

Rechtsanwälte *Dr. Hartwig von Bredow* und *Dr. Steffen Herz*, Berlin\*

## Das Urteil des OLG Naumburg vom 16. 5. 2013 zum Anlagenbegriff und seine Folgen

Eine kritische Betrachtung unter Berücksichtigung von BGH, Urteil vom 23. 10. 2013 – VIII ZR 262/12

### I. Einleitung

Zu keinem Energieträger ist die Diskussion um den Anlagenbegriff so sehr entbrannt wie zum Biogas. Bei über 8.000 Biogasanlagen in Deutschland besteht allerdings auch eine schier unendliche Vielfalt an Anlagengestaltungen und entsprechend groß ist die Zahl potentieller rechtlicher Streitfragen. So gibt es einzelne Biogasanlagen mit mehreren Blockheizkraftwerken, teilweise auch mit sog. „Satelliten-BHKW“, große Anlagenparks, in denen mehrere Dutzend Biogasanlagen unmittelbar nebeneinander betrieben werden, Biogaseinspeiseanlagen und BHKW, die mit Erdgas betrieben werden, das rein bilanziell als Biomethan gilt. Zudem sind viele Biogasanlagen erst über die Jahre zu dem geworden, was sie heute sind: Mal wird ein Gärrestlager oder Fermenter hinzugebaut, dann ein BHKW oder eine Biogaseinspeiseanlage. In anderen Fällen werden zwei kleine BHKW gegen ein großes BHKW ausgetauscht, gegebenenfalls um einen Satelliten-Standort zu erschließen, oder zwei kleine gegen ein größeres. Die neu hinzukommenden BHKW stammen dabei womöglich von einer anderen Biogasanlage, an der sie schon Jahre lang im Einsatz waren.

In all diesen Konstellationen stellen sich die folgenden Fragen: Handelt es sich noch um die ursprüngliche EEG-Anlage? Ist das Ganze als eine einheitliche EEG-Anlage zu werten oder liegen mehrere Anlagen vor? Welches Inbetriebnahmejahr ist für die Ermittlung der Vergütungssätze zugrunde zu legen? Der BGH hat mit Urteil vom 23. 10. 2013<sup>1</sup> einige dieser Rechtsfragen entschieden und dabei manche wegweisende Feststellung getroffen, die für die Biogasbranche weitreichende Konsequenzen haben wird. Zu diesem Urteil wird in der Fachliteratur in den kommenden Wochen und Monaten sicherlich noch eine Menge geschrieben.<sup>2</sup> Im Rahmen dieses Beitrages wollen wir unseren Blick aber auf eine Entscheidung des OLG Naumburg vom 16. 5. 2013<sup>3</sup> richten, dem ebenfalls eine erhebliche Bedeutung für die Praxis zukommt und zu dem auch nach Erlass des BGH-Urteils noch einige kritische Anmerkungen zu machen sind.

Der vom OLG Naumburg entschiedene Fall hatte dabei fast familienrechtliche Züge (näher zum Sachverhalt vgl. Ziffer III 1): Im Mittelpunkt standen zwei Biogasanlagen, die sich zwar in räumlicher Nähe zueinander befinden, aber keine engeren Bindungen mehr aufweisen. Jede der beiden Biogasanlagen hat

das Sorgerecht für eines der beiden gemeinsamen Kinder, BHKW 1 und 2. Beide Biogasanlagen versorgen zudem abwechselnd ein gemeinsames Adoptivkind, das zuvor ein eher unschönes Dasein auf einer Mülldeponie gefristet hatte.

### II. Diskussionsstand zum Anlagenbegriff

Zunächst soll jedoch der Diskussionsstand zum Anlagenbegriff im EEG kurz skizziert werden. Der Anlagenbegriff ist seit vielen Jahren umstritten. Schon zum EEG 2004 wurden hier verschiedene Ansichten vertreten. Nach Inkrafttreten des EEG 2009 haben sich im Wesentlichen zwei Auffassungen herausgebildet:

Auf der einen Seite steht der sog. „weite Anlagenbegriff“, dem sich sämtliche damit befassten Oberlandesgerichte – einschließlich des OLG Naumburg in dem hier besprochenen Fall und zuletzt auch der BGH in einer umfangreich und sorgfältig begründeten Entscheidung – angeschlossen haben.<sup>4</sup> Nach diesem ist nicht jedes BHKW eine eigene Anlage im Sinne des EEG, sondern vielmehr bildet die Gesamtheit der zur Biogasanlage zählenden Komponenten eine Gesamtanlage.<sup>5</sup> In der Folge bilden mehrere BHKW, in denen das in den Fermentern derselben Biogasanlage erzeugte Biogas vor Ort eingesetzt wird, gemeinsam eine einheitliche EEG-Anlage. Werden später weitere BHKW

\* Dr. Hartwig von Bredow und Dr. Steffen Herz sind Rechtsanwälte in der Kanzlei von Bredow Valentin Rechtsanwälte in Berlin.

1 BGH, Ur. v. 23. 10. 2013 – VIII ZR 262/12 REE 2013, 226 [in diesem Heft].

2 Eine erste Kommentierung dieses Urteils durch die Verfasser ist abrufbar unter [www.vonbredow-valentin.de](http://www.vonbredow-valentin.de)

3 OLG Naumburg, Ur. v. 16. 5. 2013 – 2 U 129/12, REE 2013, 172.

4 BGH, Ur. v. 23. 10. 2013 – VIII ZR 262/12, REE 2013, 226; OLG Düsseldorf, Ur. v. 5. 12. 2012 – VI-2 U (Kart) 7/12, REE 2013, 33; OLG Brandenburg, Ur. v. 17. 7. 2012 – 6 U 50/11, REE 2012, 94; OLG Brandenburg, Ur. v. 16. 9. 2010 – 12 U 79/10, NVwZ 2011, 700. Auch das OLG Stuttgart, Ur. v. 25. 5. 2012 – 3 U 193/11, REE 2012, 94, hat sich dem weiten Anlagenbegriff angeschlossen, wobei sich das Urteil auf Wasserkraftanlagen bezog.

