

2013/56

30. Oktober 2013

Votum

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

Leitsätze:

1. Für die Vergütungsermittlung gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 (KWK-Bonus) ist die Bemessungsleistung der Anlage maßgeblich. Die darin enthaltene Leistungsgrenze (500 kW) bezieht sich auf die Bemessungsleistung der Anlage i. S. d. § 18 Abs. 2 EEG 2009.
2. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 ist auf alle Bestandsanlagen anwendbar, die vor dem 1. Januar 2009
 - Strom nicht in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt haben,
 - Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt haben, jedoch nicht nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009, oder die
 - Strom in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt haben, jedoch nach dem 31. Dezember 2008 durch Nutzung weiterer Wärmemengen nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 den KWK-Stromanteil erhöhen; die Vergütungserhöhung nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 gilt dabei nur für den zusätzlichen KWK-Stromanteil, der nach dem 31. Dezember 2008 erstmals nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt wurde.
3. Für die Vergütungsermittlung gemäß Anlage 2 Nr. VI. 1. a) bb) bzw. Nr. VI. 2. a) EEG 2009 (NawaRo-Bonus) ist die Bemessungsleistung der Anlage i. S. d. § 18 Abs. 2 EEG 2009 maßgeblich. Die Bemessungsleistung der Anlage umfasst auch die Stromanteile, die aus rein pflanzlichen Nebenprodukten im Sinne der Positivliste der rein pflanzlichen Nebenprodukte nach Anlage 2 Nr. V EEG 2009 erzeugt worden sind.

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens und die ständigen Beisitzerinnen Dr. Brunner und Dr. Mutlak am 30. Oktober 2013 einstimmig folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin für den in ihrer Biogasanlage erzeugten Strom

1. der der Wärmenutzung des im Jahr 2006 in Betrieb genommenen Wärmenetzes [S...] zuzuordnen ist, einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung (KWK-Bonus) nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009. Dieser Anspruch ist gemäß § 18 Abs. 1, Abs. 2 EEG 2009 entsprechend der Bemessungsleistung der Anlage unter Berücksichtigung von Kondensationsstrom zu kürzen.
2. einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung (KWK-Bonus) gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009, der der Wärmenutzung in dem im Jahre 2010 in Betrieb genommenen Wärmenetz [H...] zuzuordnen ist.
3. einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung (NawaRo-Bonus) nach § 66 Abs. 1 i. V. m. § 16 Abs. 1, § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI.2.a) EEG 2009 oder gemäß § 66 Abs. 1 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009, § 8 Abs. 2 EEG 2004 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI.2.a) EEG 2009, der gemäß § 18 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2009 entsprechend der Bemessungsleistung der Anlage unter Berücksichtigung des Stromanteils, der aus rein pflanzlichen Nebenprodukten im Sinne der Positivliste der rein pflanzlichen Nebenprodukte nach Anlage 2 Nr. V EEG 2009 erzeugt worden ist, zu kürzen ist.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle EEG:

Wenn und soweit die Anspruchsgegnerin geringere Vergütungen gezahlt hat, als sich aus der Anwendung dieses Votums auf den verfahrensgegenständlichen Vergütungszeitraum ergibt, so liegen hinsichtlich diesbezüglicher Nachzahlungen der Anspruchsgegnerin an die Anspruchstellerin die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 38 Nr. 4 EEG 2012¹ vor.

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	4
2	Begründung	11
2.1	Verfahren	11
2.2	Würdigung	12
2.2.1	Anspruch und „Leistung“ gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 (KWK-Bonus)	12
2.2.2	Anspruch „Leistung“ und gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 (KWK-Bonus)	19
2.2.3	Anspruch und „Leistung“ gemäß Anlage 2 Nr. VI.2. a) EEG 2009 (NawaRo-Bonus)	23

1 Tatbestand

- 1 Die Parteien vertreten verschiedene Rechtsansichten zur Auslegung von § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 und Satz 3 EEG 2009² sowie zu Anlage 2 Nr. I.3 EEG 2009.
- 2 Die Parteien streiten insbesondere über die Berechnung des KWK-Bonus gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 und über den Begriff „Leistung“ i. S. v. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009. Darüber hinaus ist zwischen den Parteien streitig, ob die Anspruchstellerin einen Anspruch gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 für den in ihrer Bestandsbiogasanlage erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten KWK-Strom geltend machen kann, wenn die zuvor noch ungenutzte Wärme in ein seit 2010 von ihr betriebenes Wärmenetz eingespeist wird. Ferner sind die Parteien uneins, wie die Höhe des NawaRo-Bonus unter Berücksichtigung von § 18

²Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 30.04.2011 geltenden Fassung geändert durch Art. 1 des Änderungsgesetzes v. 11.08.2010 (BGBl. I S. 1170), zuletzt geändert durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geändert, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

EEG 2009 zu ermitteln ist, wenn neben den nachwachsenden Rohstoffen auch rein pflanzliche Nebenprodukte (Anlage 2 Nr. I.3 EEG 2009) eingesetzt werden.

- 3 Die Anspruchstellerin betreibt seit 2006 eine Biogasanlage mit einer installierten Leistung von 625 kW in [H. . .], in der sie neben nachwachsenden Rohstoffen (NawaRo) einen geringen Anteil rein pflanzlicher Nebenprodukte nach Anlage 2 Nr. V (Positivliste der rein pflanzlichen Nebenprodukte und ihrer Standard-Biogaserträge) EEG 2009 einsetzt.
- 4 Seit 2006 betreibt die Anspruchstellerin ein Wärmenetz in [S. . .] und speist die bei der Stromerzeugung in der Biogasanlage entstehende Wärme in dieses Wärmenetz ein. Es bestand bereits für den vor dem 1. Januar 2009 erzeugten KWK-Strom ein Anspruch auf den KWK-Bonus gemäß § 8 Abs. 3 EEG 2004.³ Seit 2010 betreibt die Anspruchstellerin ein weiteres Wärmenetz in [H. . .], in das sie die bislang nicht im Wärmenetz [S. . .] eingespeiste Wärme, die bei der Stromerzeugung in ihrer Anlage anfällt, einspeist. Beide Wärmenetze weisen eine Länge von über 400 m und Verluste durch Wärmeverteilung und -übergabe unterhalb von 25 % des Nutzwärmebedarfs der Wärmekundinnen und -kunden auf und erfüllen die Voraussetzungen der Anlage 3 EEG 2009.
- 5 Für den KWK-Stromanteil, der der Wärmeeinspeisung in das Wärmenetz [H. . .] zuzuordnen ist, beansprucht die Anspruchstellerin den KWK-Bonus gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009. Die Anspruchsgegnerin lehnte diesen Anspruch ab und vergütet den Stromanteil gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 unter Zusammenfassung der KWK-Stromanteile, die den jeweiligen Wärmeeinspeisungen in das Wärmenetz [S. . .] und [H. . .] zuzuordnen sind.
- 6 Für den KWK-Stromanteil, der der Wärmeeinspeisung in das Wärmenetz [S. . .] zuzuordnen ist, verlangt die Anspruchstellerin den KWK-Bonus gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 bis einschließlich einer Leistung von 500 kW bezogen auf den KWK-Strom.
- 7 Die Anspruchstellerin meint, der in der Anlage erzeugte KWK-Stromanteil, der der Wärmeeinspeisung in das Wärmenetz [S. . .] zuzuordnen sei, sei vollständig dem Leistungsanteil bis 500 kW zuzuordnen. Ihr stünde für den gesamten KWK-Strom ein Anspruch auf den Bonus in Höhe von 3 Cent pro kWh zu, ohne dass der An-

³Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

spruch entsprechend der in der Anlage erzeugten (Gesamt-)Bemessungsleistung zu kürzen sei. Die Leistungsgrenze von 500 kW in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 beziehe sich ausschließlich auf die erzeugte KWK-Strommenge (= „KWK-Bemessungsleistung“) und nicht auf die Bemessungsleistung der gesamten Anlage.

