

2013/31

25. Juni 2013

Votum

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

Leitsätze:

1. **§ 8 Abs. 3 EEG 2004 (KWK-Bonus) ist nicht auf Biomassebestandsanlagen anwendbar, die vor dem 1. August 2004 in Betrieb genommen worden sind.**
2. **Anlage 3 EEG 2009 (KWK-Bonus) ist gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 auf Biomassebestandsanlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, anwendbar. Diese Anlagen haben für den Anspruch auf die erhöhte Vergütung (KWK-Bonus) die Anforderungen der Anlage 3 EEG 2009 zu erfüllen.**
3. **Ob der Nachweis i. S. v. Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 jährlich zu erbringen ist oder einmalig erbracht werden kann, hängt von der Art der Wärmenutzung ab.**

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchsteller –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens und die Mitglieder Dr. Brunner und Dibbern am 25. Juni 2013 im schriftlichen Verfahren einstimmig folgendes Votum:

Der Anspruchsteller hat gegen die Anspruchsgegnerin für den in dem Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2008 in seiner Anlage erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom keinen Anspruch auf die erhöhte Vergütung (KWK-Bonus) nach § 8 Abs. 3 EEG 2004¹ i. V. m. § 21 EEG 2004.

Der Anspruchsteller hat gegen die Anspruchsgegnerin ab dem 1. Januar 2009 einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung (KWK-Bonus) für den in seiner Anlage erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009² i. V. m. Anlage 3 EEG 2009, wenn der Anspruchsteller die Anspruchsvoraussetzungen gemäß Anlage 3 Nr. I EEG 2009 erfüllt. Die Zahlung der erhöhten Vergütung (KWK-Bonus) wird fällig, sobald der Anspruchsteller den Nachweis gemäß Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 über die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzung nach Anlage 3 Nr. I.2 oder Nr. I.3 EEG 2009 i. V. m. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 erbringt.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle EEG:

Wenn und soweit die Anspruchsgegnerin geringere Vergütungen gezahlt hat, als sich aus der Anwendung dieses Votums auf den verfahrensgegenständlichen Vergütungszeitraum ab dem 1. Januar 2009 ergibt, so liegen hinsichtlich diesbezüglicher Nachzahlungen der Anspruchsgegnerin an die Anspruchstellerin die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 38 Nr. 4 EEG 2012³ vor.

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

²Gesetz 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, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

³Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung ener-

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	3
2	Begründung	5
2.1	Verfahren	5
2.2	Würdigung	6
2.2.1	Anspruch für den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2008	6
2.2.2	Anspruch für den Zeitraum ab 1. Januar 2009	7
2.2.3	Rechtsfolge bei Vorlage des Umweltgutachtens bei Erfüllung der Anforderungen der Anlage 3 EEG 2009	11

1 Tatbestand

- 1 Die Parteien sind uneins darüber, ob der Anspruchsteller für den in seiner Anlage erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom die Zahlung der erhöhten Vergütung (KWK-Bonus)
- für den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2008 nach § 8 Abs. 3 EEG 2004 i. V. m. § 21 EEG 2004 und
 - ab dem 1. Januar 2009 nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009

verlangen kann.

- 2 Seit November 2002 betreibt der Anspruchsteller eine Biomasseanlage in [...] [W...], [K...]. Die Anlage des Anspruchstellers ist wärmegeführt. Die Wärmeübertragung vom Aggregatkühlkreis auf das Heizungssystem erfolgt durch einen Edelstahl-Plattenwärmetauscher. Die in der Anlage des Anspruchstellers bei der Stromerzeugung

giewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

entstehende Wärme wird zum Heizen des Wohnhauses des Anspruchstellers genutzt. Die Anspruchsgegnerin betreibt ein Netz für die allgemeine Versorgung, in das der in der Anlage des Anspruchstellers erzeugte Strom eingespeist wird.

