



Newsletter Erneuerbare Energien

II / 2008

Juli

- **EEG-Novelle: Die wichtigsten Neuerungen im Überblick**
- **EEG-Novelle: Was gilt für Altanlagen?**
- **Änderung des Anlagenbegriffs – Rechtsschutz für Altanlagen**
- **Biogaseinspeisung: Erneute Änderungen der Rahmenbedingungen**
- **Gründung einer Internationalen Agentur für Erneuerbare Energien geplant**
- **Rechtsprechungsreport**
- **Marktplatz Energie**
- **Seminare und Workshops**
- **Veröffentlichungen**

Sehr geehrte Damen und Herren,

2 der Bundestag hat Anfang Juni 2008 eine Reihe von Gesetzesvorhaben rund um das Integrierte Klima- und Energieprogramm der Bundesregierung in 2. und 3. Lesung verabschiedet („Meseberg I“). Für die Erneuerbaren Energien ist die Novellierung des EEG, der zwischenzeitlich auch der Bundesrat zugestimmt hat, dabei von zentraler Bedeutung.

3

3

4 Über die aktuelle Gesetzgebung können Sie mehr in dieser Ausgabe unseres Newsletters erfahren. In dieser Ausgabe widmen wir uns dabei insbesondere den Auswirkungen der EEG-Novelle auf bestehende Anlagen. Zudem enthält der Newsletter einen umfassenden Rechtsprechungsreport.

4

5 Wir werden einen Inhouse-Workshop zu aktuellen Fragen des EEG, KWKG und der Energieeffizienz durchführen. Der Workshop wird am Mittwoch, den 24. September 2008 nachmittags in Berlin stattfinden. Hierzu laden wir alle Mandantinnen und Mandanten sowie unsere Kooperationspartner herzlich ein. Eine Einladung erhalten Sie in den nächsten Tagen.

7

8

8

Wir freuen uns, Sie über eine weitere Verstärkung unserer Energierechtskanzlei zu informieren. Rechtsanwalt Dominik Müller, LL.M. unterstützt uns seit dem 1. Juli 2008 insbesondere im Bereich der Erneuerbaren Energien.

Wir wünschen allen Lesern eine spannende Lektüre.

Ihre Anwaltskanzlei Schnutenhaus & Kollegen

Jörn Schnutenhaus
Rechtsanwalt

Hartwig von Bredow
Rechtsanwalt

► EEG-Novelle: Die wichtigsten Neuerungen im Überblick

Bereits in unserem letzten Newsletter hatten wir Sie über die Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes informiert. Zwischenzeitlich hat die Novelle das parlamentarische Verfahren durchlaufen – und dabei teilweise erhebliche Änderungen gegenüber dem Gesetzentwurf vom 5. Dezember 2007 erfahren. Um diese Änderungen haben die Regierungsfractionen bis zuletzt gerungen. Überraschungen gab es vor allem für die Biogasbranche. Die wichtigsten Änderungen gegenüber dem EEG 2004 und dem Gesetzentwurf vom Dezember 2007 (vgl. hierzu unseren Newsletter I 2008 vom März):

Allgemein

- Inkrafttreten zum 1. Januar 2009.
- Direktvermarktung: Der Anlagenbetreiber muss sich für einen Monat (Gesetzentwurf: ein halbes Kalenderjahr) festlegen, ob er für den eingespeisten Strom die EEG-Vergütung erhalten möchte oder den Strom direkt vermarktet. Auch eine anteilige Direktvermarktung ist möglich.
- Anlagenbegriff, Inbetriebnahme und Einspeisemanagement bleiben gegenüber dem Gesetzentwurf im Wesentlichen unverändert (vgl. hierzu Newsletter I 2008).

Biomasse

- Entfallen der Obergrenze von 20 MW.
- Bei Anlagenleistung von mehr als 5 MW ist KWK Vergütungsvoraussetzung.
- Grundvergütung wird – wie schon nach dem Gesetzentwurf – bis zur Leistung von 150 kW auf 11,67 ct/kWh erhöht.
- Neu: Bonus in Höhe von 1 ct/kWh für die Einhaltung der Formaldehyd-Grenzwerte. Gilt auch für Altanlagen.
- Erhöhung des NawaRo-Bonus um lediglich 1 ct/kWh bis 500 kW Leistung – im Gesetzentwurf waren noch 2 ct/kWh vorgesehen.
- Gülle-Bonus in Höhe von 4 ct/kWh bis 150 kW und in Höhe von 1 ct/kWh bis 500 kW. Abweichend vom Gesetzentwurf profitieren auch größere Anlagen anteilig vom Güllebonus.
- KWK-Bonus: Anhebung des KWK-Bonus auf 3 Cent/kWh, wenn die neuen Anforderungen in Anlage 3

eingehalten werden. Neu ist, dass die Erhöhung bis 500 kW auch für Altanlagen mit bestehender Wärmenutzung gilt.

