

messene Abstände nicht eingehalten werden können. Soweit Erdkabelverlegungen wirtschaftlich nicht sinnvoll sind, ist an finanzielle Ausgleichsregelungen zu denken. Dafür gibt es rechtliche Ansätze im allgemeinen Planfeststellungsrecht, die möglicherweise noch durch Spezialregelungen ergänzt werden müssen. Ein Nachteilsausgleich könnte auch durch spezielle Beteiligungsofferten gewährleistet werden. Damit sind insbesondere bei den Windparks in Dänemark gute Erfahrungen gemacht worden („Bürger-Windparks“). Ob dieser Lösungsweg auch bei Übertragungsleitungen beschritten werden kann, ist allerdings zweifelhaft.

Prof. Dr. Wolfgang Köck

Leiter des Departments Umwelt- und Planungsrecht am Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung – UFZ, Direktor

des Instituts für Umwelt- und Planungsrecht der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

Jüngste Veröffentlichungen: Katastrophenschutzrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 3, 3. Aufl. Heidelberg 2013, § 71, S. 590-606; Flussgebietsbewirtschaftung und Raumordnung – zur Problematik räumlicher und sachlicher Koordinierung, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 66 (2013), 844-851; The Distance Requirement under Art. 12 (1) of the Seveso II-Directive – The ECJ’s Müksch ruling, in: Review of European Administrative Law (REALaw) 6 (2013) 149-157; Novelisierung der Abwasserabgabe – Reformoptionen und ihre Bewertung, in: Zeitschrift für Wasserrecht (ZfW) 53 (2014), 57-92 (gemeinsam mit E. Gawel, K. Kern, H. Schindler, R. Holländer, J. Rüger).

Hartwig von Bredow/Steffen Herz

Anlagenbegriff und Inbetriebnahme im EEG

Praxisfragen für Biogasanlagen nach dem Urteil des BGH vom 23.10.2013 (Az. VIII ZR 262/12 – abgedruckt in: ZUR 2/2014, 92 ff.)

Indem er sich dem weiten Anlagenbegriff angeschlossen hat, hat der BGH mit der Definition der Anlage eine der umstrittensten Rechtsfragen im EEG geklärt. Überraschend ist allerdings die in einem obiter dictum geäußerte Rechtsauffassung, dass Inbetriebnahme und Vergütungsdauer einzelner Anlagenteile abweichend von der Gesamtanlage zu bestimmen sein sollen. Dies führt zu einer Reihe rechtlicher Folgefragen.

A. Einleitung

Mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) wird seit dem Jahr 2000 die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien gefördert. Zentrale Elemente der Förderung sind die Pflichten des jeweiligen Stromnetzbetreibers, gemäß § 5 Abs. 1 EEG Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien unverzüglich vorrangig an sein Netz anzuschließen, gemäß § 8 Abs. 1 EEG den erzeugten Strom abzunehmen und gemäß § 16 Abs. 1 EEG i.V.m. § 20 Abs. 2 EEG den erzeugten Strom für einen Zeitraum von 20 Jahren zu den gesetzlich festgelegten Mindestvergütungssätzen zu vergüten.

Die Erzeugung von Strom aus Biomasse als erneuerbare Energiequelle – sei es feste, flüssige oder gasförmige – wird nach dem EEG gefördert. Die Höhe der vom Stromnetzbetreiber je produzierter Kilowattstunde (kWh) zu entrichtenden EEG-Vergütung ist dabei in erster Linie abhängig von der Leistung der Anlage, dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme und der Herkunft und Eigenschaften der für die Stromerzeugung genutzten Biomasse. Mit diesen Differenzierungen verfolgt das EEG verschiedene Zwecke. Da die Stromgestehungskosten bei den für besonders

förderungswürdig befundenen kleinen Biomasseanlagen vergleichsweise hoch sind, fallen die Vergütungssätze für derartige Anlagen höher aus als für größere Biomasseanlagen. Die jeweils zum 1. Januar eines Jahres greifende Degression führt dazu, dass später in Betrieb genommene Anlagen geringere Vergütungssätze erhalten als früher in Betrieb genommene Anlagen. Damit soll dem technischen Fortschritt bei der Stromerzeugung Rechnung getragen werden. Der Inbetriebnahmezeitpunkt entscheidet zudem darüber, welche Regelungen des fortlaufend novellierten EEG¹ Anwendung finden.

Folglich kommt der Frage, ob die der Stromerzeugung dienenden Einrichtungen an einem bestimmten Standort als eine einheitliche Anlage im Sinne des EEG oder als mehrere Einzelanlagen zu werten sind und wann diese eine oder mehrere Anlagen jeweils in Betrieb genommen worden sind, erhebliche Bedeutung für die Vergütungshöhe und somit die Praxis zu.

Der Anlagenbegriff des EEG und die im engen Zusammenhang hierzu stehenden rechtlichen Fragen der Inbetriebnahme sind seit jeher umstritten. Besondere Relevanz hat diese Diskussion für Biogasanlagen. Dies liegt darin begründet, dass sich gerade bei Biogasanlagen dem Anlagenbetreiber eine Vielzahl an technischen Optionen bei der Anlagengestaltung eröffnet. Beispielsweise können unmittelbar bei einer Biogasanlage mehrere

¹ Aktuell sind folgende Fassungen des EEG (zumindest teilweise in Kraft): Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074); zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730) – EEG 2012; Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074) in der bis zum 31.12.2011 geltenden Fassung – EEG 2009; Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918); zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074) – EEG 2004.

Blockheizkraftwerke (BHKW) verschiedener Leistungsklassen betrieben werden, wobei zwischen deren Inbetriebnahme unter Umständen Jahre liegen können. Daneben gibt es von der eigentlichen Biogasanlage abgesetzte sog. „Satelliten-BHKW“, große Anlagenparks, in denen mehrere Dutzend Biogasanlagen unmittelbar nebeneinander betrieben werden, aber auch an das Gasnetz angeschlossene BHKW, die mit Erdgas betrieben werden, das rein bilanziell als Biomethan gilt.²

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat nun in einem wegweisenden Urteil vom 23.10.2013 einige der sich im Zusammenhang mit dem Anlagenbegriff und der Inbetriebnahme bei EEG-Anlagen stellende Rechtsfragen entschieden. Die Entscheidung hat aber auch eine Reihe an Folgefragen aufgeworfen, die ihrerseits einer rechtlichen Erörterung und Klärung bedürfen.

B. Diskussion um den Anlagenbegriff

Der Entscheidung des BGH ging ein Streit um die Definition der Anlage im Sinne des EEG voraus.

