



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 197/16

Verkündet am:
11. April 2018
Böhringer-Mangold,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

EEG 2009 § 27 Abs. 3 Nr. 1, Anlage 3 Abschnitt I Nr. 1
KWKG (in der bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Fassung) § 3 Abs. 4
Satz 2, Abs. 5

Der Anspruch auf eine Grundvergütung für die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien besteht für Biomasseanlagen mit einer Leistung über fünf Megawatt (§ 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009) nach Maßgabe der Anlage 3 Abschnitt I Nr. 1 zum EEG 2009 nur, soweit es sich um Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung im Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG aF handelt. Bei Anlagen, die nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen (§ 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG aF), ist die gesamte Nettostromerzeugung der Anlage KWK-Strom, jedoch abzüglich des für ihren Betrieb erforderlichen Eigenverbrauchs (§ 3 Abs. 5 KWKG aF).

Zur Vermeidung gesetzlich unerwünschter, zu Lasten der Letztverbraucher gehender Mitnahmeeffekte ist der Anspruch auf die Grundvergütung auch dann abzüglich des "erforderlichen" Eigenverbrauchs der Anlage zu ermitteln, wenn der in der Anlage erzeugte Strom vollständig in das Netz eingespeist und der für den Betriebseigenverbrauch erforderliche Strom vom Anlagenbetreiber extern zugekauft wird.

BGH, Urteil vom 11. April 2018 - VIII ZR 197/16 - OLG Brandenburg
LG Frankfurt (Oder)

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 2018 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterinnen Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie die Richter Dr. Büniger und Kosziol

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 2. August 2016 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 4. Oktober 2016 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Kosten der Streithelferin der Beklagten zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, ein Holzbearbeitungsunternehmen, betreibt in B. ein am 12. Januar 2009 in Betrieb genommenes Biomasseheizkraftwerk mit Kraft-Wärme-Kopplungsanlage und einer Nennleistung von mehr als acht Megawatt. Über eine Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr verfügt die Anlage nicht. Den erzeugten Strom speist die Klägerin in ein Arealnetz ein und stellt ihn mittels

kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe der Beklagten, der örtlichen Netzbetreiberin, zur Verfügung.

2 Im Jahr 2011 erzeugte die Klägerin in dem Biomasseheizkraftwerk eine Strommenge von 44.747.428 kWh. Für 40.446.942 kWh entrichtete die Beklagte die Grundvergütung nach Maßgabe des Erneuerbare-Energien-Gesetzes. Die in Abzug gebrachte Differenz begründete sie mit dem betrieblichen Eigenverbrauch der Anlage. Hiergegen wendet sich die Klägerin, die - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - geltend macht, dass sie den in ihrer Anlage erzeugten Strom vollständig in das Arealnetz einspeise; den für den Eigenverbrauch der Anlage benötigten Strom kaufe sie seit deren Inbetriebnahme extern zu.

3 Der unter anderem auf Zahlung einer weiteren Grundvergütung für das Jahr 2011 in Höhe von 127.380,87 € (brutto) gerichteten Klage hat das Landgericht stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den Anspruch auf Zahlung einer weiteren Grundvergütung für das Jahr 2011 in Höhe von 127.380,87 € (brutto) nebst Zinsen weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

5 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit
für das Revisionsverfahren noch von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

6 Der Klägerin stehe ein Anspruch auf weitere Grundvergütung nach Maß-
gabe der eingespeisten Bruttostrommenge nicht zu.

7 Die maßgeblichen Vergütungsregelungen ergäben sich aus §§ 23 ff.
EEG 2009, die hier gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. c EEG 2014 Anwen-
dung fänden. Nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009 bestehe bei Biomasseanlagen
mit einer Leistung von mehr als fünf Megawatt ein Vergütungsanspruch für
Strom nur, soweit dieser in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3
zum EEG 2009 erzeugt werde.

8 Die Erzeugung von Strom nach Maßgabe der Anlage 3 zum EEG 2009
setze gemäß deren Abschnitt I Nr. 1 voraus, dass es sich um KWK-Strom im
Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG handele. Verfüge eine Anlage - wie die der Kläge-
rin - nicht über eine Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr, gelte nach § 3 Abs. 4
Satz 2 KWKG die gesamte Nettostromerzeugung als KWK-Strom. Danach kön-
ne die Klägerin keine Vergütung derjenigen Strommenge verlangen, die sich
aus der Differenz zwischen der Brutto- und der Nettostromerzeugung ergebe.

