

Abschrift

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



EINGEGANGEN
Fuhrmann Wallenfels Binder

- 2. APRIL 2008

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

9 U 105/07 (Hs) OLG Naumburg

11 O 66/06 LG Halle

Verkündet am: 27.03.2008

gez. Höhle, JOS'in

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

ABO Wind Biogas Sachsen-Anhalt GmbH & Co. KG, vertreten durch ABO Wind Biomasse GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Jochen Ahn und Matthias Bockholt, Hirtenstraße 45-47, 65193 Wiesbaden,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Fuhrmann, Wallenfels, Binder, An der Ringkirche 6-8, 65197 Wiesbaden,

gegen

envia Verteilnetz GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Wolfgang Gallas und Karl-Heinz Dittrich, Magdeburger Straße 51, 06112 Halle,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwalt Kermel & Scholtka, Meinekestraße 4, 10719 Berlin,

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg auf die mündliche Verhandlung vom 18.03.2008 durch den Richter am Oberlandesgericht Dr. Tiemann, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Strietzel und den Richter am Landgericht Dr. Holthaus

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Halle vom 16.05.2007 – 11 O 66/06 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte auch bei Einsatz des Stoffes „meth-max“ in der Biogasanlage Kemberg weiterhin verpflichtet ist, den in der Biogasanlage Kemberg produzierten Strom gemäß § 8 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich (EEG) vom 31.07.2004 (BGBl. I S. 1918) zu vergüten. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 22 % und die Beklagte 78 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des für diese aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht zuvor die Beklagte Sicherheit in Höhe von 120 % des von ihr jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des für diese aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht zuvor die Klägerin Sicherheit in Höhe von 120 % des von ihr jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

und b e s c h l o s s e n :

Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 640.000,00 Euro. Der Streitwert des Verfahrens erster Instanz wird unter Aufhebung des Streitwertbeschlusses des Landgerichts Halle vom 16.05.2006 auf 640.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin betreibt eine Biogasanlage in Kemberg, Landkreis Wittenberg. In der Anlage werden Rindergülle, Maissilage und Grassilage vorgoren; hieraus wird Biogas gewonnen. Das erzeugte Biogas wird in einem angeschlossenen Blockheizkraftwerk verstromt. Die Anlage ist seit August 2005 in Betrieb. Wegen der Einzelheiten ihres Aufbaus und ihrer Funktionsweise wird auf die Anlagen K 1 und K 2 (Bd. I, Bl. 10 f. d. A.) Bezug genommen. Der erzeugte Strom wird in das von der Beklagten betriebene Stromnetz eingespeist. Die Parteien schlossen unter dem 25.07./29.07.2005 einen „Vertrag über Anschlussnutzung und Einspeisung gemäß Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)“, wegen dessen näheren Inhalts auf Anlage K 3 (Bd. I Bl. 12 – 15 d. A.) verwiesen wird. Die Klägerin beabsichtigt, zur Verbesserung des Prozesses des Abbaus und der Vergärung der in die Anlage eingebrachten Biomasse einen Zusatzstoff mit der Bezeichnung „meth-max“ eines österreichischen Herstellers in der Biomasseanlage einzusetzen. Bei „meth-max“ handelt es sich um ein sog. Alumosilikat in Pulverform, das die den Gärprozess hemmenden Stoffe Ammoniak, Schwefelwasserstoff und Schwermetalle reduziert und laut Herstellerangabe den Gärungsprozess in der Biogasanlage stabilisieren und die Lebensbedingungen für die die Umwandlung der Biomasse in Biogas bewirkenden Mikroorganismen optimieren soll. Nach Angaben des Herstellers soll es sich um ein zu 90 % mineralisches Produkt handeln, das zu rund 10 % organische Zusätze enthalten soll. Die Zugabe von „meth-max“ soll laut Aussage des Herstellers zu einer Gasertragssteigerung von über 30 % führen. Die Klägerin strebt den Einsatz von „meth-max“ nicht dazu an, aus dem Stoff, der selbst kein Energieträger ist, Energie zu schöpfen, sondern will mit der Verwendung des Zusatzstoffes aus der eingesetzten Biomasse mehr Energie gewinnen.

Die Klägerin wandte sich mit E-Mail vom 11.05.2006 (Anlage K 8, Bd. I Bl. 46 d. A.) mit der Frage an die Beklagte, ob aus deren Sicht „Einwände gegen den Einsatz eines solchen Mittels“ bestünden. Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 10.08.2006 (Anlage K 9, Bd. I Bl. 47 f. d. A.) und erklärte, sie sähe in einem Einsatz des Stoffes „meth-max“ eine Verletzung des im Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich (im Folgenden kurz „EEG“ oder „EEG 2004“) vom 31.07.2004 (BGBl. I S. 1918) geregelten Ausschließlichkeitsprinzips. Im Anschluss hieran kam es zu einem Austausch der in dem vorliegenden Rechtsstreit vertieften gegensätzlichen Rechtsansichten in der Frage der potentiellen Verletzung des Ausschließlichkeitsprinzips im Falle des Einsatzes des Stoffes

„meth-max“. In einem Telefonat vom 31.08.2006 verdeutlichte die Beklagte, dass es bei ihrer Rechtsauffassung aus ihrem Schreiben vom 10.08.2006 verbleibe.

Mit dem Klageantrag zu 1. strebt die Klägerin die Feststellung an, dass der Einsatz des Stoffes „meth-max“ in der Biogasanlage Kemberg die gesetzliche Vergütungspflicht der Beklagten aus § 8 EEG nicht entfallen lasse. Sie hat hierzu die Auffassung vertreten, dass sich das von § 8 Abs. 1 S. 1 EEG verlangte ausschließliche Einsetzen von Biomasse in einer Biomasseanlage nur auf solche Stoffe beziehe, die Energieträger seien, aus denen also selbst Energie gewonnen werde und die zu diesem Zweck in der Anlage zum Einsatz kämen. Dies gelte auch für die in § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EEG normierte Ausschließlichkeit der Verwendung bestimmter nachwachsender Rohstoffe. Diese Energieträgerbezogenheit des sich aus § 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EEG (i. V. m. § 5 Abs. 1 S. 1 EEG) ergebenden Ausschließlichkeitsprinzips folge aus Wortlaut, Systematik, Historie und Sinn und Zweck der maßgeblichen Normen und auch aus den Zielsetzungen des EEG insgesamt. Im Übrigen gehe die Zulässigkeit der Verwendung von „meth-max“ auch aus § 8 Abs. 6 S. 1 EEG hervor, der - zeitlich begrenzt – den Einsatz fossiler Feuerungstoffe zum Zwecke der sog. Zünd- und Stützfeuerung einer Biomasseanlage zulässt. Wenn dort sogar ein energetischer fossiler Stoff zugelassen werde, müsse dies erst recht für einen nicht energetischen Zusatzstoff gelten.

Die Klägerin hat ferner gemeint, aus der von § 8 Abs. 4 EEG angestrebten Förderung bestimmter technologischer Innovationen sei zu schließen, dass auch der Einsatz einer auf die Steigerung der Gasausbeute abzielenden biochemischen Innovation vom Zweck des EEG gedeckt sei. Zudem hat sie darauf verwiesen, dass die Beklagte, was unstreitig ist, im Februar 2007 gegenüber einem anderen Biogasanlagenbetreiber der Zugabe eines anderen Zusatzstoffes mit der Bezeichnung „ferrosorp DG“ zugestimmt habe. Dieser Stoff diene - ebenso wie „meth-max“ - neben der zwischen den Parteien unstreitigen, den Schwefelgehalt im Gärbehälter reduzierenden Wirkung auch der Steigerung der Gasausbeute. Die Klägerin hat auf eine Herstellerbeschreibung Bezug genommen (Bd. I Bl. 161 f. d. A.). Die Klägerin hat gemeint, die Zustimmung zur Zugabe dieses anderen Zusatzstoffes gegenüber einem anderen Biogasanlagenbetreiber belege, dass die Beklagte - entgegen ihrer nach außen kundgetanen Rechtsauffassung - tatsächlich nicht davon ausgehe, dass die Beigabe derartiger Zusatzstoffe das Ausschließlichkeitsprinzip des EEG verletzt.

Im Übrigen hat die Klägerin darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber auch das Ziel einer „rationellen Betriebsführung“ verfolgt habe, die den Anlagenbetreibern habe ermöglicht werden sollen. Auch unter diesem Aspekt stehe die Verwendung von „meth-max“ im Einklang

mit den Zielsetzungen des EEG, denn mit dem Stoff solle der Wirkungsgrad der eingesetzten Biomasse erhöht werden.

Mit dem Klageantrag zu 2. verlangt die Klägerin die Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten für den Zeitraum ab dem 01.09.2006. Sie hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe auf ihre Anfrage dem Einsatz von „meth-max“ zustimmen müssen. Dies sei zumindest eine vertragliche Nebenpflicht der Beklagten gewesen, die diese schuldhaft verletzt habe.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen dass auch bei Einsatz des Stoffes „meth-max“ in der Biogasanlage Kemberg die Beklagte weiterhin verpflichtet ist, den in der Biogasanlage Kemberg produzierten Strom gemäß § 8 EEG zu vergüten;
2. festzustellen dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr aufgrund der nicht erteilten Zustimmung zu dem Einsatz des Stoffes „meth-max“ in der Biogasanlage Kemberg im Zeitraum ab dem 01.09.2006 entstanden ist.

Soweit sie ursprünglich den Feststellungsantrag zu Ziffer 1. auch auf die Feststellung der Abnahmepflicht der Beklagten erstreckt hatte, hatte die Klägerin den diesbezüglichen Teil ihres Klageantrags im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 25.04.2007 zurückgenommen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat hilfsweise widerklagend beantragt,

festzustellen, dass die Beklagte beim Einsatz des Stoffes „meth-max“ nicht verpflichtet ist, den in der Biogasanlage Kemberg produzierten Strom mit dem zusätzlichen NaWaRo-Bonus entsprechend § 8 Abs. 2 EEG zu vergüten.

Die Klägerin hat beantragt,

die Hilfswiderklage abzuweisen.