- 8 Die Urteile des Brandenburgischen OLG⁴, die im Ergebnis von den Urteilen des BGH⁵ bestätigt werden, verstießen im Ergebnis in grober Weise gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG⁶). Der in vergleichbaren Anlagen erzeugte und in das Netz eingespeiste Strom sei gesetzlich gleich zu vergüten. Eine Abstufung der Vergütung erfolge lediglich nach Leistungsschwellen. Innerhalb derselben Leistungsschwelle sei die Vergütung jedoch dieselbe. Das Brandenburgische OLG⁷ und der BGH⁸ legten daher § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 nicht gleichheitskonform aus. Die Urteile kämen zu dem Ergebnis, dass kleine Anlagen, die die Wärme in demselben Umfang wie große Anlagen nutzten, einen weitaus höheren Vergütungssatz (KWK-Bonus) erhielten. Größere Anlagen mit einer installierten Leistung von beispielsweise 1,5 MW wären demzufolge bei der anzubietenden Wärme gegenüber kleineren Anlagen mit einer installierten Leistung bis zu 500 kW preislich deutlich unterlegen, weil in der Konsequenz der o. g. Entscheidungen die auf dieselbe Wärmemenge zurückzuführende KWK-Strommenge je nach Anlagengröße unterschiedlich vergütet würde.
- 9 Der Wortlaut von § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 lege nahe, dass sowohl nach Satz 1 als auch nach Satz 3 die Bestandsanlage den Strom bereits vor dem 1. Januar 2009 in KWK erzeugt habe bzw. haben könne. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut von Satz 1 aus „erstmalig... nach Maßgabe der Anlage 3 erzeugt worden ist“. Diese Anlagen i. S. v. Satz 1 hätten entweder keinen KWK-Strom erzeugt oder KWK-Strom erzeugt, allerdings ohne die Voraussetzungen der Anlage 3 EEG 2009 eingehalten zu haben.

⁴Brandenburgisches OLG, Urst. v. 14.08.2012 – 6 U 29/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2119> und Urst. v. 24.07.2012 – 6 U 53/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2106>.

⁵BGH, Urst. v. 10.07.2013 – VIII ZR 300/12 und Urst. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2342>.

⁶Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.05.1949 (BGBl. III, Gliederungsnummer 100-1), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 11.07.2012 (BGBl. I S. 1478), nachfolgend bezeichnet als GG.

⁷Brandenburgisches OLG, Urst. v. 14.08.2012 – 6 U 29/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2119> und Urst. v. 24.07.2012 – 6 U 53/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2106>.

⁸BGH, Urst. v. 10.07.2013 – VIII ZR 300/12 und Urst. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2342>.

Satz 1 und Satz 3 von § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 stünden nebeneinander und nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis.

- 10 Hierfür spreche auch der Sinn und Zweck von § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009, sinnvolle Wärmenutzungen zu fördern und Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber dazu anzureizen, in eine neue sinnvolle Wärmenutzung zu investieren und nicht sinnvolle Wärmenutzungen zu vermeiden. Die Norm bezwecke Chancengleichheit, ohne dass Bestandsanlagen, die bereits vor dem 1. Januar 2009 den Strom in KWK nach den Voraussetzungen der Anlage 3 EEG 2009 erzeugten, benachteiligt werden sollten.
- 11 Sinn und Zweck von § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 sei es, Altanlagen, die bereits vor dem 1. Januar 2009 sinnvoll nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 die Wärme vergütungslos (ohne KWK-Bonus) nutzten, nunmehr zu privilegieren und nicht nur Bestandsanlagen gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009, die erstmalig nach Inkrafttreten des EEG 2009 die Wärme sinnvoll nutzen würden. Ohne den später während des Gesetzgebungsverfahrens eingeführten § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 wäre es zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Bestandsanlagen gekommen. Die in den Urteilen des Brandenburgischen OLG⁹ und des BGH getroffene Entscheidung führe zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Wettbewerbsverzerrung, indem Bestandsanlagen gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 anders behandelt würden als Bestandsanlagen gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009, die im Gegensatz zu den erstgenannten Anlagen bereits vor dem 1. Januar 2009 die Wärme sinnvoll nutzten. Um diese Wettbewerbsverzerrungen wirksam unterbinden zu können, sei eine einheitliche Vergütung von 3 Cent/kWh für alle Anlagengrößen nötig.
- 12 Im Hinblick auf die Frage, ob für den der Wärmenutzung „Einspeisung in das Wärmenetz [H...]“ entsprechenden Stromanteil ein Anspruch nach Satz 1 oder nach Satz 3 des § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 bestehe, meint die Anspruchstellerin, Satz 1 und nicht Satz 3 sei anwendbar. Zum einen seien die beiden betriebenen Wärmenetze in [H...] und [S...] für die Bestimmung des KWK-Stromanteiles nicht zusammenzufassen und nicht insgesamt nur anteilig bis zu der Bemessungsleistung von 500 kW mit 3 Cent pro kWh zu vergüten. Zum anderen sei der KWK-Stromanteil, der der Wärmeeinspeisung in das im Jahr 2010 in Betrieb genommene Wärmenetz [H...] zuzuordnen sei, gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 zu vergüten,

⁹Brandenburgisches OLG, Urt. v. 14.08.2012 – 6 U 29/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2119> und Urt. v. 24.07.2012 – 6 U 53/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2106>.

weil der KWK-Strom mit dieser Art der Wärmenutzung erstmalig nach dem 1. Januar 2009 nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt worden sei. Im Ergebnis bestünde für Biomasse-Altanlagen, die bereits vor dem 1. Januar 2009 eine sinnvolle Wärmenutzung nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 hatten, ein Anspruch auf den KWK-Bonus in Höhe von 3 Cent/kWh-KWK-Strom gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009; allerdings nur bis einschließlich einer „KWK-Bemessungsleistung“ von 500 kW. Biomasseanlagen, die nach dem 1. Januar 2009 entweder erstmalig überhaupt den Strom in KWK erzeugen und dabei die Wärme in sinnvoller Weise gemäß Anlage 3 EEG 2009 oder erstmalig die bisher (nicht sinnvoll) genutzte Wärme, die bei der Stromerzeugung in KWK angefallen sei, sinnvoll nach den Voraussetzungen der Anlage 3 EEG 2009 nutzen würden, stünde vollumfänglich der Anspruch auf den KWK-Bonus gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 zu.

- 13 Zu der Frage, auf welche Weise der den rein pflanzlichen Nebenprodukten zuzuordnende Stromanteil bei der Berechnung des Anspruchs auf den sog. NawaRo-Bonus zu berücksichtigen ist, vertritt die Anspruchstellerin die Auffassung, dass der Anspruch auf den NawaRo-Bonus gemäß Anlage 2 Nr. I.3, Nr. VI.2.a) EEG 2009 ausschließlich für den Anteil des Stroms besteht, der aus nachwachsenden Rohstoffen und/oder Gülle erzeugt worden ist. Ein Anspruch auf den NawaRo-Bonus bestehe also nicht für den den rein pflanzlichen Nebenprodukten zuzuordnenden Stromanteil. Jedoch sei der NawaRo-Bonus nicht pauschal in allen Vergütungsstufen zu kürzen. Vielmehr sei für die Berechnung der 500 kW Leistungsschwelle nur die Strommenge heranzuziehen, die tatsächlich aus nachwachsenden Rohstoffen bzw. Gülle erzeugt wurde; die den aus rein pflanzlichen Nebenprodukten zuzuordnende Strommenge sei zunächst in Abzug zu bringen.
- 14 Werde der Strom entsprechend der Anlage 2 Nr. I.3 EEG 2009 erzeugt, enthalte § 18 EEG 2009 eine Regelung, in welchen Leistungszonen die Kürzung der Strommenge vorgenommen werden müsse. Dieser stelle nicht auf die installierte Leistung der Anlage ab, sondern auf die tatsächlich über das Kalenderjahr erbrachte Leistung (Bemessungsleistung). Würde eine Anlage mit einer installierten Leistung von 1 MW gemäß Anlage 2 Nr. I.3 Satz 1 EEG 2009 unter ausschließlichen Einsatz von nachwachsenden Rohstoffen und/oder Gülle Strom auf eine Art und Weise gefahren werden, dass die Bemessungsleistung exakt 500 kW_{el} betrage, bestünde der NawaRo-Bonus für die gesamte erzeugte und eingespeiste Strommenge in voller Höhe (7 Cent/kWh). Die noch im EEG 2000 vorgesehene Aufteilung der Strommengen in einen Teil mit dem

