

Stellungnahme

zum Verfahren 2020/1-IV/Stn der Clearingstelle EEG/KWKG

„Nutzwärmebedarf“ gemäß dem KWK-Bonus
nach Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009

Berlin, 31. Juli 2020

„Nutzwärmebedarf“ gemäß dem KWK-Bonus nach Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009

Fragestellungen:

1. Wie ist der „Nutzwärmebedarf“ i. S. v. Anlage 3 Nr. I.2 i.V. m. Nr. III.2 EEG 2009 (sog. Wärmenetzklause) einer an ein Wärmenetz angeschlossenen Wärmenutzung zu definieren? Insbesondere: Ist dies
 - (a) der tatsächliche Wärmeverbrauch („gesamte bezogene“ Wärmemenge unabhängig von Effizienzkriterien) der konkreten Wärmenutzung oder
 - (b) die für die Versorgung der konkreten Wärmenutzung theoretisch und unter Berücksichtigung von Effizienzkriterien „notwendige“ Wärmemenge?
2. Wenn 1.(b) bejaht wird:
 - (a) Ist hierbei von Belang, ob es sich um eine Wärmenutzung handelt, für die Anlage 3 Nr. III EEG 2009 (sog. Positivliste) bestimmte Obergrenzen vorsieht (Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 5) oder ob es sich um eine in der Positivliste nicht genauer beschriebene Wärmenutzung handelt?
 - (b) Nach welchen Maßstäben ist die Trocknungseffizienz einer Holz Trocknungsanlage zu bestimmen? Kann eine Holz Trocknungsanlage (noch) als effizient bewertet werden, wenn sie die Standardwerte des KTBL (Kuratorium für Technik und Bauwesen in der Landwirtschaft) überschreitet? Wenn ja, in welchem Umfang kann eine Trocknungsanlage diese Werte überschreiten, damit sie noch als effiziente Wärmenutzung bzw. die tatsächlich bezogene Wärmemenge als „Nutzwärmebedarf“ i. S. v. Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 angesehen werden kann?
3. Ist – auch unabhängig vom Vorliegen einer bestimmten Trocknungseffizienz – die Gewährung des KWK-Bonus gemäß Anlage 3 Nr. I.2.i.V.m. Nr. III.2 EEG 2009 (sog. Wärmenetzklause) nach Sinn und Zweck oder aufgrund einer etwaigen missbräuchlichen Inanspruchnahme ausgeschlossen, wenn (kumulativ)
 - (a) die Holz Trocknungsanlage in unmittelbarer räumlicher Nähe zum BHKW errichtet wird, d. h. ein Wärmenetz offensichtlich für die Wärmeversorgung der Holz Trocknungsanlage nicht notwendig ist und
 - (b) die Wärmeabnahme durch die Trocknungsanlage gegenüber den übrigen Wärmenutzungen wesentlich überwiegt (hier: etwa 85% zu 15%) sowie
 - (c) das Verlustkriterium der sog. Wärmenetzklause (Verluste durch Wärmeverteilung und -übergabe unter 25% des Nutzwärmebedarfs, Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009) nur durch die übrigen Wärmeabnehmer und ohne den Anschluss der Holz Trocknungsanlage an das Wärmenetz aufgrund der Gegebenheiten aus (a) und (b) nicht erfüllt werden könnte?

1. Sachverhalt

Gemäß dem vor Abgabe der Stellungnahme übersandten Sachverhalt betreibt der Anlagenbetreiber zwei voneinander unabhängige Systeme, bestehend aus jeweils einem bzw. zwei BHKW (EEG-Anlagen), jeweils einem Nahwärmenetz und jeweils einer Holztrocknungsanlage. Die BHKW und die Holztrocknungsanlage sind hiernach an das Nahwärmenetz angeschlossen. Die Holztrocknungsanlage befindet sich in beiden Systemen unmittelbar neben dem BHKW. Das Nahwärmenetz versorgt neben der Holztrocknungsanlage auch Einfamilienhäuser mit Wärme. Die durch das Wärmenetz geleitete Wärme wird jeweils zu einem Anteil von ca. 85% durch die Holztrocknungsanlagen verbraucht.

Jede Holztrocknungsanlage besteht gemäß Darstellung des Sachverhalts aus einem Lagerplatz, auf dem Bau-/Stahlcontainer abgestellt werden, die nach Bedarf mit feuchtem Scheitholz, Holzhackschnitzeln oder mit Getreide gefüllt sind. Die Zuführung der Warmluft erfolgt hiernach mittels einer Wärmeleitung aus dem BHKW. Oberhalb der Container leiten mehrere Sticheleitungen die Wärme von oben in die Container ein. Ob eine Öffnung für die feuchte Abluft vorhanden ist, ist gemäß Mitteilung der Clearingstelle nicht bekannt. Jedenfalls ist keine der Zuluftleitung entsprechende Abluftleitung vorhanden. Die Holztrocknung wird teilweise auch intermittierend durchgeführt (Containerwechsel).

Die in den Trocknungsanlagen verbrauchte Wärmemengen entsprechen gemäß Mitteilung der Clearingstelle einem Vielfachen des Wärmeverbrauchs anhand der theoretischen Verdampfungsenthalpie von Wasser (bezogen auf die tatsächlich getrockneten Holzmengen). Es ergibt sich ein Faktor von 3,5 bis 4,2.

2. Stellungnahme

Der BDEW bedankt sich für die Möglichkeit, zu diesem Verfahren Stellung zu nehmen.

Im Sinne der **Verfahrensfrage 1** ist nach BDEW-Auffassung der „Nutzwärmebedarf“ i. S. v. Anlage 3 Nr. 1.2 i.V. m. Nr. III.2 EEG 2009 einer an ein Wärmenetz angeschlossenen Wärmenutzung der tatsächliche Wärmeverbrauch („gesamte bezogene“ Wärmemenge unabhängig von Effizienzkriterien) der konkreten Wärmenutzung. Aufgrund der Gesetzessystematik, der Gesetzeshistorie und dem Sinn und Zweck der Regelung lässt sich nach Auffassung des BDEW schließen, dass es für die Einhaltung der Anforderungen in Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 ausreicht, dass die Anlage und das hieran angeschlossene Wärmenetz

- das Effizienzkriterium der Verluste durch Wärmeverteilung und -übergabe, die unter 25 Prozent des Nutzwärmebedarfs der Wärmekundinnen oder -kunden liegen, und
- die Mindestlänge von 400 m

einhält. Weitere Qualifikationen an die Effizienz der Wärmenutzungen von an das Wärmenetz angeschlossenen Verbrauchseinrichtungen sind nicht erkennbar.

