bdew

Energie. Wasser. Leben.

BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.
Reinhardtstraße 32
10117 Berlin
Telefon +49 30 300 199-0
Telefax +49 30 300 199-3900
E-Mail info@bdew.de
www.bdew.de

Stellungnahme

zum Votumsverfahren der Clearingstelle EEG|KWKG 2019/48

Feststellung der Höchstbemessungsleistung

Berlin, 18. Oktober 2019

A. Verfahrensfrage der Clearingstelle EEG|KWKG

Die Clearingstelle EEG|KWKG hat dem BDEW im Votumsverfahren 2019/48 die Möglichkeit zur Stellungnahme zu folgender Rechtsfrage eingeräumt:

> *„Wie hoch ist die „installierte Leistung" i.S.v. § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 der von der Anspruchstellerin betriebenen Biogasanlage?"*

B. Stellungnahme

Der BDEW dankt für die Gelegenheit, zu der sehr praxisrelevanten Frage der Feststellung der Höchstbemessungsleistung nach § 101 EEG 2017 Stellung nehmen zu können.

Nach Ansicht des BDEW kann das Leistungsdelta, das der Drosselung der Anlage zum 31. Juli 2014 entspricht, bei der Bestimmung der installierten elektrischen Leistung der Anlage nach § 101 Abs. 1 Satz 3 i.V. mit § 3 Nr. 31 EEG 2017 nicht berücksichtigt werden. Der bestimmungsgemäße Betrieb der Anlage hatte zu diesem Zeitpunkt aus Sicht des Anlagenbetreibers eine installierte elektrische Leistung von 420 kW vorausgesetzt, und nicht von 515 kW, weil eine Drosselung der Anlagenleistung erforderlich war, um die Anlage zumindest bis auf Weiteres baurechtskonform betreiben zu können. Dies war vom Anlagenbetreiber ausweislich des Antrags auf Ausstellung einer entsprechenden Baugenehmigung auch so beabsichtigt. Dementsprechend beträgt die installierte elektrische Leistung der Anlage am 31. Juli 2014 420 kW.

Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

I. Sachverhalt

Gemäß den dieser Stellungnahme zugrundeliegenden Sachverhaltsinformationen wurde ursprünglich im September 2010 eine Biogasanlage in Betrieb genommen, bestehend aus einem Fermenter und einem BHKW mit installierter elektrischer Leistung von 250 kWel (BHKW 1).

Im Juli 2014 folgte die Inbetriebnahme eines zweiten BHKW (BHKW 2) mit Nennleistung von 265 kWel, gemäß Inbetriebnahmeprotokoll jedoch nur einer Leistung von 170 kW. Der Antrag auf die erforderliche Baugenehmigung weist eine Beschränkung der installierten Leistung auf 400 bzw. 420 kWel und damit auf weniger als 1 MW Feuerungswärmeleistung auf. Die Baugenehmigung vom Juni 2014 enthält hierzu keine Angaben.

Die BImSchG-Genehmigung vom April 2016 weist demgegenüber eine installierte Leistung der Gesamtanlage von insgesamt 515 kW aus, bestehend aus dem BHKW 1 mit 250 kW und BHKW 2 mit 265 kW. Nach der Erteilung dieser BImSchG-Genehmigung wurde ab Juli 2016 durch EDV-seitige Entfernung der Drosselung auch die vollständige Nennleistung des BHKW 2 ausgenutzt, d.h. 265 kW.

Die ursprüngliche Registrierung der Leistungserhöhung durch das BHKW 2 bei der BNetzA weist als Leistung der verfahrensgegenständlichen Anlage „420" aus. Nach der Leistungsänderung durch Herausnahme der Drosselung wurde die Anlage mit einer Leistung von „515" registriert.

Die Drosselung selber stellt sich gemäß dem vorliegenden Sachverhalt als softwaretechnische Einstellung der BHKW-Steuerung dar. Am 7. Juli 2017 wurde die Leistung des BHKW 2 dann durch eine Änderung der Einstellungen an der BHKW-Steuerung wieder auf eine Maximalleistung von 265 kW gesteigert.

II. Rechtliche Bewertung

Gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2017[1] verringert sich für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas, die nach dem am 31. Juli 2014 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, ab dem 1. August 2014 der Vergütungsanspruch nach den Bestimmungen des EEG in der für die Anlage jeweils anzuwendenden Fassung für jede Kilowattstunde Strom, um die in einem Kalenderjahr die vor dem 1. August 2014 erreichte Höchstbemessungsleistung der Anlage überschritten wird, auf den Monatsmarktwert; für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, verringert sich entsprechend der Vergütungsanspruch nach § 8 Abs. 1 des EEG vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918) in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung nach Maßgabe des ersten Halbsatzes.

