


<b>Gericht:</b>	Brandenburgisches Oberlandesgericht 6. Zivilsenat	<b>Quelle:</b>	
<b>Entscheidungsdatum:</b>	02.08.2016	<b>Normen:</b>	§ 27 Abs 1 Nr 4 EEG 2009, § 27 Abs 3 Nr 1 Anl 3 EEG 2009, § 3 Abs 4 S 2 KWKG
<b>Aktenzeichen:</b>	6 U 15/14		
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil		

### **Erneuerbare Energien: Grundvergütungsanspruch für die Erzeugung von Strom mittels Kraft-Wärme-Koppelung**

#### **Tenor**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 20.12.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) - 12 O 335/11 - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 2.398.938,87 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.01.2012 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit betreffend die Widerklage in der Hauptsache in Höhe von 9.463,71 € erledigt ist.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen haben die Klägerin 93 %, die Beklagte 7 % zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten der Nebenintervenientin trägt die Klägerin zu 93 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beiden Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

#### **Gründe**

##### **I.**

- 1 Die Klägerin, ein großes Holzbearbeitungsunternehmen mit mehreren Standorten, betreibt in B... ein am 12.01.2009 in Betrieb genommenes Biomasseheizkraftwerk (BHKW B...) mit Kraft-Wärme-Kopplungsanlage, welches aus Biomasse Strom und Nutzwärme erzeugt. Über eine Einrichtung zur Wärmeabfuhr verfügt die Anlage nicht. In dem Kraftwerk mit einer Nennleistung von mehr als 8 MW wird ausschließlich feste Biomasse,

- vornehmlich die in der industriellen Produktion des am selben Standort betriebenen Sägewerks anfallende Rinde verfeuert. Auf dem Betriebsgelände der Klägerin befindet sich keine weitere Biomasseanlage, in der Strom aus nicht nachwachsenden Rohstoffen gewonnen wird.
- 2 Die Beklagte ist die örtliche Netzbetreiberin, die Nebenintervenientin ist die ihr vorgelagerte Netzbetreiberin.
  - 3 Die Klägerin stellt den erzeugten Strom der Beklagten im Wege des § 8 Abs. 2 EEG 2009 kaufmännisch-bilanziell zur Verfügung.
  - 4 In 2010 erzeugte die Klägerin in ihrem BHKW eine Bruttostrommenge von 46.318.872 kWh bzw. eine Nettostrommenge von 42.417.200 kWh und im Jahr 2011 eine Bruttostrommenge von 44.747.428,196016 kWh bzw. eine Nettostrommenge von 40.446.942 kWh. Die Beklagte vergütete den eingespeisten Strom nach Maßgabe des § 27 Abs. 3 EEG 2009 unter Einschluss des sogenannten KWK-Bonus.
  - 5 Mit Schreiben vom 29.12.2009 hatte die Klägerin für das Jahr 2009 auch die Zahlung des Bonus für nachwachsende Rohstoffe (kurz: NawaRo-Bonus) und zwar rückwirkend zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme des BHKW verlangt. Die Beklagte hatte zunächst die Auszahlung verweigert mit der Begründung, dass auch Einsatzstoffe eingesetzt worden seien, die keine nachwachsenden Rohstoffe darstellten.
  - 6 Für das Jahr 2010 zahlte die Beklagte sodann an die Klägerin unter Vorbehalt einen NawaRo-Bonus in Höhe von 2.004.723,06 € brutto. Für das Jahr 2011 zahlte sie ferner für die Monate Januar bis März einen NawaRo-Bonus in Höhe von insgesamt 394.679,52 € brutto (davon 115.710,57 € netto für Januar 2011, 104.672,58 € netto für Februar 2011 und 111.280,31 € netto für März 2011) aus. Die Klägerin nahm die Vorbehaltszahlung an. Ab April 2011 zahlte die Beklagte keinen NawaRo-Bonus mehr an die Klägerin.
  - 7 Im vorliegenden Rechtsstreit streiten die Parteien um die Frage, ob die Klägerin für den Einsatz von in ihrem Sägewerk anfallender Rinde zur Stromgewinnung den NawaRo-Bonus verlangen kann, sowie darum, ob die in das Netz der Beklagten eingespeiste Energie nicht nur in Bezug auf die sogenannte Nettostrommenge, sondern bezüglich der gesamten Bruttostrommenge vergütungsfähig nach den Vorschriften des EEG 2009 sei.
  - 8 Während die Klägerin mit der Klage die Zahlung weiterer Grundvergütung ( § 27 Abs. 3 EEG 2009) für das Jahr 2011 sowie die Zahlung des NawaRo-Bonus für den Zeitraum April 2011 bis September 2011 - bezogen jeweils auf die Bruttostrommenge - begehrt, verlangt die Beklagte im Wege der Widerklage die Rückzahlung von nach ihrer Ansicht zuviel geleisteter Grundvergütung für 2011 sowie den unter Vorbehalt an die Klägerin gezahlten NawaRo-Bonus für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.03.2011 zurück.
  - 9 Die Klägerin ließ sich in den Jahren 2009 bis 2011 die Einsatzstoffe für ihr BHKW von einem mit ihrem Konzern verbundenen Unternehmen, der T... GmbH & Co. KG liefern. Die Parteien streiten darum, woher der von der Klägerin verfeuerte Einsatzstoff stammt und ob die von der Klägerin geführten Einsatzstofftagebücher inhaltlich richtig sind.
  - 10 In 2009 ließ die Klägerin durch die T... GmbH & Co. KG eigene Waldflächen von 15 ha im Zuge der Erschließung eines Baugebietes ernten und verwendete die daraus produzierten Waldhackschnitzel als Einsatzstoff im BHKW. Die Klägerin übergab der Beklagten für die Jahre 2009 bis 2011 Einsatzstofftagebücher, Brennmaterialerfassungen sowie Lieferscheine der T... GmbH & Co. KG. Für die Jahre 2009 und 2010 weisen die Tagebücher den Einsatz von Rinde und Waldhackschnitzel aus, für 2011 ausschließlich den Einsatz von Rinde. Für das Jahr 2009 stimmen die Eintragungen im

Einsatzstofftagebuch mit denjenigen der Brennmaterialerfassung betreffend die Verwendung von Holzhackschnitzeln und Rinde teilweise nicht überein. Nach den Lieferscheinen der T.. GmbH & Co. KG wurden der Klägerin in 2009 und 2010 Energieholz, Holzhackschnitzel und Schreddermaterial geliefert. Analysen der Brennstoffmischung auf dem Schubboden ergaben bei einer Untersuchung am 06.07.2009 einen Aschemasseprozentanteil von 0,8, % und am 02.07.2009 einen solchen von 6,8 %.

- 11 Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, ihr stehe eine Grundvergütung bezogen auf die erzeugte Bruttostrommenge zu, denn tatsächlich gelte diese Menge im Rahmen der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe als an die Beklagte geliefert. Die Vergütungspflicht nach § 16 ff EEG 2009 korrespondiere mit der Gesamtandienungs- und Gesamtabnahmepflicht nach § 8 EEG 2009. Eine Vergütung auf Grundlage der Nettostrommenge im Rahmen der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe stelle eine verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende ungerechtfertigte Bereicherung des jeweiligen Netzbetreibers dar.
- 12 Hinsichtlich des begehrten NawaRo-Bonus hat die Klägerin behauptet, in ihrem BHKW seien seit dessen Inbetriebnahme ausschließlich Rinde und Waldhackschnitzel aus nachwachsenden Rohstoffen als Einsatzstoffe verwendet worden. Im Jahr 2011 sei ausschließlich die im Zuge des Sägeprozesses anfallende Rinde zur Stromerzeugung eingesetzt worden.
- 13 Die Klägerin hat sich dabei auf Einsatzstofftagebücher, Brennmaterialerfassungen und Lieferscheine der T.. GmbH & Co. KG berufen.
- 14 Die Klägerin hat weiter behauptet, soweit das Einsatzstofftagebuch für das Jahr 2009 eine andere Zusammensetzung der Einsatzstoffe als die Brennmaterialerfassung ausweise, beruhe dies auf einem Bearbeitungs-/Schreibfehler. Soweit die Lieferscheine Energieholz, Hackschnitzel oder Schreddermaterial verzeichneten, sei dies auf sprachliche Ungenauigkeiten zurückzuführen. In jedem Falle habe es sich um Einsatzstoffe aus unbehandeltem Neuholz gehandelt, wie sich aus den Revier- und Hiebbezeichnungen auf den Lieferscheinen ergebe.
- 15 Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, ihr stehe ein Anspruch auf Zahlung des Bonus in Höhe von 4 ct/kWh, berechnet auf Grundlage der Bruttostrommenge zu. Der im Jahr 2011 ausschließlich verfeuerte Rohstoff Rinde sei unabhängig von seiner Herkunft als bonusfähiger nachwachsender Rohstoff im Sinne der Anlage 2 EEG 2009 zu qualifizieren. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Wortlaut der Positivliste nach Anlage 2 Abschnitt III Nr. 7, der gegenüber der Generalklausel in Abschnitt II Nr. 1 eine eigenständige rechtliche Bedeutung zukomme. Die Positivliste fingiere die Bonusfähigkeit der in ihr aufgeführten Stoffe. Sie enthalte eine Vielzahl von Stoffen, die die Anforderungen der Generalklausel nach Anlage 2 Abschnitt II Nr. 1 nicht erfüllten und deren Einsatz zur Stromproduktion nach der Wertung des Gesetzgebers gleichwohl förderungswürdig sei.
- 16 Es sei nicht der verminderte Vergütungssatz von 2,5 ct/kWh nach Anlage 2 Abschnitt VI Nr. 1 b) anzuwenden, denn diese Verminderung des Vergütungssatzes gelte ausschließlich für den Einsatzstoff Holz. Rinde sei nicht mit Holz gleichzusetzen, sondern stelle einen eigenständig zu betrachtenden Stoff dar. In Bezug auf Rinde fehle es - anders als bei Holz - an einer Nutzungskonkurrenz, die der Gesetzgeber mit der Regelung in Anlage 2 Abschnitt VI Nr. 1 b) habe vermeiden wollen.
- 17 Ihr Anspruch auf Vergütung sei entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht nachträglich entfallen nach Anlage 2 Abschnitt VII Nr. 2, insbesondere habe sie stets die Einsatzstofftagebücher richtig geführt. Sie habe mit den Tagebüchern den Nachweis erbracht, dass im BHKW nur bonusfähige Stoffe zum Einsatz gekommen seien. Selbst

