

Stiftung

bbh

BECKER BÜTTNER HELD

Umweltenergierecht



Diskussionspapier: Konzeptionelle Überlegungen zum Anlagenbegriff des EEG

von

Dr. Hartmut Kahl (Stiftung Umweltenergierecht)

Dr. Wieland Lehnert und *Dr. Martin Altmann* (Becker Büttner Held)

Dr. Stephan Sina (Ecologic Insitut)

im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
im Rahmen des Vorhabens „Übergreifendes Energierecht (Strom)“

(Stand: Februar 2018)

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail kahl@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Funktionen und Prämissen des Anlagenbegriffs im EEG	1
C. Vorschlag eines neukonzeptionierten Anlagenbegriffs und sonstiger Regelungsbedarf..	3
I. Solaranlagen	5
1. Anlagenkontur	5
2. Sonstiger Regelungsbedarf	6
a) Verklammerung für Vergütung	6
b) Verklammerung in sonstigen Situationen	7
aa) Technische Vorgaben	7
bb) Direktvermarktung	8
cc) Ausschreibungspflicht	9
c) Inbetriebnahme	9
d) Modultausch	10
e) Versetzung	10
f) Erweiterung	11
II. Windenergieanlagen	12
1. Anlagenkontur	12
2. Weiterer Regelungsbedarf	13
a) Verklammerung	13
b) Versetzung	14
c) Austausch von Teilen	14
III. Biomasseanlagen	14
1. Anlagenkontur	14
2. Weiterer Regelungsbedarf	16
a) Austausch des BHKW	16
b) Stilllegung	16
c) „Klonen“	17
d) Versetzung	18
e) Ersetzung und Austausch von Anlagenteilen	19
f) Untergang	20

IV. Wasserkraftanlagen.....	21
V. Speicher.....	22

A. Einleitung

Als einen von mehreren zu untersuchenden Regelungsbereichen im Rahmen des Vorhabens „Übergreifendes Energierecht (Strom)“ wurde die Definition des Begriffs der Anlage und die damit in Zusammenhang stehenden Konzepte räumlicher Nähe identifiziert. Der Anlagenbegriff des EEG stellt dabei wegen

- seiner empirischen und wirtschaftlichen Bedeutung,
- seiner augenfälligen Anwendungsprobleme und Streit anfälligkeit sowie
- der vielgestaltigen Anwendungskonstellationen und daran anknüpfenden Rechtsfolgen

methodisch den Ausgangspunkt der Untersuchung dar. Vorgeschlagen wird eine strukturelle Neukonzeption des Anlagenbegriffs des EEG, an den sich dann die benachbarten Regelungserfordernisse und -komplexe anschließen lassen.

B. Funktionen und Prämissen des Anlagenbegriffs im EEG

Entscheidend für den Zuschnitt des Anlagenbegriffs sind die Funktionen, die dieser zu erfüllen hat. Neben den Funktionen gibt es außerdem noch weitere Eigenschaften, die der Anlagenbegriff möglichst gut abbilden muss. Auch diese sollen im Folgenden genannt werden.

Der Anlagenbegriff des EEG ist Anknüpfungspunkt für verschiedenste Rechtsfolgen. Vor diesem Hintergrund werden die Funktionen des Anlagenbegriffs wie folgt definiert:

- Zunächst konturiert der Anlagenbegriff die Quelle des vom EEG geförderten Wirtschaftsgutes, nämlich „den in diesen *Anlagen* erzeugten Strom“¹ und stellt damit ein konstitutives Element für den Zahlungsanspruch als Hauptinstrument des Gesetzes dar.
- Ferner ist der Anlagenbegriff der technisch-konzeptionelle Anknüpfungspunkt für den ganzen Katalog an Betreiberpflichten sowohl auf Seiten der Anlagenbetreiber als auch auf der der Netzbetreiber.²
- Weiterhin wird der Anlagenbegriff überall dort relevant, wo das EEG auf Leistungsgrenzen abstellt und es darum geht, einen Umgehungsschutz zu etablieren, der möglichst sicherstellt, dass die jeweilige Rechtsfolge etwa durch ein missbräuchliches Anlagensplitting nicht umgangen wird.
- Schließlich ist der Anlagenbegriff Anknüpfungspunkt für den Inbetriebnahmebegriff, der seinerseits eine zentrale Rolle für die Ansprüche aus dem EEG spielt, insbesondere we-

¹ § 19 Abs. 1 EEG 2017; Hervorhebung der Autoren.

² Siehe etwa nur pars pro toto § 8 Abs. 1 EEG 2017: „Netzbetreiber müssen *Anlagen* zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien und Grubengas unverzüglich vorrangig [...] an ihr Netz anschließen [...]“; Hervorhebung der Autoren.

gen der Degression/Vergütungshöhe und der Anwendbarkeit der jeweiligen Gesetzesfassung des EEG.

Nicht zuletzt aus diesen Funktionen des Anlagenbegriffs leiten sich Eigenschaften ab, denen der Anlagenbegriff optimaler Weise genügen muss bzw. bei denen sich der Gesetzgeber fragen muss, wie wichtig diese ihm jeweils in ihrer Gewichtung sind.

Zunächst ist hier die **Anwenderfreundlichkeit** zu nennen. Stellt man diese durch eine möglichst lebensecht-plastische Abbildung tatsächlich vorhandener Anlagenkonzepte sicher, können die Rechtsanwender mit hoher Wahrscheinlichkeit und ohne großen Auslegungsaufwand den Inhalt des Anlagenbegriffs erkennen. Allerdings wird diese Form des **abstrakten Einfangens gelebter Anlagenkonzepte** nur über beschreibende Kriterien möglich sein, die notwendigerweise Interpretationsspielraum und ggf. Wertungen bei der Konturierung der konkreten Anlagen-grenze nach sich ziehen. Dies geht dann auf Kosten der **Trennschärfe des Anlagenbegriffs**, die aber gerade konstitutiv für das gesamte Förderkonzept des EEG ist, da nur Strom aus einer EEG-Anlage förderfähig ist und in Kauf genommene „Graubereiche“ in der Anwendung von möglichen (kumulativ anzuwendenden) „Einfang“-Kriterien hier eine besonders empfindliche Konsequenz hätten. Aus diesem Grund empfehlen wir eher eine trennscharfe Definition, die eine rechtssichere Abgrenzung erlaubt. Andererseits erscheint es etwa im Zusammenhang mit Melde- und Registrierungspflichten auch denkbar, einen abweichenden und ggf. weniger trennscharfen Anlagenbegriff zu verwenden, da hier lediglich sichergestellt werden muss, dass die gesamte Anlagenleistung registriert wird.

Außerdem ist zu überlegen, wieviel **materielle Regelung** bzw. Funktionalität im Anlagenbegriff schon enthalten sein muss oder soll. Beispielsweise erfolgt in der Definition der Freiflächenanlagen nach § 3 Nr. 22 EEG 2017 mit der Negativabgrenzung zu sog. Aufdachanlagen schon ein Umgehungsschutz für PV-bedingte Versiegelungen, der theoretisch auch in einer eigenen Missbrauchsklausel geregelt werden könnte. Zu klären ist also immer die Frage, ob die Definition als **bloßer Tatbestandsbaustein** rein deskriptiv-abstrakt bleiben oder auch schon einen materiellen und damit eher rechtsfolgenseitigen Inhalt haben soll. Wir empfehlen eine Begriffsbestimmung, die einen Tatbestand definiert, während materielle Regelungen eher in den speziellen Normen getroffen werden sollten.

Nicht zuletzt muss der Anlagenbegriff eine gute **Anschlussfähigkeit an verwandte Begriffe**, Regelungsbereiche sowie andere Gesetze haben, um eine rein juristische Isolation sich energie-wirtschaftlich einheitlich darstellender Sachverhalte möglichst zu vermeiden.³ Seine Grenze

³ Vgl. etwa „Stromerzeugungsanlage“ in § 61 EEG 2017 (siehe dazu jüngst BNetzA, Leitfaden zur Eigenversorgung, Juli 2016, S. 20: „Als ‚Stromerzeugungsanlage‘ im Sinne von § 5 Nr. 12 und § 61 EEG ist die Einrichtung anzusehen, in der elektrische Energie unabhängig vom eingesetzten Energieträger direkt erzeugt wird. Eine Anlagenzusammenfassung oder Anlagenverklammerung, wie sie unter bestimmten Bedingungen beim EE-Anlagenbegriff nach § 5 Nr. 1 EEG erfolgt, ist für den Begriff der Stromerzeugungsanlage nicht vorgesehen. Im Kern ist daher der einzelne Generator als bestimmendes Element einer Stromerzeugungsanlage anzusehen. Im Bereich der solaren Strahlungsenergie ist das einzelne, den Strom erzeugende Photovoltaik-Modul [...] jeweils eine Stromerzeugungsanlage.“), „KWK-Anlage“ in § 3 Nr. 32 EEG 2017 und § 2 Nr. 14 KWKG, die „Anlagen zur Erzeugung elektrischer Energie“ und „Erzeugungsanlagen“ in § 12 Abs. 3a und 4 EnWG sowie „Anlagen“ in § 9 Abs. 1 StromStG.

findet dieses Anliegen notwendigerweise in den ggf. **unterschiedlichen Zielrichtungen der jeweiligen Regelung**. Daher ist die Möglichkeit der Übernahme von Konzepten aus anderen Regelungszusammenhängen oder Fachgesetzen mit jeweils anderer Stoßrichtung – etwa der Gefahren- und Immissionsabwehr im BImSchG einerseits und der Förderung bestimmter Erzeugungstechnologien im EEG andererseits – oder der Vereinheitlichung mit solchen begrenzt. Zudem besteht dann immer die Gefahr, Auslegungsschwierigkeiten zu importieren, ohne das für die spezifische Anwenderfreundlichkeit oder Rechtsfolge etwas gewonnen wäre.⁴ Gleichwohl ist es wünschenswert, wenn der Anlagenbegriff des EEG mit den Anlagenbegriffen anderer energierechtlicher Gesetze, insbesondere des EnWG, des KWKG und des StromStG eine möglichst hohe Kompatibilität aufweist. Allerdings kann das Ziel der Vereinheitlichung dann zurück stehen, wenn dadurch die Rechtssicherheit und Praktikabilität der Regelungen deutlich schlechter gewährleistet werden kann.