Insbesondere die Clearingstelle EEG³ hatte dabei einen eigenständigen Anlagenbegriff entwickelt. Nach diesem handelt es sich bereits um eine selbständige Anlage, wenn – wie bei einem Biogas-BHKW – diejenigen Anlagenbestandteile vorhanden sind, die zwingend erforderliche Mindestvoraussetzung für die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien sind.⁴ Ob auch die eigentlichen Biogaserzeugungsanlagen (Fermenter) Bestandteil dieser EEG-Anlage sind, hatte die Clearingstelle EEG letztlich offengelassen.⁵ Es soll sich jedenfalls nicht um einen notwendigen Bestandteil in dem Sinne handeln, dass mehrere BHKW, die Biogas aus demselben Fermenter beziehen, zu einer Gesamtanlage verklammert werden. Konsequenz dieser Auffassung ist, dass jedes einzelne Biogas-BHKW als selbständige Anlage mit eigenem Inbetriebnahmedatum gilt.

Dem Anlagenbegriff der Clearingstelle EEG hatten sich die Landgerichte Regensburg⁶ und Duisburg⁷ angeschlossen.

Dem entgegen stand der sog. „weite Anlagenbegriff“, dem sich sämtliche damit befassten Oberlandesgerichte angeschlossen haben⁸ und der auch in der juristischen Literatur überwiegend vertreten wird.⁹ Nach diesem ist nicht jedes einzelne BHKW eine Anlage im Sinne des EEG, sondern vielmehr bildet die Gesamtheit aller zur Biogasanlage zählenden Einzelkomponenten zur Gas- und Stromerzeugung eine Gesamtanlage.¹⁰ Nach dem weiten Anlagenbegriff bilden dann mehrere BHKW, die am Standort der Biogasanlage das im selben Fermenter¹¹ erzeugte Biogas vor Ort in Strom umwandeln, gemeinsam eine einheitliche EEG-Anlage. Erst später hinzugebaute weitere BHKW werden ebenfalls Bestandteil der bestehenden Anlage.

C. Urteil des Bundesgerichtshofs

Der BGH hat sich nun mit Urteil vom 23.10.2013¹² grundsätzlich dem weiten Anlagenbegriff angeschlossen und damit den unter B. skizzierten Streit höchstgerichtlich entschieden.

Konkret hatte der BGH folgenden Fall zu entscheiden:

Die Klägerin betreibt seit Dezember 2006 eine Biogasanlage, die zunächst aus einem BHKW mit einer installierten elektrischen

Leistung von 499 kW (BHKW 1), einem oder zwei Fermenter(n),¹³ einem Nachgärbehälter und einem Gärrestlager bestand. 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. Der vergütungspflichtige Netzbetreiber hat die BHKW auf Grundlage des weiten Anlagenbegriffs als eine Anlage bewertet und vergütet. Die Klägerin hingegen vertrat, dass es sich bei den BHKW 1 und 3 jeweils um eigenständige Anlagen handelt, und beanspruchte die Zahlung einer höheren Einspeisevergütung. Nachdem die Klägerin bereits in den Vorinstanzen erfolglos geblieben war, hat auch der BGH die Revision nun zurückgewiesen.¹⁴

Der BGH hat die Zurückweisung der Revision im Wesentlichen damit begründet, dass der Anlagenbegriff im EEG weit zu verstehen ist. Unter einer Anlage nach § 3 Nr. 1 S. 1 EEG 2009 sei die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen zu verstehen.¹⁵ Mehrere in (unmittelbarer) räumlicher Nähe zueinander errichtete BHKW, die an denselben Fermenter angeschlossen sind, bildeten danach in der Regel eine einheitliche Biogasanlage im Sinne des § 3 Nr. 1 S. 1 EEG 2009.¹⁶

D. Bewertung des Urteils

Das Urteil des BGH ist im Hinblick auf die Festlegung auf den weiten Anlagenbegriff überzeugend (nachfolgend I.). Dies gilt auch für die weitergehende Feststellung, dass dann nicht mehr vom Vorliegen einer einheitlichen Anlage auszugehen ist, wenn

- 2 Vgl. zum Ganzen auch von Bredow/Herz, REE 4/2013, 209ff.
- 3 Bei der Clearingstelle EEG handelt es sich um eine vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) auf Grundlage des § 57 EEG beauftragte juristische Person, deren Aufgabe die Klärung von Streitigkeiten und Anwendungsfragen im Kontext des EEG ist.
- 4 Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 1.7.2010 – 2009/12, 2. Leitsatz; abrufbar unter www.clearingstelle-eeeg.de.
- 5 Clearingstelle EEG (o. Fn. 4), Rn. 101.
- 6 Urt. v. 1.9.2011, Az. 3 O 896/11; abrufbar unter www.clearingstelle-eeeg.de.
- 7 Urt. v. 21.3.2012, Az. 23 O 25/11; abrufbar unter www.clearingstelle-eeeg.de.
- 8 OLG Naumburg, REE 2013, 172ff.; OLG Düsseldorf, REE 2013, 33ff.; OLG Brandenburg, REE 2012, 161ff.; OLG Brandenburg, NVwZ 2011, 700ff. Auch das OLG Stuttgart, REE 2012, 94ff., hat sich dem weiten Anlagenbegriff angeschlossen, wobei sich das Urteil auf Wasserkraftanlagen bezog.
- 9 Vgl. nur Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 23ff. m.w.N.
- 10 Eingehend zum weiten Anlagenbegriff auch Weissenborn, REE 2013, 155ff. m.w.N.
- 11 Im Einzelnen umstritten ist, ob über den Fermenter hinaus auch die gemeinsame Nutzung anderer Einzelkomponenten einer Biogasanlage, beispielsweise des Gärrestlagers, eine Anlagenzusammenfassung bewirken kann. Vgl. hierzu im Einzelnen: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl. 2013, § 2 Rn. 10ff.
- 12 BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12; abgedruckt in: ZUR 2/2014, 92ff.
- 13 Dies hat der BGH in seiner Entscheidung offen gelassen und letztlich als nicht entscheidungsrelevant erachtet.
- 14 Vgl. ZUR 2/2014, 92ff.
- 15 Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Leitsatz 1 – zitiert nach juris.
- 16 Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Leitsatz 3.

sich einzelne Anlagenbestandteile in nicht unerheblicher räumlicher Entfernung voneinander befinden (nachfolgend II.).

Wenig überzeugend erscheinen jedoch die vom BGH im Rahmen eines obiter dictum vorgenommen überraschenden Ausführungen zum Beginn des Vergütungszeitraums und zur Ermittlung der Vergütungshöhe bei Zubau eines BHKW zu einer bestehenden Biogasanlage (nachfolgend III.).

I. Zum Anlagenbegriff

Der BGH hat sich mit überzeugenden Argumenten dem bereits oben (B.) skizzierten sog. „weiten Anlagenbegriff“ angeschlossen.

1. Entscheidungsgründe des BGH

Der BGH begründet die Anwendung des weiten Anlagenbegriffs überzeugend aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Regelungszweck des im entschiedenen Fall anwendbaren § 3 Nr. 1 EEG 2009.