9 Davon ausgehend komme es nicht darauf an, ob die Klägerin tatsächlich
den an ihrem Standort verbrauchten Strom einschließlich des Eigenverbrauchs
der Anlage ankaufe und den gesamten dort produzierten Strom in das Netz der
Beklagten einspeise. Denn die vergütungspflichtige Strommenge bestimme sich
nicht notwendig nach der vom Netzbetreiber abgenommenen Menge. Das

zweistufig aufgebaute EEG 2009 begründe zwar eine Pflicht zum vorrangigen Netzanschluss und zur Abnahme beziehungsweise Übertragung für jede Art von Strom aus Erneuerbaren Energien. Eine Vergütungspflicht bestehe hingegen nur für Anlagen, die ausschließlich Erneuerbare Energien einsetzen und die Vergütungsvoraussetzungen der §§ 23 ff. EEG 2009 einhielten.

10 Die Klägerin speise den erzeugten Strom jedoch nicht physikalisch in das Netz der Beklagten ein, sondern in ein Arealnetz, in welchem der Strom anschließend verbraucht werde, und gebe diesen kaufmännisch-bilanziell an die Beklagte weiter (§ 8 Abs. 2 EEG). Der in diesem Rahmen an den Netzbetreiber weitergegebene Strom sei - "physikalisch" gesehen - derjenige, den der Anlagenbetreiber für den "fiktiven" Betrieb der eigenen Anlage zukaufe. Der zugekaufte Strom sei allerdings nicht in der Anlage der Klägerin in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt worden. Er stelle damit keinen KWK-Strom dar und sei daher nicht nach § 27 Abs. 3 EEG 2009 zu vergüten. Wollte man dies anders sehen, führte die "fiktive" Einspeisung aufgrund der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe wirtschaftlich dazu, dass der Selbstverbrauch der Anlage vergütet würde, was das EEG 2009 nicht vorsehe. Zudem hätte dies eine ungerechtfertigte Besserstellung der kaufmännisch-bilanziellen gegenüber der physikalischen Einspeisung zur Folge.

11 Die Klägerin werde durch Berücksichtigung der Nettostrommenge gegenüber den Betreibern kleinerer Biomasseanlagen, die die Grundvergütung erhielten, ohne Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugen zu müssen, nicht ungerechtfertigt benachteiligt. Denn der Gesetzgeber habe mit dem EEG 2009 die Kraft-Wärme-Kopplung durch gezielte Anreize fördern wollen und sich im Rahmen des ihm zustehenden weiten Gestaltungsspielraums entscheiden dürfen,

kleinere Biomasseanlagen stärker als große von der Förderung profitieren zu lassen.

II.

12 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

13 Die Klägerin kann für den streitgegenständlichen Abrechnungszeitraum die Grundvergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz nur unter Abzug des für den Betrieb ihres Biomasseheizkraftwerks eigenverbrauchten Stroms (40.446.942 kWh) verlangen, obwohl sie den in ihrem Kraftwerk erzeugten Strom in vollem Umfang (44.747.428 kWh) eingespeist und - wie revisionsrechtlich zu unterstellen ist - den Eigenverbrauch der Anlage extern durch Zukauf von Strom gedeckt hat.

14 1. Hinsichtlich des anzuwendenden Vergütungsrechts ist das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und insoweit unangegriffen davon ausgegangen, dass sich der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf eine zusätzliche, den erforderlichen Eigenverbrauch nicht berücksichtigende Grundvergütung für die Einspeisung des in ihrem im Jahr 2009 in Betrieb genommenen Biomasseheizkraftwerk erzeugten Stroms nach § 16 Abs. 1, § 27 Abs. 1, 3 Nr. 1 in Verbindung mit Anlage 3 Abschnitt I Nr. 1 des EEG 2009 (Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien [Erneuerbare-Energien-Gesetz - EEG] in der Fassung von Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 25. Oktober 2008, BGBl. I S. 2074) richtet. Die Fortgeltung der vorgenannten Bestimmungen (in ihrer am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung) beruht auf der Übergangsvorschrift des § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Buchst. c EEG in

der Fassung von Art. 1 des Gesetzes vom 13. Oktober 2016 zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus Erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der Erneuerbaren Energien (BGBl. I S. 2258; EEG 2017).