5 Eingehend zum weiten Anlagenbegriff auch Weißenborn, REE 2013, 155, m. w. N.

hinzugebaut, werden auch diese Bestandteil der bestehenden Anlage und übernehmen daher auch deren Inbetriebnahmedatum.

Auf der anderen Seite steht der „enge Anlagenbegriff“, der insbesondere von der Clearingstelle EEG vertreten wird.<sup>6</sup> Danach weist im Regelfall bereits jedes BHKW für sich genommen alle notwendigen Bestandteile auf, um als Anlage im Sinne des EEG zu gelten. Ob auch die Fermenter Bestandteil dieser EEG-Anlage sind, hat die Clearingstelle EEG in ihrer Empfehlung letztlich offengelassen.<sup>7</sup> Es handele sich jedenfalls nicht um einen notwendigen Bestandteil der EEG-Anlage. Die gemeinsame Nutzung der Fermenter durch mehrere BHKW – mit anderen Worten: der Umstand, dass das Biogas aus den Fermentern in mehreren BHKW verstromt wird – führe deshalb nicht dazu, dass die BHKW zu einer Gesamtanlage verklammert werden. Nach Auffassung der Clearingstelle EEG werden mehrere BHKW allenfalls nach der Vorschrift des § 19 Abs. 1 EEG bei der Vergütungsermittlung zusammengefasst. Eine solche Zusammenfassung wirkt sich jedoch immer nur auf die Zuordnung des Stroms zu den verschiedenen Leistungsstufen, nicht jedoch auf das (tatsächliche) Inbetriebnahmejahr des jeweiligen BHKW aus.

Die rechtliche Diskussion um den Anlagenbegriff hat viele Anlagenbetreiber und Investoren verunsichert und zu einigen Rechtsstreitigkeiten geführt. Der Gesetzgeber hätte hier schon längst für Klarheit sorgen können, die Novellierungen des Gesetzes zum 1. 1. 2009 und zum 1. 1. 2012 hätten sich dafür angeboten. Der Gesetzgeber hat hiervon aber abgesehen und die Klärung dieser Rechtsfrage der Rechtsprechung überlassen. Nach Erlass des BGH-Urteils vom 23. 10. 2013 dürfte die Rechtssicherheit deutlich zunehmen, wenngleich die Entscheidung des BGH auch neue Fragen aufwirft.

### III. Das Urteil des OLG Naumburg

Dass mit der Entscheidung des BGH für den weiten Anlagenbegriff längst nicht alle sich in diesem Zusammenhang stellenden Rechtsfragen abschließend geklärt sind, zeigt exemplarisch das Urteil des OLG Naumburg vom 16. 5. 2013. Das OLG Naumburg hatte sich hier mit einem in seiner Komplexität durchaus typischen Fall zu befassen.

#### 1. Zum Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung war die Klage eines Anlagenbetreibers gegen den zuständigen Netzbetreiber auf eine höhere EEG-Vergütung. Nachdem die Klage in erster Instanz abgewiesen worden war,<sup>8</sup> verfolgte der Kläger sein Begehren mit der Berufung zum OLG Naumburg weiter.

Der Kläger betreibt zwei im Jahr 2008 in Betrieb genommene Biogasanlagen, die sich in räumlicher Nähe zueinander befinden und jeweils über ein BHKW verfügen, das ausschließlich mit Biogas aus der ihm zugeordneten Biogasanlage versorgt

wird. Mit Biogas aus beiden Biogasanlagen wird allerdings ein drittes BHKW beliefert, das sich in etwa 100 bis 150 Meter Entfernung befindet (im Folgenden BHKW 3). Eine Vermischung des Biogases aus den beiden Biogasanlagen ist dabei aufgrund entsprechender technischer Vorrichtungen ausgeschlossen. Eine Belieferung mit Biogas kann aufgrund eines speziell installierten Sperrventils immer nur entweder aus der Biogasanlage 1 oder der Biogasanlage 2 erfolgen.<sup>9</sup> Das dritte BHKW war dem Klägervortrag zufolge ursprünglich im Jahr 2006 mit Deponiegas in Betrieb genommen worden und im Jahr 2008 dann zu den Biogasanlagen hin versetzt worden. Nach Auffassung des Klägers stellen seine drei BHKW jeweils selbständige Anlagen dar, die weder auf Grundlage des weiten Anlagenbegriffs noch nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 zusammenzufassen sind.

#### 2. Entscheidungsgründe

Das OLG Naumburg ist dieser Auffassung nicht gefolgt. Ohne näher darauf einzugehen, ob das dritte, etwas abgesetzt stehende BHKW (im Folgenden BHKW 3) als sog. „Satelliten-BHKW“ und damit bereits aufgrund der räumlichen Entfernung als eigenständige Anlagen einzustufen ist, bewertet das OLG Naumburg zunächst auf der Grundlage des weiten Anlagenbegriffs alle BHKW die – zumindest zeitweise – durch die gleiche Biogaserzeugungsanlage mit Biogas versorgt werden, als Bestandteil derselben Biogasanlage. Nach Ansicht des OLG Naumburg liegen hier zwei getrennte Anlagen vor. Das BHKW 3 sei hingegen je nachdem, woher das gerade eingesetzte Biogas stammt, entweder der Anlage 1 oder der Anlage 2 zuzuordnen.

