

2019/37

17. Juni 2021

Votum

Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.

Leitsätze:

1. Sofern neben Rückforderungsansprüchen gemäß § 35 Abs. 4 Satz 1 bis 3 EEG 2012 und dessen Nachfolgeregelungen (§ 57 Abs. 5 Satz 1 bis 3 EEG 2014 und § 57 Abs. 5 Satz 1, 3 und 4 EEG 2017/EEG 2021) Rückforderungsansprüche gemäß § 812 BGB nicht ausgeschlossen sind, ist die kurze Verjährungsfrist gemäß § 35 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 EEG 2012 bzw. dessen Nachfolgeregelungen auch auf Rückforderungsansprüche gemäß § 812 BGB zu übertragen (s. Rn. 140 f.).
2. Die kurze zweijährige Verjährungsfrist gemäß § 35 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 EEG 2012 bzw. dessen Nachfolgeregelungen unterliegt der Hemmung gemäß §§ 203, 204 BGB durch Verhandlungen oder Rechtsverfolgung (s. Rn. 152 f.).

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG|KWKG¹ durch die Mitglieder Dr. Mutlak, Richter und Sobotta aufgrund der fernmündlichen Erörterung vom 10. September 2019 einstimmig das Teilvotum vom 17. Oktober 2019 zu Frage 1 sowie das Schlussvotum vom 17. Juni 2021:

- 1. Die Anspruchstellerin hat am [...] August 2010 eine neue Biogasanlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009² errichtet und gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 in Betrieb genommen. Ihre im Jahr 2000 in Betrieb genommene Biogasanlage wurde außer Betrieb genommen. Bestandteile der alten Anlage wurden umfunktioniert und in die neue Anlage integriert.**
- 2. Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für zu viel gezahlte Vergütungen sind für die Jahre ab 2014 noch nicht verjährt.**

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle:

Ergeben sich aus diesem Votum nachträgliche Korrekturen am bundesweiten Ausgleich hinsichtlich der abzurechnenden Strommengen oder Vergütungs- bzw. Prämienzahlungen (finanzielle Förderung), sind diese Korrekturen gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2021³

¹Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern im Folgenden auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

²Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.09.2011 an geltenden Fassung, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

³Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.01.2021 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138), nachfolgend bezeichnet als EEG 2021. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2021/arbeitsausgabe>.

bzw. § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014⁴ i. V. m. § 100 Abs. 1 EEG 2021 und § 100 Abs. 2 EEG 2017⁵ bei der nächsten Abrechnung zu berücksichtigen.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	4
2	Begründung	13
2.1	Verfahren	13
2.2	Würdigung	13
2.2.1	Anlagenbegriff und Inbetriebnahme	13
2.2.2	Kein Ausschluss der Neuinbetriebnahme	19
2.2.3	Vergütungshöhe und -dauer	25
2.2.4	Nachzahlungs- und Rückforderungsansprüche	25

⁴Gemäß den nachfolgend genannten Übergangsvorschriften gilt diese Vorschrift für Anlagen, die vor dem 01.08.2014 in Betrieb genommen wurden, fort. Dahinstehen kann, ob es sich dabei um ein redaktionelles Versehen handelt, da § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2021 und EEG 2014 inhaltsgleich sind.

⁵Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728) sowie Art. 6 des Gesetzes v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1818), rückwirkend geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138); nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob die Biogasanlage der Anspruchstellerin im Jahr 2010 modernisiert oder durch eine neue Anlage ersetzt wurde, und wie entsprechend der gesetzliche Vergütungszeitraum zu bestimmen ist.
- 2 Im Jahr 2000 nahm die Anspruchstellerin eine Biogasanlage (im Folgenden: Altanlage) bestehend aus einem Fermenter ([ca. 300 m]³, im Folgenden: Fermenter-1) sowie einem BHKW mit einer Leistung von [ca. 18] kW_{el} (im Folgenden: BHKW-1) in Betrieb. Das BHKW-1 befand sich in einem BHKW-Gebäude.
- 3 Im Jahr 2010 nahm die Anspruchstellerin zahlreiche Neuerrichtungsmaßnahmen vor, die Anfang April 2010 begonnen und bis Anfang August 2010 abgeschlossen wurden. Hierzu gehörten:
 - Errichtung eines neuen BHKW mit [ca. 140] kW_{el}, gedrosselt auf 125 kW_{el} (im Folgenden: BHKW-2) im bestehenden BHKW-Gebäude,
 - Errichtung eines neuen, größeren Fermenters ([ca. 1000] m³; im Folgenden: Fermenter-2),
 - Errichtung eines Nachgärers ([ca. 900] m³, neu),
 - Errichtung neuer Gasleitungen zwischen dem Fermenter-2, dem Nachgärer und dem BHKW-2,
 - Errichtung einer Vorgrube ([...] m³, neu),
 - Errichtung eines Dosierers (neu),
 - Entfernung des bisherigen Einspülschachts für Feststoffe und Gülle,
 - Austausch des bisherigen Kondensatabscheidungers gegen einen neuen,
 - Austausch des bisherigen Wärmetauschers gegen einen neuen,
 - Umrüstung des Fermenter-1 in ein weiteres Endlager (im Folgenden: Endlager Süd, [...] m³) und
 - Errichtung neuer Verbindungsleitungen zwischen dem Fermenter-2 und dem Nachgärer zum bisherigen Endlager (im Folgenden: Endlager Nord, [...] m³ + [...] m³) und zum neuen Endlager Süd.

- 4 Aus den Endlagern wird kein Gas in das Gasverwertungssystem (Fermenter-1 bzw. inzwischen nur noch Fermenter-2 und Nachgärer) geleitet. Das Endlager Nord wurde bereits vor den Umrüstungsmaßnahmen und auch weiterhin ausschließlich für Gärreste aus der Landwirtschaft genutzt. Das Endlager Süd wird fast ausschließlich für Gärreste aus dem Stall und nur im Notfall (max. zehn bis 14 Tage im Kalenderjahr) für Überreste aus dem Fermenter-2 bzw. dem Nachgärer genutzt. Das Substrat aus beiden Endlagern wird vom landwirtschaftlichen Betrieb der Anspruchstellerin übernommen und ausgebracht.
- 5 Das bestehende BHKW-Gebäude wurde ebenfalls teils umgebaut; Wanne und Dach wurden weitergenutzt.
- 6 Im Zuge der Baumaßnahmen wurde zudem ein neuer Netzanschluss gelegt, für den die Anspruchsgegnerin bereits im August 2009 Zuleitungen gelegt hatte. Weiterhin wurden vorbereitende Maßnahmen getroffen, um die von der Anlage in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugte Wärme künftig auch in ein Wärmenetz einspeisen zu können.
- 7 Am [...] August 2010 setzte die Anspruchstellerin das BHKW-2 mit Biogas aus dem Fermenter-2 in Betrieb.
- 8 Das BHKW-1 betrieb sie danach noch drei bis vier Wochen mit dem Restgas aus dem Fermenter-1; anschließend – also im September 2010 – setzte sie beide außer Betrieb. Dies teilte sie zudem schriftlich der Anspruchsgegnerin mit.
- 9 Unmittelbar nach der Außerbetriebnahme des BHKW-1 – also ebenfalls im September 2010 – trennte sie zudem den Fermenter-1 vom BHKW-1 ab, schloss ihn mit einer Pumpleitung an den neuen Fermenter-2 an, damit er dessen Gärreste aufnehmen konnte, und wandelte ihn damit in das „Endlager Süd“ um. Auch die sonstigen vorherigen Verbindungsleitungen sind seitdem außer Betrieb gesetzt bzw. nutzlos geworden.
- 10 Das BHKW-1 schloss sie zugleich an die Gasleitung des BHKW-2 an und beließ es bis 2012 als Notfall- bzw. Redundanz-BHKW im Gebäude, damit es noch bei Ölwechseln und Wartungsarbeiten gefahren werden und ggf. in geringfügigem Maße den Eigenverbrauch für Strom und Wärme bedienen konnte.
- 11 Im Zeitraum April/Mai 2010 teilte die Anspruchstellerin der Anspruchsgegnerin erstmals mit, dass sie vorhabe, ihre Biogasanlage zu erneuern bzw. neu in Betrieb zu nehmen. Der Kontakt fand sowohl per Fax als auch telefonisch statt.

- 12 Die Anspruchsgegnerin teilte der Anspruchstellerin in diesem Zuge mit Schreiben vom 10. Mai 2010 mit, dass nach der Gesetzesbegründung zum EEG 2009 der Austausch eines BHKW oder Generators nicht zu einer Neuinbetriebnahme führe, sie aufgrund der bisher eingereichten Unterlagen keine weiteren Aussagen zum geplanten Vorhaben machen und sich die Anspruchstellerin zur Klärung weiterer Fragen rechtlich beraten lassen könne.
- 13 Nach Inbetriebsetzung des BHKW-2 vergütete die Anspruchsgegnerin den darin erzeugten Strom wie den aus einer im Jahr 2000 in Betrieb genommenen Anlage nach dem EEG 2000⁶, gegenwärtig mit 22,67 ct/kWh bis zur Vergütungsschwelle von 150 kW und über 150 kW mit 18,23 ct/kWh⁷ Grundvergütung (ohne KWK-Bonus). Denn sie ging davon aus, dass das BHKW-2 eine Erweiterung der im Jahr 2000 errichteten Biogasanlage darstellte und daher ebenfalls das Inbetriebnahmedatum 2000 aufweise. Sie berechnete dabei für den aus dieser Gesamtanlage – mit BHKW-1 und BHKW-2 – eingespeisten Strom denselben, einheitlichen Vergütungssatz auf Grundlage des Inbetriebnahmedatums 2000, unter Berücksichtigung der Übergangsbestimmung des EEG 2004⁸ und EEG 2009. Seit dem Jahr 2011 vergütet die Anspruchsgegnerin den in den BHKW erzeugten Strom zudem mit dem KWK-Bonus des EEG 2009.
- 14 Im Jahr 2011 erfuhr die Anspruchsgegnerin von dem mit der Begutachtung der Anlage für das Jahr 2010 beauftragten Umweltgutachter, dass dieser davon ausgehe, dass in Zusammenhang mit der Errichtung des BHKW-2 eine neue Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2009 entstanden sei.

⁶Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes v. 29.03.2000 (BGBl. I S. 305), zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.12.2003 (BGBl. I S. 3074), außer Kraft gesetzt durch Art. 4 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), nachfolgend bezeichnet als EEG 2000.

⁷Anmerkung der Clearingstelle: Soweit im Protokoll 18,43 ct/kWh aufgenommen wurde, handelt es sich offenbar um einen Aufnahme- bzw. Protokollierungsfehler.

⁸Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004.

15 Im Umweltgutachten vom 31. Januar 2011 (im Folgenden: Gutachten 2010)⁹, das bei der Anspruchsgegnerin am 15. Februar 2011 eingegangen ist und in welchem die gemäß Anlage 1 und 2 EEG 2009 für den Gülle-Bonus und den KWK-Bonus umweltgutachterlich nachzuweisenden Tatsachen für das Jahr 2010 begutachtet wurden, wird u. a. angeführt:

„Begutachtungsergebnisse: Strom aus mehreren BHKW-Anlagen

Entsprechend der Kriterien nach § 19 EEG 2009 handelt es sich nach Auffassung der Umweltgutachter nicht um eine Anlage, sondern um mehrere Anlagen.

Standort	BHKW 1 und 2 befinden sich auf demselben Grundstück und in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander.
Einsatzstoffe	Das Biogas wird in einer Fermentationsanlage für beide BHKW-Anlagen erzeugt. Somit stammt der erzeugte Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energien.
EEG Boni	Es werden für beide Anlagen die leistungsbezogenen Bonusregelungen zum Ansatz gebracht
Inbetriebnahme	Die Anlagen sind nicht innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden.

	Modul 1	Modul 2
Inbetriebnahme	01/2000	08/2010
Leistung	18 kW _{el}	125 kW _{el}

Ausgehend von den unterschiedlichen Inbetriebnahmezeitpunkten der Generatoren von mehr als einem Jahr erscheinen die bedingenden Kriterien nach § 19 (1) EEG 2009 nicht erfüllt zu sein, so dass ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator nach Auffassung der Umweltgutachter nicht von einer Anlage auszugehen wäre.

Zudem ist zu beachten, dass in Zusammenhang mit der Errichtung des 2. Moduls eine vollständig neue Biogasanlage mit neuer Einbringtechnik, Fermenter, Nachgärer, Rührwerke, Gasleitungen etc. errichtet wurde.

⁹„Gutachten nach EEG 2009“ der Umweltgutachter [...], Zulassungsnummern [...] und [...] für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2010.

