

## Votum

*Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.*

### Leitsätze:

- 1. Bei serienmäßig hergestellten KWK-Anlagen bis 2 MW kann der vereinfachte Nachweis über die KWK-Strommenge nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 3 EEG 2009<sup>1</sup> immer dann angewendet werden, wenn die realisierte Wärmenutzung der vom Hersteller zur Ermittlung der Stromkennzahl zugrundegelegten Wärmenutzung entspricht.**
- 2. Liegen keine „geeigneten Herstellerunterlagen“ hierüber vor, so ist die vereinfachte Nachweisführung ausgeschlossen und es muss der Nachweis nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 1 EEG 2009 geführt werden. Dies ist der Fall, wenn beispielsweise die Stromkennzahl für ein BHKW mit Abgaswärmetauscher berechnet wurde und der Anlagenbetreiber zusätzlich zur per Abgaswärmetauscher ausgekoppelten Nutzwärme die Restwärme des Abgases einer weiteren Wärmenutzung zuführt und diese für die Berechnung des KWK-Stromanteils anrechnen lassen will.**

<sup>1</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG|KWKG<sup>2</sup> durch den Vorsitzenden Dr. Lovens-Cronemeyer sowie die Mitglieder Dr. Mutlak und Richter auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren sowie der Stellungnahmen des BDEW und des Fachverband Biogas e. V. am 15. Mai 2018 einstimmig folgendes Votum:

1. **Die Anspruchstellerin hat derzeit gegen die Anspruchsgegnerin keinen durchsetzbaren Anspruch auf die erhöhte Vergütung mit dem KWK-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009 für die Strommengen, die gekoppelt mit messtechnisch nicht erfassten und daher im Umweltgutachten rechnerisch ermittelten Wärmemengen erzeugt werden. Denn die Anspruchstellerin hat den Nachweis nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 1 EEG 2009 nicht geführt und die Voraussetzungen für die Heranziehung von Herstellerunterlagen gemäß Anlage 3 Nr. II.1 Satz 3 EEG 2009 liegen nicht vor.**
2. **Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Zahlung des NawaRo-Bonus für die Jahre 2014, 2015 und 2016 für die der Leistung über 0,5 MW zuzuordnenden Strommengen in Höhe von insgesamt 81 263,71 € gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI.1.a.bb EEG 2009.**

---

<sup>2</sup>Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern im Folgenden auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle:

**Ergeben sich aus diesem Votum nachträgliche Korrekturen am bundesweiten Ausgleich hinsichtlich der abzurechnenden Strommengen oder Vergütungs- bzw. Prämienzahlungen (finanzielle Förderung), sind diese Korrekturen gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017<sup>3</sup> bei der nächsten Abrechnung zu berücksichtigen.**

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Tatbestand</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Begründung</b>	<b>10</b>
2.1	Verfahren . . . . .	10
2.2	Würdigung . . . . .	11
2.3	Materielle Anspruchsvoraussetzung für den KWK-Bonus nach EEG 2009 . . . . .	11
2.4	Formelle Anspruchsvoraussetzung für den KWK-Bonus – Nachweis gemäß Anlage 3 Nr. II EEG 2009 . . . . .	16
2.4.1	Vereinfachter Nachweis nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 3 EEG 2009 . . . . .	17
2.4.2	Nachweis nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 1 EEG 2009 . . . . .	18
2.4.3	Überprüfungsbefugnis der Bescheinigung nach Anlage 3 Nr. II EEG 2009 durch Netzbetreiber . . . . .	19
2.5	Anspruch auf Nachzahlung des NawaRo-Bonus . . . . .	21

<sup>3</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Förderung von Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2532), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

## I Tatbestand

- 1 Die Parteien sind uneins darüber, ob für die messtechnisch nicht erfassbaren Nutzwärmemengen der von der Anspruchstellerin betriebenen Biogasanlage ein Anspruch auf die erhöhte Vergütung mit dem sog. KWK-Bonus<sup>4</sup> für die Jahre 2014 und 2015 besteht. Verfahrensgegenständlich sind darüber hinaus Nachzahlungen auf den sog. NawaRo-Bonus<sup>5</sup> für die Jahre 2014, 2015 und 2016.
- 2 Die Anspruchstellerin betreibt eine Biogasanlage mit drei BHKW im [...] mit einer Leistung von insgesamt 795 kW<sub>el</sub>. Die installierte Leistung des BHKW-1 beträgt 160 kW<sub>el</sub>, die des BHKW-2 235 kW<sub>el</sub> und die des BHKW-3 400 kW<sub>el</sub>.
- 3 Die Biogasanlage war zunächst mit zwei BHKW (im Folgenden: BHKW-1 und BHKW-2) im November 2010 in Betrieb genommen worden. Der in der Anlage erzeugte Strom wird in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist und nach dem EEG vergütet. Bis einschließlich zum Jahr 2013 wurde die ausgekoppelte Wärme zur Beheizung der Stallungen und des Wohnhauses des landwirtschaftlichen Betriebes genutzt. Für den KWK-Strom zahlte die Anspruchsgegnerin der Anspruchstellerin den KWK-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009. Die Anspruchstellerin plante sodann, die Gesamtleistung ihrer Biogasanlage zu erhöhen und eine Gärresttrocknungsanlage zu bauen.
- 4 Mit Änderungsbescheid vom 23. Oktober 2013 des Landkreises [...] wurde die beantragte Gärresttrocknungsanlage und eine Leistungserhöhung der Biogasanlage genehmigt. Die Gärresttrocknungsanlage sowie das BHKW-3 wurden im März 2014 in Betrieb genommen. Seit diesem Zeitpunkt wird ein Teil der ausgekoppelten Wärme als Prozesswärme zur Gärresttrocknung genutzt.
- 5 Seit Inbetriebnahme der Gärresttrocknungsanlage sowie des BHKW-3 gestaltet sich das Wärmenutzungskonzept wie folgt:
  - Das BHKW-1 sowie das BHKW-2 – nicht aber das BHKW-3 – nutzen Abgaswärmetauscher.
  - Alle drei BHKW nutzen Kühlwasserwärmetauscher.

<sup>4</sup>Bonus für die Erzeugung von Strom in Kraft-Wärme-Kopplung.

<sup>5</sup>Bonus für die Erzeugung von Strom aus nachwachsenden Rohstoffen.

