

2008/28

29. Juli 2011

Votum

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

Leitsatz:

Bei Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr i. S. v. § 3 Abs. 8 KWKG müssen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gem. § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 lediglich nachweisen, dass die Anlage nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr i. S. v. § 3 Abs. 8 KWKG verfügt. Findet ein Eigenverbrauch i. S. v. § 3 Abs. 5 KWKG statt und wird eine Messkonfiguration angewendet, die den Abzug des Eigenverbrauchs nicht ermöglicht, ist zudem ein geeigneter Nachweis über den Eigenverbrauch der Anlage zu erbringen.

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchsteller –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, das Mitglied Reußenweber, die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Richter sowie die nichtständigen Beisitzer Binde und Weißenborn aufgrund der mündlichen Erörterung vom vom 14. Januar 2010 am 29. Juli 2011 einstimmig folgendes Votum:

Der Anspruchsteller hat für sein in der [...] in [...] [U...] betriebenes BHKW einen gem. § 8 Abs. 3 EEG 2004 erforderlichen Nachweis erbracht.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	3
2	Begründung	6
2.1	Verfahren	6
2.2	Würdigung	6
2.2.1	Wortlaut	7
2.2.1.1	„Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG“	8
2.2.1.2	„Entsprechender Nachweis nach AGFW-Arbeitsblatt FW 308“	12
2.2.1.3	„Herstellerunterlagen, aus denen die thermische und elektrische Leistung sowie die Stromkennzahl hervorgehen“	14
2.2.2	Systematische Auflösung der Normenkollision	15
2.2.3	Historische und genetische Anhaltspunkte	19
2.2.4	Teleologisch-wertende Kollisionsregeln	20
2.2.5	Ergebnis und weitere Nachweisfragen	22
2.2.5.1	Berechtigung zur Nachweisführung	22
2.2.5.2	Nachweis	23

I Tatbestand

- 1 Der Anspruchsteller betreibt seit dem 24. Februar 2006 ein Blockheizkraftwerk (BHKW) mit einer Leistung von unter 2 MW in [...] [U...], [I...]. Das BHKW besteht aus zwei Modulen, die jeweils aus einem Verbrennungsmotor und einem Generator zusammengesetzt sind. Es wird in Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) betrieben.
- 2 Die im BHKW erzeugte Wärme wird zu Heizzwecken verwendet: Sowohl die Kühlwasserwärme, die Strahlungswärme des Motors als auch die Abgaswärme werden – ohne Kühlung – außerhalb des BHKW zur Beheizung der Halle genutzt, in der das BHKW steht. Es handelt sich bei der Halle um ein mehrere Jahrzehnte altes Gebäude, bei dem auch im Sommer Heizbedarf besteht. Es ist ein Temperaturfühler installiert, der je nach Heizbedarf die Anlage herauf- bzw. herunterregelt. Die Strahlungswärme des Motors wird in der ersten Etage der Halle verteilt. Die Wärme des Kühlwassers wird über einen Wärmetauscher auf Wasser übertragen und das warme Wasser in eine Heizungsanlage eingespeist. Die Abgaswärme wird über einen Luftwärmetauscher auf die Luft übertragen sowie die warme Luft mittels Gebläse und Ventilatoren in der zweiten und dritten Etage (erstes und zweites Obergeschoss) der Halle verteilt.
- 3 Es ist ein geeichter Wärmemengenzähler direkt vor der handelsüblichen Heizungsanlage eingebaut. Der Eigenenergiebedarf des BHKW wird mechanisch gedeckt, es findet kein elektrischer Eigenverbrauch statt.
- 4 Das eingesetzte Pflanzenöl wird direkt vor dem Motoreinlass vorgewärmt. Die hierfür erforderliche Wärme wird nicht über den Wärmemengenzähler erfasst.
- 5 Das BHKW verfügt nicht über apparative Einrichtungen, die zur externen Abwärmeabfuhr bzw. zur gezielten Entkopplung von Strom- und Wärmeerzeugung montiert wurden.
- 6 Der Anspruchsteller teilte der Anspruchsgegnerin im Februar 2007 neben dem Anfangs- und Endstand sowie dem Abrechnungszeitraum des eingebauten Wärmemengenzählers eine von ihm selbst erstellte mechanisch-thermische Energiebilanz seiner Anlage für die Zeit vom 24. Februar 2006 bis zum 31. Dezember 2006 mit. Er erstellte diese Bilanz anhand einer ihm durch die Anspruchsgegnerin von einem Dritten übermittelten Energiebilanz. Im März 2007 legte er ihr Unterlagen des Herstellers des Generators vor, die der Anlage einen Wirkungsgrad von 91,5 % beschei-

- nigen, sowie weitere Unterlagen des Herstellers der Motoren, die die Kühlwassermenge mit 2.560 kJ/kWh und die Abstrahlungswärme mit 630 kJ/kWh angeben.
- 7 Des Weiteren legte der Anspruchsteller der Anspruchsgegnerin im Dezember 2007 eine positive Bewertung der Serienmäßigkeit seiner Anlage durch den von ihm mit der Prüfung beauftragten Feinmechaniker [L...] vom Oktober 2007 vor.
 - 8 Im Juni 2008 übergab der Anspruchsteller der Anspruchsgegnerin jeweils eine seiner Auffassung nach gemäß den Vorgaben des AGFW-Arbeitsblattes FW 308¹ vorgenommene Berechnung für die Zeiträume 24. Februar bis 31. Dezember 2006 und 1. Januar bis 31. Dezember 2007.
 - 9 Der Anspruchsteller ist [F...] und wird bei den Berechnungen durch eine Bilanzbuchhalterin und Betriebswirtin unterstützt.
 - 10 Mit elektronischer Post vom 22. Januar 2010 übersandte der Anspruchsteller der Clearingstelle EEG einen Wärmeschaltplan der Anlage, Lichtbilder der Anlage und des Gebäudes sowie zwei Schreiben vom Juni 2010. In beiden bestätigen die an den (Vor-)Arbeiten zur Inbetriebnahme des BHKW am 24. Februar 2006 beteiligten Unternehmen, dass das BHKW zum Zeitpunkt seiner Inbetriebnahme nicht über eine Vorrichtung zur externen Wärmeabfuhr verfügte bzw. eine solche nicht von den erklärenden Unternehmen montiert wurde. Die Anspruchsgegnerin erläuterte per elektronischer Post vom 6. Mai 2010, dass diese ihr am 26. Januar 2010 ebenfalls übersandten Unterlagen ausreichen, um die Abwesenheit von Abwärmeabfuhrvorrichtungen nachzuweisen.
 - 11 Der Anspruchsteller ist der Auffassung, den Anforderungen des § 8 Abs. 3 EEG 2004 entsprochen zu haben.
 - 12 Zum einen sei aufgrund von § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG² bei seiner Anlage, die nicht über eine Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr verfügt, der gesamte erzeugte Strom KWK-Strom, weshalb sich ein weiterer Nachweis i. S. v. § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 erübrige.

¹Von der Arbeitsgemeinschaft Fernwärme e. V. (AGFW) herausgegebenes Arbeitsblatt FW 308 (Zertifizierung von KWK-Anlagen – Ermittlung des KWK-Stromes) vom November 2002 (BAnz. Nr. 2184 vom 22. November 2002); im Folgenden: AGFW-Arbeitsblatt FW 308.

²Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz – KWKG) v. 19.03.2002 (BGBl. I S. 1092), zum Zeitpunkt der streitigen Vergütungszeiträume (2006 und 2007) zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.09.2005 (BGBl. I S. 2826) bzw. durch die Neunte Zuständigkeitsanpassungsverordnung v. 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407).

