

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Loh & Kollegen, Ferdinand-Happ-Str. 32, 60314 Frankfurt (Main),

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Mockel, Richterin am Oberlandesgericht Koch und Richter am Oberlandesgericht Dr. Kolz im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO mit Schriftsatzschluss am 24. Mai 2023 für Recht erkannt:

1.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Einzelrichters der 14. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 22. Februar 2019 teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

- a. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 114.545,10 € zzgl. Zinsen in Höhe von 9%-Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 22.11.2016 zu zahlen.
- b. Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit hinsichtlich der Feststellungsanträge zu 3. und 4. erledigt ist.
- c. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.390 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 22.11.2016 zu zahlen.
- d. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

2.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

3.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

4.

Die Revision wird zugelassen, soweit die Verurteilung nicht auf dem Anerkennung der Beklagten beruht.

5.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch den Kläger aus Ziff. 1c. und 3. des Tenors durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

GRÜNDE:

I.

Der Kläger betreibt in [REDACTED] eine aus zwei zu unterschiedlichen Zeitpunkten (2005 und 2011) errichteten Blockheizkraftwerken bestehende Biogasanlage zur Stromerzeugung und Versorgung zweier Nahwärmenetze mit Wärmeenergie, die mit nachwachsenden Rohstoffen und Gülle betrieben wird. Er verlangt von der Beklagten, der damals zuständigen Netzbetreiberin, Zahlung restlicher Einspeisevergütung nach EEG für im Zeitraum von Januar 2013 bis Dezember 2016 erzeugten und in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom i.H.v. zuletzt 114.545,10 €. Insoweit hat die Beklagte die Klageforderung nebst Zinsen in der Berufungsinstanz anerkannt.

Ferner hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass bei erstmaliger Inbetriebsetzung eines zusätzlichen Blockheizkraftwerks im Jahr 2019 die Beklagte verpflichtet ist, für die Einspeisung von Strom eine Vergütung zu bezahlen, ohne dass der Kläger an einer Ausschreibung nach §§ 28 ff. EEG 2017 teilgenommen hat, sowie die Feststellung, dass ihm eine bestimmte Grundvergütung zusteht. Insoweit hat er den Rechtsstreit in der Berufungsinstanz einseitig für erledigt erklärt.

Schließlich verlangt er von der Beklagten Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten i.H.v. 9.595,03 €, welche er auf Grundlage einer mit seinem Prozessbevollmächtigten abgeschlossenen Honorarvereinbarung nach tatsächlichem Zeitaufwand mit einem Stundensatz von 230 € zzgl. Auslagen geltend macht.

Wegen der Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes sowie der dort gestellten Anträge wird zunächst auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Zur Begründung seines Feststellungsantrags hat der Kläger erstinstanzlich vorgebracht, er beabsichtige, seine Anlagenleistung durch Zubau mindestens eines weiteren BHKW zu erhöhen. Anschließend solle eine flexible Fahrweise der Biogasanlage möglich sein. Die in einem gesamten Jahr eingespeiste Strommenge solle nicht erhöht werden, jedoch der Strom mit einer höheren Leistung dann eingespeist werden, wenn der Strombedarf im Netz höher sei. Wenn ein geringerer Strombedarf vorliege, solle weniger eingespeist werden. Aus diesem Grund habe der Kläger erstmals im Jahr 2016 mündlich bei der Beklagten angefragt, ob die Netzkapazität für ein weiteres zusätzliches BHKW und die damit verbundene Leistungserhöhung ausreichend sein werde, was bejaht worden sei. Im Frühjahr 2017 habe der Kläger diverse Angebote für neue Blockheizkraftwerke eingeholt. Derzeit favorisiere er den Einbau eines zusätzlichen BHKW der Firma MAN mit einer elektrischen Leistung von ■■■ KW innerhalb seiner bestehenden Biogasanlage. Insofern hat er sich auf ein Angebot der Firma Hagl vom 13.3.2017 bezogen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass durch das Betreiben einer Anlage im Sinne des EEG und die Einspeisung des Stroms in das Netz der Beklagten ein gesetzliches Schuldverhältnis bestehe, welches sich auch auf eine geplante Erweiterung der Anlage beziehe. Für ihn habe die Frage der Höhe der Vergütung existenzielle Bedeutung. Er müsse vor seiner Investitionsentscheidung wissen, ob überhaupt ein Vergütungsanspruch bestehe und falls ja, welche Vergütungssätze gelten. Nachdem es die Beklagte auf Anfrage des Klägers mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 9.1.2018 unter Mitteilung der nach seiner Auffassung geltenden Vergütungssätze ablehnt habe, die vom Kläger genannten Vergütungssätze anzuerkennen oder auch nur mitzuteilen, welche Vergütungssätze ihrer Meinung nach gelten sollen, und dann auch noch die Auffassung vertreten habe, der Kläger müsse an einer Ausschreibung teilnehmen, sei er zur Erhebung der Feststellungsklage berechtigt.

Zur Erstattungsfähigkeit der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten hat er behauptet, dass er aufgrund der überdurchschnittlich schwierigen Sach- und Rechtslage keinen Anwalt zu den gesetzlichen Mindestgebühren habe finden können.

Nach den Gebühren des RVG wären aber jedenfalls aber 4.627,50 € netto erstattungsfähig. Er meint, dass für die außergerichtliche Vertretung jedenfalls eine 2,5 Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG aus einem Streitwert von bis zu 170.000 € zuzüglich Auslagenpauschale angemessen sei. Zum Zeitpunkt der Beauftragung seines Prozessbevollmächtigten habe ein Zahlungsverzug seitens der Beklagten mit einer Forderung i.H.v. 164.436,09 € inklusive Umsatzsteuer bestanden. Bis zur Entscheidung über die Klageerhebung habe sein Prozessbevollmächtigter insges. 40 Std. 48 Min. aufgewandt.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Feststellungsanträge mangels eines besonderen Feststellungsinteresses i.S.v. § 256 ZPO unzulässig seien. Es sei ungewiss, ob der Kläger tatsächlich ein neues BHKW errichten und den dort produzierten Strom nicht direkt vermarkten werde. Soweit der Kläger die Feststellung bestimmter Vergütungssätze begehrt (Antrag zu 4.), sei der Antrag zudem unbestimmt, weil der Kläger die Feststellung bestimmter Vergütungssätze für einen nicht genannten Förderzeitraum begehre. Auch sei die Gesetzeslage bei einer eventuellen Inbetriebnahme eines weiteren BHKW nicht absehbar.