Ergänzend zu einer Neukonzeptionierung des Anlagenbegriffs bedarf es weiterhin Regelungen zu nachträglichen Änderungen etwa beim Austausch oder der Erweiterung von Anlagen, Leistungsänderung, Inbetriebnahme oder Standortwechsel. Allerdings wurzeln diese nicht per se im Anlagenbegriff, sondern vielmehr in der technologiespezifischen Vielgestaltigkeit und anderen Parametern der Förderarchitektur des EEG, wie etwa der Bedeutung der Inbetriebnahme oder der Flächenkulisse. Auch hier ist eine energieträger- bzw. technologiescharfe Adressierung auf Rechtsfolgenseite empfehlenswerter als ein möglichst allgemeingültiger oder lebensnaher Anlagenbegriff, der die Folgefragen für die Rechtsanwendung offen lässt oder übergeht.⁵

C. Vorschlag eines neukonzeptionierten Anlagenbegriffs und sonstiger Regelungsbedarf

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, einen Vorschlag für das Grobkonzept eines neusortierten Anlagenbegriffs zu unterbreiten, der die oben genannten Anforderungen berücksichtigt und offen für deren Implementierung ist. Der Begriff soll allerdings keine Brüche zur bisherigen Rechtsanwendungspraxis mit sich bringen, sondern die bisherige Praxis aufnehmen und lediglich durch eine eindeutigere Definition größere Rechtssicherheit und Anwenderfreundlichkeit mit sich bringen. Gleichwohl soll der neue Anlagenbegriff grundsätzlich nur für Neuanlagen gelten, um mögliche Änderungen des Anlagenbegriffs auf bestehende Konzepte auszuschließen.

Der bisherige Anlagenbegriff des EEG ist von dem Ansatz gekennzeichnet, trotz der Vielgestaltigkeit der auftretenden Technologien und Anlagenkonzepte einen allgemein-abstrakten Begriff zu definieren, der dann je nach technologiespezifischer Anforderung und gesetzgeberischem

⁴ Siehe etwa die Auslegung des Begriffs der „Windfarm“ in Ziff. 1.6 der Anlage 1 zum UVPG.

⁵ Vergleiche BGH, Urt. v. 04.11.2015, Az. VIII ZR 244/41 mit Anm. Assion/Koukakis in EnWZ 2016, 208, 210: „Die Anwendung des vom BGH postulierten weiten Anlagenbegriffs führt [...] zu Wertungswidersprüchen und systematischen Brüchen [...]“.

Gestaltungswillen ergänzt oder modifiziert wird.⁶ Dieser Ansatz hat sich im Ganzen durchaus bewährt, hat punktuell aber auch zu starken Auslegungsschwierigkeiten geführt und sich als streitanfällig erwiesen – insbesondere bei Biomasseanlagen durch das Abstellen auf einen „weiten Anlagenbegriff“ und bei Solaranlagen durch das Abstellen auf einen „engen Anlagenbegriff“.⁷

Vorgeschlagen wird hier daher eine energieträgerspezifische Definition von mehreren Anlagenbegriffen, die erst gesammelt in einem Katalog zu einem allgemeinen Anlagenbegriff verbunden werden. Die bisherige Logik des Gesetzes würde damit von einer Herangehensweise vom Allgemeinen zum Speziellen zur Annäherung an die Begrifflichkeiten vom Speziellen zum Allgemeinen umgekehrt. Durch diese Herangehensweise kann den Besonderheiten der jeweiligen Energieträger Rechnung getragen und die Verständlichkeit erhöht werden, ohne dass man die abstrakten Kriterien eines allgemeinen Anlagenbegriffs überdehnen oder stark modifizieren müsste, um auf der materiellen Seite des Normprogramms zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen.

Der energieträgerspezifische Ansatz hat den Vorteil, dass man von den abstrakten Kriterien eines allgemeinen Anlagenbegriffs („weit“, „eng“, „zur Stromerzeugung erforderlich“) technologiespezifisch nicht doch wieder abweichen muss, um energieträgerscharf das gewünschte Ergebnis auf der Rechtsfolgenseite zu erzielen.⁸ Zudem gibt es Ansätze für energieträgerspezifische Anlagenbegriffe – wenn auch noch nicht immer in der nötigen Konturenschärfe – bereits im geltenden Recht, etwa die Windenergieanlage an Land in § 3 Nr. 48 EEG 2017, die Freiflächenanlage in § 3 Nr. 22 EEG 2017 oder die Biomasseanlage in § 3 Nr. 12 EEG 2017.

An den allgemeinen „Sammel-Anlagenbegriff“ können dann all diejenigen Regelungen des EEG anknüpfen, die für alle Technologien gleichermaßen gelten sollen. Die allgemeine Definition des Anlagenbegriffs könnte derart formuliert sein, dass sie – auch bestehende Terminologien aufgreifend – integrierend alle energieträgerspezifischen Anlagenbegriffe in einem Katalog aufzählt:

„Anlage im Sinne dieses Gesetzes ist jede

- Windenergieanlage an Land
- Windenergieanlage auf See,
- Solaranlage,
- Biomasseanlage,
- Wasserkraftanlage,
- [...].“

⁶ Siehe etwa „Modul“ in § 3 Nr. 1 EEG 2017, „Generator“ in § 3 Nr. 27 EEG 2017 oder die diversen Verklammerungsregeln in § 24 EEG 2017.

⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2013, Az. ZR VIII 262/12 sowie BGH, Urt. v. 04.11.2015, Az. VIII ZR 244/14 und zum Komplex der Rückabwicklung infolge der Judikatur Lamy/Altrock, Rückforderung von EEG-Förderung nach § 57 Abs. 5 EEG am Beispiel der „Satelliten-BHKW“-Problematik, ZUR 2016, 73 ff.

⁸ Beispielhaft sei hier im status quo auf die Einschränkung in § 3 Nr. 1 EEG 2017 verwiesen, wonach „im Fall von Solaranlagen jedes Modul eine eigenständige Anlage ist“.

Von sekundärer und eher normästhetischer Bedeutung ist die Frage, ob die energieträgerspezifischen Anlagenbegriffe gleich mit vor Ort in dem Katalog selbst definiert werden oder nach ihrer alphabetischen Reihenfolge als eigener Eintrag zwischen den sonstigen Begriffsdefinitionen.

Als erste Annäherung an den konkreten inhaltlichen Zuschnitt der energieträgerspezifischen Anlagenbegriffe bieten sich für die vier wichtigsten Energieträger sowie Speicher jeweils die nachfolgend dargestellten Kriterien an. Der weitere Regelungsbedarf im Umfeld des Anlagenbegriffs wird zur besseren Einordnung ebenfalls bei den jeweiligen Energieträgern dargestellt.

I. Solaranlagen

1. Anlagenkontur

In Anlehnung an die bestehende Formulierung in § 3 Nr. 1 EEG 2017 sollte bei Solaranlagen weiterhin vom Modul als einzelner Anlage ausgegangen werden. Die Beibehaltung dieses „engen“ Anlagenbegriffs bietet hier die bestmögliche Trennschärfe, insbesondere, wenn man sich mögliche Verklammerungskriterien für die in der Realität gelebten Gesamtanlagenkonzepte samt ihrer Auslegungsspielräume vor Augen hält. Dass diese modulscharfe Betrachtung für Laien zunächst lebensfremd erscheinen mag, ist insoweit hinzunehmen.

Dabei ist es nicht zwingend erforderlich, den Begriff „Modul“ seinerseits zu definieren, da dieser technisch hinreichend konturiert und in der Praxis eingeführt ist. Sicher kann es sich gleichwohl anbieten, in die Gesetzesbegründung eine Beschreibung des „Moduls“ aufzunehmen, etwa mit Bezugnahme auf eine in einen Rahmen montierte technisch selbstständige Einheit parallel geschalteter Solarzellen mit Glasabdeckung. Um die technische Vielgestaltigkeit und die Entwicklungsoffenheit für neuere Anwendungen zu adressieren, könnten dort beispielhaft auch weniger übliche Modulformen genannt werden, wie etwa Folien-Rückseiten-Module, semi-flexible Module zwischen transparenten Kunststoffplatten, laminierte Glas-Glas-Module, Glas-Glas-Module in Gießharztechnik, Glas-Glas-Module in Verbundsicherheitsfolien-Technologie oder Dünnschicht-Module hinter Glas oder als flexible Beschichtung (wie etwa auf Kupferband).

Mit Blick auf Nicht-PV-Solaranlagen und die Entwicklungsoffenheit von technischen Anwendungen ohne offensichtlichen Modulbezug ist darauf zu achten, inwiefern der Begriff „Modul“ an seine Grenzen stößt bzw. überstrapaziert würde. Daher empfiehlt es sich, in der Legaldefinition die Bezugnahme des Anlagenbegriffs auf das „Modul“ durch eine offene Formulierung nur auf Photovoltaik-Anwendungen zu erstrecken; etwa wie folgt: „[...] wobei im Fall von Solaranlagen, die auf Photovoltaikanwendungen basieren, jedes Modul eine eigenständige Anlage ist; [...].“

2. Sonstiger Regelungsbedarf

a) Verklammerung für Vergütung

Eine **Verklammerungsregelung** wie § 24 Abs. 1 EEG 2017 mit spezifischen Kriterien der fiktiven Anlagenzusammenfassung zur Vorbeugung eines rechtsmissbräuchlichen Anlagensplittings – etwa durch die Umgehung von Leistungsschwellen – ist gerade bei der PV wegen des kleinteiligen, auf das einzelne Modul abstellenden Anlagenbegriffs unerlässlich. Ziel der Verklammerungsregelung sollte dabei eine möglichst klare Regelung sein, die die zahlreichen Auslegungsschwierigkeiten, die sich in der gegenwärtigen Praxis ergeben, weitgehend beseitigt.⁹

Dabei erscheint der Bezug auf das Grundstück und auf das Gebäude grundsätzlich geeignet. Zwar bringt auch der Begriff des Grundstücks gewisse Auslegungsschwierigkeiten mit sich.¹⁰ Allerdings ist der Begriff des Grundstücks in der Rechtsordnung etabliert, und Sondergestaltungen können durch Missbrauchsklauseln (siehe unten) aufgefangen werden.

