

**Die Entscheidung soll veröffentlicht werden.**

**Angaben zur Erfassung der Metadaten:**

Für die Fachpresse vorgesehen.

Revision/Rechtsbeschwerde zugelassen.

**Normen:**

§ 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009, Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009

**Hauptschlagwörter** (*Verben im Infinitiv, Substantive im Nominativ*):

KWK-Anlage, KWK-Bonus, Netzklausel, Nutzwärmebedarf, Trocknungsanlagen

**Sachgebiete** (*Mehrfachauswahl möglich*):

Rechtspflege und Gerichtsverfahrensrecht

Verkehrsrecht

Bürgerliches Recht

Privatversicherungsrecht

Recht der Europäischen Gemeinschaften

Sonstiges: Energierecht

Wirtschaftsrecht

Strafrecht

Handelsrecht

Gewerbl. Rechtsschutz und Urheberrecht

Völkerrecht

**Titelzeile** (*wichtig; wird im Suchergebnis dargestellt*):

Der KWK-Bonus für Wärmeeinspeisungen in ein Wärmenetz nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 setzt keine besondere Effizienz der Wärmenutzung voraus.

**Leitsatz/Leitsätze:**

1. Der Begriff des Nutzwärmebedarfs im Sinne der sog. Netzklausel gemäß Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 umfasst grundsätzlich die gesamte Wärmemenge, die von den an das Wärmenetz angeschlossenen Wärmekunden abgerufen und für eine Wärmenutzung verwendet wird. Zusätzliche Effizienzanforderungen an die Wärmenutzung der angeschlossenen Wärmekunden bestehen nicht. Insbesondere müssen die Wärmenutzungen nicht die Anforderungen der Generalklausel gemäß Anlage 3 Abschnitt I Nr. 3 EEG 2009 erfüllen.

2. Ein Anlagenbetreiber verletzt jedoch in der Regel seine Rücksichtnahmepflicht gegenüber dem Netzbetreiber und handelt rechtsmissbräuchlich, wenn er eine an ein errichtetes Wärmenetz angeschlossene Wärmenutzung allein zu dem Zweck betreibt oder betreiben lässt, durch einen möglichst hohen Wärmeverbrauch das nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 an das Netz gestellte Effizienzkriterium zu erfüllen und dadurch zugleich einen möglichst hohen KWK-Bonus zu erzielen. Hiervon kann insbesondere auszugehen sein, wenn kein anderer sachlich nachvollziehbarer Zweck für die Wärmenutzung erkennbar ist oder der Umfang der Wärmenutzung zu einem solchen Zweck in einem krassen Missverhältnis steht.

Ob danach ein rechtsmissbräuchliches Handeln vorliegt, kann nicht generell, sondern nur im Rahmen einer umfassenden Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Hierfür trägt der Netzbetreiber nach den allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast.



# Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

## Urteil

13 U 58/22  
11 O 32/19 Landgericht Lüneburg

Verkündet am  
12. Dezember 2023

..., Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Bioenergie H. & Co. KG, ...,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:  
Anwaltsbüro ...,

gegen

Stadtwerke S. GmbH & Co. KG, ...,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:  
Anwaltsbüro ...,

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 2023 durch den Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und den Richter am Oberlandesgericht ... für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 14. Oktober 2022 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Lüneburg teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Es wird festgestellt, dass der Klägerin für die drei von ihr im Netzgebiet der Beklagten betriebenen Blockheizkraftwerke für den Zeitraum von Januar bis April 2019 dem Grunde nach ein Anspruch auf KWK-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG in der bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Fassung zusteht.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Widerklage wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in I. und II. Instanz trägt die Beklagte.

Dieses und das angefochtene Urteil - soweit es aufrecht erhalten wurde - sind vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses und des angefochtenen Urteils vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert wird für die Berufungsinstanz auf bis zu 550.000 € festgesetzt.

Gründe:

## A.

Die Parteien streiten darüber, ob die Voraussetzungen einer zusätzlichen Vergütung für Strom, der in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 EEG in der bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Fassung (fortan EEG 2009) erzeugt wird (KWK-Bonus), für die von der Klägerin betriebenen Blockheizkraftwerke (fortan BHKW) vorliegen. Während die Klägerin mit der Klage nach Antragsänderung im Berufungsverfahren in der Hauptsache die Feststellung begehrt, dass ihr im Zeitraum von Januar bis April 2019 ein Anspruch auf den KWK-Bonus zusteht, verlangt die Beklagte mit der Widerklage die Rückzahlung der für die Betriebsjahre 2017 und 2018 geleisteten KWK-Bonuszahlungen.

Die Klägerin betreibt im Netzgebiet der Beklagten insgesamt drei BHKW, die aus Biogas Strom und Wärme erzeugen. Diese Wärme speist die Klägerin in zwei Wärmenetze ein. Die beiden BHKW am Standort der Biogasanlage (Einspeisestelle H., S., fortan Stammanlage) versorgen das Wärmenetz I. Ein weiteres, in einiger Entfernung zur Biogasanlage errichtetes BHKW (Einspeisestelle HH., S.) versorgt das Wärmenetz II. An beide Wärmenetze ist jeweils neben Wohnhäusern und weiteren Gebäuden eine Trocknungsanlage angeschlossen, in der durch andere Unternehmen in Containern - über mehrere Abgänge aus dem Wärmenetz - vor allem Holz getrocknet wird. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die vorgelegten Netzpläne Bezug genommen (Anlagen K 12a und K 12b, Bl. 268 f. d. A.).

Die Klägerin legte für den KWK-Bonus im Betriebsjahr 2017 im Januar 2018 zwei Gutachten des Umweltgutachters Dipl.-Ing. S. vor, in denen der Gutachter das Vorliegen der Voraussetzungen für den KWK-Bonus bestätigte (für die Stammanlage Anlage B 14, Bl. 192 - 198 d. A.; für das Satelliten-BHKW Anlage B 15, Bl. 199 - 205 d. A.). Für das Betriebsjahr 2018 übermittelte die Klägerin der Beklagten im Februar 2019 ein Gutachten desselben Gutachters (Anlage K 5, Bl. 19-24 d. A.), in dem dieser das Vorliegen der Voraussetzungen für den KWK-Bonus nur unter Vorbehalt bestätigte. Daraufhin zahlte die Beklagte für 2019 zunächst keine Abschläge auf den KWK-Bonus mehr aus.

Im April 2019 bestätigte der Umweltgutachter in einem weiteren Gutachten die Einhaltung der Voraussetzungen zur Erlangung des KWK-Bonus für das Betriebsjahr 2019 (Anlage K 7, Bl. 30-36 d. A., inhaltsgleich mit Bl. 37-43 d. A.). Darüber hinaus legte die Klägerin im Mai 2019 eine Bestätigung des Umweltgutachters vor, nach der auch für das Betriebsjahr 2018 die Voraussetzungen für den KWK-Bonus vorlägen (Anlage K 20, Bl. 596-600 d. A.). Die Beklagte nahm die Abschlagszahlungen anschließend nicht wieder auf und forderte zudem den für 2018 gezahlten KWK-Bonus zurück. Mit einem Teil des Rückforderungsbetrags für das Betriebsjahr 2018 in Höhe von 27.528,70 € erklärte die Beklagte die Aufrechnung mit der Abschlagszahlung auf die der Klägerin zustehende EEG-Grundvergütung für April 2019, die ursprünglich streitgegenständlich war.

Auf Antrag der Klägerin verpflichtete der Senat die Beklagte im Wege einer einstweiligen Verfügung (Beschluss vom 2. Juli 2019 - 13 W 25/19) zur Zahlung von 80 % der geltend gemachten Abschläge auf den KWK-Bonus für die Monate Januar bis April 2019 sowie von 80 % der für April 2019 einbehaltenen EEG-Grundvergütung, insgesamt 87.904,43 €. Diesen Betrag zahlte die Beklagte im Juli 2019 zur Abwendung der Zwangsvollstreckung an die Klägerin und erhob gleichzeitig Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung. Aufgrund eines anschließend im einstweiligen Verfügungsverfahren vor dem Landgericht geschlossenen Vergleichs nahm die Beklagte diesen Widerspruch zurück. Außerdem zahlte sie im Oktober 2019 die Abschläge auf den KWK-Bonus für Mai bis August 2019 in voller Höhe und für Januar bis April 2019 in Höhe der verbliebenen 20 % aus. Schließlich übermittelte die Klägerin der Beklagten im Januar 2020 zwei überarbeitete Gutachten des Umweltgutachters Dipl.-Ing. S. über die Einhaltung der Voraussetzungen zum KWK-Bonus für das Betriebsjahr 2019 (Anlage K 21, Bl. 636-645 d. A., fortan GA Stammanlage 2019; Anlage K 22, Bl. 646-655 d. A., fortan GA Satellit-BHKW 2019) sowie im April 2021 zwei überarbeitete Gutachten für das Betriebsjahr 2017 (Anlage K 19, Bl. 574-580 d. A. [Satelliten-BHKW] und Bl. 581-587 d. A. [Stammanlage]).

Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt,

- 1a. festzustellen, dass ihr Anspruch auf Zahlung von 87.904,43 €, der Gegenstand der einstweiligen Verfügung des Oberlandesgerichts Celle zum

Aktenzeichen 13 W 25/19 war, bis zur Zahlung dieses Betrags durch die Beklagte begründet war,

hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, ihr 87.904,43 € zu zahlen,

1b. die Beklagte zu verurteilen, ihr Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf

- 17.446,10 € (80 % aus 21.807,63 €) seit dem 1. Februar 2019,
- auf weitere 15.797,18 € (80 % aus 19.733,98 €) seit dem 1. März 2019,
- auf weitere 16.600,52 € (80 % aus 20.750,65 €) seit dem 1. April 2019
- und auf weitere 16.047,66 € (80 % aus 20.059,58 €) seit dem 1. Mai 2019

abzüglich am 9. Juli 2019 gezahlter 87.904,43 € zu zahlen,

1c. die Beklagte zu verurteilen, ihr weitere 3.065,52 € nebst Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klageschrift zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Soweit die Klägerin darüber hinaus zunächst beantragt hatte, die Beklagte zu verurteilen, an sie 91.377,74 € nebst Zinsen zu zahlen, haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.

Widerklagend hat die Beklagte beantragt,

1. die Klägerin zu verurteilen, an sie 223.239,45 € zuzüglich Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen,
2. die Klägerin zu verurteilen, an sie 251.347,76 € zuzüglich Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Im Übrigen wird wegen des streitigen und unstreitigen Parteivortrags in I. Instanz auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und - unter Abweisung der Widerklage im Übrigen - die Klägerin verurteilt, an die Beklagte für das Betriebsjahr 2018 195.710,75 € sowie für das Betriebsjahr 2017 251.347,76 € jeweils nebst Zinsen zu zahlen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Klägerin stehe kein Anspruch auf Abschlagszahlungen auf den KWK-Bonus für die Monate Januar bis April 2019 zu. Die Voraussetzungen für eine förderungsfähige Wärmenutzung nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 lägen nicht vor. Die von den angeschlossenen Trocknungsanlagen verbrauchte Wärme sei nicht als Nutzwärmebedarf anzuerkennen, sodass die Verluste durch Wärmeverteilung und -übergabe nicht unter 25 % des Nutzwärmebedarfs der angeschlossenen Wärmekunden lägen. Denn als Nutzwärmebedarf seien nur diejenigen Wärmemengen anzuerkennen, die mit einer sinnvollen Nutzung korrespondierten. Dies sei in den streitgegenständlichen Betriebsjahren für die in beiden Anlagen für die Trocknung von Holz verbrauchte Wärme nicht der Fall. Denn die dabei eingesetzten Wärmemengen überschritten sowohl die für das Verdampfen von einer Tonne Wasser benötigte Energie in Höhe von 637 kWh (fortan Verdampfungsenthalpie für Wasser) als auch den vom Kuratorium für Technik und Bauwesen in der Landwirtschaft (fortan KTBL) ermittelten Bedarf an Energie von 0,8-1,1 kWh, um ein Kilo Wasser aus Holz zu treiben. Zwar sei damit nicht in jedem Fall eine Anerkennung der verbrauchten Wärme als Nutzwärmebedarf i.S.v. Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 ausgeschlossen. Hierfür sei jedoch - wie das Landgericht unter Bezugnahme auf die im Verfahren eingeholte Stellungnahme der Clearingstelle EEG/KWVGK vom 3. Juni 2021 (Bl. 399-410 d. A., fortan Stellungnahme Clearingstelle) ausführt - eine Plausibilisierung anhand des Einzelfalls erforderlich. Eine solche Plausibilisierung könne anhand der von der Klägerin vorgelegten Gutachten des Umweltgutachters Dipl.-Ing. S. nicht vorgenommen werden.



Hingegen sei die Widerklage überwiegend begründet. Für die Betriebsjahre 2018 (Widerklageantrag 1) und 2017 (Widerklageantrag 2) stehe der Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten KWK-Bonus zu. Die hierfür von der Klägerin vorgelegten Gutachten des Umweltgutachters Dipl.-Ing. S. seien auch in ihrer überarbeiteten Fassung nicht geeignet, die Voraussetzungen für den KWK-Bonus nachzuweisen. Der Anspruch auf Rückzahlung des KWK-Bonus für das Betriebsjahr 2018 in Höhe von insgesamt 250.768,15 € sei allerdings in Höhe von 27.528,70 € bereits durch die Aufrechnung der Beklagten mit der der Klägerin für April 2019 zustehenden EEG-Grundvergütung erloschen. Unter Berücksichtigung des darüber hinaus von der Beklagten im Laufe des Verfahrens von der Rückforderung ausgenommenen KWK-Bonus für den Trocknerplatz 5 der an das Wärmenetz II angeschlossenen Trocknungsanlage in Höhe von weiteren 27.528,70 € verbleibe ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von 195.710,75 €. Für das Betriebsjahr 2017 sei der Anspruch in der geltend gemachten Höhe zuzusprechen gewesen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihre zuletzt gestellten erstinstanzlichen Klageanträge mit Ausnahme des Klageantrags 1a, den sie in der Berufungsverhandlung geändert hat, in vollem Umfang weiterverfolgt.

Das Landgericht habe fehlerhaft angenommen, dass es auch für den Tatbestand der sog. Netzklausel gemäß Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 entsprechend der Generalklausel nach Anlage 3 Abschnitt I Nr. 3 EEG 2009 auf den Ersatz fossiler Energie ankomme. Damit habe es unzulässig die Voraussetzungen für die Netzwärme Klausel mit den Voraussetzungen der Generalklausel verbunden. Bei der Definition des Nutzwärmebedarfs komme es nicht auf eine sinnvolle Nutzung an. Vielmehr sei lediglich eine zwecklose oder verschwenderische Verwendung von Wärme nicht als Nutzwärmebedarf berücksichtigungsfähig. Dies sei jedoch nach den überarbeiteten Gutachten des Umweltgutachters für die in den Trocknungsanlagen verbrauchte Wärme in den Betriebsjahren 2017 bis 2019 nicht der Fall gewesen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Lüneburg vom 14. Oktober 2022 abzuändern  
und

1. auf die Klage

a) festzustellen, dass ihr für die Monate Januar bis April 2019 gegen die  
Beklagte ein Anspruch auf Zahlung des KWK-Bonus zusteht,

b) die Beklagte zu verurteilen, ihr Zinsen in Höhe von neun  
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf

- 17.446,10 € (80 % aus 21.807,63 €) seit dem 1. Februar 2019,
- auf weitere 15.797,18 € (80 % aus 19.733,98 €) seit dem 1. März 2019,
- auf weitere 16.600,52 € (80 % aus 20.750,65 €) seit dem 1. April 2019
- und auf weitere 16.047,66 € (80 % aus 20.059,58 €) seit dem 1. Mai  
2019

abzüglich am 9. Juli 2019 gezahlter 87.904,43 € zu zahlen,

c) die Beklagte zu verurteilen, ihr weitere 3.065,52 € nebst Zinsen in Höhe  
von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der  
Klageschrift zu zahlen.

2) die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Im Übrigen wird hinsichtlich des Sach- und Streitstands auf die in der  
Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze verwiesen.

B.

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg, soweit die Klägerin mit dem in der Berufungsinstanz geänderten Klageantrag 1a die Feststellung begehrt, dass ihr für die drei im Netzgebiet der Beklagten betriebenen BHKW im Zeitraum von Januar bis April 2019 ein Anspruch auf KWK-Bonus zusteht, und sich gegen die Verurteilung auf die Widerklageanträge 1 und 2 wendet. Im Übrigen ist die Berufung zurückzuweisen.

I.

Die zulässige Klage ist im Hinblick auf den geänderten Klageantrag 1a begründet, im Übrigen unbegründet.