Die Beklagte hat weiter die Auffassung vertreten, dass der Kläger allenfalls Ersatz von Rechtsanwaltskosten in Höhe der gesetzlichen Gebühren verlangen könne.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die Klage hinsichtlich der Feststellungsanträge unzulässig sei. Es fehle am Vorliegen eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses. Zwar bestehe zwischen den Parteien aufgrund des Betriebs einer nach Maßgabe des EEG zu fördernden Anlage bereits ein gesetzliches Schuldverhältnis. Im Hinblick auf das konkrete Rechtsverhältnis, bezüglich dessen der Kläger in seinem Feststellungsantrag die grundsätzliche Rechtspflicht der Beklagten zur Zahlung einer Einspeisevergütung nach EEG festgestellt wissen möchte, handle es sich jedoch um ein erst künftiges Rechtsverhältnis, dessen Entstehung ungewiss sei. Gegenstand dieser konkreten Vergütungspflicht sei nicht die Einspeisung von Strom, der in den bisher bestehenden Blockheizkraftwerken der Anlage produziert werden solle. Dabei sei unbeachtlich, dass bei materiell-rechtlicher Betrachtung ein hinzuzubauendes Blockheizkraftwerk wohl an dem durch Inbetriebnahme dieser Anlage begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis teilhaben würde, was im

Ergebnis aber dahinstehen könne. Ob und wann der Kläger eine Erweiterung der bestehenden Anlage um ein weiteres Blockheizkraftwerk vornehmen werde, sei derzeit ungewiss.

Im Hinblick auf die Klageanträge zu 1) und 2) sei die Klage unbegründet.

Die Klage sei unschlüssig, soweit der Kläger im Klageantrag zu 1) eine den Betrag von 114.545,10 € übersteigende Zahlung begehre. Auch auf Grundlage der Berechnungen des Klägers, denen er die für einschlägig gehaltene Vergütungsrechtsslage zu Grunde legt, sei die Differenz zum Klageantrag von 7.914,63 € nicht geschuldet.

Auch der weitergehende Zahlungsantrag sei – aus im Einzelnen näher ausgeführten Gründen – unbegründet.

Das Urteil ist dem Kläger am 05.03.2019 zugestellt worden. Er hat am 28.03.2019 Berufung eingelegt und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist zuletzt bis 24.05.2019 die Berufung an diesem Tag begründet.

Der Kläger hat zunächst seine erstinstanzlichen Anträge noch in vollem Umfang weiterverfolgt. Nach Neuberechnung des Zahlungsanspruchs verfolgt er seinen Zahlungsantrag zuletzt noch in Höhe von 114.545,10 € weiter. Den weitergehenden Antrag hat er für erledigt erklärt. Ferner hat er zunächst die Feststellungsanträge mit der Maßgabe weiterverfolgt, dass diese sich nur noch auf ein im Jahr 2019 zur bestehenden Biogasanlage hinzugebautes Blockheizkraftwerk beziehen. Der Kläger hält die Auffassung des Landgerichts zur Höhe der von der Beklagten geschuldeten Vergütung für unzutreffend.

Der Kläger rügt ferner, dass das Landgericht zu Unrecht seine Feststellungsklage als unzulässig angesehen habe. Auch die Einwendungen der Beklagten seien nicht begründet. Der Kläger habe als Eigentümer der bestehenden Anlage ein eigenes unmittelbares Interesse an der begehrten Feststellung. Er habe die Anlage lediglich aus steuerlichen Gründen an die [REDACTED] verpachtet. Der wesentliche Wert des Eigentums und damit der Verpachtung liege in der Vergütungsfähigkeit nach dem EEG. Dieser Wert werde zur Belastung des Grundstücks zwecks Finanzierung der gesamten Anlage genutzt. Deshalb sei für ihn als Eigentümer von evidenter Bedeutung, ob und in welcher Höhe ein Vergütungsanspruch bestehe. Zudem müsse er auch die Erweiterung der Anlage selbst

finanzieren. Die Absicherung der Kredite erfolge über Grundschulden, die auf seinem Eigentum lasten. Die Erweiterung der Anlage könne er nur dann finanzieren, wenn die Vergütung gesichert sei. Er verweist auf ein Votum der Clearingstelle EEG 2021/11 –IV, die in gleich gelagerten Fällen dem Anlageneigentümer und Betreiber die Aktivlegitimation zuspreche. Für die Zukunft sei nicht vorherzusagen, wer Betreiber der Anlage sein werde. Jedenfalls wäre eine gewillkürte Prozeßstandschaft zulässig. Ein schutzwürdiges eigenes Interesse ergebe sich aus seiner Stellung als Mitgesellschafter der aktuellen Betreiber-■■■■■, insbesondere aber auch aus seiner Stellung als Eigentümer.

Eine Baugenehmigung sei für die Frage der Vergütung nach dem EEG nicht entscheidend, zumal es auch Anlagen gebe, welche ohne Genehmigungen betrieben würden. Zudem sei auch für den Erhalt der Baugenehmigung ein nicht unerheblicher finanzieller Aufwand erforderlich. Er habe verständlicherweise seine Planungen für eine Erweiterung nach der Weigerung der Beklagten, ihm Auskunft zu erteilen über die ihrer Auffassung nach geltende Vergütungshöhe sowie die Frage, ob er an einer Ausschreibung teilnehmen müsse, zurückgestellt. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass ihm zu Unrecht Einspeisevergütungen für seine bestehende Anlage im 6-stelligen Bereich vorenthalten worden seien. Er habe seine Lebensversicherung auflösen müssen, um eine Insolvenz zu vermeiden. In dieser Situation sei es ihm nicht vorzuwerfen, seine Erweiterungspläne aufzuschieben. Nachdem die Beklagte mit Schriftsatz vom 7.12.2017 angedeutet habe, dass für ein neu zugebautes Blockheizkraftwerk die Teilnahme an einer Ausschreibung erforderlich sei, habe er durch die Feststellungsanträge eine Klarstellung erreichen wollen.

Der Einwand der Beklagten hinsichtlich der Zulässigkeit des Feststellungsantrags wegen der Deckelung der Höchstmenge oder anderen denkbaren Einschränkungen des Vergütungsanspruchs nach dem EEG sei unzutreffend. Der Feststellungsantrag ziele darauf ab, dass der Vergütungssatz der Grundvergütung für ein neu hinzugebautes Blockheizkraftwerk festgestellt werde, es solle dagegen nicht festgestellt werden, dass jede Kilowattstunde, die dieses Blockheizkraftwerk produziere, stets zu vergüten sei. Es werde ganz bewusst kein konkreter Vergütungsanspruch geltend gemacht oder die Feststellung begehrt, dass die Grundvergütung, deren Höhe festgestellt werden soll, auch tatsächlich zu bezahlen sei. Wenn aber die Voraussetzungen für die Zahlung einer Grundvergütung vorlägen bzw.

bei Berechnung der Marktprämie anzusetzen sein sollten, dann mindestens in der geltend gemachten Höhe.

