

2014/4

12. Mai 2014

Schiedsspruch

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

In dem schiedsrichterlichen Verfahren

1. [...]

– Partei zu 1 und Schiedsklägerin –

2. [...]

– Partei zu 2 und Schiedsbeklagte –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, das Mitglied Dr. Brunner und die Technische Koordinatorin Dr. Mutlak am 12. Mai 2014 folgenden Schiedsspruch:

Die Partei zu 1 hat gegen die Partei zu 2 einen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung (KWK-Bonus) aus § 27 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009¹ auch dann, wenn eine der Einrichtungen zur Erfassung der Nutzwärme nicht geeicht ist.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle EEG:

Wenn und soweit die Partei zu 2 geringere oder höhere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Schiedsspruchs

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 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 <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/arbeitsausgabe>.

auf den verfahrensgegenständlichen Vergütungszeitraum ergibt, so liegen hinsichtlich diesbezüglicher Nachzahlungen der Partei zu 2 an die Partei zu 1 bzw. Rückzahlungen der Partei zu 1 an die Partei zu 2 die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 38 Nr. 4 EEG 2012² vor.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien sind uneins, ob die Partei zu 1 gegen die Partei zu 2 einen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung (KWK-Bonus) aus § 27 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009 hat, wenn eine der Einrichtungen zur Erfassung der Nutzwärme nicht geeicht ist. Zwischen den Parteien ist dagegen unstreitig, dass davon abgesehen die weiteren Voraussetzungen für den KWK-Bonus vorliegen und dies durch das Gutachten für das Kalenderjahr 2009 nach § 27 EEG 2009 vom 3. Februar 2010³ – erstellt durch [...], geprüft durch den Umweltgutachter [...] – nachgewiesen wurde.
- 2 Die Partei zu 1 betreibt seit März 2009 eine Biogasanlage. Ausweislich des Umweltgutachtens weist die Biogasanlage eine Leistung von 237 kW_{el} und 170 kW_{th} auf. Bei dem verfahrensgegenständlichen Anlagentyp handelt es sich um eine Brennstoffzelle. Die Anlage verfügt über eine Vorrichtung zur externen Abwärmeabfuhr (hier: Abgasbypass um den abgasseitigen Wärmetauscher der Brennstoffzelle). Im Jahr 2009 wurde der Bypass um den Wärmetauscher nicht messtechnisch überwacht. Die bei der Stromerzeugung gewonnene Wärme wurde als Prozesswärme bzw. als Heizwärme genutzt.
- 3 Im Kalenderjahr 2009 wurde die Nutzwärme über zwei nicht geeichte Messeinrichtungen – einen Wärmemengenzähler „WRG BWW“ zur Erfassung der Warmwassererzeugung für Brauereiprozesse sowie einen Wärmemengenzähler „WRG Heizung“ zur Erfassung der Heizungswärmeerzeugung, beide vom Hersteller [...] – gemessen. Es handelt sich dabei um induktive Durchflussmesser mit PT 100 Vor- und Rücklauftemperaturmessung. Die Messwerte wurden in der SPS-Anlagensteuerung ver-

²Gesetz 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 energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

³Im Folgenden: Umweltgutachten.

arbeitet und in der Gebäudeleittechnik visualisiert. Nachträglich wurden zusätzlich geeichte Wärmemengenzähler durch die Partei zu 1 installiert.

- 4 In dem Umweltgutachten wird hinsichtlich des Wärmemengemesssystems ausgeführt:

„Es sind derzeit keine geeichten Messgeräte für die Wärmeabgabe aus der Brennstoffzelle vorhanden; wie auf dem Blockschaltbild ersichtlich handelt es sich um betriebliche Messungen, die in der Gebäudeleittechnik visualisiert werden. Da aufgrund der Anlagentechnik die vom Betreiber genannten ausgekoppelten Wärmemengen nachvollziehbar sind, kann aus fachlicher Sicht auf dieser Basis die Wärmemenge mit ausreichender Sicherheit ermittelt werden.

