

2013/49

26. September 2013

Votum

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

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchsteller –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, die technische Koordinatorin Dr. Mutlak und das Mitglied Dr. Pippke am 26. September 2013 einstimmig folgendes Votum:

Der Anspruchsteller hat gegen die Anspruchsgegnerin für den in dem Biomasse-Heizkraftwerk der [... GmbH] erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom keinen Anspruch gemäß § 66 Abs. 1 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009¹, § 8 Abs. 2 EEG 2004²

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

²Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

i. V. m. Anlage 2 Nr. I, VI.1.a.bb EEG 2009 auf die durch den Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen für die Leistungsstufe ab 500 kW bis 5 MW erhöhte Vergütung, wenn der Strom durch die Verbrennung von Holz gewonnen wurde, das zwar überwiegend, nicht aber ausschließlich im Rahmen der Landschaftspflege angefallen ist.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob der Anspruch auf den Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen (im Folgenden: NawaRo-Bonus) für die Leistungsstufe 500 kW bis 5 MW für den in der Anlage des Anspruchstellers erzeugten Strom nicht, insgesamt oder anteilig nach Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 auf 2,5 Cent/kWh zu reduzieren ist, wenn das in der Anlage eingesetzte Holz zwar überwiegend, aber nicht ausschließlich im Rahmen der Landschaftspflege anfällt.
- 2 Der Anspruchsteller ist Insolvenzverwalter und damit Rechtsnachfolger der [... GmbH] (im Folgenden: [K...]), über deren Vermögen mit Beschluss des Amtsgerichts [...] vom 1. Juli 2012 das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.
- 3 Die [K...] betrieb in [...] seit 2007 ein Biomasse-Heizkraftwerk mit einer Leistung von 9,7 MW_{el}. In der Anlage wurden ausschließlich nachwachsende Rohstoffe (Waldhackschnitzel und Grüngut) eingesetzt. Im Jahr 2010 setzte die [K...] rund 61 000 t Holz aus der Landschaftspflege (Grüngut) und rund 43 000 t Holz ein, das nicht aus der Landschaftspflege stammte (Waldhackschnitzel). Durchschnittlich betrug der Anteil des Holzes, das nicht aus der Landschaftspflege stammte, 41,7 Prozent. Der Nachweis dieser Tatsachen gegenüber der Anspruchsgegnerin erfolgte durch die Konformitätserklärung für 2010, die Aufstellung zur Konformitätserklärung sowie entsprechende Bestätigungen der Holzlieferanten.
- 4 Im Jahr 2010 erzeugte die [K...] im Biomasse-Heizkraftwerk 57 135 680 Kilowattstunden Strom.
- 5 Nach Auffassung des Anspruchstellers besteht gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 i. V. m. Anlage 2 Nr. I, VI.1.a Doppelbuchst. bb EEG 2009 für die gesamte Strom-

menge ein Anspruch auf den nicht reduzierten NawaRo-Bonus in Höhe von 4 Cent/kWh. Hierfür reiche es aus, dass überwiegend Landschaftspflegeholz eingesetzt werde. Es sei angesichts der Regelung in Nr. VI.2.c Anlage 2 EEG 2009, wonach bei Biogasanlagen ein überwiegender Einsatz von Landschaftspflegematerial ausreiche, um im Leistungsbereich bis 500 kW eine Erhöhung des NawaRo-Bonus um 2 Cent/kWh zu begründen, bei der für Verbrennungsanlagen geltenden Nr. VI.1.b Anlage 2 EEG 2009 von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen. Nr. VI.2.c Anlage 2 EEG 2009 sei deshalb entsprechend anzuwenden. Hiernach sei der NawaRo-Bonus nur dann auf 2,5 Cent/kWh zu reduzieren, wenn nicht überwiegend Landschaftspflegematerial eingesetzt werde. Das sei vorliegend nicht der Fall, da fast 60 Prozent des Stroms aus der Verbrennung von Landschaftspflegematerial gewonnen wurde.

- 6 Das Ausschließlichkeitsprinzip stehe dieser Auslegung nicht entgegen, da es nur den Einsatz von NawaRo an sich, nicht aber den Einsatz von Landschaftspflegeholz betreffe. Im Gegenteil lasse sich der Umkehrschluss ziehen, dass bei Nr. VI.1.b Anlage 2 EEG 2009 auch der anteilige Einsatz von Landschaftspflegeholz möglich sei und zur Inanspruchnahme des „vollen“ NawaRo-Bonus in Höhe von 4 Cent/kWh berechtige.
- 7 Dafür spreche auch der Gesetzeszweck. Wären Anlagenbetreiber verpflichtet, ausschließlich Landschaftspflegematerial zu nutzen, wären sie dazu gezwungen, in großem Umfang Landschaftspflegematerial einzukaufen oder zu lagern und dieses aus größerer Entfernung zu beschaffen. Dies sei nicht der Sinn einer nachhaltigen ökologischen Nutzung von Landschaftspflegematerial zur Erzeugung von Strom aus Biomasse. Das Ziel, einen Anreiz zum Einsatz gerade solcher Stoffe zu setzen, werde anderenfalls verfehlt.
- 8 Jedenfalls aber bestehe der Anspruch auf den NawaRo-Bonus in Höhe von 4 Cent/kWh für den aus der Landschaftspflege stammenden Anteil des in der Anlage eingesetzten Holzes. Das ergebe sich bereits aus dem Wortlaut. Im Gegensatz zu Nr. I.1.a Anlage 2 EEG 2009 sei darin gerade nicht geregelt, dass der Strom ausschließlich aus Landschaftspflegematerial stammen müsse. Der Verweis auf „den Strom“ sei nicht so zu verstehen, dass damit nur der gesamte in der Anlage erzeugte Strom gemeint sei. Denn die Strommenge sei beliebig in bestimmte kWh-Mengen teilbar.
- 9 Es sei dabei die Berechnungsmethode heranzuziehen, nach der auch die EEG-Einspeisevergütung für Strom aus Anlagen berechnet werde, die feste Biomasse zur Feststoffverbrennung oder thermochemischen Vergasung einsetzen (Anlage 1 Bio-

