



**vonBredow Valentin Herz**

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

von Bredow Valentin Herz, Littenstraße 105, 10179 Berlin,  
Tel +49 (0) 30 8092482-20, Fax +49 (0) 30 8092482-30  
E-Mail [info@vvh.de](mailto:info@vvh.de)

[www.vonbredow-valentin-herz.de](http://www.vonbredow-valentin-herz.de)

# NEWSLETTER

VON BREDOW VALENTIN HERZ / III.2017 VOM 17. OKTOBER 2017

**EEG** DIE SANKTIONIERUNG DER EEG-MELDEPFLICHTEN: LETZTES WORT DES BGH ODER VIELES NOCH OFFEN?

**SOLAR** FREIFLÄCHENANLAGEN UND DER BEBAUUNGSPLAN: NEUES CLEARINGSTELLEN-VOTUM HILFT ANLAGENBETREIBERN

**WIND** DEINS ODER MEINS - WEM GEHÖRT DIE WINDENERGIEANLAGE?

**BIOMASSE** ERSTE AUSSCHREIBUNG FÜR BIOMASSE: NOCH KEIN WETTBEWERB IN SICHT



**THINK  
BEFORE YOU  
PRINT**

Sehr geehrte Leserin,  
sehr geehrter Leser,

das EEG 2017 nähert sich seinem ersten Geburtstag. Die ersten Ausschreibungen für Wind und Biomasse sind gelaufen. Davor wie danach sind die Fragezeichen hierzu groß. Das Thema ist natürlich auch in diesem Newsletter zu finden.

Die erste Ausschreibung für Biomasseanlagen hat erstaunliche, wenn auch nicht für alle Branchenvertreter völlig überraschende Ergebnisse gebracht. Die Ausschreibung war deutlich unterzeichnet. Für nur ein Drittel des Ausschreibungsvolumens fanden sich überhaupt Bieter. Mit Blick auf die erhebliche Überzeichnung der Ausschreibungen für Wind und Sonne ein dürftiges Ergebnis. In der Windenergiebranche beherrscht indessen angesichts der Ergebnisse der Ausschreibung im August die Sorge vor einer geringen Realisierungsquote und einem niedrigen Höchstpreis in 2018 die Stimmung.

Abseits der Ausschreibungen stellen wir in dieser Ausgabe vor allem Entscheidungen zu wichtigen Rechtsfragen durch die Gerichte und die Clearingstelle EEG vor.

Die Speicherbranche musste vor dem Bundesgerichtshof einmal mehr erfahren, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen vielfach nicht ausreichen, um das in der Technologie gespeicherte Potenzial vollständig abzurufen. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu den Sanktionen bei einem Verstoß gegen EEG-Meldepflichten hat doch sehr überrascht und wird kritisch gewürdigt. In einem anderen Fall hat der BGH klargestellt, dass eine Windenergieanlage als sog. Scheinbestandteil eines Grundstücks anzusehen ist – für Anlagenbetreiber ein erheblicher Vorteil im Rechtsverkehr. Schließlich hat die Clearingstelle EEG äußerst praxisrelevante Entscheidungen über die „nachträgliche Heilung“ eines Bebauungsplans und zur Inbetriebnahme von BHKW veröffentlicht.

Seit dem Abend der Bundestagswahl dürfte feststehen, dass die Energiepolitik in der kommenden Legislaturperiode nicht mehr unter Führung der SPD stehen wird. Welche Perspektiven, Chancen und Herausforderungen mit dem anstehenden Führungswechsel verbunden sein werden, ist noch nicht klar. Klar ist jedoch, dass die Energiewende weiter voranschreiten muss und weiter voranschreiten wird.

vBVH wünscht Ihnen einen windigen, wenn auch vielleicht nicht allzu stürmischen, in jedem Fall aber goldenen Herbst!

**Grüne Energie hat Recht!**

Ihre Kanzlei [von Bredow Valentin Herz](#)

Newsletter/[von Bredow Valentin Herz](#)/  
III.2017 vom 17. Oktober 2017

# INHALT

## 2 IN EIGENER SACHE

### 3 EEG

- Die Sanktionierung der EEG-Meldepflichten: Letztes Wort des BGH oder vieles noch offen?
- Update zu den EEG-Meldepflichten

### 6 BIOMASSE

- Erste Ausschreibung für Biomasse: Noch kein Wettbewerb in Sicht
- Anspruch auf Luftreinhaltungsbonus nach Anlagenerweiterung
- Neues Votum der Clearingstelle EEG – Keine vorgezogene Inbetriebnahme eines Biogas-BHKW
- Wärmeabgabe ist trotz KWK-Bonus unentgeltlich

### 11 SPEICHER

- BGH zu Speichern: Keine Befreiung von sonstigen Abgaben und Umlagen

### 12 WIND UND SOLAR

- Deins oder Meins - wem gehört die Windenergieanlage?
- Ungleiches zu Gleichem: Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land und Solaranlagen in Kraft getreten
- Freiflächenanlagen und der Bebauungsplan: Neues Clearingstellen-Votum hilft Anlagenbetreibern

### 17 VORTRÄGE UND VERÖFFENTLICHUNGEN

# IN EIGENER SACHE

## Bewährt und aktuell – EEG-Kommentar erscheint in 5. Auflage

Das EEG verändert sich schneller, als es manchem Rechtsanwender lieb ist. Umso wichtiger ist es, in dem immer unübersichtlicher werdenden Paragrafendschungel den Überblick zu behalten. Auch für Bestandsanlagenbetreiber ist es von hoher Bedeutung, stets über Auswirkungen der jüngsten EEG-Reform auf dem Laufenden zu bleiben. Zuletzt müssen auch aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung und Praxis berücksichtigt werden.

All dies bietet der bewährte EEG-Kommentar aus der Reihe der Berliner Kommentare im Erich Schmidt Verlag, der in Kürze bereits in der 5. Auflage erscheint (herausgegeben von Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus). Wie bereits in den Voraufgaben sind Anwältinnen und Anwälte unserer Kanzlei intensiv als Autoren an der Kommentierung beteiligt. Besonders freuen wir uns, dass mit der 5. Auflage Dr. Bettina Hennig in den Kreis der Herausgeber aufgenommen worden ist. Zudem sind wie bei der 4. Auflage aus dem vBVH-Team Dr. Hartwig von Bredow und Dr. Florian Valentin sowie – erstmals in der 5. Auflage – auch Dr. Steffen Herz und Burkhard Hoffmann als Autoren dabei. Wie bereits in den Voraufgaben haben wir bei der Kommentierung teilweise auch mit Prof. Dr. Felix Ekardt (Forschungsstelle Nachhaltigkeits- und Klimapolitik, Kooperationspartner von vBVH) zusammengearbeitet. Gemeinsam kommentieren die FNK und vBVH in der 5. Auflage insgesamt 48 Paragraphen.

Wie gewohnt bietet der Kommentar neben umfassenden Erläuterungen zu den Neuregelungen des EEG 2017 auch hilfreiche Ausführungen für Bestandsanlagen (etwa zur relevanten Rechtsprechung sowie den umfangreichen Übergangsbestimmungen). Sogar die Neuregelungen des Mieterstromgesetzes aus dem Juli 2017 wurden bereits umfassend eingearbeitet.

Der Kommentar kann beim Erich Schmidt Verlag vorbestellt werden, weitere Informationen finden Sie [hier](#). Dort ist auch der Ergänzungsband **EEG II** zu den Anlagen und Verordnungen zum EEG erhältlich.

Zudem möchten wir gerne bereits darauf hinweisen, dass anlässlich des Erscheinens der 5. Auflage des EEG-Kommentars am 22. Januar 2018 ein gemeinsames EEG-Kolloquium des Erich Schmidt Verlags und des Herausgeberkreises an der RWTH-Aachen stattfinden wird. Hier werden die Herausgeber (Prof. Dr. Walter Frenz, Prof. Dr. Hans-Jürgen Müggenborg, Prof. Dr. Tilman Cosack, Prof. Dr. Thomas Schomerus sowie Dr.

Bettina Hennig) sowie einige Autoren Vorträge zu ausgewählten Bereichen des EEG 2017 halten. Nähere Informationen finden Sie [hier](#).

## Berliner Gespräche zu Energierecht und Energiepolitik

Am 28. September 2017 haben wir zusammen mit unserem Kooperationspartner, der [Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik \(FNK\)](#), ein weiteres Mal zur Vortragsreihe Berliner Gespräche zu Energierecht und Energiepolitik in unsere Kanzleiräume in Berlin eingeladen. Die nunmehr zum siebten Mal aufgelegte Veranstaltung drehte sich rund um das hoch aktuelle Thema Ausschreibungen im EEG 2017. Angeregt von spannenden Vorträgen, etwa zu den Ergebnissen der ersten Ausschreibungsrunden oder zu den Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften, diskutierten die Teilnehmer über die Chancen und Perspektiven für die Energiebranche.

Wir möchten uns bei unseren ca. vierzig Gästen für die rege Teilnahme und spannenden Diskussionen, sowie insbesondere bei den „externen“ Referenten, Herrn Malte Luks von der Bundesnetzagentur und Herrn René Groß von der Bundesgeschäftsstelle Energiegenossenschaften beim DGRV, bedanken und freuen uns über das anhaltend große Interesse an diesem Format!

# EEG

## Die Sanktionierung der EEG-Meldepflichten: Letztes Wort des BGH oder vieles noch offen?

- Update zur Meldung vom 6. Juli 2017, abrufbar [hier](#) -

*Der Bundesgerichtshof (BGH) hat im Juli 2017 seine lange erwartete Entscheidung zu den Konsequenzen einer verspäteten BNetzA-Registrierung von EEG-Anlagen gefällt (BGH, Urteil vom 5. Juli 2017 – Az. VIII ZR 147/16, abrufbar [hier](#)) – und zwar mit fatalen Folgen für betroffene Anlagenbetreiber, wie wir bereits in unserer Meldung vom 6. Juli 2017 (abrufbar [hier](#)) ausführlich dargestellt hatten. Mittlerweile liegen auch die Urteilsgründe vor und es bewahrheitet sich leider, was wir bereits in unserer letzten Meldung befürchtet hatten: Gerade für ältere Bestandsanlagen kommt es im Drama um die EEG-Meldepflichten leider nicht zu einem Happy End. Dies ist umso bedauerlicher, als dass die Entscheidung des BGH in einem entscheidenden Punkt nach unserer Auffassung einen groben Fehler enthält. Aber lesen Sie selbst zum Drama in drei Akten – mit einer kleinen Vorwarnung: diesmal müssen wir Sie auf einen kleinen Ausflug in die Untiefen der EEG-Übergangsbestimmungen mitnehmen...*

### Akt 1: Die Situation vor Inkrafttreten des EEG 2017

Wie bereits in unserer letzten Meldung zur BGH-Entscheidung dargestellt, sahen sich Anlagenbetreiber vor Inkrafttreten des EEG 2017 mit drakonischen Rechtsfolgen konfrontiert, wenn sie die Registrierung ihrer Anlagen bei der Bundesnetzagentur versäumt hatten:

- Zunächst war im EEG 2009 und EEG 2012 lediglich die Pflicht für Solaranlagenbetreiber geregelt, Standort und Leistung ihrer Anlage beim PV-Meldeportal der Bundesnetzagentur (BNetzA) zu registrieren (vgl. § 16 Absatz 2 Satz 2 EEG 2009, § 17 Absatz 2 Nummer 1 EEG 2012). Das allgemeine Anlagenregister existierte damals noch nicht. Als Sanktion für einen Verstoß gegen diese Meldepflicht sah das EEG 2009 den vollständigen Wegfall der Vergütung vor, das EEG 2012 hingegen „nur noch“ eine Verringerung auf den Monatsmarktwert.
- Das EEG 2014 wiederum verschärfte die Rechtsfolgen wieder und ordnete an, dass ab dem 1. August 2014 bei einer versäumten Anlagenregistrierung der Vergütungsanspruch wieder komplett wegfallen sollte (vgl. § 25 Absatz

1 Nummer 1 und 2 EEG 2014). Gleichzeitig wurde für Bestandsanlagen (damals: vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommene Anlagen) eine neue Übergangsbestimmung eingeführt, nach der diese härtere Rechtsfolge ab dem 1. August 2014 auch für EEG-2012- und EEG-2009-Anlagen gelten sollte, die sich nicht im PV-Meldeportal registriert hatten (vgl. § 100 Absatz 1 Nummer 3 Buchstabe b und Nummer 10 EEG 2014).

