

Votum

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

Leitsätze:

- 1. Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sind nicht verpflichtet, für den Erhalt des KWK-Bonus nach § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 einen geeichten Wärmemengenzähler einzusetzen; § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG ist weder direkt noch analog auf § 8 Abs. 3 EEG 2004 anwendbar.**
- 2. Die Einhaltung der Bestimmungen nach dem EichG ist keine Anspruchsvoraussetzung für den Erhalt des KWK-Bonus nach § 8 Abs. 3 EEG 2004.**
- 3. Um die Nutzwärmemenge und damit den KWK-Stromanteil und die Höhe des KWK-Bonus i. S. d. § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 nachzuweisen, müssen die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ein Messsystem einsetzen, das die Richtigkeit der ermittelten Messwerte gewährleistet.**
- 4. Bei Verwendung eines geeichten Messgerätes spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die gemessenen Werte den tatsächlichen Verbrauch richtig wiedergeben. Die Clearingstelle EEG legt Anlagenbetreiberinnen und -betreibern daher zur Vermeidung von Streitigkeiten hinsichtlich der Korrektheit der Erfassungswerte nahe, geeichte Wärmemengenzähler zu verwenden, falls dies technisch möglich ist.**

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens und die Mitglieder Reißenweber und Dr. Winkler am 7. Oktober 2011 folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung nach § 5 Abs. 1 Satz 1, § 8 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 auch dann, wenn eine der Einrichtungen zur Erfassung der Nutzwärme nicht geeicht bzw. nicht eichbar ist.

I Tatbestand

- 1 Die Anspruchstellerin betreibt seit 2004 eine Biogasanlage mit einer elektrischen Leistung von 500 kW_{el}. Zunächst wurde die beim Betrieb der Biogasanlage anfallende Wärme jedenfalls zum Teil zur Beheizung des Wohnhauses und des Stalls verwendet. Seit Installierung einer Trocknungsanlage im Jahr 2007 wird die beim Betrieb der Biogasanlage anfallende Kühlwasser- und Abgaswärme jedenfalls zum Teil auch als Prozesswärme in der Trocknungsanlage verwendet.
- 2 Um die Effizienz des Trocknungsprozesses zu erhöhen, wurde ein neuartiger Wärmetauscher installiert, der – anders als übliche Wärmetauschsysteme, die die Wärme der Abluft auf ein flüssiges Wärmeträgermedium (i. d. R. Wasser) übertragen –, sowohl die anfallende Abgaswärme als auch die Kühlwasserwärme des Biogas-Motors direkt an die sodann heiße (Trocknungs-)Luft überträgt (sog. Luft-Luft-Wärmetauscher).

- 3 Die Wärmemessung findet mit einem ungeeichten Messgerät statt. Aus technischen Gründen ist es nicht möglich, die Durchflussmenge von Gasen und damit die an die Trocknungsluft übertragene KWK-Nutzwärmemenge in einem geeichten Messgerät zu erfassen.
- 4 Die Anspruchstellerin legte für das von ihr verwendete Messsystem „Air Delta Energy with RMC 621“ sowohl technische Datenblätter des Herstellers jeweils für die einzelnen Komponenten des Messsystems als auch einen sog. Uncertainty Report für das verfahrensgegenständliche Messsystem vor, in dem u. a. Angaben zu den Fehlern bei der Erfassung des Massen- bzw. Volumenstroms und der Temperatur sowie die zugrundeliegende Wärmekapazität enthalten sind.
- 5 Die Anspruchsgegnerin vergütet die Strommenge, die auf die vom ungeeichten Messgerät erfasste Nutzwärmemenge entfällt, nicht mit dem KWK-Bonus.
- 6 Die Anspruchstellerin ist der Auffassung, dass das in ihrer Anlage verwendete Messsystem zur Erfassung der KWK-Nutzwärme der vom EEG¹ und vom KWKG² geforderten Messgenauigkeit gerecht wird. Dies werde zum einen dadurch deutlich, dass die Messgenauigkeit laut den von der Anspruchstellerin vorgelegten technischen Datenblättern des Herstellers³ der Messgenauigkeit eichfähiger Systeme entspreche. Zudem entspreche die Anwendung des neuen und energieeffizienteren Wärmetauschersystems dem Sinn und Zweck des EEG, da durch das energieeffizientere Wärmetauschersystem bei gleichem Energieträgereinsatz in der Biogasanlage mehr Prozesswärme generiert werden könne, so dass in der Folge auch mehr fossile Energie ersetzt würde.
- 7 Bei Nichtanerkennung der im ungeeichten Messsystem erfassten Nutzwärmemenge