Die alte Biogasanlage wurde stillgelegt. Einzige Gemeinsamkeit mit der Altanlage sind das Endlager (zuvor Fermenter) sowie der Motorraum, in dem sich beide Module befinden.“¹⁰

- 16 Die Anspruchsgegnerin erwiderte hierauf mit Schreiben vom 16. März 2011 mit dem Betreff „EEG Gutachten zum Anlagenbegriff“, dass ihrer Ansicht nach das BHKW-1 und BHKW-2 eine gemeinsame Anlage darstellten. Auf die Frage der Neuinbetriebnahme ging sie in diesem Schreiben nicht ein.
- 17 Das Umweltgutachten vom 24. Januar 2012 (im Folgenden: Gutachten 2011) ist nicht zur Akte gereicht. Dieses begutachtete erstmals die Voraussetzungen für den KWK-Bonus des EEG 2009, der seit 2011 ausgezahlt wurde. Laut dem Gutachten bestand die Wärmenutzung schon seit dem Jahr 2000.
- 18 Im Umweltgutachten vom 22. Januar 2013 (im Folgenden: Gutachten 2012)¹¹, in welchem technische Voraussetzungen für den Gülle-Bonus und den KWK-Bonus nach Anlage 2 und 3 EEG 2009 für das Jahr 2012 begutachtet wurden, werden die bereits im Gutachten 2010 getroffenen Angaben (s. Rn. 15) wiederholt.
- 19 Laut dem Gutachten 2012 besteht zudem die Wärmenutzung in der Versorgung von Wohngebäuden mit Raumwärme und Brauchwarmwasser und bestand die Wärmeversorgung schon seit dem Jahr 2000.
- 20 Im Mai 2013 errichtete die Anspruchstellerin ein BHKW mit 150 kW_{el} (im Folgenden: BHKW-3), welches sie am [...] Juni 2013 in Betrieb nahm. Das BHKW-3 wurde durch eine neue Gasleitung mit dem Nachgärer verbunden und wird ebenfalls über den Fermenter-2 bzw. den Nachgärer mit Biogas versorgt. Es befindet sich nicht im BHKW-Gebäude, sondern in einem eigenen, nur wenige Meter entfernten Betoncontainer.
- 21 Im Jahr 2013 wurde zudem das BHKW-1 endgültig abgebaut und veräußert.
- 22 Laut den Unterlagen für die Berechnung der Stromkennzahl, die die Anspruchstellerin der Anspruchsgegnerin für die Jahre 2012 und 2013 übermittelt hat, lief das BHKW-1 im Jahr 2012 noch mit 12 Betriebsstunden, ab dem Jahr 2013 gar nicht mehr.

¹⁰Gutachten 2010, S. 2, Hervorhebungen in Fettdruck nicht im Original.

¹¹„Gutachten nach EEG 2009“ der Umweltgutachter [...], Zulassungsnummern [...] und [...] für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2012.

- 23 Im Umweltgutachten vom 21. Januar 2014 (im Folgenden: Gutachten 2013)¹², in welchem technische Voraussetzungen für den Gülle-Bonus und den KWK-Bonus nach Anlage 2 und 3 EEG 2009 für das Jahr 2013 begutachtet wurden, wird zum einen angegeben, dass das BHKW-1 durch ein neues BHKW¹³ ersetzt, der Anlagenstandort verändert sowie die Leistung der Anlage etwas erhöht wurde, entsprechend § 21 Abs. 3 EEG 2009 aber davon ausgegangen werde, dass es sich nicht um eine Neuanlage handle und die Begutachtung daher weiterhin auf Basis des EEG 2009 erfolge. Für die Berechnung des KWK-Bonus wurden als „KWK-Anlage“ das BHKW-1 (als „Modul 1 bis 06/2013“), das BHKW-2 und das BHKW-3 (als „Modul 1 ab 06/2013“) mit einbezogen.¹⁴
- 24 Im für das Jahr 2012 ausgefüllten Formular zur Ermittlung der Stromkennzahl für den KWK-Bonus werden die Betriebsstunden für das BHKW-1 mit 12 Stunden angegeben, in dem für das Jahr 2013 mit null.
- 25 Den im BHKW-3 erzeugten Strom vergütete die Anspruchsgegnerin ebenfalls von Anfang an zu den Vergütungssätzen eines im Jahr 2000 in Betrieb genommenen BHKW.
- 26 Auf eine Mitteilung der Anspruchstellerin bzw. ihrer anwaltlichen Vertretung vom 15. Juni 2016, dass sie von einem Vergütungszeitraum bis 2031 ausgehe, teilte die Anspruchsgegnerin mit Schreiben vom 20. Juni und 29. September 2016 mit, dass sie davon ausgehe, dass die Gesamtanlage weiterhin das Inbetriebnahmejahr 2000 aufweise. Sie halte daher eine Neuinbetriebnahme nur nach der Erneuerungsregelung in § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 für möglich. Dafür sei ein Sachverständigengutachten erforderlich, dass die Voraussetzungen dieser Regelung, insbesondere das Überschreiten der Kostenschwelle, nachweise. Hierfür reiche das Umweltgutachten 2013 nicht aus.
- 27 Daraufhin erteilte die Anspruchstellerin den Auftrag, im Umweltgutachten für das Jahr 2016 auch eine Begutachtung der Umbaumaßnahmen aufzunehmen. Das Gutachten vom 9. Februar 2017 (im Folgenden: Gutachten 2016)¹⁵ stellt daher neben technischen Voraussetzungen für den Gülle-Bonus und den KWK-Bonus auch den

¹² „Gutachten nach EEG 2009“ der Umweltgutachter [...], Zulassungsnummern [...] und [...] für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2013.

¹³ Anmerkung der Kammer: BHKW-3.

¹⁴ Gutachten 2013, S. 3.

¹⁵ „Gutachten nach EEG 2009“ der Umweltgutachter [...], Zulassungsnummern [...] und [...] für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2016.

Anlagenbestand bis und ab August 2010 sowie die vorgenommenen Umbaumaßnahmen dar.

- 28 Im Gutachten 2016 wird aufgrund des Umfangs der Maßnahmen davon ausgegangen, dass zum August 2010 eine neue Anlage errichtet wurde. Auf Basis der Empfehlung 2012/19 der Clearingstelle¹⁶ habe der Umweltgutachter geprüft, ob die bereits in der Vergangenheit vorgenommene Einschätzung, dass es sich ab 08/2010 um eine Neuanlage handeln könnte, weiterhin Bestand hat. Da dort festgestellt werde, dass der Austausch einer Mehrzahl von technischen und baulichen Teilen inklusive dem Generator zu einer Neuinbetriebnahme führen könne, aber keine konkreten Beurteilungswerte angegeben würden, beinhaltet das Gutachten 2016 eine tabellarische Darstellung des Anlagenbestands vor und nach der Änderung. U. a. da wesentliche Anlagenteile neu und größtenteils an einem neuen Standort errichtet worden seien, kommt das Gutachten 2016 zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem neuen BHKW um eine neue Anlage zu handeln scheine.¹⁷
- 29 Im Gutachten 2016 wird weiterhin angegeben, dass das BHKW-1 ca. vier Wochen, nachdem die neue Anlage angefahren wurde, aus der Produktion genommen wurde, da die Restmengen des Gases aus der alten Anlage verbraucht waren. Das BHKW-1 sei als Ersatzanlage zunächst am Standort belassen und entsprechend einer schriftlichen Erklärung des Betreibers nach dem Umbau nicht mehr betrieben worden.
- 30 Schließlich wird im Gutachten 2016 davon ausgegangen, dass die Kosten der Umbaumaßnahmen insgesamt 412 517,68 € betragen haben. Hierzu wurden mehrere Maßnahmen und die für diese Maßnahmen noch vorhandenen Rechnungen zugrunde gelegt. Hierzu gehören auch Kosten für den Netzanschluss (31 594 €) und den Messwandlerschrank (8 722,10 €). Nicht eingerechnet wurden hingegen die Kosten des erst nach 2010 errichteten BHKW-3, der Endlager als nicht zur Anlage gehörenden Bestandteile sowie die von der Anspruchstellerin mitgeteilten Kosten für die neue Vorgrube (2 368,96 €) und die Kondensatabscheider (2 019,21 €), da hierzu keine Rechnungen mehr vorlagen.
- 31 Ebenfalls wurden im Gutachten 2016 nicht die Kosten des BHKW-Gebäudes berücksichtigt, dessen „Anschaffungskosten (Anfang“ laut des steuerlichen BMEL-Jahresabschlusses vom 30. April 2018 10 230,50 € betragen haben.

¹⁶Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/empfv/2012/19>.

¹⁷Gutachten 2016, S. 2 f.

- 32 Das Gutachten 2016 legt für den KWK-Bonus im Jahr 2016 als KWK-Anlage das BHKW-2 und BHKW-3 zugrunde.
- 33 Die Parteien sind sich einig, dass die Anspruchsvoraussetzungen der jeweiligen Grundvergütungen und Boni erfüllt sind; dies ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.
- 34 **Die Anspruchstellerin** ist der Auffassung, dass sie im Jahr 2010 eine neue Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 errichtet und in Betrieb genommen hat. Der Anspruch auf Vergütung gemäß § 27 EEG 2009 für den in dieser Anlage erzeugte Strom bestehe daher gemäß § 21 Abs. 2 EEG 2009 bis zum 31. Dezember 2030.
- 35 Im EEG sei der Zubau zu einer bestehenden Anlage von der Errichtung einer neuen Anlage abzugrenzen. Im vorliegenden Fall sei eine neue Anlage geschaffen worden, da sämtliche für die Stromerzeugung notwendigen Einrichtungen und nahezu sämtliche sonstigen Einrichtungen im Jahr 2010 neu beschafft und errichtet sowie alle Leitungen einschließlich Gas-, Wärme- und Stromleitungen neu verlegt worden seien. Die Bestandteile, die von der bisherigen Anlage übernommen und weiterbenutzt wurden, seien so geringfügig, dass sie der Bewertung als Neuerrichtung nicht entgegenstünden; dies seien nur Wanne und Dach des BHKW-Gebäudes sowie – lediglich übergangsweise und ergänzend – das BHKW-1 mit [ca. 18] kW_{el}.
- 36 Sie ist zudem der Ansicht, dass die Kosten für die Neuerrichtungsmaßnahmen 97,52 % der Kosten einer Neuinvestition der Anlage betragen haben. Dies ergebe sich aus dem Verhältnis der Kosten für die die Umbaumaßnahmen (412 517,68 €) gegenüber den Kosten für die fiktive Neuerrichtung der Anlage (412 517,68 € zzgl. 10 230,50 € für das BHKW-Gebäude als einzig fortgenutzter Teil der Bestandsanlage, insgesamt 422 748,18 €).
- 37 Auch wenn die Kosten für die Frage, ob eine Neuanlage errichtet wurde, nicht unmittelbar Tatbestandsvoraussetzung seien, so seien diese doch für eine wertungsgemäße Betrachtung heranzuziehen.
- 38 Die Einordnung als Neuanlage ergebe sich auch aus der Empfehlung 2012/19¹⁸ der Clearingstelle, insbesondere aus deren Abschnitt 6.2 und den dort aufgestellten Wertungsmaßstäben.
- 39 **Die Anspruchsgegnerin** ist der Auffassung, dass eine Anlage mit dem Inbetriebnahmedatum 2000 vorliegt.

¹⁸Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>.

- 40 Im vorliegenden Fall sei keine neue Anlage geschaffen, sondern eine bestehende Anlage ergänzt worden. Die alte Anlage habe fortbestanden, da bestehende Anlagenteile wiederverwendet wurden und es auch Querverbauungen zwischen den bestehenden und den neuen Anlagenteilen gebe. So sei zum Beispiel das bestehende Endlager Süd jedenfalls teilweise als Gärrestlager verwendet und insbesondere das bestehende BHKW-1 weiterbetrieben worden. Der Zubau der BHKW-2 und BHKW-3 sowie der erst spätere Abbau des BHKW-1 ändere hieran nichts. Die Anspruchsgegnerin sei daher davon ausgegangen, dass der Bestandsschutz für die Altanlage – ähnlich wie in anderen Fällen der Anlagenerweiterung bzw. des -zubaues – fortgelte.
- 41 Sofern die Anspruchstellerin nicht die Errichtung einer neuen Anlage gemäß § 3 Nr. 1 EEG 2009 im Jahr 2010, sondern eine Erneuerung gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 geltend machen wolle, halte sie – auch nach Beratung durch den Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (BDEW)¹⁹ und ihrem Wirtschaftsprüfer – die rückwirkende Geltendmachung einer solchen Neuinbetriebnahme nicht für EEG-konform.
- 42 Zudem sei unklar, wie die Verjährung und Mitteilungsverstöße während des Förderzeitraums zu beurteilen seien.
- 43 Die Parteien haben sich in der fernmündlichen Erörterung einvernehmlich darauf geeinigt, die Verfahrensfrage um Frage 2 zu ergänzen.
- 44 Mit Beschluss vom 26. Juli 2019 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO²⁰ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle zu begutachtenden Fragen lauten:

1. Wurde die Biogasanlage der Anspruchstellerin gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 oder gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 im Jahr 2010 in Betrieb genommen?
2. Bei Änderungen der Vergütungssätze: Für welchen Zeitraum sind diese rückwirkend anzupassen?

¹⁹Anmerkung der Kammer: Zur rückwirkenden Geltendmachung einer Erneuerung gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 einschließlich Fragen der Verwirkung s. BDEW, „Anwendungshilfe Fördergrundlagen – EEG 2017“, 2. Aufl. 2018, S. 70 ff.

