

### **Leitsatz zu 6 U 53/11**

Die in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 für den KWK-Bonus von 3,0 Cent/kWh für Altanlagen aufgestellte Leistungsgrenze von 500 kW bezieht sich auf die Bemessungsleistung der Anlage, wie sie auch für die leistungsabhängigen Sätze der Mindest- bzw. Grundvergütung maßgeblich ist, und nicht auf denjenigen Teil der Leistung der Anlage, der für den in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strom eingesetzt worden ist. Das gilt auch für Anlagen, die bereits vor dem Inkrafttreten des EEG 2004 in Betrieb genommen worden sind.

**Angewandte Vorschriften: § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009, §§ 8 Abs. 3, 12 Abs. 2, 21 Abs. 1 EEG 2004**

**Revision anhängig beim BGH unter dem Aktenzeichen VIII ZR 300/12.**



# **Brandenburgisches Oberlandesgericht**

Im Namen des Volkes

## **Urteil**

**In dem Rechtsstreit**

E. AG,  
vertreten durch den Vorstand

**- Beklagte und Berufungsklägerin -**

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

**g e g e n**

E. AG,  
vertreten durch den Vorstand,

**- Klägerin und Berufungsbeklagte -**

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

hat der 6. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juli 2012 unter Mitwirkung

...

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 14. Juli 2011 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt (Oder) - 14 O 259/10 - abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 115 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

### **G r ü n d e:**

#### **I.**

Die Klägerin betreibt in F. ein im Jahr 1998 in Betrieb genommenes Biomasseheizkraftwerk mit Kraft-Wärme-Kopplungsanlage, welches aus Biomasse Strom und Nutzwärme erzeugt (BHKW F.). Die Beklagte ist örtliche Netzbetreiberin, in ihr Elektrizitätsnetz wird der in der Anlage erzeugte Strom eingespeist.

Die Anlage der Klägerin speiste im Jahr 2009 insgesamt 27.951.120 kWh Strom in das Netz der Beklagten ein, wovon 1.689.032 kWh in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt worden sind.

Im Zuge der Abrechnung der Einspeisevergütung entstand zwischen den Parteien Streit über die Berechnung des nach dem Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) in der am 01.01.2009 in Kraft getretenen Fassung (EEG 2009) für Altanlagen zu zahlenden Bonus für Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung (KWK-Bonus). Umstritten ist, wie der Begriff der „Leistung“ in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 zu definieren ist.

Die Beklagte ermittelte für die Anlage aus der Jahresstrommenge (27.951.120 kWh) und den Zeitstunden für ein Kalenderjahr (8.760 h) eine Bemessungsleistung (elektrische Jahresdurchschnittsleistung) von 3.190,77 kW (Quotient aus Jahresstrommenge und Zeitstunden). Ausgehend von dieser Bemessungsleistung legte sie den Anteil der Strommenge bis zum Schwellenwert von 500 kW auf 15,6702 % fest. Anhand dieses Prozentsatzes ordnete sie die aus Kraft-Wärme-Kopplung erzeugte Strommenge von 1.689.032 kWh für die Bonus-Bemessung der Leistungsstufe bis 500 kW wie folgt zu:

Leistungsstufe	Anteil	Strommenge	Bonussatz in Cent/kWh	Betrag in €
bis 500 kW	15,6702 %	264.674,85 kWh	3,00	7.940,25

Den so ermittelten KWK-Bonus von 7.940,25 € zuzüglich Umsatzsteuer (gesamt 9.448,90 €) zahlte die Beklagte an die Klägerin aus.