masseV³). In dem vorliegenden Fall komme es ausschließlich zum Mischeinsatz von zwei unterschiedlichen nachwachsenden Rohstoffen (Grüngut und Waldhackschnitzel). Für beide Holzarten könne der Stromertrag und das energetische Verhältnis dieser Einsatzstoffe zueinander auf der Grundlage des Heizwertes ermittelt werden. Für Einsatzstoffe, für die in der BiomasseV kein unterer Heizwert $H_{i,N}$ vorhanden sei, könnten Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber diesen alternativ auch gemäß DIN EN 14918 bestimmen lassen.

- 10 Die Anspruchsgegnerin zahlte seit Inbetriebnahme des Biomasse-Heizkraftwerkes den Bonus in Höhe von 2,5 Cent/kWh, nicht aber in Höhe von 4 Cent/kWh. Sie nahm im Votumsverfahren nicht zur Sache Stellung.
- 11 Mit Beschluss vom 10. Juli 2013 hat die Clearingstelle EEG auf den übereinstimmenden Antrag der Parteien das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautet:

Reduziert sich der Anspruch des Anspruchstellers gegen die Anspruchsgegnerin auf den Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen für den in dem Biomasseheizkraftwerk des Anspruchstellers erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom nach Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009, wenn der Strom durch die Verbrennung von Holz gewonnen wird, das die Anspruchsvoraussetzungen nach Anlage 2 Nr. 1 EEG 2009 erfüllt und überwiegend, nicht aber ausschließlich, im Rahmen der Landschaftspflege anfällt?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 12 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der Verfahrensordnung (VerfO)⁴ zustande gekommen und durchgeführt worden. Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 2, 2 Abs. 5 VerfO. Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Das Verfahren wurde schriftlich geführt, da die Parteien und die Clearingstelle EEG dem zustimmten,

³Biomasseverordnung v. 21.06.2001 (BGBl. I S. 1234), zuletzt geändert durch Gesetz v. 24.02.2012 (BGBl. I S. 212).

⁴Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung vom 14.12.2011, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

§ 28 Abs. 2 Satz 1 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke erstellt.

2.2 Würdigung

- 13 Der Anspruchsteller hat für den in dem Biomasse-Heizkraftwerk erzeugten Strom gegen die Anspruchsgegnerin keinen Anspruch auf den Bonus in Höhe von 4 Cent/kWh für die Leistungsstufe über 500 kW bis 5 MW gemäß Anlage 2 Nr. I, VI.1.a Doppelbuchst. bb EEG 2009. Zwar ist die Anlage 2 EEG 2009 gemäß der Übergangsregelung in § 66 Abs. 1 EEG 2009 für die seit 2007 in Betrieb befindliche Anlage der [K. . .] anwendbar. Der Anspruch besteht aber nach Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 für den gesamten Strom in der Leistungsstufe über 500 kW bis 5 MW nur in Höhe von 2,5 Cent pro Kilowattstunde, weil in der Anlage auch Holz eingesetzt wird, das nicht im Rahmen der Landschaftspflege anfällt und nicht aus Kurzumtriebsplantagen stammt.⁵

2.2.1 Wortlaut und Normgeschichte

- 14 Der NawaRo-Bonus beträgt nach Anlage 2 Nr. VI.1.a Doppelbuchst. bb EEG 2009 für die Leistungsstufe über 500 kW und bis 5 MW grundsätzlich 4,0 Cent pro Kilowattstunde. Er reduziert sich jedoch gemäß Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 unter bestimmten Voraussetzungen. Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 lautet wie folgt:

„Abweichend von Buchstabe a Doppelbuchstabe bb beträgt der Bonus 2,5 Cent pro Kilowattstunde, wenn der Strom durch die Verbrennung von Holz gewonnen wird, das die Anspruchsvoraussetzungen nach Nummer I erfüllt und nicht

- aa) aus Kurzumtriebsplantagen stammt oder
- bb) im Rahmen der Landschaftspflege anfällt.“

⁵Fortführung von *Clearingstelle EEG*, Votum v. 18.06.2012 – 2012/13, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2012/13>.

