

Rechtsanwalt *Hartwig von Bredow*, Berlin*

Wärme-Contracting mit Biogas: Rechtsrahmen eines Zukunftsmodells

Die Einspeisung von aufbereitetem Biogas in das deutsche Erdgasnetz gewinnt zunehmend an Bedeutung. Die Bundesregierung hat sich im Rahmen des integrierten Energie- und Klimaprogramms ehrgeizige Ziele im Bereich der Gaseinspeisung gesetzt und mit der im April 2008 erfolgten Novellierung der Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV)¹ die notwendigen Rahmenbedingungen geschaffen. Mit steigender Einspeisekapazität ergeben sich auch im Bereich des Wärme-Contractings mit Blockheizkraftwerken (BHKW) neue Möglichkeiten. Gegenüber der Verstromung von Erdgas kann die Umstellung eines BHKW auf Biogas eine wirtschaftlich interessante Alternative sein. Die rechtlichen Rahmenbedingungen der Biogaseinspeisung und die Besonderheiten, die sich hieraus für das Wärme-Contracting ergeben, sollen im Folgenden näher dargestellt und untersucht werden.²

I. Vergütungsanspruch beim Einsatz von Biogas

Wirtschaftliche Grundlage der Umstellung bestehender BHKW auf den Biogas-Betrieb ist das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2004)³, das eine garantierte Mindestvergütung für die Stromerzeugung aus Biogas vorsieht. Das novellierte Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2009) soll nach dem Beschluss des Bundestages vom 6. 6. 2008 zum 1. 1. 2009 in Kraft treten.⁴

1. Grundlagen der EEG-Vergütung

Das EEG dient dazu, den Anteil an Strom aus erneuerbaren Energien im Interesse des Klimaschutzes und einer nachhaltigen Energieversorgung zu erhöhen und gewährt zu diesem Zweck Anlagenbetreibern, die unter ausschließlichem Einsatz erneuerbarer Energien Strom erzeugen, eine gesetzlich festgelegte Mindestvergütung.⁵ Diese liegt im Regelfall deutlich über der Vergütung, die ein Anlagenbetreiber durch den freien Verkauf des Stroms erzielen könnte und setzt somit einen wirtschaftlichen Anreiz für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien. Der Vergütungsanspruch besteht ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage für die Dauer von 20 Jahren zuzüglich des Jahres der Inbetriebnahme.⁶ Für Anlagen, deren installierte elektrische Leistung 20 MW übersteigt, besteht nach geltendem Recht (EEG in der Fassung vom 21. 7. 2004) kein Anspruch auf die EEG-Vergütung. Das novellierte Gesetz wird die starre Grenze von 20 MW im Biomassebereich allerdings aufheben.⁷

Der Anspruch auf die EEG-Vergütung besteht nur für den Strom, der dem Netzbetreiber, an dessen Netz die Anlage angeschlossen ist, angeboten wird. Strom, für den die EEG-Vergütung beansprucht wird, kann daher – anders als KWK-Strom nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz⁸ – nicht an einen Dritten veräußert werden.⁹

Anspruchsschuldner ist der den Strom aufnehmende Netzbetreiber. Dieser schuldet die Vergütung auch in dem Fall, dass

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in der auf Energierecht spezialisierten Anwaltskanzlei Schnutenhaus & Kollegen (www.schnutenhaus-kollegen.de). Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser anlässlich des Intensiv-Seminars des Forum Contracting e. V. zum Biomasse-Contracting am 16. 4. 2008 in Leipzig gehalten hat.

1 Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen vom 25. 7. 2005 (BGBl. 2005 I, 2210), zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. 4. 2008 (BGBl. 2008 I, 693).

2 Die meisten Veröffentlichungen beschreiben den Rechtsrahmen und die Vertragsgestaltung bei der Biogaseinspeisung aus der Perspektive des Einspeisenden. Einen guten Überblick bieten Kanngießer, GWF 2007, 408, Grassmann, ZNER 2006, 12 und Schmeding, GWF 2007, 714. Zur Rechtslage nach der Novellierung der Gasnetzzugangsverordnung: Altrock/Schmeding, GWF 2008, 294.

3 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 21. 7. 2004 (BGBl. 2004 I, 1918), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. 11. 2006 (BGBl. 2006 I, 2550).

4 Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 5. 12. 2007 (BT-Drs. 16/8148) sowie die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vom 4. 6. 2008 (BT-Drs. 16/9476). Der Bundestag ist der Beschlussempfehlung ohne Änderungen gefolgt. Die abschließende Behandlung dieses Einspruchsgesetzes im Bundesrat stand zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Manuskriptes (10. 6. 2008) noch aus.

5 Vgl. zum detailliert geregelten Gesetzeszweck § 1 EEG 2004 sowie § 1 EEG 2009.

6 Vgl. § 12 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 bzw. § 21 Abs. 2 Satz 1 EEG 2009.

7 Eine Vergütung des Stromanteils, der die Leistung von 20 MW übersteigt, ist allerdings nur bei der Verstromung von Schwarzlaug, einem Nebenprodukt bei der Herstellung von Zellstoff, vorgesehen.

8 Gesetz für die Erhaltung, Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung vom 19. 3. 2002 (BGBl. 2002 I, 1092). Eine Novellierung des KWK-Gesetzes wurde am 6. 6. 2008 vom Bundestag beschlossen.

9 Die Veräußerung eines Teils des Stroms an Dritte (Direktvermarktung) ist gleichwohl zulässig. Das novellierte EEG wird die Zulässigkeit einer mit hohen volkswirtschaftlichen Kosten verbundenen kurzfristigen Direktvermarktung allerdings einschränken (vgl. § 17 EEG 2009).

das BHKW nicht unmittelbar an sein Netz, sondern an ein eigenes oder von einem Dritten betriebenes Netz – beispielsweise eine Hausanlage, ein Areal- oder ein Objektnetz – angeschlossen ist. Voraussetzung ist lediglich, dass der Strom kaufmännisch-bilanziell in das Netz für die öffentliche Versorgung durchgeleitet wird.¹⁰ Der physikalisch vom Anlagenbetreiber selbst oder von Dritten in räumlicher Nähe verbrauchte Strom muss im Fall der kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung des gesamten in der Anlage erzeugten Stroms allerdings von einem Lieferanten bezogen werden. In Abhängigkeit von den Strombezugskosten und der jeweiligen Höhe der EEG-Vergütung ist es für den Contractor entweder günstiger, den gesamten Strom als EEG-Strom einzuspeisen oder nur den Stromanteil, der den Eigenverbrauch (des Contracting-Nehmers) übersteigt.¹¹

Neben der EEG-Vergütung kann der KWK-Zuschlag nach dem KWK-Gesetz nicht beansprucht werden.¹² Auch besteht – anders als für KWK-Strom – kein zusätzlicher Anspruch auf vermiedene Netzentgelte, da diese in der EEG-Vergütung bereits pauschaliert berücksichtigt sind.

2. EEG-Vergütung beim Einsatz von durchgeleitetem Biomethan

Im Biomassebereich besteht der Anspruch auf die EEG-Vergütung gemäß § 8 Abs. 1 EEG 2004 nur für Strom, der aus Anlagen gewonnen wird, die ausschließlich Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung (BiomasseV)¹³ einsetzen. Biogas, das aus der Vergärung von Biomasse gewonnen wird, gilt dabei gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 5 BiomasseV als Biomasse.