Außerdem wird für PV-Aufdachanlagen auf freistehenden Gebäuden, die sich auf unterschiedlichen Grundstücken befinden, eine generelle Ausnahme von der Verklammerung empfohlen, wie dies auch die Clearingstelle EEG bereits zur jetzigen Rechtslage weitgehend annimmt.¹¹

Dagegen sollte die Aufnahme unbestimmter Rechtsbegriffe, wie etwa das Betriebsgelände, möglichst vermieden werden. Denn derartige Begriffe schaffen in der Praxis Auslegungsschwierigkeiten, die erst durch eine langwierige Entscheidungspraxis der Clearingstelle¹² und der Gerichte beseitigt werden können.

Außerdem wäre zu überlegen, ergänzend die „wirtschaftliche Einheit“ eines Projektes ausdrücklich mit aufzunehmen; dann müsste diese nicht über die „sonstige unmittelbare räumliche Nähe“ hergeleitet werden. Außerdem empfiehlt es sich, auch den Sinn und Zweck der Regelung, nämlich die Verhinderung von Umgehungen durch ein Anlagensplitting, ausdrücklich in den Gesetzestext mit aufzunehmen. Dieses Kriterium kann dann ergänzend bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale zur Verklammerung mit berücksichtigt werden. Im Ergebnis wird es hier ohnehin (immer) Abwägungsentscheidungen anhand von Indizien geben.¹³ Diese Indizien vermögen in ihrer Zusammenschau zwar keinen klar konturierten Anlagenbegriff zu beschreiben, liefern aber im Einzelfall eine hinreichend sichere Bewertung, ob es sich um rechtsmissbräuchlich optimierte Anlagenkonzepte handelt.

⁹ Siehe dazu die mittlerweile ca. 40 Entscheidungen der Clearingstelle zu Einzelfällen.

¹⁰ So insbesondere die Aussage der Clearingstelle EEG auf dem Workshop vom 21.11.2017.

¹¹ Siehe dazu grundlegend Clearingstelle EEG, Votum 2011/19 vom 30.11.2011, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2011/19.

¹² Siehe dazu das eingeleitete Empfehlungsverfahren der Clearingstelle EEG 2017/11, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2017/11.

¹³ Vgl. grundlegend Clearingstelle EEG, Empfehlung 2008/49 vom 14.04.2009, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/EmpfV/2008/49 und das Votum 2011/19 vom 30.11.2011 sowie zahlreiche weitere im Anschluss daran ergangene mittlerweile ca. 40 Entscheidungen zu Einzelfällen.

Ein vollständiges Entfallen des Auffangkriteriums der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ bei Einführung einer Ausnahme von der Verklammerung für freistehende Gebäude auf unterschiedlichen Grundstücken erscheint fraglich, da es auch im Übrigen noch Konstellationen gibt, in denen das Kriterium gebraucht wird, etwa bei PV-Installationen auf einer Vielzahl benachbarter sog. Handtuch-Grundstücke.¹⁴ Alternativ könnte man überlegen, die Verklammerung auf Anlagen auf unmittelbar oder mittelbar aneinander angrenzende Grundstücken zu beschränken und zu regeln, dass bei der missbräuchlichen Schaffung der Voraussetzungen, die eine Verklammerung ausschließen (etwa durch Teilung von Grundstücken), ebenfalls eine Verklammerung angenommen wird.

b) Verklammerung in sonstigen Situationen

Jedenfalls diskussionswürdig ist, inwieweit die allgemeinen Verklammerungskriterien jenseits des Anlagensplittings zur Vergütungsoptimierung auch geeignet sind, auf Leistungsschwellen anderer Regelungszusammenhänge angewendet zu werden. Wenn es perspektivisch je nach der spezifischen Rechtsfolge mehrere unterschiedliche Verklammerungsregime geben würde, wäre dies zwar ein Zuwachs an Komplexität, dürfte aber sicherstellen, dass die jeweils passgenaue Verklammerung nach den jeweils sachnächsten Kriterien zur Anwendung kommt. Auch umginge man dann das Problem, Auslegungsunschärfen oder sachferne Teloserwägungen in andere Regelungskomplexe zu importieren.

aa) Technische Vorgaben

Zunächst stellt sich die Frage in Bezug auf die Leistungsgrenze für die technischen Vorgaben nach § 9 Abs. 1 und 2 EEG 2017. § 9 Abs. 3 EEG 2017 ordnet hier an, dass mehrere Solaranlagen insoweit als eine Anlage gelten, wenn sie sich auf demselben Grundstück oder Gebäude befinden und innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Monaten in Betrieb genommen worden sind.

Mit Blick auf den faktischen Hintergrund der Regelung, also die Verhinderung einer Netzüberlastung, wäre es nicht fernliegend, hier eher auf den Netzverknüpfungspunkt der Anlage abzustellen, der ohnehin häufig der Hausanschluss sein dürfte.¹⁵ Denn für die Wirkung der Einspeisung auf das Netz dürfte das Datum der Inbetriebnahme der Anlage keine Rolle spielen. Dabei

¹⁴ In einem neuen Empfehlungsverfahren wirft die Clearingstelle die Frage auf, „[i]nwieweit [...] die Besonderheiten der einzelnen Energieträger bei der Anwendung von § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG2017 zu berücksichtigen“ sind, vgl. Clearingstelle EEG, Eröffnungsbeschluss für das Empfehlungsverfahren 2017/11 vom 21.06.2017, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/files/Eroeffnungsbeschluss_2017_11.pdf, Frage 5). Ohne dem Ergebnis vorausgreifen zu wollen, kann es in der Tat auch angezeigt sein, gesetzgeberisch jeweils konsequent eigene energieträgerspezifische Verklammerungsregime zu schaffen, wie dies bereits mit § 24 Abs. 1 S. 2 und 3 sowie Abs. 2 EEG 2017 im Ansatz geschehen ist.

¹⁵ Schon § 66 Abs. 18 EEG 2012 stellte bei PV-Anlagen – allerdings für andere Zwecke – auf „ein schriftliches oder elektronisches Netzanschlussbegehren unter Angabe des genauen Standorts und der zu installierenden Leistung der Anlage“ ab. Dieses könnte auch hier als Anknüpfungspunkt dienen, will man vermeiden, dass zur Umgehung der Anforderungen von § 9 EEG 2017 extra mehrere Netzanschlüsse installiert werden.

könnte auch weiterhin auf die Modulleistung abgestellt werden, die „hinter“ dem Netzanschluss liegt. Das heißt, es gäbe regelungstechnisch keine zwingende Notwendigkeit, mit einem Abstellen auf den Netzverknüpfungspunkt gerade die Wechselrichterausgangsleistung betrachten zu müssen.¹⁶ Das Abstellen auf den Netzverknüpfungspunkt bietet zwar ein gewisses Missbrauchspotential, da für Anlagen mehrere Netzverknüpfungspunkte geschaffen werden könnten. Angesichts der dafür entstehenden Kosten und der andererseits überschaubaren Kosten für die technischen Einrichtungen dürfte ein solches Missbrauchspotential allerdings beschränkt sein.

Eine Regelung zur Erstattung der Kosten für technische Einrichtungen, die erst durch den Zubau eines anderen Anlagenbetreibers entstehen (§ 9 Abs. 3 S. 2 EEG 2017) könnte bei einem Abstellen auf den Netzverknüpfungspunkt entbehrlich sein, auch wenn es wenige Einzelfälle geben mag, in denen sich zwei Anlagenbetreiber nicht nur Grundstück oder Gebäude, sondern auch denselben Netzverknüpfungspunkt teilen.

bb) Direktvermarktung

Auch mit Blick auf die 100-kW-Schwelle für die verpflichtende Direktvermarktung stellt sich die Frage, ob das Zwölf-Monatskriterium aus § 24 Abs. 1 EEG 2017 geeignet ist, die gesetzgeberischen Ziele zu unterstützen.

In der Praxis ist es nicht unüblich, dass zur Umgehung der verpflichtenden Direktvermarktung im Abstand von zwölf Kalendermonaten jeweils einzelne 100-kW-Scheiben in Betrieb genommen werden.¹⁷ Der Anreiz, die Pflicht zur Direktvermarktung zu umgehen, führt hier dazu, dass Dachflächen (jedenfalls vorübergehend) mit von vornherein größeren Anlagen nicht voll ausgenutzt werden, obwohl dies unter Gesichtspunkten der Effizienz der Förderung und der Flächennutzung grundsätzlich wünschenswert wäre. Demgegenüber ist zu beachten, dass diese Flexibilität, mit sukzessiven Inbetriebnahmen die Direktvermarktungspflicht zu umgehen, ein entscheidendes Element dafür sein kann, dass diese Anlagen überhaupt realisiert werden.

Ob diese Flexibilität – auf Kosten der Effizienz der Förderung und der Flächennutzung – deshalb gerade erhalten werden soll, ist letztlich eine politisch zu entscheidende Frage, bei der auch eine Rolle spielen kann, ob die Leistungsgrenze für die verpflichtende Direktvermarktung ggf. anders justiert wird.

¹⁶ Bei einem Abstellen auf den Wechselrichterausgang müsste zuvor ohnehin geklärt werden, ob die vom Hersteller angegebene technisch maximal mögliche Ausgangsleistung überhaupt standardisiert und damit vergleichbar und aussagekräftig ist. Bei Modulen ist dies jedenfalls der Fall. Bessere Daten über die Frage, wie stark Modulleistung und Wechselrichterausgangsleistung voneinander abweichen, sind vom Marktstammdatenregister (MaStR) zu erwarten, welches beide Daten abfragt. Ohne diese Datenbasis und eine darauf gestützte Vorab-Folgenabschätzung in Bezug auf mögliche Änderungen dürfte es sich kaum empfehlen, eine Entscheidung zu treffen, wann auf welche Leistung abzustellen ist.

