

Handlung. Angesichts der hier recht kurzen, dreijährigen Verjährung (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB) erfordere eine Verwirkung ganz besonders schwerwiegende Gründe – die nicht vorlägen.

III. Anmerkung

Mit diesem Urteil setzt der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zu Preisänderungsklauseln in Energieversorgungsverträgen fort. Dabei halten sich die weitaus meisten Aussagen im Rahmen früherer Entscheidungen. Neu ist die ausdrückliche Aufgabe der sog. „Leitbild“-Rechtsprechung, nach der allgemeine Geschäftsbedingungen, die den allgemeinen Versorgungsbedingungen für Strom und Gas, nunmehr Grundversorgungsverordnungen, entsprachen, Kunden nicht unangemessen benachteiligten. Damit ging der Bundesgerichtshof bisher über den Wortlaut des § 310 Abs. 2 BGB hinaus, der lediglich die besonderen Klauselverbote in §§ 308, 309 BGB für unanwendbar erklärte, die Anwendung des § 307 BGB jedoch nicht ausdrücklich berührte. Das ist nunmehr jedoch Rechtsgeschichte.

Überraschend ist diese Wendung nicht, war der Bundesgerichtshof durch die Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes doch weitgehend gebunden. Verschlossen hat

der Europäische Gerichtshof wohl auch die Tür zu einer „Gesamtlösung“, wonach allgemeine Geschäftsbedingungen, die die AVB/GVV insgesamt übernehmen, keiner individuellen Klauselkontrolle unterliegen – wie etwa im Falle der Inkorporierung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B, als Ganzes (vgl. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB).

Künftig werden daher der § 4 AVBGasV/EltV und der § 5 GasGVV/StromGVV Bedeutung nur für Tarifkunden im engen rechtlichen Sinne haben, während alle Preisänderungsklauseln mit Sonderkunden an den strikten Maßstäben der §§ 305, 307, 315 BGB zu messen sein werden. Es wird interessant sein zu sehen, wie diese Maßstäbe sich entwickeln – eine Reihe weiterer Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofes verspricht reichliches Diskussionsmaterial. In den vergangenen Jahren fiel es den Versorgungsunternehmen zunehmend schwer, die hohen Hürden für Preisänderungsklauseln in langfristigen Verträgen zu nehmen. Sollte sich dies fortsetzen, mögen die Versorger künftig kurzfristige Abmachungen zu fixen Preisen präferieren, wie sie mit Industriekunden schon lange praktiziert werden.

EWeRK-Service:

Der Beschluß kann beim EWeRK angefordert werden.

BGH, Urteil vom 23.10.2013, Az. VIII ZR 262/12: Anlagenbegriff des EEG

Dr. Florian Valentin und Dr. Hartwig von Bredow*

I. Leitsätze (der Verfasser)

1. Der Begriff der „Anlage“ gemäß § 3 Nummer 1 EEG 2009 ist „weit“ auszulegen. Unter einer Anlage nach § 3 Nummer 1 EEG 2009 ist die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen zu verstehen.

2. In (unmittelbarer) räumlicher Nähe zueinander errichtete Blockheizkraftwerke (BHKW), die an dieselbe Biogaserzeugungsanlage angeschlossen sind, sind als eine Anlage im Sinne des EEG anzusehen. Ihre (Bemessungs-)Leistung wird bei der Ermittlung der Vergütung auch dann zusammengefasst, wenn die Voraussetzungen des § 19 Absatz 1 EEG 2009 nicht vorliegen.

3. Der Zubau eines neuen BHKW zu einer bestehenden Biogasanlage stellt zwar eine Erweiterung der bestehenden Anlage dar. Für die Vergütungshöhe soll es jedoch nicht auf den Inbetriebnahmezeitpunkt der Biogasanlage, sondern auf den Inbetriebnahmezeitpunkt des hinzugebauten BHKW ankommen (obiter dictum).

II. Wesentlicher Sachverhalt

„Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Zahlung einer Einspeisevergütung für den von ihr aus Biogas erzeugten Strom. Sie betreibt seit Dezember 2006 eine Biogasanlage, die zunächst aus einem BHKW¹ mit einer installierten elektrischen Leistung von 499 KW (BHKW 1), einem oder zwei Fermenter(n), einem Nachgärbehälter und einem Gärrestelager bestand. Im Dezember 2008 nahm die Klägerin zusätzlich ein 520 Meter entfernt liegendes BHKW (BHKW 2) in Betrieb. Die Vergütung des dort erzeugten Stroms ist nicht Gegenstand der Klageforderung. Im Juni 2009 nahm die Klägerin ein weiteres BHKW mit einer Leistung von 526 KW in Betrieb (BHKW 3), das sich unmittelbar am Standort des BHKW 1 in derselben Halle befindet und ebenfalls mit Biogas aus dem/den seit 2006 betriebenen Fermenter(n) versorgt wird. Den in den BHKW 1 und 3 erzeugten Strom speiste die Klägerin in das Stromnetz der Beklagten ein und erhielt unter Zugrundele-

* Rechtsanwälte und Partner bei von Bredow Valentin Rechtsanwälte, Berlin.