- NawaRo-Bonus in voller Höhe (7 Cent/kWh) vergüteten bzw. einen mit dem reduzierten NawaRo-Bonus (4 Cent/kWh) vergüteten Stromanteil erfolge nicht.
- 15 Soweit die Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber nachwachsende Rohstoffe für eine zu erzeugende Strommenge, die einer „NawaRo-Bemessungsleistung“ bis zu 500 kW entspreche, und darüber hinaus mittels pflanzlicher Nebenprodukte eine weitere Strommenge erzeugen, die damit zu einer (Gesamt-)Bemessungsleistung von über 500 kW führte, bestünde gleichwohl der NawaRo-Bonus in voller Höhe für die aus NawaRo erzeugte Strommenge (bis zu einem (NawaRo-)Bemessungsleistungsanteil von 500 kW). Bei der Berechnung der Vergütungshöhe – und damit bei der Berechnung der maßgeblichen Bemessungsleistung – sei der Anteil der rein pflanzlichen Nebenprodukte vorab herauszurechnen.
- 16 Eine andere Auslegung von Anlage 2 i. V. m. § 18 EEG 2009 und die Kürzung des NawaRo-Bonus verstieße gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 GG. Eine ungleiche Vergütung für dieselbe aus NawaRo erzeugte Strommenge entspreche weder den Vergütungsvorschriften des EEG noch dem Sinn und Zweck (BT-Drs. 16/8148, S. 79¹⁰). Der Gesetzgeber habe Nebenprodukte zulassen wollen, ohne dass dadurch der Anspruch auf den NawaRo-Bonus durch eine geringere Durchschnittsvergütung vermindert werde.
- 17 Die Anspruchsgegnerin meint, dass zur Ermittlung der Höhe des KWK-Bonus i. S. d. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 nach Maßgabe des § 18 Abs. 2 EEG 2009 die in dem Kalenderjahr insgesamt eingespeiste Strommenge und nicht nur die in KWK erzeugte Strommenge für die Ermittlung der Bemessungsleistung heranzuziehen sei. Übersteige diese (Gesamt-)Bemessungsleistung der Anlage die 500-kW-Leistungsschwelle, auch wenn die „KWK-Bemessungsleistung“ die 500-kW-Leistungsschwelle nicht übersteige, so erfolge eine Leistungsaufteilung gemäß § 18 Abs. 2 EEG 2009.
- 18 Die Anspruchsgegnerin ist der Auffassung, dass die Ergebnisse der Urteile des BGH¹¹, die die Urteile des Brandenburgischen OLG¹² bestätigen würden, die Frage, ob es bei § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 auf die (Gesamt-)Bemessungsleistung der Anlage oder die „KWK-Bemessungsleistung“ ankäme, hinreichend beantworten würden.

¹⁰Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2009/material>.

¹¹BGH, Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 300/12 und Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2342>.

¹²Brandenburgisches OLG, Urt. v. 14.08.2012 – 6 U 29/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2119> und Urt. v. 24.07.2012 – 6 U 53/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2106>.

- 19 Zu der Frage, ob § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 auch anwendbar sei, wenn eine Bestandsanlage, die bereits vor dem 1. Januar 2009 KWK-Strom erzeugt hat und durch Erschließung einer weiteren Wärmesenke nach dem 31. Dezember 2008 zusätzlichen KWK-Strom erzeuge, vertritt die Anspruchsgegnerin inzwischen die Ansicht, dass nicht abschließend geklärt sei, ob für den Strom, der durch Erschließung einer weiteren Wärmesenke nach dem 31. Dezember 2008 zusätzlich nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt wird, ein Anspruch auf Vergütung gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 bestehe. Wenn dies der Fall sei, seien die KWK-Boni nach Satz 1 und Satz 3 des § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 anteilig anwendbar.
- 20 Des Weiteren ist die Anspruchsgegnerin der Ansicht, dass zur Ermittlung des Anspruchs auf den sog. NawaRo-Bonus die in der Anlage erzeugte Strommenge um den Anteil der Stromproduktion aus rein pflanzlichen Nebenprodukten zu kürzen sei. Der Stromanteil, der aus rein pflanzlichen Nebenprodukten erzeugt würde, sei bei der Berechnung der Vergütungshöhe nicht vorab von der Gesamtstromerzeugung abzuziehen. Vielmehr sei die Kürzung um die den rein pflanzlichen Nebenprodukten zuzurechnende Strommenge anteilig in allen Leistungszonen durchzuführen, da es keine gesetzliche Regelung gebe, in welchen Leistungszonen die Kürzung der Strommengen vorgenommen werden solle.
- 21 Die Anspruchstellerin und die Anspruchsgegnerin haben sich an die Clearingstelle EEG gewandt und gemeinsam beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG¹³ (VerfO) durchzuführen.
- 22 Mit Beschluss vom 30. Juli 2013 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen und dessen grundsätzliche Bedeutung festgestellt, § 26 Abs. 2 Satz 1 VerfO. Die Anspruchstellerin und die Anspruchsgegnerin machen von der Möglichkeit, einen aus der Liste der bei der Clearingstelle EEG akkreditierten Verbände zu benennen und zu diesem Verfahren hinzuzuziehen, keinen Gebrauch.
- 23 Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtenden Fragen lauteten:

„Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin für den in der im [H. . .] belegenen Biogasanlage erzeugten Strom

1. einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 bis einschließlich einer Leistung von 500 kW bezogen auf den KWK-Strom oder ist der Anspruch gemäß § 18 Abs. 1

¹³Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG i.d. Fassung v. 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

- i. V. m. Abs. 2 EEG 2009 entsprechend der Gesamtleistung der Anlage unter Berücksichtigung von Kondensationsstrom zu kürzen?
2. einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung gemäß §§ 66 Abs. 1 i. V. m. 16 Abs. 1, § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI.2.a) bzw. Nr. VI.1.a.bb) EEG 2009 oder gemäß §§ 66 Abs. 1 i. V. m. 16 Abs. 1 EEG 2009, § 8 Abs. 2 EEG 2004 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI.2.a) bzw. Nr. VI.1.a.bb) EEG 2009 (sog. NawaRo-Bonus) bezogen auf den Anteil des Stroms, der im Sinne von Nr. I.3 Anlage 2 EEG 2009 aus nachwachsenden Rohstoffen oder Gülle erzeugt worden ist oder ist der Anspruch gemäß § 18 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 EEG 2009 entsprechend der Gesamtleistung der Anlage unter Berücksichtigung des Stromanteils, der aus rein pflanzlichen Nebenprodukten im Sinne der Positivliste der rein pflanzlichen Nebenprodukte nach Nr. V Anlage 2 EEG 2009 erzeugt worden ist, zu kürzen?
3. der der Wärmenutzung in dem im Jahre 2010 in Betrieb genommenen Wärmenetz [H. . .] entspricht, einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 oder nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009?“

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 24 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 2 und 1 VerfO. Den Parteien ist gemäß §§ 28 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Gemäß §§ 28 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 1 VerfO hat die Clearingstelle EEG einen Termin zur mündlichen Erörterung bestimmt. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28 Abs. 1 Satz 1, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Brunner erstellt.

2.2 Würdigung

- 25 Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Zahlung des KWK-Bonus zu dem erhöhten Satz von 3,0 Cent/kWh gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 für den unter die nach Maßgabe des § 18 EEG 2009 zu ermittelnde Leistungsgrenze von 500 kW fallenden Anteil des KWK-Stroms, der der Wärmeeinspeisung in das Wärmenetz [S. . .] zuzuordnen ist (dazu sogleich Abschnitt 2.2.1 Rn. 28 ff.).
- 26 Für den gesamten Anteil des KWK-Stroms, der der Wärmeeinspeisung in das seit 2010 betriebenen Wärmenetz [H. . .] zuzuordnen ist, besteht ein Anspruch auf Zahlung des KWK-Bonus zu dem erhöhten Satz von 3,0 Cent/kWh gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 (dazu Abschnitt 2.2.2 Rn. 49 ff.).
- 27 Die Anspruchstellerin hat für den in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom, der entsprechend der Gesamtleistung der Anlage nach Maßgabe von § 18 EEG 2009 um den Stromanteil zu kürzen ist, der aus rein pflanzlichen Nebenprodukten im Sinne der Positivliste der rein pflanzlichen Nebenprodukte nach Nr. V Anlage 2 EEG 2009 erzeugt worden ist, einen Anspruch auf Zahlung des NawaRo-Bonus (dazu Abschnitt 2.2.3 Rn. 61 ff.).

2.2.1 Anspruch und „Leistung“ gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 (KWK-Bonus)

- 28 Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf den KWK-Bonus gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 i. V. m. § 18 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2009 für den in ihrer Anlage erzeugten KWK-Stromanteil, der der Wärmenutzung in dem seit 2006 betriebenen Wärmenetz [S. . .] zuzuordnen ist. Der Anspruch besteht für den KWK-Stromanteil, der gemäß § 18 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2009 auf den Leistungsanteil der Bemessungsleistung der Anlage bis 500 kW entfällt. Für den über die Bemessungsleistung von 500 kW hinausgehenden KWK-Stromanteil besteht kein Anspruch in Höhe von 3 Cent gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009, auch wenn die „KWK-Bemessungsleistung“ ihrerseits 500 kW nicht übersteigt. Die 500-kW-Leistungsgrenze in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 bezieht sich auf die Bemessungsleistung der Anlage und nicht auf die „KWK-Bemessungsleistung“.¹⁴

¹⁴BGH, Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2342>, Rn. 13; Brandenburgisches OLG, Urt. v. 14.08.2012 – 6 U 29/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2119> Rn. 27 und 33 ff. und Urt. v.