Zusätzlich wird ein pauschaler Abschlag von 2 % vorgenommen, um das Fehlen von geeichten Wärmemengenzählern zu berücksichtigen.⁴

...

Es werden derzeit keine geeichten Systeme zur Ermittlung der ausgekoppelten Wärmemengen eingesetzt. Hier ist ein geeichtes Wärmemengemesssystem erforderlich.“⁵

- 5 Die Partei zu 1 behauptet, geeichte Zähler seien für die Steuerung der Anlage nicht geeignet, da sie mechanisch vor Ort abgelesen werden müssten und keine Daten in Echtzeit an die Steuerung übermitteln könnten. Durch die in der Anlage möglichen hohen Temperaturen sei außerdem die Auswahl an geeigneten geeichten Wärmemengenzählern begrenzt. Die anlageneigenen betrieblichen Messverfahren hätten aufwändig von einem Eichbeamten während des Betriebs geeicht werden müssen. Die Kosten dafür wären unverhältnismäßig hoch gewesen. Schließlich bestätige der nachträglich zusätzlich installierte geeichte Wärmemengenzähler die Richtigkeit der Werte der ungeeichten Messeinrichtungen.
- 6 Die Partei zu 2 bezweifelt, dass das Ergebnis des Votums 2008/35⁶ der Clearingstelle EEG auch auf den Geltungsbereich des EEG 2009 übertragbar sei.

⁴Umweltgutachten S. 4.

⁵Umweltgutachten S. 6.

⁶Clearingstelle EEG, Votum v. 07.10.2011 – 2008/35, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/35>.

- 7 Dem schiedsrichterlichen Verfahren lag folgende Frage zugrunde:

Hat die Partei zu 1 gegen die Partei zu 2 einen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung (KWK-Bonus) aus § 27 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009 auch dann, wenn eine der Einrichtungen zur Erfassung der Nutzwärme nicht geeicht oder nicht eichfähig ist?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 8 Das schiedsrichterliche Verfahren ist gemäß dem zwischen den Parteien und der Clearingstelle EEG abgeschlossenen Schiedsvertrag (Schiedsvereinbarung und Schiedsrichtervertrag) durchgeführt worden. Das schiedsrichterliche Verfahren hat gemäß Ziffer 9 des Schiedsvertrages durch dessen Unterzeichnung durch die Parteien und die Clearingstelle EEG am 27. Februar 2014 begonnen. Es wurde auf Grund der Ziffer 8.1 des Schiedsvertrags das Verfahren auf dem Schriftwege durchgeführt. Beide Parteien hatten bis zum 28. Februar 2014 und letztmalig bis zum 13. März 2014 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme. Der Schiedsspruch ergeht auf der Grundlage der vorliegenden Erkenntnisse.

2.2 Würdigung

- 9 Die Partei zu 1 hat gegen die Partei zu 2 einen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung (KWK-Bonus) aus § 27 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009 auch dann, wenn eine der Einrichtungen zur Erfassung der Nutzwärme nicht geeicht war. Denn zum einen ist die Einhaltung des Eichrechts wie schon unter dem EEG 2004 auch unter dem EEG 2009 keine Vergütungsvoraussetzung (dazu Abschnitt 2.2.1), zum anderen wurde im verfahrensgegenständlichen Fall die hinreichende Genauigkeit der nicht geeichten Messeinrichtungen nachgewiesen (dazu Abschnitt 2.2.2).