1 Diese Abkürzungen ist in den Abschnitten II und III nicht als Änderung gekennzeichnet. Der BGH verwendet durchgehend die ausgeschriebene Fassung „Blockheizkraftwerke“.

gung der für eine vergrößerte Gesamtanlage geltenden Leistungsstufen eine Vergütung von 1.350.484,85 €.

Die Klägerin sieht in den BHKW 1 und 3 jeweils eigenständige Anlagen und beansprucht daher Zahlung einer weiteren Einspeisevergütung in Höhe von 127.911,97 € für den im Jahr 2009 vom BHKW 3 erzeugten Strom sowie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten. Daneben begehrt sie die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet sei, den gesamten im Block-heizkraftwerk 3 produzierten und in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom auch künftig als aus einer eigenständigen, separaten Anlage erzeugten Strom zu vergüten.

Ihre Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungs- und Feststellungsbegehren weiter. (...)

III. Wesentliche Entscheidungsgründe

Der BGH bestätigte das Berufungsurteil des OLG Brandenburg,² das bereits der Argumentation des LG Frankfurt (Oder)³ gefolgt war.

Der BGH führt im Wesentlichen aus:

„Die Beurteilung des Berufungsgerichts „hält einer rechtlichen Nachprüfung stand; die Revision ist daher zurückzuweisen. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf eine über die bereits erfolgten Zahlungen hinausgehende Einspeisevergütung. Der in den BHKW 1 und 3 erzeugte Strom ist, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat, für die Ermittlung der Leistungsstufen zusammenzurechnen. Denn diese bilden aufgrund ihrer unmittelbaren Nähe und der baulichen Verbindung zu einem oder mehreren gemeinsam genutzten Fermenter(n) eine Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 Satz 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074) in der bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Fassung (im Folgenden: EEG 2009).

(...)

Im Streitfall kommt § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 zur Anwendung, weil die Übergangsregelung des § 66 Abs. 1 EEG 2009 diese Bestimmung auch für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, für anwendbar erklärt. Die genannte Vorschrift hat – ergänzt durch die vergütungsrechtliche Bestimmung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 – die Regelung des § 3 Abs. 2 (...) EEG 2004 abgelöst. In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum wird die im Streitfall entscheidungserhebliche Frage, ob mehrere BHKW aufgrund der gemeinsamen Nutzung eines Fermenters eine Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 bilden, kontrovers beurteilt.

a) Nach Ansicht der Clearingstelle EEG (...) stellen an einen gemeinsamen Fermenter angeschlossene BHKW jeweils eine eigenständige Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009

dar und sind nur unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 EEG 2009 vergütungsrechtlich zu einer Anlage zusammenzufassen. Diese Auffassung wird von einem Teil der Rechtsprechung und der Literatur geteilt (...).

b) Demgegenüber vertreten die überwiegende Rechtsprechung und ein Teil der Literatur die Ansicht, dass jedenfalls in unmittelbarer Nähe zueinander errichtete BHKW, die an denselben Fermenter angeschlossen sind, eine einzige Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 bilden (...).

2. Der Senat gibt der zuletzt genannten Ansicht den Vorzug. Für sie sprechen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte und der Regelungszweck des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009.

a) Bereits dem Wortlaut des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 lassen sich erste Hinweise darauf entnehmen, dass mehrere in räumlicher Nähe zueinander errichtete BHKW, die an einen gemeinsamen Fermenter angeschlossen sind, als eine einheitliche Biogasanlage im Sinne dieser Vorschrift anzusehen sind.

Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 ist eine Anlage "jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas." Danach genügt eine Stromgewinnungseinrichtung allein nicht; vielmehr ist zusätzlich eine Vorrichtung erforderlich, die die Zufuhr oder Bereitstellung Erneuerbarer Energien gewährleistet. Eine Biogasanlage setzt also (zumindest) eine Einrichtung zur Gewinnung und Aufbereitung von Biogas aus Biomasse (Fermenter) und eine Einrichtung zur energietechnischen Umwandlung von Biogas in Strom voraus (...). Aus dem Umstand, dass ein BHKW nur im Verbund mit einem Fermenter die Anforderungen des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 an eine Biogasanlage erfüllt, lassen sich allerdings noch keine Erkenntnisse dazu ableiten, ob der Anschluss mehrerer am gleichen Standort errichteter BHKW an einen gemeinsam genutzten Fermenter sämtliche Komponenten zu einer einheitlichen Gesamtanlage im Sinne des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 zusammenfasst, oder ob im Hinblick darauf zwei eigenständige Anlagen vorliegen, dass jedes BHKW zusammen mit dem gemeinsam genutzten Fermenter die technischen Mindestanforderungen an eine Biogasanlage erfüllt.