- 13 Zum anderen habe er auch einen Nachweis i. S. v. § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 erbracht. Er sei zur Nachweisführung gemäß dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 selbst berechtigt und hierzu fachlich qualifiziert. Die Berechnung müsse nicht zwingend durch einen dritten Gutachter erstellt werden. Der Umstand, dass im EEG 2009 nunmehr geregelt wurde, dass der Nachweis von einem Sachverständigen bzw. einer Sachverständigen zu führen sei, sei unerheblich, da sich seine Rechtslage durch eine nachträgliche Änderung des Gesetzes nicht verschlechtern dürfe.
- 14 Die Anspruchsgegnerin ist der Auffassung, aufgrund der Formulierung von § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 sei auch ohne Einrichtung zur Abwärmeabfuhr ein entsprechender Nachweis nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 erforderlich, da im Rahmen dieses AGFW-Arbeitsblatts weitere Voraussetzungen genannt seien, die über die Voraussetzungen des KWKG hinausgingen. Dieser Nachweis könne nicht von dem Anspruchsteller selbst geführt werden. Dies ergebe sich aus § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 KWKG, in dem ein Sachverständigengutachten vorausgesetzt werde, sowie aus Anlage 2 Nr. II.1 EEG 2009, derzufolge der Nachweis über den KWK-Stromanteil durch die Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters erbracht werden müsse.
- 15 Die Parteien sind unterschiedlicher Auffassung darüber, ob nicht nur die einzelnen Komponenten (Motoren und Generatoren) für sich genommen, sondern auch die zwei Module (jeweils ein Motor und ein Generator) des BHKW und das gesamte BHKW des Anspruchstellers „serienmäßig“ hergestellt wurde(n).
- 16 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 27. November 2008 und 9. Dezember 2008 haben sich der Anspruchsteller und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG³ (VerfO) durchzuführen. Gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 VerfO wünschte der Anspruchsteller die Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers vom Bundesverband Kraft-Wärme-Kopplung e. V. (B.KWK), die Anspruchsgegnerin die Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers vom BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (BDEW).
- 17 Mit Beschluss vom 4. Mai 2009 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

³In der Fassung v. 12.12.2007, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

Hat der Anspruchsteller für sein in der [...] in [...] [U...] betriebenes BHKW einen der in § 8 Abs. 3 EEG 2004 genannten erforderlichen Nachweise erbracht?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 18 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 19 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO⁴ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 1, Abs. 2 Satz 5 VerfO⁵.
- 20 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Ein schriftliches Verfahren wurde nicht durchgeführt, da nicht alle Verfahrensbeteiligten dem zustimmten, §§ 28, 20 Abs. 2 VerfO⁶. Gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 2 VerfO⁷ hat die Clearingstelle EEG einen Termin zur mündlichen Erörterung bestimmt. Die Beschlussvorlage haben gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO⁸ die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Richter, die wissenschaftliche Mitarbeiterin Mutlak und das Mitglied Reißerweber erstellt.

2.2 Würdigung

- 21 Der Anspruchsteller hat den für die Geltendmachung des sog. KWK-Bonus nach § 8 Abs. 3 EEG 2004 in seinem Fall erforderlichen Nachweis erbracht. Er hat durch Einreichen eines Wärmeschaltplanes sowie durch Schreiben der an der Errichtung und Inbetriebnahme seines BHKW⁹ beteiligten Unternehmungen nachgewiesen, dass sein BHKW keine Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr aufweist.

⁴In der Fassung v. 16.02.2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

⁵In der Fassung v. 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

⁶In der Fassung v. 16.02.2009.

⁷In der Fassung v. 16.02.2009.

⁸In der Fassung v. 06.04.2010.

⁹Ob das BHKW mit zwei Modulen eine oder zwei „Anlagen“ i. S. d. § 3 Abs. 4 EEG 2004 darstellt, ist für die Beantwortung der Verfahrensfrage unerheblich.

22 Da sein BHKW keine Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr i. S. v. § 3 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 8 KWKG hat, reicht es aus, dass er über diese Tatsache einen Nachweis i. S. v. § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EEG 2004 erbringt. Bei einer KWK-Anlage ohne „Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr“ ist bereits nach der Wertung des § 3 Abs. 4 Satz 1 KWKG i. V. m. § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EEG 2004 die gesamte in der Anlage erzeugte Nettostrommenge als KWK-Strom anzusehen (hierzu unter Rn. 2.2.1.1). § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 3 EEG 2004 ist daher in diesen Fällen *teleologisch zu reduzieren*: Statt eines entsprechenden Nachweises nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 reicht ein Nachweis darüber aus, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 8 KWKG erfüllt sind (hierzu unter 2.2.4).

2.2.1 Wortlaut

23 Indem § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EEG 2004 für die Frage, welcher Anteil KWK-Strom ist, auf § 3 Abs. 4 KWKG verweist, und für die Frage, wie dieser Anteil an KWK-Strom nachzuweisen ist, auf das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 verweist, schafft er bei Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr einen inhaltlichen Widerspruch (Kollision) zwischen diesen beiden Verweisen. Gleiches gilt, wenn der Verweis auf das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 durch den Verweis auf die – bei serienmäßig hergestellten Anlagen bis 2 MW – mögliche Vorlage von Herstellerunterlagen (§ 8 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004) ersetzt wird.

24 § 8 Abs. 3 EEG 2004 lautet:

„¹Die Mindestvergütungen gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 erhöhen sich um jeweils 2,0 Cent pro Kilowattstunde, soweit es sich um Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes handelt und dem Netzbetreiber ein entsprechender Nachweis nach dem von der Arbeitsgemeinschaft für Wärme und Heizkraftwirtschaft – AGFW – e. V. herausgegebenen AGFW-Arbeitsblatt FW 308 – Zertifizierung von KWK-Anlagen – Ermittlung des KWK-Stromes vom November 2002 (BAnz. Nr. 218a vom 22. November 2002) vorgelegt wird. ²Anstelle 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.“¹⁰

¹⁰Satznummerierung nicht im Original.

25 § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 knüpft die Zahlung des KWK-Bonus damit an zwei Voraussetzungen: Zum einen muss derjenige Anteil des erzeugten Stromes, für den der KWK-Bonus verlangt wird, KWK-Strom im Sinne der Legaldefinition des § 3 Abs. 4 KWKG sein. Zum anderen muss nach Satz 1 – oder ggf. nach Satz 2 – auch der Nachweis darüber erbracht werden, dass dieser Anteil des erzeugten Stromes im gekoppelten Betrieb erzeugt wird.

26 2.2.1.1 „Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG“ Nach § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG ist die gesamte in dem BHKW des Anspruchstellers erzeugte Nettostrommenge KWK-Strom im Sinne des § 3 Abs. 4 KWKG.

27 § 3 Abs. 4 Satz 1 KWKG definiert „KWK-Strom“ grundsätzlich als

„das rechnerische Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl der KWK-Anlage“

und bestimmt damit, dass der in KWK erzeugte Stromanteil errechnet werden muss.

28 § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG sieht indes bei bestimmten Anlagen eine Ausnahme vor:

„Bei Anlagen, die nicht über eine Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr verfügen, ist die gesamte Nettostromerzeugung KWK-Strom.“

29 § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG begründet mithin die unwiderlegliche gesetzliche Vermutung, dass bei KWK-Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr die gesamte Nettostromerzeugung KWK-Strom i. S. d. § 3 Abs. 4 KWKG ist, ohne dass der in KWK erzeugte Stromanteil errechnet werden muss.

