BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 194/12

Verkündet am:
6. November 2013
Ermel
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

EEG 2012 § 66; EEG 2009 § 8, § 16, § 66; EEG 2004 § 8; ZPO § 256

Der vorübergehende Einsatz von fossilen Energieträgern zur Befeuerung einer Biogasanlage führt auch unter Geltung des EEG 2009 nicht zu einem endgültigen Wegfall des Vergütungsanspruchs nach § 16 Abs. 1 EEG 2009.

BGH, Urteil vom 6. November 2013 - VIII ZR 194/12 - OLG Schleswig
LG Itzehoe

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 2013 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Milger sowie die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerinnen wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 15. Juni 2012 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 6. Juli 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als in der Hauptsache zum Nachteil der Klägerinnen erkannt worden ist.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe vom 7. März 2011 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens in der Hauptsache und die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerinnen betreiben jeweils eine Biogasanlage in T. (im Folgenden: Anlage). Sie begehren gegenüber der Beklagten als Betreiberin des zu ihren Anlagen nächstgelegenen Netzes die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, den in den Anlagen regenerativ erzeugten Strom nach Maßgabe der Regelungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes abzunehmen und zu vergüten. Erzeugt wird der Strom jeweils durch ein Blockheizkraftwerk,

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

welches dazu mit dem in den Anlagen gewonnenen Biogas versorgt wird. Eine zur Erzeugung des Biogases benötigte Zünd- und Stützfeuerung wird mittels Einsatzes von Pflanzenölmethylester (Biodiesel) betrieben.

2 Im Dezember 2007 wurden die zu diesem Zeitpunkt bereits errichteten Generatoren der Blockheizkraftwerke mit fossilen Brennstoffen einmalig zur kurzfristigen Stromerzeugung in Gang gesetzt. Ab den Monaten März/April 2008 erfolgten mittels des in beiden Anlagen erzeugten Biogases Stromeinspeisungen in das Netz der Beklagten. Im Zeitraum von Juni bis Anfang August 2008 wurden die Anlagen anstelle von Biodiesel mit fossilem Heizöl befeuert. Als die Beklagte von dem Einsatz des Heizöls erfuhr, kündigte sie mit Schreiben vom 6. Juli 2010 die bestehenden Verträge und erklärte, keinerlei Zahlungen mehr an die Klägerinnen erbringen zu wollen, da deren Vergütungsanspruch durch die Befeuerung der Anlagen mit Heizöl entfallen sei.

3 Der Klage festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den von den Klägerinnen in den beiden Biogasanlagen am Standort R. regenerativ produzierten Strom über den 15. Juli 2010 hinaus nach den gesetzlichen Regelungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes abzunehmen und zu vergüten, hat das Landgericht stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Klägerinnen ihr Feststellungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

I.

5 Das Berufungsgericht (OLG Schleswig, ZNER 2012, 518) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Die Feststellungsklage sei zulässig. Denn durch den Feststellungsantrag der Klägerinnen könne der zwischen den Parteien bestehende Streit über die Vergütungspflicht der Beklagten auch ohne konkreten Leistungsantrag beigelegt werden, da zwischen ihnen jedenfalls im Ansatz Einigkeit über die Höhe des zu zahlenden Entgelts bestehe. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe auch nie ein ernsthafter Streit über die Auszahlung eines über die Grundvergütung hinausgehenden Bonus für nachwachsende Rohstoffe bestanden, da sie selbst ihre Zahlungspflicht für den Fall nicht in Abrede genommen habe, dass die Anlagen tatsächlich erst im August 2008 in Betrieb genommen worden seien.

7 Die Klage sei jedoch nicht begründet, weil die Klägerinnen gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der Vergütung gemäß § 16 Abs. 1 EEG für den in den beiden Anlagen erzeugten Strom hätten. Voraussetzung dafür sei, dass der eingespeiste Strom aus Anlagen stamme, die ausschließlich Strom aus Erneuerbaren Energien erzeugten. Dies sei nur dann der Fall, wenn derartige Anlagen nach ihrer Inbetriebnahme nur noch und ausschließlich mit erneuerbaren Energieträgern betrieben würden. Daran fehle es hier. Schon aus dem Wortlaut der genannten Vorschrift ergebe sich, dass ein einmal mit erneuerbaren Energieträgern aufgenommener Betrieb solcher Anlagen nicht durch den Einsatz fossiler Energieträger unterbrochen werden dürfe, wenn die Förderung nach dem EEG erhalten bleiben solle. Auch aus dem systematischen Zusammenhang von § 16 Abs. 1 und 6 EEG folge, dass der Einsatz fossiler Energieträger nach Inbetriebnahme der Anlage die Vergütung nach § 16 Abs. 1 EEG ausschließe. Beide Bestimmungen hätten denselben Regelungsgegenstand, nämlich die Entstehung der Vergütung nach dem EEG; sie regelten demzufolge

denselben Sachverhalt nur unter verschiedenen Voraussetzungen. Wenn aber nach § 16 Abs. 6 EEG die Vergütung schon für einen Zeitraum nicht entstehe, in dem vergleichsweise marginale Zulassungsvoraussetzungen fehlten, habe die damit verbundene Sanktion erst recht und verschärft einzugreifen, wenn die zentrale Voraussetzung für die Begründung der erhöhten Vergütung nach dem EEG fehle oder wegfalle. Der in § 16 Abs. 6 EEG ausdrücklich geregelte leichtere Fall führe lediglich zu einem zeitweiligen Wegfall der Vergütung, während der schwerere Fall die Vergütung vollständig für die Zukunft entfallen lasse.