- 3 Seit der erstmaligen Einspeisung zahlt die Anspruchsgegnerin die Grundvergütung für den in der Anlage des Anspruchstellers erzeugten und ihr Netz eingespeisten Strom. Darüber hinaus zahlte die Anspruchsgegnerin vom 1. August 2004 – mit Inkrafttreten des EEG 2004 – bis zum 31. Dezember 2007 den KWK-Bonus. Seit dem 1. Januar 2008 zahlt die Anspruchsgegnerin den KWK-Bonus nicht mehr. Auf eine Rückzahlung des KWK-Bonus aus dem dem Jahr 2008 vorangegangenen Zeitraum verzichtete die Anspruchsgegnerin aus Kulanzgründen.
- 4 Eine vom Anspruchsteller geforderte Zahlung von wenigstens 2 Cent gemäß EEG 2004 statt der im EEG 2009 geregelten 3 Cent lehnte die Anspruchsgegnerin ab. Die Zahlung des KWK-Bonus nach dem EEG 2009 ab dem 1. Januar 2009 lehnte die Anspruchsgegnerin wegen des fehlenden Nachweises – Vorlage eines Umweltgutachtens – ab.
- 5 Der Anspruchsteller ist der Ansicht, ihm stehe die erhöhte Vergütung für den streitgegenständlichen Zeitraum im Jahr 2008 aus § 8 Abs. 3 i. V. m. § 21 EEG 2004 und für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2009 aus § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 zu. Das EEG 2004 sei auf seine Bestandsanlage anwendbar. Dies folge aus § 21 Abs. 4 EEG 2004.
- 6 Auch stehe ihm ein Anspruch nach dem EEG 2009 für den streitgegenständlichen Zeitraum seit dem 1. Januar 2009 zu. Ein von der Anspruchsgegnerin gefordertes Umweltgutachten als Nachweis für den Anspruch sei nicht erforderlich. Überdies sei die Vorlage und Anfertigung eines solchen Gutachtens wirtschaftlich nicht möglich, weil die durchschnittlichen Kosten für ein Umweltgutachten mit ca. 2.000 € zu beziffern seien. Vielmehr genüge für serienmäßig hergestellte KWK-Anlagen mit einer Leistung von bis zu 2 MW die Vorlage von geeigneten Unterlagen des Herstellers, aus denen die thermische und elektrische Leistung sowie die Stromkennzahl der Anlage hervorgehe.
- 7 Die Anspruchsgegnerin ist der Ansicht, dass dem Anspruchsteller ein Anspruch auf den KWK-Bonus weder für das Jahr 2008 noch ab dem 1. Januar 2009 zustehe. Das EEG 2004 sei schon nicht auf die Bestandsanlage des Anspruchstellers anwendbar, weil die Übergangsregelung für Bestandsanlagen in § 21 EEG 2004 nicht auf den KWK-Bonus in § 8 Abs. 3 EEG 2004 verweise. Es fehle insoweit an einer dem

§ 21 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2004 entsprechenden Übergangsbestimmung für den KWK-Bonus.

- 8 Der Anspruchsteller und die Anspruchsgegnerin haben sich an die Clearingstelle EEG gewandt und gemeinsam beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. VerFO⁴ durchzuführen.
- 9 Mit Beschluss vom 22. April 2013 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtenden Fragen lauteten:

Hat der Anspruchsteller gegen die Anspruchsgegnerin für den in seinem in [K...] in [...] [W...] belegenen, im Jahr 2002 in Betrieb genommenen 20 kW_{el}-BHKW

1. vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2008 erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom Anspruch auf den Erhalt des KWK-Bonus gemäß § 8 Abs. 3 EEG 2004 i. V. m. § 21 EEG 2004 und/oder
2. für den seit dem 1. Januar 2009 erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom Anspruch auf den Erhalt des KWK-Bonus gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009?

- 10 Beide Parteien und die Clearingstelle EEG haben einem schriftlichen Verfahren zugestimmt.

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 11 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 1 VerFO. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da alle Parteien und die Clearingstelle EEG dem zustimmten, § 28 Abs. 2 Satz 1 VerFO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerFO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Brunner erstellt.

⁴Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG i.d. Fassung v. 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

2.2 Würdigung

- 12 Der Anspruchsteller hat gegen die Anspruchsgegnerin keinen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Vergütung (KWK-Bonus) für den in dem streitgegenständlichen Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2008 in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom gemäß § 8 Abs. 3 i. V. m. § 21 EEG 2004 (hierzu unter Rn. 14 ff.).
- 13 Der Anspruchsteller hat gegen die Anspruchsgegnerin jedoch einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung (KWK-Bonus) für den in der Zeit ab 1. Januar 2009 in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009 (hierzu unter Rn. 19 ff.), soweit die Anspruchsvoraussetzungen gemäß Anlage 3 Nr. I EEG 2009 erfüllt sind. Dieser Anspruch ist wegen des ausstehenden erforderlichen Nachweises gemäß Anlage 3 Nr. II.2 i. V. m. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 noch nicht fällig. Der Anspruchsteller kann die Zahlung dann – rückwirkend für den streitgegenständlichen Zeitraum ab 1. Januar 2009 – verlangen, wenn er das Umweltgutachten i. S. d. Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 zum Nachweis einer Wärmenutzung i. S. d. Anlage 3 Nr. I.2 oder Nr. I.3 EEG 2009 erbringt.