### Akt 2: Die Korrektur des Gesetzgebers

Da der Gesetzgeber – wohl auch in Folge der zahlreichen Fälle in Schleswig-Holstein (sehen Sie hierzu unsere Meldungen vom [6. Juli 2017](#) und vom [19. Januar 2016](#)) – diese Rechtsfolge offenbar als unangemessen hart bewertete, änderte er mit dem EEG 2017 zum 1. Januar 2017 die Rechtslage erneut: Seitdem wird ein Verstoß gegen die Registrierungspflichten in vielen Fällen „nur noch“ mit einem 20-prozentigen Abschlag von der EEG-Vergütung sanktioniert (§ 52 Absatz 3 EEG 2017).

Dass diese Abmilderung der Sanktion auch für Bestandsanlagen gelten soll, regelte der Gesetzgeber wiederum in den – inzwischen kaum noch durchschaubaren – Übergangsbestimmungen. Hierfür müssen wir zur Erklärung kurz etwas ausholen:

- Das EEG 2017 gilt seit seinem Inkrafttreten grundsätzlich für alle Neuanlagen mit einer Inbetriebnahme seit dem 1. Januar 2017 sowie für jüngere Bestandsanlagen, die unter Geltung des EEG 2014 in Betrieb genommen wurden (Inbetriebnahme zwischen dem 1. August 2014 und dem 31. Dezember 2016). Dies ist in § 100 Absatz 1 EEG 2017 geregelt. Über diesen allgemeinen Anwendungsvorrang hinaus trifft § 100 Absatz 1 in den Sätzen 2 bis 8 noch einige spezielle Regelungen zum Anwendungsbereich der neuen Regelungen. Unter anderem wird in § 100 Absatz 1 Satz 5 und 6 EEG 2017 geregelt, dass die Abmilderung der Registrierungspflichten-Sanktion (nur noch 20%-iger Abschlag) nicht erst seit Inkrafttreten des EEG 2017, sondern sogar rückwirkend seit dem 1. August 2014 gelten soll. Dies gilt aber nach § 100 Absatz 1 EEG 2017 unmittelbar erst einmal nur für EEG-2014-Bestandsanlagen.
- Für ältere Bestandsanlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden, gilt hingegen weiterhin ein Anwendungsvorrang des EEG 2014. Dies ergibt sich aus § 100 Absatz 2 Satz 1, der letztlich die bisherigen Übergangsbestimmungen des EEG 2014 fortführt. Dort findet sich auch weiterhin die bereits aus dem EEG 2014 bekannte Regelung, nach der die strengere EEG-2014-Regelung (Vergütungsreduzierung auf Null) weiterhin für Verstöße gegen die Registrierungspflicht beim PV-Meldeportal nach dem

EEG 2012 oder dem EEG 2009 gelten soll (§ 100 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 Buchstabe b und Nummer 10 EEG 2017). Aber – und das ist entscheidend – der Gesetzgeber hat ganz weit unten am Ende des langen § 100 Absatz 2 EEG 2017 noch einen kleinen, aber wichtigen zweiten Satz aufgenommen, nämlich die Anordnung, dass einzelne Regelungen des EEG 2017 eben doch für ältere Bestandsanlagen gelten sollen. Und zu diesen Regelungen, die für ältere Bestandsanlagen gelten sollen, gehören gemäß dieses § 100 Absatz 2 Satz 2 gerade § 100 Absatz 1 Satz 5 und 6 EEG 2017, die – wir erinnern uns – die rückwirkende Abmilderung der Sanktion für Meldepflichtverstöße seit dem 1. August 2014 regeln.

Dann ist ja soweit alles klar, könnte man nun denken: Seit dem 1. Januar 2017 gilt für alle Neu- und Bestandsanlagen rückwirkend seit dem 1. August 2014 bei Meldepflichtverstößen der 20-prozentige Abzug von der EEG-Vergütung.

Doch jetzt kommt der BGH ins Spiel – und das Blatt wendet sich wieder.

### **Akt 3: Die Entscheidung des BGH**

Wir hatten bereits in unserer ersten Meldung zum BGH-Urteil unser Erstaunen darüber angedeutet, dass der BGH die neue Abmilderungs-Regelung des EEG 2017 nicht für den Zeitraum ab dem 1. August 2014 angewendet hatte. Nun liegen die Urteilsgründe vor und es zeigt sich, dass der BGH dies tatsächlich geprüft hat – allerdings mit dem verblüffenden Ergebnis, dass die Neuregelung und ihre rückwirkende Geltung nicht anwendbar sein sollen.

Dies begründet der BGH letztlich damit, dass die Übergangsbestimmungen ja weiterhin für EEG-2012-Anlagen die Anwendung der härteren Regelung des EEG 2014 anordnen würden. Die rückwirkende Erstreckung der abgemilderten Neuregelung nach § 100 Absatz 1 EEG 2017 gelte nach Ansicht des BGH nur für EEG-2014-Bestandsanlagen. Daher seien ältere Bestandsanlagen grundsätzlich nicht von deren Anwendungsbereich erfasst.

**...to be continued...? – Warum das BGH-Urteil nach unserer Meinung falsch ist**

Wer oben aufgepasst hat, kann dies eigentlich schon selbst beantworten: Der BGH scheint schlicht zu übersehen, dass es auch noch den § 100 Absatz 2 Satz 2 EEG 2017 gibt, der auch für ältere Bestandsanlagen die rückwirkende Geltung der abgemilderten Sanktion in § 100 Absatz 1 Satz 5 und 6 sowie § 52 Absatz 3 EEG 2017 anordnet. Diese entscheidende Regelung wird in dem BGH-Urteil an keiner Stelle zitiert oder ausgelegt. Man kann insofern nur rätseln, aus welchem

Grund der BGH sich mit dieser – für den entschiedenen Rechtsstreit eigentlich entscheidenden – Regelung überhaupt nicht auseinandergesetzt hat.

Gerade dies spricht aber wohl auch dafür, entsprechenden Rückforderungsverlangen von Netzbetreibern nicht ohne weiteres nachzukommen, sondern – unter Verweis auf § 100 Absatz 2 Satz 2 EEG 2017 – trotz des auf den ersten Blick entgegenstehenden BGH-Urteils die vom Gesetzgeber gewollte Abmilderung der Sanktion durchzusetzen.

**Ansprechpartner: Dr. Bettina Hennig & Dr. Steffen Herz**

## **Update zu den EEG-Meldepflichten**

*Mal was ganz was Neues: Mit dem sogenannten Mieterstromgesetz wurden die EEG-Meldepflichten einmal nicht verschärft, sondern vereinfacht. Dies betrifft allerdings nur die Meldepflichten zur Erhebung der EEG-Umlage von Eigenversorgern und Stromlieferanten. Diese hatten wir – gemeinsam mit anderen EEG-Meldepflichten – z.B. in unserer Meldung vom 15. März 2017 etwas umfassender dargestellt, abrufbar [hier](#). Bei der Anlagenregistrierung hingegen ist – auch für Bestandsanlagenbetreiber – nach wie vor Vorsicht geboten. Hier hat die Clearingstelle EEG kürzlich noch einmal Stellung zu zahlreichen Einzelfragen genommen.*

### **Vereinfachung der Meldepflichten für Eigenversorger und Stromlieferanten**

Bislang mussten sowohl Stromlieferanten als auch Eigenversorger einige ihrer Meldepflichten gleich doppelt erfüllen: Zum einen gegenüber dem zuständigen Netzbetreiber, zum anderen gegenüber der Bundesnetzagentur. Geregelt war dies in § 76 Absatz 1 EEG 2017 a. F. So sollte sichergestellt werden, dass – sofern bei der Stromlieferung oder der Eigenversorgung die EEG-Umlage zu zahlen war – die entsprechenden Daten nicht nur dem Netzbetreiber, sondern auch der Bundesnetzagentur direkt zur Verfügung gestellt werden.

Bereits in der Vergangenheit wurde vielfach kritisiert, dass es sich hierbei um einen überflüssigen Formalismus handele, da die Netzbetreiber ohnehin umfassend Daten an die Bundesnetzagentur weitergeben. Dies hat nunmehr auch der Gesetzgeber erkannt und mit dem sogenannten Mieterstromgesetz im Juli 2017 die Regelung in § 76 EEG 2017 noch einmal angepasst:

- Nunmehr müssen EEG-Umlage-Schuldner nicht mehr jährlich deckungsgleiche Angaben sowohl dem zuständigen Netzbetreiber als auch der Bundesnetzagentur parallel mitteilen. Vielmehr wird der Netzbetreiber verpflichtet, die ihm zugehenden Informationen selbst an die Bundesnetzagentur weiterzuleiten.
- Anstelle einer jährlichen Meldepflicht gegenüber der Bundesnetzagentur für die Betroffenen enthält das EEG 2017 nur noch das Recht der Bundesnetzagentur, die ihr von den Netzbetreibern übermittelten Angaben im Einzelfall zu überprüfen. Die Bundesnetzagentur kann also Stichproben erheben und diese mit den Mitteilungen der Netzbetreiber abgleichen. Ob und inwieweit die Bundesnetzagentur in Zukunft von dieser Befugnis auch tatsächlich Gebrauch machen wird, bleibt abzuwarten.

Wenigstens im Hinblick auf die EEG-Umlage werden die Meldungen im nächsten Jahr – je nach Einzelfall zum 28. Februar 2018 oder zum 31. Mai 2018 (siehe hierzu unsere Meldung vom 15. März 2017, abrufbar [hier](#)) – also etwas einfacher. Die Meldung an den Netzbetreiber ist künftig erst einmal ausreichend.

