

I-27 U 2/14  
24 O 38/13  
LG Duisburg



Verkündet am 20. Mai 2015  
Reimann, Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

# OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

## URTEIL

In dem Rechtsstreit

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: ,

g e g e n

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 27. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 22. April 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dicks, den Richter am Oberlandesgericht Rubel und die Richterin am Oberlandesgericht Brackmann

für R e c h t erkannt :

Die Berufung der Klägerin gegen das am 14. Januar 2014 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Duisburg (24 O 38/13) wird zurückgewiesen.

Die Revision wird für die Klägerin zugelassen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung in derselben Höhe Sicherheit leistet.

## Gründe:

### I.

Die Klägerin handelt mit Biokraftstoffen und betreibt seit dem Jahr 2006 ein Blockheizkraftwerk in Straelen.

Im Jahr 2011 erzeugte das Blockheizkraftwerk aus flüssiger Biomasse 15.683 kWh Strom und speiste ihn in das Stromnetz der Beklagten ein. Die zur Stromerzeugung verwendete flüssige Biomasse, nämlich insgesamt 3.509 kg Palmölraffinat, entnahm die Klägerin einem Anlagentank, in dem sich am 31.12.2010 insgesamt 14.638 kg Raffinat befanden, von denen 10.092 kg als nachhaltig zertifiziert und 4.546 kg nicht als nachhaltig zertifiziert waren.

Die Beklagte verweigerte der Klägerin die Zahlung der so genannten EEG-Grundvergütung, des Nawaro-Bonus (nachwachsende Rohstoffe-Bonus) und des KWK-Bonus (Kraft-Wärme-Kopplungs-Bonus) für das Jahr 2011 in Höhe von insgesamt 3.058,19 EUR, weil die Klägerin ihr keinen Nachhaltigkeitsnachweis nach den Vorschriften der BioSt-NachV (Verordnung über Anforderungen an eine nachhaltige Herstellung von flüssiger Biomasse zur Stromerzeugung - Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung) für den gesamten Tankinhalt von 14.638 kg, sondern nur für 10.092 kg vorlegte. Ferner erklärte sie, dass der Nawaro-Bonus nicht nur für das Jahr 2011, sondern auch für die Folgejahre entfalle.

Die Klägerin hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, sie müsse keinen Nachhaltigkeitsnachweis für den gesamten Tankinhalt vorlegen, weil sie aus dem Anlagentank weniger zertifiziertes Palmölraffinat zur Stromerzeugung verbraucht habe als darin enthalten gewesen sei. Dass im Anlagentank auch nicht zertifiziertes Palmölraffinat gewesen sei, welches sich mit dem zertifizierten Palmölraffinat gemischt habe, sei rechtlich bedeutungslos. Zur Begründung ihrer Auffassung beruft sie sich auf die Vorschriften der BioSt-NachV über das Massenbilanzsystem.

Die Beklagte hat erstinstanzlich demgegenüber die Auffassung vertreten, die Klägerin müsse einen Nachhaltigkeitsnachweis für den gesamten Tankinhalt vorlegen. Die Vorschriften der BioSt-NachV über das Massenbilanzsystem seien auf einen Anlagenbetreiber nicht anwendbar.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils des Landgerichts Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, ein Zahlungsanspruch bestehe nicht, weil die Klägerin zertifizierte und nicht zertifizierte Biomasse im Anlagentank gemischt habe. Daher entfalle die Grundvergütung und der KWK-Bonus für das Jahr 2011 sowie der Nawaro-Bonus für das Jahr 2011 und die Folgejahre. Entgegen der Auffassung der Klägerin reiche es nicht aus, dass nur ein Teil des Tankinhalts zertifiziert gewesen sei, auch wenn zur Stromerzeugung nur ein geringerer Teil des Tankinhalts verbraucht worden sei als zertifiziert gewesen sei. Die Vorschriften der BioSt-NachV betreffend das Massenbilanzsystem seien auf Anlagenbetreiber nicht anwendbar. Resultierend aus der Unbegründetheit des Zahlungsanspruchs seien auch die weiteren Klageanträge unbegründet.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt. Sie ergänzt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie eine Einspeisevergütung in Höhe von 3.058,19 EUR (15.683 kWh x 19,5 Cent pro kWh) zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, auch zukünftig die nach dem EEG geschuldete Einspeisevergütung in der Form der jeweils geltenden Grundvergütung zuzüglich des jeweils gültigen Nawaro-Bonus sowie den jeweils gültigen KWK-Bonus für eingespeiste Strommengen zu vergüten,
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr jeglichen Schaden zu ersetzen, der ihr aufgrund der Weigerung, ihr die Grundvergütung nach dem EEG für erzeugte und eingespeiste Strommengen inklusive des Nawaro-Bonus und des KWK-Bonus zu zahlen, entstanden ist oder noch entsteht,
4. die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.479,90 EUR Rechtsanwaltsgebühren zu zahlen und
5. die Beklagte zu verurteilen, an sie 4,50 EUR nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 20.03.2013 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil, wobei sie das erstinstanzliche Vorbringen ergänzt und vertieft.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien verwiesen.