Die beiden Biogasanlagen und die jeweils an diesen betriebenen BHKW sind nach Auffassung des OLG Naumburg dann aber auf der Grundlage des § 19 Abs. 1 EEG 2009 zusammenzufassen. Nach dieser Bestimmung gelten Anlagen, die u. a. in räumlicher Nähe zueinander stehen und den Strom aus gleichartigen erneuerbaren Energien erzeugen, zum Zweck der Vergütungsermittlung als eine Anlage, wenn sie innerhalb von 12 Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind. Diese Voraussetzungen sind nach Ansicht des OLG Naumburg hier erfüllt. Die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des § 66 Abs. 1 a EEG 2009, wonach modulare Anlagen getrennt zu vergüten sind, wenn sie nicht über gemeinsam genutzte bauliche Anlagen verfügen, finden nach Ansicht des OLG Naumburg keine Anwendung. Die Anlagen seien aufgrund der gemeinsamen Nutzung u. a. von Zu- und Ableitungen, des Gülleendlagers und

6 Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 1. 7. 2010 – 2009/12, abrufbar unter [www.clearingstelle-eeg.de](http://www.clearingstelle-eeg.de).

7 Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 1. 7. 2010 – 2009/12, Rdnr. 101.

8 LG Halle, Urte. v. 27. 7. 2012 – 5 O 650/11 [unveröffentlicht].

9 OLG Naumburg, Urte. v. 16. 5. 2013 – 2 U 129/12, REE 2013, 172 (173).

des Fahrtilos durch bauliche Anlagen unmittelbar miteinander verbunden.

#### IV. Kritische Würdigung des Urteils des OLG Naumburg

Dass sich das OLG Naumburg – wie schon alle Obergerichte zuvor – dem weiten Anlagenbegriff bei Biogasanlagen angeschlossen hat, ist wenig überraschend. Dass das OLG Naumburg auf der Grundlage dieser Sichtweise die Berufung des Klägers abgewiesen hat, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Allerdings vermag die vorgenommene rechtliche Bewertung im Einzelnen nicht zu überzeugen. Insbesondere hat sich das OLG Naumburg mit den eigentlich entscheidenden Fragen kaum auseinandergesetzt. Nachfolgend gehen wir auf die wichtigsten Aspekte ein.

##### 1. Eigenständigkeit des BHKW 3

Nur unzureichend setzt sich das OLG Naumburg mit der Frage auseinander, ob es sich bei dem BHKW 3 um ein als eigenständig zu bewertendes (Satelliten-)BHKW handelt.

Nach dem weiten Anlagenbegriff bilden Fermenter und BHKW zur Vor-Ort-Verstromung gemeinsam eine einheitlich zu bewertende EEG-Anlage. In der Praxis ist – gestützt auf die überwiegende Ansicht in der juristischen Literatur – allerdings auch nach dem weiten Anlagenbegriff allgemein anerkannt, dass BHKW, die sich in größerer räumlicher Entfernung von der Biogasanlage befinden, kein Bestandteil der Biogasanlage sind, sondern eine eigenständige EEG-Anlage darstellen.<sup>10</sup> Dieser Rechtsauffassung ist nun auch der BGH gefolgt: Eine Zusammenfassung mehrerer BHKW zu einer Gesamtanlage setzt nach Ansicht des BGH voraus, dass die BHKW in räumlicher oder gar in „unmittelbarer“ räumlicher Nähe zueinander betrieben werden.<sup>11</sup> Es spricht viel dafür, dass der BGH den für eine Zusammenfassung nach § 3 Abs. 1 EEG 2009 erforderlichen räumlichen Zusammenhang dabei enger fasst als die „unmittelbare räumliche Nähe“ im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009. Denn nach dem BGH kann der gemeinsame Anschluss mehrerer BHKW an einen Fermenter ein Indiz dafür sein, dass trotz der räumlichen Entfernung der BHKW und der damit verbundenen anlagenrechtlichen Selbständigkeit eine räumliche Nähe im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 gegeben ist.<sup>12</sup>

Einige Netzbetreiber machen bislang die Anerkennung der Eigenständigkeit von Satelliten-BHKW von weiteren Voraussetzungen abhängig, wie etwa dem Nachweis, dass technische oder betriebliche bzw. energiewirtschaftliche Gründe für die Errichtung des Satelliten-BHKW sprechen und es sich mithin nicht um eine ausschließlich unter Vergütungsgesichtspunkten gewählte Entscheidung handelt.<sup>13</sup> Wird beispielsweise ein Satelliten-BHKW in räumlicher Nähe zu einem Wärmeabnehmer installiert, ist dies in vielen Fällen technisch und energiewirtschaftlich sinnvoller, als das BHKW direkt am Standort der

Biogasanlage zu errichten und die Wärme über eine größere Entfernung zum Wärmeabnehmer zu transportieren. Anders als bei einer Wärmelieferung treten beim Transport von Rohbiogas zur Wärmesenke nahezu keine energetischen Verluste auf. Der Energieverbrauch für die notwendige Aufbereitung und Verdichtung des Rohbiogases wiederum ist – in Abhängigkeit von den konkreten Gegebenheiten und der räumlichen Entfernung – vielfach wesentlich geringer als die Wärmeverluste, die beim Transport der Wärme entstehen würden.

Ob es sich bei dem in 100 bzw. 150 Meter Entfernung von den Biogasanlagen errichtete BHKW 3 um ein Satelliten-BHKW und damit um eine eigenständige EEG-Anlage handeln könnte, wird vom OLG Naumburg den Urteilsgründen nicht thematisiert. Die Klägerin hatte insoweit zumindest vorgetragen, dass das BHKW 3 von den beiden Biogasanlagen räumlich getrennt sei und eine abweichende Wärmesenke erschließe. Zwar mag es im entschiedenen Fall durchaus fragwürdig gewesen sein, ob die an ein Satelliten-BHKW zu stellenden Voraussetzungen tatsächlich auch erfüllt waren. Dass das OLG Naumburg sich mit dieser Frage aber überhaupt nicht auseinandersetzt, ist doch überraschend.