Die Klägerin hält die Berechnung für falsch. Sie meint, bei der Ermittlung des KWK-Bonus sei als Ausgangswert nicht die Jahresstrommenge der (gesamten) Anlage, sondern nur die in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugte Strommenge anzusetzen. Die Leistungsgrenze bis einschließlich 500 kW beziehe sich nur auf den KWK-Strom. Der Bonus sei folglich bis zu einer aus Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strommenge von maximal 4.380.000 kWh zu zahlen (500 kW x maximale Zeitstunden 8.760 h). Aus Division der KWK-Strommenge (1.689.032 kWh) durch die Zeitstunden (8.760 h) ergebe sich die KWK-Leistung von 192,81 kW. Da somit die gesamte aus Kraft-Wärme-Kopplung erzeugte Strommenge unterhalb der Grenze von 500 kW liege, sei durchgehend der Satz von 3,00 Cent wie folgt zu gewähren:

Leistungsstufe	Anteil	Strommenge	Bonussatz in Cent/kWh	Betrag in €
bis 500 kW	100 %	1.689.032 kWh	3,00	50.670,96

Die Klägerin hat mit ihrer Klage den nach ihrer Ansicht noch offenen Betrag des KWK-Bonus in Höhe von 50.849,54 € (50.670,96 € zzgl. Umsatzsteuer 9.627,48 € = 60.298,44 € abzüglich geleisteter Zahlung von 9.448,90 €) beansprucht. Sie hat ausgeführt, unter dem Begriff der „Leistung“ im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 sei die „KWK-Leistung“ zu verstehen. Anders als § 27 EEG 2009 es für die Grundvergütung vorsehe, sei der Bonus nicht nach Leistungsstufen gestaffelt. Soweit § 18 Abs. 2 EEG 2009 die Leistung für die Bemessung der Vergütung nach Leistungsstufen definiere, gelte dies nach dem un-

missverständlichen Wortlaut dieser Vorschrift nur für die Vergütungsvorschriften der §§ 23 bis 28 EEG 2009, nicht aber für diejenigen in § 66 EEG 2009. Es liege mithin eine Regelungslücke vor. Diese sei dahin zu schließen, dass die Leistung im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 nur auf der Basis des KWK-Strom zu bestimmen sei. Eine andere Sichtweise habe zur Folge, dass bei identischer Nutzwärmemenge kleinere Anlagen einen höheren KWK-Bonus als größere Anlagen erhielten. Das sei sachlich nicht gerechtfertigt.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 50.849,54 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27.05.2010 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat ihre Abrechnung verteidigt. Maßgebend für die Leistungsgrenze des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 sei die „Bemessungsleistung“ nach § 18 Abs. 2 EEG 2009. Der Wortlaut des § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 unter Berücksichtigung der Gesetzssystematik im übrigen ergebe, dass die Grenze von 500 kW an die Leistung der Anlage (Arbeit/Zeit) und nicht an die in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugte Strommenge (Arbeit) anknüpfe. Der Vergütungsmechanismus des § 18 EEG 2009 finde auf die Berechnung des KWK-Bonus für Altanlagen nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 ebenso Anwendung wie auf die Berechnung des KWK-Bonus für Neuanlagen nach § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009. Nur so seien auch die Gesetzgebungsmaterialien zu verstehen, die irgendeine Besonderheit hinsichtlich der Leistungsgrenze des § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 nicht erkennen ließen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt: Die Voraussetzungen für die Zahlung des Kraft-Wärme-Kopplungs-Bonus dem Grunde nach seien unstrittig gegeben. § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 sei anwendbar, weil die Anlage vor dem 01.01.2009 in Betrieb genommen worden sei. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei der in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 (gemeint ist Satz 3) EEG normierte Schwellenwert von 500 kW nicht auf die Leistung der Anlage, sondern lediglich auf den in Kraft-Wärme-Kopplung

gewonnenen Strom zu beziehen. Das sei dem Wortlaut der Vorschrift anhand des Satzbaus „Für Strom [...] der in Kraft-Wärme-Kopplung [...] erzeugt worden ist, erhöht sich die Vergütung bis einschließlich einer Leistung von 500 kW um jeweils 3,0 Cent pro kWh.“ zu entnehmen. Die Regelung enthalte keinen Hinweis darauf, dass die Leistung der gesamten Anlage gemeint sei, während im Gesetz an anderer Stelle bei Schwellenwertbestimmungen ausdrücklich auf die Leistung der Anlage Bezug genommen werde. Da der Gesetzgeber in § 3 Nr. 6 EEG 2009 den Begriff der „Leistung der Anlage“ definiert habe, sei davon auszugehen, dass in den Bestimmungen, in denen der Begriff nicht wie dort definiert verwendet werde, auch nicht die legaldefinierte Bedeutung gemeint sei. Gerade weil das Gesetz bei anderen Bonusregelungen - wie Technologie- und NawaRo-Bonus - auf die Leistung der Anlage Bezug nehme, sei im Umkehrschluss davon auszugehen, dass bei dem Kraft-Wärme-Kopplungs-Bonus die Leistung der Anlage insgesamt keine Rolle spielen solle. Die Vorschrift des § 18 Abs. 2 EEG 2009 sei nicht heranzuziehen, denn nach deren eindeutigem Wortlaut gelte sie lediglich für die in den §§ 23 bis 28 EEG 2009 genannten Schwellenwerte, nicht jedoch für die 500-kW-Grenze des § 66 EEG.

