Fachverband BIOGAS

Stellungnahme des Fachverbandes Biogas e.V.

zum Votumsverfahren 2019/48 der Clearingstelle EEG|KWKG
vom 24. September 2019 „ [...]
"

Freising, 28. Oktober 2019

Im Namen seiner knapp 5.000 Mitglieder bedankt sich der Fachverband Biogas e.V. sowohl für die Einleitung des Votumsverfahrens „ [...] " als auch für die Möglichkeit, dazu Stellung nehmen zu können. Dieses Verfahren zeigt, dass die Bestimmung der installierten Leistung und insbesondere des bestimmungsgemäßen Betriebs von zentraler Bedeutung ist.

A. Eröffnungsbeschluss

Die Clearingstelle EEG|KWKG hat zu folgender grundsätzlichen Rechtsfrage ein Votumsverfahren eingeleitet:

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

Diese Rechtsfrage stellt sich im vorliegenden Verfahren in folgender Konstellation:

Zwischen den Parteien ist streitig, ob für die „installierte Leistung" i. S. v. § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 auf die Nennleistung oder die zum maßgeblichen Zeitpunkt gedrosselte Leistung abzustellen ist.

Die Anspruchstellerin betreibt seit September 2010 eine Biogasanlage bestehend u. a. aus einem Fermenter und zunächst nur einem BHKW mit einer installierten Leistung von 250 kW_{el} (im Folgenden: BHKW-1).

Im Jahr 2014 plante sie die Erweiterung ihrer Biogasanlage. Auf ihren entsprechenden Antrag erteilte die Anspruchsgegnerin am [...] Mai 2014 eine Netzanschlusszusage für ein weiteres BHKW mit einer installierten Leistung von 250 kW. Im weiteren Verlauf des Projektes entschied sich die Anspruchstellerin jedoch für eine technisch fortschrittlichere Variante des BHKW. Im Juli 2014 wurde daher ein BHKW mit einer Nennleistung von 265 kW_{el} in Betrieb genommen (im Folgenden: BHKW-2). Im Inbetriebnahmeprotokoll ist als Leistung des BHKW 170 kW angegeben.

Für die Erweiterung der Biogasanlage durch das BHKW-2 hat die Anspruchstellerin zunächst eine Baugenehmigung beim Kreis erwirkt. Die Baugenehmigung vom 5. Juni 2014 enthält keine Aussagen zur installierten Leistung bzw. deren Drosselung. Die Beschränkung der installierten Leistung auf 400 bzw. 420 kW_{el} und damit weniger als 1 MW Feuerungswärmeleistung ist lediglich im Genehmigungsantrag enthalten.

Aufgrund genehmigungsrechtlicher Vorgaben – denn bei einer höheren installierten Leistung wäre aufgrund der Überschreitung der 1 MW-Grenze für die Feuerungswärmeleistung ein Genehmigungsverfahren durchzuführen gewesen – wurde anfangs die Nennleistung des BHKW-2 nicht vollständig genutzt, sondern auf 170 kW gedrosselt. Nach Erteilung der BImSchG-Genehmigung durch den Kreis

[...] vom 26. April 2016 wurde seit dem 7. Juli 2016 die Nennleistung des BHKW von 265 kW ausgenutzt. Im Tenor der Genehmigung wird die installierte Leistung der verfahrensgegenständlichen Anlage mit insgesamt 515 kW (bestehend aus BHKW-1 mit 250 kW und BHKW-2 mit 265 kW) festgestellt.

Am [...] Juli 2016 wurde die Änderung der Leistung der Bundesnetzagentur mitgeteilt. Die Registrierung der am [...] Juli 2014 erfolgten Leistungserhöhung bei der Bundesnetzagentur geht aus dem Auszug der öffentlich zugänglichen Excel-Tabelle der Bundesnetzagentur hervor. In der Tabelle wird als Leistung der verfahrensgegenständlichen Anlage vor Leistungserhöhung (ohne Flexprämie) „420" und als Leistung nach Leistungsänderung (ohne Flexprämie) „515" angegeben.

Die technische Ausführung der Drosselung sowie deren Aufhebung erfolgte durch eine softwaretechnische Einstellung der BHKW-Steuerung. Die Firma [...] hat eine Herstellerbescheinigung zur Leistungserhöhung mit Datum vom 10. Juli 2019 erstellt, in der ausgeführt wird:

> „Die Erhöhung der Maximalleistung auf 265 kW des o.g. Aggregats wurde von der Firma [...] am [...].07.2016 durchgeführt. Es handelt sich dabei um eine softwaretechnische Einstellung an der BHKW-Steuerung. Am Motor selbst wurde nichts verändert. Eine Erhöhung der Maximalleistung durch den Betreiber ist nicht möglich, Passwortschutz!"