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft gesetzt 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 die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz) v. 19.03.2002 (BGBl. I S. 1092), zum Zeitpunkt der Einleitung dieses Verfahrens zuletzt geändert durch Art. 5 des G. v. 21.8.2009 (BGBl. I S. 2870), nachfolgend bezeichnet als KWKG.

³Endress + Hauser, Technische Informationen: Widerstandsthermometer omnigrad M TR 10; Endress + Hauser, Technische Information: Deltabar S PMD70/75, FMD76/77/78 Differenzdruckmessung; Endress + Hauser, Technische Information RMC621 Durchfluss und Energiemanager Universeller Durchfluss- und Energierechner für Gase, Flüssigkeiten und Wasserdampf.

für den KWK-Bonus wären Anlagenbetreiberinnen und -betreiber aus wirtschaftlichen Gründen – da der KWK-Bonus für den wirtschaftlichen Betrieb der Anlage unabdingbar sei – gezwungen, auf das aufwändigere und weniger energieeffiziente Abgas-Wasser-Luft-Wärmetauschsystem umzurüsten, was nicht dem Sinn und Zweck des EEG entspreche.

- 8 Die Anspruchsgegnerin ist der Auffassung, dass Einrichtungen zur Erfassung der Nutzwärme geeicht sein müssen. Dies ergebe sich aus § 2 Abs. 1 EichG, dem zufolge Messgeräte, die im geschäftlichen oder amtlichen Verkehr verwendet werden, zugelassen und geeicht sein müssen, sofern dies zur Gewährleistung der Messsicherheit erforderlich ist. Nach Ansicht der Anspruchsgegnerin liegt ein solcher geschäftlicher Verkehr vor, da die per Messung ermittelte Menge an Nutzwärme darüber bestimme, für welchen Anteil des erzeugten Stroms der Netzbetreiber der Anlagenbetreiberin bzw. dem -betreiber eine Vergütung mit dem KWK-Bonus zu zahlen habe und die gezahlten Vergütungen darüber hinaus auch im bundesweiten Ausgleich abgerechnet würden. Ebenso ist die Anspruchsgegnerin der Auffassung, dass die Verwendung geeichter Einrichtungen zur Erfassung der Nutzwärme zur Gewährleistung der Messsicherheit erforderlich sei. Sie regt allerdings mangels eigener Kompetenz an, eine Stellungnahme der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt einzuholen. Außerdem stehe es der Anspruchstellerin frei, bei der eichaufsichtlichen Behörde eine Duldung dieser Messeinrichtung zu beantragen.
- 9 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 23. März 2009 und 30. März 2009 haben sich die Anspruchstellerin und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG⁴ (VerfO) durchzuführen. Beide Parteien haben einem schriftlichen Verfahren zugestimmt.
- 10 Mit Beschluss vom 31. August 2009 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Haben die Anspruchsteller einen Anspruch gegen die Anspruchsgegnerin auf Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung (»KWK-Zuschlag«) nach § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1, § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 auch dann, wenn eine der Einrichtungen zur Erfassung der Nutzwärme nicht geeicht bzw. nicht eichbar ist?