Diese Regelung allein würde jedoch beim Einsatz von durchgeleitetem Biomethan in einem BHKW nicht ausreichen, um einen Vergütungsanspruch zu begründen: Aufgrund der Vermischung des eingespeisten Biomethans mit dem im Gasnetz vorhandenen Erdgas ist ein physikalisch-stofflicher Transport zu der Entnahmestelle des jeweiligen BHKW nicht möglich. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber in § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 eine gesetzliche Fiktion aufgenommen. Danach gilt unter der Voraussetzung, dass die Menge des entnommenen Gases im Wärmeäquivalent der Menge von an anderer Stelle im Geltungsbereich des Gesetzes in das Gasnetz eingespeistem Gas aus Biomasse entspricht, auch das aus dem öffentlichen Gasnetz entnommene Erdgas als Biomasse.¹⁴

3. Vergütungshöhe

Nachfolgend sollen die auf Grundlage des EEG 2004 zu erzielende Vergütung und einige wesentliche Vergütungsbedingungen dargestellt werden. Das EEG 2009, auf das hier nicht im Einzelnen eingegangen werden kann, hält im Wesentlichen an der bestehenden Systematik fest.¹⁵

Die beim Einsatz von Biogas in einem BHKW zu erzielende Vergütung ist in § 8 EEG 2004 näher bestimmt. Danach ist zwischen der Grundvergütung gemäß § 8 Abs. 1 EEG 2004

und verschiedenen Boni (§ 8 Abs. 2 bis 4 EEG 2004) zu unterscheiden.

a) Grundvergütung

Die Höhe der Grundvergütung bestimmt sich nach der Anlagenleistung und dem Inbetriebnahmejahr. Für verschiedene Leistungsstufen sind in § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 unterschiedliche Vergütungssätze vorgesehen. Die Zuordnung der Anlagenleistung zu einer Vergütungsstufe erfolgt dergestalt, dass der Strom anteilig stets auch in der für die niedrigen Leistungsstufen geltenden Höhe vergütet wird. Die Zuordnung zu einer der Leistungsstufen richtet sich dabei nicht nach der installierten elektrischen Leistung, sondern nach der rechnerischen Durchschnittsleistung der Anlage in dem jeweiligen Abrechnungsjahr.¹⁶

Aufgrund der in § 8 Abs. 5 EEG 2004 geregelten Degression verringern sich die Vergütungssätze dabei mit jedem Jahr, um das die Inbetriebnahme später erfolgt, um jeweils 1,5 % gegenüber der für das Vorjahr geltenden Vergütung.¹⁷ Dem Inbetriebnahmejahr des BHKW kommt daher für die Bestimmung der Vergütungshöhe ganz erhebliche Bedeutung zu.

Für ein BHKW, das im Jahr 2008 in Betrieb genommen wird und eine durchschnittliche Anlagenleistung von 400 kW aufweist, beträgt die Grundvergütung bis einschließlich einer Anlagenleistung von 150 kW 10,83 Cent/kWh. Für die verbleibenden 250 kW beträgt die Grundvergütung 9,32 Cent/kWh. Insgesamt erhält das BHKW im Beispielfall eine Grundvergütung in Höhe von 9,89 Cent/kWh. Bei Inbetriebnahme im Jahr 2004 lag die Grundvergütung mit 10,5 Cent/kWh hingegen deutlich höher.

10 Vgl. § 4 Abs. 5 EEG 2004 (§ 8 Abs. 2 EEG 2009). Für einen über Arealnetze hinausgehenden Anwendungsbereich des § 4 Abs. 5 EEG Salje, *Erneuerbare-Energien-Gesetz, Kommentar*, 4. Aufl. (2007), § 4 EEG, Rdnr. 54. Altröck/Oschmann/Theobald, *Erneuerbare-Energien-Gesetz, Kommentar*, 2. Aufl. (2008), § 4 EEG, Rdnr. 110, fasst den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 5 EEG 2004 hingegen deutlich enger.

11 Die Grenzen des Wahlrechts des Anlagenbetreibers sind umstritten, vgl. Salje (o. Fußn. 10), § 4 EEG, Rdnr. 93 m. w. N.

12 § 2 Satz 2 KWKG 2002. Auch die vom Bundestag am 6. 6. 2008 beschlossene Novellierung des KWK-Gesetzes beschränkt den Anwendungsbereich auf Anlagen, für die keine Vergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz beansprucht wird.

13 Verordnung über die Erzeugung von Strom aus Biomasse vom 21. 6. 2001 (BGBl. 2001 I, 1234).

14 Ähnlich § 27 Abs. 2 EEG 2009.

15 Zur Vergütungshöhe auf der Grundlage des EEG 2009 siehe auch unten Ziffer V.

16 Vgl. hierzu im Einzelnen die Regelung des § 12 Abs. 2 EEG 2004 (§ 18 Abs. 2 EEG 2009). Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, Anlagen mit einer hinter der installierten elektrischen Leistung zurückbleibenden Auslastung finanziell nicht zu benachteiligen.

17 Im EEG 2009 ist die Degression einheitlich in § 20 Abs. 2 geregelt. Sie beträgt für Biomasse 1,0 % und erstreckt sich erstmals auch auf die Boni.

b) NawaRo-Bonus

Der Bonus für den Einsatz nachwachsender Rohstoffe (sog. „NawaRo-Bonus“) wird nach dem EEG 2004 bis einschließlich einer Anlagenleistung von 500 kW in Höhe von 6 Cent/kWh gewährt. Für den Stromanteil, der eine Anlagenleistung von 500 kW übersteigt, beträgt der NawaRo-Bonus 4 Cent/kWh.

Voraussetzung für den NawaRo-Bonus ist, dass die in § 8 Abs. 2 EEG 2004 genannten Anforderungen an die Einsatzstoffe eingehalten werden. Danach muss es sich um Pflanzen oder Pflanzenbestandteile handeln, die in landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben oder im Rahmen der Landschaftspflege anfallen und die keiner weiteren als der zur Ernte, Konservierung oder Nutzung in der Biomasseanlage erfolgten Aufbereitung oder Veränderung unterzogen wurden.

Weitere Voraussetzung ist gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2004, dass die Biomasseanlage ausschließlich für den Betrieb mit Stoffen nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2004 genehmigt ist oder dass der Anlagenbetreiber durch ein Einsatzstoff-Tagebuch mit Angaben und Belegen über Art, Menge und Herkunft der eingesetzten Stoffen den Nachweis führt, dass keine anderen Stoffe eingesetzt werden.

Diese Vorgaben betreffen allerdings nur die das Biogas erzeugende Anlage. Mit Bedacht hat der Gesetzgeber hier nämlich nicht den in § 3 Abs. 2 EEG 2004 definierten Begriff der Anlage, sondern klarstellend den Begriff Biomasseanlage gewählt. Dass letztlich der Anlagenbetreiber, d. h. nicht der Betreiber der Biogasanlage, sondern der BHKW-Betreiber die Einhaltung der Voraussetzungen nachweisen muss, ist dabei selbstverständlich.

Gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 dürfen zudem auf demselben Betriebsgelände keine Biomasseanlagen betrieben werden, in denen Strom aus sonstigen Stoffen gewonnen wird.