### **Vorsicht: Keine Erleichterung bei Anlagenregistrierung!**

Nur der Vorsicht halber aber der folgende Hinweis: die dargestellte Erleichterung betrifft nur die Meldepflichten im Rahmen der EEG-Umlage-Erhebung. Nicht betroffen sind hiervon etwa die Pflichten zur Anlagenregistrierung bei der Bundesnetzagentur nach der [Marktstammdatenregisterverordnung](#) (ehemals Anlagenregisterverordnung).

Hier müssen sich insbesondere auch Betreiber von Bestandsanlagen auf dem Laufenden halten: Denn auch für bislang nicht registrierungspflichtige Bestandsanlagen sieht die Marktstammdatenregisterverordnung künftig Meldepflichten vor. Hierfür gelten allerdings großzügige Übergangsfristen bis zum 30. Juni 2019. Einen Überblick zur Marktstammdatenregisterverordnung finden Sie etwa [hier](#).

Da sowohl bei Fehlern bei der EEG-Umlage-Meldung, als auch bei der Anlagenregistrierung und weiteren im EEG vorgesehenen Meldepflichten im Einzelfall drakonische Sanktionen drohen können, ist Anlagenbetreibern dringend anzuraten, sich hier umfassend und fortlaufend auf dem aktuellen Stand zu halten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (sehen sie hierzu unsere Meldungen vom [1. September 2017](#) und vom [6. Juli 2017](#)), die einmal mehr deutlich macht, dass Gesetzgeber und

Rechtsprechung die Verantwortlichkeit hier alleine bei den Anlagenbetreibern sehen.

### **Pflichten nach der Anlagenregisterverordnung – Clearingstelle EEG veröffentlicht Empfehlung zu Einzelfragen**

Erschwerend kommt hinzu, dass zu den Einzelheiten der Registrierungspflichten in der Praxis durchaus Unsicherheiten bestehen. Zu zahlreichen dieser Einzelfragen im Kontext der seit dem August 2014 geltenden Anlageregisterverordnung hat die Clearingstelle EEG mit ihrer jüngst veröffentlichten Empfehlung 2016/32 (abrufbar [hier](#)) umfassend Stellung genommen. Zudem ist derzeit zu weiteren Einzelfragen zur Anlagenregistrierung ein erneutes Empfehlungsverfahren bei der Clearingstelle EEG anhängig (Empfehlungsverfahren 2017/37, den Eröffnungsbeschluss können sie [hier](#) abrufen).

Alleine diese beiden Empfehlungsverfahren zeigen, wieviel Unsicherheit in der Praxis im Hinblick auf zahlreiche Einzelfragen bei der Anlagenregistrierung bereits bislang bestehen. Sicherlich wird auch unter Geltung der inzwischen in Kraft getretenen Marktstammdatenregisterverordnung einiges an Rechtsunsicherheit bleiben – zumal das Marktstammdatenregister noch nicht einmal vollständig in Betrieb ist (Sie können sich über den aktuellen Stand [hier](#) informieren). Beispielsweise war vielen Betreibern von Stromspeichern, insbesondere im PV-Hausspeichersegment, bislang gar nicht klar, dass sie ebenfalls von den Meldepflichten nach der Anlageregisterverordnung beziehungsweise nunmehr der Marktstammdatenregisterverordnung erfasst sind...

Insgesamt gilt bei den Meldepflichten also weiterhin: Wissen ist Trumpf! Gerne unterstützen wir Sie dabei, im Dschungel der verschiedenen Verordnungen und Gesetze die für Sie maßgeblichen Melde- und Mitteilungspflichten zu ermitteln und Sie bei der Umsetzung zu unterstützen.

**Ansprechpartner: Dr. Bettina Hennig & Dr. Steffen Herz**

# BIOMASSE

## Erste Ausschreibung für Biomasse: Noch kein Wettbewerb in Sicht

*Am 1. September 2017 wurden die ersten Ausschreibungen für Biomasseanlagen von der Bundesnetzagentur durchgeführt. Die erste Ausschreibungsrunde ist geprägt von einer geringen Teilnahme. Ausgeschrieben wurde eine Leistung von insgesamt 122.446 kW. Für lediglich ein Drittel des gesamten Ausschreibungsvolumens wurden überhaupt Gebote abgegeben. Das Ziel, unter Wettbewerbsbedingungen das gesetzlich festgelegte Ausbauvolumen von 150 MW zu erreichen, wurde mit dieser Ausschreibung verfehlt.*

In den Ausschreibungen für Biomasseanlagen ringen sowohl neue Anlagen als auch Bestandsanlagen gemeinsam um einen Zuschlag für den von Ihnen abgegebenen Gebotswert. Neue Anlagen können auf eine EEG-Förderung in Höhe von bis zu 14,88 ct/kWh für einen Zeitraum von 20 Jahren bieten. Bestehende Anlagen haben die Chance, eine Anschlussförderung für weitere zehn Jahre mit einem Zahlungsanspruch von bis zu 16,90 ct/kWh zu erhalten (Näheres in unserem [Sondernewsletter zum EEG 2017](#)).

In der Ausschreibungsrunde 2017 haben insgesamt 33 Bewerber Gebote mit einer durchschnittlichen Gebotsgröße von jeweils 1.240 kW abgegeben. Von den 33 Geboten sind allerdings nur 24 Gebote mit einem Gesamtvolumen von 27.551 kW erfolgreich gewesen. Mit 20 Zuschlüssen sind – angesichts der höheren erzielbaren Zuschlagswerte erwartungsgemäß – Betreiber von Bestandsanlagen dominant vertreten. Der durchschnittliche Zuschlagswert lag bei 14,3 ct/kWh. Die Zuschlagswerte variieren insgesamt zwischen 9,86 ct/kWh und 16,9 ct/kWh.

### Ausschluss von Geboten mit Genehmigungen vor dem 1. Januar 2017

Die hohe Zahl an von der Ausschreibung ausgeschlossenen Geboten überrascht. Nach Aussage der Bundesnetzagentur haben vielfach Formfehler zum Ausschluss eines Gebotes geführt. Doch darüber hinaus hat die Bundesnetzagentur auch solche Gebote ausgeschlossen, bei denen die Anlage bereits vor dem 1. Januar 2017 genehmigt worden war. Diese Anlagen durften nach Ansicht der Bundesnetzagentur nicht an der Ausschreibung teilnehmen, da sie eine gesetzlich festgelegte Zahlung in Anspruch nehmen könnten. Da die im EEG festgelegten Vergütungswerte jedoch deutlich geringer sind als die in der Ausschreibung

erzielbaren Preise, hatten diese Anlagen allerdings ein erhebliches Interesse daran, an der Ausschreibung teilzunehmen.

Es ist rechtlich zumindest fragwürdig, diese Anlagen von den Ausschreibungen auszuschließen. In § 22 Absatz 4 EEG 2017 heißt es lediglich, dass Anlagen, die vor dem 1. Januar 2017 genehmigt und vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen worden sind, von dem „Erfordernis“ einer Teilnahme an einer Ausschreibung ausgenommen sind. Zuzugestehen ist der Bundesnetzagentur, dass nach dem für alle Energieträger geltenden § 22 Absatz 6 EEG 2017 grundsätzlich solche Anlagen von der Teilnahme einer Ausschreibung ausgeschlossen sind, deren EEG-Zahlungsanspruch nicht von der erfolgreichen Teilnahme an einer Ausschreibung abhängig ist. Ein gesetzlicher Zahlungsanspruch besteht für vor dem 1. Januar 2017 genehmigte Biomasseanlagen jedoch nur dann, wenn sie vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen werden. Diese Anspruchsvoraussetzung war zum Zeitpunkt des Gebots offensichtlich nicht erfüllt.

Für vor dem 1. Januar 2017 genehmigte Windenergieanlagen jedenfalls besteht im Interesse des Investorenschutzes ein ausdrücklich normiertes Wahlrecht zur Teilnahme an einer Ausschreibung. Auch wenn ein solches Wahlrecht für Biomasseanlagen nicht ausdrücklich normiert worden ist, sind keine Gründe ersichtlich, weshalb vor Inkrafttreten des EEG 2017 genehmigte Biomasseanlagen von der Möglichkeit, an einer Ausschreibung teilzunehmen, ausgeschlossen sein sollten. Wann genau eine Genehmigung erteilt wird, liegt nicht in der Hand des Antragsstellers. Folgt man der Auffassung der Bundesnetzagentur, hätte der Projektierer für eine Teilnahme an einer Ausschreibung im Jahr 2017 jedoch dafür Sorge tragen müssen, dass die Genehmigung in einem Zeitfenster vom 1. Januar 2017 bis spätestens drei Wochen vor dem Gebotstermin, also den 11. August 2017 erteilt wird. Ein zumindest unglücklicher Umstand. Das Ergebnis ist im Übrigen auch deshalb so gravierend, weil bei vielen Anlagen noch gar nicht absehbar sein dürfte, ob sie noch vor 2019 in Betrieb genommen werden. Es ist völlig unklar, ob die Bundesnetzagentur diese Anlagen dann wieder ab 2019 an den Ausschreibungen teilnehmen lässt, oder die Projektierer vollständig leer ausgehen.

Angesichts der erheblichen Konsequenzen für die betroffenen Projektierer ist die Entscheidung der Bundesnetzagentur ein harter Schlag. Die betroffenen Bieter sollten erwägen, noch vor Ablauf der Widerspruchsfrist gegen diese Entscheidung rechtliche Schritte einzuleiten.

### Fazit und Ausblick

Angesichts der geringen Teilnahme und den vielen Ausschlüssen von Geboten, kann der Gesetzgeber mit den Ergebnissen der ersten Ausschreibungsrunde nicht

zufrieden sein. Ein echter Wettbewerb konnte jedenfalls nicht erreicht werden. Ein Grund für die geringe Teilnahme ist sicherlich der für viele Anlagen doch sehr ambitionierte maximale Höchstwert. Zum anderen dürfte für Bestandsanlagen oftmals der Weg in die Ausschreibung noch nicht attraktiv sein. Der Vergütungszeitraum für die ersten Bestandsanlagen läuft Ende des Jahres 2020 aus. Da Bestandsanlagen spätestens 36 Monate nach Zuschlagserteilung in die Anschlussförderung wechseln müssen, würden in diesem Jahr bezuschlagte Anlagen, dessen Förderung nach dem Jahr 2020 ausläuft, einen Teil ihres 20jährigen Vergütungszeitraums verlieren.

Es ist allerdings damit zu rechnen, dass das Interesse an den Ausschreibungen in den nächsten Jahren – wenn das Ende des Vergütungszeitraums für mehr Biomasseanlagen näher rückt – steigen wird. Inwiefern allerdings die gedeckelten Höchstwerte ausreichen, um künftig genügend Gebote für die ausgeschriebenen Mengen einzusammeln, bleibt abzuwarten. Die nächste Ausschreibungsrunde im Jahr 2018 könnte jedenfalls noch ein gutes Potenzial für eine erfolgreiche Teilnahme bieten. Insbesondere wird das Ausschreibungsvolumen deutlich über dem Volumen aus diesem Jahr liegen. Denn die in diesem Jahr nicht bezugschlagte Ausschreibungsmenge von insgesamt 94.895 kW wird im nächsten Jahr dem Ausschreibungsvolumen hinzuaddiert. Daher dürfte das Ausschreibungsvolumen im Jahr 2018 deutlich mehr als 200 MW betragen.

