

Biogasseminar

19.02.2019 in Bitburg

„Ausgewählte Fragen zur (Neu-) Inbetriebnahme von
Biogasanlagen im EEG“

RA Dr. Mathias Schäferhoff
Rechtsanwalt

Themen

- I. Grundlagen
- II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme
- III. Umstrukturierung von Bestandsanlagen
- IV. Inbetriebnahme bei bereits vorhandenen Anlagen

I. Grundlagen

1. Anlagenbegriff

Nach § 3 Nr. 1 EEG 2017/2014/2012/2009 ist „Anlage“ jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas (...).

- Relevanz: Anlagenbegriff entscheidet nach Gesetzeswortlaut („Anlage“) über
 - **Förderdauer** (§ 25 EEG 2017, § 22 EEG 2014, § 9 Abs. 1 EEG 2000; aber § 21 Abs. 2 S. 3 EEG 2009 → Inbetriebnahme des Generators)
 - **Degression** (§ 44a EEG 2017, § 28 Abs. 2 EEG 2014, § 20 Abs. 1 **EEG 2012/2009**, § 8 Abs. 5 EEG 2004, § 5 Abs. 2 EEG 2000) und
 - Zuordnung der **Schwellenwerte** (§ 23c Nr. 2 EEG 2017, § 23 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2014, § 18 Abs. 1 EEG 2012/2009, § 12 Abs. 2 EEG 2004, § 5 Abs. 1 S. 2 EEG 2000)

I. Grundlagen

- BGH entscheidet mit Urteil vom 23.10.2013 (Az. VIII ZR 262/12), dass weiter Anlagenbegriff maßgebend
- Zur Anlage zählt alles, was üblicherweise dazugehört (BGH a.a.O., Rn 33, 34); bei einer Biogasanlage ist dies
 - BHKW (ggf. auch mehrere)
 - Einbringtechnik, Vorgrube
 - Fermenter
 - Nachgärer
 - Gärrestlager
- Alles, was in räumlicher Nähe unmittelbar verbunden ist, zählt zu dieser Anlage und teilt deren Schicksal

I. Grundlagen

- BGH, a.a.O., Rn 48, 50: *„So sind BHKW, die durch einen gemeinsamen Fermenter versorgt werden, dann nicht als Anlage im Sinne dieser Vorschrift anzusehen, wenn sie aufgrund ihrer räumlichen Entfernung als selbstständige Anlagen zu werten sind (...).“*
- BHKW wird weit entfernt über eine Mikrogasleitung an den Fermenter einer anderen Biogasanlage angebunden
- Gemeinsame Anlage oder eigenständige Anlage mit eigenständigem Vergütungsanspruch?
- Ggf. eigene Anlage, aber gemeinsame Vergütungsberechnung nach § 24 Abs. 1 EEG 2017?

I. Grundlagen

2. Inbetriebnahmegriff

Nach § 3 Nr. 30 EEG 2017, § 5 Nr. 21 EEG 2014, ist

„Inbetriebnahme“ die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage ausschließlich mit erneuerbaren Energien oder Grubengas nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage (...); der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile nach der erstmaligen Inbetriebnahme führt nicht zu einer Änderung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme.

I. Grundlagen

Inbetriebnahme wichtig für:

- Festlegung und Sicherung des Inbetriebnahmejahres und damit der Vergütungshöhe
- Vgl. § 25 EEG 2017 Festlegung der Förderdauer: ab diesem Zeitpunkt läuft die Mindestvergütungsdauer (20 Jahre zzgl. IB-Jahr)
- Bei Jahreswechsel und neuer Fassung des EEG: Festlegung, unter welches EEG die Anlage fällt!

I. Grundlagen

➤ Inbetriebnahme setzt vor allem zweierlei voraus:

1. Erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage
2. Nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft

Nötig: Dass die Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien über sämtliche Einrichtungen zur Stromerzeugung unter Einsatz des jeweiligen Energieträgers verfügt!

Wichtig: Bereits Rechtsprechung zum EEG 2004!!!