Bereits aus dem Wortlaut des § 3 Nr. 1 EEG 2009 ist nach Ansicht des BGH abzuleiten, dass neben der Stromgewinnungseinrichtung stets auch eine Vorrichtung erforderlich ist, die die Zufuhr oder Bereitstellung Erneuerbarer Energien gewährleistet. Daraus leitet der BGH – wie bereits in seinem zum EEG 2004 ergangenen Urteil vom 21.5.2008¹⁷ – ab, dass ein BHKW nur im Verbund mit einem Fermenter eine Biogasanlage im Sinne des § 3 Nr. 1 S. 1 EEG 2009 darstellen kann.¹⁸ Dann spreche aber auch vieles dafür, dass „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 S. 1 EEG 2009 zu werten“ seien.¹⁹

Der BGH stützt sein Ergebnis daneben auf die Entstehungsgeschichte des § 3 Nr. 1 EEG 2009.²⁰ Er stellt zunächst fest, dass bereits nach der Fiktion des § 3 Abs. 2 S. 2 EEG 2004 zwei in räumlicher Nähe zueinander installierte und mit einem gemeinsam genutzten Fermenter verbundene BHKW eine einheitliche Anlage darstellten. An dieser Bewertung wollte der Gesetzgeber – wie der BGH anhand der Gesetzesmaterialien aufzeigt – im Zuge der Novellierung des EEG zum 1.1.2009 nichts ändern. Zweck der Neufassung der Anlagendefinition in § 3 Nr. 1 EEG 2009 und des damals neu eingefügten § 19 Abs. 1 EEG 2009 sei es vielmehr gewesen, den Schutz der Endverbraucher vor unnötigen Mehrkosten, die insbesondere bei der Errichtung sog. Anlagenparks entstehen, zu stärken. Hiermit sei es nicht vereinbar, entsprechend mehrere an eine Biogasanlage angeschlossene BHKW nur noch unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 EEG 2009 zusammenzufassen. Die Neufassung des Anlagenbegriffs in § 3 Nr. 1 S. 1 EEG 2009 sollte nach Ansicht des BGH vielmehr sicherstellen, dass Anlagen, die nach § 3 Abs. 2 S. 2 EEG 2004 nur fiktiv als eine Gesamtanlage gegolten haben bzw. hätten, nun regelmäßig bereits begrifflich eine Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 S. 1 EEG 2009 darstellen. Nach der Gesetzesbegründung sei insoweit auf sämtliche technisch und baulich er-

forderlichen Einrichtungen abzustellen und – entsprechend dem natürlichen Sprachgebrauch – unter Anlage die Gesamtheit der der Stromerzeugung dienenden Einrichtungen zu verstehen. In Abgrenzung hierzu habe der Gesetzgeber in § 3 Nr. 4 EEG 2009 den Generator definiert.

Der BGH stellt im Anschluss nochmals klar, dass sich mit dem EEG 2009 ein „Paradigmenwechsel“ vollzogen habe.²¹ Den BGH wird man hier so verstehen müssen, dass im Zentrum der Betrachtung nicht mehr länger das einzelne BHKW steht, sondern dass vielmehr die Frage zu stellen ist, was eine „einheitliche Biogasanlage im Sinne des § 3 Nr. 1 S. 1 EEG 2009“ ausmacht.²² Es komme auf eine lebensnahe Betrachtung unter Berücksichtigung des betriebstechnischen Konzeptes an.²³

2. Bewertung

Dass der BGH sich dem weiten Anlagenbegriff angeschlossen hat, ist – trotz der guten Argumente, die für die abweichende Ansicht der Clearingstelle EEG und der dieser folgenden Revision sprechen – wenig überraschend. So konnte der BGH eine gewisse Kontinuität in seiner Rechtsprechung wahren, nachdem er bereits im Jahr 2008 entschieden hatte, dass eine Anlage im Sinne des EEG 2004 nicht nur das BHKW, sondern auch den Fermenter voraussetzt. Dem BGH ist insoweit insbesondere zuzugestehen, dass – entgegen der Ansicht der Clearingstelle EEG²⁴ – weder aus der Gesetzeshistorie noch aus der Gesetzesystematik eindeutig hervorgeht, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Novelle zum EEG 2009 einen dahingehenden Bewertungswechsel herbeiführen wollte, wonach Konstellationen als mehrere Anlagen zu bewerten wären, die nach dem EEG 2004 noch als eine Anlage zu werten waren.

Der weite Anlagenbegriff kann zudem für sich in Anspruch nehmen, eher als der Anlagenbegriff der Clearingstelle EEG einer lebensnahen Betrachtungsweise zu entsprechen. In der Tat erscheint es lebensfremd, dass der Zubau eines BHKW am Standort einer bestehenden Biogasanlage dazu führen soll, dass zwei getrennte Anlagen im Sinne des EEG vorliegen.²⁵ Hier mag ergänzend darauf hingewiesen werden, dass es sich bei einem BHKW im Vergleich zu den Fermentern und sonstigen Bestandteilen einer Biogasanlage um einen kleineren Bauteil handelt, der auch nur einen untergeordneten Teil der Gesamtinvestitionskosten ausmacht. Ob das in einer Biogasanlage erzeugte Biogas beispielsweise in einem großen BHKW mit einer Leistung von 500 kW oder zwei kleinen BHKW mit einer Leistung von je 250 kW verstromt wird, macht auch weder im Hinblick auf die Investitionskosten noch das Anlagenkonzept einen entscheidenden Unterschied. Dass der BGH bei seiner Betrachtung die Biogasanlage als die Gesamtheit der zusammengehörenden und der

17 BGH, Urt. v. 21.5.2008 – VIII ZR 308/07.

18 Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 20ff.

19 Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 23.

20 Vgl. zum Folgenden BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 25ff.

21 BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 39.

22 Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 40.

23 Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 40.

24 Clearingstelle EEG (Fn. 4), Rn. 96ff.

25 Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 40.

Stromerzeugung dienenden Einrichtungen in das Zentrum der Betrachtung stellt, erscheint vor diesem Hintergrund nachvollziehbar.²⁶

Dem BGH ist auch darin zuzustimmen, dass allein der weite Anlagenbegriff eine unangemessene Optimierung der EEG-Vergütung durch den sukzessiven Zubau von BHKW im Abstand von jeweils mehr als zwölf Monaten zu verhindern vermag und insoweit besser mit dem Sinn und Zweck der Vergütungsregelungen vereinbar ist.

II. Vergütungsrechtliche Selbständigkeit bei hinreichender Entfernung

Der BGH hat die vergütungsrechtliche Selbständigkeit von Satelliten-BHKW anerkannt, indem er ausdrücklich feststellt, dass eine Anlagenzusammenfassung nur bei einer hinreichenden räumlichen Nähe in Betracht kommt. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine Anlagenzusammenfassung ab einer bestimmten räumlichen Entfernung ausscheidet. Dazu, wie weit diese Entfernung im Einzelfall bemessen sein muss, äußert sich der BGH allerdings nicht.