## II.

Die Berufung ist erfolglos. Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte, wie das Landgericht zutreffend entschieden hat, keinen Anspruch auf Zahlung von 3.058,19 EUR, Feststellung einer Vergütungspflicht nach dem EEG, Feststellung einer Schadenersatzpflicht wegen Nichtzahlung sowie Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von 1.479,80 EUR und Auskunfts-kosten von 4,50 EUR nebst Zinsen.

Zur Begründung kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die, mit Ausnahme der Ausführungen zum Klageantrag zu 2., weitgehend zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden, welches sich ausführlich mit den aufgeworfenen rechtlichen Fragen auseinandergesetzt hat. Die weiteren rechtlichen Ausführungen der Klägerin in der Berufungsinstanz geben zu einer anderen rechtlichen Beurteilung keinen Anlass.

## 1.

Der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von 3.058,19 EUR (19,5 Cent je kWh für 15.648 kWh) aus §§ 16 Abs. 1, 27 Abs. 1, 66 Abs. 1 EEG 2009, § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 EEG 2004 (Grundvergütung), § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 a) EEG 2004 i.V.m. der Anlage 2 zum EEG 2009 sowie § 10 BioSt-NachV (Nawaro-Bonus), § 8 Abs. 3 EEG 2004 (KWK-Bonus), § 64 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 i.V.m. §§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3, 11 BioSt-NachV, der sich aus einer Grundvergütung in Höhe von 11,5 Cent je kWh, einem Nawaro-Bonus in Höhe von 6 Cent je kWh und einem KWK-Bonus in Höhe von 2 Cent je kWh für den von der Klägerin im Jahr 2011 in das Stromnetz der Beklagten eingespeisten Strom ergeben soll, besteht schon dem Grunde nach nicht.

a) Der Anspruch besteht dem Grunde nach nicht, weil die Klägerin entgegen den Vorschriften der §§ 1, 3 Abs. 1 BioSt-NachV nicht ausschließlich zertifiziertes Palmölraffinat zur Stromerzeugung verwendet hat und dies gegenüber der Beklagten gemäß § 11 S. 1, S. 2 Nr. 1, 14, 15 BioSt-NachV durch die Vorlage eines entsprechenden Nachhaltigkeitsnachweises/Zertifikats belegt hat.

Entgegen der Ansicht der Klägerin sind jedenfalls insoweit die Vorschriften des EEG 2009 i.V.m. den Vorschriften der BioSt-NachV gemäß §§ 66 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 64 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 auch auf die bereits im Jahr 2006 unter der Geltung des EEG 2004 in Betrieb genommene Anlage anwendbar.

Die Klägerin hat den Strom in ihrem Blockheizkraftwerk aus Palmölraffinat erzeugt, welches sie einem Lagertank entnommen hat, indem sich sowohl zertifiziertes als auch nicht zertifiziertes Palmölraffinat befand. Maßgeblicher Zeitpunkt für die rechtliche Beurteilung, ob es sich um zertifiziertes oder nicht zertifiziertes Palmölraffinat gehandelt hat, welches vom Anlagenbetreiber zur Stromerzeugung verwendet worden ist, ist gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 BioSt-NachV der Zeitpunkt des Eintritts der flüssigen Biomasse in den Brenn- oder Feuerraum der Anlage. Der Umstand, dass von der Klägerin ein Gemisch aus zertifiziertem und nicht zertifiziertem Palmölraffinat verwendet worden ist, lässt den Anspruch auf die Grundvergütung und den KWK-Bonus für den im Jahr 2011 eingespeisten Strom sowie den Nawaro-Bonus Bonus - letzteren gemäß Anlage 2 zu § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009, dort VIII. Nr. 2 - sowohl für den im Jahr 2011 also für den Folgejahren eingespeisten Strom entfallen (vergleiche zum Nawaro-Bonus auch: BGH, Urteil vom 06.11.2013, VIII ZR 194/12, juris, Rn. 27). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Klägerin dem Lagertank für die Erzeugung des Stroms weniger Palmölraffinat entnommen hat als sich an zertifiziertem Palmölraffinat im Lagertank befand.