Im EEG 2009 wird im Wesentlichen an den vorgenannten Voraussetzungen festgehalten. Als neue Anforderung ist die Abdeckung des Gärrestlagers hinzugekommen. Das EEG 2009 konkretisiert die zulässigen Einsatzstoffe und erlaubt den Einsatz bestimmter pflanzlicher Nebenprodukte (vgl. Anlage 2 zu § 27 Abs. 4 EEG 2009).

c) KWK-Bonus

Der Anspruch auf den sog. „KWK-Bonus“ in Höhe von 2 Cent/kWh gemäß § 8 Abs. 3 EEG 2004 besteht nur für Strom im Sinne von § 3 Abs. 4 KWKG.¹⁸ Bei der Berechnung des KWK-Stromanteils, für den danach der Bonus geltend gemacht werden kann, ergeben sich gegenüber der Geltendmachung des KWK-Zuschlags im Sinne des KWK-Gesetzes keine Besonderheiten. Der KWK-Bonus gemäß EEG und der KWK-Zuschlag gemäß KWKG schließen dabei einander aus.

d) Technologie-Bonus

Die Mindestvergütung erhöht sich gemäß § 8 Abs. 4 EEG 2004 um weitere 2 Cent/kWh, wenn das zur Stromerzeugung eingesetzte Biogas auf Erdgasqualität aufbereitet worden ist, es sich also um ein Einspeiseprojekt handelt. Zusätzliche Voraussetzung ist, dass die Anlage auch in Kraft-Wärme-Kopplung betrieben wird. Das Wort „auch“ lässt darauf schließen, dass ein durchgängiger KWK-Betrieb nicht erforderlich ist. Vielmehr sind die Anforderungen an den KWK-Betrieb bereits erfüllt, wenn die Anlage wenigstens zeitweise im KWK-Betrieb gefahren wird.¹⁹ Anders als beim KWK-Bonus nach § 8 Abs. 3 EEG besteht – so die vorgenannten Voraussetzungen gegeben sind – der Anspruch auf den Technologiebonus dabei für den gesamten in der Anlage erzeugten Strom und nicht lediglich für den KWK-Strom.²⁰

Daraus folgt, dass der Technologiebonus auch dann zu zahlen ist, wenn zeitweise – beispielsweise in den Sommermonaten – keine Wärmenutzung erfolgt. Denn der Technologiebonus dient – anders als der KWK-Bonus – nicht dazu, die Kosten der Wärmenutzung auszugleichen, sondern einen Anreiz zum Einsatz einer innovativen Technologie in einer KWK-fähigen Anlage zu setzen. Auch wenn der Betreiber eines BHKW in den Sommermonaten erstmals fiktives Biomethan einsetzt, kann er sofort den Technologiebonus – der im Regelfall auch in den Biomethanpreis einkalkuliert sein dürfte – geltend machen.

Gemäß dem Beschluss des Bundestages zur Novellierung des EEG vom 6. 6. 2008 soll die Zahlung des Technologiebonus bei der Gaseinspeisung allerdings daran geknüpft werden, dass es sich bei dem Strom um KWK-Strom im Sinne des § 3 Abs. 4 KWKG handelt. Der Technologiebonus ist dann – in Abkehr von der bislang geltenden Regelung – nur in einer dem tatsächlichen Umfang der Wärmenutzung entsprechenden Höhe zu zahlen.²¹

4. Zwischenergebnis

BHKW-Betreiber, die ausschließlich durchgeleitetes Biogas einsetzen, können für den in der Anlage erzeugten Strom für die Dauer von 20 Jahren die EEG-Vergütung beanspruchen. Neben der gestaffelten Grundvergütung können in den weit überwiegenden Fällen zusätzlich der NawaRo-Bonus, der KWK- und der Technologie-Bonus geltend gemacht werden. In dem beschriebenen Beispielfall eines im Jahr 2008 in Betrieb genommenen BHKW mit einer Durchschnittsleistung von 400 kW besteht bei Einbeziehung aller Boni daher An-

18 So auch Anlage 3 Ziffer I Nr. 1 zu § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009. Der KWK-Bonus beträgt dann allerdings 3 Cent/kWh und wird an weitere Voraussetzungen geknüpft.

19 Vgl. nur die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/2864, S. 40.

20 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/2864, S. 40.

21 Zu weiteren Änderungen siehe unten V.

spruch auf eine Vergütung in Höhe von 19,89 Cent/kWh.²² Vor dem Hintergrund steigender Erdgaspreise und dem Auslaufen des KWK-Zuschlags nach dem KWK-Gesetz wird offenbar, dass das Wärme-Contracting von durchgeleitetem Biogas trotz der damit verbundenen Zusatzkosten eine wirtschaftliche Alternative zum Contracting auf Erdgas-Basis sein kann.

II. Erleichterungen für die Biomethan-Einspeisung

Die Aufbereitung und Einspeisung von Biogas ist technisch aufwendig und die Einhaltung der maßgeblichen Regelwerke²³ mit hohen Kosten verbunden. Zudem sind Einspeiseprojekte in der Vergangenheit immer wieder auf teils berechnete, teils unberechtigte Einwände der Gasnetzbetreiber gestoßen.

Zugleich soll die Einspeisung von Biogas, durch die in vielen Fällen ein sinnvolles Wärmenutzungskonzept im Biogasbereich erst ermöglicht wird, weiter gefördert werden. Vor diesem Hintergrund hat die Bundesregierung im April 2008 die Aufnahme umfassender Sonderregelungen für die Biogaseinspeisung in der Gasnetzzugangsverordnung und der Gasnetzentgeltverordnung beschlossen. Erklärtes Ziel der Novellierung ist es, bis zum Jahr 2020 die jährliche Einspeisekapazität auf 6 Milliarden Kubikmeter und bis zum Jahr 2030 gar auf 10 Milliarden Kubikmeter zu erhöhen und somit 10 % des heutigen Erdgasverbrauchs abzudecken.²⁴

Die Gasnetzzugangsverordnung enthält nun erstmals ein gesondertes Kapitel zur Einspeisung von Biogas. Neben Regelungen zur Netznutzung und Bilanzierung finden sich hier auch detaillierte Vorschriften für die Herstellung, die Eigentumsverhältnisse und die Kostentragung beim Netzanschluss. Zudem wurden die Voraussetzungen, unter denen der Gasnetzbetreiber den Netzanschluss oder die Netznutzung verweigern kann, enger gefasst. Von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung ist, dass dem Einspeiser ein pauschalierter Ausgleich für vermiedene Netzentgelte in Höhe von 0,7 Cent/kWh eingespeistes Biomethan gewährt wird. Schließlich ist der Gasnetzbetreiber ggf. verpflichtet, die Netzkapazität im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren zu erhöhen.

Ob die Änderungen der Gasnetzzugangsverordnung allein ausreichen, um den vom Gesetzgeber angestrebten Anstieg der Einspeisekapazität sicherzustellen, bleibt allerdings abzuwarten.

III. Bezug und Transport des Biomethans

Ein im Bereich Wärme-Contracting tätiger BHKW-Betreiber, der sein BHKW auf Biogas umstellen möchte, wird regelmäßig nicht zugleich an der Gasaufbereitung und -einspeisung beteiligt sein. Eine Eigenbelieferung ist daher in der Regel nicht möglich. Das Biogas, das in dem BHKW eingesetzt werden soll, muss vielmehr von einem Dritten erworben werden. Damit stellen sich zwei Fragen: Zum einen ist zu klären, wie der Bezug von Biogas vertraglich auszugestalten ist.²⁵ Zum anderen bedarf es näherer Untersuchung, wie das Biogas nach den gas-

wirtschaftlichen Regeln vom Einspeisepunkt zum Betreiber des BHKW transportiert wird.

1. Vertragsverhältnis zwischen Einspeisendem und BHKW-Betreiber

Der Bezug des Biogases erfolgt in der Regel über den Abschluss eines Biomethanlieferungsvertrages. Ein solcher Vertrag ähnelt einem herkömmlichen Gaslieferungsvertrag, da hier der Einspeisende oder ein Händler ähnlich wie ein Gasversorgungsunternehmen die Belieferung eines Kunden an einer bestimmten Entnahmestelle durchführt.