- Technologiebonus: kein Anspruch bei Trockenfermentation; bei Gasaufbereitung strengere Anforderungen und geringere Anspruchshöhe bei großen Anlagen. Neu ist der Technologiebonus für die thermo-chemische Konversion von Stroh und für die Vergärung von Bioabfällen.

Wasserkraft

- Neu: doch nur 15jähriger Vergütungszeitraum für Anlagen ab 5 MW.
- Insgesamt höhere Vergütungen als noch im Gesetzentwurf vorgesehen.
- Gesetzliche Definition der wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustandes.
- Übrige Regelungen gegenüber dem Gesetzentwurf unverändert (vgl. hierzu Newsletter I 2008).

Windkraft

- Gegenüber Gesetzentwurf höherer Schnellstarterbonus, der bei Off-Shore-Anlagen nunmehr bis 2015 gezahlt wird. Dafür geringerer Systemdienstleistungsbonus.

Photovoltaik

- Gegenüber dem Gesetzentwurf nochmals höhere Degression, die nunmehr zwischen Anlagen von und an Gebäuden und sonstigen Anlagen differenziert
- Wegfall des Fassaden-Bonus.

Geothermie

- Gegenüber Gesetzentwurf unverändert (vgl. Newsletter I 2008)

Fazit: Gegenüber dem Gesetzentwurf vom 5. Dezember 2007 haben sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens noch zahlreiche wichtige Änderungen ergeben, über die sich Anlagenbetreiber frühzeitig informieren sollten.

► EEG-Novelle: Was gilt für Altanlagen?

Das EEG 2009 findet – insbesondere hinsichtlich der Vergütungsvorschriften – nur eingeschränkt Anwendung auf Anlagen, die schon vor 2009 in Betrieb genommen worden sind („Altanlagen“); anstelle der insoweit ausgenommenen Neuregelungen gelten dann die Vorschriften des EEG 2004 fort.

So müssen über der Leistungsgrenze von 100 Kilowatt liegende Altanlagen der Verpflichtung zur Nachrüstung u.a. mit ferngesteuerten Einspeisereduzierungen bei Netzüberlastung und Einrichtungen zum Abruf der Ist-Einspeisung erst bis Ende 2010 nachgekommen sein.

Biomasse-Altanlagen profitieren ab 2009 von zahlreichen Verbesserungen, bleiben jedoch von dem überwiegenden Teil der im EEG 2009 genannten Verschärfungen verschont. Im Einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

- Die Obergrenze für die Anspruchsberechtigung von 20 MW wird – mit Ausnahme von bestimmten Schwarzlaug verbrennenden Anlagen – für Altanlagen weiter gelten.
- Altanlagen mit mehr als 5 MW Leistung können auch ohne Wärmenutzung weiterhin die EEG-Vergütung geltend machen.
- Hinsichtlich der EEG-Grundvergütung gilt auch für Altanlagen bis 150 Kilowatt der erhöhte Vergütungssatz von 11,67 ct/kWh. Gleiches gilt für die Erhöhung der Grundvergütung um 1,0 ct/kWh für Strom aus Biogasanlagen bis 500 Kilowatt, die nachweislich die Formaldehydgrenzwerte der TA Luft einhalten.
- Den NawaRo-Bonus können Altanlagen, anders als neue Anlagen, auch zukünftig selbst bei Einsatz von Bioethanol-Schlempe aus landwirtschaftlichen Brennereien beanspruchen; zudem unterliegen sie nicht der zukünftigen Beschränkung des NawaRo-Bonus für flüssige Biomasse auf Anlagen mit einer Leistung bis 150 Kilowatt. Der Einsatz technischer Sicherungen (Störfall- und Überproduktionsvorrichtungen, gasdichte Abdeckung von Gärrestlagern) ist für Altanlagen nicht vorgeschrieben.
- Der KWK-Bonus wird auch für Altanlagen auf 3 ct/kWh erhöht, sofern diese erstmals nach dem 31.12.2008 eine der neuen Anlage 3 entsprechende Wärmenutzung aufweisen. Hierdurch soll eine stär-