- 29 Leistung i. S. d. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 ist die Bemessungsleistung der Anlage. Dies ergibt sich zwar noch nicht zweifelsfrei aus dem Wortlaut (Rn. 30), jedoch aus der Systematik (Rn. 31 ff.) sowie aus historischen (Rn. 36 ff.) und teleologischen Erwägungen (Rn. 44 ff.). Denn der KWK-Bonus für Bestandsanlagen ist als eine von der Leistung der Anlage (§ 18 Abs. 1 EEG 2009) abhängige Vergütung anzusehen und deshalb nach Maßgabe des § 18 Abs. 1, 2 EEG 2009 zu ermitteln.¹⁵
- 30 **Der Wortlaut** von § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 ist auslegungsbedürftig. Denn der Schwellenwert in der Formulierung „Für Strom aus sonstigen Biomasseanlagen, der in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 erzeugt worden ist, ... bis einschließlich einer Leistung von 500 Kilowatt ...“ kann sich auf „KWK-Strom“ i. S. einer „KWK-Bemessungsleistung“ oder auf „Biomasseanlagen“ und deren Bemessungsleistung, d. h. den in der Anlage insgesamt im Kalenderjahr erzeugten Strom, beziehen.
- 31 **Die systematische Auslegung** von § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 im Vergleich mit weiteren Vorschriften innerhalb der Übergangsvorschrift und anderen Normen des EEG 2009 ergibt, dass sich „Leistung“ in Satz 3 von § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 auf die Bemessungsleistung der Anlage i. S. d. § 18 EEG 2009 bezieht.¹⁶ Dem steht nicht entgegen, dass § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 nur die „Leistung“ nicht aber die „Leistung der Anlage“ nennt.
- 32 Das EEG 2009 unterscheidet zwischen „(installierter) Leistung“ (§ 3 Nr. 6 EEG 2009) und „Leistung“ bzw. „Anlagenleistung“, d. h. der in § 18 Abs. 2 EEG 2009 legaldefinierten Bemessungsleistung. Beispielsweise erwähnt § 66 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 EEG 2009 die „installierte Leistung“, während § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 nur die „Leistung“ erwähnt. Zwar verwendet das EEG 2009 somit in Bezug auf den Begriff der „(Anlagen-)Leistung“ keine immer einheitliche Terminologie, aber weil das EEG 2009 (neben der nicht definierten Einspeiseleistung¹⁷) gesetzlich zwischen der installierten Leistung und der Bemessungsleistung unterscheidet, ist aus systematischen Gründen ein davon abweichender Leistungsbegriff (z. B. eine „KWK-

24.07.2012 – 6 U 53/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2106>, Rn. 25 und 31 und 44 ff.

¹⁵Vgl. BGH, Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2342>, Rn. 13.

¹⁶Vgl. BGH, Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2342>, Rn. 13.

¹⁷§§ 6 und 11 EEG 2009.

Bemessungsleistung“) für die Vergütungsermittlung nicht anzunehmen.¹⁸ Daher ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keinen von diesen Leistungsbegriffen abweichenden Leistungswert in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 bestimmte und der Begriff „Leistung“ bei der Vergütungsermittlung für Biomasse- und sonstige Anlagen einheitlich i. S. d. Bemessungsleistung der Anlage anzuwenden ist.

- 33 Dafür spricht auch dessen systematischer Zusammenhang mit weiteren Vergütungsvorschriften für Biomasseanlagen: Zunächst bestimmt der Einleitungssatz in § 66 Abs. 1 EEG 2009, dass einzelne Vorschriften des EEG 2009, u. a. § 18 EEG 2009, auf Bestandsanlagen anwendbar ist.¹⁹
- 34 § 18 EEG 2009 legt fest, dass es für die Berechnung der Vergütung (Grundvergütung und erhöhte Vergütung) des Stroms aus Anlagen gemäß §§ 23 bis 28 EEG 2009 auf die Bemessungsleistung der Anlage ankommt. Grundsätzlich ist daher die Bemessungsleistung der Anlage maßgeblich und nicht die evtl. in Betracht kommende „KWK-Bemessungsleistung“. § 27 EEG 2009, auf den § 18 Abs. 2 EEG 2009 verweist, ist außer dessen Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 EEG 2009 gemäß Einleitungssatz von § 66 Abs. 1 EEG 2009 nicht auf Bestandsanlagen anwendbar. Soweit § 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 auf Bestandsanlagen anwendbar ist, wird die darin geregelte Vergütung anhand der Bemessungsleistung in § 18 Abs. 2 EEG 2009 ermittelt. Für alle anderen Bestandsanlagen gilt die alte Rechtslage fort, d. h. §§ 8 und 12 EEG 2004, die die Bemessungsleistung der Anlage für die Ermittlung der Leistungsschwellen zur Vergütungsermittlung heranziehen. Nach beiden Gesetzesfassungen wird sowohl die Grund-/Mindestvergütung für den in Biomasseanlagen erzeugten Strom als auch die erhöhte Vergütung, die unmittelbar an die Grund-/Mindestvergütung gekoppelt ist, anhand der Bemessungsleistung der Anlage berechnet, § 27 i. V. m. § 18 und Anlage 3 EEG 2009 und § 8 Abs. 1 und Abs. 3 i. V. m. § 12 Abs. 2 EEG 2004. Dies gilt sowohl für Anlagen i. S. v. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 als auch für Anlagen i. S. v. § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009. Es kann daher dahinstehen, ob auf die Ermittlung der Vergütungsschwelle in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 gemäß Einleitungssatz von § 66 Abs. 1 EEG 2009 § 18 EEG 2009 oder § 12 Abs. 2 EEG 2004 anwendbar ist. Denn aus dem Gesetz, einschließlich § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009, ist nicht erkennbar, dass die erhöhte Vergütung (Bonni) für Bestandsanlagen in Satz 1 und Satz 3 von § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 hin-

¹⁸Vgl. *BGH*, Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2342>, Rn. 13 ff.

¹⁹Vgl. *BGH*, Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2342>, Rn. 13.

sichtlich des anzuwendenden Leistungsbegriffes nach anderen Maßstäben ermittelt werden soll, als die Grund-/Mindestvergütung. Auch ist eine solche Ausnahme nicht in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 zu erkennen. Dies spricht dagegen, dass Satz 3 gegenüber Satz 1 eine eigenständige Regelung der Erhöhung der Mindestvergütung nach § 8 Abs. 1 EEG 2004 ist. Andernfalls wäre auch die Stellung des Satzes 3, der sich auf „sonstige Biomasseanlagen“ bezieht, systematisch verfehlt. Der Umstand, dass Satz 3 erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt worden ist (vgl. sogleich Rn. 41 ff.), rechtfertigt keine andere Beurteilung.

- 35 Die Regelungen der Anlage 3 EEG 2009, aber auch der Anlage 2 EEG 2009 zum NawaRo-Bonus (vgl. Verfahrensfrage 2 unten Abschnitt 2.2.3 Rn. 61 ff.), zur Bestimmung der Leistungsschwellen sind insgesamt anlagenbezogen zu verstehen. Denn für die Vergütungsberechnung von Strom aus Anlagen, der in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet wird, ist als „Leistung“ gemäß § 18 Abs. 2 EEG 2009 die Bemessungsleistung der Anlage entscheidend.
- 36 **Historisch** wurde auch im EEG 2004 gemäß § 8 Abs. 3, Abs. 1 i. V. m. § 12 Abs. 2 EEG 2004²⁰ für die Vergütungsermittlung die Bemessungsleistung der Anlage (§ 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 2 EEG 2004) und nicht die „KWK-Bemessungsleistung“ herangezogen. Soweit ein Teil des in KWK erzeugten Stromanteils in der streitgegenständlichen Biomasseanlage gemäß § 8 EEG 2004 i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2009 vergütet wird, wird somit ein Gleichlauf hergestellt, indem die Bemessungsleistung der Anlage die relevante Größe für die Vergütungsermittlung ist.
- 37 Denn für den die Bemessungsleistung der Anlage von 500 kW in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 übersteigenden Stromanteil, der in KWK erzeugt wurde, besteht der Anspruch auf den KWK-Bonus gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 8 Abs. 3 und § 12 Abs. 2 EEG 2004.²¹ Ebenso bezieht sich § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 auf die Bemessungsleistung der Anlage; denn andernfalls wäre ein Systembruch und eine Ungleichbehandlung die Folge.