2.2.1 Anspruch für den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2008

- 14 Dem Anspruchsteller steht aus § 8 Abs. 3 i. V. m. § 21 EEG 2004 keine erhöhte Vergütung (KWK-Bonus) für den aus der Anlage des Anspruchstellers in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom zu.
- 15 § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004, der den sog. KWK-Bonus regelt, ist nicht auf Bestandsanlagen anwendbar, die bis zum 31. Juli 2004 nach dem EEG 2000 in Betrieb genommen worden sind. § 8 Abs. 3 EEG 2004 ist nur auf Anlagen anwendbar, die unter der Geltung des EEG 2004 gemäß § 3 Abs. 4 EEG 2004 in Betrieb genommen wurden, d. h. für Anlagen, die ein Inbetriebnahmedatum ab dem 1. August 2004 aufweisen. Dies ergibt sich aus der Übergangsbestimmung in § 21 Abs. 1 EEG 2004. Der Einleitungssatz von § 21 Abs. 1 EEG 2004 regelt, dass für Strom aus Bestandsanlagen, die bis zum 31. Juli 2004 in Betrieb genommen worden sind, die bisherigen Vorschriften gelten – mithin die Vergütungsvorschriften des EEG 2000. Das EEG 2000 enthielt einen sog. KWK-Bonus nicht, vielmehr wurde dieser erstmalig mit § 8 Abs. 3 EEG 2004 eingeführt.

- 16 § 21 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2004 trifft gegenüber § 21 Abs. 1 Einleitungssatz EEG 2004 dahingehend eine Ausnahme, als dass dieser den Zeitpunkt für die Anwendung auch von § 8 Abs. 3 EEG 2004 auf Bestandsanlagen vorverlegt. Dies betrifft aber nur solche Biomasseanlagen, die nach dem 31. Dezember 2003 in Betrieb genommen worden sind. Die Anlage des Anspruchstellers ist im November 2002 in Betrieb genommen worden und damit vor dem 1. Januar 2004.
- 17 Weitere Ausnahmen hinsichtlich der Anwendbarkeit des KWK-Bonus auf Bestandsanlagen wie die des Anspruchstellers enthält § 21 EEG 2004 nicht.
- 18 § 21 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2004 ist nicht auf die Regelungen zum KWK-Bonus (§ 8 Abs. 3 EEG 2004) übertragbar. § 21 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2004 regelt ausdrücklich, dass § 8 Abs. 2 EEG 2004 – die erhöhte Vergütung durch den sog. NawaRo-Bonus – auf Bestandsanlagen mit einem Inbetriebnahmedatum vor dem 1. Januar 2004 anzuwenden ist. Der Wortlaut des § 21 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 EEG 2004 ist dahingehend eindeutig. Die Übergangsvorschrift ordnet hingegen nicht an, dass § 8 Abs. 3 EEG 2004 auf Bestandsanlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2004 anzuwenden ist. Der KWK-Bonus ist daher entgegen anderen Boni-Regelungen nicht für Bestandsanlagen zu gewähren.⁵ Insbesondere wurden im Gesetzgebungsprozess zum EEG 2004 bewusst die Änderungsvorschläge zur Einbeziehung des KWK-Bonus in die Übergangsvorschrift des § 21 EEG 2004 für Biomassebestandsanlagen abgelehnt.⁶ Der Gesetzgeber hat gemäß § 21 Abs. 1 EEG 2004 mit Blick auf die Vergütungsregelungen bestimmt, dass die bisherigen Vergütungssätze des EEG 2000, d. h. auch Boni, grundsätzlich fortgelten, weil damit dem Umstand Rechnung getragen werden soll, dass diese Bestandsanlagen bereits auf der Basis der alten Mindestvergütungssätze kalkuliert und errichtet wurden und daher eine Anpassung nicht erforderlich ist.⁷

2.2.2 Anspruch für den Zeitraum ab 1. Januar 2009

- 19 Der Anspruchsteller hat allerdings ab dem 1. Januar 2009 einen Anspruch auf den KWK-Bonus aus § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009, soweit die Anspruchsvoraussetzungen gemäß Anlage 3 Nr. I EEG 2009 erfüllt sind. Die Zahlung

⁵BT-Drs. 15/2327, S. 42; *BGH*, Urt. v. 01.12.2010 – VIII ZR 241/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1241>, Rn. 8 f.; *LG Rottweil*, Urt. v. 24.07.2007 – 6 O 66/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1309>, S. 3.