- 15 Vorliegend wurde in der Anlage Strom – auch – aus der Verbrennung von Holz gewonnen, das nicht im Rahmen der Landschaftspflege angefallen ist und nicht aus Kurzumtriebsplantagen stammte. Damit ist die Bedingung für die Absenkung des Bonus nach Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 erfüllt.
- 16 Bereits der Wortlaut der Regelungen spricht dagegen, den Bonus aufgrund des überwiegenden Einsatzes von Landschaftspflegeholz nicht oder nur anteilig für den Stromanteil abzusenken, der nicht aus Landschaftspflegeholz gewonnen wird.⁶ Die Konjunktion „wenn“ leitet entweder konditionale oder temporale Gliedsätze ein.⁷ Im Falle einer Verwendung als Kondition wird „wenn“ als Synonym für die Wendungen „unter der Bedingung, dass“ oder „unter der Voraussetzung, dass“ gebraucht.⁸ Anders als etwa der Begriff „soweit“ enthält „wenn“ keinen Ansatzpunkt für eine differenzierte Betrachtung, sondern statuiert grundsätzlich eine generelle Bedingung.
- 17 Dementsprechend verwendet das EEG 2009 die Begriffe „wenn“ und „soweit“ mit jeweils unterschiedlichem Bedeutungsgehalt. Die „Soweit“-Regelungen erlauben eine anteilige Zuordnung von Strommengen zu verschiedenen Vergütungssätzen. Dies gilt etwa für den KWK-Bonus, auf den nach Anlage 3 Nr. I EEG 2009 nur „soweit“ ein Anspruch besteht, wie die im Einzelnen aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. Auch der Technologie-Bonus für die Gasaufbereitung besteht nach Anlage 1 Nr. I.1 EEG 2009 nur, „soweit“ die Voraussetzungen eingehalten wurden. Weitere „soweit“-Regelungen finden sich etwa in § 27 Abs. 3 Nr. 1 und 3 EEG 2009 sowie in Anlage 4 Nr. I EEG 2009.
- 18 Demgegenüber wird die Konjunktion „wenn“ im EEG 2009 durchgehend im Sinne einer generellen Bedingung für die Vergütungszahlung verwendet.⁹ Das gilt auch für die Regelungen in Anlage 2 Nr. VI.2 EEG 2009. Nach Anlage 2 Nr. VI.2.b EEG 2009

⁶So im Ergebnis offenbar auch *Ekardt*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 27 Rn. 69: „Zusätzlich gelten zwei Ausschlussvoraussetzungen für den Anspruch auf die besondere – geminderte – Vergütung, namentlich darf das Holz nicht in Kurzumtriebsplantagen erzeugt oder im Rahmen der Landschaftspflege angefallen sein. Trifft eine dieser Voraussetzungen zu, ist auf die Normalregelung in Nr. VI.1 lit. a) bb) zurückzugreifen und der erzeugte Strom wird im Verhältnis zur Sonderregelung für Holz wiederum höher vergütet.“

⁷Seite „wenn“, in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, DWDS, abrufbar unter <http://www.dwds.de/?qu=wenn&view=1>, zuletzt aufgerufen am 13.08.2013.

⁸Seite „wenn“, in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, DWDS, abrufbar unter <http://www.dwds.de/?qu=wenn&view=1>, zuletzt aufgerufen am 13.08.2013.

⁹Vgl. nur § 16 Abs. 2 Satz 1: Vergütungspflicht nur, „wenn die Anlagenbetreiberin ... die Eintragung der Anlage in das Anlagenregister beantragt hat.“, § 17 Abs. 1 und 2: Direktvermarktung nur, „wenn“ bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden, § 26 Abs. 2: Vergütungspflicht nur, „wenn das Grubengas aus Bergwerken... stammt“, § 27 Abs. 5: Emissionsminderungs-Bonus nur, „wenn die... Formaldehydgrenzwerte eingehalten

erhöht sich die Vergütung um den sog. Gülle-Bonus, „wenn der Anteil von Gülle . . . jederzeit mindestens 30 Masseprozent beträgt.“ Anlage 2 Nr. VI.2.c EEG 2009 sieht eine Erhöhung der Vergütung für Strom aus Anlagen bis 500 Kilowatt vor, „wenn“ zur Stromerzeugung überwiegend Pflanzen oder Pflanzenbestandteile eingesetzt werden, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen. Eine anteilige Vergütung ist in beiden Fällen nicht vorgesehen; vielmehr wird die erhöhte Vergütung für den gesamten in der Anlage erzeugten Strom gezahlt, wenn die jeweiligen Anforderungen eingehalten werden. Anderenfalls entfällt der Anspruch auf die erhöhte Vergütung insgesamt.

- 19 Aus der Verwendung des Begriffs „wenn“ folgt damit, dass in Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 eine generelle Bedingung statuiert wurde, bei deren Erfüllung die Rechtsfolge, d. h. die Absenkung des Bonus auf 2,5 Cent, nicht nur anteilig, sondern generell und damit für den gesamten in der Anlage erzeugten Strom eintreten sollte.
- 20 Vor diesem Hintergrund lässt sich auch nichts Abweichendes daraus ableiten, dass der Wortlaut keinen „ausschließlichen“ Einsatz von Holz aus Kurzumtriebsplantagen oder der Landschaftspflege verlangt.
- 21 Der Auffassung des Anspruchstellers, der Regelung liege eine strombezogene Betrachtung zugrunde, kann nicht gefolgt werden. Zwar scheint der Wortlaut zunächst auf eine strombezogene Bedeutung hinzudeuten („wenn *der Strom* durch die Verbrennung von Holz gewonnen wird . . .“), jedoch ergibt sich bei näherer Betrachtung, dass die Regelungen der Anlage 2 EEG 2009 zum NawaRo-Bonus insgesamt anlagenbezogen zu verstehen sind. Der Wortlaut der Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 reicht für sich genommen nicht aus, um für diese Regelung eine Ausnahme von diesem generell anlagenbezogenen Verständnis zu begründen.
- 22 Das anlagenbezogene Verständnis ergibt sich insbesondere aus den in Anlage 2 Nr. I EEG 2009 aufgeführten Anspruchsvoraussetzungen, die sich – abgesehen von Nr. I.3 – nicht auf den erzeugten Strom, sondern auf den Anlagenbetrieb beziehen. Im Einzelnen werden Anforderungen an die Einsatzstoffe (Nr. I.1.a) und 2., die zu erbringenden Nachweise (Nr. I.1.b), das Betriebsgelände (Nr. I.1.c) und die Anlagentechnologie (Nr. I.4) gestellt. Auch Anlage 2 Nr. VI EEG 2009 liegt ein anlagenbezogenes Verständnis zugrunde, indem in Nr. VI.1.a und Nr. VI.2.a der Vergütungssatz nach den Leistungsstufen der Anlage und in Nr. VI.1.b und VI.2.b und VI.2.c nach den in der Anlage eingesetzten Stoffen bzw. der Anlagentechnologie differenziert festgelegt wird. Damit soll den unterschiedlichen Bereitstellungskosten Rechnung