Die Beklagte hat gemeint, dass sich aus Wortlaut, Systematik, Historie und Sinn und Zweck der maßgeblichen Regelungen des EEG 2004 ergebe, dass der Gesetzgeber bei der EEG-Novelle im Jahre 2004 bewusst das Ausschließlichkeitsprinzip nicht mehr nur auf die eingesetzten Energieträger, sondern auf „alle in der Biomasseanlage verwendeten Stoffe“ erstreckt habe. Daraus folge, dass sich auch der Zusatzstoff „meth-max“ daran messen lassen müsse, ob er „Biomasse“ i. S. d. Biomasseverordnung sei. Da dies - insoweit unstrittig - nicht der Fall sei, führe der Einsatz von „meth-max“ zum Wegfall ihrer Vergütungspflicht aus § 8 EEG. Die Klägerin verkenne, dass sich der Gesetzgeber bei der EEG-Novellierung in 2004, wie auch aus den Gesetzesmotiven hervorgehe, bewusst für eine „ausdrücklich anlagenbezogene“ Ausgestaltung des Ausschließlichkeitsprinzips entschieden habe. Aus diesem „anlagenbezogenen Ausschließlichkeitsprinzip“ folge, dass „der gesamte Erzeugungsprozess – also Biogas und Strom - ... nur unter Einsatz erneuerbarer Energien erfolgen“ dürfe (Bd. III Bl. 79 d. A.). Das habe zur Konsequenz, dass die Verwendung eines Zusatzstoffes wie „meth-max“ vergütungsschädlich sei. Aus den Motiven der Biomasseverordnung ließen sich keine abweichenden belastbaren Rückschlüsse ziehen, weil nach wie vor die Biomasseverordnung aus dem Jahre 2001 gelte, die aber die „anlagenbezogene Ausgestaltung“ des Ausschließlichkeitsprinzips durch die EEG-Novelle aus dem Jahre 2004 noch nicht berücksichtige. Es liege auch keiner der vom EEG ausdrücklich normierten Ausnahmefälle vor. Die zulässigen Ausnahmen beschränkten sich auf geringfügige Verunreinigungen der eingesetzten Biomasse und auf den Fall des § 8 Abs. 6 EEG, also auf die - zeitlich begrenzt - zulässige Verwendung fossiler Feuerungsstoffe zum Zwecke der Zünd- und Stützfeuerung.

§ 8 Abs. 4 EEG sei kein tragfähiges Argument für die Zulässigkeit der Verwendung eines auf die Erhöhung der Gasausbeute abzielenden Zusatzstoffes, weil es dort nur um die Förderung bestimmter *anlagentechnischer* Innovationen gehe. Zwar kenne die Gesetzesbegründung zum EEG 2004 auch das Ziel einer „rationellen Betriebsführung“ durch den Bioanlagenbetreiber. Es sei jedoch zu bedenken, dass die Gesetzesmotive davon ausgingen, dass die im EEG enthaltenen Mindestvergütungssätze bei einer eben solchen rationellen Betriebsführung einen wirtschaftlichen Betrieb der Anlagen ermöglichten. Wenn die Klägerin mit dem Einsatz von „meth-max“ eine weitergehende Steigerung der rationellen Betriebsführung anstrebe, lasse dies die Notwendigkeit einer öffentlichen Förderung entfallen, was ebenfalls für die Vergütungsschädlichkeit des Einsatzes von „meth-max“ spreche.

Der Klageantrag zu Ziffer 2. sei unzulässig. Die Klägerin habe vorrangig auf Leistung zu klagen; unter prozessökonomischen Gesichtspunkten fehle das Feststellungsinteresse. Jedenfalls sei die Klage unbegründet, weil sie weder vertraglich verpflichtet gewesen sei, der Klägerin eine Zustimmung zur Verwendung bestimmter Zusatzstoffe zu erteilen; insoweit han-

dele es sich um eine von der Klägerin zu treffende eigenverantwortliche unternehmerische Entscheidung. Noch sei ihr eine schuldhaftige Pflichtverletzung anzulasten, denn die hinter dem Rechtsstreit stehenden Rechtsfragen seien komplex und bislang in der Rechtsprechung nicht geklärt.

Wegen des weiteren Parteivorbringens erster Instanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst ihrer Anlagen Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat die Ansicht vertreten, die Wortlautauslegung des § 8 Abs. 1 S. 1 EEG ergäbe, dass die Zugabe anderer Stoffe zur Biomasse unzulässig sei. § 8 EEG sei nicht zu entnehmen, dass sich das Ausschließlichkeitsprinzip nur auf die Beimischung anderweitig *energetisch* wirksamer Stoffe beschränke. Für eine „strenge Auslegung“ des Ausschließlichkeitsprinzips spreche die Gesetzgebungsgeschichte. Während § 8 Abs. 1 S. 1 EEG im Gesetzentwurf der seinerzeitigen Regierungsfractionen lediglich von „Strom aus Biomasse der nach Abs. 6 erlassenen Rechtsverordnung“ gesprochen habe, habe die geltende Fassung des § 8 Abs. 1 S. 1 EEG aufgrund eines Änderungsantrages im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit Eingang in das EEG gefunden. Daraus sei zu schließen, dass sich der Gesetzgeber *bewusst* „einer Vermischung der Biomasse mit anderen Stoffen ablehnend gegenüber“ gezeigt habe. Es sei auch zu bedenken, dass der Stoff „meth-max“ „in der Biomasse selbst Anwendung“ finde.

Auch § 8 Abs. 6 EEG spreche für die Vergütungsschädlichkeit des Einsatzes von „meth-max“. Dort werde nämlich vom Ausschließlichkeitsprinzip nur im Bereich der Zünd- und Stützfeuerung und auch dort nur zeitlich begrenzt eine Ausnahme gemacht. Innerhalb des § 8 Abs. 6 EEG sei eine strenge Auslegung anerkannt; fossile Brennstoffe dürften nämlich nicht mit dem Ziel eingesetzt werden, die Stromausbeute zu verbessern.

Das Landgericht hat sich in seinem Auslegungsverständnis zudem durch die Gesetzesbegründung zu § 2 Nrn. 5 und 6 Biomasseverordnung (BiomasseVO) bestätigt gesehen, wo es unter anderem heiße, dass Biogas weder als Endprodukt noch als Zwischenprodukt Fremdstoffe nicht biogener Art enthalten dürfe.

Zuletzt sei zu berücksichtigen, dass das EEG unter anderem die Ziele des Natur- und Umweltschutzes verfolge. Dem laufe es zuwider, wenn mit „meth-max“ ein Stoff eingesetzt werde, der „selbst (...) nicht (...) weiter verwendbar“ sei.

Wegen des weiteren Entscheidungsinhalts wird auf Bd. I Bl. 166 – 171 d. A. verwiesen.

Hiergegen wendet sich die Berufung unter Wiederholung und Vertiefung der bereits in erster Instanz vorgebrachten Auslegungsgesichtspunkte. Ergänzend verweist die Klägerin darauf, dass das EEG 2004 die Ziele „Effizienz“ und „Förderung der Bioenergie“ verfolgt habe. Auch dies spreche dafür, den Einsatz von Zusatzstoffen in einer Biomasseanlage zuzulassen, die – ohne selbst Energieträger zu sein – auf eine verbesserte Gasausbeute abzielen.

Die Klägerin behauptet unter Vorlage verschiedener Anlagen (Anlagen BK 6 – BK 8, Bd. II Bl. 109 - 118 d. A.), „meth-max“ habe – anders, als dies das Landgericht eingeschätzt habe – sogar *positive* Umweltauswirkungen.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 16.05.2007 verkündeten Urteils des Landgerichts Halle, Az. 11 O 66/06, festzustellen,

1. dass auch bei Einsatz des Stoffes „meth-max“ in der Biogasanlage Kemberg die Beklagte weiterhin verpflichtet ist, den in der Biogasanlage Kemberg produzierten Strom gemäß § 8 EEG zu vergüten;
2. dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr aufgrund der nicht erteilten Zustimmung zu dem Einsatz des Stoffes „meth-max“ in der Biogasanlage Kemberg im Zeitraum ab dem 01.09.2006 entsteht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Den angekündigten Hilfswiderklageantrag hat die Beklagte im Senatstermin vom 18.03.2008 nicht gestellt.

Auch sie wiederholt und vertieft die bereits in erster Instanz vorgebrachten Auslegungsgesichtspunkte. Sie bestreitet eine Schwefelwasserstoff reduzierende Wirkung von „meth-max“. Zur Zielsetzung der „Effizienz“ in der EEG-Novelle von 2004 verweist sie darauf, der Gesetzgeber habe „Effizienz“ im Sinne von „Kosteneffizienz zur Verringerung der volkswirtschaftlichen Kosten bei der Förderung Erneuerbarer Energien“ verstanden, während es der Klägerin nur um die „Steigerung ihres wirtschaftlichen Ertrags beim Einsatz von „meth-max“ gehe (Bd. II Bl. 161 d. A.).

Wegen des weiteren Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die Berufungsbegründung vom 20.08.2007 (Bd. II Bl. 64 ff. d. A.), die Berufungserwiderung vom 29.10.2007 (Bd. II Bl. 153 ff. d. A.) sowie die weiteren Schriftsätze der Klägerin vom 13.02.2008 (Bd. III Bl. 1 ff. d. A.) und der Beklagten vom 10.03.2008 (Bd. III Bl. 87 ff. d. A.) Bezug genommen.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist teilweise begründet. Erfolg hat sie, soweit sich die Klägerin gegen die Abweisung des Feststellungsantrages zu Ziffer 1. wendet (1.). Unbegründet ist die Berufung, soweit sie sich gegen die Abweisung des auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten gerichteten Klageantrags zu Ziffer 2. richtet (2.).