- Die gesamte Abgaswärme des BHKW-3 sowie die nicht über Wärmetauscher der BHKW-1 und BHKW-2 genutzte restliche Abgaswärme werden direkt als Abgasstrom in die Gärresttrocknungsanlage geführt.
  - Die Kühlwasserwärmemengen und die über die Abgaswärmetauscher umgesetzten Wärmemengen werden mittels drei geeichter Wärmemengenzähler gemessen. Diese befinden sich jeweils in den Zuleitungen
    - zu den Ställen und zum Wohnhaus (dieser Zähler war bereits Anfang des Jahres 2014 vorhanden),
    - zur Trocknungsanlage (dieser wurde am 17. März 2014 mit der Zählernummer 142 174 98 eingebaut; Zählerstand zum 31. Dezember 2014 1 521 800 kWh) und
    - zum Fermenter/Nachgärer (dieser wurde im September 2014 installiert und daher in dem für das Kalenderjahr 2014 von der [...] GmbH] erstellten Gutachten (im Folgenden: Umweltgutachten 2014) nicht berücksichtigt).
  - Die Wärmemengen des direkten Abgaswärmestroms werden messtechnisch nicht erfasst, da es für diese Anwendung keine geeichten Messeinrichtungen gibt.
  - Die Biogasanlage bzw. deren drei BHKW verfügen über Notkühler. Diese sind den Wärmemengenzählern vorgeschaltet. Die über die Notkühler abgegebene, nicht genutzte Wärme wird messtechnisch nicht gesondert erfasst.
- 6 Zur Temperatur des Abgases beim Austritt aus der Gärresttrocknungsanlage können die Parteien keine Angabe machen.
- 7 Die Anspruchstellerin legte der Anspruchsgegnerin jeweils ein Umweltgutachten für die Jahre 2014 und 2015 vor, in welchem die nicht gemessenen Nutzwärmemengen rechnerisch ermittelt wurden.
- 8 Im Umweltgutachten 2014 wird für die Berechnung der KWK-bonusfähigen Strommenge für die Gärresttrocknung im Zeitraum vom 17. März 2014 bis 31. Dezember 2014 zunächst die in diesem Zeitraum insgesamt erzeugte Wärme durch Multiplikation der Wärmeleistungen der drei BHKW mit der jeweiligen Benutzungsdauer ermittelt. Davon wird zum einen die über die Wärmemengenzähler ermittelte und

im Betrachtungszeitraum zur Beheizung der Stallungen und des Wohnhauses eingesetzte Wärmemenge sowie zum anderen die Wärmeauskopplung Prozesswärme (Fermenterheizung) abgezogen. Die Prozesswärme wird dabei mit 25 Prozent der Gesamtwärme angesetzt, da sie ausweislich des Umweltgutachtens 2014 nicht messtechnisch erfasst wird. Dies ergibt eine verbleibende Wärmemenge von 2 486 062 kWh, die laut Umweltgutachten die zur Berechnung der förderfähigen Strommenge heranzuziehende Nutzwärmemenge für die Gärresttrocknung darstellt.

- 9 Als Stromkennzahl wird im Umweltgutachten 2014 die Stromkennzahl der drei BHKW entsprechend deren durchschnittlicher Leistung gewichtet und so eine Durchschnittskennzahl für die drei BHKW von 0,8974 berechnet.
- 10 Das Umweltgutachten für das Kalenderjahr 2015 wurde von der [...mbH] erstellt (im Folgenden: Umweltgutachten 2015). Die nicht gemessene, für die Gärresttrocknung genutzte Wärmemenge wurde hier mittels einer anderen Berechnungsmethode ermittelt: Die für die Berechnung erforderlichen Daten ergeben sich einerseits aus den tatsächlich gemessenen Wärmemengen und andererseits aus den Kenndaten der Anlagenhersteller. Dabei wurde ein konservativer Ansatz gewählt, so dass z. B. die Wärmeverluste über den Notkühler berücksichtigt wurden. Als ungemessene Nutzwärmemenge für die Gärresttrocknung ergeben sich danach für das Kalenderjahr 2015 450 079,43 kWh. Die Stromkennzahl für die Gesamtanlage wird im Umweltgutachten 2015 durch Gewichtung der Einzel-Stromkennzahlen entsprechend der jeweils erzeugten Strommengen ermittelt und mit 0,898 angegeben. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das zur Akte gereichte Umweltgutachten 2015 verwiesen.
- 11 Die Anspruchsgegnerin lehnt die Auszahlung des KWK-Bonus nach dem EEG 2009 für den KWK-Strom, der den nicht gemessenen Nutzwärmemengen für die Gärresttrocknung zuzurechnen ist, für die Jahre 2014 und 2015 ab.
- 12 Die Anspruchsgegnerin hat zudem im Zuge der Umstellung auf ein neues Abrechnungssystem festgestellt, dass für die Kalenderjahre 2014, 2015 und 2016 der NawaRo-Bonus für die der Anlagenleistung über 0,5 MW zuzuordnenden Strommengen nicht gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI.1.a.bb EEG 2009 ausgezahlt wurde. Dabei handelt es sich für das Jahr 2014 um 60 106 kWh (entspricht 2 380,20 €), für das Jahr 2015 um 1 099 957 kWh (entspricht 43 558,30 €) und für das Jahr 2016 um 892 051 kWh (entspricht 35 325,22 €). Insgesamt wurden damit 2 052 114 kWh nicht mit dem NawaRo-Bonus vergütet. Dies entspricht einer Summe von insgesamt 81 263,71 €. Dies ist zwischen den Parteien unstrittig.