**Ansprechpartner: Burkhard Hoffmann & Dr. Hartwig von Bredow**

## **Anspruch auf Luftreinhaltebonus nach Anlagenerweiterung**

*Betreiber von Biogasanlagen, deren immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit ausschließlich aus der zum 1. Juni 2012 erfolgten Änderung der 4. BImSchV (1,2 Mio. Nm<sup>3</sup> Rohgasproduktion pro Jahr) folgt, haben nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) aus dem Jahr 2015 keinen Anspruch auf Zahlung des Luftreinhaltebonus nach dem EEG 2009 (auch Emissionsminderungs- oder Formaldehydbonus genannt). Dies ist soweit geklärt.*

Nicht entschieden hatte der BGH, wie Fälle zu bewerten sind, in denen sich die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit nach der erstmaligen Inbetriebnahme nicht auf Grund einer Änderung des Immissionsschutzrechts, sondern auf Grund einer Anlagenerweiterung ergeben hat. Dies betrifft etwa den

Fall, dass ein Anlagenbetreiber die Feuerungswärmeleistung seines BHKW auf mehr als 1 MW erhöht, das Güllelager auf mindestens 6.500 m<sup>3</sup> oder das Gaslagervolumen auf mehr als 3 Tonnen etc. erweitert.

Das Landgericht Stuttgart bestätigt nun mit seinem Urteil vom 6. April 2017 (16 O 313/16) die bereits weit verbreitete und unseres Erachtens auch überzeugende Rechtsauffassung, wonach Erweiterungen der Biogasanlage, die auch nach der zum Inbetriebnahmezeitpunkt geltenden Rechtslage einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürftig hätten, dazu führen, dass der Anspruch auf den Luftreinhaltebonus entsteht. Dies gilt natürlich nur, sofern auch die weiteren Voraussetzungen vorliegen.

### **Zum Sachverhalt des vom LG Stuttgart zu entscheidenden Fall**

Die Biogasanlage war zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme im Jahr 2010 lediglich nach dem Baurecht zu genehmigen. Im Jahr 2013 erweiterte der Anlagenbetreiber die Anlage. Die Feuerungswärmeleistung betrug nun mehr als 1 MW.

Der Netzbetreiber verweigerte den Anspruch auf den Luftreinhaltebonus nach § 27 Absatz 5 EEG 2009 mit dem Argument, dass die Anlage bereits zum Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebnahme genehmigungsbedürftig nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz hätte sein müssen. Der Anlagenbetreiber sah dies anders und legte Klage ein. Das Landgericht Stuttgart gab dem Anlagenbetreiber nun in erster Instanz recht.

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Wir werden über Weiterentwicklungen in dieser Sache berichten.

### **Fazit**

Anlagenbetreiber, die ihre Anlage erweitert haben und dafür eine Bundesimmissionsschutzgenehmigung benötigten, aber den Luftreinhaltebonus bislang nicht erhalten, sollten

- umgehend den Netzbetreiber unter Angabe der Gründe und einer kurzen Erläuterung der Rechtslage zur Auszahlung auffordern,
- weiterhin die regelmäßigen Messungen vornehmen und
- von der zuständigen Behörde bestätigen lassen.



Gern unterstützen wir Sie dabei. Unserer Erfahrung nach zahlen die meisten Netzbetreiber den Bonus dann zumindest vorläufig und bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage wieder aus.

**Ansprechpartner: Sabine Golz & Dr. Hartwig von Bredow**

## Neues Votum der Clearingstelle EEG – Keine vorgezogene Inbetriebnahme eines Biogas-BHKW

*Die Clearingstelle hatte in einem am 2. August 2017 veröffentlichtem [Votum 2017/25](#) über die Frage zu entscheiden, wann das Satelliten-BHKW der Anspruchstellerin in Betrieb genommen worden und ob dieses mit der Vor-Ort-Anlage einer anderen Anlagenbetreiberin vergütungsseitig zusammenzufassen ist. Dabei hat sie die vorzeitige Inbetriebnahme mit Pflanzenöl für unzulässig erklärt. Unter Rückgriff auf ihre zu PV-Anlagen entwickelte Entscheidungspraxis (und ohne jede Auseinandersetzung mit der neueren Rechtsprechung des BGH) hält die Clearingstelle EEG daran fest, dass die Vertriebsprozesse für eine Inbetriebnahme abgeschlossen sein müssen.*

### Sachverhalt

Die Anspruchstellerin erwarb im Jahr 2011 ein Satelliten-BHKW. Der Hersteller setzte das BHKW am 13. Dezember 2011 noch auf seinem Betriebsstandort im Auftrag der Anspruchstellerin unter Einsatz von Pflanzenöl in Betrieb. Der Strom wurde in das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist. Am selben Tag wurde das BHKW wieder außer Betrieb gesetzt und verblieb sodann noch für mehr als ein Jahr im Gewahrsam des Herstellers. Erst im Frühjahr 2013 wurde das BHKW an den Satelliten-Standort transportiert, an dem es am 26. Juli 2013 erstmals Strom erzeugte und seitdem dauerhaft betrieben wird.

Im räumlichen Umfeld zum Satelliten-Standort befindet sich eine Biogasanlage mit zwei BHKW, aus der das Satelliten-BHKW der Anspruchstellerin mit einer am 26. Juli 2013 fertiggestellten Leitung mit Biogas versorgt wird.

Die Anspruchstellerin streitet mit dem zuständigen Netzbetreiber um das Datum der Inbetriebnahme. Während die Anspruchstellerin der Ansicht ist, dass das BHKW bereits durch das Inbetriebsetzen des Herstellers im Jahr 2011 in Betrieb genommen wurde, meint der Netzbetreiber, dass die Inbetriebnahme erst am

Satelliten-Standort erfolgt sei. Insbesondere wäre die technische Betriebsbereitschaft erst mit Fertigstellung der Biogasleitung gegeben gewesen.

### Das Votum der Clearingstelle EEG

Im Ergebnis schloss sich die Clearingstelle EEG der Meinung des Netzbetreibers an und hielt eine Inbetriebnahme nach § 3 Nummer 5 EEG 2009 auf dem Herstellergelände für ausgeschlossen. Nach Ansicht der Clearingstelle wurde das BHKW erst im Juli 2013 in Betrieb genommen, als es erstmalig am Anlagenstandort in Betrieb gesetzt wurde. Da es somit in den Anwendungsbereich des EEG 2012 fiel, sei es vergütungsseitig mit der von der Lieferantin betriebenen Vor-Ort-Anlage, die es über eine Biogasleitung mit Biogas beliefert, gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012 zusammenzufassen.

Bereits in der Vergangenheit hatte sich die Clearingstelle EEG hinsichtlich der Inbetriebnahme von PV-Anlagen nach dem EEG 2009 dahingehend positioniert, dass für die Inbetriebnahme der Produktions- und Vertriebsprozess abgeschlossen sein müsse ([Hinweis 2010/ 1](#) und [Votum 2014/ 8](#)). Dies erfordere, dass der Anspruchsteller über die Module verfüge, also eine tatsächliche Sachherrschaft ausübe. Dies sei in der Regel erst der Fall, wenn die Module von den Lieferanten an die Betreiber oder einen von diesen benannten Dritten ausgeliefert worden sind. Hingegen würde der mittelbare Besitz nicht ausreichen. Weiterhin schlussfolgerte die Clearingstelle, dass es ohne die tatsächliche Sachherrschaft bereits an der Anlagenbetreibereigenschaft fehle, so dass es auch keinen Anlagenbetreiber gäbe, der die Inbetriebnahme veranlassen könne.

Sowohl das vorgenannte Votum als auch der Hinweis seien auf die Inbetriebnahme von Biomasseanlagen übertragbar, denn die Inbetriebnahmedefinition gelte für alle EEG-Anlagen. Weder in Bezug auf die Anlagenbetreiberschaft noch den Vertriebsprozess gäbe es wesentliche Unterschiede zwischen PV-Anlagen und Biomasseanlagen.

Hinzu kam nach Ansicht der Clearingstelle EEG, dass es in dem zu beurteilenden Fall unstrittig nie vorgesehen war, das Satelliten-BHKW auf dem Herstellergelände dauerhaft zur Stromerzeugung zu nutzen. Vielmehr war von vornherein angedacht, die Anlage am Standort zu betreiben, für den zum Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebsetzung auch der Netzanschlusspunkt beantragt und zugewiesen war.

### Bewertung

Das Votum der Clearingstelle erscheint – zumindest was die Begründung angeht – wenig überzeugend. Anders als noch im Schiedsspruch vom 10. November 2016 –

Az. 2016/27, siehe unsere [Meldung](#) vom 31. Januar 2017) setzt sich die Clearingstelle EEG in dem Votum in keiner Weise mit dem vom BGH (Urteil vom 4. November 2015, Az. VIII ZR 244/14, siehe unsere [Meldung](#) vom 1. Dezember 2015) vorgegebenen Prüfkanon auseinander.

Bereits der Wortlaut des § 3 Nummer 5 EEG 2009 spricht zunächst gegen die seitens der Clearingstelle EEG vorgenommene Auslegung. Gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 ist in Inbetriebnahme die

*„erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft unabhängig davon, ob der Generator der Anlage mit erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde.“*

Die Vorgabe, dass die Inbetriebnahme erst erfolgen kann, wenn die Anlage an ihrem bestimmungsgemäßen Standort installiert ist, wurde erst mit der Änderungsfassung des EEG 2012 eingeführt. Aus dem EEG 2009 lässt sich – entgegen OLG Naumburg ([Urteil vom 24. Juli 2014 – 2 U 96/13](#)) und OLG Nürnberg ([Urteil vom 19. August 2014 – 1 U 440/14](#)) – kein Anhaltspunkt dafür ableiten, dass die Inbetriebnahme nicht auch vor Versetzung einer Anlage an den späteren Standort erfolgen kann. Auch die Voraussetzungen des Abschlusses der Produktions- und Vertriebsprozesse lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. Schließlich ist auch das Argument der tatsächlichen Sachherrschaft wenig überzeugend. Denn keine der EEG-Fassungen sieht vor, dass die Inbetriebnahme notwendigerweise durch den späteren Anlagenbetreiber erfolgen muss. Sie ist auch durch den Hersteller denkbar, welcher im Zeitpunkt des Inbetriebsetzens die Verfügungsgewalt über die Anlage hatte; bis zur Veräußerung der Anlage ist dann eben der Hersteller Anlagenbetreiber. Zuletzt erscheint es zweifelhaft, ob in dem gegebenen Fall der Abnahme- und Vertriebsprozess tatsächlich noch nicht abgeschlossen war.