1. Die Beklagte ist, wenn die Klägerin den Stoff „meth-max“ in der Biogasanlage Kemberg einsetzt, weiterhin verpflichtet, den in dieser Anlage produzierten Strom gemäß § 8 EEG zu vergüten. Diesem aus dem durch das EEG begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis der Parteien resultierenden Vergütungsanspruch steht das sog. Ausschließlichkeitsprinzip aus §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 EEG nicht entgegen (a). Auch verstieße die Zugabe dieses Stoffes nicht gegen die Vorgabe des § 8 Abs. 2 S. 1 EEG, wonach bei Gewinnung von „Strom ausschließlich aus“ bestimmten nachwachsenden Rohstoffen („NaWaRo“) eine erhöhte Mindestvergütung zu leisten ist (c).

a) „meth-max“ ist ein Hilfsstoff, der auf den Prozess der Biogaserzeugung einwirkt, indem er die den Gärprozess hemmenden Stoffe Ammoniak, Schwefelwasserstoff und Schwermetalle reduziert (vgl. Anlage K 7, S. 3, Bd. I Bl. 42 d. A.) und so den Gärungsprozess stabilisieren (Bd. I Bl. 105 d. A.) und die Lebensbedingungen für die die Umwandlung der Biomasse in Biogas bewirkenden Mikroorganismen optimieren soll (Bd. I Bl. 5 d. A., ferner Anlagen K 6 u. K 7, Bd. I Bl. 35 ff., 40 ff. d. A.). Soweit die Beklagte die Schwefelwasserstoff reduzierende Wirkung von „meth-max“ erstmals in der Berufungsinstanz bestritten hat (Bd. III Bl. 67 d. A.), bleibt dies unberücksichtigt (§ 531 Abs. 2 S. 1 ZPO). „meth-max“ ist ein „Alumosilikat“ (Bd. I Bl. 64 d. A.). Es besteht damit – das ist dem Begriff des „Alumosilikats“ immanent (vgl. nur: Wikipedia, Freie Enzyklopädie, vgl. zum Stichwort „Alumosilikate“, <http://de.wikipedia.org/wiki/Alumosilikat>) – anteilig aus Mineralien. Ob es sich um ein zu 90 % mineralisches Produkt handelt, wie die Klägerin unter Hinweis auf die Herstellerangaben behauptet (Bd. I Bl. 5, 64 d. A.), oder der Prozentsatz mineralischer Bestandteile ein anderer ist, kann für die hier maßgebliche Auslegungsfrage dahinstehen. Ebenso kann offen bleiben,

ob die Zugabe von "meth-max" tatsächlich, wie die Klägerin unter Bezugnahme auf die Aussagen des Herstellers behauptet, aufgrund einer den Gärungsprozess stabilisierenden und die Lebensbedingungen der Mikroorganismen begünstigenden Wirkung zu einer Gasertragssteigerung von über 30% führt (Bd. I Bl. 5, 64 d. A.). Jedenfalls *soll* dies laut Herstellerangabe eine Wirkung des Einsatzes von "meth-max" sein; der Einsatz des Stoffes *zielt hierauf ab*. Die Klägerin strebt mit der Zugabe des Stoffes – neben der Herbeiführung der vorerwähnten Wirkungen – u. a. an, aus der verwendeten Biomasse mehr Energie zu gewinnen, nicht hingegen, das ist unstrittig, aus "meth-max" *selbst Energie zu schöpfen*. "meth-max" *selbst* ist unstrittig *kein Energieträger* (Bd. I Bl. 7 d. A.).

Dies vorausgeschickt stellt sich die Frage, ob die Zugabe eines Hilfsmittels mit den oben beschriebenen Wirkungen und der Zielsetzung, eine bessere Gas- bzw. Methanausbeute herbeizuführen, nach Wortlaut, Systematik, Historie und Sinn und Zweck des EEG die Vergütungspflicht des Netzbetreibers aus § 8 EEG entfallen lässt oder aber der Einsatz dieses Zusatzstoffes – unter welchen Voraussetzungen - mit dem Ausschließlichkeitsgrundsatz, der (u. a.) in dieser Vorschrift geregelt ist, zu vereinbaren ist, die Zugabe des Stoffes also „vergütungsunschädlich“ ist.

aa) Wortlautauslegung (u. a. des § 8 Abs. 1 S. 1 EEG):

§ 8 Abs. 1 S. 1 EEG spricht von "Anlagen (...), die ausschließlich Biomasse im Sinne der nach Absatz 7 erlassenen Rechtsverordnung einsetzen". Der Wortlautzusammenhang zwischen den Merkmalen "ausschließlich", "Biomasse" und dem "Einsetzen" der Biomasse spricht dafür, dass Stoffe, die – wie "meth-max" – *selbst kein Energieträger* sind, "eingesetzt" werden dürfen.

(1.) Das Merkmal "ausschließlich" bezieht sich auf "Biomasse". § 2 Abs. 1 S. 1 BiomasseVO definiert Biomasse als "*Energieträger* aus Phyto- und Zoomasse". Nach S. 2 zählen hierzu auch "aus Phyto- und Zoomasse resultierende Folge- und Nebenprodukte, Rückstände und Abfälle, deren *Energiegehalt* aus Phyto- und Zoomasse stammt". Nach diesem Wortlaut – "*Energieträger*", "*Energiegehalt*" – fallen nur energetisch wirksame Stoffe unter den Begriff der Biomasse. Daraus folgt: Wenn und soweit es um den Einsatz von Stoffen *als Energieträger* geht, wenn und soweit also aus den eingesetzten Stoffen selbst Energie gewonnen werden soll, müssen diese Stoffe aus Phyto- und Zoomasse (einschließlich den Folge- und Nebenprodukten nach § 2 Abs. 1 S. 2 BiomasseVO) bestehen. Eine Ausschließlichkeit in dem Sinne, dass energetisch unwirksame Stoffe, die *nicht* selbst Energieträger sind und dem Biomassebegriff nicht unterfallen, nicht hinzugesetzt werden dürfen, lässt sich dem Wortlaut-

zusammenhang zwischen den Merkmalen "ausschließlich" und "Biomasse" nicht entnehmen. In diesem Sinne wird auch in der Rechtsliteratur der Wortlaut des § 2 Abs. 1 BiomasseVO verstanden. So heißt es bei Altrock/Oschmann/Theobald (1. Aufl., Kommentar zum EEG, BiomasseVO, Rnrrn. 16, 33; Hervorhebungen durch den Senat):

„Im Ergebnis sind gemäß der Generalnorm § 2 Abs. 1 Stoffe, Produkte und Gemische, deren *Energiegehalt* auch nur zum Teil nicht biogenen Ursprungs ist, grundsätzlich nicht als Biomasse anzusehen. Auf diese Weise wird das *Ausschließlichkeitsprinzip ... umgesetzt. ...*

Die bei der Vergärung eingesetzten Stoffe können gewisse geringfügige Gehalte an vergärbaren Fremdstoffen synthetischen Ursprungs enthalten. Sonstige nicht vergärbare Stoffe, die keine Biomasse darstellen, sind – zumindest in geringfügigem Umfang – unschädlich, weil *aus ihnen kein Gas gewonnen* werden kann, das für die Stromerzeugung genutzt werden könnte.“

(2.) Auch bei Einbeziehung des Begriffs des "Einsetzens" von Biomasse in die Wortlautauslegung wird deutlich, dass sich das Ausschließlichkeitsprinzip, das (u. a.) § 8 Abs. 1 S. 1 EEG zugrunde liegt, nur auf den Einsatz von Energieträgern selbst bezieht, nicht aber den von der Beklagten gezogenen Schluss zulässt, wonach "alle Stoffe" von diesem Prinzip erfasst würden, "die in der Anlage – in welcher Funktion auch immer – Verwendung" fänden (S. 8 der Klageerwiderung, Bd. I Bl. 70 d. A.). "Einsetzen" ist ein Begriff, der im EEG und in der Begründung zum EEG 2004 im Zusammenhang mit dem Begriff des "Einsatzstoffes" zu sehen ist. So spricht beispielsweise § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EEG von einem "Einsatzstoff-Tagebuch". Auch in der Begründung zu § 8 EEG 2004 (BT-Drs. 15/2864, S. 39, Anlage B 1, Bd. I Bl. 87 d. A.) ist davon die Rede, dass – bezogen auf den sog. NaWaRo-Zuschlag – "die Stromerzeugung (nur) aus *Einsatzstoffen*" erfolgen dürfe, "deren *Energiegehalt* ausschließlich aus folgenden Stoffen stammt:". Diese Beispiele belegen zum einen die Unrichtigkeit der Ansicht der Beklagten, wonach dem EEG der Begriff des "Einsatzstoffes" unbekannt sei (Bd. I Bl. 69 d. A.). Zum anderen zeigt der sprachliche Zusammenhang zwischen "*Einsatzstoffen*" und "*deren Energiegehalt*" deutlich, dass unter „Einsetzen“ nicht – einer maximal weiten Auslegung, wie sie das Landgericht vertreten hat, folgend – alles umfasst sein soll, was überhaupt in die Biomasseanlage eingebracht wird (hier u. a. "meth-max"), sondern mit "Einsetzen" nur der Einsatz *des zu vergärenden Einsatzstoffes selbst*, eben des *energiehaltigen Stoffes* gemeint ist.

Verstünde man "Einsetzen" hingegen – mit dem Landgericht und der Beklagten – in einem allumfassenden Sinne, also dahingehend, dass alles, was in die Biomasseanlage eingeführt wird, auch ein "Einsatzstoff" ist, der am Ausschließlichkeitsprinzip zu messen ist, hätte der Gesetzgeber eine sich selbst ad absurdum führende Regelung geschaffen, was ihm – dem Gebot, der rational sinnvollen Auslegungsvariante gegenüber der unvernünftigen Ausle-

gungsvariante den Vorzug zu geben, folgend – nicht unterstellt werden kann. Wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat, wird in jeder Biogasanlage z. B. auch Wasser verwendet (Bd. I Bl. 77 d. A.). Auch kommen in den Verbrennungsmotoren des Blockheizkraftwerkes (als Teil des einheitlichen Anlagenbegriffs in § 3 Abs. 2 EEG), in dem das erzeugte Biogas verstromt wird, fossile oder synthetische Motoröle zum Einsatz. Sähe man diese Hilfsstoffe als Einsatzstoffe in dem allumfassenden Sinn, den das Landgericht zugrunde legt, so wären sie am Ausschließlichkeitsprinzip zu messen mit der Folge, dass für nahezu keine einzige Biogasanlage ein Vergütungsanspruch nach §§ 5 Abs. 1, 8 EEG bestünde. Zu einem sinnvollen Auslegungsergebnis kommt man daher nur, wenn man das “Einsetzen” von – “ausschließlich” - “Biomasse” in der Anlage dahingehend begreift, dass damit nur der für die Stromerzeugung eingesetzte *Energieträger selbst* gemeint ist. Bezieht sich § 8 Abs. 1 S. 1 EEG (und erst recht – dazu unter lit. c) - § 8 Abs. 2 EEG) demnach nur auf Energieträger, geht es also bei dem “ausschließlich(en)” “Einsetzen” von “Biomasse” nur um die energetischen Stoffe, so lässt das Ausschließlichkeitsprinzip die Vergütungspflicht aus §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 EEG nicht entfallen, wenn *selbst* nicht energetische Stoffe hinzugegeben werden.

bb) Systematische Auslegung:

Der von der Beklagten als systematisches Argument für eine Verletzung des Ausschließlichkeitsgrundsatzes bei Zugabe von „meth-max“ angeführte § 8 Abs. 6 EEG vermag keine befriedigende Antwort darauf zu geben, ob Zusatzstoffe, die keine Energieträger sind, sondern auf eine effizientere Energieausbeute abzielen, die Vergütungspflicht aus §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 EEG entfallen lassen. Mit § 8 Abs. 6 EEG 2004 wurde die Möglichkeit, zu Zwecken der Zünd- und Stützfeuerung auch fossile Stoffe einzusetzen – diese Möglichkeit hatte nach dem EEG 2000 noch uneingeschränkt bestanden (vgl. die Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 6 EEG 2004, BT-Drs. 15/2864, S. 41, Anlage B 1, Bd. I Bl. 89 d. A.) – vor dem Hintergrund des technologischen Fortschritts eingeschränkt; weil mittlerweile auch auf Biomassebasis erzeugte Zusatz-Feuerungsstoffe zur Verfügung standen, entschied sich der Gesetzgeber bei der EEG-Novelle 2004 dafür, für nach dem 31.12.2006 in Betrieb genommene Biomasseanlagen für die sog. Zünd- und Stützfeuerung nur noch die Verwendung von Biomasse im Sinne der BiomasseVO oder von Pflanzenmethylester zuzulassen (vgl. die Stichtagsregelung in § 8 Abs. 6 S. 1 und 2 EEG 2004). Die Beklagte sieht – insoweit ist ihr zu folgen – in der (nunmehr nur noch zeitlich begrenzten) Zulassung des Einsatzes fossiler Feuerungsstoffe eine Ausnahme vom Ausschließlichkeitsgrundsatz der §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 EEG (Bd. I Bl. 72 d. A.). Ihr ist auch darin Recht zu geben, dass Motiv für diese Ausnahme die technische Notwendigkeit von Zünd- und Stützfeuerungen zum Betrieb einer

Biogasanlage und die – bis zum 31.12.2006 – nicht technologisch uneingeschränkt bestehende Möglichkeit, Biomasse oder Pflanzenmethylester als Feuerstoff einzusetzen, war. Daraus folgt indes nicht der von der Beklagten – und ihm folgend auch vom Landgericht - gezogene „Umkehrschluss“, dass es sich „bei allen anderen Stoffen, die in der EEG-Anlage zum Einsatz kommen, um Stoffe im Sinne der BiomasseVO handeln muss“ (Bd. I Bl. 72 d. A.). Denn anders als die fossile Zünd- und Stützfeuerung, die zu einer direkten Verstromung des fossilen Brennstoffs im Blockheizkraftwerk führt, also ein direkt und *unmittelbar zur Stromerzeugung eingesetzter Energieträger* ist (deshalb auch die Regelung in § 8 Abs. 6 S. 2 EEG, der klarstellt, dass auch der auf den fossilen Energieträger entfallende Stromanteil „Strom aus Biomasse“ ist), geht es bei Zusatzstoffen wie „meth-max“ um Substanzen, die *selbst keine Energieträger* sind, sondern von denen sich der Anlagenbetreiber verspricht, dass sie den Biogaserzeugungsprozess begünstigen und dazu führen, dass aus derselben Menge Biomasse ein Plus an Energie gewonnen wird. Aus der – zuletzt nur noch zeitlich begrenzten – ausnahmsweisen Zulässigkeit einer „notwendigen fossilen Zünd- und Stützfeuerung“, also des begrenzten Einsatzes fossiler *Energieträger*, lässt sich also für die Frage der Zulässigkeit der Hinzugabe *nicht energetischer* Zusatzstoffe nichts gewinnen. Dem steht auch nicht der Hinweis der Beklagten entgegen, es sei anerkannt, dass eine über das Notwendige hinausgehende fossile Zünd- und Stützfeuerung mit dem Ziel, die Energieausbeute zu erhöhen (vgl. dazu: Altrock/Oschmann/Theobald, 1. Aufl., § 8 EEG, Rn. 119; Salje, 4. Aufl., § 8 EEG, Rn. 58), unzulässig sei. Das ist zwar richtig und steht im Einklang mit dem oben beschriebenen Sinn des Ausschließlichkeitsgrundsatzes, ausschließlich aus Biomasse-*Energieträgern* Strom zu erzeugen, wenn es nicht eben unvermeidbar ist, zu einem geringfügigen Anteil auch auf fossile *Energieträger* zurückzugreifen. Daraus ergibt sich aber nicht der von der Beklagten gezogene Schluss, dass das EEG auch den Einsatz von Zusatzstoffen verbietet, die – *ohne Energieträger zu sein* – auf eine Erhöhung der Stromausbeute abzielen. Schon gar nicht folgt hieraus, wovon offenbar die Beklagte ausgeht, dass das EEG mit dem Ausschließlichkeitsgrundsatz generell das Ziel für förderungsunwürdig erklären will, bei der Energieausbeute Fortschritte zu erzielen.

Andererseits lässt sich aus § 8 Abs. 6 EEG aber auch nicht – a majore ad minus, wie die Klägerin meint – die Schlussfolgerung ziehen, dass die Verwendung einer keinen Energieträger bildenden Substanz „erst recht“ zulässig ist, wenn sogar der Einsatz fossiler Brennstoffe zugelassen wird (Bd. I Bl. 113 d. A.). Nicht energetische Stoffe sind kein „Minus“ gegenüber „Energieträgern“ als „Majus“; sie sind ein „aliud“.

cc) Historische Auslegung:

(1.) Den Motiven zum EEG 2004 lässt sich keinerlei belastbare Aussage dazu entnehmen, wie mit Zusatzstoffen umgegangen werden sollte, die auf eine Mehrung der Gasausbeute durch Begünstigung des biochemischen Prozesses abzielen. Wie die Beklagte, so zieht auch das Landgericht unrichtige Schlüsse daraus, dass noch im Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 15/2327, S. 5, Anlage B 2, Bd. I Bl. 90 d. A.) § 8 Abs. 1 S. 1 EEG den Wortlaut

“Für Strom aus Biomasse”

haben sollte, während aufgrund eines erfolgreichen Änderungsantrages im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit die Regelung ihren nunmehr gültigen Wortlaut

“Für Strom, der in Anlagen ... gewonnen wird, die ausschließlich Biomasse im Sinne der nach Absatz 6 erlassenen Rechtsverordnung einsetzen,”

erhalten hatte (Anlage B 3, Bd. I Bl. 91 d. A.). Die Beklagte will diese Veränderung dahingehend verstanden wissen, dass “mit dem neuen Wortlaut dieses Ausschließlichkeitsprinzip auf alle in der Biomasseanlage verwendeten Stoffe, nicht nur auf solche, aus denen letztendlich Strom erzeugt wird, wie dies noch in der Fassung des Gesetzentwurfs der Fall war” bezogen werden sollte. Das ist eine unter mehreren Aspekten unververtretbare Interpretation:

Sie wird erstens von der Begründung zu dem betreffenden Änderungsantrag nicht getragen. Wenn dort (S. 15 f. der BT-Drs. 15/2864, Bd. I Bl. 92 f. d. A.) davon die Rede ist, die Änderung solle sicherstellen, dass “*auch zukünftig*” nur Strom vergütet werde, „der in Anlagen erzeugt” werde, „die ausschließlich Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung einsetzen”, bei „sonstigen Anlagen” hingegen finde “keine – auch keine anteilige – Vergütung statt”, so sollte hiermit lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass eine *Mischnutzung* der Anlage mit verschiedenen Biomassen im Sinne des weiten Biomassebegriffs des § 3 Abs. 1 EEG, der über den Biomassebegriff der BiomasseVO hinausgeht, *nicht gewollt* war. Das Bedürfnis, die “Ausschließlichkeit” der Verwendung von Biomasse *im Sinne der BiomasseVO* in den Gesetzestext einzufügen, war im Zuge der EEG-Novelle 2004 entstanden, weil mit der Novellierung in § 3 Abs. 1 EEG der weitere, naturwissenschaftliche Biomassebegriff – dies auf der Grundlage des Art. 2 lit. b) der Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.09.2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt (im Folgenden kurz: EE – RL) – in das EEG Einzug gehalten hatte. Deswegen sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, in § 8 Abs. 1 EEG klarzu-

stellen, dass die Vergütungspflicht nur bei Einsatz von Biomasse im Sinne des engeren Biomassebegriffs der BiomasseVO gelten sollte (zum Ganzen: Altrock/Oschmann/Theobald, 1. Aufl., § 8 EEG, Rnrn. 23 – 26). Ohne die Einschränkung auf Biomassen im Sinne des engeren Biomassebegriff der BiomasseVO wäre eine Mischverbrennung mit anderen, von der BiomasseVO nicht unter den Begriff der Biomasse (im engeren Sinne) gefassten Biomassen möglich gewesen, und genau dies sollte – so ergibt es sich auch aus der oben zitierten Passage der Begründung des Änderungsantrags – verhindert werden.

Dieser Hintergrund findet auch in der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 1 EEG (S. 39 der BT-Drs. 15/2864, Anlage B 1, Bd. I Bl. 87 d. A.) Erwähnung. Dort heißt es:

„Der Strom aus der Anlage wird nur vergütet, wenn in dieser ausschließlich Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung eingesetzt wird. *Beim Einsatz sonstiger unter den weiteren Biomassebegriff des § 3 Abs. 1 fallende Stoffe besteht auch kein anteiliger Vergütungsanspruch.*“

In der Sache hatte sich indes mit dem o. g. Änderungsantrag gegenüber der Rechtslage zur Zeit der Geltung des EEG 2000 nichts geändert, wie auch der Wortlaut der oben wiedergegebene Begründungspassage zeigt (*„auch zukünftig“*). Schon während der Geltung des EEG 2000 war die Ausschließlichkeit (vgl. dazu § 2 Abs. 1 S. 1 EEG 2000: *„Dieses Gesetz regelt die Abnahme und die Vergütung von Strom, der ausschließlich aus ... Biomasse ... gewonnen wird,“*) geregelt. Sie war – schon damals galt die BiomasseVO – auf den Begriff der Biomasse im engeren Sinne dieser Verordnung bezogen und erstreckte sich überdies nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 S. 1 EEG 2000 (*„Strom, der ausschließlich aus ... Biomasse ... gewonnen wird, ...“*) eindeutig auf *Energieträger*. Eine Verschärfung des Ausschließlichkeitsprinzips dahingehend, dass fortan auch alle Stoffe, aus denen selbst kein Strom gewonnen wird, dem Ausschließlichkeitsprinzip unterfallen sollten, war mit dieser Veränderung im Verlaufe der EEG-Novelle von 2004 nicht verbunden. Das entspricht auch der einhelligen Ansicht in der Rechtsliteratur, wobei beispielhaft aus der Kommentierung Saljes (4. Aufl., § 5 EEG, Rn. 1) zitiert sei (Hervorhebungen durch den Senat):

„Netzbetreiber sind danach [i.e. § 5 Abs. 1 S. 1 EEG] verpflichtet, denjenigen gemäß § 4 aufgenommenen Strom nach Maßgabe der §§ 6 bis 12 zu vergüten, der ausschließlich aus Erneuerbaren Energien ... 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) ... *bekanntem Ausschließlichkeitsprinzip* fest, wonach grundsätzlich nur diejenige Art der Stromerzeugung privilegiert ist, die *vollständig auf dem Einsatz der genannten Energie beruht.*“

(2.) Demgegenüber findet in den Gesetzesmotiven zum EEG 2004 die Ansicht der Beklagten, wonach der Gesetzgeber mit dem Wortlaut der §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 EEG

“das Ausschließlichkeitsprinzip – anders als noch im Rahmen des EEG 2000, der in § 2 Abs. 1 S. 1 EEG 2000 auf den eingesetzten Energieträger abstellte – ausdrücklich anlagenbezogen“

auszugestalten gewollt habe, keinerlei Halt.