Der Biomethanliefervertrag weist gegenüber gewöhnlichen Erdgaslieferverträgen allerdings einige Besonderheiten auf: So muss der Lieferant im Biomethanliefervertrag eine Garantie dafür übernehmen, dass das gelieferte Biogas in Übereinstimmung mit den Vorgaben des EEG erzeugt, aufbereitet und eingespeist worden ist. Der Lieferant muss insbesondere die Biomasseeigenschaft der für die Gaserzeugung verwendeten Stoffe zusichern. Ist beabsichtigt, für den Strom zusätzlich auch den NawaRo-Bonus geltend zu machen, so muss die Konformität der eingesetzten Stoffe mit § 8 Abs. 2 EEG 2004 (Anlage 2 zum EEG 2009) und die Einhaltung der übrigen dort genannten Voraussetzungen vertraglich vereinbart und nachgewiesen werden.

Der Preis, den der BHKW-Betreiber für das gelieferte Biomethan zu entrichten hat, ist zwischen beiden Vertragspartnern frei vereinbar. Bei der Preisfindung dürften einerseits die Mehrerlöse, die der BHKW-Betreiber bei Einsatz des Biogases im Vergleich zum Erdgaseinsatz erzielen kann, und andererseits die Kosten der Gaserzeugung, Aufbereitung und Durchleitung abzüglich des Entgelts für vermiedene Netznutzung den maßgeblichen Rahmen bilden.

2. Zuordnung von Einspeisemengen zu einem BHKW

Die novellierte Gasnetzzugangsverordnung bietet mit der Einführung gesonderter Biogas-Bilanzkreise mit einem zwölfmonatigen Bilanzierungszeitraum und einem Flexibilitätsrahmen in Höhe von 25 % eine erhebliche Erleichterung für die Bilanzierung und den Transport von Biogas. Damit zeigt die Gasnetzzugangsverordnung zugleich einen Weg auf, wie die Zuordnung einer bestimmten Biogasmenge zu einem BHKW zu vergleichsweise geringen Kosten erfolgen kann.

Allerdings darf die Einführung von gesonderten Biogasbilanzkreisen in der Gasnetzzugangsverordnung nicht zu dem Schluss

22 Die Vergütung wird sich aufgrund der vom Bundestag beschlossenen Novellierung des EEG ab dem 1. 1. 2009 auch für bestehende Anlagen ändern. Insgesamt ist mit einer deutlichen Vergütungssteigerung zu rechnen (siehe unten V.).

23 Dies sind in erster Linie die DVGW-Arbeitsblätter G 260 und G 262.

24 Vgl. § 41a GasNZV sowie Pressemitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 12. 3. 2008 (abrufbar unter www.bmwi.de).

25 Vgl. zur Vertragsgestaltung aus Sicht des Einspeisenden: Kanngießer, GWF 2007, 408 (411 f.).

verleiten, dass die Zuordnung des Biogases zu einem BHKW zwingend im Rahmen des in der Gasnetzzugangsverordnung beschriebenen Transportmodells erfolgen müsse.

Nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 (§ 27 Abs. 2 EEG 2009) muss lediglich gewährleistet sein, dass eine der entnommenen Gasmenge entsprechende Menge an Biogas in das Gasnetz eingespeist worden ist. Im Ergebnis schreibt das EEG daher nicht den virtuellen Transport des Biogases zum BHKW, sondern lediglich die nachvollziehbare Zurechnung einer Einspeisemenge zu einem BHKW vor. Die Zuordnung kann auch auf beliebigen anderem Wege erreicht werden, solange das in § 18 Abs. 1 EEG 2004 (§ 56 EEG 2009) normierte Doppelverwertungsverbot beachtet wird. Danach darf das in ein Gasnetz eingespeistes Biogas nicht mehrfach verkauft oder anderweitig überlassen werden; der Anspruch auf die EEG-Vergütung besteht daher nur, wenn die zur Anspruchsbegründung herangezogene Einspeisemenge nicht bereits in einem anderen BHKW fiktiv verstromt oder als „grünes Gas“ veräußert worden ist.²⁶ Wenn der Einspeiser das Biogas als gewöhnliches Erdgas veräußert, kann eine dem Doppelverwertungsverbot Achtung zollende Zuordnung zu einem bestimmten BHKW auch ohne virtuellen Transport erfolgen. Der BHKW-Betreiber, der das im BHKW eingesetzte Gas in diesem Fall im Rahmen eines gewöhnlichen Erdgaslieferungsvertrages von einem beliebigen Lieferanten bezieht, hätte dann für das Recht, die Biogasmengen seinem BHKW zuordnen zu lassen, ein bestimmtes Entgelt an den oder die Einspeisenden zu entrichten. Gegenüber dem Gasnetzbetreiber kann der BHKW-Betreiber die Anspruchsvoraussetzungen durch Vorlage einer Bestätigung des Einspeisenden nachweisen, aus der die Zuordnung nachvollziehbar hervorgeht.²⁷

3. Nachweispflicht des BHKW-Betreibers

Der BHKW-Betreiber kann das Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004 (§ 27 Abs. 2 EEG 2009) und ggf. auch des NawaRo-Bonus in erster Linie anhand des zwischen ihm und dem Einspeiser bestehenden Vertragsverhältnisses und der Zählerstände am Einspeise- und am Entnahmepunkt nachweisen. In jedem Fall muss der BHKW-Betreiber den Nachweis darüber führen, dass die von ihm in dem BHKW verbrauchte Gasmenge im Wärmeäquivalent einer seinem BHKW zuzuordnenden Gasmenge entspricht.

Nicht ausreichend ist hingegen der Nachweis, dass die Entnahmestelle einem gesonderten Biogas-Bilanzkreis zugeordnet ist. Die Zuordnung zu einem gesonderten Biogas-Bilanzkreis bietet letztlich keine Gewähr dafür, dass eine dem Verbrauch entsprechende Biogasmenge zuvor eingespeist worden ist. Zwar sind negative Mengendifferenzen zwischen der Ein- und Auspeisemenge grundsätzlich unter Nutzung von Biogas auszugleichen.²⁸ Als Nachweis darüber, dass der Ausgleich tatsächlich erfolgt ist oder erfolgen wird, dürften die Vorgaben der Gasnetzzugangsverordnung allerdings nicht ausreichen. Zudem erfolgt der Ausgleich von Minderungen durch den Netzbetreiber im Zweifel mit Biogas, das den Anforderungen bei-

spielsweise des NawaRo-Bonus nicht genügt und daher für den Betreiber eines mit Biogas aus nachwachsenden Rohstoffen betriebenen BHKW ohnehin keine Erleichterung im Fall eines von der Lieferung nicht gedeckten Gasverbrauchs bringt. Andernfalls wäre es erforderlich, zwischen verschiedenen Arten von Biogas-Bilanzkreisen zu unterscheiden. Neben der Unterscheidung zwischen Biogas, das zur Geltendmachung des NawaRo-Bonus berechtigt und solchem, das hierzu nicht berechtigt, müsste entsprechend der beschlossenen Änderungen des EEG auch noch zwischen Biogas, das zur Geltendmachung des Technologiebonus und solchem, das hierzu nicht oder nur in verminderter Höhe berechtigt, unterschieden werden. Hinzu kämen alle Kombinationen, so dass der jeweilige marktgebietsaufspannende Netzbetreiber bis zu sechs verschiedene Biogas-Bilanzkreise einrichten müsste.