- 13 **Die Anspruchstellerin** ist der Ansicht, sie habe einen Anspruch auf den KWK-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009 für den KWK-Strom, der der Nutzwärmemenge, die für eine bonusfähige Wärmenutzung eingesetzt werde, zuzurechnen sei. Nach dem derzeitigen Stand der Technik sei die messtechnische Erfassung der Nutzwärmemenge der direkt über den Abgasstrom in den Gärrestrockner geleiteten Wärme nicht möglich. Ausgeschlossen sei es jedenfalls, diese Nutzwärmemenge mit geeichten Messgeräten zu erfassen. Aus diesem Grund sei diese in den Umweltgutachten für die Jahre 2014 und 2015 rechnerisch ermittelt worden.
- 14 Dabei handele es sich um KWK-Strom gemäß § 3 Abs. 4 KWKG<sup>6</sup>. Nach § 3 Abs. 4 Satz 1 KWKG ergebe sich die KWK-Strommenge als Produkt aus der Nutzwärmemenge und der Stromkennzahl der KWK-Anlage. Zwingende Voraussetzung für die Klassifizierung als KWK-Strom sei, dass Strom und Wärme gekoppelt erzeugt und die Wärmemenge außerhalb der KWK-Anlage für die privilegierten Nutzungsarten verwendet würden. Diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt.
- 15 Die Anspruchstellerin meint, dass die messtechnische Erfassung der Nutzwärme keine zwingende Voraussetzung für den Anspruch auf den KWK-Bonus sei und beruft sich dazu auf ein Urteil des OLG Naumburg (Az: 2 U 54/13)<sup>7</sup>. Dies zeige bereits die Spezialregelung des § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG, wonach es KWK-Strom auch ohne Messeinrichtungen geben könne. Zwar sei nach § 8 Abs. 1 KWKG der Anlagenbetreiber verpflichtet, den Nachweis der KWK-Strommenge und der abgegebenen Nutzwärmemenge zu erbringen, wie und auf welche Weise der Nachweis geführt werde, sei jedoch dem Anlagenbetreiber überlassen.
- 16 Nach dem OLG Naumburg könne statt einer Messung auch auf objektivierte, für Netzbetreiber nachvollziehbare Schätzungen der Nutzwärmemenge zurückgegriffen werden, bei denen für die einer Schätzung innewohnende Ungenauigkeit ein Sicherheitsabschlag vorgenommen worden sei. Dies sei für die beiden Umweltgutachten 2014 und 2015 erfüllt.

<sup>6</sup>Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung v. 19.03.2002, zuletzt geändert durch Art. 170 der Verordnung v. 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407), im Folgenden: KWKG. Die Clearingstelle weist darauf hin, dass sich die Anwendbarkeit des KWKG in der vorgenannten Fassung aus dem statischen Verweis aus § 3 Nr. 10 EEG 2009 ergibt, so auch Stellungnahme des BDEW, S. 3.

<sup>7</sup>OLG Naumburg, Urt. v. 21.11.2013 – 2 U 54/13, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2506>.



- 17 Dagegen spreche auch nicht das Votum 2008/35 der Clearingstelle<sup>8</sup>. Denn hier war lediglich zu klären, ob auch nicht geeichte Wärmemengenzähler zur Erfassung der Nutzwärmemenge genutzt werden könnten. Dabei sei empfohlen worden, geeichte Wärmemengenzähler zu verwenden, grundsätzlich stehe dies aber nicht der Abrechnung von Nutzwärmemengen ohne Messung entgegen.
- 18 Auch wenn ihre Biogasanlage über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr i. S. v. § 3 Abs. 8 KWKG verfüge, hier in Gestalt der Notkühler, könne gleichwohl auf die messtechnische Erfassung der der Gärresttrocknungsanlage direkt zugeführten Abgaswärmemenge verzichtet und dieser Anteil rechnerisch ermittelt werden. Insbesondere, da es hier lediglich um die direkt über den Abgasstrom an den Trockner abgegebenen Wärmemengen gehe, bei denen keine Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr gegeben seien, sei in Anlehnung an das Votum 2008/28 der Clearingstelle<sup>9</sup> ein geeigneter Nachweis über die betreffende Wärmemenge erforderlich, aber auch ausreichend. Denn nach ihrer Ansicht seien die am BHKW angebrachten Abgasrohre bzw. das Abgasrohr am Trockner nicht als „Kamin“ und damit als Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr in Form von Bypasseinrichtungen i. S. v. § 3 Abs. 8 KWKG anzusehen. Denn sämtliche im Abgasrohr enthaltene Wärme würde der Mischkammer der Gärresttrocknungsanlage zugeführt.
- 19 Ferner sei die von der Anspruchsgegnerin mit Schreiben vom 27. Oktober 2017 dargestellte Berechnung der Stromkennzahl vorliegend nicht anzuwenden, da diese auf der Ermittlung nach AGFW, Arbeitsblatt FW 308<sup>10</sup> basiere. Dieses Regelwerk sei jedoch nicht bei serienmäßig hergestellten KWK-Anlagen bis 2 MW<sub>el</sub> einschlägig. Deshalb sei die Ermittlung der Stromkennzahl durch Gewichtung der einzelnen Stromkennzahlen für die serienmäßig hergestellten KWK-Anlagen bis 2 MW<sub>el</sub> vorzunehmen.
- 20 **Die Anspruchsgegnerin** vertritt die Auffassung, dass die Anspruchstellerin für die Jahre 2014 und 2015 keinen Anspruch auf den KWK-Bonus für den KWK-Strom habe, der der nicht gemessenen Nutzwärmemengen zuzurechnen ist. Denn Voraussetzung für den Anspruch auf die erhöhte Vergütung gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009 sei eine messtechnische Erfassung der entsprechenden Nutzwär-

<sup>8</sup>Clearingstelle, Votum v. 07.10.2011 – 2008/35, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2008/35>.

<sup>9</sup>Clearingstelle, Votum v. 29.07.2011 – 2008/28, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2008/28>.

<sup>10</sup>AGFW, Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK e. V., Arbeitsblatt FW 308, abrufbar unter <https://www.agfw.de/strategie-und-politik/kwk/abgrenzung-des-kwk-prozesses/>, zuletzt abgerufen am 28.02.2018.



memengen. Die rechnerische Ermittlung sei hingegen nicht ausreichend für das Bestehen eines Anspruchs auf den KWK-Bonus.