werden . . .“; § 32 Abs. 3: PV-Freiflächenvergütung nur, „wenn sich die Anlage“ auf bestimmten Flächen befindet.

getragen werden.¹⁰ Die einzige Ausnahme innerhalb der Anlage 2 EEG 2009 stellt die Regelung in Nr. I.3 dar; jedoch wird darin ausdrücklich geregelt, unter welchen Voraussetzungen und wie bei einem gemischten Einsatz nachwachsender Rohstoffe und rein pflanzlicher Nebenprodukte ein bestimmter „Anteil des Stroms“ mit dem NawaRo-Bonus zu vergüten ist. Demgegenüber ist in der streitgegenständlichen Regelung in Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 nicht von einem Stromanteil die Rede, sondern es wird auf die Anlagentechnik („Verbrennung von Holz“) und die Einsatzstoffe (Holz, das „aus Kurzumtriebsplantagen stammt oder im Rahmen der Landschaftspflege anfällt“) Bezug genommen. Auch dies spricht für ein anlagenbezogenes Verständnis.

- 23 Auch die Vorgängerregelung in § 8 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004¹¹ war anlagenbezogen zu verstehen. Sie regelte, dass abweichend von Satz 1 der Bonus 2,5 Cent pro Kilowattstunde betrug, „wenn der Strom durch die Verbrennung von Holz gewonnen wird“.¹² Die Differenzierung zwischen Holz aus Kurzumtriebsplantagen oder aus der Landschaftspflege einerseits und sonstigem Holz andererseits enthielt die Regelung noch nicht. Alle Anlagen, in denen der Strom durch die Verbrennung von Holz gewonnen wird, sollten im Leistungsbereich über 500 kW einen geringeren Bonus erhalten als andere Anlagen. Damit sollten Fehlanreize vermieden werden. Dabei ging es darum, eine nach Größe der Anlage und Art der Stromgewinnung differenzierte Höhe der Vergütung zu regeln, nicht hingegen darum, in diesen Anlagen aus verschiedenen Einsatzstoffen produzierte Stromanteile mehr oder weniger zu fördern. Dementsprechend griff die Regelung unstreitig bereits dann, wenn Holz nur teilweise mitverbrannt wurde und im Übrigen andere Stoffe eingesetzt wurden.¹³ Der BGH hat in seinem Urteil vom 4. April 2007 ausgeführt, dass § 8 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 keine eigenständige Regelung der Mindestvergütung enthält, sondern sich auf die vorstehenden Regelungen bezieht, die die Höhe der Vergütung nach Leistung der

¹⁰Ekardt, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 27 Rn. 46.

¹¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

¹²Die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 15/2864, S. 40, führt hierzu Folgendes aus: „Satz 2 schränkt die Anwendbarkeit des Absatzes 2 auf Biomasseanlagen mit einer Leistung von über 500 kW installierter Leistung ein, wenn in diesen Holz verbrannt wird. Dies soll Fehlanreize vermeiden.“

¹³Oschmann/Vollprecht, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 72; Schäferhoff, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2009, Anlage 2 Rn. 65.

Anlage regeln.¹⁴ § 8 Abs. 2 EEG 2004 sehe eine geringere Erhöhung der Vergütung für Strom aus größeren Anlagen vor, wenn der Strom durch die Verbrennung von unbehandeltem Neuholz gewonnen werde.

- 24 Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass sich dieses anlagenbezogene Verständnis durch die Aufnahme des einsatzstoffbezogenen Zusatzes bei wortgleicher Übernahme der Regelung im Übrigen im Zuge der Novellierung des EEG zum 1. Januar 2009 ändern sollte. Im Gegenteil wurde lediglich die Absenkung der Vergütung eingeschränkt auf die Fälle, in denen nicht Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege eingesetzt wird. Der Bezug der Konjunktion „wenn“ auf den nachfolgenden Satzteil änderte sich dadurch nicht.
- 25 Selbst wenn man dem Begriff vorliegend eine temporale Bedeutung beimessen würde – im Sinne von „sobald“ –, wäre allenfalls ein Verständnis dahingehend möglich, dass der Bonus in Höhe von 4 Cent pro Kilowattstunde für den Zeitraum in Anspruch genommen werden kann, in dem Holz aus Kurzumtriebsplantagen oder aus der Landschaftspflege verbrannt wird. Ein gleichzeitiger gemischter Einsatz, wie er in der Anlage der [K. . .] erfolgte, wäre davon aber nicht umfasst.

