

Votum

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

Leitsätze:

1. Die erstmalige Inbetriebsetzung nach der Erneuerung i. S. v. § 3 Abs. 4 Alternative 2 (im Folgenden: „Alt. 2“) EEG 2004 ist der Zeitpunkt, in dem nach Abschluss der Erneuerung erstmals dauerhaft Strom erzeugt wird. Eine zwischenzeitliche Außerbetriebsetzung der Anlage ist nicht erforderlich (s. Abschnitt 2.2.1.3).
2. Die Neuinbetriebnahme gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 ist eine gesetzliche Rechtsfolge. Das Geltendmachen der Neuinbetriebnahme ist kein Gestaltungsrecht im zivilrechtlichen Sinn und kann daher nicht gemäß § 242 BGB verwirkt werden (s. Abschnitt 2.2.2).
3. Jedoch können Ansprüche auf Nachzahlung oder Rückforderung von Vergütungszahlungen, die aufgrund der Neuinbetriebnahme entstanden sind, verjährt oder verwirkt sein. Dies ist im konkreten Einzelfall zu prüfen (s. Abschnitte 2.2.5 und 2.2.6).
4. Teilen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber dem zuständigen Netzbetreiber die Umstände der Erneuerung und das Geltendmachen einer Neuinbetriebnahme nach Ablauf der kurzen kenntnisunabhängigen Verjährungsfrist gemäß § 35 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2012 und § 57 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2014 bzw. den entsprechenden Nachfolgevorschriften des EEG mit, ist gegenüber den verjährten Rückforderungsansprüchen des Netzbetreibers i.S. dieser

Vorschriften, die aufgrund der Neuinbetriebnahme entstanden sind, die Einrede der Verjährung nach Treu und Glauben (*venire contra factum proprium*) unzulässig (s. Rn. 182 f.).

5. Der Netzbetreiber kann daher Rückforderungsansprüche i.S. dieser Vorschriften auch nach Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist durchsetzen. Eine Pflicht zur Rückforderung besteht gemäß § 35 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 i. V. m. Satz 3 EEG 2012 und § 57 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 i. V. m. Satz 3 EEG 2014 bzw. den entsprechenden Nachfolgevorschriften jedoch nicht mehr (s. Abschnitt 2.2.6.3).
6. Nicht Gegenstand dieses Votums ist, ob Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sowie die zuständigen Netzbetreiber gemäß § 7 Abs. 2 EEG 2014 bzw. dessen Vorgänger- oder Nachfolgevorschriften eine Vereinbarung über den Verzicht auf die Neuinbetriebnahme wegen Erneuerung bzw. über die Beibehaltung des bisherigen Inbetriebnahmedatums und die daraus folgende Vergütungsdauer und -höhe abschließen können (s. Rn. 120).

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG|KWKG¹ durch ihre Mitglieder Richter in der Funktion der Vorsitzenden sowie Dr. Mutlak als Beisitzerin und Teichmann als Beisitzer auf der Grundlage der mündlichen Erörterung vom 2. Dezember 2020 am 1. Juli 2021 folgendes Votum:

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.

1. Die von der Anspruchstellerin betriebene Biogasanlage wurde im Jahr 2008 gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004² nach einer Erneuerung neu in Betrieb genommen.
2. Die Neuinbetriebnahme gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 ist nicht verwirkt.
3. Die aufgrund der Neuinbetriebnahme entstandenen Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für zu viel gezahlte Vergütungen für Einspeisungen aus den Jahren 2008 bis 2011 gemäß § 812 Abs. 1 BGB³ sind gemäß §§ 199, 195 BGB noch nicht verjährt.
4. Die Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für Einspeisungen aus den Jahren 2012 bis 2015 sind zwar gemäß §§ 35 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2012⁴ bzw. § 57 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2014⁵ verjährt; die Einrede der Verjährung ist jedoch gemäß § 242 BGB unzulässig. Eine Pflicht zur Rückforderung gemäß § 35 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 i. V. m. Satz 3 EEG 2012 und § 57 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 i. V. m. Satz 3 EEG 2014 bzw. den entsprechenden Nachfolgevorschriften des EEG ist damit nicht verbunden.

²Gesetz 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 Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), zum 31.12.2008 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.

³Bürgerliches 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).

⁴Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), 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. 5 des Gesetzes v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes v. 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>.

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. 15 des Gesetzes 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>.

5. Die Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für Einspeisungen aus den Jahren ab 2016 sind gemäß §§ 35 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2012 bzw. § 57 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2014 sind bislang nicht verjährt.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle:

Ergeben sich aus diesem Votum nachträgliche Korrekturen am bundesweiten Ausgleich hinsichtlich der abzurechnenden Strommen- gen oder Vergütungs- bzw. Prämienzahlungen (finanzielle Förde- rung), sind diese Korrekturen gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2021⁶ bzw. § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014⁷ i. V. m. § 100 Abs. 1 EEG 2021 und § 100 Abs. 2 EEG 2017⁸ bei der nächsten Abrechnung zu berücksich- tigen.

⁶Gesetz 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>.

⁷Gemäß 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.

⁸Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkün- det 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 ge- ändert 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>.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	5
2	Begründung	13
2.1	Verfahren	13
2.2	Würdigung	13
2.2.1	Erneuerung und Neuinbetriebnahme gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004	13
2.2.2	Keine Verwirkung eines Gestaltungsrechts	26
2.2.3	Mitteilungspflichten	32
2.2.4	Änderung der Vergütungshöhe	37
2.2.5	Keine Nachzahlungsansprüche der Anspruchstellerin	39
2.2.6	Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin	41

1 Tatbestand

- 1 Die Parteien wünschen eine Klärung der Fragen, ob die Biogasanlage der Anspruchstellerin in den Jahren 2006 bis 2008 erneuert und im Jahr 2008 neu in Betrieb genommen wurde sowie ob und ggf. ab wann die Anspruchstellerin eine entsprechende Neuvergütung des in der Anlage erzeugten Stroms verlangen kann.
- 2 Die Anspruchstellerin betreibt am Standort [...] eine Biogasanlage mit zwei Blockheizkraftwerken (BHKW) und einer installierten Leistung von insgesamt [über 500]kW⁹ (im Folgenden: Anlage). Den in der Anlage erzeugten Strom speist sie in das von der Anspruchsgegnerin betriebene Netz für die allgemeine Versorgung ein.
- 3 Die Anlage wurde erstmals am [...] November 2005 in Betrieb genommen. Zu diesem Zeitpunkt waren im Wesentlichen vorhanden:
 - 4
 - Ein BHKW mit einer installierten Leistung von 150kW (im Folgenden: BHKW-1),
 - ein Vorlagebehälter,

⁹Diese und alle weiteren Leistungsangaben in „kW“ beziehen sich auf die elektrische Leistung (kW_{el}).

- eine Einrichtung zum Feststoffeintrag (umgebauter Futtermittelwagen),
 - ein Fermenter ohne Leckageerkennung mit Stabrührwerk (im Folgenden: Fermenter-1),
 - ein Nachgärer,
 - eine Halle mit einer Gesamtfläche von ca. 384 m², davon ca. 60 m² genutzt für das BHKW-1 (im Folgenden: BHKW-Raum-1); Nutzung der Halle im Übrigen für Werkstatt, Trafo u. a.,
 - ein Pumpenkeller,
 - Infrastruktur (Verrohrung, Verkabelung, Kondensatschächte) und
 - ein Fahrsilo.
- 5 Weiterhin wurde ein Gärrestlagerbehälter (offen) bereits vor der Erstinbetriebnahme bestellt, konnte aber erst im Dezember 2005 errichtet werden. Für den in der Anlage erzeugten Strom wurde der KWK-Bonus in Anspruch genommen.
- 6 Da der Anlagenbetrieb positiv verlief, beschloss die Anspruchstellerin ab 2006, die Anlage bzw. den Betrieb zu erweitern. Die konkrete Planung erstellte sie selber. Mit Bescheid vom 28. Juni 2006 genehmigte das Landratsamt [...] das beantragte Vorhaben „Änderung von Lage und Größe der Behälter sowie Neubau eines Fermenters und Errichtung von Fahrsilos“.
- 7 Im Zeitraum vom 23. Januar 2006 bis 31. Dezember 2008 wurden folgende Maßnahmen an der Anlage vorgenommen:
- Zubau eines BHKW mit einer installierten Leistung von 370 kW mit Abgaswärmetauscher (im Folgenden: BHKW-2),
 - Nutzungsausdehnung in der Halle: Nutzung eines weiteren Raums mit ca. 36 m² (im Folgenden: BHKW-Raum-2) für Steuerung und Schaltanlage von BHKW-1 und BHKW-2,
 - Ausstattung des BHKW-1 mit einem Abgaswärmetauscher,
 - Zubau eines Fermenters mit Leckageerkennung und zwei Langachsrührwerken (im Folgenden: Fermenter-2),

- Ergänzung des Gärrestlagers um ein Gasspeicherdach mit Über-/Unterdruck-Sicherungen sowie um eine Tauchschnidpumpe,
 - Vergrößerung und Ergänzung des Fahrsilos (zusätzliche Asphaltfläche, Seitenwände und Rückwand),
 - Ersetzung der bisherigen Feststoffeintrageinrichtung gegen eine neue (System Trioliet) und
 - Ersetzung der bisherigen Exzentrerschneckenpumpe durch eine Drehkolbenpumpe und entsprechende Vergrößerung des Pumpenkellers.
- 8 Die bisherige Feststoffeintrageinrichtung sowie die bisherige Pumpe wurden ersetzt, weil die bis 2005 errichteten Komponenten für die im Zuge des Umbaus erhöhte Substratbeschickung und Gaserzeugung nicht mehr ausreichend dimensioniert waren.
- 9 Das BHKW-2 wurde Anfang 2007 in Betrieb gesetzt. Das ausführende Elektronunternehmen (im Folgenden: Installateurin) unterzeichnete das von der Anspruchsgegnerin bereitgestellte Formular „Anmeldung zum Anschluss“ am 10. November 2006 mit der Angabe „Erweiterung der Biogas-Anlage um ein 2. Aggregat mit 370 kW“. In der Fertigmeldung vom 16. März 2007 vermerkte sie im Feld „Die Inbetriebsetzung/Verplombung kann frühestens zum ___ erfolgen“ die Angabe „sofort“.
- 10 Das von der Anspruchstellerin beauftragte Ingenieurbüro teilte der Anspruchsgegnerin mit Schreiben vom 29. März 2007 ebenfalls mit, dass die Anlage um ein zusätzliches BHKW erweitert wurde.
- 11 Darüber hinaus liegt keine Dokumentation über den Abschluss der Umbaumaßnahmen oder die anschließende Inbetriebsetzung der Anlage vor.
- 12 Die Anspruchsgegnerin passte zum 24. April 2008 die Vergütungsabschläge auf die erhöhte installierte Leistung an.
- 13 Im Jahr 2018 erfuhr die Anspruchstellerin durch Veröffentlichungen in der Fachpresse, dass bestimmte, bis Ende 2008 vorgenommene Änderungen an EEG-Anlagen zu einer Erneuerung und Neuinbetriebnahme gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 führen konnten.
- 14 Am 13. August 2018 gab die Anspruchstellerin daher ein Umweltgutachten in Auftrag, um darzustellen und nachzuweisen, dass die Kosten der o. g. Maßnahmen gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 „mindestens 50 % der Kosten der Neuherstellung der

gesamten Anlage“ betragen hatten. Laut dem Gutachten vom 9. November 2018¹⁰ (im Folgenden: Gutachten) beliefen sich die Kosten der o. g. Maßnahmen im Verhältnis zu den Kosten für die Herstellung einer Neuanlage in dem nach Abschluss der Maßnahmen vorhandenen Umfang auf 53,71 %.

- 15 Die Anspruchstellerin gab auf den rechtlichen Hinweis der Kammer im Jahr 2021 zudem ein Ergänzungsgutachten¹¹ (im Folgenden: Ergänzungsgutachten) in Auftrag, um die Kosten der Erneuerung ohne das offene Gärrestlager und das neue Fahrsilo sowie die Kosten des Altbestands bzw. der Neuherstellung ohne die Maßnahmen zur Erweiterung des Fahrsilos neu zu berechnen. Laut dem Ergänzungsgutachten vom 3. Mai 2021 beliefen sich die Kosten der o. g. Maßnahmen im Verhältnis zu den Kosten für die Herstellung der Neuanlage auf 53,87 %.
- 16 Für die Begutachtung nahmen die Gutachter am 28. August 2018 eine Ortsbesichtigung des aktuellen Anlagenbestands zur Plausibilisierung der vorgenommenen Bauabschnitte und Maßnahmen vor. Laut der Vorgehensbeschreibung im Gutachten wurden die Kosten sowohl des Altbestands als auch der Umbaumaßnahmen anhand der von der Anspruchstellerin vorgelegten und von den Gutachtern soweit als möglich auf Plausibilität geprüften Rechnungen bzw. Rechnungskopien, Kontenblättern und weiteren Dokumenten ermittelt. Kosten für die externe Wärmenutzung, Netz, Netzanschluss, Trafo, Wegebau, mobile Geräte und sonstige nicht unmittelbar für die Errichtung der Anlage notwendige Positionen wurden nicht berücksichtigt. Für die nicht nachweisbare Genehmigungsgebühr und Positionen von nicht mehr lesbaren Barquittungen wurden für den Anlagenbestand von Anfang 2006 pauschal Kosten von 2 000 € angesetzt. Bei den Kosten des Gärrestlagers und der Fahrsilos erfolgten die Zuordnungen durch die Gutachter nach bestem Wissen, eine 100 %ig genaue Zurechnung war bei einigen sehr allgemein formulierten Posten nicht möglich. Im Zweifelsfall wurde eine konservative Bewertung vorgenommen, d. h. nicht eindeutig zuzuordnende Posten wurden so berücksichtigt, dass die für den Erneuerungsanteil zu übersteigende Bewertungsschwelle höher war.¹² Alle Rechnungen bzw. Posten wurden in mehreren hundert laufenden Nummern katalogisiert und alle berücksichtigten Posten tabellarisch aufbereitet.
- 17 Die jüngste berücksichtigte Rechnung wurde über die Anbringung von Dämmmaterial (laufende Nr. 351, Rechnungsnummer [...]) mit dem Rechnungsdatum „13. Februar 2008 bis 31. Dezember 2008“ gestellt.¹³

¹⁰[...], Umweltgutachter, „Gutachten zur Erneuerung der Biogasanlage der [...] GmbH“.

¹¹[...], Umweltgutachter, „1. Ergänzungsgutachten zur Erneuerung der Biogasanlage der [...] GmbH“.

¹²Gutachten, S. 2 f. Ergänzungsgutachten, S. 2 f.

¹³Gutachten, Tab. 2, S. 3; Ergänzungsgutachten, Tab. 2, S. 1.

- 18 Für die konkreten Kostenangaben wird im Folgenden nur noch das Ergänzungsgutachten zitiert; beiden Gutachten liegen die gleichen Vorgehensweisen bei der Ermittlung und Berechnung der Kosten zugrunde. Unter Verwendung der Teuerungsindizes des Statistischen Bundesamts, Extrapolationen und Schätzungen wurden auf das Preisniveau von 2008 hochgerechnet und gerundet:
- Der Anlagenbestand von Anfang 2006 ohne die Bestandteile, die im Rahmen der 2006 bis 2008 vorgenommenen Umbaumaßnahmen ausgetauscht wurden: auf 451 994,91 €, ¹⁴
 - die 2006 bis 2008 vorgenommenen Umbaumaßnahmen: auf 577 817,06 €. ¹⁵
- 19 Diese Kosten wurden addiert (1 029 811,97 €) ¹⁶ und schließlich zu den in den Jahren 2006 bis 2008 tatsächlich angefallenen Kosten der Umbaumaßnahmen (554 714,58 €, ebenfalls gerundet) ¹⁷ ins Verhältnis gesetzt.
- 20 Mit Schreiben vom 22. November 2018, bei der Anspruchsgegnerin eingegangen am 26. November 2018, teilte die Anspruchstellerin mit, dass in den Jahren 2006 bis 2008 neben dem Zubau des BHKW-2 auch weitere Maßnahmen erfolgt waren, etwa der Zubau eines Gärrestlagerbehälters, eines Feststoffeintrags und die Erweiterung des Fahrsilos. Sie teilte der Anspruchsgegnerin ferner mit, dass die letzte relevante Erneuerungsmaßnahme am 31. Dezember 2008 stattgefunden habe. Mit diesem Schreiben übermittelte sie zudem das Gutachten und machte die Erneuerung und Neuinbetriebnahme der Anlage zum 31. Dezember 2008 geltend.
- 21 Die Anspruchsgegnerin lehnte mit Schreiben vom 6. Dezember 2018 die Umstellung der Vergütung mit der Begründung ab, dass die relevanten Daten für die jeweiligen Abrechnungsjahre seit 2008 zum 28. Februar des Folgejahres hätten übermittelt werden sollen. Da das Gutachten erst im November 2018 erstellt wurde, sei davon auszugehen, dass die Ansprüche auf eine Neuinbetriebnahme verjährt seien. Selbst wenn dies nicht der Fall sei, sei unklar, wie die Anlage abzurechnen sei. Sie erklärte sich im selben Schreiben bereit, die offenen Fragen bei der Clearingstelle klären zu lassen, und bat die Anspruchstellerin, ein Votums- oder schiedsrichterliches Verfahren einleiten zu lassen.