8 Der Regelungszweck des EEG erfordere auch eine derartige Sanktionierung. Denn dieser Zweck bestehe in der bei wechselnden Betriebsarten sonst nicht erreichbaren Sicherstellung einer dauerhaften Basis der Energiegewinnung aus erneuerbaren Energieträgern. Wie die Wortwahl in § 16 Abs. 1 EEG deutlich zeige, solle vermieden werden, dass ein Betreiber je nach Marktlage nur kurzfristig erzielbare Vorteile durch einen Wechsel der Energieträger ausnutze. Damit lasse sich aus § 16 Abs. 1 EEG die Umsetzung der Absicht des Gesetzgebers ableiten, durch die Ausgestaltung der Vergütungsregeln auf die Einhaltung der Energieerzeugung ausschließlich aus Erneuerbaren Energien einzuwirken und über ein abgestuftes System von Sanktionen je nach möglicher Pflichtverletzung die Erfüllung der Pflichten aus dem EEG zu erzwingen. Auch die Möglichkeit, ursprünglich unter Einsatz von fossilen Energieträgern betriebene Altanlagen für die Zukunft so umzustrukturieren, dass die von ihnen erzeugten Strommengen nach § 16 Abs. 1 EEG eingespeist und vergütet werden könnten, biete keinen Anlass, den zeitweisen Einsatz von fossilen Energieträgern nach Inbetriebnahme solcher Anlagen zuzulassen. Vielmehr setze die Aufnahme des nun auf den Einsatz erneuerbarer Energieträger umgestellten Betriebs ab diesem Zeitpunkt die Ausschließlichkeit gemäß § 16 Abs. 1 EEG in Gang. Denn erst zu diesem Zeitpunkt sei die Anlage, auch wenn sie vorher unter Einsatz fossiler Energieträger betrieben worden sein sollte, als Anlage mit erneuerbaren Energieträgern in Betrieb genommen.

9 Mit Rücksicht auf den unstreitigen Einsatz von fossilen Energieträgern im Zeitraum von Juni bis Anfang August 2008 bestünde deshalb ein Vergütungsanspruch gegen die Beklagte nur dann, wenn der Einsatz der fossilen Energieträger lediglich im Rahmen eines konventionellen Anfahrbetriebs erfolgt wäre und damit noch keine Inbetriebnahme der Anlagen zur dauerhaften Erzeugung von Energie aus Biomasse vorgelegen hätte. Denn maßgeblich für das Bestehen von Ansprüchen nach § 16 Abs. 1 EEG sei der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlagen. Insoweit bestimme der gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 anwendbare § 8 EEG 2004, dass für Anlagen mit einer Inbetriebnahme nach dem 31. Dezember 2006 die Stütz- beziehungsweise Zündfeuerung ausschließlich mit Pflanzenöl oder mit Gas hätte durchgeführt werden dürfen. Demzufolge habe ein Einsatz der fossilen Energieträger nach Inbetriebnahme der Anlagen eine unzulässige Mischfeuerung dargestellt, die den Anspruch auf Zahlung der erhöhten Entgelte endgültig habe entfallen lassen. Das sei hier der Fall.

II.

10 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Denn das Berufungsgericht hat eine Verpflichtung der Beklagten, den von den Klägerinnen in den beiden Anlagen regenerativ produzierten Strom über den 15. Juli 2010 hinaus nach den gesetzlichen Regelungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes abzunehmen und zu vergüten, zu Unrecht verneint.

11 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht allerdings das erhobene Feststellungsbegehren als ein gemäß § 256 Abs. 1 ZPO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis angesehen, an dessen Feststellung die Klägerinnen ein rechtliches Interesse haben. Die insoweit erhobene Gegenrüge der Beklagten, die Zulässigkeit der Feststellungsklage hätte verneint werden müssen, weil sie nicht geeignet sei, den zwischen den Parteien bestehenden Vergütungsstreit abschließend zu klären, greift nicht durch. Die Feststellungsklage lässt vielmehr - was für die Bejahung des erforderlichen Feststellungsinteresses ausreicht -

unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit eine sinnvolle und sachgemäße Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte erwarten.