- 21 Es sei nicht korrekt, die Stromkennzahl der Gesamtanlage über eine Wichtung der erzeugten Strommengen (bzw. durchschnittlichen Leistung) aus den Stromkennzahlen der Einzel-BHKW zu bilden. Denn die Stromkennzahl sei das Verhältnis aus Strom- und Wärmeerzeugung. Deshalb sei korrekterweise zunächst aus Strommenge und Stromkennzahlen die Wärmeerzeugung der einzelnen BHKW zu ermitteln und anschließend aus der gesamten Stromerzeugung und der gesamten Wärmeerzeugung die Stromkennzahlen der Gesamtanlage zu bilden. Aus ihrer Sicht sei insoweit auch zu klären, ob Netzbetreiber berechtigt seien, Gutachten auch inhaltlich zu prüfen und eigene Berechnungen vorzunehmen.
- 22 Da dem Umweltgutachten 2014 der Ansatz zugrunde liege, dass die mit den BHKW erzeugte Wärme vollständig genutzt werde, sei mithin Voraussetzung, dass aus dem Trockner nur Abgas auf Umgebungstemperatur austrete. Dazu erklärt sich die Anspruchsgegnerin mit Nichtwissen.
- 23 Die Methode zur Ermittlung der nicht gemessenen Nutzwärmemenge für die Gärresttrocknung im Umweltgutachten 2015 sei für sie nicht plausibel. Auch könne sie nicht beurteilen, ob das hier ermittelte Ergebnis realistischer sei als das Ergebnis aus dem Umweltgutachten 2014. Da jedoch die Fördersumme für das Kalenderjahr 2015 deutlich geringer sei als für das Kalenderjahr 2014, gehe sie davon aus, mit dem Umweltgutachten 2015 auf der sicheren Seite zu sein.
- 24 Schließlich meint die Anspruchsgegnerin, eine Abgasaustrittstemperatur, die höher sei als die Abgasaustrittstemperatur, würde das Vorliegen einer Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr begründen.
- 25 Mit Beschluss vom 7. März 2018 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 ihrer Verfahrensordnung (VerfO)<sup>11</sup> nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen und gemäß § 26 Abs. 2 VerfO dessen grundsätzliche Bedeutung festgestellt. Die Anspruchstellerin wünschte die Hinzuziehung des Fachverband Biogas e. V. und die Anspruchsgegnerin die Hinzuziehung des BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. Die benannten akkreditierten Interessengruppen hatten Gelegenheit, ihre schriftliche Stellungnahme zu den

<sup>11</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle in der Fassung v. 04.08.2015, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

grundsätzlichen Rechtsfragen in diesem Verfahren bis zum 13. April 2018 abzugeben.<sup>12</sup>

26 Die durch die Clearingstelle zu begutachtenden Fragen lauten:

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?
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?

27 Mit Änderungsbeschluss vom 23. April 2018 wurden die oben aufgeführten Verfahrensfragen um folgende Frage erweitert:

Hat die Anspruchstellerin für die Jahre 2014, 2015 und 2016 einen Anspruch auf Zahlung des sog. NawaRo-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 EEG 2009 für die der Leistung über 0,5 MW zuzuordnenden Strommengen in Höhe von insgesamt 81 263,71 €?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

28 Die Besetzung der Clearingstelle ergibt sich aus § 26 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 5 VerfO. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da alle Parteien und die Clearingstelle dem zustimmten, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle Dr. Mutlak erstellt.

<sup>12</sup>Die Stellungnahmen sind abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/11>.

## 2.2 Würdigung

- 29 Die Anspruchstellerin hat derzeit gegen die Anspruchsgegnerin keinen durchsetzbaren Anspruch auf die erhöhte Vergütung mit dem KWK-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009<sup>13</sup> für die Strommengen, die gekoppelt mit messtechnisch nicht erfassten und daher im Umweltgutachten rechnerisch ermittelten Wärmemengen erzeugt werden. Denn obgleich die Kammer davon ausgeht, dass dieser Anspruch dem Grunde nach besteht (s. Abschnitt 2.3), hat die Anspruchstellerin den Nachweise nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 1 EEG 2009 nicht geführt und die Voraussetzungen für die Heranziehung von Herstellerunterlagen gemäß Anlage 3 Nr. II.1 Satz 3 EEG 2009 liegen nicht vor. Aus diesem Grund ist der Anspruch nicht fällig geworden (Abschnitt 2.4).
- 30 Die Anspruchstellerin kann jedoch gegen die Anspruchsgegnerin Nachzahlungen auf den NawaRo-Bonus für die Jahre 2014, 2015 und 2016 für die der Leistung über 0,5 MW zuzuordnenden Strommengen in Höhe von insgesamt 81 263,71 € gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI.1.a.bb EEG 2009<sup>14</sup> verlangen (s. Abschnitt 2.5).

## 2.3 Materielle Anspruchsvoraussetzung für den KWK-Bonus nach EEG 2009

- 31 Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin dem Grunde nach für die Kalenderjahre 2014 und 2015 einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung mit dem KWK-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009 für diejenige Strommenge, die einer für eine bonusfähige Wärmenutzung eingesetzten, aber messtechnisch nicht erfassten Nutzwärmemenge zuzuordnen ist. Denn es ist davon auszugehen, dass die in Anlage 3 Nr. I EEG 2009 formulierten materiellen Anspruchsvoraussetzungen<sup>15</sup> erfüllt sind (s. Rn. 34 ff. und Rn. 37 f.).

<sup>13</sup>Galt für Anlagen, die vor dem 01.02.2012 in Betrieb genommen wurden, gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 auch nach dem 31.12.2011 sowie gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 10 EEG 2014 auch nach dem 31.07.2012 fort. So auch Stellungnahme des BDEW, S. 4.

<sup>14</sup>Galt für Anlagen, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurden, gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 auch nach dem 31.12.2011 sowie gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 10 EEG 2014 auch nach dem 31.07.2012 fort.

<sup>15</sup>Clearingstelle, Empfehlung v. 09.12.2011 – 2011/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2011/12>, Rn. 92.

32 § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009 lautet:

„Die Vergütungen erhöhen sich für Strom nach Absatz 1,

1. ...
2. ...
3. der in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 zu diesem Gesetz erzeugt wird, um jeweils 3,0 Cent pro Kilowattstunde (KWK-Bonus).“

33 Anlage 3 Nr. I EEG 2009 lautet:

„I. Anspruchsvoraussetzungen

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

1. es sich um Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes handelt und
2. eine Wärmenutzung im Sinne der Positivliste Nummer III 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.“

34 **Strom i. S. v. § 3 Abs. 4 KWKG** Es handelt sich bei dem Strom, der der ungemessenen Nutzwärmemenge zugeordnet werden kann, um Strom i. S. v. § 3 Abs. 4 KWKG. Dieser lautet:

„<sup>1</sup>KWK-Strom ist das rechnerische Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl der KWK-Anlage. <sup>2</sup>Bei Anlagen, die nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen, ist die gesamte Nettostromerzeugung KWK-Strom.“<sup>16</sup>

- 35 Da die verfahrensgegenständlichen BHKW mit den Notkühlern über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen (s. Rn. 5), ist allein § 3 Abs. 4 Satz 1 KWKG anwendbar.
- 36 Die verfahrensgegenständlichen BHKW der Anspruchstellerin sind als zur KWK-Stromerzeugung eingesetzte Verbrennungsmotoren KWK-Anlagen i. S. v. § 3 Abs. 2 und 4 KWKG.<sup>17</sup> Dies ergibt sich aus § 3 Abs. 2 KWKG. Danach sind KWK-Anlagen:

„Dampfturbinen-Anlagen (Gegendruckanlagen, Entnahme- und Anzapfkondensationsanlagen), Gasturbinen-Anlagen (mit Abhitzeessel oder mit Abhitzeessel und Dampfturbinen-Anlage), *Verbrennungsmotoren-Anlagen*, Stirling-Motoren, Dampfmotoren-Anlagen, ORC (Organic Rankine Cycle)-Anlagen sowie Brennstoffzellen-Anlagen, *in denen Strom und Nutzwärme erzeugt werden.*“<sup>18</sup>

- 37 **Wärmenutzung gemäß Positivliste der Anlage 3 EEG 2009** Die Beschlusskammer geht davon aus, dass auch die zweite Voraussetzung für den KWK-Bonus (bonusfähige Wärmenutzung, hier gemäß Anlage 3 Nr. I.2 i. V. m. Nr. III EEG 2009) vorliegt. Denn die verfahrensgegenständliche, nicht gemessene Nutzwärme wurde in den Kalenderjahren 2014 und 2015 zur Gärrestaufbereitung gemäß Positivliste (Anlage 3 Nr. III.7 EEG 2009) eingesetzt (s. Rn. 5).<sup>19</sup> Dies ist auch zwischen den Parteien unstrittig, zumal der KWK-Bonus für die den *gemessenen*, der Gärresttrocknung zugeführten Nutzwärmemengen zuzuordnenden Strommengen auch für die zu betrachtenden Kalenderjahre 2014 und 2015 ausbezahlt wurde.<sup>20</sup>

<sup>16</sup>Satznummerierung nicht im Original.

<sup>17</sup>Ob eine Biogasanlage mit zwei BHKW eine oder zwei „Anlagen“ i. S. d. § 3 Abs. 2 und 4 KWKG darstellt, ist für die Beantwortung der Votumsfrage unerheblich. So bereits *Clearingstelle*, Votum v. 29.07.2011– 2008/28, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2008/28>, Rn. 30.

<sup>18</sup>Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>19</sup>Der BDEW hält es für vertretbar, die Feststellung einer Wärmenutzung gemäß Positivliste in den Umweltgutachten als gegeben anzunehmen. Er weist jedoch darauf hin, dass dies vom Netzbetreiber aufgrund einer nicht hinreichenden Substantiierung auch bestritten werden könnte, vgl. Stellungnahme des BDEW, S. 5 f.

<sup>20</sup>Die Clearingstelle weist darauf hin, dass die Frage, ob die verfahrensgegenständliche Wärmenutzung (hier Gärresttrocknung) den Anforderungen an die Positivliste gemäß Anlage 3 Nr. I.2 i. V. m. Nr. III EEG 2009 entspricht oder nicht, vorliegend nicht entscheidungserheblich ist, da der Nachweis hinsichtlich der KWK-Strommenge (Anlage 3 Nr. II.1 i. V. m. Nr. II.1 EEG 2009) schon nicht geführt wurde (s. Abschnitt 2.4) und der Vergütungsanspruch schon deshalb derzeit negativ beschieden wurde.

- 38 Es ist insofern davon auszugehen, dass für den Strom, der der ungemessenen Wärmenutzung zuzuordnen ist, dem Grunde nach ein Anspruch auf die erhöhte Vergütung mit dem KWK-Bonus besteht.
- 39 **Messung keine zwingende Anspruchsvoraussetzung für den KWK-Bonus** Die Messung der Nutzwärme für die Kalenderjahre 2014 und 2015 ist keine Anspruchsvoraussetzung für den KWK-Bonus nach EEG 2009.<sup>21</sup>
- 40 Auch wenn im Regelfall die Ermittlung der KWK-Strommenge auf der (geeichten) Wärmemengen-Messung basiert<sup>22</sup>, ist dies keine zwingende Anspruchsvoraussetzung für den KWK-Bonus nach dem EEG 2009. Gleichwohl ist der Nachweis über die tatsächlich eingesetzten Nutzwärmemengen vom Anlagenbetreiber bzw. der Anlagenbetreiberin zu erbringen (zur Nachweisführung im Einzelnen s. Abschnitt 2.4).
- 41 **Rechtslage ab Inkrafttreten des MsbG** Inwieweit sich diese Feststellung auch auf die Rechtslage seit Inkrafttreten des MsbG<sup>23</sup> am 2. September 2016 übertragen lässt, kann vorliegend dahinstehen.
- 42 Das MsbG regelt die Ausstattung von Messstellen der leitungsgebundenen Energieversorgung mit modernen Messeinrichtungen und intelligenten Messsystemen (§ 1 Nr. 1 MsbG). Dies umfasst grundsätzlich auch die Wärmemessung, nicht nur Elektrizitätsmessung. Das MsbG gilt ohne Übergangsregelung sowohl für Neu- als auch für Bestandsanlagen.
- 43 § 3 Abs. 2 Nr. 1 MsbG lautet:

„Der Messstellenbetrieb umfasst folgende Aufgaben:

<sup>21</sup>In diesem Sinne *OLG Naumburg*, Urt. v. 21.11.2013 – 2 U 54/13, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2506>, Leitsatz Nr. 1, S. 9f. Dagegen spricht auch nicht das Votum 2008/35 der Clearingstelle, in dem festgestellt wurde, dass der Einsatz von geeichten Wärmemengenzählern für den Anspruch auf den KWK-Bonus nicht erforderlich ist, sofern der Nachweis über die korrekte Wärmemenge vom Anlagenbetreiber bzw. der Anlagenbetreiberin erbracht wird, *Clearingstelle*, Votum v. 07.10.2011 – 2008/35, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2008/35>, Leitsatz Nr. 1, Abschnitt 2.2.2.

<sup>22</sup>So auch *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter* (Hrsg): *Biogasanlagen im EEG*, 4. Auflage, 2016, S. 686, *Oschmann/Vollprecht* in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 2. Auflage 2008, zu § 8 Rn. 87, *Clearingstelle*, Votum v. 07.10.2011 – 2008/35, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2008/35>, Leitsatz Nr. 3.

<sup>23</sup>Gesetz über den Messstellenbetrieb und die Datenkommunikation in intelligenten Energienetzen (Messstellenbetriebsgesetz – MsbG) v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung v. 22.12.2016 (BGBl. I S. 3106), nachfolgend bezeichnet als MsbG.