Gegen das Urteil wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Sie meint, die Beurteilung des Landgerichts beruhe auf einem unrichtigen Verständnis von Leistung (kW) und Strommenge und interpretiere den Wortlaut des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 unzutreffend. Die Auslegung des Begriffs der „Leistung“ als „Leistung der Anlage“ finde bereits im Wortlaut des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 seine Stütze, als es dort heißt: „sonstige Biomasseanlagen ... bis einschließlich einer Leistung von 500 Kilowatt ...“. Im übrigen wiederholt und vertieft sie ihre erstinstanzlich vorgebrachten Argumente mit umfangreichen weiteren Ausführungen in rechtlicher und technischer Hinsicht.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und vertieft ihre Rechtausführungen ebenfalls mit umfangreichen ergänzenden Darlegungen zur Gesetzesauslegung.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird Bezug genommen auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.

## **II.**

Die gemäß §§ 511, 517, 519, 520 ZPO frist- und formgerecht erhobene und auch sonst zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg. Die zulässige Klage ist unbegründet, denn der Klägerin steht der beanspruchte weitere KWK-Bonus von 3,0 Cent/kWh nicht zu.

Der von der Beklagten an die Klägerin auf den KWK-Bonus gezahlte Betrag entspricht der gesetzlich geschuldeten Vergütung für den in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strom.

Zu Recht hat die Beklagte den KWK-Bonus nach dem erhöhten Satz von 3,0 Cent/kWh nur für den unter die Leistungsgrenze von 500 kW fallenden Anteil des KWK-Stroms ausgezahlt. Dabei hat die Beklagte die Leistungsgrenze von 500 kW zutreffend anhand der Bemessungsleistung bestimmt, wie sie den Leistungsschwellen und der Leistungsgrenze bei der Bemessung der Vergütung im übrigen zu Grunde zu legen ist.

1) Wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat und zwischen den Parteien auch nicht im Streit steht, hat die Klägerin gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 dem Grunde nach Anspruch auf Zahlung des erhöhten KWK-Bonus für den im Jahr 2009 in ihrer Anlage in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strom.

Bei der im Jahr 1998 und damit vor Inkrafttreten des EEG 2009 am 01.01.2009 in Betrieb genommenen Anlage der Klägerin handelt es sich um eine Biomasse-Altanlage, in der unstreitig Strom in Kraft-Wärme-Kopplung in einer hinsichtlich des KWK-Bonus förderfähigen Weise erzeugt wird.

2) Der KWK-Bonus für den im Jahr 2009 produzierten Strom unterfällt der in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 aufgestellten Leistungsgrenze von 500 kW, weil in der Anlage bereits

vor dem 01.01.2009 Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt worden ist. Auch darüber besteht zwischen den Parteien kein Streit.

3) Für den in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strom gebührt der Klägerin deshalb der erhöhte KWK-Bonus von 3,0 Cent/kWh bis einschließlich einer Leistung von 500 kW. Soweit diese Leistungsgrenze überschritten ist, verbleibt es gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 bei der bisherigen Erhöhung der Mindestvergütung um 2,0 Cent/kWh nach § 8 Abs. 3 EEG 2004. Die Anlage der Klägerin und die darin erzeugte Nutzwärme erfüllen unstreitig auch die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 EEG 2004.

