

## Zur Rechtsprechung

Rechtsanwältin Dr. Manuela Herms und Rechtsanwalt Dr. Christoph Richter\*

### Urteil des BGH zum Anlagenbegriff im EEG – Weder Fisch noch Fleisch

#### I. Problemaufriss und BGH-Urteil

Eine Anlage, oder doch zwei oder mehr Anlagen? Diese auf den ersten Blick recht banal klingende – und zugegebenermaßen leicht verkürzt dargestellte – Frage beschäftigte in den letzten vier Jahren wie kaum ein anderes Problem die Erneuerbare-Energien-Branche und insbesondere den Biogassektor. Seit der Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes zum 1.1.2009<sup>1</sup> war nämlich heftigst umstritten, wie in rechtlicher Hinsicht mit solchen Fallkonstellationen umzugehen ist, bei denen mehrere Stromerzeugungseinheiten bestimmte, für den Anlagenbetrieb erforderliche Komponenten gemeinsam nutzen; wie viele Anlagen also vorliegen, wenn etwa zwei Blockheizkraftwerke<sup>2</sup> das zur Verstromung benötigte Biogas aus derselben Biogaserzeugungseinrichtung beziehen.

Dass es sich hierbei nicht um eine bloß arithmetische Fragestellung handelt, wird schnell klar, wenn man sich mit den Einzelheiten der Vergütung von Erneuerbare-Energien-Anlagen und insbesondere von Biogasanlagen befasst. Nach den Vorgaben des § 27 EEG 2009 ist die Vergütung für Strom aus Biomasseanlagen nämlich nach Leistungsstufen gestaffelt. Um einen wirtschaftlichen Anlagenbetrieb auch kleinerer Anlage zu gewährleisten,<sup>3</sup> fallen die Vergütungssätze in den unteren Leistungsstufen höher aus, als in den oberen. Dies hat aber gleichsam spiegelbildlich zur Folge, dass für Anlagenbetreiber durchaus ein nicht unerheblicher wirtschaftlicher Anreiz besteht, eine einheitliche Anlagenleistung im Rahmen des technologisch Möglichen auf mehrere kleine Module aufzuteilen.<sup>4</sup> Diese Gefahr hat der Gesetzgeber schon früh erkannt und bereits im EEG 2004 eine Vorschrift

zur vergütungsseitigen Addition mehrerer Anlagen in das Gesetz aufgenommen.<sup>5</sup> Im EEG 2009 ist die Anlagenzusammenfassung dann – inhaltlich zum Teil erheblich geändert<sup>6</sup> – in den § 19 I EEG 2009 überführt worden. Nach dieser Vorschrift kommt eine Anlagenzusammenfassung zu Vergütungszwecken vor allem dann in Betracht, wenn sich die fraglichen Anlagen in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander bzw. auf demselben Grundstück befinden und innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind.<sup>7</sup> Insbesondere das letztgenannte, zeitliche Zusammenfassungskriterium führte in der Praxis dazu, dass Anlagenbetreiber nach Ablauf der Zwölfmonatsfrist bestehende Anlagen um ein oder mehrere BHKW erweiterten und dann vom zuständigen Netzbetreiber für diese BHKW eine eigenständig zu ermittelnde Ver-

\* Die Autoren sind als Rechtsanwälte bei der auf das Recht der Erneuerbaren Energien spezialisierten MASLATON Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH aus Leipzig tätig. – Besprechung von BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, NVwZ 2014, 313.

1 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) v. 25.8.2008 (BGBl. I, 2074) – nachfolgend: EEG 2009.

