

## Rechtliche Bewertung der VDEW-Position zur gesetzlichen Regelung des „üblichen Preis“ für eingespeisten KWK-Strom gemäß § 4 Abs. 3 Satz 3 KWKG

Nach der am 1.8.2004 in Kraft getretenen Änderung des KWKG-Gesetzes lautet § 4 Abs. 3 Satz 3 KWKG: „Als üblicher Preis gilt der durchschnittliche Preis für Baseload-Strom aus der Strombörse EEX in Leipzig im jeweils vorangegangenen Quartal.“

Der VDEW behauptet in einer Verbandsnachricht vom 20.8.2004 und einem Schreiben vom 13.9.2004 an den B.KWK, der Begriff „gilt“ bedeute lediglich eine gesetzliche Vermutung, die jedoch im Einzelfall widerlegbar sei. Wenn sich beim Netzbetreiber ein "üblicher Preis" für entsprechende Stromeinspeisungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entwickelt habe, gelte dieser Preis bei einem entsprechenden Nachweis durch den Netzbetreiber im Rahmen dieses Vertrages als üblich. In dem Schreiben an den B.KWK behauptet der VDEW darüber hinaus, eine bindende Verweisung auf den Durchschnittswert der EEX sei sogar verfassungswidrig, weil das eine dynamische Verweisung auf einen nicht vom Gesetzgeber geregelten Wert wäre.

**Wie nachfolgend näher dargelegt wird, ist diese Rechtsauffassung falsch. Sie wird durch die vom VDEW zitierten Fundstellen nicht gestützt. Richtig ist vielmehr, daß der Gesetzgeber einen bisher umstrittenen Sachverhalt verbindlich und in verfassungskonformer Weise geregelt hat.**

### 1. Begründungen des VDEW aus dem Schrifttum:

#### a) Weißenborn

Zur Begründung beruft sich der VDEW zunächst auf zwei Autoren im Schrifttum. Einer davon ist Weißenborn in „Energie im Dialog“. Weißenborn ist Mitarbeiter der Rechtsabteilung des VDEW. Er hat zwangsläufig die Auffassung seines Arbeitgebers vertreten, so daß diese Fundstelle keine Überzeugungskraft hat.

#### b) Heinlein

Der andere Autor ist Heinlein in „Büdenbender/Rosin: KWKG-AusbauG, § 6 Rdn. 65 ff.“. Heinlein befaßt sich jedoch an der zitierten Stelle nicht mit § 4 Abs. 3 Satz 3, sondern mit § 6 KWKG. § 6 KWKG regelt die Zulassung von KWK-Anlagen als zuschlagsberechtigt. § 6 Abs. 1 Satz 3 legt fest, was der Antrag auf Zulassung enthalten muß. Gemäß Nr. 4 gehört hierzu ein nach den anerkannten Regeln der Technik erstelltes Sachverständigengutachten über die Eigenschaften der Anlage, die für die Feststellung des Vergütungsanspruchs von Bedeutung sind. Nr. 4 Satz 2 besagt, daß als anerkannte Regeln der Technik die von der AGFW in Nr. 4 bis 6 des Arbeitsblattes FW 308 in der jeweils geltenden Fassung enthaltenen Grundlagen und Rechenmethoden gelten.

Heinlein führt in Rdn. 65 zunächst aus, daß aus dem Wortlaut „gilt als“ nicht ohne weiteres auf eine Vermutungsregel geschlossen werden kann. Das verschweigt der VDEW.

In Rdn. 66ff. legt Heinlein dann dar, daß sich bei § 6 KWKG das Verständnis als widerlegbare Vermutung erst aus einer systematischen und verfassungskonformen Auslegung, die auch die Materialien zur Gesetzgebung einbezieht, ergibt. Zur systematischen Auslegung führt er aus, daß der Gesetzgeber, wenn er allein auf die FW 308 hätte verweisen wollen, dies nicht über die Generalklauseln der anerkannten Technik und zwei getrennte Halbsätze hätte konstruieren müssen, sondern einfacher hätte anordnen können, daß das beizufügende Sachverständigengutachten zwingend anhand der Vorgaben der FW 308 in der jeweils geltenden Fassung zu erstellen ist. Die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung als bloße Vermutungsregel ergibt sich lt. Heinlein daraus, daß § 6 KWKG andernfalls einen dynamischen Verweis auf Regeln einer nichtstaatlichen Instanz enthielte, den die Verfassung nicht zuläßt. Die Materialien zur Gesetzgebung schließlich zeigen lt. Heinlein in dieselbe Richtung, weil der Gedanke einer Verweisung auf die FW 308 erstmals in einer Stellungnahme des VDEW zur Diskussion gestellt wurde, dort aber die Formulierung verwendet wurde „Für die Qualifizierung des Stroms als KWK-Strom ist auf die anerkannten Regeln der Technik, insbesondere das Regelwerk des Arbeitsblattes FW 308 der AGFW abzustellen“. All das verschweigt der VDEW ebenfalls. Die geschilderten Sonderumstände liegen bei §