Der im Gesetz verwendete Begriff "jede Einrichtung" lässt aufgrund seiner weiten Fassung und Konturenlosigkeit an sich beide Deutungen zu (...). Bei der Wortlautinterpretation ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber bei der Neufassung des Anlagenbegriffs in § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 ausweislich der Gesetzesbegründung ein am gewöhnlichen Sprachgebrauch ausgerichtetes Begriffsverständnis zugrunde gelegt hat (...). Danach handelt es sich bei einer Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 um "die Gesamtheit der der Stromerzeugung dienenden Einrichtungen", wobei hierzu "neben der stromerzeugenden Einrichtung auch auf sämtliche technischen und baulichen Einrichtungen abzustellen" ist (...).

² Urteil vom 17.7.2012 – 6 U 50/11.

³ Urteil vom 1.7.2011 – 12 O 211/10.

§ 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 bezieht danach in den Anlagenbegriff nicht allein die zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien notwendigen Mindestkomponenten ein, sondern alle in den Produktionsprozess eingebundenen, technisch und baulich notwendigen Installationen (OLG Düsseldorf, aaO mwN). Ausgehend von diesem funktional wie auch technisch-baulich ausgerichteten Begriffsinhalt spricht vieles dafür, in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander errichtete und an einen gemeinsam genutzten Fermenter angeschlossene BHKW als Teil einer einheitlichen Gesamtanlage und nicht jeweils in Verbindung mit dem Fermenter – als zwei selbständige Anlagen im Sinne des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 zu werten.

b) Weiteren Aufschluss geben die Entstehungsgeschichte der Regelungen in § 3 Nr. 1 Satz 1, § 19 Abs. 1 EEG 2009 und der mit diesen Vorschriften verfolgte Sinn und Zweck. Sie belegen, dass mehrere, sich in räumlicher Nähe befindliche BHKW, die an einen gemeinsamen Fermenter angeschlossen sind, schon nach § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 – und nicht erst unter den hier nicht vorliegenden Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 EEG 2009 – eine einheitliche Gesamtanlage darstellen.

(...)

c) Aus der Entstehungsgeschichte resultiert damit – anders als die Revision meint – nicht, dass die nach früherer Rechtslage von § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 erfassten Konstellationen nunmehr allein unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 EEG 2009 als eine Anlage zu gelten hätten.

aa) Hierfür lässt sich insbesondere nicht anführen, der Umstand, dass der Gesetzgeber die nunmehr in § 19 Abs. 1 EEG 2009 verankerte fiktive Anlagenzusammenfassung nicht mehr an technische und bauliche, sondern an räumliche und zeitliche Kriterien anknüpfe, lasse Zweifel daran aufkommen, dass die technisch-bauliche Anlagenaddition des § 3 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2004 nun in § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 enthalten sei (so aber Empfehlung der Clearingstelle EEG, aaO Rn. 103 ff.). Diese Sichtweise berücksichtigt nicht, dass die Definition des Anlagenbegriffs (§ 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 bzw. § 3 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004) nicht mit der Anlagenfiktion (§ 19 Abs. 1 EEG 2009 bzw. § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004) vermengt werden darf; es handelt sich hierbei um zwei getrennte Ebenen.

Dass sich mit § 19 Abs. 1 EEG 2009 im Bereich der vergütungsrechtlichen Anlagenzusammenfassung im Vergleich zu § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 ein Wechsel im Anknüpfungspunkt vollzogen hat, lässt keine Rückschlüsse auf den Inhalt des Anlagenbegriffs nach § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 zu. Aufschluss geben hier die Gesetzesmaterialien. Danach lag nicht nur der Anlagenfiktion in § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004, sondern auch der Anlagendefinition des § 3 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 eine baulich-technische Ausrichtung zugrunde, die sich in der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 fortsetzt (vgl. BT-Drucks. 15/2327, S. 21 [EEG 2004]: "Zur Anlage zählen nach Satz 1 aber auch sämtliche technisch für den Betrieb erforderlichen Installationen, Geräte und baulichen