²⁰Verfahrensordnung der Clearingstelle (VerfO) i. d. Fassung v. 01.01.2018, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

2 Begründung

2.1 Verfahren

45 Die Besetzung der Clearingstelle ergibt sich aus § 26 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 5 VerfO²¹. Es wurde eine fernmündliche Erörterung durchgeführt, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle Richter erstellt.

2.2 Würdigung

46 Die Anspruchstellerin hat am [...] August 2010 eine neue Biogasanlage in Betrieb genommen. Ihre im Jahr 2000 in Betrieb genommene Biogasanlage wurde wenige Wochen später außer Betrieb genommen und Bestandteile dieser in die neue Biogasanlage integriert. Die neue Biogasanlage wurde im Jahr 2013 nochmals erweitert (s. Abschnitt 2.2.1).

47 Mithin ist der seit [...] August 2010 in der neuen Biogasanlage erzeugte Strom als Strom aus einer im Jahr 2010 in Betrieb genommene Biogasanlage zu vergüten. Der in der bestehenden Biogasanlage bis zu deren Außerbetriebsetzung erzeugte Strom ist als Strom aus einer im Jahr 2000 in Betrieb genommenen Biogasanlage zu vergüten (s. Abschnitt 2.2.3).

48 Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für zu viel gezahlte Vergütungen sind für die Jahre 2010 bis 2013 verjährt, für die Jahre ab 2014 noch nicht verjährt (s. Abschnitt 2.2.4).

2.2.1 Anlagenbegriff und Inbetriebnahme

49 Die Anspruchstellerin hat am [...] August 2010 eine neue Biogasanlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 errichtet und gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 in Betrieb genommen (s. Rn. 54f.).

50 Ihre im Jahr 2000 in Betrieb genommene Biogasanlage wurde wenige Wochen später außer Betrieb genommen (s. Rn. 58). Bestandteile der alten Anlage wurden umfunktioniert und in die neue Anlage integriert (s. Rn. 59).

²¹Verfahrensordnung der Clearingstelle (VerfO) i. d. Fassung v. 01.01.2018, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

- 51 Dies bestätigt auch die wertende Gesamtbetrachtung (s. Rn. 61 f.).
- 52 **2.2.1.1 Anzuwendendes Recht** § 3 Nr. 1 EEG 2009 (Anlagenbegriff) und § 3 Nr. 5 EEG 2009 (Inbetriebnahmebegriff) galten zunächst auch nach dem 31. Dezember 2011 fort. Seit 1. Januar 2017 bzw. seit 1. August 2014 wurden sie durch Nachfolgeregelungen ersetzt (§ 3 Nr. 1 EEG 2017²² zum Anlagenbegriff und § 3 Nr. 5 EEG 2012²³ zum Inbetriebnahmebegriff²⁴), welche in Bezug auf die hier entscheidungserheblichen Voraussetzungen inhaltsgleich sind.
- 53 Der Einfachheit halber wird im Folgenden nur auf § 3 Nr. 1 und Nr. 5 EEG 2009 Bezug genommen.
- 54 **2.2.1.2 Errichtung einer Neuanlage** Die Anspruchstellerin hat am [...] August 2010 eine weitere, neue Biogasanlage in Betrieb genommen und nicht ihre bestehende Biogasanlage erweitert.
- 55 Dass zwei eigenständige EEG-Anlagen (Neuanlage und Bestandsanlage) und nicht zwei Module einer einheitlichen EEG-Anlage (Erweiterung einer Bestandsanlage) vorliegen, ergibt sich aus dem sog. weiten Anlagenbegriff des Bundesgerichtshofs (BGH). Danach ist eine Anlage i. S. d. EEG jeweils „die Gesamtheit aller funktional zusammengehörender technisch und baulich notwendiger Einrichtungen, die aus Sicht eines objektiven Betrachters in der Position eines vernünftigen Anlagenbetreibers nach dessen Konzept als Gesamtheit funktional zusammenwirken und sich damit nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch als eine Anlage darstellen“; somit sind

²²§ 3 Nr. 1 EEG 2009 galt gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 bis zum 31.07.2014 fort und wurde ab dem 01.08.2014 auch für Bestandsanlagen durch § 5 Nr. 1 EEG 2014 sowie ab dem 01.01.2017 mit Wirkung für das Abrechnungsjahr 2016 gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2021 i. V. m. § 100 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 EEG 2017 auch für Bestandsanlagen durch § 3 Nr. 1 EEG 2017 ersetzt.

²³Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Artikel 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 20.12.2012 (BGBl. I 2012 S. 2730), außer Kraft gesetzt durch Artikel 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

²⁴§ 3 Nr. 5 EEG 2009 galt gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 ab dem 01.01.2012 zunächst fort, wurde jedoch ab dem 01.08.2014 gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 und zuletzt gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2021 i. V. m. § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 auch für Bestandsanlagen durch § 3 Nr. 5 EEG 2012 ersetzt.

„in (unmittelbarer) räumlicher Nähe zueinander errichtete Blockheizkraftwerke, die an denselben Fermenter angeschlossen sind, in der Regel eine einheitliche Biogasanlage“.²⁵

56 Danach wurde am [...] August 2010 neben der Bestandsanlage, bestehend aus mindestens dem BHKW-1 und dem Fermenter-1, eine eigenständige Gesamtheit von zur Stromerzeugung funktional zusammenwirkender Einrichtungen errichtet (Neuanlage). Diese Neuanlage bestand mindestens aus dem neuen BHKW-2, dem neuen Fermenter-2, dem neuen Nachgärer, den zwischen diesen Einrichtungen neu verlegten Gasleitungen, den neuen Einrichtungen zur Substratbeschickung und der neuen Vorgrube.²⁶

57 Die Neuanlage und die Bestandsanlage haben funktional getrennt voneinander Strom erzeugt, auch wenn das BHKW-2 in demselben Gebäude errichtet wurde, in dem sich auch das BHKW-1 befand. Nach dem Gesamtkonzept des Anspruchstellers sollten die beiden Anlagen nicht wie eine Anlage zur Stromerzeugung zusammenwirken, sondern jeweils getrennt betrieben werden. Schließlich sollte die Bestandsanlage von Anfang an aufgelöst und nach Inbetriebnahme der Neuanlage nur noch kurzfristig und übergangshalber zum Verbrauch des Restgases im Fermenter-1 fortbetrieben werden.

58 **2.2.1.3 Zerschlagung der Bestandsanlage** Drei bis vier Wochen nach Inbetriebnahme der Neuanlage wurde die Bestandsanlage, bestehend aus mindestens dem BHKW-1 und dem Fermenter-1, außer Betrieb genommen und „zerschlagen“. Der für das Vorliegen einer Biogasanlage konstitutive²⁷ Fermenter-1 sowie auch alle sonstigen bisherigen Verbindungsleitungen wurden vom BHKW-1 abgetrennt und außer Betrieb gesetzt.

59 **2.2.1.4 Erweiterung der Neuanlage um das BHKW-1** Die anschließende Verbindung des BHKW-1 mit der Neuanlage (über die Gasleitung des BHKW-2) stellt

²⁵BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2363>, Leitsatz 1 und 3, sowie BGH, Urt. v. 04.11.2015 – VIII ZR 244/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2933>, Leitsatz 1 und Rn. 19.

²⁶Zur Einordnung dieser Komponenten als Bestandteile der EEG-Anlage s. *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 40ff.

²⁷BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2363> Rn. 21, 54; *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 91 und Fn. 102.

daher auch kein Austauschen oder Ersetzen alter gegen neue Bestandteile der *Bestandsanlage* dar, sondern eine Ergänzung der *Neuanlage* um gebrauchte Anlagenteile (sog. Erweiterung oder Zubau).

- 60 Anders als *vor* der Errichtung des BHKW-2 war das BHKW-2 nach den weiteren Umbaumaßnahmen funktional und gemäß dem Betriebskonzept der Anspruchstellerin nicht mehr eigenständig, sondern es wurde zu diesem Zeitpunkt Teil der Gesamtanlage.
- 61 **2.2.1.5 Wertende Gesamtbetrachtung** Eine wertungsgemäße Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der in der Empfehlung 2012/19²⁸ der Clearingstelle aufgestellten Grundsätze bestätigt dieses Ergebnis. Selbst wenn man die Umbauvorgänge unter dem Aspekt eines Austauschvorganges bewertete, liegt mithin auch danach eine Neuanlage vor, die um funktional geringfügige Einzelteile der zerschlagenen Bestandsanlage ergänzt wurde.
- 62 Zur Abgrenzung von bloßen Austauschvorgängen gemäß § 21 Abs. 3 EEG 2009 und der wertungsgemäßen Schaffung einer neuen Anlage gemäß § 3 Nr. 1 EEG 2009 und nachfolgenden EEG-Fassungen führt die Empfehlung 2012/19 u. a. aus:

„...im Fall der grundlegenden Umgestaltung bestehender Anlagen [kommt] eine neue Inbetriebnahme und damit der Beginn eines neuen gesetzlichen Vergütungszeitraumes nur dann in Betracht, **wenn die Umgestaltung wertungsmäßig der Errichtung einer gänzlich neuen Anlage (im rechtlichen Sinne) an einem neuen Standort ähnelt.** . .

Dabei lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, dass bereits ab einem bestimmten, deutlich über 50 % liegenden Schwellenwert von einer neuen Inbetriebnahme ausgegangen werden kann.²⁹ Jede prozentuale Festlegung sähe sich dem Vorwurf der Willkür ausgesetzt. . .

. . . In Betracht kommt zudem, bei einer Demontage und Zerlegung einer Anlage in ihre Einzelteile von einer Außerbetriebsetzung (Stilllegung) auszugehen, so dass die Weiternutzung weniger Einzelteile der alten An-

²⁸Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekweg.de/empfv/2012/19>.

²⁹Ebenso *Fachverband Biogas e. V.*, Stellungnahme im Empfehlungsverfahren 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekweg.de/empfv/2012/19>, S. 18. Anderer Ansicht *Thomas/Vollprecht*, ZNER 2012, 334, 339, die ab einem Schwellenwert der Umbaukosten im Umfang von 80 bis 90 % der Kosten einer Neuinvestition eine Neuinbetriebnahme annehmen.

lage nicht zur Anwendung der Austauschregelung führt. Insoweit gelten die Überlegungen zur Geringfügigkeitsgrenze (s. Abschnitt 4.2) entsprechend.

Letztlich ist es eine Frage des Einzelfalles, in welchem Umfang Teile ausgetauscht werden müssen, um von einer vollständigen Ersetzung der Anlage mitsamt Neuinbetriebnahme ausgehen zu können...³⁰

- 63 Stellt man der Anlage, wie sie nach Anschluss des BHKW-1 und der Umwandlung des Fermenter-1 betrieben wurde, das weitergenutzte BHKW-Gebäude und das BHKW-1 gegenüber, stellen Letztere wertungsgemäß – sowohl nach ihrem Umfang, ihrer Funktion als auch ihren Kosten – geringfügige Anlagenbestandteile dar.
- 64 Der Fermenter-1 der zerschlagenen Bestandsanlage wurde zwar ebenfalls fortgenutzt; jedoch als Endlager Süd, in dem keine Gaserfassung zur Verstromung mehr stattfindet. Dieses Endlager gehört damit nicht mehr zur Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009³¹; ebenso das Endlager Nord.³² Ebenfalls nicht zur Anlage gehört der Wärmetauscher einschließlich des Kondensatabscheidungers, die, soweit ersichtlich, der Abgaswärmenutzung für die bediente Wärmeversorgung bzw. den KWK-Bonus dienen.³³ Schließlich gehören zur Anlage nicht der Netzanschluss und der Messwandlerschrank.³⁴

³⁰Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 129 ff. Auslassungen, Anpassung in eckigen Klammern und Hervorhebungen in Fettdruck nicht im Original.

³¹Bzw. dessen Nachfolgevorschriften; s. hierzu Rn. 52.

³²Zur Einordnung dieser Komponenten als Bestandteile der EEG-Anlage s. *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 42.

³³Zur Einordnung dieser Komponenten als Bestandteile der EEG-Anlage s. *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 39.

³⁴S. *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 21, 23.

- 65 Das BHKW-Gebäude gehört hingegen zur Anlage, da es vorliegend dem Witterungsschutz und damit der dauerhaften Betriebsfähigkeit der BHKW dient;³⁵ weiterhin die Vorgrube³⁶, der Nachgärer³⁷ samt Verbindungsleitungen zum Fermenter und die Einrichtungen zur Substratbeschickung³⁸ (s.a. Rn. 56).
- 66 Die Kosten für die seit 2010 ab Anschluss auch des BHKW-1 betriebene Anlage betragen unter Zugrundelegung der im Gutachten 2016 ermittelten Kosten (412 517,68 €)³⁹ unter Abzug der Kosten für den Netzanschluss und den Messwandlerschrank (31 594 € und 8 722,10 €) sowie unter Addition der Kosten für die neue Vorgrube (2 368,96 €)⁴⁰, das BHKW-Gebäude (ca. 10 230,50 €)⁴¹ sowie der – von der Kammer geschätzten – Kosten für das BHKW-1 (max. ca. 30 000 €) insgesamt ca. 414 800 € (grob angenäherter Wert).⁴²
- 67 Die Kosten für das für diese neue Anlage fortgenutzte **BHKW-Gebäude** (ca. 10 230,50 €) stellen davon nur einen untergeordneten Anteil dar. Dies gilt erst recht, sofern, wie die Anspruchstellerin vorträgt, lediglich der Gebäudekern bestehend aus Wanne und Dach weitergenutzt wurde.
- 68 Auf das ebenfalls für diese neue Anlage fortgenutzte **BHKW-1** dürften zwar höhere Kosten (max. 30 000 €) entfallen als auf das BHKW-Gebäude, jedoch ist auch das BHKW-1 im Vergleich zu den neuen Bestandteilen als geringfügig zu werten. Zudem

³⁵S. hierzu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 43.

