2019/48 17. Dezember 2019

Votum

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

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG|KWKG[1] durch den Vorsitzenden Dibbern sowie die Mitglieder Dr. Mutlak und Richter aufgrund der mündlichen Erörterung vom 19. September 2019 am 17. Dezember 2019 durch Mehrheitsbeschluss folgendes Votum:

Für die „installierte Leistung" i. S. v. § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 der von der Anspruchstellerin in [...] betriebenen Biogasanlage sind [ca. 420] kW zugrundezulegen.

[1] Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern im Folgenden auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

1 Tatbestand

1 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.

2 Die Anspruchstellerin betreibt seit dem [...] September 2010 in [...] 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).

3 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. Am [...] Juli 2014 wurde daher ein BHKW mit einer Nennleistung von 265 kW_{el} in Betrieb genommen (im Folgenden: BHKW-2). Die Leistung war dabei auf 173 kW gedrosselt. Das Inbetriebnahmeprotokoll weist ebenfalls eine Leistung von 173 kW aus.

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

5 Aufgrund genehmigungsrechtlicher Vorgaben wurde anfangs die elektrische Nennleistung des BHKW-2 nicht vollständig genutzt, sondern auf 173 kW_{el} und damit die Gesamtanlage auf [ca. 420] kW_{el} gedrosselt. Der Betrieb einer Anlage mit einer höheren elektrischen Leistung hätte aufgrund der damit verbundenen Überschreitung der 1 MW-Grenze für die Feuerungswärmeleistung nicht nur eine baurechtliche, sondern auch eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung (im Folgenden: BImSchG[2]-Genehmigung) erfordert. Letzterer liegt regelmäßig ein längeres Verfahren zugrunde. Anschließend bzw. parallel wurde jedoch auch ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren durchgeführt.

[2] Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) i.d. Fassung der Bekanntmachung v. 17.05.2013 (BGBl. I S. 1274), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 08.04.2019 (BGBl. I S. 432).

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

6 Am 26. April 2016 erteilte der Kreis [...] die BImSchG-Genehmigung; in deren Tenor wird die „installierte Leistung" der verfahrensgegenständlichen Anlage mit insgesamt 515 kW_{el} (bestehend aus BHKW-1 mit 250 kW_{el} und BHKW-2 mit 265 kW_{el}) festgestellt. Seit dem 7. Juli 2016 wird die Nenn- bzw. Maximalleistung des BHKW-2 von 265 kW_{el} ausgenutzt.

7 Am 29. Juli 2016 wurde die Änderung der Leistung der Bundesnetzagentur mitgeteilt. Die Registrierung der am 7. Juli 2014 erfolgten Leistungserhöhung bei der Bundesnetzagentur geht aus dem Auszug der öffentlich zugänglichen Excel-Tabelle der Bundesnetzagentur hervor. In der Tabelle wird als „installierte Leistung (kW)" der verfahrensgegenständlichen Anlage vor Leistungserhöhung (ohne Flexprämie) „[ca. 420]" und als Leistung nach Leistungsänderung (ohne Flexprämie) „515" angegeben.

8 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 07.07.2016 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!"

9 Die Anspruchsgegnerin legt zur 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.

10 **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.

11 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

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

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.

12 Insbesondere änderten softwaretechnische Einstellungen, die ohne technischen Aufwand wieder rückgängig gemacht werden könnten, nichts an der technischen Leistungsfähigkeit der Anlage, sondern stellten eine „temporäre Einschränkung“ der Leistung dar. Das ergebe 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.“[3]

13 Die Anspruchstellerin beruft sich zudem auf die Kommentarliteratur, wonach für die elektrische Leistung die vom Hersteller auf dem Typenschild genannte Nennleis-

[3] BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/urfassung/material*, S. 61, Auslassungen nicht im Original.

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

tung maßgeblich sei.[4] Der bestimmungsgemäße Betrieb sei gegeben, wenn Lebensdauer und Sicherheit der Anlage nicht über das normale Maß hinaus beeinträchtigt werden und beziehe sich damit nur auf technische Einschränkungen.[5]

14 Die Bestimmung der installierten Leistung hänge zudem schon nach dem Wortlaut von § 5 Nr. 22 EEG 2014 nicht von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen ab.[6] Drosselungen aus genehmigungsrechtlichen Gründen müssten auch deswegen unbeachtlich sein, da diese jederzeit aufgehoben werden könnten.[7]

15 Hierfür spreche zudem der Hinweis der Clearingstelle 2015/27[8], 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 BImSchG angegeben ist, da der Gesetzgeber dann eine andere, entsprechende Formulierung hätte wählen müssen.