30 Das BHKW des Anspruchstellers ist als Verbrennungsmotoren-Anlage eine **KWK-Anlage** i. S. d. § 3 Abs. 2 und 4 KWKG.¹¹

31 Das BHKW des Anspruchstellers weist darüber hinaus keine **Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr** i. S. d. § 3 Abs. 4 Satz 2 und § 3 Abs. 8¹² KWKG auf. Denn über

¹¹Ob ein BHKW mit zwei Modulen eine oder zwei „Anlagen“ i. S. d. § 3 Abs. 2 und 4 KWKG darstellt, ist für die Beantwortung der Votumsfrage unerheblich.

¹²Ogleich § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 ausdrücklich nur auf § 3 Abs. 4 KWKG verweist, sind von dieser Verweisung für die Zwecke der Anwendung des § 3 Abs. 4 KWKG auch die übrigen Begriffsbestimmungen des § 3 KWKG erfasst, sofern sie für die Anwendung des § 3 Abs. 4 KWKG erforderlich sind. Verweist das EEG auf eine Vorschrift des KWKG, welche Begriffe enthält, die ebenfalls im KWKG legaldefiniert werden, ist die Anwendung der ausdrücklich in Bezug genommenen Vorschrift nur durch die Anwendung auch der weiteren im KWKG definierten Begriffe möglich.

apparative Vorrichtungen, die zur gezielten Entkopplung und Kopplung von Strom- und Wärmeerzeugung montiert wurden, verfügt das BHKW des Anspruchstellers nicht. Zudem ist weder das Abgasrohr mit dem Luft-Wärmetauscher noch der Kühlwasserbehälter mit dem Wärmetauscher noch Kamin bzw. Abgasanlage der durch das BHKW beheizten Halle als eine Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr i. S. d. Gesetzes anzusehen.

32 Der Begriff „Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr“ wird in § 3 Abs. 8 KWKG definiert:

„Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr im Sinne dieses Gesetzes sind Kondensations-, Kühl- oder Bypass-Einrichtungen, in denen die Strom- und Nutzwärmeerzeugung entkoppelt werden können.“

33 Die Aufzählung der „Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr“ ist eine abschließende und nicht bloß beispielhafte Aufzählung.¹³ Dies ergibt sich schon daraus, dass der Gesetzgeber der Aufzählung keine Formulierung wie „sind z. B.“ oder „sind insbesondere“ vorangestellt hat.

34 Dem Wortlaut des § 3 Abs. 8 KWKG ist durch die Formulierung „... in denen... entkoppelt werden können“ zu entnehmen, dass unter „Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr“ jedenfalls solche Vorrichtungen zu verstehen sind, mit deren Hilfe Strom- und Nutzwärmeerzeugung bei Bedarf (teilweise) entkoppelt werden können¹⁴ und die Kopplung auch wieder hergestellt werden kann, also eine Möglichkeit zur *gezielten*, aktiven Entkopplung und Kopplung von Strom- und (Nutz-)Wärmeerzeugung im KWK-Prozess besteht.

35 Über apparative Kondensations-, Kühl- oder Bypass-Einrichtungen, die der **gezielten, aktiven Entkopplung** von Strom- und (Nutz-)Wärmeerzeugung dienen, verfügt das BHKW des Anspruchstellers nicht. Ein Kühlwasserkreislauf kann zwar dann eine „Kühleinrichtung“ i. S. d. § 3 Abs. 8 KWKG sein, wenn die vom Kühl-

¹³So auch *Rosin/Burmeister*, in: Büdenbender/Rosin (Hrsg.), KWKG-AusbauG Kommentar, 1. Aufl. 2003, § 3 Rn. 136; *Oschmann*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, Band 2, Stand: 50. Ergänzungslfg. 2005, VI B1 (EEG) § 8 Rn. 69; ebenso *Salje*, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2002, 2. Aufl. 2004, § 3, Rn. 79 und 85, der allerdings eine teleologische Erweiterung verlangt, wenn neuartige apparative Vorrichtungen zur gezielten Abwärmeabfuhr entwickelt werden.

¹⁴ So wohl auch *Rosin/Burmeister*, in: Büdenbender/Rosin (Hrsg.), KWKG-AusbauG Kommentar, 1. Aufl. 2003, § 3 Rn. 137, 138; *Salje*, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2002, 2. Aufl. 2004, § 3, Rn. 19; *Hermann*, in: Hempel/Franke (Hrsg.), Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand: 66. Ergänzungslfg. November 2007; KWKG § 3 Rn. 30, 31; *Oschmann*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, Band 2, Stand: 50. Ergänzungslfg. 2005, VI B1 (EEG) § 8 Rn. 70.

wasser aufgenommene Wärmeenergie ungenutzt an die Umgebung abgegeben wird. Dies ist vorliegend indes nicht der Fall, da die vom Kühlwasser aufgenommene Wärmeenergie über einen Wärmetauscher zur Beheizung der Halle genutzt wird.

- 36 Dahinstehen kann, ob das Abgasrohr eines BHKW dann als Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr angesehen werden könnte, wenn kein Abgaswärmetauscher¹⁵ eingebaut wäre. Denn das verfahrensgegenständlichen BHKW verfügt über einen Luft-Wärmetauscher, der die Wärme des Abgases auf Luft überträgt, die in der Halle zu Heizzwecken verteilt wird.
- 37 Dahinstehen kann ebenfalls, ob ein Wärmetauscher im Abgasrohr dann, wenn der Wärmetauscher Auslegungsfehler aufweist und daher die Wärme suboptimal erfasst und überträgt, eine sog. „versteckte“ Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr darstellen kann. Denn dass die im vorliegenden Fall verwendeten Wärmetauscher Auslegungsfehler aufweisen, ist weder vorgetragen worden noch anderweitig ersichtlich.
- 38 Dahinstehen kann schließlich, ob und inwieweit ein „Kamin“ als eine „Bypass-einrichtung“ und damit als eine Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr i. S. v. § 3 Abs. 8 KWKG angesehen werden kann.¹⁶ Denn im vorliegenden Fall ist weder das unmittelbar am BHKW angebrachte Abgasrohr – das als Abgasabzug einen Kamin im weitesten Sinne darstellt – noch der Kamin bzw. Abgasabzug, der die Abgase des verfahrensgegenständlichen BHKW aus der Halle leitet, eine „Bypasseinrichtung“ und damit Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr i. S. v. § 3 Abs. 8 KWKG, da – wie dargestellt – die im Abgas enthaltene Wärme bereits über den am Abgasrohr angebrachten Luft-Wärmetauscher zur Beheizung der Halle genutzt wurde.

¹⁵ So *Schultz* in: Danner/Theobald (Hrsg.), *Energierrecht*, Band 3, Stand: 43. Ergänzungslfg. 2005, XVII (KWKG) B1, § 3 Rn. 7 Fn. 1 sowie *Topp*, in: Säcker (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Energierrecht*, 1. Aufl. 2004, KWKModG, § 3 Rn. 41, 46, 62 und 63, denen zufolge Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr in einem umfassenden Sinn zu verstehen seien und beispielsweise bei Motorkraftwerken auch in einem Unterlassen der Anbringung von dem nach dem Stand der Technik üblichen Wärmetauscher im Abgasstrom oder dem Verzicht auf einen Ölkühler bestehen; ähnlich *Oschmann*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), *Energierrecht*, Band 2, Stand: 50. Ergänzungslfg. 2005, VI B1 (EEG) § 8 Rn. 77 sowie *Oschmann/Vollprecht*, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 92.