1. Entscheidungsgründe des BGH

An zahlreichen Stellen des Urteils und in dem dritten Leitsatz betont der BGH, dass von einer einheitlichen Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 S. 1 EEG 2009 nur bei einer räumlichen Nähe oder einer unmittelbaren räumlichen Nähe auszugehen ist. So heißt es in Leitsatz 3: „In (unmittelbarer) räumlicher Nähe zueinander errichtete BHKW, die an denselben Fermenter angeschlossen sind, bilden in der Regel eine einheitliche Biogasanlage [...]“.²⁷ Weiterhin bilden die BHKW der Klägerin nach Ansicht des BGH gerade „aufgrund ihrer unmittelbaren Nähe und der baulichen Verbindung zu einem oder mehreren gemeinsam genutzten Fermenter(n)“ eine Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 S. 1 EEG 2009.²⁸ An anderer Stelle stellt der BGH darauf ab, dass die BHKW „am gleichen Standort“ oder in „unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander“ errichtet sind.²⁹

Der BGH führt weiter aus, dass die Anbindung mehrerer BHKW an einen gemeinsamen Fermenter nicht stets zum Vorliegen einer einheitlichen Anlage führt. BHKW, die durch einen gemeinsamen Fermenter versorgt werden, seien dann nicht als eine Anlage anzusehen, wenn sie aufgrund ihrer räumlichen Entfernung als selbständige Anlagen zu werten seien.³⁰ In diesen Fällen komme der Anbindung an einen gemeinsamen Fermenter allenfalls Bedeutung als mögliches Indiz für eine – trotz der Distanz zwischen den BHKW bestehende – räumliche Nähe im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 zu.³¹

2. Eigene Bewertung

Die Ausführungen des BGH zur vergütungsrechtlichen Eigenständigkeit von BHKW, die sich in räumlicher Entfernung von der Biogasanlage befinden, sind überzeugend. Sie sind als Beitrag zur Schaffung der erforderlichen Rechtsklarheit für Anlagenbetreiber zu begrüßen.

In der Praxis und auch ganz überwiegend in der juristischen Literatur³² ist bislang schon 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.³³

Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass allein der Umstand der Nutzung von Biogas aus denselben Fermentern noch nicht dazu führen kann, dass mehrere BHKW zu einer Gesamtanlage verbunden werden.³⁴ Hierfür müssen vielmehr weitere Anhaltspunkte vorliegen, wie z.B., dass die BHKW auch nach baulichen und betrieblichen Maßstäben Bestandteil derselben Biogasanlage sind. Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn mehrere BHKW direkt am Standort der Biogasanlage aus dieser Rohbiogas beziehen.

Vom Vorliegen einer Gesamtanlage kann aber dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn die einzelnen Anlagen in nicht unwesentlicher räumlicher Entfernung voneinander errichtet und betrieben werden und die einzige bauliche Verbindung die Rohbiogasleitung ist. Dies entspricht im Übrigen auch den Wertungen des Genehmigungsrechts.

Dass der BGH dem nun folgt, ist überzeugend. Die Begründung fällt allerdings eher knapp aus, da Gegenstand des BGH-Urteils allein der Vergütungsanspruch der beiden BHKW am Standort der Biogasanlage und nicht der Vergütungsanspruch für den Strom aus dem zusätzlich vorhandenen dritten, räumlich abgesetzten BHKW war. Der BGH begnügt sich in der Folge damit, festzustellen, dass eine ausreichende räumliche Entfernung (ersichtlich) nicht vorlag, ohne die Voraussetzungen für das Vorliegen einer solchen weitergehend zu konkretisieren.

III. Beginn des Vergütungszeitraums und Degression

Im Rahmen eines obiter dictums³⁵ vertritt der BGH die Auffassung, dass für den Strom aus einem in späteren Jahren zu einer

26 Ob hierin tatsächlich – wie vom BGH angenommen (vgl. *BGH*, Ur. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 39) – ein Paradigmenwechsel zu sehen ist oder ob diese Betrachtungsweise nicht auch bereits nach dem EEG 2004 geboten war, ist eine andere Frage, die hier nicht vertieft werden soll.

27 *BGH*, Ur. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Leitsatz 3; weitgehend gleichlautend auch Rn. 20.

28 *BGH*, Ur. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 15.

29 *BGH*, Ur. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, Rn. 21, 23 und 38ff.

30 *BGH*, Ur. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 50 unter Zitierung der Gesetzesbegründungen zum EEG 2009 und zum EEG 2004 (BT-Drs. 16/8148, S. 38 und BT-Drs. 15/2327, S. 21).

31 *BGH*, Ur. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 50 mit Hinweis auf *Loibl* (Fn. 11), Rn. 50.

32 Aus der juristischen Literatur vgl. hierzu etwa *Loibl* (Fn. 11), 104ff.; *Reshöft*, in: *Reshöft*, EEG, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 40ff.; *Ekardt/Hennig*, in: *Frenz/Müggenborg*, EEG, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 9; a.A. *Oschmann* (Fn. 9), § 3 Rn. 25.

33 Vgl. allerdings *OLG Naumburg*, REE 2013, 172ff. Das OLG Naumburg hat dort argumentiert, dass der Bezug der erneuerbaren Energieträger und die Bewertung als eigenständige Anlage nicht getrennt voneinander erfolgen und daher ein BHKW für sich keine eigenständige EEG-Anlage darstellen könne. Dies soll nach dem OLG Naumburg offenbar auch für räumlich abgesetzte BHKW gelten. Ein Satelliten-BHKW war aber nicht unmittelbarer Gegenstand des Urteils. Vgl. zum Ganzen von *Bredow/Herz*, REE 4/2013, 209 (211f.).

34 Vgl. insgesamt zum Nachfolgenden auch die umfassendere Darstellung bei *von Bredow/Herz*, REE 4/2013, 209 (211f.).

35 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. Auch die Frage, für welchen Zeitraum noch ein Anspruch auf die EEG-Vergütung für das hinzugebaute BHKW besteht, war nicht Gegenstand des Verfahrens.

bestehenden Biogasanlage hinzugebauten BHKW ein eigener vom Inbetriebnahmedatum der Gesamtanlage abweichender Inbetriebnahmezeitpunkt gilt. Auch der Vergütungszeitraum von 20 Jahren beginne für das hinzugebaute BHKW von neuem. Der Strom sei nach den zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme des neuen BHKW geltenden degressiven Sätzen zu vergüten.³⁶

