

2015/27

16. Dezember 2015

## Hinweis

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zu Anwendungs- und Berechnungsfragen zur Höchstbemessungsleistung und Bemessungsleistung von Biogasanlagen gemäß §§ 47 Abs. 1, 101 Abs. 1 EEG 2014<sup>1</sup>:

1. Für Biogasanlagen, die nach dem 31. Dezember 2013 und vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden, wird die Höchstbemessungsleistung stets nach Maßgabe von § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014 (95 %-Wert) ermittelt (s. Abschnitt 2.1.1, Rn. 9 ff.).
2. Für Biogasanlagen, die vor dem 1. Januar 2014 in Betrieb genommen worden sind, kann die Höchstbemessungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 berechnet oder nach Maßgabe von § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014 (95 %-Wert) ermittelt werden (s. Abschnitt 2.1.2, Rn. 15 ff.).
3. Für die Berechnung der (Höchst-)Bemessungsleistung von
  - Anlagen, die *vor* dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, ist die in dem jeweiligen Kalenderjahr *ingespeiste* Strommenge heranzuziehen, jedoch für
  - Anlagen, die *ab* dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, die in dem jeweiligen Kalenderjahr *erzeugte* Strommenge zu Grunde zu legen(s. Abschnitt 2.1.3).
4. Die für das Jahr 2014 zu berücksichtigende Strommenge, anhand derer sich die Höchstbemessungsleistung der Biogasanlage sowie der Vergütungsumfang bestimmt, ist die gesamte im

<sup>1</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 29.06.2015 (BGBl. I S. 1010), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

Jahr 2014 von der Biogasanlage ins Netz der allgemeinen Versorgung eingespeiste bzw. in der Biogasanlage erzeugte Strommenge (s. Abschnitt 2.1.1, Rn. 13 f.).

5. Für die Ermittlung der Höchstbemessungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014 (95 %-Wert) kommt es auf die tatsächlich am 31. Juli 2014 installierte Leistung der jeweiligen Anlage an. Nicht maßgeblich für die Anwendung der Regelung ist etwa die Einspeiseleistung am Netzverknüpfungspunkt, die laut einer Netzanschlusszusage vom Netzbetreiber genehmigte oder die in einer Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz angegebene Leistung (s. Abschnitt 2.1.4).
6. Der Vergütungsanspruch reduziert sich gemäß § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 ab dem Zeitpunkt des erstmaligen Überschreitens der Höchstbemessungsleistung für jede darauffolgende Kilowattstunde Strom auf den jeweiligen Monatsmarktwert, der in den Monaten des betreffenden Jahres gegolten hat, in denen die Anlage im Jahresverlauf die Höchstbemessungsleistung überschritten hat (s. Abschnitt 2.1.5). Der Vergütungsanspruch reduziert sich frühestens ab dem 1. August 2014 (s. Rn. 12).
7. Unabhängig vom Inbetriebnahmedatum einer Biogasanlage und der sich daraus ergebenden Berechnung der Höchstbemessungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2014 ist für die Ermittlung, ob und in welchem Umfang die Höchstbemessungsleistung im jeweils betrachteten Kalenderjahr überschritten wurde, nur auf die eingespeiste Strommenge abzustellen (s. Rn. 41).
8. Die Strommenge, die die Höchstbemessungsleistung überschreitet und für die damit die Vergütungsbegrenzung gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2014 greift, ist nicht nur von der letzten (geringer vergüteten) Vergütungszone abzuziehen. Vielmehr ist diese Strommenge für die Ermittlung der Gesamtvergütung vollständig anzusetzen und wird mithin anteilig auf die Vergütungszone verteilt (s. Rn. 49).
9. Die in § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 angeordnete Vergütungsbegrenzung auf den jeweiligen Monatsmarktwert schließt neben der jeweiligen Grundvergütung auch die erhöhten Vergütun-

gen (Boni) – mit Ausnahme der Flexibilitätsprämie, § 54 i. V. m Anlage 3 EEG 2014 (dazu Abschnitt 2.1.7, Rn. 83 ff.) – ein. Es besteht also für die die Höchstbemessungsleistung überschreitenden Kilowattstunden neben dem jeweiligen Monatsmarktwert kein (zusätzlicher) Anspruch auf erhöhte Vergütungen (Boni) (s. Abschnitt 2.1.7).