15 2. Nach dieser Maßgabe hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht entschieden, dass die der Berechnung der Vergütung nach § 27 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 zugrunde zu legende Strommenge auch dann (lediglich) der durch Abzug des für den Betrieb der Anlage erforderlichen Stroms zu bestimmenden "Nettostrommenge" entspricht, wenn der Anlagenbetreiber den gesamten in der Anlage erzeugten Strom aus Erneuerbaren Energien ("Bruttostrommenge") ungeschmälert einspeist und deren Betriebsbedarf durch externen Strombezug deckt. Dies ergibt sich jedenfalls für große Biomasseanlagen - zu denen auch das von der Klägerin betriebene Heizkraftwerk gehört - unmittelbar aus der in § 27 Abs. 3 Nr. 1, Anlage 3 Abschnitt I Nr. 1 EEG 2009 enthaltenen Bezugnahme auf § 3 Abs. 4 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes.

16 a) Nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009 besteht der Anspruch auf Grundvergütung für Strom aus Biomasseanlagen mit einer Leistung (§ 3 Nr. 6 EEG 2009) über fünf Megawatt nur, soweit der Strom in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 zu diesem Gesetz erzeugt wird. Um eine solche "große" Biomasseanlage handelt es sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch bei dem von der Klägerin betriebenen Heizkraftwerk, das über eine Nennleistung von mehr als acht Megawatt verfügt.

17 Anlage 3 zum EEG 2009 setzt in Abschnitt I Nr. 1 voraus, dass es sich bei dem erzeugten Strom um solchen im Sinne von § 3 Abs. 4 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes (in der bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Fassung, im Folgenden KWKG aF; jetzt § 2 Nr. 16 KWKG) handeln muss. Mit die-

ser - in § 3 Nr. 10 EEG 2009 gleichlautend enthaltenen - Bezugnahme auf das KWKG wollte der Gesetzgeber des EEG 2009 einen Gleichlauf zwischen beiden Gesetzen bei der Bestimmung des KWK-Stroms herstellen; die Anlagen müssen also gleichzeitig Strom und Wärme erzeugen und der Nutzung durch Dritte zuführen (Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften, BT-Drucks. 16/8148 S. 81). Parallel zur Förderung nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz besteht demnach bei "großen" Biomasseanlagen ein Anspruch auf die EEG-Grundvergütung nur für diejenige Stromerzeugung, bei der gleichzeitig Wärme gewonnen und der Nutzung durch Dritte zugeführt wird (vgl. den Wortlaut des § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009: "soweit"; hierzu Rostankowski/Vollprecht in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 27 Rn. 138, 140).

- 18 b) Gemäß § 3 Abs. 4 KWKG aF ist KWK-Strom das rechnerische Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl der KWK-Anlage (Satz 1); bei Anlagen, die nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen, ist die gesamte Nettostromerzeugung KWK-Strom (Satz 2). Zur Bestimmung des förderfähigen KWK-Stroms unterscheidet § 3 Abs. 4 KWKG aF zwischen Anlagen mit und ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr (im Sinne von § 3 Abs. 8 KWKG aF). Diese Unterscheidung ist für die Bestimmung der Stromerzeugung durch Kraft-Wärme-Kopplung insofern bedeutsam, als Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr - wie die Anlage der Klägerin - nicht über (technische) Möglichkeiten verfügen, die bei der Energieumwandlung entstehende Wärme ungenutzt abzuführen (Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes für die Erhaltung, Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung, BT-Drucks. 14/7024, S. 11; hierzu Fricke in Säcker, Berliner Kommentar zum

Energierrecht, Bd. 5, 4. Aufl., § 2 KWKG Rn. 132; Hennig/von Bredow/Valentin in Frenz/Müggenborg, EEG, 4. Aufl., § 5 Rn. 199; jeweils zum KWKG aF; zum KWKG nF vgl. Hennig/von Bredow/Valentin, aaO, 5. Aufl., § 3 Rn. 275). Da in diesen Fällen die Strom- und die Nutzwärmeerzeugung nicht entkoppelt werden können, verzichtet das Gesetz auf eine Berechnung des förderfähigen KWK-Stroms mithilfe des Produkts aus Nutzwärmemenge und Stromkennzahl (§ 3 Abs. 4 Satz 1 KWKG aF) und qualifiziert stattdessen von vornherein die "gesamte Nettostromerzeugung" als Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung (§ 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG aF).