Anlagen [...]"; vgl. weiter BT-Drucks. 16/8148, S. 38 [EEG 2009], wonach "zur Bestimmung der Anlage [...] auf sämtliche technisch und baulich erforderlichen Einrichtungen [...] abzustellen" ist; vgl. ergänzend BT-Drucks. 17/6247, S. 29 [EEG 2012]: "[...] ist bereits nach der bisher geltenden Rechtslage ausweislich der Begründung des EEG 2009 zur Bestimmung einer Anlage neben der stromerzeugenden Einrichtung auch auf sämtliche technisch und baulich erforderlichen Einrichtungen abzustellen"). Dass die bislang in § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 geregelte fiktive Anlagenzusammenfassung in der Neufassung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 eine geänderte, nämlich räumliche (und zeitliche) Anknüpfung erfahren hat, sagt folglich nichts über den Inhalt des in § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 legaldefinierten Anlagenbegriffs aus.

bb) Mittelbare Rückschlüsse auf den Inhalt des Anlagenbegriffs nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 – insbesondere auf die rechtliche Einordnung der vorliegenden Konstellation – lassen sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht daraus ziehen, dass in der Gesetzesbegründung zu § 19 Abs. 1 EEG 2009 die gemeinsame Nutzung eines Fermenters bei Biogasanlagen als Indiz für eine für die Anlagenzusammenrechnung erforderliche – räumliche Nähe im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 angeführt wird (BT-Drucks. 16/8148, S. 51).

(...)

cc) Auch weitere von der Revision angestellte systematische Erwägungen führen nicht dazu, mehrere in räumlicher Nähe zueinander erbaute BHKW, die gemeinsam einen Fermenter nutzen, als getrennte Anlagen im Sinne des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 zu werten, die nur unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 EEG 2009 als eine einzige Anlage gelten.

(1) Ohne Erfolg verweist die Revision auf die im Immissionschutzrecht anerkannte Praxis, gemeinsame Nebeneinrichtungen jeweils als Teile verschiedener Anlagen zu behandeln (BVerwGE 69, 351, 356). Denn der immissionschutzrechtliche Anlagenbegriff entspricht, wie die Revision selbst einräumt, nicht dem Anlagenbegriff des EEG (vgl. Empfehlung der Clearingstelle EEG, aaO Rn. 97). Berücksichtigte man dennoch die immissionschutzrechtliche Bewertung, so spräche diese überdies für die Richtigkeit des Berufungsurteils. Zum einen wurde das BHKW 3 antragsgemäß nach § 16 BImSchG nicht als einzelne Anlage, sondern als wesentliche Änderung einer vorhandenen Anlage genehmigt. Zum anderen handelt es sich bei dem gemeinsam genutzten Fermenter nicht um eine Nebeneinrichtung, sondern um eine zwingend erforderliche Komponente einer Biogasanlage (vgl. Senatsumteil vom 21. Mai 2008 – VIII ZR 308/07, aaO).

(2) Ebenfalls ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Auslegung des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 durch das Berufungsgericht führe zu systematischen Verwerfungen mit den Regelungen des EEG 2009 zum Anlagenbetreiber (§ 3 Nr. 2 EEG 2009) und zur Inbetriebnahme (§ 3 Nr. 5 EEG 2009).

(a) Der Anlagenbetreiber sei originärer Inhaber des Anspruchs auf den Netzanschluss nach § 5 Abs. 1 EEG 2009 und auf

Abnahme, Übertragung und Verteilung nach § 8 EEG 2009. Da das Berufungsgericht die vorliegende Anlagenkonstellation als eine einheitliche Gesamtanlage werte, könne es auch nur einen einzigen Anlagenbetreiber geben. Diese Sichtweise führe etwa dann zu Problemen, wenn mehrere Personen eine Biogaserzeugungsanlage (= Fermenter) betrieben und das Biogas dann am Standort an unterschiedliche BHKW-Betreiber veräußerten. Denn dann könne nicht bestimmt werden, welcher der BHKW-Betreiber nun Anlagenbetreiber sei; jedenfalls könne keiner von ihnen die genannten Ansprüche ohne Zustimmung des anderen Heizkraftwerkbetreibers geltend machen.

Die aus einem solchen Veräußerungsgeschäft resultierenden Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Anlagenbetreibers sind bei richtiger Betrachtung jedoch nicht Ausdruck eines systemwidrigen Anlagenverständnisses, sondern die Folge unzureichender vertraglicher Absprachen der Beteiligten darüber, wer gegenüber dem Netzbetreiber als Anlagenbetreiber auftritt. Anlagenbetreiber ist nach den Vorstellungen des Gesetzgebers derjenige, der die Kosten und das wirtschaftliche Risiko des Betriebs trägt und der das Recht hat, die vorhandenen Installationen auf eigene Rechnung zur Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien zu nutzen (vgl. BT-Drucks. 16/8148, S. 38). Wenn Anlagenteile von unterschiedlichen Personen betrieben werden, ist zur Klärung dieser Fragen regelmäßig eine Übereinkunft der Beteiligten erforderlich.