¹⁶Insofern in der Literatur der „Kamin“ als „Bypasseinrichtung“ bezeichnet wird, dürften Konstellationen gemeint sein, in denen erzeugte und technisch nutzbare Wärme durch den „Kamin“ abgeleitet wird. Zu der Frage, ob das Unterschreiten eines Mindestnutzungsgradpotentials – etwa als Indiz für das Abführen von technisch nutzbarer Abwärme – auch im Rahmen des § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG zu Bestimmung und Abzug der nicht genutzten Abwärme führt vgl. folgende Rn. 39. Zum Kamin als „Bypasseinrichtung“ *Schultz*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), *Energierrecht*, Band 3, Stand: 43. Ergänzungslfg. 2005, XVII (KWKG) B1, § 3 Rn. 7 Fn. 1, *Oschmann/Vollprecht*, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 83.

- 39 Nach der gesetzlichen Wertung des § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG ist somit die gesamte Nettostromerzeugung des BHKW KWK-Strom. Eine weitere Voraussetzung ist schon dem Wortlaut der Vorschrift nicht zu entnehmen. Insbesondere verlangt § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG nicht, dass bezogen auf den gesamten KWK-Prozess ein Nutzungsgradpotential von 80 % erreicht wird¹⁷ und nur bei Erreichen dieses Mindestnutzungsgrades die gesetzliche Wertung greift, bei Nichterreichen dieses Wirkungsgrades indes die nicht genutzte (jedoch nutzbare) (Ab-)Wärme bei der Bestimmung des KWK-Stromes in Abzug gebracht werden muss.¹⁸ Auch der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 4 und Abs. 8 KWKG¹⁹ lässt sich dies nicht entnehmen. Dem Gesetzgeber des KWKG war bekannt, dass während bzw. im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens die Aufnahme eines Mindestnutzungsgradpotentials in § 3 Abs. 4 KWKG diskutiert wurde.²⁰ Gleichwohl hat er – offensichtlich bewusst – eine Aufnahme jedenfalls in § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG unterlassen.
- 40 Die **Nettostromerzeugung** i. S. v. § 3 Abs. 4 KWKG des verfahrensgegenständlichen BHKW ist die gesamte an den Generatorklemmen des BHKW gemessene Stromerzeugung. „Nettostromerzeugung“ ist nach § 3 Abs. 5 KWKG die an den Generatorklemmen gemessene Stromerzeugung der Anlage abzüglich des Eigenbedarfs der KWK-Anlage. Das BHKW des Anspruchstellers hat keinen elektrischen Eigenverbrauch; mithin ist die gesamte Stromerzeugung des BHKW KWK-Strom.
- 41 Die zum Vorheizen des Pflanzenöltanks eingesetzte Wärme wäre für die Berechnung des KWK-Stromanteiles selbst dann nicht zu berücksichtigen, falls sie gem. § 3 Abs. 6 KWKG „innerhalb der KWK-Anlage“ verwendete Wärme darstellen sollte. § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG knüpft die Annahme, dass die gesamte Nettostromerzeugung „KWK-Strom“ ist, allein daran, dass keine Vorrichtungen zur Abwärmeab-

¹⁷So auch *Dietz*, in: Das Deutsche Bundesrecht, Erläuterungen zum Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung, zu § 3; *Salje*, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2002, 2. Aufl. 2004, § 3, Rn. 77; *Rosin/Burmeister*, in: Bündenbender/Rosin (Hrsg.), KWKG-AusbauG Kommentar, 1. Aufl. 2003, § 3 Rn. 97 – 99, 101.

¹⁸So wohl aber *Topp*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl. 2004, KWKModG, § 3 Rn. 39 – 47; sich dem wohl anschließend *Oschmann/Vollprecht*, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 92, die annehmen, dass bei Anlagen, die zwar keine Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr vorweisen, aber die erzeugte Wärme nicht in dem nach dem Stand der Technik möglichen Umfang nutzen, die dadurch erfolgte Abwärmeabfuhr in Abzug gebracht werden müsse. *Oschmann*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, Band 2, Stand: 50. Ergänzungsflg. 2005, VI B1 (EEG) § 8 Rn. 77.

¹⁹Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7024, S. 10, 11; dieser wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in Bezug auf § 3 Abs. 4 und Abs. 8 KWKG nicht mehr geändert.

²⁰Vgl. *Topp*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl. 2004, KWKModG, § 3 Rn. 45.

fuhr vorliegen. Ob tatsächlich die gesamte „Nettostromerzeugung“ gerade gleichzeitig mit aus dem KWK-Prozess ausgekoppelter Wärme erzeugt wird (vgl. § 3 Abs. 1 und Abs. 7 Satz 2 KWKG), die als „Nutzwärme“ i. S. v. § 3 Abs. 6 KWKG *außerhalb* der KWK-Anlage eingesetzt wird, ist nicht zu prüfen. § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG lässt damit für den Abzug etwa innerhalb der Anlage verbrauchter Wärme keinen Raum.

42 Auch ob es sich bei der gesamten technisch nutzbaren Wärme um „Nutzwärme“ handelt, die – wie im vorliegenden Fall erfüllt – zu den in § 3 Abs. 6 KWKG genannten Zwecken der Raumheizung, die Warmwasserbereitstellung, die Kälteerzeugung oder als Prozesswärme verwendet wird, prüft § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG nicht ausdrücklich ab.

43 2.2.1.2 „Entsprechender Nachweis nach AGFW-Arbeitsblatt FW 308“ Während nach § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EEG 2004 i. V. m. § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG die gesamte in der Anlage erzeugte Nettostromerzeugung als KWK-Strom gilt, würde eine Berechnung nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 gegebenenfalls eine andere KWK-Strommenge ergeben.

44 § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG sieht keine Berechnung – und damit auch keine den Nutzungsgrad des Prozesses berücksichtigende Berechnung – des KWK-Stromanteiles vor. Das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 verlangt hingegen in jedem Fall eine Berechnung des KWK-Stromanteiles, die zudem maßgeblich auf den Nutzungsgrad des KWK-Prozesses abstellt. Die Anwendung des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 kann daher auch nicht auf die Feststellung reduziert werden, dass eine bestimmte Anlage nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügt.²¹ Das AGFW-Arbeitsblatt nimmt für die Zwecke seiner Anwendung an, dass *jede* KWK-Anlage mit dem Kamin grundsätzlich über eine Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr verfügt.²²

²¹ So wohl aber *Salje*, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2002, 2. Aufl. 2004, § 3, Rn. 77, demzufolge die Vorgaben des FW 308 dem § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG widersprechen und daher außerhalb des Gesetzes stünden.

²² Vgl. AGFW-Arbeitsblatt FW 308, S. 20.