Die Auffassung der Klägerin, sie könne sich als Anlagenbetreiberin diesbezüglich ebenfalls auf das in § 16 und § 17 Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung (BioSt-NachV) vorgesehene Massenbilanzsystem berufen und erleide keinen Anspruchsverlust, wenn sie, wie in § 16 Abs. 2 Nr. 1 b) BioSt-NachV vorgesehen, einem Gemisch von zertifiziertem und nicht zertifizierten Palmölraffinat nur eine Menge entnehme, die nicht größer sei, als die Menge zertifizierten Palmölraffinats, die in dem Gemisch enthalten sei (Input-/Output-Prinzip), ist unzutreffend. Die Anwendung des Massenbilanzsystems darf ausschließlich auf der Ebene der Hersteller (siehe dazu § 15 Abs.1, Abs. 3 und § 16 BioSt-NachV) und Lieferanten (siehe dazu § 17 BioSt-NachV) der flüssigen Biomasse, nicht aber auf der Ebene der Anlagenbetreiber, die keine Schnittstellen im Sinne von § 2 Abs. 3 BioSt-NachV sind, erfolgen (so ausdrücklich die Verordnungsbegründung: BT-Drs. 16/13326 vom 10.06.2009 „BioSt-NachV“, S.51 zu § 17 Abs. 1.). Folglich darf auch nur auf der Hersteller- und auf der

Lieferantenebene eine Vermischung von zertifizierter und nicht zertifizierter Biomasse erfolgen, dies unter der Voraussetzung, dass die Vorgaben von §§ 15, 16 BioSt-NachV bzw. § 17 BioSt-NachV eingehalten werden. Auf der Ebene der Anlagenbetreiber darf dagegen anschließend, d.h. nach der Lieferung der zertifizierten tatsächlich oder bilanziell nachhaltigen Biomasse, keine Vermischung von zertifizierter und nicht zertifizierter Biomasse im Anlagentank erfolgen, weil ansonsten tatsächlich und bilanziell nicht gewährleistet wäre, dass nur zertifizierte Biomasse zur Stromerzeugung eingesetzt wird, denn nur Schnittstellen im Sinne von § 2 Abs. 3 BioSt-NachV (Hersteller) dürfen gemäß § 15 Abs. 1, Abs. 3 BioSt-NachV und Lieferanten dürfen gemäß § 17 Abs. 3 BioSt-NachV die Nachhaltigkeit bescheinigen. Die Klägerin als Anlagenbetreiberin darf sich dagegen nicht selbst die Nachhaltigkeit der eingesetzten Biomasse bescheinigen. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Klägerin selbst auch Lieferantin ist. Es geht vorliegend nämlich nicht um die Lieferung eines Gemischs aus zertifizierter und unsertifizierter Biomasse, sondern die Mischung ist erst von der Klägerin als Anlagenbetreiberin in ihrem Anlagentank vorgenommen worden. Dass dieser Tank (angeblich) auch zur Lagerung von flüssiger Biomasse benutzt wird, die an Dritte verkauft wird, steht dem nicht entgegen, da es sich jedenfalls um den Tank handelt, aus dem das Blockheizkraftwerk der Klägerin versorgt wird.