So argumentiert das OLG Naumburg in den Entscheidungsgründen im Wesentlichen mit dem weiten Anlagenbegriff. Bei der Auslegung des Anlagenbegriffs in § 3 Nr. 1 EEG sei entscheidend die Energieerzeugungseinheit als zwingender Anlagenbestandteil. Eine solche Energieerzeugungseinrichtung könne aber immer erst dann zur Anlage im Sinne des EEG werden, sobald sie tatsächlich auch erneuerbare Energieträger einsetzt.<sup>14</sup> In der Folge könne der Bezug der erneuerbaren Energieträger und die Bewertung als eigenständige Anlage nicht getrennt voneinander erfolgen. Hieraus folgert das OLG, dass das BHKW 3 keine eigenständige EEG-Anlage darstellt. Das BHKW 3 sei erst dadurch überhaupt zu einer EEG-Anlage geworden, dass mit dem Anschluss an eine konkrete Biogasanlage die technische Betriebsbereitschaft zur Verwendung von Biogas hergestellt wurde.

Diese Argumentation ist ersichtlich zu kurz gegriffen und vermerkt Fragen des Anlagenbegriffs mit solchen der Inbetrieb-

10 Aus der juristischen Literatur vgl. hierzu etwa Loibl, *Der Anlagenbegriff des EEG*, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter (Hrsg.), *Biogasanlagen im EEG*, 3. Aufl. (2013), § 2 Rdnr. 104 ff.; Reshöft, in: Reshöft, *Kommentar zum EEG*, 3. Aufl. (2009), § 3 EEG, Rdnr. 40 ff.; Ekarth/Hennig, in: Frenz/Müggenborg, *Kommentar zum EEG*, 3. Aufl. (2013), § 3 EEG, Rdnr. 9; a.A. Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, *Kommentar zum EEG*, 3. Aufl. (2011), § 3 EEG, Rdnr. 25.

11 BGH, *Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12*, REE 2013, 226 [233: Selbständigkeit von BHKW aufgrund räumlicher Entfernung, 233: räumliche Nähe, 235: am selben Standort].

12 BGH, *Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12*, REE 2013, 226.

13 Ob diese von den Netzbetreibern aufgestellten Kriterien mit dem Urteil des BGH vereinbar sind, ist noch ungeklärt.

14 OLG Naumburg, *Urt. v. 16.5.2013 – 2 U 129/12*, REE 2013, 172 (174).

nahme. Dass ein BHKW nur dann eine EEG-Anlage ist bzw. erst dann zu einer solchen wird, wenn die technische Betriebsbereitschaft hergestellt ist und das BHKW Strom aus erneuerbaren Energien erzeugen kann, ist zutreffend. Daraus folgt aber nicht, dass Biogaserzeugungsanlagen oder andere bauliche Anlagen und BHKW, die von dem betreffenden BHKW räumlich getrennt sind, mit diesem immer eine einheitliche EEG-Anlage bilden.

Unstreitig ist etwa ein BHKW, das mit aus dem Erdgasnetz entnommenem (virtuellem) Biomethan betrieben wird, eine EEG-Anlage. Denn ein solches BHKW erzeugt Strom aus erneuerbaren Energien.<sup>15</sup> Daraus folgt aber nicht, dass das BHKW nur gemeinsam mit der sich womöglich mehrere hundert Kilometer entfernt befindlichen Biogaseinspeiseanlage eine EEG-Anlage bildet. Auch ist das Biomethan-BHKW nicht mit anderen BHKW, die Biomethan aus derselben Biogaseinspeiseanlage einsetzen, zu einer Anlage zusammenzufassen.<sup>16</sup>

Allein die Nutzung von Biogas aus denselben Fermentern kann – wie auch der BGH an mehreren Stellen zu erkennen gibt<sup>17</sup> – mithin noch nicht dazu führen, dass mehrere BHKW zu einer Gesamtanlage verbunden werden. Hinzukommen muss vielmehr, dass die BHKW auch nach baulichen und betrieblichen Maßstäben Bestandteil derselben Biogasanlage sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich mehrere BHKW direkt am Standort der Biogasanlage befinden und mit dieser baulich über entsprechende Rohbiogasleitungen verbunden sind. Auch im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz werden solche Anlagenkonstellationen in aller Regel einheitlich bewertet.

Vom Vorliegen einer Gesamtanlage kann – weder im Energierecht noch im Genehmigungsrecht – aber dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn die verschiedenen Einrichtungen räumlich voneinander entfernt sind und die bauliche Verbindung letztlich nur noch aus Infrastruktureinrichtungen besteht. So führt – wie bereits erläutert – etwa die Verbindung über das von unzähligen Anlagen und Verbrauchern genutzte Erdgasnetz sicherlich nicht dazu, dass alle an das Erdgasnetz angeschlossenen EEG-Anlagen eine Gesamtanlage bilden. Ebenso wenig wird ein BHKW, das sich in erheblicher räumlicher Entfernung von einer Pflanzenölraffinerie oder einer Biogasanlage befindet, als Bestandteil dieser Anlagen zu werten sein. Dies muss auch dann gelten, wenn das BHKW mit einer Biogasanlage über eine mehrere hundert Meter oder gar mehrere Kilometer lange (zumeist unterirdische) Rohbiogasleitung verbunden ist. Denn eine solche Rohbiogasleitung ist letztlich – ebenso wie das Erdgasnetz – eine Infrastruktureinrichtung. Bei ausreichender räumlicher Entfernung kann daher nicht mehr vom Vorliegen einer einheitlichen Anlage gesprochen werden.