Über die vorgenannten Argumente lässt sich sicher trefflich streiten. Allerdings darf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dabei nicht unberücksichtigt bleiben. Der BGH hat in einem viel diskutierten Grundsatzurteil vom 4. November 2015 (Az. VIII ZR 244/14, siehe unsere [Meldung](#) vom 1. Dezember 2015) die Möglichkeit einer „mobilen Inbetriebnahme“ auf ganz anderem Wege abgelehnt als die Clearingstelle EEG und die Oberlandesgerichte. Der BGH fragt primär danach, ob es sich bei der Stromerzeugungseinheit zum Zeitpunkt der Inbetriebsetzung bereits um eine „Anlage“ im Sinne des EEG handelte. Für einzelne PV-Module, die später Teil einer Freiflächenanlage werden, lehnte der BGH dies überraschend ab. Ein BHKW hingegen dürfte auch nach den vom BGH angelegten – und für PV-Anlagen inzwischen durch den Gesetzgeber korrigierten – Kriterien als Anlage im

Sinne des EEG zu werten sein. Schließlich wird das BHKW vorliegend als eigenständiges Kraftwerk betrieben und nicht als Teil eines aus 20.000 Modulen bestehenden Freiflächen-Installation. Wenn also der BGH die vorzeitige Inbetriebnahme eines PV-Moduls allein daran scheitern lässt, dass es sich bei einem einzelnen PV-Modul noch nicht um eine Anlage handele, bei einem BHKW die Anlageneigenschaft jedoch unstreitig gegeben ist, spricht viel dafür, dass vorliegend der Zeitpunkt des erstmaligen Betriebs mit Pflanzenöl maßgeblich ist.

**Ansprechpartner: Dr. Katrin Antonow & Dr. Hartwig von Bredow**

## Wärmeabgabe ist trotz KWK-Bonus unentgeltlich

*Am 8. August 2017 wurden die Entscheidungsgründe für das bereits am 31. Mai 2017 ergangene Urteil des Bundesfinanzhofs (Az.: XI R 2/14) zur umsatzsteuerrechtlichen Behandlung von Wärme aus einer KWK-Anlage veröffentlicht. Leider enthalten diese keine guten Nachrichten für Anlagenbetreiber: Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs handelt es sich bei dem KWK-Bonus nach § 8 Absatz 3 EEG 2004 um ein Entgelt für die Lieferung von Strom an den Stromnetzbetreiber, nicht aber um ein Entgelt des Stromnetzbetreibers für die Lieferung von Wärme. Daher könne der erzielte KWK-Bonus auch nicht als Grundlage für die Bemessung der Umsatzsteuer gelten.*

### Sachverhalt

Die Klägerin ist Betreiberin einer Biogasanlage, die das erzeugte Biogas in einem angeschlossenen Blockheizkraftwerk (im Folgenden: BHKW) zur Erzeugung von Strom und Wärme nutzt. Der so erzeugte Strom wurde im Streitjahr überwiegend in das öffentliche Netz eingespeist und nach dem EEG 2004 vergütet. Der Großteil der Wärme wurde hingegen kostenlos einem Dritten zur Trocknung von Holz sowie zur Beheizung von Spargelfeldern überlassen.

Neben der Mindestvergütung erhielt die Klägerin im Streitjahr auch den sogenannten KWK-Bonus nach § 8 Absatz 3 EEG 2004, weil es sich bei dem von ihr erzeugten Strom um Strom i.S.v. § 3 Absatz 4 KWKG handelte. Der Außenprüfer ging dabei von einer unentgeltlichen Zuwendung der Wärme aus und berechnete die Bemessungsgrundlage für diese Wertabgabe gemäß § 10 Absatz 4 Satz 1 Nummer 1 Umsatzsteuergesetz (im Folgenden: UmStG) nach den Selbstkosten. Da die Selbstkosten in etwa 380.000,00 Euro betragen, errechnete der Prüfer hierauf einen Umsatzsteuersatz in Höhe von ca. 73.000 Euro. Der von dem

Anlagenbetreiber erlangte KWK-Bonus für das streitgegenständliche Jahr betrug allerdings nur etwa 85.000,00 Euro. Gegen den Umsatzsteuerbescheid legte der Anlagenbetreiber daher zunächst Einspruch ein und klagte sodann gegen den Bescheid, mit dem das Finanzamt den Einspruch zurückgewiesen hatte.

Das Finanzgericht gab der Klage statt und urteilte, dass es sich bei der Wärmeabgabe um eine entgeltliche Zuwendung handle. Die Gegenleistung habe der Stromnetzbetreiber geleistet. Daher sei der erlangte KWK-Bonus in Höhe von 85.000,00 Euro als Bemessungsgrundlage anzusetzen. Die gegen die Entscheidung eingelegte Revision hatte Erfolg.

Der Bundesfinanzhof hob die Entscheidung der ersten Instanz auf und verwies den Rechtsstreit zurück an das Finanzgericht.

### **Entscheidungsgründe**

Nach Ansicht des BFH handelt es sich bei der Wärmeabgabe um eine unentgeltliche Zuwendung.

Entscheidend für die Beurteilung, ob es sich um eine entgeltliche Leistung handle, sei das Vorliegen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen Leistung und Gegenleistung, der sich regelmäßig aus den vertraglichen Beziehungen zwischen Leistendem und Leistungsempfänger ergebe. Dies gelte auch für die Frage, ob die Zahlung eines Dritten ein Entgelt für eine Leistung darstellt. Maßgebend sei, dass der Dritte für die Leistung des Unternehmers an den Leistungsempfänger zahlt und der Unternehmer die Zahlung hierfür erhalte, so dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Leistung und Drittzahlung bestehe.

Bei dem KWK-Strom hingegen handelt es sich nach Ansicht des Gerichts, nicht um eine für die Wärmelieferung erbrachte Leistung, sondern um ein zusätzliches Entgelt für den eingespeisten Strom.

Der KWK-Bonus stelle somit eine Vergütung des Stromnetzbetreibers für den vom Anlagenbetreiber gelieferten Strom dar, nicht ein Entgelt von dritter Stelle i.S.d. § 10 Absatz 1 Satz 3 UStG für die ansonsten „kostenlose“ Wärmeabgabe.

Der BFH schließt sich damit der Ansicht des Bundesministeriums für Finanzen an, welches mit Schreiben vom 19. September 2014 (Az: IV D 2 – S 7124/12/1001-02, BStBl I 2014, 1287) bereits diese Auffassung vertreten hatte.

Da der BFH mangels Sachverhaltsangaben nicht entscheiden konnte, in welcher Höhe die unentgeltlichen Wertabgaben der Klägerin versteuert werden müssen, verwies er die Sache zurück an das Finanzgericht.

### **Fazit**

Betreibern von KWK-Anlagen, die ihre Wärme unentgeltlich einem Dritten überlassen oder die Wärme selbst nutzen, droht Ungemach. Während das erstinstanzliche Urteil zunächst für Erleichterung sorgte, da das Gericht den KWK-Bonus als das für die Bemessungsgrundlage entscheidende Entgelt erachtete, führt das BFH-Urteil nun wieder dazu, dass die Finanzverwaltung einen weitaus höheren Betrag als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer ansetzen. Dies kann dazu führen, dass der erzielte KWK-Bonus dann kaum noch die Kosten für die zu entrichtende Umsatzsteuer deckt.

Denn obwohl der BFH zur genauen Höhe der Bemessungsgrundlage keine Entscheidung traf, wies er darauf hin, dass sich die Berechnung der Bemessungsgrundlage für die unentgeltliche Weitergabe nach den Grundsätzen richte, die der BFH für die Entnahme von Strom und Wärme für die Eigenversorgung entwickelt hat (Urteile vom 12. Dezember 2012, Az.: [XI R 3/10](#) und vom 16. November 2016, Az.: [V R 1/15](#)). Danach richte sich die Bemessungsgrundlage in erster Linie nach dem Einkaufspreis für Strom und Wärme. Sei dieser nicht zu ermitteln, könne das Finanzamt die sog. Selbstkosten ansetzen.

**Ansprechpartner: Dr. Katrin Antonow & Dr. Hartwig von Bredow**

# SPEICHER

## BGH zu Speichern: Keine Befreiung von sonstigen Abgaben und Umlagen

*Wie weit reicht die Netzentgeltbefreiung für den Speicherbezugsstrom? Sind hiervon auch die weiteren mit den Netzentgelten erhobenen Abgaben und Umlagen erfasst (etwa die KWK-Umlage, die Offshore-Haftungsumlage, die Umlage nach § 19 Absatz 2 StromNEV, die Umlage für abschaltbare Lasten und Konzessionsabgaben)? Wir hatten die Thematik ausführlich in unserer Meldung vom 10. Juli 2017 dargestellt (lesen sie [hier](#)). Nun hat auch der BGH Stellung bezogen. Einmal mehr sind die Neuigkeiten aus Karlsruhe für Speicherbetreiber unerfreulich.*

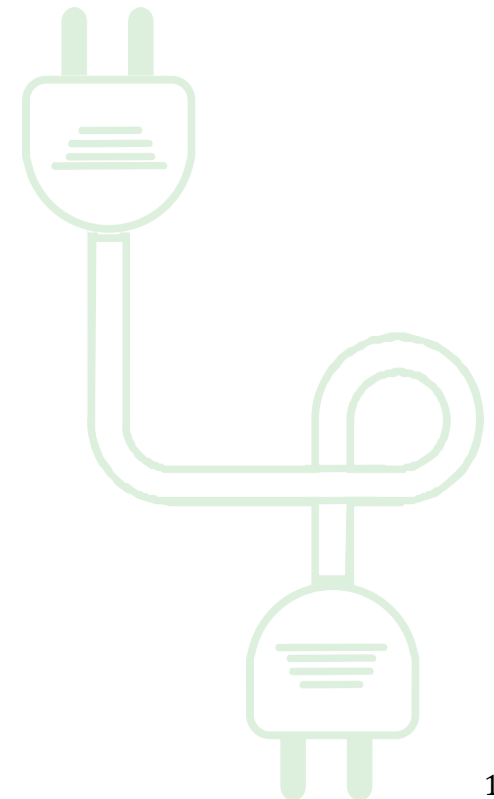
Der BGH hat mit seinem **Beschluss** vom 20. Juni 2017 – EnVR 24/16 die Sichtweise der Bundesnetzagentur und auch des Oberlandesgerichts Düsseldorf bestätigt, wonach die Regelung des § 118 Absatz 6 EnWG allein eine Befreiung von den Netzentgelten vorsieht. Hiervon nicht umfasst sind nach Ansicht des BGH hingegen gesetzliche Umlagen (derzeit: KWK-Umlage, Offshore-Haftungsumlage, Umlage nach § 19 Absatz 2 StromNEV, Umlage für abschaltbare Lasten), die Entgelte für den Messstellenbetrieb, die Messung und Abrechnung sowie die Konzessionsabgaben.