12 a) Durch eine Klage auf Leistung können die Klägerinnen keine rechtskräftige Entscheidung darüber herbeiführen, ob das zwischen den Parteien streitige, über 20 Kalenderjahre zuzüglich des Inbetriebnahmejahres gehende (gesetzliche) Rechtsverhältnis auf Abnahme und Vergütung des von den Klägerinnen in ihren Anlagen erzeugten und der Beklagten angebotenen Stroms aus Erneuerbaren Energien (§ 66 Abs. 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der seit dem 1. Januar 2012 geltenden Fassung des Art. 1 Nr. 41 des Gesetzes vom 28. Juli 2011 [BGBl. I S. 1634; im Folgenden EEG 2012], § 8 Abs. 1 Satz 1, § 16 Abs. 1 Satz 1, § 66 Abs. 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 25. Oktober 2008 [BGBl. I S. 2074] in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung [im Folgenden: EEG 2009], § 8 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004 [BGBl. I S. 1918] in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung [im Folgenden: EEG 2004]) fortbesteht. Denn eine Leistungsklage auf Abnahme und Vergütung des jeweils angebotenen Stroms ist nicht geeignet, eine rechtskräftige Entscheidung darüber herbeizuführen, ob eine solche Verpflichtung auch über die gesamte im Gesetz vorgesehene Laufzeit zu den dafür vorgesehenen Bedingungen besteht (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2002 - XII ZR 234/99, NJW-RR 2002, 1377 unter 2 b). Der Streit der Parteien weist über den Regelungsgegenstand einer solchen Leistungsklage hinaus, da er darauf gerichtet ist, verbindlich zu klären, ob die Klägerinnen durch den Einsatz fossiler Brennstoffe ihre Ansprüche gegenüber der Beklagten auf Abnahme und Vergütung des angebotenen Stroms nicht nur für die Vergangenheit, sondern auch für die Zukunft endgültig verloren haben.

13 Es kann dahinstehen, ob es den Klägerinnen möglich und zumutbar gewesen wäre, daneben zugleich eine Klage auf künftige Abnahme und Vergütung (§ 259 ZPO) zu erheben. Denn die Möglichkeit einer solchen Klage steht

der Zulässigkeit einer Feststellungsklage und dem dafür nach § 256 Abs. 1 Satz 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse nicht entgegen (Senatsurteil vom 21. Januar 2004 - VIII ZR 99/03, NJW-RR 2004, 586 unter II 1 a).

14 b) Auch die von der Revisionserwiderung erhobene Gegenrüge, das Berufungsgericht hätte das gemäß § 256 Abs. 1 Satz 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse schon deshalb verneinen müssen, weil das Feststellungsbegehren nicht geeignet sei, den zwischen den Parteien bestehenden Vergütungsstreit abschließend zu entscheiden, greift nicht durch. Insoweit kann dahinstehen, ob der Auffassung des Berufungsgerichts gefolgt werden kann, dass der Feststellungsantrag der Klägerinnen geeignet sei, auch im Hinblick auf eine von der Beklagten in Abrede genommene Vergütungspflicht für den von den Klägerinnen gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009, § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 beanspruchten Bonus für nachwachsende Rohstoffe (sog. Nawaro-Bonus) ein für alle Mal Klarheit über die zwischen den Parteien zur Vergütungshöhe bestehenden Streitfragen zu schaffen. Denn zum Zeitpunkt der Klageerhebung hat nur darüber Streit geherrscht, ob die Verwendung von Heizöl zur Zünd- und Stützfeuerung im Zeitraum von Juni bis Anfang August 2008 eine anschließende Abnahme- und Vergütungspflicht der Beklagten nach Maßgabe der gesetzlichen Regelungen des EEG für den aus den Anlagen der Klägerinnen angebotenen Strom von vornherein ausschließt. Erst im weiteren Verlauf des Rechtsstreits ist der Streit hinzugekommen, ob über die Grundvergütung hinaus der Nawaro-Bonus zu gewähren ist. Dies hat der in zulässiger Weise erhobenen Feststellungsklage die ursprünglich gegebene Zulässigkeit nicht mehr entziehen können.

15 In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass eine ursprünglich in zulässiger Weise erhobene Feststellungsklage nicht dadurch unzulässig wird, dass im Verlaufe des Rechtsstreits die Voraussetzungen für den Übergang zu einer Leistungsklage eintreten und es dem Kläger nachträg-

lich möglich wird, zu einer Leistungsklage überzugehen (BGH, Urteile vom 28. September 2005 - IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181 Rn. 8; vom 4. November 1998 - VIII ZR 248/97, NJW 1999, 639 unter II 1 b; jeweils mwN). Für die hier gegebene Fallgestaltung kann nichts anderes gelten. Denn die Durchführung eines Feststellungsverfahrens ist maßgeblich durch den Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit und die damit erstrebte sinnvolle und sachgemäße Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte geprägt (BGH, Urteile vom 15. März 2006 - IV ZR 4/05, NJW 2006, 2548 Rn. 19; vom 9. Juni 1983 - III ZR 74/82, NJW 1984, 1118 unter 3 b; jeweils mwN). Der Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit kann es aber auch rechtfertigen, die begehrte Feststellung auf die hauptsächlichen Streitpunkte - hier die abschließend zu klärende Pflicht der Beklagten zur Abnahme des in den Anlagen der Klägerinnen erzeugten Stroms und zur Zahlung der für die Wirtschaftlichkeit des Anlagenbetriebs essenziellen Mindestvergütung - zu beschränken und weitere Streitpunkte - hier die Verpflichtung zur zusätzlichen Zahlung des Nawaro-Bonus - späterer Klärung zu überlassen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juni 1983 - III ZR 74/82, aaO; BAG, NZA 1995, 190, 192; Urteil vom 3. August 1983 - 5 AZR 15/81, juris Rn. 20). Vor diesem Hintergrund waren die Klägerinnen nicht gehalten, ihr ursprünglich in zulässiger Weise erhobenes Feststellungsbegehren dem im Verlauf des Rechtsstreits zusätzlich aufgetretenen Streit über eine Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des Nawaro-Bonus anzupassen. Zudem wäre es der Beklagten durch Erhebung einer (Hilfs-)Widerklage möglich gewesen, abschließend feststellen zu lassen, dass eine Verpflichtung zur Zahlung dieser Zusatzvergütung nicht besteht.