Dass die Nutzung von Biogas aus denselben Fermentern nicht *per se* auf das Vorliegen einer Gesamtanlage im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2012 schließen lässt, zeigt in aller Deutlichkeit auch die gesetzliche Systematik. Legt man mit der ober- und höchstgerichtlichen Rechtsprechung und auch dem OLG Naumburg

den weiten Anlagenbegriff zugrunde, ist bei der Betrachtung mehrerer im Zusammenhang stehender BHKW zunächst zu prüfen, ob es sich um lediglich eine EEG-Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG handelt. Nur wenn dies nicht der Fall ist, soll in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die BHKW nach § 19 Abs. 1 EEG 2012 zum Zweck der Vergütungsermittlung als eine Anlage gelten. § 19 EEG ist dabei – nicht zuletzt unter Hinweis auf die systematische Stellung in Teil 3 (Einspeisevergütungen) des Gesetzes – nicht als Erweiterung des Anlagenbegriffs, sondern als eine spezielle Regelung ausschließlich zur Vergütungsermittlung zu sehen.<sup>18</sup>

Zum 1.1.2012 ist der im EEG 2009 weder in dieser noch in vergleichbarer Form enthaltene § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012 in Kraft getreten. Nach diesem gelten mehrere Anlagen unabhängig von den Anforderungen des § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012, unter anderem im Hinblick auf die räumliche Nähe, selbst dann zum Zweck der Vergütungsermittlung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage, wenn sie Strom aus Biogas erzeugen und einziges verbindendes Element ist, dass das Biogas aus derselben Biogaserzeugungsanlage stammt.<sup>19</sup>

In Anbetracht des § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012 können Biogas-BHKW dann aber nicht allein aufgrund des Umstands, dass sie Biogas aus derselben Biogaserzeugungsanlage nutzen, bereits eine Gesamtanlage im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2012 darstellen. Denn wäre dies der Fall, wäre § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012 ohne Anwendungsbereich. Die Regelung des § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012 verdeutlicht vielmehr, dass es – auch außerhalb der Biomethan-Verstromung – Fälle geben muss, in denen mehrere Biogas-BHKW, die das Biogas aus derselben Biogaserzeugungsanlage beziehen, keine Gesamtanlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2012 bilden. Der Gesetzgeber kann in diesem Zusammenhang wiederum nur die Satelliten-BHKW im Blick gehabt haben.

Das OLG Naumburg hätte sich mithin im Hinblick auf die Anlagenzusammenfassung nicht mit der Feststellung begnügen dürfen, dass das BHKW 3 Biogas aus denselben Fermentern wie die BHKW 1 und 2 einsetzt. Es hätte sich vielmehr die Frage stellen müssen, ob das BHKW 3 nach baulichen und betrieblichen Maßstäben Bestandteil dieser Biogasanlagen ist

15 Aus dem Erdgasnetz entnommenes Gas gilt unter den Voraussetzungen des § 27c Abs. 1 EEG 2012 als Biomethan und damit als Biomasse. Für den aus Biomethan erzeugten Strom besteht ein Anspruch auf die EEG-Vergütung nach § 27 EEG 2012.

16 So selbst Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, Kommentar zum EEG, 3. Aufl. (2011), § 3 EEG, Rdnr. 25.

17 BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, REE 2013, 226.

18 Siehe hierzu insbesondere Weißenborn, REE 2013, 155 (158 ff.).

19 Ausweislich des Wortlauts des § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012 gilt dies allerdings nicht für an das Erdgasnetz angeschlossene Biomethan-BHKW.

oder die Voraussetzungen für eine Bewertung als Satelliten-BHKW – insbesondere aufgrund einer hinreichenden räumlichen Entfernung von der Biogasanlage – erfüllt sind.

Ob in dem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall eine hinreichende räumliche Entfernung bestand, kann hier nicht abschließend beurteilt werden. Dagegen könnte sprechen, dass die Entfernung zu den Biogasanlagen nach den Feststellungen des Gerichts nur 100 bzw. 150 Meter betrug. In jedem Fall hätte das OLG Naumburg diesen Aspekt nicht gänzlich außen vor lassen dürfen.

## 2. Ein BHKW als Bestandteil von zwei Biogasanlagen?

Eine weitere aus rechtlicher Sicht wenig überzeugende Aussage des OLG Naumburg ist, dass die Klägerin zwei EEG-Anlagen wechselnder Zusammensetzung betreiben soll. Die Anlage 1 umfasst grundsätzlich die Biogaserzeugungsanlage 1 und das zugehörige BHKW 1. Die Anlage 2 umfasst zunächst die Biogaserzeugungsanlage 2 und das zugehörige BHKW 2. Das BHKW 3 sei zeitweise als Bestandteil der Anlage 1 und zeitweise als Bestandteil der Anlage 2 zu werten, je nachdem, aus welcher der beiden Biogasanlagen das im BHKW 3 eingesetzte Biogas gerade stammt.

Diese Auslegung vermag unter keinem Gesichtspunkt zu überzeugen. Soweit das BHKW 3 mangels räumlicher Entfernung nicht als eigenständige EEG-Anlage zu werten ist, kann es nur Bestandteil beider Biogasanlagen sein. Dies führt dann zwingend dazu, dass beide Biogasanlagen zu einer Gesamtanlage (dann mit drei BHKW) zu verklammern sind – ganz so wie die gemeinsame Nutzung von Fermentern zur Verklammerung von BHKW führt, die sich in räumlicher Nähe zueinander befinden.

Ein BHKW kann nach Auffassung der Verfasser aber niemals zugleich Bestandteil von zwei Biogasanlagen sein.

Dies folgt schon daraus, dass das BHKW als Stromerzeugungseinheit den Kern der EEG-Anlage bildet. Das Ergebnis der OLG Naumburg beruht deshalb von vornherein auf einer verfehlten Fragestellung. Entscheidend ist nicht, welcher Biogasanlage ein BHKW wann zuzuordnen ist, sondern ausschließlich, ob andere Einrichtungen, mit denen das BHKW baulich verbunden ist und die sich in räumlicher Nähe befinden, Bestandteile einer Gesamtanlage sind, zu der dann auch das betrachtete BHKW zu zählen ist. Und das sind hier – soweit man eine hinreichende räumliche Entfernung für nicht gegeben erachtet – sowohl die Biogasanlage 1 nebst BHKW 1 als auch die Biogasanlage 2 nebst BHKW 2, mit denen das BHKW 3 folglich eine Gesamtanlage bildet.