- 45 Nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 darf nur dann davon ausgegangen werden, dass keine nutzbare Wärme über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr an die Umgebung abgeführt wird und damit ausschließlich gekoppelter Betrieb vorliegt, wenn der Nutzungsgrad²³ des betrachteten KWK-Prozesses mindestens so hoch ist wie das für KWK-Prozesse festgesetzte Nutzungsgradpotenzial.²⁴
- 46 Zudem sind nur dann 100 % der in einer KWK-Anlage erzeugten Nettostrommenge als KWK-Strom zu behandeln, wenn der Quotient aus der KWK-Nettostromerzeugung²⁵ und der KWK-Nettowärmeerzeugung die leistungsbezogene KWK-Stromkennzahl der Anlage nicht überschreitet.²⁶
- 47 Der Widerspruch zwischen den Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG und denen des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 kann nicht aufgelöst werden. Dass ein Widerspruch besteht, kann vorliegend auch nicht dahinstehen, weil kein Nachweis nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 vorliegt, der im Ergebnis ebenfalls einen KWK-Stromanteil von 100 % ausweist und daher im konkreten Fall allein dem Ergebnis nach als entsprechender Nachweis über den KWK-Stromanteil i. S. v. § 3 Abs. 4 Satz 1 KWKG dient. Denn die Berechnungen, die der Anspruchsteller für die Zeiträume 24. Februar bis 31. Dezember 2006 und 1. Januar bis 31. Dezember 2007 vorgenommen und der Anspruchsgegnerin übermittelt hat, entsprechen nicht den Vorgaben des AGFW-Arbeitsblattes FW 308.²⁷

²³Definiert als Quotient der Summe der nutzbar abgegebenen Energien (Strom und Nutzwärme) und dem Energieeinsatz in einer Berichtszeit, AGFW-Arbeitsblatt FW 308, S. 16.

²⁴Das Nutzungsgradpotenzial gibt an, welcher Anteil der eingesetzten Brennstoffwärme des KWK-Prozesses in nutzbare Energie umgewandelt werden kann und wird auf 80 % gesetzt, vgl. AGFW-Arbeitsblatt FW 308, S. 11, 16, 17.

²⁵Die Begriffe des AGFW-Arbeitsblatt stimmen nicht notwendigerweise mit ähnlichen Begriffen des § 3 KWKG überein.

²⁶S. AGFW-Arbeitsblatt FW 308, S. 20, 21.

²⁷So wird etwa bei der in Punkt 1 der Anlage 8 zum AGFW-Arbeitsblatt FW 308 geforderten einmaligen Dokumentation der Stromkennzahl im Auslegungszustand die Stromkennzahl nicht als leistungsbezogene Größe aus den Angaben des Herstellers oder aus einer Messung ermittelt, sondern die arbeitsbezogene Stromkennzahl zugrundegelegt, die nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 erst unter Schritt 2 der Berechnung zu berücksichtigen ist. Mithin wurde Schritt 1 der nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 ausgelassen und kann die Plausibilitätsprüfung im letzten Berechnungsschritt (Vergleich der arbeitsbezogenen mit der leistungsbezogenen Stromkennzahl) nicht erfolgen. Weiterhin wird die KWK-Netto-Wärmeerzeugung nicht gemessen, sondern bei Unterstellung der Nennbedingungen (Angaben aus technischen Datenblättern) berechnet. Die Brennstoffwärme wird aus der erzeugten Strommenge rückgerechnet.

- 48 2.2.1.3 „Herstellerunterlagen, aus denen die thermische und elektrische Leistung sowie die Stromkennzahl hervorgehen“ Bei Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr entsteht ebenfalls ein Widerspruch zwischen dem Verweis auf § 3 Abs. 4 KWKG und der Nachweisführung durch die Vorlage von Herstellerunterlagen gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004. § 8 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004 enthält eine alternative, erleichterte Möglichkeit der Nachweisführung, die nur für serienmäßig hergestellte Anlagen bis 2 MW greift. Findet indes gem. § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 EEG 2004 i. V. m. § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG keine Berechnung des KWK-Stromanteiles statt, weil der gesamte Nettostrom als KWK-Strom gilt, sind auch die gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004 den Herstellerunterlagen zu entnehmenden und für eine Berechnung des KWK-Stromanteiles erforderlichen Daten der thermischen und elektrischen Leistung sowie der Stromkennzahl nicht erforderlich. Zudem kann die Berechnung des KWK-Stromanteils anhand dieser Angaben ggf. zu einem anderen Ergebnis führen als die Wertung des § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG.
- 49 Auch das Bestehen dieses Widerspruches kann im konkreten Fall nicht dahinstehen. Dahinstehen könnte der Widerspruch im Ergebnis nur, wenn das BHKW serienmäßig hergestellt wäre und wenn Herstellerunterlagen vorlägen, aus denen die thermische und elektrische Leistung sowie die Stromkennzahl für das BHKW des Anspruchstellers hervorgingen und diese Daten zusammen mit der Nutzwärmemenge zu einer Berechnung eines KWK-Stromanteiles von 100 % führten. Dies ist vorliegend nicht gegeben. Ob die einzelnen Module des BHKW oder das ganze BHKW serienmäßig hergestellt wurde(n) und welchen KWK-Stromanteil eine Berechnung anhand der erforderlichen Daten ergäbe, muss hier nicht geprüft werden. Denn ein der Wertung des § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG im Ergebnis entsprechender Nachweis ist schon deswegen nicht erbracht, weil jedenfalls keine Herstellerunterlagen vorliegen, aus denen eine thermische und elektrische Leistung sowie eine Stromkennzahl für das BHKW des Anspruchstellers hervorgehen. In den Herstellerunterlagen zu den Generatoren und den Motoren des BHKW, die der Anspruchsteller der Anspruchsgegnerin im März 2007 übermittelte, finden sich keine Angaben zur Stromkennzahl. Diese errechnete der Anspruchsteller aus anderen Angaben in den Herstellerunterlagen. Dass die thermische und elektrische Leistung sowie die Stromkennzahl i. S. d. § 8 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004 aus den Herstellerunterlagen „hervorgehen“, ist indes nur dann zu bejahen, wenn die Herstellerunterlagen diese Angaben bereits enthalten,

nicht, wenn diese Angaben nur aus anderweitigen Angaben in den Herstellerunterlagen rechnerisch ermittelt werden können.²⁸

2.2.2 Systematische Auflösung der Normenkollision

50 Die Kollision, die aufgrund des eindeutigen und damit nicht auslegungsfähigen Wortlautes zwischen dem ersten und dem zweiten Teil des § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EEG 2004 – bzw. zwischen § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 erster Teil und Satz 2 EEG 2004 – entsteht, kann weder durch die Betrachtung der Binnensystematik des § 8 Abs. 3 EEG 2004 noch durch die Betrachtung des § 8 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004 in seinem Zusammenhang mit weiteren Vorschriften des EEG 2004 oder des KWKG aufgelöst werden.

51 § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 verlangt einen „entsprechenden“ Nachweis darüber, *inwieweit* es sich bei dem erzeugten Strom um KWK-Strom handelt, da nur „soweit“ eine Vergütung des abgenommenen Stroms mit dem KWK-Bonus in Betracht kommt. Allein dieser Binnensystematik kann nicht entnommen werden, dass ein Nachweis dann nicht erbracht werden muss, wenn sich die Frage nicht stellt, „*inwieweit*“ – also zu welchem Anteil – der erzeugte Strom KWK-Strom ist, weil bereits aufgrund der Wertung des § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG der *gesamte* erzeugte Strom KWK-Strom ist. Denn der Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EEG 2004 verlangt auch in dem Fall, in dem gem. § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EEG 2004 i. V. m. § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG 100 % des erzeugten Stromes KWK-Strom sind, dies durch eine – ggf. abweichende – Berechnung nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 nachzuweisen bzw. bei serienmäßig hergestellten Anlagen mit bis zu 2 MW Leistung dies durch die Vorlage von Herstellerunterlagen nachzuweisen, die Angaben für eine Berechnung des KWK-Stromanteiles enthalten.