16 2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht - ohne nähere Begründung - eine Abnahmepflicht der Beklagten für den in den Anlagen der Klägerinnen erzeugten Strom verneint. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 verpflichtet den Netzbetreiber, den gesamten angebotenen Strom aus Erneuerbaren Energien unverzüglich vorrangig abzunehmen, zu übertragen und zu verteilen. Zu diesem abnahme-

pflichtigen Strom zählt auch der in den Anlagen jeweils durch ein Blockheizkraftwerk erzeugte Strom. Denn dieses wird nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit Gas aus Biofermentern betrieben, wobei eine zur Erzeugung des Gases erforderliche Zünd- und Stützfeuerung mittels Einsatzes von Biodiesel erfolgt. Dass zu dieser Zünd- und Stützfeuerung im Zeitraum von Juni bis Anfang August 2008 Heizöl und damit ein fossiler Energieträger eingesetzt worden ist, ist für den (Fort-)Bestand der Abnahmepflicht ohne Bedeutung. Anders als die in § 16 Abs. 1 EEG 2009 geregelte Vergütungspflicht setzt die Abnahmepflicht nicht voraus, dass der Strom aus Anlagen stammt, die ausschließlich Erneuerbare Energien einsetzen. Bei Schaffung des § 4 EEG 2004 ist der Gesetzgeber vielmehr von diesem zuvor auch für eine Abnahmepflicht noch bestehenden Ausschließlichkeitsgrundsatz abgerückt (BT-Drucks. 15/2372, S. 16 ff.; 15/2864, S. 24), da die Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl. L 283 vom 27. Oktober 2001, S. 33) entgegenstehende Vorgaben enthielt. Für die Abnahmepflicht nach § 8 EEG 2009 gilt nichts anderes (BT-Drucks. 16/8148, S. 37 f.).

17 3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Einsatz von fossilem Heizöl zur Befeuerung der Anlagen im Zeitraum von Juni bis Anfang August 2008 nicht zu einem endgültigen Wegfall des Vergütungsanspruchs nach § 16 Abs. 1 EEG 2009 geführt. Die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichts kann weder aus dem in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommenden Ausschließlichkeitsgrundsatz noch aus dem gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 auf die vorliegende Fallgestaltung daneben anwendbaren § 8 Abs. 6 Satz 1 EEG 2004 hergeleitet werden.

18 a) § 16 Abs. 1 EEG 2009 bestimmt, dass Netzbetreiber Anlagenbetreibern Strom aus Anlagen, die ausschließlich Erneuerbare Energien oder Gru-

bengas einsetzen, mindestens nach Maßgabe der dafür jeweils vorgesehenen Vergütungsvorschriften, hier gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 nach Maßgabe von § 8 EEG 2004, vergüten. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich weder dem Wortlaut des § 16 Abs. 1 EEG 2009 noch dem systematischen Zusammenhang mit anderen Vergütungsvorschriften oder dem Regelungszweck des EEG entnehmen, dass ein zeitweiliger Betrieb der Anlagen mit Trägern fossiler Energien, wie ihn das Berufungsgericht für einen kurzen Zeitraum nach der von ihm angenommenen Inbetriebnahme festgestellt hat, gegen den in dieser Bestimmung zum Ausdruck kommenden Ausschließlichkeitsgrundsatz verstößt und deshalb für die anschließende Zeit zu einem dauerhaften Fortfall des Vergütungsanspruchs für den in den Anlagen wieder ausschließlich regenerativ erzeugten Strom führt.

19 aa) Der Wortlaut des § 16 Abs. 1 EEG 2009 ist lediglich insoweit eindeutig, als danach Strom nur vergütet wird, der in Anlagen erzeugt wird, die ausschließlich Erneuerbare Energien einsetzen, so dass etwa in Fällen einer gleichzeitigen (kumulativen) Nutzung von erneuerbaren und fossilen Energieträgern zur Stromerzeugung (sog. Mischfeuerung) ein Vergütungsanspruch auch nicht anteilig besteht, sondern vollständig entfällt. Der Wortlaut lässt aber nicht zweifelsfrei erkennen, ob der Begriff "ausschließlich" sich auf den jeweils konkret abgrenzbaren Erzeugungsvorgang in der Anlage und die dabei verwendeten Einsatzstoffe zur Stromerzeugung oder auf die Anlage als solche in ihrer gesamten zeitlichen Erzeugungsdimension bezieht (dazu eingehend Empfehlung 2008/15 der Clearingstelle EEG vom 30. März 2011, Rn. 38 ff., abrufbar unter http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/15). Soweit das Berufungsgericht meint, die in der Vorschrift geregelte Vergütungspflicht für den eingespeisten Strom knüpfe bereits sprachlich nur an das Betreiben der Anlage, die ausschließlich Erneuerbare Energien einsetze, und damit an "einen Vorgang als Erstreckung über die Zeit" an, was sich daraus ergebe, dass die zu zahlende Vergütung an die Anlagenbetreiber zu entrichten sei, kann dem nicht gefolgt