1. Einbau, Betrieb und Wartung der Messstelle und ihrer Messeinrichtungen und Messsysteme sowie *Gewährleistung einer mess- und eichrechtskonformen Messung entnommener, verbrauchter und eingespeicherter Energie* einschließlich der Messwertaufbereitung und form- und fristgerechten Datenübertragung nach Maßgabe dieses Gesetzes,<sup>24</sup>

44 Da über die Vergütungsansprüche auf den KWK-Bonus für die Kalenderjahre 2014 und 2015 zu entscheiden ist, die zeitlich vor dem Inkrafttreten des MsbG am 2. September 2016 liegen, ist vorliegend nicht zu prüfen, was für Zeiträume ab Inkrafttreten des MsbG hinsichtlich der Anforderungen an den Messstellenbetreiber und der dort geforderten Berücksichtigung eichrechtlicher Belange gilt und welche Rechtsfolge bei etwaigen Verstößen gegen das Eichrecht eintritt.

45 **Mess- und Eichrecht** Die Clearingstelle weist darauf hin, dass das Mess- und Eichrecht unabhängig vom EEG gilt.<sup>25</sup>

46 § 33 Abs. 1 MessEG<sup>26</sup> formuliert Anforderungen an das Verwenden von Messwerten:

„Werte für Messgrößen dürfen im geschäftlichen oder amtlichen Verkehr oder bei Messungen im öffentlichen Interesse nur dann angegeben oder verwendet werden, wenn zu ihrer Bestimmung ein Messgerät bestimmungsgemäß verwendet wurde und die Werte auf das jeweilige Messergebnis zurückzuführen sind, soweit in der Rechtsverordnung nach § 41 Nummer 2 nichts anderes bestimmt ist. Andere bundesrechtliche Regelungen, die vergleichbaren Schutzzwecken dienen, sind weiterhin anzuwenden.“

47 Das Verwenden von nicht eichrechtskonform ermittelten Werten für Wärmemengen in kWh im geschäftlichen Verkehr stellt damit einen bußgeldbewehrten Verstoß gegen das Mess- und Eichrecht dar (§ 60 Abs. 1 Nr. 19 i. V. Abs. 2 MessEG).

<sup>24</sup>Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>25</sup>Vgl. dazu zum Geltungsbereich des EEG 2009 u. a. *Clearingstelle*, Empfehlung v. 30.03.2012 – 2011/2/2, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2011/2/2>, Abschnitt 3.10.

<sup>26</sup>Gesetz über das Inverkehrbringen und die Bereitstellung von Messgeräten auf dem Markt, ihre Verwendung und Eichung sowie über Fertigpackungen (Mess- und Eichgesetz – MessEG) v. 25.07.2013 (BGBl. I S. 2722, 2723), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 11.04.2016 (BGBl. I S. 718), im Folgenden: MessEG.



## 2.4 Formelle Anspruchsvoraussetzung für den KWK-Bonus – Nachweis gemäß Anlage 3 Nr. II EEG 2009

- 48 Die formellen Anspruchsvoraussetzungen<sup>27</sup> sind vorliegend nicht erfüllt. Denn die Anspruchstellerin hat jedenfalls den erforderlichen Nachweis nach Anlage 3 Nummer II.1 EEG 2009 für die Kalenderjahre 2014 und 2015 gegenüber der Anspruchsgegnerin nicht erbracht,<sup>28</sup> weshalb der Anspruch auf den KWK-Bonus für die Kalenderjahre 2014 und 2015 derzeit noch nicht fällig und durchsetzbar ist. Ein Vergütungsanspruch wird erst dann fällig, sobald seine genaue Höhe für den Netzbetreiber bestimmbar ist.<sup>29</sup>
- 49 Anlage 3 Nr. II EEG 2009 lautet:

### „II. Erforderliche Nachweise

1. <sup>1</sup>*Die Voraussetzung nach Nummer I.1 ist dem Netzbetreiber nach den anerkannten Regeln der Technik nachzuweisen; die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik wird vermutet, wenn die Anforderungen des von der Arbeitsgemeinschaft für Wärme und Heizkraftwirtschaft – AGFW – e. V. herausgegebenen Arbeitsblatts FW 308 – Zertifizierung von KWK-Anlagen – Ermittlung des KWK-Stromes in der jeweils geltenden Fassung nachgewiesen werden. <sup>2</sup>Der Nachweis muss jährlich durch Vorlage der Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien erfolgen. <sup>3</sup>Anstelle des Nachweises nach Satz 1 können für serienmäßig hergestellte KWK-Anlagen mit einer Leistung von bis zu 2 Megawatt geeignete Unterlagen des Herstellers vorgelegt werden, aus denen die thermische und elektrische Leistung sowie die Stromkennzahl hervorgehen.*

2. ...“<sup>30</sup>

<sup>27</sup>Vgl. dazu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 09.12.2011 – 2011/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2011/12>, Rn. 84 ff und insbesondere Rn. 92

<sup>28</sup>Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 4 ff., 7; anderer Auffassung: Stellungnahme des Fachverbands Biogas, S. 4.

<sup>29</sup>*Clearingstelle*, Empfehlung v. 09.12.2011 – 2011/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2011/12>, Leitsatz Nr. 3, Rn. 108.

<sup>30</sup>Satznummerierungen, Auslassungen und Hervorhebungen nicht im Original.