(a) Schon der Wortlaut der maßgeblichen Normen lässt ein von der Beklagten kreiertes, spezifisch

“*anlagenbezogenes* Ausschließlichkeitsprinzip” (S. 7 des Schriftsatzes vom 24.04.2007)

nicht erkennen, aus dem folgen soll, dass „nicht mehr nur auf den eingesetzten Energieträger“ abzustellen sei, sondern eine Verletzung des Ausschließlichkeitsprinzips „vielmehr dann gegeben [sei], wenn die Stromerzeugung in der (gemäß § 3 Abs. 2 EEG zu bestimmenden) Anlage nicht vollständig auf den Einsatz Erneuerbarer Energien beruht“. Vor allem aber geht diese Interpretation an dem Zweck der Einfügung einer Definition der „Anlage“ in § 3 Abs. 2 EEG und der Übernahme dieses Begriffs in den §§ 5 Abs. 1, 8 Abs. 1 EEG vorbei. Er war ein ganz anderer als eine wie auch immer geartete Verschärfung des Ausschließlichkeitsgrundsatzes, die die Beklagte ausgemacht haben will. Die Definition des Begriffs der Anlage in § 3 Abs. 2 EEG 2004 entspricht, so führt es die Gesetzesbegründung aus (S. 29 der BT-Drs. 15/2864, Anlage B 1, Bd. I Bl. 82 d. A.),

“weitgehend der bisherigen Praxis”

(Anlage B 1, Bd. I Bl. 82 d. A.). Von einer beabsichtigten “Erweiterung” des Anlagenbegriffs “über die eigentliche Stromerzeugungseinheit hinaus” (vgl. S. 6 des Beklagtenchriftsatzes vom 24.04.2007) kann nicht gesprochen werden. Ziel der Einfügung der geschriebenen Definition der „Anlage“ mit der EEG-Novelle 2004 war nicht eine Erweiterung des Anlagenbegriffs und die Schaffung eines spezifisch „anlagenbezogenen Ausschließlichkeitsprinzips“, sondern die Beseitigung von „der Rechtsliteratur“ zu entnehmenden „gewisse(n) Auslegungsunsicherheiten“ bei der Auslegung, was eine „Anlage“ ist (vgl. S. 3 der Einzelbegründung zu § 3 Abs. 2 EEG 2004, BT-Drs. 15/2864, Anlage B 1, Bd. I Bl. 82 d. A.). Um eine Verschärfung des Ausschließlichkeitsgrundsatzes der §§ 5 Abs. 1, 8 EEG ging es bei der Einfügung der Anlagendefi-

dition in das EEG 2004 nicht. Insbesondere lässt sich der Motivlage für die Aufnahme der Definition nicht entnehmen, dass dem Gesetzgeber daran lag – so will es die Beklagte verstanden wissen –, die Ausschließlichkeit des Einsatzes von Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung in § 8 Abs. 1 S. 1 EEG von der Energieträgereigenschaft des eingesetzten Stoffes abzukoppeln. Auf die oben zitierte Kommentierung bei Salje (4. Aufl., § 5 EEG, Rn. 1) wird Bezug genommen.

- (b) Ferner ist darauf zu verweisen, dass die heutige Wortlautfassung des § 8 Abs. 1 S. 1 EEG nach dem oben Gesagten nicht das Ziel hatte, das Ausschließlichkeitsprinzip „anlagenbezogen auszugestalten“, sondern vor dem Hintergrund der gewollten Klarstellung im Zusammenhang mit dem weiteren Biomassebegriff des § 3 Abs. 1 EEG 2004 zu sehen ist. Zu der oben erörterten Wortlautveränderung des § 8 Abs. 1 S. 1 EEG im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens war es – wie ausgeführt – gekommen, weil der Wortlaut „Für Strom aus Biomasse“ nicht ausreichend klar erkennen ließ, dass nur noch die Verstromung solcher Biomasse die Vergütungspflicht aus § 8 EEG auslösen sollte, die dem engeren Biomassebegriff im Sinne der BiomasseVO entspricht. Die Schaffung eines spezifisch anlagenbezogenen Zusammenhangs des Ausschließlichkeitsprinzips unter gleichzeitiger Abkopplung von der Energieträgereigenschaft war mit dieser Wortlautänderung nicht verbunden. Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, dass in dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien (kurz: EEG 2009/E; vgl. <http://www.erneuerbare-energien.de/inhalt/40508>), den das Bundeskabinett am 05.12.2007 beschlossen hat und mit dem das EEG 2004 abgelöst werden soll, in § 27 Abs. 1 wieder zu derjenigen Formulierung zurückkehrt, die § 8 Abs. 1 S. 1 EEG 2004 ursprünglich – bis zu dem von der Beklagten angeführten Änderungsantrag – haben sollte („Für Strom aus Biomasse“). Denn wie der Begründung zu § 27 Abs. 1 EEG 2009 zu entnehmen ist, soll das Ausschließlichkeitsprinzip dahingehend „gelockert“ werden, dass durch

„die Öffnung des Ausschließlichkeitsprinzips ... der gemeinsame Einsatz von nach der Biomasseverordnung anerkannter Biomasse mit Deponie- und Klärgas oder anderen Stoffen, die wegen ihres biogenen Ursprungs zwar als Biomasse gelten, jedoch keine Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung sind, möglich“

wird. Weiter heißt es in der Einzelbegründung zu § 27 Abs. 1 EEG 2009/E:

„Diese sonstige Biomasse umfasst Stoffe, die zwar Biomasse im Sinne der Biomasse-Definition der Richtlinie 2001/77/EG sind, nicht aber unter die Biomasseverordnung fallen,“

Daraus folgt: Die Motivlage für den Änderungsantrag zu § 8 Abs. 1 S. 1 EEG, den die Beklagte und das Landgericht fehlinterpretieren (s. o.), nämlich die Vermeidung des Eindrucks, dem Ausschließlichkeitsprinzip unterfalle auch die Biomasse im weiteren Sinne des § 3 Abs. 2 EEG und der EE - RL, ist in dem Entwurf zum EEG 2009 weggefallen. Denn in dem Entwurf ist eine Mischnutzung unterschiedlicher Biomassen, solcher im engeren Sinne der BiomasseVO und solcher im weiteren Sinne der EE - RL, gerade gewollt. Dies ist der *eine* Grund dafür, warum im Entwurf eines EEG 2009 von der Formulierung des § 8 Abs. 1 S. 1 EEG 2004 („Für Strom, der in Anlagen ... gewonnen wird, die ausschließlich Biomasse im Sinne der nach Absatz 7 erlassenen Rechtsverordnung einsetzen,“) abgegangen worden ist. Als zweiten Grund führt die Einzelbegründung zu § 27 Abs. 1 EEG 2009/E an:

„Absatz 1 legt die Vergütungsstufen sowie die Höhe der Grundvergütung fest. Dabei werden sowohl die bislang bestehende 20-Megawatt-Grenze aufgehoben“

Weil die 20-Megawatt-Obergrenze aufgehoben wurde, heißt es nicht länger

„Für Strom, der in Anlagen mit einer Leistung bis einschließlich 20 Megawatt gewonnen wird,“.

Weder das eine noch das andere Motiv der Entwurfsverfasser für die Veränderungen im Vergleich zu § 8 Abs. 1 S. 1 EEG 2004 darf die Beklagte, wie sie es auf S. 4 des Schriftsatzes vom 10.03.2008 tut (Bd. III Bl. 63 d. A.), als Bestätigung dafür ansehen, „dass das Ausschließlichkeitsprinzip in § 8 Abs. 1 S. 1 EEG gerade anlagenbezogen zu verstehen ist“.

- (c) Im Übrigen ist auch unverständlich, inwiefern der Inhalt des von der Beklagten angeführten „anlagebezogen ausgestalteten Ausschließlichkeitsprinzips“ die Verwendung von Zusatzstoffen, die selbst keine Biomasse und kein Energieträger sind, hindern soll. Die Beklagte versteht den Inhalt des von ihr „anlagebezogen“ begriffenen Ausschließlichkeitsprinzips dahingehend, dass „der gesamte *Erzeugungsprozess* – also Biogas und Strom - ... nur unter Einsatz Erneuerbarer Energien erfolgen“ dürfe (S. 7 des Schriftsatzes vom 24.04.2007, Bd. III Bl. 79 d. A.). Aber auch dem nach so verstandenen „anlagebezogenen Ausschließlichkeitsprinzip“ bliebe es dabei, dass ein Stoff wie „meth-max“ nicht selbst der *Erzeugung* von Strom dient.

Überdies vermag die Beklagte nicht überzeugend zu erklären, weshalb, wovon auch sie ausgeht, ein Zusatzstoff wie „FerroSorp DG“, dessen Einsatz in einer anderen Biogasanlage die Beklagte zugestimmt hat, ungeachtet des von ihr so verstandenen

„anlagebezogenen Ausschließlichkeitsgrundsatzes“ zum Einsatz kommen darf. Soweit die Beklagte aus § 8 Abs. 6 EEG (der aus den o. g. für die hier maßgeblichen Auslegungsfragen unergiebig ist) herleitet, dass (nur) alle technisch *notwendigen, erforderlichen* Zusatzstoffe ohne Verletzung des „anlagenbezogenen Ausschließlichkeitsgrundsatzes“ in die Biomasseanlage eingebracht werden dürfen, wäre diese Voraussetzung im Falle von „FerroSorp DG“ nicht erfüllt, denn dieser Stoff dient nach dem eigenen Vortrag der Beklagten „lediglich (einer) zweckmäßig(en)“ Entschwefelung der Anlage (Bd. III Bl. 67 d. A.).