„Entgelte für den Netzzugang“ im Sinne des § 118 Absatz 6 EnWG sind nach Auffassung des Senates nichts anderes als „Netzentgelte“ im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des BGH. Die zusätzlichen Abgaben und Umlagen stellten danach keine Netzentgelte dar, sondern würden lediglich anlässlich der Erhebung der Netzentgelte vereinnahmt, nicht indes für die Netznutzung. Der BGH setzt sich in seinem Beschluss mit den Bestimmungen zu den einzelnen Abgaben und Umlagen auseinander und legt dar, warum diese nicht unter § 118 Absatz 6 EnWG fallen. Einen Widerspruch der engen Auslegung zum Sinn und Zweck der Norm – der Schaffung von Anreizen für Investitionen in Anlagen zur Speicherung volatiler Wind- und Solarenergie sowie zur Sicherung der Netzstabilität – sieht der BGH nicht, wobei er sich allerdings ausschließlich auf die Gesetzesbegründung bezieht, in der nur Pumpspeicherwerke genannt waren. Auf Batteriespeicher geht der BGH in seinem Beschluss nicht ein.

## Fazit

Der Beschluss des BGH ist rechtlich nachvollziehbar und letztlich – trotz der im Schrifttum vielfach vertretenen Gegenauffassung – wenig überraschend. Gleichwohl stellt er einen Schlag für das eine oder andere Speicherprojekt dar, in dem Netzbetreiber den Speicherbetreibern bislang neben den Netzentgelten auch keine der sonstigen Abgaben und Umlagen berechneten. Am Ende bleibt einmal mehr die Hoffnung, dass der neue Gesetzgeber sich nach der Bundestagswahl der Sektorenkopplung und Speichern annehmen und einen kohärenten Rechtsrahmen schaffen wird, der ein Mehr an Klarheit, Wirtschaftlichkeit und Rechtssicherheit für Speicher mit sich bringt.

**Ansprechpartner: Dr. Florian Valentin und Dr. Bettina Hennig**



# WIND UND SOLAR

## Deins oder Meins - wem gehört die Windenergieanlage?

*In einem jüngst vom BGH zu entscheidenden Fall ging es um die Frage, ob eine Windenergieanlage wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks ist. Dies hat der BGH verneint. Vielmehr handele es sich bei der Windenergieanlage um einen bloßen Scheinbestandteil des Grundstücks.*

In dem zu entscheidenden Fall (BGH, Urteil vom 7. April 2017, AZ: VZR 52/16), hatte der Kläger ein Grundstück gekauft, auf dem sich auch eine Windenergieanlage befand. Betreiber der Anlagen war ein Dritter. Der Kläger wollte nun feststellen lassen, dass er mit Erwerb des Eigentums an dem Grundstück auch das Eigentum an der Windenergieanlage erworben habe. Dies hat der BGH jedoch verneint und die Revision des Klägers zurückgewiesen.

### Hintergrund

Nach dem BGB gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude. Diese Bestandteile werden also grundsätzlich beim Kauf auf den neuen Eigentümer mitübertragen.

Nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören hingegen Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Diese sogenannten Scheinbestandteile bleiben, obwohl mit dem Grundstück verbunden, rechtlich selbstständige bewegliche Sachen und werden daher auch bei einer Veräußerung des Grundstücks nicht mit übereignet. Nach Ansicht des BGH zählte die Windenergieanlage im vorliegenden Fall aber nicht zu den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks, sondern stellte gerade so einen Scheinbestandteil dar.

### Auf den inneren Willen kommt es an

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH erfolgt eine Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck dann, wenn die spätere Aufhebung der Verbindung von Anfang an beabsichtigt war. Maßgeblich ist der innere Wille der Person, die die Sache eingefügt hat, zum Zeitpunkt der Verbindung der Sache. Dieser Wille muss allerdings mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen sein.

Vorliegend seien die damaligen Eigentümer zum Zeitpunkt der Verbindung der Anlage mit dem Grundstück Mitte der 1990er Jahre davon ausgegangen, dass die Windenergieanlage nur eine begrenzte Lebens- und Nutzungsdauer habe, die sie auf etwa 20 Jahre bemessen hätten, so der BGH. Hiernach hätte die Windenergieanlage abgebaut werden müssen.

Dass die Windenergieanlage während ihrer gesamten von den Eigentümern prognostizierten Lebensdauer von 20 Jahren auf dem Grundstück verbleiben sollte, steht der Qualifizierung als Scheinbestandteil nach Ansicht des BGH hier nicht entgegen. Hiermit hat der BGH eine in Literatur und Rechtsprechung umstrittene Frage geklärt: Ob eine Sache mit einem Grundstück nur zu einem vorübergehenden Zweck verbunden ist, hängt nach Ansicht des BGH nicht von der Nutzungsdauer der eingebrachten Sache ab. Es gebe keinen sachlichen Grund, kurzlebige Sachen eher den wesentlichen Bestandteilen zuzurechnen, langlebige Sachen dagegen den Scheinbestandteilen.

### Verbleib auf dem Grundstück für gesamte wirtschaftliche Lebensdauer steht der Qualifizierung als Scheinbestandteil nicht entgegen

Hierbei argumentiert der BGH, dass eine Sache vielmehr dann zu einem vorübergehenden Zweck mit einem Grundstück verbunden ist, wenn die Verbindung nach dem Willen des Einfügenden nicht dauernd, sondern nur zeitweilig bestehen soll. Das Zeitmoment beziehe sich dabei nicht auf die wirtschaftliche Lebensdauer der Sache, sondern auf deren Verbindung mit dem Grundstück. Wolle der Einfügende die von ihm geschaffene Verbindung seinerseits nicht mehr aufheben, die Sache also - aus seiner Sicht - dauerhaft auf dem Grundstück belassen, wird diese (sogleich) wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Beabsichtige er dagegen, die Verbindung zu einem späteren Zeitpunkt wieder zu lösen, sei es freiwillig, sei es aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung, liege eine nur vorübergehende Verbindung von Grundstück und Sache vor mit der Folge, dass die Sache sonderrechtsfähig bleibt.

Das Vorliegen einer eben solchen Lösungsabsicht hat der BGH im zu entscheidenden Fall bejaht. Dies überzeugt im vorliegenden Fall, da der Errichter der Windenergieanlage bereits wegen des Repowerings und des Zweitmarktes für gebrauchte Windenergieanlagen ein Interesse an der Verfügungsbefugnis während des gesetzlichen Vergütungszeitraums von 20 Jahren und auch darüber hinaus hat. Beim Tausch vorhandener gegen leistungsstärkere Windenergieanlagen "verbrauchen" sich die Windenergieanlagen gerade nicht auf dem Fremdgrundstück, sondern werden vor Ablauf ihrer erwarteten Lebensdauer von dem Grundstück entfernt, verkauft und an anderer Stelle weiter genutzt.

Der BGH führt insofern auch das Argument der Rechtssicherheit ins Feld. Würde der "Verbrauch" der Sache während der Grundstücksnutzung das Vorliegen eines Scheinbestandteils ausschließen, hätte dies erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten zur Folge. So wird die Frage, wann von einem „Verbrauch einer Windenergieanlage“ auszugehen ist, unterschiedliche beantwortet. Bereits die Lebensdauer der Anlagen sei nicht unbedingt einheitlich zu bestimmen, so der BGH.

Im Übrigen liege es nahe, dass derjenige, auf den die mit dem Betrieb der Anlage verbundenen wirtschaftlichen und rechtlichen Risiken (Finanzierung, Haftung, etc) wie auch die Vorteile (Stromvergütung) entfielen, nämlich den Betreiber, auch Eigentümer der Anlage bleiben solle.

### Auswirkungen für die Praxis

Für Betreiber von Windenergieanlagen ist die Entscheidung des BGH begrüßenswert. Das Eigentum an der Windenergieanlage geht nicht automatisch aufgrund der Verbindung mit dem Grundstück auf den Grundstückseigentümer über. Vielmehr entscheidet die konkrete Ausgestaltung des obligatorischen jeweiligen Nutzungsvertrages zwischen Grundstückseigentümer und Betreiber der Anlage über die Eigentumslage. Soll eine Windenergieanlage – wie regelmäßig der Fall – spätestens mit Vertragsbeendigung durch den Anlagenbetreiber abgebaut werden, ist sie nur ein Scheinbestandteil (und damit weiterhin sonderrechtsfähig). Wird dagegen dem Grundstückseigentümer das Recht eingeräumt, mit Ablauf des Nutzungsverhältnisses die Windenergieanlage zu übernehmen, kann die Vermutung eines nur vorübergehenden Zwecks i.S.d. § 95 Absatz 1 Satz 1 BGB widerlegt werden. In diesem Fall wäre die Anlage nach § 94 Absatz 1 Satz 1 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (OLG Koblenz, Beschl. v. 21.09.2006 – 5 U 738/06). Der Rechtsgedanke lässt sich auch auf andere Erneuerbare-Energien-Anlagen übertragen.

Für den Anlagenbetreiber sorgt jedenfalls die zusätzliche Bestellung und Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1090 Absatz 1 BGB vor Baubeginn für Rechtssicherheit. Bei der rechtzeitigen Einräumung dieses dinglichen Nutzungsrechts ist die Anlage stets nach § 95 Absatz 1 Satz 2 BGB Scheinbestandteil.

**Ansprechpartner: Julia Rawe und Dr. Katrin Antonow**

## Ungleiches zu Gleichem: Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land und Solaranlagen in Kraft getreten

*Nachdem vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) im März 2017 ein Eckpunktepapier für die ab 2018 vorgesehenen technologieoffenen Ausschreibungen veröffentlicht worden war, [vBVH berichtete](#), ist nunmehr die Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land und Solaranlage (GemAV) in Kraft getreten. Mit der GemAV werden die Rahmenbedingungen geschaffen, um die nach dem EEG 2017 vorgesehenen gemeinsamen Auktionen im Umfang von jährlich 400 Megawatt installierter Leistung in den Jahren 2018 bis 2020 durchzuführen.*

### Grundzüge des Ausschreibungsdesigns

Wie bereits der Entwurf sieht die nunmehr erlassene Verordnung vor, dass die Bundesnetzagentur in den Jahren 2018 bis 2020 jährlich gemeinsame Ausschreibungen von Windenergieanlagen an Land und PV-Anlagen im Umfang von 400 MW durchführt. Dazu gibt es pro Jahr zwei Gebotstermine mit einem Ausschreibungsvolumen von jeweils 200 MW. Bei diesen Gebotsterminen können die Betreiber von Windenergieanlagen an Land und Solaranlagen für ihre Anlagen Gebote abgeben. Die Gebote werden dann energieträgerübergreifend gereiht und in aufsteigender Reihenfolge beginnend mit dem günstigsten Gebot bezuschlagt.

Im Vergleich zu dem im März veröffentlichten Referentenentwurf des BMWi hat die Verordnung in ihrer derzeitigen Gestalt lediglich minimale Änderungen erfahren. Die Besonderheiten des Ausschreibungsdesigns der GemAV, wie etwa der Verzicht auf das Referenzertragsmodell, die Festlegung eines gemeinsamen Höchstwerts, sowie die Einführung des neuen Instruments der Verteilernetzkomponente (dazu sogleich) haben im Wesentlichen unverändert Einzug in die finale Fassung der Verordnung gefunden.