²⁰Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

²¹Brandenburgisches OLG, Urt. v. 14.08.2012 – 6 U 29/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2119> Rn. 27 und 31 und Urt. v. 24.07.2012 – 6 U 53/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2106>, Rn. 29 und 55.

- 38 Schon nach der Vorgängerregelung, dem § 8 Abs. 3 EEG 2004, wurde die Vergütung in Abhängigkeit von Leistungsschwellen ermittelt, die unterschiedlich hoch waren. Bereits nach dem EEG 2004 bestanden in den verschiedenen Vergütungszonen damit wegen der Berechnung gemäß § 12 Abs. 2 EEG 2004²² verschieden hohe Vergütungssätze. Anlagen, die einen bestimmten Leistungsbereich überschritten, erhielten eine durchschnittlich geringere Vergütung, so dass dies für eine anlagenbezogene Bestimmung der Leistungsschwellen spricht. Damit sollten Fehlanreize vermieden werden.²³
- 39 Diese anlagenbezogene Bestimmung der Leistungsschwellen wurde unverändert in das EEG 2009 übernommen, wie die Gesetzesmaterialien zu § 66 Abs. 1 und Anlage 3 EEG 2009 zeigen, wonach es wegen der Wirtschaftlichkeit der Altanlagen keiner Veränderungen sowie zusätzlichen finanziellen Anreize bedurfte und wonach Anlage 3 EEG 2009 weitgehend dem bisherigen § 8 Abs. 3 EEG 2004 entspreche.²⁴
- 40 Zudem bezieht sich die erhöhte Vergütung regelmäßig auf die Grundvergütung, die anhand der Bemessungsleistung der Anlage ermittelt wird. Von diesem Prinzip wollte der Gesetzgeber nicht abweichen. Es wurden lediglich die Vergütungssätze und das Erfordernis der „sinnvollen“ Wärmenutzung ergänzt und die Wärmenutzungen konkretisiert.
- 41 **Genese** Nach der genetischen Betrachtung ist nicht ersichtlich, dass etwas anderes als die Bemessungsleistung der Anlage entsprechend dem System der Vergütungszonung bei Biomasseanlagen gemeint gewesen sein soll.²⁵
- 42 § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 wurde aufgrund des Änderungsantrages der Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion und der SPD-Fraktion im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit mit folgender Begründung eingeführt:

²²BGH, Urt. v. 04.04.2007 – VIII ZR 139/06, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/50>, Rn. 11.

²³BT-Drs. 15/2864, S. 40 zu § 8 Abs. 3 EEG 2004, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2004/material>.

²⁴BT-Drs. 16/8148, S. 76 zu § 66 Abs. 1 EEG 2009 und S. 81 zu Anlage 3 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

²⁵Vgl. BGH, Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2342>, Rn. 18; Brandenburgisches OLG, Urt. v. 14.08.2012 – 6 U 29/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2119> Rn. 62 ff. und Urt. v. 24.07.2012 – 6 U 53/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2106>, Rn. 60 ff.

„Absatz 1 Nummer 3 gewährt den KWK-Bonus nunmehr für Altanlagen, wenn diese die Anforderungen der Anlage 3 erfüllen. Der KWK-Bonus wird in diesem Fall bis zu einer Leistung von 500 Kilowatt gewährt.“²⁶

43 Die Begriffe „Leistung“ und „Leistung der Anlage“ werden in der Begründung zum EEG 2009 durchgängig synonym verwendet²⁷, so dass ein Abweichen des Gesetzgebers von den bisherigen Begriffen nicht zu erkennen ist.²⁸

44 **Nach Sinn und Zweck** der Übergangsvorschrift (§ 66 Abs. 1 EEG 2009) sollten für Altanlagen grundsätzlich die Vorschriften des EEG 2004 fortgelten, mithin auch die dortigen Regelungen für die Vergütungsermittlung anhand der Bemessungsleistung der Anlage:

„Die Vorschrift nimmt den Großteil der Vergütungsvorschriften sowie einige andere Regelungen von einer Geltung für Anlagen aus, die bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes in Betrieb genommen waren. Bei diesen bestehenden Anlagen bedarf es regelmäßig keiner zusätzlichen finanziellen Anreize, um diese Anlagen wirtschaftlich betreiben zu können.“²⁹

45 Dass der Gesetzgeber einen anderen Leistungsbegriff als die Bemessungsleistung der Anlage meinte, ist der gesamten Begründung zum EEG 2009 nicht zu entnehmen. Ferner spricht die Gefahr der Überförderung und die Vermeidung von Unstimmigkeiten³⁰ dafür (vgl. Rn. 39), die in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 genannte Leistungsschwelle als Bemessungsleistung der Anlage aufzufassen.

²⁶Änderungsantrag der Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion und der SPD-Fraktion im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, v. 04.06.2008, Ausschuss-Drs. 16/16(16)446, S. 24, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

²⁷BT-Drs. 16/8148, S. 40 zu § 3 Nr. 6 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

²⁸BGH, Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2342>, Rn. 18.

²⁹BT-Drs. 16/8148, S. 76 zu § 66 Abs. 1 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

³⁰BT-Drs. 16/8148, S. 76 zu § 66 Abs. 1 und S. 81 zu Anlage 3 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

- 46 Die in § 27 EEG 2009 geregelten unterschiedlichen Vergütungszonen für die Grundvergütung, an die die erhöhte Vergütung gekoppelt ist, sollen die unterschiedlich hohen Bereitstellungskosten ausgleichen. Daher beziehen sich die Regelungen zu den Boni wie zur Grundvergütung insgesamt auf die Bemessungsleistung der Anlage.
- 47 Wegen der unterschiedlichen Vergütungszonen ist dem EEG 2009 entgegen der Ansicht der Anspruchstellerin eine durchschnittlich geringere Vergütung für größere Biomasseanlagen gegenüber kleineren Anlagen nicht fremd. Vielmehr erhalten größere Biomasseanlagen aufgrund der Teilung in Leistungstranchen wegen der gesetzlich festgelegten Schwellenwerte einen insgesamt niedrigeren durchschnittlichen Vergütungssatz pro kWh als kleinere Biomasseanlagen. Denn bei kleineren Anlagen fällt ein größerer Anteil der insgesamt erzeugten Strommenge in eine höhere Vergütungsstufe. Dies soll eine Über- oder Unterförderung der verschieden großen Anlagen verhindern³¹ und führt somit gerade nicht zu einer unsachlichen Ungleichbehandlung. Zudem steht dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum zu, welche Erzeugungsstrukturen auf welche Art und Weise und in welchem Umfang gefördert werden sollen.³² Aufgrund der teilweisen Fortgeltung des EEG 2004 gemäß § 66 Abs. 1 Einleitungssatz EEG 2009 sollen vielmehr kleinere Anlagen wegen der Vergütungszonen in stärkerem Maße von der Förderung profitieren als größere Anlagen.³³ Ferner ist nur den Verfassungsgerichten des Bundes und der Länder die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit gerichtlicher Entscheidungen übertragen, weshalb der Clearingstelle EEG die Nachprüfung entzogen ist, ob eine Grundrechtsverletzung vorliegt.
- 48 Auch und gerade weil Altanlagen bereits mit den Vergütungssätzen des EEG 2004 wirtschaftlich betrieben werden konnten³⁴ und diese durch die Übergangsregelung aus § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 eine höhere Förderung erfahren als nach dem EEG 2004, würde eine uneingeschränkte Förderung ohne Begrenzung anhand der Bemessungsleistung der Anlage die Gefahr einer Überförderung mit sich bringen. Auch führten größere Anlagen zu unerwünschten Nebeneffekten, z. B. wegen der erforderlichen Transportwege und weil teils geeignete Wärmesenken fehlten, um die

³¹BT-Drs. 16/8148, S. 50 zu § 18 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

³²BGH, Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2342>, Rn. 21.

³³BT-Drs. 15/2864, S. 39 noch zum EEG 2004, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2004/material>; BGH, Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2342>, Rn. 17.

