

11 U 74/18
6 O 310/17 LG Itzehoe

Verkündet am 06.06.2019

gez. JAng
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

hat der 11. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 07.05.2019 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 30.08.2015 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 6. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 21.198,44 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf 15.305,50 € seit dem 16.01.2016 und auf 5.892,94 € seit dem 15.07.2017 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin, die eine Biogasanlage betreibt, verlangt von der beklagten Leitungsnetzbetreiberin die Zahlung eines Bonus für die Kraft-Wärme-Kopplung (KWK-Bonus) in Höhe von 3 Cent pro Kilowattstunde, und zwar aus § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009 i.V.m. Anlage 3 zum EEG 2009 (anwendbar nach der Übergangsvorschrift des § 100 Abs. 2 Nr. 10 Buchst. c EEG 2017). Die Beklagte bestreitet nicht, dass dieser Bonus, wenn er der Klägerin überhaupt zusteht, 15.305,50

€ für die Jahre 2012 bis 2014 und 5.892,94 € für den Monat Juni 2017, insgesamt also 21.198,44 € beträgt.

Wegen des Sachverhalts wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Mit diesem Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat diese Entscheidung damit begründet, dass „Wärmeleistung“ im Sinne des Abschnitts I Nr. 3 der Anlage 3 zum EEG 2009 nicht etwa die vor Ort nutzbare, also vom Anlagenbetreiber vorgehaltene und das Wärmekonzept versorgende Wärmeleistung bezeichne, die im Fall der Klägerin, an deren Anlage nur zwei Wohnhäuser und ein Bürogebäude angeschlossen sind, unstreitig nicht mehr als 75 kW beträgt. Nach Auffassung des Landgerichts bezeichnet dieser Begriff vielmehr die installierte Wärmeleistung der Anlage. Diese Wärmeleistung beträgt im Fall der Klägerin – ebenfalls unstreitig - wesentlich mehr, nämlich 732,52 kW. Weil es diese Leistung sei, die das von der Klägerin betriebene Blockheizkraftwerk bei bestimmungsgemäßem Betrieb erbringen könne, hätten, so das Landgericht, die für die Wärmebereitstellung entstandenen Mehrkosten (tatsächlich unstreitig nur 14.849,49 € insbesondere für ein PEX-Kunststoffrohr, vgl. die mit der Anlage B 5 eingereichten Rechnungen der Firma Vollbrecht + Pohl KG vom 06./20.10.2004) mindestens $(100,00 \text{ €/kW} \times 732,52 \text{ kW} =)$ 73.252,00 € betragen müssen, um einen Anspruch auf den KWK-Bonus aus § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009 zu begründen.

Für diese Auslegung des Begriffs „Wärmeleistung“ spreche, dass die Förderung von Wärmenetzen, die nur wenige Verbraucher versorgten und deshalb einen nur geringfügigen Wärmebedarf hätten, nicht dem Sinn des erhöhten KWK-Bonus entspreche. Denn solche Wärmenetze seien wenig effizient, weil ein Großteil ihres Wärmepotentials gar nicht genutzt werde. Dass die Mehrkosten ausweislich der Gesetzesbegründung nur einmal nach Inbetriebnahme nachzuweisen seien, zeige, dass es nicht auf die vor Ort abnehmbare Wärmeleistung ankommen könne, die nämlich auch vom späteren Verbraucherverhalten abhängt (Schwankungen des jährlichen Wärmedurchsatzes). Anderenfalls könnten die Anlagenbetreiber erstens nicht verlässlich planen und zweitens sogar durch gezielte Reduzierung des Wärmedurchsatzes die Mehrkosten pro Wärmeleistung künstlich hochrechnen. Dass nach dem Willen des Gesetzgebers nicht jede noch so geringe Wärme genutzt werden solle, sondern das vorhandene Wärmepotenzial in sinnvoller und effizienter Weise, ergebe sich auch daraus, dass nach dem (später eingeführten) § 27 Abs. 4 Nr. 1 Buchst.b EEG 2012 für die Förderung mindestens 60 % des Stroms in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt werden müsse.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung.