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

17 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 bzw. 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 bzw. 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

[4] Die Anspruchstellerin beruft sich hierfür auf *Schumacher*, Berliner Kommentar zum EEG, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 141; *Bredow/Hennig*, Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG-Kommentar, 5. Aufl., § 101 Rn. 18.

[5] Die Anspruchstellerin beruft sich hierfür auf *Schumacher*, Berliner Kommentar zum EEG, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 141.

[6] Die Anspruchstellerin beruft sich hierfür auf *Walter*, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/ Walter, Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl. 2016, § 12 Rn. 73.

[7] Die Anspruchstellerin beruft sich hierfür auf *Bredow/Henning* (Hrsg.), in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt, EEG-Kommentar 4. Aufl., § 101 Rn. 20.

[8] *Clearingstelle*, Hinweis v. 16.12.2015 – 2015/27, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2015/27*, Rn. 25.

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

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.

18 **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 173 kW_{el} betragen habe. Denn der installierten Leistung sei die gedrosselte 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.

19 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 -betreibern 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.

20 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

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

Nr. 31 EEG 2017 umfasst, da dieser nicht auf die technische Nennleistung des Generators, sondern auf den bestimmungsgemäßen Betrieb abstelle.

21 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.

22 Die installierte Leistung i. S. v. § 101 Abs. 1 EEG 2014 bzw. 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, seien 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.

23 Mit Beschluss vom 11. September 2019 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 ihrer Verfahrensordnung (VerfO)[9] nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle zu begutachtende Frage lautet:

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

24 Die Clearingstelle hat die grundsätzliche Bedeutung der Streitigkeit gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 VerfO festgestellt. Die Anspruchstellerin hat den Fachverband Biogas e. V., die Anspruchsgegnerin hat den BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. benannt, um eine schriftliche Stellungnahme zur Streitigkeit abzugeben.

[9] Verfahrensordnung der Clearingstelle in der Fassung v. 01.01.2018, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads*.

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

2 Begründung

2.1 Verfahren

25 Die Besetzung der Clearingstelle ergibt sich aus § 26 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 5 VerfO. Es wurde eine mündliche Erörterung durchgeführt, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Stellungnahmen der von den Parteien benannten Verbände wurden bei der Abfassung des Votums berücksichtigt.[10]

26 Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle Dr. Mutlak erstellt.

2.2 Würdigung

27 Für die „installierte Leistung" i. S. v. § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 der von der Anspruchstellerin in [...] betriebenen Biogasanlage sind [ca. 420] kW_{el} zugrundezulegen.[11] Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

28 **Installierte Leitung gemäß § 3 Nr. 31 EEG 2017** Für die Ermittlung der installierten Leistung i. S. v. § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 ist auf die Legaldefinition der installierten Leistung in § 3 Nr. 31 EEG 2017 zurückzugreifen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber hier einen von der bestehenden Legaldefinition der installierten Leistung abweichenden Leistungsbegriff schaffen wollte.[12]

29 § 3 Nr. 31 EEG 2017 lautet:

> „‚installierte Leistung' [ist] die elektrische Wirkleistung, die eine Anlage bei bestimmungsgemäßem Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann"[13].

[10] Die Stellungnahmen sind unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* abrufbar.

[11] Ebenso Stellungnahme des *BDEW*; a. A. Stellungnahme des *Fachverband Biogas*.

[12] So bereits *Clearingstelle*, Hinweis v. 16.12.2015 – 2015/27, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2015/27* Abschnitt 2.1.4. Dabei kann aufgrund der unveränderten Begriffsbestimmung der installierten Leistung dahinstehen, ob auf § 3 Nr. 31 EEG 2017 oder auf § 100 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 i.V. m. § 5 Nr. 22 EEG 2014 zurückzugreifen ist, ebenso: Stellungnahmen des *Fachverband Biogas*, S. 9 und des *BDEW*, S. 4.