¹⁴ „Altbestand zum Wert 2008“; *Ergänzungsgutachten*, Tab. 1, S. 3 sowie Tab. 2, S. 4 unten.

¹⁵ „Erneuerung zum Wert 2008“; *Ergänzungsgutachten*, Tab. 2 insgesamt sowie S. 4, unten.

¹⁶ „Neuherstellungskosten 2008“; *Ergänzungsgutachten*, Tab. 2, S. 4, unten.

¹⁷ „Ausgaben Erneuerung (Investitionen) 2006 – 2008“; *Ergänzungsgutachten*, Tab. 2 insgesamt sowie S. 4 unten.

- 22 Am 17. Dezember 2018 hat sich die Anspruchstellerin unter Beifügung des Anschreibens der Anspruchsgegnerin mit der Bitte um Durchführung eines Votumsverfahrens an die Clearingstelle gewendet.
- 23 Die Anspruchsgegnerin vergütet den in der Anlage erzeugten Strom seit 1. Januar 2009 in der Leistungsschwelle bis 150 kW bislang mit der Grundvergütung gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 27 Abs. 1 Nr. 1 und § 22 EEG 2009¹⁸ mit der Degression aus dem Jahr 2009 (11,67 ct/kWh, bis 150 kW) sowie in der Leistungsschwelle über 150 kW mit der Grundvergütung gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 12 Abs. 5 EEG 2004 mit der Degression aus dem Jahr 2005 (9,75 ct/kWh bis 500 kW; 8,77 ct/kWh bis 5 MW); weiterhin gemäß § 8 Abs. 3 und 4 EEG 2004 mit den keiner Vergütungsdegression unterliegenden Technologie- und KWK-Boni (je 2 ct/kWh) sowie gemäß § 66 Abs. 1 i. V. m. § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2, § 20 Abs. 2 Nr. 5 EEG 2009 mit dem Nawaro-Bonus (7 ct/kWh bis 500 kW) bzw. Gülle-Bonus (4 ct/kWh bis 150 kW, 1 ct/kWh bis 500 kW) mit der Degression aus dem Jahr 2009.
- 24 Die Parteien sind sich einig, dass bei Zugrundelegung des Inbetriebnahmejahrs 2008 statt 2005 sich die ab 2009 zu zahlende Vergütung in Bezug auf die Grundvergütung in den Leistungsstufen von 150 kW bis 500 kW sowie bis 5 MW der Höhe nach degressionsbedingt verringert, in Bezug auf die Grundvergütung in der ersten Leistungsstufe bis 150 kW und auf die Boni hingegen unverändert bliebe.
- 25 Die Parteien sind sich weiterhin einig, dass § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Buchst. a) EEG 2017 fortgilt.
- 26 Beide Parteien gehen zudem davon aus, dass eine Erneuerung der Anlage i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 stattgefunden hat.
- 27 **Die Anspruchstellerin** meint, dass ihre Biogasanlage gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 am 31. Dezember 2008 neu in Betrieb genommen wurde, da an diesem Tag die letzte Erneuerungsmaßnahme stattgefunden habe. Daher sei der Anlage das Inbetriebnahmejahr 2008 zuzuordnen und bestehe für den erzeugten Strom gemäß §§ 8, 12 Abs. 5 EEG 2004 ein Vergütungsanspruch für einen bis Ende 2028 laufenden Vergütungszeitraum.

¹⁸Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz –EEG), 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 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>.

- 28 Sie ist der Ansicht, dass auch die Erhöhung der installierten Leistung durch Zubau eines BHKW, sowohl ohne als auch in Kombination mit Austausch-, Ergänzungs-, Nachrüstungs- und/oder Modernisierungsmaßnahmen, eine Erneuerung i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 darstelle, sofern die Kostengrenze von 50% überschritten werde. Weiterhin seien auch ein offenes Gärrestlager und ein Fahrsilo Bestandteil der Anlage i. S. d. EEG und die hierfür angefallenen Kosten bei der Anwendung von § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 zu berücksichtigen. Jedenfalls könnten auch Kosten für Komponenten berücksichtigt werden, die nicht Bestandteil der Anlage i. S. d. EEG seien, wenn diese direkt und unmittelbar im Zusammenhang mit der Anlagenerweiterung bzw. Erneuerung stünden.
- 29 Ihre Ansprüche auf Neuvergütung seien weder verjährt, verwirkt oder präkludiert noch sonst ausgeschlossen. Dies gehe bereits aus dem Gesetzeswortlaut von § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Buchst. a) EEG 2017 hervor, der die Anwendung der Erneuerungsvorschrift weiterhin ausdrücklich vorsehe.
- 30 **Die Anspruchsgegnerin** meint, dass eine Erhöhung der installierten Leistung unter Erreichung der 50%-Kostenschwelle eine Erneuerung i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 darstelle. Als Kosten der Erneuerung seien nur Kosten für Bestandteile zu berücksichtigen, die zur Anlage i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 gehören. Sie meint, dass auch ein offenes Gärrestlager Bestandteil der Anlage i. S. d. EEG sei.
- 31 Sie ist jedoch der Ansicht, dass eine Erneuerung nicht automatisch zur Neuinbetriebnahme und Neuvergütung führe. Letzteres erfordere vielmehr, dass der Anlagenbetreiber auch aktiv den Wunsch einer Neuinbetriebnahme und Inanspruchnahme der Neuvergütung kundtue.
- 32 Die Ansprüche der Anspruchstellerin auf eine Neuvergütung des Stroms aus einer im Jahr 2008 neu in Betrieb genommenen Anlage seien daher inzwischen verjährt oder präkludiert. Hierzu beruft sie sich auch auf die vom BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. für Netz- und Anlagenbetreiber erstellte Anwendungshilfe zu Fragen der Erneuerung. Die Anspruchstellerin hätte ihr eine „Erneuerung“ bzw. die vorgenommenen Umbaumaßnahmen zum 28. Februar 2009 mitteilen müssen, da diese Informationen im Sinne der Mitteilungsvorschriften des EEG für die Endabrechnung des Vorjahres erforderliche Daten darstellten. Das Gutachten vom 9. November 2018 sei daher zu spät erstellt und übermittelt worden.
- 33 Da die Anspruchstellerin bis 2018 keine Neuinbetriebnahme geltend gemacht habe, sei sie bis dahin davon ausgegangen, dass sich an der bisherigen Vergütung nichts ändere bzw. die Anspruchstellerin weiter die bisherige Vergütung erhalten wolle. Soll-

te die Anspruchstellerin Mitteilungspflichten bzw. -fristen nicht eingehalten haben, stelle sich die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus einem solchen Verstoß ergäben.

- 34 Es sei daher unklar, wie die Vergütung für den in der Anlage erzeugten Strom abzurechnen sei.
- 35 Darüber hinaus stelle es für Netzbetreiber und Übertragungsnetzbetreiber ein Problem dar, Vergütungen über Zeiträume von z. B. zwölf Jahren rückabzuwickeln, weil dies schon aufgrund der Datenverarbeitungssysteme faktisch nicht bruchlos umzusetzen sei. Teils seien den Netzbetreibern aufgrund entsprechender Vereinbarungen mit den Übertragungsnetzbetreibern Rückabwicklungen grundsätzlich nur für das laufende und die letzten zwei zurückliegenden Kalenderjahre möglich. Daher könne die Anspruchsgegnerin Rückforderungen für darüber hinausgehende Zeiträume ggf. auch nicht geltend machen, da sie insoweit bereichert würde.
- 36 Mit Beschluss vom 25. November 2020 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 ihrer Verfahrensordnung (VerfO)¹⁹ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle zu begutachtenden Fragen lauten:

1. Hat die Anspruchstellerin einen Anspruch gegen die Anspruchsgegnerin darauf, dass der in ihrer Biogasanlage in [...] erzeugte Strom als aus einer im Jahr 2008 gemäß § 3 Abs. 4 EEG 2004 i. V. m. § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 a) EEG 2017 erneuerten und neu in Betrieb genommenen Anlage vergütet wird?
2. Bejahendenfalls: Ist ein solcher Anspruch verjährt?

- 37 Die Clearingstelle hat die grundsätzliche Bedeutung der Streitigkeit gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 VerfO festgestellt. Die Anspruchstellerin hat die renergie Allgäu e. V. (im Folgenden: renergie Allgäu), die Anspruchsgegnerin den BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (im Folgenden: BDEW) benannt, um eine schriftliche Stellungnahme zu allgemeinen Fragen der Erneuerung sowie ihrer nachträglichen Geltendmachung abzugeben.

¹⁹Verfahrensordnung der Clearingstelle in der Fassung v. 01.01.2018, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 38 Die Besetzung der Clearingstelle ergibt sich aus § 26 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 5 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28 Abs. 1, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle Richter erstellt. Es wurde eine mündliche Erörterung durchgeführt, § 28 Abs. 2 VerfO.
- 39 Die Stellungnahmen der von den Parteien benannten Verbände wurden bei der Abfassung des Votums berücksichtigt.²⁰

2.2 Würdigung

- 40 Die Anspruchstellerin hat ihre Anlage gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 erneuert und im Dezember 2008 neu in Betrieb genommen (s. Abschnitt 2.2.1).
- 41 Das Geltendmachen der Erneuerung und Neuinbetriebnahme ist kein Gestaltungsrecht im zivilrechtlichen Sinn und daher nicht verwirkt²¹ (s. Abschnitt 2.2.2).
- 42 Nachzahlungsansprüche der Anspruchstellerin bestehen nicht, da sich die Vergütung durch die Neuinbetriebnahme der Höhe nach verringert hat (s. Abschnitte 2.2.4 und 2.2.5). Es muss daher vorliegend nicht entschieden werden, wann solche Ansprüche verjährt oder verwirkt wären (s. Rn. 154f.).
- 43 Die aus der Neuinbetriebnahme folgenden Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für zu viel gezahlte Vergütungen sind für Einspeisungen aus den Jahren 2008 bis 2011 sowie aus den Jahren ab 2016 noch nicht verjährt. Die Rückforderungsansprüche für die Jahre 2012 bis 2015 sind verjährt, die Einrede der Verjährung ist jedoch unzulässig; eine Pflicht zur Rückforderung ist damit nicht verbunden (s. Abschnitt 2.2.6).

2.2.1 Erneuerung und Neuinbetriebnahme gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004

- 44 Die Anspruchstellerin hat ihre Anlage gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 zum 1. Dezember 2008 erneuert und neu in Betrieb genommen.

²⁰Die Stellungnahmen des BDEW und der renergie Allgäu sind unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62> abrufbar.

²¹Ebenso Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 3; anderer Ansicht: Stellungnahme des *BDEW*, S. 5 ff.

45 2.2.1.1 **Anwendbares Recht** § 3 Abs. 4 EEG 2004 lautet:

„Inbetriebnahme ist die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft oder nach ihrer Erneuerung, sofern die Kosten mindestens 50 Prozent der Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen betragen“.

46 Diese Regelung galt unter dem EEG 2004, also vom 1. August 2004²² bis zum 31. Dezember 2008,²³ auch für Bestandsanlagen,²⁴ und ist für Erneuerungen, die im o. g. Zeitraum erfolgt sind, weiterhin anzuwenden.²⁵

47 2.2.1.2 **Erneuerung** Die von der Anspruchsstellerin in den Jahren 2006 bis 2008 vorgenommenen Maßnahmen stellen eine Erneuerung i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 dar.

48 **Zusammenhängender Vorgang** Die Maßnahmen waren Teil eines funktional und zeitlich zusammenhängenden Erneuerungsvorgangs, der über Wartungsmaßnahmen oder reinen Leistungszubau hinausging.

49 Aus dem Wortlaut von § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004, der die „Erneuerung“ nicht genau definiert und den Kosten der Erneuerung die Kosten der „Neuherstellung der Anlage einschließlich aller ihrer betriebstechnisch erforderlichen Einrichtungen und baulichen Anlagen“ gegenüberstellt, ergibt sich, dass eine Erneuerung Veränderungen sowohl an einem als auch an mehreren Anlagenbestandteilen umfassen kann. Auch zum Zeitraum, über den die Erneuerung durchgeführt wird, bestimmt der

²²Inkrafttreten des EEG 2004.

²³Mit Inkrafttreten des EEG 2009 am 01.01.2009 wurde sie abgeschafft; seitdem galt für alle Anlagen § 3 Nr. 5 EEG 2009.

²⁴Anlagen, die vor dem 01.08.2004 in Betrieb genommen wurden. Gemäß § 21 Abs. 1 EEG 2004 galten für diese Anlagen die „bisherigen Vorschriften über die Vergütungssätze [und] die Dauer des Vergütungsanspruches“ des EEG 2000 fort; gemäß BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 54 gehören hierzu nicht „die §§ 1 bis 4 [EEG 2004]“, die „auch auf ältere Anlagen Anwendung finden“. Ergänzung in eckigen Klammer jeweils nicht im Original.

²⁵Gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2021 i. V. m. § 100 Abs. 2 Nr. 10 Buchst. a) EEG 2017.

Wortlaut nichts Genaues. Besteht die Erneuerung aus mehreren Maßnahmen, müssen diese und die dafür erforderlichen Investitionen daher nicht sämtlich zum selben Zeitpunkt getätigt werden.

- 50 Es muss sich jedoch um einen abgrenzbaren Vorgang zusammenhängender Maßnahmen handeln, die zur Erreichung des gemeinsamen Ziels einer bestimmten Veränderung der Anlage geplant und durchgeführt werden. Andernfalls könnten „die Erneuerung“, die „Inbetriebsetzung nach der Erneuerung“ und „deren“ Kosten nicht bestimmt werden.
- 51 Eine im Nachhinein vorgenommene, letztlich willkürliche Auswahl und rein rechnerische Addition zusammenhangsloser einzelner Maßnahmen bis zum Erreichen der Kostenschwelle genügt daher nicht.²⁶ Dies ergibt sich auch aus Systematik, Historie und Regelungszweck. Die Neuinbetriebnahme nach einer Erneuerung der Anlage unter Geltung des EEG 2004 ermöglichte die Wahrnehmung eines neuen Vergütungszeitraums mit einer veränderten Vergütungshöhe. Insbesondere sollte sie Betreiberinnen und Betreibern von Bestandsanlagen, die erstmals unter dem StrEG²⁷ oder dem EEG 2000²⁸ in Betrieb gesetzt wurden, die Möglichkeit eröffnen, die Förderungen des EEG 2004 in Anspruch zu nehmen; bei Biomasseanlagen sollte sie insbesondere technische Umrüstungen für den Erhalt des KWK-Bonus und Technologie-Bonus anreizen (s. Rn. 46, 86 und 113). Die Erneuerung soll hingegen nicht fortlaufend jeweils nach Überschreiten einer bestimmten Investitionsschwelle den Vergütungszeitraum verlängern.
- 52 Die Erneuerung ist daher auch von reinen Wartungen und Reparaturen abzugrenzen, die die Funktionsfähigkeit der Anlage in ihrer bestehenden Form erhalten.²⁹

²⁶Anderer Ansicht *Loibl*, in: Der Vergütungsanspruch von Biomasseanlagen nach dem EEG, 2007, S. 55.

²⁷Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Stromnetz (Stromeinspeisungsgesetz – genannt StrEG, StromEinspG oder StrEsG) v. 07.12.1990 (BGBl. I S. 2633), zum 01.04.2000 außer Kraft gesetzt durch Art. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/streg>.

²⁸Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.01.2004 an geltenden Fassung, 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 das Zweite Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 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.