2.2.1 Einhaltung des Eichrechts keine Vergütungsvoraussetzung nach EEG 2009 (Fortgeltung des Votums 2008/35 der Clearingstelle EEG)

- 10 Das Ergebnis des Votums 2008/35⁷ der Clearingstelle EEG ist auf Anlagen unter dem EEG 2009 entsprechend anwendbar bzw. übertragbar. Zwar gilt das Eichrecht auch für Messeinrichtungen im Sinne des EEG 2009,⁸ dies hat aber nicht zur Folge, dass Netzbetreiber die Vergütungszahlung allein deshalb verweigern dürfen, weil die eichrechtlichen Vorschriften nicht eingehalten wurden.⁹
- 11 Verstöße gegen das Eichrecht haben – neben etwaigen Sanktionen durch die Eichbehörden – zur Folge, dass keine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit der Messwerte besteht.¹⁰ Sind Strommengen durch geeichte Zähler erfasst worden, so besteht hingegen eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit der Messung.¹¹ Daher haben – im Falle des Bestreitens der Richtigkeit der Messwerte durch den Netzbetreiber – die Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber die Richtigkeit der Messwerte bei nicht geeichten Zählern auf anderem Wege plausibel darzulegen und ggf. zu beweisen, beispielsweise durch Messwerte aus dem Datenlogger der Fotovoltaikinstallation (oder des Wechselrichters) verbunden mit einem Abgleich von Messreihen dieser Messeinrichtung mit zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt erhobenen Messreihen einer eichrechtskonformen Messeinrichtung.¹²
- 12 Daraus folgt, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber nicht verpflichtet sind, für den Erhalt des KWK-Bonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009 einen geeichten Wärmemengenzähler einzusetzen; § 8 Abs. 1 Satz 2 KWKG ist weder direkt noch analog auf § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009 anwendbar. Die Einhaltung der Bestimmungen nach dem EichG ist keine Anspruchsvoraussetzung für den Erhalt

⁷Clearingstelle EEG, Votum v. 07.10.2011 – 2008/35, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/35>.

⁸Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.03.2012 – 2011/2/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2011/2>, Abschnitt 3.10. Dies wurde bereits in der Empfehlung 2008/20 für Anlagen unter Geltung des EEG 2004 festgestellt, vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 29.12.2009 – 2008/20, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/20>.

⁹So auch in einem Fall, in dem ein ungeeichter Wärmemengenzähler unter Geltung des EEG 2004 verfahrensgegenständlich war: Clearingstelle EEG, Votum v. 07.10.2011 – 2008/35, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/35>.

¹⁰Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.03.2012 – 2011/2/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2011/2>, Abschnitt 3.10, Rn. 149.

¹¹Vgl. zur Betriebskostenabrechnung (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>; dem folgend OLG München, Beschl. v. 13.01.2011 – 32 Wx 32/10, CuR 2011, 23.

¹²Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.03.2012 – 2011/2/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2011/2>, Abschnitt 3.10, Rn. 149.

des KWK-Bonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009. Um die Nutzwärmemenge und damit den KWK-Stromanteil und die Höhe des KWK-Bonus i. S. d. § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009 nachzuweisen, müssen die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber jedoch ein Messsystem einsetzen, das die Richtigkeit der ermittelten Messwerte gewährleistet. Dies ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen – hierzu im konkreten Fall Abschnitt 2.2.2.¹³

13 Die Übertragbarkeit des Ergebnisses des Votums 2008/35 der Clearingstelle EEG vom EEG 2004 auf das EEG 2009 ergibt sich im Übrigen aus dem Vergleich des Wortlauts der einschlägigen Vorschriften, die sich diesbezüglich nicht verändert haben.

14 **Wortlaut der EEG-Vorschriften** Die einschlägigen Vorschriften des EEG haben sich – abgesehen von redaktionellen Änderungen – nicht verändert. Während § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 (Voraussetzungen für den Erhalt des KWK-Bonus) lautete

„Die Mindestvergütungen nach Absatz 1 Satz 1 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 Arbeitsblatt FW 308 - Zertifizierung von KWK-Anlagen - Ermittlung des KWK-Stromes vom November 2002 (BAnz. Nr. 218a vom 22. November 2002) vorgelegt wird.“

lautet § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009

„Die Vergütungen erhöhen sich für Strom nach Absatz 1,

1. ...

2. ...

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

¹³Clearingstelle EEG, Votum v. 07.10.2011 – 2008/35, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/35>, Nr. 1-4.