1. Entscheidungsgründe des BGH

Zu seinem „obiter dictum“ kommt der BGH im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit verschiedenen Einwänden der Revision gegen den weiten Anlagenbegriff. Der BGH legt in diesem Zusammenhang dar, dass die Anwendung des weiten Anlagenbegriffs weder dem Ziel des EEG, die Weiterentwicklung von Stromerzeugungstechniken zu fördern,³⁷ noch den Grundprinzipien des EEG widerspricht.³⁸ Zur Begründung dieser Auffassung führt der BGH aus, dass der weite Anlagenbegriff – entgegen der Ansicht der Revision – nicht zur Folge hat, dass bei der Erweiterung einer Biogasanlage um ein zusätzliches BHKW die Vergütungssätze gelten, die auch für die Ursprungsanlage maßgeblich sind. Vielmehr greife insoweit der an die Inbetriebnahme des Generators anknüpfende § 21 Abs. 1 EEG 2009, der – wie sich aus der Gesetzesbegründung ergebe – auf den Anschluss zusätzlicher BHKW an eine bereits vorhandene Anlage Anwendung finde. Hieraus folge zugleich, dass der in dem zusätzlichen Generator erzeugte Strom nach den zu diesem Zeitpunkt maßgeblichen degressiven Sätzen zu vergüten sei.³⁹

2. Eigene Bewertung

Die Ausführungen des BGH vermögen an dieser Stelle nicht zu überzeugen. Sie stehen auch im Widerspruch zu der bislang ganz überwiegend praktizierten Vergütungsermittlung und stellen Netzbetreiber und Anlagenbetreiber vor erhebliche Herausforderungen.

a) § 21 EEG 2009

Der BGH gelangt im Wesentlichen aufgrund seiner Auslegung des § 21 EEG 2009 zu dem skizzierten Ergebnis. In § 21 Abs. 1 EEG 2009 ist zunächst geregelt, dass die Vergütung nach dem EEG ab dem Zeitpunkt zu zahlen ist, ab dem der Generator erstmals Strom ausschließlich aus Erneuerbaren Energien erzeugt und in das Stromnetz eingespeist hat. Sinn und Zweck der Norm ist, klarzustellen, dass während eines Probebetriebes der Anlage mit konventionellen Energieträgern kein Anspruch auf die EEG-Vergütung besteht.⁴⁰ Gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 EEG 2009 ist die Vergütung dann für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen. Beginn dieser Frist ist – unabhängig davon, wann erstmals Strom aus Erneuerbaren Energien erzeugt worden ist – gemäß § 21 Abs. 2 S. 3 EEG 2009 der Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Generators.

b) Beginn des Vergütungszeitraums

Hieraus zieht der BGH den Schluss, dass der Beginn des zwanzigjährigen Vergütungszeitraums für jeden Generator gesondert zu bestimmen sei.

Die Auslegung des BGH erscheint insoweit mit dem Wortlaut des § 21 Abs. 2 S. 3 EEG 2009 zumindest vereinbar.

In Anbetracht des Normkontextes ist es zwar naheliegender, § 21 Abs. 2 S. 3 EEG 2009 so zu verstehen, dass mit dem „Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Generators“ der Zeitpunkt gemeint ist, zu dem die EEG-Anlage insgesamt erstmals Strom mittels eines Generators erzeugt hat.

Es lässt sich § 21 Abs. 2 S. 3 EEG 2009 aber – mit dem BGH – auch so verstehen, dass für jeden Generator ein gesondertes Inbetriebnahmedatum zu ermitteln ist.

Die gesetzliche Systematik spricht jedoch dafür, dass der für die Vergütungshöhe, den Vergütungszeitraum und die Vergütungsvoraussetzungen maßgebliche Zeitpunkt der Inbetriebnahme für eine EEG-Anlage stets einheitlich zu bestimmen ist. Dies folgt bereits daraus, dass allein die Inbetriebnahme der Anlage im EEG 2009 näher definiert ist. Nach § 3 Nr. 5 EEG 2009 umfasst die Inbetriebnahme dabei auch den Fall, dass „der Generator der Anlage“ zunächst mit fossilen Energieträgern in Betrieb gesetzt wird. Diese Definition lässt wenig Raum für eine Auslegung, nach der neben der Inbetriebnahme der Anlage noch einmal ein gesonderter Inbetriebnahmezeitpunkt für einzelne Generatoren zu bestimmen ist.

Für einen einheitlichen Inbetriebnahmezeitpunkt spricht auch der Zusammenhang des § 21 Abs. 2 S. 3 EEG 2009 mit Absatz 1 der Regelung und dem dort verfolgten Regelungszweck. Dieser liegt – wie bereits dargestellt – darin, den speziellen Fall zu regeln, dass eine ursprünglich mit fossilen Energieträgern in Betrieb gesetzte Anlage später auf Erneuerbare Energien umgestellt wird. Nach diesem Verständnis würde § 21 Abs. 2 S. 3 EEG 2009 lediglich der Klarstellung dienen, dass der Vergütungszeitraum von 20 Jahren bereits mit der fossilen Inbetriebnahme begonnen hat, obwohl der Anspruch auf die EEG-Vergütung erst ab dem Zeitpunkt des erstmaligen ausschließlichen Einsatzes Erneuerbarer Energien entsteht.

Auch der Sinn und Zweck der Regelungen spricht dafür, dass nur auf die Inbetriebnahme der Gesamtanlage abzustellen ist. Grundsätzlich ist es Ziel des Gesetzgebers, die Höhe der EEG-Vergütung und den Vergütungszeitraum so zu bemessen, dass eine Amortisation der vom Anlagenbetreiber getätigten Investitionen nebst einer bestimmten Rendite erfolgt. Ausweislich der Gesetzesbegründung folgt die Befristung der Vergütungszahlungen „gängigen energiewirtschaftlichen Berechnungsformeln und Amortisationszyklen.“⁴¹ Beginnt der Vergütungszeitraum mit jeder Inbetriebnahme eines Generators für den in dem jeweiligen Generator erzeugten Strom gesondert, ergibt sich für die von mehreren Generatoren gemeinsam genutzten Anlagenbestandteile, etwa die Fermenter, ein deutlich längerer Amortisationszeitraum. Dieser lässt sich, zumindest theoretisch, durch den Zubau immer neuer Generatoren sogar unendlich verlängern.

36 BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 58.

37 Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 52.

38 BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 58.

39 BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 59. Der BGH zitiert hier Wernsmann, AuR 2008, 329 (331) und Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 21 Rn. 42; vgl. auch BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 42.

40 BT-Drs. 16/8148, S. 52.

41 BT-Drs. 16/8148, S. 52.

c) Degression

Nicht nachvollziehbar ist, weshalb der BGH für den in dem zusätzlichen BHKW erzeugten Strom die „nach den zu diesem Zeitpunkt maßgeblichen degressiven Sätze (EEG 2009)“ anwenden will.

Diese Auslegung widerspricht eindeutig dem Wortlaut der die Degression regelnden Bestimmungen des EEG 2004 und des EEG 2009. Es kann insoweit auch dahinstehen, ob – wie vom BGH offenbar vorausgesetzt – § 20 EEG 2009 bei Berücksichtigung des § 66 Abs. 1 EEG 2009 überhaupt oder nicht vielmehr § 8 Abs. 5 EEG 2004 maßgeblich ist.