Dementsprechend erübrigt sich die Beantwortung der **Verfahrensfrage 2**.

Ob in dem hier streitgegenständlichen Fall aufgrund der besonderen Konstellation der denkbaren Direktleitungen zu den Holz Trocknungseinrichtungen, weil diese nur in kurzem Abstand zu den BHKW stehen, und der relativ geringen Wärmenutzungsquote für die Belieferung der streitgegenständlichen Einfamilienhäuser eine missbräuchliche Anwendung von Anlage 3 Nr. I.2 i.V. m. Nr. III.2 EEG 2009 vorliegt, kann mangels relevanter Sachverhaltsinformationen nicht abschließend beantwortet werden. Dementsprechend sprechen für einen Bonusausschluss im Sinne der **Verfahrensfrage 3** zwar bestimmte Indizien. Eine abschließende Bewertung kann der BDEW aber nicht vornehmen.

Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

2.1. Anspruchsvoraussetzungen gemäß dem Gesetzeswortlaut

Gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V. mit Anlage 3 EEG 2009 bestehen für den KWK-Bonus nach dem EEG 2009 folgende Anspruchsvoraussetzungen:

Der Anspruch auf den KWK-Bonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009 besteht bis einschließlich einer Leistung im Sinne von § 18 EEG 2009 von 20 Megawatt, soweit

1. es sich um Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes (KWKG) handelt und
2. eine Wärmenutzung im Sinne der Positivliste Nummer III EEG 2009 vorliegt oder
3. die Wärmenutzung nachweislich fossile Energieträger in einem mit dem Umfang der fossilen Wärmenutzung vergleichbaren Energieäquivalent ersetzt und die Mehrkosten, die durch die Wärmebereitstellung entstehen, nachweisbar sind und mindestens 100 Euro pro Kilowatt Wärmeleistung betragen.

Gemäß der **Positivliste** nach Anlage 3 Nr. III. EEG 2009 gelten als Wärmenutzungen im Sinne der Nummer I.2 der Anlage 3 EEG 2009:

1. die Beheizung, Warmwasserbereitstellung oder Kühlung von Gebäuden im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 der Energieeinsparverordnung bis zu einem Wärmeeinsatz von 200 Kilowattstunden pro Quadratmeter Nutzfläche im Jahr,
2. die Wärmeeinspeisung in ein Netz mit einer Länge von mindestens 400 Metern und mit Verlusten durch Wärmeverteilung und -übergabe, die unter 25 Prozent des Nutzwärmebedarfs der Wärmekundinnen oder -kunden liegen,
3. die Nutzung als Prozesswärme für industrielle Prozesse im Sinne der Nummern 2 bis 6, 7.2 bis 7.34 sowie 10.1 bis 10.10, 10.20 bis 10.23 der Anlage der Vierten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vom 14. März 1997 (BGBl. I S. 504), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 23. Oktober 2007 (BGBl. I S. 2470) geändert worden ist, und die Herstellung von Holzpellets zur Nutzung als Brennstoff,
4. die Beheizung von Betriebsgebäuden für die Geflügelzucht, wenn die Voraussetzungen nach Nummer I.3 erfüllt werden,
5. die Beheizung von Tierställen mit folgenden Obergrenzen:
 - a) Geflügelmast: 0,65 Kilowattstunden pro Tier,

- b) Sauenhaltung: 150 Kilowattstunden pro Sau und Jahr sowie 7,5 Kilowattstunden pro Ferkel,
 - c) Ferkelaufzucht: 4,2 Kilowattstunden pro Ferkel,
 - d) Schweinemast: 4,3 Kilowattstunden pro Mastschwein sowie
6. die Beheizung von Unterglasanlagen für die Aufzucht und Vermehrung von Pflanzen, wenn die Voraussetzungen nach Nummer I. 3 der Anlage 3 EEG 2009 erfüllt werden, und
7. die Nutzung als Prozesswärme zur Aufbereitung von Gärresten zum Zweck der Düngemittelherstellung.

Gemäß der **Negativliste** nach Anlage 3 Nr. IV. EEG 2009 gelten nicht als Wärmenutzungen im Sinne der Nummern I.2 und I.3 der Anlage 3 EEG 2009:

1. die Beheizung von Gebäuden, die nach § 1 Abs. 2 der Energieeinsparverordnung nicht Gegenstand der Verordnung sind mit Ausnahme der Gebäude, die von den Nummern III.4 bis III.6 der Anlage 3 EEG 2009 erfasst werden,
2. die Abwärmenutzung aus Biomasseanlagen zur Verstromung, insbesondere in Organic-Rankine- und Kalina-Cycle-Prozessen, und
3. die Wärmenutzung aus Biomasseanlagen, die fossile Brennstoffe beispielsweise für den Wärmeeigenbedarf einsetzen.

Für Biomasseanlagen, die dem EEG 2009 unterfallen, sind diese Voraussetzungen gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 EEG 2017 unverändert weiterhin anzuwenden.

2.2. Rechtliche Würdigung

Für die Vorlage eines Anspruchs auf einen KWK-Bonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V. mit Anlage 3 EEG 2009 ist es folglich nicht nur ausreichend, dass es sich um Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG¹ handelt. Vielmehr muss die konkrete Wärmenutzung entweder die Vorgaben der Positivliste in Anlage 3 Nr. III EEG 2009 erfüllen, oder die sog. Ersetzungsregelung in Anlage 3 Nr. I.3 EEG 2009.

Im vorliegenden Fall wird jedenfalls die in den KWK-Anlagen erzeugte Wärme **außerhalb der KWK-Anlage** verwendet. Die Holz Trocknungseinrichtungen stellen keine Einrichtungen der KWK-Anlage selber dar, weil diese Einrichtungen technisch-funktional nicht für den Betrieb der KWK-Anlage erforderlich sind.² Der Bestimmung der „Anlage“ im Sinne von Anlage 3 Nr. I EEG 2009 ist hier der „große Anlagenbegriff“ nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 zugrunde zu legen.³ Dementsprechend wird hier sämtliche streitgegenständliche Wärme aus der KWK-Anlage

¹ Hier ist das KWKG 2002 gemeint.

² Vgl. zum Anlagenbegriff nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 BGH, Urteile vom 23. Oktober 2013, Az. [VIII ZR 262/12](#) und vom 4. November 2015, Az. [VIII ZR 244/14](#).