wenn in den Jahren 2009 oder 2010 zeitweilig Material eingesetzt worden sein sollte, das die Voraussetzungen der Anlage 2 nicht erfüllt, schließe dies eine Bonusfähigkeit des später aufgrund von nachwachsenden Rohstoffen erzeugten Stromes nicht aus.

18 Ihre Klageforderung hat die Klägerin wie folgt berechnet:

19 - **Grundvergütung für 2011** (§ 27 Abs. 1, 3 Nr. 1 EEG 2009) auf Basis der erzeugten Bruttostrommenge (44.747.428,1960160 kWh) in Höhe von **107.042,75 €**:

20	a. Anteil bis 150 kW	11,67 ct x 1.314.000kWh =	153. 343,80 €
	b. Anteil 150 bis 500 kW	9,18 ct x 3.066.000 kWh =	281.458,80 €
	c. Anteil 500 bis 5.000 kW	8,25 ct x 9.420.000 kWh =	3.252.150,00 €
	d. Anteil über 5.000 kW	7,79 ct x 947.428 kWh =	73.804,66 €
		gesamt:	3.760,757,32 €
		gezahlt: ./.	3.653.714,51 €
		Differenz:	<b>107.042,75 € netto</b>

21 - **NawaRo-Bonus für April bis September 2011** (§ 27 Abs. 4 Nr. 1 iVm Anlage 2 EEG 2009) auf Basis der erzeugten Bruttostrommenge (44.747.428,1960160 kWh) in Höhe von **1.490.659,29 €** :

22	a. Anteil bis 500 kW	6 ct x 4.380.000 kWh =	262.800,00 €
	b. Anteil von 500 bis 5.000 kW	4 ct x 39.420.000 kWh =	1.576.800,00 €
		gesamt	1.839.600,00 €
		gezahlt ./.	331.663,46 €
		sowie ./.	17.277,25 €
		Differenz	<b>1.490.659,29 € netto</b>
	Gesamt		<b>1.597.702,04 €</b>
	abzüglich Überzahlung des KWK- Bonus:	./.	129.014,61 €
	zuzüglich Kosten für Zählermiete:		70,44 €
	zuzüglich Umsatzsteuer		279.063,98 €
	<b>Klageforderung</b>	<b>brutto</b>	<b>1.747.821,87 €</b>

23 Hilfsweise stützt die Klägerin ihre Klage auf ihrer Ansicht nach offene restliche Grundvergütung der Jahre 2009 (1.725.864, 55 € brutto/1.450.306,30 € netto) und 2010 (573.648,96 € brutto/482.057,95 € netto).

24 (Wegen der Berechnung im Einzelnen wird auf die Schriftsätze der Klägerin vom 14.06.2012, Bl. 481 ff d.A. sowie vom 09.08.2013, Bl. 941 ff d.A. Bezug genommen).

25 Die Klägerin hat beantragt,

26 die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.747.821,98 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweils geltenden Basiszinssatz aus 104.234,41 € seit dem 15.06.2011, aus weiteren 101.315,97 € seit dem 15.07.2011, aus weiteren 79.680,98 € seit dem 15.08.2011, aus weiteren 75.950,27 € seit dem 15.09.2011, aus weiteren 99.984,52 € seit dem 15.10.2011, aus weiteren 97.231,96 € seit dem 15.11.2011, aus weiteren 136.476,21 € seit dem 15.12.2011, aus weiteren 100.168,32 € seit dem

15.01.2012, sowie aus weiteren 126.523,93 € seit dem 15.02.2012, im Übrigen seit dem 14.08.2012 zu zahlen.

- 27 Die Beklagte hat beantragt,
- 28 die Klage abzuweisen.
- 29 Sie hat die Ansicht vertreten, die Klägerin könne Grundvergütung nur für die sogenannte Nettostrommenge verlangen. Da die Anlage der Klägerin über eine installierte Leistung von mehr als 5 MW verfüge, bestehe gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009 ein Vergütungsanspruch nur, soweit der Strom in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 produziert werde. Das sei nur in Bezug auf die Nettostrommengen der Fall, denn nach Abschnitt I Nr. 1 Anlage 3 EEG 2009 setze die Erzeugung von Strom in Kraft-Wärme-Kopplung voraus, dass es sich um Strom im Sinne des § 3 Abs. 4 KWKG handle. Für Anlagen, die wie die Anlage der Klägerin, nicht über eine Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr verfügten, bestimme § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG, dass die Nettostrommenge als KWK-Strom anzusehen sei. Nach der Konzeption des EEG 2009 fielen die Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers auseinander. Das habe seinen Grund darin, dass der Gesetzgeber über die Vergütungspflicht den Ausbau der Erneuerbaren Energien nach Förderbedürftigkeit und -würdigkeit steuere.
- 30 Der Klägerin stehe kein Anspruch auf den NawaRo-Bonus zu. Die von ihr eingesetzte Rinde aus der industriellen Sägewerksproduktion erfülle nicht die nach der Definition in Anlage 2 Abschnitt II Nr. 1 geforderten Kriterien für nachwachsende Rohstoffe. Auch die in der Positivliste (Anlage 2 Abschnitt III) genannten Stoffe seien nur bonusfähig, wenn sie die Voraussetzungen der Generalklausel nach Abschnitt II Nr. 1 erfüllten, denn die Positivliste stelle eine Konkretisierung der Generalklausel dar. Gegen die Qualifikation von Sägewerksrinde als nachwachsender Rohstoff spreche auch das dem Bonussystem immanente Prinzip, den Einsatz kostengünstiger Stoffe von teuren Energiepflanzen abzugrenzen. Die Rinde falle der Klägerin lediglich im Rahmen anderer Prozesse, nämlich der Schälung in der industriellen Sägewerksproduktion an, als „Abfallprodukte“ sei die Rinde nicht über den NawaRo-Bonus zu vergüten.
- 31 Allenfalls könnte der Klägerin ein Anspruch von 2,5 ct/kWh (Anlage 2 Abschnitt VI Nr. 1 b)) zustehen, da das Holz, von dem die Rinde gelöst werde, weder aus Kurzumtriebsplantagen stamme, noch im Rahmen der Landschaftspflege angefallen sei. Es sei kein Grund ersichtlich, Rinde am Stamm anders zu beurteilen als abgeschälte Rinde.
- 32 Selbst wenn man Sägewerksrinde als nachwachsenden Rohstoff im Sinne der Anlage 2 ansehen wolle, sei der Anspruch der Klägerin auf Zahlung des Bonus aber nach Abschnitt VI Nr. 2 endgültig entfallen. Die Klägerin habe gegen die Voraussetzungen nach Anlage 2 Abschnitt I Nr. 1 a) verstoßen, indem sie, wie sich aus den Lieferscheinen der T... GmbH & Co. KG und der Laboranalyse vom 06.07.2009 ergebe, nicht ausschließlich Material aus unbehandeltem Neuholz eingesetzt habe. Der im Heizkraftwerk mittels Laboranalyse ermittelte Aschemassegehalt von 0,8 % entspreche typischerweise industriell bearbeitetem Holz oder Gebrauchtholz. Wäre tatsächlich Hackgut aus Landschaftspflege zum Einsatz gekommen, wie die Klägerin behauptete, läge der Aschemasseprozentanteil aufgrund des hohen Rindenanteils von Ästen und Sträuchern zwischen 2,5 und 10 %.
- 33 Zudem habe die Klägerin gegen ihre Verpflichtung zur Führung eines ordnungsgemäßen Einsatzstofftagebuches mit Angaben und Belegen über Art, Menge und Einheit sowie Herkunft der eingesetzten Stoffe verstoßen (Anlage 2 Abschnitt I Nr. 1 b). Die Art der eingesetzten Brennstoffe sei nicht ordnungsgemäß dokumentiert, die Brennmaterialerfassungen bzw. Einsatzstofftagebücher der Jahre 2009 und 2010 erfassten nicht das Spektrum unterschiedlicher Hackschnitzel sowie Schredder. und

Energieholz, wie es sich aus den Lieferbelegen ergebe. Ferner sei mit dem hier erfolgten Einsatz von Material aus Durchforstungen und Waldrodungen zum Zweck der Erweiterung von Industriegebietsflächen kein Material aus Landschaftspflege verwendet worden.