(b) Der vom Berufungsgericht im Einklang mit der gesetzgeberischen Intention zugrunde gelegte weite Anlagenbegriff führt – anders als die Revision meint – auch nicht zur Unvereinbarkeit des an den Anlagenbegriff anknüpfenden Zeitpunkts der Inbetriebnahme (§ 3 Nr. 5 EEG 2009) mit Grundprinzipien des EEG.

(aa) Es trifft zwar zu, dass die Legaldefinition der Inbetriebnahme in § 3 Nr. 5 EEG 2009 am Begriff der Anlage und nicht – wie jetzt in § 3 Nr. 5 EEG 2012 geregelt – am Generator ansetzt. Der weite Anlagenbegriff hat aber – anders als die Revision annimmt – nicht zur Folge, dass bei der Erweiterung einer Biogasanlage um ein zusätzliches BHKW für die Vergütung des hierdurch erzeugten Stroms in Abweichung vom Degressionsprinzip (§ 20 EEG 2009) diejenigen Vergütungssätze gelten würden, die auch für die in einem früheren Kalenderjahr erstellte Ursprungsanlage maßgeblich sind. Denn hier greift die Vorschrift des § 21 Abs. 1 EEG 2009 ein, die die Vergütungspflicht nicht an die Inbetriebnahme der Anlage (§ 3 Nr. 5 EEG 2009), sondern an die Stromerzeugung durch den Generator (§ 3 Nr. 4 EEG 2009) und an die Einspeisung/ den Verbrauch des produzierten Stroms knüpft. Die Regelung des § 21 Abs. 1 EEG 2009 soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch für den Anschluss zusätzlicher Generatoren (BHKW) an eine bereits vorhandene Anlage gelten mit der Folge, dass der Vergütungszeitraum für den durch einen weiteren Generator erzeugten Strom gesondert zu laufen beginnt (BT-Drucks. 16/8148, S. 52 f.). Daraus folgt zugleich, dass der in dem zusätzlichen Generator erzeugte Strom nach den zu

diesem Zeitpunkt maßgeblichen degressiven Sätzen (§ 20 EEG 2009) zu vergüten ist (vgl. Wernsmann, aaO., S. 331; Salje, EEG, 5. Aufl., § 21 Rn. 42). Der weite Anlagenbegriff führt daher nur hinsichtlich der Leistungsschwellen (§ 23 EEG 2009) dazu, dass auf die Gesamtleistung aller Generatoren (BHKW) abzustellen ist. Dies wiederum steht jedoch im Einklang mit dem Bestreben des Gesetzgebers, ein für die Stromkunden nachteiliges Anlagensplitting zu vermeiden.

(bb) Soweit die Revision weiter geltend macht, die Anwendung des weiten Anlagenbegriffs widerspreche der gesetzgeberischen Intention, den technologischen Fortschritt zu unterstützen, weil Altanlagen aufgrund der Übergangsbestimmungen der §§ 66 Abs. 1 EEG 2009 und 2012 nicht die für neue Anlagen erforderlichen technischen Anforderungen erfüllen müssten und daher auch der Anschluss eines weiteren (neuen) BHKW nicht den erhöhten technischen Anforderungen genügen müsse, verkennt sie, dass diese Vorschriften schon im Hinblick auf das ihnen eigene Regelungsziel, nämlich den schrittweisen Übergang zur neuen Rechtslage, keinen tragfähigen Rückschluss auf den Inhalt des in § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 definierten Anlagenbegriffs zulassen. Zudem sehen sie technische Erleichterungen ohnehin nur für einen Übergangszeitraum von drei Jahren vor (§§ 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 und 2012).

Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts lässt sich entgegen der Auffassung der Revision, auch nicht mit Blick auf die spätere Rechtsentwicklung entkräften. Im Zuge der Novellierung des EEG durch das Gesetz vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1634 ff.; EEG 2012) wurde § 19 Abs. 1 EEG 2009 um eine besondere Regelung für Biogasanlagen ergänzt. Seither bestimmt § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012, dass mehrere Anlagen vergütungsrechtlich als eine Anlage gelten, wenn sie Strom aus Biogas mit Ausnahme von Biomethan erzeugen und das Biogas aus derselben Biogaserzeugungsanlage stammt.

Diese für Neuanlagen geltende Regelung lässt – anders als die Revision meint – nicht den Rückschluss zu, eine Zusammenfassung mehrerer BHKW zu einer Anlage habe nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht bereits über § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 erfolgen können, weil § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012 ansonsten überflüssig wäre.