4 KWKG nicht vor. Das Zitat kann daher die Auslegung des VDEW zu § 4 KWKG nicht bestätigen, sondern widerlegt sie.

### c) Sonstiges Schrifttum

Es fällt auf, daß der VDEW zu seiner Auslegung des Begriffes „gilt“, der im Rechtsleben häufig verwendet wird, nicht Fundstellen aus dem allgemeinen juristischen Schrifttum z. B. zu den §§ 612 und 632 BGB anführt. Der Grund ist einfach: es gibt keine. Der Jurastudent im zweiten Semester lernt bereits, was „gilt als“ bedeutet: eine unwiderlegliche Vermutung oder eine Fiktion, jedenfalls aber eine abschließende Regelung.

In § 612 BGB (also beim Dienstvertrag, entsprechend in § 632 zum Werkvertrag) heißt es:

„(1) eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.“

Hierbei handelt es sich um eine gesetzliche Fiktion, die sicherstellen soll, daß ein wegen Fehlens einer wirksamen Vergütungsabrede an sich gescheiterter Vertrag dennoch als zustande gekommen gilt, wenn die Dienstleistung nach objektiven Kriterien als entgeltlich anzusehen ist (vgl. Erman, BGB, 11. Aufl. 2004, Rz. 1).

Zu „gilt als“ in § 4 Abs. 3 Satz 2 KWKG vertritt der VDEW bezeichnenderweise nicht die Auffassung, daß es sich hierbei um eine widerlegbare Vermutung handele. Das wäre auch unsinnig, da das Fehlen einer Vereinbarung gerade zum Tatbestand des Satzes 2 gehört. Die Worte „gilt als“ bedeuten hier wie in Satz 3 das, was auch in §§ 612 und 632 Satz 2 gesagt wird, nämlich „ist als vereinbart anzusehen“.

## 2. Begründung Bundesverfassungsgericht (unzulässige dynamische Verweisung)

Der VDEW führt weiter aus, eine bindende Verweisung auf den Durchschnittswert der EEX wäre verfassungswidrig, weil das eine dynamische Verweisung auf einen nicht vom Gesetzgeber geregelten Wert wäre. Diese Begründung bezieht sich auf den Grundsatz, daß der Staat seine Rechtsetzungsbefugnis nicht auf nichtstaatliche Stellen verlagern darf. Zur Begründung dieser These beruft sich der VDEW auf drei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

Der Einwand, § 4 Abs. 3 Satz 3 KWKG enthalte eine unzulässige Verlagerung der Rechtsetzungsbefugnis auf nichtstaatliche Stellen, geht jedoch offensichtlich fehl, weil die Bestimmung nicht auf Regelungen Dritter verweist, sondern auf Tatsachen. Der Durchschnittspreis für Baseload-Strom im letzten Vierteljahr ist keine Regelung, sondern eine Tatsache. Die EEX trifft keine Regelung, die an bestimmte Tatsachen bestimmte Rechtsfolgen knüpft, sondern ermittelt lediglich eine Zahl. Die Rechtsfolge, daß diese Zahl die Vergütungshöhe bestimmt, trifft das Gesetz selbst. Das Gesetz delegiert die Befugnis, die Vergütungshöhe festzulegen, also nicht auf Dritte, sondern legt die Vergütungshöhe selbst fest.

## 3. Begründung aus stromwirtschaftlicher Sicht

Schließlich legt der VDEW dar, die von ihm kritisierte Änderung des KWKG sei ohne jegliche Einbeziehung der stromwirtschaftlichen Verbände und des für die Änderung des KWKG zuständigen Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestags beschlossen worden. Außerdem entspreche der Börsenpreis für Grundlaststrom in stromwirtschaftlicher Hinsicht nicht generell, sondern allenfalls bei größeren Anlagen dem „üblichen Preis“.

Diese Darlegungen sind rechtlich unerheblich. Das Gesetz ist gültig zustande gekommen. Bei der Verdeutlichung des „üblichen Preises“ hat der Gesetzgeber Gestaltungsfreiheit.

Die Darlegungen offenbaren aber die Motive des VDEW. Er verweigert die Anwendung des Gesetzes mit wie dargelegt fadenscheiniger Begründung, weil der Bundestag ihn bei der Gesetzgebung nicht beteiligt hat. Das ist ein politischer Skandal, den der Bundestag nicht hinnehmen sollte.