- 34 Die Beklagte hat Widerklage erhoben auf Rückzahlung der nach ihrer Ansicht zu viel gezahlten Grundvergütung für das Jahr 2011 in Höhe von 476.808,58 € brutto und der auf den NawaRo-Bonus für das Jahr 2010 und die Monate Januar bis März 2011 geleisteten Zahlungen von insgesamt 2.399.402,58 € brutto (2.004.723,06 € für das Jahr 2010, 394.679,52 € für die Monate Januar bis März 2011).
- 35 (Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 20.08.2015, Bl. 1554 ff d. A., Bezug genommen).
- 36 Nachdem im September 2012 im Rahmen des Wälzungsmechanismus zugunsten der Beklagten eine Rückbilanzierung sowohl für die in 2010 als auch in 2011 eingespeisten Strommengen erfolgt war, hat die Beklagte die Widerklage in Höhe von 234.385,09 € sowie von 251.887,20 € teilweise für erledigt erklärt. Sie hat die sich aus der Wälzung ergebenden „Gutschrift“ von 234.385,09 € vollständig und von 251.887,20 € anteilig verrechnet mit ihrer Widerklageforderung betreffend die unter Vorbehalt gezahlte Grundvergütung für 2011 in Höhe von 476.808,58 € brutto; den verbliebenen Restbetrag von 9.463,71 € hat sie auf die Widerklageforderung betreffend Rückzahlung des unter Vorbehalt gezahlten NawaRo-Bonus für Januar 2011 verrechnet.
- 37 Die Beklagte hat widerklagend beantragt,
- 38 1. die Klägerin zu verurteilen, an sie 2.389.938,88 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
- 39 2. festzustellen, dass die Widerklage in Höhe von 234.385,09 € sowie in Höhe weiterer 251.887,20 € erledigt ist.
- 40 Die Klägerin hat beantragt,
- 41 die Widerklage abzuweisen.
- 42 Sie hat der Teilerledigungserklärung der Beklagten widersprochen, hat Rückzahlungsansprüche in Abrede gestellt und hat ihrerseits hilfsweise die Aufrechnung gegen die Widerklageforderungen der Beklagten erklärt wie folgt:
- 43 Gegen die Rückforderung von gezahlter Grundvergütung für das Jahr 2011 in Höhe von 476.808,58 € brutto abzgl. 234.385,09 € brutto (Teilerledigungserklärung) hat sie mit einem Anspruch auf weitere Grundvergütung für das Jahr 2009 in Höhe von 117.756,62 € als Differenz zwischen der von der Beklagten auf die Nettostrommenge gezahlten Vergütung und des von ihr auf Grundlage der Bruttostrommenge berechneten Vergütungsanspruches aufgerechnet.
- 44 Gegen den nach dieser Hilfsaufrechnung noch verbliebenen Restanspruch der Beklagten auf Rückforderung von Grundvergütung für das Jahr 2011 in Höhe von (242.423,49 € abzgl. 117.756,62 €), mithin 124.666,87 € hat die Klägerin hilfsweise mit einem Anspruch auf Auszahlung von NawaRo-Bonus für das Jahr 2009 in Höhe von 1.608.107,92 € aufgerechnet.
- 45 Schließlich hat sie gegen den von der Beklagten zurückgeforderten NawaRo-Bonus für das Jahr 2010 in Höhe von 2.004.723,06 € mit dem durch die Hilfsaufrechnung noch nicht erloschenen Anspruch auf NawaRo-Bonus für das Jahr 2009 in Höhe von 1.608.107,92 € abzgl. bereits zur Aufrechnung gestellter 124.666,87 €, mithin in Höhe von 1.483.441,05 € hilfsweise aufgerechnet.

- 46 Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil der Klage stattgegeben und die Widerklage als unbegründet abgewiesen.
- 47 Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Klägerin habe Anspruch auf Zahlung des NawaRo-Bonus für den streitgegenständlichen Zeitraum in 2011, weil die in diesem Jahr zur Energiegewinnung eingesetzte Rinde als nachwachsender Rohstoff zu qualifizieren sei, wie aus Anlage 2 Abschnitt III Nr. 7 folge.
- 48 Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass die Klägerin im Jahr 2011 ausschließlich Rinde zur Energiegewinnung verbrannt habe.
- 49 Der Anspruch auf NawaRo-Bonus sei nicht aufgrund des Einsatzes nicht bonusfähigen Materials in den Jahren 2009/2010 entfallen. Jedenfalls für das Jahr 2010 habe die Klägerin bewiesen, dass neben der Rinde nur Waldhackschnitzel als Einsatzstoffe verwendet worden seien und damit bonusfähiges Material. Ob dies auch für das Jahr 2009 gelte, könne dahinstehen. Denn die Regelung in Anlage 2 Abschnitt VII Nr. 2, wonach der Anspruch auf den Bonus endgültig entfalle, wenn die Voraussetzungen der Anlage 2 nicht mehr erfüllt seien, müsse aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dahin ausgelegt werden, dass sie einen Bonus-Ausschluss nur begrenzt, etwa für die Dauer eines Kalenderjahres, bewirke. Der NawaRo-Bonus sei in Höhe von 4 ct/kWh gerechtfertigt, die Regelung in Anlage 2 Abschnitt VI Nr. 1 b) betreffend die Verminderung der Vergütung auf 2,5 ct/kWh beziehe sich nur auf das Einsatzmaterial „Holz“ und erfasse Rinde nicht.
- 50 Die Klägerin habe darüber hinaus Anspruch auf ausstehende Grundvergütung 2011, die richtigerweise auf Grundlage der gelieferten Bruttostrommenge zu berechnen sei. Die Nettostrommenge sei nur maßgeblich für die Festlegung der Höhe des KWK-Bonus.
- 51 Die Widerklage sei demzufolge unbegründet.
- 52 Gegen dieses ihr am 10.01.2014 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit am 04.02.2014 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese innerhalb verlängerter Frist mit am 22.04.2014 eingegangenem Schriftsatz begründet.
- 53 Die Beklagte vertritt weiter die Auffassung, Grundvergütung für den aus der Anlage der Klägerin eingespeisten Strom nur im Umfang der sogenannten Nettostrommenge zu schulden. Dies ergebe sich aus § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009, der die vergütungspflichtige Strommenge aus Großkraftwerken generell beschränke. Das Landgericht habe den Bedeutungsgehalt des § 18 Abs. 2 EEG 2009 verkannt, der nur der Aufteilung der vergütungsfähigen Strommengen auf die verschiedenen Leistungsstufen zur Bestimmung der Höhe der Vergütung im Sinne von § 18 Abs. 1 diene.
- 54 Der Klägerin stehe auch kein Anspruch auf Zahlung des NawaRo-Bonus für vergütungspflichtige Strommengen aus dem Jahre 2011 zu, auch wenn in diesem Jahr ausschließlich Rinde und kein anderer Einsatzstoff verfeuert worden sein sollte. Die Rinde sei bloßes Abfallprodukt im industriellen Produktionsprozess des von der Klägerin betriebenen Sägewerks und sei nicht als nachwachsender Rohstoff im Sinne der Anlage 2 EEG 2009 zu bewerten.
- 55 Jedenfalls sei ein etwaiger Anspruch auf NawaRo-Bonus infolge unrichtiger Angaben der Klägerin in ihren Einsatzstofftagebüchern endgültig und dauerhaft entfallen. Die von der Klägerin in den Jahren 2009 und 2010 neben der Rinde verfeuerten Waldhackschnitzel stellten kein bonusfähiges Landschaftspflegematerial dar, sondern seien in forstwirtschaftlichen Betrieben bei der Durchforstung bzw. Rodung angefallenes, nicht bonusfähiges Waldrestholz.
- 56 Entgegen der Auffassung des Landgerichts führe ein Verstoß gegen die Anforderungen

der Anlage 2 EEG 2009 betreffend Führung des Einsatzstofftagebuches zu einem endgültigen Entfallen des Anspruchs auf NawaRo-Bonus.