#### 2.4.1 Vereinfachter Nachweis nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 3 EEG 2009

- 50 Für das von der Anspruchstellerin unter Rn. 5 dargestellte Wärmenutzungskonzept ist die vereinfachte Nachweisführung nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 3 EEG 2009 nicht einschlägig.
- 51 In den Umweltgutachten 2014 und 2015 wurde der Nachweis über den KWK-Stromanteil nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 3 EEG 2009 (vereinfachter Nachweis) geführt. Danach kann für serienmäßig hergestellte KWK-Anlagen bis zu einer Leistung von 2 MW auf „geeignete Unterlagen des Herstellers“ zurückgegriffen werden, aus denen die thermische und elektrische Leistung sowie die Stromkennzahl hervorgehen. Zur Ermittlung der bonusfähigen KWK-Strommenge wird die vom Hersteller angegebene Stromkennzahl mit der bonusfähigen Nutzwärmemenge multipliziert.<sup>31</sup> In den Umweltgutachten 2014 und 2015 wurde aus den Stromkennzahlen für die einzelnen BHKW-Module eine „Gesamt-Stromkennzahl“ ermittelt. Des Weiteren wurde die bonusfähige Nutzwärmemenge aus einer Kombination von gemessenen und berechneten Wärmemengen ermittelt und diese mit der Gesamt-Stromkennzahl multipliziert (Rn. 7 ff.).
- 52 Vorliegend ist jedoch die vereinfachte Nachweisführung nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 3 EEG 2009 nicht einschlägig, da die Herstellerunterlagen mit Angaben für die einzelnen Stromkennzahlen keine „geeigneten“ Herstellerunterlagen i. S. d. Regelung für das in den Kalenderjahren 2014 und 2015 realisierte Wärmenutzungskonzept der Anspruchstellerin darstellen.
- 53 Zwar nimmt der Gesetzgeber mit der vereinfachten Nachweisführung nach Satz 3 willentlich bestimmte Abweichungen vom tatsächlichen KWK-Stromanteil hin. Die Grenze der hinnehmbaren Abweichungen ist jedoch jedenfalls dann erreicht, wenn die Herstellerunterlagen nicht „geeignet“ sind.
- 54 Geeignet sind Herstellerunterlagen jedenfalls dann nicht, wenn die tatsächlich realisierte Wärmenutzung nicht der vom Hersteller zur Ermittlung der Stromkennzahl zugrundegelegten Wärmenutzung entspricht. Hersteller ermitteln die Stromkennzahl – definiert als Verhältnis von KWK-Nettostromerzeugung zur KWK-Nutzwärmeerzeugung in einem bestimmten Zeitraum (§ 3 Abs. 7 KWKG) – für eine bestimmte KWK-Anlage, hier ein BHKW mit Verbrennungsmotor, u. a. unter Zugrundelegung der mittels in die Anlage integrierten Wärmetauschern zu

<sup>31</sup>Zu beachten ist dabei in jedem Fall, dass die so ermittelte KWK-bonusfähige kWh-Menge nicht größer sein kann als die tatsächlich von der KWK-Anlage erzeugte Strommenge.

erwartenden auskoppelbaren Nutzwärme. Die dem Abgasstrom nach Entnahme der Wärmeenergie mittels Wärmetauscher noch innewohnende Wärmeenergie wird dabei üblicherweise nicht für die Ermittlung der Stromkennzahl berücksichtigt.

- 55 Vorliegend lässt sich den Herstellerunterlagen für das BHKW-3 entnehmen, dass zur Berechnung des thermischen Wirkungsgrades die Abgaswärme bis zu einer Temperatur von 250 °C zugrundegelegt wurde. Tatsächlich wird jedoch ausweislich des Wärmenutzungskonzeptes der Anspruchstellerin die gesamte Abgaswärme des BHKW-3 der bonusfähigen Wärmenutzung zugeführt. Dies führt jedoch zu einer deutlich höheren thermischen Leistung als den Herstellerunterlagen zu entnehmen und damit zu einer kleineren Stromkennzahl, da sich die Wärmeleistung zur Berechnung der Stromkennzahl im Nenner befindet (Stromkennzahl als Quotient von KWK-Stromerzeugung und KWK-Nutzwärmeerzeugung). Im Fall des BHKW-3 spricht zudem schon der Umstand, dass die Anspruchstellerin dessen Abgaswärmetauscher gar nicht nutzt, obwohl dieser ausweislich der Herstellerunterlagen Bestandteil der serienmäßig hergestellten KWK-Anlage ist, gegen die Anwendbarkeit der in den Herstellerunterlagen angegebenen Stromkennzahl für das BHKW-3. Auch für das BHKW-1 und das BHKW-2 sind die den Herstellerunterlagen entnehmbaren Daten für die thermische Wärmeleistung und die auf dieser Grundlage ermittelte Stromkennzahl nicht geeignet. Denn auch hier wurde für die Berechnung der Stromkennzahl in den Herstellerunterlagen nicht die Wärmeenergie berücksichtigt, die nach der mittels Wärmetauscher ausgekoppelten Wärmemenge noch dem (Rest-)Abgasstrom innewohnte und ihrerseits einer bonusfähigen Wärmenutzung zugeführt wurde.

#### 2.4.2 Nachweis nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 1 EEG 2009

- 56 Wenn und soweit die Anspruchstellerin Wärmemengen für die Berechnung der bonusfähigen KWK-Strommenge berücksichtigen will, die nicht im vom Hersteller zur Ermittlung der Stromkennzahl zugrundegelegten Wärmenutzungskonzept berücksichtigt wurden, ist mangels „geeigneter Herstellerunterlagen“ der Nachweis über die bonusfähige KWK-Strommenge nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 1 EEG 2009 nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu führen. Dieser Nachweis wurde mit den Umweltgutachten 2014 und 2015 nicht erbracht.
- 57 Der Nachweis über den KWK-Stromanteil nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik wird vermutet, wenn dieser entsprechend den Anforderungen des von der Arbeitsgemeinschaft für Wärme und Heizkraftwirtschaft (AGFW) e. V. herausgegebenen Arbeitsblatt FW 308 „Zertifizierung von KWK-Anlagen – Ermittlung des

KWK-Stromes“ in der jeweils geltenden Fassung geführt wurde. Grundsätzlich kann der Nachweis auch anders als nach den Vorgaben des AGFW Arbeitsblattes FW 308 geführt werden (Anlage 3 Nr. II.1 Satz 1, Halbsatz 2 EEG 2009). In diesem Fall greift jedoch nicht die gesetzliche Vermutungswirkung, so dass an Anlagenbetreiberinnen und -betreiber erhöhte Nachweisanforderungen gestellt werden und diese auch darzulegen haben, dass der von ihnen eingereichte Nachweis den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Nachweis nach Satz 1 in jedem Fall die Ermittlung einer KWK-spezifischen Stromkennzahl für die betreffende KWK-Anlage beinhalten muss.

- 58 Ein solcher Nachweis, der die Ermittlung einer anlagenspezifischen Stromkennzahl beinhaltet, ist aber weder mit dem Umweltgutachten 2014 noch mit dem Umweltgutachten 2015 geführt worden. Denn hier wurde gerade keine neue Stromkennzahl ermittelt, sondern es wurde mit den den Herstellerunterlagen entnehmbaren Stromkennzahlen gearbeitet.
- 59 Sofern die Anspruchstellerin die ungemessenen Wärmemengen, die der Gärrestrocknungsanlage zugeführt wurden, für die Berechnung der bonusfähigen KWK-Strommenge berücksichtigen möchte, steht es ihr frei, dafür einen Nachweis nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 1 EEG 2009 nachzureichen. Die Clearingstelle weist darauf hin, dass dem AGFW Arbeitsblatt FW 308 zu entnehmen ist, dass die Nutzwärmemenge (KWK-Nettowärmeerzeugung) die in einer Berichtszeit *gemessene* Wärmemenge ist, mithin die Messung der Wärmemengen vorausgesetzt wird.<sup>32</sup> Des Weiteren weist die Clearingstelle darauf hin, dass ihr derzeit keine anderen Berechnungsmethoden, die als allgemein anerkannte Regeln der Technik zur Berechnung der KWK-Strommenge in der Praxis angewendet werden, bekannt sind, als die nach AGFW Arbeitsblatt FW 308.