10. Der Förderanspruch für Anlagen, die ab dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, reduziert sich gemäß § 47 Abs. 1 EEG 2014 ab dem Zeitpunkt des erstmaligen Überschreitens der Bemessungsleistung, die 50 % des Wertes der installierten Leistung der Anlage entspricht, für jede darauffolgende Kilowattstunde Strom
  - in der Veräußerungsform nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 (geförderte Direktvermarktung) auf Null und
  - in den Veräußerungsformen nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 und 4 EEG 2014 (Einspeisevergütung nach §§ 37, 38 EEG 2014) auf den jeweiligen Monatsmarktwert, der in den Monaten des betreffenden Jahres gegolten hat, in denen die Anlage im Jahresverlauf die Bemessungsleistung von 50 % der installierten Leistung überschritten hat (s. Abschnitt 2.2.1).
11. Die Vergütungsbegrenzung gemäß § 47 Abs. 1 EEG 2014 umfasst nicht den Flexibilitätszuschlag gemäß § 53 EEG 2014. Der Anspruch auf Zahlung des Flexibilitätszuschlags je Kilowatt installierter Leistung besteht – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 53 EEG 2014 – damit auch für den Leistungsanteil, der die Bemessungsleistung in Höhe von 50 % des Wertes der installierten Leistung der Anlage überschreitet (s. Abschnitt 2.2.2).
12. Fragen zur Höchstbemessungsleistung, die sich durch einen Zubau oder das Versetzen von Anlagen ergeben, sind nicht Gegenstand dieses Hinweisverfahrens. Auch die Frage, ob neben Anlagen nach § 27 EEG 2012 auch Anlagen nach §§ 27 a, 27 b EEG 2012 von der Regelung in § 101 Abs. 1 EEG 2014 umfasst sind, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>Die Klärung dieser Fragen bleibt einem gesonderten Hinweisverfahren oder einer anderweitigen Klärung vorbehalten.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung des Verfahrens</b>	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>Herleitung</b>	<b>6</b>
2.1	Zur Höchstbemessungsleistung und Förderbegrenzung für Bestandsanlagen, § 101 Abs. 1 EEG 2014 . . . . .	6
2.1.1	Berechnung der Höchstbemessungsleistung im Jahr 2014 . . . . .	8
2.1.2	Berechnung der Höchstbemessungsleistung in unvollständigen Kalenderjahren . . . . .	10
2.1.3	Berücksichtigung der eingespeisten oder der erzeugten Strommenge . . . . .	11
2.1.4	„Installierte Leistung am 31. Juli 2014“ . . . . .	11
2.1.5	Ab wann und wie ist der Vergütungsanspruch auf den Monatsmarktwert zu reduzieren ? . . . . .	13
2.1.6	Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes und weitere Berechnungs- und Darlegungsfragen . . . . .	16
2.1.7	Berücksichtigung von Boni bei der Vergütungsbegrenzung gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2014 . . . . .	22
2.2	Zur Bemessungsleistung für Neuanlagen mit über 100 kW, § 47 Abs. 1 EEG 2014 . . . . .	32
2.2.1	Ab wann und wie ist die Förderung auf den Monatsmarktwert zu reduzieren ? . . . . .	32
2.2.2	Berücksichtigung der Förderung des überschießenden Teils über Flexibilitätszuschlag . . . . .	35

## I Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle EEG hat am 15. Oktober 2015 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG Dr. Lovens sowie das Mitglied Richter und die technische Koordinatorin Dr. Mutlak beschlossen, zu folgenden Fragen ein Hinweisverfahren einzuleiten:
1. Zur Höchstbemessungsleistung und Förderbegrenzung für Bestandsanlagen gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2014:
    - (a) Wie ist die Höchstbemessungsleistung im Jahr 2014 zu berechnen?
    - (b) Ist für Anlagen mit Inbetriebnahmedatum vor dem 1. Januar 2012 die erzeugte oder die eingespeiste Strommenge für die Berechnung der Höchstbemessungsleistung zu berücksichtigen?
    - (c) Welcher Wert ist für die installierte Leistung am 31. Juli 2014 maßgeblich?
    - (d) Ist die Förderung ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Überschreitung der Höchstbemessungsleistung auf den Marktwert zu reduzieren oder wird die Absenkung kalendermonatlich aufgeteilt?
    - (e) Wie werden erhöhte Vergütungen (z. B. Boni) berücksichtigt?
    - (f) Erstreckt sich die Förderbegrenzung auch auf die Flexibilitätsprämie (§ 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014)?
  2. Zur Bemessungsleistung für Neuanlagen mit über 100 kW gemäß § 47 Abs. 1 EEG 2014:
    - (a) Ist die Förderung ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Überschreitung der Bemessungsleistung auf den Marktwert zu reduzieren oder wird die Absenkung kalendermonatlich aufgeteilt?
    - (b) Erstreckt sich die Förderbegrenzung auch auf den Flexibilitätszuschlag (§ 53 EEG 2014)?
- 2 Es handelt sich dabei um abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfragen, für deren Beantwortung der Clearingstelle EEG die Durchführung eines Empfehlungsverfahrens nicht geboten erscheint.