Gemäß § 8 Abs. 5 EEG 2004 wurden die Mindestvergütungen beginnend mit dem 1.1.2005 jährlich jeweils für „ab diesem Zeitpunkt neu in Betrieb genommene Anlagen“ um jeweils 1,5 Prozent gesenkt. Gemäß § 20 EEG 2009 gelten die Vergütungen und Boni des EEG 2009 auch „für Anlagen“, die vor dem 1.1.2010 in Betrieb genommen worden sind. „Für Anlagen“, die in den folgenden Kalenderjahren in Betrieb genommen wurden, greift die jährliche Degression von 1 Prozent.

Beide Regelungen stellen ausdrücklich einzig auf die Inbetriebnahme der Anlage und nicht auf die Inbetriebnahme eines einzelnen Generators ab. Dass einer einzelnen Anlage verschiedene aufgrund der Degression reduzierte Vergütungssätze zugewiesen werden sollen, lässt sich den Regelungen nicht entnehmen.

Es sind auch keine Gründe ersichtlich, die hier für eine vom Wortlaut abweichende Auslegung sprechen würden. Dies legt höchstens die Gesetzesbegründung zu § 20 EEG 2009 nahe, nach der es für die Ermittlung der Degressionsstufe auf die Inbetriebnahme des Generators ankommen soll. Auf diese bezieht sich auch der BGH.⁴²

Die Gesetzesbegründung kann insoweit jedoch nicht maßgeblich sein, da sie erkennbar nicht den § 20 EEG 2009 in der letztlich parlamentarisch beschlossenen Fassung begründet. Vielmehr handelt es sich um die Begründung zu § 24 des ursprünglichen Referentenentwurfs des EEG 2009 vom 9.10.2007.⁴³ Die Begründung wurde dann – offenbar versehentlich – bei der Erarbeitung des Gesetzentwurfs für die Begründung des § 20 EEG 2009 ohne jede Änderung übernommen, obwohl die Degressionsregelung in § 20 EEG 2009 gänzlich anders gestaltet wurde.⁴⁴ Der Wille des Gesetzgebers lässt sich an dieser Stelle somit nur schwerlich aus der Gesetzesbegründung schlussfolgern.

Die vom BGH vorgenommene Auslegung der Degressionsvorschriften widerspricht im Übrigen der nach dem Kenntnisstand der Autoren bislang einhelligen Vergütungspraxis der Netzbetreiber. Auch in der juristischen Literatur wird – soweit nicht mit dem Anlagenbegriff der Clearingstelle EEG davon ausgegangen wird, dass jedes BHKW eine eigene Anlage ist – ganz überwiegend die gegenteilige Ansicht vertreten.⁴⁵

3. Folgen des „obiter dictum“ des BGH

Die Ausführungen in den Entscheidungsgründen des BGH, wonach zwischen dem Inbetriebnahmezeitpunkt der Anlage und

dem Inbetriebnahmezeitpunkt des jeweiligen Generators zu unterscheiden ist, werfen im Übrigen zahlreiche rechtlichen Folgefragen auf.

a) Anwendung der Übergangsbestimmungen

Zunächst stellt sich die Frage, ob auf den neu zugebauten Generator auch das neue EEG anzuwenden ist, wenn dieses seit der ursprünglichen Inbetriebnahme der Anlage novelliert wurde.

Hier wird zunächst nach den Übergangsbestimmungen in § 66 EEG 2012 und § 66 EEG 2009 zu prüfen sein, ob, wie weit und ab wann die neuen Regelungen auf den in dem bestehenden und dem zugebauten BHKW erzeugten Strom Anwendung finden. Sowohl § 66 EEG 2009 als auch § 66 EEG 2012 stellen insoweit darauf ab, ob die „Anlage“ bereits vor Inkrafttreten der neuen Regelung in Betrieb genommen worden ist. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Übergangsbestimmungen kann es daher nicht darauf ankommen, wann das einzelne BHKW bzw. der einzelne Generator in Betrieb genommen worden ist. Es muss folglich auch auf einen später in Betrieb genommenen Generator nach wie vor das bei Inbetriebnahme der „Ursprungsanlage“ geltende EEG Anwendung finden.

Der BGH setzt diese Auslegung der Übergangsbestimmungen implizit voraus. Er stellt nur fest, dass bei der Ermittlung der Vergütungssätze für den Strom aus dem zu einer Bestandsanlage neu hinzugebauten BHKW die Degressionsregeln zu beachten sind. Es folgt aus der Entscheidung nicht, dass das neue BHKW die zum Zeitpunkt seiner Inbetriebsetzung gegebenenfalls geänderten Vergütungsvoraussetzungen erfüllen muss, beispielsweise die sog. „Wärmenutzungspflicht“ nach § 27 Abs. 5 Nr. 2 EEG 2012, oder der Strom nach den dann möglicherweise neu gefassten Vergütungsbestimmungen zu vergüten ist. In diesem Zusammenhang stellt der BGH vielmehr explizit fest, dass der weite Anlagenbegriff auch in der von ihm vorgenommenen Auslegung nicht dazu führt, dass die für neue Anlagen geltenden technischen Anforderungen (sofortige) Anwendung finden, sondern nur gegebenenfalls nach Ablauf der im Gesetz für Bestandsanlagen vorgesehenen Übergangsfristen.⁴⁶

42 BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 59.

43 Der Referentenentwurf und die Begründung sind im Internet auf der Seite der Clearingstelle EEG abrufbar (<https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/material>).

44 § 24 Abs. 1 S. 1 des Referentenentwurfs hatte folgenden Wortlaut: „Die Vergütungen nach §§ 27 bis 37 sinken jährlich jeweils für Strom aus Generatoren, die nach dem 31. Dezember des Vorjahres neu in Betrieb genommen wurden.“

45 Vgl. statt aller nur *Oschmann* (Fn. 9), § 20 Rn. 30ff. Der BGH führt als Literatur lediglich *Wernsmann*, AuR 2008, 329 und *Salje* (Fn. 39) an. Der Kommentierung von *Salje* lässt sich indes die vom BGH vertretene Auffassung nicht entnehmen. Vielmehr stellt *Salje* auf den Fall ab, dass ein Generator zwar eine eigenständige Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 darstellt, jedoch eine Zusammenfassung aufgrund von § 19 Abs. 1 EEG 2009 erfolgt („Bildet der neue Generator einen Teil der ursprünglichen Anlage im Sinne von § 19 Abs. 1, sind gleichwohl die für seinen Inbetriebnahmezeitpunkt (§ 21 Abs. 1) maßgeblichen Vergütungssätze in die einheitliche Vergütungsberechnung einzubeziehen.“ (Hervorhebung nicht im Original)).