I. Grundlagen

- Bei „Vor-Ort-Verstromung“ ist für die Inbetriebnahme die erstmalige Inbetriebsetzung ausschlaggebend (Erzeugung von Strom)
- Die Anlage selbst muss – wie schon nach bisheriger Rechtslage – technisch betriebsbereit sein.
- Wurde bei der Vor-Ort-Verstromung ein eingesetzter Generator bereits vor Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage in Betrieb genommen, kommt es gleichwohl auf die technische Betriebsbereitschaft der Anlage an!

I. Grundlagen

Definition Inbetriebnahme § 3 Nr. 5 EEG 2009

- Definition Inbetriebnahme § 3 Nr. 5 EEG 2009: die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft...

Definition Inbetriebnahme § 3 Nr. 5 EEG 2012

- „die erstmalige Inbetriebsetzung des Generators der Anlage nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage (...), unabhängig davon, ob der Generator mit erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde.“

I Grundlagen

- Der Austausch eines Generators oder sonstiger baulicher Teile führt nicht
 - zu einem Neubeginn des Vergütungsanspruchs (§ 21 Abs. 3 EEG 2009)
 - zu einer neuen Inbetriebnahme (§ 3 Nr. 5 S. 2 EEG 2012, § 5 Nr. 21 EEG 2014, § 3 Nr. 30 EEG 2017)

- Folge (juristisch nicht abschließend geklärt, aber wohl überwiegend so vertreten):

Wird anstelle eines alten BHKW ein neues eingebaut, bleibt es beim bisherigen Inbetriebnahmejahr und beim bisherigen Vergütungsanspruch

- **Aber:** § 101 Abs. 1 EEG 2017 → bei Erhöhung der Bemessungsleistung – egal warum – gibt es für über die Höchstbemessungsleistung hinausgehende Stromerzeugung nur Monatsmarktwert

II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme

- § 2 Abs. 3 S. 3 EEG 2000, § 3 Abs. 4 EEG 2004 → bei 50 % des Neuinvestitionswertes einer Anlage gab es neue Inbetriebnahme mit neuer Vergütung und neuer Förderdauer
- EEG 2009 → Regelung bewusst abgeschafft (BT-Drs. 16/8184, S. 52)
- Aber: Regelung ist für Altanlagen gemäß der Übergangsvorschrift § 100 Abs. 2 Nr. 10 a) weiterhin anwendbar!

Konsequenz: Sind die gesetzlichen Voraussetzungen zu bejahen, liegt eine neue Inbetriebnahme vor.

Rechtsfolgen treten qua Gesetz ein (... Inbetriebnahme ist ...), aber Geltendmachung gegenüber dem Netzbetreiber erforderlich, da der Anspruchssteller nach den zivilrechtlichen Grundsätzen die Voraussetzungen für seinen Anspruch darzulegen und im Zweifel zu beweisen hat

II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme

- Erneuerung muss bis zum 31.12.2008 stattgefunden haben!

Spätere Investitionen sind für die Inbetriebnahme irrelevant, da Regelung zur Neuinbetriebnahme mit EEG 2009 abgeschafft worden ist.

Maßgeblich ist ein Vergleich der Kosten der Erneuerungsmaßnahmen zu den Kosten der Neuherstellung der gesamten Anlage:

Neuinbetriebnahme, wenn

$$\frac{\text{Kosten der Erneuerung}}{\text{Kosten der Neuherstellung}} \geq 0,5$$

Kosten der Neuherstellung sind die Kosten der gesamten Anlage nach Abschluss der Erneuerung

II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme

Beispiel 1:

L betreibt seit 2003 eine Biogasanlage. 2006 erweitert er die Anlage um ein BHKW (Kosten 100.000,00 €). Im Jahre 2009 errichtet L ein weiteres BHKW (Kosten 100.000,00 €) und zusätzliche Fermenter (Kosten 150.000,00 €).

Die Kosten einer Neuherstellung der Anlage im Jahr 2007 betragen 250.000,00 € und im Jahr 2010 500.000,00 €.

Neuinbetriebnahme?

Nein, da Anteil von 50 % der Erneuerung bis zum 31.12.2008 nicht erreicht und Maßnahmen ab 01.01.2009 unbeachtlich sind!