- 3 Der Einleitung voraus gingen an die Clearingstelle EEG gerichtete Anregungen, zur Auslegung der §§ 101 Abs. 1, 47 Abs. 1 EEG 2014 ein Hinweisverfahren einzuleiten. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass in der Praxis große Unsicherheit zur Berechnung der Höchstbemessungsleistung bzw. Bemessungsleistung sowie der Vergütungsreduktion gemäß §§ 47 Abs. 1, 101 Abs. 1 EEG 2014 herrsche.
- 4 Die von der Clearingstelle EEG nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)<sup>3</sup> akkreditierten Interessengruppen und gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen hatten gemäß § 25b Abs. 2 VerfO bis zum 15. November 2015 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme. Die Stellungnahmen des BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (BDEW) und des Fachverbandes Biogas e. V.<sup>4</sup> sind fristgemäß eingegangen und wurden bei der Beratung und Beschlussfassung berücksichtigt. Die Beschlussvorlage haben gemäß § 25b Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerfO die technische Koordinatorin Dr. Mutlak und die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Wolter erstellt.

## 2 Herleitung

### 2.1 Zur Höchstbemessungsleistung und Förderbegrenzung für Bestandsanlagen, § 101 Abs. 1 EEG 2014

- 5 Mit dem EEG 2014 wurde erstmals der Begriff der Höchstbemessungsleistung in das EEG eingeführt. Gegenstand dieses Hinweisverfahrens sind Berechnungsfragen rund um die Höchstbemessungsleistung. Nicht in diesem Hinweisverfahren behandelt wird die Frage, wie die Höchstbemessungsleistung bei Erweiterungen, Austausch- und Versetzungsvorgängen zu bestimmen ist und damit in Zusammenhang stehend die Frage, inwieweit die Regelungen zur Anlagenzusammenfassung gemäß § 32 Abs. 1 EEG 2014 und § 19 Abs. 1 EEG 2009/ EEG 2012 zu berücksichtigen sind. Das gilt auch für die Frage, ob neben Anlagen nach § 27 EEG 2012 auch Anlagen nach §§ 27 a, 27 b EEG 2012 von der Regelung in § 101 Abs. 1 EEG 2014 umfasst sind. Die Klärung dieser Fragen bleibt einem ggf. im Anschluss an dieses Hinweisverfahren durchzuführenden gesonderten Verfahren oder einer anderweitigen Klärung vorbehalten.

<sup>3</sup>In der am Tage der Beschlussfassung geltenden Fassung, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

<sup>4</sup>Alle Stellungnahmen sind unter <https://www.clearingstelle-ee.de/hinrwv/2015/27> abrufbar.

- 6 Mit § 101 EEG 2014 wurden für Bestandsanlagen die „Übergangsbestimmungen für Strom aus Biogas“ in das EEG 2014 aufgenommen. § 101 Abs. 1 EEG 2014 lautet:

„<sup>1</sup>Für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas, die nach dem am 31. Juli 2014 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, verringert sich ab dem 1. August 2014 der Vergütungsanspruch nach den Bestimmungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der für die Anlage jeweils anzuwendenden Fassung für jede Kilowattstunde Strom, um die in einem Kalenderjahr die vor dem 1. August 2014 erreichte Höchstbemessungsleistung der Anlage überschritten wird, auf den Monatsmarktwert; für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, verringert sich entsprechend der Vergütungsanspruch nach § 8 Absatz 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918) in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung nach Maßgabe des ersten Halbsatzes. <sup>2</sup>Höchstbemessungsleistung im Sinne von Satz 1 ist die höchste Bemessungsleistung der Anlage in einem Kalenderjahr seit dem Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme und vor dem 1. Januar 2014. <sup>3</sup>Abweichend von Satz 2 gilt der um 5 Prozent verringerte Wert der am 31. Juli 2014 installierten Leistung der Anlage als Höchstbemessungsleistung, wenn der so ermittelte Wert höher als die tatsächliche Höchstbemessungsleistung nach Satz 2 ist.“<sup>5</sup>