kere Wärmenutzung auch bei Altanlagen gefördert werden. Entgegen dem ursprünglichen Gesetzentwurf profitieren allerdings auch Altanlagen, die schon vor 2009 in einer den neuen Anforderungen entsprechenden Weise Wärme genutzt haben, von der Erhöhung – allerdings nur bis zu einer Leistung von 500 kW. Nicht abschließend geklärt ist, ob Altanlagen, die erstmals ab 2009 eine Wärmenutzung aufweisen, dabei die neuen Anforderungen gemäß Anlage 3 jedoch *nicht* erfüllen, wenigstens ihren Anspruch auf den KWK-Bonus in Höhe von 2 ct/kWh behalten. Der gesetzliche Wortlaut und Vertrauensschutzgründe sprechen dafür, diesen Altanlagenbetreibern den KWK-Bonus auf Grundlage des EEG 2004 zuzuerkennen.

Zwischen 2002 und Ende 2008 in Betrieb genommene Windenergieanlagen haben einen zeitlich befristeten Anspruch auf eine um den sogenannten Systemdienstleistungs-Bonus von 0,7 ct/kWh erhöhte Grundvergütung, soweit sie bis Ende 2010 entsprechend der noch zu erlassenden Verordnung nachgerüstet werden.

Für Windenergieanlagen, die schon bestehende Altanlagen ersetzen (Repowering-Anlagen), gelten zukünftig die bisherigen (günstigeren) Anfangsvergütungssätze der ersetzten Altanlagen noch so lange fort, wie die ersetzten Anlagen diese noch erhalten hätten. Zugleich werden auch die gesetzlichen Anforderungen an die Einstufung als Repowering-Anlage abgesehen.

► Änderung des Anlagenbegriffs – Rechtsschutz für Altanlagen

Während nach dem EEG 2004 für die Zusammenfassung mehrerer Anlagen zu einer Anlage entscheidend war, ob zwischen den Anlagen eine „unmittelbare Verbindung mit gemeinsamen für den Betrieb technisch erforderlichen Einrichtungen oder baulichen Anlagen“ besteht, ist der Anlagenbegriff in § 19 Abs. 1 EEG 2009 sehr viel weiter gefasst. Danach gelten mehrere Anlagen bereits dann als eine Anlage, wenn sie sich in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden und innerhalb von 12 aufeinander folgenden Monaten in Betrieb gesetzt worden sind.

Die neue Regelung soll dabei auch für vor dem 1.1.2009 in Betrieb genommene Anlagen gelten. Hier bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, wird somit doch empfindlich in einen Vertrauenstatbestand eingegriffen. Für die

Betreiber von mehreren in räumlicher Nähe stehenden Anlagen, die bislang als getrennte Anlagen zu werten waren, kann die Neuregelung aufgrund der gleitenden Vergütungssätze zu **erheblichen Vergütungseinbußen** führen. Insbesondere den Betreibern von in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander stehenden Biogasanlagen droht hier eine unangenehme Überraschung zum Jahreswechsel 2008/2009.

Aus der Begründung des ursprünglichen Gesetzentwurfs – die offizielle Begründung zum EEG 2009 steht noch aus – ergibt sich dabei, dass die Regelung dazu dienen soll, das allein zum Zwecke der Vergütungsoptimierung erfolgende Anlagensplitting zu verhindern. Soweit die Errichtung mehrerer Anlagen in räumlicher Nähe (auch) aus anderen Gründen erfolgt ist, sind diese daher auch weiterhin nicht zu einer Anlage zusammenzufassen. Gleichwohl ist zu erwarten, dass die Anwendung des neuen Anlagenbegriffs in einer Vielzahl von Fällen zum Rechtsstreit – insbesondere im einstweiligen Rechtsschutz – führen wird. Nicht auszuschließen ist dabei, dass die Regelung, die rückwirkend in einen Vertrauensstatbestand eingreift, letztlich dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung vorgelegt wird. Hierzu kommt es, wenn ein im Einzelfall mit der Höhe des Vergütungsanspruchs befasstes Zivilgericht die Regelung für verfassungswidrig hält.

Fazit: Trotz heftiger Kritik und der ablehnenden Haltung des Bundesrates hat der Gesetzgeber die rückwirkende Änderung des Anlagenbegriffs endgültig beschlossen. Die verfassungsrechtlich fragwürdige Regelung kann erhebliche wirtschaftliche Folgen haben, so dass hier eine genaue rechtliche Prüfung jedes Einzelfalls zu empfehlen ist.