werden. Dies lässt außer Acht, dass durch diese Angabe - wie in Vergütungsregelungen üblich (z.B. § 433 Abs. 2, § 535 Abs. 2, § 581 Abs. 1 Satz 2, § 651a Abs. 1 Satz 2 BGB) - der Gläubiger des Anspruchs bestimmt werden soll und dabei der in § 3 Nr. 2 EEG 2009 definierte Begriff des Anlagenbetreibers verwendet worden ist. Für einen darüber hinausgehenden Bedeutungsgehalt bietet der Wortlaut des § 16 Abs. 1 EEG 2009 dagegen keinen zwingenden Anhalt.

20 bb) Gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung spricht Gesetzeshistorie. Danach war der Ausschließlichkeitsgrundsatz durchgängig auf den jeweils konkreten Stromerzeugungsvorgang und den dabei erfolgten Energieträgereinsatz bezogen (so zutreffend auch die Empfehlung 2008/15 der Clearingstelle EEG, aaO Rn. 64 ff.).

21 (1) In der Gesetzesbegründung zum Stromeinspeisungsgesetz vom 7. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2633), in der dieser Grundsatz erstmals formuliert worden ist, ist unter Abgrenzung zu bestimmten Mischbetriebsfällen ausgeführt, dass die Abnahmepflicht sich nur auf den nachweislich ausschließlich aus Erneuerbaren Energien erzeugten Strom beziehe (BT-Drucks. 11/7971, S. 5). Hieran hat der Gesetzgeber bei Schaffung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 29. März 2000 (BGBl. I S. 305) angeknüpft; in der Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses ist dazu ausgeführt (BT-Drucks. 14/2776, S. 21):

> "Das Gesetz hält an dem aus dem Stromeinspeisungsgesetz bekannten Ausschließlichkeitsprinzip fest, wonach nur diejenige Form der Stromerzeugung privilegiert wird, die vollständig auf dem Einsatz der genannten Energieträger beruht, soweit nicht die Stromerzeugung aus regenerativen Energieträgern erst durch eine Zünd- oder Stützfeuerung möglich wird. Dem Ausschließlichkeitsprinzip wird in aller Regel nicht Genüge getan, wenn etwa Hafenschlick, behandelte Bahnschwellen, Spanplatten mit synthetischen Bestandteilen oder andere schadstoffhaltige Althölzer eingesetzt werden. Entscheidend ist nach dem in § 1 normierten Zweck des Gesetzes die Umwelt- und Klimafreundlichkeit des jeweiligen Verfahrens."

22 Dies hat der Gesetzgeber bei Schaffung des § 5 EEG 2004 wie folgt fortgeführt (BT-Drucks. 15/2327, S. 26; 15/2864, S. 35 f.):

> "Die Vorschrift des Absatzes 1 enthält den Teil des alten § 3 Abs. 1, der die Vergütungspflichten der Netzbetreiber regelt. Netzbetreiber sind danach verpflichtet, denjenigen gemäß § 4 aufgenommenen Strom nach Maßgabe der §§ 6 bis 12 zu vergüten, der ausschließlich aus Erneuerbaren Energien oder ausschließlich aus Grubengas oder ausschließlich aus beiden Energieträgern gleichzeitig gewonnen wird. Das Gesetz hält damit hinsichtlich der Vergütung an dem bereits aus dem Stromeinspeisungsgesetz und dem Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 29. März 2000 (BGBl. I S. 305) ... bekannten Ausschließlichkeitsprinzip fest, wonach grundsätzlich nur diejenige Art der Stromerzeugung privilegiert wird, die vollständig auf dem Einsatz der genannten Energie beruht. Diesem Grundsatz wird auch dann Genüge getan, wenn etwa bei Biogas ... die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien erst durch eine Zünd- oder Stützfeuerung oder durch einen konventionellen Anfahrbetrieb möglich wird ... Denn das Ausschließlichkeitskriterium bezieht sich auf den Prozess der Stromerzeugung selbst, nicht auf die vorbereitenden Schritte..."

23 An dieser auf den jeweiligen Stromerzeugungsprozess bezogenen Sichtweise, an der sich auch der Senat schon in seinem Urteil vom 16. März 2011 (VIII ZR 48/10, WM 2011, 1040 Rn. 21) orientiert hat, hat der Gesetzgeber bei Schaffung des § 16 EEG 2009 festgehalten und in der dazu gegebenen Begründung unter anderem ausgeführt (BT-Drucks. 16/8148, S. 48 f.):

> "Das Gesetz hält hinsichtlich der Vergütung an dem Ausschließlichkeitsprinzip fest, wonach grundsätzlich nur diejenige Art der Stromerzeugung privilegiert wird, die vollständig auf dem Einsatz die genannten Energien beruht...
>
> Ein konventioneller Anfahrbetrieb darf erfolgen; allerdings besteht in diesem Zeitraum kein Anspruch auf Vergütung. Das Ausschließlichkeitskriterium bezieht sich auf den Prozess der Stromerzeugung selbst und nicht auf die vorbereitenden Schritte. Daher ist es unschädlich, wenn z.B. konventionell erzeugter Strom für das Anfahren von Windenergieanlagen eingesetzt wird. Das gleiche gilt für einen Probebetrieb mit nicht erneuerbaren Brennstoffen; dieser steht einer späteren Vergütung nicht entgegen. Die Vergütung kann aber erst gewährt werden, wenn Strom ausschließlich aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas gewonnen wird. Entsprechend kann auch eine Umstellung einer bislang fossil betriebenen Anlage erfolgen. Dabei ist aber die Vorschrift zur Vergütungsdauer zu beachten..."