- 7 **Geltungsbereich** § 101 Abs. 1 EEG 2014 gilt seit dem 1. August 2014<sup>6</sup> ausdrücklich nur für Biogasanlagen, die *vor* dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, also für sogenannte Bestandsanlagen. Für Anlagen die *nach* dem 31. Juli 2014 in Betrieb genommen wurden bzw. werden (sogenannte Neuanlagen), gilt § 101 Abs. 1 EEG 2014 *nicht*. Für Neuanlagen gelten stattdessen die besonderen Vergütungsvorschriften für Biomasse, (§§ 44, 47 EEG 2014 (dazu s. Abschnitt 2.2)).<sup>7</sup>

<sup>5</sup>Satznummerierung nicht im Original.

<sup>6</sup>Vgl. Art. 23 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), das am 24.07.2014 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2014/wrfassung>.

<sup>7</sup>Die Frage, ob für Anlagen, die nach dem 01.08.2014 in Betrieb genommen wurden, jedoch der Übergangsbestimmung des § 100 Abs. 3 EEG 2014 unterfallen, auch § 101 Abs. 1 EEG 2014 anzuwenden ist, wird im vorliegenden Hinweis nicht geklärt. Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des BDEW, S.3.

### 2.1.1 Berechnung der Höchstbemessungsleistung im Jahr 2014

- 8 Die tatsächliche Höchstbemessungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 kann nur für Anlagen berechnet werden, die *vor* dem 1. Januar 2014 in Betrieb genommen wurden. Für diese Anlagen kann zudem stattdessen die fiktive Höchstbemessungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014 gelten. Für Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2013 und vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden, gilt hingegen ausschließlich die fiktive Höchstbemessungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014.
- 9 **Das Jahr 2014** selbst kann schon nach dem Wortlaut nicht zur Berechnung der Höchstbemessungsleistung herangezogen werden, sondern nur dessen Vorjahre. In § 101 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 heißt es, die „Höchstbemessungsleistung... ist die höchste Bemessungsleistung der Anlage in einem Kalenderjahr... *vor* dem 1. Januar 2014“<sup>8</sup>. Demnach ist das letzte Jahr, das zur Bestimmung der Höchstbemessungsleistung herangezogen werden kann, das Jahr 2013.
- 10 Für Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2013 und vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden, kann die Höchstbemessungsleistung deshalb ausschließlich nach Maßgabe des § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014 bestimmt werden.<sup>9</sup> Denn da diese noch nicht „*in einem Kalenderjahr... vor dem 1. August 2014*“ in Betrieb gewesen sind, ist eine Berechnung der tatsächlich erreichten Höchstbemessungsleistung nicht möglich. Daher greift unmittelbar § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014, demzufolge „der um fünf Prozent reduzierte Wert der am 31. Juli 2014 installierten Leistung als Höchstbemessungsleistung [gilt], wenn der so ermittelte Wert höher [ist] als die tatsächliche Höchstbemessungsleistung nach Satz 2“.<sup>10</sup>
- 11 Ohnehin erreichen neu in Betrieb genommene Biogasanlagen zumeist nicht bereits in den ersten Monaten bzw. im ersten Jahr nach ihrer Inbetriebnahme ihre volle Leistung.<sup>11</sup> Deshalb würde bei solchen Anlagen der Wert von 95 % der am 31. Juli 2014 installierten Leistung die bisher erreichte Bemessungsleistung in der Regel über-

<sup>8</sup>Auslassungen und Hervorhebung nicht im Original.

<sup>9</sup>So wohl auch die Stellungnahmen des Fachverband Biogas, S. 6, und des BDEW, S. 3, die sich auf den Entwurf dieses Hinweises bezogen, der noch einen redaktionellen Fehler enthielt („zwischen dem 1. Januar 2013...“ statt „zwischen dem 1. Januar 2014...“).

<sup>10</sup>Ebenso Müller, in: Säcker (Hrsg.), EEG 2014, 3. Aufl. 2015, § 101 Rn. 9.

<sup>11</sup>Vgl. Regierungsentwurf v. 08.04.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2014/wrfassung/material>, S. 280: „Biogasanlagen erreichen ihre Nennleistung... oft erst nach längerer Einfahrzeit.“

steigen, weshalb der Gesetzgeber eine Ermittlung der tatsächlichen, vom 1. Januar bis 31. Juli 2014 erreichten Bemessungsleistung erst gar nicht vorgesehen hat.