Der Kläger meint, dass auch für ein im Jahr 2019 hinzugebautes Blockheizkraftwerk nach § 100 Abs. 1 Nr. 10 c) EEG 2017 § 66 EEG 2009 und damit die gleichen Vergütungssätze wie für den Rest der Anlage gelten müssten, weil, ausgehend vom weiten Anlagenbegriff des BGH, das neue Blockheizkraftwerk Bestandteil einer Anlage sei, die vor dem 1.1.2012 in Betrieb genommen worden ist. Die Vergütung betrage demnach in der Leistungsstufe 0 – 150 KWh 11,67 Cent je KWh gemäß § 66 Abs.1 Nr.1 EEG 2009 in Vb. mit § 27 Abs.1 Nr.1 EEG 2009 und in der Leistungsstufe 150 – 500 KWh 7,89 Cent pro KWh nach § 8 Abs.1 Nr.2 EEG 2004. Die Grundvergütung für 0-150 kW sei nicht zu degressieren, für die beiden weiteren Vergütungsstufen gelte jedoch nach § 8 Abs. 5 in Vb. mit Abs. 1 Nr .2 und 3 EEG 2004 eine Degression von 1,5% pro Jahr, hier also 2019 - 2004 (= 15 Jahre). Hierfür spreche auch Sinn und Zweck des Gesetzes.

Aufgrund des einheitlichen weiten Anlagenbegriffs liege auch bei Zubau eines weiteren Blockheizkraftwerks eine Anlage vor. Das BHKW 3 dürfe nicht isoliert an einer Ausschreibung teilnehmen, weshalb ein Vergütungsanspruch ohne eine solche Teilnahme bestehe. Der Gesetzgeber habe mit dem EEG 2012 und in dessen Fortführung mit den Neuregelungen 2014 und 2017 die Flexibilisierung von bestehenden Biogasanlagen nachträglich fördern wollen. Es sei ihm insbesondere um die marktgerechte flexible Bereitstellung der Stromerzeugung durch Biogasanlagen gegangen. Dieses Ziel werde aber nicht erreicht, wenn durch den Zubau die Teilnahme an Ausschreibungen erforderlich würde. Diese wäre dem Kläger im vorliegenden Fall auch nicht möglich, weil mindestens ein Teil der Anlage noch über die Grenze von 8 Jahren gemäß § 39 f Abs. 1 S. 1 EEG 2017 hinaus eine Vergütung verlangen könne. Ohne Zuschlag bei einer Ausschreibung jedoch bestünde bereits dem Grunde nach kein Anspruch auf eine Einspeisevergütung oder Marktprämie. Damit sei auch § 50 Abs. 1 EEG 2017 nicht erfüllbar. Zudem würde ein etwaiger Zuschlag bei einer Teilnahme an der Ausschreibung für die gesamte Anlage die (fiktive) Neuinbetriebnahme bedeuten (§ 39 f Abs. 3 S. 1 EEG 2017). In § 50 b EEG 2017 sei ausdrücklich geregelt, dass Bestandsanlagen einen Bonus für bereitgestellte Flexibilität verlangen könnten. Dieser Bonus liefe aber ins Leere, wenn durch den Ausschreibungszuschlag für den hinzugebauten Generator die gesamte Anlage als neu in Betrieb genommen gelte. Dann nämlich könne § 50 b

EEG 2017 nicht mehr erfüllt sein. Die Förderung richte sich nach § 50 a EEG 2017 und die Vorschrift des § 50 b EEG 2017 sei überflüssig. Hiergegen sprächen auch die von der Bundesnetzagentur veröffentlichten Zahlen des Zubaus für Biogasanlagen außerhalb der EEG-Ausschreibungen (Bl. 518 der Akte). Diese seien nur durch Zubau zu bestehenden Anlagen möglich.

Die Frage, welche Vergütung anzusetzen sei, sei zu trennen von der Frage, wie lange die Förderdauer reiche. Der Gesetzgeber des EEG 2009 habe ausdrücklich für jedes neu hinzugebaute Blockheizkraftwerk eine eigenständige Vergütungsdauer gewollt. Dies ergebe sich sowohl aus dem Gesetzeswortlaut als auch aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs 16/8148, Seite 52 f., zu § 21 Abs. 3). Auf diese Gesetzeslage habe der Kläger zum Zeitpunkt der Erweiterung seiner Anlage vertrauen dürfen. Daran ändere sich auch nichts, wenn später das Gesetz geändert werde. Dieses könne allenfalls für neu hinzugebaute Blockheizkraftwerke Änderungen herbeiführen, nicht aber für zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossene Erweiterungen. Aus der Gesetzesbegründung ergebe sich gleichfalls, dass die Degression nur später in Betrieb gesetzte Anlagen, nicht jedoch später in Betrieb gesetzte Generatoren betreffen solle (BT-Drs 16/8148, S. 51 zu § 20). Eine andere Frage betreffe den Vertrauensschutz zur Förderdauer beim Zubau im Jahr 2019 unter der Geltung des EEG 2014. Hier gebe es derzeit keine eindeutige Regelung, sondern zwei sich widersprechende Übergangsvorschriften (§ 100 Abs. 2 Nr. 10 c) EEG 2017, wonach § 66 EEG 2009 und damit § 21 EEG 2009 gilt, und § 100 Abs. 2 Nr. 11, wonach sich die Dauer des Vergütungsanspruchs nach dem Regelungsregime zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage, hier also nach dem EEG 2004, richtet). Diese Frage sei aber nicht Gegenstand des Feststellungsantrags.

Der Kläger wiederholt seinen erstinstanzlichen Vortrag, wonach er wegen der Komplexität des Falls und insbesondere der Vergütungsberechnung darauf angewiesen gewesen sei, einen spezialisierten Rechtsanwalt zu beauftragen. Der berechnete Stundensatz sei ortsüblich und angemessen. Der Gegenstandswert der Anwaltskosten errechne sich aus dem höchsten Betrag, welcher außergerichtlich im Streit gestanden habe. In den Jahren 2014 und 2015 seien zwar nur rund 48.000 € einbehalten worden. Der größte Teil des Einbehalts sei erst im Jahr 2016 erfolgt. Dieser sei aber gerade damit begründet worden, dass in den Jahren 2014 und 2015 zu viel bezahlt worden sei. Zum Zeitpunkt des Schreibens seines Bevoll-

mächtigten vom 30.6.2016 (Anlage B 15, Bl. 837-840 der Akte) hätten sich die Einbehalte bereits auf die Klagesumme von rund 137.000 € zuzüglich weiterer rund 28.000 €, die wenige Tage vor Einreichung der Klage noch nachbezahlt worden seien, summiert. Im Hinblick darauf, dass in dem Schreiben vom 30.6.2016 auch die Frage einer Vergütung nach § 8 EEG 2004 thematisiert worden sei und die Beklagte auch für die Zukunft die Auszahlung des KWK-Anspruchs nach dem EEG 2004 verweigert habe, sei auch dieser Anspruch für die Zukunft mit dem 3,5-fachen Jahreswert von rund 29.000 € netto, also weiteren 101.500 € zuzüglich Umsatzsteuer, hinzu zu addieren. Als Streitwert sei damit mindestens ein Betrag von 260.000 - 290.000 € anzusetzen.

Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 04.11.2019 (Bl. 501 – 521 d.A.) eine Neuberechnung der Klageforderung vorgenommen und den Zahlungsantrag in Höhe des überschießenden Betrages von 7.914,63 € den Rechtsstreit für erledigt erklärt.