- 57 Im Ergebnis habe sie, die Beklagte, die mit der Widerklage geltend gemachten Beträge an die Klägerin ohne Rechtsgrund gezahlt. Ihr stehe daher wegen ungerechtfertigter Bereicherung ein Anspruch auf Rückzahlung der im Jahr 2011 überzahlten Grundvergütung in Höhe von 476.808,58 € brutto sowie des NawaRo-Bonus für das Jahr 2010 in Höhe von 2.004.723,06 € brutto sowie für die ersten drei Monate des Jahres 2011 in Höhe von 394.679,52 € brutto zu. In Höhe von gesamt 486.272,29 € sei Erledigung der Widerklage eingetreten.
- 58 Die Nebenintervenientin schließt sich der Rechtsansicht der Beklagten an. Soweit die Klägerin behaupte, den gesamten erzeugten Strom der Beklagten anzudienen und den für den Eigenverbrauch benötigten Strom zuzukaufen, sei maßgeblich, dass es sich bei der Strommenge im Umfang des Zukaufs nicht um KWK-Strom im Sinne des § 3 Abs. 5 KWKG handele. Es fehle insoweit an einer Andienung gegenüber dem Netzbetreiber. Die Klägerin diene der Beklagten allenfalls die KWK-Nettostrommenge zzgl. einer gegebenenfalls zugekauften, nicht in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strommenge an.
- 59 Die Beklagte und die Nebenintervenientin beantragen, in Abänderung des angefochtenen Urteils
- 60 die Klage abzuweisen sowie
- 61 im Wege der Widerklage die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 2.389.938,88 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen sowie
- 62 festzustellen, dass die Widerklage im Übrigen erledigt ist.
- 63 Die Klägerin beantragt,
- 64 die Berufung zurückzuweisen.
- 65 Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil. Beanstandungsfrei habe das Landgericht für den Umfang der zu vergütenden Strommenge auf § 18 Abs. 2 EEG 2009 abgestellt und insoweit eine der Systematik sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung entsprechende Auslegung der Vorschrift vorgenommen. Der gesetzgeberischen Intention, größere Anlagen im Vergleich zu kleineren weniger zu fördern, werde bereits durch eine Reduzierung der Fördersätze ab bestimmten Schwellenwerten Rechnung getragen. Weitere Kürzungen seien vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt gewesen. § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG sei nicht für die Bestimmung des Umfangs der zu vergütenden Strommengen heranzuziehen und stehe einer Abrechnung auf Basis der Bruttostrommenge nicht entgegen. Der Verweis in § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009 auf Anlage 3 EEG 2009 nötige nicht zu einer anderen Betrachtung, weil Anlage 3 nur für die Berechnung des KWK-Bonus, nicht aber für die Berechnung der Grundvergütung maßgeblich sei. Die Auffassung der Beklagten führe dazu, dass jede Anlage, die produzierten EEG-Strom kaufmännisch-bilanziell weitergebe, sich von vornherein eine Kürzung der EEG-Vergütung in Höhe ihres Eigenbedarfs gefallen lassen müsse. Dies sei mit dem gesetzgeberischen Regelungsmodell nicht kompatibel.
- 66 Sie habe auch Anspruch auf den NawaRo-Bonus. Die im Jahr 2011 ausschließlich verfeuerte Sägewerksrinde stelle einen nachwachsenden Rohstoff im Sinne der Anlage 2 EEG 2009 dar. Der Gesetzgeber habe die Generalklausel in Anlage 2 Abschnitt II Nr. 1 durch eine Positiv- und eine Negativliste ergänzt, um alle relevanten Stoffe biogenen Ursprungs zu erfassen.



- 67 Der Anspruch auf den NawaRo-Bonus sei auch nicht endgültig entfallen. Die Einsatzstofftagebücher seien nicht unrichtig geführt worden, die benannten Einsatzstoffe seien tatsächlich verfeuert worden. Der Begriff „nachwachsender Rohstoff“ sei weit auszulegen und erfasse das gesamte von ihr eingesetzte Material. Dazu zähle insbesondere auch Material aus forstwirtschaftlichen Maßnahmen und solchen zur Befreiung gerodeter Flächen von Restholz.
- 68 Im Ergebnis stehe ihr ein NawaRo-Bonus in Höhe von 4 ct/kWh zu.
- 69 Wegen des weiteren Sach- und Streitstand wird auf den Inhalt des angefochtenen Urteils sowie auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.
- 70 Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 28.07.2016 hat die Klägerin u.a. weiter zu der der Grundvergütung unterfallenden Strommenge vorgetragen sowie erklärt, nicht weiter an ihrer Hilfsaufrechnung mit dem Anspruch auf Zahlung des NawaRo-Bonus für das Jahr 2009 gegen die Widerklageforderung festhalten zu wollen.

## II.

- 71 Die Berufung der Beklagten ist zulässig (§§ 511, 517, 519, 520 ZPO).
- 72 Sie hat in der Sache ganz überwiegend Erfolg. Das angefochtene Urteil unterliegt der Abänderung, soweit der Klage stattgegeben worden ist (A). Es unterliegt weiter der Abänderung, soweit die Widerklage der Beklagten betreffend den Rückforderungsanspruch für die Jahre 2010 und 2011 sowie die Feststellung, dass die Widerklage in Höhe eines Teilbetrages in Höhe von 9.463,71 € erledigt ist, abgewiesen worden ist (B).
- 73 Keinen Erfolg hat das Rechtsmittel der Beklagten, soweit sie sich gegen die Abweisung ihres Feststellungsantrages im Übrigen wendet.
- 74 A) Die Klage ist unbegründet.
- 75 Die Klägerin kann von der Beklagten weder für das Abrechnungsjahr 2011, noch - wie hilfsweise geltend gemacht, für die Abrechnungsjahre 2009 und 2010 - die Zahlung weiterer Vergütung verlangen.
- 76 Der Klägerin stehen für das Jahr 2011 über die von der Beklagten bereits geleistete Vergütung hinaus weitere Ansprüche für die eingespeiste Strommenge nicht zu. Sie kann weder den Teil des erzeugten Stromes, der die sog. Nettostrommenge übersteigt, vergütet verlangen (1.), noch steht ihr für den im Jahr 2011 erzeugten Strom der sog. NawaRo-Bonus zu (2.).
- 77 1) Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf weitere Grundvergütung, berechnet nach der Bruttostrommenge der eingespeisten Energie, zu (§ 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009).
- 78 a) Die Vergütung des in dem BHKW der Klägerin erzeugten Stroms unterfällt den Regelungen des EEG 2009. Zwar ist das EEG 2009 mit Inkrafttreten des EEG 2014 aufgehoben worden, doch ist mit § 100 Abs. 1 Ziffer 9 und 10 EEG 2014 ein Auffangrecht geschaffen worden, das, vermittelt durch die Übergangsvorschrift des § 66 EEG 2012, die partielle Geltung bestimmter Regeln des EEG 2009 anordnet, soweit es sich auf Anlagen bezieht, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen worden sind (Salje, EEG 2014, 7. Aufl. § 100 Rn 6).
- 79 b) Rechtsfehlerhaft hat das Landgericht insoweit § 18 Abs. 2 EEG 2009 als maßgeblich zur Ermittlung des Umfangs der zu vergütenden Strommenge herangezogen. Nach § 100

Abs. 1 Ziffer 10 lit a) EEG 2014 kommt § 18 Abs. 2 EEG 2009 zwar noch auf Anlagen zur Anwendung, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen worden sind. § 18 Abs. 2 EEG 2009 dient jedoch nicht dazu, den Umfang des zu vergütenden Stroms zu bestimmen, sondern enthält Vorgaben für die Berechnung der Vergütung (Schäferhoff, in: Reshöft, EEG, 3. Aufl. 2009, § 18 Rn 1). Die Vorschrift des § 18 EEG 2009 bezweckt der Abmilderung von Vergütungssprüngen, die beim Überschreiten der in den §§ 23 ff EEG 2009 für die Leistung der Anlagen zugrunde gelegten Schwellenwerte entstehen. Es soll damit eine stufenlose Vergütungsregelung geschaffen werden, um Unbilligkeiten bei Anlagen, die um den Schwellenwert schwanken, zu vermeiden. Nach § 18 Abs. 1 EEG 2009 bestimmt sich die Höhe der Vergütung deshalb jeweils anteilig nach der Leistung der Anlage im Verhältnis zu dem jeweils anzuwendenden Schwellenwert, so wie die §§ 23 ff EEG 2009 in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage unterschiedliche Mindestvergütungssätze festlegen (Prinzip der gleitenden Vergütung, Lehnert, in: Altrock/Oschmann/Theobald, 3. Aufl. § 18 Rn. 1f). Wie die für die Ermittlung der leistungsabhängigen Vergütung heranzuziehende Bemessungsleistung zu bestimmen ist, ist allerdings ohne Relevanz für die Beurteilung der hier streitgegenständlichen

80 Menge des zu vergütenden Stromes.

81 c) Die insoweit relevanten Vergütungsregelungen ergeben sich vielmehr aus §§ 23 ff EEG 2009, die nach § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit c) EEG 2014 auf die streitgegenständliche Anlage zur Anwendung kommen. Für Strom aus Biomasseanlagen bestimmt § 27 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 bei Anlagen mit einer Leistung ab 5 bis unter 20 MW einen Vergütungssatz von 6,0 ct/kWh, wobei der Anspruch nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 bei Anlagen mit einer Leistung von mehr als 5 MW nur besteht, soweit der Strom in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 zu dem EEG 2009 erzeugt wird. Durch die Verwendung des Begriffes „soweit“ hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die Erzeugung des Stroms nach Maßgabe der Anlage 3 Voraussetzung für die Vergütung ist und gleichzeitig eine mengenmäßige Abgrenzung gegenüber solchen Strommengen ermöglicht, die diese Voraussetzung nicht erfüllen. Für den Anteil des Stroms, auf den die Voraussetzung nicht zutrifft, ist keine Vergütung nach dem EEG zu zahlen (Schäferhoff, a.a.O., § 27 Rn. 48).