IV. Besonderheiten beim BHKW-Betrieb

Das Wärme-Contracting auf Basis von Biogas ist mit besonderen Voraussetzungen verbunden, die nachfolgend dargestellt werden.

1. Wärmelieferung und Ausschließlichkeitsprinzip

Gemäß § 8 Abs. 1 EEG 2004 besteht der Anspruch auf die EEG-Vergütung nur, wenn in der betreffenden Anlage ausschließlich Biomasse im Sinne der BiomasseV eingesetzt wird (sog. „Ausschließlichkeitsprinzip“).²⁹ Bei einem Mischeinsatz – und nach einer Auffassung³⁰ auch beim alternierenden Einsatz von Biogas und gewöhnlichem Erdgas – entfällt der Vergütungsanspruch für den in der Anlage erzeugten Strom insgesamt und nicht nur in einer der auf das Erdgas zurückgehenden Strommenge entsprechenden Höhe.³¹

Aufgrund des Ausschließlichkeitsprinzips muss der BHKW-Betreiber stets sicherstellen, dass die gesamte von ihm für die Wär-

26 Vgl. auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/2864, S. 53.

27 In diesem Sinne Maqua/Grassmann, ZfK, Ausgabe 9/2007, S. 8.

28 Vgl. § 41e Abs. 2 Satz 2 und 3 sowie Abs. 7 Satz 1 GasNZV. Unklar ist, ob innerhalb des Flexibilitätsrahmens verbleibende Differenzen überhaupt auszugleichen sind und ob der Ausgleich auch unterjährig oder nur am Ende des Bilanzierungszeitraums erfolgt.

29 Das Ausschließlichkeitsprinzip bleibt im Wesentlichen auch im EEG 2009 erhalten (vgl. § 16 Abs. 1 EEG 2009), allerdings soll zukünftig neben Biomasse im Sinne der BiomasseV auch andere Biomasse eingesetzt werden dürfen (vgl. § 27 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009).

30 So Altrock/Oschmann/Theobald (o. Fußn. 10), § 8 EEG, Rdnr. 28; in der Kommentierung zu § 5 EEG, dort Rdnr. 17, lässt derselbe diese Frage jedoch ausdrücklich offen.

31 Vgl. allgemein zur Reichweite des Ausschließlichkeitsprinzips Altrock/Oschmann/Theobald (o. Fußn. 10), § 5 EEG, Rdnr. 16 f. Bei NawaRo-Anlagen ist zudem die Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 (Anlage 2 Ziffer VII Nr. 2 zu § 27 Abs. 4 EEG 2009) zu beachten, die nach dem Wortlaut auch bei unbeabsichtigtem Einsatz von anderen Stoffen als Biogas aus nachwachsenden Rohstoffen zum dauerhaften Verlust des Anspruchs auf den NawaRo-Bonus führen kann.

meversorgung benötigte Gasmenge als Biogas zur Verfügung steht. Beim Wärme-Contracting ist dies mit besonderen Herausforderungen verbunden. Da die Gaseinspeisung im Regelfall über das Jahr hinweg gleichmäßig verläuft, die Auspeisung bei einem wärmegeführten BHKW jedoch in Abhängigkeit von der Jahreszeit erheblich schwankt,³² müssen besondere Vorkehrungen getroffen werden, um eine Verletzung des Ausschließlichkeitsprinzips zu vermeiden. Bleibt die Einspeiseleistung beispielsweise deutlich hinter der zugesicherten Kapazität zurück oder fällt die Biogasanlage aus, muss der BHKW-Betreiber auch den Gaseinsatz in dem BHKW verringern. Andernfalls droht der Verlust des Anspruchs auf die EEG-Vergütung.

Gemäß den Vorgaben des EEG 2004 muss der Anlagenbetreiber darüber hinaus sicherstellen, dass die Einspeisemengen, die den von ihm entnommenen Gasmengen entsprechen, stets bereits zum Zeitpunkt der Entnahme im Erdgasnetz vorhanden waren (hier sog. „Prinzip der Vorzeitigkeit“). Andernfalls sind die Anspruchsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt, da die aus dem Gasnetz entnommene Gasmenge dann nicht mehr der an anderer Stelle eingespeisten Biogasmenge entspricht. Wird das BHKW gleichwohl weiter betrieben, so „gilt“ das eingesetzte Gas nicht mehr als Biomasse. Bei strenger Betrachtung liegt daher auch in dem Fall ein Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip vor, dass die negative Mengendifferenz durch die Anpassung der Fahrweise später ausgeglichen wird. Auch die Gesetzesbegründung lässt darauf schließen, dass dem Gasnetz zwar eine Speicher-, nicht jedoch eine Kreditfunktion zukommt und dass daher zwar positive, nicht jedoch negative Differenzen zwischen Ein- und Auspeisemenge zulässig sind.³³ Schließlich verschafft auch die Einführung von eigenen Biogas-Bilanzkreisen,³⁴ in die ausschließlich Biogas eingebracht werden darf, keine Abhilfe. Denn der Ausgleich von negativen Mengendifferenzen erfolgt erst zum Ende des zwölfmonatigen Bilanzierungszeitraums.

Erleichterung verspricht insoweit jedoch die vom Bundestag am 6. 6. 2008 beschlossene Novellierung des EEG: Aufgrund einer erst zwei Tage vor der Verabschiedung des Gesetzes aufgenommenen Regelung gilt aus dem Gasnetz entnommenes Gas als Biomasse, soweit die Menge des entnommenen Gases im Wärmeäquivalent *am Ende eines Kalenderjahres* der Menge von eingespeistem Biogas entspricht. Somit kann die Gesamtmenge des entnommenen Biogases unterjährig auch über der insgesamt zum jeweiligen Entnahmezeitpunkt bereits eingespeisten Gasmenge liegen, solange sichergestellt ist, dass zum Jahresende ein Mengenausgleich erreicht wird.

Damit wird das Prinzip der Vorzeitigkeit zwar aufgegeben. Das Risiko des Anlagenbetreibers, die verbrauchten Gasmengen einer entsprechenden Menge an eingespeistem Biogas zuzuordnen, bleibt jedoch bestehen. Um dieses Risiko zu minimieren, muss der Contractor daher bei einem bedenklichen Verlauf von Ein- und Auspeisung den BHKW-Betrieb zum Jahresende drosseln oder gar unterbrechen. Auf den Mengenausgleich im Rahmen des Biogas-Bilanzkreises kann er sich auch in diesem Fall nicht verlassen, da – wie bereits erläutert³⁵ – hierüber ein Nachweis über das Vorliegen der Vergütungsvoraussetzungen nicht zu führen ist.

Auch rechtspolitisch ist die Regelung – trotz der damit verbundenen Erleichterungen für die Gaseinspeisung – fragwürdig. Ein BHKW-Betreiber könnte danach nämlich den Anspruch auf die EEG-Vergütung geltend machen, ohne ernsthaft den späteren Mengenausgleich zu erwägen. Zudem besteht die Gefahr erheblicher Rückforderungsansprüche des Netzbetreibers gegen den BHKW-Betreiber – auch bei einem unverschuldnet nicht erreichten Mengenausgleich.

Die vorangehenden Überlegungen verdeutlichen, dass der Anlagenbetreiber auch nach Inkrafttreten der EEG-Novelle weiterhin zwischen seiner vertraglichen Wärmelieferpflicht und der Obliegenheit, die Gasentnahme durch eine dem jeweiligen BHKW zuzuordnende Einspeisemenge abzudecken, gefangen ist. Abhilfe kann hier in erster Linie der Einsatz eines mit gewöhnlichem Erdgas betriebenen Reserve- und Spitzenlastkessels verschaffen.