Mit Schriftsatz vom 27.03.2020 hat der Kläger den Feststellungsantrag für erledigt erklärt, weil es ihm nunmehr aufgrund Zeitablaufs nicht mehr möglich sei, im Jahr 2019 noch ein neues Blockheizkraftwerk zu bauen und in Betrieb zu setzen, und darüber hinaus die Beklagte seit dem 01.01.2020 nicht mehr die zuständige Netzbetreiberin ist. Die Beklagte hat sich den Teilerledigungserklärungen nicht angeschlossen.

Der Kläger beantragt zuletzt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 114.545,10 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen,
2. Es wird festgestellt, dass der weitergehende Zahlungsantrag erledigt ist.
3. Es wird festgestellt, dass der Antrag festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, für die Einspeisung von Strom im Sinne des § 5 des EEG in der Fassung vom 31.7.2004 (EEG 2004) aus einem im Jahr 2019 zur bestehenden Biogasanlage am Standort Maiwald 9 in 77855 Achern hinzugebauten BHKW mit einer Leistung von mehr als 100 kW eine Vergütung zu bezahlen, ohne dass der Kläger an einer Ausschreibung nach §§ 28 ff. EEG

2017 teilgenommen hat, erledigt ist.

4. Es wird festgestellt, dass der Antrag festzustellen, dass bei erstmaliger Inbetriebsetzung des zusätzlichen BHKW gemäß Ziff. 3 im Jahr 2019 die Grundvergütung

a. bis einschließlich einer Leistung von 150 kW 11,67 Cent/kWh,

b. bis einschließlich einer Leistung von 500 kW 7,89 Cent/kWh,

beträgt,

hilfsweise für den Fall, dass das Gericht bezüglich des Antrags Ziff. 3 der Auffassung ist, dass dem Grunde nach eine Vergütung verlangt werden kann, jedoch in anderer als der vom Kläger beantragten Höhe, in Höhe der vom Gericht für maßgeblich erachteten Vergütungssätze

erledigt ist.

5. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 9.595,03 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 03.05.2023 den jetzigen Klageantrag zu 1. anerkannt.

Im übrigen beantragt sie,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist wie in 1. Instanz der Auffassung, dass die Feststellungsklage hinsichtlich eines weiteren, neu hinzuzubauenden Blockheizkraftwerkes von Anfang an unzulässig gewesen sei, weil zwischen den Parteien kein Schuldverhältnis existiert habe, sondern erst noch zukünftig habe begründet werden sollen. Durch den Zu-

bau eines etwaigen 3. BHKW werde nicht lediglich ein bestehendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien erweitert. Vielmehr gälten für jedes BHKW insbesondere unter Berücksichtigung der Degressionsvorschriften besondere Vergütungsbestimmungen. Auch bestehe kein Auskunftsanspruch des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber hinsichtlich einer bestimmten Vergütungshöhe oder Förderdauer. Die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt bestritten, dass sie ein 3. BHKW des Klägers, wenn er es denn errichtet hätte, an ihr Netz angeschlossen, den dort gewonnenen Strom abgenommen und dem Kläger einen Vergütungsanspruch für den durch das 3. Blockheizkraftwerk erzeugten Strom zugestanden hätte, welcher sich nach den gesetzlichen Regelungen gerichtet hätte. Es sei aber nicht Zweck einer Feststellungsklage, Investitionsentscheidungen vorab abzusichern. Ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien komme erst zustande, wenn der Kläger das geplante 3. BHKW tatsächlich errichten und damit einspeisbaren Strom erzeugen würde. Der vorliegende Fall liege anders als die Entscheidung des BGH vom 12.07.2006 (VIII ZR 235/04), weil der Kläger anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall noch keine Baugenehmigung erlangt oder auch nur eine schriftliche Netzverträglichkeitsanfrage oder einen sonstigen Antrag bei der Beklagten gestellt habe. Das von ihm eingeholte Angebot der Fa. Elektro Hagl KG vom 13.3.2017 sei zum Zeitpunkt der Übermittlung in 1. Instanz am 9.1.2018 bereits nicht mehr gültig gewesen, weil sich die Fa. Elektro Hagl KG nur 2 Monate an das Angebot gebunden habe. Eine feste Planung habe offensichtlich noch nicht existiert.

Gegen ein Feststellungsinteresse des Klägers spreche auch der Umstand, dass ausweislich der vom Kläger vorgelegten Umweltgutachten (Anl. K1, K2 und K 10) Betreiber der Biogasanlage nicht der Kläger persönlich, sondern die [REDACTED] [REDACTED] ist.

Zudem meint sie, der ursprüngliche Feststellungsantrag sei unbestimmt, weil dieser auf eine bestimmte Vergütungshöhe gerichtet und keine Rücksicht auf etwaige künftige Rechtsänderungen weder hinsichtlich der Höhe der Vergütung noch des Zeitraumes, innerhalb dessen eine Vergütung zu zahlen sein soll, nehme. Darüber hinaus komme in dem Feststellungsantrag auch nicht zum Ausdruck, dass der Vergütungsanspruch nur dann bestehen könne, wenn das Blockheizkraftwerk bestimmten technischen Anforderungen genüge.

Jedenfalls sei die Feststellungsklage aber von Anfang an unbegründet gewesen. Hinsichtlich des BHKW 1 ende die Förderdauer mit Ablauf des 31. Dezember 2025. Die Restförderdauer betrage damit weniger als 8 Jahre und eröffne für dieses Blockheizkraftwerk den Zugang zum Ausschreibungsverfahren über die Regelung des § 39 f EEG 2017. Der Kläger könne damit von der Möglichkeit der Ausschreibung Gebrauch machen. Ein unter der Geltung des EEG 2017 hinzugebautes weiteres Blockheizkraftwerk unterfalle jedenfalls in vergütungsrechtlicher Hinsicht dem Regelungsrahmen des EEG 2017. Das im Jahr 2011 in Betrieb gesetzte BHKW 2 stehe der Möglichkeit der Teilnahme an einer Ausschreibung nach § 39 f EEG 2017 nicht entgegen. Entweder könne das BHKW isoliert betrachtet werden mit der Folge, dass es dann eine Förderungshöchstdauer bis zum 31.12.2031 hätte und dem §§ 39 f EEG 2017 nicht unterfallen könne, oder das BHKW 2 sei auch in vergütungsrechtlicher Hinsicht Bestandteil der Anlage und würde damit am Inbetriebnahmedatum des BHKW 1 teilnehmen. Dann würde es ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 39 f EEG 2019 fallen.

Darüber hinaus hält die Beklagte den Antrag des Klägers auf Feststellung bestimmter Vergütungssätze vor dem Hintergrund inhaltlich für unzutreffend, dass der Kläger die Auffassung vertritt, dass 95 % der derzeit installierten Leistung der Anlage den Deckel für die von der Beklagten zu vergütende Strommenge bilde und damit darüberhinausgehende, vom Kläger produzierte Strommengen jedenfalls anders zu vergüten seien. Wenn dem so sei, könne ein etwaiges, vom Kläger geplantes weiteres Blockheizkraftwerk die von der Beklagten zu vergütende Strommenge nicht erhöhen, weil ein weiteres Blockheizkraftwerk nur der Flexibilisierung, nicht aber der Anhebung des durch die Höchstbemessungsleistung gesetzten Deckels diene.