Die Klägerin meint nach wie vor, „Wärmeleistung“ im Sinne des Abschnitts I Nr. 3 der Anlage 3 zum EEG 2009 sei nicht die installierte, sondern nur die vor Ort nutzbare Wärmeleistung. Dies ergebe sich bereits daraus, dass der KWK-Bonus nur für die tatsächlich außerhalb der KWK-

Anlage genutzte Wärme gewährt werde. Die Betreiber der Biogasanlagen koppelten meist nur einen Teil der erzeugten Wärme aus und nutzten von diesem Teil wiederum nur einen Teil außerhalb der Anlage als Nutzwärme, den nicht unwesentlichen Rest aber z.B. für die Beheizung der Fermenter (= Bioreaktoren). Auf der Grundlage der von der Beklagten und dem Landgericht vertretenen Auffassung müsste man auch die anteiligen, der installierten thermischen Leistung entsprechenden Kosten des Blockheizkraftwerks zu den durch die Wärmebereitstellung entstehenden Kosten rechnen, was erkennbar nicht gewollt sei. Auch in Wärmelieferverträgen sei mit „Wärmeleistung“ die am Übergabepunkt vorzuhaltende Leistung (vgl. auch § 9 Abs. 2 AVBFernwärmeV) gemeint.

Der Sinn der Kostenschwelle in Abschnitt I Nr. 3 der Anlage 3 zum EEG 2009 bestehe keineswegs darin, kleinere und deshalb vermeintlich ineffiziente Wärmenutzungskonzepte vom KWK-Bonus auszunehmen, sondern einzig darin, unerwünschte Mitnahmeeffekte zu vermeiden. Solche Effekte würden genau dann vermieden, wenn man bei der Kostenschwelle auf die vorgehaltene Wärmeleistung abstelle. Denn gerade wenn der Anlagenbetreiber nur wenige Gebäude beheizen, also eine nur geringe Wärmeleistung vorhalten und folglich aus dem Wärmeverkauf nur geringe Einnahmen erzielen könne, bedürfe er des zusätzlichen Anreizes in Gestalt des KWK-Bonus, um dennoch den dann verhältnismäßig hohen Aufwand der Wärmebereitstellung zu treiben.

Auch die vorgehaltene Wärmeleistung stehe vorher fest, denn sie ergebe sich nicht etwa erst aus der konkreten Wärmenutzung durch die angeschlossenen Verbraucher, sondern aus der Summe der an den Abnahmestellen installierten Anschlussleistung (hier: 75 kW).

Da anerkannt sei, dass als „Mehrkosten der Wärmebereitstellung“ nicht der (auf die Wärmebereitstellung entfallende, etwa 50prozentige) Kostenanteil des Blockheizkraftwerks selbst von mehreren Hunderttausend Euro, sondern nur die zusätzlich zu den Kosten des Blockheizkraftwerks anfallenden Mehrkosten, d.h. die Kosten von Wärmetauscher, -speicher und -leitungen zu berücksichtigen seien, könne konsequenter Weise bei dem Begriff der Wärmeleistung auch nur auf das mit diesen Maßnahmen erzielte Ergebnis, also auf die vorgehaltene Wärmeleistung abgestellt werden.

Für die von der Beklagten und vom Landgericht vertretene Rechtsauffassung gäben die hierzu herangezogenen Äußerungen der Kommentarliteratur, des Bundesministeriums und des Oberlandesgerichts Naumburg in Wahrheit gar nichts her; dort habe man sich mit der in Rede stehenden Auslegungsfrage überhaupt nicht beschäftigt.

Auch die (nicht für Wärmeleistung, sondern für elektrische Leistung geltende) Definition in § 3 Nr. 6 EEG 2009 streite nicht für den Standpunkt von Beklagter und Landgericht. Denn als „Wirkleistung, die die Anlage ... technisch erbringen“ könne, werde dort auch für Strom nicht etwa die Leistung als solche, sondern die Leistung einer Anlage definiert. Der Begriff „Wärmeleistung“ (bzw. „thermische Leistung“) dagegen habe im EEG zum Begriff „Anlage“ keinerlei semantischen Bezug.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und wie folgt zu erkennen:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 21.198,44 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf 15.305,50 € seit dem 16.01.2016 und auf 5.892,94 € seit dem 15.07.2017 zu zahlen,

hilfsweise, die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und des Verfahrens an das Landgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und dessen Begründung.

II.

Die Berufung der Klägerin ist begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von 21.198,44 € zuzüglich Zinsen zu. Nach § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO wird die Abänderung der angefochtenen Entscheidung kurz begründet.

1.

Weil die KWK-Anlage der Klägerin vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurde, ist nach § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 10 Buchst. c EEG 2017 für den Strom aus dieser Anlage die Vorschrift des § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG in der am 31.12.2011 geltenden Fassung (EEG 2009) anzuwenden. Nach dieser Vorschrift erhöhen sich zwar die Vergütungen für Strom, der in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 zum EEG 2009 erzeugt wird, um jeweils 3,0 Cent pro Kilowattstunde (KWK-Bonus). Nach Abschnitt I Nr.3 dieser Anlage besteht der Anspruch auf den KWK-Bonus aber nur, soweit die durch die Wärmebereitstellung entstehenden Mehrkosten mindestens 100,00 € pro Kilowatt Wärmeleistung betragen.