19 c) Als "Nettostromerzeugung" definiert § 3 Abs. 5 KWKG aF, der als Begriffsbestimmung zu § 3 Abs. 4 KWKG aF von der Verweisung in der Anlage 3 zum EEG 2009 umfasst ist (vgl. Rostankowski/Vollprecht, aaO, Anl. 3 Rn. 15), die an den Generatorklemmen gemessene Stromerzeugung einer Anlage abzüglich des für ihren Betrieb "erforderlichen Eigenverbrauchs". Nach dieser Maßgabe steht der Klägerin die geltend gemachte zusätzliche Grundvergütung nur für diejenige Strommenge zu, die sich nach Abzug des für den Betrieb ihres Heizkraftwerks erforderlichen Stroms ergibt.

20 aa) Unter Geltung des EEG 2009 setzt die Vergütung von Strom aus Erneuerbaren Energien grundsätzlich voraus, dass (nur) derjenige Strom zu vergüten ist, der in das Netz eingespeist worden ist, sei es physikalisch oder kaufmännisch-bilanziell über das Netz eines Dritten (§ 8 Abs. 1, 2, § 21 Abs. 1 EEG 2009; vgl. Senatsurteil vom 4. März 2015 - VIII ZR 110/14, WM 2015, 1344 Rn. 35; siehe auch BT-Drucks. 16/8148, S. 48).

21 In dem - hier nicht gegebenen - Fall einer Stromeinspeisung abzüglich des Eigenverbrauchs (sogenannte Überschusseinspeisung) beschränkt sich der

Anspruch des Betreibers eines "großen" Biomasseheizkraftwerks auf die Grundvergütung nach § 16 Abs. 1, § 27 Abs. 1, 3 Nr. 1, Anlage 3 Abschnitt I Nr. 1 EEG 2009, § 3 Abs. 4 KWKG aF daher von vornherein auf das Nettostromerzeugnis der Anlage. Denn in diesem Fall entnimmt der Betreiber der Anlage den für deren Betrieb erforderlichen Strom unmittelbar dem von ihr erzeugten Strom und speist lediglich den verbleibenden Überschuss ein (vgl. Senatsurteil vom 4. März 2015 - VIII ZR 110/14, aaO Rn. 1, 35). Somit erhält der Betreiber einer Biomasseanlage (im Sinne von § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009) die gewährte Förderung für die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien nur für den am Ende des Stromerzeugungsprozesses hervorgebrachten "Mehrstrom", den er durch die Netzeinspeisung der Volkswirtschaft zur Energieversorgung zur Verfügung stellt.

22 bb) Hiervon ausgehend steht auch der Klägerin entgegen der Auffassung der Revision die Grundvergütung nach § 16 Abs. 1, § 27 Abs. 1, 3 Nr. 1, Anlage 3 Abschnitt I Nr. 1 EEG 2009, § 3 Abs. 4 KWKG aF nur für das nach Abzug des erforderlichen Eigenverbrauchs zu bestimmende Nettostromerzeugnis des von ihr betriebenen Biomasseheizkraftwerks zu.

23 Zwar speiste die Klägerin - nach ihrem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachvortrag - in dem hier streitgegenständlichen Zeitraum den gesamten in ihrer Anlage in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strom ungeschmälert ein (sogenannte Volleinspeisung) und deckte den Betriebsbedarf ihrer Anlage durch Zukauf von Strom. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es - wie die Revision meint - in einem solchen Fall Eigenverbrauch im Sinne des § 3 Abs. 5 KWKG aF "nicht gebe" und deshalb die Nettostromerzeugung im Sinne von § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG aF mit der insgesamt erzeugten (Brutto-)Strommenge gleichzusetzen sei.