³⁶S. hierzu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 41.

³⁷S. hierzu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 42.

³⁸S. hierzu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 42.

³⁹Gutachten 2016, S. 4. Die Kosten für die Endlager sind – soweit erkennbar – nicht in die Kostenbetrachtung eingeflossen, da auch das Gutachten 2016 angibt, dass diese keine Bestandteile der EEG-Anlage darstellen; Gutachten 2016, S. 3.

⁴⁰Die Kammer unterstellt, dass diese von der Anspruchstellerin mitgeteilten und plausibel erscheinenden Kosten überschlägig zutreffen, auch wenn die Rechnungen nicht mehr vorliegen.

⁴¹Neuwert zum Zeitpunkt seiner Errichtung; der Wert eines im Jahr 2010 neu geschaffenen Gebäudes dürfte inflationsbedingt höher sein, der Zeitwert im Jahr 2010 geringer.

⁴²Anmerkung der Kammer: An eine Kostenbetrachtung, die als Teil der wertungsgemäßen Betrachtung vorgenommen wird, ob eine Neuanlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 vorliegt, sind nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die gesetzlich ausdrücklich geforderte Darlegung der Kostenchwelle i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004. Dahinstehen kann daher vorliegend, dass die Kosten der Neuherstellung der Anlage und des fortgenutzten Bestands nicht alle auf die Werte von 2010 hochgerechnet sind. Die Kosten für die Endlager sind – soweit erkennbar – nicht in die Kostenbetrachtung eingeflossen, da auch das Gutachten 2016 angibt, dass diese keine Bestandteile der EEG-Anlage darstellen; Gutachten 2016, S. 3.

erbrachte das BHKW-1 während seines Weiterbetriebs an der Neuanlage bis 2012 hinsichtlich seiner installierten Leistung (18,5 kW_{el} von 143,5 kW_{el} der Gesamtanlage⁴³), insbesondere nach seiner funktionalen Nutzung und der Bemessungsleistung in den Jahren 2010 bis 2013 einen nur sehr geringfügigen Beitrag zur Stromerzeugung aus der ab September 2010 betriebene Anlagenkonstellation (im Jahr 2012 mit 12 Betriebsstunden, im Jahr 2013 mit null Betriebsstunden). Es wurde lediglich als Notfall- bzw. Redundanz-BHKW eingesetzt, um bei Ölwechseln und Wartungsarbeiten gefahren zu werden. Die hierbei angefallene Stromerzeugung, die zur Deckung des Eigenverbrauchs genutzt wurde, ist gegenüber der Stromerzeugung des durchgängig und als Hauptgenerator betriebenen BHKW-2 (125 kW_{el} (gedrosselt)) als sehr geringfügig zu bewerten.

69 Die Fortnutzung von Teilen des BHKW-Gebäudes und des BHKW-1 als Notfall- bzw. Redundanz-BHKW steht daher auch einer wertungsgemäßen Einstufung der einige Wochen nach dem [...] August 2010 geschaffenen endgültigen Anlagenkonstellation als Neuanlage nicht entgegen.

70 **2.2.1.6 Erweiterung der Neuanlage um das BHKW-3** Das im Mai 2013 errichtete und am 1. Juni 2013 in Betrieb genommene BHKW-3 ist als Zubau zu der am [...] August 2010 in Betrieb genommenen Neuanlage zu bewerten.

71 Das BHKW-3 wird ebenfalls über den Fermenter-2 bzw. den Nachgärer mit Biogas versorgt. Es befindet sich von diesen sowie auch vom BHKW-Gebäude nur wenige Meter entfernt. Nach dem weiten Anlagenbegriff des BGH⁴⁴ ist es daher ebenso wie das BHKW-2 und das BHKW-1 (bis zu dessen Entfernung) Teil einer einheitlichen Biogasanlage.

2.2.2 Kein Ausschluss der Neuinbetriebnahme

72 Die Neuinbetriebnahme ist nicht wegen eines Verstoßes gegen Mitteilungspflichten (s. Rn. 73 ff.) ausgeschlossen oder verwirkt (s. Rn. 92 ff.).

⁴³ 125 kW_{el} (gedrosselte Leistung des BHKW-2) + 18,5 kW_{el} (BHKW-1) = 143,5 kW_{el} (Leistung der Gesamtanlage).

⁴⁴ BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/rechtsprechung/2363>.

- 73 **2.2.2.1 Mitteilungspflichten und -fristen** Die Neuinbetriebnahme und die entsprechende Vergütung sind nicht wegen eines Verstoßes gegen Mitteilungspflichten ausgeschlossen.
- 74 **Funktion** Die Mitteilungspflichten der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gemäß § 46 EEG 2009⁴⁵ und dessen Nachfolgeregelungen (§ 46 EEG 2012, § 71 EEG 2014⁴⁶/EEG 2017/EEG 2021) dienen dazu, dass die Netzbetreiber die Informationen erhalten, die sie benötigen, um die zu leistenden Vergütungs- bzw. Förderzahlungen bestimmen und prüfen zu können.⁴⁷
- 75 Die Fristen für diese Mitteilungspflichten stellen keine Ausschlussfristen dar, deren Versäumnis zum Untergang der Vergütungs- bzw. Förderansprüche führt.⁴⁸
- 76 Sie stellen jedenfalls seit dem EEG 2009 auch keine spezialgesetzlichen Verjährungsfristen für Vergütungsansprüche mehr dar.⁴⁹ Dies ergibt sich schon aus der gegenüber dem EEG 2004 geänderte Gesetzessystematik, u. a. der Schaffung des § 38 EEG 2009 und dessen Nachfolgeregelungen (§ 38 EEG 2012/§ 62 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021).
- 77 Versäumen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die Mitteilungsfristen und kann der Netzbetreiber daher die Vergütung für das Vorjahr nicht korrekt endabrechnen, hat dies zur Folge, dass eine rückwirkende Änderung der Endabrechnung für die betreffenden Zeiträume den Anforderungen des § 38 EEG 2009/EEG 2012 bzw. § 62 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021 entsprechen muss, also eine nachträgliche Korrektur ggf. nur im Wege der dort genannten Instrumente stattfinden kann.⁵⁰

⁴⁵Diese galten gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 seit dem 01.01.2009 sowohl für Neuanlagen als auch für Bestandsanlagen, die vor diesem Datum in Betrieb genommen wurden.

⁴⁶Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 02.09.2016 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

⁴⁷Nur beispielshalber ebenso *Naujoks*, in: Baumann/Gabler/Günther (Hrsg.), EEG Kommentar, 1. Aufl. 2020, § 71 Rn. 4; *Salje*, EEG Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 71 Rn. 5.

⁴⁸OLG Naumburg Urt. v. 22.12.2011 – 2 U 89/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1744>, S. 10 f.; *Clearingstelle*, Votum v. 05.08.2015 – 2015/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2015/20>, Rn. 32 ff.

⁴⁹So zu § 14a EEG 2004 *Clearingstelle*, Empfehlung v. 24.11.2008 – 2008/7, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2008/7>, Leitsatz 2.

⁵⁰Ebenso z. B. *Kachel*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 46 Rn. 16 sowie derselbe in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2013,

- 78 Dies gilt insbesondere für Korrekturen zugunsten der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, da gemäß § 38 Nr. 1 EEG 2012/§ 62 Nr. 1 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021 Rückforderungsansprüche i. S. v. § 35 Abs. 5 EEG 2012 bzw. § 57 Abs. 5 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021 auch ohne Titel Gegenstand nachträglicher Korrekturen sein können. Zu den Instrumenten einer nachträglichen Korrektur gehört u. a. auch das vorliegende Votum.⁵¹
- 79 Seit dem EEG 2014 stellen die Mitteilungsfristen zudem ausdrücklich Fälligkeitsbestimmungen dar. So wird der Anspruch auf Vergütung nicht fällig, solange Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ihre Pflichten zur Datenübermittlung für das jeweilige Vorjahr nach § 71 nicht erfüllt haben (§ 19 Abs. 3 EEG 2014⁵²/§ 26 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021).⁵³
- 80 Ob und für welche Zeiträume im jeweiligen Einzelfall eine Änderung der Endabrechnung vorgenommen werden kann, also für welche Zeiträume Nachzahlungs- oder Rückforderungsansprüche ggf. verjährt oder verwirkt sind, richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts sowie nach den spezialgesetzlichen Voraussetzungen des § 57 Abs. 5 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021 (s. hierzu die Abschnitte 2.2.4.1 und 2.2.4.2).
- 81 Nicht verfahrensgegenständlich ist, ob bei der Nicht- oder Schlechterfüllung der Mitteilungspflichten als Informations- und Auskunftspflichten⁵⁴ ein Anspruch auf Auskunft⁵⁵ oder sonstige Ansprüche des Netzbetreibers, etwa Schadensersatzansprüche, bestehen.

§ 46 Rn. 15, der dies als eine dem Netzbetreiber zustehende Einrede sui generis bezeichnet; *Posser/Altensmidt*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 71 Rn. 16, der dies als eine Präklusion unter dem Vorbehalt einer Korrektur nach § 62 EEG bezeichnet; *Hinsch*, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG 2012, 4. Aufl., § 46 Rn. 20; *Naujoks*, in: Baumann/Gabler/Günther (Hrsg.), EEG Kommentar, 1. Aufl. 2020, § 71 Rn. 43.

⁵¹Gemäß § 38 EEG 2009/§ 38 Nr. 4 EEG 2012 bzw. § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021.

⁵²Gilt gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2014 und § 100 Abs. 1 EEG 2012 i. V. m. § 100 Abs. 2 EEG 2017 seit dem 01.08.2014 auch für Bestandsanlagen, die vor diesem Datum in Betrieb genommen wurden.

⁵³Der Anspruch auf Abschlagszahlungen entfällt demgegenüber gemäß § 19 Abs. 3 EEG 2014 bis zur Mitteilung; gemäß § 26 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 wird auch er erst mit Mitteilung fällig.

⁵⁴*Clearingstelle*, Empfehlung v. 24.11.2008 – 2008/7, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/2008/7>, Leitsatz 1, zum EEG 2004; vorliegend ist unerheblich, ob die Mitteilungspflichten lediglich unter dem EEG 2004 oder auch unter den nachfolgenden EEG-Fassungen Hauptleistungspflichten eigenständiger gesetzlicher Schuldverhältnisse darstellen.

⁵⁵*Naujoks*, in: Baumann/Gabler/Günther (Hrsg.), EEG Kommentar, 1. Aufl. 2020, § 71 Rn. 4; *Salje*, EEG Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 71 Rn. 14; *Wolff*, in: Greb/Boewe (Hrsg.), EEG Kommentar, 1. Aufl. 2018, § 71 Rn. 28.