24 (2) Zugleich machen die Gesetzesmaterialien deutlich, dass dem Gesetzgeber mit der Aufstellung des Ausschließlichkeitsgrundsatzes durchgängig

daran gelegen war, einen in Mischerzeugung, also unter Einsatz von regenerativen und fossilen Energieträgern, gewonnenen Strom von einer vergütungsrechtlichen Privilegierung grundsätzlich auszunehmen und insbesondere auch keine auf den regenerativen Erzeugungsanteil bezogene anteilige Vergütungsprivilegierung zuzulassen (vgl. BT-Drucks. 11/7971, aaO; 14/2776, aaO; 15/2327, S. 21, 31; 15/2864 S. 29, 41; 16/8148, S. 49; ferner Empfehlung 2008/15 der Clearingstelle EEG, aaO Rn. 71). Hingegen ist es dem Gesetzgeber nicht darum gegangen, nur Strom aus solchen Anlagen vergütungsrechtlich zu privilegieren, die über ihre gesamte Einsatzdauer Strom ausschließlich aus Erneuerbaren Energien erzeugen. Dementsprechend hat er keine Kollision mit dem Ausschließlichkeitsgrundsatz bei Anlagen angenommen, die nach vorangegangenem Betrieb mit fossilen Energieträgern auf eine Stromerzeugung mit ausschließlich regenerativen Energieträgern umgestellt werden. Lediglich für die Dauer der vergütungsrechtlichen Privilegierung ist er davon ausgegangen, dass bei einer späteren Umstellung der Anlage auf erneuerbare Energieträger die bereits vorherige, erstmalige Inbetriebnahme mit fossilen Energieträgern maßgeblich sein sollte (BT-Drucks. 16/8148, S. 49, 52).

25 Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich somit, dass der Ausschließlichkeitsgrundsatz sich nur auf den jeweiligen Energieträgereinsatz bezieht und nicht dazu führt, dass für die Anlage als solche dauerhaft das Vergütungsprivileg entfällt.

26 cc) Dieser Befund wird dadurch gestützt, dass der Gesetzgeber an anderer Stelle die fehlende Einhaltung von Vergütungsanforderungen ausdrücklich damit sanktioniert hat, dass die Privilegierung endgültig wegfällt.

27 (1) Für den so genannten Nawaro-Bonus nach § 8 Abs. 2 EEG 2004 bestimmt dessen Satz 4 ausdrücklich, dass der Anspruch auf die erhöhte Vergütung endgültig entfällt, sobald die Voraussetzungen des Bonus nach Satz 1 nicht mehr erfüllt sind. Entsprechendes gilt für die Nachfolgeregelung in Anlage

2 zu § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 unter VII Nr. 2. Der Gesetzgeber hat sich dabei zur Vermeidung von Missbrauchsfällen bewusst für diese einschneidende Regelung entschieden und die Einhaltung der Voraussetzungen für die Gewährung der Zusatzvergütung zusätzlich dadurch absichern wollen, dass als Folge der Nichtbeachtung deren dauerhafter Verlust eintreten sollte (BT-Drucks. 15/2327, S. 30; 15/2864, S. 40; 16/8148, S. 81). Das lässt zugleich erkennen, dass sich der Gesetzgeber nicht nur, wie auch an anderer Stelle geschehen (z.B. § 16 Abs. 5, 6 EEG 2009), mit der Frage von Sanktionen wegen einer Nichteinhaltung von Vergütungsvoraussetzungen befasst hat, sondern dass er Anlass gesehen hat, besonders schwerwiegende Folgen wie einen endgültigen Anspruchsverlust eigens im Gesetzeswortlaut kenntlich zu machen.

28 (2) Anderes ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht aus § 16 Abs. 6 EEG 2009, wonach kein Anspruch auf Vergütung besteht, solange ein Anlagenbetreiber die Verpflichtungen aus § 6 EEG 2009 betreffend die dort geregelten technischen und betrieblichen Vorgaben nicht erfüllt. Durch diese Bestimmung wollte der Gesetzgeber lediglich die Rechtsfolgen der Nichteinhaltung der Anforderungen des § 6 EEG 2009 festgeschrieben wissen (BT-Drucks. 16/9477, S. 23). Aus der Vorschrift und dem in ihr enthaltenen Wort "solange" kann nicht geschlossen werden, dass sie über den konkret verfolgten Regelungszweck hinaus zugleich eine Aussage darüber treffen soll, welche Rechtsfolgen die Nichteinhaltung anderer Vergütungsanforderungen - insbesondere des auf eine andere Thematik bezogenen Ausschließlichkeitsgrundsatzes - nach sich zieht. Auch die vom federführenden Ausschuss gegebene Begründung bietet in dieser Richtung keinen Anhalt.