- 12 **Der Stichtag „1. August 2014“** bezieht sich lediglich auf den Zeitpunkt, ab dem die Vergütungsreduktion auf den Monatsmarktwert eintreten kann. So kann sich die Vergütung der Bestandsanlagen erst ab dem 1. August 2014 auf den Monatsmarktwert reduzieren, selbst wenn die Höchstbemessungsleistung im Sinne der Regelung bereits vor dem 1. August 2014 erreicht wurde. Bei einer Überschreitung der Höchstbemessungsleistung vor dem 1. August 2014 ist also eine Reduzierung der Vergütung erstmalig am und nur für den Zeitraum ab 1. August 2014 vorzunehmen oder – bei Erreichen der Höchstbemessungsleistung an einem späteren Tag im Jahr 2014 – erstmals ab ebendiesem Tag. Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut von § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014, in dem es heißt „verringert sich *ab dem 1. August 2014* der Vergütungsanspruch ... für jede Kilowattstunde Strom ... auf den Monatsmarktwert“. <sup>12</sup>
- 13 Unabhängig davon, dass eine Vergütungsreduktion erst ab dem 1. August 2014 greifen kann, war für die Abrechnung für das Jahr 2014 dem Netzbetreiber bis spätestens 28. Februar 2015 gemäß § 71 Nr. 1 EEG 2014 die *gesamte* im Jahr 2014 in der Anlage erzeugte bzw. eingespeiste Strommenge mitzuteilen. Denn die Mitteilung dieser Strommenge war ggf. – je nach Anlage – erforderlich, um zu bestimmen, ob die Höchstbemessungsleistung ab dem 1. August 2014 überschritten wurde, jedenfalls aber erforderlich für die Berechnung der für das Jahr 2014 zu zahlenden Vergütung. <sup>13</sup>
- 14 Vor dem Hintergrund, dass die Regelung zur Höchstbemessungsleistung im Jahr 2014 unterjährig, nämlich ab dem 1. August 2014 Anwendung finden soll, spricht der Sinn und Zweck der Regelung für die Berücksichtigung der Strommengen, die vor dem 1. August 2014 erzeugt wurden. Ziel der Regelung ist es zu verhindern, dass die hohen Vergütungsansprüche aus den Vorgängerfassungen des EEG 2014 auch für Anlagenerweiterungen ab dem 1. August 2014 zu zahlen sind. Die Regelung liefe aber für das Kalenderjahr 2014 leer, wenn lediglich die ab dem 1. August 2014 erzeugten bzw. eingespeisten Strommengen für die Berechnung der Strommenge, die ggf. die Höchstbemessungsleistung überschreitet, herangezogen würde. Denn eine Überschreitung der Höchstbemessungsleistung im Jahr 2014 wäre dann nur bei ungewöhnlich hohem Zubau von installierter Leistung überhaupt denkbar.

<sup>12</sup>Hervorhebung und Auslassungen nicht im Original.

<sup>13</sup>Anderer Auffassung, insbesondere aus Gründen des Bestands- und Vertrauensschutzes sowie verfassungsrechtlicher Aspekte, die Stellungnahme des Fachverbandes Biogas, S. 6 f.