2.2.2 Systematik

- 26 Auch eine systematische Betrachtung der Regelung steht der Annahme entgegen, Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 erlaube einen „überwiegenden“ Einsatz von Landschaftspflegeholz bzw. eine anteilige Vergütungsberechnung.
- 27 Das ergibt sich insbesondere bei einem Vergleich mit den Regelungen in Anlage 2 Nr. VI.2 EEG 2009. Sowohl Nr. VI.2 b) als auch Nr. VI.2 c) beziehen sich dabei ausdrücklich auf Strom aus Anlagen, in denen ein gemischter Einsatz verschiedener nachwachsender Rohstoffe erfolgt. Nach Nr. VI.2.b erhöht sich die Vergütung um den sog. Gülle-Bonus, „wenn der Anteil von Gülle . . . jederzeit mindestens 30 Masseprozent beträgt.“ Nr. VI.2.c sieht eine Erhöhung der Vergütung für Strom aus Anlagen bis 500 Kilowatt vor, wenn zur Stromerzeugung überwiegend Pflanzen oder Pflanzenbestandteile eingesetzt werden, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen. Eine anteilige Vergütung ist in beiden Fällen nicht vorgesehen; vielmehr wird die erhöhte Vergütung für den gesamten in der Anlage erzeugten Strom gezahlt, wenn die jeweiligen Anforderungen eingehalten werden. Anderenfalls entfällt die er-

¹⁴BGH, Urt. v. 04.04.2007 – VIII ZR 139/06, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/rechtsprechung/50>.

höhte Vergütung insgesamt. Anlage 2 Nr. VI EEG 2009 sieht weder einen bestimmten noch einen „überwiegenden“ Anteil von Landschaftspflegeholz bzw. Holz aus Kurzumtriebsplantagen vor, sondern enthält eine generelle Bedingung (s. o. Rn. 16 ff.). Eine planwidrige Regelungslücke, die durch eine Analogie der für Biogasanlagen geltenden Regelung in Anlage 2 Nr. VI.2.c EEG 2009 geschlossen werden könnte, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen stellte es innerhalb der Anlage 2 Nr. VI EEG 2009 einen Systembruch dar, wenn Nr. VI.1 so zu lesen wäre, dass bei einer nur teilweisen Erfüllung der Anforderungen eine – dann anteilige – erhöhte Vergütung zu zahlen wäre.

- 28 Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 die Ausnahme von der Absenkung der Vergütung nach dem Wortlaut nicht auf den „ausschließlichen“ Einsatz von Holz aus Kurzumtriebsplantagen oder der Landschaftspflege bezogen hat. Ein „ausschließlicher“ Einsatz bestimmter Energieträger in der stromerzeugenden Anlage ist nach § 16 Abs. 1 EEG 2009 generelle Bedingung für eine Vergütung des Stroms nach dem EEG 2009; ebenso setzt der Anspruch auf den NawaRo-Bonus nach Anlage 2 EEG 2009 voraus, dass der Strom ausschließlich aus nachwachsenden Rohstoffen oder in Kombination mit rein pflanzlichen Nebenprodukten gewonnen wird (Anlage 2 Nr. I.1.a EEG 2009). Daraus lässt sich weder im Umkehrschluss ableiten, dass – bei Erfüllung der generellen Bedingungen des Ausschließlichkeitsprinzips für den NawaRo-Bonus – ein gemischter Einsatz von Holz aus Kurzumtriebsplantagen oder der Landschaftspflege und sonstigem Holz anteilig zu vergüten ist, noch ergibt sich daraus zwingend, dass ein ausschließlicher Einsatz erforderlich ist. Anlage 2 Nr. VI.1 EEG 2009 ist eine Regelung zur Höhe der Vergütung; sie setzt – ebenso wie alle anderen in Anlage 2 Nr. VI EEG 2009 enthaltenen Regelungen – die Einhaltung des Ausschließlichkeitsprinzips voraus und differenziert hinsichtlich der Höhe der Vergütung lediglich zwischen Anlagengrößen und – bei Anlagen über 500 Kilowatt – nach Stromerzeugungsprozess („Verbrennung von Holz“) und Einsatzstoffen (Holz aus Kurzumtriebsplantagen oder der Landschaftspflege bzw. sonstiges NawaRo-Holz). Für die Frage, ob innerhalb des NawaRo-Bonus eine anteilig erhöhte bzw. niedrigere Vergütung zu zahlen ist, wenn die Voraussetzungen für eine Erhöhung bzw. Absenkung nur teilweise erfüllt sind, ist der Bezug auf das Ausschließlichkeitsprinzip damit unergiebig.
- 29 Soweit in der Literatur die Auffassung vertreten wird, Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 greife bereits dann, wenn Holz auch nur teilweise eingesetzt wird, nicht jedoch, wenn dieses teilweise eingesetzte Holz wiederum nur teilweise aus Kurzumtriebs-

plantagen oder der Landschaftspflege stamme,¹⁵ fehlt es für diese unterschiedliche Betrachtung der beiden Ebenen der Regelung an einer nachvollziehbaren Begründung. Wenn auf der ersten Ebene („Verbrennung von Holz“) der niedrigere Bonus für den insgesamt in der Anlage erzeugten Strom bereits dann einschlägig sein soll, wenn eine Mitverbrennung von Holz erfolgt, wird nicht plausibel, warum die Ausnahme auf der zweiten Ebene (für Holz, „das nicht aus Kurzumtriebsplantagen stammt oder im Rahmen der Landschaftspflege anfällt“) dann eine auf den jeweiligen Stromanteil bezogene Betrachtung zulassen bzw. nach sich ziehen soll. Das konditionale „wenn“ umfasst beide Ebenen, so dass für einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt kein Raum ist.