³⁴BT-Drs. 16/8148, S. 81 zu Anlage 3 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

nach gesetzgeberischen Willen effiziente Stromerzeugung in KWK zu erreichen.³⁵ Dies spricht gegen ein Verständnis als „KWK-Bemessungsleistung“, da nach diesem Verständnis der erhöhte KWK-Bonus für einen wesentlich höheren Stromanteil zu zahlen wäre, als wenn sich § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 auf die „Bemessungsleistung“ der Anlage i. S. d. § 18 Abs. 2 EEG 2009 beziehen würde.

2.2.2 Anspruch und „Leistung“ gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 (KWK-Bonus)

49 Die Anspruchstellerin hat für den Stromanteil, der in ihrer Anlage nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt wird und der der eingespeisten Wärmemenge in das Wärmenetz [H. . .] zuzuordnen ist, einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009.

50 Denn Satz 1 des § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 ist auf Bestandsanlagen anwendbar, die den Strom

- bislang nicht in KWK und nach dem 31. Dezember 2008 erstmals Strom in KWK nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt haben, als auch
- zwar in KWK erzeugt haben, bei denen aber keine sinnvolle Wärmenutzung i. S. d. Anlage 3 EEG 2009 vorlag und die erst nach dem 31. Dezember 2008 Strom in KWK nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt haben. Satz 1 ist auch dann – auf den erhöhten KWK-Stromanteil – anwendbar, wenn eine Bestandsanlage schon vor dem 1. Januar 2009 Strom in KWK nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt hat, jedoch nach dem 31. Dezember 2008 einen zusätzlichen Anteil Strom erstmals in KWK nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt.

51 **Der Wortlaut** von § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 kann dahingehend gedeutet werden, dass der konkrete Stromanteil erstmals nach dem 31. Dezember 2008 nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt worden sein muss, so wie dies hier bezüglich des in KWK erzeugten Stromanteils, der der seit 2010 stattfindenden Wärmeinspeisung in das Wärmenetz [H. . .] zuzuordnen ist, der Fall ist.

³⁵BT-Drs. 16/8393, S. 2 und 77, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/material/>; BGH, Urt. v. 10.07.2013 – VIII ZR 301/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2342>, Rn. 20.

- 52 Der Wortlaut kann allerdings auch anlagenbezogen verstanden werden, so dass Satz 1 nur anwendbar ist, wenn in der Anlage überhaupt erstmalig Strom in KWK nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 nach dem 31. Dezember 2008 erzeugt wird. Die weitere Auslegung ist daher geboten.
- 53 **Systematik** Im Vergleich von § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 mit Satz 3 EEG 2009 ist Satz 3 auf Bestandsanlagen anwendbar, die bereits vor dem 1. Januar 2009 Strom in KWK nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt haben. Kumulativ setzt Satz 3 die Stromerzeugung in KWK und die Einhaltung der Anlage 3 EEG 2009 voraus. Es genügt für die Anwendbarkeit von Satz 3 des § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 gerade nicht, dass der Strom lediglich in KWK – z. B. nach Maßgabe der weniger strengen Vorgaben des EEG 2004 – erzeugt wurde. Vielmehr muss vor dem 1. Januar 2009 eine Wärmenutzung, die die Anforderungen der Anlage 3 EEG 2009 erfüllt, betrieben worden sein, um bis zur Leistungsschwelle von 500 kW die erhöhte Vergütung beanspruchen zu können. Im Umkehrschluss aus den kumulativen Voraussetzungen in Satz 3 von § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 bedeutet dies für Satz 1 von § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009, dass dieser auf alle Bestandsanlagen anwendbar ist, die den Strom entweder nicht in KWK erzeugt haben oder zwar den Strom in KWK erzeugt haben, aber nicht nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009. Denn andernfalls hätte es des Zusatzes von „nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009“ nicht bedurft. Dies bezieht sich auch auf den *Stromanteil*, der erstmals in KWK nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 nach dem 31. Dezember 2008 erzeugt worden ist.
- 54 **Historie** Der KWK-Bonus wurde erstmals in § 8 Abs. 3 EEG 2004 eingeführt. Voraussetzung für den Anspruch auf den KWK-Bonus nach § 8 Abs. 3 EEG 2004 war lediglich die Erzeugung des Stroms in KWK. Besondere Anforderungen an die von der Anlage bediente Wärmesenke oder die Nutzwärme im Sinne des KWKG wurden nicht gestellt.
- 55 Erst im EEG 2009 nahm der Gesetzgeber für den Anspruch auf den KWK-Bonus strengere Anforderungen auf, indem er Voraussetzungen für vergütungsfähige „Wärmennutzungen“ (Anlage 3 Nr. I.2 und 3 EEG 2009) aufstellte, um sicherzustellen, dass nur sinnvolle Wärmekonzepte gefördert würden. Dies spricht dafür, dass diese zusätzliche Anforderung an die KWK-Stromerzeugung – die Erzeugung „nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009“ – eine eigenständige Voraussetzung in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 bildet und daher dann Satz 1 greift, wenn zwar die Anlage vor dem

1. Januar 2009 den Strom in KWK erzeugte, aber dabei nicht Anlage 3 EEG 2009 erfüllte. Andernfalls käme den nach Anlage 3 EEG 2009 zusätzlich zu erfüllenden Kriterium keine eigenständige Bedeutung zu.

56 **Genese** § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 war bereits im Referentenentwurf³⁶ enthalten und wurde ohne Änderungen in die Gesetz gewordene Fassung übernommen. Satz 3 wurde demgegenüber im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf Antrag der CDU/CSU- und der SPD-Fraktion³⁷ eingeführt. Da sich die Voraussetzungen nach Satz 1 und Satz 3 maßgeblich darin unterscheiden, dass Strom in vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommenen Biomasseanlagen entweder „nach dem 31. Dezember 2008 erstmalig“ in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 erzeugt wurde oder in „sonstigen“ vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommenen Biomasseanlagen in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 „erzeugt wurde“, ist zu schlussfolgern, dass Bestandsanlagen, die vor bzw. bei Inkrafttreten des EEG 2009 (1. Januar 2009) überhaupt nicht in KWK erzeugt haben oder zwar in KWK erzeugt haben, aber nicht nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009, unter Satz 1 fallen. Denn Satz 3 sollte eine Benachteiligung von Bestandsanlagen verhindern, die bereits vor dem 1. Januar 2009 die Anforderungen der Anlage 3 EEG 2009 an die Wärmenutzung und entsprechend auch bereits vor dem 1. Januar 2009 die Anforderungen des § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 für den KWK-Bonus des EEG 2009 bei Bestandsanlagen erfüllten. Bestandsanlagen, die hingegen *erstmalig* unter dem EEG 2009 – durch erstmalige Erschließung einer sinnvollen Wärmenutzung im Sinne der Anlage 3 EEG 2009 oder durch erstmalige Anpassung einer vorhandenen Wärmenutzung an die Anforderungen der Anlage 3 – Strom in KWK nach den neuen, strengeren Maßgaben der Anlage 3 erzeugt haben, wurden schon von Satz 1 erfasst.

57 **Sinn und Zweck** stützen das gefundene Ergebnis, dass der KWK-Stromanteil, der erstmalig nach Inkrafttreten des EEG 2009 nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt wird, gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 zu vergüten ist. Denn der Gesetzgeber wollte die Effizienz auch von bestehenden Biomasseanlagen anreizen

³⁶Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 09.10.2007, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/material>, nachfolgend bezeichnet als RefE.

³⁷Änderungsantrag der Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion und der SPD-Fraktion im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, v. 04.06.2008, Ausschuss-Drs. 16/16(16)446, S. 24, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/material>.

und sinnvolle Wärmenutzungen fördern. Dies ergibt sich aus der folgenden Begründung zu § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009:

„[§ 66 Abs. 1] Nummer 3 bestimmt für Biomasseanlagen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes in Betrieb genommen wurden und nach Inkrafttreten dieser Gesetzesfassung erstmals in Kraft-Wärme-Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 betrieben werden, einen Anspruch auf den KWK-Bonus in Höhe von 3,0 Cent pro Kilowattstunde. Mit dieser Regelung soll eine stärkere, sinnvolle Wärmenutzung auch bei Altanlagen gefördert werden.“³⁸

58 Weiter heißt es in der Begründung zu der die Voraussetzungen des KWK-Bonus konkretisierenden Anlage 3 EEG 2009:

„Anlage 3 entspricht weitgehend dem bisherigen § 8 Abs. 3 EEG 2004. Um das Potenzial zur Effizienzsteigerung bei Biomasseanlagen weiter zu erschließen, wird der KWK-Bonus auf 3 Cent erhöht. Gleichzeitig wird der Begriff der Wärmenutzung über eine Positiv- und eine Negativliste konkretisiert, um nur energetisch sinnvolle Wärmenutzungen durch den KWK-Bonus zu begünstigen. Ziel ist, dass nur solche Wärmenutzungen anerkannt werden, die tatsächlich zu einer Substitution anderer, also hauptsächlich fossiler Energieträger beitragen.“³⁹