46 BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 60.

b) Berechnung der Degression

Wie die „zum Zeitpunkt [der Inbetriebsetzung des Generators] maßgeblichen degressiven Sätze (§ 20 EEG 2009)⁴⁷ zu berechnen sind, bleibt unklar. Da die Biogasanlage in dem vom BGH entschiedenen Fall im Jahr 2004 in Betrieb genommen worden ist, dürften insoweit die Degressionssätze des § 8 Abs. 5 EEG 2004 Anwendung finden. Dies folgt auch aus den Übergangsbestimmungen des EEG 2009, die zwar § 20 Abs. 1 EEG 2009, nicht jedoch dessen Absatz 2 anstelle des EEG 2004 für anwendbar erklären (vgl. § 66 Abs. 1 EEG 2009).

§ 8 Abs. 5 EEG 2004 sieht eine Degression in Höhe von jährlich 1,5 Prozent auf die Grundvergütung vor. Bezüglich der Boni ist keine Degression vorgesehen. Die Degression für ein BHKW, das beispielsweise im Jahr 2009 oder 2014 in Betrieb genommen wird, kann so im Grunde ohne Weiteres errechnet werden, indem schlicht der nach dem EEG 2004 vorgesehene Vergütungssatz zum Jahresende jeweils um 1,5 Prozent reduziert wird.

Allerdings sind zum 1.1.2009 mit Inkrafttreten des EEG 2009 zahlreiche Änderungen der Vergütungssätze erfolgt, die auch für Bestandsanlagen galten. So wurde beispielsweise die Grundvergütung für den Leistungsanteil bis 150 kW für alle Bestandsanlagen unabhängig von deren Inbetriebnahmedatum auf 11,67 ct/kWh angehoben. Auch der sog. NawaRo-Bonus wurde für den Leistungsteil bis 500 kW für alle Anlagen auf 7,00 ct/kWh erhöht. Einige Boni wurden auch neu eingeführt. Hier stellt sich nun jeweils die Frage, ob die Degression neu anzusetzen ist und ob dann die Degressionsvorschriften des EEG 2009 – mithin also eine Degression in Höhe von jährlich nur 1,0 Prozent, die jedoch auch für die Boni gilt – anzuwenden sind oder ob die Degressionsvorschriften des EEG 2004 weiterhin maßgeblich sein sollen. Da die Vergütungssätze einheitlich für alle Bestandsanlagen ohne Berücksichtigung des Inbetriebnahmedatums angehoben wurden, erscheint es ebenso vertretbar, dass für die geänderten Vergütungssätze bei späteren Anlagenerweiterungen überhaupt keine Degression greift.

Im Einzelnen sind hier eine Vielzahl von Auslegungen möglich, ohne dass eine rechtlich besonders vorzugswürdig oder gut begründbar erscheint. Die Anwendung des BGH-Urteils wird Netzbetreiber und Anlagenbetreiber daher vor erhebliche Schwierigkeiten stellen.

E. Auswirkungen des BGH-Urteils auf Satelliten-BHKW

Nachfolgend sollen die wesentlichen Auswirkungen des BGH-Urteils auf die rechtliche Bewertung und Vergütung sog. Satelliten-BHKW skizziert werden.

Das BGH-Urteil schafft für die Betreiber von in räumlicher Entfernung von der Biogasanlage selbst betriebener BHKW ein erhebliches Maß an Rechtssicherheit.

I. Hintergrund

Die Errichtung solcher sogenannter Satelliten-BHKW ist weit verbreitet. Ziel der Anlagenbetreiber ist dabei im Regelfall, die

Anlageneffizienz zu erhöhen, in dem sie die bei der Stromerzeugung entstehende Wärme einer geeigneten Nutzung zuführen.

Hintergrund ist, dass Biogasanlagen in vielen Fällen in landwirtschaftliche Betriebe integriert und daher außerhalb von Ortschaften im bauplanungsrechtlichen Außenbereich errichtet werden.⁴⁸ An geeigneten Abnehmern für eine umfassende Nutzung der bei der Stromproduktion anfallenden Wärme fehlt es dort aber zumeist. Geeignete Wärmeabnehmer – etwa Wohnhäuser, Industrie- und Gewerbebetriebe, Krankenhäuser, Schwimmbäder u.ä. – werden deshalb über die Verlegung einer Rohbiogasleitung und die Errichtung eines BHKW direkt an der Wärmesenke erschlossen.

II. Anforderungen an Satelliten-BHKW

Bislang wird die Anerkennung eines Satelliten-BHKW als eigenständige Anlage von den vergütungspflichtigen Netzbetreibern über das Merkmal der räumlichen Entfernung hinaus oft von der Erfüllung nicht im EEG selbst vorgesehener Nachweispflichten abhängig gemacht, wie etwa dem Nachweis, dass technische oder betriebliche bzw. energiewirtschaftliche Gründe, insbesondere ein sinnvolles Wärmekonzept, für die Errichtung des Satelliten-BHKW sprechen. Begründet wird dies in der Regel damit, dass ausgeschlossen werden soll, dass die Entscheidung für die Errichtung des Satelliten-BHKW ausschließlich unter Vergütungsgesichtspunkten gefällt wurde.

Die Aufstellung solcher zusätzlicher Anforderungen dürfte mit den Ausführungen des BGH nicht vereinbar sein. Der BGH stellt bei der Prüfung der Anlagenzusammenfassung – in Übereinstimmung mit der Begründung zum EEG 2009 – allein auf die räumliche Entfernung der BHKW voneinander ab. Ein Hinweis darauf, dass neben einer solchen räumlichen Entfernung noch weitere Anforderungen zu erfüllen wären, findet sich in dem BGH-Urteil nicht.

Für die Formulierung von über die Vorgaben des EEG 2009⁴⁹ hinausgehenden Anforderungen besteht auch kein Anlass. Zum einen ist bereits in tatsächlicher Hinsicht äußerst zweifelhaft, ob sich für den Anlagenbetreiber die kostenintensive Verlegung und Instandhaltung einer Rohbiogasleitung in wirtschaftlicher Hinsicht lohnt, wenn dem nicht Zusatz Erlöse aus dem Wärmeverkauf gegenüberstehen.

Daneben ist in § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009 für Biogas-BHKW mit sinnvollem Wärmenutzungskonzept die Auszahlung eines speziellen Bonus, des sog. KWK-Bonus vorgesehen. Eine explizite Pflicht zur Nutzung der bei der Stromproduktion entstehenden Wärme besteht nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009 nur für Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 5 Megawatt. Der Gesetzgeber hat folglich die Frage der Wärmenutzung und der energetischen Sinnhaftigkeit von Anlagenkonzeptionen im EEG durchaus geregelt. Diese Regelungen sind dann aller-

47 BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 59.

48 Vgl. auch die sog. Außenbereichsprivilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB.

49 Bei dem EEG 2012 unterfallenden Anlagen stellt sich die Frage der Eigenständigkeit von Satelliten-BHKW so nicht mehr, da bei diesen Anlagen in jedem Fall gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 EEG 2012 eine vergütungsseitige Anlagenzusammenfassung erfolgt.

dings auch als abschließend zu betrachten. Für die Aufstellung weiterer, über diese Vorgaben hinausgehender Voraussetzungen ausschließlich für Satelliten-BHKW besteht kein Raum.