- 24 (1) So sind - wie die Beklagte und ihre Streithelferin, die Betreiberin des vorgelagerten Übertragungsnetzes, zutreffend geltend machen - dem Wortlaut des § 3 Abs. 5 KWKG aF keinerlei Hinweise dafür zu entnehmen, dass von der an den Generatorklemmen gemessenen Stromerzeugung ein Kraftwerkseigenverbrauch nur insoweit zum Abzug zu bringen wäre, als dieser unmittelbar dem in der Anlage erzeugten KWK-Strom entnommen wird. Stattdessen verlangt § 3 Abs. 5 KWKG aF ausdrücklich den Abzug des für den Betrieb der Anlage "erforderlichen" Eigenverbrauchs. Der vom Gesetzgeber gewählte Wortlaut legt es nahe, dass bei der Ermittlung der für den Umfang der Förderung maßgebenden Strommenge der erforderliche Betriebsstrom in jedem Fall - und damit unabhängig von seiner "Herkunft" - von der in der Anlage erzeugten und in das BetreiberNetz eingespeisten (Brutto-)Strommenge in Abzug zu bringen ist.
- 25 (2) Auch den Gesetzesmaterialien - sowohl zum EEG 2009 als auch zum KWKG aF - lässt sich kein Hinweis darauf entnehmen, dass der Gesetzgeber den bei der Berechnung der förderfähigen Strommenge abzuziehenden Anlageeigenverbrauch entgegen der naheliegenden Wortlautbedeutung auf die Fälle der sogenannten Überschusseinspeisung beschränken wollte.
- 26 (3) Vor allem aber ist die von der Revision vertretene Auffassung nicht mit der gesetzlichen Zielbestimmung des EEG 2009 in Übereinstimmung zu bringen, insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen, deren volkswirtschaftliche Kosten auch durch die Einbeziehung langfristiger externer Effekte zu verringern, fossile Energieressourcen zu schonen und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien zu fördern (§ 1 Abs. 1 EEG 2009; vgl. BT-Drucks. 16/8148, S. 35 ff.).

27 Der Gesetzgeber des EEG 2009 hatte dabei auch die Kostenbelastung der Letztverbraucher im Blick, die spiegelbildlich zur erhöhten Förderung entsteht und nicht durch Mitnahmeeffekte erhöht werden soll (Senatsurteile vom 4. März 2015 - VIII ZR 110/14, aaO Rn. 38, sowie VIII ZR 325/13, WM 2015, 1341 Rn. 19; vom 10. Juli 2013 - VIII ZR 300/12, NVwZ 2014, 94 Rn. 19, sowie VIII ZR 301/12, juris Rn. 19). Wie die Gesetzesmaterialien belegen, gehörte es zu den ausdrücklich erklärten Zielen des Gesetzes, Anreize zur besseren Erschließung des vorhandenen Biomassepotenzials zu schaffen, wobei hierdurch keine Mitnahmeeffekte ausgelöst (BT-Drucks. 16/8148, S. 55) oder diese jedenfalls so weit wie möglich ausgeschlossen werden sollten (aaO S. 77). Ein gesetzlich unerwünschter, zu Lasten der Letztverbraucher gehender Mitnahmeeffekt im Hinblick auf eine erhöhte Vergütung entstünde aber, wenn - worauf auch die Beklagte und ihre Streithelferin mit Recht hinweisen - ein Anlagenbetreiber allein dadurch, dass er den Eigenverbrauch seiner Anlage nicht mit dem von ihm erzeugten Strom, sondern aus externen Quellen deckt - also Volleinspeisung statt Überschusseinspeisung wählt -, seinen Anspruch auf die Grundvergütung gemäß § 16 Abs. 1, § 27 Abs. 1 und 3 Nr. 1, Anlage 3 Abschnitt I Nr. 1 EEG 2009, § 3 Abs. 4 KWKG aF um einen Mitnahmegewinn, wie er hier im Streit steht, erhöhen könnte.

28 Denn die Menge des in der betreffenden Anlage effektiv erzeugten "Mehrstroms" aus Erneuerbaren Energien bleibt bei beiden Einspeisungsalternativen letztlich unverändert. Sowohl das EEG 2009 als auch das KWKG aF gewähren den Anlagenbetreibern die - im Ergebnis von den Letztverbrauchern durch die Erhöhung ihrer Bezugskosten getragene - vorgesehene Förderung aber mit der ausdrücklichen Zielsetzung, "den Anteil Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung [...] zu erhöhen" (§ 1 Abs. 2 EEG 2009) beziehungsweise "einen Beitrag zur Erhöhung der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung

[...] zu leisten" (§ 1 KWKG aF). Dadurch, dass ein Anlagenbetreiber - wie vorliegend - nicht nur den in seinem Kraftwerk gewonnenen Überschuss, sondern den Strom "voll" einspeist, weil er Strom für den erforderlichen Eigenverbrauch der Anlage zukaft, wird jedoch im Ergebnis nicht mehr Strom erzeugt. Durch die Mitnahme der Förderung erhöhten sich aber die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung, sofern ein Abzug des erforderlichen Eigenverbrauchs der Anlage unterbliebe.