4) Über die für die Bemessung der Vergütung des in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Stroms maßgeblichen tatsächlichen Gegebenheiten des Anlagenbetriebs, namentlich die Gesamtmenge des erzeugten und abgenommenen Stroms sowie den Anteil des KWK-Stroms besteht zwischen den Parteien kein Streit. Die unterschiedlichen Auffassungen der Parteien über den an KWK-Bonus geschuldeten Geldbetrag beruhen allein darauf, dass sie verschiedener Ansicht darüber sind, wie die 500 kW-Grenze des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 zu verstehen ist.

5) Die in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 für den KWK-Bonus von 3,0 Cent/kWh für Altanlagen aufgestellte Leistungsgrenze ist - anders als es das Landgericht gesehen hat - im Gesetz dahin geregelt, dass es sich um die auch für die Sätze der Mindest- bzw. Grundvergütung maßgebliche sogenannte Bemessungsleistung der Anlage handelt. Dieses Verständnis ergibt sich aus dem Wortlaut des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 unter Einschluss des Wortlauts der Übergangsbestimmung des § 66 EEG 2009 im übrigen und der danach weiter anzuwendenden Vorschriften der §§ 8 und 12 Abs. 2 EEG 2004 und steht im Einklang mit der Systematik und dem Sinn und Zweck der EEG-Vergütungsvorschriften.

5.1) Nach den Vergütungsregelungen des EEG 2004 ist für Strom aus Biomasse, der in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt wird, eine um 2,0 Cent/kWh erhöhte (Mindest-)Vergütung zu zahlen, § 8 Abs. 3 EEG 2004. Dabei kommt die Erhöhung für den gesamten in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strom auf sämtliche Vergütungssätze in Ansatz, welche in Abhängigkeit von den Leistungsschwellen bis 150 kW, bis 500 kW, bis 5 MW und ab 5 MW unterschiedlich hoch sind. Die Vergütung insgesamt ist dabei auf Anlagen beschränkt, deren installierte Gesamtleistung bis einschließlich 20 MW beträgt.

Das EEG 2009 regelt die Vergütung für Strom aus Biomasse in § 27 EEG 2009. Die ebenfalls für die einzelnen Leistungsschwellen bis 150 kW, bis 500 kW, bis 5 MW und bis 20 MW unterschiedlich hohen (Grund-)Vergütungssätze werden für Strom, der in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt ist, um 3,0 Cent/kWh erhöht, § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009. Dabei verwendet erstmals das EEG 2009 den Begriff des KWK-Bonus.

5.2) Die Vorschrift des § 66 EEG 2009 enthält Übergangsbestimmungen für Strom aus Anlagen, die vor dem Inkrafttreten des EEG 2009 am 01.01.2009 in Betrieb genommen worden sind. Die hier maßgeblichen Bestimmungen des § 66 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EEG 2009 haben folgenden Wortlaut:

*Für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, sind anstelle der §§ 6, 20 Abs. 2, § 21 Abs. 2, § 23 Abs. 1 und 3, der §§ 24 bis 26 Abs. 1, der §§ 27, 28 Abs. 1, § 29 Abs. 1 und 2, der §§ 30, 32, 33 sowie der Anlagen 1 und 3 die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918) in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung mit folgenden Maßgaben anzuwenden:*

1. ...

2. *Für Strom aus Biomasseanlagen gilt § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 ...*

3. *Für Strom aus Biomasseanlagen, der nach dem 31. Dezember 2008 erstmals in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 erzeugt worden ist, erhöht sich die Vergütung um jeweils 3,0 Cent pro Kilowattstunde (KWK-Bonus). § 20 Abs. 1, 2 Nr. 5 und Abs. 3 gilt entsprechend. Für Strom aus sonstigen Biomasseanlagen, der in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 erzeugt worden ist, erhöht sich die Vergütung bis einschließlich einer Leistung von 500 Kilowatt um jeweils 3,0 Cent pro Kilowattstunde.*

4. ...“.

a) Demnach finden die Vorschriften des EEG 2009 auf Altanlagen grundsätzlich Anwendung, soweit nicht die im einzelnen genannten Vorschriften davon ausgenommen sind. An

deren Stelle ist die Fortgeltung der Vorschriften des EEG 2004 angeordnet, die sich nach den unter § 66 Abs. 1 Ziffern 1 bis 6 EEG 2009 angeordneten Maßgaben richten soll.