52 Auch aus weiteren Vorschriften des EEG 2004 lässt sich kein Rückschluss darauf ziehen, wie eine konkurrierende Verweisung einerseits auf § 3 Abs. 4 KWKG, andererseits auf das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 zu behandeln ist. Das EEG 2004 kennt weitere Vorschriften, die an die Höhe von Anteilen – an Strom, an Leistung, an Einsatzstoffen etc. – anknüpfen (bspw. § 6 Abs. 2 Satz 5; § 8 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 6; § 12

²⁸So auch *Lührig*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl. 2004, KWKG-ModG, § 6 Rn. 24; *Heinlein*, in: Büdenbender/Rosin (Hrsg.), KWKG-AusbauG Kommentar, 1. Aufl. 2003, § 6 Rn. 76; ebenso wohl *Salje*, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2002, 2. Aufl. 2004, § 6, Rn. 27; andere Ansicht wohl *Schultz*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, Band 3, Stand: 48. Ergänzungsflg. 2004, XVII (KWKG) B1, § 6 Rn. 5 Fn. 1, demzufolge die Stromkennzahl nur „möglichst“ aus den Herstellerunterlagen hervorgehen soll.

Abs. 2 Satz 1; § 14 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 3 Satz 1, 3 und 4; § 21 Abs. 6 Satz 1 und 2 EEG 2004). Nicht immer ist auch ein Nachweis über den jeweiligen Anteil zu führen. Insbesondere ist hierunter aber keine Vorschrift, bei der die Höhe des rechtserheblichen und ggf. nachzuweisenden Anteils in bestimmten Fällen bereits gesetzlich festgelegt ist.

- 53 Die systematische Betrachtung des KWKG zeigt lediglich auf, dass im KWKG bei Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr ähnliche strukturelle Widersprüche zwischen der Legaldefinition des § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG und sich auf das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 beziehenden Nachweis- und Angabevorschriften auftreten können, diese Widersprüche aber gegebenenfalls über die ausdrücklich unterschiedliche Behandlung von sog. kleinen Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr und allen sonstigen Anlagen, oder, wie teilweise vertreten wird, über die Zulassung von KWK-Anlagen aufgelöst werden könnten. § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 hingegen nimmt nicht ausdrücklich (kleine) Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr in Bezug und schafft für diese abweichende Regelungen, so dass angenommen werden könnte, § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG solle nur im Rahmen einer solchen abweichenden Regelung Anwendung finden. Es gibt im EEG 2004 auch keine Zulassung von Anlagen, im Rahmen derer bestimmte Informationen zu übermitteln sind.
- 54 Zudem ist festzustellen, dass in den Vorschriften des KWKG die Anwendung des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 lediglich die gesetzliche Vermutung begründet, dass das geforderte Sachverständigengutachten bzw. die geforderte Abrechnung den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Gutachten und Abrechnung können mithin auch anderweitig erbracht werden, sofern die anderweitige Erbringung den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Auch dies ist im EEG 2004 nicht der Fall; § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 verlangt – unbeschadet der Ausnahme für serienmäßig hergestellte Anlagen – in jedem Fall eine Nachweiserbringung anhand des AGFW-Arbeitsblattes. Zum KWKG im Einzelnen:
- 55 Das KWKG verlangt in zwei Vorschriften – § 6 und § 8 KWKG – Sachverständigengutachten oder Abrechnungen, die nach den anerkannten Regeln der Technik zu erstellen sind und dabei gemäß den Vorgaben des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 erstellt werden können.
- 56 In § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 KWKG erscheint bei Anlagen ohne Abwärmeabfuhr eine ähnliche Kollisionslage möglich wie in § 8 Abs. 3 EEG 2004. § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 KWKG verlangt, dass dem Zulassungsantrag für alle KWK-Anlagen mit oder

ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr ein Sachverständigengutachten über die vergütungserheblichen Eigenschaften der Anlage beizulegen ist. Eine Ausnahme gilt auch hier gem. § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 Satz 2 KWKG lediglich für serienmäßig hergestellte, kleine (§ 3 Abs. 3 KWKG) Anlagen mit einer elektrischen Leistung bis zu 2 MW, für welche stattdessen Unterlagen des Herstellers vorgelegt werden können, aus denen die thermische und elektrische Leistung sowie die Stromkennzahl hervorgehen. Zu den für die Feststellung des Vergütungsanspruchs erheblichen Eigenschaften der Anlage zählen insbesondere die zur Ermittlung des zuschlagsfähigen KWK-Stromanteiles erforderlichen Faktoren.²⁹ Das Sachverständigengutachten ist nach den anerkannten Regeln der Technik zu erstellen, wobei gem. § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 Satz 1 KWKG als anerkannte Regeln der Technik die Nummern 4 bis 6 des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 gelten. Teilweise wird angenommen, dass dadurch bei Anlagen ohne Vorrichtung zur Abwärmeabfuhr ein Widerspruch zu § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG entstehe und sich das Gutachten bei (nicht serienmäßig hergestellten) Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr daher auf die Feststellung reduziere, dass die Anlage keine Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr habe³⁰ oder jedenfalls das Nutzungsgradpotential nicht zur Bestimmung des KWK-Stromanteiles gem. § 3 Abs. 4 KWKG heranzuziehen sei und damit auch nicht zu den gem. § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 Satz 1 i.V.m. § 3 Abs. 4 KWKG beachtlichen Eigenschaften gehöre.³¹ Andere vertreten die Meinung, dass die mangelnde Berücksichtigung des Nutzungsgradpotentials in § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG über die Anlagenzulassung ausgeglichen werden müsse.³²

²⁹ Rosin/Burmeister, in: Büdenbender/Rosin (Hrsg.), KWKG-AusbauG Kommentar, 1. Aufl. 2003, § 3 Rn. 54. Hierzu zählen für Schultz, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, Band 3, Stand: 48. Ergänzungsflg. 2004, XVII (KWKG) B1, § 6 Rn. 5 und Fn. 2, Rn. 9 die arbeitsbezogene Stromkennzahl i. S. v. § 3 Nr. 7 KWKG, die Brennstoffart, die thermische und elektrische Leistung, der Wirkungsgrad und die KWK-Nettostromerzeugung i. S. d. FW 308, die KWK-Nutzwärmeerzeugung sowie als Voraussetzungen der §§ 3, 5 und 6 KWKG die Stromkennzahl, Kondensations-Nutzungsgrad und KWK-Nutzungsgrad i. S. d. AGFW-Arbeitsblattes FW 308.

³⁰ So Salje, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2002, 2. Aufl. 2004, § 3, Rn. 77.

³¹ So ist i. E. wohl zu verstehen Rosin/Burmeister, in: Büdenbender/Rosin (Hrsg.), KWKG-AusbauG Kommentar, 1. Aufl. 2003, § 3 Rn. 97, 99, der annimmt, dass die Berücksichtigung des Brennstoffnutzungsgrades und damit die Einführung eines Effizienzkriteriums § 3 Abs. 4 (wohl Satz 1 und 2) KWKG widerspricht und daher bei der Bestimmung des KWK-Stromanteiles i. S. d. § 3 Abs. 4 KWKG unbeachtlich ist.