29 Daher hätte das von der Revision befürwortete Verständnis von § 3 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 KWKG aF die Entstehung eines vom Gesetzgeber des EEG 2009 nicht gewünschten Mitnahmeeffekts zur Folge, da der Betreiber eines "großen" Biomasseheizkraftwerks durch Volleinspeisung des dort erzeugten Stroms die EEG-Grundvergütung vermehren könnte, ohne aber den hierfür vom Gesetzgeber vorausgesetzten Beitrag - Erhöhung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien unter Einsatz von Kraft-Wärme-Kopplung - zu leisten.

30 cc) Die Beschränkung der Grundvergütung auf das Nettostromerzeugnis führt auch nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung von Biomasseanlagen mit einer Leistung über fünf Megawatt (im Sinne von § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009) gegenüber anderen Anlagen, etwa kleineren Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biomasse.

31 Denn dem Gesetzgeber steht, wovon bereits das Berufungsgericht ausgegangen ist, auch im Bereich des Energierechts ein weiter Gestaltungsspielraum zu, auf welche Weise er als förderwürdig erachtetes Verhalten unterstützen will, solange er die Leistungen nicht willkürlich, das heißt nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten verteilt. Sind die gesetzlich vorgesehenen Förder-

maßnahmen und Sanktionen innerhalb eines vertretbaren Konzepts aufeinander abgestimmt, kann die jeweilige Maßnahme oder Sanktion verfassungsrechtlich im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht beanstandet werden (vgl. BVerfGE 110, 274, 293; Senatsurteile vom 5. Juli 2017 - VIII ZR 147/16, NVwZ-RR 2017, 822 Rn. 80; vom 4. März 2015 - VIII ZR 325/13, aaO Rn. 26; vom 10. Juli 2013 - VIII ZR 300/12, aaO Rn. 21, und VIII ZR 301/12, aaO Rn. 21; jeweils mwN).

32 Mit seiner Entscheidung, die Kraft-Wärme-Kopplung durch gezielte Anreize zu fördern, dabei aber kleinere Biomasseanlagen insgesamt in stärkerem Maße von der Förderung profitieren zu lassen als größere Anlagen und überdies keine Anreize für neue große Biomasseverwertungsanlagen zu setzen (BT-Drucks. 16/8148, S. 77), ist der Gesetzgeber des EEG 2009 diesen Vorgaben gerecht geworden.

33 (1) Es ist ein legitimes Ziel des Gesetzgebers, die Kraft-Wärme-Kopplung gezielt zu fördern (vgl. bereits Senatsurteile vom 10. Juli 2013 - VIII ZR 300/12, aaO Rn. 17 f., und VIII ZR 301/12, aaO Rn. 17 f.; jeweils mwN). Mit der Vorschrift des § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009 ist nach dieser Maßgabe für Biomasseanlagen mit einer Leistung über fünf Megawatt die Vergütungspflicht auf eine Stromerzeugung in Kraft-Wärme-Kopplung beschränkt worden, weil auf diese Weise die - den Anforderungen der Anlage 3 zum EEG 2009 entsprechende - Wärmenutzung verbessert und die Effizienz "großer" Biomasseanlagen gesteigert werden sollte (BT-Drucks. 16/8148, S. 56). Die Grenze von fünf Megawatt wurde dabei so gewählt, dass einerseits die deutlichen Effizienzvorteile größerer Anlagen bei der Stromerzeugung genutzt werden können, andererseits aber auch noch Wärmesenken für die Kraft-Wärme-Kopplung im ausreichenden Um-

fang zur Verfügung stehen (BT-Drucks. aaO; Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 16/8393, S. 2).

34 (2) Zugleich ist es ein - auch vom Bundesverfassungsgericht gebilligtes - legitimes Regelungsziel des Gesetzgebers, Mitnahmeeffekte bei Fehlförderungen zu korrigieren (vgl. BVerfGE 127, 1, 27; 31, 59; 61, 85; jeweils mwN) und - auch bei der Erzeugung von Strom unter Einsatz Erneuerbarer Energien - nach Möglichkeit zu vermeiden (vgl. BVerfG, NVwZ 2017, 702 Rn. 35).