Die Vergütungsregelungen für Strom aus Biomasseanlagen des § 27 EEG 2009 sind durch den Eingangssatz des § 66 EEG 2009 von der Anwendung auf Altanlagen zunächst vollständig ausgenommen. Die für die Anwendung des alten Rechts in § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 vorgeschriebene zweite Maßgabe ordnet sodann allerdings an, dass für Strom aus Biomasseanlagen die Vorschriften des 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 EEG 2009 Anwendung finden. Jene Vorschriften regeln erstens den Satz der Grundvergütung bis zu einer Anlagenleistung von 150 kW (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009) sowie zweitens die Fiktion, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Gas, welches aus einem Gasnetz entnommen wird, als Biomasse gilt (§ 27 Abs. 2 EEG 2009).

Die Bestimmung des § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009 über den KWK-Bonus findet folglich auf Altanlagen keine Anwendung.

b) Die Maßgabe Nr. 3 des § 66 Abs. 1 EEG 2009 bestimmt aber, dass für Strom aus Altanlagen die Vergütung unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls um 3,0 Cent /kWh erhöht wird. Dabei unterscheidet die Vorschrift zwischen Altanlagen, die erstmals nach dem 31.12.2008 Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugen und sonstigen Anlagen, zu denen auch die Altanlagen gehören, die bereits zuvor Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt haben.

5.3) Die in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 angeordnete Leistungsgrenze von 500 kW für sonstige Altanlagen, die - wie die Anlage der Klägerin - schon vor dem 31.12.2008 Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt haben, bezieht sich auf die Bemessungsleistung der Anlage, und nicht - wie die Klägerin meint - auf denjenigen Teil der Leistung der Anlage, der für den in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strom eingesetzt worden ist. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

a) Der Wortlaut der Vorschrift des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 für sich lässt beide Verständnismöglichkeiten zu. Zu vergüten mit dem erhöhten Vergütungssatz (Bonus) ist die in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugte Strommenge in kWh (physikalisch: Arbeit = Leistung x Zeit). Begrenzt wird die Bonus-Gewährung aber dahin, dass sie nur bis einschließlich einer Leistung von 500 kW stattfindet. Jene Leistung beschreibt das Verhältnis von verrichteter

Arbeit (kWh) zu der benötigten Zeitspanne (h), oder mit anderen Worten, die Fähigkeit, in einer Zeitspanne eine bestimmte Arbeit zu verrichten. An welche verrichtete Arbeit (Leistung) dabei anzuknüpfen ist, ergibt sich daraus nicht. Der Ansicht der Beklagten, dass die Leistung der Anlage gemeint sei, ergebe sich schon daraus, dass § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 von „sonstige Biomasseanlagen“ spreche, ist nicht zu folgen. Dem Satzteil „für Strom aus sonstigen Biomasseanlagen, der in Kraft-Wärme-Kopplung ... erzeugt worden ist“ kommt lediglich die Bedeutung zu, den der Bonusregelung unterfallenden Strom nach Merkmalen der Stromerzeugungsanlage und der Art und Weise der Stromproduktion zu bezeichnen. Für den so erzeugten Strom „erhöht sich die Vergütung bis einschließlich einer Leistung von 500 Kilowatt“.

aa) Dem Begriff der „Leistung“ in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 kommt entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht eine eigene Bedeutung zu. Zwar verwendet das EEG 2009 namentlich bei Festlegung der leistungsabhängigen Vergütung für Strom aus Biomasse in § 27 EEG 2009 jeweils den Begriff der „Anlagenleistung“. Dasselbe gilt für die ebenfalls leistungsabhängige Vergütung für Strom aus Deponiegas, aus Klärgas, aus Grubengas und aus Geothermie, §§ 24 bis 26, 28 EEG 2009. Demgegenüber verwendet das Gesetz in § 23 EEG 2009 bei der Regelung der wiederum leistungsabhängigen Vergütung für Strom aus Wasserkraft den Begriff der „Leistung“.