2 Nachfolgend: BHKW.

3 Vgl. etwa BT-Drs. 15/2864, 39 f.

4 Umfassend zu dieser Problematik Richter, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, Diss. 2012, 132 ff.

5 Im EEG 2004 fand sich in § 3 II 2 eine Additionsvorschrift. Vgl. hierzu Richter (o. Fn. 4), 132 ff.

6 Vgl. hierzu Richter, NVwZ 2010, 1007.

7 § 19 I EEG 2009 enthält vier Zusammenfassungsvoraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, damit eine vergütungsseitige Addition stattfinden kann. Vgl. statt vieler Salje, EEG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 19 Rn. 9, sowie Richter (o. Fn. 4), 138. Die Voraussetzungen der Nrn. 2 und 3 des § 19 I EEG 2009 sind im Regelfall unproblematisch.

gütung unter Inanspruchnahme der höher vergüteten, unteren Leistungsstufen begehren.

Um die Frage, ob dies rechtlich tatsächlich zulässig war, entwickelte sich rasch ein sehr heftig geführter Streit. Nach einer hauptsächlich von den mit dieser Frage befassten Oberlandesgerichten vertretenen Auffassung sollte es im Fall des Zubaus von BHKW zu einer bereits bestehenden Anlage auf die Zusammenfassungsvoraussetzungen des § 19 I EEG 2009 überhaupt nicht ankommen, denn die Anlagen stellten bereits eine gemeinsame Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 dar.<sup>8</sup> Rechtsfolge dessen sollte den Vertretern des so genannten „weiten Anlagenbegriffes“ zufolge neben der Leistungsaddition und der damit verbundenen Vergütungsreduzierung insbesondere auch sein, dass das neue BHKW das Schicksal der alten Anlage teilt.<sup>9</sup> Demnach hätte das zusätzliche BHKW zum einen die Vergütungssätze und den für die Altanlage verbleibenden Vergütungszeitraum erhalten. Zum anderen wäre auch das EEG auf den Zubau anwendbar gewesen, das im Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Ursprungsanlage galt.<sup>10</sup>

Demgegenüber vertraten eine starke Literaturmeinung und dieser folgend auch einige Landgerichte eine engere Sichtweise des in § 3 Nr. 1 EEG 2009 normierten Anlagenbegriffes. Demnach konnten auch beim Anschluss mehrerer BHKW an ein und dieselbe Biogasanlage mehrere Anlagen im Sinne des Gesetzes vorliegen. Die Zusammenfassung dieser BHKW zu Vergütungszwecken sollte sich ausschließlich nach § 19 I EEG 2009 richten.<sup>11</sup> Im Gegensatz zum „weiten Anlagenbegriff“ wären die Anlagen dabei gänzlich selbstständig geblieben: Die neuen BHKW hätten also bezogen auf ihre Inbetriebsetzung ein eigenes Inbetriebnahmedatum und daran gekoppelt einen eigenen Vergütungszeitraum sowie eigene Vergütungshöhen erhalten. Auch das anwendbare Recht hätte sich danach gerichtet, welches EEG im Zeitpunkt der Inbetriebnahme des neuen BHKW galt.<sup>12</sup>

Der BGH hat diesen Streit nun anhand eines geradezu idealtypischen Falls entschieden:<sup>13</sup> Die Klägerin, Betreiberin einer 2006 in Betrieb genommenen Biogasanlage, an die zunächst ein BHKW mit einer installierten elektrischen Leistung von 499 kW angeschlossen worden war, erweiterte ihre Anlage im Jahr 2009 um ein weiteres BHKW mit einer Leistung von 526 kW und stellte dieses in derselben Halle auf, in der das „alte“ BHKW bereits stand. Vom zuständigen Netzbetreiber verlangte sie die Vergütung für zwei separate Anlagen. Dieser vergütete die BHKW jedoch als einheitliche Gesamtanlage mit einer installierten elektrischen Leistung von 1025 kW. Der BGH hat sich in seinem Urteil vom 23.10.2013 den beiden Vorinstanzen folgend – jedenfalls vordergründig – der Auffassung des „weiten Anlagenbegriffes“ angeschlossen und entschieden, dass in (unmittelbarer) räumlicher Nähe zueinander errichtete Blockheizkraftwerke, die an denselben Fermenter angeschlossen sind, in der Regel eine einheitliche Biogasanlage iSd § 3 Nr. 1 S. 1 EEG 2009 bilden und nicht erst unter den Voraussetzungen des § 19 I EEG 2009 vergütungsrechtlich zu einer fiktiven Anlage zusammenzufassen sind.<sup>14</sup> Denn § 3 Nr. 1 S. 1 EEG 2009 liege ein weiter Anlagenbegriff zu Grunde, weshalb unter einer Anlage nach § 3 Nr. 1 S. 1 EEG 2009 die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen zu verstehen sei.<sup>15</sup>