¹⁷ Auskunft des Spartenvorhabens Solarenergie im EEG-EB, Tel. H. Kahl mit T. Kelm, ZSW, am 12.01.2018.

cc) Ausschreibungspflicht

Im Hinblick auf die 750-kW-Grenze für die verpflichtende Teilnahme an Ausschreibungen stellt sich die Frage, ob der gegenwärtige Verweis auf die Regelungen zur Anlagenverklammerung zu praktikablen sachgerechten und Ergebnissen führt.¹⁸ Problematisch ist dabei, dass die Geltung der Verklammerung „für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator“ zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt. Denn diese führt dazu, dass bei sukzessive errichteten Anlagen die ersten 750 kW eine Förderung ohne Ausschreibung erhalten können und müssen und die darüber hinausgehende Leistung eine Förderung nur mit Ausschreibung nach dem EEG gefördert werden kann. Sofern der über 750 kW hinausgehende Leistungsanteil lediglich unter 750 kW beträgt (wenn die Gesamtanlage also unter 1,5 MW hat), darf dieser Leistungsanteil aber gar nicht an den Ausschreibungen teilnehmen, da die Mindestleistung für die Teilnahme an Ausschreibungen 750 kW beträgt. Dieses Ergebnis ist offensichtlich nicht sachgerecht und bedarf einer Korrektur. Diese könnte man darüber erreichen, dass man den Bezug auf den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator für die Anwendung der Ausschreibungsgrenze streicht.¹⁹

Sollte man diese Regelung nicht streichen wollen, weil man die Privilegierung für die ersten Anlagenabschnitte bei sukzessive errichteten Anlagen nicht antasten will, würde sich die Frage stellen, unter welchen Bedingungen man von einer gleichzeitigen Inbetriebnahme der PV-Module ausgehen kann, so dass alle Module als zuletzt in Betrieb genommen gelten und damit der Verklammerungsregelung unterfallen. Da die Frage der Gleichzeitigkeit bislang keine Rolle spielte, besteht hier keine Rechtsprechung und keine Spruchpraxis der Clearingstelle EEG. Eine Klarstellung könnte dann hier sinnvoll sein.

c) Inbetriebnahme

Für die Inbetriebnahme hat der Gesetzgeber in der allgemeinen Begriffsdefinition des § 3 Nr. 30 TS 2 EEG 2017 festgehalten, dass die für die Inbetriebnahme vorgeschriebene „Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft“ voraussetzt, „dass die Anlage fest an dem für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort und dauerhaft mit dem für die Erzeugung von Wechselstrom erforderlichen Zubehör installiert wurde“.

Diese Formulierung zielt wohl vorrangig auf Solaranlagen und könnte daher – um den allgemeinen Inbetriebnahmebegriff zu entschlacken – auch in diesem spezifischen Kontext geregelt werden: Vorstellbar wäre etwa, die dauerhafte Ortsfestigkeit und Wechselrichterausstattung in den Solaranlagenbegriff zu integrieren oder die Kriterien in einen eigenständigen Inbetriebnahmebegriff für Solaranlagen auszulagern. Allerdings wären derlei Änderungen eher normsystematischer Natur und brächten nach aller Voraussicht keinen Mehrgewinn an Rechtssicherheit oder -klarheit. Denn die Praxis hat erkennbar keine Probleme, die gerade aus dem Standort der

¹⁸ Zu den Fragestellungen und Problemen siehe Clearingstelle EEG, eingeleitetes Hinweisverfahren 2017/22, Eröffnungsbeschluss abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2017/22.

¹⁹ Siehe dazu auch den Vorschlag zur Bemessung der 3-MW-Grenze für negative Preise in § 51 EEG bei Windenergieanlagen, unten II.b.aa.

Regelung resultieren würden. Zudem hat die Regelung in gewissem Umfang auch Bedeutung für andere Anlagen, die relativ leicht versetzt werden können, insbesondere BHKW, so dass ein Bezug allein auf Solaranlagen neue Fragen aufwerfen würde.

d) Modultausch

Bei einem Modultausch infolge von Defekt, Beschädigung oder Diebstahl sieht § 38b Abs. 2 EEG 2017 vor, dass ausnahmsweise das Inbetriebnahmedatum der ersetzten alten Module auch für die ersetzenden Module gelten soll. In der Begründung des Regierungsentwurfs²⁰ zu dieser Regelung hieß es, dass es sich bei dem ersetzenden Modul „um ein neues Modul“ handeln müsse und die Vorschrift für „bereits andernorts in Betrieb genommene Module“ nicht anwendbar sei. In der Praxis gibt es allerdings Probleme, neue Module zu beschaffen, die sich in die bestehende Gesamtinstallation einfügen und demnach ein Bedürfnis, auch gebrauchte Module für den Tausch verwenden zu können.

Die Clearingstelle hat dementsprechend in ihrem Hinweis 2013/16²¹ festgehalten, dass sowohl neue als auch gebrauchte Module als ersetzende Module zum Einsatz kommen können. Gerade in Anbetracht des praktischen Erfordernisses, auch gebrauchte Module verwenden zu können, empfiehlt es sich, den Einsatz auch von nicht neuen Modulen rechtssicher zu verankern, sei es im Gesetzestext selbst oder in der Gesetzesbegründung. In diesem Zusammenhang sollte auch die Frage geklärt werden, ob ein Ersetzen mit Modulen möglich sein soll, deren 20jährige Förderdauer schon komplett abgelaufen ist.

Ein weiteres praxisrelevantes Problem beim Modultausch ist die Frage des Standorts. Da die Ersetzung am selben Standort erfolgen muss, stellt sich die Frage, was gilt, wenn der Träger der PV-Anlagen vollständig beseitigt wurde, etwa durch den Brand eines Hauses. Eine gesetzliche Klarstellung, ob und unter welchen Bedingungen hier die Neuerrichtung einer Anlage unter Mitnahme des Inbetriebnahmedatums der zerstörten Anlage möglich sein soll, erscheint wünschenswert.

e) Versetzung

Es ist in der Rechtspraxis allgemein anerkannt, dass die Versetzung von Modulen den Inbetriebnahmezeitpunkt unberührt lässt. Allerdings stellen sich im Zusammenhang mit der Versetzung verschiedene Fragen:

Zunächst ist fraglich, wie sich die Versetzung auf die vom Inbetriebnahmebegriff in § 3 Nr. 30 TS 2 EEG 2017 geforderte Dauerhaftigkeit der Installation auswirkt. Für die Annahme der Dauerhaftigkeit hat sich auf Grundlage der Ausführungen in der Gesetzesbegründung zumindest als

²⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 06.06.2011, S. 153, abrufbar unter www.clearingstelleeeg.de/eeg2012/urfassung/material.

²¹ Hinweis 2013/16 vom 21.05.2013, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2013/16.

Faustregel der Verbleib am Standort über ein Jahr etabliert.²² Ortsveränderungen danach dürfen in der Regel also nicht dazu führen, dass die rechtssichere Inbetriebnahme nachträglich wieder entfällt. Eine gerichtliche Klärung zur Dauerhaftigkeit steht allerdings noch aus.

Weiter stellt sich bei einer Versetzung die Frage, wie mit Konstellationen umzugehen ist, in denen sich vergütungsrelevant die „Unterlage“ der Module ändert. Die Clearingstelle EEG hat hierzu ausgeführt, dass das Versetzen von Modulen auf einen Standort mit einem anderen Vergütungstatbestand möglich ist,²³ dies aber voraussetzt, „dass die im Zeitpunkt des Versetzens geltende Fassung des EEG [...] einen entsprechenden Vergütungstatbestand noch vorsieht“.²⁴ Auch wenn der Umgang mit der Konstellation des Versetzens im Gesetz ausdrücklich nicht genannt wird, erscheint ein rechtsicherer Umgang insoweit sichergestellt. Rechtsunsicherheit kann allerdings aus einer Entscheidung des BGH zur Versetzung einer PV-Anlage unter dem EEG 2004 abgeleitet werden, wonach sich die Degression nach dem Zeitpunkt der Versetzung richten soll.²⁵ Dieses Ergebnis erscheint wenig sachgerecht und sollte daher ggf. klarstellend korrigiert werden.

f) Erweiterung

Bei der Erweiterung von PV-Installationen ist durch das Festhalten an der modulscharfen Betrachtungsweise sichergestellt, dass eine PV-Anlage (in der Diktion der nur zwischenzeitlich relevant gewordenen Rechtsprechung des BGH also ein „Solarkraftwerk“) nicht mehrere Inbetriebnahmedaten haben kann. Bei einer Erweiterung sind die neu zugebauten Module also jeweils neue Anlagen mit neuem Inbetriebnahmedatum. Dies gilt hingegen nicht, wenn die Erweiterung mit gebrauchten Modulen erfolgt, denn dann bringen diese ihr Inbetriebnahmedatum samt Restförderdauer mit. Im Ganzen können Erweiterungen von Solaranlagen durch das Abstellen auf das Modul als Anlage praktikabel und rechtssicher umgesetzt werden.

²² Vgl. BT-Drs. 17/8877, zu § 3.

²³ Siehe Hinweis 2013/16 vom 21.05.2013, S. 9: „Das ‚Versetzen‘ hat zur Folge, dass die Anlagen ihren ursprünglichen Inbetriebnahmezeitpunkt mitnehmen und deshalb nach den für diesen geltenden Vergütungssätzen und -zeiträumen vergütet werden und ein Vergütungsanspruch ausgeschlossen ist, wenn die Vergütungskategorie zwischenzeitlich entfallen ist.“

²⁴ Siehe Hinweis 2012/21 vom 31.01.2013, Leitsatz 4, abrufbar unter www.clearingstelle-eegekkg.de/hinwv/2012/21.

²⁵ BGH, Urteil vom 09.02.2011 – VIII ZR 35/10.

II. Windenergieanlagen

1. Anlagenkontur

In Bezug auf Windenergieanlagen ermöglicht das einzelne „Windrad“ bestehend aus Fundament, Turm, Gondel, Nabe und Flügelblättern eine gleichermaßen trennscharfe und lebensnahe Abgrenzung von Einzelanlagen.

Allerdings stellt sich die Frage, wie mit Trafo, Gleichrichter, Frequenzgeber und Schaltschränken umzugehen ist, die zwar nicht der Stromerzeugung im engeren Sinne dienen, sich aber oftmals gleich mit in der baulichen Hülle einer Windenergieanlage (Turm oder Gondel) befinden. Möglich wäre es, diese Komponenten im Sinne einer einfacheren Anwendbarkeit nicht ausdrücklich aus dem Umgriff der Anlage heraus zu definieren, sondern diese mit zu umfassen, sobald sie sich in Turm und Gondel der Windenergieanlage befinden. Befinden sich vergleichbare Komponenten hingegen außerhalb der baulichen Hülle, gehören diese nicht mehr zur Anlage, sondern werden als Infrastruktureinrichtung betrachtet.