1. Der geänderte Klageantrag 1a ist zulässig.

a) Die Voraussetzungen für eine Klageänderung gemäß 533 ZPO liegen vor. Die Änderung des Klageantrags ist gemäß § 533 Nr. 1 ZPO sachdienlich. Hierfür ist entscheidend, ob und inwieweit die Zulassung der geänderten Klage den Streit im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt, so dass sich ein weiterer Prozess vermeiden lässt. Eine Klageänderung ist danach nicht sachdienlich, wenn ein völlig neuer Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung gestellt wird, ohne dass dafür das Ergebnis der bisherigen Prozessführung verwertet werden kann (BGH, Urteil vom 2. April 2020 - IX ZR 135/19, juris Rn. 14 m.w.N.). Danach ist die Antragsänderung sachdienlich. Die Beklagte hat am 10. Juni 2020 sowohl für die Stammanlage als auch das Satelliten-BHKW eine Jahresausgleichsrechnung für das Betriebsjahr 2019 erstellt (vgl. Anlage B 32 und B 33, Bl. 937-956 d. A.). Spätestens mit dieser Abrechnung tritt an die Stelle des Anspruchs auf Abschlagszahlungen gemäß der Vorschrift in § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG in der am 31. Juli 2014 geltenden Fassung (fortan EEG 2012), die nach § 66 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 EEG 2012 auf die Anlagen der Klägerin Anwendung findet, der (endgültige) Anspruch auf den KWK-Bonus gemäß § 16 Abs. 1 i.V.m. § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009. Ob dieser Anspruch auf den KWK-Bonus für den Zeitraum von Januar bis April 2019 dem Grunde nach besteht, beurteilt sich im Wesentlichen nach denselben Tatsachen, die auch für den ursprünglich verfolgten Anspruch auf Abschlagszahlungen maßgeblich sind. Damit liegen zugleich die weiteren Voraussetzungen für eine zulässige Klageänderung gemäß § 533 Nr. 2 ZPO vor. Zudem ist zu erwarten, dass sich durch die Klageänderung ein weiterer

Rechtsstreit über einen bislang nicht erhobenen Rückforderungsanspruch der Beklagten für das Betriebsjahr 2019 vermeiden lässt.

b) Weiter liegt das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse vor.

aa) Ein Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Eine solche Gefahr besteht in der Regel, wenn der Beklagte das Recht ernstlich bestreitet oder sich einer Forderung gegen den Kläger berührt (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2019 - II ZR 59/18, juris Rn. 12 m.w.N.; BeckOK ZPO/Bacher § 256 Rn. 21 [Stand: 1. September 2023]). So liegt der Fall hier. Die Beklagte verlangt nach den vorgelegten Jahresausgleichsrechnungen u.a. für den Zeitraum von Januar bis April 2019 die geleisteten Abschläge auf den KWK-Bonus zurück. Die Klägerin hat daher ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass ihr für diesen Zeitraum dem Grunde nach ein Anspruch auf den KWK-Bonus zusteht.

bb) Das Feststellungsinteresse entfällt auch nicht wegen des Vorrangs einer Leistungsklage. Denn die Beklagte hat auf die Abschlagszahlungsforderung der Klägerin mit Erfüllungswirkung geleistet. Auch nachdem an die Stelle des Abschlagszahlungsanspruchs der endgültige Vergütungsanspruch getreten ist, kann die Klägerin daher keine Zahlung mehr beanspruchen. Zwar hat die Beklagte zunächst am 9. Juli 2019 nur den vom Senat in der einstweiligen Verfügung zugesprochenen Betrag zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlt. Ein solcher Vorbehalt steht der Annahme einer Erfüllungswirkung gemäß § 362 Abs. 1 BGB grundsätzlich entgegen (vgl. BeckOK BGB/Dennhardt, § 362 Rn. 48 f. m.w.N. [Stand: 1. August 2023]; OLG Dresden NJOZ 2006, 3640 [zur einstweiligen Verfügung], a. A. Kern in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2022, § 362 Rn. 47 ff.). Nachträglich hat die Beklagte jedoch - wie sich aus den von ihr erstellten Erläuterungen zur Jahresausgleichsrechnung 2019 entnehmen lässt (Anlage BK 1 und BK 2, Bl. 960 f. d. A.) und wie die Parteien in der mündlichen Verhandlung bestätigt haben - am 8. Oktober 2019 die restlichen 20 % der von der Klägerin geltend gemachten Abschlagszahlungen auf den KWK-Bonus für Januar bis April 2019 ohne einen entsprechenden Vorbehalt geleistet. Damit hat sie aus

Sicht eines verständigen Empfängers in der Situation der Klägerin hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, den Anspruch auf Abschlagszahlungen auf den KWK-Bonus für Januar bis April 2019 insgesamt erfüllen zu wollen. Denn die Beklagte hat weder vorgetragen noch bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sie nach der zweiten vorbehaltlosen Zahlung an dem Vorbehalt der ersten Teilzahlung festhalten und dadurch bei der Erfüllungswirkung zwischen beiden Teilzahlungen unterscheiden wollte. Dass die Zahlungen Erfüllungswirkung haben sollten, hat sie in der mündlichen Verhandlung zudem ausdrücklich bestätigt.

2. Der Klageantrag 1a ist auch begründet. Der Klägerin steht dem Grunde nach sowohl für die Stammanlage als auch das Satelliten-BHKW ein Anspruch auf den KWK-Bonus für die Monate Januar bis April 2019 aus § 16 Abs. 1 i.V.m. § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 i.V.m. § 66 Abs. 1 EEG 2012 i.V.m. § 100 Abs. 2 Nr. 10 Buchst. c) EEG in der bis zum 25. November 2019 geltenden Fassung (fortan EEG 2017) zu.

a) Die Stammanlage hat erstmals 2010 und das Satelliten-BHKW erstmals 2011 Strom produziert und in das allgemeine Netz eingespeist (vgl. GA Stammanlage 2019, Bl. 638 d. A.; GA Satelliten-BHKW 2019, Bl. 648 d. A.). Daher richtet sich der Vergütungsanspruch der Klägerin für den in diesen drei BHKW erzeugten Strom gemäß § 100 Abs. 2 Nr. 10 Buchst. c) EEG 2017 i.V.m. § 66 Abs. 1 EEG 2012 im Wesentlichen nach den maßgeblichen Vorschriften des EEG 2009. Nach § 16 Abs. 1 EEG 2009 müssen Netzbetreiber Anlagenbetreibern Strom aus Anlagen, die ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen, mindestens nach Maßgabe der §§ 18-33 EEG 2009 vergüten.

b) Die Höhe der Grundvergütung für den hier aus Biomasse erzeugten Strom regelt § 27 Abs. 1 EEG 2009. Gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009 erhöht sich die Grundvergütung für Strom, der in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt wird, um den sog. KWK-Bonus. Nach Anlage 3 Abschnitt I EEG 2009 besteht der Anspruch auf den KWK-Bonus bis einschließlich einer Leistung im Sinne des § 18 EEG 2009 von 20 Megawatt, soweit es sich um Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes handelt (Nr. 1) und u.a. eine Wärmenutzung im Sinne der Positivliste gemäß Anlage 3 Abschnitt III EEG 2009 vorliegt (Nr. 2).

c) Nach diesen Maßstäben steht der Klägerin gegen die Beklagte dem Grunde nach ein Anspruch auf den KWK-Bonus für die Monate Januar bis April 2019 zu.

Sowohl die Stammanlage als auch das Satelliten-BHKW haben eine Leistung von weniger als 20 Megawatt (vgl. GA Stammanlage 2019, Bl. 638 d. A.; GA Satelliten-BHKW 2019, Bl. 648 d. A.). Bei dem in diesen Anlagen produzierten Strom handelt es sich um KWK-Strom im Sinne vom § 3 Abs. 4 KWKG in der hier bis zum 18. Juli 2012 maßgeblichen Fassung. Den hierfür nach Anlage 3 Abschnitt II Nr. 1 EEG 2009 erforderlichen Nachweis hat die Klägerin mit den beiden Gutachten des Umweltgutachters Dipl.-Ing. S. für das Betriebsjahr 2019 erbracht.