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

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 11 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 12 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO⁵ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 13 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 2, 26 Abs. 1 VerfO.
- 14 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Es wurde ein schriftliches Verfahren gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 VerfO durchgeführt. Die Beschlussvorlage für das Votum haben das Mitglied der Clearingstelle EEG Reißerweber, die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Richter und die wissenschaftliche Mitarbeiterin Mutlak erstellt.

2.2 Würdigung

- 15 Die Anspruchstellerin hat einen Anspruch gegen die Anspruchsgegnerin auf Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung nach § 5 Abs. 1 Satz 1, § 8 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 (sog. KWK-Bonus) auch dann, wenn eine der Einrichtungen zur Erfassung der Nutzwärme nicht geeicht bzw. nicht eichbar ist.

2.2.1 Voraussetzungen für den Erhalt des KWK-Bonus nach § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004

- 16 Nach § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 erhöhen sich die Mindestvergütungen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 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 AGFW-Arbeitsblatt FW 308⁶ vorgelegt wird.

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

⁶Arbeitsgemeinschaft für Wärme und Heizkraftwirtschaft e. V. (AGFW): Arbeitsblatt FW 308, Zertifizierung von KWK-Anlagen – Ermittlung des KWK-Stromes vom 22.11.2002, BAnz. Nr. 218a, nachfolgend bezeichnet als AGFW-Arbeitsblatt FW 308.

- 17 **Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG** Nach § 3 Abs. 4 Satz 1 KWKG ist KWK-Strom das rechnerische Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl der KWK-Anlage.
- 18 Nutzwärme und Stromkennzahl sind wiederum in § 3 KWKG legaldefiniert:
- Nutzwärme ist gemäß § 3 Abs. 6 KWKG die aus einem KWK-Prozess ausgekoppelte Wärme, die außerhalb der KWK-Anlage für die Raumheizung, die Warmwasserbereitung, die Kälteerzeugung oder als Prozesswärme verwendet wird.
 - Die Stromkennzahl ist nach § 3 Abs. 7 KWKG das Verhältnis der KWK-Nettostromerzeugung zur KWK-Nutzwärmeerzeugung in einem bestimmten Zeitraum. Die KWK-Nettostromerzeugung entspricht dabei dem Teil der Nettostromerzeugung, der physikalisch unmittelbar mit der Erzeugung der Nutzwärme gekoppelt ist.
- 19 Zwar ist KWK-Strom nach § 3 Abs. 4 Satz 1 KWKG das rechnerische Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl, woraus sich ableiten lässt, dass für die Berechnung des KWK-Stroms die Nutzwärme genau anzugeben bzw. zu erfassen ist.⁷ Daraus lässt sich das Erfordernis eines geeichten Wärmemengenzählers indes nicht ableiten, da Messgeräte auch ohne Eichung genau messen *können*.
- 20 **Nachweis nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308** Das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 enthält eine Anleitung, um den KWK-Anteil der Gesamtstromerzeugung zu ermitteln.⁸ Dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 ist zu entnehmen, dass die Nutzwärmemenge (KWK-Nettowärmeerzeugung) die in einer Berichtszeit **gemessene** Wärmemenge ist.⁹ Anforderungen, die an die Messvorrichtungen zu stellen sind – an solche zur Erfassung des Stroms bzw. an solche zur Erfassung der (Nutz-)Wärme – und damit ein Hinweis auf die Frage, ob geeichte Wärmemengenzähler einzusetzen sind, finden sich jedoch nicht.

⁷Eine Ausnahme davon macht § 3 Abs. 4 Satz 2 KWKG, wonach bei Anlagen, die nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen, die gesamte Nettostromerzeugung KWK-Strom ist, siehe dazu *Clearingstelle EEG*, Votum v. 29.07.2011 – 2008/28, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/28/>.