Die Höchstbemessungsleistung selber wird in § 101 Abs. 1 Satz 2 und 3 EEG 2017 definiert:

Höchstbemessungsleistung im Sinne von § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 ist hiernach die höchste Bemessungsleistung der Anlage in einem Kalenderjahr seit dem Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme und vor dem 1. Januar 2014. Abweichend hiervon gilt der um 5 Prozent verringerte Wert der am 31. Juli 2014 installierten Leistung der Anlage als Höchstbemessungsleistung, wenn der so ermittelte Wert höher als die tatsächliche Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 ist.

1. Ermittlung der Höchstbemessungsleistung

Im vorliegenden Fall bestand die streitgegenständliche Anlage bis Juli 2014 nur aus einem Fermenter und einem BHKW mit installierter elektrischer Leistung von 250 kWel (BHKW 1). Das BHKW 2 wurde – dies wird für die Stellungnahme unterstellt – im Juli 2014 an denselben Fermenter angeschlossen und in Betrieb genommen.

Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die Definition der Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017, basierend auf der höchsten Bemessungsleistung der Anlage in einem Kalenderjahr seit dem Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme und vor dem 1. Januar 2014, deutlich geringer ist als die Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG

[1] Ehemals § 101 Abs. 1 EEG 2014.

2017, d.h. der um 5 Prozent verringerte Wert der am 31. Juli 2014 installierten Leistung der Anlage. Daher wird für die Stellungnahme letztlich nur die sich aus § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 ergebende Höchstbemessungsleistung zugrunde gelegt.

a) Installierte Leistung der Anlage nach § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017

Maßgeblich ist hiernach die installierte Leistung der Anlage am 31. Juli 2014. Am 31. Juli 2014 bestand die betreffende Anlage aus dem BHKW 1 mit einer installierten elektrischen Leistung von 250 kWel und dem BHKW 2 mit einer theoretischen elektrischen Leistung von 265 kWel, die jedoch durch softwaretechnische Steuerung dieses BHKW auf eine Leistung von 170 kW gedrosselt worden war.

aa) Definition der „installierten elektrischen Leistung"

Gemäß § 3 Nr. 31 EEG 2017 wird die installierte elektrische Leistung einer Anlage definiert als „elektrische Wirkleistung, die eine Anlage bei bestimmungsgemäßem Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann". Gleiches galt nach der Definition in § 5 Nr. 22 EEG 2014. Diese Definition geht letztlich zurück auf den gleichlautenden § 3 Abs. 5 EEG 2004, der seitdem im EEG 2009 und EEG 2012 mit gleichem Inhalt fortgeführt worden ist. Dementsprechend ist diese Definition in jedem Falle für die betreffende Anlage anwendbar, sowohl über § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014/2017, als auch über das für die Anlage nach dem EEG 2009 anzuwendende Förderrecht.

Die Definition der „elektrischen Wirkleistung, die eine Anlage bei bestimmungsgemäßem Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann", enthält hiermit verschiedene Komponenten:

Zum einen muss es diejenige Leistung sein, die die Anlage ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann. Hierunter ist diejenige Leistung zu verstehen, die die Anlage maximal erbringen kann, ohne durch eine Übersteuerung Schaden zu nehmen.

Zum anderen muss es diejenige Leistung sein, zu der der Anlagenbetreiber die Anlage bestimmungsgemäß betreiben möchte. Insoweit kommt – jenseits der technischen Komponente – eine willentliche Komponente des Anlagenbetreibers hinein.

Schließlich wird durch die Definition klargestellt, dass nicht die Scheinleistung gemeint ist, sondern die Wirkleistung der Anlage, also die Scheinleistung multipliziert mit dem cos phi, mit dem die Anlage betrieben werden soll.

bb) Übertragung auf den vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall hatte die Gesamtanlage am 31. Juli 2014 eine theoretische, d.h. ungedrosselte elektrische Leistung von 250 kW zzgl. 265 kW, d.h. 514 kW. Der Anlagenbetreiber hatte BHKW 2 von einer elektrischen Leistung von 265 kW auf eine max. elektrische Leistung von 170 kW gedrosselt.

Es ist zwar seit dem Stromeinspeisungsgesetz umstritten, ob eine Drosselung einer Anlage dazu führt, dass deren installierte elektrische Leistung letztlich auf die Höhe der gedrosselten Leistung sinkt. Allerdings ist im vorliegenden Fall aufgrund der Bindung der Definition der installierten elektrischen Leistung an den – aus Sicht des Anlagenbetreibers – bestimmungsgemäßen Betrieb klargestellt, dass eine vom Anlagenbetreiber beabsichtigte sowie dauerhafte Leistungsminderung der Anlage zu einer entsprechend abgesenkten installierten elektrischen Leistung führt.