29 (3) Für die vorliegende Fallgestaltung kommt hinzu, dass der Einsatz des fossilen Energieträgers zur Zünd- und Stützfeuerung vollständig unter der Geltung des EEG 2004 stattgefunden hatte und bei Inkrafttreten des EEG 2009 bereits abgeschlossen war. Die aus § 16 Abs. 6 EEG 2009 hergeleitete und zu

einem vollständigen Anspruchsausschluss führende Auslegung des Berufungsgerichts liefe deshalb auf die unzulässige rückwirkende Neubewertung eines in der Vergangenheit bereits vollständig abgeschlossenen Sachverhalts zu Lasten der Klägerinnen hinaus. Denn für diesen hatte das EEG 2004 lediglich einen zeitlichen Vergütungsverlust für den Einsatzzeitraum des fossilen Energieträgers und gerade keine darüber hinausgehende Rechtsfolge vorgesehen.

30 dd) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erfordert auch der Regelungszweck des EEG keine Sanktionierung durch den vollständigen Wegfall des Vergütungsanspruchs für Anlagen, bei denen nach Inbetriebnahme vorübergehend fossile Energieträger eingesetzt worden sind.

31 (1) Der Ausschließlichkeitsgrundsatz zielt nach den Gesetzesbegründungen durchgängig nur darauf ab, diejenige Form der Stromerzeugung zu privilegieren, die im Interesse der Klima- und Umweltfreundlichkeit des Verfahrens - mit gewissen Ausnahmen etwa bei der Zünd- oder Stützfeuerung - vollständig auf dem Einsatz regenerativer Energieträger beruht (BT-Drucks. 14/2776, aaO; 15/2327, S. 26; 15/2864, S. 35 f.; 16/8148, S. 48 f.). Damit einher geht die Zielsetzung, eine transparente Vergütung auf der Grundlage einfacher Nachweise zu ermöglichen, ohne Umfang und Anteil anderer an der Stromerzeugung beteiligter, aber nicht oder nicht gleichermaßen begünstigter Energieträger herausrechnen oder bewerten zu müssen (Empfehlung 2008/15 der Clearingstelle EEG, aaO Rn. 83; vgl. auch BT-Drucks. 15/2327, S. 31; 15/2864, S. 41; 16/8148, S. 48 f., 55). Eine Erreichung dieser Ziele steht im Falle eines - hier sogar nur kurzzeitigen - Einsatzes fossiler Energieträger bei anschließender Wiederaufnahme einer Befeuerung mit ausschließlich regenerativen Energieträgern aber nicht derart in Frage, dass sie zwingend einen vollständigen Vergütungsausschluss für die gesamte Vergütungsdauer und nicht nur für die ohne Weiteres abgrenzbare Zeit der Befeuerung mit fossilen Energieträgern erfordert.

32 (2) Ein vollständiger Vergütungsausschluss kann auch nicht aus einem vom Berufungsgericht angenommenen, jedoch weder im Gesetzeswortlaut noch in den Gesetzesmaterialien (vgl. BT- Drucks. 15/2864, S. 26 ff.; 16/8148, S. 35 ff.) belegten Regelungszweck des EEG hergeleitet werden, eine dauerhafte Basis der Energiegewinnung aus erneuerbaren Energieträgern sicherzustellen, welche bei wechselnden Betriebsarten nicht gewährleistet wäre. Denn das Berufungsgericht zeigt bereits nicht auf, warum die Sicherstellung einer dauerhaften Basis der Energiegewinnung aus erneuerbaren Energieträgern es gerade erfordern sollte, Anlagenbetreibern, die - wie hier - in ihren Anlagen lediglich für kurze Zeit fossile Brennstoffe einsetzen, den Vergütungsanspruch endgültig zu versagen. Vielmehr stellt - worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat - die Möglichkeit, die Vergütung nach dem EEG erneut zu erhalten, einen Anreiz dar, den Strom wieder ausschließlich durch Erneuerbare Energien zu erzeugen und so die Basis dieser Form der Energiegewinnung zu stärken.

33 Soweit das Berufungsgericht meint, das von ihm angenommene Sicherstellungsziel könne bei wechselnden Betriebsarten nicht erreicht werden, braucht nicht entschieden zu werden, ob eine solche, dem Berufungsgericht ersichtlich vor Augen stehende alternierende Fahrweise, bei der in der Betriebsführung der Anlage ein ständiger Wechsel zwischen Phasen stattfindet, in denen ausschließlich Erneuerbare Energien genutzt werden, und Phasen, in denen auch andere Energieträger eingesetzt werden (dazu Lehnert in Altrock/ Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 16 Rn. 27 mwN), mit dem Ausschließlichkeitsgrundsatz oder weiteren Zielsetzungen des EEG in einer Weise kollidiert, die einen generellen Ausschluss der Vergütung des in einer solchen Anlage erzeugten Stroms für die gesamte Betriebsdauer erfordern könnte. Denn das kann jedenfalls nicht für eine Anlage gelten, die - wie nach den hier getroffenen Feststellungen - nach Inbetriebnahme einmalig für einen kurzen Zeitraum mit fossilen Brennstoffen befeuert worden ist.