Sie wiederholt und vertieft ihre in 1. Instanz vertretene Rechtsauffassung, dass der vom Bundesgerichtshof vertretene weite Anlagenbegriff nicht dazu führe, dass für die Vergütung der gesamten Anlage diejenigen Sätze gälten, die für die in einem früheren Kalenderjahr erstellte Ursprungsanlage maßgeblich waren. Vielmehr könnten hierfür unterschiedliche Vergütungssätze gefordert werden, wobei es jeweils auf das Inbetriebnahmejahr des einzelnen Generators ankomme. Dies ergebe sich aus der Entscheidung des BGH vom 23.10.2013 und auch aus dem Gesichtspunkt, dass die Errichtungskosten im Laufe der Jahre gesunken seien. Es sei ferner nicht nachvollziehbar, weshalb ein Anlagenbetreiber, der unter dem

EEG 2004 ein Blockheizkraftwerk errichtet habe, daraus ableiten können sollte, dass diejenigen Strommengen, die durch später errichtete Blockheizkraftwerke erzeugt werden, nach höheren Vergütungssätzen vergütet werden sollen als die Strommengen, die von jemandem erzeugt werden, der unter der Geltung eines späteren EEG erstmals ein Blockheizkraftwerk errichte. Dagegen sei es Sinn und Zweck des weiten Anlagenbegriffs, in technischer Hinsicht die Mitnutzung verschiedener technischer Einrichtungen zu erlauben und einen Missbrauch durch künstliche Aufspaltung von Anlagen im Hinblick auf die Optimierung der Vergütung durch Zuordnung zu den jeweils teuersten Leistungsschwellen zu verhindern. Die Vergütungshöhe solle an Gestehungspreis- und Betriebskosten zum Zeitpunkt der Errichtung des jeweiligen Blockheizkraftwerks anknüpfen, um eine angemessene Förderung der Energieerzeugung aus regenerativen Energien zu gewährleisten. Wäre die Ansicht des Klägers zutreffend, könnte er auch im Jahr 2019 noch ein Blockheizkraftwerk errichten, welches nach den Regelungen des EEG 2004 zu vergüten wäre, und seiner Ansicht nach sogar für die kommenden 20 Jahre. Dies würde bedeuten, dass Anlagenbetreiber, die frühzeitig ein Blockheizkraftwerk errichtet haben, sich damit nicht nur für 20 Jahre die Vergütung für dieses Blockheizkraftwerk gesichert hätten, sondern gleichzeitig auch das Recht, unbegrenzt weitere Blockheizkraftwerke zu errichten, die alle nach den 2005 geltenden Regelungen zu vergüten wären. Die Gesetzesänderungen, mit denen der Gesetzgeber auf die Entwicklung der regenerativen Anlagen seither reagiert habe, hätten für diese Anlagenbetreiber dann keine Auswirkungen. Ein sachlicher Grund für eine solche Besserstellung sei nicht erkennbar.

Zu bedenken sei auch, dass der Begriff der Inbetriebnahme ab dem EEG 2014 auf die Inbetriebnahme der Anlage abstelle und bis zum EEG 2012 die Inbetriebnahme des Generators als maßgeblich angesehen worden sei. Das vom Kläger im Jahr 2005 in Betrieb genommene BHKW 1 unterfalle der Geltung des EEG 2004 und das im Jahr 2011 in Betrieb gesetzte BHKW 2 der Geltung des EEG 2009. Beide Fassungen stellten auf die Inbetriebsetzung des jeweiligen Generators ab. Soweit der Kläger meine, über die Verweisungsketten des EEG 2017 den später vom Gesetzgeber geänderten Inbetriebnahmebegriff auf seine Anlage transformieren zu können, sei dem nicht zu folgen. Vielmehr komme es auf den Inbetriebnahmebegriff nach Maßgabe der Fassung desjenigen EEG an, unter dessen Geltung der Generator in Betrieb gesetzt worden sei.

Die Beklagte vertritt wie schon in 1. Instanz die Auffassung, dass die Vergütung der Einspeisungsmengen eines 2019 errichteten 3. Blockheizkraftwerks auch in der Leistungsstufe bis 150 kW einer Degression von 1,5 % im Jahr unterliege und demgemäß nicht 11,67 Cent/kWh, sondern 9,30 Cent/kWh betrage. Der von einem im Jahr 2019 in Betrieb genommenen neuen Blockheizkraftwerk (= Generator) erzeugte Strom ist nach ihrer Auffassung nach dem derzeit geltenden EEG 2017 zu vergüten. Werde während des Betriebs einer Anlage, gleichgültig aus wie vielen Blockheizkraftwerken sie besteht, eine Neufassung des EEG in Kraft gesetzt, sei die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neufassung des EEG vorhandene Anlage Bestandsanlage im Sinne des Gesetzes. Die Übergangsvorschriften des neu erlassenen EEG seien auf diese Bestandsanlage anzuwenden. Eine nach Erlass des neuen EEG errichtete Anlage oder Teil einer Anlage habe sich an den Bestimmungen des neu erlassenen EEG auszurichten. Dies gilt nach Ansicht der Beklagten auch für die Vergütung eines nach Erlass eines neuen EEG errichteten weiteren Blockheizkraftwerks.

Die Beklagte ist wie schon in 1. Instanz der Ansicht, dass der Kläger Ersatz vorgegerichtlicher Rechtsanwaltskosten nur auf der Basis der gesetzlichen Gebühren verlangen könne. Gegenstand des vorgegerichtlichen Schreibens vom 31.8.2016 seien nur die Auszahlungsansprüche für die Jahre 2014 und 2015 gewesen. Tatsächlich habe dem Kläger aber nach seinen Ausführungen in der Klageschrift für den mandatierten Zeitraum kein Zahlungsanspruch zugestanden. Bestenfalls sei von einem Streitwert i.H.v. 47.748,74 € auszugehen.

Der Senat hat mit Beschluss vom 05.11.2020 (Bl.650 - 654 d.A.) gemäß § 81 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2017 eine Stellungnahme der Clearingstelle EEG zu verschiedenen Rechtsfragen eingeholt. Die Clearingstelle hat das Stellungnahmeverfahren durch Beschluss vom 29.09.2021 angenommen (Az. 2020/72 – IV/Stn). Wegen des Inhalts der Stellungnahme der Clearingstelle vom 20.12.2021 wird auf Bl. 739 – 753 d.A. verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat auch in der Sache weit überwiegend Erfolg.

1.

Der zuletzt vom Kläger gestellte Zahlungsantrag ist von der Beklagten anerkannt worden, so dass hierüber durch Anerkenntnisurteil entschieden wurde.