59 Der Gesetzgeber wollte durch § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 bei Bestandsanlagen nach dem 31. Dezember 2008 nicht nur die erstmalige Erschließung überhaupt einer Wärmenutzung und die erstmalige Erzeugung überhaupt irgendeines Anteiles des (oder des gesamten) in einer Anlage erzeugten Stromes gemäß den Anforderungen der Anlage 3 EEG 2009 fördern. Auch die Erhöhung des KWK-Stromanteils und die erstmalige Erzeugung eines neuen, *zusätzlichen* Stromanteiles nach den Anforderungen der Anlage 3 EEG 2009 durch Erfassung von bislang noch nicht genutzter anfallender Wärme für sinnvolle Wärmenutzungen (wie z. B. im Wärmenetz [H. . .]) entspricht dem gesetzgeberischem Willen zur Effizienzsteigerung bei Biomasseanlagen, was mit dem höheren KWK-Bonus nach Satz 1 für diesen Stromanteil vergütet

³⁸BT-Drs. 16/8148, S. 77 zu § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009. Hinzufügungen nicht im Original. Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2009/material>.

³⁹BT-Drs. 16/8148, S. 77 zu § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2009/material>.

werden soll. Auch die Erhöhung des KWK-Stromanteils durch Erfassung von bislang noch nicht genutzter anfallender Wärme für sinnvolle Wärmenutzungen (wie z. B. im Wärmenetz [H. . .]) nach dem 31. Dezember 2008 entspricht dem gesetzgeberischen Willen zur Effizienzsteigerung bei Biomasseanlagen, was mit dem höheren KWK-Bonus nach Satz 1 für diesen Stromanteil vergütet werden soll.

- 60 So entspricht es auch im vorliegenden Fall dem Sinn und Zweck des Gesetzes, den Stromanteil, der der Einspeisung in das Wärmenetz [H. . .] zuzuordnen ist, mit dem KWK-Bonus gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 zu vergüten. Denn die Anspruchstellerin hat den in ihrer Bestandsanlage erzeugten KWK-Stromanteil erhöht, indem sie in ihre Anlage und ein weiteres Wärmenetz investiert, die bislang noch nicht genutzte Wärme in das Wärmenetz [H. . .] eingespeist und so eine im Sinne von Anlage 3 EEG 2009 sinnvolle Wärmenutzung erschlossen hat. Damit wird sie dem Ansinnen des Gesetzgebers gerecht. Nach den Angaben der Anspruchstellerin wird die bei der Stromerzeugung anfallende Wärme nun zu 98 % genutzt.

2.2.3 Anspruch und „Leistung“ gemäß Anlage 2 Nr. VI.2. a) EEG 2009 (NawaRo-Bonus)

- 61 Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf den sog. NawaRo-Bonus für den in ihrer Anlage erzeugten Stromanteil, der i. S. v. Anlage 2 Nr. I.3, Nr. VI. 2. a) i. V. m. § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 aus nachwachsenden Rohstoffen oder Gülle, nicht aber für den Stromanteil, der aus rein pflanzlichen Nebenprodukten i. S. d. Positivliste Anlage 2 Nr. V EEG 2009 erzeugt worden ist. Für die Berücksichtigung der in Anlage 2 Nr. VI. 2. a) EEG 2009 genannten Schwellenwerte ist die Bemessungsleistung der Anlage gemäß § 18 EEG 2009 heranzuziehen. Dies ergibt sich aus systematischen (Rn. 64 ff.), historischen (Rn. 66 ff.) und teleologischen (Rn. 68 ff.) Erwägungen.
- 62 **Der Wortlaut** von Anlage 2 Nr. VI.2. a) EEG 2009: „... für Strom aus Anlagen bis einschließlich einer Leistung von ...“ lässt das Verständnis zu, dass sich „Anlagen“ und „Leistung“ aufeinander beziehen und es somit auf die Bemessungsleistung der Anlage ankommt. Ausgeschlossen werden kann aber auch nicht, dass sich der genannte Leistungsschwellenwert auf den „Strom“ beziehen kann und zwar auf den Anteil, der ausschließlich in NawaRo erzeugt wurde (sog. NawaRo-Bemessungsleistung) unter vorherigem Abzug des Stromanteils, der aus rein pflanzlichen Nebenprodukten erzeugt wurde. Denn der Wortlaut der in Bezug genommenen Nr. I.3 von

Anlage 2 EEG 2009 lässt offen, ob der Anspruch auf den NawaRo-Bonus „ausschließlich für den Anteil des Stroms, der aus nachwachsenden Rohstoffen oder Gülle erzeugt worden ist“, unter vorherigem Abzug des Stromanteiles, der aus rein pflanzlichen Nebenprodukten der Anlage 2 Nr. V EEG 2009 erzeugt worden ist, oder ob der den rein pflanzlichen Nebenprodukten zuzuordnende Stromanteil erst nach Ermittlung der Bemessungsleistung der Anlage gemäß § 18 EEG 2009 entsprechend dem Schwellenwert in Anlage 2 Nr. VI.2.a) EEG 2009 zu kürzen ist.

- 63 Zwar regeln der Einleitungssatz von § 66 Abs. 1 und § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009, dass sowohl die Anlage 2 als auch §§ 18 und 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen anwendbar sind und meinen §§ 18 und 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 mit „Leistung der Anlage“ die Bemessungsleistung der Anlage, aber ob dies gleichfalls für die in der Anlage 2 Nr. VI. 1. a) bb) bzw. 2. a) EEG 2009 erwähnte Leistung zutrifft, ist auslegungsbedürftig.
- 64 **Systematische** Überlegungen sprechen dafür, dass sich die Berechnung von Vergütungsansprüchen und Boni u. a. auch für die NawaRo-Regelungen (§ 27 EEG 2009 und Anlage 2 EEG 2009) an der Bemessungsleistung der Anlage i. S. d. § 18 EEG 2009 orientiert. § 18 EEG 2009 ist gemäß dem Einleitungssatz in § 66 Abs. 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen anwendbar. Darüber hinaus ist die Grundvergütung für den in Biomasseanlagen erzeugten Strom in § 27 EEG 2009 geregelt, der allgemeine Vorgaben enthält und dessen Vergütungshöhe anhand der Bemessungsleistung der Anlage berechnet wird. § 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 ist ebenfalls gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 auf den streitgegenständlichen Sachverhalt anwendbar. Bei Anlagen, deren Strom in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet wird (§ 27 Abs. 1 EEG 2009), ist als „Leistung“ gemäß § 18 Abs. 2 EEG 2009 die Bemessungsleistung der Anlage entscheidend. Dies spricht für eine einheitliche Vergütungsermittlung von Grundvergütung und zusätzlicher Vergütung entsprechend der Bemessungsleistung der Anlage.
- 65 Der Stromanteil, der auf den Einsatz rein pflanzlicher Nebenprodukte nach der Positivliste in Anlage 2 Nr. V EEG 2009 zurückzuführen und nicht mit dem NawaRo-Bonus vergütungsfähig ist, ist nicht für die Berechnung der „NawaRo-Bemessungsleistung“ zuvor abzuziehen, sondern erst nach Berechnung der Bemessungsleistung der Anlage gemäß § 18 EEG 2009 zu berücksichtigen. Denn gemäß Anlage 2 Nr. I. 1. a) und Nr. V EEG 2009 wird das Ausschließlichkeitsprinzip des § 27 Abs. 1

EEG 2009 (Vergütung nur bei Einsatz von Biomasse im Sinne der BiomasseV⁴⁰) schon ausnahmsweise dadurch durchbrochen, indem rein pflanzliche Nebenprodukte⁴¹ neben nachwachsenden Rohstoffen zur Stromerzeugung eingesetzt werden dürfen, ohne dass dadurch insgesamt der Anspruch auf den NawaRo-Bonus verloren geht. Würde der auf die rein pflanzlichen Nebenprodukte fallende Stromanteil für die Ermittlung der „NawaRo-Bemessungsleistung“ vorab herausgerechnet, stellte dies eine weitere Dehnung des Ausschließlichkeitsprinzips dar, da auf diese Weise vorliegend die Leistungsschwelle der Anlage 2 Nr. VI EEG 2009 unterschritten würde und damit der gesamte NawaRo-Strom den höheren Vergütungssatz nach Anlage 2 Nr. VI.2.a) EEG 2009 erhielte. Die Systematik der EEG-NawaRo-Regelung spricht gegen eine solche nochmalige Lockerung des Ausschließlichkeitsprinzips.