34 b) Eine Vergütungspflicht für den von den Klägerinnen in den Anlagen regenerativ erzeugten Strom ist auch nicht gemäß § 8 Abs. 6 Satz 1 EEG 2004 erloschen. Nach dieser Bestimmung entfällt die Pflicht zur Vergütung für Strom aus Anlagen, die - wie hier - nach dem 31. Dezember 2006 in Betrieb genommen worden sind, wenn für Zwecke der Zünd- und Stützfeuerung nicht ausschließlich Biomasse oder Pflanzenölmethylester verwendet wird. Die Bestimmung ist allerdings nicht dahin zu verstehen, dass sie Anlagenbetreibern den Vergütungsanspruch endgültig entzieht, wenn diese über einen bestimmten Zeitraum fossile Brennstoffe für Zwecke der Zünd- und Stützfeuerung einsetzen. Vielmehr erschöpft sich ihr Regelungsgehalt in dem Ausspruch, dass den Betreibern solcher Anlagen ein Vergütungsanspruch nur für Zeiträume zusteht, in denen die Anlagen ausschließlich mit Erneuerbaren Energien betrieben werden.

35 aa) Dass § 8 Abs. 6 Satz 1 EEG 2004 nicht ein Verhalten des Anlagenbetreibers mit einer Sanktion belegt, sondern lediglich die Voraussetzungen für den Vergütungsanspruch neu regelt, ergibt sich bereits aus einem Vergleich mit der Vorschrift des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004, der - wie vorstehend unter II 3 a cc (1) ausgeführt - durch den dort für den Nawaro-Bonus angeordneten dauerhaften Anspruchsverlust die Einhaltung der Vergütungsvoraussetzungen zusätzlich abzusichern sollte. In § 8 Abs. 6 EEG 2004 findet sich hingegen schon dem Wortlaut nach keine vergleichbare Regelung, obgleich dies angesichts des engen räumlichen Zusammenhangs der Normen bei einem vom Gesetzgeber auch insoweit gewollten endgültigen Anspruchsausschluss zu erwarten gewesen wäre. Zudem wird durch die Gesetzesbegründung klar, dass die Bestimmung - anders als § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 - keinen Sanktionscharakter haben sollte. Indem § 8 Abs. 6 EEG 2004 zusätzliche Vergütungsvoraussetzungen aufstellt, sollen die Anlagenbetreiber vielmehr dazu veranlasst werden, an der erwarteten technologischen Weiterentwicklung bei der Zünd- und Stützfeuerung (hin zu einem ausschließlichen Einsatz regenerativer Energieträger)

teilzunehmen und ihre Anlagen entsprechend anzupassen (BT-Drucks. 15/2864, S. 41). Die Bestimmung zielt mithin entscheidend darauf ab, die technischen Standards bei der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien in der Weise zu heben, dass ab dem in der Vorschrift genannten Inbetriebnahmestichtag die Mindestvergütung nur noch erlangt werden kann, wenn auch schon bei der Zünd- und Stützfeuerung ausschließlich regenerative Energieträger eingesetzt werden.

36 bb) Zudem erfordert auch das gesetzgeberische Ziel der technologischen Weiterentwicklung zu seiner Verwirklichung nicht die Sanktion eines endgültigen Wegfalls des Vergütungsanspruchs. Um die Mindestvergütung nach dem EEG zu erhalten, werden die Anlagenbetreiber durch § 8 Abs. 6 EEG 2004 lediglich angehalten, ihre nach dem 31. Dezember 2006 in Betrieb genommenen Anlagen in einer zur Erfüllung der Vergütungsanforderungen geeigneten Weise technisch auszulegen und den Strom entsprechend dieser Auslegung unter Einsatz der dafür zugelassenen regenerativen Energieträger zu erzeugen. Dass die Anlagen der Klägerinnen über diese technische Auslegung verfügen, steht zwischen den Parteien außer Streit. An der Erreichung des vom Gesetzgeber mit § 8 Abs. 6 EEG 2004 angestrebten technischen Standards der Anlagen hat sich nichts dadurch geändert, dass sie gleichwohl zeitweise mit fossilen Brennstoffen betrieben worden sind, weshalb für den so erzeugten Strom ein Anspruch auf die Mindestvergütung nach dem EEG auch nicht bestanden hat. Wenn jedoch eine Anlage - wie hier - den vom Gesetzgeber erstrebten technischen Standard aufweist, ist nicht ersichtlich, warum dem Anlagenbetreiber auch für Zeiträume, in denen er in dieser Anlage den Strom (wieder) in der vom Gesetzgeber geforderten Weise erzeugt, eine Vergütung endgültig versagt werden sollte.

III.

37 Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, weil weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind und die Sache nach den getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da den Klägerinnen danach ein Anspruch auf Abnahme und Vergütung des in ihren Anlagen regenerativ erzeugten Stroms über die bisher vergüteten Zeiträume hinaus zusteht, ist die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Landgerichts zurückzuweisen.

Ball Dr. Frellesen Dr. Milger

Dr. Achilles Dr. Schneider

Vorinstanzen:
LG Itzehoe, Entscheidung vom 13.09.2010 - 3 O 304/10 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 15.06.2012 - 1 U 38/11, 1 U 77/10 -