²⁹Das Wort „Erneuerung“ umfasst zwar nach dem allgemeinen Sprachverständnis neben z. B. Modernisierungen, Überholungen und Renovierungen auch Reparaturen. Jedoch ist Zweck der Erneue-

- 53 Insbesondere muss nachvollziehbar sein, welche Maßnahmen der Erneuerung zuzuordnen sind und wann die Erneuerung abgeschlossen war³⁰ (zu Letzterem s. Abschnitt 2.2.1.3).
- 54 Welche Maßnahmen der Erneuerung zuzuordnen sind, ist nachvollziehbar, wenn Anlagenbetreiberinnen und -betreiber darlegen und ggf. nachweisen, welche Maßnahmen zusammenhängen und mit einem bestimmten Erneuerungsziel durchgeführt wurden – z. B. durch Planungsunterlagen, Kostenpläne, Finanzierungszusagen, Kostenvoranschläge, Angebote oder sonstigen schlüssigen Vortrag zum zeitlichen Ablauf³¹ und den vorgenommenen Änderungen.
- 55 Eine solche Darlegung ist vorliegend erfolgt. Die Anspruchstellerin hat schlüssig vorgetragen, dass sie ab 2006 eine Erweiterung des Anlagenbetriebs geplant hat, der die konkret vorgenommenen Maßnahmen erforderte – neben der Steigerung der installierten elektrischen Leistung durch Zubau des BHKW-2 eine Erhöhung der Gas-erzeugung einschließlich des dafür erforderlichen Substrateinsatzes. Der Zeitpunkt der Genehmigung passt sich in diese Darstellung ein. Die Maßnahmen liegen zeitlich (2006 bis 2008) hinreichend nahe beieinander und greifen aus technischer Sicht ineinander. Es lagen damit nicht nur lose Einzelmaßnahmen vor, sondern ein zusammenhängendes, über reichlich zwei Jahre andauerndes Vorhaben zur Umgestaltung und technischen Verbesserung der Anlage. Die Vornahme der konkreten Maßnahmen und der Zeitraum des Umbaus werden durch die ausgestellten Rechnungen plausibilisiert.
- 56 **Zubau und Austausch** Die vorgenommenen Umbaumaßnahmen stellten keine Wartungen dar und gingen über die Steigerung der installierten Leistung durch bloßen Zubau von BHKW hinaus. Sie umfassten auch den Austausch von Anlagenbestandteilen und führten teils zu einem verbesserten technischen Stand der Anlage.
- 57 Nicht entschieden werden muss daher vorliegend, ob der bloße Zubau eines weiteren BHKW eine Erneuerung ist.³² Das Wort „Erneuerung“ beschreibt in der Regel einen

rungsregelung in § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 jedenfalls nicht, den Vergütungszeitraum für besonders wartungsintensive Anlagen zu verlängern.

³⁰Zum Abschluss einer Ertüchtigungsmaßnahme bei Wasserkraftanlagen gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2014 s. *Clearingstelle*, Hinweis v. 10.11.2016 – 2016/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2016/19>, Leitsatz 2 und Rn. 32 ff.

³¹Je länger der Zeitraum ist, über den die Maßnahmen hinweg durchgeführt wurden, umso schwieriger wird ggf. darzulegen, dass es sich um einen zusammenhängenden Vorgang handelte.

³²Dies eher verneinend: Stellungnahme des *BDEW*, S. 16. Bejahend: Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 9 f.

Austausch „Alt gegen Neu“,³³. Das reine Hinzufügen weiterer Teile zu einer Sache wird in der Regel als „Erweiterung“ bezeichnet, selten aber auch als Erneuerung, wenn hierdurch ein neues Ganzes entsteht.³⁴ Die Gesetzssystematik unterscheidet in § 6 Abs. 2, § 10 Abs. 2 und § 13 Abs. 4 EEG 2004 teils zwischen „Erneuerung“ und „Erweiterung“, teils verwendet sie die Begriffe aber auch synonym.³⁵ Die Gesetzesbegründung nennt die Erweiterungen ausdrücklich als Fall der Erneuerung.³⁶ Nicht eindeutig ist dennoch, was genau der Gesetzgeber unter einer Erweiterung verstanden hat und ob sich die Erhöhung der installierten Leistung einer Anlage von ihrer Erneuerung i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 allein durch das Überschreiten der Kostenschwelle unterscheiden soll.³⁷

- 58 Dahinstehen kann weiterhin, ob die Erneuerung eine Vergrößerung der Anlage ausschließlich durch Hinzufügen von Stromerzeugungseinheiten und aufgrund dessen weiterer erforderlicher Bestandteile umfasst (z. B. Zubau eines BHKW und eines daher erforderlichen weiteren Fermenters)³⁸ oder begrifflich den „Austausch“ mindestens eines oder mehrerer Anlagenbestandteile erfordert. Denn vorliegend wurden auch Bestandteile ausgetauscht (Ersetzung der bisherigen Feststoffeintrageinrichtung gegen ein neues System einschließlich der Pumpe).

³³Seite „Erneuerung“, in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, abrufbar unter <https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Erneuerung&oldid=201881219>, Bearbeitungsstand: 14.07.2021, zuletzt abgerufen am 25.06.2021, Abschnitt „Erneuerung als Veränderung“.

³⁴Z. B. Modernisierung von Gebäuden durch neuen Anbau.

³⁵Vgl. auch Stellungnahme des BDEW, S. 13 f.

³⁶BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 30: „Auch eine Erweiterung einer Anlage, bei der im Gegensatz zur Erneuerung der bereits vorhandene Anlagenteil nicht verändert wird, ist dann eine wesentliche Erneuerung, wenn nach der Erweiterung nur eine Anlage im Sinne von Absatz 2 vorliegt und die Kosten mehr als 50 Prozent einer Neuinvestition betragen.“

³⁷In der Praxis wurde nach Kenntnis der Clearingstelle unter Geltung des EEG 2004 der reine Leistungszubau, z. B. das bloße „Hinzufügen“ eines weiteren BHKW, in der Regel nicht als Erneuerung und Grund für eine Neuinbetriebnahme angesehen, sondern von Anlagenbetreiberinnen und -betreibern sowie Netzbetreibern als bloße Leistungssteigerung behandelt. Ob dies an einem entsprechenden Begriffsverständnis der Erneuerung, der Unkenntnis der Regelung oder daran lag, dass der Fermenter häufig von Anfang an größer ausgelegt war und allein durch den Zubau eines BHKW die erforderliche Kostenschwelle regelmäßig nicht erreicht wurde (so auch Stellungnahme des BDEW, S. 15), kann hier dahinstehen. Das gleiche gilt für die Frage, wann die Steigerung der installierten Leistung nach Sinn und Zweck des EEG bereits durch die Steigerung des vergüteten Stromanteils hinreichend gefördert wird. Hier ebenfalls dahinstehen kann, ob der bloße Austausch eines BHKW – der aufgrund der durchschnittlichen technischen Lebensdauer nach ca. der Hälfte des zwanzigjährigen Vergütungszeitraums regelmäßig erforderlich ist – gegen ein BHKW mit derselben oder mit einer höheren elektrischen Leistung als Erneuerung gewertet werden kann; dies bejahend: Stellungnahme des BDEW, S. 16.

³⁸Dies zumindest für nicht zwingend notwendige Maßnahmen bezweifelnd: Stellungnahme des BDEW, S. 15. Bejahend: Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 9 und 10.

- 59 Dahinstehen kann schließlich auch, ob die „Erneuerung“ i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 mit einer Modernisierung im Sinne des Einfügens nicht nur neuwertiger, sondern neuartiger Teile bzw. mit einer Verbesserung des Stands der Technik einhergehen muss. Denn dies ist vorliegend jedenfalls in Bezug auf die Gaserzeugung der Fall (Zubau eines Fermenters mit Leckageerkennung; Ergänzung des Gärrestlagers um ein Gasspeicherdach mit Über-/Unterdruck-Sicherungen).³⁹
- 60 **Gegenstand der Erneuerung** Gegenstand sowohl der Erneuerung der „Anlage“ als auch der neu hergestellten „gesamten Anlage“ i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 können nur solche Bestandteile sein, die zur Anlage i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 gehören.⁴⁰
- 61 Hierzu zählen nicht das offene Gärrestlager und das Fahrsilo (bereits vor dem Umbau vorhanden) sowie die Erweiterung des Fahrsilos (Teil der Umbaumaßnahmen).
- 62 Die „gesamte Anlage“ i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 sowie die „Anlage“ i. S. v. § 3 Abs. 2 Alt. 2 und Abs. 2 EEG 2004 sind begrifflich identisch.⁴¹ Nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 2 EEG 2004 umfasst die „Anlage“ selbständige technische Einrichtung zur Erzeugung von Strom (Satz 1) sowie damit unmittelbar verbundene, für den Betrieb technisch erforderliche Einrichtungen oder bauliche Anlagen (Satz 2). Als „Betrieb“ im Sinne dieser Vorschrift kann nur der Betrieb zur Stromerzeugung gemeint sein. Für die Stromerzeugung unerheblich sind nicht abgedeckte Gärrestlager, in denen keine Gaserfassung zur Verstromung stattfindet,⁴² oder Fahrsilos, die lediglich der Lagerung und Bevorratung des Einsatzstoffes dienen.⁴³
- 63 **2.2.1.3 Neuinbetriebnahme bzw. Inbetriebsetzung nach der Erneuerung** Die Biogasanlage der Anspruchstellerin wurde am 1. Dezember 2008 neu in Betrieb ge-

³⁹Selbst wenn dies zur Erfüllung gesetzlicher Pflichten erfolgte, stünde dies der Einordnung als Erneuerung nicht im Wege. Denn das EEG macht die Förderung von Anlagen bzw. der Stromerzeugung generell nicht davon abhängig, dass keine Pflichten aus anderen Gesetzen zum Anlagenbetrieb bestehen.

⁴⁰Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 11 ff.; Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 12.

⁴¹ *Clearingstelle*, Empfehlung v. 11.06.2011 – 2008/19, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2008/19>, Rn. 100ff.

⁴²Ebenso zu § 3 Nr. 1 EEG 2009 *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 42.

⁴³Ebenso zu § 3 Nr. 1 EEG 2009 *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19>, Rn. 38.

nommen. Als „Inbetriebsetzung nach der Erneuerung“ ist der Zeitpunkt der erstmaligen Stromerzeugung nach Abschluss der Erneuerung anzusehen.

- 64 **Wiederinbetriebsetzen** Ein tatsächliches Außer- und Wiederinbetriebsetzen ist für die Neuinbetriebnahme gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 nicht zwingend erforderlich. Dies ergibt sich aus dem systematischen Vergleich mit der Erstinbetriebnahme, den Besonderheiten der Stromerzeugung bei Vor-Ort-Biogasanlagen und dem Sinn und Zweck der Regelung.
- 65 Bei der **Erstinbetriebnahme** gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 1 EEG 2004 setzt die „erstmalige Inbetriebsetzung nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft“ voraus, dass die Anlage zuvor noch nicht betrieben wurde. Zwar kann der erstmaligen Inbetriebsetzung ein Funktionstest vorausgehen, um die technische Betriebsbereitschaft zu prüfen, jedoch mündet dieser regelmäßig unmittelbar in die Inbetriebnahme.⁴⁴ Die erstmalige Inbetriebsetzung erfolgt daher in der Regel durch eine separate Handlung.⁴⁵
- 66 Ein Inbetriebsetzen liegt danach vor, wenn durch eine aktive Handlung der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber oder deren Geheißpersonen in der Anlage erst-

⁴⁴ *Oschmann*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 55. Der Funktionstest ist von einem (längeren) Probetrieb bei den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern abzugrenzen; umstritten ist, ob dieser bereits eine Inbetriebnahme i. S. d. EEG auslöst. Unklar, ob ein Probetrieb vor Inbetriebnahme möglich ist, aber vom Netzbetreiber nicht verlangt werden kann, oder ob er ausgeschlossen ist: BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 30: „Auf einen Probetrieb oder eine Mitwirkung des Netzbetreibers kommt es zur Bestimmung des Zeitpunktes nicht an, um willkürliche Verzögerungen ausschließen zu können...“. Unter dem EEG 2000 die Möglichkeit eines Probetriebs bei den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern vor Inbetriebnahme wegen ansonsten willkürlicher Bestimmung des Inbetriebsetzungszeitpunktes ausschließend: *Weißborn*, in: Böhmer, Erneuerbare Energien – Perspektiven für die Stromerzeugung, 1. Aufl. 2003, S. 109. Offengelassen, ob ein Probetrieb vor Inbetriebnahme möglich ist: *BGH*, Urt. v. 16.03.2011 – VIII ZR 48/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1341>, Rn. 55. Vom Funktionstest und dem Probetrieb zur Prüfung der technischen Betriebsbereitschaft ist zudem der notwendige Anfahrbetrieb mit fossilen Energieträgern zu unterscheiden, auch wenn die Begriffe des (fossilen) Probe- und Anfahrbetriebs teils synonym verwendet werden; zum notwendigen Anfahrbetrieb siehe o. g. Urteil des *BGH*, Rn. 21. Von allem zu unterscheiden ist der Probetrieb beim Hersteller, der keine Inbetriebnahme auslöst: *Oschmann*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 55; *Clearingstelle*, Votum v. 02.08.2017 – 2017/25, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2017/25> und Votum v. 09.07.2014 – 2014/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2014/8>.

⁴⁵ *Clearingstelle*, Hinweis v. 25.06.2010 – 2010/1, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2010/1>, Rn. 96.

mals Strom erzeugt und außerhalb der Anlage umgewandelt („verbraucht“) wird.⁴⁶ Mit dieser Handlung bestimmen die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber über den Zeitpunkt der Inbetriebnahme. Wann die Inbetriebsetzung erfolgt ist, ist anhand der äußeren Umstände zu ermitteln; Indiz bzw. Nachweis hierfür kann z. B. die Unterzeichnung des Inbetriebnahmeprotokolls sein.⁴⁷

- 67 Die Bestimmung der erstmaligen Inbetriebsetzung und die Anforderung, dass die Anlage zuvor noch nicht i. S. d. EEG 2004 betrieben wurde,⁴⁸ soll insbesondere verhindern, dass sich das Inbetriebnahmedatum einer Anlage allein durch ihr Versetzen an einen neuen Standort und eine dort vorgenommene „zweitmalige“ Inbetriebsetzung ändert.⁴⁹
- 68 Bei einer **Neuinbetriebnahme** gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 wurde die Anlage hingegen bereits zuvor betrieben. Auch hier muss vor der Inbetriebsetzung die technische Betriebsbereitschaft der Anlage, also deren Fertigstellung, vorliegen.⁵⁰ Das Aussetzen des Betriebs vor der erneuten Inbetriebsetzung ist hingegen nicht zwingend erforderlich, wenn auch zu Nachweiszwecken unbedingt vorzugswürdig. Denn in Fällen, in denen ein zwischenzeitliches Außerbetriebsetzen technisch nicht sinnvoll bzw. erforderlich ist, stellte dies einen bloßen Formalismus dar.

⁴⁶Clearingstelle, Hinweis v. 25.06.2010 – 2010/1, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/hinwv/2010/1>, Leitsatz 1.

⁴⁷Clearingstelle, Hinweis v. 25.06.2010 – 2010/1, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/hinwv/2010/1>, Rn. 125 f.; Clearingstelle, Votum v. 09.07.2014 – 2014/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/votv/2014/8>, Rn. 15; Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 58; Clearingstelle, Schiedsspruch v. 06.11.2020 – 2020/44-I, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/schiedsprv/2020/44>, Rn. 34.

⁴⁸Grundsätzlich mit erneuerbaren Energien, s. BGH, Urt. v. 21.05.2008 – VIII ZR 308/07, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/rechtsprechung/400>; BGH, Urt. v. 16.03.2011 – VIII ZR 48/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/rechtsprechung/1341>; Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/empfv/2012/19>.

⁴⁹BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/eeeg2004/material>, S. 30: „Unerheblich für die Bestimmung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme ist, ob die Anlage zu einem späteren Zeitpunkt an einen anderen Ort versetzt wird. Für die Dauer und Höhe des Vergütungsanspruchs ist auch nach einer Versetzung das Datum der erstmaligen Inbetriebnahme maßgeblich.“ Ebenso Oschmann, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Stand: 49. Ergänzungslfg. 2005, § 3 EEG, Rn. 51.

⁵⁰Dies ergibt sich nicht aus dem Wortlaut von § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 „... nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft oder nach ihrer Erneuerung...“, aber denklogisch, binnensystematisch und aus dem Regelungszweck; i. E. ebenso Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 66; derselbe in: Danner/Theobald (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Stand: 49. Ergänzungslfg. 2005, § 3 EEG, Rn. 58.