## II. Konsequenzen

Wengleich die Entscheidung des BGH auf den ersten Blick die in der Branche sehnlich erwartete Rechtssicherheit bei der Auslegung des Anlagenbegriffs suggeriert, ist bei genauerem

Hinschauen vielmehr das Gegenteil der Fall. Die Entscheidung wirft eine ganze Reihe von Folgeproblemen<sup>16</sup> auf, die die Betreiber von Bestandsanlagen nun weiterhin beschäftigen werden.

### 1. Rechtsfolgen für hinzugebaute BHKW

Zwar hat das Gericht die Frage beantwortet, dass mehrere in unmittelbarer räumlicher Nähe errichtete BHKW, die mit einem gemeinsamen Fermenter verbunden sind, in der Regel bereits gem. § 3 Nr. 1 EEG 2009 als gemeinsame Anlage einzustufen sind, ohne dass es auf die zusätzlichen Voraussetzungen des § 19 I EEG 2009 ankommt. Selbst für die Vertreter des weiten Anlagenbegriffs überraschend kam jedoch die Feststellung, dass ein später hinzugebautes BHKW nicht etwa insgesamt das Schicksal der Altanlage teilt, sondern dieses vielmehr einen eigenen Vergütungssatz unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich eingetretenen Degression wie auch einen eigenen Vergütungszeitraum bekommen soll. In diesem Punkt führt der BGH ausdrücklich aus, dass der von ihm vertretene weite Anlagenbegriff „nur hinsichtlich der Leistungsschwellen“ dazu führe, dass auf die Gesamtleistung aller Generatoren abzustellen sei.<sup>17</sup> Man kommt nicht umhin zu bemerken, dass das Gericht einerseits umfassend herleitet, warum in den genannten Konstellationen nur eine einzige Anlage iSd § 3 Nr. 1 EEG 2009 vorliegen soll, andererseits aber die Rechtsfolgen des § 19 I EEG 2009 bemüht, nämlich ausschließlich eine leistungsseitige Addition zur Ermittlung der Vergütung vornimmt, während im Übrigen jedes BHKW hinsichtlich Vergütungshöhe und Vergütungsdauer getrennt zu betrachten sein soll. Hinsichtlich dieser Rechtsfolgen schließt sich der BGH damit nicht der bisher vertretenen Auffassung zum weiten Anlagenbegriff an, sondern geht einen eigenen Weg.

Konsequent erscheint dies freilich nicht. Hier setzt sich der BGH in Widerspruch zu dem von ihm selbst vorgegebenen Primat einer lebensnahen Betrachtung.<sup>18</sup> Legte man diesen Maßstab auch für die Bestimmung der Rechtsfolgen einer Anlagenverklammerung an, so käme man zu dem Ergebnis, dass unter Berücksichtigung der Lebenswirklichkeit eine einheitliche Anlage auch nur über einen einheitlichen Inbetriebnahmezeitpunkt sowie einen einheitlichen Vergütungssatz verfügen kann. Das Gericht überdehnt hier offenkundig die Grenzen der Auslegung, indem es die in § 19 I EEG 2009 geregelten Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen – insbesondere die Inbetriebsetzung innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten – in den § 3 Nr. 1

8 Vgl. OLG Brandenburg, Recht der Erneuerbaren Energien (REE) 2012, 161 = BeckRS 2012, 17044; OLG Düsseldorf, ZNER 2013, 55 = BeckRS 2013, 03172; Oschmann in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 23 ff.; Danner/Theobald/Oschmann, Energie recht, 74. EL 2012, § 3 EEG Rn. 44 a, 44 e; Loibl in Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl. 2013, § 2 Rn. 44 ff.; Niederstadt, NuR 2011, 118 (120); Weißenborn, REE 2013, 155.