2. Vermeidung von Transportkosten

Die Installation eines mit gewöhnlichem Erdgas oder einem anderen konventionellen Energieträger betriebenen Reserve- und Spitzenlastkessels kann zudem dazu beitragen, die mit der Durchleitung des Biogases verbundenen Kosten zu senken.

Wird die Zuordnung von Einspeisemengen nach dem in der Gasnetzzugangsverordnung geregelten Transportmodell vorgenommen, so ist gemäß § 41e Abs. 8 GasNZV der Bilanzkreisverantwortliche³⁶ verpflichtet, für die Nutzung des tatsächlich in Anspruch genommenen Flexibilitätsrahmens ein pauschales Entgelt in Höhe von 0,1 Cent/kWh zu zahlen. Dabei ist umstritten, ob die 0,1 Cent/kWh nur für die am Ende des zwölfmonatigen Bilanzierungszeitraums verbleibende Abweichung zwischen Ein- und Auspeisemenge zu zahlen ist. Denn die Abweichungen könnten auch im Rahmen der ohnehin erforderlichen täglichen Bilanzierung³⁷ erfasst werden; das Entgelt wäre dann unabhängig davon, ob zum Ende des Bilanzierungszeitraums die Ein- und Auspeisemengen ausgeglichen sind, für jede Abweichung zu zahlen.³⁸ In jedem Fall

32 Bei der Wärmelieferung zu Heizzwecken.

33 Vgl. BT-Drs. 15/2864, S. 49.

34 Vgl. § 41 e Abs. 1 GasNZV.

35 Siehe oben III 3.

36 Dies ist der Einspeisende bzw. der Händler, der die Abwicklung der Netznutzung vom Einspeisenden übernimmt.

37 Vgl. den Beschluss der Bundesnetzagentur (BK7-08-002) vom 28. 5. 2008, wonach ab dem 1. 10. 2008 keine stündliche, sondern eine tägliche Bilanzierung zu erfolgen hat.

38 Volk, ET, Heft 3/2008, 16 (18) lässt diese Frage ausdrücklich offen. Altrock/Schmedding, GWF 2008, 294 (296), unterscheiden insoweit zwischen einer vorzeichen-scharfen Addition und einer Addition ohne Berücksichtigung der Vorzeichen. Im erstgenannten Fall werden die Abweichungen allerdings gerade nicht durch Addition, sondern durch schlichten Mengenvergleich am Ende des Bilanzierungszeitraums festgestellt.

können die Kosten, die mit der Nutzung des Flexibilitätsrahmens verbunden sind, durch eine Abstimmung der Fahrweise von BHKW und Reservekessel gesenkt werden. Entsprechende Anstrengungen sollten dabei vertraglich vereinbart und bei der Vereinbarung des Biogaspreises Berücksichtigung finden.

3. Bedeutung des Flexibilitätsrahmens

In der Gasnetzzugangsverordnung ist vorgesehen, dass bei der Bilanzierung der Ein- und Ausspeisemengen in einem gesonderten Biogas-Bilanzkreis ein Flexibilitätsrahmen in Höhe von 25 % eingeräumt wird. Die Kosten für die Nutzung des Flexibilitätsrahmens bleiben mit 0,1 Cent/kWh deutlich hinter den Kosten zurück, die für die Bereitstellung von Ausgleichsenergie anfallen würden. Die Regelung, der erhebliche Bedeutung für die Wirtschaftlichkeit von Einspeiseprojekten und – je nach vertraglicher Ausgestaltung – auch von Contracting-Projekten auf der Basis von Biogas zukommt, ist dabei in verschiedener Hinsicht auslegungsbedürftig.

Unklar ist, ob der Flexibilitätsrahmen in Höhe von 25 % erst am Ende des Bilanzierungszeitraums, oder auch unterjährig einzuhalten ist. Für die Pflicht, den Bilanzierungszeitraum auch unterjährig einzuhalten, spricht die Gegenüberstellung in § 41e Abs. 5 Satz 1 GasNZV, wonach der Bilanzkreisverantwortliche zum einen sicherzustellen hat, dass die Ein- und Ausspeisemengen innerhalb des Flexibilitätsrahmens verbleiben, und zum anderen dafür Sorge trägt, dass die Ein- und Ausspeisemengen am Ende des Flexibilitätsrahmens ausgeglichen sind. Andererseits legt jedoch § 41e Abs. 7 Satz 1 GasNZV den Schluss nahe, dass der Flexibilitätsrahmen erst am Ende des Bilanzierungszeitraums relevant wird. So sollen nach Ablauf des Bilanzierungszeitraums die den Flexibilitätsrahmen übersteigenden Differenzen mit Ausgleichsenergie kostenpflichtig auszugleichen sein. Hingegen fehlt eine Regelung zum Ausgleich von oder zu Pönalen für Differenzen, die sich unterjährig außerhalb des Flexibilitätsrahmens bewegen. Dies spricht dafür, dass ein (entgeltlicher) Ausgleich hier nicht vorgesehen ist.

Sinn und Zweck der Gasnetzzugangsverordnung verbieten zudem jede Auslegung, durch welche die Einspeisung über Gebühr erschwert wird. Im Ergebnis sprechen daher die überwiegenden Gründe dafür, dass eine unterjährige Differenz von mehr als 25 % für den Einspeiser ohne Folgen bleibt.

Vertretbar erscheint allerdings auch eine Auslegung, wonach der Flexibilitätsrahmen zwar unterjährig einzuhalten ist, sich jedoch auf die Differenz zwischen der bis zu dem jeweiligen Zeitpunkt eingespeisten und ausgespeisten Menge bezieht. Danach wäre es im Regelfall unschädlich ist, wenn an einem oder mehreren Tagen keine Einspeisung, wohl aber eine Ausspeisung stattfindet. Voraussetzung ist lediglich, dass die *bis zu diesem Zeitpunkt* in demselben Bilanzierungszeitraum *insgesamt* eingespeiste Menge die Ausspeisemenge um nicht mehr oder weniger als 25 % überschreitet.³⁹ Nicht vertretbar, da die Einspeisung über Gebühr belastend, erscheint es jedoch, den Flexibilitätsrahmen in einer Art leistungsbezogenen Betrachtung

auf die Differenz zwischen der stündlichen oder täglichen Ein- und Ausspeisemenge zu beziehen.

Angesichts der noch nicht abschließend geklärten Rechtslage ist zu empfehlen, durch eine Anpassung der Fahrweise ein Überschreiten des Flexibilitätsrahmens nicht lediglich zum Jahresende, sondern auch unterjährig nach Möglichkeit zu vermeiden. Auch hier kann es erforderlich sein, eine Reserveanlage zur Verfügung zu haben, um die Pflicht zur Wärmelieferung zu erfüllen.