Weiter entspricht die Zuordnung eines BHKW zu zwei verschiedenen Biogasanlagen auch in keiner Weise dem eigentlichen Inhalt des weiten Anlagenbegriffs. Nach der Rechtsprechung führt die gemeinsame Nutzung eines Fermenters unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Verklammerung von zwei BHKW

zu einer Gesamtanlage. Nach diesen Maßstäben muss einem BHKW dann aber erst recht eine solche verklammernde Wirkung zukommen.

Schließlich spricht gegen die Auslegung des OLG Naumburg auch, dass diese zu unlösbaren Folgefragen führt.

Angenommen die Biogasanlage 1 und das zugehörige BHKW 1 seien im Jahr 2008 und die Biogasanlage 2 einschließlich BHKW 2 erst im Jahr 2009 in Betrieb genommen worden. Weiter angenommen, in dem BHKW 3 wird in einem Monat zunächst Biogas aus der Anlage 1, im nächsten Monat Biogas aus der Anlage 2 und schließlich gemischt Biogas aus beiden Anlagen eingesetzt. Welches Inbetriebnahmedatum hat dann das BHKW 3 und wie ist der in diesem erzeugte Strom zu vergüten? Nach dem EEG 2004 oder nach dem EEG 2009? Ein ständiger Wechsel des Inbetriebnahmedatums und des anwendbaren EEG würde dem im EEG vorgesehenen Prinzip des festen Inbetriebnahmedatums widersprechen, an dem sich gerade auch Vergütungsbedingungen und Vergütungssätze orientieren.<sup>20</sup> Sachgerecht erscheint es allein, vom Vorliegen einer Gesamtanlage mit einem einheitlichen Inbetriebnahmedatum auszugehen (soweit das BHKW 3 nicht aufgrund räumlicher Entfernung als eigenständige Anlage mit eigenständigem Inbetriebnahmedatum zu werten ist).

## 3. Inbetriebnahmejahr 2006

Der vom OLG Naumburg entschiedene Fall enthält allerdings noch weitere Fallstricke, die vom Gericht nur unzureichend oder überhaupt nicht gewürdigt wurden. Hierzu zu zählen ist das Inbetriebnahmedatum des BHKW 3.

Nach dem Klägervortrag war das BHKW 3 erstmalig im Jahr 2006 mit Deponiegas in Betrieb genommen worden. Gemäß der Legaldefinition in § 3 Nr. 3 EEG handelt es sich bei Deponiegas um eine erneuerbare Energie. Für den aus Deponiegas erzeugten Strom besteht gemäß § 24 EEG 2012 ein Anspruch auf die EEG-Vergütung. Dies galt auch bereits unter dem im Jahr 2006 geltenden § 7 EEG 2004. Mithin ist das BHKW 3 – unterstellt man den Klägervortrag als richtig – bereits im Jahr 2006 als EEG-Anlage in Betrieb genommen worden. Ob eine EEG-

---

20 Ob dieser bislang weitgehend unstrittige Grundsatz auch noch nach dem BGH-Urteil gilt, erscheint offen. Die Ausführungen des BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, REE 2013, 226 (234), lassen darauf schließen, dass bei Zubau eines weiteren BHKW zu einer Bestandsanlage dieses BHKW im Hinblick auf die Ermittlung der Vergütungshöhe ein eigenes Inbetriebnahmedatum erhält, obwohl es mit den übrigen BHKW eine Gesamtanlage im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009 bildet. Allerdings soll dies offenbar lediglich Auswirkungen auf die Degression und den Vergütungszeitraum, nicht aber auf die Vergütungsbedingungen bzw. die anwendbare Fassung des EEG haben.

Anlage im Fall der Versetzung an einen anderen Standort, der Umstellung auf einen anderen Energieträger oder der Einbindung in eine andere EEG-Anlage ihr ursprüngliches Inbetriebnahmedatum beibehält oder ein neues Inbetriebnahmedatum erhält, ist aber umstritten.<sup>21</sup>

Dabei sprechen manche Gründe dafür, dass eine Anlage auch im Falle der Versetzung ihr ursprüngliches Inbetriebnahmedatum beibehält. Zu nennen sind insofern insbesondere die Begrenzung des Vergütungszeitraums auf 20 Jahre, die ansonsten durch wiederholte Versetzungen unterlaufen werden könnte, und der Wegfall der in § 3 Abs. 4 EEG 2004 noch geregelten Neuinbetriebnahme im Zuge der Novellierung zum EEG 2009. Etwas anderes mag allerdings dann gelten, wenn ein BHKW an einen anderen Standort versetzt und in Folge der Versetzung Bestandteil einer bestehenden Biogasanlage wird. Denn Prämisse des weiten Anlagenbegriffs ist ja gerade, dass alle zu der Anlage zählenden BHKW auch das Inbetriebnahmedatum der Gesamtanlage teilen.

#### IV. Bestandsschutz nach § 66 Abs. 1 a EEG 2009

Zuletzt verkennt das OLG Naumburg, dass der Anlage der Klägerin Bestandsschutz nach § 66 Abs. 1 a EEG 2009 zuerkannt werden müsste.<sup>22</sup> Aufgrund dessen hätten die Biogasanlage 1 und 2, wenn diese – wie vom OLG Naumburg angenommen – an sich eigenständige EEG-Anlagen darstellen, nicht nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 vergütungsrechtlich zusammengefasst werden dürfen.<sup>23</sup>

Im Einzelnen: Gemäß § 66 Abs. 1 a EEG 2009 gelten Anlagen, die vor dem 1.1.2009 im Rahmen einer modularen Anlage betrieben wurden, abweichend von § 19 Abs. 1 EEG 2009 weiterhin jeweils als getrennt zu vergütende Einzelanlagen. In Satz 2 dieser Vorschrift ist näher definiert, was unter einer modularen Anlage zu verstehen ist. Danach gelten als modularen Anlagen mehrere Anlagen, die

1. aus mehreren Generatoren und
2. jeweils einer diesen Generatoren zugeordneten Energie-trägereinrichtung, insbesondere einer Einrichtung zur Erzeugung gasförmiger Biomasse oder zur Lagerung flüssiger Biomasse, bestehen und
3. nicht mit baulichen Anlagen unmittelbar verbunden sind.