- (d) Zuletzt spricht gegen die Interpretation der Beklagten, der Gesetzgeber habe ein „anlagenbezogenes Ausschließlichkeitsprinzip“ schaffen und damit zum Ausdruck bringen wollen, dass der „gesamte Erzeugungsprozess“ „nur unter Einsatz Erneuerbarer Energien“ erfolgen dürfe, was eine Zugabe von Zusatzstoffen wie „meth-max“ ausschliesse, die Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 1 EEG 2004. Dort heißt es (BT-Drs. 15/2864, S. 36, Anlage B 1, Bd. I Bl. 84 d. A.):

„Denn das Ausschließlichkeitskriterium bezieht sich auf den Prozess der Stromerzeugung selbst, *nicht auf die vorbereitenden Schritte*. Daher ist es etwa auch unschädlich, wenn konventionell erzeugter Strom für das Anfahren der Windenergieanlagen eingesetzt wird.“

Diese Begründung spricht einmal mehr dafür, dass Zusatzstoffe, die – wie „meth-max“ – nicht *selbst Energieträger* sind, aus denen selbst also kein Strom erzeugt wird, sondern die – insofern wird mit ihnen ein „vorbereitender Schritt“ gegangen – nur der Verbesserung der Gasausbeute dienen sollen, nicht den Ausschließlichkeitsgrundsatz der §§ 5 Abs. 1, 8 Abs. 1 EEG verletzen. Dass auch mit der EEG-Novelle aus 2004 nach wie vor das Ausschließlichkeitsprinzip energieträgerbezogen zu verstehen war und ist, entspricht im Übrigen auch der einhelligen Auffassung in der Fachliteratur (vgl. Altrock/Oschmann/Theobald, 1. Aufl., § 8 EEG, Rn. 23; Salje, 4. Aufl., § 5 EEG, Rn. 13).

- (3.) Auch die Motive zur BiomasseVO untermauern das vom Senat geteilte Auslegungsverständnis der Klägerin, wonach sich das Ausschließlichkeitsprinzip der §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 EEG nur auf die *Energieträger* bezieht, *aus denen* zu verstromende Energie gewonnen werden soll:

- (a) In der Einzelbegründung zu § 2 BiomasseVO (BT-Drs. 14/6059, Anlage BK 2, Bd. II Bl. 91 d. A.) heißt es:

„Die Zielsetzung des EEG schließt es aus, fossile Brennstoffe in den Anwendungsbereich der Verordnung einzubeziehen. Deshalb ist Sorge dafür zu tragen, dass den erwünschten Stoffen keine fossilen Anteile beigemischt werden können. Nur so kann dem in § 2 Abs. 1 Satz 1 EEG niedergelegten Ausschließlichkeitsprinzip Rechnung getragen werden, dass es verbietet, *Energieträger* in die Vorrangregelungen dieses Gesetzes einzubeziehen, die dort nicht aufgeführt sind.“

Hätte der Gesetzgeber tatsächlich, wie die Beklagte meint, mit der EEG-Novelle 2004 ein ganz neues, diesmal „anlagenbezogen ausgestaltetes“ Ausschließlichkeitsprinzip mit dem Kern „Abkopplung der Ausschließlichkeit von der Energieträgereigenschaft“ gewollt, so hätte er es angesichts dieser Motivlage nicht bei der BiomasseVO vom 21.06.2001 belassen, wie er dies – von der hier nicht weiter relevanten Anpassung der BiomasseVO an die HygieneVO durch ÄnderungsVO vom 09.08.2005 (BGBl. I S. 2419) abgesehen – getan hat (vgl. zur Fortgeltung der BiomasseVO vom 21.06.2001 § 21 Abs. 5 S. 1 EEG 2004). Insbesondere die Ausschließlichkeit eindeutig energieträgerbezogen interpretierende Regelungen der BiomasseVO (§ 1 BiomasseVO: „Stromerzeugung aus Biomasse“; „Strom aus Biomasse“) hätten eine Änderung erfahren.

- (b) Auch weitere Passagen der Begründung zur BiomasseVO unterstreichen den – nach nach der EEG-Novelle von 2004 fortbestehenden – Willen des Gesetzgebers, das Ausschließlichkeitsprinzip auf die Energieträger zu beziehen und nicht auf umfassend alle Stoffe, die im Zuge der Energieerzeugung aus Biomasse in die Anlage eingefügt werden, zu erstrecken. So führte der Gesetzgeber in der Einzelbegründung zu § 2 Abs. 1 BiomasseVO (S. 9 der BT-Drs. 14/6059, Anlage BK 2, Bd. II Bl. 92 d. A.) aus:

„Das bedeutet, dass Stoffe, Produkte und Gemische, deren *Energiegehalt* zum Teil nicht biogenen Ursprungs ist, grundsätzlich nicht als Biomasse anzusehen sind. *Damit wird das Ausschließlichkeitsprinzip* des § 2 Absatz 1 Satz 1 EEG hinsichtlich Biomasse *umgesetzt*. Beimischungen anderer *energetisch nutzbarer* Stoffe sind unzulässig. Verunreinigungen mit anderen Stoffen werden nur geduldet, wenn sie auf den Heizwert keine nennenswerten Auswirkungen haben. Etwas anderes gilt nur, soweit es durch besondere Regelung ermöglicht wird. Im Kontext des Satzes 1 ist nicht von „Stoffen“, sondern von „*Energieträgern*“ die Rede, da die betreffenden Stoffe hier in ihrer *Eigenschaft als Einsatzstoff zur Gewinnung von (elektrischer) Energie* angesprochen sind.“

- (c) Es ließen sich noch eine Fülle von Passagen aus der Begründung zur BiomasseVO anführen (vgl. vor allem die S. 7 bis 11 der BT-Drs. 14/6059, Anlage BK 2, Bd. II Bl. 90 ff. d. A.), aus denen hervorgeht, dass das Ausschließlichkeitsprinzip nur energieträgerbezogen gewollt war (und es – s. o. – auch nach der EEG-Novelle von 2004 geblieben ist). Beispielhaft seien noch folgende Ausführungen des Gesetzgebers (S. 8 der BT-Drs. 14/6059, Anlage BK 2, Bd. II Bl. 91 d. A.) erwähnt:

„Ein Einräumung einer Vorrangstellung ist aus Gründen des Klimaschutzes und der Ressourcenschonung grundsätzlich berechtigt, wenn es sich bei den biogenen Stoffen um solche nicht fossiler Herkunft handelt. Fossile Stoffe können daher nicht als Biomasse im Sinne des EEG angesehen werden. Ausgeschlossen soll es darüber hinaus sein, solche Stoffe bzw. Materialien einzusetzen, deren *energetische Nutzung* umweltpolitisch nicht bzw. nicht vorrangig erwünscht ist (...) oder deren *energetische Nutzung* keines zusätzlichen finanziellen Impulses bedarf.“

Soweit die Beklagte dem entgegenhält, in derselben Begründung fänden sich Passagen, die widerlegten, dass die BiomasseVO mit Ausschließlichkeit nur *Energieträger* verbinde, vermag die auf S. 7 f. des Schriftsatzes vom 24.04.2007 (Bd. III Bl. 79 f. d. A.) dies nicht zu stützen. Wenn es dort heißt, dass nicht ermöglicht werden solle,

„dass fossile Energieträger als neue Arten von „Verunreinigungen“ der Biomasse mit dem Ziel der Erhöhung des Energiegehaltes untergemischt werden können“,

folgt daraus erstens *gerade* die *Energieträgerbezogenheit* der BiomasseVO. Zweitens fehlinterpretiert die Beklagte die Passage, wenn sie aus ihr ein allgemeines Postulat entnimmt, nach dem es keine „Beimischung von nicht in der BiomasseVO aufgeführter Stoffe mit dem Ziel der Erhöhung des Energiegehaltes“ geben dürfe. Die BiomasseVO verhält sich in dem in der in Bezug genommenen Passage begründeten § 2 Abs. 1 ausschließlich zu Stoffen, *aus* denen Energie erzeugt wird. Daher ist Aussage der angeführten Begründungspassage lediglich die, dass die nicht als Biomasse in der BiomasseVO definierten fossilen Energieträger auch nicht über den „Umweg“ ihrer Deklaration als „neue Art von Verunreinigung“ mit der Begründung beigemischt werden dürfen, sie dienen dem Ziel der Erhöhung des Energiegehaltes. Auch an dieser Stelle gilt: Die Beklagte suggeriert zu Unrecht, dass der Gesetzgeber alle Arten von „Beimischungen“ zwecks Steigerung der Energieausbeute als vergütungsschädlich angesehen hat.

- (d) Der Berufung ist auch darin zuzustimmen, dass das Landgericht den Satz in der Einzelbegründung zu § 2 Nrn. 5 und 6 BiomasseVO (S. 9 f. der BT-Drs. 14/6059, Anlage B 5, Bd. I Bl. 95 f. d. A.)

„Hierfür ist jeweils sicherzustellen, dass weder das zur Stromerzeugung verwandte Endprodukt noch ein Zwischenprodukt Fremdstoffe nicht biogener Art enthält.“

aus dem Kontext gerissen und fehlgedeutet hat (Bd. II Bl. 70 f. d. A.). Liest man diesen vom Landgericht in dem Mittelpunkt gerückten vierten Satz des Absatzes auf S. 9 f. der Gesetzesbegründung im Zusammenhang mit den Sätzen 1 bis 3, so ergibt sich folgendes Bild: Auch in diesem Begründungsteil geht es um die Rolle der dort

genannten Biomassen als *Energieträger*. Das wird zum einen in der Bezugnahme des § 2 Abs. 2 Nrn. 5 u. 6 BiomasseVO (“Biomasse im Sinne des Absatzes 1 sind insbesondere...”) auf § 2 Abs. 1 BiomasseVO deutlich (“Biomasse im Sinne dieser Verordnung sind *Energieträger* ...”). Dies kommt aber auch in der vom Landgericht nur partiell zitierten Passage in der Einzelbegründung zu § 2 Abs. 2 Nrn. 5 u. 6 BiomasseVO zum Ausdruck, wo im ersten und zweiten Satz explizit von “*Sekundärenergieträger/-n*” die Rede ist, die in den Nrn. 5 und 6 des § 2 Abs. 2 BiomasseVO aufgeführt seien. Wenn der Gesetzgeber in der Folge im vierten Satz dieser Begründungspassage klarstellt, dass auch hier – bei Stromerzeugung aus Sekundärenergieträgern, die aus Biomasse hergestellt werden – „weder das zur Stromerzeugung verwandte Endprodukt noch ein Zwischenprodukt Fremdstoffe nicht biogener Art“ enthalten dürfe, sagt dies wegen der vorerwähnten Bezogenheit auf die Energieträger nichts darüber aus, ob – selbst keine Energieträger bildende – Zusatzstoffe, die mit dem Ziel der Steigerung der Gasausbeute verwendet werden, zum Einsatz kommen dürfen.

