- und Vertrauensschutz, dass auch mit der nunmehr als eine Gesamtheit betriebenen Anlage die gleiche förderfähige Strommenge erzeugt werden kann wie mit den beiden Einzelanlagen. Für die Erweiterung einer bestehenden Biogasanlage um ein gebrauchtes Biogas-Blockheizkraftwerk kann insoweit nichts anderes gelten. Sofern das Biogas-Blockheizkraftwerk zuvor keine eigenständige Anlage, sondern – gemeinsam mit weiteren Blockheizkraftwerk – Bestandteil einer weiter existierenden Biogasanlage war, muss sich die Höchstbemessungsleistung dieser ihres Blockheizkraftwerk verlustig gegangenen Biogasanlage entsprechend reduzieren.<sup>69</sup>

## F Versetzung von Anlagen aus dem Ausland in den Geltungsbereich des EEG

Gemäß § 5 Absatz 1 EEG 2017 (und den entsprechenden Vorgängerregelungen) bezieht sich der Geltungsbereich des EEG grundsätzlich auf Strom aus Anlagen im Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Bei Anlagen, die sich nur teilweise im Geltungsbereich des EEG befinden, erfolgt nach der Regierungsbegründung zum EEG 2009 eine anteilige finanzielle Förderung nur des Stromanteils, der sich aus völkerrechtlichen oder auf Staatsverträgen beruhenden Konzessionen oder Bewilligungen ergibt, also des dem Geltungsbereich des EEG zurechenbaren Anteils<sup>70</sup>. Insoweit dürften demnach grundsätzlich auch solche Anlagen unter den Anlagenbegriff des EEG fallen, die sich nur teilweise im Geltungsbereich befinden<sup>71</sup>. Dies wird insbesondere bei sogenannten Grenzwasserkraftwerken, bei denen nur ein Teil auf deutschem Hoheitsgebiet liegt, der Fall sein.

Die Regelung in § 5 EEG 2017 stellt damit jedenfalls klar, dass die Auszahlung einer Förderung für Strom aus im Ausland installierten Anlagen nicht in Betracht kommt. Sie sagt jedoch nicht aus, dass nur solche Anlagen förderfähig sind, die in Deutschland in Betrieb genommen wurden oder eine Inbetriebnahme im Ausland nach dem EEG nicht als solche anzuerkennen ist. Ob und wann eine Anlage „wirksam“ in Betrieb genommen wurde, richtet sich vielmehr – allein – nach den diesbezüglichen Vorschriften im EEG, also § 3 Nummer 30 EEG 2017 (bzw. den Vorgängervorschriften in § 5 Nummer 21 EEG 2014 bzw. § 3 Nummer 5 EEG 2012/2009). Die Regelung enthält keinerlei örtlichen Bezug oder eine territoriale Beschränkung. Eine Inbetriebnahme im Sinne des EEG setzt also schon dem Wortlaut nach nicht voraus, dass die jeweilige Inbetriebsetzung in Deutschland erfolgt. Auch eine Inbetriebnahme im Ausland kann daher – je nach Einzelfall – grundsätzlich eine wirksame Inbetriebnahme im Sinne des EEG darstellen.

Diese Ansicht vertritt auch die Clearingstelle EEG.<sup>72</sup> Werden gebrauchte Anlagen in den „Geltungsbereich des Gesetzes importiert“, so gelten auch für diese die Begriffsbestimmungen des EEG hinsichtlich der Inbetriebnahme. Zwar kann der Anschluss von Anlagen und die Vergütung des darin erzeugten Stroms erst geltend gemacht werden, wenn sich die Anlagen im Geltungsbereich des Gesetzes befinden. Hieraus folgt aber noch nicht, dass eine importierte Anlage rechtlich gesehen erst existiert und im Sinne des EEG in Betrieb genommen werden kann, wenn sie sich im räumlichen Geltungsbereich des EEG befindet.

66. Vgl. etwa nur *Loibl* in: *Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter*, Biogasanlagen im EEG 2009, 3. Aufl. 2013, S. 37 ff.; *Weißborn*, REE 2013, 155 ff.

67. Vgl. § 8 Absatz 5 EEG 2004.

68. *von Bredow/Hennig*, in: *Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus*, EEG, 5. Auflage 2017, § 101 Rn. 26 ff.

69. *von Bredow/Hennig*, in: *Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus*, EEG, 5. Auflage 2017, § 101 Rn. 26.

70. BT-Drs. 16/8148, S. 38.

71. Vgl. hierzu auch *Salje*, EEG, 8. Auflage 2017, § 5 Rn. 5 ff.

72. Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung 2012/19, Rn. 95.