► **Biogaseinspeisung: Erneute Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen**

Mit der im April 2008 beschlossenen Novellierung der Gasnetzzugangsverordnung wurden wichtige Grundsteine für die Biogaseinspeisung gelegt, über die wir Sie in der letzten Ausgabe unseres Newsletters I 2008 informiert haben.

Dessen ungeachtet war im Vorfeld der Novellierung des EEG intensiv über eine mögliche Bevorteilung großer Gas-einspeiseanlagen gegenüber kleineren Einspeiseanlagen und der herkömmlichen Vor-Ort-Verstromung diskutiert worden. Die Befürchtungen beruhten darauf, dass sich die Vergütungshöhe entsprechend dem Gesetzentwurf ausschließlich nach der Leistung des jeweiligen biogas-verstromenden BHKW bestimmt – ganz gleich, ob das Biomethan aus einer

kleinen oder großen Aufbereitungsanlage stammt und auf wie viele BHKW das Biomethan verteilt wird. Der Umweltausschuss des Bundestages hat die Bedenken aufgegriffen und eine differenzierende Regelung beim Technologie-Bonus eingeführt: Danach besteht Anspruch auf den Technologiebonus in Höhe von 2 ct/kWh nur noch, wenn das eingesetzte Biogas aus einer Einspeiseanlage mit einer maximalen Einspeisekapazität von bis zu 350 Normkubikmetern je Stunde stammt. Bei einer höheren Kapazität beträgt der Anspruch auf den Technologiebonus nur noch 1 ct/kWh; ab einer Kapazität von 700 Normkubikmetern je Stunde besteht kein Anspruch.

Erleichterung bringt hingegen der im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens neu gefasste § 27 Abs. 2 EEG 2009. Danach gilt das in einem BHKW eingesetzte Erdgas auch dann als Biomasse, wenn es *am Ende eines Kalenderjahres* der an anderer Stelle eingespeisten Biogasmenge entspricht. Eine vorzeitige Einspeisung des Biomethans ist somit nicht mehr erforderlich, solange die Ein- und Ausspeisemengen zum Jahresende ausgeglichen sind. Dem Gasnetz kommt insoweit eine begrenzte „Kreditfunktion“ zu. Dennoch sollten Anlagenbetreiber hier vorsichtig sein: Das Ausschließlichkeitsprinzip gilt auch weiterhin und macht einen Mengenausgleich zum Jahresende zwingend erforderlich – andernfalls drohen der Verlust des Vergütungsanspruchs und Rückzahlungsansprüche des Netzbetreibers.

► **Gründung einer Internationalen Agentur für Erneuerbare Energien geplant**

Die deutsche Bundesregierung ist eine der treibenden Kräfte hinter der Initiative zum Aufbau einer neuen internationalen Einrichtung zur Förderung des weltweiten Einsatzes erneuerbarer Energien. Um diese Idee voranzutreiben, lud die Bundesregierung im April dieses Jahres zu einer vorbereitenden Konferenz mit dem Ziel der Gründung einer Internationalen Agentur für Erneuerbare Energien (IRENA) nach Berlin ein. IRENA soll ein Motor für die fortgesetzte Verbesserung der ordnungspolitischen Rahmenbedingungen für erneuerbare Energien wie auch für bessere Finanzierungsmechanismen weltweit sein. Zugleich soll sie als Plattform und Koordinator für Know-how- und Technologietransfer auf diesem Gebiet dienen. Die IRENA-Gründungskonferenz ist für den November dieses Jahres in Deutschland geplant.

► Rechtsprechungsreport

Kein Bonus bei der Verbrennung von Altholz

BGH, Urteil vom 4. April 2007, Az VIII ZR 139/06

Die Grenzen zwischen gewöhnlicher Biomasse und solcher, die zur Geltendmachung des NawaRo-Bonus berechtigt, sind weiterhin in Diskussion. Eine Besonderheit ist dabei, dass bei der Verbrennung von Holz abweichend von dem gewöhnlichen NawaRo-Bonus in Höhe von 6 bzw. 4 ct/kWh nur ein geringer Bonus in Höhe von 2,5 ct/kWh zu zahlen ist.

Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob der Bonus in Höhe von 2,5 ct/kWh für die Leistung zwischen 500 kW und 5 MW (vgl. § 8 Abs. 2 S. 2 EEG 2004) auch zu zahlen ist, wenn es sich bei dem als Brennstoff eingesetzten Holz um Altholz handelt. Die Entscheidung des BGH ist eindeutig: Der Bonus setzt voraus, dass bei der Verbrennung ausschließlich solches Holz eingesetzt wird, das keiner weiteren als der zur Ernte, Konservierung oder Nutzung in der Biomasseanlage erfolgten Aufbereitung oder Veränderung unterzogen wurde (im Folgenden NawaRo-fähiges Holz). Dies ergebe sich sowohl aus dem Wortlaut, als auch aus der Gesetzessystematik und dem Sinn und Zweck der Regelung. Der Gesetzgeber wollte danach die Verbrennung von NawaRo-fähigem Holz in großen Anlagen nur eingeschränkt fördern, um Fehlanreize zu vermeiden. Die Verbrennung oder sonstige Nutzung von Altholz sollte hingegen nur im Rahmen der Mindestvergütung und nicht durch einen eigenen Bonus gefördert werden.

Fazit: Das Urteil überzeugt. Mit der notwendigen Klarheit und in gebotener Kürze hat der BGH festgestellt, dass der Bonus für die Verbrennung von Holz den NawaRo-Bonus einschränkt und nicht etwa einen zusätzlichen Bonus für die energetische Verwertung von Altholz schafft. Beim Einsatz von Altholz beschränkt sich der Anspruch des Anlagenbetreibers daher auf die Mindestvergütung. Aufgrund des Ausschließlichkeitsprinzips gilt dies auch, wenn nur geringe, nicht als Stützfeuerung erforderliche Mengen Altholz eingesetzt werden.

Rückforderung von Netzausbaukosten

BGH, Urteil vom 27. Juni 2007, Az. VIII ZR 149/06

Nach einem Urteil des BGH können von einem Anlagenbetreiber an den Netzbetreiber gezahlte Baukostenzuschüsse unter Umständen zurückverlangt werden.

Zu entscheiden war über die Kostentragung beim Anschluss von mehreren Windenergieanlagen. Der Anlagenbetreiber hatte mit dem Netzbetreiber einen Netzanschlussvertrag geschlossen, in dem zugleich die Zahlung eines für den Bezug des Betriebsstroms notwendigen Baukostenzuschusses geregelt war.

Der BGH begründet seine Entscheidung unter Hinweis auf § 13 Abs. 2 EEG, wonach die Kosten des Netzausbaus zur Abnahme und Übertragung des EE-Stroms der Netzbetreiber trägt. Zwar verstoße eine Regelung, die abweichend davon bestimmt, dass der Anlagenbetreiber die Netzausbaukosten trägt, nicht gegen ein gesetzliches Verbot. Allerdings sei eine entsprechende Vereinbarung unwirksam, wenn sie auf einem vorformulierten Schreiben des Netzbetreibers beruht. Hintergrund ist, dass bei sogenannten Formulklauseln eine Inhaltskontrolle vorgenommen wird. Der BGH ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Überwälzung der nach dem Gesetz vom Netzbetreiber zu tragenden Netzausbaukosten auf den Anlagenbetreiber zu einer unangemessenen Benachteiligung desselben führt.

Dass der Baukostenzuschuss hier ausweislich der vertraglichen Vereinbarung nicht für die Stromeinspeisung, sondern für den Bezug des Betriebsstroms gezahlt worden ist, steht dem nach Ansicht des BGH nicht entgegen. Da mengenmäßig mehr Strom in das Netz eingespeist, als für den Eigenbedarf der Anlagen aus dem Netz bezogen werde, seien keine über den Netzausbau nach § 13 Abs. 2 EEG hinausgehenden Maßnahmen des Netzausbaus erforderlich gewesen.

Fazit: Dem Urteil kommt erhebliche praktische Bedeutung zu. Allzu häufig enthalten die mit dem Netzbetreiber vereinbarten Preise für die Herstellung des Netzanschlusses vom Netzbetreiber zu tragende Netzausbaukosten. Diese können zurückgefordert werden, wenn es sich – was regelmäßig der Fall ist – bei dem zu Grunde liegenden Netzanschluss-, Stromeinspeise- oder ähnlichem Vertrag um einen vorformulierten Vertrag handelt. Zu beachten ist, dass die Rückforderungsansprüche einer Verjährungsfrist von drei Jahren unterliegen – im Jahr 2005 gezahlte Netzausbaukosten können daher meist nur noch bis Ende 2008 zurückgefordert werden.