⁸Eine Ausnahme gilt im Rahmen des § 8 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004 für serienmäßig hergestellte Anlagen bis einschließlich 2 Megawatt elektrischer Leistung, bei denen statt eines Nachweises nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 auch die Vorlage von Herstellerunterlagen möglich ist, aus denen die thermische und elektrische Leistung sowie die Stromkennzahl hervorgehen.

⁹AGFW 2002, Abschnitt 2.2 Produkte und Abgrenzungen, S.12.

21 **Zwischenergebnis** Damit folgt aus § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 bzw. aus § 3 Abs. 4 KWKG und dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 unmittelbar keine Verpflichtung der Anspruchstellerin, einen geeichten Wärmemengenzähler einzusetzen, um den KWK-Bonus nach § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 zu erhalten.

2.2.2 (Weitere) Anforderungen an die Nachweiserbringung

22 **§ 8 KWKG** Eine Verpflichtung der Anspruchstellerin zum Einsatz eines geeichten Wärmemengenzählers ergibt sich auch nicht aus § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG. § 8 KWKG befasst sich ausweislich seiner Überschrift mit dem „Nachweis des eingespeisten KWK-Stroms“. § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG lautet:

„Zur Feststellung der eingespeisten Strommenge *und der abgegebenen Nutzwärmemenge* hat der Netzbetreiber auf Kosten des Betreibers der KWK-Anlage Messeinrichtungen anzubringen, die den eichrechtlichen Vorschriften entsprechen.“¹⁰

23 Nach § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG ist damit für den Erhalt des Zuschlags nach dem KWKG die Nutzwärmemenge mit einer den eichrechtlichen Vorschriften entsprechenden Messeinrichtung zu erfassen.¹¹

24 Auf den Vergütungsanspruch des KWK-Bonus nach § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 ist § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG und die darin enthaltenen Anforderungen aber nicht anzuwenden. Daher verpflichtet § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG die Antragstellerin nicht, einen geeichten Wärmemengenzähler einzusetzen. In § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 wird nicht auf § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG, sondern auf § 3 Abs. 4 KWKG (materielle Voraussetzung) bzw. auf das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 (Anforderung an den Nachweis über das Vorliegen der materiellen Voraussetzung) verwiesen. Einen Verweis bzw. eine Bezugnahme auf § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG enthält weder § 3 Abs. 4 KWKG noch das AGFW-Arbeitsblatt FW 308.

25 § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 verlangt, dass dem Netzbetreiber ein Nachweis darüber, dass es sich um KWK-Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG handelt nach dem

¹⁰Hervorhebung nicht im Original.

¹¹Eine Ausnahme hiervon bildet wiederum § 8 Abs. 2 Satz 1 KWKG, wonach Betreiber kleiner KWK-Anlagen, die nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen, von den Mitteilungspflichten nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KWKG und der Messung der abgegebenen Nutzwärme befreit sind.

AGFW-Arbeitsblatt FW 308 vorgelegt wird. Darüber hinausgehende Anforderungen an die Nachweisführung – etwa eine ähnliche Pflicht zur Nutzung geeichter Messgeräte wie in § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG – enthält § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 nicht.

