



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VIII ZR 167/18

vom

25. September 2019

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. September 2019 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger sowie die Richter Dr. Schneider, Dr. Bünge, Kosziol und Dr. Schmidt

beschlossen:

Die Anhörungsrüge der Klägerin vom 9. August 2019 gegen den Senatsbeschluss vom 23. Juli 2019 wird auf ihre Kosten als unzulässig verworfen.

Gründe:

1 Die gemäß § 321a Abs. 1 ZPO statthafte und innerhalb der Frist des § 321a Abs. 2 Satz 1 ZPO eingelegte Anhörungsrüge ist unzulässig, weil es an der vorgeschriebenen Darlegung (§ 321a Abs. 2 Satz 5 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO) einer entscheidungserheblichen Gehörsverletzung durch den Senat fehlt (I.). Unbeschadet dessen wäre die Anhörungsrüge auch unbegründet (II.).

I.

2 1. Eine Anhörungsrüge muss konkrete Ausführungen dazu enthalten, aus welchen Umständen sich eine entscheidungserhebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch das Gericht ergibt, denn die nach § 321a Abs. 2 Satz 5 ZPO erforderliche Darlegung setzt die Angabe der Tatsachen voraus, aus denen sich die geltend gemachte Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG ergibt, sowie einen substantiierten Vortrag zum Vorliegen der Voraussetzungen einer Gehörsverletzung. Auch die Entscheidungserheblichkeit

der geltend gemachten Gehörsverletzung hat die Partei nach § 321a Abs. 2 Satz 5 ZPO substantiiert darzulegen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 23. August 2016 - VIII ZR 46/15, juris Rn. 4; vom 6. November 2018 - VIII ZR 219/18, juris Rn. 4).

3                   2. Diesen Anforderungen wird die Anhörungsrüge nicht gerecht.

4                   Zwar übersieht sie nicht, dass der Gesetzgeber nach Erlass des Berufungsurteils die Neuregelung des § 100 Abs. 2 Satz 4 bis 7 EEG 2017 in der Fassung des am 21. Dezember 2018 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes, des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 17. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2549, 2558) erlassen hat (dazu unten a). Die Anhörungsrüge verkennt jedoch, dass die hier in Rede stehende Rechtsfrage durch die Neuregelung geklärt ist (dazu unten b). Zudem verkennt die Anhörungsrüge, dass die Nichtzulassungsbeschwerde in Anbetracht der Gesetzesänderung, die auch im Revisionsverfahren zu beachten ist (Münch-KommZPO/Krüger, 5. Aufl. 2016, § 559 Rn. 32, § 544 Rn. 14; Musielak/Voit/Ball, ZPO, 16. Aufl., § 559 Rn. 10), keinen Erfolg hat (dazu unten c).

5                   a) § 100 Abs. 2 Satz 4 bis 7 EEG 2017 bestimmt im Hinblick auf den Formaldehydbonus bei Biogasanlagen folgendes:

"Satz 1 Nummer 10 Buchstabe c ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Anspruch nach § 27 Absatz 5 in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung auch dann besteht, wenn die immissionsschutzgesetzliche Genehmigungsbedürftigkeit erst nach der ersten Inbetriebnahme der Anlage und nicht allein aufgrund einer Änderung der Rechtslage entsteht; in diesem Fall kann der Anspruch ab dem Bestehen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit geltend gemacht werden. Satz 4 darf erst nach der beihilferechtlichen Genehmigung durch die Europäische Kommission und nach Maßgabe dieser Genehmigung angewendet werden. Ausgenommen von der Bestimmung in Satz 4 sind Fälle, in denen vor dem 1. Januar 2019 ein Rechtsstreit zwischen Anla-

genbetreiber und Netzbetreiber rechtskräftig entschieden wurde. Der Zahlungsanspruch nach Satz 4 wird am 1. des Monats fällig, der auf den Monat folgt, in dem die beihilferechtliche Genehmigung der Europäischen Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde."

6 b) Die von der Beschwerde als klärungsbedürftig angesehene Rechtsfrage ist durch die gesetzliche Neuregelung geklärt.

7 aa) Die Anhörungsfrage lässt insoweit außer Acht, dass der Gesetzgeber den Anspruch auf Gewährung des Formaldehydbonus im Fall einer nachträglichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit der Anlage, die nicht allein auf eine Änderung der Rechtslage zurückzuführen ist, von einem besonderen Erfordernis abhängig gemacht hat. Der Anspruch steht unter dem Vorbehalt der beihilferechtlichen Genehmigung durch die Europäische Kommission, denn die Anspruchsgrundlage darf erst nach einer entsprechenden Genehmigung und nach deren Maßgabe angewendet werden (§ 100 Abs. 2 Satz 5 EEG 2017; vgl. auch die Antwort der Bundesregierung vom 22. Januar 2019 auf eine kleine Anfrage aus dem Bundestag, BT-Drucks. 19/7289, S. 3). Der Zahlungsanspruch ist erst zu Beginn des Folgemonats nach der Veröffentlichung der Genehmigung im Amtsblatt der Europäischen Union fällig (§ 100 Abs. 2 Satz 7 EEG 2017).