⁶BT-Drs. 15/2593, S. 6 zu § 21 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2004; *BGH*, Urt. v. 01.12.2010 – VIII ZR 241/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1241>, Rn. 11.

⁷BT-Drs. 15/2864, S. 54 zu § 21 Abs. 1 EEG 2004; *Walter* in: *Biogasanlagen im EEG*, 3. Aufl. 2013, § 26, S. 669 Rn. 7.

des KWK-Bonus für den streitgegenständlichen Zeitraum wird jedoch erst dann fällig, wenn der Anspruchsteller die erforderlichen Nachweise, insbesondere den Nachweis gemäß Anlage 3 Nr. II.2 i. V. m. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 durch Vorlage eines Umweltgutachtens über das Vorliegen einer Wärmenutzung erbringt.

- 20 Die streitgegenständliche Anlage ist eine „sonstige Biomasseanlage“ i. S. d. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009, weil sie bereits vor dem 1. Januar 2009 Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt hat. Auch wenn dieser Strom nach Maßgabe der Anlage 3 Nr. I.1 und Nr. I.2 i. V. m. Nr. III.1 EEG 2009 erzeugt wurde, fehlt es bislang an dem erforderlichen Nachweis gemäß Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009. Die Anforderungen der Anlage 3 EEG 2009 sind gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 auf die Anlage des Anspruchstellers anzuwenden.
- 21 Zwar bestimmt § 66 Abs. 1 Einleitungssatz EEG 2009 zunächst, dass weder § 27 EEG 2009, der in seinem Absatz 4 die Zahlung des KWK-Bonus nach Anlage 3 EEG 2009 regelt, noch Anlage 3 EEG 2009 anzuwenden seien, doch in § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 wird geregelt, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch für bestehende Biomasseanlagen der KWK-Bonus zu zahlen ist.
- 22 So schafft § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 und Satz 3 EEG 2009 auch für den Strom aus Bestandsanlagen – für den unter dem EEG 2004 kein Anspruch auf den KWK-Bonus bestand – ab dem 1. Januar 2009 einen Anspruch auf den KWK-Bonus des EEG 2009 in Höhe von 3 Cent, wenn sie entweder gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 *erstmalig* unter dem EEG 2009 Strom in Kraft-Wärme-Kopplung unter Einhaltung der Voraussetzungen der Anlage 3 EEG 2009 erzeugen oder wenn sie – wie im vorliegenden Fall – gemäß Satz 3 schon *vor* dem Inkrafttreten des EEG 2009 Strom in Kraft-Wärme-Kopplung unter Einhaltung der in Anlage 3 EEG 2009 genannten Voraussetzungen erzeugt haben und weiterhin erzeugen.
- 23 Der Anspruchsteller erfüllt die materiellen Anspruchsvoraussetzungen gemäß Anlage 3 EEG 2009, jedoch fehlt es an dem formellen Nachweis gemäß Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009.
- 24 Es handelt sich bei dem in der Anlage des Anspruchstellers erzeugten Strom gemäß Anlage 3 Nr. I.1 EEG 2009 i. V. m. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 insoweit um „KWK-Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG“, wie der Strom gleichzeitig mit Wärme erzeugt wird, die außerhalb des BHKW für die Raumheizung verwendet wird und daher Nutzwärme i. S. v. § 3 Abs. 6 KWKG ist.

- 25 Auch stellt die vom Anspruchsteller dargelegte Nutzung der Wärme zur Beheizung eines Wohnhauses eine bonusfähige Wärmenutzung im Sinne von Anlage 3 Nr. I.2 i. V. m. Nr. III.1 (Positivliste) EEG 2009 dar. Jedoch liegt der nach Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 erforderliche Nachweis nicht vor. Der Anspruchsteller hat bislang kein Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters vorgelegt, welches das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Anlage 3 Nr. I.2 – oder Nr. I.3 – EEG 2009 nachweist.
- 26 Der Verweis auf Anlage 3 in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 ist nicht als bloßer Rechtsfolgenverweis, sondern als Rechtsgrundverweis zu verstehen, so dass sämtliche in der Anlage 3 EEG 2009 aufgeführten Voraussetzungen zu erfüllen sind. Denn andernfalls entfele der eigenständige rechtliche Gehalt, der der Anlage 3 nach dem EEG 2009 zukommt. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 knüpft an die tatbestandlichen Voraussetzungen der Anlage 3 EEG 2009 an. Dies ergibt sich vor allem sowohl aus dem Wortlaut – „nach Maßgabe der Anlage 3“ – als auch aus der Gesetzesbegründung⁸:

„[§ 66] Absatz 1 Nr. 3 gewährt den KWK-Bonus nunmehr für Altanlagen, wenn diese die Anforderungen der Anlage 3 erfüllen.“

- 27 Das EEG 2009 will somit auch bei Altanlagen eine stärkere, sinnvolle Wärmenutzung fördern. Inwieweit eine solche Wärmenutzung sowie KWK-Strom vorliegt, hat der Anspruchsteller nachzuweisen. Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber von Bestandsanlagen sind von dieser Nachweispflicht nicht ausgenommen.
- 28 Das Tatbestandsmerkmal „erzeugt worden ist“ in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 kann auch nicht dahingehend verstanden werden, dass nur die Anspruchsvoraussetzungen gemäß Anlage 3 Nr. I EEG 2009 zu erfüllen sind und anderweitige Anforderungen wie die Beibringung der erforderlichen Nachweise nicht beachtet werden müssten. Hiergegen spricht bereits die Inbezugnahme der gesamten Anlage 3 in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009, denn andernfalls hätte der Verweis auf die Anspruchsvoraussetzungen in Anlage 3 Nr. I EEG 2009 genügt. Vielmehr ist § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 dahingehend zu verstehen, dass alle Anspruchsvoraussetzungen und weiteren Anforderungen der Anlage 3 zu erfüllen sind, wenn die Anlagen-

⁸Einfügung des § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 in der Gesetz gewordenen Fassung durch den Änderungsantrag der Ausschussdrucksache v. 04.06.2008, BT-Ausschuss-Drs. 16(16)446, S. 23 f. und BT-Drs. 16/9477, Nr. 34 lit. a) dd, S. 11 und 29 f. Hinzufügung nicht im Original.

betreiberinnen bzw. -betreiber den Anspruch auf den KWK-Bonus geltend machen wollen.

- 29 Gemäß Anlage 3 Nr. II EEG 2009 haben Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die in Anlage 3 Nr. II.1 und 2 EEG 2009 genannten Nachweise zu erbringen. Hierzu zählt zwingend gemäß Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 auch die Vorlage des Umweltgutachtens, das neben dem Nachweis nach Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2009 vorzulegen ist. Diese Anforderung entfällt nicht etwa deshalb, weil Anlagen unter dem EEG 2004, die den KWK-Bonus beziehen, geringeren Nachweisanforderungen unterliegen als Bestandsanlagen, die nunmehr nach dem EEG 2009 bonusfähig sind. Zum einen kann der Anspruchsteller keinen Vertrauensschutz in Bezug auf die Nachweisanforderung in § 8 Abs. 3 EEG 2004 geltend machen, indem – wie der Anspruchsteller meint – der Nachweis bereits dann erfüllt ist, wenn er für seine serienmäßig hergestellte KWK-Anlage mit einer Leistung von bis zu 2 MW geeignete Unterlagen des Herstellers vorgelegt hat, aus denen die thermische und elektrische Leistung sowie die Stromkennzahl hervorgehen (§ 8 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004). Denn die streitgegenständliche Anlage war nach dem EEG 2004 schon nicht bonusfähig, so dass eine Nachweisführung in der genannten Art und Weise gemäß § 8 Abs. 3 EEG 2004 bereits ausscheidet. § 8 Abs. 3 EEG 2004 ist auf die Anlage des Anspruchstellers nicht anwendbar (vgl. Rn. 14 ff.). Zum anderen sieht das EEG 2009 in Anlage 3 Nr. II.1 Satz 3 EEG 2009 diese Form der erleichterten Nachweisführung lediglich für den Nachweis vor, dass es sich um KWK-Strom i. S. d. § 3 Abs. 4 KWKG handelt. Zusätzlich muss der Anspruchsteller jedoch den Nachweis nach Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 i. V. m. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 erbringen. Dies ist nicht geschehen. Ferner stellt das EEG 2009 Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber von Bestandsanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2004 gegenüber dem EEG 2004 besser, indem diese nach dem EEG 2009 erstmals KWK-bonusberechtigt sind und darüber hinaus enthält das EEG 2009 gegenüber dem KWK-Bonus aus dem EEG 2004 eine Vergütungserhöhung für den KWK-Strom. Dafür jedoch müssen sie die Voraussetzungen der Anlage 3 EEG 2009 erfüllen.
- 30 Aus den vorgenannten Gründen wird der Zahlungsanspruch erst dann fällig, wenn der Anspruchsteller die Nachweispflichten aus Anlage 3 Nr. II i. V. m. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 erfüllt.