- 26 Zwar mögen – bei einem systematischen Vergleich mit dem KWKG – Berechnungen nach dem AGFW-Arbeitsblatt FW 308 für die Zwecke des § 8 Abs. 1 KWKG in der Regel auf Basis von mit geeichten Wärmemengenzählern ermittelten Werten erfolgen. Denn die mit den – gem. § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG geeichten – Zählern erfassten Mengen an eingespeistem Strom und an Nutzwärme dienen als Grundlage für die von § 8 Abs. 1 Satz 5 bis Satz 8 KWKG geforderte, nach den anerkannten Regeln der Technik von einem Sachverständigen zu erstellende jährliche Abrechnung. Die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik wird dabei gem. § 8 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 KWKG vermutet, wenn das Sachverständigengutachten nach den Grundlagen und Rechenmethoden des AGFW-Arbeitsblatt FW 308 erstellt wurde.
- 27 Allein aus dem Verweis des § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 auf das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 lässt sich jedoch nicht folgern, dass die entsprechenden Berechnungen – so wie für die Zwecke des § 8 Abs. 1 KWKG – stets auf Basis geeichter Wärmemengenzähler erfolgen müssen. Hätte sich der Gesetzgeber des § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG zur Nachweisführung im EEG 2004 bedienen wollen, hätte er neben dem Verweis auf das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 auch einen Verweis auf § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG aufnehmen können und müssen, was aber nicht erfolgt ist.
- 28 Auch eine analoge Anwendung des § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG und die damit einhergehende Verpflichtung zur Vorhaltung eines geeichten Wärmemengenzählers scheidet aus. Die analoge Anwendung einer Vorschrift auf einen anderen als den geregelten Sachverhalt setzt voraus, dass bei der zu ergänzenden Vorschrift eine planwidrige Regelungslücke vorliegt und dass die zu ergänzende Vorschrift eine im Wesentlichen vergleichbare Interessenlage wie die zu übertragende Vorschrift regeln soll. Dies ist vorliegend nicht erfüllt. Es liegt jedenfalls keine planwidrige Regelungslücke vor. Denn die Nachweisführung über die materiellen Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 ist durch die Inbezugnahme auf das AGFW-Arbeitsblatt FW 308 und § 8 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004 ausführlich geregelt. Durch die Inbezugnahme von § 3 Abs. 4 KWKG wird deutlich, dass sich der Gesetzgeber der Regelungen im KWKG auch bewusst war und gleichwohl nicht auf § 8 Abs. 1 KWKG verweist. Somit liegt eine eindeutige und abschließende Willensbekundung des Gesetzgebers vor. Für eine analoge Anwendung ist daher mangels planwidriger Regelungslücke schon kein Raum. Die Frage, ob die Regelungszusammenhänge bzw. die Interessenlage des

§ 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 einerseits und des § 8 Abs. 1 Satz 5 bis Satz 8 KWKG andererseits vergleichbar sind, kann somit offen bleiben.

- 29 **§ 2 Abs. 1 Satz 1 EichG** Die Anspruchsgegnerin kann sich auch nicht auf § 2 Abs. 1 Satz 1 EichG¹² berufen. § 2 Abs. 1 Satz 1 EichG schreibt vor, dass Messgeräte, die im geschäftlichen Verkehr verwendet werden, zugelassen und geeicht sein müssen, sofern dies zur Gewährleistung der Messsicherheit erforderlich ist. § 25 Abs. 1 Nr. 1 a EichG normiert ein gem. § 19 Abs. 1 Nr. 3 EichG bußgeldbewehrtes Verbot, im geschäftlichen Verkehr nicht (mehr) geeichte Messgeräte zur Bestimmung der thermischen Leistung zu verwenden.
- 30 Das EEG 2004 verlangt aber nicht die Erfüllung des § 2 Abs. 1 Satz 1 EichG oder sonstiger eichrechtlicher Bestimmungen als *Anspruchsvoraussetzung* für den Vergütungsanspruch nach § 8 Abs. 3 EEG 2004.
- 31 Selbst wenn es sich bei dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreibern und Netzbetreiber nach dem EEG 2004 bzw. bei der Ausbezahlung des KWK-Bonus nach § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 um einen geschäftlichen Verkehr im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 EichG handelt¹³, kann daraus nicht gefolgert werden, dass ungeeichte Messgeräte zur Erfassung von Wärmemengen grundsätzlich nicht geeignet sind.
- 32 Denn der Zweck des Verbotes, nicht geeichte Messgeräte im geschäftlichen Verkehr zu verwenden, bzw. der Zweck der dem Verbot zugrundeliegenden Verpflichtung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 EichG liegt darin, ein richtiges Messen zu gewährleisten; dieser Zweck ist auch dann erfüllt, wenn sich feststellen lässt, dass die von einem Messgerät angezeigten Werte zutreffend sind, auch wenn das Gerät im Zeitpunkt der Ablesung nicht geeicht ist.¹⁴ Der Einsatz nicht geeichter Messgeräte ist daher auch nicht als ein gesetzliches Verbot anzusehen, welches dazu führte, dass die mit einem ungeeichten Gerät ermittelten Werte zur Feststellung bspw. eines tatsächlichen Verbrauches ungeeignet sind.¹⁵ Ist bspw. eine Abrechnung auf Grundlage eines erfassten Verbrauchs vertraglich vereinbart, kommt es für die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung allein darauf an, ob der tatsächliche Verbrauch zutreffend erfasst worden ist; es ist