- 69 Bei Vor-Ort-Biogasanlagen ist es zudem praxisfern, dass alle Anlagenbestandteile einschließlich eines auch nach der Erneuerung weiterverwendeten Fermenters außer Betrieb gesetzt werden, da die biologischen Fermentationsprozesse optimalerweise aufrecht erhalten werden müssen.
- 70 Für die Neuinbetriebsetzung einer Biogasanlage kann zwar auf den Zeitpunkt der Inbetriebsetzung ihrer BHKW nach deren Anschluss an den oder die Fermenter abgestellt werden.
- 71 Die Betrachtung jenes Zeitpunkts für die Neuinbetriebsetzung der gesamten Anlage kommt jedoch dann nicht in Frage, wenn die Erneuerung mit dem Anschluss der BHKW noch nicht abgeschlossen war, sondern danach noch weitere Maßnahmen folgten.⁵¹ Gleiches gilt für den Zeitpunkt, in dem – wie hier – ein bestehendes und ein neues BHKW, die bereits am bestehenden Fermenter angeschlossen sind, auch an den zusätzlichen Fermenter angeschlossen werden.
- 72 In diesen Fällen kommt lediglich in Frage, auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem erstmals nach Abschluss der Erneuerung und Bestehen der technischen Betriebsbereitschaft Strom erzeugt wird – wenn kein vorheriger Funktionstest vorgenommen wurde, kann dies auch die logische Sekunde nach Abschluss des Umbaus sein. Hier reicht mithin der Fortbetrieb der Anlage nach Abschluss der Erneuerung. Im Fortbetrieb liegt zugleich der einzige äußere Umstand, der einer aktiven Handlung der Anlagenbetreiberin oder des -betreibers gleicht, mit der die Anlage nach der Erneuerung in Betrieb gesetzt wird. Indiz für den Zeitpunkt der Inbetriebsetzung ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Umbaus.
- 73 Weder der Gesetzeswortlaut, der historische Vergleich, die Gesetzesbegründung noch der abstrakt ermittelbare Sinn und Zweck der Vorschrift stehen einer solchen Auslegung entgegen.⁵²
- 74 Dass die Anlage nach Abschluss der Umbauarbeiten technisch betriebsbereit war und unmittelbar fortbetrieben wurde, haben die Parteien weder in tatsächlicher Hin-

⁵¹Insoweit passt in solchen Fällen die Angabe der Gesetzesbegründung nicht, dass die Neuinbetriebsetzung die Inbetriebsetzung einer Erweiterung sein kann, BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 30; s. a. Rn. 108.

⁵²§ 2 Abs. 3 EEG 2000 und § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 waren jedenfalls nicht auf die Neuinbetriebnahme „reaktiver“, also zuvor stillgelegter Anlagen beschränkt. Im Übrigen treffen weder der Wortlaut noch die Gesetzesbegründungen dieser Vorschriften eine Aussage darüber, wie die Inbetriebsetzung aus einem Funktionstest heraus oder nach Abschluss einer Erneuerung in technischer Hinsicht konkret stattfinden kann.

sicht bestritten noch besteht vorliegend Anlass, dies aus rechtlicher Sicht zu bezweifeln.

- 75 **Voluntatives Element und rechtliche Bewertung** Ausreichend für die „Inbetriebsetzung nach Abschluss der Erneuerung“ war, dass die zusammenhängend vorgenommenen Umbaumaßnahmen objektiv und subjektiv abgeschlossen waren und die Anspruchstellerin die Anlage nach Abschluss der Umbauarbeiten wieder in Betrieb gesetzt bzw. weiterbetrieben hat.
- 76 Dies war vorliegend zu einem bestimmten Zeitpunkt der Fall, da die Anspruchstellerin schlüssig vorgetragen hat, dass sie einen zuvor geplanten, zusammenhängenden und in sich abgeschlossenen Erneuerungsvorgang durchgeführt hat. Dass die Anspruchstellerin den konkreten Zeitpunkt des Abschlusses nicht mehr taggenau bestimmen kann (s. dazu Rn. 79 f.), steht nicht der Annahme entgegen, dass er gleichwohl stattgefunden hat.
- 77 Nicht erforderlich war, dass die Anspruchstellerin die tatsächlichen Vorgänge – die Umbaumaßnahmen und den Weiterbetrieb nach deren Abschluss – rechtlich zutreffend als Erneuerung und Neuinbetriebnahme i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 eingeordnet hat. Unerheblich ist damit grundsätzlich auch, ob die Anspruchstellerin wusste oder wollte, dass sie hiermit eine Neuinbetriebnahme auslöste (s. hierzu jedoch auch Rn. 112 ff.).
- 78 Andernfalls könnten Anlagenbetreiberinnen und -betreiber über die rechtliche Bewertung von Tatsachen disponieren. Dies entspricht weder den Grundsätzen des allgemeinen Zivilrechts noch des EEG.
- 79 **Konkreter Zeitpunkt** Als Zeitpunkt des Abschlusses der Umbaumaßnahmen und der Inbetriebsetzung ist der 1. Dezember 2008 zugrunde zu legen.
- 80 Die Anspruchstellerin hat schlüssig vorgetragen, dass bis Dezember 2008 Umbaumaßnahmen vorgenommen wurden. Den genauen Tag hat sie hingegen nicht substantiiert dargelegt.
- 81 Aus den vorgelegten Rechnungen ergibt sich, dass die letzte Rechnung für das Anbringen von Dämmmaterial mit dem Rechnungsdatum 13. Februar bis 31. Dezember 2008 ausgestellt wurde. Bei Rechnungen, die sofort fällig werden, stimmt das Rechnungsdatum in der Regel mit dem Leistungsdatum bzw. -zeitraum überein. Schlüssig ist daher, dass im Dezember 2008 noch Umbaumaßnahmen vorgenommen

wurden. Der Rechnungszeitraum wurde jedoch monatsweise angegeben. Hieraus ergibt sich daher nicht schlüssig, bis zu welchem Tag im Dezember die Dämmmaßnahmen abgeschlossen waren.

- 82 An welchem Tag im Dezember 2008 die Inbetriebsetzung und damit der Neuinbetriebnahme stattgefunden hat, ist vorliegend grundsätzlich unerheblich für die Bestimmung der Vergütungsdauer und -höhe nach der Erneuerung, welche sich anhand des Kalenderjahres der (Neu-)Inbetriebnahme bestimmen.⁵³ Ebenso bestimmt sich der Ablauf des zwanzigjährigen Förderzeitraums gemäß § 12 Abs. 3 EEG 2004 nach Kalenderjahren.
- 83 Die Anspruchsgegnerin muss jedoch wissen, zu welchem konkreten Zeitpunkt sie die Vergütung aufgrund der Neuinbetriebnahme anzupassen hat. Da die Anspruchstellerin mit der Umstellung der Vergütungsdauer zugleich die Umstellung der Vergütungshöhe wünscht, ist sie für den Zeitpunkt der Neuinbetriebnahme darlegungs- und beweispflichtig.⁵⁴
- 84 Zu Lasten der darlegungs- und beweispflichtigen Anspruchstellerin ist daher der 1. Dezember 2008 als frühestmögliches Datum für den Abschluss der Erneuerung und den anschließenden Fortbetrieb der erneuerten Anlage zugrunde zu legen. Denn ist die Inbetriebsetzung im Dezember 2008 vor dem 31. Dezember 2008 erfolgt, ist auch für diesen Zeitraum die Vergütungshöhe niedriger als bei einer Inbetriebnahme im Jahr 2005 (s. Abschnitt 2.2.4).
- 85 **2.2.1.4 Neu- und Erstinbetriebnahme unter dem EEG 2004** Gegenstand einer Erneuerung i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 können auch Anlagen sein, die gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 1 EEG 2004 erstmals unter dem EEG 2004 in Betrieb genommen wurden.
- 86 Zwar ergibt die systematische Auslegung, dass die Erneuerung gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 bei Biogasanlagen insbesondere Bestandsanlagen aus dem EEG 2000 erfassen und bei diesen Umrüstungen zum Erhalt des Technologie- oder KWK-Bonus

⁵³Gemäß § 8 Abs. 5 EEG 2004 für die Mindestvergütungen sowie gemäß § 12 Abs. 3 EEG 2004 für die Dauer von zwanzig Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres.

⁵⁴Unerheblich ist daher, dass die Anspruchsgegnerin grundsätzlich die Darlegungslast für Rückforderungsansprüche nach § 812 BGB oder § 35 Abs. 5 EEG 2012 und dessen Nachfolgevorschriften trifft – insbesondere, ob bei der Geltendmachung solcher Ansprüche die Anspruchstellerin jedoch die sog. sekundäre Darlegungslast für das konkrete Inbetriebnahmedatum trifft und ob der Anspruchsgegnerin überhaupt möglich wäre, substantiiert eine eigene Behauptung über den konkreten Inbetriebnahmezeitpunkt aufzustellen, die als zugestanden gelten könnte.

des EEG 2004 anreizen sollte. Denn gemäß der Übergangsbestimmung für Biomasseanlagen (§ 21 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2004) konnten den sog. NawaRo-Bonus (§ 8 Abs. 2 EEG 2004), der lediglich eine Substratumstellung erforderte, auch Bestandsanlagen in Anspruch nehmen, die vor Inkrafttreten des EEG 2004⁵⁵ in Betrieb genommen wurden. Den Technologie- und KWK-Bonus (§ 8 Abs. 2 und 3 EEG 2004), die den Einsatz neuartiger Technologie und/oder die Erzeugung in KWK erforderten, konnten hingegen nur Neuanlagen in Anspruch nehmen – und damit Bestandsanlagen aus dem EEG 2000 nur, wenn sie gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 erneuert wurden.⁵⁶

87 Jedoch ist weder dem Wortlaut noch hinreichend eindeutig dem Regelungszweck der energieträgerübergreifenden Regelung des § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 zu entnehmen, dass Neuanlagen im Sinne des EEG 2004⁵⁷ nicht erneuert und neu in Betrieb genommen werden konnten.

88 Auch die Vorgängernorm – § 2 Abs. 3 EEG 2000⁵⁸ – ermöglichte nach ihrem Wortlaut die Erneuerung sowohl von Alt- als auch Neuanlagen, auch wenn der Gesetzgeber damit hauptsächlich ermöglichen wollte, dass erneuerte oder reaktivierte Windenergieanlagen als Neuanlagen galten und damit die erhöhte Anfangsvergütung voll ausschöpfen konnten.⁵⁹

89 **2.2.1.5 Erneuerung kurz nach Erstinbetriebnahme** Dass die Erneuerung vorliegend kurz nach der Erstinbetriebnahme (8. November 2005) geplant und begonnen wurde (ab 2006), ist unschädlich.

⁵⁵Vor dem 01.08.2004.

⁵⁶So auch Stellungnahme des *BDEW*, S. 15 f.

⁵⁷Ab dem 01.08.2004 in Betrieb genommene Anlagen.

⁵⁸Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.01.2004 an geltenden Fassung, 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 das Zweite Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 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.

⁵⁹Hierin sah der Gesetzgeber laut der Gesetzesbegründung den hauptsächlichen Anwendungsbereich der Norm, BT-Drs. 14/2776, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/275>, S. 21. Gemäß § 9 Abs. 1 EEG 2000 galten alle Altanlagen als im Jahr 2000 in Betrieb genommen; dabei gemäß § 7 Abs. 2 EEG 2000 alle Windenergie-Altanlagen als am 01.04.2000 in Betrieb genommen, da für diese Anlagen die monatsgenaue Angabe für die Bestimmung der Anfangsvergütung erforderlich war. Windenergie-„Neuanlagen“, also erstmals unter dem EEG 2000 in Betrieb genommene Anlagen oder reaktivierte oder erneuerte Altanlagen, erhielten (anders als Windenergie-Altanlagen) die erhöhte Anfangsvergütung über den gesamten vorgesehenen Zeitraum (§ 7 Abs. 1 Satz 1 bis 3 EEG 2000).

- 90 Auch hier ist weder durch den Wortlaut noch den Regelungszweck von § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 ausgeschlossen, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber bereits kurz nach der Erstinbetriebnahme eine Erneuerung und Neuinbetriebnahme ihrer Anlage vornehmen können, solange die Voraussetzungen der Erneuerung erfüllt werden.
- 91 Eine Erneuerung kann hingegen nicht stattfinden, solange die Ursprungsanlage noch nicht fertiggestellt und in Betrieb genommen wurde. Die Erstinbetriebnahme ist mithin von der Erneuerung abzugrenzen. Vorliegend haben die Umbaumaßnahmen nicht vor der Erstinbetriebnahme begonnen.⁶⁰
- 92 Unschädlich ist hingegen, wenn Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die Anlage zunächst in einem geringeren als dem anfänglich geplanten Umfang betreiben, bspw. weil sich Lieferungen verzögern und Degressionsschritte vermieden werden sollen. Dies setzt voraus, dass diese erstmals in Betrieb gesetzte Anlage technisch betriebsbereit war, mithin in der – im Vergleich zur ursprünglich geplanten – reduzierten Form in der Lage war, langfristig Strom zu erzeugen. Stellen spätere Umbaumaßnahmen zugleich die Realisierung der Anlage in ihrem anfänglich geplanten Umfang dar, können auch diese Maßnahmen eine Erneuerung darstellen, sofern die Voraussetzungen, insbesondere die Kostenschwelle, erreicht wird. Dahinstehen kann daher vorliegend, wann die Anspruchstellerin den Bauantrag auf die Genehmigung zum Zubau eines weiteren Fermenters gestellt hat und ob dieser Antrag vor der Erstinbetriebnahme der Anlage gestellt wurde.
- 93 **2.2.1.6 Kosten** Die Kosten der Erneuerung der Anlage haben vorliegend mindestens 50 % der Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage betragen.
- 94 Laut dem vorgelegten Ergänzungsgutachten betragen die Kosten der Erneuerung 53,71 % der Kosten einer fiktiven Neuherstellung der Anlage.
- 95 Das Gutachten und das Ergänzungsgutachten stellen einen schlüssigen, in sich widerspruchsfreien und nachvollziehbaren Vortrag der Anspruchstellerin dar.⁶¹ Für die Zwecke des Kostenvergleichs wurden sowohl die Kosten der Erneuerung als auch der Neuherstellung der gesamten Anlage auf den selben Zeitpunkt – den des Ab-

⁶⁰Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Gärrestlagerbehälter (offen) erst im Dezember 2005 errichtet werden konnte.

⁶¹Soweit die Kammer bei vereinzelt rechnerischen Abweichungen innerhalb des Ergänzungsgutachtens nicht sicher bestimmen konnte, ob diese auf Rundungen oder sonstigen Ursachen beruhen, würde bei einem Ansetzen der abweichenden Rechenergebnisse der prozentuale Anteil der Erneuerungskosten lediglich weiter steigen.

schluss der Erneuerung – hochgerechnet. Dass dies erforderlich ist, ergibt sich aus dem Regelungszweck, da ein Kostenvergleich sonst nicht sinnvoll möglich wäre.⁶²

2.2.2 Keine Verwirkung eines Gestaltungsrechts

- 96 Das Geltendmachen der Erneuerung und Neuinbetriebnahme gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 ist kein Gestaltungsrecht im zivilrechtlichen Sinn und unterliegt daher nicht der Verwirkung gemäß § 242 BGB,⁶³ die einen Unterfall des Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt. Verwirken können daher nur die aus der Neuinbetriebnahme folgenden Ansprüche⁶⁴ (s. dazu die Abschnitte 2.2.5 und 2.2.6).
- 97 Dass ergibt sich schon aus dem Wortlaut von § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004. Weder ist dieser wie ein Gestaltungsrecht formuliert (z. B. „Der Anlagenbetreiber kann den Neubeginn des gesetzlichen Vergütungszeitraums verlangen, wenn...“) noch enthält er Formerfordernisse oder sonstige Ausübungsmodalitäten eines Gestaltungsrechts (s. Abschnitt 2.2.2.1).
- 98 Auch die Mitteilungspflichten des EEG stellen keine Ausübungsmodalitäten eines Gestaltungsrechts dar, sondern verpflichten Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, in Erfüllung ihrer Darlegungslast die für die Bestimmung ihrer Förderansprüche erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen und Daten mitzuteilen (s. Abschnitt 2.2.3).
- 99 Teilen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber dem Netzbetreiber mit, dass ihrer Ansicht nach ihre Anlage gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 erneuert und neu in Betrieb genommen wurde, üben diese mithin kein Gestaltungsrecht aus. Vielmehr tragen sie damit vor, dass ihrer Ansicht nach die Tatbestandsmerkmale der „Erneue-

⁶²Im Ergebnis ebenso *Oschmann*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 63; *Reshöft*, EEG Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 20; *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 3, Rn. 148; *Loibl*, Der Vergütungsanspruch von Biomasseanlagen nach dem EEG, 2007, S. 55.