Weiter erfüllt die Wärmenutzung die Anforderungen der sog. Netzklausel gemäß Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009. Danach gilt als zulässige, die Anforderungen an die Gewährung des KWK-Bonus erfüllende Wärmenutzung die Wärmeeinspeisung in ein Netz mit einer Länge von mindestens 400 m, bei dem die Verluste durch Wärmeverteilung und -übergabe unter 25 % des Nutzwärmebedarfs der Wärmekunden liegen. Die Einhaltung dieser Anforderungen ist nach Anlage 3 Abschnitt II Nr. 2 EEG 2009 durch ein Gutachten eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien oder für den Bereich Wärmeversorgung nachzuweisen, wenn der KWK-Bonus geltend gemacht wird. Die beiden an die Stammanlage und das Satelliten-BHKW angeschlossenen Wärmenetze erfüllen die Anforderungen der Netzklausel. Zudem ist spätestens mit den überarbeiteten Gutachten des Umweltgutachters für das Betriebsjahr 2019 vom 13. Januar 2020 auch der nach Anlage 3 Abschnitt II Nr. 2 EEG 2009 erforderliche Nachweis erbracht.

aa) Nach den von der Beklagten nicht in Abrede genommenen Ausführungen des Umweltgutachters speisen sowohl die Stammanlage als auch das Satelliten-BHKW Nutzwärme in ein Wärmenetz von mehr als 400 m Länge ein. Beide Netze versorgen jeweils verschiedene Abnehmer mit Wärme. Darunter befinden sich mehrere Wohnhäuser und weitere Gebäude, aber auch jeweils eine Anlage zum Trocknen von Holz, Holzhackschnitzeln und Getreide (vgl. GA Stammanlage 2019, Bl. 638 f. d. A.; GA Satelliten-BHKW 2019, Bl. 648 f. d. A.). Danach liegt ein

ausreichend langes Wärmenetz vor, an das nicht nur der Anlagenbetreiber, sondern auch andere Wärmenutzer angeschlossen sind (zu letzterem Kriterium Rostankowski/Vollprecht in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., Anlage 3 Rn. 31; Schäferhoff in Reshöft, EEG, 3. Aufl., Anlage 3 Rn. 35).

bb) Beide Wärmenetze erfüllen die Vorgaben an die Effizienz des Netzes gemäß Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009. Danach darf der Verlust durch die Wärmeverteilung und -übergabe 25 % des Nutzwärmebedarfs der angeschlossenen Wärmekunden nicht übersteigen. So liegt der Fall hier, weil die von den an beide Wärmenetze angeschlossenen Trocknungsanlagen verbrauchte Wärme zum einen beim Nutzwärmebedarf zu berücksichtigen und zum anderen nicht als Wärmeverlust anzusetzen ist. Der Begriff des Nutzwärmebedarfs umfasst bei sachgerechter Auslegung grundsätzlich die gesamte Wärmemenge, die von den an die Wärmenetze angeschlossenen Wärmekunden abgerufen und für eine zulässige Wärmenutzung verwendet wird (vgl. i. Erg. auch die Leitlinie des Umweltgutachterausschusses beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz zu den Aufgaben der Umweltgutachter im Bereich der Gesetze für den Vorrang der Erneuerbaren Energien [EEG 2009 und 2012] für Wasserkraft, Biomasse und Geothermie [Stand: Februar 2013, S. 18], nach der zur Ermittlung des Nutzwärmebedarfs die per Wärmemengenzähler erfassten Mengen an Nutzwärme bei den jeweiligen Wärmekunden zu summieren und als Bezugsgröße zur Berechnung der Netzverluste zu verwenden sind).

(1) Für die Auslegung von Gesetzen ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen, wobei Ausgangspunkt der Auslegung der Wortlaut der Vorschrift ist. Die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption ist durch das Gericht bezogen auf den konkreten Fall möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 15. Mai 2019 - VIII ZR 135/18, juris Rn. 31 m.w.N.).

(2) Nach diesen Maßstäben ist der Begriff des Nutzwärmebedarfs wie dargestellt auszulegen. Darüber hinaus gehende Anforderungen für die Anerkennung der entnommenen Wärme als Nutzwärmebedarf lassen sich weder dem Wortlaut noch der Systematik oder dem Sinn und Zweck der Regelung in Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 entnehmen. Insbesondere kommt es nicht darauf an, dass vom Betreiber der KWK-Anlage eine effiziente Wärmenutzung der an das Wärmenetz angeschlossenen Abnehmer, in das seine Anlage einspeist, nachgewiesen wird oder die Wärmenutzungen die Anforderungen eines der anderen Tatbestände der Positivliste bzw. der Generalklausel in Anlage 3 Abschnitt I Nr. 3 EEG 2009 erfüllen.

(a) Der Begriff des Nutzwärmebedarfs ist weder im EEG noch in anderen energierechtlichen Vorschriften definiert. Dem Wortlaut lässt sich bei objektiver Auslegung allerdings entnehmen, dass Ausgangspunkt für die Beurteilung der Effizienz des Wärmenetzes nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 die von den Wärmekunden abgerufene Nutzwärme ist. Darüber hinaus muss dem mittels geeigneter Messeinrichtungen erfassbaren Wärmeverbrauch nach dem Wortlaut der Vorschrift ein Bedarf des Wärmekunden für eine konkrete Wärmenutzung gegenüberstehen. Dadurch wird ausgeschlossen, dass Wärmeentnahmen in die Effizienzberechnung des Netzes einfließen, denen keine konkrete Nutzung zugrunde liegt. Weitergehende Anforderungen an die Art der Wärmenutzung, ihre Wirtschaftlichkeit und energetische Effizienz, lassen sich dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnehmen (vgl. Schäferhoff in Reshöft, EEG, 3. Aufl., Anlage 3 Rn. 35; ferner Müller in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl., Anlage 2 EEG Rn. 28 [zur Nachfolgeregelung in Anlage 2 Nr. 3 Buchst. b EEG 2012]).

(b) Aus der Systematik der Regelungen der Anlage 3 EEG 2009 folgt, dass allenfalls entnommene Wärme für eine nach der Negativliste in Anlage 3 Abschnitt IV EEG 2009 unzulässige Wärmenutzung nicht in den nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 anzuerkennenden Nutzwärmebedarf einfließen darf, was hier nicht entschieden werden muss. Zusätzliche Effizienzanforderungen an die Wärmenutzung der angeschlossenen Wärmekunden lassen sich aus dem systematischen Zusammenhang jedenfalls nicht entnehmen. Insbesondere müssen die Nutzungen der Wärmekunden nicht die Anforderungen der



Generalklausel in Anlage 3 Abschnitt I Nr. 3 EEG 2009 erfüllen. Nach Anlage 3 Abschnitt I EEG 2009 stehen die Voraussetzungen für den KWK-Bonus in den dortigen Nr. 2 und Nr. 3 in einem Alternativverhältnis. Die in der Positivliste nach Anlage 3 Abschnitt III EEG 2009 aufgeführten Wärmenutzungen müssen demnach nicht zusätzlich die Anforderungen der Generalklausel erfüllen (vgl. Schäferhoff in Reshöft, EEG, 3. Aufl., Anlage 3 Rn. 3, 30; Stellungnahme Clearingstelle Rn. 45 ff.; ferner Ekardt/Hennig in Frenz/Müggenborg, EEG, 3. Aufl., § 27 Rn. 52; Müller in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl., Anlage 2 EEG Rn. 13 [jeweils zur Nachfolgeregelung in Anlage 2 Nr. 3 Buchst. b) EEG 2012]). Andernfalls verbliebe der Positivliste kein eigener Anwendungsbereich (vgl. Stellungnahme Clearingstelle Rn. 49). Eine Ausnahme gilt nur für Wärmenutzungen nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 4 und 6 EEG 2009, für die der Gesetzgeber ausdrücklich zusätzlich die Einhaltung der Voraussetzungen von Anlage 3 Abschnitt I Nr. 3 EEG 2009 vorgeschrieben hat.

(c) Dieses Auslegungsergebnis entspricht unter Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers dem Sinn und Zweck der Positivliste. Mit dieser sollen als energetisch sinnvoll erachtete Wärmenutzungen privilegiert werden (vgl. Begründung des Gesetzesentwurfs zum EEG 2009 BT-Drs. 16/8148, S. 81). Bei den in der Positivliste genannten Wärmenutzungen geht der Gesetzgeber in einer typisierenden Betrachtung davon aus, dass diese grundsätzlich förderfähig sind. Eine Wärmenutzung gilt demnach unabhängig von den Voraussetzungen der Generalklausel als energetisch sinnvoll und damit förderfähig, wenn sie unter einen der Tatbestände der Positivliste fällt. Die Nutzung über ein Wärmenetz sah der Gesetzgeber ohne Einschränkung dahin, dass diese Nutzungen im konkreten Fall sinnvoll sein müssten, als förderfähig an, um die Effizienz von Biomasseanlagen zu steigern (Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des EEG 2009, BT-Drs. 16/8393, S. 5).