9 Vgl. Loibl in Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter (o. Fn. 8), § 2 Rn. 5.

10 Vgl. Loibl, Biogasjournal 1/2014, 118 ff.

11 Vgl. LG Duisburg, ZNER 2012, 495 = BeckRS 2012, 07754; LG Regensburg, ZNER 2012, 497 = BeckRS 2014, 03745; LG Trier, Urt. v. 26.7.2012 – 5 O 211/11, BeckRS 2014, 03747; Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 1.7.2010 – 2009/12; Richter (o. Fn. 4), 166 ff., 301 ff., 327 ff.; ders., NVwZ 2010, 1007, und NVwZ 2011, 667; Koch in Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter (o. Fn. 8), § 3 Rn. 72 ff.; Thomas/Vollprecht, ZNER 2012, 334.

12 Vgl. hierzu Richter/Herms, ER 1/2014, 3 ff.

13 BGH, NVwZ 2014, 313.

14 BGH, NVwZ 2014, 313, 3. Leitsatz.

15 BGH, NVwZ 2014, 313, 1. Leitsatz.

16 Vgl. hierzu umfassend Richter/Herms, ER 2014, 3.

17 BGH, NVwZ 2014, 313 Rn. 59.

18 Vgl. BGH, NVwZ 2014, 313 Rn. 40.

EEG 2009 hineinliest. Im Ergebnis schafft der *BGH* damit für das EEG 2009 eine Rechtslage, die erst durch § 19 I 2 EEG 2012 für ab dem 1.1.2012 neu in Betrieb genommene BHKW gesetzlich normiert wurde. Hiernach gelten unabhängig von den Voraussetzungen des § 19 I 1 EEG 2012 mehrere Anlagen ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage, wenn sie Strom aus Biogas mit Ausnahme von Biomethan erzeugen und das Biogas aus derselben Biogaserzeugungsanlage stammt. Aus den Gesetzgebungsmaterialien zu § 19 I 2 EEG 2012 geht nicht hervor, dass es sich hierbei nur um eine Klarstellung bereits geltenden Rechts handeln sollte.<sup>19</sup> Vielmehr ist von einer echten Neuregelung auszugehen, die nur neue Inbetriebnahmen ab 1.1.2012 erfassen konnte. Durch die Rechtsprechung des *BGH* wird diese Rechtslage nun für sämtliche Bestandsanlagen hergestellt.

## 2. Anwendbares Regelungsregime

Nicht eindeutig positioniert hat sich der *BGH* zu der Problematik, welchem Regelungsregime neu hinzu gebaute BHKW unterfallen sollen. Gerade wenn zwischen den Inbetriebnahmezeitpunkten zweier BHKW eine EEG-Novelle liegt – was angesichts der Häufigkeit der Novellierungen kein seltener Fall ist –, ist diese Frage für den Anlagenbetreiber essenziell. Im Rahmen der Novellierung des EEG 2004 im Jahr 2009 wurde beispielsweise die Abdeckung des Gärrestlagers für immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtige Biogasanlagen zur Voraussetzung für den NawaRo-Bonus erhoben und der Trockenfermentationsbonus abgeschafft. Noch gravierender waren die Änderungen im Zuge der EEG-Novellierung 2012, die sämtliche Boni abgeschafft und zusätzliche Vergütungsvoraussetzungen wie insbesondere die Mindestwärmenutzung aufgestellt hat.