⁶³Ebenso Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 3; anderer Ansicht: Stellungnahme des *BDEW*, S. 5 ff. Gegenstand der Verwirkung sind alle subjektiven Rechte, insbesondere Ansprüche, Schutzrechte und Gestaltungsrechte, nicht jedoch die ihnen zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse oder dingliche Rechte, *Grüneberg*, in: Palandt (Begr.), BGB Kommentar, 78. Aufl. 2019, § 242, Rn. 88; *Sutschet*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BGB Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 242, Rn. 140; *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 242, Rn. 372 ff; *Pfeiffer*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.), juris Praxiskommentar BGB, 9. Aufl. (Stand: 01.02.2020), § 242 Rn. 98 f. Bei der Neuinbetriebnahme bzw. deren Geltendmachung kommt nur die Prüfung eines Gestaltungsrechts in Frage, da diese jedenfalls keines der anderen subjektiven Rechte darstellen.

⁶⁴Ebenso Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 3.

nung“ erfüllt sind, an die das Gesetz die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme knüpft (s. Abschnitt 2.2.2.2).

- 100 **2.2.2.1 Gestaltungsrechte** Ein Gestaltungsrecht ist ein subjektives Recht, das seinem Inhaber die Macht verleiht, durch einseitiges Rechtsgeschäft ein Rechtsverhältnis zu begründen, aufzuheben oder zu ändern.⁶⁵ Übt der Berechtigte sein Gestaltungsrecht aus, führt dies – anders als beim Geltendmachen eines Anspruchs – direkt zu einer Rechtsveränderung zu seinen Gunsten.⁶⁶
- 101 Der Ausübungs- oder Gestaltungsakt besteht mithin in einer einseitigen Handlung – in der Regel einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung,⁶⁷ die mit Zugang beim Erklärungsempfänger ihre rechtliche Wirkung entfaltet.⁶⁸
- 102 Das Gestaltungsrecht bedarf einer Legitimation durch Gesetz oder Vertrag.⁶⁹ Insbesondere bei gesetzlichen Gestaltungsrechten wird zugleich das „Ob“ und „Wann“, oft auch die Form der Ausübung geregelt, um für den Gestaltungsgegner die Ungewissheit der Ausübung zu begrenzen.⁷⁰
- 103 Gesetzlich ist nur eine begrenzte Anzahl von Gestaltungsrechten geregelt. Darüber hinaus können Gestaltungsrechte unter bestimmten Voraussetzungen auch vertraglich begründet werden; dies ist vorliegend aber nicht der Fall. Dahinstehen kann daher auch, ob ein per Einspeisevertrag vereinbartes Gestaltungsrecht gegen § 7 Abs. 2 EEG 2014⁷¹ verstieße.
- 104 Das *Geltendmachen* der Erneuerung und Neuinbetriebnahme ist kein Gestaltungsrecht. Es stellt weder die Ausübung eines spezialgesetzlichen Kündigungs- oder Rück-

⁶⁵Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, 1954, S. 9, 12.

⁶⁶Böttcher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Nachdruck 2017, S. 2 f.

⁶⁷Hattenbauer, Einseitige private Rechtsgestaltung – Geschichte und Dogmatik, 2011, S. 61.

⁶⁸Boecken, BGB – Allgemeiner Teil, 2007, Rn. 154. Teils kommen auch sonstige Ausübungsakte in Frage – z. B. rechtsgeschäftsähnliche Handlungen (Mahnung, Fristsetzung, Einredeerhebung, Mängelanzeige): Schellhase, Gesetzliche Rechte zur einseitigen Vertragsgestaltung, 2013, S. 36. Umstritten ist, ob auch Realakte mit Publizitätswirkung „Gestaltungsgeschäft erga omnes“ sein können, z. B. die Aneignung herrenloser Sachen; Schellhase, Gesetzliche Rechte zur einseitigen Vertragsgestaltung, 2013, S. 36 und 48 f. Man unterscheidet selbständige Gestaltungsrechte (z. B. Wiederkauf) und unselbständige Gestaltungsrechte, die sich aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis ergeben (z. B. Kündigung, Anfechtung, Rücktritt): Creifelds (Begr.), Rechtswörterbuch, 22. Aufl. 2017, S. 578 f.

⁶⁹Schellhase, Gesetzliche Rechte zur einseitigen Vertragsgestaltung, 2013, S. 52.

⁷⁰Schellhase, Gesetzliche Rechte zur einseitigen Vertragsgestaltung, 2013, S. 62, 68.

⁷¹Diese Vorschrift ist gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2021 i. V. m. § 100 Abs. 2 EEG 2017 auf Anlagen anzuwenden, die vor dem 01.08.2014 in Betrieb genommen wurden.

trittsrechts noch eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts i. S. v. § 315 BGB⁷², einer Wahlschuld⁷³ oder eines Gestaltungsrechts „sui generis“ dar, die unmittelbar rechtliche Folgen auslöst.

105 2.2.2.2 **Rechtsfolge ipso iure** Vielmehr lösen nur *die Erneuerung und Neuinbetriebnahme selbst* unmittelbar rechtliche Folgen aus (den Beginn eines neuen gesetzlichen Vergütungszeitraums und die Änderung der Vergütungshöhe), wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind.⁷⁴

106 Dies ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut, der Gesetzesbegründung, der Gesetzes-systematik sowie dem Regelungszweck.

107 § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 lautet:

„Inbetriebnahme ist die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage ... nach ihrer Erneuerung, sofern die Kosten ... betragen.“

Diese Legaldefinition knüpft die Rechtsfolge der Inbetriebnahme („ist“) unmittelbar an die Erneuerung.

108 Auch die Gesetzesbegründung spricht für eine Rechtsfolge *ipso iure* und liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass die Inbetriebnahme oder Neuinbetriebnahme die Ausübung eines Gestaltungsrechts durch die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber erfordern. Denn über die Inbetriebsetzung hinausgehende Handlungen, die den Eintritt der Erst- oder Neuinbetriebnahme beeinflussen, nennt sie nicht:

„Absatz 4 bestimmt den Begriff der Inbetriebnahme, der insbesondere für die Bestimmung des Zeitpunkts relevant ist, an dem der Vergütungsanspruch entsteht. **Abgestellt wird auf den Zeitpunkt, an dem der**

⁷²Dies gilt auch für die vom Netzbetreiber in Abhängigkeit von den Mitteilungen der Anlagenbetreiberinnen und -betreibern vorgenommene Ermittlung der Vergütungshöhe. Wohl anderer Ansicht: Stellungnahme des BDEW, S. 7, mittels Bezug auf BGH, Urt. v. 13. 06.2007 – VIII ZR 36/06, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de, dort S. 8.

⁷³Besteht eine Wahlschuld i. S. v. §§ 262 ff. BGB, kann der Schuldner den geschuldeten Leistungsgegenstand rückwirkend konkretisieren. Für § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 ist unerheblich, dass die Sondervorschrift des § 66 Abs. 14 EEG 2012 für bestimmte modernisierte Wasserkraftanlagen bis zur erstmaligen Auszahlung der neuen Vergütung Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ein Wahlrecht über die Fortgeltung des alten Rechts einräumte; s. hierzu *Schumacher*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 2, 3. Aufl. 2014, § 66 Rn. 117; diese Vorschrift ist erst weit nach dem EEG 2004 in Kraft getreten, kann daher nicht zu dessen Auslegung herangezogen werden, betrifft nur Wasserkraftanlagen und ist insbesondere auch ausdrücklich anders formuliert.

⁷⁴Ebenso Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 2; anderer Ansicht: Stellungnahme des BDEW, S. 6 f.

Anlagenbetreiber erstmalig Strom zur Einspeisung in das Netz aufgrund der technischen Bereitschaft der Anlage zur Stromerzeugung nach ihrer Herstellung oder Erneuerung tatsächlich zur Abnahme anbietet ... Auf einen Probetrieb oder eine Mitwirkung des Netzbetreibers kommt es zur Bestimmung des Zeitpunktes nicht an, um willkürliche Verzögerungen ausschließen zu können ...

Im Gegensatz zur Versetzung einer Anlage **wirkt sich eine wesentliche Erneuerung** einer Anlage im Sinne des Absatzes 2 vorbehaltlich des § 6 Abs. 2 **auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme aus**. Eine wesentliche Erneuerung liegt vor, wenn die Kosten der Erneuerung der Anlage mindestens 50 Prozent der Kosten einer Neuinvestition der erneuerten Gesamtanlage betragen ... **In diesem Fall gilt die Anlage mit dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der wesentlichen Erneuerung als neu in Betrieb genommen.**⁷⁵

- 109 **Zwischenergebnis** Die rechtliche Einordnung der tatsächlichen Abläufe erfolgt demzufolge anhand des EEG. Danach ist grundsätzlich unerheblich, ob die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber wussten oder wollten, dass die vorgenommenen Umbaumaßnahmen als Erneuerung und Neuinbetriebnahme gewertet werden können.
- 110 Teilen die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber dem Netzbetreiber jedoch nicht mit, dass ihrer Ansicht nach eine Erneuerung i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 stattgefunden hat und aus welchen Umständen sich dies sowie das Überschreiten der Kostenschwelle ergibt, und teilen sie bspw. nur die Erhöhung der installierten Leistung mit, können die Netzbetreiber die Neuinbetriebnahme auch nicht prüfen bzw. die entsprechend geänderte Vergütung nicht abrechnen (s. Rn. 131).
- 111 Wird den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern erst nachträglich bewusst, dass eine Erneuerung und Neuinbetriebnahme i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 stattgefunden hat, oder entscheiden sie sich erst nachträglich dazu „um“, die Erneuerung geltend zu machen, weil der Vorteil, den Vergütungszeitraum zu verlängern, gegen Ende des zwanzigjährigen Vergütungszeitraums aus ihrer Sicht den Nachteil einer geringeren Vergütung inzwischen überwiegt,⁷⁶ richten sich die Rechtsfolgen nach den hierfür im EEG und im Zivilrecht vorgesehen Vorschriften⁷⁷ – also den Rege-

⁷⁵BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 30; Hervorhebungen und Auslassungen nicht im Original.

⁷⁶S. zu beidem *Helm/Loibl*, *Biogas Journal* 4/2016, S. 50.

⁷⁷Im Ergebnis ebenso Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 4 und 8.

lungen des EEG zur nachträglichen Korrektur von Vergütungen sowie den gesetzlichen Regelungen zur Verjährung und ggf. Verwirkung von Zahlungsansprüchen (s. Rn. 133 ff.).

- 112 **Regelungszweck und Privilegierung** Etwas anderes als das im Gesetzeswortlaut formulierte „automatische“ Eintreten der Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme bei Erfüllen der Voraussetzungen ergibt sich auch nicht eindeutig aus dem Sinn und Zweck der Erneuerungsregelung gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004.
- 113 Das vom Gesetzgeber bei Biomasseanlagen verfolgte Regelungsziel war insbesondere, die Steueranreize des EEG 2004 auf Bestandsanlagen zu erstrecken (s. a. Rn. 86). Für Bestandsanlagen waren mit einer Neuinbetriebnahme lediglich Vorteile verbunden, wenn danach der Technologie- und/oder KWK-Bonus des EEG 2004 in Anspruch genommen wurde. Dann ergaben sich neben einem verlängerten Vergütungszeitraum auch höhere Vergütungssätze.⁷⁸ Hier verwirklichte sich der mit der Neuinbetriebnahme verbundene Privilegierungszweck für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber auch in einer „automatischen“ Rechtsfolge.
- 114 Der Gesetzeswortlaut von § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 greift aber auch für Anlagen, bei denen sowohl die Erstinbetriebnahme als auch die Neuinbetriebnahme unter dem EEG 2004 stattfinden. Hinreichende Anhaltspunkte für ein gesetzgeberisches Versehen und die Annahme, dass § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 für Neuanlagen i. S. d. EEG 2004 nicht gelten sollte, bestehen nicht (s. Rn. 87). Aus der Gesetzesbegründung geht nicht hervor, ob der Gesetzgeber im Blick gehabt hat, dass in diesen Fällen den Anlagenbetreiberinnen und -betreiber neben Vorteilen – dem verlängerten Vergütungszeitraum – zugleich auch Nachteile – die degressionsbedingt niedrigeren Vergütungssätze – entstehen. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber es der unternehmerischen Entscheidung der Anlagenbetreiberinnen und -betreibern überlassen hat, ob diese ihre Anlagen erneuern und neu in Betrieb nehmen und ob dies für sie vorteilhafter ist als der Fortbetrieb mit der bestehenden Vergütungsdauer und -höhe.

⁷⁸Ogleich sich die Grundvergütung bei Bestandsanlagen über 150kW insgesamt geringfügig verringern konnte, da von § 5 Abs. 1 EEG 2000 zu § 8 Abs. 1 EEG 2004 die Grundvergütung in der ersten Leistungsstufe bis 150kW stieg, in den weiteren Leistungsstufen jedoch sank, führte der Erhalt des Technologie- und/oder KWK-Bonus (gemäß § 8 Abs. 3 und 4 EEG 2004 je 2 ct/kWh) dazu, dass die Vergütung nach dem EEG 2004 insgesamt höher war als die nach dem EEG 2000. Der NawaRo-Bonus gemäß § 8 Abs. 2 EEG 2004 konnte in gleicher Höhe sowohl für Neu- als auch Bestandsanlagen in Anspruch genommen werden.

- 115 Der Gesetzgeber ging mithin vermutlich davon aus, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber nur dann Umbauten und Investitionen im von § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 verlangten Umfang vornehmen, wenn sie eine Neuinbetriebnahme der Anlage erreichen wollen.
- 116 Offenkundig nicht berücksichtigt hat der Gesetzgeber dabei Fälle, in denen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber solche Umbauten und Investitionen vornehmen, ohne zu wissen oder zu wollen, dass dadurch eine Neuinbetriebnahme ihrer Anlage stattfindet.
- 117 Da es den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern obliegt, die für ihre Anlage jeweils geltende aktuelle Rechtslage zu kennen, ist die Unkenntnis von der Existenz einer Rechtsfolge des EEG oder das Nichtwollen ihres Eintritts jedoch unerheblich. Selbst wenn nach dem Regelungsziel des Gesetzgebers die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme bei nicht willentlich verfolgter Erneuerung und Neuinbetriebnahme nicht eintreten sollte, ist unklar, wie hierfür zwischen einem „zuerst nicht, aber später doch“ Kennen oder Wollen der Neuinbetriebnahme in den Fällen der nachträglichen Geltendmachung und einem „sowohl von Anfang an als auch endgültig nicht“ Kennen oder Wollen der Neuinbetriebnahme unterschieden werden soll.
- 118 Auch wenn der Gesetzgeber zusätzliche Investitionen der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber vermutlich nicht mit einer ungewollten Vergütungsänderung „sanktionieren“ wollte, fügen sich die Rechtsfolgen bei der Neuinbetriebnahme von Neuanlagen i. S. d. EEG 2004 einschließlich ihrer Vorteile (verlängerter bzw. neuer Vergütungszeitraum) und Nachteile (geringere Vergütung) grundsätzlich auch in das Regelungsregime des EEG ein, weil für die erneuerten Komponenten bestehender Anlagen ebenso wie für die Komponenten vollumfänglich neuer Anlagen zwischen der Erst- und der Neuinbetriebnahme nach der Vorstellung des Gesetzgebers Kostensenkungen eingetreten sind, die die Vergütungsdegression abbildet.
- 119 Vom Eintritt der Rechtsfolge zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit diese tatsächlich umgesetzt werden kann. Jedenfalls kann der zuständige Netzbetreiber keine Neuinbetriebnahme und Vergütungsumstellung prüfen, solange die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ihm die hierfür relevanten Umstände nicht zur Kenntnis geben (zu den Mitteilungspflichten s. Abschnitt 2.2.3). Zu der Frage, wann aus der Neuinbetriebnahme folgende Vergütungsansprüche verwirkt werden können, s. Abschnitt 2.2.5.2.