(d) Darüber hinaus ließen sich den maßgeblichen Gesetzgebungsmaterialien keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, wie hoch der Effizienzgrad der Wärmenutzung durch die an ein Wärmenetz angeschlossenen Wärmekunden sein müsste, um noch als Nutzwärmebedarf anerkannt werden zu können. Daher kann nicht angenommen werden, dass nur Wärmenutzungen in den Nutzwärmebedarf

nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG einfließen sollen, die die Anforderungen einer anderen in der Positivliste ausdrücklich aufgeführten Nutzungsform oder der Generalklausel erfüllen (vgl. Rostankowski/Vollprecht in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., Anlage 3 Rn. 34; Schäferhoff in Reshöft, EEG, 3. Aufl., Anlage 3 Rn. 35). Eine Beschränkung der Förderfähigkeit auf sonst „sinnvolle“ Wärmenutzung wäre zudem mangels konkreter Maßstäbe in der praktischen Gesetzesanwendung nicht sinnvoll handhabbar.

(e) Dieses Auslegungsergebnis steht im Einklang mit höherrangigem Recht. Insbesondere werden dadurch nicht Wärmenutzungen über ein Wärmenetz gegenüber solchen Wärmenutzungen ungerechtfertigt bevorzugt, die direkt an eine KWK-Anlage angeschlossen sind und die daher entweder einen Tatbestand der Positivliste oder die Anforderungen der Generalklausel erfüllen müssen.

Dem Gesetzgeber steht im Bereich des Energierechts ein weiter Gestaltungsspielraum zu, auf welche Weise er als förderwürdig erachtetes Verhalten unterstützen will, solange er die Leistungen nicht willkürlich, das heißt nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten verteilt. Sind die gesetzlich vorgesehenen Fördermaßnahmen und Sanktionen innerhalb eines vertretbaren Konzepts aufeinander abgestimmt, kann die jeweilige Maßnahme oder Sanktion verfassungsrechtlich im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht beanstandet werden (vgl. BGH, Urteil vom 11. April 2018 - VIII ZR 197/16, juris Rn. 31 m.w.N.).

So liegt der Fall hier. Während Nr. 1 und 3 bis 7 der Positivliste an eine konkrete Verwendung der Nutzwärme anknüpfen, hat sich der Gesetzgeber bei Nr. 2 entschieden, schon die Einspeisung in ein Wärmenetz mit einer Mindestlänge von 400 m, das einen bestimmten auf das Netz selbst bezogenen Effizienzgrad aufweist, bei typisierender Betrachtung als energetisch sinnvolle Wärmenutzung einzustufen, um dadurch einen Anreiz zum Aufbau von Wärmenetzen zu schaffen (vgl. Stellungnahme Clearingstelle Rn. 17). Diesem vertretbaren Regelungskonzept stünde es entgegen, die Netzeinspeisung nur dann als bonusfähig anzuerkennen, wenn die an dieses Netz angeschlossenen Wärmenutzer zusätzliche Effizienzanforderungen erfüllen. Denn der mit der Einhaltung von zusätzlichen Effizienzanforderungen durch die Wärmekunden

verbundene Überprüfungsaufwand für den Anlagenbetreiber, der je nach Größe des Netzes und der Anzahl der angeschlossenen Wärmekunden erheblich sein kann, würde die vom Gesetzgeber bezweckte Anreizwirkung zur Errichtung von Wärmenetzen deutlich verringern (vgl. Stellungnahme Clearingstelle Rn. 17). Außerdem durfte der Gesetzgeber vertretbar davon ausgehen, dass die vorgegebene Mindestlänge des Netzes und das an dieses gestellte Effizienzkriterium ausreichend sind, um Mitnahmeeffekte zu verhindern und zu gewährleisten, dass den Bonuszahlungen auch entsprechende Investitionen gegenüberstehen (vgl. BT-Drs. 16/8393, S. 5).

(3) Ausgehend von diesen Maßstäben erfüllen beide Wärmenetze das Effizienzkriterium gemäß Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009.

(a) Nach den von der Beklagten nicht in Abrede genommenen Ausführungen des Umweltgutachters Dipl.-Ing. S. liegt der Netzverlust gemessen an der eingespeisten Wärmemenge und der von den angeschlossenen Wärmekunden abgenommenen Wärme jeweils unter 25 % (vgl. GA Stammanlage 2019, Bl. 639 d. A.; GA Satelliten-BHKW 2019, Bl. 649 d. A.). Zu Recht hat der Sachverständige auch die von den angeschlossenen Trocknungsanlagen verbrauchte Nutzwärme beim Nutzwärmebedarf berücksichtigt. Die Beklagte trägt weder nachvollziehbar vor noch bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine der Trocknungsanlagen direkt an das Satelliten-BHKW und nicht das Wärmenetz angeschlossen ist; zudem hat sie die entsprechende Feststellung in dem landgerichtlichen Urteil nicht angegriffen.

(b) Darüber hinaus ist die Wärmenutzung für die Trocknungsanlagen nicht nach Anlage 3 Abschnitt IV EEG 2009 ausgeschlossen (vgl. auch Stellungnahme Clearingstelle Rn. 53) und damit zu berücksichtigen. Dies entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen. Zwar wurde im Gesetzgebungsverfahren zum EEG 2009 ein Vorschlag des Bundesrates zur Aufnahme des Einsatzes von Nutzwärme zur Holz Trocknung in die Positivliste noch abgelehnt (vgl. BT-Drs. 16/8393, S. 5). Dies erfolgte erst mit der Einführung des EEG 2012 (vgl. Anlage 2 Nr. 3 Buchst. c bb EEG 2012). Der Verzicht auf eine gesonderte Regelung in der Positivliste beruhte darauf, dass der Gesetzgeber aus Effizienz- und Kostengründen verhindern wollte, dass zusätzliche Wärmesenken entstehen. Jedoch sollte damit

eine Wärmenutzung für Holz Trocknungsanlagen nicht generell von der Förderung ausgeschlossen werden (vgl. BT-Drs. 16/8393, S. 5; vgl. hierzu OLG Naumburg, Urteil vom 13. März 2014 - 2 U 26/11, juris Rn. 35 ff.) und stellt demnach grundsätzlich eine zulässige Form der Wärmenutzung dar.

cc) Schließlich ist es nicht rechtsmissbräuchlich, dass sich die Klägerin auf den Tatbestand nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 beruft.

Der Netzbetreiber und der Anlagenbetreiber sind aus dem zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnis einander gemäß § 241 Abs. 2, § 242 BGB zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des jeweils anderen Teils verpflichtet (vgl. BGH, Urteile vom 26. Januar 2021 - XIII ZR 17/19 und 18/19, juris Rn. 48 [bezogen auf den Netzbetreiber]; OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Mai 2018 - I-27 U 2/14, juris Rn. 63). Inhalt und Umfang dieser Rücksichtnahmepflichten sind jeweils nach der konkreten Situation unter Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen, des Vertragszwecks, der Verkehrssitte und den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs zu bestimmen (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 30. Juli 2019 - 6 U 27/18, juris Rn. 65). Nach diesen Maßstäben kann ein Anlagenbetreiber mit Blick auf die grundlegende Zielsetzung des Gesetzgebers, mit der Positiv- und Negativliste der Anlage 3 sicherzustellen, dass nur energetisch sinnvolle Wärmenutzungen durch den KWK-Bonus begünstigt werden (vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 81), seine Rücksichtnahmepflicht gegenüber dem Netzbetreiber verletzen und rechtsmissbräuchlich handeln, wenn er eine an ein errichtetes Wärmenetz angeschlossene Wärmenutzung allein zu dem Zweck betreibt oder betreiben lässt, durch einen möglichst hohen Wärmeverbrauch das nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 an das Netz gestellte Effizienzkriterium zu erfüllen und dadurch zugleich einen möglichst hohen KWK-Bonus zu erzielen. Hiervon kann insbesondere auszugehen sein, wenn kein anderer sachlich nachvollziehbarer Zweck für die Wärmenutzung erkennbar ist oder der Umfang der Wärmenutzung zu einem solchem Zweck in einem krassen Missverhältnis steht. Ob dies der Fall ist, kann nicht generell, sondern nur im Rahmen einer umfassenden Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Hierfür trägt der Netzbetreiber nach den allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast (vgl. nur BeckOGK BGB/Kähler, § 242 Rn. 1899 m.w.N. [Stand: 1. Juli 2023]).