dd) Teleologische Auslegung:

(1.) § 1 Abs. 1 EEG nennt als Ziel des EEG u. a., die „Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien“ zu fördern. §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 EEG wollen den Betreibern von Biogasanlagen einen Mindestvergütungsanspruch sichern, um damit einen Anreiz zu schaffen, damit mehr derartige – zum Zeitpunkt der EEG-Novelle 2004 innerhalb der regenerativen Energien noch unterrepräsentierte – Biomasseanlagen errichtet werden und so ein Beitrag zur Erreichung der Zielsetzungen des § 1 EEG geleistet wird (BT-Drs. 14/2776, S. 1). Beide Aspekte sprechen in der Gesamtschau dafür, die Verwendung von – selbst nicht energetischen – Zusatzstoffen mit der Zielsetzung der Steigerung der Gasausbeute zu gestatten. Wenn und solange derartige Zusatzstoffe selbst ökologisch unschädlich sind (dazu nachstehend unter (4.)), wäre es nicht einzusehen, wenn sie anders behandelt würde, als die unzweifelhaft vom EEG gewollte anlagentechnische Effizienzsteigerung. Eine bewusste Differenzierung zwischen biochemischen Innovationen, die dazu führen, dass aus derselben Menge Biomasse mehr Energie gewonnen wird, einerseits und effizienzsteigernden Technologien in der Biogasanlagentechnik andererseits lässt sich weder dem EEG, der BiomasseVO noch den Motiven zu diesen Gesetzen entnehmen. Eine andere Bewertung liefe etwa dem Sinn und Zweck des § 8 Abs. 4 EEG zuwider. Danach wird bei Einsatz bestimmter Technologien ein „Technologiebonus“ (Einzelbegründung zu § 8 Abs. 4 EEG 2004, BT-Drs. 15/2864, Anlage B 1, Bd. I Bl. 88 d. A.) gewährt, den der Gesetzgeber wie folgt begründete:

„Mit dem in Absatz 4 verankerten Technologiebonus trägt das Gesetz dem Interesse Rechnung, einen spezifischen Anreiz zum Einsatz innovativer, besonders *energieeffizienter* und damit umwelt- und klimaschonender Anlagentechniken zu setzen, deren Anwendung regelmäßig mit höheren Investitionen verbunden ist. ... Der Bonus schafft damit einen Anreiz, *innovative technische Verfahren* zur Anwendung zu bringen und *möglichst hohe Wirkungsgrade* ... anzustreben.“

Es ist nicht begründbar, warum innovative anlagentechnische Verfahren vom Gesetz gutgeheißen und als förderungswürdig angesehen werden, hingegen Innovationen im biochemischen Prozess vom Sinn und Zweck des Gesetzes nicht gedeckt sein sollten, wie die Beklagte meint (S. 10 des Schriftsatzes vom 24.04.2007, Bd. III Bl. 82 d. A.). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das EEG nur *anlagentechnische* Innovationen fördern will, wohingegen der Einsatz biochemischer Innovationen zwecks Steigerung der Energieausbeute durch Wegfall der Vergütungspflicht nicht nur keine Förderung erfahren, sondern durch kompletten Wegfall der Vergütungspflicht nach §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 EEG geradezu sanktioniert werden soll, wie dies die Lesart der Beklagten ist (vgl. S. 10 f. des Schriftsatzes vom 24.04.2007, Bd. III Bl. 82 f. d. A.).

(2.) Auch die bereits in den Motiven zum EEG 2000 (BT-Drs. 14/2776, S. 1) erwähnte „rationelle Betriebsführung“ der Biomasseanlagen mit dem Ziel der Erhöhung ihres Wirkungsgrades spricht dafür, Zusatzstoffe, die – wie „meth-max“ – darauf abzielen, begünstigend auf den biochemischen Prozess einzuwirken und die Gasausbeute erhöhen sollen, ohne dabei selbst Energieträger zu sein, als vergütungsunschädlich anzusehen. Es widerspricht dieser Bewertung nicht, wenn die Beklagte darauf verweist, die Gesetzesbegründung zum EEG 2004 (vgl. Ziffer VIII., S. 24, der BT-Drs. 15/2864) gehe davon aus, dass mit den im EEG enthaltenen Mindestvergütungssätzen bei einer rationellen Betriebsführung regelmäßig ein wirtschaftlicher Betrieb der Anlagen möglich sei (Bd. III Bl. 83 d. A.). Das lässt aber nicht den von der Beklagten gezogenen Schluss zu, dass immer dann, wenn der Anlagenbetreiber seinen Betrieb durch Zugabe von nicht energetischen, die Gasausbeute (potentiell) erhöhenden Stoffen noch rationeller macht als vom Gesetz unterstellt, die Vergütungspflicht aus §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 EEG nach dem gesetzgeberischen Willen komplett wegfallen soll (S. 6 f. des Schriftsatzes vom 10.03.2008, Bd. III Bl. 65 f. d. A.). Ob es eines Tages der Förderung der Energiegewinnung aus Biomasse durch das EEG wegen des technologischen Fortschritts, sei es im anlagentechnischen, sei es im biochemischen Bereich, nicht mehr bedarf bzw. diese Förderung zu reduzieren ist, ist keine per Gesetzesauslegung seitens des Netzbetreibers zu präjudizierende Frage, sondern eine gesetzgeberische Entscheidung. Eine der Beklagten offenbar vorschwebende „Deckelung“ der Förderung durch das EEG dergestalt, dass der Gesetzgeber einen fixen technologischen Standard zugrunde gelegt habe und damit habe ausdrücken wollen, dass jede Steigerung der rationellen Betriebsführung durch

technologischen Fortschritt den Wegfall der Vergütungspflicht des Netzbetreibers nach sich ziehe, besteht nicht. So ist es etwa auch für die in § 8 Abs. 4 EEG besonders geförderten anlagentechnischen Innovationen wahrscheinlich, dass die mit ihnen verbundenen Investitionen, je mehr diese Technologien in Biomasseanlagen Einzug halten, immer günstiger werden, so dass es – der Überlegung der Beklagten folgend – eines Tages keiner besonderen Förderung mehr bedarf. Der Gesetzgeber hat aber keine Regelung geschaffen, die auf diesen dynamischen Prozess dergestalt reagiert, dass die Vergütungspflicht des Netzbetreibers ab diesem Zeitpunkt automatisch wegfällt. Auch das wird eine gesetzgeberische Entscheidung bleiben.

(3.) Das Ziel der „Effizienz“ war eines von zwei erklärten vorrangigen Zielen der EEG-Novelle aus 2004 (vgl. S. 3 des Berichtes des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit des Deutschen Bundestages, BT-Drs. 15/2864, Anlage BK 3, Bd. II Bl. 3 d. A.). Das zweite Ziel war die Stärkung der im Bereich der regenerativen Energieformen bislang aus Sicht des Gesetzgebers unterrepräsentierten Bioenergie. Beide Ziele in der Gesamtschau sprechen dafür, nicht energetische Zusatzstoffe, die den Wirkungsgrad einer Biomasseanlage durch Beförderung des biochemischen Prozesses erhöhen, als nicht vergütungsschädlich anzusehen. Soweit die Beklagte demgegenüber darauf verweist, der o. g. Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit spreche im Zusammenhang mit „Effizienz“ von „Kosteneffizienz zur Verringerung der volkswirtschaftlichen Kosten bei der Förderung erneuerbarer Energien“, während es der Klägerin um „die Steigerung ihres wirtschaftlichen Ertrags beim Einsatz von „meth-max“ gehe (S. 9 der Berufungserwiderung, Bd. II Bl. 161 d. A.), verkürzt sie den hinter dem Stichwort der „Effizienz“ stehenden gesetzgeberischen Gedanken: Steigert der Anlagenbetreiber die Gasausbeute aus einer bestimmten Menge Biomasse, so wird der Betrieb einer Biogasanlage wirtschaftlich attraktiver. Je wirtschaftlich attraktiver der Betrieb einer Biogasanlage wird, desto weniger hängt er von der – jährlich ohnehin degressiv gestaffelten – Mindestvergütung ab bis dahin, dass der Gesetzgeber eines Tages die Mindestvergütung möglicherweise auf Null senken kann. Es gibt also einen Zusammenhang zwischen der Steigerung der Gasausbeute und der damit einhergehenden Erhöhung der wirtschaftlichen Attraktivität des Betriebs einer Biogasanlage einerseits und der von der Beklagten in den Blick genommenen Verringerung der volkswirtschaftlichen Kosten bei der Förderung erneuerbarer Energien.

(4.) Ein vom Landgericht (S. 5 des angegriffenen Urteils) ausgemachter Widerspruch zwischen dem Einsatz von „meth-max“ und dem Ziel des Umwelt- und Naturschutzes wird von den tatsächlichen Feststellungen der ersten Instanz nicht getragen. In erster Instanz waren derartige angeblich unerwünschte Umwelteinflüsse des Zusatzstoffes nicht vorgetragen. So-

weit die Klägerin das angefochtene Urteil zum Anlass genommen hat, mit den Anlagen BK 6 bis BK 8 (Bd. II Bl. 109 – 118 d. A.) Dokumente vorzulegen, aus denen sich – im Gegenteil – eine sogar positive Umweltbeeinflussung durch „meth-max“ ergeben soll, und die Beklagte derartige positiven Umwelteffekte bestritten hat (Bd. II Bl. 163 f. d. A.), gilt für beiderlei Vortrag § 531 Abs. 2 S. 1 ZPO. Im Übrigen wäre es an der Beklagten gewesen, nicht nur die von der Klägerin behaupteten positiven Umwelteinflüsse zu bestreiten, sondern selbst Anhaltspunkte für umweltschädliche Auswirkungen des Einsatzes des Zusatzstoffes darzutun. Solche Anhaltspunkte sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

b) Demnach lässt die Zugabe des Zusatzstoffes „meth-max“ mit den oben beschriebenen Wirkungen und der Zielsetzung, eine bessere Gasausbeute herbeizuführen, nach Wortlaut, Systematik, Historie und Sinn und Zweck des EEG 2004 die Vergütungspflicht des Netzbetreibers aus § 8 Abs. 1 EEG nicht entfallen. Die Verwendung dieses Zusatzstoffes verletzt nicht den Ausschließlichkeitsgrundsatz aus §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 EEG.

c) Der Einsatz dieses Zusatzstoffes verstößt auch nicht gegen das Gebot des ausschließlichen Einsatzes bestimmter nachwachsender Rohstoffe in § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EEG. Der Wortlaut der Norm macht überdeutlich („... wenn der Strom ausschließlich aus“), dass es (auch) hier darauf ankommt, ob der verwendete Zusatzstoff *selbst Energieträger* ist. Handelt es sich - wie hier - um einen nicht energetischen Stoff, der darauf abzielt, die Energieausbeute durch Begünstigung des biochemischen Prozesses zu erhöhen, ist die Zugabe dieses Stoffes auch für die erhöhte Vergütung nach § 8 Abs. 2 S. 1 EEG unschädlich. Anders fiele die Bewertung aus, wenn aus dem Zusatzstoff selbst in nennenswerter Größenordnung Energie gewonnen würde (so auch: Germer/Loibl, Energierecht, 2. Aufl., S. 521), was hier weder vorgetragen noch ersichtlich ist. Liegen also die Voraussetzungen für die Gewährung eines „NaWaRo-Bonus“ nach § 8 Abs. 2 EEG vor, so steht die Hinzugabe von „meth-max“ in die Biomasseanlage der Pflicht der Beklagten zur Leistung einer erhöhten Vergütung nicht entgegen.