[13] Diese Legaldefinition entspricht ihren Vorgängerregelungen in § 5 Nr. 22 EEG 2014, § 3 Nr. 6 EEG 2012/EEG 2009 und § 3 Abs. 5 Satz 1 EEG 2004. Insoweit kann hier dahinstehen, ob die Be-

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

30 In ihrem Votum 2016/44 führt die Clearingstelle zum Begriff der installierten Leistung aus:

> „Der Wortlaut der Begriffsbestimmung bezieht sich auf die ‚elektrische Wirkleistung', die ‚technisch' erbracht werden kann. Sie stellt im Regelfall die Nennleistung, also die vom Hersteller angegebene maximale Wirkleistung unter Nennbedingunge einer Anlage dar.[14] Sie ist damit eine theoretische technische Größe. Es kommt auf die technische Beschaffenheit an, so dass regelmäßig auf die maximale Dauerleistung im Sinne des technischen Potentials der Anlage abzustellen ist.[15] Davon unabhängig ist die Tatsache, dass Anlagen in der Regel im Anlagenbetrieb unter realen Bedingungen eine geringere Leistung erreichen.[16] Auf die Einspeiseleistung am Verknüpfungspunkt bzw. Bemessungsleistung einer Anlage kommt es nach dem Wortlaut nicht an.
>
> Unter ‚bei bestimmungsgemäßem Betrieb' im Sinne der Definition ist der gewöhnliche Gebrauch bzw. Einsatz unter Berücksichtigung der technischen Beschaffenheit zu verstehen und zwar unter den Bedingungen, die für die Errichtung und Planung einer Anlage zugrundegelegt wurden. Denn die zugrundeliegende Planung definiert die ‚Bestimmung' der Anlage.
>
> Dass es auf den tatsächlichen Betrieb und unter realen Bedingungen auftretende Abweichungen nach oben oder nach unten nicht ankommen soll, ergibt sich aus der Formulierung ‚ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen' ."[17]

griffsbestimmung der installierten Leistung gemäß § 3 Nr. 31 EEG 2017 oder gemäß § 100 Abs. 2 Satz l EEG 2017 i. V. m. § 5 Nr. 22 EEG 2014 zugrunde zu legen ist. Ebenso Stellungnahmen des *Fachverband Biogas*, S. 9 sowie des *BDEW*, S. 4.

[14] *Clearingstelle*, Hinweis v. 18.08.2014 – 2013/13, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2013/13*, Rn. 20.

[15] *Hennig/von Bredow/Valentin*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt (Hrsg.), EEG 2014, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 160.

[16] *Clearingstelle*, Hinweis v. 18.08.2014 – 2013/13, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2013/13*, Rn. 20 und 24; *Ekardt/Hennig*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG 2012, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 107; *Hennig/von Bredow/Valentin*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt(Hrsg.), EEG 2014, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 160.

[17] Vgl. *Clearingstelle*, Votum v. 29.11.2016 – 2016/44, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/44*, Rn. 62 ff.

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

31 Weiterhin wird im Votum 2016/44 festgestellt, dass die „installierte Leistung" im Sinne des EEG eine technische, in der Regel konstante Größe darstellt – im Gegensatz zur veränderlichen, jedes Jahr neu zu bestimmenden „Bemessungsleistung" – , die üblicherweise mit der vom Hersteller angegebenen maximalen Wirkleistung unter Nennbedingungen übereinstimmt, die häufig anhand des Typenschilds des Generators abzulesen ist. Eine Veränderung der installierten Leistung einer Anlage setzt dabei regelmäßig voraus, dass von der Anlagenbetreiberin oder dem Anlagenbetreiber entsprechende technisch-bauliche Maßnahmen durchgeführt werden.[18]

32 **„Bestimmungsgemäßer Betrieb"** Zwar beträgt die üblicherweise als installierte Leistung heranzuziehenden Nennleistungsangabe des Herstellers für das BHKW-2 265 kW_{el}. Vorliegend ist jedoch auf den „bestimmungsgemäßen Betrieb" der Anlage abzustellen, mithin sind die Bedingungen, die für die Errichtung und Planung der Anlage zugrundegelegt wurden, zu berücksichtigen. Sofern eine Anlage planmäßig langfristig durch geeignete (technische) Maßnahmen dergestalt konfiguriert wird, dass eine andere als die nach Herstellerangaben ausgewiesene Nennleistung gefahren wird und dies nicht die Lebensdauer der Anlage beeinträchtigt, ist diese Leistung als installierte Leistung i. S. d. EEG heranzuziehen.[19]