Dass es sich bei den Begriffen der „Leistung“ und der „Anlagenleistung“ in §§ 23 bis 28 EG 2009 unterschiedslos um die sog. Bemessungsleistung der Anlage handelt, ergibt sich aus § 18 Abs. 1 und 2 EEG 2009 i.V.m. § 3 Nr. 6 EEG 2009.

§ 3 Nr. 6 EEG 2009 enthält eine Legaldefinition des Begriffs der „Leistung der Anlage“ dahin, dass diese „die elektrische Wirkleistung, die die Anlage bei bestimmungsgemäßem Betrieb ohne zeitliche Einschränkung unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann“ darstellt. Dabei handelt es sich um die tatsächlich erreichbare Nutzleistung. Die Bestimmung des § 18 Abs. 1 EEG 2009 ordnet an, dass die Höhe der Vergütung für Strom, der in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet wird, sich anteilig nach der Leistung der Anlage im Verhältnis zu dem jeweils anzuwendenden Schwellenwert bestimmt. Nach Abs. 2 der Vorschrift ist für die Zuordnung zu den Schwellenwerten der §§ 23 bis 28 als Leistung der Quotient aus der Summe der im jeweiligen Kalenderjahr abgenommenen Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des jeweiligen Kalender-

jahres abzüglich der vollen Stunden vor der erstmaligen Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien durch die Anlage und nach endgültiger Stilllegung der Anlage anzusehen. Hierbei handelt es sich um die sog. Bemessungsleistung, also die Leistung der Anlage, die eingesetzt worden ist, um die im Kalenderjahr abgenommene Strommenge unter Einsatz erneuerbarer Energien zu erzeugen.

bb) Da § 66 Abs. 1 EEG 2009 die Vorschrift des § 18 EEG 2009 nicht von der Anwendung auf Altanlagen ausnimmt, ist sie grundsätzlich auf diese Anlagen anzuwenden.

Allerdings bestimmt § 18 Abs. 2 EEG 2009 den Anwendungsbereich selbst nur für die Vergütungsvorschriften der §§ 23 bis 28 EEG 2009 und erfasst damit weder die für Altanlagen ab der Leistungsschwelle von 150 kW fortgeltenden Vergütungssätze des § 18 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 EEG 2004 noch den für Altanlagen nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 zu gewährenden KWK-Bonus.

cc) Zu berücksichtigen ist aber, dass die Vorschrift des §§ 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG ihrem Wortlaut nach eine Maßgabe für die Fortgeltung der Vorschriften des EEG 2004 für Altanlagen aufstellt.

Bei der Auslegung des Begriffs der „Leistung“ in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 sind deshalb die Vergütungsregelungen des EEG 2004 für Biomasseanlagen einzubeziehen. Hieraus ergibt sich, dass unter der Leistung die Bemessungsleistung der Anlage zu verstehen ist.

Die Vergütung für Strom aus Biomasseanlagen ist in § 8 EEG 2004 geregelt und zwar ebenfalls als leistungsabhängige Vergütung. § 8 EEG 2004 verwendet dabei, nicht anders als § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 den Begriff der „Leistung“. Dabei handelt es sich um die Bemessungsleistung der Anlage, wie § 12 Abs. 2 EEG 2004 zu entnehmen ist.

In § 12 Abs. 2 EEG 2004 ist bestimmt, dass für die Zuordnung zu den Schwellenwerten der §§ 6 bis 9 als Leistung der Quotient aus der Summe der im jeweiligen Kalenderjahr abzunehmenden Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des jeweiligen Kalenderjahres abzüglich der vollen Stunden vor Inbetriebnahme und nach endgültiger Stilllegung der Anlage gilt. Damit enthält § 12 Abs. 2 EEG 2004 mit § 18 Abs. 2 EEG 2009 inhaltsgleiche Bestimmung über die Bemessungsleistung. Der sprachliche Unterschied, dass § 12

Abs. 2 EEG 2004 anders als § 18 Abs. 2 EEG 2009 von „der Inbetriebnahme“ anstelle „der erstmaligen Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien“ spricht, ist für den Streitfall ohne Bedeutung, weil die Anlage der Klägerin im gesamten Kalenderjahr 2009 Strom aus Erneuerbaren Energien erzeugt hat.