Den Entscheidungsgründen lässt sich dazu lediglich entnehmen, dass gem. § 21 I EEG 2009 der Vergütungszeitraum für einen hinzu gebauten Generator gesondert zu laufen beginnen und der erzeugte Strom nach den zu diesem Zeitpunkt maßgeblichen degressiven Sätzen zu vergüten sein soll.<sup>20</sup> Hieraus wird in der Praxis teilweise geschlossen, dass das neue BHKW zwar einen eigenen Vergütungssatz erhält, hinsichtlich der Vergütungsvoraussetzungen allerdings weiterhin dasjenige EEG anwendbar sein soll, das bei erstmaliger Inbetriebnahme der Bestandsanlage galt.<sup>21</sup> Zwingend ist dies indes nicht. Vielmehr ergeben sich aus dem Urteil des *BGH* durchaus Anhaltspunkte, die darauf schließen lassen, dass neu hinzugebaute BHKW ausschließlich dem Regelungsregime zu unterwerfen sind, das im Zeitpunkt ihrer Inbetriebsetzung Anwendung findet. Dies wird insbesondere bei der Berechnung der Degression im konkret entschiedenen Fall deutlich: Obgleich die Ursprungsanlage aus dem Jahr 2006 (Anwendungsbereich des EEG 2004) und lediglich das zweite BHKW aus dem Jahr 2009 (Anwendungsbereich des EEG 2009) stammte, legt das Gericht für die Vergütungsdegression nicht § 8 V EEG 2004 zu Grunde. Angesichts der insoweit eindeutigen Übergangsvorschrift des § 66 I EEG 2009 gilt diese Regelung für vor Inkrafttreten des EEG 2009 in Betrieb genommene Anlagen fort. Unter der Prämisse, dass das neu hinzugebaute BHKW demselben Regelungsregime unterfällt wie die Ursprungsanlage, hätte der *BGH* hierauf zur Berechnung der Vergütungsdegression zurückgreifen müssen. Stattdessen verweist das Gericht gänzlich auf § 20 EEG 2009,<sup>22</sup> was durchaus so gewertet werden kann, dass für neu hinzugebaute BHKW das jeweils zum Zeitpunkt ihrer Inbetriebset-

zung geltende Recht – sowohl hinsichtlich der Vergütungshöhe wie auch der Vergütungsvoraussetzungen – Anwendung findet. Dies würde auch mit der Aussage in den Entscheidungsgründen übereinstimmen, wonach der weite Anlagenbegriff nur hinsichtlich der Leistungsschwellen dazu führe, dass auf die Gesamtleistung aller Generatoren abzustellen ist.<sup>23</sup>

Welche Vergütungssätze der *BGH* für das in Streit stehende BHKW aus dem Jahr 2009 tatsächlich zu Grunde gelegt hätte, bleibt jedoch im Ergebnis offen, so dass sich die Frage nach dem anwendbaren Regelungsregime zugebenermaßen nicht eindeutig beantworten lässt. Allerdings ist davon auszugehen, dass diese Frage zumindest für zukünftige Erweiterungen von Bestandsanlagen nicht lange offenbleibt. Die Bundesregierung hat bereits angekündigt, im Rahmen der EEG-Novellierung 2014 dafür Sorge zu tragen, dass die Erweiterung bestehender Biogasanlagen künftig nur noch nach dem neuen EEG vergütet wird, um für die Zukunft einen kosteneffizienten Ausbau sicherzustellen.<sup>24</sup>