Dies trifft im vorliegenden Fall zu:

Der Anlagenbetreiber hatte – gemäß vorliegendem Sachverhalt – die Leistung des BHKW nicht zuletzt nach Maßgabe des Antrags auf Ausstellung einer Baugenehmigung auf 170 kW gedrosselt, damit die Gesamtanlage nicht eine Feuerungswärmeleistung erreicht, die sie letztlich genehmigungspflichtig nach dem BImSchG machen würde. Darüber hinaus ist das Wesen einer Antragstellung auf Ausstellung einer Baugenehmigung für eine Anlage mit einer bestimmten Leistung, dass diese Anlage diese Leistung in der Folge nicht überschreitet. Anderenfalls wäre eine neuerliche Genehmigung erforderlich.

Hinzu kommt, dass eine Baugenehmigung obsolet gewesen wäre, wenn der Anlagenbetreiber bereits von Anfang an eine BImSchG-Genehmigung geplant hätte. Dann wären die baurechtlichen Belange von der zuständigen Immissionsschutzbehörde mitgeprüft worden.

Folglich hatte der Anlagenbetreiber allein aus der genehmigungsrechtlichen Situation heraus geplant, dass er seine Gesamtanlage dauerhaft mit einer auf 170 kW reduzierten Leistung seines BHKW 2 betreiben wollte.

Die Antragstellung und die entsprechende baurechtliche Genehmigung im Jahre 2014 sowie die Erteilung einer BImSchG-Genehmigung erst im Juli 2016 sprechen außerdem dafür, dass entweder eine dauerhafte Leistungsanhebung und damit eine Antragstellung auf eine BImSchG-Genehmigung vom Anlagenbetreiber in 2014 gar nicht geplant worden war, oder dass die Anlage gerade noch bis Ende Juli 2014 (Außerkrafttreten des EEG 2012) mit einer erhöhten Leistung in Betrieb genommen werden sollte, aber wegen mglw. einer schneller erlangbaren baurechtlichen Genehmigung dann nur mit reduzierter Leistung in Betrieb genommen werden konnte.

In beiden Fällen bestand jedoch aus der Sicht des Anlagenbetreibers am maßgeblichen Stichtag, dem 31. Juli 2014, die Absicht, die Anlage bis auf Weiteres mit einer gedrosselten Leistung zu betreiben, wie es auch die Baugenehmigung vorgesehen hatte. Dementsprechend hat aus Sicht des Anlagenbetreibers die installierte elektrische Leistung der streitge-

genständlichen Anlage am 31. Juli 2014 nur 420 kW betragen. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass die Anlagenleistung am 1. Juli 2014 mit 420 kW bei der BNetzA registriert worden ist.

Dass die Drosselung später aufgehoben worden ist, nachdem eine BImSchG-Genehmigung der Gesamtanlage mit entsprechend erhöhter Leistung ergangen war, und die Leistung der Anlage auf diese Leistung angehoben worden ist, kommt letztlich einer nach dem 31. Juli 2014 stattgefundenen Leistungserhöhung derselben Anlage gleich. Diese kann aber im Rahmen der Feststellung der Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 EEG 2017 nicht berücksichtigt werden.

Auch die rein softwaretechnische Beschränkung der Leistung der Anlage führt nicht zu einer anderen Bewertung. Letztlich obliegt es dem Anlagenbetreiber zu entscheiden, ob er die Drosselung durch Hardware oder Software an seiner Anlage praktiziert. Dass Software-Lösungen technisch revidierbar sind, ist insoweit unrelevant, als dass auch Hardware-Lösungen nicht endgültig sein müssen. So führt der Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile nach der erstmaligen Inbetriebnahme nach § 3 Nr. 30, letzter Teilsatz, EEG 2017 auch nicht zu einer Änderung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme. Dementsprechend hätte der Anlagenbetreiber auch anstelle des BHKW 2 ein BHKW mit entsprechend geringerer Nennleistung einbauen können, und es später gegen ein BHKW mit höherer Leistung ersetzen können.

Schließlich dient der § 101 Abs. 1 EEG 2017/2014 nur insoweit dem Vertrauensschutz des Anlagenbetreibers, als er auf die am 31. Juli 2014 installierte elektrische Leistung abstellt. Bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht realisierte Vorhaben zur Erhöhung der Leistung sind nach Ansicht des BVerfG[2] nicht vom Vertrauensschutz erfasst.

b) Fazit

Nach Ansicht des BDEW beträgt daher die installierte elektrische Leistung der Gesamtanlage, bestehend aus BHKW 1 und BHKW 2, am 31. Juli 2014 nur 420 kW, und nicht 515 kW.

Ansprechpartner:

Ass. iur. Christoph Weißenborn
Telefon: +49 30 300199-1514
Christoph.weissenborn@bdew.de

[2] Beschlüsse vom 20. September 2016, Az. 1 BvR 1140/15 und 1 BvR 1299/15.