Diese eher zufällige Zuordnung könnte allerdings an Grenzen stoßen und die Einheitlichkeit der Anwendung des Anlagenbegriffs für Windenergieanlagen gefährden. Da grundsätzlich auch Regelungstechnik zum Anlagenkonzept gehört²⁶ und auch mit über die Vergütung des erzeugten Stroms finanziert werden muss, könnte es daher naheliegen, bestimmte Bauteile in einer Positivliste zu benennen, die mit zur „Anlage“ gehören. Alternativ könnten diese bewusst herausdefiniert werden, egal, ob sie sich in der baulichen Hülle befinden oder nicht. Maßgeblich dafür dürfte sein, welche Rechtsfolgen sich perspektivisch daran knüpfen würden. Da eine Austauschregelung für einzelne Teile bei der Windenergie derzeit als nicht erforderlich angesehen wird (dazu sogleich), besteht hier auf absehbare Zeit auch kein Entscheidungsbedarf.

Eine Verankerung dieses Begriffsverständnisses für Windenergieanlagen in der Legaldefinition selbst ist wiederum nicht zwingend, wenn die eben ausgeführten Erwägungen als Orientierung und Auslegungshilfe in der Gesetzesbegründung dokumentiert werden. Dies beugt auch Erstarungseffekten vor und ermöglicht eine flexiblere Handhabung der Einordnung von Einzelfällen.

Grundsätzlich treffen diese Ausführungen auch für Windenergieanlagen auf See zu, obgleich hier die Terminologie, auf die man sich bezieht, teils eine andere sein mag und eine größere Vielfalt bei den Fundamenttypen anzutreffen ist, was insoweit aber unschädlich ist.

²⁶ Das BAfA verfolgt etwa im KWK-Segment den Ansatz, alles „oberhalb der Fundamentkante“ zu betrachten.

2. Weiterer Regelungsbedarf

a) Verklammerung

Die Verklammerung von Windenergieanlagen hat im EEG lange keine Rolle gespielt. Der Bedarf für Kriterien zur gemeinsamen Zuordnung mehrerer Anlagen entstand zuerst durch die technischen Anforderungen zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung und Abrufung der Ist-Einspeisung, die nunmehr – bei einer Verbindung „über denselben Verknüpfungspunkt“ – nicht mehr einzeln für jede Anlage erfüllt sein müssen, sondern im Sinne einer betriebs- und volkswirtschaftlichen Synergie auch gemeinsam für mehrere Anlagen vorgehalten werden können, vgl. § 9 Abs. 1 S. 2 EEG 2017. Diese Regelung ist sachgerecht, da schon im Tatbestand teilsbezogen (Netzicherheit: Wirkung am Netzverknüpfungspunkt) und entspricht den Erfordernissen der Praxis.

Relevant wurde die Zusammenfassung von mehreren Anlagen nachfolgend auch für die Bestimmung der Leistungsgrenze (< 3 MW) für die Anwendbarkeit der Förderaussetzung bei negativen Preisen, die Rn. 125 der Beihilfeleitlinien für den Energie- und Umweltbereich (UEBLL) vorgegeben hat. Hier hat der Gesetzgeber zuletzt in § 51 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2017 angeordnet, dass zur Bestimmung der Leistungsgrenze „§ 24 Absatz 1 entsprechend anzuwenden ist“. Eine Erstreckung der Rechtsfolge nur auf den in § 24 Abs. 1 EEG 2017 genannten „zuletzt in Betrieb gesetzten Generator“ ist damit – obwohl diskutabel²⁷ – ersichtlich nicht gemeint. Der Verweis auf § 24 Abs. 1 EEG 2017 „entsprechend“ will sich für die 3 MW-Grenze nur die Verklammerungskriterien ausborgen, nicht aber die Rechtsfolge des § 51 Abs. 1 EEG 2017 abändern.²⁸ Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus einer europarechtsfreundlichen Auslegung, wonach die von den UEBLL gesetzten Leistungsgrenzen nicht durch mitgliedstaatliche Verklammerungsregelungen unterlaufen werden sollten.

Entscheidend ist die Betrachtung des „zuletzt in Betrieb gesetzten Generators“ hingegen für die Anknüpfung der „zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonate“, deren Überschreiten eine Verklammerung ausschließt. Dieses beeinflussbare voluntative Element gibt den Anlagenbetreibern einen in Grenzen flexiblen Handlungsspielraum, die Anwendung des § 51 Abs. 1 EEG 2017 auszuschalten, wenn sie eine in entsprechenden Intervallen sukzessive Inbetriebnahme ihres Windparks dafür in Kauf nehmen. Dieser Handlungsspielraum kann durchaus dafür sprechen, die gegenwärtige Regelung beizubehalten. Eine Verklammerung über den gemeinsamen Netzverknüpfungspunkt, wie ihn Art. 42 Abs. 10 AGVO²⁹ vorsieht, wäre hier grundsätzlich auch denkbar und nicht fernliegend, bietet den Anlagenbetreibern aber ggf. weniger Flexibilität.

²⁷ Vgl. Kahles/Müller, Wegfall der EEG-Förderung bei negativen Preisen – § 24 EEG 2014, europarechtliche Hintergründe und Ausgestaltungsoptionen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 13 vom 08.06.2015, abrufbar unter <http://stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen/>, S. 22.

²⁸ Siehe dazu schon die Ausführungen zur Ausschreibungsgrenze von 750 kW bei Solaranlagen.

²⁹ Dort werden „Anlagen mit einem gemeinsamen Anschlusspunkt an das Stromnetz als eine Anlage betrachtet“.

Nicht zuletzt ist für die verpflichtende Teilnahme an den Ausschreibungen eine Leistungsgrenze von 750 kW vorgesehen, § 22 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2017. Da Einzelanlagen üblicherweise eine Leistung aufweisen, die über diesem Wert liegt, stellt sich die Frage einer sachgerechten Zusammenfassung hier insoweit nicht und kann damit außer Betracht bleiben.

b) Versetzung

Bei der Versetzung von Windenergieanlagen an andere Standorte während der Förderdauer stellt sich die Frage, wie die Restlaufzeit der Anfangsvergütung zu bestimmen ist, wenn der Referenzertrag des neuen Standorts nicht mit dem des alten übereinstimmt. Allerdings kommen derlei Konstellationen nur in ganz seltenen Ausnahmefällen vor,³⁰ sodass es dafür keiner gesonderten Regelung bedarf.

c) Austausch von Teilen

Auch für Windenergieanlagen gilt § 3 Nr. 30 letzter HS EEG 2017, wonach „der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile“ nicht zu einer Neuinbetriebnahme führt. Die Situation, dass es im Falle eines Ausfalls regelmäßig zum Austausch von Großkomponenten (bspw. Generator, Umrichter, Rotorblätter) kommt, ist also abgedeckt. Laut Spartenvorhaben Wind zum EEG-EB werden entsprechende Ersatzinvestitionen für den Austausch von Großkomponenten eingeplant,³¹ so dass es keinen Bedarf für eine gesetzliche Regelung gibt, die über die bestehende allgemeine in § 3 Nr. 30 letzter HS EEG 2017 hinausgeht. Allerdings ist ggf. eine klarstellende Regelung für Fälle notwendig, bei denen im Rahmen des Re-Powering einzelne Anlagenkomponenten einer alten Anlage, wie etwa das Fundament oder der Turm, genutzt werden, aber eine neue gleichwohl eine neu in Betrieb genommene Anlage vorliegen soll. Denn die Austauschregelung in § 3 Nr. 30 letzter HS EEG 2017 könnte hier ggf. zu unerwünschten Ergebnissen oder jedenfalls Rechtsunsicherheit führen.

III. Biomasseanlagen

1. Anlagenkontur

Bei Biomasseanlagen liegt es nahe, in Anlehnung an die Rechtsprechung weiter vom weiten Anlagenbegriff auszugehen. Zwar wäre es wünschenswert, perspektivisch eine stärkere Annäherung auch an den Anlagenbegriff des KWKG anzustreben, doch sind die dort anzutreffenden Konstellationen so spezifisch gelagert, dass eine dahingehende Angleichung hier zunächst nicht weiter verfolgt werden soll. So hat sich bei der KWK der enge Anlagenbegriff etabliert, der zu-

³⁰ E-Mail von A.-K. Wallasch, Deutsche Windguard, vom 25.01.2018 an H. Kahl.

³¹ E-Mail von A.-K. Wallasch, Deutsche Windguard, vom 15.01.2018 an H. Kahl.

dem in einer etablierten Auslegungspraxis des BAfA stark ausdifferenziert wurde und im Wesentlichen zu praktikablen Lösungen geführt hat.³² Die Überlegungen zu den Besonderheiten bei KWK-Anlagen lassen sich dabei nicht ohne Weiteres auf die Biomasseanlagen übertragen und sind Gegenstand eines gesonderten Papiers.

Der grundsätzlich beizubehaltende sog. weite Anlagenbegriff bei der Biomasseverstromung, der neben dem BHKW als stromerzeugendem Aggregat grundsätzlich auch den Fermenter zur Biogaserzeugung mit umfasst, sollte gleichwohl in Bezug auf bestimmte Konstellationen nachgeschärft werden, da er primär den Standort der Vor-Ort-Erzeugung von Rohbiogas und dessen Vor-Ort-Verstromung beschreibt. Für sog. Satellitenanlagen, bei denen Biogaserzeugung und Stromerzeugung räumlich auseinanderliegen, und Biomethan-Anlagen, die das Biogas rein bilanziell aus dem Erdgasnetz beziehen, empfehlen sich differenziertere Ansätze.