- 66 **Historisch** wurde die Vergütung in § 8 Abs. 1 und 2 EEG 2004 anhand der Bemessungsleistung der Anlage gemäß § 12 Abs. 2 EEG 2004 berechnet.⁴² Anlagen, die einen bestimmten Leistungsbereich überschritten, erhielten einen geringeren Bonus, so dass dies für ein anlagenbezogene Vergütungsermittlung spricht. Damit sollten Fehlanreize vermieden werden.⁴³
- 67 Dieses anlagenbezogene Verständnis der Leistungsschwellen wurde unverändert in das EEG 2009 übernommen (vgl. bereits oben Abschnitt 2.2.1 Rn. 36). Dem EEG 2004 lag für die Vergütungsermittlung ein anlagenbezogenes Verständnis zugrunde, von dem der Gesetzgeber nicht abweichen wollte. Lediglich die Vergütungssätze und Einsatzstoffe wurden ergänzt, erweitert und konkretisiert. Demzufolge berechnen sich sowohl die Grundvergütungen als auch die Bonusregelungen gemäß § 18 EEG 2009 wie schon nach § 12 Abs. 2 EEG 2004 anhand der Bemessungsleistung der Anlage.
- 68 **Sinn und Zweck** der NawaRo-Regelungen, insbesondere von Anlage 2 Nr. VI EEG 2009 stützen das in der Systematik und Historie gefundene Ergebnis. Es kommt

⁴⁰Biomasseverordnung v. 21.06.2001 (BGBl. I S. 1234), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 10 des Gesetzes v. 24.02.2012 (BGBl. I S. 212), im Folgenden bezeichnet als BiomasseV.

⁴¹Insofern sind diese eine Art „qualifizierte“ Biomasse i.S.d. BiomasseV, vgl. hierzu auch *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 27.03.2013 – 2013/7, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2013/7>, Rn. 15 und Fußnote 15.

⁴²BGH, Urt. v. 04.04.2007 – VIII ZR 139/06, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/50>, Rn. 11.

⁴³BT-Drs. 15/2864, S. 40 zu § 8 Abs. 2 EEG 2004, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/ee2004/material>.

auf die Bemessungsleistung der Anlage und nicht auf die „NawaRo-Bemessungsleistung“ an.

- 69 Nach der Gesetzesbegründung zu Anlage 2 EEG 2009 bezieht sich die „Leistung“ auf die Anlage:

„Die Höhe des Bonus ist nach Anlagengrößen gestaffelt, wodurch die unterschiedlichen Kostenstrukturen zum Ausdruck kommen. Der Einkauf größerer Mengen nachwachsender Rohstoffe für größere Anlagen ist mit deutlichen Preisvorteilen verbunden.“⁴⁴

- 70 Der Begründung zu Anlage 2 EEG 2009 lässt sich entnehmen, dass wie bisher die Bemessungsleistung zugrunde zu legen ist:

„Danach erhöht sich Buchstabe a zufolge in der **Leistungsstufe bis 500 Kilowatt** der Bonus gegenüber der bisherigen Regelung um 2,0 Cent auf 8,0 Cent pro Kilowattstunde. Hintergrund für diese Erhöhung sind die steigenden Agrarpreise, die sich in einem Umfang negativ auf die Wirtschaftlichkeit ausgewirkt haben, der durch weitere Optimierung des Anlagenbetriebs nicht mehr aufgefangen werden kann.“⁴⁵

- 71 Kleinere Anlagen sollen gegenüber größeren Anlagen stärker über die Vergütungszonung gefördert werden, weil die Erfahrungen zeigten, dass andernfalls ein wirtschaftlicher Betrieb von kleinen Anlagen nicht erreicht werden kann.⁴⁶

- 72 Dem EEG 2009 ist daher eine durchschnittlich geringere Vergütung für größere Biomasseanlagen gegenüber kleineren Anlagen gerade nicht fremd (vgl. Abschnitt 2.2.1 Rn. 47), um eine Über- oder Unterförderung zu verhindern.⁴⁷

- 73 Das mit dem EEG 2009 gelockerte Ausschließlichkeitsprinzip erlaubt zwar den vergütungsunschädlichen Einsatz von rein pflanzlichen Nebenprodukten neben dem ausschließlichen Einsatz von nachwachsenden Rohstoffen, ohne dass es für den

⁴⁴BT-Drs. 16/8148, S. 79 zu Anlage 2 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

⁴⁵BT-Drs. 16/8148, S. 80 zu Anlage 2 EEG 2009; Hervorhebungen nicht im Original. Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

⁴⁶BT-Drs. 16/8148, S. 79 zu Anlage 2 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

⁴⁷BT-Drs. 16/8148, S. 50 zu § 18 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

Strom aus dem Einsatz von rein pflanzlichen Nebenprodukten als solchen eine Vergütung gäbe, aber gleichwohl führt die bloße Zulässigkeit des Einsatzes rein pflanzlicher Nebenprodukte nicht dazu, dass der darauf fallende Stromanteil für die Ermittlung der Bemessungsleistung der Anlage vorab abzuziehen ist. Denn Folge der Lockerung sollte lediglich sein, dass der Vergütungsanspruch durch den Einsatz rein pflanzlicher Nebenprodukte nicht verloren geht.⁴⁸ Das Ausschließlichkeitsprinzip sollte nicht weiter ausgedehnt werden (vgl. bereits Rn. 65).

74 Zu Anlage 2 Nr. I.3 EEG 2009 führt die Begründung aus:

„Nummer I.3 stellt klar, dass der Nawaro-Bonus nur für den Anteil des Stroms beansprucht werden kann, der aus nachwachsenden Rohstoffen oder Gülle erzeugt wurde. Für den Anteil des Stroms, der den rein pflanzlichen Nebenprodukten der Positivliste Nummer V zuzurechnen ist, besteht kein Anspruch auf den Bonus. Werden bei der Stromerzeugung aus Biogas auch rein pflanzliche Nebenprodukte eingesetzt, ist der Anteil des Stroms zu ermitteln, der auf die nachwachsenden Rohstoffe oder die Gülle zurückzuführen ist. Dies hat auf Grundlage der Standard-Biogaserträge der rein pflanzlichen Nebenprodukte, die in der Positivliste Nummer V aufgeführt sind, zu erfolgen. Diese Berechnung ist von einem Umweltgutachter durchzuführen und nachzuweisen.“⁴⁹

75 Eine mögliche Benachteiligung von Anlagen, die aufgrund des Einsatzes auch rein pflanzlicher Nebenprodukte „ökologisch“ betrieben werden, indem sie diese nutzbringend jedoch unter höheren Aufwendungen verwerten, kann zwar durch die Anwendung der Gesamtbemessungsleistung entstehen. Jedenfalls geht aus der Begründung nichts hervor, was gegen dieses Verständnis spricht. Erlaubt ist lediglich die energetische Verwertung von rein pflanzlichen Nebenprodukten.⁵⁰ Daraus kann nicht geschlussfolgert werden, dass der daraus erzeugte Stromanteil bei der Ermittlung der Bemessungsleistung der Anlage zuvor abzuziehen ist. Zwar sollen Anreize geschaffen werden, das vorhandene Biomassepotenzial besser zu erschließen, aber

⁴⁸BT-Drs. 16/8148, S. 79 zu Anlage 2 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

⁴⁹BT-Drs. 16/8148, S. 80 zu Anlage 2 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

⁵⁰BT-Drs. 16/8148, S. 79 zu Anlage 2 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

ohne damit Mitnahmeeffekte auszulösen⁵¹ und ohne von dem Grundprinzip der gezonten Vergütung abzurücken.⁵² Denn die in Anlage 2 Nr. VI EEG 2009 geregelten unterschiedlichen Vergütungszonen orientieren sich deshalb an der Bemessungsleistung der Anlage, weil somit den unterschiedlichen Bereitstellungskosten Rechnung getragen werden soll.⁵³

Dr. Brunner

Dr. Lovens

Dr. Mutlak

⁵¹BT-Drs. 16/8148, S. 55 allgemein zu § 27 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>, so dass diese Begründung aufgrund § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 auch auf Bestandsanlagen anzuwenden ist.

⁵²BT-Drs. 16/8148, S. 77 zu § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 und S. 80 zu Anlage 2 EEG 2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

⁵³Eckardt, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 27 Rn. 46.