Nach diesen Maßstäben lässt sich ein rechtsmissbräuchliches Handeln der Klägerin nicht feststellen.

(1) Zwar überschreitet nach den nicht bestrittenen Ausführungen des Umweltgutachters Dipl.-Ing. S. der Wärmeverbrauch der an das Wärmenetz der Stammanlage angeschlossenen Trocknungsanlage, die etwa 84 % der Gesamtwärmeabnahme aus diesem Netz ausmacht, ausgehend von den für das Jahr 2019 dokumentierten Trocknungsvorgängen die Verdampfungsenthalpie für Wasser um das 3,8fache (vgl. GA Stammanlage 2019, Bl. 638 d. A.). Für die an das Wärmenetz des Satelliten-BHKW angeschlossene Trocknungsanlage, auf die 86 % der Gesamtwärmeabnahme aus diesem Netz entfällt, hat der Sachverständige eine Überschreitung um das 3,5fache der Verdampfungsenthalpie für Wasser ermittelt (vgl. GA Satelliten-BHKW 2019, Bl. 648 d. A.). Zudem überschreitet der Wärmeverbrauch der Trocknungsanlagen die KTBL-Werte für die Trocknung von Holz (vgl. Bl. 121 d. A.). Es kann jedoch dahinstehen, ob trotz dieser Überschreitungen noch von einer effizienten Wärmenutzung der Trocknungsanlagen auszugehen ist, wie der Sachverständige in seiner Stellungnahme vom 8. November 2021 zu den Voraussetzungen zum KWK-Bonus für das Betriebsjahr 2018 (dort S. 6 ff., Bl. 541 ff. d. A.) in Abweichung zu einer früheren von ihm erstellten „*Handreichung für Anlagenbetreiber*“ (Ausgabe 8-05/17, S. 27, Bl. 484 d. A.) ausführt.

Das Überschreiten von - unterstellt - nach dem allgemeinen Stand der Technik anerkannten Werten für die Effizienz von bestimmten Formen der Wärmenutzung rechtfertigt zumindest abgesehen von Fällen mit ganz erheblichen Überschreitungen nicht die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Handelns, sondern mag hierfür lediglich ein Indiz im Rahmen der anzustellenden Gesamtwürdigung darstellen. Im vorliegenden Fall sind die vom Umweltgutachter festgestellten Überschreitungen der Verdampfungsenthalpie für Wasser und der KTBL-Werte nicht so erheblich, dass daraus bereits für sich genommen der Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Handeln der Klägerin gezogen werden kann. Denn zusätzlich zur Verdampfungsenthalpie von Wasser benötigt das Aufheizen der Anlagen zusätzliche Energie. Darüber hinaus hat die hier nicht bekannte Art und Anfangsfeuchte des getrockneten Holzes Auswirkungen auf den konkreten Energiebedarf (vgl. zu diesen Einflussfaktoren auch die Stellungnahme

von Prof. Dr. K., einem der Verfasser der vorgenannten KTBL-Veröffentlichung (Bl. 266 f. d. A.)).

(2) Ferner spricht gegen ein missbräuchliches Handeln der Klägerin, dass die Holz Trocknung durch andere Unternehmen erfolgte, die das getrocknete Holz anschließend vermarkteten. Der Holz Trocknung liegt demnach ein grundsätzlich nachvollziehbares Betriebskonzept zugrunde.

Keine abweichende Bewertung folgt daraus, dass die Wärmeversorgung für die Holz Trocknung kostenfrei und der Abnehmer nur zu einer vollständigen Auslastung der Trocknungsanlage verpflichtet war, während andererseits - wie die Beklagte einwendet - aufgrund des hohen Wärmeeinsatzes zu bezweifeln sei, ob eine Holz Trocknung mit der vorliegenden Anlagentechnik unter Einsatz fossiler Energieträger wirtschaftlich darstellbar wäre und von einem wirtschaftlich sinnvoll handelnden Unternehmen so durchgeführt werden würde (S. 1 f. des Schriftsatzes vom 23. November 2020, Bl. 385 f. d. A.; S. 14 der Berufungserwiderung, Bl. 892 d. A.). Es kann dahinstehen, ob dieser Einwand zutrifft. Denn damit zielt die Beklagte auf die Voraussetzungen der Generalklausel nach Anlage 3 Abschnitt I Nr. 3 EEG 2009, deren Fehlen weder für sich genommen noch im Rahmen der im konkreten Fall vorzunehmenden Gesamtwürdigung den Schluss zulässt, dass die Trocknungsanlagen nur zu dem Zweck betrieben werden, durch einen möglichst hohen Wärmeverbrauch das an das Netz gestellte Effizienzkriterium zu erfüllen und dadurch zugleich einen möglichst hohen KWK-Bonus zu erzielen. Außerdem hat die Klägerin von der Beklagten unwidersprochen vorgetragen (vgl. S. 2 des Schriftsatzes vom 1. Dezember 2020, Bl. 392 d. A.) und in der mündlichen Verhandlung am 7. November 2023 näher erläutert, dass ohne die unentgeltliche Wärmeabgabe an die beiden Trocknungsanlagen die Motoren der BHKW mit zusätzlichem Kostenaufwand hätten stärker gekühlt werden müssen.

(3) Darüber hinaus lässt sich auch aus dem von dem Umweltgutachter in der ursprünglichen Fassung des Gutachtens für das Betriebsjahr 2018 kritisierten, sog. intermittierenden Betrieb der Trocknungsanlagen, bei dem die Holz Trocknung zwischenzeitlich unterbrochen wird, nicht auf ein missbräuchliches Handeln der Klägerin schließen. Weder dem Parteivortrag noch den Stellungnahmen des Umweltgutachters kann entnommen werden, ob und inwieweit die Entscheidung

zur Unterbrechung des Trocknungsvorgangs von der Klägerin getroffen wurde. Unabhängig davon führt der Umweltgutachter in seiner ergänzenden Stellungnahme aus, dass es im Laufe des Jahres 2018 aufgrund von Trockenheit und Hitze zu verschiedenen Stornierungen von Holzmengen bei dem die Trocknungsanlagen nutzenden Unternehmen gekommen sei. Daher seien mit getrocknetem Holz beladene Container von der Anlage getrennt und erst mit dem Eingang neuer Aufträge wieder angeschlossen worden. Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Nutzung, etwa dergestalt, dass Holz erst getrocknet, bei Regen wieder befeuchtet und anschließend erneut getrocknet worden sei, konnte der Umweltgutachter nicht feststellen (S. 22 f. der Stellungnahme vom 8. November 2021, Bl. 557 f. d. A.). Anhaltspunkte dafür, dass die Holz Trocknung deshalb unterbrochen wurde, um durch eine Verlängerung der Trocknungszeit den Nutzwärmebedarf zu erhöhen und dadurch das Effizienzkriterium nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 zu erfüllen, bestehen danach nicht. Die Beklagte hat diese Ausführungen des Umweltgutachters zwar ebenso wie die Richtigkeit der nachträglich vorgelegten handschriftlichen Trocknungsprotokolle (Bl. 658-678 d. A.) mit Nichtwissen bestritten (vgl. Seite 5 f. Schriftsatzes vom 28. März 2022, Bl. 734 f. d. A.; S. 5 des Schriftsatzes vom 2. Juni 2022, Bl. 799 d. A.). Dies genügt jedoch nicht, weil sie für das Vorliegen eines rechtsmissbräuchlichen Handelns der Klägerin die Darlegungs- und Beweislast trägt. Im Übrigen hat auch die Clearingstelle diese Datengrundlage als nachvollziehbar und verlässlich bewertet (vgl. Stellungnahme Clearingstelle Rn. 64).

(4) Weiter spricht gegen die Annahme eines Rechtsmissbrauchs, dass der vom Umweltgutachter ermittelte Wärmeverbrauch unter dem Grenzwert für die Trocknung von Holz von 0,9 kWh je Kilogramm Holz gemäß Anlage 2 Nr. 3 Buchst. c) bb) EEG 2012 liegt (vgl. S. 8 der Stellungnahme vom 8. November 2021, Bl. 543 d. A.). Zwar findet diese Vorschrift im Streitfall keine Anwendung. Dass die Wärmenutzung einer Trocknungsanlage für Holz mit Verbrauchswerten wie im vorliegenden Fall unter der Nachfolgeregelung bereits für sich genommen der Positivliste unterfiele, spricht aber indiziell dagegen, aus diesen Wärmeverbräuchen auf einen Rechtsmissbrauch zu schließen. Für die Annahme des Landgerichts, der Grenzwert von 0,9 kWh in Anlage 2 Nr. 3 Buchst. c) bb) EEG 2012 beziehe sich abweichend von dem Gesetzeswortlaut nicht auf ein

Kilogramm Holz, sondern ein Kilogramm Wasserentzug, lassen sich den maßgeblichen Gesetzgebungsmaterialien außer dem Änderungsvorschlag des Bundesrates (vgl. BT-Drs. 17/6247, S. 25 f.), der ausdrücklich nicht übernommen wurde (vgl. BT-Drs. 17/6247, S. 35), keine Anhaltspunkte entnehmen.