120 **Abweichende Vereinbarung** Vorliegend nicht entschieden werden muss, ob Anlagenbetreiberinnen und -betreiber mit dem zuständigen Netzbetreiber jedoch einen Vertrag über den Verzicht auf die Neuinbetriebnahme abschließen können und ob ein solcher Vertrag mit § 7 Abs. 2 EEG 2014 bzw. dessen Vorgänger- oder Nachfolgevorschriften vereinbar wäre.

2.2.3 Mitteilungspflichten

121 Die Neuinbetriebnahme ist nicht wegen eines Verstoßes gegen Mitteilungspflichten gemäß § 14a EEG 2004⁷⁹ oder dessen Nachfolgevorschriften § 46 EEG 2009⁸⁰/EEG 2012 und § 71 EEG 2014⁸¹/EEG 2017/EEG 2021 ausgeschlossen.

122 **2.2.3.1 Daten** Zu den „Daten“, die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gemäß § 14a EEG 2004, § 46 EEG 2009/EEG 2012, § 71 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021 dem zuständigen Netzbetreiber jeweils zum 28. Februar des auf die Einspeisung folgenden Jahres mitteilen müssen, 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 sind⁸² – hier also auch die tatsächlichen Vorgänge, die die Erneuerung und Neuinbetriebnahme einer Anlage begründen können.⁸³

⁷⁹Galt bis 31.12.2008.

⁸⁰Galt ab 01.01.2009 gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009, § 100 Abs. 1 EEG 2012 auch für vor diesen Datum in Betrieb genommene Anlagen.

⁸¹Gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. c) EEG 2014 sowie § 100 Abs. 1 EEG 2021 i. V. m. § 100 Abs. 2 Nr. 10 Buchst. c) EEG 2017 gelten seit 01.08.2014 für Anlagen, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurden, § 71 Nr. 1 EEG 2014 sowie statt § 71 Nr. 2 EEG 2014 die Anspruchsvoraussetzungen des EEG 2009/2004/2000.

⁸²So zu § 14a Abs. 2 Nr. 1 und 2 EEG 2004 bereits 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 anspruchsrelevanten Änderungen mitgeteilt werden“.

⁸³Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 6.

- 123 **2.2.3.2 Getätigte Angaben** In den Jahren bis 2017 hat die Anspruchstellerin der Anspruchsgegnerin, soweit sich dies aus dem Parteivortrag schließen lässt, lediglich die Erhöhung der installierten Leistung im Jahr 2007 durch Zubau des BHKW-2 mitgeteilt.
- 124 Erstmals mit Schreiben vom 22. November 2018, eingegangen am 26. November 2018, hat sie der Anspruchsgegnerin mitgeteilt, dass und welche konkreten Umbaumaßnahmen sie vorgenommen hat, dass die letzte relevante Erneuerungsmaßnahme am 31. Dezember 2008 stattgefunden habe und dass sie die Erneuerung und Neuinbetriebnahme zu diesem Datum geltend macht (s. Rn. 20).
- 125 Die für die Bewertung der Erneuerung und Neuinbetriebnahme erforderlichen Daten und Tatsachen hat sie daher allesamt nicht zum 28. Februar 2009, sondern erst zum 26. November 2018, mithin über neun Jahre später mitgeteilt.
- 126 Sie hat damit die Mitteilungsfristen für eine entsprechende Abrechnung der Jahre 2008 bis 2017 versäumt.
- 127 Dies führt jedoch nicht zu einem Ausschluss der Neuinbetriebnahme oder grundsätzlich aller daraus folgenden Vergütungsansprüche.
- 128 **2.2.3.3 Funktion** Die Mitteilungspflichten der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gemäß § 14a EEG 2004 bzw. § 46 EEG 2009/EEG 2012 und § 71 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021) dienen dazu, dass die Netzbetreiber die Informationen erhalten, die erforderlich sind, um die zu leistenden Vergütungs- bzw. Förderzahlungen bestimmen und prüfen zu können.⁸⁴
- 129 Die Fristen für diese Mitteilungspflichten stellen keine Ausschlussfristen dar, deren Versäumnis zum Untergang der Vergütungs- bzw. Förderansprüche führt.⁸⁵
- 130 Sofern die Mitteilungspflichten unter dem EEG 2004 spezialgesetzliche Verjährungsfristen für Vergütungsansprüche dargestellt haben,⁸⁶ trifft dies seit dem EEG 2009 je-

⁸⁴Nur beispielshalber ebenso *Naujoks*, in: Baumann/Gabler/Günther (Hrsg.), EEG Kommentar, 1. Aufl. 2020, § 71 Rn. 5; 20 *Wolff*, in: Greb/Boewe (Hrsg.), EEG Kommentar, 1. Aufl. 2018, § 71 Rn. 23; *Salje*, EEG Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 71 Rn. 5.

⁸⁵Ebenso Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 7; *OLG 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.

⁸⁶*Clearingstelle*, Empfehlung v. 24.11.2008 – 2008/7, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2008/7>, Leitsatz 2.

denfalls nicht mehr zu.⁸⁷ 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 und § 62 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021). Da vorliegend die Erneuerung und Neuinbetriebnahme im Jahr 2008 bis 28. Februar 2009 zu melden war, kommt es nur auf § 46 EEG 2009 bzw. dessen Nachfolgevorschriften an.⁸⁸

- 131 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 2009⁸⁹/EEG 2012 bzw. § 62 EEG 2014⁹⁰/EEG 2017/EEG 2021 entsprechen muss, also Anlagenbetreiberinnen und -betreiber eine nachträgliche Korrektur ggf. nur bei Schaffung einer der dort genannten Titel erreichen können.⁹¹
- 132 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 Titeln, die Grundlage einer nachträglichen Korrektur sein können, gehört u. a. das vorliegende Votum.⁹²
- 133 Ob und für welche Zeiträume im jeweiligen Einzelfall eine Änderung der Endabrechnung vorgenommen werden kann, also für welche Zeiträume Nachzahlungs-

⁸⁷Vgl. auch *Clearingstelle*, Votum v. 10.12.2014 – 2014/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2014/17>, Rn. 34 ff. – dort noch offen gelassen.

⁸⁸Unerheblich ist daher, ob Vergütungsansprüche der Anspruchstellerin aus den Jahren bis 2007 nach § 14a EEG 2004 verjährt sind. Zu den Vergütungsansprüchen der Anspruchstellerin aus den Jahren ab 2008 s. Abschnitt 2.2.5.

⁸⁹Galt gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 seit dem 01.01.2009 auch für Bestandsanlagen, die vor diesem Datum in Betrieb genommen wurden. Galt gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 seit dem 01.01.2012 statt § 38 EEG 2012 fort; unklar ist, ob es sich hierbei um ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers handelt.

⁹⁰Galt 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.

⁹¹Ebenso 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, § 46 Rn. 15, der dies als eine dem Netzbetreiber zustehende Einrede sui generis bezeichnet; *Posser/Altenschmidt*, 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.

⁹²Gemäß § 38 EEG 2009; § 38 Nr. 4 EEG 2012; § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021.

oder Rückforderungsansprüche ggf. verjährt oder verwirkt sind, richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts sowie nach den spezialgesetzlichen Voraussetzungen des § 35 Abs. 5 EEG 2012/§ 57 Abs. 5 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021 (s. hierzu die Abschnitte 2.2.5 und 2.2.6).

- 134 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 2014⁹³/§ 26 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021).⁹⁴
- 135 Aus welchem Grund die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ihren Mitteilungspflichten nicht nachkommen, ist unerheblich dafür, dass davon abhängige Vergütungen daher nicht im jeweiligen Folgejahr abgerechnet werden können.⁹⁵
- 136 Nicht verfahrensgegenständlich ist, ob bei der Nicht- oder Schlechterfüllung der Mitteilungspflichten als Informations- und Auskunftspflichten⁹⁶ Ansprüche auf Auskunft⁹⁷ oder sonstige Ansprüche des Netzbetreibers, etwa Schadensersatzansprüche, bestehen.
- 137 Daher muss auch nicht entschieden werden, ob Anlagenbetreiberinnen und -betreiber verpflichtet sind oder es ihnen nur obliegt, diejenigen Daten und Angaben zu melden, die für Zahlungen erforderlich sind, die sie erhalten möchten – also ob sie z. B. keine Angaben zu einem Bonus tätigen müssen, den sie nicht erhalten wollen.⁹⁸
- 138 Ebenfalls nicht verfahrensgegenständlich ist, was daraus folgt, wenn Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sich zwar bewusst waren, dass die vorgenommenen Umbaumaßnahmen wahrscheinlich eine Erneuerung i. S. v. § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 dar-

⁹³Gilt 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.

⁹⁴Der 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.

⁹⁵Unklar, ob anderer Ansicht: Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 8.

⁹⁶*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.

⁹⁷*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.

⁹⁸Ebenfalls nicht zu entscheiden ist in diesem Votum, ob und in welchen Fällen vollständig auf eine Förderung nach dem EEG verzichtet werden kann.

stellte, die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme aber wegen der damit verbundenen Vergütungsdegression zunächst nicht wünschten und daher Erneuerungsmaßnahmen nicht mitgeteilt haben – insbesondere, ob dies einen sanktionierbaren Pflichtverstoß oder sogar ein strafrechtlich relevantes Verhalten darstellen kann.⁹⁹

139 Spezielle Mitteilungsfristen für die Erneuerung und Neuinbetriebnahme, bei deren Versäumnis die Neuinbetriebnahme bzw. die daraus folgende neue Vergütung ausgeschlossen ist, sieht das EEG 2004 nicht vor. Solche Fristen wurden erst nach Außerkrafttreten des EEG 2004, zudem für andere Ereignisse geschaffen.¹⁰⁰

140 Solange Anlagenbetreiberinnen und -betreiber den zuständigen Netzbetreibern die Umstände einer Erneuerung gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 nicht mitgeteilt haben, müssen und können diese mangels Kenntnis die Vergütung nicht anpassen. Die Netzbetreiber trifft keine Informations- oder Beratungspflicht, die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber darüber in Kenntnis zu setzen, welche Rechte und Pflichten ihnen aus dem EEG erwachsen.¹⁰¹ Sie trifft daher weder die Pflicht, dahingehen zu beraten, dass eine lediglich mitgeteilte Erhöhung der installierten Leistung möglicherweise zugleich eine Erneuerung gemäß § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 darstellen könnte, sofern die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind, noch eine Nachforschungspflicht darüber, welche Umstände ggf. nicht mitgeteilt wurden, die eine Erneuerung begründen könnten.

141 **2.2.3.4 Meldepflichten und technische Anforderungen** Bestehen aufgrund einer Neuinbetriebnahme veränderte Meldepflichten oder technische Anforderungen,¹⁰² lässt dies die Neuinbetriebnahme als Rechtsfolge einer Erneuerung nach § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 nicht entfallen und schließt mithin nicht aus, dass Inbetriebnahmedatum und Vergütung bei einer Neuinbetriebnahme angepasst werden.

⁹⁹Stellungnahme des BDEW, S. 10 und Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 8.

¹⁰⁰Vgl. bspw. § 66 Abs. 5 und Abs. 14 EEG 2012 bei mehreren anwendbaren Vergütungen für Wasserkraftanlagen sowie BT-Drs. 19/29793, Verordnung der Bundesregierung zur Umsetzung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2021 und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften, unter Vorbehalt der Zustimmung des Deutschen Bundestages, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/6004>, S. 10 und S. 28 zu § 12 d) zur Mitteilungsfrist der Anschlussförderung für Güllekleinanlagen als Ausschlussfrist.

¹⁰¹Vgl. zur nicht bestehenden Aufklärungspflicht der Netzbetreiber über die im EEG enthaltenen Meldepflichten der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gegenüber der Bundesnetzagentur: BGH, Urt. v. 05.07.2017 – VIII ZR 147/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3584>, Leitsatz 1 und 2 sowie Rn. 72.

¹⁰²S. hierzu die Stellungnahme des BDEW, S. 10.

142 Im jeweiligen Einzelfall ist jedoch zu prüfen, ob solche Verstöße vorliegen und ggf. Vergütungsanktionen bzw. -verringerungen greifen; dies ist vorliegend nicht verfahrensgegenständlich.¹⁰³

2.2.4 Änderung der Vergütungshöhe

143 Die EEG-Vergütung für den in der Biogasanlage erzeugten Strom ist für Dezember 2008 ebenso wie für den Zeitraum ab 2009 bei einer Neuinbetriebnahme am 1. Dezember 2008 niedriger als die Vergütung auf Grundlage eines Inbetriebnahmedatums aus 2005 (s. Tabelle 1 auf der folgenden Seite).

144 Dies ergibt sich daraus, dass sich bei einer im Jahr 2008 erfolgten Neuinbetriebnahme die Grundvergütung des EEG 2004 gegenüber einem Inbetriebnahmedatum aus 2005 degressiv abgesenkt hat. Die Boni des EEG 2004 unterliegen hingegen keiner Degression (§ 8 Abs. 5 EEG 2004).

145 Ab Inkrafttreten des EEG 2009 waren sowohl bei einem Inbetriebnahmedatum aus 2005 als auch aus 2008 in der ersten Vergütungsschwelle bis 150 kW die Grundvergütung des EEG 2009 sowie der NawaRo- bzw. Gülle-Bonus des EEG 2009 jeweils mit den Vergütungssätzen aus dem Jahr 2009 anzulegen.¹⁰⁴ Das neue Inbetriebnahmedatum hat sich mithin auf diese Vergütungsbestandteile sowie auf die fortzuzahlenden Boni des EEG 2004 nicht ausgewirkt, sondern nur auf die unterschiedlich hohen Grundvergütungssätze des EEG 2004 in der zweiten und dritten Leistungsschwelle (s. nachfolgende Tabelle 1):

¹⁰³Wird eine unter dem StrEG bzw. EEG 2000 oder EEG 2004 erstmals in Betrieb genommene Biomasseanlage unter dem EEG 2004 neu in Betrieb genommen, wirkt sich dies bspw. auf die technischen Anforderungen des EEG 2009 und EEG 2012 i. d. R. nicht aus, da diese i. d. R. entweder auch für vor dem 01.01.2009 bzw. vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommene Bestandsanlagen oder nur für nach diesem Datum in Betrieb genommene Neuanlagen gelten. Dies ist jedoch, ebenso wie die anzuwendenden Anforderungen der verschiedenen Gesetzesfassungen, im Einzelfall zu prüfen.

¹⁰⁴Für vor 2009 in Betrieb genommene Anlagen kommt die ab 2010 stattfindende jährliche Degression der Vergütungssätze gemäß § 20 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 EEG 2009 nicht in Frage.

Tabelle 1: Vergütungen bei Inbetriebnahme 2005 und Dezember 2008

Inbetriebnahme	Vergütung	bis 12/2008	in 12/2008	ab 2009
2005	Grundvergütung ≤ 150 kW	11,33 ct/kWh ¹		11,67 ct/kWh ¹¹
	Grundvergütung ≤ 500 kW	9,75 ct/kWh ²		9,75 ct/kWh ²
	Grundvergütung ≤ 5 MW	8,77 ct/kWh ³		8,77 ct/kWh ³
	NawaRo-Bonus ≤ 500 kW	6,00 ct/kWh ⁴		7,00 ct/kWh ¹²
	NawaRo-Bonus ≤ 5 MW	4,00 ct/kWh ⁵		
	Gülle-Bonus ≤ 150 kW			4,00 ct/kWh ¹³
	Gülle-Bonus ≤ 500 kW			1,00 ct/kWh ¹⁴
	KWK-Bonus	2,00 ct/kWh ⁶		2,00 ct/kWh ⁶
	Technologie-Bonus	2,00 ct/kWh ⁷		2,00 ct/kWh ⁷
12/2008	Grundvergütung ≤ 150 kW		10,83 ct/kWh ⁸	11,67 ct/kWh ¹¹
	Grundvergütung ≤ 500 kW		9,32 ct/kWh ⁹	9,32 ct/kWh ⁹
	Grundvergütung ≤ 5 MW		8,38 ct/kWh ¹⁰	8,38 ct/kWh ¹⁰
	NawaRo-Bonus ≤ 500 kW		6,00 ct/kWh ⁴	7,00 ct/kWh ¹²
	NawaRo-Bonus ≤ 5 MW		4,00 ct/kWh ⁵	
	Gülle-Bonus ≤ 150 kW			4,00 ct/kWh ¹³
	Gülle-Bonus ≤ 500 kW			1,00 ct/kWh ¹⁴
	KWK-Bonus		2,00 ct/kWh ⁶	2,00 ct/kWh ⁶
	Technologie-Bonus		2,00 ct/kWh ⁷	2,00 ct/kWh ⁷

¹ § 8 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2004 (für 2005).