¹²Gesetz über das Meß- und Eichwesen (Eichgesetz) v. 23.03.1992, (BGBl. I S. 711), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 7.03.2011 (BGBl. I S. 338), nachfolgend bezeichnet als EichG.

¹³Die Klärung eichrechtlicher Einzelfragen ist nicht Aufgabe der Clearingstelle EEG.

¹⁴Vgl. zur Betriebskostenabrechnung von Wasserkosten bei nicht geeichtem Wasserzähler: *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 112/10, Rn. 12 und 13, abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de>.

¹⁵*BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 112/10, Rn. 12 und 13.

dabei grundsätzlich ohne Belang, auf welchem Weg die im Ergebnis zutreffenden Verbrauchswerte ermittelt wurden.¹⁶ Bei Verwendung eines geeichten Messgerätes spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die gemessenen Werte den tatsächlichen Verbrauch richtig wiedergeben.¹⁷ Im Streitfall kommt den von einem nicht geeichten Messgerät abgelesenen Werten die Vermutung ihrer Richtigkeit dagegen nicht zu; in diesem Fall muss im Prozess die Richtigkeit der abgelesenen Werte zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen werden.¹⁸ Daraus folgt, dass bei Nichtvorliegen eines geeichten Wärmemengenzählers im Falle des Nichtanerkennens der ermittelten Werte durch den Netzbetreiber die Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber für die Ermittlung der Nutzwärmemengen und damit für den Nachweis des Anteils an KWK-Strom und der Höhe des KWK-Bonus die Richtigkeit der angegebenen Wärmemengen (gesondert) nachweisen müssen.¹⁹

- 33 Bei dem Erfordernis des Vorliegens eines geeichten Wärmemengenzählers nach dem EichG handelt es sich mithin nicht um eine Vergütungsvoraussetzung nach dem EEG 2004, bei deren Nichtvorliegen der Netzbetreiber die Zahlung des Vergütungsanspruchs verweigern könnte.²⁰
- 34 Zudem besteht im vorliegenden Fall die Besonderheit, dass die Anspruchstellerin geltend macht, dass es aus technischen Gründen nicht möglich sei, die Durchflussmenge von Gasen und damit die an die Trocknungsluft übertragene KWK-Nutzwärme in einem geeichten Messgerät zu erfassen, weshalb die Wärmemessung mit einem ungeeichten Messgerät stattfindet. Zu entscheiden, ob die Anspruchstellerin nach dem EichG aus diesen Gründen von der Eichpflicht ausgenommen ist, ist jedoch nicht Aufgabe der Clearingstelle EEG. Nach § 11 Abs. 1 EichG bestimmen die Landesregierungen oder die von ihnen bestimmten Stellen die für die Ausführung des EichG zuständigen Behörden, soweit nicht die Physikalisch-Technische Bundesanstalt zuständig oder auf Grund des EichG etwas anderes bestimmt ist.

¹⁶BGH, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 112/10, Rn. 13.

¹⁷BGH, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 112/10, Rn. 13.