15 Anlage 3 Nr. I und II EEG 2009 sind hinsichtlich der Vorgaben zur Bestimmung der KWK-Strommenge sowie der erforderlichen Nachweise inhaltsgleich zu § 8 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004:

„I. Anspruchsvoraussetzungen

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

1. es sich um Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes handelt ...

II. Erforderliche Nachweise

1. Die Voraussetzung nach Nummer I.1 ist dem Netzbetreiber nach den anerkannten Regeln der Technik nachzuweisen; die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik wird vermutet, wenn die Anforderungen des von der Arbeitsgemeinschaft für Wärme und Heizkraftwirtschaft – AGFW – e. V. herausgegebenen Arbeitsblatts FW 308 – Zertifizierung von KWK-Anlagen – Ermittlung des KWK-Stromes in der jeweils geltenden Fassung nachgewiesen werden. “

16 Es muss sich jeweils um KWK-Strom i. S. d. KWKG¹⁴ handeln, dessen Nachweis nach den anerkannten Regeln der Technik zu führen ist.

17 **Wortlaut KWKG, AGFW Arbeitsblatt FW 308** Ebenfalls im Wortlaut insoweit unverändert sind §§ 3, 8 KWKG sowie das in § 8 Abs. 3 EEG 2004 bzw. Anlage 3 Nr. II EEG 2009 in Bezug genommene AGFW Arbeitsblatt – bei Abfassung des Votums 2008/35 noch Fassung 2002¹⁵, nunmehr Fassung 2009¹⁶ – weshalb die Aussagen in den Randnummern 16 bis 28 des Votums 2008/35 der Clearingstelle EEG auch auf das EEG 2009 übertragbar sind.

¹⁴Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz - KWKG) v. 19.03.2002 (BGBl. I S. 1092), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 101 sowie Art. 4 Abs. 77 des Gesetzes zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes v. 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154), nachfolgend bezeichnet als KWKG.

¹⁵ Arbeitsgemeinschaft 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, Definition „KWK-Nettowärmeerzeugung“ S. 12.

¹⁶Arbeitsgemeinschaft für Wärme und Heizkraftwirtschaft e. V. (AGFW): Arbeitsblatt FW 308, Zertifizierung von KWK-Anlagen – Ermittlung des KWK-Stromes, Januar 2009, Definition „KWK-Nettowärmeerzeugung“, S. 10.

2.2.2 Verfahrensgegenständliche Nachweisführung durch die Partei zu 1

- 18 Die Partei zu 1 hat zur Überzeugung der Clearingstelle EEG hinreichend schlüssig dargelegt, dass die von ihr benutzten nicht geeichten Wärmemengenzähler die zu messenden Wärmemengen richtig erfasst haben. Dies ergibt sich sowohl aus dem Umweltgutachten als auch aus dem Vortrag der Partei zu 1, im Nachhinein zusätzlich einen geeichten Wärmemengenzähler installiert zu haben, der dieselben Messergebnisse erzielt wie die ungeeichten Wärmemengenzähler (s. Rn. 5). Die Partei zu 2 ist diesem Vortrag nicht entgegengetreten.
- 19 Der Abgleich von Messreihen einer ungeeichten Messeinrichtung mit zu einem späteren Zeitpunkt erhobenen Messreihen einer eichrechtskonformen Messeinrichtung stellt eine Möglichkeit zur plausiblen Darlegung der Richtigkeit der Messwerte aus der ungeeichten Messeinrichtung dar.¹⁷ Dies wird durch die Aussage des Umweltgutachters im Umweltgutachten gestärkt, wonach die Messwerte der ungeeichten Wärmemengenzähler im Jahr 2009 nachvollziehbar seien und deshalb aus fachlicher Sicht auf dieser Basis die Wärmemenge mit ausreichender Sicherheit ermittelt werden konnte (s. Rn. 4).

Dr. Brunner

Dr. Lovens

Dr. Mutlak

¹⁷Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.03.2012 – 2011/2/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2011/2>, Abschnitt 3.10, Rn. 149.