33 Im vorliegenden Fall hat die Anspruchstellerin zur überwiegenden Überzeugung der Kammer das BHKW-2 zunächst nur für einen Betrieb mit einer Leistung von 173 kW_{el} geplant und in Betrieb genommen. Dafür spricht zum einen jedenfalls indiziell, dass auf dem Inbetriebnahmeprotokoll für das BHKW-2 eine installierte Leistung von 173 kW_{el} vermerkt wurde und diese (reduzierte) Leistung auch an die Bundesnetzagentur gemeldet wurde. Zum anderen spricht dafür, dass die Anspruchstellerin für die Erweiterung ihrer Biogasanlage mit dem BHKW-2 eine Baugenehmigung erwirkt hat, wobei sich dem Genehmigungsantrag die dafür notwendige Beschränkung der installierten Leistung auf 400 kW_{el} und damit weniger als 1 MW Feuerungswärmeleistung entnehmen lässt.[20]

[18] Vgl. *Clearingstelle*, Votum v. 29.11.2016 – 2016/44, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/44*, Rn. 61.

[19] Zur Berücksichtigung des bestimmungsgemäßen Betriebs zur Bestimmung der installierten Leistung vgl. auch *Clearingstelle*, Votum v. 29.11.2016 – 2016/44, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/44*, Rn, 63, 76 ff. und *Clearingstelle*, Empfehlung v. 23.01.2017 – 2016/12, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2016/12*, Rn. 86 ff.

[20] In diesem Sinne auch Stellungnahme des *BDEW*, S. 5 f.

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

34 Zwar kommt es für die installierte Leistung nach § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 *nicht* auf die in einer Genehmigung nach dem BImSchG (oder anderen gesetzlichen Regelungen) angegebene Leistung,[21] sondern auf die tatsächlich installierte Leistung am 31. Juli 2014 an. Vorliegend hat die Anspruchstellerin jedoch durch geeignete technische Maßnahmen – hier durch eine durch die Firma [...] bestätigte und von der Anspruchstellerin oder Dritten aufgrund eines Passwortschutzes nicht veränderlichen softwaretechnische Einstellung der BHKW-Steuerung zur Drosselung der Leistung des BHKW-2 auf 173 kW_{el} – auch tatsächlich sichergestellt, dass das BHKW-2 planmäßig und langfristig lediglich mit 173 kW_{el} betrieben werden sollte.[22]

35 Für die Frage der installierten Leistung ist es letztlich unerheblich, ob das Nicht-Überschreiten einer bestimmten Leistung durch eine hardware- oder eine softwaretechnische Maßnahme erreicht wird, solange dadurch die maximale Leistungsabgabe der Anlage technisch dauerhaft sichergestellt ist.[23] Dies ist vorliegend mittels einer softwaretechnischen Einstellung für das BHKW-2 durch den Passwortschutz und die Bestätigung einer Fachfirma gegeben und ist auch zwischen den Parteien unstreitig. Revidierbar sind im Übrigen sowohl hardware- als auch softwaretechnische Einstellungen an einer Anlage. Zudem werden nach Kenntnis der Clearingstelle auch herstellerseitig für ein und denselben Motor durch unterschiedliche softwaretechnische Einstellungen verschiedene Leistungklassen „eingestellt" und als solche deklariert und verkauft, so dass eine softwaretechnische Leistungsreduzierung im Ergebnis nicht als grundsätzlich weniger „sicher" oder „dauerhaft" einzustufen ist.

36 **Maßgeblicher Zeitpunkt** Dagegen kann auch nicht angeführt werden, dass die Anspruchstellerin die Investition für ein 265 kW_{el}-BHKW bzw. eine 515 kW_{el}-Anlage getätigt hat und ggf. in der langfristigen Planung auch die volle Leistung ausfahren wollte. Mithin ist unerheblich, ob die Anspruchstellerin das BHKW-2 nur vorübergehend und nur deshalb mit der gedrosselter Leistung und der baurechtlichen Genehmigung in Betrieb genommen hat, um in der Zwischenzeit mit mehr Zeit die aufwändigere BImSchG-Genehmigung erwirken zu können.

[21] Ebenso Stellungnahme des *Fachverband Biogas*, S. 9; *Clearingstelle*, Hinweis v. 16.12.2015 – 2015/27, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2015/27*, Leitsatz Nr. 5.

[22] Dies entspricht auch dem Handeln eines rationalen Anlagenbetreibers, da andernfalls ein Verstoß gegen bau- bzw. genehmigungsrechtliche Vorgaben erfolgt wäre. In diesem Sinne auch Stellungnahme des *BDEW*, S. 5.