2.2.3 Rechtsfolge bei Vorlage des Umweltgutachtens bei Erfüllung der Anforderungen der Anlage 3 EEG 2009

- 31 Die Clearingstelle EEG weist vorsorglich darauf hin, dass der Anspruchsteller den Anspruch ab Vorlage des Umweltgutachtens rückwirkend geltend machen kann,⁹ sobald der Anspruchsteller die Anspruchsvoraussetzungen der Anlage 3 Nr. I i. V. m. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 erfüllt und dies das Gutachten gemäß Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 für die geltend gemachten Vergütungszeiträume entsprechend nachweist.
- 32 Denn der Anspruch auf den KWK-Bonus besteht zwar bereits ab dem Zeitpunkt, ab dem der Anspruchsteller die Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 i. V. m. Anlage 3 Nr. I EEG 2009 erfüllt. Dies war – vorbehaltlich der Erfüllung der hier nicht streitgegenständlichen Anspruchsvoraussetzungen aus Anlage 3 Nr. I EEG 2009 – ab dem 1. Januar 2009 der Fall.
- 33 Jedoch wirken vergütungsbezogene Nachweise, die Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber dem Netzbetreiber zu erbringen haben, wie eine gesetzliche Fälligkeitsbestimmung.¹⁰ Der Vergütungsanspruch ist daher erst dann vom Netzbetreiber zu erfüllen, wenn der gesetzlich vorgesehene Nachweis – hier der Nachweis gemäß Anlage 3 Nr. II.2 Anlage 1 EEG 2009 – geführt ist.¹¹
- 34 Ob der Anspruchsteller im vorliegenden Fall zum Zwecke der Fälligstellung bzw. Durchsetzung seines Anspruches einen oder mehrere Nachweise zu erbringen hat, hängt dabei von der Art der eingesetzten Wärmenutzung ab.
- 35 Denn der Nachweis durch Umweltgutachten gemäß Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 ist nur dann nach der erstmaligen Erbringung erneut bzw. für jedes Jahr erneut zu erbringen,

- wenn die Zulässigkeit der nachzuweisenden Wärmenutzung nach Nr. I.2 i. V. m. Nr. III Anlage 3 EEG 2009 (sog. Positivliste) von der jährlichen Einhaltung bestimmter Größen abhängt (vgl. Rn. 38 und Rn. 39) oder

⁹Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 09.12.2011 – 2011/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2011/12>, Rn. 89; ähnlich auch *Clearingstelle EEG*, Votum v. 29.07.2011 – 2008/28, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/28>, Rn. 79, allerdings zum KWK-Bonus nach dem EEG 2004.

¹⁰Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 09.12.2011 – 2011/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2011/12>, Nr. 3 c) und Rn. 93 f.

¹¹Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 09.12.2011 – 2011/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2011/12>, Rn. 89.

- wenn sich entweder die nachzuweisende Wärmenutzung nach Nr. I.3 (sog. Generalklausel) oder Nr. I.2 i. V. m. Nr. III (sog. Positivliste) Anlage 3 EEG 2009 ändert (vgl. Rn. 42);

im Übrigen reicht ein einmaliger Nachweis (vgl. Rn. 43). Hierzu im Einzelnen:

- 36 **Nachweis als formelle Anspruchsvoraussetzung** Dass der Anspruch von Anfang an besteht und das Gutachten nachträglich vorgelegt werden kann, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Anlage 3 EEG 2009, der zwischen den Voraussetzungen für das Bestehen des Anspruches gemäß Nr. I („Der Anspruch besteht . . .“) und den bei Geltendmachung des Anspruchs zu erbringenden Nachweisen gemäß Nr. II.2 („Der Nachweis . . . wenn der KWK-Bonus geltend gemacht wird.“) unterscheidet. Auch aus der Systematik kann hergeleitet werden, dass der Anspruch ab Erfüllen der in Anlage 3 Nr. I EEG 2009 geregelten Voraussetzungen besteht. Denn Anlage 3 Nr. I EEG 2009 regelt die „Anspruchsvoraussetzungen“ und Nr. II „Erforderliche Nachweise“. Anlage 3 Nr. I EEG 2009 nimmt auch keinen Bezug auf Anlage 3 Nr. II EEG 2009, deren Voraussetzungen daher nicht für das *Entstehen* des Anspruchs erfüllt sein müssen.
- 37 Welche Rechtsnatur die Nachweispflichten aufweisen, d. h. ob es sich um ein Zurückbehaltungsrecht¹² oder eine gesetzliche Fälligkeitsbestimmung¹³ handelt, ist nicht entscheidungserheblich. Im Ergebnis sind die Nachweispflichten keine materielle Anspruchsvoraussetzung.¹⁴ Vielmehr kann der Anspruchsteller erst dann – auch rückwirkend – den Anspruch durchsetzen, wenn dieser die erforderlichen Nachweise – hier das Umweltgutachten – erbringt.
- 38 **Einmaliger oder jährlicher Nachweis** In Abhängigkeit von der konkreten Wärmenutzung ist dabei zur Durchsetzung des Anspruches entweder ein einmaliger Nachweis, ein erneuter oder ein jährlicher Nachweis erforderlich.