Die Anspruchsgegnerin legt für die Ermittlung der Höchstbemessungsleistung i. S. v. § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 der Biogasanlage die Leistung des BHKW-1 sowie die gedrosselte Leistung des BHKW-2 zugrunde.

Die Anspruchstellerin behauptet, dass sie die Registrierung der Leistungserhöhung beim Anlagenregister der Bundesnetzagentur aus rein vorsorglichen Gründen vorgenommen habe, für den Fall, dass die installierte Leistung des BHKW-2 mit 265 kW vom Netzbetreiber nicht angenommen würde.

Sie ist der Ansicht, dass für die installierte Leistung i. S. v. § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 in Bezug auf das BHKW-2 die Nennleistung von 265 kW_{el}, nicht aber die gedrosselte Leistung des BHKW-2 zugrundezulegen sei. Hierzu führt sie den in § 3 Nr. 31 EEG 2014 legaldefinierten Begriff der installierten Leistung als „elektrische Wirkleistung, die im bestimmungsgemäßen Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen technisch erbracht werden kann" an. Dies sei rein technisch zu verstehen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn lediglich durch Änderung der Software der Anlagensteuerung die Leistung erhöht oder erniedrigt werde, keine technischen Teile

des BHKW geändert würden und die Drosselung lediglich der Erfüllung genehmigungsrechtlicher Anforderungen diene.

Insbesondere änderten softwaretechnische Einstellungen, die ohne technischen Aufwand wieder rückgängig gemacht werden könnten, nichts an der technischen Leistungsfähigkeit der Anlage, sondern stellen eine „temporäre Einschränkung" der Leistung dar. Das ergäbe sich bereits aus der Gesetzesbegründung zur gleichlautenden Vorgängerregelung des EEG 2012:

> „Für die ‚installierte Leistung' ist die Wirkleistung der Anlage, die bei bestimmungsgemäßem Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen erbracht werden kann, maßgeblich. Wirkleistung ist die elektrische Leistung, die für die Umsetzung in eine andere Leistung, z. B. in mechanische, thermische, chemische, optische oder akustische Leistung verfügbar ist (Transmission Code 2007) ...
>
> Ein bestimmungsgemäßer Betrieb liegt nur vor, wenn Lebensdauer und Sicherheit der Anlage nicht über das normale Maß hinaus beeinträchtigt werden. Die ‚installierte Leistung' entspricht also der aufgrund der technischen Beschaffenheit möglichen maximalen Dauerleistung, die in der Regel mit der vom Hersteller des Generators bescheinigten Nennleistung des Generators identisch sein dürfte ... Der Begriff „ohne zeitliche Einschränkung" bezieht sich nicht auf das gegebenenfalls zeitlich beschränkte Angebot natürlicher Ressourcen, sondern ausschließlich auf die technischen Bedingungen der Anlage selbst ... Soweit die jeweilige installierte Leistung einer Anlage sich nicht bereits aus einer Bescheinigung des Herstellers oder einem vergleichbaren sonstigen Nachweis ergibt und deshalb streitig ist, hat der Anlagenbetreiber sie gegenüber dem Netzbetreiber nachvollziehbar darzulegen."[1]

Die Anspruchstellerin beruft sich zudem auf die Kommentarliteratur, wonach für die elektrische Leistung die vom Hersteller auf dem Typenschild genannte Nennleistung maßgeblich sei.[2] Der bestimmungsgemäße Betrieb sei gegeben, wenn

---

1 BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eegkwkg.de/eeg2012/urfassung/material*, S. 61.

2 *Schuhmacher*, Berliner Kommentar zum EEG, 3. Aufl., § 5 Rn. 141; *Bredow/Hennig*, Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG-Kommentar, 5. Aufl., § 101 Rn. 18.

Lebensdauer und Sicherheit der Anlage nicht über das normale Maß hinaus beeinträchtigt werden und beziehe sich damit nur auf technische Einschränkungen.[3]

Die Bestimmung der installierten Leistung hänge zudem schon nach dem Wortlaut von § 5 Nr. 22 EEG 2014 nicht von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen ab.[4] Drosselungen aus genehmigungsrechtlichen Gründen müssten auch deswegen unbeachtlich sein, da diese jederzeit aufgehoben werden können.[5]

Hierfür spräche zudem der Hinweis der Clearingstelle 2015/27,[6] wonach für die Ermittlung der installierten Leistung der Anlage nicht maßgeblich sei, welche Einspeiseleistung am Netzverknüpfungspunkt besteht, welche Leistung der Netzbetreiber in einer Netzanschlusszusage genannt hat oder welche Leistung in einer Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz angegeben ist, da der Gesetzgeber dann eine andere, entsprechende Formulierung hätte wählen müssen.