[23] Ebenso Stellungnahmen des *BDEW*, S. 6.

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

37 Denn der maßgebliche Zeitpunkt, an dem die Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 und damit die installierte Leistung gemäß § 3 Nr. 31 EEG 2017 zu bestimmen sind, ist der 31. Juli 2014. Zu diesem Zeitpunkt lag noch keine BImSchG-Genehmigung für die ungedrosselte Leistung vor, war die Drosselung noch aktiv und war der bestimmungsgemäße Betrieb der Anlage – wie von der Anspruchstellerin geplant – auf [ca. 420] kW maximale Leistungsabgabe reduziert (s. Rn. 32).

38 **Sinn und Zweck** Nach dem Regelungszweck von § 101 Abs. 1 EEG 2014/EEG 2017 ist zur Bestimmung der Höchstbemessungsleistung nach Satz 2 und 3 dieser Vorschrift auf die „installierte Leistung" gemäß § 3 Nr. 31 EEG 2017 abzustellen – für den vorliegenden Fall auf die bestimmungsgemäß gedrosselte Leistung. Die Aufhebung der Drosselung an der verfahrensgegenständlichen Anlage nach dem Stichtag ist wie ein Leistungszubau (Erhöhung der installierten Leistung) zu bewerten.

39 Die Begründung zu § 97 Abs. 1 des Gesetzentwurfes – der später als § 101 Abs. 1 EEG 2014 Gesetz geworden ist – führt zu den vom Gesetzgeber verfolgten Regelungszielen aus:

> „Absatz 1 dient dazu, die nachträgliche Erhöhung der Stromerzeugung in Biogasanlagen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes in Betrieb genommen wurden, mengenmäßig zu begrenzen. Hintergrund dieser Regelung ist, dass mit diesem Gesetz die Förderbedingungen für neue Biogasanlagen deutlich verschärft werden. Infolgedessen kann eine Erweiterung bestehender Anlagen, die unter der für sie anzuwendenden Fassung des EEG teilweise deutlich höhere Förderansprüche begründen für Anlagenbetreiber wirtschaftlich deutlich attraktiver sein als der Neubau einer Anlage (‚Flucht ins EEG 2009 oder ins EEG 2012') … Mit Absatz 1 wird die Erhöhung der installierten Leistung von Bestandsanlagen grundsätzlich nicht begrenzt. Jedoch erhalten diese Anlagen, wenn sie nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ihre Stromerzeugungsmengen gegenüber der **bisherigen höchsten Jahresstrommengenerzeugung** (Höchstbemessungsleistung) vergrößern, die volle Einspeisevergütung bzw. Marktprämie nur für den Anteil der erzeugten Strommenge, der 100 Prozent der höchsten kalenderjährlichen Bemessungsleistung der Anlage vor Inkrafttreten dieses Gesetzes entspricht. Wird die Schwelle von 100 Prozent in einem Kalenderjahr überschritten, so besteht für

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

jede in diesem Kalenderjahr darüber hinausgehende Kilowattstunde nur ein Anspruch auf den Monatsmarktwert …“ [24]

40 In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie wird weiter zu § 101 Abs. 1 ausgeführt:

> „Die Änderung in Satz 2 und 3 sorgt dafür, dass bei der Begrenzung der zukünftigen Förderung für Bestandsanlagen auf die Höchstbemessungsleistung unangemessene Belastungen für Betreiber von Bestandsanlagen vermieden werden, **die ihre Anlage bereits in der Vergangenheit erweitert haben oder die die Anlage bislang nur in vergleichsweise geringem Umfang auslasten konnten**. Die förderfähige Strommenge wird auf die tatsächliche erreichte Höchstbemessungsleistung bis Ende 2013 begrenzt oder auf 95 Prozent der installierten Leistung am 31. Juli 2014 – je nachdem, welcher Wert höher ist. Bestandsanlagen, die ihre Leistung in der Vergangenheit sehr gut ausfahren konnten, werden durch die erste Variante in ihrem Bestand geschützt. Alle anderen Bestandsanlagen, **die ihre Leistung aus verschiedenen Gründen nicht so weit ausschöpfen konnten, werden durch die pauschale Annahme von 95 Prozent der installierten Leistung in ihrem Bestand geschützt.**“[25]

41 Danach wollte der Gesetzgeber durch die Einführung der Höchstbemessungsleistung bei Bestandsanlagen nach dem Stichtag des 31. Juli 2014 nur noch diejenigen erzeugten Strommengen mit den Vergütungssätzen der bisherigen EEG-Fassungen fördern, die der höchsten Jahresstrommengenerzeugung entsprechen, und hat hierfür in erster Linie nicht auf die installierte Leistung, sondern auf die tatsächlich erzeugten und eingespeisten Strommengen (höchste durchschnittliche Bemessungsleistung) abgestellt (erste Variante).