Das Gericht ist hier zu dem Ergebnis gekommen, dass diese Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt sind. Zwar seien die Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 a Nr. 2 EEG 2009 erfüllt, da es sich bei beiden Anlagen um jeweils selbständige Anlagen im Sinne von § 3 Abs. 2 EEG 2004 handele. Die Biogasanlagen 1 und 2 seien aber entgegen der Vorgabe des § 66 Abs. 1 a Nr. 3 EEG baulich miteinander verbunden. Die vorhandenen gemeinsamen Zu- und Ableitungen sowie andere gemeinsam genutzte Einrichtungen, wie der Löschwasserbrunnen, das Gülleendlager, die zentrale Gärrestentnahmestelle und das Fahrsilo würden hierfür bereits genügen.<sup>24</sup>

Die Ausführungen sind nicht überzeugend. Zunächst setzt sich das OLG Naumburg mit der Frage, wann eine unmittelbare Verbindung besteht, in keiner Weise auseinander. Eine unmittelbare Verbindung mit baulichen Anlagen setzt nach dem Verständnis der Verfasser aber mindestens voraus, dass eine bauliche Verbindung gleich welcher Art vorhanden ist. Dies dürfte weder bei einem Löschwasserbrunnen noch bei einem Fahrsilo der Fall sein. Aus welchen Gründen das OLG Naumburg bereits „gemeinsam genutzte Einrichtungen“ statt – wie es der Wortlaut der Regelung voraussetzt – bauliche Anlagen für ausreichend erachtet, ist nicht ersichtlich.

Darüber hinaus ist § 66 Abs. 1 a Nr. 3 EEG so auszulegen, dass mehrere Anlagen nur dann im Sinne der Vorschrift „mit baulichen Anlagen unmittelbar verbunden sind“, wenn es sich dabei um *gemeinsam genutzte* und *für den Betrieb technisch erforderliche* bauliche Anlagen handelt. Dies ist bei keiner der vom Gericht angeführten baulichen Anlagen der Fall.

Der Wortlaut des § 66 Abs. 1 a EEG 2009 ist ersichtlich zu weit gefasst und muss deshalb im obigen Sinne teleologisch reduziert werden. Nach dem Wortlaut der Vorschrift würde bereits jegliche Verbindung über bauliche Anlagen dazu führen, dass es sich nicht um eine modulare Anlage handelt und der Anlage deshalb kein Bestandsschutz zukommt. Dies kann schon deshalb nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen, da bei dieser Auslegung faktisch kein einziger Fall existieren würde, bei dem diese Regelung Anwendung fände. Es ist keine Konstellation vorstellbar, bei der mehrere im räumlichen Zusammenhang betriebene EEG-Anlagen – und für solche wurde § 66 Abs. 1 a EEG 2009 ausschließlich eingeführt – nicht irgendwie über bauliche Anlagen unmittelbar verbunden sind. Als bauliche Anlagen in diesem Sinne zählen schließlich auch Infrastruktureinrichtungen wie beispielsweise die Abwasserleitungen und der Stromnetzanschluss.

Der Wortlaut des § 66 Abs. 1 a EEG 2009 ist daher so auszulegen, dass die Anlagen *miteinander über bauliche Anlagen* unmittelbar verbunden sein müssen. Da allerdings modulare Anlagen stets auch über Infrastruktureinrichtungen – etwa das Stromnetz – mit-

21 Vgl. hierzu nur das noch nicht abgeschlossene Empfehlungsverfahren 2012/19 der Clearingstelle EEG und die hierzu eingegangenen Stellungnahmen (abrufbar unter [www.clearingstelle-eeeg.de](http://www.clearingstelle-eeeg.de)).

22 OLG Naumburg, Urt. v. 16. 5. 2013 – 2 U 129/12, REE 2013, 172 [175 f.].

23 Eine vom Gericht nicht näher thematisierte Frage ist zudem, ob § 66 Abs. 1 a EEG 2009 seinerseits nach seinem Inkrafttreten am 1.1.2010 rückwirkend auf den Vergütungszeitraum 1.1. bis 31.12.2009 Anwendung finden konnte. Den Verfassern sind jedoch keine Fälle bekannt, in denen ein Netzbetreiber eine solche rückwirkende Anwendung abgelehnt hat. Es ist aber nicht ersichtlich, woraus sich die rückwirkende Anwendung ergeben soll.

24 OLG Naumburg, Urt. v. 16. 5. 2013 – 2 U 129/12, REE 2013, 172 [176].

einander verbunden sind, muss der Begriff der baulichen Anlage in Anlehnung an § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 so verstanden werden, dass es sich um eine *gemeinsam genutzte für den Betrieb technisch erforderliche* bauliche Anlage handelt.