Es sei lediglich denkbar, dass freiwillige Leistungsreduzierungen zur Erfüllung EEG-rechtlicher Anforderungen an die installierte Leistung unter Rückgriff auf den bestimmungsgemäßen Betrieb beachtlich sein.

Sofern man zu dem Ergebnis komme, dass für die installierte Leistung nach § 3 Nr. 31 EEG 2017 genehmigungsrechtlich begründete Drosselungen der Leistung zu berücksichtigen seien, sei gleichwohl im Hinblick auf § 101 Abs. 1 EEG 2014/EEG 2017 aus Gründen des Vertrauensschutzes eine abweichende Auslegung erforderlich. Entscheidend für die Festlegung der installierten Leistung i. S. d. § 101 Abs. 1 EEG 2014/EEG 2017 sei der baulich-technische Zustand, in dem sich die Biogasanlage am 31. Juli 2014 befand. Hierfür müssten jedenfalls reine softwaretechnische Einstellungen unberücksichtigt bleiben. Denn der Gesetzgeber habe mit der Regelung Vertrauensschutz insofern gewährleisten wollen, als die tatsächlich installierte Leistung weiterhin zu 95 % ausgenutzt werden dürfe. Vorliegend könne nicht von einer Flucht in das EEG 2009/EEG 2012 ausgegangen werden, da die Investitionsentscheidung bereits vor Beginn des Gesetzgebungsverfahrens zum EEG 2014 getroffen worden sei und die Kosten für den Zubau des BHKW-2 bereits vor dem 1. August 2014 entstanden seien.

---

3 *Schuhmacher*, Berliner Kommentar zum EEG, 3. Aufl., § 5 Rn. 141.

4 *Walter*, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/ Walter, Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl. § 12 Rn. 73.

5 *Bredow/Henning*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt, EEG-Kommentar 4. Aufl., § 101 Rn. 20

6 *Clearingstelle*, Hinweis v. 16.12.2015 – 2015/27, Rn. 25, abrufbar unter *https://www.clearingstelleeeg-kwkg.de/hinwv/2015/27*.

Die **Anspruchsgegnerin** ist der Ansicht, dass in Bezug auf das BHKW-2 die installierte Leistung i. S. v. § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 170 kW betragen habe. Die auf Grund der genehmigungsrechtlichen Vorgaben gedrosselte Leistung sei der installierten Leistung zu Grunde zu legen. Sie verweist hierzu auf die Legaldefinition in § 3 Nr. 31 EEG 2017, wonach die installierte Leistung „die elektrische Wirkleistung [sei], die eine Anlage bei bestimmungsgemäßem Betrieb ohne zeitliche Einschränkung unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann." Zwar sei i. d. R. die installierte Leistung identisch mit der vom Hersteller angegebenen Nennleistung des Generators. Nicht eindeutig sei jedoch, ob sich der „bestimmungsgemäße Betrieb" lediglich auf die technische Beschaffenheit der Anlage, insbesondere in Hinblick auf deren sicheren Betrieb beziehe (vgl. BT-Drs. 17/6071, S. 61), oder ob weitere Kriterien herangezogen werden könnten.

Als solche weitere Kriterien kämen hier genehmigungsrechtliche Vorgaben in Betracht. Denn das Betreiben einer Anlage entgegen genehmigungsrechtlicher Vorgaben könne als „nicht bestimmungsgemäßer Betrieb" gewertet werden, zumal hier ggf. sogar das Vorliegen von strafrechtlich relevanten Umständen in Frage komme. Schließlich könne eine genehmigungsrechtlich begründete Drosselung der Anlagenleistung auch zu rechtlich vorteilhaften Positionen bei Anlagenbetreiberinnen und -betreiber führen, beispielsweise in Hinblick auf die Förderhöhe, die Pflicht zur Einhaltung technischer Vorgaben oder zur Teilnahme an einer Ausschreibung. In jedem Fall sei die Berücksichtigung der Drosselung der installierten Leistung einheitlich zu handhaben.