³ Vgl. Clearingstelle EEG/KWKG, Votum im [Verfahren 2019/26](#).

außerhalb derselben verwendet und erfüllt daher grundsätzlich die Anforderungen von Anlage 3 Nr. I.1 EEG 2009.

Die für die Scheitholztrocknung verwendete Wärme unterfällt allerdings nicht der Positivliste nach Anlage 3 Nr. I.2 i.V. mit Nr. III.3 EEG 2009: Es handelt sich bei der vorliegenden Wärmenutzung nicht um die dort genannte „Prozesswärme für industrielle Prozesse“, da keiner der dort genannten Wärmenutzungszwecke hier erfüllt ist. Insbesondere handelt es sich bei der streitgegenständlichen Trocknung von Scheitholz oder von Holzhackschnitzeln nicht um Holzpellets im Sinne dieser Regelung.⁴

Eine erweiternde Auslegung der Regelung über die in Anlage 3 Nr. III.3 EEG 2009 genannten Nutzungszwecke hinweg hin zur Trocknung von Holzhackschnitzeln lehnt die Rechtsprechung zudem ab.⁵ Dementsprechend scheidet eine Anwendung von Anlage 3 Nr. III.3 EEG 2009 auf die vorliegend zur Trocknung von Scheitholz genutzte Wärme aus.

Ob die Anlagen die Voraussetzungen von **Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009** erfüllen, ist nach BDEW-Auffassung fraglich. Hiernach gilt als Wärmenutzung im Sinne der Anlage 3 Nr. I.2 EEG 2009

„die Wärmeeinspeisung in ein Netz mit einer Länge von mindestens 400 Metern und mit Verlusten durch Wärmeverteilung und -übergabe, die unter 25 Prozent des Nutzwärmebedarfs der Wärmekundinnen oder -kunden liegen.“

Der **Begriff des Netzes** wie des Wärmenetzes wird in Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 nicht definiert. Allerdings hat der BGH zum Stromnetz im Sinne des EEG 2004 klargestellt, dass ein solches erst dann vorliegt, wenn ein Leitungsgeflecht besteht, also in Abgrenzung zu einer reinen Direktleitung.⁶

Im vorliegenden Fall spricht der Sachverhalt, der von der Clearingstelle vorab übersandt worden ist, an mehreren Stellen von einem „Nahwärmenetz“. Daher wird bei dieser Stellungnahme unterstellt, dass es sich mindestens um ein Leitungsgeflecht handelt.

Aus dem mitgeteilten Sachverhalt ergibt sich nicht, ob ein solches Netz mit einer Länge von **mindestens 400 Metern** vorliegt. Es wird daher für die weitere Erstellung der Stellungnahme unterstellt.

Grundlage für die Berechnung der mit dem Bonus förderfähigen Strommenge ist die in das Netz **eingespeiste Wärme**.⁷ Dies ergibt sich aus dem Begriff „Wärmeeinspeisung“ in Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009. Sollte hingegen die an die konkrete Nutzung abgegebene Wärme maßgeblich sein, hätte wie in Anlage 3 Nr. III.1 und 3 bis 7 EEG 2009 die an die entsprechende

⁴ OLG Naumburg, Urteil vom 13. März 2014, Az. [2 U 26/11](#), Rdn. 39; Rostankowski/Vollprecht, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., Anlage 3 Rdn. 41; Schäferhoff, in: Reshöft, EEG, 3. Aufl., Anlage 3 Rdn. 44.

⁵ S. OLG Naumburg, a.a.O.

⁶ Urteil vom 10. November 2004, Az. [VIII ZR 391/03](#), und vom 18. Juli 2007, Az. [VIII ZR 288/05](#), Leitsatz 4 und Rdn. 34 ff.; so auch Loibl, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl., S. 662; Rostankowski/Vollprecht, a.a.O. Rdn. 28; Schäferhoff, a.a.O. Rdn. 36.

⁷ Loibl, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl., S. 661; Rostankowski/Vollprecht, a.a.O. Rdn. 38.

Nutzung abgegebene Wärme Berechnungsgrundlage sein müssen. Dies hat der Gesetzgeber jedoch nicht vorgegeben.

Der „**Nutzwärmebedarf**“ im Sinne von Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 ist allerdings derjenige, den der entsprechende Wärmekunde konkret bezieht, und nicht die Wärmemenge, die für die Belieferung des Kunden in das Netz eingespeist worden ist.

2.2.1. Weitere Auslegung des Begriffs „Nutzwärmebedarf“

2.2.1.1 Gesetzeswortlaut

Ob mit diesem Nutzwärmebedarf im Sinne der Frage 1 dieses Verfahrens

- der tatsächliche Wärmeverbrauch („gesamte bezogene“ Wärmemenge unabhängig von Effizienzkriterien) der konkreten Wärmenutzung oder
- die für die Versorgung der konkreten Wärmenutzung theoretisch und unter Berücksichtigung von Effizienzkriterien „notwendige“ Wärmemenge

zu verstehen ist, lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht herauslesen: Der Gesetzeswortlaut legt an die konkrete Nutzwärmeverwendung nach Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 keine Qualifikationen im Sinne bestimmter Effizienzkriterien an. Vielmehr bestimmt der Gesetzeswortlaut als gesetzlichen Anforderung für den Bonus nur die Einspeisung in ein gemäß den dortigen Parametern dimensioniertes Wärmenetz und die Einhaltung einer maximalen Verlustgrenze.

2.2.1.2 Gesetzssystematik

Gesetzessystematisch ist festzustellen, dass die Bedingungen in Anlage 3 Nr. I.2 und I.3 EEG 2009 durch ein „oder“ verknüpft sind. Dementsprechend reicht es für die Bonusgewährung aus, wenn der Anlagenbetreiber entweder die Positivliste nach Anlage 3 Nr. I.2 EEG 2009 oder die „Ersetzungsklausel“ nach Anlage 3 Nr. I.3 EEG 2009 erfüllt. Eine Erfüllung beider Kriterien ist folglich grundsätzlich nicht erforderlich.