¹²Schäferhoff, in: Reshöft, EEG 2009, 3. Aufl. 2009, Anlage 3 Rn. 23; Loibl, in: Biogasanlagen im EEG 2009, 1. Aufl. 2009, „Der KWK-Bonus“, S. 144 Rn. 11.

¹³Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 21.06.2012 – 2012/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/6>, Rn. 49, 65; Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 09.12.2011 – 2011/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2011/12>, Rn. 89, 92 und 97.

¹⁴Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 09.12.2011 – 2011/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2011/12>, Rn. 92.

- 39 Enthält die nachzuweisende Wärmenutzung jährlich einzuhaltende Ober-/Untergrenzen, die schwanken können, so ist die Einhaltung dieser Anforderungen an die konkrete Wärmenutzung auch **jährlich** durch ein Umweltgutachten i. S. v. Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 nachzuweisen. Die Positivliste regelt für einige Wärmenutzungen Mindestanforderungen, die am konkreten Kalenderjahr festgemacht werden. Wärmenutzungen mit jährlich einzuhaltenden Voraussetzungen sind z. B. die Begrenzung der Vergütung auf 200 kWh pro Quadratmeter Nutzfläche im Jahr nach Anlage 3 Nr. III.1 EEG 2009 („im Jahr“) und die Beheizung von Tierställen bei der Sauenhaltung in Anlage 3 Nr. III.5 b) EEG 2009 (Obergrenzen pro Sau pro Jahr).
- 40 Der Nachweis gemäß Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 (Nachweis, dass eine zulässige Wärmenutzung vorliegt) ist aber in bestimmten Fällen nach Sinn und Zweck nur **einmalig** zu erbringen.
- 41 Jedenfalls bei *erstmaliger* Geltendmachung des KWK-Bonus muss die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber die Erfüllung der Voraussetzungen nach Anlage 3 Nr. I.2 oder I.3 EEG 2009 (KWK-Wärmenutzungskonzept) durch ein Umweltgutachten gemäß Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 nachweisen, damit der Anspruch fällig bzw. durchsetzbar wird.
- 42 Ein **erneuter** Nachweis ist zudem erforderlich, wenn das Wärmenutzungskonzept als solches, also die Art der Wärmenutzung *geändert* wird.¹⁵ Die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sind insofern gegenüber dem Netzbetreiber dann auch zur Mitteilung verpflichtet, dass sich die Wärmenutzung und somit die Anspruchsvoraussetzungen für den geltend gemachten KWK-Bonus geändert haben, § 45 EEG 2009.
- 43 Die Prüfung und der Nachweis, ob das Wärmekonzept den Vorgaben von Anlage 3 Nr. I.2 oder Nr. I.3 EEG 2009 entspricht, muss jedoch dann nicht jährlich erfolgen, sondern es genügt die **einmalige** Vorlage, wenn sich die Wärmenutzung nach der erstmaligen Geltendmachung bzw. der erstmaligen Durchsetzbarkeit des KWK-Bonus *nicht mehr geändert* hat und (kumulativ) die konkrete Wärmenutzung *keine jährlich einzuhaltenden Voraussetzungen* erfüllen muss (Rn. 39). In den Fällen, in denen der Nachweis über die KWK-Strommenge nicht durch Herstellerunterlagen (vgl. Anlage 3 Nr. II.1 Satz 3 EEG 2009), sondern durch die jährliche Bescheinigung einer Umweltgutachterin bzw. eines -gutachters (vgl. Anlage 3 Nr. II.1 Satz 2 EEG 2009) zu erfolgen hat, können diese zudem in ihrer Bescheinigung ggf. zugleich feststel-

¹⁵Rostankowski/Vollprecht, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 3. Aufl. 2011, Anlage 3 Rn. 99; Loibl, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG, 2. Aufl. 2011, S. 179 Rn. 6.

len, dass sich die konkrete Art der Wärmenutzung nicht verändert hat.¹⁶ Generell können Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber bei gleichbleibender Wärmenutzung jährlich mitteilen, dass die Wärmenutzung unverändert geblieben ist, um Nachfragen zu vermeiden. Zwingend ist dies jedoch nicht. Denn bleibt die Mitteilung aus, darf der Netzbetreiber daraus schließen, dass die Wärmenutzung nach wie vor unverändert ist.