Die leistungsabhängige Vergütung für Strom aus Biomasseanlagen richtet sich demnach sowohl nach EEG 2004 als auch nach EEG 2009 nach der Bemessungsleistung der Anlage. Anderes gilt im Streitfall auch nicht deshalb, weil die Anlage der Klägerin bereits vor dem 31.07.2004 und damit vor dem Inkrafttreten des EEG 2004 in Betrieb genommen worden ist. Nach § 21 Abs. 1 EEG 2004 findet § 12 EEG 2004 auch auf die vor Inkrafttreten des EEG 2004 in Betrieb genommenen Anlagen Anwendung (vgl. OLG Jena, Urteil v. 24.10.2007, 2 U 67/07, ZNER 2008, 81; OLG Naumburg, Urteil v. 23.07.2010, 6 U 53/10, ZNER 2010, 520).

dd) Der Wortwahl des Gesetzgebers durch Verwendung des Begriffs der „Leistung“ in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 in Übereinstimmung mit § 8 EEG 2004 ist folglich nicht zu entnehmen, dass ein von der Bemessungsleistung (§ 18 Abs. 2 EEG 2009, § 12 Abs. 2 EEG 2004) verschiedener Leistungsbegriff gemeint ist. Im Gegenteil ist dem Gesetzeswortlaut für eine solches Verständnis ein Anhaltspunkt nicht zu entnehmen.

b) Dass die Leistungsgrenze von 500 kW der für die Mindest- bzw. Grundvergütung geltenden Leistungsschwelle von 500 kW im Sinne der Bemessungsleistung entspricht, ist im Gesetz dadurch zum Ausdruck gebracht, dass der Bonus an die Mindest- bzw. Grundvergütung anknüpft. Er wird in Form einer Erhöhung der Sätze der Mindest bzw. Grundvergütung gewährt (im Ergebnis ebenso: Rostankowski/Vollprecht in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 66 Rn. 32 f, Anlage 3 Rn. 116 ff; Schomerus/Ohms in Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl., § 66 Rn. 33; Schäferhoff in Reshöft, EEG, 3. Aufl., § 18 Rn. 9; andere Ansicht: Wernsmann, AUR 2008, 329, 333).

Der KWK-Bonus nach EEG 2009 wird - nicht anders als die für KWK-Strom erhöhten (Mindest-)Vergütungssätze nach EEG 2004 - in der Weise gewährt, dass die Sätze der (Grund-)Vergütung erhöht werden, § 27 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009, § 8 Abs. 3 EEG 2004.

Soweit die Mindest- bzw. Grundvergütung für Strom, der in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt worden ist, erhöht wird, handelt es sich nach wie vor um die leistungsabhängige Vergütung

für Strom aus Biomasse, die gemäß §§ 18 Abs. 2 EEG 2009 bzw. § 12 Abs. 2 EEG 2004 abhängig von der Bemessungsleistung der Anlage nach verschiedenen Vergütungssätzen gewährt wird. Daraus ergibt sich, dass auch die Leistungsgrenze für die Gewährung der KWK-Bonus für Altanlagen nicht anders zu bestimmen ist, als die für die Mindest- bzw. Grundvergütung dieser Anlagen geltenden Leistungsschwellen.

5.4) Den Gesetzgebungsmaterialien ist ein dieser Auslegung entgegenstehender Wille des Gesetzgebers nicht zu entnehmen. Die Bestimmung des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 ist auf der Grundlage der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BT-Drs. 16/9477) durch Beschluss des Bundestags in den Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 16/8148, BT-Drs. 16/8393) aufgenommen worden. Die Begründung der Beschlussempfehlung erläutert den Begriff der Leistung in Bezug auf die Leistungsschwelle für den KWK-Bonus für Altanlagen nicht (vgl. BT-Drs. 16/9477 Seiten 18 und 39). Dasselbe gilt für die übrigen Gesetzgebungsmaterialien.