- 30 Ginge man aber konsequent davon aus, dass eine anteilige Betrachtung auf beiden Ebenen möglich ist, führte das dazu, dass ggf. drei verschiedene Stromanteile zu ermitteln und den verschiedenen Vergütungssätzen zuzuordnen wären, nämlich
1. der Anteil, der nicht aus der Verbrennung von Holz, sondern aus der Verbrennung anderer Einsatzstoffe (z. B. Getreide) gewonnen wird (4 Cent pro Kilowattstunde),
 2. der Anteil, der aus der Verbrennung von Holz aus Kurzumtriebsplantagen oder der Landschaftspflege gewonnen wird (4 Cent pro Kilowattstunde) und
 3. der Anteil, der aus der Verbrennung von sonstigem Holz gewonnen wird (2,5 Cent pro Kilowattstunde).

- 31 In einer solchen Auslegung ist die Regelung aber nicht mehr vollziehbar. Denn in Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 fehlt es an einer Regelung dazu, wie diese Stromanteile zu ermitteln sind. Zwar mag es praktisch möglich sein, den Stromertrag verschiedener Holzsortimente allein nach Gewichtsanteilen zu ermitteln. Insbesondere könnte, wie auch vom Anspruchsteller angeführt, die seit dem 1. Januar 2012 geltende Fassung der Biomasseverordnung mit den darin enthaltenen Angaben zu den Heizwerten verschiedener Einsatzstoffe eine solche Betrachtung stützen.¹⁶ Die Vorgabe einer bestimmten Berechnungsmethode ist aber schon deshalb unverzichtbar,

¹⁵So offenbar *Rostankowski/Vollprecht*, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 3. Aufl. 2011, Anlage 2 Rn. 101 bis 103.

¹⁶So ist in Anlage 2 zur BiomasseV unter der laufenden Nummer 25 für Waldrestholz ein Energieertrag (Heizwert $H_{i,N}$ in GJ pro Tonne Trockenmasse – absolut trocken) von 19 GJ aufgeführt; der gleiche Energieertrag ist in Anlage 3 unter der laufenden Nummer 20 für Landschaftspflegematerial, z. B. Landschaftspflegeholz, aufgeführt.

weil die Regelung in der vorstehend ausgeführten Lesart auch einen Mischeinsatz von Holz und anderen Stoffen ermöglichte. Hier hängt die Berechnung des Anteils maßgeblich davon ab, ob auf Gewicht oder Heizwert abgestellt wird.

- 32 So wird demgegenüber in Anlage 2 Nr. 2.b EEG 2009 hinsichtlich des Gülleanteils geregelt, dass dieser jederzeit *mindestens 30 Masseprozent* betragen muss. Zur Zuordnung der aus NawaRo bzw. Gülle und der aus rein pflanzlichen Nebenprodukten stammenden Anteile ist nach Anlage 2 Nr. I.3 EEG 2009 auf die *Standard-Biogaserträge* zurückzugreifen. Entsprechende Vorgaben fehlen in Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009.
- 33 Des Weiteren fehlt es in Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 an einer Regelung dazu, wie der Nachweis etwaiger Stromanteile zu erbringen wäre. Demgegenüber ist in Anlage 2 Nr. 2.b EEG 2009 hinsichtlich des Gülleanteils vorgesehen, dass der geforderte Mindestanteil durch ein Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters nachzuweisen ist. Gleiches gilt für den Mischeinsatz von NawaRo bzw. Gülle und rein pflanzlichen Nebenprodukten; gemäß Anlage 2 Nr. I.3 EEG 2009 ist der Nachweis ebenfalls durch Vorlage eines Gutachtens einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters zu führen.
- 34 Der Umstand, dass es in Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 an Vorgaben zur Berechnung etwaiger Stromanteile und zur Nachweisführung fehlt, in anderen Regelungen, die einen Mischeinsatz betreffen, hingegen differenzierte Regeln enthalten sind, lässt damit aus systematischen Gründen einen „überwiegenden Einsatz“ bzw. eine anteilige Betrachtung als ausgeschlossen erscheinen. Denn aus den anderen Regelungen ergibt sich, dass der Gesetzgeber bei einer Kombination unterschiedlicher Einsatzstoffe den Nachweis eines unabhängigen Dritten für erforderlich gehalten hat.