## 3. Auswirkungen auf den Inbetriebnahmebegriff

Wenngleich Fragen der Auslegung des Inbetriebnahmebegriffs iSv § 3 Nr. 5 EEG 2009 nicht unmittelbar Gegenstand der Entscheidung waren, so strahlt die Rechtsprechung des *BGH* zum Anlagenbegriff doch erheblich hierauf aus. Beide Begriffe sind eng miteinander verknüpft.<sup>25</sup>

a) *Auslegung des Inbetriebnahmebegriffs.* Die Inbetriebnahme ist legaldefiniert als 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 Bestimmung des Inbetriebnahmezeitpunkts setzt dem Wortlaut nach maßgeblich das Vorhandensein einer Anlage iSv § 3 Nr. 1 EEG 2009 sowie deren erstmalige Inbetriebsetzung voraus. Der *BGH* knüpft demgegenüber für die Rechtsfolgen der Vergütungshöhe sowie -dauer an die erstmalige Stromerzeugung im Generator an.<sup>26</sup> Um Verwerfungen innerhalb des EEG zu vermeiden, würde es sich daher anbieten, den Inbetriebnahmebegriff des § 3 Nr. 5 EEG 2009 im Lichte der *BGH*-Rechtsprechung dahingehend auszulegen, dass es ausschließlich auf die erstmalige Inbetriebsetzung des Generators der Anlage nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage ankommt.<sup>27</sup> Dies entspricht letztlich dem im Rahmen der letzten Novellierung geänderten Wortlaut des § 3 Nr. 5 EEG 2012, den der Gesetzgeber seinerzeit als bloße Klarstellung ohne inhaltliche Änderung der Rechtslage deklariert hatte.<sup>28</sup> Die *BGH*-Rechtsprechung zum Anlagenbegriff stellt damit die Auslegung des Inbetriebnahmebegriffs als solches zunächst nicht vor unlösbare Schwierigkeiten.

19 Vgl. BT-Drs. 17/6363, 24.

20 *BGH*, NVwZ 2014, 313 Rn. 59.

21 Vgl. *Loibl*, Biogasjournal 1/2014, 118 ff.; wohl auch *v. Bredow/Herz*, REE 2013, 209 (213) (dort Fn. 20).

22 *BGH*, NVwZ 2014, 313 Rn. 59.

23 *BGH*, NVwZ 2014, 313 Rn. 59.

24 Vgl. Kabinettsvorlage des BMWi „Eckpunkte für die Reform des EEG“ v. 21.1.2014, Datenblatt-Nr. 18/09119, 11.

25 Hierzu umfassend *Koch in Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter* (o. Fn. 8), § 3 Rn. 1 ff.

26 *BGH*, NVwZ 2014, 313 Rn. 59.

27 Ebenso *Koch in Loibl/Maslaton/v. Bredow/Walter* (o. Fn. 8), § 3 Rn. 28; *Kruschinski*, Biogasanlagen als Rechtsproblem, 2010, 230.

28 Vgl. Einzelbegründung zu § 3 Nr. 5, BT-Drs. 17/6071, 61.

b) *Bezugspunkt des Inbetriebnahmebegriffs.* Davon zu unterscheiden ist jedoch der Bezugspunkt des Inbetriebnahmebegriffs, also die Frage, was im Sinne des Gesetzes überhaupt in Betrieb genommen werden kann. Dies ergibt sich indes nicht aus der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 5 EEG 2009, sondern vielmehr aus der Gesamtschau aller Vorschriften des EEG, die auf die Inbetriebnahme rekurrieren. Hier sind in erster Linie § 20 I EEG 2009 betreffend die Vergütungshöhe bzw. Degression sowie § 66 I EEG 2009 betreffend die jeweils anwendbare Gesetzesfassung zu nennen. Beide Vorschriften treffen ihrem Wortlaut nach Regelungen für Strom aus Anlagen, die vor einem bestimmten Stichtag in Betrieb genommen worden sind. Maßgeblicher Bezugspunkt für die Inbetriebnahme ist also die Anlage iSd § 3 Nr. 1 EEG 2009 und nicht etwa der Generator, der in § 3 Nr. 4 EEG 2009 ebenfalls legaldefiniert ist. Bei wortlautgetreuer Auslegung des § 3 Nr. 5 EEG 2009 iVm §§ 20 I, 66 I EEG 2009 dürfte mithin eine einheitliche Anlage iSd § 3 Nr. 1 EEG 2009 nur ein einziges Inbetriebnahmedatum haben, das für die gesamte Anlage über Vergütungshöhe wie auch Vergütungsvoraussetzungen entscheidet.<sup>29</sup>