35 d) Die Beschränkung der Grundvergütung auf die um den erforderlichen Eigenverbrauch verminderte (Netto-)Strommenge lässt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts allerdings nicht damit begründen, dass die Klägerin den aus Biomasse erzeugten Strom nicht physikalisch einspeist (§ 8 Abs. 1, § 21 Abs. 1 EEG 2009), sondern kaufmännisch-bilanziell (§ 8 Abs. 2, § 21 Abs. 1 EEG 2009) über ein Arealnetz an die Beklagte weitergibt. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin gebe den zugekauften Strom - und damit Strom, der nicht in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt worden sei - "physikalisch" an die Beklagte weiter, ist, wie die Revision insoweit zu Recht geltend macht, nicht nachvollziehbar.

36 Denn die Besonderheit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe nach § 8 Abs. 2 EEG 2009 besteht lediglich darin, dass Grundlage für die Vergütung nicht allein die in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeiste Strommenge ist, sondern zusätzlich die vom Erzeuger selbst oder in einem vorgelagerten Arealnetz verbrauchte Elektrizität (BT-Drucks. 16/8148, S. 44; BGH, Beschluss vom 27. März 2012 - EnVR 8/11, NVwZ 2012, 1566 Rn. 12; Urteil vom 28. März 2007 - VIII ZR 42/06, WM 2007, 1230 Rn. 27 [zu § 4 Abs. 5 EEG 2004]). Auf diese Weise sollen volkswirtschaftlich unsinnige Aufwendungen

vermieden werden, die dann entstünden, wenn der Erzeuger von Elektrizität aus Erneuerbaren Energien gezwungen wäre, eine Direktleitung in ein Netz (§ 3 Nr. 7 EEG 2009) herzustellen, um in den Genuss der (besonders geförderten) Vergütung für den Strom aus Erneuerbaren Energien zu gelangen (BGH, Beschluss vom 27. März 2012 - EnVR 8/11, aaO Rn. 15; siehe auch BT-Drucks., aaO; 15/2864, S. 35 [zu § 4 Abs. 5 EEG 2004]).

37 Im Ergebnis wird der Anlagenbetreiber dadurch so gestellt, als hätte er die von ihm erzeugte Elektrizität unmittelbar in ein Netz eingeleitet (BGH, Beschluss vom 27. März 2012 - EnVR 8/11, aaO). Mithin hat es auf den Umfang der nach § 16 Abs. 1, § 27 Abs. 1 und 3 Nr. 1, Anlage 3 Abschnitt I Nr. 1 EEG 2009, § 3 Abs. 4 KWKG aF zu vergütenden Strommenge keinen Einfluss, ob der Anlagenbetreiber diese physikalisch oder kaufmännisch-bilanziell einspeist.

38 e) Aus § 16 Abs. 4 Buchst. b EEG 2009 folgt ebenfalls nicht, dass auch der in der Anlage selbst verbrauchte Strom - wie die Revision meint - "grundsätzlich vergütungspflichtig" sei. Denn § 16 Abs. 4 EEG 2009 regelt nicht den Umfang des Vergütungsanspruchs, sondern sieht vielmehr (ab dem Zeitpunkt seiner erstmaligen Geltendmachung) eine Pflicht des Anlagenbetreibers zur Einspeisung des gesamten erzeugten Stroms in das Netz vor (vgl. BT-Drucks. 16/8148, S. 49; Lehnert in Altrock/Oschmann/Theobald, aaO, § 16 Rn. 44). Dabei hat der Gesetzgeber in § 16 Abs. 4 Buchst. b EEG 2009 lediglich die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass der von der Anlage selbst verbrauchte Strom nicht in das Netz einzuspeisen und damit nicht von der An-dienungspflicht des Betreibers erfasst ist.

39 f) Ebenso wenig ergibt sich - wie die Revision meint - aus dem Senatsurteil vom 4. März 2015 (VIII ZR 110/14, aaO Rn. 35), dass in Fällen, in denen