Anspruch auf Netzausbau vor Anlagenerrichtung

BGH, Urteil vom 18. Juli 2007, Az. VIII ZR 288/05

Netzbetreiber sind nach einer Entscheidung des BGH bereits vor Errichtung einer EE-Anlage auf Antrag des Einspeisewil-

ligen verpflichtet, den für den Anschluss der Anlage erforderlichen Netzausbau vorzunehmen. Der im EEG normierte Anspruch auf Netzausbau besteht danach bereits mit Erteilung der bau- oder immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Handelt es sich um ein genehmigungsfreies Vorhaben, besteht der Anspruch, sobald die Planung – beispielsweise durch Abschluss der Herstellungsverträge – hinreichend konkretisiert ist. Den Anspruch kann der Einspeisewillige unabhängig davon geltend machen, ob er selbst oder ein Investor letztlich die Errichtung und der Betrieb vornehmen soll.

Der BGH trifft hinsichtlich des Zeitpunkts der Anspruchsentstehung somit eine deutliche Unterscheidung zwischen Netzausbau und Netzanschluss. Der Netzanschluss kann nämlich nach Ansicht des BGH erst verlangt werden, wenn die Anlage bereits errichtet ist. Zuvor kann der Anlagenbetreiber lediglich im Wege der Feststellungsklage die gerichtliche Feststellung des gesetzlichen Verknüpfungspunkts verlangen.

Die Unterscheidung begründet der BGH mit dem gesetzlichen Wortlaut, der zwischen Anlagenbetreiber und Einspeisewilligem unterscheidet. Der Anspruch auf Netzausbau stehe bereits dem Einspeisewilligen zu und setze daher die Errichtung und den Betrieb der Anlage nicht notwendig voraus. Hintergrund der Entscheidung ist, dass erst durch den Netzausbau die technischen Voraussetzungen für die Stromeinspeisung an dem gesetzlichen Netzverknüpfungspunkt geschaffen werden. Nicht zuletzt, um unnötige Verzögerungen bei der Stromeinspeisung zu vermeiden, geht der Anspruch auf Netzausbau dem Anspruch auf Netzanschluss dann zeitlich vor.

Zum Schluss des Urteils stellt der BGH klar, dass auch eine Erweiterung des Netzes zum Netzausbau zählt, wenn die neu zu errichtende Leitung lediglich der Weiterleitung des Stroms vom Netzverknüpfungspunkt (hier eine 10 kV-Station) dient.

Fazit: Wer in Besitz einer bau- oder immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für eine EE-Anlage ist, kann somit schon vor Errichtung der Anlage vom Netzbetreiber einen wirtschaftlich zumutbaren Netzausbau verlangen, wenn dies erforderlich ist, um die technische Eignung des Netzes am Verknüpfungspunkt herzustellen. Dass der Anspruch auf Netzanschluss hingegen nach Ansicht des BGH erst mit Errichtung der Anlage entsteht, kann in der Praxis durchaus zu Verzögerungen bei der Einspeisung führen und erscheint daher fragwürdig.

Zeitpunkt der Inbetriebnahme einer Biomasseanlage

OLG Koblenz, Urteil vom 6.11.2007, Az. 11 U 439/07

Das OLG Koblenz hat in einem Urteil festgestellt, dass der Zeitpunkt der Inbetriebnahme einer Biomasseanlage allein davon abhängt, ab wann die Anlage betriebstechnisch in der Lage ist, Strom aus Erneuerbaren Energien zu erzeugen. Damit bestätigt das OLG Koblenz die Rechtsprechung des OLG Oldenburg aus dem Jahr 2006 (Az. 14 U 123/05).

Die Beklagte hat eine Biogasanlage errichtet. Vor endgültiger Fertigstellung und Anschluss des Fermenters im Januar 2004 hatte die Beklagte die Anlage allerdings seit Dezember 2003 schon als KWK-BHKW mit fossilen Brennstoffen betrieben. Der Netzbetreiber, der hier auf Rückzahlung der nach dem EEG 2004 gezahlten Vergütung klagt, ist der Ansicht, dass die Anlage schon aufgrund des fossilen KWK-Betriebs und damit vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb genommen worden sei. In der Folge bestehe der Vergütungsanspruch nur auf Grundlage des für die im Jahr 2003 in Betrieb genommene Anlage geltenden EEG 2000.