Gerade dies soll sich nach Auffassung des BGH jedoch anders verhalten, wenn zu einer bestehenden Biogasanlage im engen räumlichen Zusammenhang ein weiteres BHKW hinzugebaut wird. Das Gericht sieht insoweit keine Unvereinbarkeit mit dem Inbetriebnahmezeitpunkt nach § 3 Nr. 5 EEG 2009 und begründet dies mit einer Passage aus der Gesetzesbegründung, wonach § 21 I EEG 2009 auch für den Anschluss zusätzlicher Generatoren gelten solle mit der Folge, dass der Vergütungszeitraum für den durch einen weiteren Generator erzeugten Strom gesondert zu laufen beginnt.<sup>30</sup> Hieraus schlussfolgert das Gericht, dass der in dem zusätzlichen Generator erzeugte Strom nach den zu diesem Zeitpunkt maßgeblichen degressiven Sätzen zu vergütet sei.<sup>31</sup> Es ist jedoch weder ersichtlich, woraus dieser Schluss folgen soll, noch vermag dies den bestehenden Konflikt mit dem Inbetriebnahmebegriff zu lösen. Der BGH erkennt insoweit, dass im EEG 2009<sup>32</sup> der Beginn der Vergütungsdauer einerseits sowie die Vergütungshöhe unter Berücksichtigung der Degression andererseits an unterschiedliche Bezugspunkte anknüpfen. Gemäß § 21 II 3 EEG 2009 ist Fristbeginn für die Ermittlung der Vergütungsdauer der Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Generators, unabhängig von den eingesetzten Einsatzstoffen. Insofern erscheint es auf den ersten Blick durchaus als vom Wortlaut der Vorschrift gedeckt, in Fällen des Zubaus eines weiteren Generators an eine bestehende Biogasanlage für diesen den Neubeginn des Vergütungszeitraums anzunehmen. Allerdings muss auch diese Vorschrift im Kontext des Gesetzes gesehen werden, insbesondere im Zusammenhang mit § 21 II 1 EEG 2009, der den Vergütungszeitraum auf 20 Kalenderjahre zuzüglich des Inbetriebnahmejahres festlegt, sowie mit § 21 I EEG 2009, wonach die Vergütungen ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Stromerzeugung des Generators ausschließlich aus erneuerbaren Energien zu zahlen sind. In diesem Regelungskontext erschöpft sich der Aussagegehalt von § 21 II 3 EEG 2009 darin, dass die Vergütungsdauer bereits dann zu laufen beginnt, wenn im Generator Strom aus fossilen Energieträgern erzeugt wird und daher (noch) kein Vergütungsanspruch nach § 21 I EEG 2009 besteht. Dies wird durch die Ausführungen in der Gesetzesbegründung bestätigt, die ebenfalls lediglich den Fall ansprechen, dass es bei einer späteren Umstellung eines BHKW auf erneuerbare Energieträger ausschließlich auf die erstmalige (fossile) Inbetriebnahme des Generators ankommt.<sup>33</sup>

Bei genauerer Betrachtung gibt mithin § 21 II 3 EEG 2009 nichts dafür her, verschiedenen Generatoren einer einheitlichen Anlage iSd § 3 Nr. 1 EEG 2009 unterschiedliche Inbetriebnahmezeitpunkte zuzuordnen. Noch deutlicher wird dies im Hinblick auf die Vergütungshöhe. § 20 I EEG 2009 nimmt insofern ausdrücklich die Inbetriebnahme der Anlage und nicht des Generators in Bezug. Selbst wenn man also mit dem BGH einen eigenen Vergütungszeitraum für zugebaute BHKW nach § 21 II EEG 2009 annehmen wollte, ist dies auf Grund des anderen Anknüpfungspunkts in § 20 I EEG 2009 nicht ohne Weiteres auf die Vergütungshöhe übertragbar. Jedenfalls hätte es hier einer weiteren Begründung und einer Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Bezugspunkten beider Regelungen bedurft, die das aktuelle Urteil jedoch vermissen lässt. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung des BGH zum weiten Anlagenbegriff, anders als das Gericht meint, mitnichten mit den Regelungen zur Inbetriebnahme vereinbar und führt zu erheblichen Verwerfungen im gesamten Regelungssystem.