Innerhalb der Positivliste von Anlage 3 Nr. III. EEG 2009 ist außerdem festzustellen, dass der Gesetzgeber an einigen Stellen Effizienzkriterien aufgestellt hat:

- bei der Beheizung, Warmwasserbereitstellung oder Kühlung von Gebäuden im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 der Energieeinsparverordnung aufgrund der Beschränkung bis zu einem Wärmeeinsatz von 200 Kilowattstunden pro Quadratmeter Nutzfläche im Jahr (Nr. 1),
- bei der Beheizung von Betriebsgebäuden für die Geflügelaufzucht durch die Bindung daran, dass die Voraussetzungen nach Anlage 3 Nr. I.3 erfüllt sein müssen (Nr. 4),
- bei der Beheizung von Tierställen durch die Einführung der in Nr. 5 a) bis d) genannten Obergrenzen und

- bei der Beheizung von Unterglasanlagen für die Aufzucht und Vermehrung von Pflanzen durch die Bindung daran, dass die Voraussetzungen nach Anlage 3 Nr. I.3 erfüllt sein müssen (Nr. 6).

Demgegenüber enthalten die Wärmenutzungen in Anlage 3 Nr. III.2, III.3 und III.7 EEG 2009 keine unmittelbaren Voraussetzungen an die Effizienz des Wärmeeinsatzes. Aus dem Abgleich mit Nr. 1, 4, 5 und 6 der Regelung ist damit aber erkennbar, dass der Gesetzgeber für bestimmte Wärmeverwendungen innerhalb der Positivliste noch gesonderte Effizienzanforderungen aufstellen wollte, und für die in Nr. 2, 3 und 7 der Regelung genannten Wärmeverwendungen nicht. Auch gerade mit Rücksicht auf die kumulativ angeordnete Anwendungspflicht der Generalklausel in Anlage 3 Nr. I.3 nach Anlage 3 Nr. III.4 und III.6 EEG 2009 lässt sich erkennen, dass bei den in Anlage 3 Nr. III EEG 2009 genannten Wärmenutzungen ohne im Gesetzeswortlaut enthaltene, gesonderte Effizienzanforderungen auch nicht ergänzend die Generalklausel in Anlage 3 Nr. I.3 EEG 2009 erfüllt sein muss.

Hinzu kommt, dass Anlage 3 Nr. III.3 und Nr. III.7 letztlich durch abschließende Definition der Nutzungsarten der Wärme auch insoweit zumindest mittelbar Effizienzkriterien aufstellen.

Hieraus ergibt sich gesetzessystematisch, dass der Gesetzgeber es letztlich hat ausreichen lassen, dass Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 eine Effizienzanforderung an das Wärmenetz festlegt, aber nicht an die Wärmeverwendung im Anschluss an das Wärmenetz.

Außerdem knüpft der Begriff „Nutzwärme“ im Begriff „Nutzwärmebedarf“ letztlich an die tatsächlich bezogene Wärme an, und nicht an einen theoretischen Begriff:

Der Begriff „Nutzwärme“ in Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 wurde dort wie im übrigen Gesetz nicht definiert. In § 3 Nr. 10 EEG 2009 wurde „Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung“ definiert als

„Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes vom 19. März 2002 (BGBl. I S. 1092), zuletzt geändert durch Artikel 170 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407), der in Anlagen im Sinne des § 5 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes erzeugt wird“.

Nach § 3 Abs. 4 KWKG 2002 war

„KWK-Strom (...) das rechnerische Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl der KWK-Anlage. Bei Anlagen, die nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen, ist die gesamte Nettostromerzeugung KWK-Strom.“

Der Begriff „Nutzwärme“ wurde wiederum in § 3 Abs. 6 KWKG 2002 definiert als

„die aus einem KWK-Prozess ausgekoppelte Wärme, die außerhalb der KWK-Anlage für die Raumheizung, die Warmwasserbereitung, die Kälteerzeugung oder als Prozesswärme verwendet wird“.

Es liegt daher nahe, den Begriff „Nutzwärme“ im Rahmen von Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 mangels weiterer Definitionen gesetzessystematisch im Sinne von § 3 Abs. 4 und 6 KWKG 2002 auszulegen. Dann stellt der Begriff aber auf die konkret für diese Nutzungszwecke genutzte Wärme ab. Mit dem Begriff „Nutzwärme“ als solchem sind dann in gesetzessystematischer Hinsicht keine weitergehenden Effizienzkriterien verbunden.

2.2.1.3 Gesetzeshistorie

Gesetzeshistorisch stellt die gesamte Anlage 3 EEG 2009 eine Weiterentwicklung der Nutzwärmeanforderungen nach § 8 Abs. 3 EEG 2004 für den dortigen KWK-Zuschlag dar. Nach diesen Vorgaben lag ein Anspruch auf den KWK-Zuschlag vor, soweit es sich um Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG 2002 gehandelt hatte.

Letztere Regelung nahm wiederum Bezug auf die Definition der Nutzwärme nach § 3 Abs. 6 KWKG 2002. Nutzwärme war hiernach die aus einem KWK-Prozess ausgekoppelte Wärme, die außerhalb der KWK-Anlage für die Raumheizung, die Warmwasserbereitung, die Kälteerzeugung oder als Prozesswärme verwendet wird. Nach dieser Definition war Wärme aus der KWK-Anlage, die zur Scheitholztrocknung verwendet wird, Prozesswärme. Daher fiel sie unter die Definition der Nutzwärme im Sinne von § 3 Abs. 4 und 6 KWKG 2002 und § 8 Abs. 3 EEG 2004.

2.2.1.4 Sinn und Zweck der Regelung

Aus dem Sinn und Zweck der Regelung lässt sich mit Rücksicht auf mögliche Effizienzkriterien keine letztlich abschließende Aussage tätigen:

Die Bundesregierung hatte die Anlage 3 EEG 2009 im Regierungsentwurf des Gesetzes wie folgt begründet:⁸

„Gleichzeitig wird der Begriff der Wärmenutzung über eine Positiv- und eine Negativliste konkretisiert, um nur energetisch sinnvolle Wärmenutzungen durch den KWK-Bonus zu begünstigen. Ziel ist, dass nur solche Wärmenutzungen anerkannt werden, die tatsächlich zu einer Substitution anderer, also hauptsächlich fossiler Energieträger beitragen.