(...)

e) Die von der Klägerin betriebenen BHKW 1 und 3 sind demzufolge als Teil einer einheitlichen Biogasanlage im Sinne des § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 anzusehen. Dies gilt unabhängig davon, ob sie – was offen geblieben ist – nur einen einzigen oder mehrere Fermenter gemeinsam nutzen. Entscheidend ist, dass die am gleichen Standort errichteten BHKW an dieselbe Biogaserzeugungsanlage angeschlossen sind. Da das BHKW 3 folglich – in Verbindung mit dem/den Fermenter(n) – keine eigenständige Anlage darstellt, steht der Klägerin der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung einer weiteren Vergütung für den durch dieses Heizkraftwerk erzeugten Strom nicht zu. Die nach den einschlägigen Vergütungsregelungen geschuldeten

Entgelte hat die Klägerin nach der von der Revision nicht angegriffenen Berechnung des Berufungsgerichts von der Beklagten bereits erhalten.“

IV. Anmerkung

Die Entscheidung des BGH zum Anlagenbegriff war in der Biogasbranche seit Langem erwartet worden. Die Unklarheit bei der Auslegung des Anlagenbegriffs bei Biogasanlagen hat der BGH mit dem Urteil allerdings nur teilweise beendet. Gleichzeitig hat er eine Reihe von neuen Fragen aufgeworfen.

Nach der Auffassung des BGH ist auch der Begriff der Anlage in § 3 Nr. 1 EEG 2009 „weit“ auszulegen. Der BGH knüpft dabei an seine Rechtsprechung zum EEG 2004 an. In einem viel beachteten Urteil aus dem Jahr 2008 hatte der BGH bereits entschieden, dass die Inbetriebnahme einer Biogasanlage voraussetzt, dass auch der Fermenter bereits funktionsfähig ist.⁴

Mehrere BHKW, die an dieselbe Biogaserzeugungsanlage angeschlossen sind, und sich in räumlicher Nähe zueinander befinden, sind danach als eine Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009 anzusehen. Auf die weiteren Voraussetzungen zur Zusammenfassung von Anlagen nach § 19 Absatz 1 EEG kommt es nicht an.

Die Entscheidung des BGH war in diesem Umfang auch bereits vorab erwartet worden. Vor dem BGH hatten sich bereits die Vorinstanz des OLG Brandenburg sowie auch das OLG Düsseldorf,⁵ das OLG Naumburg⁶ und das OLG Stuttgart⁷ dem „weiten“ Anlagenbegriff angeschlossen. Prominentester Vertreter der gegenteiligen Auslegung von § 3 Nr. 1 EEG 2009 war die Clearingstelle EEG.⁸

Die hiermit verbundene – teilweise – Klarheit ist zu begrüßen. Insoweit ist auch hervorzuheben, dass sich der BGH in dem Urteil ausführlich und detailliert mit den vertretenen Positionen und Argumenten auseinandersetzt.

In den Urteilsgründen stellt der BGH ferner auch klar, dass BHKW nur dann Teil einer Biogasanlage sind, wenn sie in räumlicher Nähe zu dieser betrieben werden. So genannte Satelliten-BHKW können dementsprechend eigenständige Anlagen im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2009 sein. Auf die Anforderungen, die im Einzelnen an solche Satelliten-BHKW gestellt werden müssen, geht der BGH zwar nicht im Einzelnen ein. Der dritte Leitsatz des BGH und die Urteilsgründe legen allerdings beide gleichermaßen nahe, dass außer einer gewissen räumlichen Entfernung keine weiteren Voraussetzungen einzuhalten sind. Denn hierfür finden sich in dem Urteil keine Anhaltspunkte. Dies gilt insbesondere für die Anforderungen, die eine Vielzahl von Netzbetreibern an das mit dem Satelliten-BHKW verfolgte Wärmenutzungskonzept stellen.

Die Ausführungen des BGH lassen zudem darauf schließen, dass der Begriff der räumlichen Nähe sehr eng auszulegen ist, in jedem Fall enger als die Anforderung der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ in § 19 Absatz 1 EEG.⁹ An die räumliche

Entfernung können deshalb bei der Prüfung der Eigenständigkeit von Satelliten-BHKW keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sein.

Nicht eindeutig ist dem BGH-Urteil zu entnehmen, ob zwei BHKW, die zwar räumlich von den Fermentern entfernt sind, sich jedoch in räumlicher Nähe zueinander befinden, eine gemeinsame Anlage im Sinne des § 3 Nummer 1 EEG 2009 bilden.

Eine echte Überraschung der Biogasbranche ist dem BGH mit einem obiter dictum¹⁰ zur Bedeutung des Inbetriebnahmedatums des jeweiligen BHKW gelungen. Denn die Vergütungshöhe für das später hinzugebaute BHKW soll sich nach einer Passage am Ende der Urteilsbegründung nicht nach dem Inbetriebnahmedatum des ersten BHKW richten, sondern es sei insoweit auf die Inbetriebnahme des zweiten Generators abzustellen.¹¹ In der Folge sollen die Degressionsvorschriften auf das hinzugebaute BHKW Anwendung finden. Der BGH äußert sich dabei nicht explizit dazu, ob dementsprechend auch der 20-jährige Vergütungszeitraum erst mit Inbetriebnahme des zweiten BHKW zu laufen beginnen soll.