¹⁸BGH, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 112/10, Rn. 13.

¹⁹Hierzu unter 2.2.4.

²⁰Die Empfehlung 2008/20 der Clearingstelle EEG v. 29.12.2009 behandelt die Frage der Zuständigkeit und Kostentragung für Messeinrichtungen von EEG-Anlagen ohne registrierende Leistungsmessung, die den eingespeisten und bezogenen *Strom* messen. Nach der Empfehlung müssen diese Messeinrichtungen den eichrechtlichen Anforderungen entsprechen. Die Empfehlung nimmt indes nicht zu der Frage Stellung, ob die verfahrensgegenständlichen Wärmemengenzähler den eichrechtlichen Vorschriften entsprechen müssen. Die Frage, welche Folge der Einsatz eines ungeeichten Stromzählers auf den Vergütungsanspruch hat, ist im Übrigen nicht Gegenstand der Empfehlung 2008/20.

2.2.3 Nachweisführung durch die Anspruchstellerin

- 35 Um die Nutzwärmemenge und damit den KWK-Stromanteil und die Höhe des KWK-Bonus i. S. d. § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 nachzuweisen, muss die Anspruchstellerin ein Messsystem einsetzen, das die Richtigkeit der ermittelten Messwerte gewährleistet. Die Anspruchstellerin hat zur Überzeugung der Clearingstelle EEG nachgewiesen, dass das von ihr eingesetzte Messsystem die zu messenden Wärmemengen richtig erfasst. Dies ergibt sich aus einem Abgleich des von der Anspruchstellerin vorgelegten sog. Uncertainty Report für das Messsystem „Air Delta Energy with RMC 621“ zur Messung der Wärmemenge im Abgas des Biogasmotors mit den in der Europäischen Messgeräte-Richtlinie (MID) 2004/22/EG²¹ für Wärmemengenzähler aufgeführten Fehlergrenzen, die die Anspruchstellerin nach Überzeugung der Clearingstelle EEG nicht überschreitet.²²
- 36 Im vorgenannten Uncertainty Report wird die Fehlerquote für den gemessenen Massen- bzw. Volumenstrom mit 1,25 – 1,75 % angegeben. Dieser liegt damit deutlich unter der in der MID 2004/22/EG für Durchflusssensoren von Wärmezählern vorgegebenen relativen Fehlergrenze von 5 %.
- 37 Auch die in der MID 2004/22/EG angeführte relative Fehlergrenze des Temperaturfühlerpaares wird nicht überschritten.
- 38 Überdies wurde im Uncertainty Report eine spezifische Wärmekapazität für den Biogas-Abgasstrom von 1,04 kJ/kgK zugrunde gelegt. Nach Erkenntnis der Clearingstelle EEG ist dieser Wert plausibel.²³ Zudem ist auch bei schwankender Biogas-

²¹Richtlinie 2004/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über Messgeräte, ABl. Nr. L 135 v. 30.04.2004, S. 1–80.

²²Anm. der Clearingstelle EEG: Für Wärmemengenzähler, die in der Eichordnung (Eichordnung v. 12.08.1988, (BGBl. I S. 1657), zuletzt geändert durch Art. 3 § 14 des Gesetzes v. 13.12.2007, (BGBl. I S. 2930)) in der Anlage 22 (Messgeräte für thermische Energie) Abschnitt 1 aufgeführt sind, werden – im Gegensatz zu anderen Messgeräten – keine mitgliedstaatsspezifischen Fehlergrenzen angeführt. Statt dessen sind nach 2.2 der Anlage 22 der Eichordnung die in Anhang MI-004 der MID 2004/22/EG angeführten messgerätespezifischen Anforderungen inklusive Fehlergrenzen einschlägig. Die dort angeführten Fehlergrenzen können somit als Maßstab für eine hinreichende Genauigkeit eines Messsystems angesetzt werden.