4. Biogas- und Erdgaslieferung an einer Abnahmestelle

Soll demnach neben dem BHKW noch eine mit Erdgas betriebene Reserveanlage betrieben werden, wird die Lieferung in der Regel durch zwei verschiedene Lieferanten erfolgen. Gemäß den Vorgaben des Leitfadens „Geschäftsprozesse Lieferantenwechsel Gas“ (GeLi Gas), die von der Bundesnetzagentur am 20. 8. 2007 beschlossen worden sind (BK7-06-067), muss zur Abwicklung des Netzzugangs allerdings jede Entnahmestelle genau einem Lieferanten zugeordnet werden. Daher muss auch die Entnahmestelle, die mit Biogas beliefert wird, grundsätzlich allein durch den Biogaslieferten beliefert werden. Allerdings besteht auch die Möglichkeit, eine physikalische Abnahmestelle in mehrere virtuelle Entnahmestellen zu unterteilen, um auf diese Weise eine Belieferung beispielsweise des BHKW und eines Reserve-Gaskessels durch verschiedene Gasversorgungsunternehmen zu ermöglichen.

5. Umstellung eines vorhandenen BHKW auf den Biogasbetrieb

Soll ein bislang mit gewöhnlichem Erdgas betriebenes BHKW auf den Betrieb mit Biogas umgestellt werden, so ist dies nach dem EEG grundsätzlich zulässig.⁴⁰ Etwaige Zweifel, die sich bei einer allzu strengen Anwendung des (anlagenbezogenen) Ausschließlichkeitsprinzips ergeben könnten, verkennen, dass das Ausschließlichkeitsprinzip erst ab Inbetriebnahme der Anlage als EEG-Anlage Wirkung entfaltet.

Die Inbetriebnahme der Anlage erfolgt jedoch erst mit dem erstmaligen Einsatz erneuerbarer Energien. Dies geht zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 5 EEG 2004 hervor, wonach die Inbetriebnahme die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage ist. Wohl aber ergibt sich diese Auslegung aus dem systematischen Zusammenhang mit § 3 Abs. 2 EEG 2004. Denn in § 3 Abs. 2 EEG 2004 ist als Anlage nur eine solche definiert, die der Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien dient. Ein konventionell betriebenes BHKW ist

³⁹ Das gleiche gilt im umgekehrten Fall.

⁴⁰ Hierauf lässt bereits die Gesetzesbegründung schließen, die ausführt, dass durch die Einspeisung in „vorhandenen Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen Erdgas verdrängt“ werden könne, BT-Drs. 15/2864, S. 41. Auch auf Grundlage des EEG 2009 ist von der Zulässigkeit auszugehen (vgl. nur § 21 Abs. 2 EEG 2009).

daher keine Anlage im Sinne des EEG 2004, die im Sinne des § 3 Abs. 4 EEG 2004 in Betrieb genommen werden könnte.

Folgt man dieser Auslegung, so ist es auch naheliegend, auf der Grundlage des EEG 2004 bei der Bestimmung des Inbetriebnahmejahres darauf abzustellen, wann der erstmalige Einsatz von Biogas in der Anlage erfolgt ist. Somit beginnt die Laufzeit des zwanzigjährigen Vergütungszeitraums erst mit der Umstellung auf Biogas, und es sind die für das Jahr der Umstellung geltenden Vergütungssätze anzuwenden.

V. Änderungen aufgrund der Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes

Die EEG-Novelle, die voraussichtlich zum 1. 1. 2009 in der am 6. 6. 2008 vom Bundestag beschlossenen Fassung in Kraft treten wird, enthält wichtige, die Biogaseinspeisung betreffende Änderungen. Nachfolgend sollen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige der Änderungen vorgestellt werden.

Bei Nutzung von Biogas in einem gebrauchten BHKW ist die Neuregelung zum Inbetriebnahmezeitpunkt zu beachten. Danach soll es für den Beginn des zwanzigjährigen Vergütungszeitraums darauf ankommen, zu welchem Zeitpunkt der Generator (und damit das BHKW) unabhängig vom Einsatzstoff erstmals in Betrieb genommen worden ist.⁴¹ Der Zeitraum, während dessen die EEG-Vergütung beansprucht werden kann, verkürzt sich bei älteren BHKW unter Umständen erheblich. Es spricht allerdings viel dafür, dass Anlagen, die noch vor Inkrafttreten auf den Betrieb mit erneuerbaren Energien umgestellt werden, hiervon nicht betroffen sind.

Der Beschluss des Bundestages sieht zudem Änderungen bei der Vergütungshöhe vor. So soll bei Biogasanlagen der NawaRo-Bonus bis einschließlich einer Anlagenleistung von 500 kW von derzeit sechs auf sieben Cent je Kilowattstunde angehoben werden. Zudem soll die Grundvergütung bis einschließlich 150 kW unabhängig vom Inbetriebnahmezeitpunkt auf 11,67 Cent/kWh erhöht werden. Auch der – dann an strengere Voraussetzungen geknüpfte – KWK-Bonus soll angehoben werden und zukünftig drei Cent je Kilowattstunde betragen. Lag bereits vor dem 1. 1. 2009 eine Wärmenutzung vor, so profitiert auch hier der Anlagenbetreiber von der Erhöhung – allerdings nur bis einschließlich einer Anlagenleistung von 500 kW.⁴²

Von einer Reihe weiterer Vergütungserhöhungen sind die Einspeiseprojekte allerdings explizit ausgenommen.

Weder der sog. „Güllebonus“ noch der neue Bonus für die Einhaltung der Formaldehydbergrenzwerte kommen hier dem BHKW-Betreiber zu Gute.⁴³ Zudem ist vorgesehen, dass der Technologiebonus in Höhe von 2 Cent/kWh zukünftig nur noch geltend gemacht werden kann, wenn die Aufbereitungsanlage eine maximale Einspeiseleistung von 350 Normkubikmetern aufbereitetem Rohgas (gemeint ist offenbar Biomethan) je Stunde nicht überschreitet. Bei einer darüber liegenden Einspeiseleistung beträgt der Technologiebonus für

den gesamten Strom hingegen nur noch 1 Cent/kWh. Ab einer stündlichen Einspeiseleistung von 700 Normkubikmetern aufbereitetem Rohgas besteht kein Anspruch.⁴⁴ Durch diese in letzter Minute vorgenommenen Änderungen des Gesetzentwurfs soll eine Überförderung großer Aufbereitungsanlagen, die das eingespeiste Biogas auf eine Vielzahl kleiner BHKW „verteilen“ und auf diese Weise eine deutlich über der bei der Vor-Ort-Verstromung liegende Vergütung erzielen können, verhindert werden. Allerdings dürfte der Gesetzgeber dabei weit über das Ziel hinausgeschossen sein und damit insgesamt die Wirtschaftlichkeit der zur Erreichung der Klimaschutzziele notwendigen großen Aufbereitungsanlagen in Frage stellen.

Vorsicht ist zukünftig geboten, wenn mehrere BHKW in räumlicher Nähe zu einander mit Biogas betrieben werden sollen. Hier könnte der in der EEG-Novelle vorgesehene neue Anlagenbegriff bei der Ermittlung der Vergütungshöhe Anwendung finden.⁴⁵ Aufgrund der Zusammenrechnung der elektrischen Einspeiseleistung würde dies zu deutlich niedrigen Vergütungssätzen führen.

Dass nach der EEG-Novelle erst zum Ende des Kalenderjahres die mengenmäßige Entsprechung von ein- und ausgespeistem Biogas nachzuweisen ist, bringt hingegen einige Erleichterungen für die Biogaseinspeisung mit sich (siehe hierzu oben Ziffer IV 1).