Ähnliche Ausführungen des BGH finden sich zwar bereits in einem Urteil des BGH zu Photovoltaikanlagen¹² aus dem Jahr 2011. Dort hatte der BGH über die Vergütungshöhe in einem Fall zu entscheiden, in dem das Tragwerk einer bestehenden Photovoltaikanlage nachträglich zum Bestandteil eines später unter Nutzung dieses Tragwerks errichteten Gebäudes geworden ist. Der BGH hat hier entschieden, dass für die Berechnung der Vergütungshöhe bzw. Degression dann der Zeitpunkt des erstmaligen Betriebs der Anlage als Aufdachanlage maßgeblich sein soll.¹³ Mit dem neuen Urteil stellt sich der BGH in einer äußerst praxisrelevanten Fragestellung jedoch gegen nahezu alle bislang vertretenen Auffassungen zum weiten Anlagenbegriff. Dessen Vertreter sowie auch die genannten Oberlandesgerichte gingen mit guten Gründen stets davon aus, dass das zweite BHKW einheitlich mit dem ersten BHKW das Inbetriebnahmedatum der Biogasanlage und mithin des ersten BHKW teilt und dass allein dieses Inbetriebnahmedatum für den Beginn des Vergütungszeitraums und die Degressionsstufe maßgeblich ist. Auf dieser Grundlage sind in der Vergangenheit auch die meisten Netzbetreiber bei der Ermittlung der EEG-Vergütung für den Strom aus allen am Standort

4 BGH, Urteil vom 21. Mai 2008 – VIII ZR 308/07.

5 Urteil vom 5.12.2012 – VI-2 U (Kart) 7/12.

6 Urteil vom 16.5.2013 – 2 U 129/12.

7 Urteil vom 25.5.2012 – 3 U 193/11.

8 Empfehlung vom 1.7.2010 – 2009/12.

9 Siehe Rn. 50 und 53 ff. des Urteils.

10 Der BGH setzt sich in den Randnummern 59 f. des Urteils mit den Einwänden der Revision gegen den weiten Anlagenbegriff auseinander. Die Revision hat der BGH insgesamt auf Grundlage des weiten Anlagenbegriffs zurückgewiesen. Ob der Netzbetreiber die Vergütungshöhe auf Grundlage des weiten Anlagenbegriffs in der Vergangenheit richtig oder zu hoch ermittelt hatte und ob ihm noch Ansprüche gegen den Anlagenbetreiber zustehen, war nicht Gegenstand des Verfahrens und daher auch nicht entscheidungserheblich.

11 Rn. 59 des Urteils.

12 Urteil vom 9.2.2011 – VIII ZR 35/10.

13 Siehe dort Rn. 46.

der Biogaserzeugungsanlage betrieben und an diese angeschlossenen BHKW davon ausgegangen, dass diese durch das Inbetriebnahmejahr des ersten in Betrieb genommenen BHKW bestimmt wird.

Die Ausführungen des BGH in seinem obiter dictum zur Bedeutung des Inbetriebnahmedatums des zweiten BHKW vermögen nicht zu überzeugen. So lässt der BGH gänzlich unberücksichtigt, dass sowohl die Bestimmungen des EEG 2004¹⁴ als auch des EEG 2009¹⁵ zur Degression auf die Inbetriebnahme der „Anlage“ und nicht des „Generators“ abstellen. Die Ausführungen des BGH sind hiermit kaum in Einklang zu bringen.

Die Anwendung der Maßgaben des BGH zur Degression und zum Vergütungszeitraum stellen Netzbetreiber und Anlagenbetreiber zudem vor erhebliche Herausforderungen. Sie führt in einer Vielzahl von Fällen dazu, dass sich die Vergütungsansprüche der Anlagenbetreiber im Vergleich zu der bisherigen Vergütungspraxis teilweise nicht unerheblich vermindern. Gleichzeitig hat ein Anlagenbetreiber nach der Rechtsprechung durch die Inbetriebnahme neuer BHKW nun wohl die Möglichkeit, den Vergütungszeitraum für die Anlage (nach Belieben) zu verlängern. Es ist zu bezweifeln, ob dem BGH diese Auswirkung seines Urteils bewusst war und ob sie mit dem Sinn und Zweck der Bestimmungen des EEG vereinbar ist.