Soweit der Kläger den Zahlungsantrag mit Schriftsatz vom 04.11.2019 einseitig in Höhe von 7.914,63 € für erledigt erklärt hat, wäre die Klage nach dem eigenen Vortrag des Klägers unbegründet gewesen. Er hat die Reduzierung der Forderung damit begründet, dass die ursprünglich in der Berufungsinstanz geltend gemachte Summe von 122.459,73 € auf einer falschen Berechnung der Umsatzsteuer beruht habe. Aus diesem Grund war die beantragte Feststellung der Erledigung nicht auszusprechen.

2.

Hinsichtlich der von dem Kläger einseitig für erledigt erklärten Feststellungsanträge war die Feststellung der Erledigung auszusprechen, weil die Anträge ursprünglich zulässig und begründet waren und ohne den Eintritt des erledigenden Ereignisses Erfolg gehabt hätten.

a.

Die Feststellungsanträge waren entgegen der Auffassung des Landgerichts zulässig.

Zwischen den Parteien besteht bereits ein Vertragsverhältnis. Der Einspeisevertrag vom 16.07./23.07.2014 (Bl. 857 – 865 d.A.) wurde zwischen dem Kläger und der Beklagten abgeschlossen.

Auch hinsichtlich der geplanten Erweiterung der Biogasanlage durch den Zubau eines dritten BHKW bestand bereits vor der Realisierung der Maßnahme ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, welches eine ausreichende Grundlage

für die Feststellung der gegenseitigen Rechte und Pflichten im Rahmen einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO bildete und mit dem durch Eintritt in Vertragsverhandlungen begründeten vergleichbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2006 – VIII ZR 235/04 –, Rn. 12, juris, für den Fall einer erst noch zu errichtenden Windenergieanlage). Dabei kommt es entgegen der Auffassung der Beklagten nicht entscheidend darauf an, dass vorliegend - anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall - dem Kläger noch keine Baugenehmigung erteilt worden war. Denn die Planungen des Klägers waren bereits hinreichend konkret, um der Beklagten eine Aussage über die vom Kläger formulierten Fragen zu ermöglichen. Ferner hatte der Kläger durch die Einholung des Angebots der Fa. Elektro Hagl KG die Ernsthaftigkeit seiner Absicht zur Erweiterung der Anlage zum Ausdruck gebracht.

Der Kläger hat ein nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliches Feststellungsinteresse, auch wenn er die Anlage unstreitig an die [REDACTED] verpachtet hat. Denn der Kläger ist Eigentümer der bestehenden Anlage. Der etwaige Zubau eines dritten BHKW würde von ihm finanziert werden. Im Hinblick auf die erheblichen Investitionskosten kann ihm nicht zugemutet werden, die Anlage zu errichten und die Netzanschlussverbindung herzustellen, ohne zuvor die streitigen Fragen geklärt zu haben, ob die Beklagte überhaupt zur Zahlung einer Vergütung nach dem EEG verpflichtet ist und wenn ja, in welcher Höhe (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 16, juris). Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der zwischen den Parteien geführten rechtlichen Auseinandersetzung um die Höhe der dem Kläger zustehenden Vergütung für den von den beiden bereits bestehenden BHKWs erzeugten und in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom sowie der von der Beklagten vertretenen Rechtsauffassung, der Kläger müsse sich mit dem neuen BHKW an einer Ausschreibung nach § 39 f EEG 2017 beteiligen, um eine Vergütung für von diesem erzeugten Strom zu erlangen.

Ferner werden der Wert seines Eigentums und damit der erzielbare Erlös aus der Verpachtung durch die Vergütungsfähigkeit des von der Anlage erzeugten Stroms nach dem EEG entscheidend beeinflusst. Deshalb ist es für den Kläger als Eigentümer von evidenter Bedeutung, ob und in welcher Höhe ein Vergütungsanspruch besteht. Damit hat er ein eigenes unmittelbares Interesse an der Feststellung. Hinzu kommt, dass nicht feststeht, ob der Pachtvertrag über die gesamte Förderdauer bestehen bleiben und wer damit zukünftig Betreiber der Anlage sein wird.

Die Einwendungen der Beklagten zur mangelnden Bestimmtheit des Feststellungsantrags sind unbegründet. Zwar kann die Feststellung der Vergütungspflicht nur Erfolg haben, wenn das neue Blockheizkraftwerk in technischer Hinsicht überhaupt die gesetzlichen Anforderungen für eine Förderung nach dem EEG erfüllt. Insoweit ist der Antrag aber auslegungsfähig. Der Feststellungsantrag zielt ersichtlich auf die Klärung der zwischen den Parteien streitigen Rechtsfragen der Verpflichtung zur Teilnahme an einer Ausschreibung zur Erlangung der Vergütungsfähigkeit von durch das neue BHKW erzeugtem und eingespeistem Strom sowie der Höhe der Grundvergütung ab. Dass zur Erlangung eines Vergütungsanspruchs darüber hinaus auch die weiteren, nach dem EEG erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, stellt der Kläger nicht in Frage und wird auch im Fall des Erfolgs des Feststellungsantrags nicht verneint. Dem Antrag kann weder entnommen werden, dass der von dem Blockheizkraftwerk produzierte und eingespeiste Strom stets zu vergüten sei, noch, dass die Grundvergütung, deren Höhe festgestellt werden soll, auch tatsächlich zu bezahlen sei. Das gleiche gilt hinsichtlich des Vorbehalts etwaiger zukünftiger Rechtsänderungen.

b.

Der Feststellungsantrag war auch ursprünglich begründet.

aa.

Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, für die Einspeisung von Strom i.S.v. § 5 EEG 2004 aus einem im Jahr 2019 zur bestehenden Biogasanlage des Klägers hinzugebauten weiteren BHKW mit einer Leistung von mehr als 100 kW eine Vergütung zu zahlen, ohne dass der Kläger an einer Ausschreibung nach § 39 f EEG 2017 hätte teilnehmen müssen.

Der Senat schließt sich dem Votum der Clearingstelle zur rechtlichen Einordnung eines im Jahr 2019 hinzugebauten BHKW 3 an, wonach der weite Anlagenbegriff des EEG 2009 auch auf § 3 Nr. 1 HS 1 EEG 2017 übertragbar ist und damit auch ein vom Kläger im Jahr 2019 hinzugebautes BHKW 3 erfasst hätte. Dies führt dazu, dass der Kläger lediglich mit der gesamten Biogasanlage an einer Aus-

schreibung nach § 39 f EEG 2017 hätte teilnehmen können, jedoch nicht allein für das BHKW 3. Denn dieses wäre keine eigenständige Neuanlage, sondern Teil einer bestehenden Biogasanlage gewesen. Die Teilnahme an einer Ausschreibung mit nur einem Teil einer Anlage ist im EEG 2017 weder für neue Anlagen noch für Bestandsanlagen vorgesehen. Zwar lässt der Wortlaut grundsätzlich eine solche Auslegung zu, sie widerspricht aber Sinn und Zweck der Regelungen zum Ausschreibungsverfahren, wie er der Begründung des Gesetzgebers zu § 30 EEG 2017 (BT-Drs. 18/8816, Seite 204, zitiert im Gutachten in Rn. 97) zu entnehmen ist. Aus der Intention, dass die „installierte Leistung“ der „Anlage“ über die Möglichkeit zur Ausschreibungsteilnahme entscheidet, ergibt sich, dass eine Teilnahme auch nur mit der gesamten Anlage und nicht lediglich mit Teilen davon möglich ist. Es ist nicht ersichtlich, dass bei bestehenden Biomasseanlagen von dieser Grundkonzeption abgewichen werden sollte, auch wenn alle bestehenden Biomasseanlagen (anders als Neuanlagen) unabhängig von ihrer installierten Leistung und damit auch bei einer installierten Leistung von weniger als 150 kW freiwillig an Ausschreibungen teilnehmen dürfen. Dies wird auch durch die Formulierungen in § 39 sowie in § 39 f Abs. 1 S. 2 EEG 2017 deutlich, die jeweils auf die Anlage als Ganzes und nicht allein auf den in ihr erzeugten Strom abstellen.

bb.