#### 2.4.3 Überprüfungsbefugnis der Bescheinigung nach Anlage 3 Nr. II EEG 2009 durch Netzbetreiber

- 60 Dagegen kann auch nicht angeführt werden, dass Netzbetreiber und Gerichte nur eine eingeschränkte Überprüfungsbefugnis von Bescheinigungen von Umweltgutachterinnen und -gutachtern haben.<sup>33</sup>

<sup>32</sup>Clearingstelle, Votum v. 07.10.2011 – 2008/35, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2008/35>, Rn. 20.

<sup>33</sup>So aber Stellungnahme des *Fachverband Biogas*, S. 4 ff.

- 61 Zwar steht es Netzbetreibern nicht zu, eigene fachliche Feststellungen und Bewertungen zu treffen und diese an die Stelle der fachlichen Feststellungen und Bewertungen einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters zu setzen.<sup>34</sup>
- 62 Jedoch tritt die Vermutungswirkung, wonach die Vorlage einer Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters die widerlegliche Vermutung der Einhaltung der begutachteten Tatsachenfragen – hier der korrekten KWK-Stromanteilberechnung – begründet,<sup>35</sup> nur dann ein, wenn die Bescheinigung formalen Mindestanforderungen genügt. Insbesondere ist eine solche Bescheinigung nur dann zum Nachweis geeignet, wenn sie objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und schlüssig ist. Dies wiederum ist der Fall, wenn die Bescheinigung bei Umfang, Aufbau und Prüfungsmaßstab den Vorgaben der DAU – Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mbH folgt.<sup>36</sup> In diesem Zusammenhang ist auf die im Februar 2013 vom Umweltgutachterausschuss (UGA) herausgegebene Aufgabenleitlinie zum EEG<sup>37</sup> zu verweisen, in der sich auf den Seiten 17 ff. Vorgaben zur „Prüfung KWK-Bonus (Anlage 3 EEG)“ finden.
- 63 Nicht hinreichend für eine objektiv nachvollziehbare, in sich widerspruchsfreie und schlüssige Bescheinigung sind jedenfalls bloße Feststellungen von Resultaten.<sup>38</sup>
- 64 Vorliegend kann jedoch dahinstehen, ob die Umweltgutachten 2014 und 2015 objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und schlüssig genug waren, so dass die gesetzliche Vermutungswirkung ausgelöst wurde. Denn wie in Abschnitt 2.4.2 dargestellt, wurde mit den genannten Umweltgutachten jedenfalls kein Nachweis nach Anlage 3 Nr. II.1 Satz 1 EEG 2009 geführt.

<sup>34</sup>Vgl. *Clearingstelle*, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Leitsatz Nr. 3(a) (zu Umweltgutachten bei Wasserkraftanlagen).

<sup>35</sup>So zur Wirkung einer Umweltgutachterbescheinigung bei der Modernisierung von Wasserkraftanlagen *Clearingstelle*, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Leitsatz Nr. 2(a) und 2(b).

<sup>36</sup>*Clearingstelle*, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Leitsatz Nr. 2(a) bis 2(c).

<sup>37</sup>*Umweltgutachterausschuss (UGA)*, „Leitlinie des Umweltgutachterausschusses zu den Aufgaben der Umweltgutachter im Bereich der Gesetze für den Vorrang der Erneuerbaren Energien (EEG 2009 und 2012) für Wasserkraft, Biomasse und Geothermie (Aufgabenleitlinie EEG)“, v. Februar 2013 [https://www.uga.de/fileadmin/user\\_upload/UGA/Allgemeines/PDF/Downloads/UGA-Aufgaben-LL\\_EEG.pdf](https://www.uga.de/fileadmin/user_upload/UGA/Allgemeines/PDF/Downloads/UGA-Aufgaben-LL_EEG.pdf).

<sup>38</sup>Im Einzelnen dazu *Clearingstelle*, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 76 ff.; in diesem Sinne auch die Stellungnahme des BDEW, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/11>; anderer Auffassung: Stellungnahme des *Fachverband Biogas*, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/11>, S. 4.

## 2.5 Anspruch auf Nachzahlung des NawaRo-Bonus

- 65 Die Anspruchstellerin kann von der Anspruchsgegnerin Nachzahlungen auf den NawaRo-Bonus für die Jahre 2014, 2015 und 2016 für die der Leistung über 0,5 MW zuzuordnenden Strommengen in Höhe von insgesamt 81 263,71 € gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI.1.a.bb EEG 2009 verlangen. Dabei handelt es sich für das Jahr 2014 um 60 106 kWh, für das Jahr 2015 um 1 099 957 kWh und für das Jahr 2016 um 892 051 kWh, insgesamt also um 2 052 114 kWh, die nicht mit dem NawaRo-Bonus vergütet wurden. Der NawaRo-Bonus von 4 Cent (Anlage 2 Nr. VI.1.a.bb EEG 2009) ist aufgrund der Inbetriebnahme der Biogasanlage im Jahr 2010 gemäß § 20 Abs. 2 Nr. 5 EEG 2009 mit einem Prozent Degression, mithin mit 3,96 Cent anzusetzen.
- 66 Dass die Anspruchsvoraussetzungen für den NawaRo-Bonus erfüllt sind, ist unstrittig (s. Rn. 12). Dafür spricht schon, dass der NawaRo-Bonus für die dem Leistungsanteil bis 0,5 MW zuzuordnenden Strommengen ausgezahlt wurde. Die Beschlusskammer sieht aufgrund der insoweit schlüssigen Darlegungen der Parteien hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzung sowie der zu vergütenden Strommengen keine Veranlassung, diese rechtliche Bewertung zu bezweifeln. Da den dem NawaRo-Bonus zugrundeliegenden Regelungen in § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 EEG 2009 keine Leistungsschwelle von 0,5 MW zu entnehmen ist, ab der der NawaRo-Bonus nicht mehr einschlägig ist, steht den Nachzahlungen auf diesen Stromanteil mit dem NawaRo-Bonus nichts entgegen.

Dr. Lovens-Cronemeyer

Dr. Mutlak

Richter