Das OLG lehnte die Rückforderung des Netzbetreibers ab, da für die Inbetriebnahme allein entscheidend sei, ab welchem Zeitpunkt eine Anlage zur Erzeugung von EE-Strom betriebstechnisch erstmals in der Lage ist. Hierbei betont das OLG, dass zu einer solchen Anlage bei Biomasseverstromung auch ein (betriebsbereiter) Fermenter gehöre. Eine Anlage, die zwar schon vor dem 1. Januar 2004 „in Betrieb gesetzt“ worden war, jedoch bis zu diesem Zeitpunkt nicht der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien diene, sei keine Anlage im Sinne des § 3 Abs. 2 EEG. Die Inbetriebsetzung einer solchen nicht vom EEG erfassten Anlage schon vor dem 1. Januar 2004 stehe also dem Vergütungsanspruch für die erst nach diesem Zeitpunkt aufgenommene Erzeugung von EE-Strom nicht entgegen. Die für eine Vergütung nach dem EEG 2004 entscheidende Inbetriebnahme erfolge erst zu dem Zeitpunkt, ab dem die Anlage der Erzeugung von EE-Strom diene.

Fazit: Die Entscheidung des OLG Koblenz führt die Rechtsprechung zum Inbetriebnahmezeitpunkt konsequent fort. Sie überzeugt dabei nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung: Die Inbetriebnahme bestimmt sich allein nach dem Zeitpunkt der erstmaligen Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien. Am Rande hat das Gericht damit auch klargestellt, dass gebrauchte Generatoren, die nach jahrelangem fossilen Einsatz beispielsweise auf Biogas umgestellt werden, nach dem EEG 2004 erst zum Zeitpunkt

der Umstellung in Betrieb genommen werden. Für Anlagen, die erst nach dem 31.12.2008 auf die Erzeugung von EE-Strom umstellen, gilt allerdings der neue Inbetriebnahmebegriff und damit die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage unabhängig vom Energieträger.

Und noch ein weiteres lässt sich der Entscheidung des OLG Koblenz inzidenter entnehmen: Für ein BHKW, das im Zusammenhang mit einer noch nicht fertig gestellten Biogasanlage zunächst mit Pflanzenöl in Betrieb gesetzt wird, ist dieser Zeitpunkt bei der Beurteilung des Inbetriebnahmezeitpunktes maßgeblich. Auch die endgültige Fertigstellung der Biogasanlage vermag dies dann nicht mehr zu ändern.

Einsatz von Betriebshilfsmitteln zulässig

OLG Naumburg, Urteil vom 27.3.2008, Az. 9 U 105/07

Im Mai 2007 hatte das Landgericht Halle/Saale mit einem wenig fundierten Urteil über die Zulässigkeit des Betriebshilfsmittel Einsatzes in Biogasanlagen für Verunsicherung in der Branche gesorgt (vgl. Newsletter II 2007). Das OLG Naumburg gibt jetzt Entwarnung: Der Einsatz nicht-energetischer Zusatzstoffe verstößt nicht gegen das Ausschließlichkeitsprinzip und steht folglich dem EEG-Vergütungsanspruch nicht entgegen.

Der Entscheidung des OLG Oldenburg lag der bereits aus dem Urteil des Landgerichts Halle bekannte Sachverhalt zu Grunde. Die Klägerin betreibt danach eine Biogasanlage, in der Gülle, Mais- und Grassilage vergoren werden. Die Klägerin setzte in der Anlage den Zusatzstoff „meth-max“ ein. Dabei handelt es sich um ein nicht-energetisches, zu 90 % aus Mineralien bestehendes Alumosilikat, welches dazu dient, den Gärungsprozess zu stabilisieren und die Lebensbedingungen der eingesetzten Mikroorganismen zu optimieren. Die Beklagte, in deren Netz die Klägerin den Biomassestrom einspeist, war der Auffassung, sie sei aufgrund des Einsatzes von „meth-max“ und der daraus folgenden Verletzung des Ausschließlichkeitsprinzips nicht mehr zur Vergütung des eingespeisten Stroms verpflichtet.

Nachdem das LG Halle die Klage zunächst abgewiesen hatte, hat das OLG Naumburg nunmehr im Berufungsverfahren entschieden, dass der Einsatz von Betriebshilfsmitteln der oben genannten Art im Rahmen der Biogaserzeugung weder die EEG-Grundvergütung, noch den NawaRo-Bonus ausschließt. Das Ausschließlichkeitsprinzip bezieht sich dem Gericht zufolge lediglich auf die „Einsatzstoffe“, womit wiederum nur die eingesetzten Energieträger gemeint sind.

