



Fachverband  
**BIOGAS**

Fachverband Biogas e.V. Telefon +49(0)81 61/98 46 60  
Angerbrunnenstraße 12 Telefax +49(0)81 61/98 46 70  
85356 Freising E-Mail [info@biogas.org](mailto:info@biogas.org)

## **Stellungnahme**

**des Fachverbandes Biogas e.V. zum Votumsverfahren**

„[...]"

“

Freising, 13. April 2018

### **Ansprechpartner**

Syndikusanwalt,  
Dipl.-Betriebswirt (Wirtschaftsinformatik)

René Walter

Referatsleiter Energierecht und -handel

Tel. +49 (0)8161 9846-60

[rene.walter@biogas.org](mailto:rene.walter@biogas.org)

## A. Eröffnungsbeschluss [ ]

Dem Votumsverfahren liegen folgende Fragen zugrunde:

1. Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung mit dem KWK-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. Anlage 3 EEG2009 für Nutzwärmemengen, die für eine bonusfähige Wärmenutzung eingesetzt werden, aber messtechnisch nicht erfassbar sind und daher im Umweltgutachten rechnerisch ermittelt werden?
2. Bejahendenfalls: Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin auf Grundlage der vom Umweltgutachter vorgenommenen Berechnungen einen Anspruch auf Zahlung von 25 600,03 € für das Jahr 2014 und 11 985,44 € für das Jahr 2015?

## B. Stellungnahme

**Ad 1: Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung mit dem KWK-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. Anlage 3 EEG 2009 für Nutzwärmemengen, die für eine bonusfähige Wärmenutzung eingesetzt werden, aber messtechnisch nicht erfassbar sind und daher im Umweltgutachten rechnerisch ermittelt werden?**

### I.

Fraglich ist, ob die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf den KWK-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. Anlage 3 EEG 2009 für Nutzwärmemengen hat, die für eine bonusfähige Wärmenutzung eingesetzt werden, aber messtechnisch nicht erfassbar sind und daher im Umweltgutachten rechnerisch ermittelt wurden?

### II.

§ 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. Anlage 3 EEG 2009 setzt nach I.1 voraus, dass es sich um Strom nach § 3 Abs. 4 KWKG handelt.

Zu prüfen ist somit, ob die Anspruchstellerin nachgewiesen hat, dass es sich um Strom nach § 3 Abs. 4 KWKG handelt.

Die Voraussetzungen und die Höhe sind dem Netzbetreiber nach der Nummer II der Anlage 3 zum EEG 2009 durch eine Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien nachzuweisen.

Eine Bescheinigung ist das Ergebnis eines Bescheinigens. Bescheinigen bedeutet, dass von einem Dritten ein Umstand bestätigt werden muss. So bestätigt beispielsweise der Arzt den Tod.

<https://www.dwds.de/wb/bescheinigen#wb-1>, abgerufen am  
11.04.2018

Eine Bescheinigung ist daher das Ergebnis eines Abwägungsvorganges oder einer Deduktion. Die Bescheinigung gibt damit lediglich Auskunft über

das Resultat. Die Begründung für das Resultat ist kein wesensbegründender Bestandteil einer Bescheinigung.

Eingereicht hat die Anspruchstellerin Berichte zweier Umweltgutachter über die Ergebnisse der Begutachtung ihrer Anlage. In diesen Berichten wird bestätigt, dass es sich bei den fraglichen Strommengen um KWK-Strom handelt. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die Anspruchstellerin den Nachweis nach § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. Anlage 3 EEG 2009 geführt hat.

### III.

Seitens der Anspruchsgegnerin wird gegen den Nachweis vorgetragen, dass in einem Fall die Berechnung nicht ganz schlüssig ist und in beiden Bescheinigungen sich der Nachweis auf ungeeichte Werte stützt. Diese Punkte werden folgend unter Punkt a. und Punkt b. beleuchtet:

#### a.

Weder im EEG 2009 noch in folgenden EEG-Fassungen ist ein Überprüfungsrecht oder eine Überprüfungspflicht des Netzbetreibers in Bezug auf Umweltgutachter geregelt. Nach derzeitiger Gesetzeslage werden die Umweltgutachter von der DAU – Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mbH – überwacht.

Zur Bindungswirkung solcher Gutachten wird in der Literatur vertreten, dass dem Netzbetreiber und sogar den Gerichten nur eine eingeschränkte Prüfungscompetenz zusteht.

*Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/ Müggenborg/ Cosack/  
Hennig/ Schomerus, EEG, Kommentar, 5. Auflage 2018, § 3 Rn. 294  
oder von Bredow, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/ Walter,  
Biogasanlagen im EEG, 4. Auflage 2016, S. 327 ff.*

Entsprechend führt das OLG Naumburg aus, dass die Überprüfung solcher Gutachten auf Plausibilität, Vollständigkeit und Überzeugungskraft beschränkt sei.

*OLG Naumburg, Urteil vom 2.9.2010 – 1 U 37/10*

Weder das OLG Naumburg noch die genannte Literatur würdigen jedoch, dass das Gesetz in der Anlage 3 zum EEG 2009 zwischen Bescheinigung und Gutachten unterscheidet. So ist in Bezug auf die Nr. 1.2 ein Gutachten vorzulegen, wohingegen die Nr. 1.1 lediglich eine Bescheinigung verlangt. Wenn aber selbst Gutachten durch den Netzbetreiber und Gerichte nur eingeschränkt überprüft werden dürfen, muss dies in weit stärkerem Maße für Bescheinigungen gelten, denn hier wird seitens des Gesetzgebers vorgegeben, dass der Deduktions- und Abwägungsvorgang nicht dargestellt werden muss und damit in der Beurteilungssphäre des Umweltgutachters liegt. Die Überprüfung einer Bescheinigung kann sich daher grundsätzlich gar nicht auf den Deduktions- und Abwägungsvorgang beziehen, da Bescheinigungen als solche nur hinsichtlich formaler Kriterien überprüft werden können.