² § 8 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 (für 2005).

³ § 8 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2004 (für 2005).

⁴ § 8 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1, 2 EEG 2004.

⁵ § 8 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 3 EEG 2004.

⁶ § 8 Abs. 3 EEG 2004.

⁷ § 8 Abs. 4 EEG 2004.

⁸ § 8 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2004 (für 2008).

⁹ § 8 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 (für 2008).

¹⁰ § 8 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2004 (für 2008).

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

¹² § 66 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 27 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, Anlage 2 Nr. VI.2.a) EEG 2009 (für 2009).

¹³ § 66 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 27 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, Anlage 2 Nr. VI.2.b).aa) EEG 2009 (für 2009).

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

2.2.5 Keine Nachzahlungsansprüche der Anspruchstellerin

- 146 Nachzahlungsansprüche der Anspruchstellerin bestehen vorliegend nicht, da die von der Anspruchsgegnerin seit der Neuinbetriebnahme im Dezember 2008 ausgezahlten Vergütungen zu hoch waren.
- 147 Insbesondere sind weder die seit Dezember 2008 geleisteten Zahlungen in voller Höhe zurückzufordern noch die seit der Neuinbetriebnahme mit einem neuen Vergütungssatz entstandenen Ansprüche rückwirkend auszusahlen.
- 148 Dahinstehen kann dabei, ob nur ein Vergütungsanspruch gemäß EEG vorliegt, dessen Modalitäten (Höhe und Dauer der Vergütung) sich durch die Neuinbetriebnahme geändert haben, oder ob mit der Neuinbetriebnahme ein neuer eigenständiger Vergütungsanspruch entstanden ist.
- 149 Denn selbst bei Annahme zweier getrennter Ansprüche hat die Anspruchsgegnerin auf den neuen Anspruch in der Höhe der gesetzlich geforderten Vergütung schuldbefreiend 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.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶
- 150 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, denen die Leistungen der Anspruchsgegnerin hätten zugeordnet werden können.
- 151 Auch eine Rückforderung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB 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 le-

¹⁰⁵BGH, Urt. v. 03.12.1990 – II ZR 215/89, Rn. 8, zitiert nach juris.

¹⁰⁶BGH, Urt. v. 03.12.1990 – II ZR 215/89, Rn. 8, zitiert nach juris.

diglich auf den Anspruch in der sich aus dem Inbetriebnahmejahr 2005 ergebenden Höhe und Dauer.

- 152 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.¹⁰⁷
- 153 Es sind daher nur die überzahlten Beträge abzuschöpfen bzw. zurückzufordern.
- 154 **2.2.5.1 Verjährung** Da keine Nachzahlungsansprüche der Anspruchstellerin bestehen, ist vorliegend nicht zu entscheiden, für welche Zeiträume diese Ansprüche aus den Jahren 2008 ggf. gemäß § 14a EEG 2004¹⁰⁸, im Übrigen jedenfalls gemäß §§ 199, 195 BGB verjährt wären.
- 155 **2.2.5.2 Verwirkung** Mangels Nachzahlungsansprüchen der Anspruchstellerin ist daher vorliegend ebenfalls nicht zu entscheiden, wann solche Ansprüche verwirkt sind.
- 156 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 erscheinen lassen (Umstandsmoment).¹⁰⁹

¹⁰⁷Zahlungsansprüche unterliegen der regelmäßigen kenntnisabhängigen Verjährungsfrist gemäß §§ 199, 195 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 fortgezahlt 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 nicht ausgezahlt werden muss, sie aber die nach der Neuinbetriebnahme irrtümlich fortgezahlte höhere Vergütung wegen Verjährung von Rückforderungsansprüchen behalten können.

¹⁰⁸S. hierzu Rn. 130.

¹⁰⁹Ständige Rechtsprechung, s. z. B. *BGH*, Urt. v. 23.01.2014 – VII ZR 177/13, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de>, Rn. 13.

- 157 Bei einer ca. zehn Jahre verspäteten Geltendmachung ist das jedenfalls sog. Zeitmoment der Verwirkung für alle bis dahin verjährten¹¹⁰ Ansprüche zu bejahen.¹¹¹
- 158 Offen bleiben kann im vorliegenden Fall, ob auch das Umstandsmoment erfüllt wäre. Für das Umstandsmoment ist neben dem durch das Verhalten des Schuldners geschaffene Vertrauen des Gläubigers auf die Nichtgeltendmachung¹¹² weiterhin erforderlich, dass dem Gläubiger durch die verspätete Durchsetzung ein unzumutbarer Nachteil entstünde. Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn der Gläubiger wirtschaftliche Dispositionen vorgenommen hat.¹¹³
- 159 Nicht zu entscheiden ist daher vorliegend, ob und wann die zuständigen Netzbetreiber im Vertrauen auf die Mitteilungen der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber im Rahmen des Belastungsausgleichs wirtschaftliche Dispositionen getätigt haben, die eine Nachzahlung ganz oder anteilig ausstehender Vergütungen als nicht mehr zumutbar erscheinen lassen, und wie hierfür die Vorschriften zur Wälzung zwischen Netzbetreiber und Übertragungsnetzbetreiber sowie die sonstige Ausgestaltung des Ausgleichsmechanismus zu berücksichtigen sind.

2.2.6 Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin

- 160 Für Dezember 2008 sowie für die Jahre ab 2009 sind aufgrund der Neuinbetriebnahme Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin in Höhe der Differenz zwischen der gezahlten und der gesetzlich geschuldeten Vergütung entstanden (s. 2.2.4 und 2.2.5). Die Anspruchstellerin hat keine Verjährungseinrede erhoben, die Parteien aber um Prüfung von Rückabwicklungsfragen gebeten (s. Verfahrensfrage 2 sowie Rn. 34 f.).
- 161 Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für Einspeisungen in den Jahren 2008 bis 2011 sind noch nicht verjährt (s. Abschnitt 2.2.6.1).

¹¹⁰ Die 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. Die Zahlungsansprüche von Anlagenbetreiberinnen und -betreiber verjähren innerhalb der dreijährigen Regelverjährung gemäß § 199 Abs. 1, 195 BGB.

¹¹¹ I. E. ebenso Stellungnahme des *BDEW*, S. 8, die den Zeitmoment als erfüllt ansieht bei erstmaliger Darlegung der Erneuerung deutlich nach Außerkrafttreten des EEG 2004, z. B. erst 2016, 2017 oder 2018. Eine Bejahung des Zeitmoments wohl grundsätzlich für möglich haltend: Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 5.

¹¹² Dies in Fällen der nachträglichen Geltendmachung einer Neuinbetriebnahme bejahend: Stellungnahme des *BDEW*, S. 8; verneinend: Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 6.

¹¹³ *BGH*, Urt. v. 17.03.1994 – X ZR 16/93, Rn. 58, zitiert nach juris; Rn. 13; *Grüneberg*, in: Palandt (Begr.), BGB Kommentar, 78. Aufl. 2019, § 242, Rn. 95; *Sutschet*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck

- 162 Soweit Rückforderungsansprüche für Einspeisungen in den Jahren ab 2012 bereits verjährt sind, ist die Einrede der Verjährung ausgeschlossen. Die Anspruchsgegnerin kann diese Rückforderungsansprüche weiterhin durchsetzen, ohne dazu verpflichtet zu sein (s. Abschnitt 2.2.6.2).
- 163 Eine Verwirkung von Rückforderungsansprüchen der Anspruchsgegnerin kommt nicht in Betracht, da nicht sie, sondern die Anspruchstellerin untätig geblieben ist.
- 2.2.6.1 Rückforderungsansprüche für 2008 bis 2011 Rückforderungsansprüche für Einspeisungen seit Dezember 2008 bis 2011 richten sich nach §§ 812 ff. BGB.¹¹⁴ Die ausgezahlten Vergütungen sind, soweit sie die aufgrund der Neuinbetriebnahme gesetzlich geschuldeten Zahlungen überstiegen, i. S. v. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB durch Leistung der Anspruchsgegnerin ohne Rechtsgrund erfolgt.
- 164 Die Verjährung für solche Ansprüche richtet sich nach §§ 195, 199 BGB (regelmäßige Verjährungsfrist) und beträgt drei Jahre. Diese Verjährungsfrist hat vorliegend mit Ablauf des Jahres 2018 begonnen und ist noch nicht abgelaufen.
- 165 Gemäß § 199 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt. Die Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für die jeweiligen Einspeisejahre sind jeweils zum Ende des Folgejahres entstanden (s. Rn. 167). Da die Anspruchsgegnerin erst im Jahr 2018 Kenntnis aller anspruchsbegründenden Umstände erlangt hat, begann die Verjährungsfrist jedoch erst mit dem Schluss des Jahres 2018 (s. Rn. 168).
- 166 Ein Anspruch ist **entstanden**, wenn es objektiv möglich ist, den Anspruch im Wege der Klage geltend zu machen.¹¹⁵ Dies setzt beim Vergütungsanspruch nach dem EEG voraus, dass die Höhe der vom Schuldner (hier der Anspruchsgegnerin) zu leistenden Vergütungszahlung zumindest bestimmbar ist.¹¹⁶ Ein endabrechenbarer Vergütungsanspruch für den in einem Kalenderjahr erzeugten und eingespeisten Strom entsteht bei Biomasseanlagen grundsätzlich zu Beginn des Folgejahres, da hier die

(Hrsg.), BGB Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 242, Rn. 148; *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 242, Rn. 408.

¹¹⁴Zur 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>.

¹¹⁵*Grothe*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2019, § 199, Rn. 5.

¹¹⁶*Clearingstelle*, Votum v. 05.08.2015 – 2015/20, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2015/20>, Rn. 38.

Vergütungshöhe sowohl bei Bestands- als auch bei Neuanlagen von der Bemessungsleistung (§ 12 Abs. 2 EEG 2004, § 18 Abs. 2 EEG 2009¹¹⁷) abhängig ist; diese kann erst mit Ablauf des Kalenderjahres endgültig bestimmt werden.¹¹⁸ Gleiches gilt für die Boni (hier NawaRo-, Gülle-, KWK- und Technologie-Bonus), die eine Erhöhung der Grundvergütung darstellen. Die seit 2009 aufgrund des EEG gezahlten Boni (hier der NawaRo- bzw. Gülle-Bonus) entstehen zudem frühestens mit der Erbringung der gesetzlich geforderten Nachweise (Anlage 2 Nr. VI.2.b Satz 2 EEG 2009).¹¹⁹ Mangels anderweitigem Vortrag und aufgrund der Tatsache, dass die Anspruchsgegnerin durchgängig Vergütungen an die Anspruchstellerin ausgezahlt hat, geht die Kammer davon aus, dass den Parteien die Daten zur Leistung, Bemessungsleistung, den eingespeisten Strommengen¹²⁰ den Einsatzstoffen sowie die erforderlichen Nachweise jeweils zum 28. Februar des auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres vorlagen.

168 Die Anspruchsgegnerin hatte **Kenntnis** von der Person des Schuldners – der Anspruchstellerin. Sie hat jedoch erstmals mit dem am 26. November 2018 eingegangenen Schreiben der Anspruchstellerin Kenntnis von den in den Jahren 2006 bis 2008 vorgenommenen Umbaumaßnahmen, den angefallenen Kosten sowie einem möglichen Neuinbetriebnahmedatum am 31. Dezember 2008 erlangt (s. Rn. 20). Erst ab diesem Zeitpunkt war ihr eine Prüfung der Umstände¹²¹ sowie eine ggf. gerichtliche oder außergerichtliche Klärung der aufgrund dessen bestehenden Ansprüche möglich.¹²²

¹¹⁷Galt 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. 1 EEG 2021 i. V. m. § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Buchst. a) EEG 2017 fort (zuvor gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 und § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a) EEG 2014).

¹¹⁸Clearingstelle, Votum v. 05.08.2015 – 2015/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.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-eeg-kwkg.de/empfv/2011/12>, Rn. 75 ff.

¹¹⁹Clearingstelle, 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.

¹²⁰Sei es, weil die Anspruchsgegnerin diese gemessen und ermittelt, sei es, weil die Anspruchstellerin diese gemessen und mitgeteilt hat.

¹²¹Ebenso allgemein für Fälle der verspäteten Darlegung der Erneuerung und ihrer Kosten: Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 7.

¹²²Selbst wenn jede (der Anspruchsgegnerin bereits bekannte) Erhöhung der installierten Leistung eine Erneuerung darstellen kann, hatte die Anspruchsgegnerin ohne weitere Angaben zu den Kosten und sonstigen Umständen keinen Anlass, eine Erneuerung anzunehmen und zu prüfen, da der Zubau eines BHKW zu einer Vor-Ort-Biogasanlage häufig nicht reichte, um die Kostenschwelle des § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 zu überschreiten.

- 169 Die Verjährungsfrist hat daher zum 31. Dezember 2018 begonnen. Sie würde daher grundsätzlich zum 31. Dezember 2021 ablaufen. Sie ist jedoch seit 6. Dezember 2018 (s. Rn. 21) durch Verhandlungen i. S. v. § 203 BGB¹²³ sowie seit 17. Dezember 2018 (s. Rn. 22) gemäß §§ 209, 204 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b), Abs. 2 BGB i. V. m. § 14 Abs. 1 VerFO durch Rechtsverfolgung im Wege dieses Votumsverfahrens **gehemmt**.
- 170 Die Hemmung durch Rechtsverfolgung endet sechs Monate nach der Beendigung dieses Verfahrens durch das Votum.¹²⁴ Der Zeitraum vom 6. Dezember 2016 bis zu jenem Datum wird (taggenau) nicht in die Verjährungsfrist eingerechnet (§ 209 BGB).
- 171 **2.2.6.2 Rückforderungsansprüche ab 2012** Rückforderungsansprüche der Anspruchsgegnerin für überzahlte Vergütungen sind für Einspeisungen aus den Jahren 2012 bis 2015 verjährt, für die Jahre ab 2016 noch nicht (s. Rn. 173 ff.).
- 172 Die Anspruchstellerin kann sich für die Jahre 2012 bis 2015 jedoch nicht auf die Einrede der Verjährung berufen (s. Rn. 182 ff.). Die Anspruchsgegnerin kann daher auch diese Rückforderungen durchsetzen, ohne dazu verpflichtet zu sein (s. Abschnitt 2.2.6.3).
- 173 **Kurze Verjährungsfrist** Die Verjährung von Rückforderungsansprüchen der Anspruchsgegnerin für zu viel gezahlte Vergütungen, die ab Inkrafttreten des EEG 2012 am 1. Januar 2012 entstanden sind, richtet sich nach der Sonderregelung in § 35 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2012¹²⁵ bzw. seit 1. August 2014 nach § 57 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2014¹²⁶ (kurze zweijährige, kenntnisun-

¹²³Ernsthafter 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.

¹²⁴Sofern zwei Hemmungstatbestände gleichzeitig bestehen, z. B. wegen Rechtsverfolgung nach § 204 BGB und wegen Verhandlungen nach § 203 BGB, addieren sich die Hemmungstatbestände nicht im Überschneidungszeitraum, *LG Düsseldorf*, Urt. v. 29.06.2017 – 13 O 524/09, zitiert nach *juris*, Rn. 78; *BGH*, Urt. v. 30.04.2015 – IX ZR 1/13, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de>, Rn. 9.

¹²⁵Galt 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.

¹²⁶Galt 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.

abhängige Verjährung).¹²⁷ Dahinstehen kann, ob trotz der anderslautenden Übergangsbestimmungen seit Inkrafttreten des EEG 2017 und EEG 2021 nach Sinn und Zweck die §§ 57 Abs. 5 dieser EEG-Fassungen anzuwenden sind, da Satz 1, 3 und 4 dieser Vorschriften inhaltsgleich mit Satz 1 bis 3 der § 35 Abs. 4 EEG 2012/§ 57 Abs. 5 EEG 2014 geblieben sind.