82 Die Erzeugung von Strom nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 setzt gemäß Abschnitt I Nr. unter anderem nach 1 voraus, dass es sich um KWK-Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG handelt. Verfügt eine Anlage, wie die streitgegenständliche, nicht über eine Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr, gilt nach § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG die gesamte Nettostromerzeugung als KWK-Strom. Danach kann die Klägerin keine Vergütung derjenigen Strommenge verlangen, die sich aus der Differenz zwischen Brutto- und Nettostromerzeugung ergibt.

83 d) Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Klägerin, was die Beklagte zweitinstanzlich in Zweifel gezogen hat, tatsächlich den an ihrem Standort verbrauchten Strom einschließlich des Eigenverbrauchs der Anlage insgesamt ankauft und den gesamten, in der Anlage produzierten Strom in das Netz der Beklagten einspeist. Entgegen der Ansicht der Klägerin bestimmt sich die vergütungspflichtige Strommenge nicht nach der vom Netzbetreiber abgenommenen Menge. Das EEG 2009 enthält differenzierte Regelungen hinsichtlich der Pflichten des Netzbetreibers in Bezug auf Anschluss-, Abnahme- und Übertragungspflichten einerseits (Teil 2) und der Vergütungspflicht (Teil 3) andererseits. Das Gesetz ist zweistufig aufgebaut: es begründet eine Pflicht zum vorrangigen Netzanschluss und zur Abnahme bzw. Übertragung für jede Art von Strom aus Erneuerbaren Energien, wohingegen eine Vergütungspflicht nur für Anlagen besteht, die ausschließlich Erneuerbare Energien einsetzen und die Vergütungsvoraussetzungen der §§ 23 ff EEG 2009 einhalten (Lehnert, a.a.O., § 16 Rn 4). Nach der Systematik des Gesetzes stimmen deshalb die abnahmepflichtigen bzw. die abgenommenen Mengen nicht notwendig mit den vergütungspflichtigen Mengen überein.

- 84 e) Der Beschränkung der Vergütungspflicht auf die Nettostrommenge steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin der Beklagten den Strom nicht physikalisch, sondern nach § 8 Abs. 2 EEG 2009 kaufmännisch-bilanziell weitergibt. Mit dem kaufmännisch-bilanziellen Ansatz sollen volkswirtschaftlich unsinnige Aufwendungen vermieden werden, die dann entstünden, wenn ein Erzeuger von Elektrizität aus Erneuerbaren Energien, der, wie die Klägerin, über ein Firmennetz verfügt, gezwungen wäre, eine Direktleitung in ein Netz nach § 3 Nr. 7 EEG 2009 herzustellen, um in den Genuss der (besonders geförderten) Vergütung für den Strom aus Erneuerbaren Energien zu gelangen (BT-Drs 16/8148, S. 44; BGH B. v. 27.03.2012 - EnVR 8/11, ZNER 2012, 394 Rn. 15). Mit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Einspeisung in das Netz des Netzbetreibers nach Durchleitung durch ein Arealnetz bei gleichzeitigem Stromverbrauch innerhalb dieses Netzes aufgrund physikalischer Gegebenheiten vollständig oder teilweise nur virtuell, also lediglich bilanziell erfolgt. Denn der produzierte Strom wird tatsächlich im Arealnetz ganz oder teilweise verbraucht. Die im Rahmen des kaufmännisch-bilanziellen Ansatzes an den Netzbetreiber weitergegebenen Strommengen sind dann - physikalisch gesehen - diejenigen, die der Anlagenbetreiber für den fiktiven Betrieb der eigenen Anlage zukaufte, wie die Nebenintervenientin zutreffend geltend macht. Diese Strommengen sind allerdings nicht in der Anlage der Klägerin in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt worden, stellen damit keinen KWK-Strom dar und sind nach § 27 Abs. 3 EEG 2009 auch nicht zu vergüten.
- 85 Wollte man dies anders sehen, führte die fiktive Einspeisung aufgrund der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe und der tatsächlichen Entnahme wirtschaftlich dazu, dass der Anlagenbetreiber seinen Selbstverbrauch vergütet erhielte. Dies sieht das EEG 2009 aber nicht vor (BGH, Urt. v. 04.03.2015 - VIII ZR 110/14, Rn 24). Zudem führte dies zu einer Besserstellung des aufgrund der kaufmännisch-bilanziellen Methode einspeisenden Anlagenbetreibers gegenüber dem physikalisch einspeisenden Anlagenbetreiber, was nicht der Zielsetzung des Gesetzes entspricht. Dieses sieht vielmehr in § 8 Abs. 2 EEG 2009 eine Gleichbehandlung von Anlagenbetreibern, die in ein eigenes oder ein Arealnetz einspeisen, mit Anlagenbetreibern, die direkt in ein Netz nach § 3 Nr. 7 EEG einspeisen, vor (BGH, B. v. 27.03.2012 - EnVR 8/11, ZNER 2012, 394, Rn. 19). Das schließt es bereits aus, im Fall der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe den gesamten Bruttostrom zu vergüten, wenn dies bei der physikalischen Einspeisung nach § 27 Abs. 3 EEG 2009 nicht in Betracht kommt.
- 86 f) Der Einwand der Klägerin, sie werde durch die Berücksichtigung der Nettostrommenge ungerechtfertigt benachteiligt, greift nicht durch. Der Gesetzgeber wollte mit dem EEG 2009 die Kraft-Wärme-Kopplung durch gezielte Anreize fördern. Dabei sollen aber kleinere Biomasseanlagen in stärkeren Maße von der Förderung profitieren als große Anlagen, weil letztere geringere Stromgestehungskosten haben und wegen der erforderlichen Transportwege für große Mengen von Einsatzstoffen zu unerwünschten Nebeneffekten führen (BT-Drs 16/8393, S. 2, 77). Diesem Zweck dient unter anderem die Regelung, dass Anlagen mit einer Leistung von über 5 MW die Grundvergütung überhaupt nur gewährt wird, soweit der Strom nach Maßgabe der Anlage 3 erzeugt wird (BT-Drs 16/8148 S. 56, 77). Entgegen der Ansicht der Klägerin war es mithin gerade nicht das Ziel des Gesetzgebers, die stärkere Förderung kleiner Anlagen allein durch die gestaffelten Vergütungssätze zu realisieren (BGH Urt. v. 10.07.2013 - VIII ZR 300/12, Rn. 18).
- 87 Die Klägerin kann auch nicht damit gehört werden, dass die im Gesetz angelegte Ungleichbehandlung von Anlagen verschiedener Größe gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstieße (Art. 3 Abs. 1 GG). Dem Gesetzgeber steht ein weiter Gestaltungsspielraum zu, auf welche Weise er ein als förderwürdig erachtetes Verhalten unterstützen will. In der Entscheidung darüber, welche Personen oder Unternehmen durch finanzielle Zuwendung des Staates gefördert werden sollen, ist der Gesetzgeber

weitgehend frei. Er ist lediglich insoweit gebunden, als er die Leistung nicht willkürlich, das heißt nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten verteilen darf. Solange die Regelung sich nicht auf eine der Lebenserfahrung geradezu widersprechenden Würdigung der jeweiligen Lebenssachverhalte stützt und die Gründe für die Ungleichbehandlung innerhalb eines vertretbaren gesetzgeberischen Konzepts aufeinander abgestimmt sind, kann die Maßnahme verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden (BVerfGE 110, 274 Rn 77; BGH, Urt. v. 10.08.2013 - VIII ZR 300/12, Rn 21). In diesem Rahmen hat sich der Gesetzgeber hier gehalten.