42 Sodann stellt er in einer zweiten Variante zur Bestimmung der Höchstbemessungsleistung (§ 101 Abs. 1 Satz 2 und 3 EEG 2017) auf einen bestimmten Prozentsatz (95 %) der installierten Leistung ab, um auch solche Bestandsanlagen in ihrem Bestand zu schützen, die ihre Leistung „aus verschiedenen Gründen nicht so weit

[24] BT-Drs. 18/1304 v. 05.05.2014, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material*, S. 181, Auslassungen und Hervorhebungen nicht im Original.
[25] BT-Drs. 18/1891 v. 26.06.2014, abrufbar unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material*, S. 221, Hervorhebungen nicht im Original.

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.

ausschöpfen konnten". Aus dieser weiten Formulierung („aus verschiedenen Gründen") könnte zwar geschlussfolgert werden, dass damit auch Drosselungen aus genehmigungsrechtlichen Gründen umfasst sein sollten. Hiergegen spricht jedoch, dass die *installierte* Leistung vorgreiflich zu bestimmen ist, wofür es gemäß § 3 Nr. 31 EEG 2017 wiederum auf den bestimmungsgemäßen Betrieb und damit vorliegend auf die gedrosselte Leistung ankommt (s. Rn. 32 ff.). Dagegen spricht zudem, dass eine Unterscheidung danach, ob am Stichtag die spätere Aufhebung der Drosselung (z. B. wegen ausstehender Genehmigungen) bereits geplant war oder nicht, die Bestimmbarkeit der Höchstbemessungsleistung durch die Stichtagsregelung gefährden würde.

43 Dass es sachgerecht ist, als installierte Leistung in § 101 EEG Abs. 1 Satz 2 und 3 EEG 2017 ebenso wie in § 3 Nr. 31 EEG 2017 vorliegend die bestimmungsgemäß gedrosselte Leistung zugrundezulegen, ergibt sich auch aus folgender Überlegung: Hätte die Anspruchstellerin für die Inbetriebnahme des BHKW-2 auf die BImSchG-Genehmigung gewartet, hätte sich ggf. dessen Inbetriebnahme auf einen Zeitpunkt nach dem 31. Juli 2014 verzögert – mit der Folge, dass dieser Zubau insgesamt erst nach dem Stichtag hätte in Betrieb genommen werden können und die gesamte Leistung des BHKW-2 nicht mehr für die Höchstbemessungsleistung nach § 101 EEG 2017 zu berücksichtigen gewesen wäre.[26] Auch dies spricht dafür, für die Förderbegrenzung (und spiegelbildlich den Vertrauensschutz für die vorhandene Leistung) nicht danach zu unterscheiden, ob die Leistungserhöhung nach dem Stichtag durch einen „echten Zubau" (z. B. eines weiteren BHKW) oder die Aufhebung einer Drosselung geschieht. Durch die frühere Inbetriebnahme des BHKW-2 mit gedrosselter Leistung konnte die Anspruchstellerin mithin bereits einen Teil der Leistung des BHKW-2 noch für die Höchstbemessungsleistung nach § 101 EEG 2017 geltend machen und hat damit bereits einen Vorteil im Vergleich zu dem oben beschriebenen Fall. Ein Argument für den Vertrauensschutz auch für den gedrosselten Leistungsanteil kann die Mehrheit der Kammer nicht erkennen.

44 Auch im Rahmen von § 101 EEG Abs. 1 Satz 2 und 3 EEG 2017 ist daher die installierte Leistung i. S. v. § 3 Nr. 31 EEG 2017 und damit im vorliegenden Fall die bestimmungsgemäß gedrosselte Leistung zugrundezulegen.

Dibbern Dr. Mutlak Richter

[26] Ebenso Stellungnahme des *BDEW*, S. 5.

Die Clearingstelle EEG|KWKG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW GmbH – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien, GF: Sönke Dibbern und Dr. Martin Winkler. Unter *https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/48* können Sie dieses Dokument herunterladen. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dargestellten Informationen kann keine Haftung übernommen werden.