2.

Anders als Beklagte und Landgericht meinen, sprechen die besseren Argumente dafür, unter „Wärmeleistung“ in diesem Sinne nicht die volle installierte Wärmeleistung (also die von der Anlage bei bestimmungsgemäßem Betrieb dauerhaft technisch zu erbringende Leistung, vgl. § 3 Nr. 6 EEG 2009 = § 3 Nr. 31 EEG 2017) zu verstehen, sondern nur die vor Ort nutzbare Leistung. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des nicht nachgelassenen Schriftsatzes der Beklagten vom 13.05.2019. Denn für die beschriebene Auslegung spricht die Gesamtheit folgender Erwägungen.

a)

Die volle installierte Wärmeleistung der Anlage ist ein eher theoretischer Wert, der sich so, wie

diese Anlage nun einmal angeschlossen ist, nicht praktisch auswirkt. So lange an die Anlage der Klägerin nur zwei Wohnhäuser und ein Bürogebäude angeschlossen sind, wie es sich absehbar auch nicht ändern wird, kann auch diese Anlage bei bestimmungsgemäßigem Betrieb nicht mehr als 75 kW dauerhaft technisch leisten. Anders gesagt: Der Betrieb der Anlage ist bis auf weiteres zur Versorgung nur zweier Wohnhäuser und eines Bürogebäudes bestimmt.

b)

Durch den KWK-Bonus soll die Errichtung von KWK-Anlagen gefördert werden. Hierzu braucht man nicht demjenigen Anlagenbetreiber einen Anreiz zu geben, für den die Errichtung der KWK-Anlage ohnehin – also auch ohne einen Bonus – vorteilhaft erscheint, sondern nur und gerade demjenigen, für den die Errichtung der KWK-Anlage ohne diesen Bonus nicht vorteilhaft erscheint. Nicht vorteilhaft erscheint die Errichtung der KWK-Anlage aber gerade für denjenigen Anlagenbetreiber, an dessen Anlage nur wenige Wärmeverbraucher angeschlossen sind, denn dieser Anlagenbetreiber kann nicht damit rechnen, aus dem Verkauf der produzierten Wärme ohnehin große Einnahmen zu erzielen.

Vor diesem Hintergrund leuchtet es nicht ein, wenn Beklagte und Landgericht meinen, dass „Wärmenetze mit einem nur geringfügigen Wärmebedarf ... nach dem Sinn und Zweck nicht in den Förderbereich des ... KWK-Bonus“ fallen. Vielmehr sollen gerade diese Wärmenetze gefördert werden, weil sie sich für den Betreiber sonst möglicherweise nicht lohnen würden.

c)

Dem Argument des Landgerichts, wonach „die tatsächlich genutzte oder nutzbare Wärmeleistung in ihrer Größe schwanken kann“ und durch gezielte Reduzierung des Wärmedurchsatzes die (relativen) Kosten „künstlich hochgerechnet werden“ könnten, hält die Klägerin entgegen, dass die tatsächlich nutzbare Wärmeleistung keineswegs schwanke, sondern sich einfach aus der Summe der an den Abnahmestellen installierten („vorgehaltenen“) Anschlussleitungen ergebe. Auf die tatsächlich genutzte Wärmeleistung – also auf das Heizverhalten der angeschlossenen Verbraucher („jährliche Schwankungen des Wärmedurchsatzes“) – komme es gar nicht an. Gegen diese plausible Darstellung hat die Beklagte nichts erinnert.

d)

Auch die Kommentierung, auf die die Beklagte und das Landgericht sich berufen (Altrock u.a., EEG, 3.Aufl., Anlage 3, Rn.62), spricht in Wahrheit nicht für den Standpunkt der Beklagten. Mit der Gefahr einer gezielten Reduzierung der Wärmeleistung wird dort nämlich nur begründet, dass es nicht auf den tatsächlichen Wärmedurchsatz ankommen könne, sondern auf die „maximal nutzbare Wärmeleistung“, also diejenige Wärmeleistung, die „die technischen Einrichtungen für die Wärmebereitstellung bei bestimmungsgemäßigem Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen können“. Der beschriebenen Gefahr soll also dadurch begegnet werden, dass man nicht auf den tatsächlichen, sondern den möglichen Wärmedurchsatz abstellt. Mit diesem möglichen