Nach der Rechtsprechung des BGH sind mehrere BHKW „in (unmittelbarer) räumlicher Nähe“, die sich einen Fermenter teilen, eine Anlage.³³ Diese Verklammerung über den gemeinsam genutzten Fermenter soll hingegen nicht gelten, wenn „selbständige Anlagen, die ‚bis zu mehrere Kilometer‘ auseinander liegen“ betroffen sind; diese seien dann „aufgrund ihrer räumlichen Entfernung als selbständige Anlagen zu werten“.³⁴ Die Clearingstelle hat im Anschluss an dieses BGH-Urteil einen Indizienkatalog aufgestellt, aus dem sich ableiten lässt, wann – trotz eines gemeinsamen Fermenters – von einer und wann von mehreren Anlagen auszugehen ist, indem sie auf die betriebstechnische und räumliche Abgrenzung abstellt. So spricht ein gemeinsames Betriebsgelände etwa für die Annahme nur einer Anlage, während das schadlose Hinwegdenken-Können des Vor-Ort-BHKW für eine Selbstständigkeit des Satelliten-BHKW spricht.³⁵

Diese für eine einzelfallspezifische Wertung offene Betrachtungsweise ist nicht zuletzt deshalb hilfreich, weil sie nicht wie BGH und Gesetzesbegründung allein auf die räumliche Distanz abstellt. Einer festen Entfernungsangabe, die ein Abstellen allein auf die räumliche Distanz konsequenterweise nach sich ziehen müsste, läge – wie allen eindeutigen Abschnittsgrenzen – etwas Willkürliches bei. Empfohlen wird daher, dass sich der Gesetzgeber den Indizienkatalog der Clearingstelle – und sei es nur über einen affirmativen Hinweis in der Gesetzesbegründung – zu Eigen macht. Alternativ könnte auch geprüft werden, ob man bei allen Biomasseanlagen außer Biomethan-BHKW unabhängig von der konkreten räumlichen Entfernung der Komponenten von einer Anlage ausgeht und die Mehrkosten für eine Verbindung, insbesondere für Gas- und/oder Wärmeleitungen, über eine gesonderte Förderung für Leitungsinfrastruktur abdeckt.

³² Siehe dazu im Einzelnen Zwischenstand: Konzeptionelle Überlegungen zum Anlagenbegriff, Version 2.0 vom August 2017.

³³ BGH, Urteil vom 23.10.2013 - VIII ZR 262/12, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2363, Leitsatz c).

³⁴ Ebd. Rn. 48 und 50 unter Verweis auf BT-Drucks. 16/8148, S. 38 und 15/2327, S. 21.

³⁵ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2012/19 vom 02.07.2014, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19, Leitsatz 4). Gegen eine allzu schematische Anwendung der Indizien iSe „Starren Definition“ bzw. das Ziehen von Umkehrschlüssen siehe Clearingstelle EEG, Votum 2017/44 vom 01.12.2017, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2017/44, S. 15.

Für Biomethananlagen, die ihr Biogas rein bilanziell aus dem Erdgasnetz beziehen, scheidet der Fermenter als anlagen- und standortbestimmendes Bauteil von vornherein aus. Hier besteht die Anlage faktisch nur aus dem BHKW. Daher empfiehlt sich hier – vergleichbar der Solaranlage, die aus dem einzelnen Modul besteht – eine eigene (kleinteiligere) Definition für Biomethananlagen, die allein das BHKW umfasst. Klarstellend – ggf. in der Gesetzesbegründung – sollte dabei geklärt werden, dass die gemeinsame Nutzung eines Gasanschlusses nicht zur Annahme einer einheitlichen Anlage führt.

2. Weiterer Regelungsbedarf

a) Austausch des BHKW

Beim Austausch des Aggregats ist speziell bei der Biomasse eine Sonderregelung angezeigt. Während der 20jährigen Förderdauer muss ein BHKW technisch zwingend mindestens einmal ausgetauscht werden, da es eine weitaus geringere Lebensdauer hat. Gerade bei Biomethan- und sog. Satellitenanlagen, deren Anlagenumfang sich nicht durch einen Fermenter bestimmt, führt dies in der Praxis zu Problemen: Anlagenbetreiber behelfen sich hier gegenwärtig so, dass sie vor dem Austausch des alten BHKW vor Ort ein zusätzliches Interim-BHKW installieren, um die Anlage als solche zu erhalten und deren Existenz (samt Inbetriebnahmedatum) durch die kurzzeitige Wegnahme des BHKW nicht zu gefährden. Nach dem Aufstellen des neuen BHKW wird das Interim-BHKW, das seinen Zweck erfüllt hat, wieder entfernt.

Ersichtlich geht es hier eher darum, einen Anlagenstandort als eine Anlage im technischen Sinne zu sichern, sodass der Anlagenbegriff hier insoweit (nur noch) eine rechtliche Hülle darstellt. Dennoch sollte im Rahmen der herkömmlichen Begrifflichkeit des EEG darauf reagiert werden. Vorstellbar ist etwa eine Sonderregelung, nach der es für die Existenz der Anlage (und damit auch das Inbetriebnahmedatum) unschädlich ist, wenn das BHKW im Rahmen eines Aggregataustauschs zeitweise nicht existent ist, wobei dann ein konkretes Zeitfenster festgelegt werden könnte, in dem der Austausch üblicherweise erfolgt. Alternativ könnte man auch erwägen, einen allgemeineren Wartungsbegriff einzuführen, unter den der BHKW-Tausch dann fallen würde. Dabei wäre es auch denkbar, an die Regelung zum Modultausch bei PV-Anlagen anzuknüpfen und unter bestimmten technischen Voraussetzungen einen Austausch des BHKW zuzulassen, der den Inbetriebnahmezeitpunkt der Anlage unberührt lässt. Jedenfalls wird empfohlen, dass sich der Gesetzgeber zu dieser Konstellation ausdrücklich äußert, da es sich um ein vorhersehbares, regelmäßig auftauchendes branchenübliches Phänomen handelt; auch für den Modultausch bei Solaranlagen infolge von Defekt, Beschädigung oder Diebstahl wurde eine Sonderregelung geschaffen.

b) Stilllegung

Zu diskutieren ist, ob es ein Bedürfnis gibt, die Stilllegung von Anlagen (als Gegenpart zur Inbetriebnahme) zu definieren. Relevant ist dies insbesondere für „eingemottete BHKW“ (ggf. auch

für PV-Module), die über einen längeren Zeitraum nicht betrieben werden, ihr altes Inbetriebnahmedatum aber ggf. konservieren und später an anderen Standorten wieder zum Einsatz kommen. Anknüpfend an eine solche Definition könnte etwa festgelegt werden, dass einmal stillgelegte Anlagen ihren Anspruch auf Förderung verlieren.

Neben der – jedenfalls nicht zentral anmutenden – Frage, inwiefern dadurch auch ein grenzüberschreitender Tourismus von Anlagen in andere Fördersysteme und wieder zurück adressiert werden könnte, würde eine solche Regelung sicher vor allem darauf zielen, das (zeitversetzte) „Klonen“ von Anlagen zu verhindern (dazu sogleich). Ohne eigene Definition, was darunter zu verstehen ist, sieht § 5 Abs. 2 AnlRegV schon heute vor, dass das Datum der endgültigen Stilllegung einer Anlage der BNetzA zu melden ist, wie auch die Übergangsregelung in § 100 Abs. 3 S. 4 EEG 2017 für vormalig mit Erdgas betriebene BHKW auf den Nachweis der endgültigen Stilllegung abstellt. In der Praxis stellt sich dabei immer wieder die Frage, ab welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen man von einer Stilllegung ausgehen kann. Dabei könnte man – parallel zur Inbetriebnahme – ein objektives Element (Außerbetriebsetzung) und ein subjektives Element voraussetzen.

c) „Klonen“

Mit dem „Klonen“ von Anlagen wird eine Konstellation beschrieben, in der ein BHKW samt Inbetriebnahmedatum an einen neuen Standort versetzt und dort weiterbetrieben wird, obwohl der alte Anlagenstandort mit dem gleichen Inbetriebnahmedatum – aber einem anderen BHKW – ebenfalls weiterbetrieben wird. Faktisch kommt es dann zu einer Verdopplung der Anlage bzw. ihres Inbetriebnahmedatums.

Die Clearingstelle sieht in solchen Fällen – zu Recht – eine „Sperrwirkung“ zulasten des alten Anlagenstandorts, die sie aus systematischen und teleologischen Gründen ableitet.³⁶ Eine ausdrückliche Adressierung dieses Problems durch den Gesetzgeber wäre hier jedenfalls wünschenswert, da es in der Literatur Stimmen gibt, die eine derartige „Sperrwirkung“ nicht annehmen.³⁷ Auch wäre beim Versetzen eines BHKW an einen neuen Standort unter Mitnahme des Inbetriebnahmedatums eine spezifische Meldepflicht und die Vorlage eines Stilllegungsnachweises empfehlenswert, damit BNetzA und vor allem der Netzbetreiber jeweils sichergehen können, dass die alte Anlage nicht mit identischem Inbetriebnahmedatum weiterbetrieben wird.

³⁶ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2012/19 vom 02.07.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, S. 35 ff.: „Aus systematischen und teleologischen Gründen kommt eine solche ‚klonale Vermehrung‘ eines Inbetriebnahmezeitpunktes nicht in Betracht. Denn § 3 Nr. 1 und 5 EEG 2009 / EEG 2012 bezwecken, dass jeder Anlage genau ein Inbetriebnahmedatum und ein ‚individueller‘, sich aus dem jeweiligen Inbetriebnahmedatum ergebender Vergütungsanspruch zugewiesen wird, welche nicht beliebig ‚vermehrt‘ werden können. Eine solche ‚Vermehrung‘ des Inbetriebnahmezeitpunktes entstünde rechtlich gesehen durch eine Kollision zwischen der Inbetriebnahmedefinition und der Austauschregelung. Der Fortbestand einer einmal erfolgten Inbetriebnahme ist nicht an den Standort der ursprünglichen Inbetriebsetzung gebunden.“

³⁷ Etwa Loibl, Contracting und Recht 2014, 156-160.