2.2.3 Sinn und Zweck

- 35 Die Begründung zu der Regelung in Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009¹⁷ lautet wie folgt:

„Nummer VI.3 verringert den NawaRo-Bonus für Biomasseanlagen mit einer Leistung von über 500 Kilowattstunden installierter Leistung, wenn in diesen Holz verbrannt wird, das nicht aus Kurzumtriebsplananlagen stammt oder nicht im Rahmen der Landschaftspflege anfällt. Dies

¹⁷Im Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/8148, noch Anlage 2 Nr. VI.3.

soll Fehlanreize vermeiden. Nicht erfasst von dieser Ausnahme sind Anlagen, in denen aus Holzvergasung gewonnenes Gas verbrannt wird.“¹⁸

- 36 Eine Aussage zur Zulässigkeit einer anteiligen Betrachtung hat der Gesetzgeber damit nicht getroffen. Die Formulierung deutet aber darauf hin, dass der Regelung ein anlagenbezogenes Verständnis zugrunde lag. Denn anders als der insoweit nicht eindeutige Wortlaut (s. o. Rn. 21) wird nicht auf erzeugten Strom, sondern auf Biomasseanlagen Bezug genommen, in denen Holz verbrannt wird, das nicht unter die Ausnahme fällt (aus Kurzumtriebsplantagen oder Landschaftspflege stammend).
- 37 Zurückzuführen ist die mit der Novellierung des EEG zum 1. Januar 2009 eingefügte Ausnahme von der Absenkung des NawaRo-Bonus für die Holzverbrennung auf den EEG-Erfahrungsbericht 2007. Darin ist zum NawaRo-Bonus für Strom aus der Holzverbrennung Folgendes ausgeführt:

„Zur Vermeidung von Fehlanreizen ist der NawaRo-Bonus für die Stromerzeugung durch Verbrennung von Holz im Leistungsbereich von 500 kW_{el} bis 5 MW_{el} im geltenden EEG auf 2,5 ct/kWh abgesenkt. Fehlanreize, insbesondere im Hinblick auf die Konkurrenzsituation bestimmter Holzsortimente mit der stofflichen Verwertung, sind bei Holz aus der Landschaftspflege und aus Energieholzplantagen (Kurzumtriebsplantagen) allerdings nicht zu erwarten. Es wird deshalb vorgeschlagen, bei der Nutzung dieser Holzsortimente einen NawaRo-Bonus in Höhe von 4 ct/kWh zu gewähren.“¹⁹

- 38 Auf die Frage, ob auch ein nur anteiliger Einsatz von Holz aus Kurzumtriebsplantagen oder der Landschaftspflege den höheren Bonus von 4 Cent pro Kilowattstunde auslösen soll, wird im EEG-Erfahrungsbericht 2007 nicht eingegangen. Es wird jedoch deutlich, dass für den Einsatz von „sonstigem Holz“ ein geringerer Anreiz gesetzt werden sollte als für den Einsatz von Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege, für die der gleiche Bonus wie für andere Einsatzstoffe als Holz gezahlt werden sollte. Damit sollte auch den höheren Bereitstellungskosten Rech-

¹⁸BT-Drs. 16/8148, S. 81.

¹⁹Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Erfahrungsbericht 2007 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht), abrufbar unter http://www.erneuerbare-energien.de/erneuerbare_energien/downloads/doc/40342.php, zuletzt aufgerufen am 09.09.2013, S. 95.

nung getragen werden.²⁰ Dieser Umstand lässt eine Lesart, wonach *jeder* Einsatz von Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege und nicht nur ein 100-prozentiger Einsatz mit dem erhöhten Bonus vergütet werden soll, zumindest möglich erscheinen.

- 39 Dem Ziel, den Einsatz von Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege anzureizen, würde mit der Möglichkeit eines anteiligen Einsatzes jedenfalls besser Rechnung getragen. Denn jeder Anteil führte zu einer – anteilig – höheren Vergütung. Bei Anlagen, die nicht zu 100 Prozent mit Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege betrieben werden, setzte die Regelung damit einen Anreiz, den Anteil zu erhöhen, was zu einer absoluten Steigerung des insgesamt zur Stromerzeugung eingesetzten Holzes aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege führen kann.
- 40 Demgegenüber stellt das Erfordernis eines 100-prozentigen Einsatzes für Anlagen oberhalb von 500 Kilowatt eine hohe Hürde auf. Wie auch von dem Anspruchsteller vorgetragen, fällt Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege in der Regel nicht in ausreichendem Umfang in der Nähe des Einsatzortes an, so dass das Holz über einen mehr oder weniger großen Einzugsbereich beschafft werden muss, was für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber mit erheblichem Aufwand verbunden ist und ggf. mit weiträumigen Transporten einhergeht. Auch ist Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege in der Regel nur saisonal verfügbar,²¹ so dass bei einem 100-prozentigen Einsatz entsprechende Lagerkapazitäten vorgehalten werden müssten. Des Weiteren stellt Landschaftspflegeholz aufgrund seiner Zusammensetzung und seiner Verbrennungseigenschaften erhöhte Anforderungen an die Anlagentechnik.²² Dementsprechend ist der Clearingstelle EEG nur eine Anlage im Leistungsbereich über 500 Kilowatt bekannt, die ausschließlich Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege einsetzt.

²⁰Vgl. *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, Erfahrungsbericht 2007 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht), abrufbar unter http://www.erneuerbare-energien.de/erneuerbare_energien/downloads/doc/40342.php, zuletzt aufgerufen am 09.09.2013, S. 91: „Vorteilhaft aus Naturschutzsicht ist ebenfalls die Nutzung von Biomasse aus der Landschaftspflege. Diese Nutzung ist mit hohen Bereitstellungskosten verbunden, die jedoch mit einer zunehmenden Entwicklung der Infrastruktur (regionaler Anlagenmix zur Verwertung aller Biomassefraktionen, z. B. holzartig, halmgutartig oder Grünschnitt mit hohem Ligningehalt) verringert werden können.“

²¹Vgl. *Rostankowski/Vollprecht*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG-Kommentar, 3. Aufl 2011, Anlage 2 Rn. 103 und 119.