- 88 2) Die Klägerin kann von der Beklagten für das Abrechnungsjahr 2011 auch nicht die Zahlung weiterer Vergütung in Form des NawaRo-Bonus in Höhe von 1.490.659,29 € verlangen.
- 89 Die von der Klägerin im Jahr 2011 als Einsatzstoff verwendete Industriesägewerksrinde stellt bereits keinen nachwachsenden Rohstoff im Sinne des § 27 Abs. 4 Ziffer 2 EEG 2009 dar (a). Jedenfalls wäre der Anspruch der Klägerin aber nach Anlage 2 Abschnitt VII Nr. 2 mit Wirkung auch für die Zukunft endgültig entfallen, weil die Klägerin kein Einsatzstofftagebuch geführt hat, dass den Voraussetzungen nach Anlage 2 Abschnitt I Nr. 1 b) genügt (b).
- 90 a) Der Klägerin steht für den durch Einsatz der in ihrem Sägewerk angefallenen Rinde produzierten Strom nicht der Bonus für nachwachsende Rohstoffe nach § 27 Abs. 4 Ziffer 2 EEG 2009 in Verbindung mit Anlage 2 zu.
- 91 Voraussetzung für den Anspruch ist nach Anlage 2 Abschnitt I Nr. 1, dass der Strom ausschließlich aus nachwachsenden Rohstoffen gewonnen wird (lit a), der Anlagenbetreiber durch ein Einsatzstoff-Tagebuch nachweist, dass keine andern Stoffe eingesetzt worden sind (lit b) und - was zwischen den Parteien unstrittig ist - auf demselben Betriebsgelände keine weitere Biomasseanlage betrieben wird, in der gleichzeitig Strom aus sonstigen Stoffen gewonnen wird (lit c).
- 92 Die in industrieller Produktion von Baumstämmen abgeschälte Rinde stellt keinen nachwachsenden Rohstoff im Sinne von § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 sowie der diese Vorschrift konkretisierenden Anlage 2 dar. Nach der Generalklausel in Anlage 2 Abschnitt II Nr. 1 sind nachwachsende Rohstoffe alle Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die in landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben oder im Rahmen der Landschaftspflege anfallen und die keiner weiteren als der zur Ernte, Konservierung oder Nutzung in der Biomasseanlagen erfolgten Aufbereitung oder Veränderung unterzogen wurden. Rinde aus industriell arbeitenden Sägewerken erfüllt diese Voraussetzung nicht. Rinde als vom Baum getrennter Pflanzenbestandteil fällt bei dem im Unternehmen der Klägerin durchgeführten industriellen Schälprozess in einem Sägewerk und damit nicht in einem landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieb an. Rinde als Bestandteil von Bäumen fällt zwar zunächst in den vorgenannten Betriebsarten an, wird aber in der Folge abgeschält und damit einer weitergehenden als einer nach der Generalklausel zulässigen Verarbeitung unterzogen.
- 93 Entgegen der Ansicht der Klägerin lässt sich auch aus der Erwähnung von Rinde in Anlage 2 Abschnitt III Nr. 7 nicht darauf schließen, dass industriell gewonnene Sägewerksrinde, auch wenn sie die Voraussetzungen der Generalklausel nicht erfüllt, einen nachwachsenden Rohstoff im Sinne des EEG 2009 darstellt. Anlage 2 Abschnitt III enthält eine Positivliste von Stoffen, die als nachwachsende Rohstoffe im Sinne der Generalklausel „gelten sollen“. Dies bedeutet hingegen nicht, dass die in der Liste genannten Rohstoffe als nachwachsend fingiert werden und die Anforderungen der Generalklausel nicht erfüllen müssen. Denn, wie sich aus der Bezugnahme „insbesondere“ ergibt, stellt Abschnitt III (Positivliste) eine beispielhafte Aufzählung der von den allgemeinen Regelungen erfassten Rohstoffe dar, erweitert den

Anwendungsbereich des Gesetzes aber nicht über dessen Wortlaut hinaus. Das entspricht auch der Zielsetzung des Gesetzgebers (BT-Drs 16/8148, S. 80), der mit der Positiv- und der Negativliste unter Abschnitten III und IV den Begriff der nachwachsenden Rohstoffe zu konkretisieren beabsichtigte, um Unsicherheiten bei der Einordnung als nachwachsende Rohstoffe auszuräumen und Rechtsicherheit zu schaffen.

- 94 Auch dass einzelne, in der Positivliste genannte Stoffe die Voraussetzungen der - zu konkretisierenden - Generalklausel in Anlage 2 Abschnitt II Nr. 1 unzweifelhaft nicht erfüllen, lässt entgegen der Ansicht der Klägerin nicht den Schluss zu, dass der Gesetzgeber insgesamt für die in der Positivliste aufgeführten Stoffe unabhängig von den unter Abschnitt II Nr. 1 genannten Kriterien die Qualität als nachwachsender Rohstoff fingieren wollte. Die Klägerin bezieht sich insoweit auf Nr. 5 (Raps- und Sonnenblumenöl), Nr. 6 (Palm- und Sojaöl) und Nr. 9 (Kot und Harn und anderes) der Positivliste. Die Berücksichtigung von Kot und Harn einschließlich Einstreu von Nutztieren und Pferden (Nr. 9) korrespondiert allerdings bereits mit der in § 27 Abs. 4 EEG 2009 vorgesehenen Bonusfähigkeit von Gülle, wie sie in Anlage 2 Abschnitt I Nr. 1 a) festgelegt ist und stellt mithin ebenfalls eine bloße Konkretisierung dar. Die Aufnahme bestimmter Öle unter Nr. 5 und 6, die eine mit der Definition der Generalklausel nicht kompatible Verarbeitung durchlaufen haben müssen, stellt eine systemwidrige Ausnahme dar, lässt aber entgegen der Ansicht der Klägerin nicht den Rückschluss zu, dass sämtliche in der Positivliste genannten Stoffe unabhängig von den Voraussetzungen der Generalklausel den Bonus des § 27 Abs. 4 EEG 2009 auslösen können.
- 95 Dies gilt für Rinde bereits deshalb, weil dieser Stoff in Abschnitt III Nr. 7 in Zusammenhang mit Holz genannt wird, das bestimmte, dieses als nachwachsenden Rohstoff qualifizierende Kriterien erfüllen muss, nämlich dass es entweder als Waldrestholz bei der Durchforstung und bei der Stammholzernte in forstwirtschaftlichen Betrieben angefallen ist bzw. aus Kurzumtriebsplantagen stammt. Bereits dieser Kontext widerspricht der Annahme, Rinde sei herkunftsunabhängig als nachwachsender Rohstoff anzusehen. Vielmehr muss aufgrund des systematischen Zusammenhangs davon ausgegangen werden, dass Rinde das Schicksal des Holzes, an dem sie gewachsen ist, teilt.
- 96 Dies entspricht auch der Zielsetzung des EEG 2009, das neben der Steigerung des Anteils Erneuerbarer Energien an der Energieversorgung im Interesse des Umwelt- und des Klimaschutzes sowie der Sicherung endlicher Ressourcen auch der Wettbewerbsfähigkeit des Stroms aus erneuerbaren Energien Raum einräumt (BT-Drs 16/8148 S. 1). Nach § 1 EEG 2009 sollen deshalb neben der Förderung einer nachhaltigen Energieversorgung zugleich die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung auch durch die Einbeziehung langfristiger externer Effekte verringert werden. Damit hat der Gesetzgeber jedenfalls auch die Kostenbelastung im Blick, die spiegelbildlich zu einer erhöhten Förderung entsteht, aber nicht durch Mitnahmeeffekte erhöht werden soll (BGH, Urt. v. 04.03.2015 - VIII ZR 110/14, Rn. 38). § 27 EEG 2009 sollte deshalb die Vergütung von Strom aus Biomasse auf die realen Marktbedingungen zuschneiden. Die Festlegung des NawaRo-Bonus in Anlage 2 für die drei unteren Leistungsbereiche des § 27 EEG 2009 resultiert aus den Erfahrungen, nach denen ein wirtschaftlicher Betrieb von kleinen Anlagen nicht erreicht werden kann, wenn ausschließlich rein pflanzliche Stoffe aus Landwirtschaft und Gartenbau, Fäkalien aus der Landwirtschaft und/oder Waldrestholz eingesetzt werden. Rein pflanzliche Einsatzstoffe (insbesondere nachwachsende Rohstoffe und Waldrestholze) sind gegenüber Biomasse aus Abfällen ungleich teurer, wobei der Einkauf größerer Mengen nachwachsender Rohstoffe für größere Anlagen mit deutlichen Preisvorteilen verbunden ist (BT-Drs 16/8148, S. 79). Soweit Anreize geschaffen wurden, um das vorhandene Biomassepotenzial besser zu erschließen, sollten Mitnahmeeffekte ausdrücklich nicht ausgelöst werden (BT-Drs 16/8148 S. 55).