Insbesondere in Konstellationen, in denen ein Zubau nicht während der Geltungszeit der selben Fassung des EEG erfolgt ist, in der die Biogasanlage gebaut worden ist, führt die Anwendung des generatorbezogenen Inbetriebnahmedatums zudem zu erheblichen Schwierigkeiten. So lässt sich den Ausführungen des BGH zwar noch entnehmen, dass der Zubau von BHKW zu einer bestehenden Biogasanlage keine Änderung des Inbetriebnahmedatums der Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009 zur Folge hat.¹⁶ Aufgrund der dem Bestandsschutz dienenden Übergangsbestimmungen, etwa in § 66 Abs. 1 EEG 2012, gilt der bestehende Rechtsrahmen für Anlagen, die bereits vor Inkrafttreten der neuen Regelungen in Betrieb genommen worden sind, im Wesentlichen weiter. Da die Übergangsbestimmungen allein an den Inbetriebnahmezeitpunkt der Anlage und nicht – wie die vom BGH herangezogene Bestimmung des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 EEG 2009 – an die Inbetriebnahme des Generators anknüpfen, bleibt es daher trotz der Bedeutung, die der BGH dem Inbetriebnahmedatum des 2. BHKW beimisst, nach Auffassung der Verfasser bei der Anwendung der Vergütungsvorschriften und -voraussetzungen der zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme des ersten BHKW geltenden Fassung des EEG – auch im Hinblick auf den Strom aus dem hinzugebauten BHKW. Die Degression der Vergütung aus der dieser Fassung des EEG wird schlicht

(fiktiv) fortgeschrieben. Nach dem BGH gibt es also einen auf der Grundlage des EEG 2004 ermittelten Vergütungssatz für BHKW, die im Jahr 2011 in Betrieb genommen worden sind, auch wenn das EEG 2004 zu diesem Zeitpunkt längst durch das EEG 2009 abgelöst worden war.

Antworten auf die folgenden Fragen werden nach dem BGH-Urteil jedoch in jedem Fall noch gesucht:

- Wie hat die „fiktive“ Berechnung der Degression zu erfolgen, wenn – wie beispielsweise zum 1. Januar 2009 – eine Anhebung der Vergütungssätze (teilweise) auch für Bestandsanlagen wirksam geworden ist?¹⁷
- Sind die Ausführungen des BGH auf das EEG 2012 übertragbar?¹⁸ Was gilt mithin, wenn der Zubau eines BHKW erst nach dem 1. Januar 2012 erfolgt (ist)?
- Wie erfolgt die Zuordnung von Strommengen zu verschiedenen BHKW, wenn diese nicht gesondert gemessen werden bzw. gemessen worden sind? Muss jeweils ein eigener eichfähiger Zähler eingebaut werden?
- Sind die Ausführungen des BGH auf den Zubau eines BHKW vor dem 1. Januar 2009 übertragbar?

Nur vereinzelt haben Netzbetreiber das wenig überzeugende obiter dictum des BGH zum Anlass genommen, Anlagenbetreiber zum Jahresende 2013 noch mit Rückforderungsansprüchen und Mahnbescheiden für Teile der im Jahr 2011 gezahlten Vergütung zu konfrontieren, um eine mögliche Verjährung zu hemmen. Es bleibt insoweit noch abzuwarten, wie die vorgenannten Fragen in der Praxis beantwortet werden und ob sich ein einheitlicher Umgang damit etablieren wird.

Im Nachhinein lässt sich feststellen, dass zu bedauern ist, dass der Gesetzgeber den Anlagenbegriff bei Biogasanlagen und das Zusammenspiel mit dem Inbetriebnahmebegriff weder im EEG 2009 noch im EEG 2012 eindeutig klar gestellt hat. Die Hoffnung, dass der BGH eine abschließende Klärung herbeiführen würde, wurde nun enttäuscht.

EWeRK-Service:

Das Urteil kann beim EWeRK angefordert werden.

¹⁴ § 8 Absatz 5 EEG 2004.

¹⁵ § 20 Absatz 1 Satz 1 und 2 EEG 2009.

¹⁶ Vgl. Rn. 60 des Urteils.

¹⁷ Zum 1. Januar 2009 sind mit dem EEG 2009 die Grundvergütung für Strom aus bestehenden Biogasanlagen auf 11,67 ct/kWh für den Leistungsanteil bis 150 kW und der NawaRo-Bonus auf 7,0 ct/kWh für den Leistungsanteil bis 500 kW angehoben worden..

¹⁸ Das EEG 2012 stellt anders als noch das EEG 2009 in § 3 Nummer 5 nicht auf die Inbetriebnahme der „Anlage“, sondern des „Generators der Anlage“ ab. Zudem ist gemäß § 21 Absatz 2 Satz 2 EEG 2012 der Beginn des Vergütungszeitraums nicht mehr der Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Generators, sondern schlicht der „Zeitpunkt der Inbetriebnahme“.