der eigenverbrauchte Strom komplett hinzugekauft werde (also bei Volleinspeisung), ein Zusatzgewinn des Anlagenbetreibers und mithin ein vom Gesetzgeber nicht gewünschter Mitnahmeeffekt nicht entstehen könne. In dem vorgeannten Urteil hat der Senat für die Fallgestaltung einer - hier nicht vorliegenden - Überschusseinspeisung, bei der anders als hier nicht die Grund-, sondern die Zusatzvergütung im Streit war, entschieden, dass dem Anlagenbetreiber für den in einer Biomasseanlage in Kraft-Wärme-Kopplung und auf der Basis nachwachsender Rohstoffe erzeugten, aber nicht in das Netz eingespeisten eigenverbrauchten Strom nach Maßgabe des EEG 2009 nicht nur keine Grundvergütung, sondern auch kein Kraft-Wärme-Kopplungsbonus (KWK-Bonus) und kein Bonus für nachwachsende Rohstoffe (Nawaro-Bonus) zusteht. Unter anderem hat der Senat ausgeführt, dass bei Gewährung einer Zusatzvergütung in Gestalt des KWK- beziehungsweise Nawaro-Bonus auf den Eigenverbrauch ein vom Gesetzgeber nicht gewünschter Mitnahmeeffekt entstünde, weil der Anlagenbetreiber diesen Strom unter Vermeidung von Bezugskosten nicht anderweitig einkaufen müsste und so einen Zusatzgewinn durch eine Bonusvergütung erzielte. Ein solcherart privilegierter Eigenverbrauch hätte bei den Letztverbrauchern eine belastende Erhöhung der Bezugskosten zur Folge (Senatsurteil vom 4. März 2015 - VIII ZR 110/14, aaO Rn. 38). Daraus kann die Revision nichts zu ihren Gunsten herleiten. Sie unternimmt im Gegenteil ihrerseits den Versuch, den erforderlichen Eigenverbrauch der Anlage durch eine den Letztverbraucher belastende Erhöhung der Bezugskosten zu begünstigen.

- 40 g) Soweit die Revision die von ihr eingenommene Rechtsposition auf eine (vermeintlich) "gelebte Rechtspraxis" stützen möchte, dringt sie damit nicht durch (zum Argument eines "gelebten Alltags" vgl. bereits Senatsurteil vom 4. März 2015 - VIII ZR 110/14, aaO Rn. 43).

- 41 aa) Ohne Erfolg bleibt dabei der Hinweis der Revision auf die Gesetzesbegründung zu der solare Strahlungsenergie betreffenden Vorschrift des § 33 Abs. 2 EEG 2009, nach welcher die dort vorgesehene (verringerte) Vergütung für eigenverbrauchten Strom "einen Anreiz setzen [soll], Strom aus Erneuerbaren Energien selbst dezentral zu verbrauchen, [...] statt den erzeugten Strom ins Netz einzuspeisen und im Gegenzug anderen Strom zum Eigenverbrauch aus dem Netz zu entnehmen, wie es heute häufig geschieht" (BT-Drucks. 16/8148 S. 61 [im Regierungsentwurf noch § 33 Abs. 3 EEG-E]). Diese Bestimmung ist hier nicht einschlägig, denn es handelt sich um eine ausschließlich für den Bereich der Stromerzeugung mittels kleiner Solaranlagen an oder auf Gebäuden geschaffene Ausnahmenvorschrift, mit welcher der Gesetzgeber des EEG 2009 gezielt den dezentralen Verbrauch der Energie aus kleineren Photovoltaikanlagen fördern wollte (BT-Drucks. 16/8148, S. 61; Salje, EEG, 5. Aufl., § 33 Rn. 43).
- 42 Dies gestattet keine tragfähige Schlussfolgerung zur Beurteilung des Vergütungsumfangs der Stromeinspeisung aus anderen Anlagen zur Erzeugung Erneuerbarer Energien. Überdies hatte der Gesetzgeber insoweit - wie sich dem Gesetzeswortlaut unmittelbar entnehmen lässt - nicht primär den Eigenverbrauch der Solaranlagen selbst, sondern vielmehr den gesamten "Selbstverbrauch" durch den Anlagenbetreiber oder Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage im Blick.
- 43 bb) Schließlich liegt auch dem von der Revision angeführten Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. Dezember 2010 (VI-3 Kart 18/10, juris Rn. 28; nachfolgend BGH, Beschluss vom 27. März 2012 - EnVR 8/11, aaO) nicht das Verständnis zugrunde, dass im Fall der Volleinspeisung "selbstverständlich" eine entsprechende Vergütungspflicht des Netzbetreibers für den

gesamten in der Anlage gewonnenen Strom aus Erneuerbaren Energien ausgelöst werde. Mit dieser Fragestellung hat sich das Oberlandesgericht vielmehr - worauf auch die Revisionserwiderung hinweist - überhaupt nicht beschäftigt.

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Kosziol

Vorinstanzen:

LG Frankfurt (Oder), Entscheidung vom 20.12.2013 - 12 O 335/11 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 02.08.2016 - 6 U 15/14 -