II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme

Beispiel 2:

Der Nachbar N betreibt ebenfalls seit 2003 eine Biogasanlage. Im Zuge einer Erweiterung um ein zusätzliches BHKW (Kosten 100.000,00 €) und einen weiteren Fermenter (Kosten 150.000,00 €) im Jahr 2005 und 2006 beträgt der Wert der Neuherstellung der gesamten Anlage 2006 500.000,00 €.

Neuinbetriebnahme?

Ja, da Mindestwert von 50 % der Investitionskosten bei der Erneuerung erreicht. Inbetriebnahmedatum der Anlage verändert sich von 2003 auf 2006.

II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme

Wie setze ich das neue Inbetriebnahmedatum durch?

- Neuinbetriebnahme kann rückwirkend auch heute noch geltend gemacht werden. Netzbetreiber muss informiert werden
- Nachweis der Investitionen und der Kosten der gesamten Anlage gegenüber dem Netzbetreiber erforderlich. Form grundsätzlich nicht vorgeschrieben. Es empfiehlt sich die Erläuterung/Bestätigung eines Sachverständigen und rechtliche Begleitung.
- **Achtung** bei Einsatz insbesondere fossiler Brennstoffe zur Zünd- und Stützfeuerung, § 8 Abs. 6 EEG 2004, Ausnahmeregelung bei Inbetriebnahme bis 31.12.2006

II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme

Was zählt alles zur Erneuerung einer Biogasanlage?

Sämtliche Maßnahmen, die zur **Anlage** iSd EEG gehören. Das sind vor allem:

- BHKW im Zuge der Erweiterung der Anlage (ggf. auch mehrere)
- Einbringtechnik, Vorgrube
- Fermenter
- Nachgärer
- Gärrestlager
- Nicht Netzanschlusskosten, Verwaltungskosten, sonstige Infrastrukturkosten

II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme

- Maßgeblich für die Erneuerung: Grundsätzlich Abschluss der jeweiligen Maßnahme. Mehrere Maßnahmen jedenfalls dann möglich, wenn sie innerhalb eines Erneuerungsvorgangs stehen. Einzelfall entscheidet.
- Konsequenzen: Anlage erhält rückwirkend neues Inbetriebnahmedatum. Dadurch Veränderung der Vergütungsdauer und auch der Vergütungshöhe.

II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme

- Rückabwicklung der Zahlungen gemäß § 57 Abs. 5 S. 3 und S. 4 EEG 2017 mit Ablauf des zweiten auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres (ggf. streitig).

Teilt N seinem Netzbetreiber die Voraussetzungen der Neuinbetriebnahme also im Jahr 2019 mit, wären Zahlungen bis einschließlich 2017 rückabzuwickeln. Rückforderungen des Netzbetreibers sind daher durchaus möglich!

II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme

- Vergütungshöhe anhand des Beispiels einer ursprünglich im Jahr 2000 in Betrieb genommenen Biogasanlage, welche infolge Erneuerung im Jahr 2006 neu in Betrieb genommen worden ist:

Vergütungssätze:

Vergütung laut EEG **bisher** (Inbetriebnahme 2000)

Vergütungsschwellen der Bemessungsleistung	ab 2000	ab 2009
500 kW	10,23	10,23
20 MW	8,7	8,7

II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme

Vergütungen lt. EEG **bei Umstellung** (Inbetriebnahme 2006)

Vergütungsschwellen der Bemessungsleistung	ab 2006	ab 2009
500 kW	9,61	9,61
20 MW	8,15	8,15

Mindestvergütungsdauer verlängert sich im vorgenannten Beispiel vom 31.12.2020 bis zum 31.12.2026.

II. Neuinbetriebnahme von Bestandsanlagen bei mindestens 50 % Investitionssumme

- Frage der Umstellung des Inbetriebnahmedatums erfordert demnach auch eine wirtschaftliche Betrachtung des Einzelfalls!
- Ggf. Änderungen beim KWK-Bonus sind zu beachten

Gemäß § 8 Abs. 4 EEG 2004 iVm § 66 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 besteht der KWK-Bonus in Höhe von 2,0 ct grundsätzlich ohne Leistungsgrenze, während sich nach § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EEG 2009 der KWK-Bonus auf eine Leistung von maximal 500 kW beschränkt und eine Höhe von 3,0 ct/kWh hat.