Getestet werden sollen die gemeinsamen Ausschreibungen, ohne dass die im EEG 2017 festgelegten technologiespezifischen Ausbauziele überschritten werden. Das bedeutet: Die 400 MW werden von dem Brutto-Ausschreibungsvolumen für Windenergie an Land (2.800 MW im Jahr 2018) und Photovoltaik (600 MW im Jahr 2018) abgezogen.

Abweichend von der zunächst geltenden Regelung, dass in den ersten beiden Ausschreibungsrunden im Jahr 2018 für PV-Anlagen und Windenergieanlagen ein gemeinsamer Höchstwert von derzeit 8,84 ct/kWh gelten wird, sollen in den

folgenden Ausschreibungsrunden in 2019 und 2020 für Windenergieanlagen an Land differenzierte Höchstpreise festgelegt werden. Der Höchstwert ist der Wert, der maximal geboten werden darf. Überschreitet der im Gebot angegebene Gebotswert den Höchstwert, wird das Gebot vom Zuschlagsverfahren ausgeschlossen.

Anders als noch im Eckpunktepapier vorgesehen, gelten im Übrigen abweichende Regelungen von der 10 MW-Grenze bei Freiflächenanlagen. Nach der GemAV darf nämlich in sogenannten Regionen mit besonderem Flächenpotential ein Gebot eine zu installierende Leistung von bis zu 20 MW umfassen. Regionen mit besonderem Flächenpotential sind nach der Verordnungsbegründung solche, die aufgrund von Tagebauaktivitäten große, zusammenhängende Flächen aufweisen und hierdurch die Installation größerer, spezifisch kostengünstigerer Solaranlagen erlauben sollen. Dieses Flächen- und Kostensenkungspotential soll im Rahmen des Pilotvorhabens zu den gemeinsamen Ausschreibungen teilweise erschlossen werden, indem die maximale Gebotsgröße in diesen Regionen angehoben wird.

Die für Bürgerenergiegesellschaften bei Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land ansonsten geltenden besonderen Privilegien finden im Rahmen der gemeinsamen Ausschreibungen keine Anwendung.

### **Referenzertragsmodell und Verteilernetzkomponente**

Das Referenzertragsmodell, eigentlich Korrektiv um für windstärkere und windschwächere Standorte vergleichbare Wettbewerbsbedingungen zu schaffen, ist in der nunmehr verabschiedeten Verordnung nach wie vor nicht vorgesehen. Alle Standorte werden somit grundsätzlich zunächst gleich behandelt. Zum Ausgleich sollen jedoch für Windenergieanlagen an Land in den Jahren 2019 und 2020 regionale, landkreisspezifische Höchstwerte eingeführt werden, die anhand der Windhöffigkeit der unterschiedlichen Standorte festgelegt werden. Insgesamt hat der Verordnungsgeber drei Höchstwertgebiete (Nord, Mitte und Süd) festgelegt. Der maßgebliche Höchstwert ist hierbei der letzte vor der Bekanntmachung des Gebotstermins der gemeinsamen Ausschreibung durch die Bundesnetzagentur bekanntgemachte Höchstwert in den energieträgerspezifischen Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land. Die Höchstwerte im Höchstwertgebiet 1 (Nord) wurden hierbei in Höhe von 100 Prozent des Höchstwertes, im Höchstwertgebiet 2 (Mitte) in Höhe von 116 Prozent und im Höchstwertgebiet 3 (Süd) auf 129 Prozent festgelegt. Hieraus ergibt sich ein – absteigendes – „Süd-Nord-Gefälle“ der festgelegten Höchstwerte.

Mit Inkrafttreten der Verordnung wird zudem als neues Instrument zur Kostensteuerung die sogenannte Verteilernetzkomponente eingeführt. Sie soll dazu

beitragen, dass die Netz- und Systemintegrationskosten in den gemeinsamen Ausschreibungen berücksichtigt werden.

Dazu werden zunächst die Gebiete ermittelt, in denen weiterer Anlagenzubau einen Ausbau der Verteilernetze nötig macht (Verteilernetzausbaugebiete). Gebote für Windenergieanlagen an Land oder PV-Anlagen in diesen Gebieten werden bei der Gebotsreihung dann mit einem Aufschlag belegt: der Verteilernetzkomponente. Dadurch soll sich die Zuschlagschance für diese Gebote verringern und damit die Zubaugeschwindigkeit in den Verteilernetzausbaugebieten verlangsamen.

### **Bewertung**

In der Branche gehen die Meinungen über die anstehenden gemeinsamen Ausschreibungen auseinander: So wird teilweise kritisiert, die Verordnung schaffe keine fairen Wettbewerbsbedingungen, die einen ausgewogenen Mix aus erneuerbaren Energien sicherstellen würden. Befürchtet wird unter anderem, dass sich eine der Technologien – Wind oder Solar – komplett durchsetzen könnte. Demgegenüber wird die Erprobung der technologieübergreifenden Ausschreibungen von anderen Branchenvertretern durchaus auch als begrüßenswert angesehen, da diese einen starken Wettbewerb anreizen würden und demnach größere Potenziale zur Kostensenkung im Bereich der jeweiligen Anlagenentwicklung und -technologie frei werden ließen.

Nach wie vor hält die Bundesregierung daran fest, dass die gemeinsamen Ausschreibungen Pilotprojekte sind. Ob nach der Testphase weitere gemeinsame Ausschreibungen stattfinden werden, ist daher offen.

**Ansprechpartner: Julia Rawe und Burkhard Hoffmann**

## Freiflächenanlagen und der Bebauungsplan: Neues Clearingstellen-Votum hilft Anlagenbetreibern

*Die Clearingstelle EEG hat in einem aktuellen Votum (Az. 2017/19, [abrufbar hier](#)) entschieden, dass eine zu frühe Inbetriebnahme einer Freiflächenanlage oder – je nach Perspektive – ein zu spätes Inkrafttreten des Bebauungsplans nachträglich geheilt und so der Vergütungsanspruch gerettet werden kann. Für betroffene Betreiber von Freiflächenanlagen zumindest ein Hoffnungsschimmer am Horizont. Kurz zur Erinnerung: Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte im Januar 2017 entschieden, dass für unter dem Geltungsbereich des EEG 2012 in Betrieb genommene Freiflächenanlagen überhaupt kein Vergütungsanspruch besteht, wenn die Inbetriebnahme vor dem Satzungsbeschluss für den Bebauungsplan erfolgte. Selbst wenn dieser Entscheidung durch den Gesetzgeber mittlerweile die letzte Härte genommen wurde, hat das Urteil des BGH für viele Betreiber von Freiflächenanlagen zumindest für einige Monate einen vollständigen Vergütungsverlust zur Folge. Auf Basis der rechtlich überzeugend begründeten Entscheidung der Clearingstelle EEG kann dies unter Umständen aber noch korrigiert werden – wenn die Gemeinde mitzieht und die baurechtlichen Voraussetzungen vorliegen...*

### Kurzzusammenfassung: Was bisher geschah

Wie wir bereits berichteten ([abrufbar hier](#)), hatte der BGH am 18. Januar 2017 ein Urteil mit weitreichenden Folgen für viele Freiflächenanlagen gefällt (Az. VIII ZR 278/15, Urteil [hier](#) abrufbar). Nach diesem soll für Freiflächenanlagen, für die Vergütungsvoraussetzung ist, dass sie „im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans errichtet worden sind“, dann kein Vergütungsanspruch nach dem EEG 2012 bestehen, wenn die Inbetriebnahme der Anlage zwar nach dem Aufstellungs-, aber vor dem Satzungsbeschluss zum Bebauungsplan erfolgte. Erst mit dem Satzungsbeschluss sei nämlich – so der BGH – der Bebauungsplan tatsächlich auch im Sinne des EEG beschlossen. In seinem Urteil verwarf der BGH gleichsam die von der Clearingstelle EEG entwickelte Spruchpraxis, wonach in solchen Fällen zwar der Vergütungsanspruch nicht bereits vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme an besteht, aber ab dem Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses dann schon (vgl. Clearingstelle EEG, Voten vom 5. Oktober 2011, Az. 2011/9 sowie vom 3. Dezember 2013, Az. 2013/50, abrufbar [hier](#) und [hier](#)). Nach dem BGH soll vielmehr im Falle einer zu frühen Inbetriebnahme eine Vergütung von vornherein und letztlich endgültig ausgeschlossen sein.

Diese Endgültigkeit und die damit verbundenen dramatischen wirtschaftlichen Folgen sind allerdings mittlerweile vom Gesetzgeber dadurch abgeschwächt worden, dass im Zuge des im Juli 2017 in Kraft getretenen „Mieterstromgesetzes“

die Spruchpraxis der Clearingstelle EEG quasi legalisiert wurde und – bei Einhaltung bestimmter weiterer gesetzlicher Voraussetzungen – zumindest seit dem 25. Juli 2017 alle „zu früh“ in Betrieb genommenen Freiflächenanlagen (wieder) einen Vergütungsanspruch geltend machen können. Wie immer im EEG bestehen auch hier im Detail zwar noch verschiedene rechtliche Unsicherheiten und Streitpunkte, im Grundtenor war die Neuregelung für die betroffenen Anlagenbetreiber aber natürlich eine große Erleichterung.

### Das Votum der Clearingstelle EEG

In einem kürzlich veröffentlichten Votum vom 17. Juni 2017 (Az. 2017/19, [abrufbar hier](#)) hatte die Clearingstelle EEG nun erneut zur Frage des zeitlichen Zusammenspiels von Inbetriebnahme und bauplanungsrechtlichem Verfahren zu entscheiden. Dabei ist die Clearingstelle zu einem ebenso interessanten wie auch überzeugenden Ergebnis gekommen: Ein zu spät in Kraft getretener Bebauungsplan ist heilbar!

In dem Votum war über den Vergütungsanspruch einer Freiflächenanlage zu entscheiden, die am 29. Oktober 2010 in Betrieb gegangen war. Ein Satzungsbeschluss der Gemeinde lag zu diesem Zeitpunkt zwar bereits vor, der Bebauungsplan trat aber erst am 21. Dezember 2010 und somit nach Inbetriebnahme in Kraft.

Sechs Jahre später, im Sommer 2016 konfrontierte der vergütungspflichtige Netzbetreiber die Anlagenbetreiberin dann mit der Rechtsauffassung, dass die Vergütungsvoraussetzungen des EEG 2009 nicht erfüllt seien und stellte die Vergütungszahlungen ein. Nach dem EEG 2009 war nämlich Vergütungsvoraussetzung, dass die Freiflächenanlage „im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet worden ist“.

Im Dezember 2016 traf die Gemeinde dann auf Antrag der Anlagenbetreiberin jedoch einen weiteren Beschluss: Der Bebauungsplan wurde rückwirkend bereits zum 30. Juni 2016 und damit zu einem Zeitpunkt vor Inbetriebnahme der Freiflächenanlage in Kraft gesetzt.