- 97 Zu solchen unerwünschten Mitnahmeeffekten käme es allerdings, wenn man die Verstromung von Rinde in der industriellen Sägewerksproduktion der Klägerin als bonusfähig ansähe. Rinde stellt im holzverarbeitenden Betrieb der Klägerin ein Abfallprodukt dar, das - unstreitig - bereits viele Jahre vor Beginn der gesetzlichen Förderung erneuerbarer Energien zur Wärmeproduktion verbrannt worden ist. Einer besonderen Förderung um einen Anreiz für die Verwertung des Abfallprodukts oder den wirtschaftlichen Betrieb der Anlage durch Subventionierung des Zukaufs teurerer Energiepflanzen sicherzustellen, bedarf es nicht. Dass sich die Klägerin umweltschonend verhält, weil sie durch den Einsatz der Rinde Stromerzeugung aus konventionellen Energiequellen verdrängt, rechtfertigt eine Bonusfähigkeit nicht (BGH, Urt. v. 04.03.2015 - VIII ZR 110/14, Rn. 38).
- 98 b) Selbst wenn die von der Klägerin in ihrem BHKW eingesetzte Rinde als - grundsätzlich bonusfähiger - nachwachsender Rohstoff im Sinne des § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 zu betrachten wäre, könnte die Klägerin den beanspruchten NawaRo-Bonus nicht verlangen. Denn ein etwaig bestehender Anspruch wäre jedenfalls nach Anlage 2 Abschnitt VII Nr. 2 endgültig erloschen, da die Voraussetzungen für den Bonus nicht seit dem Zeitpunkt, ab dem die Förderung das erste Mal geltend gemacht worden ist, durchgängig erfüllt worden sind. Die Klägerin hat nämlich jedenfalls im Jahr 2009 nicht durchweg Material zur Stromproduktion eingesetzt, das den Anforderungen nach Abschnitt I Nr. 1 a) entspricht und sie ist zudem jedenfalls in 2009 den sich aus Abschnitt I Nr. 1 b) ergebenden Anforderungen an den Nachweis der eingesetzten Stoffe nicht in der gesetzlich gebotenen Form nachgekommen.
- 99 aa) Mit dem Einsatz von ca. 7.500 srm Waldhackschnitzeln zur Stromerzeugung, die im Zuge der Rodung einer Waldfläche von 15 ha zum Zwecke der Erschließung eines industriell zu nutzenden Baugebiets in 2009 angefallen sind, hat die Klägerin Pflanzen bzw. Pflanzenbestandteile verwendet, die keiner der in Anlage 2 Abschnitt II Nr. 1 aufgeführten Provenienzen entstammen. Insbesondere sind diese Pflanzenbestandteile weder in forstwirtschaftlichen Betrieben noch im Rahmen der Landschaftspflege angefallen.
- 100 Das EEG 2009 enthält keine Legaldefinition dieser Begriffe, sondern setzt sie als bekannt voraus. Für die Auslegung ist deshalb - auch im Interesse der Einheit der Rechtsordnung - auf Begriffsbestimmungen im Zusammenhang mit anderen Bundesgesetzen zurückzugreifen, solange Sinne und Zweck der Regelung des EEG gewahrt bleiben (Rostankowski/Vollprecht, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011 Anlage 2 Rn 17).
- 101 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist forstwirtschaftliche Holzwirtschaft die Bewirtschaftung des Waldes, die planmäßig Anbau, Pflege und Abschlag von (Hoch-, Mittel- oder Nieder-)Wald zum Zwecke der Holzgewinnung umfasst (Urteil vom 04.03.1983 - 4 C 69/79, BauR 1983, 343, Rn 18), es kommt dabei insbesondere auf die unmittelbare Bodenertragsnutzung an (Rostankowski/Vollprecht, a.a.O., Rn. 19). Die Rodung von Flächen zum Zwecke der Erschließung von Bauland erfüllt diese Kriterien nicht. Es reicht auch nicht, dass die Klägerin die T... GmbH & Co KG, die sich selbst als Forstdienstleister bezeichnet, mit der Rodung beauftragt hat. Zwar ist das Material damit formell in einem forstwirtschaftlichen Betrieb angefallen. Allerdings genügt es für die Bonusfähigkeit des für die Stromproduktion eingesetzten Materials nicht, dass es von einem im Bereich der Forstwirtschaft arbeitenden Unternehmen in Zusammenhang mit Arbeiten, die keinen forstwirtschaftlichen Bezug haben, gewonnen wird. Vielmehr ist auf den inhaltlichen Bezug mit der jeweils im Gesetz bezeichneten Tätigkeit abzustellen, um das gesetzliche Ziel der Förderung bestimmter Einsatzstoffe zu erreichen.

- 102 Entgegen der Ansicht der Klägerin sind die im Rahmen der Rodung angefallenen Materialien auch nicht im Wege der Landschaftspflege gewonnen worden. Dieser dem Naturschutzrecht entlehnter Begriff umfasst alle aktiven Maßnahmen zur Erhaltung oder Verbesserung eines bestimmten Zustands der Natur und Landschaft. Maßgebend ist der Pflegeaspekt, es muss sichergestellt sein, dass die Maßnahme den jeweiligen Landschaftsteil nicht zerstört, sondern der Wiederherstellung oder Erhaltung der ökologischen, ästhetischen, erholungsbezogenen sowie kultur- und denkmalbezogenen Funktionen dieses Landschaftsteils dient (Rostankowski/Vollprecht, a.a.O., Anlage 2, Rn. 21ff. ). Dies ist, anders als die Klägerin meint, bei der bloßen Beräumung gerodeter Flächen von Baumschnitt nicht der Fall.
- 103 bb) Die Klägerin hat zudem die Anforderungen an den Nachweis der eingesetzten Stoffe nach Anlage 2 Abschnitt I Nr. 1 b) zumindest im Jahr 2009 nicht erfüllt. Danach muss der Anlagenbetreiber durch ein Einsatzstoff-Tagbuch mit Angaben und Belegen über Art, Menge und Einheit sowie Herkunft der eingesetzten Stoffe nachweisen, dass keine anderen als nachwachsende Stoffe eingesetzt werden. Die Angaben müssen eine Überprüfung ermöglichen, ob die eingesetzten nachwachsenden Rohstoffe ausreichen, um die entsprechenden Strommengen zu erzeugen (Rostankowski/Vollprecht, a.a.O., Rn. 63). Um eine Überbeanspruchung des Anlagenbetreibers zu vermeiden gilt der Nachweis als geführt, wenn es als plausibel erscheint, dass angesichts der erzeugten Strommenge weitere Stoffe nicht zum Einsatz gekommen sind (Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 27Rn. 160). Insofern ist die von der Klägerin vorgelegte Dokumentation allerdings nicht ausreichend. Denn das von der Klägerin für das Jahr 2009 eingereichte Einsatzstofftagebuch weist den Einsatz anderer Einsatzstoffe aus als aus der Brennmaterialerfassung ersichtlich. So verzeichnet das Einsatzstofftagebuch für das Jahr 2009 beispielsweise in den ersten Monaten durchgängig ausschließlich den Einsatz von Rinde, während die entsprechende Brennmaterialerfassung zeitanteilig auch die Verwendung von Waldhackschnitzeln ausweist. Dies begründet erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des zeitlich später übergebenen Einsatzstofftagebuches.
- 104 Im Hinblick auf den Gesetzeszweck, Missbrauchsfälle zu vermeiden, sind an die Plausibilität der Eintragungen in dem Einsatzstofftagebuch hohe Anforderungen zu stellen. Der jeweilige Anlagenbetreiber ist gehalten, selbst für die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen zu sorgen (BT-Drs 16/8148, S. 79), denn das Buch ist dem Netzbetreiber nur auf dessen ausdrückliches Verlangen vorzulegen (Schäferhoff, a.a.O., Anlage 2 Rn. 45). Nachträgliche Korrekturen von Eintragungen sowie das Führen des erforderlichen Nachweises etwa bei Unklarheiten oder Lücken durch andere Beweismittel als das Einsatzstofftagebuch selbst - z.B. durch Zeugenbeweis - können deshalb nicht in Betracht kommen. Aus diesem Grund vermögen auch die Ausführungen der Klägerin, die Divergenzen zwischen Brennmaterialerfassung und Einsatzstofftagebuch beruhten auf Schreib- bzw. Bearbeitungsfehlern, die entstandenen Zweifel an der Richtigkeit der Eintragungen nicht auszuräumen.
- 105 Folge des Verstoßes ist, dass der Anspruch auf den Bonus für die Zukunft endgültig entfällt, sobald die Voraussetzungen für seine Zahlung nicht mehr erfüllt sind (Anlage 2 Abschnitt VII Nr. 2). Der Ansicht des Landgerichts, der Bonus entfalle zeitlich beschränkt, ist nicht zu folgen. Vielmehr ist Folge der Nichtbeachtung der in Anlage 2 aufgestellten Anforderungen der dauerhafte Verlust des Bonus (BGH, Urt. v. 06.11.2013 - VIII ZR 194/12, MDR 2014, 203, zit. nach juris Rn. 27). Der Gesetzgeber hat sich zur Vermeidung von Missbrauchsfällen bewusst für eine 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-Drs 16/8148, S. 81).
- 106 Nach alledem kommt es nicht mehr darauf an, dass, wenn ein Anspruch auf NawaRo-

Bonus bestünde, dieser nur in Höhe von 2,5 ct/kWh (Anlage 2 Abschnitt VI Nr. 1 b) gegeben wäre, da Rinde den gleichen Voraussetzungen unterläge, wie das Holz bzw. der Holzstamm, von dem sie abgeschält worden ist.