²²*Deutsches Biomasseforschungszentrum*, DBFZ Report Nr. 12: Monitoring zur Wirkung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) auf die Entwicklung der Stromerzeugung aus Biomasse, März 2012, S. 22: „Landschaftspflegehölzer weisen oftmals problematische Verbrennungseigenschaften auf. Aus erhöhten Anteilen von Rinde, mineralischen Bestandteilen und anderen Fremdkörpern

- 41 Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass Anlage 2 Nr. VI.1 EEG 2009 für den NawaRo-Bonus im Leistungsbereich *bis* 500 kW keine Anforderungen an die Einsatzstoffe stellt, so dass auch solche Anlagen den Bonus erhalten, die kein oder nur in geringem Umfang Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege einsetzen. Für Anlagen mit einer Leistung von mehr als 500 kW bedeutet das Erfordernis eines 100-prozentigen Einsatzes, dass diese Anforderung auch auf den Leistungsbereich bis 500 kW „durchschlägt“ mit der Folge, dass Anlagen in Abhängigkeit davon, ob sie die Schwelle von 500 kW über- oder unterschreiten, für den Erhalt des Bonus nach Anlage 2 Nr. VI.1.a Doppelbuchst. aa EEG 2009 entweder alle möglichen nachwachsenden Rohstoffe einsetzen können oder nur Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege. Ein solcher „Bruch“ würde vermieden, wenn der höhere Bonus von 4 Cent/kWh im Leistungsbereich über 500 kW auch bei einem anteiligen Einsatz von Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege – anteilig – zu zahlen wäre.
- 42 Es ist jedoch nicht sicher erkennbar, ob es dem Gesetzgeber tatsächlich um die absolute Steigerung des Anteils von Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege in NawaRo-Anlagen ging oder ob nicht ggf. die Schaffung bestimmter Anlagentypen Ziel der Regelung war. Die Gesetzesbegründung und insbesondere die Entstehungsgeschichte der Norm lässt auch die Deutung zu, dass es um eine bestimmte Ausrichtung größerer Anlagen gehen sollte.
- 43 So wäre es auch nachvollziehbar, dass Anlagen bis 500 kW aufgrund des in aller Regel lokalen bzw. regionalen Einzugsbereichs der Einsatzstoffe allein aufgrund des Einsatzes nachwachsender Rohstoffe durch den höheren Bonus von 4 Cent/kWh besonders gefördert werden sollten und diesen deshalb eine breite Varianz an Einsatzstoffen offensteht, während für größere Anlagen über 500 kW nur bei einer bestimmten Anlagenkonzeption, nämlich der Ausrichtung auf Holz aus Kurzumtriebsplantagen oder der Landschaftspflege, der höhere Bonus gezahlt werden sollte. Dafür spricht neben dem generellen Anlagenbezug der Regelungen in Anlage 2 (s. o. Rn. 21 ff.) etwa, dass den Vergütungsregelungen in Anlage 2 Nr. VI EEG 2009 generell eine Privilegierung von Anlagen bis zu der Schwelle von 500 kW zu entnehmen ist.²³

resultieren hohe Anteile von Asche und inerten Stoffen, die eine darauf abgestimmte Feuerungs- und Kesseltechnologie benötigen.“

²³Vgl. Anlage 2 Nr. VI.2.a EEG 2009, worin der erhöhte Bonus für Strom aus Biogasanlagen generell auf den Leistungsbereich bis 500 kW beschränkt wird, und Anlage 2 Nr. VI.1.c EEG 2009, wonach der erhöhte Bonus für Biogasanlagen bei überwiegendem Einsatz von Material aus der Landschaftspflege ebenfalls nur im Leistungsbereich bis 500 kW zu zahlen ist.

- 44 Die Auslegung der Regelung nach dem Sinn und Zweck ergibt damit kein einheitliches Bild. Sie vermag deshalb die bisherigen Erwägungen zum Wortlaut, zur Entstehungsgeschichte und zur Systematik, aus denen sich schwerwiegende Gründe gegen die Möglichkeit eines „überwiegenden Einsatzes“ bzw. einer anteiligen Berechnung ergeben (s. o. Abschnitt 2.2.1, 2.2.2), nicht zu überwiegen.

2.3 Ergebnis

- 45 Aufgrund des Wortlauts, der Entstehungsgeschichte und systematischen Erwägungen scheidet eine Auslegung der Regelung, wonach bei einem überwiegenden Einsatz von Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege der Bonus in Höhe von 4 Cent/kWh nach Anlage 2 Nr. VI.1.a Doppelbuchst. bb EEG 2009 insgesamt oder anteilig zu zahlen ist, im Ergebnis aus. Der Bonus wird im Leistungsbereich über 500kW vielmehr nur dann nicht gemäß Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 auf 2,5 Cent je Kilowattstunde abgesenkt, wenn in der Anlage ausschließlich Holz aus Kurzumtriebsplantagen und der Landschaftspflege zum Einsatz kommt.

Dr. Lovens

Dr. Mutlak

Dr. Pippke