(5) Schließlich spricht gegen die Annahme eines missbräuchlichen Handelns der Klägerin, dass von den beiden Wärmenetzen neben den Trocknungsanlagen auch Wohnhäuser und weitere Gebäude zwar zu einem untergeordneten Anteil aber vorrangig mit Wärme versorgt werden (vgl. die von der Klägerin vorgelegten Netzpläne, Anlagen K 12a und K 12b, Bl. 268 f. d. A.). Nach § 1 Abs. 1 des Vertrags zwischen der Klägerin und dem Unternehmen, das im Betriebsjahr 2019 die Trocknungsanlagen nach dem nicht erheblich bestrittenen Vortrag der Klägerin maßgeblich genutzt hat, ist die Versorgung der Trocknungsanlagen gegenüber den Wohnhäusern nachrangig (vgl. Anlage B 21, Bl. 388 d. A.).

Keine abweichende rechtliche Bewertung rechtfertigt entgegen der Auffassung der Beklagten (S. 2 des Schriftsatzes der Beklagten vom 21. Februar 2020, Bl. 333 d. A.) die räumliche Nähe zwischen den BHKW und den Trocknungsanlagen (vgl. auch Stellungnahme Clearingstelle Rn. 54 ff.). Vorgaben für eine gewisse räumliche Entfernung zwischen einem BHKW und der Wärmenutzung lassen sich dem Gesetz nicht entnehmen. Vielmehr wird nach der Vorstellung des Gesetzgebers der Vermeidung von missbräuchlichen Wärmenutzungen und Mitnahmeeffekten durch die vorgegebene Mindestlänge des Netzes von 400 m ausreichend Rechnung getragen (vgl. BT-Drs. 16/8396, S. 5). Zudem kann es nachvollziehbare Gründe für eine räumliche Nähe zwischen dem BHKW und der Trocknungsanlage geben (vgl. Stellungnahme Clearingstelle Rn. 57 f.).

(6) Unter Berücksichtigung aller aufgezeigten Umstände ist im Rahmen der anzustellenden Gesamtwürdigung nicht festzustellen, dass die Klägerin die Wärmenutzung durch die beiden an die Wärmenetze angeschlossenen Trocknungsanlagen allein zu dem Zweck ermöglicht hat, durch einen möglichst hohen Wärmeverbrauch das an das Netz gestellte Effizienzkriterium zu erfüllen und dadurch zugleich einen möglichst hohen KWK-Bonus zu erzielen.

dd) Angesichts der vorstehenden Maßstäbe genügen jedenfalls die überarbeiteten Gutachten des Umweltgutachters für das Betriebsjahr 2019 den Anforderungen an



den nach Anlage 3 Abschnitt II Nr. 2 EEG 2009 geforderten Nachweis. Der Umweltgutachter bestätigt darin, dass die Voraussetzungen nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 für das Betriebsjahr 2019 vorliegen und empfiehlt die Auszahlung des KWK-Bonus für den gesamten im Zeitraum vom 1. Januar 2019 bis 31. Dezember 2019 eingespeisten KWK-Strom (vgl. GA Stammanlage 2019, Bl. 640 d. A.; GA Satelliten-BHKW 2019, Bl. 650 d. A.). Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Wärmenutzung lägen nicht vor (vgl. GA Stammanlage 2019, Bl. 643 d. A.; GA Satelliten-BHKW 2019, Bl. 653 d. A.).

3. Der Klägerin steht allerdings mangels einer den Verzug begründenden Mahnung kein Anspruch gemäß § 288 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 286 BGB auf die mit dem Klageantrag 1b bis zur Zahlung durch die Beklagte am 9. Juli 2019 geltend gemachten Verzugszinsen für die im einstweiligen Verfügungsverfahren zugesprochenen Abschlagszahlungen auf den KWK-Bonus zu.

a) Die Klägerin hat weder vorgetragen noch ist ersichtlich, dass sie die Beklagte vor deren Zahlung gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB gemahnt hat. Zwar steht gemäß § 286 Abs. 1 Satz 2 BGB einer Mahnung die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich. Hierzu zählt auch ein Antrag auf Erlass einer Leistungsverfügung (vgl. BeckOGK BGB/Dornis, § 286 Rn. 175 [Stand: 1. Oktober 2022]). Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten ist ihr der Antrag der Klägerin jedoch erst zusammen mit der einstweiligen Verfügung des Senats vom 2. Juli 2019 und damit allenfalls wenige Tage vor der Zahlung zugegangen (vgl. S. 9 des Schriftsatzes vom 23. Oktober 2019). Da die Zinspflicht entsprechend § 187 Abs. 1 BGB erst am Tag nach dem Eintritt des Verzugs beginnt und der genaue Zugangszeitpunkt nicht vorgetragen ist, scheidet ein Anspruch auf Verzugszinsen aus.

b) Keine abweichende Bewertung folgt aus § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Danach bedarf es keiner Mahnung, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Diese Voraussetzungen liegen jedenfalls für den Zeitraum vor der Zustellung der Antragschrift und der einstweiligen Verfügung nicht vor. Eine ernsthafte und endgültige Weigerung, Abschläge auf den KWK-Bonus für das Betriebsjahr 2019 zu zahlen, folgt insbesondere nicht aus dem Schreiben der Beklagten vom 22. Mai 2019 (vgl. Anlage B 10, Bl. 134-135 d. A.). Darin teilt die

Beklagte zwar mit, dass sie auch nach Prüfung der Bestätigung des Umweltgutachters vom 15. Mai 2019 die Einhaltung der Voraussetzungen des KWK-Bonus weiterhin als nicht nachgewiesen ansehe. Diese Bestätigung bezieht sich allerdings auf das Betriebsjahr 2018, weshalb die Beklagte in diesem Schreiben auch nur für dieses Betriebsjahr den KWK-Bonus zurückfordert und einen Teil dieses Rückforderungsanspruchs mit dem Anspruch der Klägerin auf die EEG-Grundvergütung aufrechnet. Da die Voraussetzungen für den KWK-Bonus für jedes Betriebsjahr nach Anlage 3 Abschnitt 2 EEG 2009 gesondert nachgewiesen werden müssen, liegt in der Geltendmachung eines Rückforderungsanspruchs für das Betriebsjahr 2018 noch keine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Abschlagszahlungen für das Betriebsjahr 2019.

4. Darüber hinaus hat die Klägerin keinen Anspruch auf die mit dem Klageantrag 1c geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen.

a) Für die außergerichtliche Tätigkeit des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vor dem einstweiligen Verfügungsverfahren scheidet ein Anspruch auf Kostenerstattung daran, dass sich die Beklagte im Zeitpunkt des Tätigwerdens des klägerischen Prozessbevollmächtigten nach den vorstehenden Ausführungen noch nicht im Verzug mit den ursprünglich geltend gemachten Abschlagszahlungen befunden hat.

b) Weiter besteht gemäß §§ 677, 683, 670 BGB kein Anspruch auf Ersatz der Rechtsanwaltskosten für das nach dem Erlass der einstweiligen Verfügung erstellte Abschlusschreiben vom 9. Juli 2019. Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist, dass die Versendung des Abschlusschreibens erforderlich war und dem mutmaßlichen Willen der Beklagten entsprach (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 59/14, juris Rn. 15). Hier war das Abschlusschreiben bereits nicht erforderlich. Es bestehen bereits Zweifel an der Erforderlichkeit eines solchen Schreibens, weil Gegenstand des einstweiligen Verfügungsverfahrens nicht ein (z.B. wettbewerbsrechtlicher) Unterlassungsanspruch, sondern ein Abschlagszahlungsanspruch war, an dessen Stelle erst nach Abrechnung der endgültige Vergütungsanspruch tritt. Jedenfalls hätte die Klägerin der Beklagten eine angemessene Zeit gewähren müssen, um eine Abschlusserklärung un-

aufgefordert von sich aus abgeben zu können (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 17). Diese Wartefrist liegt in der Regel bei zwei Wochen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 22) und ist hier nicht eingehalten worden.