³² So Topp, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl. 2004, KWKModG, § 3 Rn. 39. Ähnlich wohl auch BAFA, Leitfaden zum Sachverständigengutachten gem. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 19. März 2002, Stand 31.10.2005. Unter Nr. 3.4 des Leitfadens wird zwar verlangt, dass der Sachverständige ausdrücklich nachprüft und feststellt, sollte die Anlage nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen. Vom weiteren empfohlenen Prüfprogramm, das sich an die Systematik und Vorgaben des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 anlehnt

- 57 § 8 Abs. 2 Satz 1 KWKG legt indes nahe, dass nur sog. kleine Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr von der Berechnung des KWK-Stromanteiles befreit sein sollen und nur bei diesen der KWK-Strom gem. § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG bestimmt werden kann. § 8 Abs. 2 Satz 1 KWKG scheint davon auszugehen, dass die Legaldefinition des KWK-Stromes in § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG nicht an allen Stellen angewendet werden soll, die direkt oder indirekt die Bestimmung des „KWK-Stroms“ i. S. v. § 3 Abs. 1 KWKG verlangen, sondern nur an den Stellen, in denen das KWKG „Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr“ i. S. v. § 3 Abs. 8 KWKG ausdrücklich in Bezug nimmt und für diese verfahrenserleichternde Ausnahmen schafft.
- 58 So muss gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 und 2 KWKG der Betreiber einer KWK-Anlage der zuständigen Stelle und dem Netzbetreiber monatlich Mitteilung über die in das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeiste KWK-Strommenge sowie die abgegebene Nutzwärmemenge machen. Gem. § 8 Abs. 1 Satz 5 KWKG muss er zudem der zuständigen Stelle und dem Netzbetreiber jedes Jahr eine nach den anerkannten Regeln der Technik erstellte und testierte Abrechnung derjenigen KWK-Strommenge vorlegen, die im vorangegangenen Kalenderjahr in das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist wurde.
- 59 Betreiber von *kleinen* Anlagen *mit* Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr müssen zwar monatlich Mitteilung über Strom- und Nutzwärmemengen machen, sind aber gem. § 8 Abs. 2 Satz 2 KWKG von der jährlichen *testierten Abrechnung* befreit und müssen die eingespeiste KWK-Strommenge jährlich mitteilen. Betreiber von *kleinen* Anlagen *ohne* Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr sind darüber hinaus gem. § 8 Abs. 2 Satz 1 KWKG sogar von der *monatlichen* Mitteilung der eingespeisten KWK-Strommenge und von der *Messung der abgegebenen Nutzwärme* – die für eine Berechnung des KWK-Stromanteiles erforderlich wäre – befreit.
- 60 Betreiber von größeren Anlagen sind im Umkehrschluss indes selbst dann nicht von der monatlichen Mitteilung der eingespeisten KWK-Strommenge und der Messung der abgegebenen Nutzwärme befreit, wenn sie keine Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr aufweisen, obgleich nach der Wertung des § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG auch der in diesen KWK-Anlagen gesamte erzeugte Nettostrom KWK-Strom und eine Berechnung des KWK-Stromanteiles nicht erforderlich wäre. Zudem sind sie auch nicht von der Vorlage einer nach den anerkannten Regeln der Technik erstellten Abrechnung

und auch das KWK-Nutzungsgradpotential abfragt, sind aber auch (weder kleine noch große, vgl. hierzu die folgende Rn. 57) Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr nicht ausgenommen.

befreit, die als nach den anerkannten Regeln der Technik erstellt gilt, wenn sie anhand den Vorgaben des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 angefertigt wurde. Gelten die Vorgaben des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 als anerkannte Regeln der Technik, so könnte sich auch hier ein Widerspruch zwischen § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG und der Anlagensystematik und Berechnungsmethode des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 ergeben.³³ Jedenfalls die Wertungen des § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG und des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 kollidieren indes dann nicht, wenn man davon ausginge, dass § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG allein in den Fällen des § 8 Abs. 2 Satz 1 KWKG griffe, welcher nicht nur die Bestimmung des KWK-Stromes verlangt, sondern ausdrücklich Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr nennt und für diese eine Ausnahmeregelung schafft.

- 61 Jedenfalls sind diese systematischen Betrachtungen jedoch, wie dargestellt, auf das EEG 2004 nicht übertragbar.

2.2.3 Historische und genetische Anhaltspunkte

- 62 Historische Erwägungen können nicht nutzbar gemacht werden, da das EEG 2000 eine erhöhte Vergütung für in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strom aus Biomasse nicht vorsah.
- 63 Auch die genetische Betrachtung liefert keine Anhaltspunkte für eine Auflösung der Kollision. Die Gesetzesbegründung³⁴ geht davon aus, dass in jedem Fall ein entsprechender Nachweis zu erbringen ist und unterscheidet dabei allein zwischen kleinen Anlagen, für die die Vorlage von Herstellerunterlagen ausreicht, und größeren Anlagen, für die ein Nachweis gemäß den Anforderungen des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 zu erbringen sei. Auf Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr geht die Begründung nicht ein.

³³Es könnte sich die Frage stellen, ob die als anerkannte Regeln der Technik zu wertenden Vorgaben des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 etwa außerhalb des Gesetzes, da im Widerspruch zu § 3 Abs. 4 Satz 1 (vgl. zur Literaturmeinung bereits Fn. 30) und Satz 2 (vgl. zur Literaturmeinung bereits Fn. 31) stehen.

³⁴Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, BT-Drs. 15/2864, S. 40; weitgehend inhaltsgleich bereits im Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 15/2327, S. 30.

2.2.4 Teleologisch-wertende Kollisionsregeln

- 64 Der Widerspruch zwischen der Wertung des § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 i. V. m. § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG und den Anforderungen aus § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 i. V. m. dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 kann auch nicht durch den Grundsatz des Gesetzesvorranges oder durch die Kollisionsregel gelöst werden, derzufolge eine höherrangige Rechtsnorm einer niederrangigeren Rechtsnorm vorgeht. Zwar ist § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG eine gesetzliche Regelung, während das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 untergesetzliche technische Regelungen enthält. Indes ordnet § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EEG 2004 gesetzlich an, einen Nachweis nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 zu führen.
- 65 Die in sich widersprüchliche Verweisung des § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 auf § 3 Abs. 4 KWKG einerseits und auf das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 andererseits ist vielmehr teleologisch-wertend aufzulösen. Bei Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr ist entgegen dem Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EEG 2004 kein Nachweis nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308, sondern ein reduzierter Nachweis zu erbringen, der sich auf den Nachweis beschränkt, dass die Anlagen keine Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr i. S. v. § 3 Abs. 4 und Abs. 8 KWKG aufweisen. Gleiches gilt bei serienmäßig hergestellten Anlagen mit bis zu 2 MW Leistung ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr; auch hier reicht statt der möglichen Vorlage der Herstellerunterlagen ein reduzierter Nachweis. Denn die Nachweisanforderungen, die der Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 stellt, übersteigen bei Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr die nachzuweisenden materiellen Voraussetzungen und sind damit höher, als es nach Sinn und Zweck des § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 erforderlich wäre.
- 66 Sinn und Zweck des § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 EEG 2004 ist es, eine erhöhte Vergütung (Bonus) für den Stromanteil zu ermöglichen, der in KWK erzeugt wird. Hierfür verweist § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 auf § 3 Abs. 4 KWKG. Sinn und Zweck des § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 2 EEG 2004 ist es, festzulegen, dass und wie nachzuweisen ist, dass und inwieweit die Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 KWKG erfüllt sind.
- 67 § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG entbindet nicht deswegen von der genauen Berechnung des gekoppelt erzeugten Stromes, weil er davon ausgeht, dass bei Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr tatsächlich 100 % der eingesetzten Energie gleichzeitig