### III. Zusammenfassung

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Entscheidung des BGH zum Anlagenbegriff mehr Fragen aufwirft, als sie löst. Die Zahl der Folgeprobleme, die sich aus dieser Rechtsprechung ergibt, ist vielfältig – angefangen von dem auf das zugebaute BHKW anwendbaren Regelungsregime über die Auslegung der (unmittelbaren) räumlichen Nähe in § 3 Nr. 1 EEG 2009 bis hin zur konkreten Berechnung der Vergütungshöhe oder der Behandlung von Satelliten-BHKW.<sup>34</sup> All diese Probleme hätten bei einer konsequenten Anwendung des engen Anlagenbegriffs ohne Weiteres vermieden werden können. Denn bei Behandlung jedes einzelnen BHKW – jeweils in Verbindung mit der gemeinsam genutzten Energieträgereinrichtung – als gesonderte Anlage iSd § 3 Nr. 1 EEG 2009 hätten sich die Rechtsfolgen einer gesonderten Vergütungshöhe und -dauer sowie unterschiedlicher Inbetriebnahmezeitpunkte zwanglos und schlüssig aus den gesetzlichen Vorschriften ergeben. Allein dies hätte auch im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers gestanden, der in der Gesetzesbegründung<sup>35</sup> zu Fragen der Erweiterung von Anlagen um zusätzliche Generatoren ausdrücklich ausgeführt hat: „[...] Für die zusätzlichen Generatoren gelten die gleichen Regelungen, die auch für einzelne Anlagen gelten. Damit ist für den Beginn des Vergütungszeitraums auf die erstmalige Inbetriebnahme des neuen Generators abzustellen. Für die Vergütungshöhe ist § 19 zu beachten.“ Dasselbe Zitat zieht auch das Gericht zur Begründung seiner Auffassung heran, unterlässt aber bezeichnenderweise den Hinweis auf den letzten Satz.

Der vom BGH vollführte „Spagat“ zwischen dem weiten und dem engen Anlagenbegriff mit dem einzigen Ziel, die Belastung des Stromverbrauchers um jeden Preis so gering wie möglich zu halten, zeigt einmal mehr, dass die Entscheidung – vor dem Hintergrund einer stetig steigenden EEG-Umlage – eher politisch motiviert denn rechtlich sauber begründet ist. ■

29 So auch die bisherige obergerichtliche Rechtsprechung, vgl. etwa OLG Stuttgart, Urt. v. 25.5.2012 – 3 U 193/11, BeckRS 2012, 11484; OLG Düsseldorf, ZNER 2013, 55 = REE 2013, 33 = BeckRS 2013, 03172.

30 Vgl. Einzelbegründung zu § 21, BT-Drs. 16/8148, 52.

31 BGH, NVwZ 2014, 313 Rn. 59.

32 Anders ist dies im EEG 2012, wo es nach § 21 II 2 EEG 2012 für den Beginn der 20-jährigen Vergütungsdauer ausschließlich auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme iSv § 3 Nr. 5 EEG 2012 ankommt.

33 Vgl. Einzelbegründung zu § 21, BT-Drs. 16/8148, 52.

34 Vgl. zu den Folgeproblemen umfassend Richter/Herms, ER 1/2014, 3 ff.

35 Vgl. Einzelbegründung zu § 21, BT-Drs. 16/8148, 52 f.