III. Umstrukturierung von Bestandsanlagen

Vgl. maßgeblich dazu die Empfehlung der Clearingstelle 2012/19 vom 02.07.2014 zum Austausch und Versetzen von Anlagen und Anlagenteilen (außer PV und Wasserkraft) im EEG 2009 und EEG 2012 sowie Urteil BGH vom 23.10.2013 – Az. VIII ZR 262/12.

- Anlage ist die Gesamtheit aller **funktional zusammengehörenden technisch** und baulich notwendigen Einrichtungen.
- Mehrere BHKW, **die Gas aus demselben Fermenter** beziehen sind die Bestandteile derselben Anlage (Ausnahme: Satelliten-BHKW)
- **Gleiches** gilt, wenn die BHKW eine für den Betrieb notwendige **Einrichtung gemeinsam nutzen**.

III. Umstrukturierung von Bestandsanlagen

Satelliten

Nicht technisch eine Anlage, wenn

betriebstechnisch und **räumlich** von der „Vor-Ort“-Anlage hinreichend abgegrenzt.

- Betriebstechnische Selbständigkeit: wenn im konkreten Fall **Vor-Ort-BHKW hinweggedacht** und das **Satelliten-BHKW** gleichwohl ohne erhebliche **Änderung** des **Betriebskonzeptes weitergeführt** werden kann – **Indizienkatalog**.
- **Keine unmittelbare räumliche Nähe** (vorbehaltlich BGH): verschiedene **Betriebsstandorte**
- **500 Meter-Regel: keine Stütze im Gesetz**

III. Umstrukturierung von Bestandsanlagen

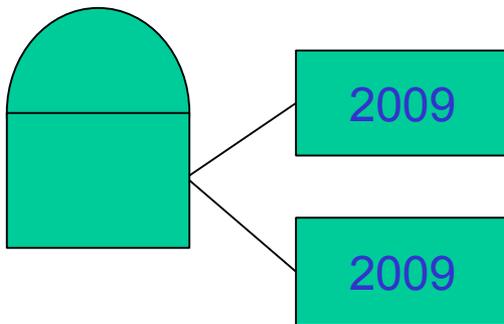
Absetzen von BHKW – Beispielfall 2019

Wird ein bereits in Betrieb genommenes BHKW versetzt, geht IB mit wenn:

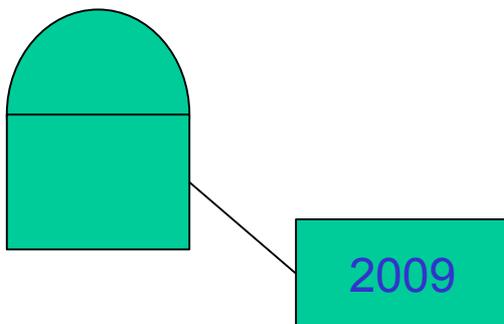
1. BHKW ist die Anlage.
2. Das alte BHKW wird am Standort nicht ersetzt.
3. Das BHKW wird nicht zu einer bereits in Betrieb genommenen Anlage gesetzt.