Festzuhalten ist, dass die EEG-Novelle für die meisten Einspeiseprojekte eine Verbesserung gegenüber der geltenden Rechtslage bedeutet. In dem oben (Ziffer I 3 und 4) genannten Beispielsfall würde die Vergütung für ein im Jahr 2009 in Betrieb genommenes BHKW mit einer durchschnittlichen Anlagenleistung von 400 kW – sofern das Biogas aus einer Aufbereitungsanlage mit einer stündlichen Einspeiseleistung von weniger als 350 Normkubikmeter stammt – 22,12 Cent/kWh (gegenüber 19,89 Cent/kWh bei Inbetriebnahme im Jahr 2008⁴⁶) betragen. Die geplanten Verbesserungen bleiben jedoch erheblich hinter dem zurück, was im Gesetzentwurf vom 5. 12. 2007 vorgesehen war. Zudem werden große Aufbereitungsanlagen weniger stark gefördert als ursprünglich vorgesehen.

VI. Fazit und Ausblick

Der Rechtsrahmen, in dem sich die Nutzung von Biomethan in einem wärmegeführten BHKW bewegt, ist noch nicht

41 Vgl. § 21 Abs. 2 EEG 2009. Welcher Zeitpunkt in diesem Fall für die Bestimmung der Vergütungshöhe maßgeblich ist, geht aus dem Entwurf nicht eindeutig hervor.

42 So die gegenüber dem Gesetzentwurf vom 5. 12. 2007 geänderte Beschlussfassung des Bundestages vom 6. 6. 2008 in § 66 Abs. 1 Nr. 3.

43 Vgl. Anlage 2 Ziffer VI 2 b) sowie § 27 Abs. 5 EEG 2009.

44 Vgl. Anlage 1 Ziffer I EEG 2009.

45 Vgl. § 19 Abs. 1 EEG 2009.

46 Aufgrund der EEG-Novelle erhöht sich die Einspeisevergütung auch für Anlagen, die bereits im Jahr 2008 oder vorher in Betrieb genommen worden sind. Vgl. hierzu im Einzelnen die Übergangsvorschriften in § 66 Abs. 1 EEG 2009.

endgültig geklärt. Insbesondere die novellierte Gasnetzzugangsverordnung und das Zusammenspiel zwischen den gaswirtschaftlichen Rahmenbedingungen und dem EEG werfen zahlreiche rechtliche Fragen auf. Die Bedingungen, unter denen das eingespeiste Biogas gemäß den gaswirtschaftlichen Regeln zu einem BHKW transportiert werden kann, sind zwar vereinfacht worden. Einfachere Möglichkeiten der Zuordnung von Einspeisemengen zu bestimmten BHKW sind hingegen unberücksichtigt geblieben. Die EEG-Novelle schließlich bringt zwar einige Erleichterungen für die Einspeisung, bleibt jedoch insgesamt hinter den Erwartungen der Branche zurück. Die Neuregelung zum Technologiebonus beinhaltet gegenüber dem EEG 2004 sogar eine empfindliche Verschlechterung der Einspeisebedingungen für große Anlagen.

Dessen ungeachtet ist zu erwarten, dass die Einspeisung von Biogas weiterhin und in großem Umfang zunehmen wird. Damit beginnt auch die Suche nach sinnvollen Vermarktungsmöglichkeiten für das eingespeiste Biogas. Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass die Förderung der Biogaseinspeisung weiterhin an das EEG und damit an den Einsatz in BHKW gekoppelt ist. Das Biogas soll auf diese Weise einer besonders effizienten Nutzung zugeführt werden. Ein Gaseinspeisegesetz

nach dem Vorbild des EEG, das dem Einspeisenden unabhängig vom Verwertungspfad eine Vergütung für das eingespeiste Biomethan gewährt, ist damit in weite Ferne gerückt.⁴⁷ Somit ist – im Einklang mit den in der Gasnetzzugangsverordnung genannten Zielen⁴⁸ – zu erwarten, dass das eingespeiste Biogas vorrangig in der Kraft-Wärme-Kopplung und als Kraftstoff Verwendung finden wird.

Die Möglichkeit, das eingespeiste Biogas auf mehrere kleine BHKW zu verteilen und so insgesamt eine höhere Vergütung als bei der Verstromung in einer größeren Anlage zu erzielen, verspricht hier speziell für das Wärme-Contracting mit kleinen und mittelgroßen BHKW gute Aussichten. Werden die von der Bundesregierung festgelegten Einspeiseziele annähernd erreicht, ist hier mit einer rasanten Entwicklung zu rechnen.

47 Rechtspolitisch umstritten, unter dieser Prämisse jedoch konsequent, ist es, dass nach dem vom Bundestag am 6. 6. 2008 beschlossenen Erneuerbare-Energien-Wärme-Gesetz (vgl. den Gesetzentwurf vom 18. 2. 2008, BT-Drs. 16/8149) die Nutzungspflicht nicht durch Einsatz von Biomethan in einem Gaskessel erfüllt werden kann.

48 Vgl. § 41a Satz 2 GasNZV.

Rechtsanwalt *Frank-Georg Pfeifer*, Düsseldorf*

Mietvertragsklausel zum Wärme-Contracting

Grundsätze zur Kostenumlage

1. Einführung

Zwecks besserer Energieeffizienz, vor allem zur Verringerung der Energiekosten und sodann aus Gründen des Umweltschutzes und gleichfalls zur Schonung der eigenen Finanzmittel bietet sich für die Wohnungswirtschaft im Wege des Wärme-Contractings (im Folgenden: Contracting) die gemeinschaftliche Wärmeversorgung¹ von Mietshäusern, und im Rahmen dieser Untersuchung speziell von Wohnhäusern an.

Hierzu wird die Wärme nicht vom Vermieter erzeugt und bereitgestellt. Vielmehr wird die Versorgung mit Wärme und Warmwasser auf einen außerhalb des Mietverhältnisses stehenden Unternehmer, den Contractor, ausgelagert.

Beim Contracting sind je nach Situation – etwa infolge von Mengenrabatten – Einsparungen an Brennstoffkosten von 25 % und mehr möglich.² Die vom Contractor betriebene Heizstation kann im Hause liegen, sie kann aber ebenso mehrere – auch kleinere – Häuser zugleich versorgen, wobei diese Häuser

nicht notwendigerweise eine Wirtschaftseinheit³ bilden und auch nicht demselben Eigentümer gehören müssen. Die Wärme – das Warmwasser wird nachfolgend nicht mehr gesondert

* Der Verfasser ist Geschäftsführer von Haus & Grund, Landesverband Westfalen, Hagen. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine aktualisierte Zusammenfassung eines Vortrags, den der Verfasser auf der Jahrestagung des Forum Contracting e. V. am 26. 2. 2008 in Frankfurt/Main gehalten hat.

1 Mit Wärmeversorgung ist ohne besondere Nennung auch die Warmwasserversorgung gemeint.

2 Vgl. AG Dortmund, Urt. v. 4. 11. 2003 – 130 C 7311/03, CuR 2004, 67; Kostenanstieg um 2,8 %, aber um 29 % geringerer Verbrauch.

3 Vgl. für den sozialen Wohnungsbau im Sinne des Zweiten Wohnungsbaugesetzes § 5 Abs. 2 Zweite Berechnungsverordnung. Sodann für den preisfreien Wohnraum OLG Koblenz, Rechtsentscheid vom 27. 2. 1990 – 4 W - RE - 32/88, WuM 1990, 268; weiter LG Itzehoe, Urt. v. 9. 12. 2003 – 1 S 250/03, ZMR 2004, 198; AG Pinneberg, Urt. v. 22. 8. 2006 – 62 C 160/05, ZMR 2006, 939. Zur Zusammenfassung mehrerer Gebäude im Hinblick auf die Heizungsversorgung vgl. BGH, Urt. v. 20. 7. 2005 – VIII ZR 371/04, CuR 2005, 97.