Wärmedurchsatz muss aber nicht die installierte Leistung der KWK-Anlage gemeint sein, sondern kann ohne weiteres derjenige Wärmedurchsatz gemeint sein, der sich erst aus der Zahl der angeschlossenen Verbraucher ergibt. Dies ist nämlich dann der Fall, wenn man zu den „technischen Einrichtungen für die Wärmebereitstellung“ nicht nur die KWK-Anlage selbst zählt, sondern auch die (hier: wenigen) Anschlüsse der Verbraucher. Tut man dies, dann ist „maximal nutzbar“ nur eine Wärmeleistung von 75 kW.

e)

Entsprechend kann auch in den vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie herausgegebenen und ebenfalls sowohl von der Beklagten als auch vom Landgericht ins Feld geführten „Antworten zum EEG 2009“ (zitiert auf Seite 9 des Urteils) mit der „jeweils maximal nutzbaren Wärmeleistung“ ohne weiteres diejenige Wärmeleistung gemeint sein, die sich erst aus der Zahl der angeschlossenen Verbraucher ergibt.

f)

Schließlich berufen sich Beklagte und Landgericht auf Entscheidungen des Oberlandesgerichts Naumburg vom 21.11.2013 (2 U 54/13, Anlage B 13) und vom 13.03.2014 (2 U 26/11, Anlage B 15). Auch diesen Entscheidungen ist nichts zu entnehmen, was gegen den Standpunkt der Klägerin spräche.

In beiden Entscheidungen war die Frage nach der „Wärmeleistung“ i.S.d. Abschnitts I Nr.3 der Anlage 3 zum EEG 2009, also nach dem Nenner des Bruchs nicht problematisch; schon gar nicht war dort die Frage problematisch, ob es insoweit auf die vorgehaltene oder vielmehr auf die installierte Wärmeleistung ankomme. Problematisch war dort vielmehr nur die Frage nach den „durch die Wärmebereitstellung entstehenden Mehrkosten“ im Sinne dieser Vorschrift, also nach dem Zähler des Bruchs (2 U 54/13: Juris-Rn.45-48; 2 U 26/11: Juris-Rn.50-59). Deshalb stellt der Umstand, dass Juris-Rn.45 der Entscheidung 2 U 54/13 und Juris-Rn.59 der Entscheidung 2 U 26/11 jeweils auf die „installierte thermische Leistung“ bzw. auf die „*installierte* Wärmeleistung“ abstellen, ohne dass die Existenz auch eines anderen, abweichenden Wärmeleistungsbegriffes auch nur angedeutet wird, kein gewichtiges Argument für den Standpunkt von Beklagter und Landgericht dar. Folgerichtig geht es auch in der von der Beklagten vorgelegten Besprechung der beiden Urteile durch Seeboth (REE 2014,88, Anlage B 14), wie schon die Überschrift zeigt, um den Begriff der Mehrkosten der Wärmebereitstellung (also um den Zähler) und nicht um den Begriff der Wärmeleistung (also um den Nenner).

g)

Dass „Wärmeleistung“ i.S.d. Abschnitts I Nr. 3 der Anlage 3 zum EEG 2009 nicht die volle installierte Wärmeleistung ist, sondern nur die vor Ort nutzbare Leistung, meint auch der von der Klägerin beauftragte Sachverständige S.-D., und hat dies in seinem Schreiben an die Klägerin, das diese in ihrer Mail vom 22.03.2017 (Anlage B 6) zitiert hat, im Einzelnen begründet. Zwar ist der Beklagten und dem Landgericht zuzugeben, dass diese Einschätzung des Sachverständigen im Rahmen der Rechtsfindung selbstverständlich nicht bindet. Weil es aber

bei der maßgebenden Auslegungsfrage ganz maßgebend auf technisch-physikalische Gegebenheiten ankommt, erscheint die Meinung des Sachverständigen hier dennoch nicht ganz belanglos. Jedenfalls spricht sie eher für die von der Klägerin vertretene Auffassung als dagegen.

h)

Die Schriftsätze der Beklagten vom 13.05.2019 und vom 29.05.2019 erlauben keine abweichende Beurteilung.

3.

Die Zinsforderung ist aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 288 Abs. 1, Abs. 2, 291 BGB, § 26 EEG 2017 begründet.

4.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

5.

Nach § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO war der Anregung der Beklagten zu entsprechen, die Revision zuzulassen. Der Senat teilt die Auffassung der Beklagten, wonach im Hinblick auf die Möglichkeit weiterer Streitfälle der vorliegenden Art der Frage grundsätzliche Bedeutung zukommt, ob der Begriff „Wärmeleistung“ i.S.d. Abschnitts I Nr. 3 der Anlage 3 zum EEG 2009 die vor Ort nutzbare Wärmeleistung bezeichnet oder vielmehr die installierte Wärmeleistung der Anlage. Überdies ist eine

Entscheidung des Revisionsgerichts zu dieser Frage zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.