2. Der zulässige Feststellungsantrag zu Ziffer 2. ist unbegründet. Der Klägerin steht für den Zeitraum ab dem 01.09.2006 kein Anspruch auf Ersatz des aufgrund des unterbliebenen Einsatzes von „meth-max“ entstandenen Schadens zu.

a) Mit dem Landgericht ist der Senat der Auffassung, dass der Feststellungsantrag zu Ziffer 2. zulässig ist. Ihm fehlt insbesondere nicht das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Zwar weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass ein schutzwürdiges Interesse an einer gerichtlichen Feststellung eines Rechtsverhältnisses, wie es § 256 Abs. 1

ZPO voraussetzt, nicht anzuerkennen ist, wenn die durch einen Streit der Beteiligten ausgelöste Unsicherheit über das Rechtsverhältnis durch eine Leistungsklage behoben werden kann. So liegt der Fall hier indes nicht. Denn wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat (Bd. I Bl. 106 f. d. A.), kann eine genaue Bezifferung der konkret in der Biogasanlage Kemberg durch den Einsatz von „meth-max“ erzielbaren Gasertragssteigerung erst nach einem etwa einjährigen Betrieb der Anlage (unter Verwendung von „meth-max“) erfolgen (Bd. I Bl. 107 d. A.). Es bedarf eines längeren Zeitraums, um belastbare, gesicherte Erkenntnisse über die konkrete Höhe der erzielbaren Ertragssteigerung in dieser konkreten Anlage zu gewinnen. Soweit die Beklagte einwendet, der Klägerin sei die Zusammensetzung der eingesetzten Biomassen bekannt (Bd. III Bl. 77 d. A.), betrifft dies einen anderen Aspekt, den die Klägerin zur *weiteren* Begründung ihres Feststellungsinteresses angeführt hatte, nämlich den, dass die Ertragssteigerung von den gewählten Einsatzstoffen abhängig sei. Soweit in Betracht kommt, dass die Klägerin – in Kenntnis der von ihr eingesetzten Biomassearten – auf Basis eines (Privat-) Sachverständigengutachtens ihre Schadenshöhe substantiiert, wäre dieser kostenträchtige Weg einer Schadensbezifferung der Kläger unzumutbar. Das Anliegen der Prozessökonomie, das hinter dem Vorrang der Leistungs- vor der Feststellungsklage steht, würde unangemessen gewichtet.

b) Der Feststellungsantrag ist aber unbegründet. Es ist schon zweifelhaft, ob die Beklagte überhaupt, wie die Klägerin meint, eine *vertragliche* Nebenpflicht des Inhalts traf, auf die Nachfrage der Klägerin, ob sie gegen die Verwendung eines bestimmten Zusatzstoffes Einwände erhebe, zustimmend zu antworten. Dagegen spricht, dass das Bestehen wie der Wegfall der Vergütungspflicht nicht vom Willen und der Zustimmung der Beklagten abhängen, sondern unmittelbarer Regelungsgegenstand des EEG sind. Eine „in Ergänzung“ des EEG (vgl. den Wortlaut von Ziffer 1.1 S. 1 des „Vertrages über Anschlussnutzung und Einspeisung“, Anlage K 3, Bd. I Bl. 12 ff. d. A.) vereinbarte Nebenpflicht, auf Nachfrage des Anlagenbetreibers die „Zustimmung“ zur Zugabe bestimmter Zusatzstoffe zu erteilen, ist nicht ersichtlich. Auch Anlage 2a zum vorgenannten Vertrag (Anlage BK 15, Bd. III Bl. 58 d. A.) gibt hierfür nichts her. Demnach konnte die Frage der Klägerin an die Beklagte nicht mehr als die Einholung der Rechtsansicht der Beklagten sein, die mit ihrem Schreiben vom 10.08.2006 (Anlage K 9, Bd. I Bl. 47 d. A.) der Klägerin das „Ergebnis unserer Prüfung“ mitteilte und damit ihr Auslegungsverständnis in der Frage der Zulässigkeit der Zugabe des Zusatzstoffes „meth-max“ kundtat.

Eine *gesetzliche* Nebenpflicht des Netzbetreibers des Inhalts, Fragen des Anlagenbetreibers nach der EEG-Vereinbarkeit der Zugabe bestimmter Zusatzstoffe gesetzeskonform zu beantworten, besteht nicht. Es war und ist die eigenverantwortliche Entscheidung der Klägerin, der

Ansicht der Beklagten zur angeblichen Unvereinbarkeit der Zugabe von „meth-max“ mit dem Ausschließlichkeitsprinzip nicht zu folgen und „meth-max“ zuzugeben.

Von Vorstehendem unabhängig hätte die Beklagte jedenfalls eine unterstellte vertragliche oder gesetzliche Nebenpflicht *nicht schuldhaft* verletzt. Das setzt ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB aber voraus (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Rechtsfrage, ob die Zugabe von selbst nicht energetischen Zusatzstoffen in eine Biomasseanlage vergütungsschädlich ist und gegen das Ausschließlichkeitsprinzip aus §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EEG verstößt, war bis zu dem angegriffenen Urteil von der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden. Auch die Fachliteratur befasst sich nur vereinzelt mit dieser Fragestellung (Altrock/Oschmann/Theobald, 1. Aufl., § 8 EEG, Rn. 64; Germer/Loibl, Energierecht, 2. Aufl., S. 521). Eine belastbare, verlässliche Rechtsauskunft konnte die Beklagte daher nicht einholen. Dass sie selbst zu einem unrichtigen Auslegungsergebnis gekommen ist, ist ihr nicht vorzuwerfen. Die vorzunehmende Auslegung ist komplex, explizit treffen die Gesetzesmotive zu der obigen Frage keine Aussage. Dass sie dem Einsatz von „meth-max“ bei gleichzeitiger Entrichtung der Mindestvergütungen aus § 8 Abs. 1 und 2 EEG nicht auf der Grundlage vereinzelter Literaturansichten zustimmte, war nicht fahrlässig, sondern nachvollziehbar.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Streiterwertfestsetzung erfolgte nach §§ 47, 48 Abs. 1 S. 1 GKG, 3, 5 ZPO. Der Senat ist für den Klageantrag zu Ziffer 1. von einem Streitwert in Höhe von 500.000,00 Euro ausgegangen, für den Klageantrag zu Ziffer 2. in Höhe von 140.000,00 Euro. Er hat dabei die Angabe der Klägerin in der Klageschrift zugrunde gelegt, wonach binnen des Förderzeitraums von 20 Jahren (§ 12 Abs. 3 S. 1 EEG) Strom im Verkaufswert von über 5.000.000,00 Euro produziert werde. Demnach beläuft sich der Jahreswert auf rund 250.000,00 Euro, so dass sich für bislang seit dem 01.09.2006 verstrichene rund 19 Monate ein Betrag von rund 400.000,00 Euro ergibt. Da nach dem Vortrag der Klägerin diese 400.000,00 Euro ohne Einsatz von „meth-max“ erlöst wurden, während bei Einsatz von „meth-max“ laut Herstellerangabe mit einer Ertragssteigerung von rund 30% zu rechnen ist, würde sich der Erlös bei Einsatz von „meth-max“ auf rund 570.000,00 Euro beziffern. Der Senat hat 80 % von der Differenz – rund 170.000,00 Euro – zugrunde gelegt, also aufgerundet 140.000,00 Euro.

Die in erster Instanz erfolgte teilweise Klagerücknahme bzgl. des Feststellungsantrags zu Ziffer 1. (nur noch Feststellung der Vergütungspflicht, nicht mehr auch der Abnahme) hatte auf die Kostenentscheidung keine Auswirkung; die Feststellung der Abnahmepflicht hatte gegenüber der Feststellung der Vergütungspflicht keinen Mehrwert.

Die Revision war zuzulassen. Die Frage, ob die Zugabe von – selbst nicht energetischen – Zusatzstoffen, die darauf abzielen, durch Begünstigung des biochemischen Prozesses eine höhere Gasausbeute zu erzielen, die Vergütungspflicht des Netzbetreibers aus §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EEG entfallen lässt, weil sie das in diesen Vorschriften geregelte Ausschließlichkeitsprinzip verletzt, hat grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Zu dieser Frage ist bislang – vom angefochtenen Urteil abgesehen – keine Rechtsprechung ergangen. Die Frage stellt sich angesichts der auch der Begründung zum Entwurf des EEG 2009 zu entnehmenden dynamischen Entwicklung von Biomasseanlagen seit der EEG-Novelle aus 2004 in einer Vielzahl von Fällen. Grundsätzliche Bedeutung hat die Frage auch deshalb, weil die biochemischen Innovationen, die auf eine Begünstigung der Prozesse bei der Umwandlung von Biomasse in Biogas abzielen, zugenommen haben und einer dynamischen Weiterentwicklung unterliegen. Zudem erfordert auch die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 1. Fall BGB). Erforderlich ist eine grundsätzliche Klärung der oben erörterten Auslegungsfragen im Zusammenhang mit den maßgeblichen Regelungen des EEG (vor allem §§ 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EEG) und den Vorschriften der BiomasseVO.

gez. Dr. Tiemann

gez. Dr. Strietzel

gez. Dr. Holthaus