Nur eine solche Auslegung entspricht dem Sinn und Zweck der Regelung. § 66 Abs. 1 a EEG 2009 ist erst zum 1.1.2010 im Zuge des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes<sup>25</sup> in das EEG 2009 aufgenommen worden. Ziel der Regelung ist es, die Anwendung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf sog. „Biogasanlagenparks“, die bereits vor dem 1.1.2009 errichtet worden sind, auszuschließen. Der zum 1.1.2009 eingeführte § 19 Abs. 1 EEG 2009 war bis dahin mangels entsprechender Übergangsvorschriften auf alle bestehenden Anlagen angewandt worden. Gegen die Anwendung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf bestehende Anlagenkonstellationen hatten mehrere Anlagenbetreiber damals Verfassungsbeschwerde eingelegt. Die Beschwerden wurden vom Bundesverfassungsgericht jedoch in einer Eilentscheidung (dem Vernehmen nach mit knapper Mehrheit) als unbegründet zurückgewiesen.<sup>26</sup> Nach dem im September 2009 erfolgten Regierungswechsel hat die neue Bundesregierung die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Anlass genommen, mit dem neuen § 66 Abs. 1 a EEG 2009 eine Regelung zu schaffen, die Anwendung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Altanlagen unter bestimmten Fällen ausschließen sollte. § 66 Abs. 1 a EEG 2009 verfolgt mithin das Ziel, für Anlagen, die unter Geltung des EEG 2004 als jeweils eigenständige Anlagen konzipiert und errichtet worden sind, Bestandsschutz zu gewähren.

Diesem Regelungszweck würde es widersprechen, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 a EEG 2009 nun derart eng ausgelegt würden, dass davon selbst solche Fälle nicht mehr erfasst wären, bei denen nach den Maßstäben des EEG 2004 vom Vorliegen mehrerer Anlagen mit je eigenem Vergütungsanspruch auszugehen war.

Das negative Tatbestandsmerkmal in § 66 Abs. 1 a Nr. 3 EEG 2009, wonach eine Verbindung über baulich Anlagen gerade nicht vorliegen darf, gibt zwar nicht den Wortlaut des alten § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 wieder, sondern ist deutlich kürzer gefasst. Dies lässt jedoch nicht darauf schließen, dass von dem negativen Tatbestandsmerkmal in § 66 Abs. 1 a Nr. 3 EEG 2009 auch Fälle erfasst sein sollen, die von § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 nicht erfasst waren und deswegen unter dem EEG 2004 noch als getrennte Anlagen gegolten hatten. Das Gegenteil ist der Fall: Offenbar soll – anders als nach dem EEG 2004 – allein eine Verbindung über *technische Einrichtungen* nicht mehr zu einer Zusammenfassung der Anlagen führen. Eine Zusammenfassung soll nur noch erfolgen, wenn die Anlagen über *bauliche Anlagen* unmittelbar verbunden sind. Dass sich die Auslegung dieses Begriffs an der zum EEG 2004 ergangenen Rechtsprechung und der hierzu verfassten Literatur orientieren muss, hielt der Gesetzgeber offenbar für selbstverständlich.

In Fällen, in denen bereits nach den Maßstäben des EEG 2004 vom Vorliegen mehrerer Anlagen auszugehen ist, kann daher

die Anwendung des § 66 Abs. 1 a EEG 2009 nicht am Vorliegen einer vermeintlichen unmittelbaren baulichen Verbindung scheitern. Ob die beiden Biogasanlagen in dem hier gegebenen Fall – das BHKW 3 einmal außer Acht gelassen – nach dem EEG 2004 als jeweils selbständige Anlagen zu werten gewesen sind, wäre anhand der hierzu von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien<sup>27</sup> zu prüfen. Das OLG Naumburg hat hier allerdings selbst festgestellt, dass es sich bei beiden Anlagen um jeweils selbständige Anlagen im Sinne von § 3 Abs. 2 EEG 2004 handelt.

## V. Fazit

Der vom OLG Naumburg entschiedene Fall zeigt exemplarisch die hohe Komplexität des Anlagenbegriffs im EEG auf. Die Entscheidung des OLG Naumburg mag im Ergebnis zwar teilweise vertretbar sein. Die Begründung greift aber durchgehend zu kurz und wird der komplexen Materie des Anlagenbegriffs nicht gerecht. Herauszugreifen ist dabei insbesondere, dass dem Anlagenbetreiber quasi ohne Begründung jeglicher Bestandsschutz nach § 66 Abs. 1 a EEG 2009 verweigert wird. Kritisch anzumerken ist weiterhin, dass sich das OLG Naumburg gar nicht erst mit der Frage auseinandersetzt, ob das BHKW 3 aufgrund der räumlichen Entfernung zu den beiden Biogasanlagen eine eigenständige Anlage im Sinne des EEG darstellt. In der Argumentation vermengt das OLG Naumburg hier Fragen des Anlagenbegriffs mit solchen der Inbetriebnahme. Auch die vom Gericht letztlich favorisierte wechselnde Zuordnung des BHKW 3 zu jeweils einer der beiden Biogasanlagen überzeugt nicht.

Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang zuletzt, dass das OLG Naumburg von einer Zulassung der Revision mit der Begründung abgesehen hat, dass die Sache keine grundsätzliche Bedeutung habe. Zum Zeitpunkt der Entscheidung lag das Urteil des BGH vom 23.10.2013 zum Anlagenbegriff nicht vor. Nicht nur dem Anlagenbegriff, sondern auch den Fragen zur Reichweite des § 66 Abs. 1 a EEG 2009, zum Inbetriebnahmedatum beim Zubau gebräuchter BHKW, zur Eigenständigkeit von Satelliten-BHKW und zur Verklammerungswirkung von BHKW, die Biogas aus zwei Biogasanlagen nutzen, kommt nach Ansicht der Verfasser durchaus grundsätzliche Bedeutung zu.

25 Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums v. 22.12.2009, BGBl. 2009 I, 3950.

26 BVerfG, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 BvR 3076/08, CuR 2009, 8.

27 Ausführlich zu der Frage, wann von gemeinsam genutzten technisch erforderlichen Anlagenbestandteilen auszugehen ist Loibl, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl. (2013), § 2 Rdnr. 10. Die Ausführungen beziehen sich auf den weiten Anlagenbegriff, können jedoch auch auf das EEG 2004 übertragen werden.