Nummer I bestimmt die Anspruchsvoraussetzungen. Danach muss es sich um Strom im Sinne des § 3 Abs. 4 des KWKG handeln. Mit dieser Bezugnahme auf das KWKG wird ein Gleichlauf zwischen beiden Gesetzen bei der Bestimmung des KWK-Stroms hergestellt. Die Anlagen müssen also gleichzeitig Strom und Wärme erzeugen und der Nutzung durch Dritte zuführen. Erfasst wird aber parallel zum KWK-Gesetz nur der im gekoppelten Betrieb erzeugte Strom, nicht aber derjenige, der im so genannten Kondensationsbetrieb gewonnen wird und nur dann, wenn die Wärme außerhalb der Anlage und nicht nur als Prozesswärme, etwa im Fermenter, genutzt wird. Dies ergibt sich schon aus § 3 Abs. 4 KWKG, der auf den Begriff der Nutzwärme im Sinne von § 3 Abs. 6 KWKG abstellt. Neben der Voraussetzung nach Nummer I.1 muss es sich um eine Wärmenutzung im Sinne der Positivliste handeln oder die Anforderung der Nummer I.3 erfüllt sein. Danach muss die Wärmenutzung nachweislich fossile Energieträger ersetzen. Eine Kilowattstunde Biomasse-KWK-Wärme muss also eine vergleichbar große Menge fossiler Wärme ersetzen. Diese vergleichbare Menge ist gegeben, wenn die Biomasse-Wärme mindestens 75

⁸ BT-Drs. 16/8148, S. 81.

Prozent der fossilen Wärme ersetzt. Demnach muss eine Kilowattstunde Biomasseabwärme, die zur Berechnung des KWK-Stromanteils für den KWK-Bonus in Ansatz gebracht werden darf, mindestens 0,75 Kilowattstunden fossiler Energie ersetzen. Zudem müssen die durch die Wärmebereitstellung entstehenden Mehrkosten nachweisbar mindestens 100 Euro pro Kilowatt Wärmeleistung betragen. Diese Anforderung bezieht sie auf die Kosten für die Bereitstellung der Biomasse-KWK-Wärme. Darunter fällt neben technischen Einrichtungen (Wärmetauscher, Dampferzeuger usw.) auch die Wärmeleitung. Brennstoffkosten bleiben hier unberücksichtigt. Der Nachweis erfolgt einmalig, nach der Inbetriebnahme der Kraft-Wärme-Kopplung. Die Anlagenbetreiberin oder der Anlagenbetreiber müssen geeignete Einrichtungen schaffen, um den Strom und die Wärme entsprechend der Betriebsweise zu erfassen.

Nummer II stellt Anforderungen an die Nachweisführung. Der Anlagenbetreiber muss danach jährlich durch eine Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters nachweisen, dass es sich um KWK-Strom im Sinne des KWKG handelt. Bei serienmäßig hergestellten Anlagen mit einer Leistung von bis zu 2 Megawatt ist die Vorlage der Herstellerunterlagen ausreichend, aus denen sich Leistung und Stromkennzahl ergeben. Dieses Verfahren und die Größenbegrenzung entsprechen § 3 Abs. 3 Satz 1 KWKG. Für größere Anlagen muss der Nachweis den Anforderungen des Arbeitsblattes FW 308 entsprechen. Das Erfordernis einer sinnvollen Wärmenutzung nach Nummer I.2 oder I.3 ist bei Geltendmachung des Anspruchs durch ein Umweltgutachter-Gutachten nachzuweisen.

In den Nummern III und IV werden zulässige bzw. nicht zulässige Wärmenutzungen definiert.“

Außerdem hatte die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung⁹ zur Stellungnahme des Bundesrates¹⁰ dem Vorschlag des Bundesrates, die Längen-Anforderung (400m) an ein Wärmenetz zu streichen und die Anforderungen an die Beheizung und gegebenenfalls Kühlung von Betriebsgebäuden für die Geflügelaufzucht, Tierställe, Unterglasanlagen für die Aufzucht und Vermehrung von Pflanzen und Aquakulturen in der Positivliste der Anlage 3 des EEG 2009 offener zu formulieren, mit folgender Begründung nicht zugestimmt:

„Die Bundesregierung hat zum Ziel, die Effizienz der Biomasseanlagen weiter zu steigern und hat daher im Regierungsentwurf vorgeschlagen, den KWK-Bonus zu erhöhen. Allerdings muss dieser Zusatzvergütung auch eine Investition gegenüberstehen, die die Bonushöhe rechtfertigt. Die Mindestlänge ist daher zur Vermeidung von Mitnahmeeffekten zwingend erforderlich. Im Übrigen können sinnvolle Wärmenutzungen, die diese Mindestlänge nicht erreichen, den KWK-Bonus aufgrund der Generalklausel in Abschnitt I Nr. 3 der Anlage 3 erhalten. (...)

Die vorgeschlagene Formulierung verhindert den Zweck der Positivliste, nur sinnvolle und effiziente Wärmenutzungen mit dem KWK-Bonus zu fördern. Zudem wird die Missbrauchsgefahr erhöht. Mit dieser weiten Formulierung wird die Beheizung von offenen Tierställen ebenso mit dem KWK-Bonus honoriert wie die Beheizung von Fischteichen. Derartige

⁹ BT-Drs. 16/8393, S. 5.

¹⁰ BT-Drs. 16/8148, S. 93 ff.

Wärmenutzungen sollten nach dem Verständnis der Bundesregierung nicht mit dem KWK-Bonus gefördert werden. Sinnvolle und effiziente Wärmenutzungen, die von der Positivliste nicht erfasst werden, können dennoch nach der Generalklausel in Abschnitt I Nr. 3 der Anlage 3 Anspruch auf den KWK-Bonus haben.“

Die Bundesregierung hat weiterhin dem Vorschlag des Bundesrates, dass die Trocknung von Klärschlamm in die Positivliste von Anlage 3 EEG 2009 aufgenommen wird, mit folgender Begründung nicht zustimmt:

„Bei Bejahung des Anspruchs auf den KWK-Bonus für die Trocknung von Klärschlamm würde nach Auffassung der Bundesregierung ein zusätzlicher Energieverbrauch angereizt, den es aber aus Gründen der Energieeffizienz zu verhindern gilt. Sollte mit der Trocknung von Klärschlamm dennoch sinnvoll fossile Energie verdrängt werden, kann ein Anspruch auf den KWK-Bonus nach der Generalklausel in Abschnitt I Nr. 3 der Anlage 3 bestehen. Daher besteht für diesen Vorschlag kein Regelungsbedarf.“

Die Bundesregierung hat außerdem dem Vorschlag des Bundesrates, dass die technische Trocknung von Scheitholz und Holzhackschnitzeln mit einer Obergrenze von 1,0 Kilowattstunden je Kilogramm Trockenmasse in die Positivliste von Anlage 3 EEG 2009 aufgenommen wird, mit folgender Begründung nicht zustimmt:

„Mit der Positivliste zum KWK-Bonus sollen aus Effizienz- und Kostengründen keine zusätzlichen Wärmesenken (wie beispielsweise mit der Trocknung von Scheitholz) geschaffen werden. Die Trocknung von Holzhackschnitzeln ist damit keinesfalls vom KWK-Bonus ausgeschlossen: Bei der Verdrängung fossiler Energie entsprechend der Generalklausel der Nummer in Abschnitt I Nr. 3 der Anlage 3 besteht, wenn die entsprechenden Nachweise erbracht und von einem Umweltgutachter bestätigt werden, Anspruch auf die Zusatzvergütung. Daher besteht für diesen Vorschlag kein Regelungsbedarf.“

Die Bundesregierung hat ferner dem Vorschlag des Bundesrates, dass das Wort „Holzpellets“ in Anlage 3 Nr. III.3, in Anlage 3 Nr. IV.2, in Anlage 4 Nr. III.3 und in Anlage 4 Nr. IV.2 EEG 2009 jeweils durch das Wort „Biomassepresslinge“ ersetzt wird, mit folgender Begründung nicht zustimmt:

„Der vorgeschlagene Begriff der Biomassepresslinge ist nach Auffassung der Bundesregierung zu weit und zu unkonkret. Mit der Positivliste zum KWK-Bonus sollen aus Effizienz- und Kostengründen keine zusätzlichen Wärmesenken (wie beispielsweise mit der Trocknung von Scheitholz) geschaffen werden. Die Trocknung von Biomassepresslingen ist damit keinesfalls vom KWK-Bonus ausgeschlossen: Bei der Verdrängung fossiler Energie entsprechend der Generalklausel der in Abschnitt I Nr. 3 der Anlage 3 besteht Anspruch auf die Zusatzvergütung. Daher besteht für diesen Vorschlag kein Regelungsbedarf.“

Schließlich hat die Bundesregierung dem Vorschlag des Bundesrates, in Anlage 3 Nr. III.3, in Anlage 3 Nr. IV.2, in Anlage 4 Nr. III.3 und in Anlage 4 Nr. IV.2 EEG 2009 jeweils die Wörter „zur Nutzung als Brennstoff“ zu streichen, mit folgender Begründung nicht zugestimmt:

„Für die vorgeschlagenen Änderungen besteht nach Auffassung der Bundesregierung kein Regelungsbedarf, da kein weiterer Verwendungszweck der Holzpellets ersichtlich ist. Sollte dennoch ein weiteres Nutzungsfeld für Holzpellets bestehen, ist die Trocknung gegebenenfalls von der Generalklausel in Abschnitt I Nr. 3 der Anlage 3 erfasst.“

Die Bundesregierung hat somit in der Begründung des Regierungsentwurfs und in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates folgende Grundaussagen zum KWK-Bonus nach dem EEG 2009 getroffen:

- Nur energetisch sinnvolle Wärmenutzungen sollen durch den KWK-Bonus begünstigt werden.
- Es sollen nur solche Wärmenutzungen anerkannt werden, die tatsächlich zu einer Substitution anderer, also hauptsächlich fossiler Energieträger beitragen.
- Neben der Voraussetzung nach Anlage 3 Nr. I.1 EEG 2009 muss es sich um eine Wärmenutzung im Sinne der Positivliste handeln oder die Anforderung von Anlage 3 Nr. I.3 EEG 2009 müssen erfüllt sei.
- Der Zusatzvergütung der Anhebung des KWK-Bonus von 2 auf 3 Cent/kWh muss auch eine Investition gegenüberstehen, die die Bonushöhe rechtfertigt, was bei einer Aufgabe der Mindestlänge von 400m für ein Wärmenetz nach Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 nicht gewährleistet wäre.
- Die Missbrauchsgefahr etwa durch Zulassung der Beheizung von offenen Tierställen und Fischteichen in Form von nach der Positivliste zulässigen Wärmeverwendungen soll verringert werden.
- Zusätzliche Energieverbräuche wie für die Trocknung von Scheitholz, von Biomassepresslingen oder von Klärschlamm sollen durch eine explizite Aufnahme dieser Wärmenutzungen in die Positivliste nicht angereizt werden. Sie sollen nur im Rahmen der Generalklausel nach Anlage 3 Nr. I.1 EEG 2009 im Wege der Ersetzung fossiler Energie zulässig sein.

Für die Wärmenetz-Regelung in Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 ist allerdings aus den Gesetzesmaterialien nicht konkret erkennbar, dass die Bundesregierung an die dortige Wärmeverwendung weitergehende Effizienzanforderungen stellen wollte, als im Gesetzeswortlaut enthalten. Dies lässt erkennen, dass die Effizienz der Wärmeverwendung gemäß dieser Regelung nach Auffassung des Gesetzgebers

- durch das Effizienzkriterium der Verluste durch Wärmeverteilung und -übergabe, die unter 25 Prozent des Nutzwärmebedarfs der Wärmekundinnen oder -kunden liegen, und
- durch die Mindestlänge von 400 m

hinreichend qualifiziert ist. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber kein zusätzliches Effizienzkriterium an den Begriff des „Nutzwärmebedarfs“ anlegen wollte.

2.2.1.5 Keine wesentliche Präzisierung durch die Folgefassungen des EEG 2009

Hierbei ist letztlich auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber diese Regelung in den Folgefassungen des EEG 2009 jedenfalls hinsichtlich einer möglichen Effizienzanforderung des Wärmeeinsatzes nicht präzisiert hatte:

Das EEG 2012 hatte in § 27 Abs. 4 EEG 2012 KWK-Mindestanforderungen für Biogasanlagen aufgestellt. Dementsprechend legte Anlage 2 EEG 2012 als Voraussetzungen der Erzeugung in Kraft-Wärme-Kopplung fest, dass Strom in Kraft-Wärme-Kopplung im Sinne des § 27 Absatz 4 Nummer 1 und Absatz 5 Nummer 2 erzeugt wird, soweit

- a) es sich um Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung handelt und
- b) eine Wärmenutzung im Sinne der Nummer 3 (Positivliste) vorliegt oder
- c) die Wärmenutzung nachweislich fossile Energieträger in einem mit dem Umfang der fossilen Wärmenutzung vergleichbaren Energieäquivalent ersetzt.