8 bb) Diese Erfordernisse gelten gemäß § 100 Abs. 2 Satz 6 EEG 2017 in zeitlicher Hinsicht auch für den Streitfall, weil der Rechtsstreit am Stichtag - dem 1. Januar 2019 - noch nicht rechtskräftig abgeschlossen war. Für den hier gegebenen Fall, dass eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision eingelegt wird (§ 543 Abs. 1 Nr. 2, § 544 ZPO) und diese ohne Erfolg bleibt, bestimmt sich der Zeitpunkt des Rechtskrafteintritts nach § 544 Abs. 5 Satz 3 ZPO. Nach dieser Regelung wird das Urteil mit der Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde durch das Revisionsgericht rechtskräftig. Maßgeblich ist

die Zustellung des Zurückweisungsbeschlusses (vgl. Senatsurteile vom 19. Oktober 2005 - VIII ZR 271/04, BGHZ 164, 347, 350; vom 16. September 2015 - VIII ZR 119/14, NJW 2016, 397 Rn. 18).

9 cc) Die Anhörungsrüge übersieht auch, dass es vor diesem Hintergrund nicht darauf ankommt, in wie vielen Verfahren die Rechtsfrage noch entscheidungserheblich ist, denn der Gesetzgeber hat ausweislich der Regelung in § 100 Abs. 2 Satz 6 EEG 2017 eine Klärung für alle zum 1. Januar 2019 noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren vorgenommen.

10 Im Übrigen genügt die Nichtzulassungsbeschwerde ohnehin nicht den Anforderungen an die Darlegung einer trotz ausgelaufenen Rechts fortbestehenden grundsätzlichen Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfrage, da sie nicht aufzeigt, dass eine höchstrichterliche Entscheidung gleichwohl für die Zukunft richtungsweisend sein kann. Denn vorliegend ist nicht hinreichend dargelegt, dass noch über eine erhebliche Anzahl von Fällen nach altem (hier nicht mehr maßgeblichem) Recht zu entscheiden (vgl. Senatsbeschluss vom 3. Juli 2018 - VIII ZR 227/16, RdE 2018, 529 Rn. 9 mwN) und die aufgeworfene Rechtsfrage für das neue Recht weiterhin von Bedeutung ist.

11 c) Die in Rede stehende Rechtsfrage ist nach Maßgabe der Neuregelung zudem in einem für die Klägerin (zur Zeit) negativen Sinn geklärt. Denn die Klägerin kann eine Verurteilung der Beklagten (derzeit) unter keinen Umständen erreichen. Eine beihilferechtliche Genehmigung durch die Europäische Kommission (§ 100 Abs. 2 Satz 5 EEG 2017) liegt ebenso wenig vor wie eine entsprechende Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Kommission (§ 100 Abs. 2 Satz 7 EEG 2017). Abweichendes macht die Klägerin nicht geltend. Unbeschadet dessen hat die Bundesregierung darauf hingewiesen, dass ungewiss sei, ob die Regelung inhaltlich genehmigungsfähig sei; zudem werde

das Genehmigungsverfahren längere Zeit in Anspruch nehmen (vgl. BT-Drucks., aaO).

- 12 In Anbetracht dessen ist die Klage, soweit sie Gegenstand der Revisionsinstanz ist, derzeit unbegründet. Aus diesem Grund erweist sich das Urteil des Berufungsgerichts im Ergebnis als richtig. Zwar ist im Tenor des Berufungsurteils nicht zum Ausdruck gebracht worden, dass die Klage als derzeit unbegründet abzuweisen ist. Aus diesem Grund bedarf das angefochtene Urteil jedoch keiner Abänderung (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999 - VII ZR 326/98, BGHZ 143, 79, 88). Die Klägerin ist, wie ausgeführt, jedoch nicht gehindert, den geltend gemachten Anspruch weiterzuverfolgen, wenn eine beihilferechtliche Genehmigung durch die Europäische Kommission vorliegt.
- 13 d) Das weitere Vorbringen der Anhörungsrüge, der Senat lege die Regelung des § 27 Abs. 5 Satz 1 EEG 2009 gegen ihren Wortlaut aus, lässt zum einen außer Betracht, dass diese Regelung im Licht der gesetzlichen Neuregelung des § 100 Abs. 2 Satz 4 bis 7 EEG dem Anlagenbetreiber, wie ausgeführt, derzeit einen Anspruch auf Gewährung des Formaldehydbonus nicht gewährt. Zum anderen übersieht die Anhörungsrüge, dass der Wortlaut des § 27 Abs. 5 Satz 1 EEG 2009 für unterschiedliche Auslegungsalternativen Raum lässt, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 6. Mai 2015 (VIII ZR 255/14, WM 2015, 1347 Rn. 19) ausgeführt hat.
- 14 e) Entgegen der Auffassung der Anhörungsrüge bedurfte es schließlich auch keiner mündlichen Revisionsverhandlung, um der Klägerin Gelegenheit zu geben, zu den "Entwicklungen im Zusammenhang mit der Novellierung des EEG Stellung zu nehmen". Bereits mit Schriftsatz vom 11. Januar 2019 hat die Nichtzulassungsbeschwerde ihrerseits auf die Neuregelung des § 100 Abs. 2 Satz 4 bis 7 EEG 2017 hingewiesen und inhaltlich dazu Stellung genommen.

II.

- 15            Unabhängig davon wäre die Anhörungsrüge auch unbegründet. Der Senat hat bei seiner Entscheidung die Ausführungen der Nichtzulassungsbeschwerde in vollem Umfang zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen, deren Vorbringen aber nicht als durchgreifend erachtet.

Dr. Milger

Dr. Schneider

Dr. Bünger

Kosziol

Dr. Schmidt

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 30.06.2017 - 16 O 313/16 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 17.05.2018 - 2 U 129/17 -