5.5) Das Auslegungsergebnis steht im Einklang mit dem System der leistungsabhängigen Vergütung für Strom aus Biomasse. Es wird dem Sinn und Zweck der Vorschriften über die Erhöhung der Vergütung für den Strom, der in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt worden ist (KWK-Bonus), gerecht.

Die Vergütung für Strom aus Biomasseanlagen wird seit dem EEG 2000 unverändert nach leistungsabhängigen Sätzen gewährt, wobei der Vergütungssatz mit jeweils höherer Leistungsschwelle sinkt. Dabei trägt die Differenzierung nach der Leistung in erster Linie den höheren Stromgestehungskosten kleinerer dezentraler Anlagen Rechnung (vgl. BT-Drs. 14/3241 Seite 9). Die mit der Übergangsregelung des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 aufgestellte Leistungsgrenze führt zu einer stärkeren Förderung kleinerer Anlagen, weil der KWK-Bonus nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 umso geringer ausfällt, je höher die insgesamt produzierte Strommenge ist.

Ganz maßgeblich für die Höhe des KWK-Bonus ist aber die KWK-Effizienz der Anlage, die sich darin ausdrückt, welcher Anteil der Anlagenleistung für den in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strom eingesetzt wird. Stellt man beim KWK-Bonus auf die Bemessungsleistung der Anlage ab, ist sichergestellt, dass effiziente Anlagen einen höheren Bonus erhalten. Versteht man hingegen die 500-kW-Grenze als Grenze der KWK-Leistung, kommt es auf den

prozentualen Anteil des KWK-Stroms im Verhältnis zum Gesamtstrom nicht an, weil dann der Bonus nur dadurch begrenzt ist, dass für die in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugte Strommenge nicht mehr als 500 kW Anlagenleistung eingesetzt worden sind. Verhältnismäßig große Anlagen mit einem im Vergleich zur insgesamt produzierten Strommenge geringen Anteil an KWK-Strom würden davon profitieren (vgl. Rostankowski/Vollprecht in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., Anlage 3 Rn. 118).

Allerdings hat das Verständnis der Leistungsschwelle des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 im Sinne einer Schwelle der Bemessungsleistung zur Folge, dass Anlagen, welche dieselbe Strommenge in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugen, eine unterschiedliche Förderung erhalten, die davon abhängig ist, welche Strommenge im übrigen (Kondensationsstrom) produziert wird. Die höhere Gesamtstrommenge führt zu einer höheren Bemessungsleistung der Anlage. Das bedeutet, dass ein geringerer Anteil der Gesamtstrommenge und im gleichen Verhältnis auch ein geringerer Anteil der KWK-Strommenge unter die Leistungsgrenze bis 500 kW fällt. Ein Widerspruch zum Zweck der KWK-Förderung ist darin aber nicht zu sehen. Der KWK-Bonus soll solche Anlagen fördern, in denen die bei der Stromerzeugung anfallende Wärme wirtschaftlich sinnvoll außerhalb der Anlage genutzt wird. Durch Nutzung der Wärme wird der Nutzungsgrad einer Biomasseanlage deutlich erhöht. Gefördert wird der im gekoppelten Betrieb und damit besonders effektiv gewonnene Strom, nicht der im übrigen produzierte Kondensationsstrom. Dass dabei diejenigen Altanlagen stärker an dem durch das EEG 2009 eingeführten Bonus von 3,0 Cent/kWh teilhaben sollen, bei denen das Verhältnis von Gesamtstromerzeugung und KWK-Stromerzeugung im Sinne eines höheren Anteils der Nutzwärme günstiger ist, findet seine Berechtigung in der höheren Effizienz solcher Anlagen.

6) Unter Zugrundelegung der Leistungsgrenze von 500 kW im Sinne der Bemessungsleistung hat die Beklagte den KWK-Bonus zutreffend berechnet. Gegenteiliges macht die Klägerin auch nicht geltend.

### **III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache gemäß § 543 Abs. 1 und 2 Nr. 1 ZPO zugelassen. Die Bestimmung des Leistungsbegriffs der Vorschrift des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 hat für eine Vielzahl von Biomasse-Altanlagen, die Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugen, Bedeutung.

**(Unterschriften)**