b) Entgegen der Auffassung der Klägerin stützt der Erlass des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucher (BMELV) und des Bundesministeriums für Umwelt (BMU) vom 10.12.2010 (Az. 524-10014/0078, Blatt 199 GA) die Rechtsauffassung des Landgerichts und des Senats. Der Erlass sieht vor, dass nicht zertifizierte Biomasse, die sich zum 31.12.2010 bereits in einem Anlagentank befand, unter vier genannten Voraussetzungen nachträglich zertifiziert werden kann und danach verwendet werden darf. Im Rückschluss ergibt sich daraus, dass nicht zertifizierte Biomasse, die auch nicht nachträglich zertifiziert worden ist, eben nicht verwendet werden darf. Dies gilt erst recht, wenn nicht zertifizierte Biomasse mit zertifizierter Biomasse in einem Anlagentank vermischt wird, so dass bei der Verwendung nicht mehr zwischen nicht zertifizierter und zertifizierter Biomasse unterschieden werden kann, sondern ein Gemisch zur Stromerzeugung verwendet wird. Die von der Klägerin gewünschte teleologische Auslegung der Vorschrift der BioSt-NachV, das

Massenbilanzsystem auch auf die Ebene des Anlagenbetreibers zu erstrecken, scheidet daher aus.

c) Anders als die Klägerin meint, bedarf es zur Beantwortung der Rechtsfrage, ob das Massenbilanzsystem auch auf die Ebene des Anlagenbetreibers zu erstrecken ist, keines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV. Wie sich aus dem Wortlaut von Art. 18 Abs. 1 a) der Richtlinie 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen ("Lieferung") ergibt, muss der Anwendungsbereich des zu verwendenden Massenbilanzsystems, welches eine Mischung von Rohstoffen oder Biokraftstoffen mit unterschiedlichen Nachhaltigkeitseigenschaften erlaubt, nicht über die Lieferkette hinausreichen. Wie ausgeführt, berücksichtigten §§ 16ff BioSt-NachV diese europäische Vorgabe. Die Richtlinie fordert dagegen keine Erstreckung des Massenbilanzsystems auf der Ebene der Anlagenbetreiber. Auslegungszweifel bestehen nicht.

2.

Ein Vergütungsanspruch der Klägerin ergibt sich auch nicht aus § 27 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 oder aus § 66 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009.

Die Vorschrift des § 27 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 ist gemäß § 66 Abs. 1 i.V.m. Nr. 2 S. 1 EEG nicht anwendbar.

Die Vorschrift des § 66 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 ist auf den vorliegenden Fall des sozusagen „gleichzeitigen“ Einsatzes von gemischter Biomasse, die aus zertifizierter und nicht zertifizierter Biomasse gemischt worden ist, ebenfalls nicht anwendbar, sondern sie erfasst nur den „Wechseleinsatz“ von zertifizierter und nicht zertifizierter Biomasse. Ohnehin hat die Klägerin kein Einsatzstoff-Tagebuch mit den geforderten Angaben und Belegen über Art, Menge und Einheit, Herkunft sowie den unteren Heizwert pro Einheit der eingesetzten Stoffe vorgelegt.

3.

Der Antrag zu 2. ist entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht unbegründet, sondern teilweise unzulässig und teilweise unbegründet.

Soweit sich der Feststellungsantrag auf den Nawaro-Bonus bezieht, ist er, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, unbegründet, weil der Bonus gemäß Anlage 2 zu § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009, dort VII Nr. 2, endgültig entfällt (so auch: BGH, Urteil vom 06.11.2013, VIII ZR 194/12, juris, Rn. 27).

Soweit sich der Feststellungsantrag dagegen auf die Grundvergütung und den KWK-Bonus bezieht, ist er bereits unzulässig, weil der Klägerin das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO notwendige Feststellungsinteresse fehlt. Die Beklagte hat, wie sich aus der außergerichtlichen Korrespondenz und dem schriftsätzlichen Vortrag ergibt, weder die Zahlung der Grundvergütung noch des KWK-Bonus ab dem Jahr 2012 grundsätzlich verweigert, sondern zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Zahlung nur erfolgen kann und auch erfolgen wird, wenn die notwendigen Voraussetzungen der Vergütungsnorm – wie beispielsweise der Einsatz zertifizierter Biomasse – vorliegen. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden.

3.

Die Anträge zu 3. bis 5. sind unbegründet. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden.

4.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 28.04.2015 gibt keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 156 Abs. 1 ZPO).

Die Revision wird für die Klägerin gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. ZPO zugelassen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, 711 S.1 und S. 2 ZPO.

Der Berufungstreitwert beträgt EUR.

Dicks

Rubel

Brackmann