Die Positivliste in Anlage 2 Nr. 3 EEG 2012 enthält unter ihrem Buchstaben b) eine fast wortgleiche Regelung zu Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009, indem als Wärmenutzungen im Sinne der Anlage 2 Nr. 1 b) EEG 2012 die Wärmeeinspeisung in ein Netz mit einer Länge von mindestens 400 Metern gelten, wobei bei der Wärmeeinspeisung als Verluste durch die Wärmeverteilung oder Wärmeübergabe höchstens durchschnittliche Verluste von 25 Prozent des Nutzwärmebedarfs der Wärmekundinnen oder Wärmekunden in jedem Kalenderjahr anerkannt werden.

Der Begriff „Nutzwärmebedarf“ wird hier zudem genauso wenig definiert wie in Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009, und insbesondere nicht auf bestimmte Nutzungen eingeschränkt.

Hieraus kann zumindest als Indiz geschlossen werden, dass der Gesetzgeber eine weitere Präzisierung dieser Regelung vom EEG 2009 zum EEG 2012 hin mit Rücksicht auf die Wärmeeffizienz nicht als notwendig angesehen hatte. Dies ist insoweit beachtlich, als das EEG 2009 diese Wärmenutzungen „nur“ mit einem KWK-Bonus verknüpfte, das EEG 2012 hingegen eine gesetzliche Anforderung einer KWK-Mindestnutzung für diese Anlagen aufstellte, mit der Rechtsfolge einer Fördereinschränkung auf den Monatsmarktwert gemäß § 27 Abs. 7 EEG 2012 bei Nichteinhaltung dieser Anforderungen. Aus der optionalen Inanspruchnahme des Bonus ist somit eine generelle Fördergrundlage geworden.

2.2.2. Zwischenfazit

Aufgrund der Gesetzessystematik, der Gesetzeshistorie und dem Sinn und Zweck der Regelung lässt sich folglich schließen, dass es für die Einhaltung der Anforderungen in Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 ausreicht, dass die Anlage und das hieran angeschlossene Wärmenetz

- das Effizienzkriterium der Verluste durch Wärmeverteilung und -übergabe, die unter 25 Prozent des Nutzwärmebedarfs der Wärmekundinnen oder -kunden liegen, und
- die Mindestlänge von 400 m

einhält. Weitere Qualifikationen an die Effizienz der Wärmenutzungen von an das Wärmenetz angeschlossenen Verbrauchseinrichtungen sind nicht erkennbar. Der Gesetzgeber wollte zwar einen Missbrauch des KWK-Bonus vermeiden. Allerdings ist aufgrund der Darstellungen der Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf davon auszugehen, dass diese Missbrauchsgefahr

- durch die Normierung der Mindestlänge des Wärmenetzes nach Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009,
- durch die Hinzunahme gesonderter Effizienzkriterien in speziellen Bestimmungen innerhalb der Positivliste in Anlage 3 Nr. III. EEG 2009 und
- durch die Ablehnung bestimmter, nach Ansicht der Bundesregierung weniger effizienter Wärmenutzungen für die Positivliste in Anlage 3 Nr. III. EEG 2009

hinreichend eingedämmt worden ist.

Im Sinne der Verfahrensfrage 1 ist somit nach BDEW-Auffassung der „Nutzwärmebedarf“ i. S. v. Anlage 3 Nr. I.2 i.V. m. Nr. III.2 EEG 2009 einer an ein Wärmenetz angeschlossenen Wärmenutzung der tatsächliche Wärmeverbrauch („gesamte bezogene“ Wärmemenge unabhängig von Effizienzkriterien) der konkreten Wärmenutzung.

Dementsprechend erübrigt sich die Beantwortung der Verfahrensfrage 2.

2.2.3. Bonusausschluss bei missbräuchlicher Ausnutzung des Wärmenetzes

Im vorliegenden Fall

- sind die Holz Trocknungseinrichtungen in unmittelbarer räumlicher Nähe zu den die Wärme erzeugenden BHKW errichtet,
- hätten die Holz Trocknungseinrichtungen auch durch eine Direktleitung mit den jeweiligen BHKW mit Wärme versorgt werden können und
- stellt die Wärmeversorgung dieser Holz Trocknungseinrichtungen den weitaus überwiegenden Absatzanteil der Wärme über die Wärmenetze dieser BHKW dar.

Mit Rücksicht darauf, dass die Trocknung von Scheitholz und von Holzhackschnitzeln ansonsten nicht als zulässige Wärmenutzung in der Positivliste der Anlage 3 des EEG 2009 erscheint und deren Hereinnahme in die Positivliste auch von der Bundesregierung abgelehnt worden war, ist die Annahme eines Missbrauchs der Wärmenetzregelung im vorliegenden Fall aufgrund der besonderen Konstellation nicht gänzlich fernliegend.

Nach Kenntnis des BDEW hat die Rechtsprechung zu einer möglichen missbräuchlichen Inanspruchnahme der Wärmenetzregelung in Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 bislang nicht Stellung genommen. In der Literatur werden hierzu folgende Ansätze vertreten:

- Die Wärmenutzung muss nach § 242 BGB an den jeweiligen Ort ökonomisch oder tatsächlich sinnvoll sein, ohne jedoch hieran überzogene Anforderungen zu stellen, da

sich der Anlagenbetreiber bei Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen grundsätzlich rechtstreu verhält.¹¹

- Die Wärmenutzung muss sich an dem jeweiligen Ort auf das bei einem rationellen Umgang mit Wärme notwendige Maß beschränken. Dies könne aber nicht bereits dann ausgeschlossen werden, wenn die Wärmenutzungen nicht einer der in der Positivliste genannten Fälle zugeordnet werden könnten. Denn diese Voraussetzungen müssten im Rahmen von Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 nicht zusätzlich eingehalten werden. Entsprechend dem Effizienzgedanken der in Nr. I.3 enthaltenen Generalklausel müsse die konkrete Wärmenutzung aber grundsätzlich in Art und Umfang auch mit fossilen Energieträgern zu wirtschaftlichen Bedingungen vorgenommen werden.¹²
- Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass derjenige, der die gesetzlichen Voraussetzungen einhält, sich auch rechtstreu verhält. Eine Holz Trocknungsanlage, die an einem Fernwärmenetz hängt und dort wärmebezugsseitig nur eine völlig untergeordnete Rolle spielt, sei sicherlich nicht bonusschädlich. Wo die Grenze zum Rechtsmissbrauch zu ziehen sei, müsse selbstverständlich in jedem Einzelfall individuell beurteilt werden. Sofern die Art der Wärmenutzung, die per se keinen KWK-Bonus nach den Vorgaben des EEG 2009 auslösen könnte, eine untergeordnete Bedeutung hat, also weniger als die Hälfte der gesamten Wärmenutzung ausmacht, werde man keinesfalls von einem Rechtsmissbrauch ausgehen können. Sollte hingegen der überwiegende Teil der Wärmenutzung hierauf entfallen, müssten die Umstände des Einzelfalls kritisch gewürdigt werden. In Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes werde man derartige „Missbrauchsfälle“ nur in seltenen Ausnahmesituationen annehmen können.¹³