Jedenfalls sei die Drosselung der installierten Leistung einer Anlage, die aufgrund von technischen Maßnahmen dazu führt, dass zu keinem Zeitpunkt mehr als die gedrosselte Leistung erbracht werden kann, für die installierte Leistung zu berücksichtigen – auch unabhängig davon, ob die Drosselung genehmigungsrechtlich begründet sei. Solche Drosselungen seien z. B. denkbar bei älteren Wasserkraftanlagen, bei denen bei Überschreitung einer bestimmten Leistung die Erfüllung von technischen Anforderungen einen hohen Umrüstaufwand erforderten, oder bei Anlagen die bei Überschreiten einer bestimmten Leistung aus dem Förderregime herausfallen bzw. dem Ausschreibungsregime unterfallen würden. Dies sei auch vom Wortlaut des § 3 Nr. 31 EEG 2017 umfasst, da dieser nicht auf die technische Nennleistung des Generators, sondern auf den bestimmungsgemäßen Betrieb abstelle.

Eine Drosselung der installierten Leistung sei jedoch dann nicht bei der installierten Leistung zu berücksichtigen, wenn die Möglichkeit, eine verminderte Leistung

einzuspeisen, nur vorübergehend bestehe, z. B. aufgrund eines noch nicht abgeschlossenen Netzausbaus. Denn in diesen Fällen greife das gesetzliche Institut des Einspeisemanagements.

Die installierte Leistung i. S. v. § 101 Abs. 1 EEG 2014/EEG 2017 sei zudem genauso auszulegen wie die Legaldefinition in § 3 Nr. 31 EEG 2017. Es sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber eine abweichende Beurteilung gewollt hätte. Denn er habe mit der Einführung der Höchstbemessungsleistung für Bestandsanlagen eine Flucht in ältere EEG-Fassungen vermeiden bzw. die Förderung bei nach dem Stichtag erfolgten Erhöhungen der installierten Leistung begrenzen wollen. Hierbei sei unerheblich, ob die Erhöhung durch den Zubau weiterer BHKW oder durch die Freigabe zuvor gedrosselter installierter Leistung geschehe. Nehme ein Anlagenbetreiber nach Inkrafttreten des EEG 2014 Erhöhungen vor, sei ihm Förderbegrenzung und Stichtag bekannt. Hierfür könne daher auch keinen weiteren Unterschied machen, wann die Erhöhung geplant oder entsprechende Investitionen getätigt wurden. Gegenstand des Bestandsschutzes könne in allen Fällen nur die bisherige installierte Leistung sein.

B. Stellungnahme

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

Der Anspruchstellerin ist dahingehend zuzustimmen, dass auch im Rahmen von § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 zur Bestimmung der Höchstbemessungsleistung der Anlage entscheidend auf die Legaldefinition der installierten Leistung abzustellen ist. Ob die Begriffsbestimmung der installierten Leistung gemäß § 3 Nr. 31 EEG 2017 oder gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 iVm. § 5 Nr. 22 EEG 2014 zugrunde zu legen ist, kann dahingestellt bleiben, da beide Begriffsbestimmungen im Kern die „elektrische Wirkleistung, die eine/die Anlage bei bestimmungsgemäßem Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann" adressieren.

Wir sind auch der Auffassung, dass es bei der Bestimmung der installierten Leistung aufgrund dieser Legaldefinition weder auf die Möglichkeit zur Einspeisung des Stroms ankommt, noch die installierte Leistung von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen abhängt: Nachdem der Netzanschluss und das Netz, wie auch aus der Gesetzesbegründung zu den jeweiligen Gesetzesfassungen ersichtlich,[7] nicht zur Anlage gehören, kann der Netzanschluss und die vereinbarte Einspeiseleistung schon denknotwendig keine Bedeutung für die Bestimmung der installierten Leistung einer Anlage haben. Unerheblich ist darüber hinaus auch für die Frage der Höhe der installierten Leistung, ob die Anlage öffentlich-rechtlich genehmigt ist. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut, der auf die technischen Möglichkeiten der Anlage abhebt.[8]

Prüfenswert erscheint auch, wie die Antragstellerin ausführt, inwieweit eine Drosselung aus verfassungsrechtlichen Gründen im Rahmen des § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 nicht berücksichtigt werden darf. In Rahmen dessen wäre zu bedenken, ob Aspekte des Vertrauensschutzes eine Ausnutzung der tatsächlich installierten Leistung in Höhe von 95 % bedingen, wenn – wie im vorliegenden Fall – bereits vor dem Beginn des Gesetzgebungsverfahrens zum EEG 2014 die Investitionsentscheidung getroffen wurde und die Kosten nachweislich und unbestritten angefallen sind.

---

7 So z. B. BT-Drs. 16/8148, S. 28.

8 *Walter*, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl. 2016 § 12 Übergangsbestimmungen Rn. 73.

Fachverband BIOGAS

Ansprechpartner

René Walter
Referatsleiter Energierecht und –handel
Tel. +49 (0)8161 9846-60
rene.walter@biogas.org