- 82 Die Anspruchstellerin hat zudem zum 28. Februar 2011 jedenfalls mitgeteilt, dass sie relevante Umbaumaßnahmen durchgeführt hat und geltend gemacht, dass diese zu einer Neuinbetriebnahme geführt haben (s. Rn. 86 und 89).
- 83 Dahinstehen kann daher an dieser Stelle, ob die Anspruchsteller zum 28. Februar 2011 gemäß § 46 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 *alle* für die Endabrechnung erforderlichen Daten übermittelt hat, insbesondere inwieweit hierzu auch das Geltendmachen von Ansprüchen gehören kann und ob sich der genaue Zeitpunkt des Zubaus des BHKW-2 zur Neuanlage vier bis sechs Wochen nach Inbetriebnahme erst aus dem Gutachten 2016 ergab.
- 84 Zu den „Daten“ im Sinne dieser Vorschrift gehören neben Daten im engeren Sinn – wie z. B. der Adresse des Anlagenstandorts oder den erzeugten bzw. eingespeisten Strommengen – auch die tatsächlichen Umstände, die für die Bestimmung der anwendbaren Vergütung erforderlich sind,⁵⁶ hier also auch die tatsächlichen Vorgänge, die die Schaffung und Inbetriebnahme einer neuen Anlage begründen können.
- 85 Diese Umstände hat die Anspruchstellerin zum 28. Februar 2011 mitgeteilt (s. den folgenden Abschnitt).
- 86 **Zum 28. Februar 2011 getätigte Angaben** Die Anspruchstellerin hat das Gutachten 2010 zum 28. Februar 2011 eingereicht und darin eine Zusammenfassung der durchgeführten Umbaumaßnahmen übermittelt (s. Rn. 15). Diese Angaben stellen zwar nicht den gesetzlich geforderten und daher vom Netzbetreiber zu erwartenden Inhalt eines Umweltgutachtens dar, das die in Anlage 2 und 3 EEG 2009 genannten technischen und einsatzstoffbezogenen Umstände für die Bonusgewährung begutachten soll. Jedoch ist davon auszugehen, dass die Anspruchstellerin sich den diesbezüglichen Inhalt des Umweltgutachtens als eigene Angabe zurechnen lassen wollte. Die Anspruchsgegnerin ist auch davon ausgegangen, dass die Anspruchstellerin sich die Angaben im Gutachten 2010 zu eigen gemacht hat, da sie mit Schreiben vom

⁵⁶So bereits zu § 14a Abs. 2 Nr. 1 und 2 EEG 2004: BT-Drs. 16/2455, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 10: „Diese Verpflichtung ist rein deklaratorisch. Sie ist in das Gesetz aufgenommen worden, weil bei Biomasseanlagen die Darlegung der Anspruchsvoraussetzungen besonders relevant ist. Aber auch bei allen anderen von den §§ 6 bis 11 EEG erfassten Anlagenarten besteht nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen die Notwendigkeit, dem jeweiligen Netzbetreiber die Anspruchsvoraussetzungen darzulegen. Die Angaben nach Absatz 2 Nr. 1 und 2 müssen bei der erstmaligen Geltendmachung des Vergütungsanspruchs und danach nur noch bei anspruchrelevanten Änderungen mitgeteilt werden“. Ähnlich *Naujoks*, in: Baumann/Gabler/Günther (Hrsg.), EEG Handkommentar, 1. Aufl. 2020, § 71 Rn. 5.

16. März 2011 an die Anspruchstellerin zu einer der im Gutachten getroffenen Aussagen zum Anlagenstatus ihre gegenteilige Ansicht mitgeteilt hat (s. Rn. 16).
- 87 Die Darstellung der vorgenommenen Maßnahmen und des zeitlichen Ablaufs im Gutachten 2010 war noch nicht so detailliert wie im Gutachten 2016, das erst zum 28. Februar 2017 übermittelt wurde. Insbesondere ergab sich aus dem Gutachten 2010 noch nicht, dass das BHKW-1 erst einige Wochen nach dem BHKW-2 an den neuen Fermenter (Fermenter-2) angeschlossen wurde. Ebenso wenig ergab sich daraus das taggenaue Inbetriebnahmedatum der Anlage, welches sich aus dem Gutachten 2010 nur monats-scharf aus den Angaben „... dass in Zusammenhang mit der Errichtung des 2. Moduls eine vollständig neue Biogasanlage mit neuer Einbringtechnik, Fermenter, Nachgärer errichtet wurde“ und der „Inbetriebsetzung 08/2010“ für das Modul 2 ergibt (s. Rn. 15).⁵⁷ Dass die neuen sowie die fortgenutzten Anlagenbestandteile (BHKW-1) miteinander verbunden wurden, wird nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus der Beschreibung.
- 88 Das Gutachten 2010 stellte jedoch bereits die Kernumstände dar, aus denen sich die Schaffung und Inbetriebnahme einer neuen Anlage im August 2010 ergaben: die Errichtung eines neuen Fermenters mit neuem Rührwerk, einer neuen Einbringtechnik, eines neuen Nachgärers, eines neuen BHKW und neuer Gasleitungen sowie den Anschluss des BHKW-1 und BHKW-2 an den neuen Fermenter.
- 89 Mit dem Gutachten 2010 hat die Anspruchstellerin auch mitgeteilt, dass ihrer Ansicht nach jedenfalls dem BHKW-2 das Inbetriebnahmejahr 2010 zuzuordnen sei. Auch Rechtsansichten zum Inbetriebnahmedatum gehören nicht zum gesetzlich vorgesehenen Inhalt eines Umweltgutachtens. Jedoch kann vorliegend auch dies der Anspruchstellerin als eigene Aussage zugerechnet werden. Die Anspruchstellerin hatte bereits vor Durchführung der Umbaumaßnahmen mitgeteilt, dass sie plane, ihre Anlage grundlegend neu zu gestalten und jedenfalls angefragt, ob nach dem geplanten Vorhaben eine Neuinbetriebnahme vorliege (s. Rn. 11). Die Aussage zum Inbetriebnahmedatum im Gutachten 2010 sollte diese Ansicht erneut, wenn auch möglicherweise korrigiert, vorbringen. Die Anspruchsgegnerin ist auch davon ausgegangen, dass die Anspruchstellerin sich die im Gutachten geäußerten Rechtsansichten zu eigen macht (s. Rn. 86).
- 90 Unerheblich ist, dass Kostenangaben erstmals mit dem Gutachten 2016 übermittelt wurde. Denn der Kostenvergleich zählt nicht zu den Voraussetzungen der Inbetrieb-

⁵⁷Auch das Gutachten 2016 spricht nur von einer Neuinbetriebnahme „zum August 2010“, s. Rn. 28.

nahme einer Neuanlage gemäß § 3 Nr. 1 und Nr. 5 EEG 2009 und daher auch nicht zu den abrechnungsrelevanten Daten i. S. v. § 46 Nr. 3 EEG 2009.⁵⁸

91 Da die Anspruchsgegnerin seit 2010 durchgängig eine Vergütung, wenn auch gemäß EEG 2004, gezahlt hat, geht die Kammer davon aus, dass die eingespeisten Strommengen und die Bemessungsleistung der Anlage gemäß § 46 EEG 2009⁵⁹ jeweils zum 28. Februar des Folgejahres vorlagen und spätestens mit der Endabrechnung beiden Seiten bekannt waren.⁶⁰

92 **2.2.2.2 Verwirkung der Inbetriebnahme** Im vorliegenden Fall kann dahinstehen, ob – wie in der Praxis vertreten wird – das Geltendmachen einer Erneuerung gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 ein Gestaltungsrecht im zivilrechtlichen Sinne ist und verwirkt werden kann,⁶¹ wenn die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber dem zuständigen Netzbetreiber trotz der Mitteilungspflichten des EEG erst mehrere Jahre nach der Durchführung von Umbaumaßnahmen mitteilen, dass solche stattgefunden haben und die Neuinbetriebnahme geltend machen (s. a. Rn. 41).

93 Denn selbst wenn das Geltendmachen der (Neu-)Inbetriebnahme ein Gestaltungsrecht oder ein sonstiges der Verwirkung unterliegendes Recht wäre, lägen die Voraussetzungen einer Verwirkung nicht vor.

94 Ein Recht oder Anspruch ist verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB⁶² erscheinen lassen (Umstandsmoment).⁶³

95 Hierfür fehlt es schon am Zeitmoment. Die Anspruchstellerin hat zum 28. Februar 2011 jedenfalls rechtzeitig mitgeteilt, welche Umbaumaßnahmen sie im Kern bis

⁵⁸Bei der Prüfung, ob nach Umgestaltung einer Bestandsanlage eine Neuanlage gemäß § 3 Nr. 1 EEG 2009 vorliegt, kann ein solcher Kostenvergleich lediglich im Wege der Auslegung wertungsgemäß mitberücksichtigt werden; s. Abschnitt 2.2.1 und Rn. 61 ff.

⁵⁹Bzw. ab 2012 nach den jeweiligen Nachfolgevorschriften.

⁶⁰Sei es, weil die Anspruchsgegnerin diese gemessen und ermittelt, sei es, weil die Anspruchstellerin diese gemessen und mitgeteilt hat.

⁶¹Diese Fragen sind in der Praxis im Zusammenhang mit § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 umstritten. Siehe nur beispielshalber *BDEW*, „Anwendungshilfe Fördergrundlagen – EEG 2017“, 2. Aufl. 2018, S. 70 ff.

⁶²Bürgerliches Gesetzbuch i.d. Fassung der Bekanntmachung v. 02.02.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Art. 19 des Gesetzes v. 23.06.2021 (BGBl. I S. 1858).

⁶³Ständige Rechtsprechung, s. z. B. *BGH*, Ur. v. 23.01.2014 – VII ZR 177/13, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de>, Rn. 13.

August 2010 vorgenommen hat, und geltend gemacht, dass darin ganz oder teilweise die Inbetriebnahme einer neuen Anlage zu sehen ist (s. Rn. 82 ff.).

96 Von der Verwirkung eines Gestaltungsrecht zu unterscheiden ist die Verwirkung von Ansprüchen (s. hierzu Rn. 113).

2.2.3 Vergütungshöhe und -dauer

97 Für den im BHKW-2 ab dem [...] August 2010 (s. Rn. 54 f.) eingespeisten Strom sind Ansprüche auf Vergütung als Strom aus einer im Jahr 2010 in Betrieb genommenen Neuanlage gemäß §§ 16, 22, 27 EEG 2009 entstanden.

98 Für den im BHKW-1 erzeugten Strom sind ab dessen Verbindung mit der Gasleitung des BHKW-2 und dessen Neuinbetriebsetzung ebenfalls Ansprüche auf Vergütung als Strom aus dieser Neuanlage entstanden (s. Rn. 59 f.). Gleiches gilt für den im BHKW-3 seit dessen Zubau im Jahr 2013 erzeugten Strom (s. Rn. 70 f.).

99 Seit 2011 bestehen für den erzeugten Strom zudem Ansprüche auf den KWK-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009.

100 Hinsichtlich der anwendbaren Vergütungsdegression und -zeiträume verweist die Kammer auf Abschnitt 2.2.3 des Votums 2018/47.⁶⁴

101 Die o. g. Rechtsfolgen der Inbetriebnahme einer Anlage gemäß § 3 Nr. 1 EEG 2009 treten ein, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind.

102 Wie die aus der Neuinbetriebnahme folgende Vergütung für die Vergangenheit anzupassen ist, ist jedoch im konkreten Einzelfall zu prüfen (s. Abschnitt 2.2.4).

2.2.4 Nachzahlungs- und Rückforderungsansprüche

103 Die seit der Neuinbetriebnahme zu zahlenden Vergütungen sind unter Zugrundelegung des Inbetriebnahmejahrs 2010 allesamt niedriger als unter Zugrundelegung des Inbetriebnahmejahrs 2000 (s. nachfolgende Tabelle 1):

⁶⁴Clearingstelle, Votum v. 28.06.2019 – 2018/47, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/47>.

Tabelle 1: Vergütung ab Neuinbetriebnahme (Aug./Sept. 2010)

Vergütungskategorie	Inbetriebnahme 2000	Inbetriebnahme 2010
Grundvergütung bis 150 kW	11,67 ct/kWh ¹	11,55 ct/kWh ⁶
Grundvergütung bis 500 kW	10,23 ct/kWh ²	9,09 ct/kWh ⁷
Güllebonus bis 150 kW	11 ct/kWh ³	10,89 ct/kWh ⁸
Güllebonus bis 500 kW	8 ct/kWh ⁴	7,92 ct/kWh ⁹
KWK-Bonus	3 ct/kWh ⁵	2,97 ct/kWh ¹⁰

¹ § 66 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 (für 2009).

² § 5 Abs. 1 und 2 EEG 2000 (für 2000).

³ § 66 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 27 Abs. 4 Nr. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. IV.2.b).aa) EEG 2009 (für 2009).

⁴ § 66 Abs. 1 Nr. 2 i.V. § 27 Abs. 4 Nr. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. IV.2.b).bb) EEG 2009 (für 2009).

⁵ § 66 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. Anlage 3 Nr. V EEG 2009 (für 2009).

⁶ §§ 22, 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 (für 2010).

⁷ §§ 22, 27 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 (für 2010).

⁸ §§ 22, 27 Abs. 4 Nr. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. IV.2.b).aa) EEG 2009 (für 2010).

⁹ §§ 22, 27 Abs. 4 Nr. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. IV.2.b).bb) EEG 2009 (für 2010).

¹⁰ §§ 22, 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. Anlage 3 Nr. V EEG 2009 (für 2010).

104 Nachzahlungsansprüche der Anspruchstellerin kommen daher nicht in Betracht (s. Abschnitt 2.2.4.1), sondern lediglich Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin (s. Abschnitt 2.2.4.2).

105 **2.2.4.1 Nachzahlungsansprüche der Anspruchstellerin** Nachzahlungsansprüche der Anspruchstellerin bestehen nicht.

106 Die Anspruchsgegnerin hat durchgängig Vergütungszahlungen aufgrund des EEG an die Anspruchstellerin geleistet. Diese waren seit der wertungsgemäßen Neuschaffung und Inbetriebnahme der neuen Anlage am [...] August 2010 sowie seit dem Anschluss des BHKW-1 an diese neue Anlage höher als die gesetzlich geschuldete Vergütung.

107 Seitdem ist der Anspruch gemäß §§ 5, 9 Abs. 1 EEG 2000⁶⁵ für den in den BHKW-2 und BHKW-1 erzeugten Strom entfallen und sind stattdessen Ansprüche gemäß §§ 27, 21 Abs. 2 EEG 2009 entstanden. Dahinstehen kann, ob es sich hierbei um zwei getrennte Zahlungsansprüche handelt oder durchgehend ein Zahlungsanspruch vorliegt, dessen Modalitäten (Höhe und Dauer der Vergütung) sich durch die Neuinbetriebnahme geändert haben.