Die Höhe der Grundvergütung für den von einem im Jahr 2019 zur bestehenden Anlage hinzugebauten BHKW 3 erzeugten Strom hätte in der Leistungsstufe 0 bis 150 kW nach § 27 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 11,67 Cent/kWh und in der Leistungsstufe 150 bis 500 kW nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 9,9 Cent/kWh betragen. Letzterer Wert wäre nach § 8 Abs. 5 EEG 2004 einmalig um 1,5 % zu degressieren gewesen.

Der Senat schließt sich auch insoweit der Stellungnahme der Clearingstelle an, dass für Strom, der von einem 2019 vom Kläger zu seiner bestehenden Biogasanlage hinzugebauten BHKW 3 erzeugt worden wäre, die Vergütungssätze für eine Jahr 2005 erstmals in Betrieb genommene Anlage anzuwenden gewesen wären. Allerdings wären diese Vergütungssätze jeweils nur bis einschließlich 31.12.2025 anzuwenden gewesen, also für die Dauer von 20 Jahren nach der erstmaligen

Inbetriebnahme der Anlage im Jahr 2005. Zudem wären infolge des Verweises gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2021 auf das EEG 2017 bei einem 2019 zugebauten BHKW 3 die Regelungen in § 101 EEG 2017 zur Höchstbemessungsleistung der Anlage bzw. zur Begrenzung der nach dem EEG förderfähigen Strommengen zu berücksichtigen gewesen.

(1)

In der Leistungsstufe 0 bis einschließlich 150 kW beträgt die Grundvergütung auch für von einem später hinzugebauten BHKW erzeugten und in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom 11,67 Cent/kWh nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009. Diese Vorschrift gilt nach § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EEG 2009 auch für Strom aus Anlagen, die vor dem 1.1.2009 in Betrieb genommen worden sind.

Dieser Vergütungssatz wäre nach § 20 Abs. 1 EEG 2009 nicht degressiv abzusenken gewesen.

(2)

In der Leistungsstufe 150 kW bis einschließlich 500 kW hätte für von einem 2019 hinzugebauten BHKW 3 erzeugten Strom gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 i.V.m. §100 Abs. 1 Nr. 10 c) EEG 2017, § 100 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021 das EEG 2004 und damit nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EEG 2004 eine Grundvergütung von 9,9 Cent/kWh gegolten. Diese wäre gemäß §§ 8 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 5 EEG 2004 einmalig (da die Anlage im Jahr 2005 erstmals in Betrieb genommen wurde) um 1,5 % degressiv abzusenken gewesen.

Seit dem 01.08.2014 richten sich Vergütungshöhe und –dauer für Bestandsanlagen, die unter der Geltung des EEG 2004 in Betrieb genommen wurden, nach § 100 Abs. 1 i.V.m. § 22 EEG 2014 bzw. seit dem 01.01.2017 inhaltsgleich nach § 100 Abs. 2 EEG 2017 i.V.m. § 22 EEG 2014. Seit dem 01.01.2021 greift zusätzlich der generelle Verweis gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2021 auf das EEG 2017 (vgl. Votum der Clearingstelle vom 20.12.2021, Rn. 100 ff, 66 ff.).

Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Dies wird durch die Regelungen im EEG 2014 und die dortige Gesetzesbegründung deutlich, welche ausdrücklich auf das obiter dictum in der Entscheidung des BGH zum nachträglichen Zubau eines weiteren BHKW unter der Geltung des EEG 2009 (Urteil vom

23.20.2013, - VIII ZR 262/12 – Rn.59) Bezug nimmt und in Reaktion darauf eine Konkretisierung des Gesetzestextes vorgenommen hat. Während in § 21 EEG 2009 und § 21 EEG 2012 (Förderbeginn und Förderdauer) jeweils in Abs. 1 noch geregelt war, dass die Vergütungen ab dem Zeitpunkt zu zahlen sind, ab dem der Generator erstmals Strom ausschließlich aus erneuerbaren Energien erzeugt und in das Netz einspeist, bestimmt das EEG 2014 im dortigen § 22, welcher jetzt den Förderbeginn und die Förderdauer regelt, ausdrücklich, dass die finanzielle Förderung jeweils für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres der Anlage zu zahlen ist. Nach S. 2 ist Beginn der Frist nach S. 1 der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage, soweit sich aus den nachfolgenden Bestimmungen nichts anderes ergibt. In der Gesetzesbegründung ist hierzu auf Seite 128 BT-Drs. 18/1304 ausgeführt, dass die Ergänzung der Wörter „der Anlage“ in den S. 1 und 2 von § 22 der Klarstellung diene, dass die gesetzliche Förderdauer von 20 Jahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres für den gesamten in der Anlage erzeugten Strom gleichermaßen mit der Inbetriebnahme der Anlage beginne, ungeachtet der Inbetriebsetzung der einzelnen stromerzeugenden Generatoren dieser Anlage. Auch für Strom aus Generatoren, die nachträglich zu der Anlage hinzugebaut werden und i.S.d. weiten Anlagenbegriffs Teil der Anlage werden, sei hinsichtlich des Beginns der 20-jährigen Förderdauer auf die bereits zeitlich früher erfolgte Inbetriebnahme der Anlage abzustellen. Dies betreffe insbesondere im Bereich der Biomasseverstromung Generatoren etwa in Blockheizkraftwerken, die nachträglich zu einer bestehenden Biogasanlage hinzugebaut und Teil dieser Anlage würden. Ein Neubeginn der 20-jährigen Förderdauer für später hinzugebaute und in Betrieb gesetzte Generatoren einer Anlage würde dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, die Förderdauer für Anlagen zeitlich zu begrenzen. Schon die amtliche Begründung zu dem weitgehend wortgleichen § 21 Abs. 2 EEG 2009 habe betont, dass eine Befristung der Vergütung einerseits die dauerhafte Vergütung von Strom aus erneuerbaren Energien und Grubengas verhindere und andererseits dadurch der Absicherung der Investoren diene, dass sie diesen ein Höchstmaß an Planungssicherheit biete. Würde für jeden hinzugebauten Generator einer Anlage eine erneute zwanzigjährige Förderdauer anlaufen, könnte dies durch den sukzessiven Zubau immer neuer Generatoren zu der vom Gesetzgeber gerade nicht beabsichtigten zeitlich unbegrenzten Vergütung von Strom aus Erneuerbaren Energien aus einer bestimmten Anlage führen. Hinter-