²³Dies ist nach Auskunft des Instituts für Technische Thermodynamik der TU Dresden v. 15.09.2011 unter Zugrundelegung typischer Abgaszusammensetzungen bei Biogasanlagen (Auskunft der *Bayerischen Landesanstalt für Landwirtschaft (LfL), Institut für Landtechnik und Tierhaltung*, Abgaszusammensetzung biogasbetriebener BHKW, v. 14.09.2011) ein für die SATP-Normtemperatur von 25 °C typischer Wert. Die spezifische Wärmekapazität ist temperaturabhängig und nimmt mit steigender Temperatur bei gleicher Abgaszusammensetzung zu. In der Folge wird – falls das verwendete Rechenwerk diese Temperaturabhängigkeit nicht berücksichtigt, wozu die zur Akte gereichten Unterlagen keine Aussagen enthalten – die spezifische Wärmekapazität und damit die tatsächlich

und damit zusammenhängender Abgaszusammensetzung von einer Unsicherheit von ca. 1 % für die spezifische Wärmekapazität des Abgases auszugehen. Damit ist jedenfalls anzunehmen, dass die in der MID 2004/22/EG für vollständige Wärmemengenzähler der Genauigkeitsklassen 1 – 3 aufgeführten Fehlergrenzen, die sich ausweislich der Norm durch Addition der Fehlergrenzen der Teilkomponenten ergeben, von dem von der Anspruchstellerin verwendeten Messsystem unterschritten werden.

2.2.4 Hinweis der Clearingstelle EEG

- 39 Das hier gefundene Ergebnis ist unter dem EEG 2009²⁴, also für den Anspruch auf den KWK-Bonus für Bestandsanlagen gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 8 Abs. 3 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 EEG 2004, entsprechend anwendbar. Abweichend von Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 25. Oktober 2008²⁵, durch welchen zum 1. Januar 2009 die Vorschriften des EEG 2004 außer Kraft und gleichzeitig die des EEG 2009 in Kraft gesetzt wurden, ordnet § 66 Abs. 1 EEG 2009 an, dass für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009 anstelle *bestimmter* Normen des EEG 2009 das EEG 2004 weiter anzuwenden ist. § 66 Abs. 1 EEG 2009 nimmt die Anlage 3 EEG 2009 zum KWK-Bonus für Bestandsanlagen grundsätzlich aus²⁶, mit der Folge, dass die Vorschrift für den KWK-Bonus des EEG 2004 (§ 8 Abs. 3 EEG 2004) für diese fortbestehen.
- 40 Es obliegt Anlagenbetreiberinnen und -betreibern zwar nicht, einen geeichten Wärmemengenzähler einzusetzen. Da es ihnen allerdings obliegt, ein Messsystem einzusetzen, das die Richtigkeit der ermittelten Messwerte gewährleistet, legt die Clearingstelle EEG zur Vermeidung von Streitigkeiten Anlagenbetreiberinnen und -betreibern nahe, sofern möglich, geeichte Wärmemengenzähler einzusetzen. Denn

ausgekoppelte Wärmemenge systematisch unterschätzt. Da das Erfordernis der Verwendung genauer Messgeräte im geschäftlichen Verkehr nicht dazu dient, Anlagenbetreiberinnen und -betreiber vor systematischer Selbstbenachteiligung zu schützen, ist in dieser Hinsicht gegen die verwendete Messanordnung nichts einzuwenden.

²⁴Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 1 des G. v. 12.4.2011 (BGBl. I S. 619), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009.

²⁵BGBl. I S. 2074, 2099.

²⁶Unbeachtet der Maßgabe des § 66 Nr. 3 EEG 2009, die für das vorliegende Votumsverfahren ohne Relevanz ist.

die Verwendung eines geeichten Messgerätes begründet eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die gemessenen Werte den tatsächlichen Verbrauch richtig wiedergeben.

Dr. Lovens

Reißenweber

Dr. Winkler