⁶⁵Seit 01.01.2009 waren die Vergütungen des § 5 EEG 2000 erst ab der Leistungsschwelle über 150 kW anzuwenden, in der Leistungsschwelle bis 150 kW die aus § 66 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009.

- 108 Denn auch bei Annahme zweier getrennter Ansprüche hat die Anspruchsgegnerin auf den neuen Anspruch in der Höhe der gesetzlich geforderten Vergütung schuldfreiend geleistet und diese Zahlungsansprüche gemäß § 362 BGB zum Erlöschen gebracht. Die Erfüllungswirkung tritt als objektive Folge der Leistungsbewirkung ein, wenn die Leistung einem bestimmten Schuldverhältnis zugeordnet werden kann. Dazu reicht es aus, dass die bewirkte Leistung die allein geschuldete ist und daneben keine andere, gleichartige Schuld besteht, auf welche die Leistung daneben oder stattdessen erbracht worden sein könnte, und der Schuldner nicht selbst eine abweichende Bestimmung trifft.⁶⁶ Nur wenn mehrere Verbindlichkeiten bestehen, darf nicht offen bleiben, auf welche oder auf wessen Schuld die Leistung angerechnet werden soll und bedarf es ggf. einer Tilgungsbestimmung durch den Schuldner.⁶⁷
- 109 Die Anspruchsgegnerin hatte vorliegend durchgehend nur eine Schuld zu erfüllen, die Leistung auf den jeweils „richtigen“ Zahlungsanspruch aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis des EEG. Daneben bestanden keine weiteren Schuldverhältnisse zwischen der Anspruchstellerin und der Anspruchsgegnerin, der die Leistungen der Anspruchsgegnerin hätten zugeordnet werden können.
- 110 Auch eine Rückforderung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB der bislang gezahlten Vergütung wegen Zweckverfehlung kommt daher vorliegend nicht in Betracht. Die zweckgerichtete Mehrung des Vermögens der Anspruchstellerin durch die Anspruchsgegnerin bestand in der Leistung auf den sich jeweils aus dem EEG ergebenden Zahlungsanspruch, nicht lediglich auf den Anspruch in der sich aus dem Inbetriebnahmejahr 2005 ergebenden Höhe und Dauer.
- 111 Eine getrennte Rückabwicklung würde schließlich auch zu unstimmgigen Ergebnissen führen, u. a. weil seit dem EEG 2012 Zahlungsansprüche der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sowie Rückforderungsansprüche der Netzbetreiber unterschiedlichen Verjährungsfristen unterliegen.⁶⁸

⁶⁶BGH, Urt. v. 03.12.1990 – II ZR 215/89, Rn. 8, zitiert nach juris.

⁶⁷BGH, Urt. v. 03.12.1990 – II ZR 215/89, Rn. 8, zitiert nach juris.

⁶⁸Zahlungsansprüche unterliegen der regelmäßigen kenntnisabhängigen Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB, Rückforderungsansprüche der Netzbetreiber seit 01.08.2012 der kurzen kenntnisunabhängigen Verjährungsfrist gemäß § 35 Abs. 5 EEG 2012 und Nachfolgevorschriften. Dies würde je nach Konstellation dazu führen, dass die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber für bestimmte vergangene Zeiträume entweder gar keine Vergütung für den eingespeisten Strom erhalten (wenn der Netzbetreiber nach der Neuinbetriebnahme irrtümlich fortgezahlte höhere Vergütung mangels Verjährung zurückfordern kann, auf die seit der Neuinbetriebnahme entstandenen niedrigeren Vergütungsansprüche wegen Verwirkung aber nicht leisten muss) oder dass an die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die richtigerweise zu zahlende niedrigere Vergütung wegen Verwirkung

- 112 Es sind daher nur die überzahlten Beträge abzuschöpfen bzw. zurückzufordern.
- 113 Nicht zu entscheiden ist daher auch, ob aus der Neuinbetriebnahme folgende Zahlungsansprüche der Anspruchstellerin für bestimmte zurückliegende Zeiträume verjährt oder gemäß § 242 BGB wegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben verwirkt⁶⁹ sind.
- 114 **2.2.4.2 Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin** Die Ansprüche der Anspruchsgegnerin auf Rückforderung zu viel gezahlter Vergütung sind für Einspeisungen aus den Jahren 2010 bis 2013 verjährt, aus den Jahren ab 2014 noch nicht (s. Rn. 115 f. und Rn.138 f.).
- 115 Die Parteien haben keine Verjährungseinrede erhoben, aber die Kammer um Prüfung von Verjährungsfragen gebeten (s. Rn. 42 und Verfahrensfrage 2).
- 116 **Rückforderungsansprüche für die Jahre 2010 und 2011** Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für Einspeisungen aus den Jahren 2010 und 2011 sind verjährt.
- 117 Die Rückforderungsansprüche für Einspeisungen aus den Jahren 2010 und 2011 richten sich nach §§ 812 ff. BGB.⁷⁰ Die ausgezahlten Vergütungen sind, soweit sie seit der Inbetriebnahme der neuen Anlage die gesetzlich geschuldeten Zahlungen überstiegen, i. S. v. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB durch Leistung der Anspruchsgegnerin ohne Rechtsgrund erfolgt.
- 118 Die Verjährungsfrist für diese Ansprüche richtet sich nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB (regelmäßige Verjährungsfrist), beträgt drei Jahre und ist bereits abgelaufen.
- 119 **Verjährungsbeginn für das Jahr 2010** Die regelmäßige Verjährungsfrist für Rückforderungsansprüche für das Jahr 2010 begann frühestens mit Ablauf des Jahres 2011.

nicht ausgezahlt werden muss, sie aber die nach der Neuinbetriebnahme irrtümlich fortgezahlte höhere Vergütung wegen Verjährung von Rückforderungsansprüchen behalten können.

⁶⁹Die Verwirkung kann nur unter außergewöhnlichen Umständen schon vor Ablauf der dreijährigen Regelverjährung eintreten, *BGH*, Urt. v. 23.01.2014 – VII ZR 177/13, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de>, Rn. 13.

⁷⁰Zur Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB bis zum Inkrafttreten des EEG 2012: *OLG Hamm*, Urt. v. 13.09.2017 – 30 U 34/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3970>.

- 120 Gemäß § 199 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt.
- 121 Ein Anspruch ist im Sinne der Verjährungsvorschriften entstanden, wenn es objektiv möglich ist, den Anspruch im Wege der Klage geltend zu machen.⁷¹ Dies setzt beim Vergütungsanspruch nach dem EEG voraus, dass die Höhe der vom Schuldner (hier der Anspruchsgegnerin) zu leistenden Vergütungszahlung zumindest bestimmbar ist.⁷²
- 122 **Grundvergütung für das Jahr 2010** Ansprüche der Anspruchsgegnerin auf Rückforderung der Grundvergütung gemäß § 5 EEG 2000 für Einspeisungen seit dem [...] August 2010 sind Anfang 2011 entstanden.
- 123 Ein endabrechenbarer Vergütungsanspruch für den im Kalenderjahr 2010 erzeugten und eingespeisten Strom entstand grundsätzlich zu Beginn des Jahres 2011, da die Vergütungshöhe sowohl bei neuen als auch bei bestehenden Biomasseanlagen von der Bemessungsleistung (§ 18 Abs. 2 EEG 2009)⁷³ abhängig ist; diese kann erst mit Ablauf des Kalenderjahres – hier des Jahres 2010 – endgültig bestimmt werden.⁷⁴
- 124 Die Anspruchsgegnerin kannte jeweils zum 28. Februar des Folgejahres auch die eingespeisten Strommengen und die Bemessungsleistung der Anlage (s. Rn. 91).
- 125 Die Anspruchsgegnerin hatte Kenntnis von der Person des Schuldners – der Anspruchstellerin – und seit 28. Februar 2011 von den tatsächlichen Umständen der Schaffung bzw. Inbetriebnahme einer neuen Anlage gemäß § 3 Nr. 1 und Nr. 5 EEG 2009 im Jahr 2010 (s. Rn. 86 – 90 entsprechend). Sie hatte damit Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen eines Grundvergütungsanspruchs gemäß § 27 EEG 2009⁷⁵ und – bei dennoch unverändert fortgezahlter Vergütung – zugleich eines Rückforderungsanspruchs gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB.

⁷¹ Grothe, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2019, § 199, Rn. 5.

⁷² Clearingstelle, Votum v. 05.08.2015 – 2015/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/votv/2015/20>, Rn. 38.

⁷³ Galt gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 seit dem 01.01.2009 auch für Bestandsanlagen, die vor diesem Datum in Betrieb genommen wurden; dies gilt gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Buchst. a) EEG 2017 fort (zuvor gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012/§ 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a) EEG 2014).

⁷⁴ Clearingstelle, Votum v. 05.08.2015 – 2015/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/votv/2015/20>, Rn. 36 ff.; dies gilt jedenfalls für den vollumfänglichen bzw. endabrechenbaren Anspruch, Clearingstelle, Empfehlung v. 09.12.2011 – 2011/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/empfv/2011/12>, Rn. 75 ff.

⁷⁵ Die Einsatzstoffe mussten bereits im Jahr 2009 den Anforderungen von § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 i. V. m. § 27 Abs. 1 EEG 2009 entsprechen; dass ein Wechsel der Einsatzstoffe stattgefunden hat, wurde nicht vorgetragen.

- 126 Sie hatte zwar noch keine Kenntnis vom konkreten Inbetriebsetzungsdatum; dies hätte jedoch im Wege einer gerichtlichen oder außergerichtlichen Klärung ermittelt werden können.
- 127 Nicht erforderlich für die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände ist, dass die Parteien bzw. der Gläubiger die tatsächlichen Vorgänge rechtlich zutreffend bewerten.⁷⁶
- 128 Für den Beginn der Verjährungsfrist war daher unerheblich, ob die Anspruchsgegnerin davon ausging, dass keine Erneuerung gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 oder keine Inbetriebnahme i. S. v. § 3 Nr. 5 EEG 2009 vorlag. Unerheblich war daher ebenso, dass sich die Parteien über das zuzuordnende Inbetriebnahmejahr und die entsprechend anwendbaren Vergütungssätze, mithin über die korrekte Anspruchshöhe, noch uneinig waren, und möglicherweise von unterschiedlichen Anlagenbegriffen ausgingen. Weiterhin war unerheblich, dass im Gutachten 2013 scheinbar alle drei BHKW als eine Anlage, jedenfalls als eine KWK-Anlage behandelt wurden. Ebenso war unerheblich, dass das Gutachten 2016 ggf. den rechtlichen Schluss gezogen hat, dass nur das BHKW-2 neu in Betrieb genommen wurde, und ob dies daran liegt, dass zu diesem Zeitpunkt das BHKW-1 bereits endgültig abgebaut war.
- 129 Vorliegend nicht zu entscheiden ist, was daraus folgt, dass im Gutachten 2016 behauptet wird, das BHKW-1 sei als Redundanz-BHKW nicht mehr betrieben worden, und ob dies als unzutreffend gewertet werden kann, weil das BHKW-1 jedenfalls in 2012 noch zwölf Betriebsstunden, vermutlich während Ölwechseln und Wartungsarbeiten sowie anstelle und nicht zusätzlich zum BHKW-2 betrieben wurde.
- 130 Unerheblich für den Beginn der Verjährungsfrist war schließlich auch, dass dem Wortlaut des EEG nicht eindeutig zu entnehmen ist, wann bei der grundlegenden Umgestaltung von Bestandsanlagen die Inbetriebnahme einer Neuanlage i. S. v. § 3 Nr. 1 und Nr. 5 EEG 2009 vorliegt, und hierzu im Jahr 2011 noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorlag.⁷⁷ Ebenfalls unerheblich war, dass die Frage, ob mehrere BHKW eine oder mehrere Biogasanlagen i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009 darstellen und wann sich daher die Vergütungshöhe nach § 3 Nr. 1 oder § 19 Abs. 1 EEG 2009 richtete, im Jahr 2010/2011 in Praxis, Literatur, und Rechtsprechung noch umstrit-

⁷⁶BGH, Beschl. v. 19.03.2008 – III ZR 220/07, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de>, Leitsatz und Rn. 8; BGH, Urt. v. 29.01.2008 – XI ZR 160/07, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de>, Rn. 26.