- in Strom und Nutzwärme umgewandelt wird.³⁵ Vielmehr erleichtert er bei solchen Anlagen die Bestimmung der in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugten Strommenge, indem er den Anteil nicht als Nutzwärme verwendeter Abwärme als unvermeidbar wertet und folglich die erzeugte Nettostrommenge als zu 100% in Kraft-Wärme-
- 68 Kopplung erzeugt behandelt. Steht bei Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr bereits aufgrund der unwiderleglichen gesetzlichen Vermutung des § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG fest, dass der gesamte Nettostromanteil KWK-Strom ist, muss nicht mehr nachgewiesen werden, inwieweit es sich bei dem zur Vergütung unter dem EEG 2004 eingespeisten Strom um KWK-Strom handelt.³⁶
- 69 Zwar könnte der Gesetzgeber mit § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 EEG 2004 auch das Ziel verfolgen, die Stromerzeugung mit dem KWK-Bonus nur insoweit zu vergüten, als die KWK-Erzeugung nach den Vorgaben des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 erfolgt. Dies könnte aus der vorbehaltlosen Inbezugnahme des AGFW-Arbeitsblattes FW 308 und des darin berücksichtigten Mindest-Nutzungsgradpotentials geschlossen werden. Jedenfalls Satz 2 des § 3 Abs. 4 KWKG sieht jedoch – zumal aus Vereinfachungsgründen – kein Mindest-Nutzungsgradpotential vor.
- 70 § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG – also die Frage, wieviel Strom in KWK erzeugt wurde – stellt dabei eine materielle Anspruchsvoraussetzung dar, die Nachweisführung indes eine formelle Anspruchsvoraussetzung. Die Nachweisführung soll ermöglichen, nachvollziehbar bestimmen zu können, für welchen Stromanteil die materiellen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind; sie hat daher eine dienende Funktion. Die Art der Nachweisführung soll die nachzuweisenden Voraussetzungen nicht inhaltlich verschärfen.
- 71 Mithin gehen bei einer teleologisch – wertenden Betrachtung die nachzuweisenden materiellen Anspruchsvoraussetzungen der formellen Anspruchsvoraussetzung vor und ist die Nachweisführung an den Umfang der materiellen Anspruchsvoraussetzung anzupassen.
- 72 Damit die gesamte eingespeiste Strommenge gem. § 8 Abs. 3 EEG 2004 mit dem KWK-Bonus vergütet werden kann, genügt es daher bei Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr i. S. v. § 3 Abs. 4 und Abs. 8 KWKG, wenn Anlagenbetrei-

³⁵Aufgrund von technologie- und brennstoffspezifisch unvermeidbaren Verlusten ist es nicht möglich, 100% der eingesetzten Energie in Strom und Nutzwärme umzuwandeln; stets geht ein – sei es auch geringer – Teil als Abwärme verloren.

³⁶Selbst wenn nicht der gesamte Nettostrom eingespeist wird, ist der eingespeiste Strom als Teil der Nettostromerzeugung als zu 100% in KWK erzeugt anzusehen; vgl. auch Rn. 67.

berinnen und -betreiber nachweisen, *dass* ihre Anlagen keine solchen Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr aufweisen.

- 73 Findet ein Eigenverbrauch i. S. v. § 3 Abs. 5 KWKG statt und wird eine Messkonfiguration angewendet, die den Abzug des Eigenverbrauchs nicht ermöglicht, ist zudem ein geeigneter Nachweis über den elektrischen Eigenverbrauch der KWK-Anlage zu erbringen.

2.2.5 Ergebnis und weitere Nachweisfragen

- 74 Der Anspruchsteller hat einen Nachweis im Sinne des teleologisch-wertend angepassten § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 3 EEG EEG 2004 erbracht.

- 75 **2.2.5.1 Berechtigung zur Nachweisführung** Der Anspruchsteller ist berechtigt, den Nachweis selbst durch von ihm zusammengetragene und erstellte Daten sowie durch Vorlage von Schreiben Dritter zu erbringen.

- 76 Der Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 3 EEG schränkt nicht ein, durch wen der Nachweis – etwa durch bestimmte Sachverständige oder durch Umweltgutachterinnen bzw. – gutachter – zu erbringen ist. Entgegen der Auffassung der Anspruchsgegnerin kann aus dem EEG 2009 nicht gefolgert werden, dass der Nachweis gem. § 8 Abs. 3 EEG 2004 durch einen Sachverständigen, eine Umweltgutachterin oder einen -gutachter erbracht werden muss. Ein jüngeres Gesetz ist für die Auslegung eines älteren Gesetzes grundsätzlich ungeeignet: Das EEG 2009 war weder dem Gesetzgeber des EEG 2004 noch den dem EEG 2004 unterworfenen Rechtsanwenderinnen und -anwendern bekannt.³⁷ Dass § 6 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 KWKG ein Sachverständigengutachten verlangt, ist ebenfalls unerheblich, da diese Vorschrift in einem anderen Regelungszusammenhang steht. Den Nachweis i. S. v. § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 3 EEG kann daher jede Person erbringen, die die hierfür erforderlichen Fachkenntnisse und Fertigkeiten besitzt.

- 77 Mithin kann bereits jedermann, der die erforderlichen Fachkenntnisse und Fertigkeiten besitzt, einen Nachweis nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 erstellen. Gleiches gilt erst recht für den angepassten reduzierten Nachweis, der bei Anlagen ohne

³⁷Ebenso zur Auslegung des EEG 2004 anhand des Gesetzestextes oder der Materialien des EEG 2009 z. B. *BGH*, Urt. v. 25.05.2008 – VIII ZR 308/07, Rn. 17, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/400>, und *LG Gera*, Urt. v. 24.07.2009 – 2 HK O 15/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1015>.

Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr ausreicht. In der Regel besitzen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber selbst die erforderlichen Fachkenntnisse und Fertigkeiten, um – bspw. durch Erstellung eines Wärme- oder Prozessschaltbildes und die Zusammenstellung weiterer Unterlagen oder Lichtbilder – zu dokumentieren, dass ihre Anlage keine Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr aufweist. Andernfalls kann die Anlagenbetreiberin oder der -betreiber fachkundige Dritte beauftragen. Die allgemeinen Anforderungen an einen in formaler Hinsicht nicht festgelegten zivilrechtlichen Nachweis beschränken sich darauf, dass der Nachweis geeignet sein muss, die fraglichen Tatsachen nachvollziehbar zu bestätigen.³⁸ Im Einzelfall kann es für die Nachweisbarkeit des Nachweises dienlich sein, wenn Anlagenbetreiberinnen und -betreiber nicht nur anhand von Dokumenten und Unterlagen, die sie selbst erstellt haben, darstellen, dass die Anlage keine Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr aufweist, sondern die Unterlagen durch Dokumente und/oder Bestätigungen Dritter ergänzen oder bekräftigen.

- 78 **2.2.5.2 Nachweis** Der Wärmeschaltplan, die Lichtbilder der verfahrensgegenständlichen Anlage sowie die Schreiben der an der Errichtung des BHKW beteiligten Firmen sind dazu geeignet, nachzuweisen, dass das BHKW keine Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr i. S. v. § 3 Abs. 8 KWKG aufweist. Da das BHKW keinen Eigenverbrauch i. S. v. § 3 Abs. 5 KWKG hat, ist der Nachweis über die Abwesenheit von Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr ausreichend, um nachzuweisen, dass der gesamte von dem BHKW erzeugte und gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 eingespeiste Strom gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 und 2 i. V. m. Abs. 1 EEG 2004 mit dem KWK-Bonus zu vergüten ist.
- 79 Obgleich der Anspruchsteller diese Unterlagen der Anspruchsgegnerin erst zu prozessualen Darlegungs- und Beweis Zwecken im Rahmen der Verfahrensführung übermitteln ließ, stellen sie zugleich einen Nachweis i. S. v. § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 dar.

Dr. Lovens

Reißenweber

Richter

Binde

Weißenborn

³⁸Soll der Nachweis prozessfest sein, muss er auch zivilprozessualen Maßstäben entsprechen.