Lediglich beim Betrieb verwendete Hilfsmittel, die nicht selbst energetisch genutzt werden, sind dagegen nicht vom Ausschließlichkeitsprinzip des EEG umfasst; dies gelte für Zusatzstoffe wie „meth-max“ genauso wie für das in Biogasanlagen eingesetzte Wasser oder das im BHKW eingesetzte Motoröl. Auch der Ansicht der Beklagten, das sich aus dem Wortlaut des § 8 Abs.1 Satz1 EEG ergebende „anlagenbezogene Ausschließlichkeitsprinzip“ verbiete den Einsatz von Betriebshilfsmitteln, erteilt das Gericht unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung und nicht zuletzt auch auf die Neuformulierung des Wortlauts im § 27 Abs.1 Satz 1 EEG 2009 eine deutliche Absage. Schließlich entspricht die Zulässigkeit nicht-energetischer Betriebshilfsmittel nach Ansicht des OLG auch der gesetzgeberischen Zielsetzung, die die Steigerung der Gasausbeute durch Weiterentwicklung entsprechender Technologien verfolgt.

Fazit: Das OLG Naumburg zieht bei der Beurteilung des Einsatzes von Betriebshilfsmitteln eine überzeugende Parallele zum gesetzgeberischen Ziel einer anlagentechnischen Effizienzsteigerung, welches nicht zuletzt in der Gewährung des Technologiebonus seinen Ausdruck findet. Eine Zulässigkeit ähnlich effizienzsteigernder biochemischer Innovationen – die ökologische Unbedenklichkeit der verwendeten Zusatzstoffe vorausgesetzt – erscheint vor diesem Hintergrund nur konsequent und dürfte auch Eingang in die offizielle Begründung zum EEG 2009 finden.

➤ Marktplatz Energie

(Stand: 23.07.2008; Quelle: EEX, BKWK e.V.)

Preisentwicklung für Stromlieferungen:

	Strompreis für Lieferungen in 2009	Vergleichswert Strompreis für Lieferungen in 2008 (Preisstand: Juli 2007)
base cal:	78,36 €/MWh	55,15 €/MWh
peak cal:	113,80 €/MWh	79,12 €/MWh

Einspeisevergütung für KWK-Strom („üblicher Preis“ gemäß § 4 Abs. 3 Satz 3 KWKG)

2. Quartal 2008	2. Quartal 2007
65,54 €/MWh	33,21 €/MWh

Emissionshandel: European-Carbon-Futures

Preis für ein CO₂-Emissionszertifikat

für 2008:	24,68 €/t CO ₂
für 2009:	25,83 €/t CO ₂

► **Seminare und Workshops**

ETP-Seminar „1 x 1 der Erneuerbaren Energien“

IIR Deutschland GmbH

29. – 30. Juli 2008 in München

Rechtsanwalt Hartwig von Bredow

„Wärme aus Erneuerbaren Energien“

„Biomasse: Energieträger von Strom und Wärme“

Rechtsanwalt Dominik Müller, LL.M.

„Strom aus Erneuerbaren Energien“

www.iir.de

**Inhouse-Workshop zu aktuellen Fragen des EEG,
KWKG und der Energieeffizienz**

Rechtsanwälte Schnutenhaus & Kollegen

24. September 2008 nachmittags in Berlin

► **Veröffentlichungen**

Rechtsanwalt Hartwig von Bredow

Wärme-Contracting mit Biogas:

Rechtsrahmen eines Zukunftsmodells

Contracting und Recht (CuR), 2/2008, S. 45-53.

Rechtsanwalt Hartwig von Bredow

Vertragliche Grundlagen der Wärmelieferung

BIOGAS Journal, 2/08, S. 84.

► **Impressum:**

Herausgeber, Druck und Redaktion:

Schnutenhaus & Kollegen

Rechtsanwälte

Reinhardtstraße 29 B, 10117 Berlin

Telefon: (030) 25 92 96 30; Telefax: (030) 25 92 96 40

E-Mail: info@schnutenhaus-kollegen.de

Ansprechpartner: Rechtsanwalt Hartwig von Bredow

Dieser Newsletter ist urheberrechtlich geschützt. Er dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Rechtsberatung im Einzelfall. Für die Angaben in diesem Newsletter werden keine Gewähr und Haftung übernommen.