⁷⁷Eine solche ist auch aktuell noch nicht ergangen.

ten war.⁷⁸ Diese Fragen wurden erst im Jahr 2013 durch den Bundesgerichtshof (BGH) entschieden.⁷⁹ Hieraus folgt nicht, dass im Jahr 2010 die Rechtslage so unübersichtlich und zweifelhaft war, dass selbst ein rechtskundiger Dritter sie nicht zuverlässig einzuschätzen vermochte, und dies einer Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände entgegenstehen konnte.⁸⁰ Eine mangelnde höchstrichterliche Klärung reicht hierfür nicht.⁸¹

- 131 Es ist daher davon auszugehen, dass die Anspruchsgegnerin – ebenso wie die Anspruchstellerin – schon in den Jahren 2010/2011, ggf. über mehrere Instanzen, eine gerichtliche Klärung der verfahrensgegenständlichen Fragen und etwaiger Rückforderungsansprüche hätte verfolgen können.
- 132 **Boni für das Jahr 2010** Auch für Ansprüche auf anteilige Rückforderung des zu hoch ausgezahlten NawaRo- bzw. Gülle-Bonus des EEG 2009 für den im Jahr 2010 eingespeisten Strom begann die Verjährungsfrist Ende 2011.
- 133 Solche Ansprüche sind ab Anfang 2011 entstanden. Diese Ansprüche entstehen i. S. v. § 199 Abs. 1 BGB frühestens mit der Erbringung der gesetzlich geforderten Nachweise (Anlage 2 Nr. VI.2.b Satz 2 und Anlage 3 Nr. II.1 Satz 2 und Nr. II.2 EEG 2009).⁸² Diese können erst nach Ablauf des Kalenderjahres der Einspeisung erbracht werden, da die nachzuweisenden Tatsachen über das gesamte Kalenderjahr hinweg bestimmt werden müssen.⁸³ Diese Nachweise wurden durch das Umweltgutachten 2010 zum 28. Februar 2011 vorgelegt. Die Anspruchstellerin hatte mit Erhalt

⁷⁸Zu diesen Fragen s. *Clearingstelle*, Empfehlung v. 01.07.2010–2009/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2009/12> und Empfehlung v. 02.07.2014–2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>.

⁷⁹BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2363>.

⁸⁰BGH, Urt. v. 19.03.2008 – III ZR 220/07, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de>, Rn. 7.

⁸¹OLG Koblenz, Urt. v. 24.02.2012 – 3 U 687/11, Rn. 118, zitiert nach juris. Für diese Fälle gerade den Instanzenzug als erforderliches Instrument ansehend *Lakkis*, in: juris Praxiskommentar BGB, 8. Aufl. 2017, § 199 Rn. 160. Zur ausnahmsweise fehlenden Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände bei unübersichtlicher Rechtslage s. *BGH*, Urt. v. 18.12.2008 – III ZR 132/08, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de>, Rn. 14.

⁸²*Clearingstelle*, Empfehlung v. 09.12.2011–2011/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2011/12>, Rn. 89, zur insoweit übertragbaren Frage der Fälligkeit.

⁸³Hierfür kann dahinstehen, ob diese Nachweise materielle Anspruchsvoraussetzungen oder Fälligkeitsbestimmungen sind; s. hierzu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 09.12.2011–2011/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2011/12>, Rn. 92. Dazu werden in Literatur und Rechtsprechung weiterhin unterschiedliche Ansichten vertreten. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob seit dem EEG 2012 (s. dort z. B. § 27 Abs. 5) sowie dem EEG 2014/EEG 2017 die Vorlage des Einsatzstofftagebuchs eine materielle Anspruchsvoraussetzung ist; vgl. hierzu *Clearingstelle*, Votum v. 18.12.2018 – 2018/36, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/36>, Rn. 39 ff.

- 134 der Umweltgutachten (hier des Gutachtens 2010) am 15. Februar 2011 Kenntnis der für die Bonusansprüche per Umweltgutachten nachzuweisenden Umständen.
- 135 **Ablauf der Verjährungsfrist für das Jahr 2010** Die Verjährungsfrist für Rückforderungsansprüche für das Jahr 2010 ist mithin am 31. Dezember 2014 abgelaufen.
- 136 **Sonderfall BHKW-1** Von der Tatsache, dass das BHKW-1 erst vier bis sechs Wochen nach der Inbetriebnahme der neuen Anlage zugebaut wurde, hat die Anspruchsgegnerin, soweit sich dies aus der Akte ergibt, erst im Laufe dieses Verfahrens Kenntnis erlangen können. Den Gutachten 2010 und 2016 lässt sich nur ein einheitlicher Umgestaltungsvorgang entnehmen (s. Rn. 15). Falls das BHKW-1 in diesen vier bis sechs Wochen, in denen es noch Teil der Bestandsanlage mit dem Inbetriebnahmejahr 2000 war, Strom erzeugt und eingespeist hat, bestehen für diesen Stromanteil mithin keine Rückforderungsansprüche. Dahinstehen kann daher, wann für solche Ansprüche die Verjährungsfrist begonnen hätte.
- 137 **Verjährung für die Jahre ab 2011** Die Verjährungsfrist für Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für das Jahr 2011 begann entsprechend zum Ende des Jahres 2012. Hinsichtlich des seit 2011 gezahlten KWK-Bonus gelten die Rn. 133 f. entsprechend.
- 138 Die Verjährungsfrist für Rückforderungsansprüche für das Jahr 2011 ist am 31. Dezember 2015 abgelaufen.
- 139 **Rückforderungsansprüche für die Jahre ab 2012** Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für zu viel gezahlte Vergütungen für Stromeinspeisungen ab 2012 sind für das Jahr 2012 und 2013, jedoch noch nicht für die Jahre ab 2014 verjährt.
- 140 Die Verjährung von Rückforderungsansprüchen der Anspruchsgegnerin für Einspeisungen, die ab Inkrafttreten des EEG 2012 am 1. Januar 2012 stattgefunden haben, richtet sich nach der Sonderregelung in § 35 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2012⁸⁴ bzw. § 57 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2014⁸⁵ (kurze zweijährige und kenntnisunabhängige Verjährung).

⁸⁴Galt gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2014 seit dem 01.01.2012 auch für Anlagen, die vor diesem Datum in Betrieb genommen wurden. S. hierzu auch *Clearingstelle*, Votum v. 24.10.2017 – 2017/47, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2017/47>, Rn. 35 f.

⁸⁵Galt gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2014 seit dem 01.08.2014 auch für Anlagen, die vor diesem Datum in Betrieb genommen wurden; dies gilt gemäß § 100 Abs. 2 EEG 2017 und § 100 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021 fort. Dahinstehen kann, ob es sich hierbei um ein Redaktionsversehen handelt und nach Sinn und

141 § 35 Abs. 4 Satz 1 bis 3 EEG 2012 lauten:

„¹Zahlt ein Übertragungsnetzbetreiber dem Netzbetreiber eine höhere als in den §§ 16 bis 18 vorgesehene Vergütung oder eine höhere als in den §§ 33g und 33i vorgesehene Prämie, ist er zur Rückforderung des Mehrbetrages verpflichtet. ²Der Rückforderungsanspruch verjährt mit Ablauf des 31. Dezember des zweiten auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres; die Pflicht nach Satz 1 erlischt insoweit. ³Die Sätze 1 und 2 gelten im Verhältnis von aufnehmendem Netzbetreiber und Anlagenbetreiberin oder Anlagenbetreiber entsprechend, es sei denn, die Zahlungspflicht ergibt sich aus einer vertraglichen Vereinbarung.“

Mit diesen Regelungen sind die § 57 Abs. 5 Satz 1 bis 3 EEG 2014 bzw. § 57 Abs. 5 Satz 1, 3 und 4 EEG 2017/EEG 2021 im Wesentlichen inhaltsgleich.

142 Dahinstehen kann, ob § 35 Abs. 4 Satz 1 und 2 EEG 2012 („Rückforderungsanspruch“) i. V. m. Satz 3 bzw. dessen Nachfolgeregelungen⁸⁶ die Anwendung von § 812 BGB ausschließen (sog. verdrängende Anspruchskonkurrenz oder *lex specialis*)⁸⁷ oder ob für Rückforderungen der Netzbetreiber⁸⁸ beide Anspruchsgrundlagen nebeneinander anwendbar sind (Anspruchskonkurrenz nicht verdrängender Art)⁸⁹.

143 § 35 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2012 bzw. § 57 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2014 stellen nach dem Urteil des BGH vom 5. Juli 2017 eine spezielle eigene

Zweck seit Inkrafttreten des EEG 2017 und EEG 2021 die § 57 Abs. 5 dieser EEG-Fassungen galten, da Satz 1 und Satz 3 dieser Vorschriften inhaltsgleich geblieben sind.

⁸⁶§ 57 Abs. 5 Satz 1 bis 3 EEG 2014 sowie § 57 Abs. 5 Satz 1, 3 und 4 EEG 2017/EEG 2021.

⁸⁷Cosack, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 57 Rn. 48 – 51. So wohl auch *Clearingstelle*, Votum v. 24.10.2017 – 2017/47, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2017/47>, Rn. 14. Uneindeutig *LG Mainz*, Ur. v. 10.03.2015 – 6 S 73/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2737>, S. 3, welches § 812 BGB nicht erwähnt.

⁸⁸Bei sich aus Gesetz ergebender Zahlungspflicht.

⁸⁹Hendrich, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 2, 3. Aufl. 2014, § 35 Rn. 22; Böhme, in: Greb/Boewe (Hrsg.), EEG Kommentar, 1. Aufl. 2018, § 57 Rn. 19; Ansehl, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 6. Aufl. 2018, § 57 Rn. 22; Brucker/Schmidt, in: Baumann/Gabler/Günther (Hrsg.), EEG Handkommentar, 1. Aufl. 2020, § 57 Rn. 25; *LG Offenburg*, Ur. v. 17.03.2017 – 6 O 139/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3834>, Rn. 23 f.; *OLG Hamm*, Ur. v. 13.09.2017 – 30 U 34/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3970>, Rn. 96, 99; *OLG Naumburg*, Ur. v. 05.08.2016 – 7 U 16/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3460>, S. 30. I. E. ebenso Schäfermeier, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG Handkommentar, 4. Aufl. 2014, § 35 Rn. 22, demzufolge alle Kondiktionsansprüche

Anspruchsgrundlage für die Zurückforderung zu viel gezahlter EEG-Vergütung dar.⁹⁰ Die o. g. Frage hat der BGH jedoch offengelassen.⁹¹ Diese muss aber auch hier nicht entschieden werden.

- 144 Denn liegt eine nicht verdrängende Konkurrenz vor, ist jedenfalls die kurze Verjährungsfrist des § 57 Abs. 5 EEG 2021 auch auf den konkurrierenden Anspruch nach § 812 BGB zu übertragen.⁹²
- 145 Unterliegen konkurrierende Ansprüche unterschiedlichen Verjährungsfristen, ist die kürzere Verjährungsfrist des EEG auch auf die konkurrierenden Ansprüche anzuwenden, wenn ihr Schutzzweck dies verlangt.⁹³ Dies ist der Fall, wenn die kurze Verjährungsfrist durch die Geltendmachung des Anspruchs mit der längeren Verjährungsfrist ausgehöhlt würde,⁹⁴ was hier zu bejahen ist.
- 146 § 35 Abs. 4 Satz 1 bis 3 EEG 2012/§ 57 Abs. 5 Satz 1 bis 3 EEG 2014 bezwecken in erster Linie nicht den Schutz der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, sondern

vom Begriff „Rückforderungsansprüche“ i. S. v. § 57 EEG erfasst sind. I. E. ebenso *Salje*, EEG Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 57, demzufolge einerseits (Rn. 44) ein spezieller Bereicherungsanspruch nicht verdrängender Art vorliegt, so dass zu den §§ 812 ff BGB Anspruchskonkurrenz bestehe; andererseits (Rn. 33) § 57 Abs. 5 EEG eine Ausschlussfrist enthalte (vom BGH verworfen), die auch Ansprüche nach § 812 ausschließe. Aufgrund von Anspruchskonkurrenz nur § 812 BGB anwendend: *LG Itzehoe*, Ur. v. 01.10.2015-6 O 122/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2926>, S. 7, sowie Ur. v. 26.10.2015-3 O 157/15, Rn. 38, 84, zitiert nach *juris*; ebenso *LG Detmold*, Ur. v. 08.02.2016 - 1 O 138/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3155>, S. 4. Uneindeutig *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht*, Ur. v. 21.06.2016-3 U 108/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3170>, S. 6 unter 1. a. E.

⁹⁰BGH, Ur. v. 05.07.2017 - VIII ZR 147/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3584>, Rn. 20 f.

⁹¹Ebenso *BDEW*, Stellungnahme zum Votum 2017/47 der Clearingstelle, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2017/47>, S. 1. Anderer Ansicht *OLG Brandenburg*, Ur. v. 13.03.2018-6 U 83/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4307>, Rn. 49, unter Verweis auf die Rn. 36 des BGH-Urteils, die sich jedoch nicht auf § 57 EEG bezieht, sondern auf die Regelungen des EEG zur Vergütungsreduzierung auf null. Sich der – insoweit verweisfehlerhaften – Argumentation des OLG Brandenburg anschließend: *OLG Düsseldorf*, Ur. v. 13.02.2019-27 U 8/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5429>, Rn. 80.