- 107 3) Die Klägerin kann die Klage auf Zahlung von Vergütung auch nicht mit Erfolg auf nach ihrer Ansicht noch offene Vergütungsansprüche für das Jahr 2009 in Höhe von 1.725.864,55 € und für das Jahr 2010 in Höhe von 482.057,95 € stützen.
- 108 a) Ein Anspruch auf weitere Grundvergütung für das Jahr 2009 in Höhe von 117.756,62 € steht der Klägerin nicht zu. Wie für das Abrechnungsjahr 2011 begründet sie ihre Forderung mit einem Anspruch auf Vergütung der Differenz zwischen - gezahlter - Nettostromvergütung und der von ihr geforderten, an der Gesamtstromproduktion in dem BHKW orientierten Bruttostromvergütung. Da, wie gezeigt, ein Anspruch auf Vergütung nach dem EEG 2009 bei Biomasseanlagen mit einer Leistung von mehr als 5 MW nur besteht, soweit der Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt wird, steht der Klägerin ein weiterer Anspruch auf Zahlung von Grundvergütung auch für das Jahr 2009 nicht zu.
- 109 b) Die Klägerin hat für das Jahr 2009 auch keinen Anspruch auf Auszahlung eines Nawaro-Bonus in Höhe von 1.608.107,92 €. Die Voraussetzungen des § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 in Verbindung mit Anlage 2 sind auch für das Abrechnungsjahr 2009 nicht erfüllt, weil die Klägerin in diesem Jahr Sägewerksrinde und Waldhackschnitzel aus Rodungsflächen als Brennstoff eingesetzt hat. Jedenfalls wäre ein etwa bestehender Anspruch auf den Bonus für das Jahr 2009 nach Anlage 2 Abschnitt VII Nr. 2 erloschen, nachdem das Einsatzstofftagebuch für das Jahr 2009 den Anforderungen nach Anlage 2 Abschnitt I Nr. 1 b) nicht genügt. Auf die Ausführungen oben zu A. 2 b) wird Bezug genommen.
- 110 c) Auch für das Jahr 2010 stehen der Klägerin weitere Vergütungsansprüche gegenüber der Beklagten in Höhe von 482.057,95 € netto, auf die sie hilfsweise ihren Zahlungsantrag stützen könnte, nicht zu. Sie kann für dieses Jahr weder weitere Grundvergütung noch den NawaRo-Bonus verlangen.
- 111 B) Die Widerklage ist überwiegend begründet, im Übrigen ist sie unbegründet.
- 112 Der Beklagten steht ein Anspruch auf Rückzahlung der unter Vorbehalt an die Klägerin gezahlten Boni für nachwachsende Rohstoffe für die Jahre 2010 und 2011 in Höhe von insgesamt 2.389.938,87 € zu.
- 113 1) Die Beklagte hat gegenüber der Klägerin Anspruch auf Rückzahlung des NawaRo-Bonus für das Jahr 2010 in Höhe von 2.004.723,06 € (§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB).
- 114 a) Die Klägerin hat diesen Betrag von der Beklagten ohne Rechtsgrund erhalten, denn, wie bereits ausgeführt, stand der Klägerin ein Anspruch auf Zahlung des NawaRo-Bonus für 2010 bereits dem Grunde nach nicht zu. Ein etwaig bestehender Anspruch wäre jedenfalls nach Anlage 2 Abschnitt VII Nr. 2 erloschen, nachdem die Klägerin, das Einsatzstofftagebuch des Jahres 2009 nicht in einer den Anforderungen gemäß Abschnitt I Nr. 1 b) genügenden Weise geführt hat.
- 115 b) Die Rückforderung der Leistung ist auch nicht nach § 814 BGB ausgeschlossen. Diese rechtshindernde Einwendung ist von Amts wegen zu beachten (Palandt-Sprau, BGB, 75. Aufl. 2016, § 814 Rn. 1). Danach kann das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Dies gilt aber nicht, wenn der Empfänger trotz Kenntnis des Leistenden im Sinne von § 814 BGB nicht darauf vertrauen darf, das Empfangene behalten zu dürfen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Leistung, wie sich hier



aus dem Schriftwechsel der Parteien vom 04.02./22.02./04.05.2011 ergibt, unter Vorbehalt erbracht und angenommen worden ist.

- 116 2) Der Rückforderungsanspruch der Beklagten ist nicht durch Aufrechnung erloschen (§ 389 BGB). An der von der Klägerin mit Schriftsatz vom 19.08.2015 konkretisierten Hilfsaufrechnung, wonach mit ihrem Anspruch auf Auszahlung des NawaRo-Bonus für 2009 aufgerechnet werden sollte, will diese nicht weiter festhalten, wie die Klägerin mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 28.07.2016 erklärt hat.
- 117 3) Die Beklagte kann von der Klägerin auch den für das Jahr 2011 anteilig (für die Monate Januar bis März) gezahlten Bonus für nachwachsende Rohstoffe in Höhe von noch 385.215,81 € zurückverlangen. Auch insoweit steht der Beklagten gegenüber der Klägerin ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB zu. Die Höhe des Anspruches errechnet sich dabei aus der von der Beklagten für Januar 2011 geleisteten Zahlung in Höhe von 137.695,58 € brutto ( entspricht 115.710,57 netto) abzüglich eines Betrages von 9.463,71 €, den die Beklagte der Klägerin aus dem Wälzungsmechanismus 2010 gutgeschrieben hat, zuzüglich der von der Beklagten für die Monate Februar und März 2010 geleisteten Zahlungen auf den NawaRo-Bonus in Höhe von 124.560,37 € brutto (entspricht 104.672,58 € netto) und 132.423,57 € brutto (entspricht 111.280,31 € netto).
- 118 4) Zinsen stehen der Beklagten in der geltend gemachten Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Widerklage vom 10.01.2012 zu (§§ 288 Abs. 1, 291 BGB).
- 119 5) Die Widerklage hat gleichermaßen Erfolg, soweit die Beklagte die Feststellung begehrt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache in Höhe eines Teilbetrages von 9.463,71 € erledigt ist. Im Übrigen ist die auf Feststellung der Erledigung gerichtete Widerklage, nämlich im Umfang von 476.808,59 €, als unbegründet abzuweisen.
- 120 Die als privilegierte Klageänderung nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässige Feststellungsklage hat nur Erfolg, soweit die Klägerin die Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits hinsichtlich desjenigen Teilbetrages begehrt, den sie auf den Anspruch auf Rückforderung anteiliger NawaRo-Vergütung für den Monat Januar 2011 (9.463,71 €) verrechnet hat. Im Übrigen bleibt der Feststellungsantrag ohne Erfolg, weil die von der Beklagten insoweit erhobene Widerklage bereits bei Rechtshängigkeit unbegründet gewesen ist.
- 121 Mit der am 10.01.2012 erhobenen Widerklage, zugestellt an die Klägerin am 18.01.2012, hatte die Beklagte die Rückzahlung des für 2010 unter Vorbehalt geleisteten NawaRo-Bonus in Höhe von 2.004.723,06 € sowie des in den Monaten Januar bis März 2011 gezahlten NawaRo-Bonus in Höhe von 394.679,52 € (gesamt 2.399.402,50 €) begehrt.
- 122 Mit Schriftsatz vom 05.10.2012, welcher der Klägerin jedenfalls vor dem 19.10.2012 zugestellt worden ist, hat die Beklagte ihre Widerklage erweitert und die Rückzahlung weiterer 476.808,59 € (überzahlte Grundvergütung für 2011) begehrt. Bei Eintritt der Rechtshängigkeit der erweiterten Widerklage waren der Beklagten aber bereits im September 2012 im Rahmen des Wälzungsmechanismus „Gutschriften“ von 234.385,09 € und 251.887,20 € (insgesamt 486.272,29 €) „zugeflossen“. In dieser Höhe war mithin die Widerklage von Anfang an unbegründet.
- 123 Nur hinsichtlich der restlichen (486.272,29 € ./ 476.808,59 € =) 9.463,71 € hat sich die mit Schriftsatz vom 10.01.2012 erhobene, zulässige und begründete Widerklage betreffend Rückzahlung des NawaRo-Bonus für den Monat Januar 2011 teilweise erledigt.

### III.

- 124 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 101 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur

vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10 S. 1, 711 ZPO.

- 125 Die Revision war zuzulassen, denn der Rechtssache kommt jedenfalls grundsätzliche Bedeutung zu (§ 543 Abs. 2 ZPO).
- 126 Das Vorbringen der Klägerin in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 28.07.2016, welches der Senat geprüft hat, führt nicht zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

© juris GmbH