III. Definition der (unmittelbaren) räumlichen Nähe

Zu der Frage, wann die aus seiner Sicht für das Vorliegen einer Gesamtanlage erforderliche (unmittelbare) räumliche Nähe bzw. eine hinreichende Entfernung gegeben ist, äußert sich der BGH nicht. Es spricht jedoch viel dafür, dass der BGH den erforderlichen räumlichen Zusammenhang eher eng verstanden wissen will.

So stellt der BGH ausdrücklich fest, dass auch Anlagen, die aufgrund ihrer räumlichen Entfernung voneinander selbständige Anlagen im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009 sind, noch eine räumliche Nähe im Sinne des § 19 Abs. 1 EEG 2009 aufweisen können.⁵⁰ Folglich handelt es sich nicht um deckungsgleiche Begriffe. Vielmehr ist der Begriff der räumlichen Nähe im Rahmen der Bestimmung der relevanten Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 enger auszulegen als das Merkmal der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ in § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009.⁵¹ Hierfür spricht im Übrigen auch, dass ansonsten letztere Voraussetzung ohne Anwendungsbereich bliebe, da die entsprechenden Anlagen ohnehin bereits als Gesamtanlage im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009 gelten würden. Eine vergütungsseitige Anlagenzusammenfassung nach § 19 EEG 2009 käme dann von vornherein nicht mehr in Betracht.

IV. Zusammenfassung von zwei Satelliten-BHKW an einem Standort

Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen zwei Satelliten-BHKW, die sich in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander befinden, ebenfalls eine einheitliche Anlage bilden, lässt sich auf Grundlage des BGH-Urteils nicht rechtssicher feststellen.

Der BGH begründet das Vorliegen einer einheitlichen Anlage zwar überwiegend damit, dass sich die beiden an einen gemeinsam genutzten Fermenter angeschlossenen BHKW in räumlicher Nähe zueinander befinden. Daraus könnte zu folgern sein, dass es allein auf die Nähe der BHKW zueinander ankommt. In der Folge wären zwei am selben Standort errichtete BHKW auch dann zu einer Anlage zusammenzufassen, wenn zwar aufgrund der räumlichen Entfernung zu den Fermentern nicht mehr von einer einheitlichen Biogasanlage in diesem Zusammenhang auszugehen wäre, wohl aber im Hinblick auf die beiden Satelliten-BHKW.

Zwingend erscheint dies allerdings nicht. Nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen ist vielmehr alleine danach zu fragen, ob die beiden BHKW als eine „Gesamtheit funktional zusammengehörender technisch und baulich notwendiger Einrichtungen“ zu werten sind. Die Nutzung einer gemeinsamen Rohbiogasleitung kann – neben weiteren baulichen und technischen Verbindungen – aber ein Indiz dafür sein, dass beide BHKW eine gemeinsame Anlage bilden. Ob dies allein ausreicht oder ob auch noch weitere Voraussetzungen, etwa eine unmittelbare

bauliche Verbindung, erforderlich sind, bleibt der weiteren Klärung durch die Rechtsprechung überlassen.

F. Fazit

Mit dem BGH-Urteil ist der seit Jahren geführte Streit um den Anlagenbegriff abschließend zugunsten des weiten Anlagenbegriffs entschieden worden. Die mit dem BGH-Urteil insoweit geschaffene Rechtssicherheit ist sowohl für bestehende Anlagenkonstellationen als auch für neue Investitionsvorhaben von erheblicher Bedeutung. Für die Betreiber sog. Satelliten-BHKW bringt das BGH-Urteil zu einem gewissen Maß Rechtssicherheit: Vom Vorliegen einer einheitlichen Anlage mit einem entsprechend niedrigeren Vergütungsanspruch ist nur bei einer (unmittelbaren) räumlichen Nähe der BHKW auszugehen. Die überraschenden und rechtlich wenig überzeugenden Ausführungen des BGH zum Vergütungszeitraum und zur Ermittlung der degressiven Vergütungssätze beim Zubau von BHKW werfen indes eine ganze Reihe neuer Rechtsfragen auf. Erste Netzbetreiber haben das obiter dictum des BGH bereits zum Anlass genommen, einen Teil der in der Vergangenheit ausgezahlten EEG-Vergütung zurückzufordern. Für die betroffenen Anlagenbetreiber, die auf die bis dahin fast einhellige Rechtsauffassung vertraut haben, kann dies eine erhebliche Belastung darstellen.

Dr. Hartwig von Bredow

Rechtsanwalt und Partner bei der auf das Recht der Erneuerbaren Energien spezialisierten Kanzlei von Bredow Valentin, Littenstr. 105, 10179 Berlin, E-Mail: vonbredow@vonbredow-valentin.de

Aktuelle Veröffentlichungen: *Energieeffizienz als Rechts- und Steuerungsproblem – Unter besonderer Berücksichtigung der erneuerbaren Energien*, 2013; *Das Urteil des OLG Naumburg vom 16.5.2013 zum Anlagenbegriff und seine Folgen, zusammen mit Dr. Steffen Herz*, REE 4/2013, 209ff.; *Rechtsrahmen für Power-to-Gas*, in: Schäfers et al. (Hrsg.), *Power-to-Gas und Demand Side Management – Schlüsselfaktoren für den Erfolg der Energiewende*, 2013, S. 33ff.; *Mitherausgeber von und Autor mehrerer Beiträge in: Loibl et al., Biogasanlagen im EEG*, 3. Aufl. 2013.

Dr. Steffen Herz

Rechtsanwalt bei der auf das Recht der Erneuerbaren Energien spezialisierten Kanzlei von Bredow Valentin, Littenstr. 105, 10179 Berlin, E-Mail: herz@vonbredow-valentin.de

Aktuelle Veröffentlichungen: *Das Urteil des OLG Naumburg vom 16.5.2013 zum Anlagenbegriff und seine Folgen, zusammen mit Dr. Hartwig von Bredow*, REE 4/2013, 209ff.; *Die Vermarktung von Strom aus Photovoltaik- und Windenergieanlagen, zusammen mit Dr. Florian Valentin*, EnWZ 2013, 16 ff.; *Verstromung von Biomethan – Anforderungen des EEG 2012 und gaswirtschaftliche Bilanzierung, zusammen mit Dr. Hartwig von Bredow*, ZNER 2012, 580ff.

50 BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ZUR 2/2014, 92 ff., Rn. 50.

51 Vgl. zur Auslegung des Merkmals der unmittelbaren räumlichen Nähe in § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG nur *Oschmann* (Fn. 9) § 19 Rn. 34ff. m.w.N.