III. Umstrukturierung von Bestandsanlagen

Absetzen von BHKW – Beispielfall 2019



Phase 1



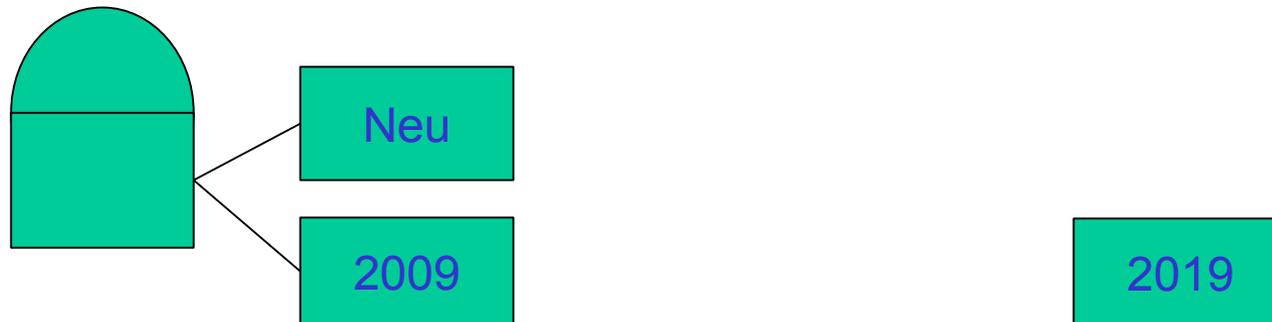
Phase 2



III. Umstrukturierung von Bestandsanlagen

Absetzen von BHKW – Beispielfall 2018

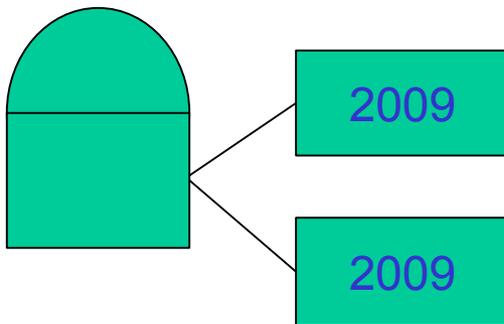
Phase 3



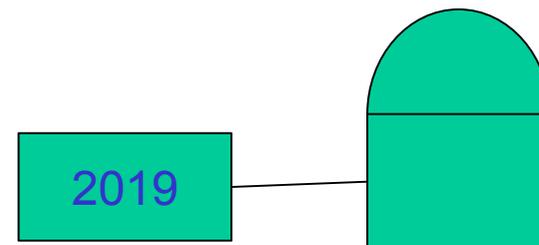
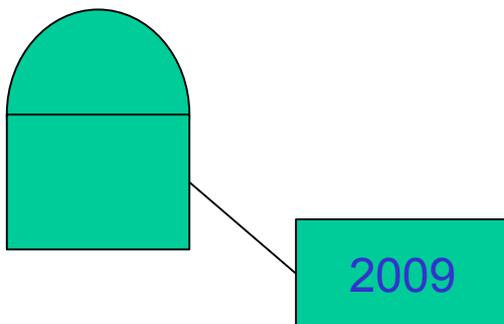
III. Umstrukturierung von Bestandsanlagen

Absetzen von BHKW - Beispielfall 2018 – Abwandlung

Phase 1



Phase 2



III. Umstrukturierung von Bestandsanlagen

Austausch von Teilen

1. Lässt das Inbetriebnahmedatum unberührt
2. Auch bei sukzessivem Kompletttausch
3. Es sei denn: Sukzessive Neuerrichtung

III. Umstrukturierung von Bestandsanlagen

Zubau

- Teilt das rechtliche Schicksal der bestehenden Anlage

III. Umstrukturierung von Bestandsanlagen

Zwischenfazit

- Es gilt weites Anlagenverständnis
- Nach § 25 S. 2 EEG 2017 teilen Anlagenerweiterungen auch für Bestandsanlagen die Förderdauer
- Anlagenerweiterungen bereits ab dem 01.08.2014 wegen „Höchstbemessungsleistung“ in § 101 Abs. 1 EEG 2017 nicht interessant – Ausnahme: Flexprämie
- Ggf. Teilung von Biogasanlagen mit dem Ziel „Satellitenstandort“ zu erhalten nach Empfehlung der Clearingstelle möglich (m.E. unklar)

IV. Inbetriebnahme bei vorhandenen Anlagen

§ 3 Nr. 30 EEG 2017:

„Inbetriebnahme“ ist die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage ausschließlich mit erneuerbaren Energien oder Grubengas nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage (...); der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile nach der erstmaligen Inbetriebnahme führt nicht zu einer Änderung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme.

→ Wird eine vollständig neue Anlage neben einer bereits bestehenden Anlage installiert, so handelt es sich um eine eigenständige Anlage mit eigenem Inbetriebnahmedatum (2018)

Dasselbe gilt, falls Satelliten-BHKW zu einer bereits bestehenden Anlage hinzugebaut wird (bei Einhaltung der Voraussetzungen für die Annahme eines Satelliten). Inbetriebnahmedatum dann ebenfalls 2018

IV. Inbetriebnahme bei vorhandenen Anlagen

Nach § 24 Abs. 1 S. 2 EEG 2017 allerdings Zusammenrechnung mit der bestehenden Anlage

→ Wird nur der Generator bzw. BHKW der vorhandenen Anlage ausgetauscht, so ändert sich am Inbetriebnahmedatum nichts.