⁹²Ebenso *OLG Hamm*, Ur. v. 13.09.2017-30 U 34/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3970>, Rn. 99; *Hendrich*, in: *Säcker (Hrsg.)*, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 2, 3. Aufl. 2014, § 35 Rn. 27; *Altrock/Lamy ZUR* 2/2016, S. 73, 75; *Ansehl*, in: *Säcker (Hrsg.)*, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 6, 4. Aufl. 2018, § 57 Rn. 27; *Böhme*, in: *Greb/Boewe (Hrsg.)*, EEG Kommentar, 1. Aufl. 2018, § 57 Rn. 22; *Schäfermeier*, in: *Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.)*, EEG Handkommentar, 4. Aufl. 2014, § 35 Rn. 22, demzufolge alle Kondiktionsansprüche vom Begriff „Rückforderungsanspruch“ i. S. v. § 57 EEG erfasst sind.

⁹³*Palandt/Ellenberger*, BGB, 76. Aufl., § 195 Rn. 18 m. w. N.

⁹⁴BGH, Ur. v. 24.05.1976 - VIII ZR 10/74, zitiert nach *juris*, Rn. 9.

eine schnelle Rückabwicklung im Interesse des Belastungsausgleichs bzw. der Allgemeinheit.⁹⁵

- 147 Sie schaffen daher für die Dauer der kurzen Verjährungsfrist zugleich eine Pflicht zur Rückforderung. Weiterhin gilt gemäß § 35 Abs. 4 Satz 4 EEG 2012/§ 57 Abs. 5 Satz 4 EEG 2014⁹⁶ das Aufrechnungsverbot des EEG nicht für die Rückforderungsansprüche im Sinne dieser Vorschriften. Demgegenüber ist die regelmäßige Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB nicht mit einer Rückforderungspflicht verbunden. Ansprüche aus § 812 BGB dürften zudem dem Aufrechnungsverbot unterliegen.⁹⁷ Dennoch ist nicht erkennbar, dass Zuvielzahlungen, die sich aus der Anwendung der falschen Anspruchsnorm ergeben, parallel gemäß § 812 BGB über die von § 35 Abs. 4 Satz 2 EEG 2012 bzw. § 57 Abs. 5 Satz 2 EEG 2014 und § 57 Abs. 5 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021 vorgesehene Frist hinaus verjähren sollen.
- 148 Denn der Schutzzweck der kurzen Verjährungsfrist des EEG – eine zügige Abwicklung von Rückforderungsansprüchen – würde nicht erreicht, wenn dieselben Rückforderungen auf Grundlage von § 812 BGB länger eingefordert werden könnten; damit liefe die spezialgesetzliche Verkürzung der Verjährungsfrist leer.
- 149 Dahinstehen kann, ob für Rückforderungsansprüche, die auf der Anwendung der richtigen Vergütungssätze, aber irrtümlicher oder vorsätzlicher Falschabrechnung beruhen, ausschließlich § 812 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB gelten,⁹⁸ denn dies ist vorliegend nicht der Fall. Gleiches gilt für Fälle, in denen gar kein Vergütungsanspruch besteht.

⁹⁵BGH, Urt. v. 05.07.2017 – VIII ZR 147/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3584>, Rn. 56, unter Inbezugnahme von BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/1423/material>, S. 82.

⁹⁶Ebenso § 57 Abs. 5 Satz 5 EEG 2017/EEG 2021.

⁹⁷Hierfür spricht, dass § 57 Abs. 5 EEG 2021 einen eigenen Rückforderungsanspruch enthält, BGH, Urt. v. 05.07.2017 – VIII ZR 147/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3584>, Rn. 20.

⁹⁸In der Literatur teils umstritten. Eine solche Unterscheidung ergibt sich aus dem Wortlaut von § 35 Abs. 4 EEG 2012/§ 57 EEG 2021 nicht; ebenso: *Clearingstelle*, Votum v. 24.10.2017 – 2017/47, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2017/47>, Rn. 44. Gemäß der Gesetzesbegründung zu § 57 Abs. 5 EEG 2012 ist dieser für „Zahlungen aufgrund falscher Annahmen zur Rechts- oder Sachlage“ anwendbar, BT-Drs. 18/8860, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3253/material>, S. 237.

- 150 Dahinstehen kann ebenfalls, ob gegenüber der kurzen Verjährungsfrist des EEG bereicherungsrechtliche Einwendungen greifen,⁹⁹ denn eine positive Kenntnis der Anspruchsgegnerin gemäß § 814 BGB von der Nichtschuld lag jedenfalls nicht vor.
- 151 **Hemmung der kurzen Verjährung** Die zweijährige kenntnisunabhängige Verjährung von Rückforderungsansprüchen für den in den Jahren 2012 und 2013 eingespeisten Strom ist bereits abgelaufen.
- 152 Die Verjährung von Vergütungsansprüchen für ab dem 1. Januar 2014 eingespeisten Strom ist jedoch noch nicht abgelaufen, da sie gehemmt wurde. Die Regelungen zur Verjährungshemmung sind auch auf die zweijährige kenntnisunabhängige Verjährung anzuwenden.¹⁰⁰ Gegenteiliges ergibt weder der Vergleich mit den – strukturell ähnlichen – Maximalfristen gemäß § 199 Abs. 2 bis 4 BGB¹⁰¹ noch der Sinn und Zweck von § 35 Abs. 5 EEG 2012/§ 57 Abs. 5 EEG 2014 bis EEG 2021. Denn auch das Interesse an einer zügigen Abwicklung des Belastungsausgleichs verlangt nicht, dass Netzbetreiber stets nur die zwei auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahre Zeit haben, um bspw. eine gerichtliche Klärung möglicher Rückforderungsansprüche gegen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber zu erreichen. Dies ist häufig schon aufgrund der Gerichtslaufzeiten praktisch nicht möglich und würde vielmehr dazu führen, dass eine solche Klärung teils gar nicht möglich wäre. Dem steht nicht entgegen, dass Rückforderungsansprüche gemäß § 38 Nr. 1 EEG 2012 bzw. § 62 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 bis EEG 2021 auch ohne Titel in der nächsten Endabrechnung berücksichtigt werden können, zumal sich dies insbesondere auf unstreitige Fehlrechnungen beziehen dürfte.

⁹⁹Bejahend z. B. *Lamy/Altrock*, ZUR 2016, 73, 79 mit weiteren Nachweisen; verneinend z. B. *Cosack*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 57 Rn. 51.

¹⁰⁰Im Ergebnis ebenso *Altrock*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 38 Rn. 13 zu § 35 Abs. 4 EEG 2012.

¹⁰¹Eine Hemmung der zivilrechtlichen Maximalfristen der Verjährung gemäß § 199 Abs. 2 bis 4 BGB bejahen *Fischinger*, VersR 2006, 1475, 1477f. sowie unter Verweis auf diesen *Grotte*, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2018, § 199 Rn. 49 und *Ellenberger*, in: Palandt (Begr.) BGB Kommentar, 79. Aufl. 2020, § 199 Rn. 42. Anderer Ansicht *Lakkis*, in: juris Praxiskommentar BGB, 8. Aufl. 2017, § 199 Rn. 194, unter Verweis darauf, dass die Maximalfristen eine spät begonnene kenntnisabhängige Verjährungsfrist gerade kappen sollen und sich daher eine „Doppelverwertung“ von Hemmungstatbeständen verbietet. Jedoch übersehend, dass Hemmungstatbestände, z. B. Verhandlungen, nicht zugleich zwingend Kenntnis aller anspruchsbegründenden Umstände und damit Beginn der kenntnisabhängigen kurzen Verjährung schaffen müssen und insofern nicht zwingend eine „Doppelverwertung“ vorliegt.

- 153 Für das Jahr 2014 wäre die zweijährige Verjährungsfrist am 31. Dezember 2016 – und für die Folgejahre entsprechend fortgerechnet – abgelaufen. Die Verjährung wurde jedoch seit dem 15. Juni 2016 durch Verhandlungen i. S. v. § 203 BGB sowie seit Ende 2017 durch Rechtsverfolgung gemäß §§ 209, 204 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b), Abs. 2 BGB i. V. m. § 14 Abs. 1 VerfO gehemmt.
- 154 Die Anspruchsgegnerin und die Anspruchstellerin haben sich seit dem Schreiben der anwaltlichen Vertretung der Anspruchstellerin vom 15. Juni 2016 und der Antwort der Anspruchsgegnerin vom 20. Juni und 29. September 2016 in „Verhandlungen“ i. S. v. § 203 BGB befunden,¹⁰² welche die Verjährung gehemmt haben. Ab diesem Zeitpunkt hat auf Grundlage der von den Parteien vorgetragene Umstände erkennbar ein fortgesetzter Meinungs-austausch über die Höhe der auszahlenden Vergütungen und die begründenden Umstände stattgefunden.
- 155 Dieser Austausch enthielt Erklärungen, die die Anspruchstellerin zu der Annahme berechtigten, die Anspruchsgegnerin lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs ein. So hat die Anspruchsgegnerin die Anspruchstellerin u. a. dazu aufgefordert, weitere Umstände nachzuweisen, damit sie den Sachverhalt und dessen rechtliche Einordnung nochmals unter anderen Gesichtspunkten prüfen könne. Obgleich die Anspruchsgegnerin hierbei den Nachweis über die Umstände einer „Erneuerung“ und nicht einer „Neuerrichtung“ nannte, war dieser Kommunikation jedenfalls die Bereitschaft zu entnehmen, das der Anlage zuzuordnende Inbetriebnahmedatum ggf. erneut zu prüfen.
- 156 Die Anspruchsgegnerin und die Anspruchstellerin haben sich zwar schon ab dem Jahr 2010 über das Vorliegen einer Bestands- oder Neuanlage und mithin das anzuwendende Inbetriebnahmedatum ausgetauscht (s. Rn. 11 – 25). Das hierzu Vorge-tragene reicht aber nicht aus, um von Verhandlungen i. S. v. § 203 BGB auszugehen. So ergibt sich aus dem Vorgetragenen lediglich, dass die Parteien in ihrer Kommunikation in den Jahren 2010 bis 2013 ihre jeweiligen Positionen wiederholt haben, nicht aber eindeutig, dass die Anspruchsgegnerin sich auf weitergehende Erörterungen über das Bestehen des Anspruchs eingelassen hat. Dahinstehen kann daher, ob in den Zeiträumen zwischen 2010 und 2012 sowie 2013 und 2016 etwaige Verhand-

¹⁰² „[Ernsthafter] Meinungs-austausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen [...], die der jeweils anderen Seite die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterung über die Berechtigung des Anspruchs oder dessen Umfang ein“; s. hierzu *BGH*, Beschl. v. 07.07.2011 – IX ZR 100/08, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de>, Rn. 2; *Lakkis*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.), *juris Praxiskommentar BGB*, 9. Aufl., § 203 BGB (Stand: 01.05.2020), Rn. 5 und 6 m. w. N.

lungen gestockt sind und die Verjährungshemmung daher zwischenzeitlich abgebrochen wurde.¹⁰³ Dahinstehen kann daher ebenfalls, ob die Aussagen in den Gutachten 2010 und 2012 zur Inbetriebnahme einer neuen Anlage der Anspruchstellerin als eine eigene Erklärung zur Aufnahme bzw. Führung von Verhandlungen über konkrete Zahlungsansprüche zugerechnet werden können.

- 157 Die jedenfalls im Jahr 2016 eingetretene Verjährungshemmung wirkte hingegen auch fort, da die seitdem vorliegenden Verhandlungen zwischen den Parteien weitergeführt wurden. Sie tauschten bis 2017 weitere zur Akte gereichte Schreiben aus. Zudem erweiterte die Anspruchstellerin daraufhin den Auftrag für das Gutachten 2016 um die Aufnahme von Angaben über den Umfang der ursprünglichen Anlage, die vorgenommenen Umbaumaßnahmen sowie deren jeweilige Kosten.
- 158 Ab Ende 2017 war der Lauf der Verjährung weiterhin durch Rechtsverfolgung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b), Abs. 2 BGB gehemmt, da sich zu diesem Zeitpunkt beide Seiten einvernehmlich an die Clearingstelle gewendet haben, um eine abschließende verfahrensförmliche Klärung der Vergütungs- und Anlagenfragen zu erreichen. Der Lauf der Verjährung ist daher jedenfalls noch für sechs Monate nach Beendigung dieses Verfahrens gehemmt und die Verjährungsfrist für Vergütungsansprüche für Einspeisungen ab dem Jahr 2012 noch nicht abgelaufen.
- 159 **Kein Ausschluss der Verjährungseinrede** Ein Ausschluss der Verjährungseinrede wegen widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) gemäß § 242 BGB der Anspruchstellerin kommt vorliegend nicht in Betracht.
- 160 Die Anspruchstellerin hat der Anspruchsgegnerin 2010 mitgeteilt, dass ihrer Ansicht nach eine Neuinbetriebnahme erfolgt ist, mithin den Eintritt der Verjährung nicht dadurch befördert, dass sie das bisherige Inbetriebnahmedatum und die bisherige Vergütung viele Jahre widerspruchlos hingenommen hat.

Dr. Mutlak

Richter

Sobotta

¹⁰³Zum „Einschlafen“ von Verhandlungen s. *BGH*, Urt. v. 15.12.2016 – IX ZR 58/16, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de>, Rn. 15, demzufolge je nach konkretem Einzelfall auch eine Unterbrechung von Monaten ausreichen kann.