Die beschriebene Gefahr des Klonens einer Anlage stellt sich hingegen mit den vergütungsrechtlich ungewollten Folgen nicht, soweit der Vergütungsanspruch der Anlage nach § 101 Abs. 1 EEG 2017 der Begrenzung auf die von ihr vor dem 1. August 2014 erreichte Höchstbemessungsleistung unterfällt. Auf diese Einschränkung der Sperrwirkung hat die Clearingstelle jüngst hingewiesen.³⁸ Ein Verzicht auf eine allgemein gefasste perspektivische Regelung zum ausdrücklichen Ausschluss des „Klonens“ von Anlagen muss damit nicht einhergehen.³⁹ Im Gegenteil ist für die bisher von der Clearingstelle entwickelten Kriterien der Sperrwirkung noch im Einzelnen zu klären, ob diese „immer dann entfällt, wenn der Zubau eines BHKW zum Zwecke der Anlagenflexibilisierung erfolgt oder ob eine Einschränkung der ‚Sperrwirkung‘ vorzunehmen sein kann, wenn zwischen dem Versetzen und dem späteren Ersetzen kein funktionaler Zusammenhang besteht, und wie im Einzelnen ein solcher funktionaler Zusammenhang zu bewerten ist.“⁴⁰

d) Versetzung

Abgesehen von der potentiellen Gefahr einer „Klonung“ wirft die Versetzung einer Anlage keine spezifischen Probleme auf. Bei einer vollständigen Versetzung nimmt eine Anlage auch ihr Inbetriebnahmedatum an den neuen Standort mit.⁴¹ Wird sie hingegen an einen schon bestehenden Anlagenstandort versetzt und erweitert diesen, gilt für sie das Inbetriebnahmedatum der bestehenden Anlage – und zwar auch dann, wenn sie selbst ein anderes Inbetriebnahmedatum aufweist.⁴²

Durch das einheitliche Inbetriebnahmedatum werden auch „gespaltene Vergütungssätze“ durch mehrere Inbetriebnahmedaten innerhalb einer Anlage vermieden. Wie § 22 EEG 2014 und § 25 S. 2 EEG 2017 verdeutlichen, gibt es folgerichtig auch keine unterschiedlichen Förder-

³⁸ Clearingstelle EEG, Votum 2017/39 vom 17.11.2017, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2017/39. Dort heißt es im Leitsatz: „Der ‚Sperrwirkung der Austauschregelung‘ im Sinne der Empfehlung 2012/19 der Clearingstelle EEG bedarf es seit dem Inkrafttreten des EEG2014 jedenfalls dann nicht (mehr), wenn aus einer vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommenen Biogasanlage vor dem 1. August 2014 ein BHKW entfernt sowie als eigenständige Anlage versetzt worden ist und an der Biogasanlage das versetzte BHKW nach dem 31. Juli 2014 ersetzt wird, weil in diesem Fall der Gesetzgeber mit der sogenannten Höchstbemessungsleistung in § 101 Abs. 1 EEG2014/EEG 2017 eine ausdrückliche Regelung zur Begrenzung der Vergütungsansprüche an Biogasanlage und BHKW getroffen hat.“

³⁹ Die Clearingstelle, ebd. S. 10, formuliert entsprechend: „Die Clearingstelle EEG weist zur Vermeidung von Missverständnissen darauf hin, dass 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.“

⁴⁰ Clearingstelle EEG, ebd., S. 10.

⁴¹ Clearingstelle EEG, Empfehlung 2012/19 vom 02.07.2014, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19, Leitsatz 5). Offen ist in diesem Zusammenhang allerdings die Frage, ob eine versetzte Anlage anteilig die Höchstbemessungsleistung ihres alten Anlagestandorts mitnimmt, vgl. Clearingstelle EEG, Votum 2017/39 vom 17.11.2017, S. 9, Fn. 13.

⁴² Clearingstelle EEG, ebd., Leitsatz 9 (a).

laufzeiten, wie sie Folge der BGH-Rechtsprechung wären.⁴³ Hier ist allein offen, ob und ggf. ab welchem Zeitpunkt diese Korrektur der BGH-Rechtsprechung auch für Bestandsanlagen gilt.⁴⁴

Schließlich stellen sich auch Fragen bei der Versetzung von Anlagen aus dem Ausland. Hier spricht viel dafür, dass es für den Inbetriebnahmezeitpunkt auf die Inbetriebnahme im Ausland ankommt. Rechtssicher ist dies allerdings nicht, da der Geltungsbereich des EEG nicht in das Ausland reicht. Hier könnte daher eine klarstellende Regelung hilfreich sein.

e) Ersetzung und Austausch von Anlagenteilen

Die (Komplett-)Ersetzung einer Anlage führt zu einer Neuinbetriebnahme. Jenseits der Regelung in § 3 Nr. 30 letzter HS EEG 2017, wonach „der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile“ nicht zu einer Neuinbetriebnahme führt, ist aber im EEG weder beispielgebend noch abschließend geregelt, welche Teile in welchem Umfang ausgetauscht werden können, ohne dass sich die Identität der Anlage (und damit auch ihr Inbetriebnahmetermin) ändert.

Die in der Rechtsprechung zum KWKG diskutierte Frage nach dem Form- oder Materialprinzip einer Anlage⁴⁵ stellt sich grundsätzlich auch hier, wobei davon auszugehen ist, dass das EEG bisher immer vom Materialprinzip ausgegangen ist. Deutlich wird dies etwa an der früheren Formulierung in § 3 Abs. 4 EEG 2004, wonach eine sog. Erneuerung zu einer Neuinbetriebnahme führte, „sofern 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.

Die Vorschrift wurde letztlich deshalb aufgegeben, weil sich die konkrete Bestimmung der Investitionsschwelle in der Praxis als schwierig erwies und Mitnahmeeffekte nicht auszuschließen waren. Nach ihrem Grundgedanken ist eine solche Regelung aber nachvollziehbar, da Anlagen in ihrer baulich-technischen Zusammensetzung kaum je über zwei Jahrzehnte hinweg statisch ihre ursprüngliche Konfiguration beibehalten.

⁴³ Vgl. BT-Drs. 18/1304, S. 129 zu § 22 EEG 2014, wo es heißt: „Förderdauer und -höhe bestimmen sich [...] für sämtliche Generatoren einer Anlage nach dem Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebnahme der Anlage.“ Nach dem BGH, Urteil vom 23.10.2013 - VIII ZR 262/12, Rn. 59, sollte der Zubau hingegen zur Folge haben, „dass der *Vergütungszeitraum* für den durch einen weiteren Generator erzeugten Strom gesondert zu laufen beginnt.“ (Hervorhebung im Original).

⁴⁴ So ausdrücklich die Clearingstelle EEG, Votum 2017/39 vom 17.11.2017, abrufbar unter www.clearingstelle-ee-gkwkg.de/votv/2017/39, S. 7.

⁴⁵ VG Frankfurt/M., Urteil vom 31.03.2010 - 1 K 3375/09.F, ZNER 2010, S. 305: „Es ist dies ein Anwendungsfall des [...] unter dem Namen ‚Schiff des Theseus‘ diskutierten Problems [...], dessen Lösung letztlich davon abhängt, ob man auf das Formprinzip oder auf das Materialprinzip abstellt. Im ersten Fall liegt Identität vor, solange die Struktur des Gegenstandes (im Wesentlichen) unverändert bleibt, auch wenn seine materiellen Bestandteile sukzessive oder auch gleichzeitig ausgetauscht werden (beim Schiff des Theseus: erst eine Planke, dann eine zweite Planke, schließlich alle Planken). Im zweiten Fall liegt keine Identität, sondern ein aliud jedenfalls dann vor, wenn sämtliche materiellen Bestandteile gleichzeitig ausgetauscht werden.“

Vor diesem Hintergrund lohnt es sich darüber nachzudenken, eine vergleichbare Regelung wieder zu schaffen, um die Rechtssicherheit für die Praxis in den Fällen zu erhöhen, in denen signifikant Anlagenteile ausgetauscht werden. Da die Förderbedingungen des EEG für Biomasse-Neuanlagen gegenüber Bestandsanlagen zwischenzeitlich eher unattraktiver geworden sind, sind Mitnahmeeffekte durch herbeikonstruierte Erneuerungen wahrscheinlich ohnehin nicht mehr nennenswert zu befürchten. Im Gegenteil besteht wohl eher ein Interesse an einem Maßstab für die Frage, in welchem Umfang man Anlagenteile austauschen kann, ohne dass die Anlage ihr ursprüngliches Inbetriebnahmedatum verliert.

Evident dürfte sein, dass nur die Wiederverwendung des Fundaments oder die Konservierung der „letzten Schraube“ nicht dazu führen kann und soll, die Existenz einer Anlage zu erhalten. Doch bleibt dies als Maßstab zu grob. Empfehlen kann sich daher in der Tat wieder eine Formulierung, die eine bestimmte Prozentschwelle angibt, um das Maß des Austauschs wirtschaftlich zu beurteilen, wobei diese Schwelle nicht bei 50 Prozent liegen sollte sondern eher bei 80 % oder 90 %. Alternativ könnte mit einer enumerativen, und ggf. nur indikativen, Liste gearbeitet werden, die bestimmte Bauteile aufzählt, deren kumulativer Austausch⁴⁶ die Identität der Anlage ändert. Bei beiden Wegen müssten mit Blick auf die Gesamtinvestitionskosten dabei nicht zwingend nur Bauteile einbezogen werden, die zur Stromerzeugung erforderlich sind. So könnten etwa auch Gasfackel oder Gärrestlager Berücksichtigung finden, denn auch diese müssen über die Stromerzeugung refinanziert werden.

Zudem empfiehlt sich ein Hinweis darauf, wie mit dem zeitversetzten Austausch von Teilen umzugehen ist. Nachvollziehbar wäre etwa, wenn ein zeitlicher Mindestpuffer zwischen dem Austausch verschiedener Teile eine Erneuerung ausschließt und nur als einzelne Reparaturmaßnahme gewertet wird. Insoweit könnte etwa auf sechs (vgl. das Kriterium „dauerhaft“ in § 3 Nr. 30 HS 2 EEG 2017) oder zwölf Monate (vgl. § 24 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017) abgestellt werden.

f) Untergang

Nach der gegenwärtigen Rechtslage geht eine Anlage rechtstechnisch ersatzlos unter, wenn sie zerstört wird, sodass eine an ihre Stelle tretende neue Anlage ein neues Inbetriebnahmedatum aufweist und einem durch dieses Datum determinierten anderen Förderregime unterfällt. Die Frage, wie mit dem Untergang einer Anlage, etwa durch einen Brandfall, umzugehen ist und ob die gegenwärtige Rechtslage hier ggf. eine unbeabsichtigte Härte darstellt, ist letztlich politisch zu entscheiden.

Bei der Frage, ob hier ggf. Handlungsbedarf besteht, wäre etwa auch zu klären, ob sich die am Markt verfügbaren Versicherungslösungen für derlei Fälle nur auf den Wertersatz der Anlage

⁴⁶ Auch die Clearingstelle, Empfehlung 2012/19 vom 02.07.2014, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19, Leitsatz 8 (b) beschreibt die Konstellation, dass Anlagenbestandteile in mehreren zeitlich getrennten Schritten („sukzessive“) ausgetauscht werden und nimmt insoweit bei einem „planmäßigen einheitlichen Vorgang“ eine „sukzessive Neuinbetriebnahme“ an.

beziehen oder auch Einnahmefälle wie die EEG-Förderung und Schadenersatzansprüche, etwa von nicht mehr belieferten Wärmekunden, auffangen.