## II.

Die zulässige Widerklage ist insgesamt unbegründet.

1. Der Beklagten steht der vom Landgericht zuerkannte Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten KWK-Bonuszahlungen aus § 57 Abs. 5 Satz 1, Satz 4 EEG 2017 nicht zu. Die Klägerin hat für das gesamte Betriebsjahr 2018 Anspruch auf den KWK-Bonus.

a) Die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nach Anlage 3 Abschnitt I EEG 2009 liegen vor. Insbesondere erfüllt die von der Klägerin in 2018 vorgenommene Wärmeeinspeisung in die beiden Wärmenetze die Anforderungen nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009, weil der Verlust durch die Wärmeverteilung und -übergabe unter 25 % des Nutzwärmebedarfs der angeschlossenen Wärmekunde liegt. Dies ergibt sich aus dem Gutachten des Umweltgutachters Dipl.-Ing. S. über die Einhaltung der Voraussetzungen zum KWK-Bonus für das Betriebsjahr 2018 vom 13. Februar 2019 (Anlage K 5, Bl. 19-24 d. A.) und der Bestätigung dieses Gutachters über die Einhaltung der Voraussetzungen zum KWK-Bonus vom 15. Mai 2019 (Anlage K 20 Bl. 596-600 d. A.). Die dem zugrundeliegenden Wärmeeinspeise- und -abgabemengen sind auch unstrittig. Wie ausgeführt, ist die von den Trocknungsanlagen verbrauchte Wärme als Nutzwärmebedarf anzuerkennen, sodass der Verlust durch Wärmeverteilung und -übergabe unter 25 % liegt. Mit der Bestätigung vom 15. Mai 2019 liegt auch der nach Anlage 3 Abschnitt II Nr. 2 EEG 2009 erforderliche Nachweis vor. Denn der Gutachter bestätigt darin vorbehaltlos, dass die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen und empfiehlt die Auszahlung des KWK-Bonus für den gesamten Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis zum 31. Dezember 2018 (Bl. 600 d. A.).

b) Weiter kann auch für das Betriebsjahr 2018 auf Grundlage einer umfassenden Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls kein rechtsmissbräuchliches Handeln der Klägerin festgestellt werden.

Insbesondere übersteigt nach den ergänzenden, nicht erheblich von der Beklagten in Abrede genommenen Ausführungen des Umweltgutachters der Wärmeeinsatz für die Holz Trocknung die Verdampfungsenthalpie für Wasser erneut jeweils um den Faktor 3,8 und damit in einer Größenordnung wie im Betriebsjahr 2019 (vgl. S. 17 der Stellungnahme vom 8. November 2021, Bl. 552 d. A.).

2. Darüber hinaus hat die Beklagte auch für das Betriebsjahr 2017 keinen Anspruch auf Rückzahlung des KWK-Bonus. Die für den Anspruch auf den KWK-Bonus erforderlichen Voraussetzungen nach Anlage 3 Abschnitt I EEG 2009 liegen vor. Insbesondere erfüllt die von der Klägerin in 2017 vorgenommene Wärmeeinspeisung in die Wärmenetze die Anforderungen nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009, weil der Verlust durch die Wärmeverteilung und -übergabe unter 25 % des Nutzwärmebedarfs der angeschlossenen Wärmekunden liegt. Dies ergibt sich jedenfalls aus den beiden Gutachten des Umweltgutachters Dipl.-Ing. S. über die Einhaltung der Voraussetzungen zum KWK-Bonus für das Betriebsjahr 2017 vom 8. April 2021 (Anlage K 19, Bl. 574-580 d. A. [Satelliten-BHKW] und Bl. 581-587 d. A. [Stammanlage]). Denn der Gutachter bestätigt darin, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 vorliegen und empfiehlt die Auszahlung des KWK-Bonus für den gesamten Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2017 (Bl. 576, 583 d. A.). Die dem zugrundeliegenden Wärmeeinspeise- und – abgabemengen sind auch unstrittig. Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Wärmenutzung sieht er nicht (vgl. Bl. 579, 586 d. A.). Eine solche lässt sich auch im Rahmen einer Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls nicht feststellen.

## C.

### I.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits folgt für beiden Instanzen aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, für die erste Instanz zusätzlich unter Berücksichtigung von § 91 a Abs. 1 und § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO.

1. Der geänderte Klageantrag 1a, mit dem die Klägerin erfolgreich ist, ist mit dem ursprünglichen Klageantrag 1a wirtschaftlich weitgehend identisch. Aus den von

der Beklagten erstellten Erläuterungen zur Jahresausgleichsrechnung 2019 ergibt sich, dass bei Anerkennung der von den Trocknungsanlagen verbrauchten Wärme als Nutzwärmebedarf der endgültige Anspruch auf den KWK-Bonus bis auf eine unstreitige Überzahlung von 4.591,16 € für die Stammanlage und 6.241,81 € für das Satelliten-BHKW (Anlage BK 1 und BK 2, Bl. 960 f. d. A.) den ausgezahlten Abschlagszahlungen entspricht. Die Klägerin unterliegt im Übrigen lediglich mit den ebenfalls geringfügigen und jedenfalls im Zeitpunkt der Berufungseinlegung im Verhältnis zum ursprünglichen Klageantrag 1a als Nebenforderungen nicht streitwerterhöhenden Klageanträgen 1b und 1c. Die Zuvielforderungen der Klägerin sind auch nicht mit einem Gebührensprung verbunden. Demnach ist es gerechtfertigt, der Beklagten gemäß § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Kosten für das Berufungsverfahren vollständig aufzuerlegen.

2. Dies gilt auch für die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens. Hierbei war zudem die übereinstimmende Erklärung des ursprünglichen Klageantrags 2 zu berücksichtigen. Den hierauf entfallenden Teil der Kosten hat ebenfalls die Beklagte zu tragen. Denn der Klägerin hat im Zeitpunkt der Klageerhebung nach den obigen Ausführungen auch ein Anspruch auf Abschlagszahlungen auf den KWK-Bonus für Mai und Juni 2019 zugestanden. Der nach Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 erforderliche Nachweis war bereits durch die Vorlage der ursprünglichen Fassung des Gutachtens des Umweltgutachters für das Betriebsjahr 2019 vom 13. April 2019 erfüllt. Denn dieses Gutachten enthält entgegen dem ursprünglichen Gutachten für das Betriebsjahr 2018 keinen Vorbehalt. Außerdem können diesem keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Wärmenutzung entnommen werden (vgl. Anlage K 7, Bl. 30-36 d. A.). Schließlich war zulasten der Beklagten bei den Kosten der I. Instanz auch die teilweise Rücknahme des Widerklageantrags zu 1 zu berücksichtigen.

II.

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

D.

Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO wegen grundsätzlicher

Bedeutung der Rechtssache zuzulassen. Es stellt sich die entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage, ob der Nutzwärmebedarf i.S.v. Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 die gesamte Wärmemenge umfasst, die von den an ein Wärmenetz im Sinne dieser Vorschrift angeschlossenen Wärmekunden abgerufen wird, jedenfalls wenn sie für eine zulässige Wärmenutzung verwendet wird. Sofern diese Frage im Sinne der Auslegung des Senats zu beantworten ist, ergibt sich die weitere entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine grundsätzlich förderfähige Wärmenutzung i.S.v. Anlage 3 Abschnitt III Nr. 2 EEG 2009 im Einzelfall rechtsmissbräuchlich ist. Beide Fragen stellen sich über den hiesigen Einzelfall hinaus auch in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen. Die entscheidungserheblichen Vorschriften zur Gewährung des KWK-Bonus sind zwar inzwischen aufgehoben worden. Für Altanlagen haben die Vorschriften in der Anlage 3 EEG 2009 nach den o.g. maßgeblichen Übergangsvorschriften jedoch bis zum Ablauf des jeweiligen Förderzeitraums weiterhin Bedeutung.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird vor dem Hintergrund, dass der geänderte Klageantrag 1a mit dem ursprünglichen Klageantrag 1a wirtschaftlich weitgehend identisch ist, gemäß § 63 Abs. 2, § 45 Abs. 1 Satz 1, § 48 Abs. 1 GKG i.V.m. § 3 ZPO auf bis zu 550.000 € festgesetzt.

...

...

...