Anderes könnte sich daraus ergeben, dass in dem vorliegenden Fall der Umweltgutachter ohne eine Notwendigkeit den Deduktionsvorgang, also die Berechnung, in die Bescheinigung aufgenommen hat.

Dies würde jedoch aufgrund der eingeschränkten Überprüfbarkeit voraussetzen, dass die Berechnung offensichtlich falsch ist. Die Berechnungen in beiden Bescheinigungen leiden jedoch nicht an offensichtlichen Fehlern.

#### **b. geeichte Messung**

Letztlich fraglich bleibt, ob die Ermittlung der Wärmemengen mittels geeichter Zählung hätte erfolgen müssen und ob eine nicht geeichte Messung, bzw. eine Nichtmessung, der Geltendmachung des Anspruchs entgegensteht.

Das Mess- und Eichgesetz legt im deutschen Recht Anforderungen fest, die für Messgeräte einzuhalten sind, um dem Stand der Technik zur Gewährleistung richtiger Messergebnisse und Messungen zu entsprechen. Dabei bestimmt es, dass grundsätzlich Messgeräte zu verwenden sind und dass diese nicht ungeeicht verwendet werden dürfen.

Anwendbar ist das Gesetz auch auf Wärmemessungen. Das Mess- und Eichgesetz gilt in seinem Geltungsumfang für alle Messverwendungen und gesetzesübergreifend, soweit keine Ausnahmeregelung besteht.

Eine Ausnahmeregelung könnte jedoch für das EEG gegeben sein, soweit dieses nicht selbst die Anwendung des Eichrechts partiell anordnet.

Wenn man von dem Grundsatz der grundsätzlichen Geltung des Mess- und Eichgesetzes ausgeht, so würden Regelungen, die in einem Gesetzestext wie § 61h Abs. 1 EEG 2017 das Eichrecht anordnen, nur Sinn ergeben, wenn das Eichrecht grundsätzlich nicht gilt. Daher kann § 61h Abs. 1 EEG 2017 ein Indiz dafür sein, dass dem EEG 2017 das Eichrecht fremd ist, soweit nicht explizit die Geltung desselben angeordnet wird.

Darüber hinaus spricht für eine Nichtgeltung, dass das EEG 2017 und die Vorgängerfassungen Differenzmessungen explizit vorgeben, welche aber nach § 25 Nr. 7 MessEV grundsätzlich verboten sind. So entlastet § 61k EEG 2017 beispielsweise den Letztverbraucher bei verschiedenen Verbräuchen. Diese Verbräuche können aber, und dies offensichtlich, nur mittels Differenzmessungen ermittelt werden. Ein weiterer gesetzlich angeordneter Fall der Differenzmessung ist die bilanzielle Einspeisung, die auf Differenzmessungen geradezu ruht.

Dem könnte auf den ersten Blick zwar entgegnet werden, dass die MessEV erstmals einen Ausnahmetatbestand vorsieht, der Differenzmessungen erlaubt. Doch wurden die in der Vergangenheit ausnahmslos nach dem Messrecht verbotenen Differenzmessungen im EEG schon Jahre vor dieser Ausnahmemöglichkeit angeordnet. Zudem spricht hier insbesondere für eine Ausnahme, dass wenn eine Gutachterpflicht angeordnet ist, es des Messrechts zum Schutz des Rechtsverkehrs, der Mitbewerber oder anderer durch das Messrecht geschützter Güter gar nicht bedarf. Zudem ist die Ausnahme von weiteren Regelungen abhängig, die derzeit nicht einmal bestehen.

Inwieweit das Messrecht hier Anwendung findet, kann jedoch dahingestellt werden. Die Folge eines Verstoßes gegen das Messrecht ist nämlich nicht, dass der Anspruch untergeht oder dass eine Einrede der Geltendmachung entgegensteht. Allein angeordnet ist lediglich, und dies ist schon ein grundlegender Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Vertragsfreiheit, dass nicht über eine geeichte Messung ermittelte Messwerte nicht verwendet werden dürfen. Diese Auffassung wird auch verständlicherweise ohne Ausnahme von der Rechtsprechung geteilt, da eine andere Auslegung

contra legem wäre und offensichtlich die Grenzen des verfassungsrechtlich möglichen bei Weitem sprengt.

Dem Anspruchsteller steht es daher frei, dass er, wie hier, den Anspruch mittels eines Gutachtens nachweist, welches nicht auf geeichten Werten beruht.

**Ad 2: Bejahendenfalls: Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin auf Grundlage der vom Umweltgutachter vorgenommenen Berechnungen einen Anspruch auf Zahlung von 25 600,03 € für das Jahr 2014 und 11 985,44 € für das Jahr 2015?**

Nachdem in Bezug auf die erste Frage die beschränkte Überprüfbarkeit herausgearbeitet wurde und die Berechnungen der Umweltgutachter schlüssig und nachvollziehbar sind, hat die Anspruchstellerin einen Anspruch in der geforderten Höhe.

#### **Ansprechpartner**

Syndikusanwalt, Dipl.-Betriebswirt (Wirtschaftsinformatik) René Walter  
Referatsleiter  
Energierrecht und -handel  
Tel. +49 (0)8161 9846-60  
rene.walter@biogas.org