- 174 Dahinstehen kann ebenfalls, ob § 35 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2012 bzw. § 57 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2014 („Rückforderungsanspruch“) und deren Nachfolgevorschriften als eigene Anspruchsgrundlage¹²⁸ die Anwendung von § 812 BGB ausschließen oder ob für Rückforderungen der Netzbetreiber¹²⁹ beide Anspruchsgrundlagen nebeneinander anwendbar sind.¹³⁰ Denn in letzterem Fall ist die kurze Verjährungsfrist des EEG auch auf den konkurrierenden Anspruch nach § 812 BGB zu übertragen und anstelle der regelmäßigen Verjährungsfrist anzuwenden.¹³¹
- 175 Nicht entschieden werden muss in diesem Votum weiterhin, inwiefern § 812 BGB zusammen mit der zehnjährigen kenntnisunabhängigen Maximalfrist gemäß § 199 Abs. 4 BGB neben § 35 Abs. 4 Satz 1 bis 3 EEG 2012 bzw. dessen Nachfolgevorschriften bestehen bleibt oder ob auch die Maximalfristen des BGB durch die kurze Verjährungsfrist des EEG ersetzt werden sollen.
- 176 Dahinstehen kann schließlich, ob gegenüber der kurzen Verjährungsfrist des EEG bereicherungsrechtliche Einwendungen greifen,¹³² denn eine positive Kenntnis der Anspruchsgegnerin gemäß § 814 BGB von der Nichtschuld lag jedenfalls nicht vor.

¹²⁷Zur Funktion als Verjährungs-, nicht Ausschlussfrist: *BGH*, Urt. v. 05.07.2017 – VIII ZR 147/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3584>, Rn. 50 ff. Anderer Ansicht: Stellungnahme der *renergie Allgäu*, S. 4, unter Zitierung der Vorinstanz in Rn. 8 des o.g. *BGH*-Urteils.

¹²⁸*BGH*, Urt. v. 05.07.2017 – VIII ZR 147/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3584>, Leitsatz d). Das EEG stellt danach nicht lediglich eine eigene Frist für alle Rückforderungsansprüche, unabhängig von ihrer Rechtsgrundlage, auf.

¹²⁹Bei sich aus Gesetz ergebender Zahlungspflicht.

¹³⁰Letzteres hat *BGH*, Urt. v. 05.07.2017 – VIII ZR 147/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3584>, offengelassen.

¹³¹Ausführlicher und mit weiteren Nachweisen *Clearingstelle*, Votum v. 17.06.2021 – 2019/37, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/37>, Leitsatz 1 und Rn. 140 f. Ebenso *OLG Hamm*, Urt. v. 13.09.2017 – 30 U 34/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3970>, Rn. 99.

¹³²Bejahend z. B. *Lamy/Altrock*, ZUR 2/2016, S. 73, 79 mit weiteren Nachweisen; verneinend z. B. *Cosack*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 57 Rn. 51.

- 177 Rückforderungsansprüche für die Jahre ab 2012 verjähren daher gemäß § 35 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 i. V. m. Satz 3 EEG 2012 bzw. dessen Nachfolgevorschriften mit Ablauf des zweiten auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres.
- 178 Die kurze Verjährungsfrist der Rückforderungsansprüche für die Jahre 2012 bis 2015 ist bereits abgelaufen (für das Jahr 2015 zum Ablauf des Jahres 2017).
- 179 **Hemmung der kurzen Verjährung** Die Verjährungsfrist von Ansprüchen für die Jahre ab 2016 (grundsätzlich zum Ablauf des Jahres 2018) bis 2021 (grundsätzlich zum Ablauf des Jahres 2023) ist hingegen noch nicht abgelaufen, u. a. da die Verjährung gehemmt ist.
- 180 Die Regelungen zur Verjährungshemmung sind auch auf die zweijährige kenntnisunabhängige Verjährung des EEG anzuwenden.¹³³
- 181 Die Verjährungsfrist von Ansprüchen für die Jahre ab 2016 ist daher seit dem 6. Dezember 2018 durch Verhandlungen und seit dem 17. Dezember 2018 durch Rechtsverfolgung gehemmt (s. Rn. 169f.). Die Hemmung ist bei der kurzen Verjährungsfrist des EEG ebenso wie bei der regelmäßigen Verjährungsfrist des BGB taggenau anzurechnen. Beide Verjährungsfristen beginnen und enden grundsätzlich mit Ablauf eines Kalenderjahres; Gründe für eine abweichende Anrechnung sind nicht ersichtlich.¹³⁴
- 182 **Unzulässigkeit der Verjährungseinrede** Die Einrede der Verjährung für Rückforderungen für die Jahre 2012 bis 2015 wäre jedoch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB unbeachtlich, da sie eine unzulässige Rechtsausübung darstellte.¹³⁵
- 183 Die Anspruchstellerin hat durch ihr widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) die Anspruchsgegnerin daran gehindert, ihre Rückforderungsansprüche vor Ablauf der kenntnisunabhängigen Verjährungsfrist des EEG durchzusetzen. Sie hat ihr neun bis zehn Jahre lang nicht mitgeteilt, dass zum Ende des Jahres 2008

¹³³Ausführlicher und mit weiteren Nachweisen *Clearingstelle*, Votum v. 17.06.2021 – 2019/37, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/37>, Leitsatz 2 und Rn. 150 f.

¹³⁴Nicht zu entscheiden ist hier, ob der Neubeginn der Verjährungsfristen, z. B. aufgrund von Anerkenntnis, im EEG anders zu berechnen ist als im BGB; dies annehmend *Lucariello*, Neubeginn der Verjährung nach § 57 Abs. 5 Satz 3 EEG 2017 aufgrund eines Anerkenntnisses in sonstiger Weise nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB, abrufbar unter <https://www.hoech-blog.de>.

¹³⁵Ebenso Stellungnahme des *BDEW*, S. 10, sofern nicht bereits die Neuinbetriebnahme wegen Verwirkung abzulehnen ist.

eine Erneuerung bzw. entsprechende Umbauarbeiten an der Anlage stattgefunden haben, so dass für die Anspruchsgegnerin weder ein Anlass noch die Möglichkeit bestand, aufgrund dessen bestehende Rückforderungsansprüche für die Jahre 2012 bis 2015 innerhalb der spezialgesetzlichen Verjährungsfrist zu prüfen und geltend zu machen. Die Anspruchstellerin hat ihr dies erstmals zum 22. bzw. 26. November 2018 mitgeteilt, nachdem diese Fristen bereits abgelaufen waren.

184 Ein Verschulden der Anspruchstellerin ist hierfür nicht erforderlich. Dahinstehen kann daher, ob die Anspruchstellerin die Regelung der Erneuerung und Neuinbetriebnahme in § 3 Abs. 4 Alt. 2 EEG 2004 vor 2018 nicht kannte, obwohl es ihr obliegt, die für ihre Anlage jeweils aktuelle Rechtslage zu kennen. Vielmehr reicht auch ein unabsichtliches Verhalten, wenn der Schuldner (hier die Anspruchsgegnerin) eine adäquate (Mit-)Ursache dafür gesetzt hat, dass der Gläubiger (hier die Anspruchsgegnerin) eine rechtzeitige Geltendmachung des Anspruchs vor Ablauf der Verjährungsfrist unterlassen hat.¹³⁶ Dieses Verhalten kann auch in einem Nichthandeln bzw. Unterlassen bestehen, wenn der Schuldner eine Rechtspflicht zum Handeln hatte.¹³⁷ Dies ist hier der Fall, da die Anspruchstellerin eine Pflicht zur Mitteilung gemäß § 14a EEG 2014 und dessen Nachfolgeregelungen (§ 46 EEG 2009/EEG 2012, § 71 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021) über die Voraussetzungen jedenfalls der von ihr geltend gemachten Ansprüche hatte, auch für die vorliegend geltend gemachte Erneuerung und Neuinbetriebnahme im Jahr 2008.

185 Die Einrede der Verjährung ist vorliegend auch unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falls mit dem Gebot von Treu und Glauben unvereinbar.¹³⁸ Zwar stellt die kurze Verjährungsfrist des EEG grundsätzlich gerade nicht auf die Kenntnis des Netzbetreibers ab. Der Gesetzgeber muss jedoch davon ausgegangen sein, dass es dem Netzbetreiber zumindest objektiv möglich ist, seine Rückforderungsansprüche geltend zu machen; Fälle wie den vorliegenden hat er bei der Schaffung der Vorschrift nicht berücksichtigt.¹³⁹ Es steht jedenfalls weder mit den Grundsätzen von

¹³⁶BGH, Urt. v. 12.06.2002 – VIII ZR 187/01, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de, S. 7; Looschelders/Olzen, in: Staudinger (Begr.), BGB Kommentar, Buch 2, Neubearb. 2019, § 242 Rn. 552.

¹³⁷Looschelders/Olzen, in: Staudinger (Begr.), BGB Kommentar, Buch 2, Neubearb. 2019, § 242 Rn. 553.

¹³⁸Zu dieser Voraussetzung s. BGH, Urt. v. 12.06.2002 – VIII ZR 187/01, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de, S. 7.

¹³⁹BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/urfassung/material>, S. 82: „Durch den neuen Absatz 4 wird schließlich klargestellt, dass... auch die aufnehmenden Netzbetreiber von den Anlagenbetreibern (Satz 3) überhöhte Vergütungszahlungen... zurückfordern müssen... Um eine Rückabwicklung über längere Zeiträume zu vermeiden, verjährt der Rückforderungsanspruch in Abweichung von der

Treu und Glauben noch der Grundsystematik des EEG in Einklang, wenn die wirtschaftlichen Kosten des widersprüchlichen Verhaltens von Anlagenbetreiberinnen und -betreiber in Fällen wie dem vorliegenden grundsätzlich von der Allgemeinheit als EEG-Umlagezahler zu tragen ist und die Anlagebetreiberinnen und -betreiber grundsätzlich sowohl die überzahlte Vergütung behalten als auch den verlängerten Vergütungszeitraum in Anspruch nehmen können.

- 186 Nach Wegfall der die Unzulässigkeit begründenden Umstände bzw. Kenntnis der Anspruchsgegnerin dieser Umstände – hier mit Zugang der Mitteilung über die Erneuerung und Neuinbetriebnahme begründenden Umstände und deren Geltendmachung am 26. November 2018 – beginnt weder eine neue Verjährungsfrist noch tritt eine Verjährungshemmung ein. Vielmehr bestimmt sich die für die Geltendmachung der (Rückforderungs-)Ansprüche verbleibende Frist nach den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs und den Umständen des Einzelfalls.¹⁴⁰ Der Gläubiger hat seine Ansprüche anschließend zügig (gerichtlich) geltend zu machen; andernfalls tritt die Verjährung ein.¹⁴¹ In durchschnittlichen Fällen hat die Rechtsprechung eine Frist von einem Monat als ausreichend angesehen,¹⁴² in anderen Fällen aber auch längere Fristen.¹⁴³ Die Anspruchsgegnerin hat jedenfalls in diesem Sinne zügig eine außergerichtliche Klärung zu den Fragen der Neuinbetriebnahme und der daraus folgenden Rückabwicklungsfragen angestrengt, da sie nach dem am 26. November 2018 eingegangenen Schreiben der Anspruchstellerin mit ihren Schreiben vom 6. Dezember 2018 eine solche Klärung vorgeschlagen und die Anspruchstellerin diese am 17. Dezember 2018 für beide Seiten beantragt hat.¹⁴⁴ Vorliegend kann daher offenbleiben, ob und wann Netzbetreibern ggf. auch ein längerer Zeitraum

Regelverjährung nach den §§ 195, 199 BGB mit Ablauf des 31. Dezembers des auf die Einspeisung folgenden Jahres (Satz 2).“

¹⁴⁰BGH, Urt. v. 14.11.2013 – IX ZR 215/12, Rn. 18, abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de>; BGH, Urt. v. 18. 12.1997 – IX ZR 180/96, Rn. 18; *Ellenberger*, in: Palandt (Begr.), BGB Kommentar, 79. Aufl. 2020, Überbl. v. § 194, Rn. 20; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger (Begr.), BGB Kommentar, Buch 2, Neubearb. 2019, § 242 Rn. 561.

¹⁴¹BGH, Urt. v. 06.12.1990 – VII ZR 126/90, Orientierungssatz 1 und Rn. 14, zitiert nach juris; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 03.12.1992 – 5 U 14/92, Rn. 41, zitiert nach juris.

¹⁴²BGH, Urt. v. 18. 12.1997 – IX ZR 180/96, Rn. 20, zitiert nach juris.

¹⁴³Jeweils mit weiteren Nachweisen *Ellenberger*, in: Palandt (Begr.), BGB Kommentar, 79. Aufl. 2020, Überbl. v. § 194, Rn. 20; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger (Begr.), BGB Kommentar, Buch 2, Neubearb. 2019, § 242 Rn. 562; z. B. sechs Wochen.

¹⁴⁴Für die vorliegende Frage des zügigen Geltendmachens ist dies der Klageerhebung i. S. d. ZPO sinngemäß gleichzustellen, auch wenn der Vertrag über die Durchführung des Votumsverfahrens später geschlossen wird.

zur (außer)-gerichtlichen Geltendmachung zur Verfügung steht.¹⁴⁵ Die Erhebung der Einrede der Verjährung ist danach weiterhin unzulässig.

187 **2.2.6.3 Rückforderungspflicht** Eine Rückforderungspflicht gemäß § 35 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 Halbsatz 2 i. V. m. Satz 3 EEG 2012 bzw. gemäß § 57 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 Halbsatz 2 i. V. m. Satz 3 EEG 2014 besteht nur für die Einspeisungen aus den Jahren ab 2016, für welche die kurze Verjährungsfrist, teils wegen Hemmung, noch nicht abgelaufen ist.

188 § 35 Abs. 4 Satz 1 bis 3 EEG 2012 lautet:

„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 und Satz 3 bis 4 EEG 2017/EEG 2021 im Wesentlichen inhaltsgleich.

189 Für Einspeisungen aus den Jahren 2012 bis 2015, für die die Verjährungsfrist schon abgelaufen ist, besteht keine Rückforderungspflicht gemäß § 35 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 und Satz 1 EEG 2012¹⁴⁶, also keine Pflicht zur Durchsetzung des Rückforderungsanspruchs gemäß Satz 2 Halbsatz 1 und Satz 1¹⁴⁷.

190 Dies gilt auch für verjährte Rückforderungsansprüche, gegenüber denen die Einrede der Verjährung durch die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber unzulässig ist.

¹⁴⁵Laut *BGH*, Urt. v. 14.11.2013 – IX ZR 215/12, Rn. 18, abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de> wurde die kurze Frist (durchschnittlich ein Monat) für Fälle entwickelt, für die das alte Verjährungsrecht galt und in denen bereits Verhandlungen vorausgingen oder sogar ein teilweises Anerkenntnis erzielt wurde; dort sei die kurze Frist von dem Zeitpunkt der als solcher erkennbaren endgültigen Leistungsverweigerung an berechnet worden. In diesem Urteil offengelassen wurde, welche Fristen sonst grundsätzlich in Frage kommen.

¹⁴⁶Bzw. § 57 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 und Satz 1 EEG 2014.

¹⁴⁷Bzw. § 57 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 und Satz 1 EEG 2014.

Nach Satz 2¹⁴⁸ knüpft das Erlöschen der Rückforderungspflicht allein an den Ablauf der Verjährungsfrist und damit den Eintritt der Verjährung zum 31. Dezember des zweiten auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres;¹⁴⁹ nicht daran, ob die Einrede der Verjährung auch erhoben wird. Nichts anderes kann in Fällen gelten, in denen die Einrede der Verjährung ausnahmsweise nicht erhoben werden darf. Die Anspruchsgegnerin kann diese Rückforderungsansprüche daher durchsetzen, muss es aber nicht.

- 191 Für Rückforderungsansprüche für die Jahre vor 2012 gemäß § 812 BGB, die gemäß §§ 199, 195 BGB noch nicht verjährt sind, besteht keine Rückforderungspflicht nach den o. g. Vorschriften. Dies ergibt sich daraus, dass sich die Rückforderungspflicht gemäß § 35 Abs. 4 EEG 2012 bzw. § 57 Abs. 5 EEG 2014, dort jeweils Satz 2 Halbsatz 2, nur auf Rückforderungsansprüche i. S. des jeweiligen Satz 1 und Satz 2 Halbsatz 1 bezieht. Da diese Rückforderungsansprüche nach der Rechtsprechung des BGH eigenständige Anspruchsgrundlagen darstellen,¹⁵⁰ sind Ansprüche gemäß § 812 BGB von der Rückforderungspflicht nicht erfasst.

Dr. Mutlak

Richter

Teichmann

¹⁴⁸Bzw. § 57 Abs. 5 Satz 3 EEG 2014.

¹⁴⁹So auch BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/urfassung/material>, S. 82: „Satz 2 zweiter Halbsatz stellt klar, dass mit Verjährung des Rückforderungsanspruchs auch die Pflicht zu dessen Geltendmachung nach Satz 1 erlischt.“

¹⁵⁰BGH, Urt. v. 05.07.2017 – VIII ZR 147/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3584>, Leitsatz d).