- 44 Dieses Ergebnis lässt sich schon dem Wortlaut von Nr. II.2 Anlage 3 EEG 2009 entnehmen. Denn die Formulierung „Der Nachweis ... ist zu erbringen, ... wenn der KWK-Bonus geltend gemacht wird“ im Halbsatz 2 bedeutet nicht zwingend, dass das Umweltgutachten jährlich zu erbringen ist; er kann sich auch lediglich auf die erstmalige Geltendmachung beziehen.
- 45 Dafür, dass der Nachweis über die zulässige Wärmenutzung nicht zwingend jährlich zu erbringen ist, spricht auch in systematischer Hinsicht der Vergleich mit dem Wortlaut von Nr. II.1 Satz 1 und Satz 2 Anlage 3 EEG 2009. Darin ist ausdrücklich geregelt, dass der Nachweis in Form einer umweltgutachterlichen Bescheinigung, dass und inwieweit es sich um Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG handelt, jährlich erbracht werden muss. Im Umkehrschluss ist dies beim Nachweis über die zulässige Wärmenutzung nicht erforderlich. Denn der Gesetzgeber hat im ersten Fall bewusst eine entsprechende Anordnung getroffen. Hätte er auch für die in Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 geregelten Voraussetzungen eine jährliche Beibringung eines Umweltgutachtens für erforderlich gehalten, so hätte er dies ebenfalls ausdrücklich geregelt.
- 46 Die einmalige Vorlage des Umweltgutachtens nach Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2009 bei gleichbleibenden Anforderungen an die Wärmenutzung (Anlage 3 Nr. I.3, Nr. II.3, 4, 6 und 7 EEG 2009) im Gegensatz zu dem Nachweis aus Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2009, der jährlich zu erbringen ist, ergibt sich zudem aus der Gesetzesbegründung zu Anlage 3 EEG 2009:

„Der Anlagenbetreiber muss danach jährlich durch eine Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters nachweisen, dass es sich um KWK-Strom im Sinne des KWKG handelt.“¹⁷

¹⁶Eine in jedem Fall erforderliche Mitteilung durch eine Umweltgutachterin bzw. einen -gutachter darüber, dass sich die Wärmenutzung nicht verändert hat, verlangen hingegen *Rostankowski/Vollprecht*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar*, 3. Aufl. 2011, Anlage 3 Rn. 99; *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG*, 2. Aufl. 2011, S. 179 Rn. 6.

¹⁷BT-Drs. 16/8148, S. 81; *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 21.06.2012 – 2012/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/6>, Rn. 65.

Die jährliche Vorlage bezieht sich auf den Nachweis nach Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2009, während es zum Nachweis i. S. v. Nr. II.2 heißt:

„Das Erfordernis einer sinnvollen Wärmenutzung nach Nummer I.2 oder I.3 ist *bei Geltendmachung* des Anspruchs durch ein Umweltgutachter-Gutachten nachzuweisen.“¹⁸

- 47 Schließlich ist auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift in denjenigen Fällen kein – ggf. erhebliche Kosten verursachendes – erneutes Umweltgutachten zu fordern, in denen sich dieses Gutachten¹⁹ in der Feststellung erschöpft, dass die dem Netzbetreiber mitgeteilte und bereits per erstmaligem Umweltgutachten nachgewiesene Wärmenutzung unverändert geblieben ist.
- 48 Welches Wärmenutzungskonzept der Anspruchsteller im konkreten Fall umsetzt, haben die Parteien nicht mitgeteilt. Welchen bzw. welche Nachweise der Anspruchsteller zu erbringen hat, kann daher in diesem Votum entschieden werden. Sofern eine nachträgliche (ggf. nachträgliche jährliche) Nachweisführung über die einschlägigen Anspruchsvoraussetzungen noch möglich ist, kann das (oder können die) Gutachten auch nachträglich erbracht und die Vergütung nachträglich ausgezahlt werden.

Dr. Brunner

Dibbern

Dr. Lovens

¹⁸BT-Drs. 16/8148, S. 81; Hervorhebung nicht im Original.

¹⁹Insbesondere bei einem Gutachten – Nachweis – der KWK-Strommenge gemäß Anlage 3 Nr. II.1 Satz 3 EEG 2009 über die Herstellerunterlagen.