Die Clearingstelle EEG hat hierzu nun entschieden, dass die Freiflächenanlage damit (rückwirkend) im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet worden ist und der Vergütungsanspruch somit von Anfang an bestand. Dass der Zeitpunkt des Inkrafttretens sechs Jahre später von der Gemeinde noch einmal rückdatiert wurde, sei für die EEG-rechtliche Bewertung unerheblich. Entscheidend sei nur der Umstand, **dass** er rückdatiert wurde und damit die Vergütungsvoraussetzungen formal vorliegen.



Die Clearingstelle EEG begründet ihre Entscheidung im Wesentlichen damit, dass die planungsrechtlichen Vergütungs Voraussetzungen des EEG alleine dem Zweck dienen sollen, der Gemeinde die Entscheidungshoheit darüber einzuräumen, ob in ihrem Gemeindegebiet eine vergütungsfähige Freiflächenanlage errichtet werden soll oder eben nicht. Will die Gemeinde dies, dann steht es ihr auch frei, die Vergütungs Voraussetzungen erst nachträglich zu schaffen.

Im Kern sagt die Clearingstelle EEG also folgendes: Wollte die Gemeinde, dass eine nach dem EEG geförderte Freiflächenanlage auf ihrem Gemeindegebiet errichtet wird, kann ihr nicht verwehrt sein, alles dafür zu tun, dass dieses Ziel auch verwirklicht wird – und wenn dafür der Bebauungsplan eben rückdatiert werden muss.

### Fazit

Das Votum der Clearingstelle EEG überzeugt. Letztlich kann es bei den planungsrechtlichen Vorgaben des EEG nur darum gehen, die Planungshoheit und Entscheidungsfreiheit der Gemeinde zu schützen, nicht aber zusätzlich darum, die Gemeinde vermeintlich vor sich selbst zu schützen.

Will die Gemeinde also zur Behebung von Fehlern den Bebauungsplan gemäß § 214 Absatz 4 BauGB rückwirkend in Kraft setzen, so kann sie dies tun, auch wenn der einzige zu behebbende Fehler darin liegt, dass der Bebauungsplan aufgrund des zu späten Inkrafttretens nicht geeignet war, die Errichtung einer vergütungsfähigen Freiflächenanlage zu ermöglichen.

Wichtig ist die Entscheidung vor allem auch vor dem Hintergrund, dass gerade unter Geltung des EEG 2009, also in den Jahren vor 2012, vielerorts tatsächlich die Auffassung vorherrschte, dass bereits ein Aufstellungsbeschluss für einen Bebauungsplan ausreichend sei, um der von der Gemeinde gewollten Freiflächenanlage die Inanspruchnahme einer Vergütung zu ermöglichen. In der Folge wurde nach einem solchen Aufstellungsbeschluss, der auch baurechtlich die Erteilung einer Genehmigung zur Errichtung der Freiflächenanlage auf Basis des § 33 BauGB ermöglichte, das Verfahren oftmals in zeitlicher Hinsicht nicht mehr mit allerhöchster Priorität weiterverfolgt und zwischen Aufstellungsbeschluss und Inkrafttreten des Bebauungsplans lagen viele Monate. Mit der Errichtung der PV-Anlage wurde dann in vielen Fällen schon begonnen. Dies kann aber nach der Clearingstelle EEG nun nicht dazu führen, dass eine Freiflächenanlage, die von der Gemeinde gewollt war, mit einem vollständigen Vergütungs ausfall sanktioniert wird – jedenfalls, wenn die Gemeinde mit einem entsprechenden Beschluss mitzieht.

Zu beachten ist allerdings, dass ein Bebauungsplan auf Grundlage des § 214 Absatz 4 BauGB nicht nach Belieben rückwirkend in Kraft gesetzt werden darf. Die Rückwirkung kann immer nur bis zu dem Zeitpunkt zurückreichen, in dem der Bebauungsplan – hätte er nicht an Fehlern gelitten – hätte in Kraft treten können. Ob dies der Fall ist, wird sich immer nur im Einzelfall beurteilen lassen.

Es wird sich zudem zeigen müssen, ob auch die Gerichte der Entscheidung der Clearingstelle EEG folgen werden. Anlagenbetreibern, die aufgrund einer „zu frühen“ Inbetriebnahme ihrer Freiflächenanlage mit Rückforderungsansprüchen konfrontiert sind, kann aber nur empfohlen werden, den von der Clearingstelle EEG aufgezeigten Weg der nachträglichen Heilung zu gehen. Hierfür müssen sie sich nun mit der Gemeindevertretung in Verbindung setzen und diese für einen entsprechenden Rückdatierungsbeschluss mit ins Boot holen. Wenn Sie hierbei Unterstützung brauchen, stehen wir Ihnen natürlich gerne zur Verfügung!

**Ansprechpartner: Dr. Steffen Herz & Dr. Bettina Hennig**



# VERÖFFENTLICHUNGEN

(Zu den Beiträgen gelangen Sie durch einen „Klick“ auf die grün markierten Quellen)

## **BGH-Urteil: „Ein extrem scharfes Schwert“**

Ein Interview des pv-magazine mit Dr. Bettina Hennig

[www.pv-magazine.de](http://www.pv-magazine.de)

## **Das ist Ihr Recht – Technologiebonus für den Strom aus Abgasturbinen**

Joule 4.2017, S. 14

[www.Joule.agrarheute.com](http://www.Joule.agrarheute.com)

## **BGH-Urteil zur verspäteten Meldung von PV-Anlagen fehlerhaft?**

Ein Interview des pv-magazine mit Dr. Bettina Hennig

[www.pv-magazine.de](http://www.pv-magazine.de)

## **Das ist Ihr Recht – Mieterstromgesetz**

Joule 5.2017, S. 15

[www.Joule.agrarheute.com](http://www.Joule.agrarheute.com)

# NÄCHSTE VORTRÄGE

(Für nähere Informationen bitte auf das jeweilige Datum der Veranstaltung klicken)

## **Modalitäten und Ergebnisse der Ausschreibungen von Biomasseanlagen im EEG 2017**

Burkhard Hoffmann

12. Fachtagung Biogas – IHK Potsdam

[6. November 2017 in Potsdam](#)

## **Speicher, Sektorkopplung und Windenergie – Rechtliche Fragen und erste Antworten**

Dr. Bettina Hennig

[8. November 2017 in Warnemünde](#)

## **Eigenversorgung, Regelleistung, Mieterstrom sowie Elektromobilität im Einklang – was gibt's Neues im Speicherbereich für KMU's und im Heimbereich?**

Dr. Bettina Hennig

12. StorageDay

[9. November 2017 in Warnemünde](#)

## **Rechtsfragen rund um Bürgerenergiegesellschaften**

Dr. Florian Valentin

[8. November 2017 in Warnemünde](#)

## **Auch Windenergieanlagen haben Rechte – Rechte und Pflichten nach dem EEG für WEA ohne Förderanspruch**

Dr. Steffen Herz

[8. November 2017 in Warnemünde](#)

## **Die Stromsteuer in Windparks – Oder: Die Büchse der Pandora**

Dr. Bettina Hennig

8. November 2017 in Warnemünde

## **Mieterstrom, EEG-Umlage, Ladesäulenverordnung**

Der regulative Rahmen für Elektromobilitäts-Konzepte in der Immobilienwirtschaft

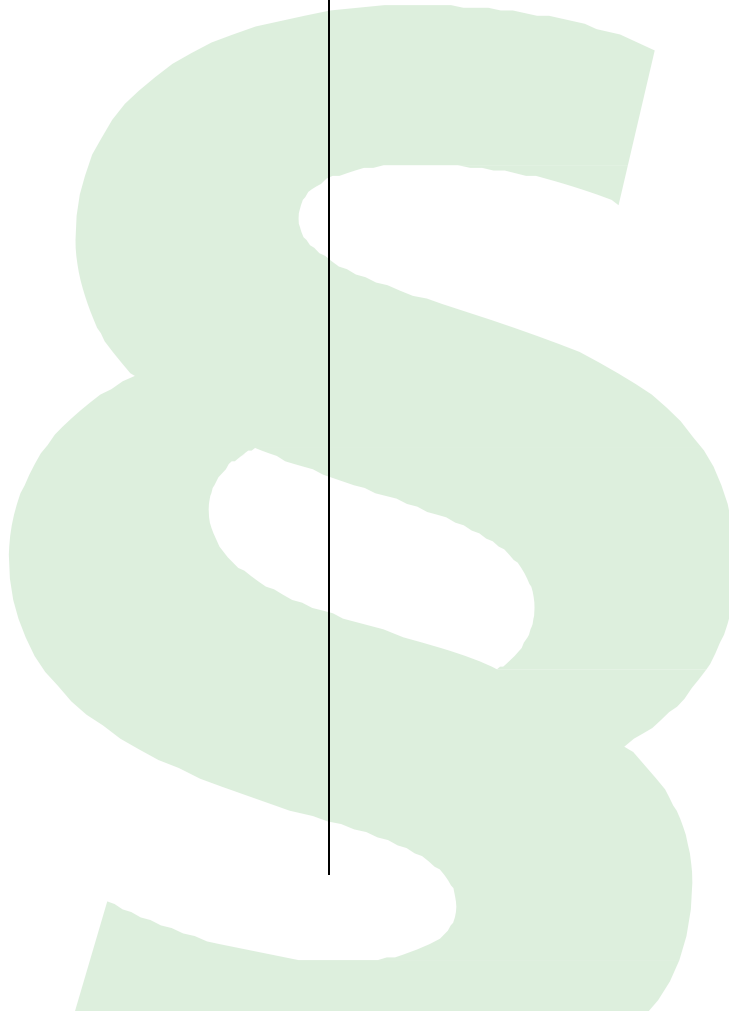
Dr. Bettina Hennig

22. November 2017 in Berlin

## **Das Mieterstromgesetz – ein Überblick über die Neuregelungen für Solaranlagen**

Dr. Bettina Hennig

22. Januar 2018 in Aachen



# Grüne Energie hat Recht.

## Hinweis

Bitte beachten Sie, dass der Inhalt dieser Newsletter ausschließlich dazu dient, Sie allgemein über rechtliche Entwicklungen zu informieren. Eine verbindliche Rechtsberatung, bei der die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls Berücksichtigung finden, kann hierdurch nicht ersetzt werden. Wir übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit der Inhalte der in diesem Newsletter enthaltenen Links.

**FEEDBACK**  
**FRAGEN**  
**LOB**  
**KRITIK**

## HERAUSGEBER

von Bredow Valentin Herz  
Rechtsanwälte mbB,  
Littenstraße 105, 10179 Berlin

Tel +49 (0) 30 8092482-20  
Fax +49 (0) 30 8092482-30

E-Mail [info@vbvh.de](mailto:info@vbvh.de)  
[www.vonbredow-valentin-herz.de](http://www.vonbredow-valentin-herz.de)