IV. Wasserkraftanlagen

Auch für die Wasserkraft gilt im EEG bisher die allgemeine Definition des Anlagenbegriffs. Umstritten ist hier, ob sich eine Anlage jeweils nur aus Wasserzufuhr-Vorrichtung, Turbine und Generator zusammensetzt⁴⁷ oder ob zu einer Anlage alle Erzeugungseinheiten gehören, die sich eine Stauanlage teilen.⁴⁸

Laut Spartenvorhaben Wasserkraft zum EEG-EB sei es nicht unüblich, dass Netzbetreiber beispielsweise aus „historischen“ Gründen Anlagen mit mehreren großen Maschinen, die an einem Wehr liegen, als mehrere Anlagen vergüten.⁴⁹ Es scheint also in der Praxis zumindest keine einheitliche Klarheit über den Verbindlichkeitsstatus der Kriterien zu geben, die den Anlagen-Umgriff bestimmen. Virulent wird dies etwa bei ggf. auftretenden unterschiedlichen Vergütungssätzen innerhalb einer Anlage oder bei der Bestimmung der Voraussetzungen für eine Ertüchtigung der Anlage nach § 40 Abs. 2 und 3 EEG 2017.

Soweit bei der Biomasse angenommen wird, dass mehrere BHKW „in (unmittelbarer) räumlicher Nähe“, die sich einen Fermenter teilen, eine Anlage bilden,⁵⁰ ist es bei der Wasserkraft zunächst nicht unplausibel, davon auszugehen, dass auch hier mehrere Erzeugungseinheiten eine Anlage sind, wenn sie eine gemeinsame Wasserzufuhr-Vorrichtung nutzen. Immerhin ist zumindest der „räumliche Zusammenhang“ der Anlage zur (schon bestehenden) Stauanlage nach § 40 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2017 auch Voraussetzung für den Zahlungsanspruch. Die Bildung eines räumlichen Clusters von mehreren Erzeugungsanlagen um eine Stauanlage herum (so wie von mehreren BHKW um den Fermenter herum) als Kriterium für den Anlagenbegriff der Wasserkraft ist daher naheliegend – auch in Bezug auf die im Verbund einfacher umzusetzenden Anforderungen des WHG, die zwar nicht mehr vom EEG umfasst, realiter aber gleichwohl einzuhalten sind.

Allerdings könnte ein solcher einheitlicher Anlagenbegriff in fachlicher Hinsicht kontraproduktiv auf das Ziel wirken, einen Anreiz für ökologisch sinnvolle Maßnahmen zu bieten – wie z.B. den

⁴⁷ Clearingstelle EEG, 2009/12 vom 01.07.2010, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2009/12. Dort heißt es auf S. 52: „Bei der Wasserkraft besteht die Anlage zumindest aus der Turbine, dem Generator zuzüglich einem ggf. technisch notwendigen Getriebe oder einer Kupplung, sowie einer Vorrichtung zur Zufuhr der Energie des Wassers auf die Turbine. [...] Eine Zusammenfassung mehrerer Anlagen zu einer Anlage kommt nicht (mehr) per se durch eine technisch-bauliche ‚Verklammerung‘ – bspw. durch eine gemeinsam genutzte Staumauer – zustande [...].“

⁴⁸ OLG Stuttgart, Urteil vom 25.05.2012 - 3 U 193/11, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1923. Dort heißt es im Leitsatz: „Wird das durch ein Stauwehr aufgestaute Flusswasser von jeweils einer Stromerzeugungseinheit auf jeder Flussseite zur Stromerzeugung genutzt, liegt eine einheitliche Anlage gemäß § 3 Abs. 1 EEG in der Fassung ab 01.07.2010 vor, weil das Stauwehr Teil beider Stromerzeugungseinheiten ist und sie dadurch zu einer Anlage verklammert.“

⁴⁹ E-Mail von P. Anderer, Ingenieurbüro Flocksmühle, vom 5.12.2017 an H. Kahl.

⁵⁰ Siehe BGH, Urteil vom 23.10.2013 - VIII ZR 262/12.

Zubau von Dotierturbinen, um die Abflussanteile energetisch zu nutzen – und auch kleine Potenziale zu erschließen.⁵¹ Das Spartenvorhaben Wasserkraft des EEG-EB hat daher empfohlen, alle Erzeugungseinheiten, die ein gemeinsames sog. Einlaufbauwerk benutzen, als eine Anlage zu betrachten.⁵² Kriterium für eine technische Verklammerung mehrerer Erzeugungseinheiten wäre dann nicht die Stauanlage, sondern die diesem nachgelagerte kleinteiligere und turbinenspezifischere Energieträgerzuführung. Damit wird ein sachnäheres technisches Kriterium angewandt und eine teilweise sehr weite Verklammerung über die gemeinsam genutzte Staumauer vermieden.

Aus rechtlicher Sicht erscheint dies – vorbehaltlich einer fachlichen Beurteilung, die hier nicht erfolgen kann – als eine Möglichkeit, die in einem spezifischen Anlagenbegriff für die Wasserkraft gut umschrieben werden kann, zu mehr Rechtsicherheit und Anwenderfreundlichkeit beiträgt und neue technische Entwicklungen, die ggf. auch ohne Stauanlage auskommen, nicht ausschließt. Eine Wasserkraftanlage bestünde demnach aus all denjenigen Turbinen und Generatoren, die ein gemeinsames Einlaufbauwerk nutzen.

V. Speicher

Der Anlagenbegriff im EEG umfasst auch Speicher. Nach § 3 Nr. 1, 2. HS EEG 2017 gelten als Anlage auch „Einrichtungen, die zwischengespeicherte Energie, die ausschließlich aus erneuerbaren Energien oder Grubengas stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandeln“. Die definierten Speicher sind aber nicht selbst Anlagen i.S.d. EEG, sondern es sollen für Speicher im Wege einer Gleichstellungsfunktion nur die gleichen Rechtsfolgen wie für Anlagen i.S.d. EEG gelten.⁵³

Im Sinne des Vorschlags eines energieträgerspezifischen Anlagenbegriffs wäre auch für den Energiespeicher eine gesonderte Definition erforderlich. Dabei könnte man sich an der bisher im EEG enthaltenen Definition orientieren. Allerdings erweist sich die aktuelle Definition als problematisch, da sie in der Rechtsanwendungspraxis zu einer Reihe von Anwendungsproblemen führt.⁵⁴ Neben den von der Clearingstelle EEG (in der Empfehlung 2016/12) aufgeworfenen Problemen ist u.a. die Voraussetzung des ausschließlichen Einsatzes von erneuerbaren Energien problematisch. Diese schafft in der Praxis nämlich erhebliche Nachweisprobleme. Im Hinblick auf den Netzanschluss von Speichern ist es z.B. kaum zu belegen, dass der Speicher nach Netzanschluss ausschließlich mit erneuerbaren Energien betrieben werden soll. Es stellt sich diesbezüglich die Frage, inwieweit die Ausschließlichkeit in der Speicherdefinition zwingend

⁵¹ Wiedergegeben bei Ingenieurbüro Flocksmühle, Wissenschaftlicher Bericht, EEG-EB – Vorhaben IId (Wasserkraft), Juli 2014, S. 29, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/files/zwischenbericht-vorhaben-2d.pdf.

⁵² Ebd., S. 32.

⁵³ Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung 2016/12 vom 11.05.2016, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2016/12, Rn. 51.

⁵⁴ Exemplarisch sei auf die Empfehlung 2016/12 der Clearingstelle EEG, ebd., verwiesen, die versucht, einen Teil der Problemstellungen zu klären.

beibehalten werden muss. Weiterhin ist die Rolle der Speicher bei der Bereitstellung von Flexibilität, z.B. i.R.d. § 50a f. EEG 2017, fraglich.

Im Zusammenhang mit dem EEG stellt sich im Übrigen die Frage, inwieweit eine eigenständige Definition im EEG überhaupt erforderlich ist. Die Rechtsfolgen für Speicher als Anlagen i.S.d. EEG sind nämlich überschaubar: So ist die Relevanz beim Netzanschluss – wie dargestellt – gering, und im Hinblick auf die Vergütung ergibt sich bereits unmittelbar aus § 19 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 EEG 2017, dass eine Vergütung nur für Strom möglich ist, der aus ausschließlich mit erneuerbaren Energien betriebenen Speichereinrichtungen eingespeist wird. Im Übrigen sind die Rechtsfolgen des EEG teilweise auch nicht schlüssig, wenn etwa die Anforderungen nach § 9 EEG zur Vorhaltung technischer Einrichtungen zur Abregelung für Speicher, die ausschließlich EE einsetzen, gelten sollen, aber für sonstige Speicher nicht gelten.

Allerdings steht es insgesamt außer Zweifel, dass eine Speicherdefinition im Energierecht sinnvoll und notwendig ist. Denn Energiespeicher werden eine zunehmende Rolle im Energiesystem erlangen, und ein verlässlicher Rechtsrahmen ist eine zwingende Voraussetzung für die Integration der Speicher in das Energiesystem. Dabei ist die rechtssichere Definition des Speichers ein wichtiger Ausgangspunkt für einen verlässlichen Regulierungsrahmen. Daran anknüpfen muss sich dann die Ausgestaltung der Rechtsfolgen. Dabei dürfte es nach erster Einschätzung aber gut möglich sein, einen Speicherbegriff übergreifend – z.B. im EnWG – zu definieren, und die Rechtsfolgen dann jeweils spezifisch, z.B. im EEG oder KWKG, festzulegen.

Bei einer Definition des Speichers ist darauf zu achten, dass der Begriff ausreichend technologieoffen ist. Zudem müssen die unterschiedlichen Formen der Speicherung hinreichend erfasst werden, d.h. die Speicherung von Elektrizität einerseits, aber auch die Speicherung von Wärme und die Speicherung von Gas bzw. Wasserstoff.⁵⁵ Zudem ist im EnWG der Begriff der Speicheranlage bereits definiert, bezieht sich dabei allerdings ausschließlich auf Gasspeicher. Bei einer Speicherdefinition ist auch die Rolle mobiler Speicher zu berücksichtigen.

⁵⁵ Vgl. dazu bereits den Begriff des Speichergases im EEG.