grund für diese Klarstellung sei ein Urteil des BGH zum Anlagenbegriff vom 23.10.2013. Ausführungen in der Urteilsbegründung hätten zur Verunsicherung hinsichtlich der Frage geführt, wie der Beginn der Förderdauer bei Strom aus einer Biomasseanlage nach § 21 Abs. 2 EEG 2009/2012 zu bestimmen sei. Die Inbetriebnahme setze, wie auch der BGH betone, am Begriff der Anlage und nicht am Generator an. Die Pflicht des Netzbetreibers zur finanziellen Förderung des Stroms bestehe nach § 21 Abs. 1 EEG 2012 hingegen erst ab dem Zeitpunkt, ab dem in einem Generator der Anlage erstmals Strom ausschließlich aus erneuerbaren Energien erzeugt und anschließend in das Netz eingespeist werde. Für nachträglich zugebaute Generatoren beginne die Pflicht des Netzbetreibers zur Förderung folglich erst mit der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien in diesem Generator, der Förderzeitraum für Strom aus diesem nachträglich zugebauten Generator richte sich jedoch nach dem Inbetriebnahmezeitpunkt der Gesamtanlage und sei somit für die Stromerzeugung in diesem Generator bereits um die seit Inbetriebnahme der Gesamtanlage verstrichene Zeit verkürzt. Die amtliche Begründung aus dem insoweit wortgleichen § 21 Abs. 1 EEG 2009 habe betont, dass bei Abweichen des Jahres der erstmaligen Inbetriebnahme und des Jahres der erstmaligen Stromerzeugung ausschließlich aus Erneuerbaren Energien die Förderung von der Rechtslage zum Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebnahme bestimmt werde. Förderdauer und -höhe bestimmten sich folglich für sämtliche Generatoren einer Anlage nach dem Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebnahme der Anlage, der Anspruch auf erstmalige Gewährung der Förderung bestehe hingegen erst mit der erstmaligen Stromerzeugung ausschließlich aus erneuerbaren Energien.

c.

Die ursprünglich zulässigen und begründeten Feststellungsanträge sind erst mit Ablauf des 31.12.2019 unbegründet geworden, weil dem Kläger aufgrund Zeitablaufs die Errichtung eines 3. BHKW im Jahr 2019 nicht mehr möglich war und die Beklagte zudem ab dem 01.01.2020 nicht mehr die zuständige Netzbetreiberin ist.

3.

Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte gemäß §§ 286 ff BGB auf Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.990 €.

Dabei kann der Kläger nur Ersatz in Höhe der berechtigten gesetzlichen Gebühren nach RVG verlangen, nicht aber die Erstattung der von ihm an seinen Prozessbevollmächtigten auf Grundlage der von ihm abgeschlossenen Honorarvereinbarung gezahlten Vergütung. Zwar ist dem Kläger zuzugestehen, dass es sich vorliegend um eine Spezialmaterie handelt, er hat jedoch nicht substantiiert dargelegt, welche Anstrengungen er unternommen hat, um eine sachgerechte anwaltliche Vertretung zu den gesetzlichen Gebühren zu erlangen.

Der Kläger kann demnach Ersatz einer 2,5-Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV-RVG in der bis zum 31.12.2020 geltenden Fassung aus einem Gegenstandswert bis zu 125.000 € zuzüglich Auslagenpauschale, insgesamt mithin 3.990 €, verlangen. Umsatzsteuer ist nicht zu berücksichtigen, weil der Kläger unstreitig vorsteuerabzugsberechtigt ist.

Aufgrund der besonderen rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeit des vorliegenden Falls erachtet der Senat die Höchstgebühr, welche der Rahmen nach Nr. 2300 VV-RVG vorsieht, für gerechtfertigt.

Der Gegenstandswert errechnet sich aus der ursprünglichen Klageforderung abzüglich der in 1. Instanz erklärten teilweisen Klagerücknahme i.H.v. 6.145,17 € (Bl. 141 d.A.), welche der Kläger selbst damit begründet hat, dass er teilweise falsche Einspeisemengen in seine Berechnungen eingestellt habe. Gegenstand der vorgegerichtlichen Tätigkeit des Bevollmächtigten des Klägers waren offene Ansprüche des Klägers auf Zahlung von Einspeisevergütung aus dem Zeitraum 2013 - 2015 sowie Januar bis September 2016, wobei nach den in 1. Instanz vorgelegten Berechnungen der Klageforderung für die Jahre 2014 und 2015 tatsächlich kein Guthaben zu Gunsten des Klägers bestand, sondern die Beklagte im Jahr 2016 in erheblichem Umfang Zahlungen zurückhielt, um diese mit nach ihrer Auffassung in den Vorjahren erbrachten Zuvielleistungen zu verrechnen.

Nach dem Vortrag des Klägers in der Klageschrift wurde ihm erst am 17.10.2016 Klageauftrag erteilt. Bis zu diesem Zeitpunkt betrug die offenen Forderungen des Klägers gegenüber der Beklagten nach der korrigierten Berechnung im

Schriftsatz vom 12.7.2017 (vgl. Bl. 135 - 141 d.A.) sowie der weiteren Korrektur in der Berufungsinstanz im Schriftsatz vom 4.11.2019 114.545,10 € zuzüglich nach Klageerhebung durch die Beklagte vorgenommenen Nachzahlungen i.H.v. insgesamt 8.794,44 € (vgl. Bl. 142 d.A), mithin 123.339,54 €. Dieser Betrag ist der Berechnung der Rechtsanwaltskosten zugrunde zu legen, nachdem die Beklagte den Klageanspruch in der zuletzt im Schriftsatz vom 4.11.2019 angegebenen Höhe anerkannt hat.

Entgegen der Auffassung des Klägers ist der Wert nicht um den 3,5 -fachen Jahreswert des KWK-Bonus nach EEG 2004 zu erhöhen. Gegenstand der vorgerichtlichen Tätigkeit des jetzigen Prozessbevollmächtigten des Klägers war die Geltendmachung rückständiger Einspeisevergütung, mit deren Bezahlung sich die Beklagte in Verzug befand. Seine Forderung hat er in der Klageschrift beziffert und die Berechnung wie oben dargelegt später zweimal korrigiert.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 1. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision zur Fortbildung des Rechts zugelassen, soweit die Beklagte die Klageforderung nicht anerkannt hat. Der Fall wirft im Zusammenhang mit den vom Kläger einseitig für erledigt erklärten Feststellungsanträgen grundlegende Fragen zu den Fördervoraussetzungen und zur Vergütungshöhe nach dem EEG auf, die bisher höchstrichterlich noch nicht geklärt sind.

Dr. Mockel

Dr. Kolz

Koch