Auch bei Austausch von Teilen bleibt das Inbetriebnahmedatum regelmäßig unberührt (Frage des Einzelfalls)

IV. Inbetriebnahme bei vorhandenen Anlagen

Vergärung von Gülle (§ 44 EEG 2017)

Voraussetzungen:

1. Der **Strom wird am Standort der Biogaserzeugungsanlage erzeugt**
2. Die **installierte Leistung am Standort der Biogaserzeugungsanlage** beträgt insgesamt **bis zu 75 kW** und
3. Zur Erzeugung des Biogases in dem jeweiligen Kalenderjahr durchschnittliche Anteil von Gülle von mindestens 80 Masseprozent

IV. Inbetriebnahme bei vorhandenen Anlagen

- Definition des Begriffs „am Standort“ ungeklärt, jedenfalls keine Gasäquivalentnutzung und wohl auch kein Satelliten-Standort
- Möglich aber nur teilweise Erzeugung des Stroms am Standort der Biogaserzeugungsanlage und Weiterleitung des übrigen Gasanteils
- Installierte Leistung maximal 75 kW
- Maßgeblich ist die installierte Leistung zur Stromerzeugung
≠ Gaserzeugung

IV. Inbetriebnahme bei vorhandenen Anlagen

Laut Gesetzesbegründung geht es um die Verhinderung der Leistungsaufspaltung bei der Errichtung mehrerer Einzelanlagen am Standort, wodurch eine deutlich umfangreichere Stromerzeugung aus Gülle als beabsichtigt von der erhöhten Förderung profitieren würde (BT-Drucks. 17/6071, S. 73)

- Die installierte Leistung von Anlagen, die keinen Strom aus Biomasse erzeugen und wohl auch von Erzeugungsanlagen von Strom aus Biomasse, welches nicht Biogas ist, bleiben bei der Betrachtung außen vor (so die Literatur, in der Rechtsprechung ungeklärt)
- Ggf. auch installierte Leistung solcher Anlagen unbeachtlich, die Biogas nicht unter den Voraussetzungen des § 44 EEG 2017 (Vergärung von Gülle) produzieren (sehr streitig)

IV. Inbetriebnahme bei vorhandenen Anlagen

Konsequenzen:

- Errichtung einer Anlage bei Beibehaltung von Teilen einer Altanlage führt in der Regel zur Beibehaltung des ursprünglichen Inbetriebnahmedatums (Frage des Einzelfalls)
- Neuinbetriebnahme jedenfalls dann, wenn alte Anlage vollständig demontiert wird
- Sicherster Weg bei der Errichtung von Güllevergärungsanlagen (§ 44 EEG 2017): Insgesamt vor Ort installierte Leistung (unabhängig von den Einsatzstoffen) überschreitet nicht 75 kW!

Mit derzeit insgesamt 14 Rechtsanwälten, davon fünf Anwaltsnotare, beraten und vertreten wir deutschlandweit vornehmlich **Betreiber** und **Planer** umfassend im Bereich...

Öffentliches Bau- und Planungs- sowie Immissionsschutzrecht:

- **Franz-Josef Tigges**
- **W. Andreas Lahme**
- **Dr. Oliver Frank**
- **Daniel Birkhölzer**

Energiewirtschaftsrecht, EEG, Gewährleistungs- und Versicherungsrecht:

- **Andreas Schäfermeier**
- **Dr. Mathias Schäferhoff**
- **Martina Beese**
- **Katharina Vieweg-Puschmann**



Vielen Dank!

ENGEMANN & PARTNER

Rechtsanwälte und Notare

Dr. Mathias Schäferhoff

Kastanienweg 9 – 59555 Lippstadt

Telefon: 02941 9700-47 Telefax :02941 9700 50

e-mail: m.schaeferhoff@engemann-und-partner.de

www.engemann-und-partner.de