Diesen Auffassungen gemein ist, dass entsprechende Missbrauchsfälle typologisch nicht fassbar sind. Zudem wird auch die Annahme einer Missbräuchlichkeit verneint, wenn der alleinige Grund ist, dass die konkrete Wärmenutzung nicht bereits an anderer Stelle von der Positivliste erfasst wird. Die Trocknung von Scheitholz und von Holzhackschnitzeln wie im vorliegenden Fall ist somit nicht per se im Rahmen einer Wärmenetznutzung nach Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 missbräuchlich, nur weil diese Nutzungsart nicht in der Positivliste genannt wird.

Im vorliegenden Fall ist aus den Sachverhaltsdarstellungen nicht erkennbar, ob

- die Einrichtungen zur Holzscheittrocknung oder
- die aus den Wärmenetzen sonst noch belieferten Einfamilienhäuser

vor Inbetriebnahme der KWK-Anlage bereits existierten, oder ob sie schon vor Inbetriebnahme der KWK-Anlagen durch andere – fossil erzeugte – Wärme beliefert worden sind, oder inwieweit die Inbetriebnahme der KWK-Anlagen auch für die aus den Wärmenetzen sonst noch belieferten Einfamilienhäuser ursächlich gewesen ist, z.B. als Teil einer Erschließung

¹¹ Schäferhoff, in: Reshöft, EEG, 3. Aufl., Anlage 3 Nr. 42.

¹² Rostankowski/Vollprecht, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., Anlage 3 Rdn. 36.

¹³ Loibl, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl., S. 664 f.

eines neuen Wohngebietes. Insoweit kann nicht abschließend beurteilt werden, ob die Holz Trocknungseinrichtungen auch ohne die Wärmenetze hätten betrieben werden können.

Jedenfalls versorgen die BHKW gemäß dem Sachverhalt neben den Holz Trocknungseinrichtungen auch Einfamilienhäuser mit Wärme. Wenn diese Einfamilienhäuser bereits weit vor Inbetriebnahme der BHKW errichtet worden waren und die Wärmeversorgung im Zuge der Errichtung der BHKW auf Wärme aus diesen BHKW umgestellt worden war, liegt zumindest dem Grunde nach eine Ersetzung einer bestehenden Wärmeversorgung nach Anlage 3 Nr. I.3 EEG 2009 vor. Wurden hingegen die Einfamilienhäuser zeitgleich oder später als die BHKW und die Wärmenetze errichtet, kann dies in Verbindung mit dem deutlich geringeren Anteil der Wärmeversorgung der Einfamilienhäuser gegenüber dem für die Holz Trocknungseinrichtungen ein Indiz dafür sein, dass es sich bei der Wärmeversorgung der Einfamilienhäuser letztlich nur um ein Abfallprodukt der Wärmeversorgung aus den BHKW handelt, das nur dazu dienen soll,

- dass überhaupt ein Wärmenetz im Sinne von Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 vorliegt, damit die ansonsten nicht bonusfähige Holz Trocknung über diese Regelung dann bonusfähig wird, und
- dass neben der mglw. ineffizienten Wärmeversorgung der Holz Trocknungseinrichtungen auch eine zumindest effizientere Wärmeversorgung aus den BHKW stattfindet.

Auch eine abschließende Beantwortung der Verfahrensfrage 3 c) ist nicht möglich. Es wohnt einem Wärmenetz inne, dass diejenigen Wärmeverbrauchseinrichtungen, die nahe der Einspeisungsstelle in das Wärmenetz gelegen sind, zu den relativ gesehen niedrigsten Wärmenetzverlusten führen, gegenüber denjenigen, die am weitesten entfernt von der Einspeisungsstelle in das Wärmenetz gelegen sind. Insoweit muss naturgemäß ein Durchschnitt für die Wärmeverluste des gesamten Netzes gebildet werden, wie auch im Rahmen der 25%-Schwelle für diese Regelung ein Durchschnitt für die Wärmeverluste über das gesamte Kalenderjahr hinweg gebildet werden muss.

Stellt jedoch letztlich die Wärmeversorgung der Einfamilienhäuser nach den vorstehenden Darstellungen nicht nur in energetischer sondern auch in zeitlicher Hinsicht ein Abfallprodukt eines Holz Trocknungsvorhabens dar und kommt hinzu, dass die vergleichsweise geringe Wärmeversorgung der Einfamilienhäuser für sich gesehen energetisch die Effizienzschwelle von 25% nach Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 nicht einhalten kann, wird hierdurch das ursprüngliche Indiz eines Abfallproduktes verstärkt. Unter diesen Voraussetzungen kann dann eine missbräuchliche Inanspruchnahme von Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 vorliegen.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der BGH zuletzt mit Urteil vom 11. April 2018¹⁴ Folgendes im zweiten Leitsatz der Entscheidung¹⁵ festgestellt hat:

„Zur Vermeidung gesetzlich unerwünschter, zu Lasten der Letztverbraucher gehender Mitnahmeeffekte ist der Anspruch auf die Grundvergütung auch dann abzüglich des

¹⁴ Az. [VIII ZR 197/16](#), unter Rückgriff auf die bisherigen Urteile vom 4. März 2015, Az. VIII ZR 110/14, Rdn. 38, sowie VIII ZR 325/13, WM 2015, S. 1341, Rdn. 19, vom 10. Juli 2013, Az. VIII ZR 300/12, NVwZ 2014, S. 94, Rdn. 19, sowie VIII ZR 301/12, juris Rdn. 19.

¹⁵ Unter entsprechender Vertiefung in den Rdn. 27 ff. der Entscheidung.

"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."

Wenn sich daher hier die Inanspruchnahme von Anlage 3 Nr. III.2 EEG 2009 unter Zugrundelegung der vorstehend genannten Indizien als reiner Mitnahmeeffekt für den Anlagenbetreiber darstellt, kann die Inanspruchnahme des Bonus auch unter Rückgriff auf die BGH-Rechtsprechung abgelehnt werden.

Ansprechpartner:

Christoph Weißenborn
Tel.: +49 30 300199 – 1514
christoph.weissenborn@bdew.de