## 2.1.2 Berechnung der Höchstbemessungsleistung in unvollständigen Kalenderjahren

- 15 Die Höchstbemessungsleistung einer Anlage kann auch für Kalenderjahre bestimmt werden, in denen die Anlage nicht vollständig – also an mehr als lediglich wenigen Tagen des Kalenderjahres nicht – in Betrieb gewesen ist.<sup>14</sup> Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 101 Abs. 1 EEG 2014. Dort heißt es in Satz 2, die Höchstbemessungsleistung sei „die höchste Bemessungsleistung seit dem Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme und vor dem 1. Januar 2014“. Die Definition der Höchstbemessungsleistung verweist somit auf die Legaldefinition der Bemessungsleistung aus § 5 Nr. 4 EEG 2014. Dort wiederum ist festgelegt, dass die Bemessungsleistung einer Anlage „der Quotient aus der Summe der in dem jeweiligen Kalenderjahr erzeugten Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des jeweiligen Kalenderjahres abzüglich der vollen Stunden vor der erstmaligen Erzeugung von Strom ...“ ist. So kann beispielsweise auch bei einer im März 2013 in Betrieb genommenen Anlage eine Höchstbemessungsleistung für das Jahr 2013 bestimmt werden. Soweit dieser errechnete Wert höher ist als der 95%-Wert aus § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014, verringert sich der Vergütungsanspruch nur für jede Kilowattstunde Strom, um die der nach der tatsächlichen Erzeugung bestimmte Wert überschritten wird.
- 16 Zwar hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung festgehalten, dass „Rumpffahre bzw. die bei unterjähriger Inbetriebnahme rechnerisch ermittelte Bemessungsleistung... bei der Festsetzung der Höchstbemessungsleistung unberücksichtigt [bleiben]“<sup>15</sup> sollen, jedoch ist dies in den insoweit eindeutigen Wortlaut nicht mit eingeflossen.<sup>16</sup> So hätte beispielsweise die Formulierung eines „vollständigen Kalenderjahres“ gewählt werden können. Daher kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass trotz des Rückgriffs auf die Definition der Bemessungsleistung eine davon abweichende Definition eines Kalenderjahres anzuwenden ist.
- 17 Für die Rechtsfolge ist es ohnehin unerheblich, ob unvollständige oder vollständige Kalenderjahre für die Bestimmung der Höchstbemessungsleistung herangezogen werden, da die Auffangregelung aus § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014 greift, sobald die berechnete (tatsächliche) Höchstbemessungsleistung geringer ist als der um fünf Prozent reduzierte Wert der am 31. Juli 2014 installierten Leistung (95 %-Wert).

<sup>14</sup>So im Grundsatz auch die Stellungnahme des BDEW, S. 3 f.

<sup>15</sup>Vgl. BT-Drs. 18/1304 v. 05.05.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2014/wrfassung/material>, S. 181.

<sup>16</sup>So auch die Stellungnahme des BDEW, S. 3.

### 2.1.3 Berücksichtigung der eingespeisten oder der erzeugten Strommenge

- 18 Für die Berechnung der (Höchst-)Bemessungsleistung von Anlagen, die *vor* dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, ist die in dem jeweiligen Kalenderjahr *ingespeiste* Strommenge heranzuziehen. Hingegen ist für die Berechnung der (Höchst-)Bemessungsleistung von Anlagen, die *ab* dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, die in dem jeweiligen Kalenderjahr *erzeugte* Strommenge zu Grunde zu legen.<sup>17</sup>
- 19 Für Anlagen, die ab dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, ergibt sich dies aus § 100 Abs. 1 EEG 2014, der die Legaldefinition der Bemessungsleistung in § 5 Nr. 4 EEG 2014 für diese Bestandsanlagen nicht von der grundsätzlichen Geltungsanordnung des EEG 2014 ausnimmt. Für diese Anlagen ist der Vertrauensschutz (also die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage) gewahrt, da schon unter der Geltung des EEG 2012 die „Bemessungsleistung“ auf die *erzeugte* Strommenge abstellte (siehe die Begriffsbestimmung in § 3 Abs. 2a EEG 2012). Dies führt dazu, dass auch ggf. selbst verbrauchte Strommengen mit in die Berechnung einbezogen werden.
- 20 Für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, treffen die Übergangsbestimmungen des EEG 2014 eine abweichende Regelung. So gilt gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit. a EEG 2014 (in der Fassung des zweiten Änderungsgesetzes<sup>18</sup> zum EEG und rückwirkend zum 1. August 2014) für diese Anlagen anstelle von § 5 Nr. 4 EEG 2014 die Bestimmung in § 18 Abs. 2 EEG 2009 fort, derzufolge auf die *ingespeiste* Strommenge abzustellen war. Insofern wurde auch für diese Anlagen der Vertrauensschutz gewahrt und die Rechtslage wiederhergestellt, die für diese Anlagen gemäß § 18 Abs. 2 EEG 2009 und später gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 i. V. m. § 18 Abs. 2 EEG 2009 galt. Dies führt dazu, dass selbst- oder drittverbrauchte Strommengen nicht mit in die Berechnung einbezogen werden.

### 2.1.4 „Installierte Leistung am 31. Juli 2014“

- 21 Für die Ermittlung der Höchstbemessungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014 (95 %-Wert) kommt es auf die tatsächlich am 31. Juli 2014 installierte Leis-

<sup>17</sup>So im Grundsatz auch die Stellungnahmen des BDEW, S. 2 und 4 (keine Anmerkung) und des Fachverbandes Biogas, S. 9.

<sup>18</sup>Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 22.12.2014 (BGBl. I S. 2406, s. Anhang), das am 30.12.2014 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/aenderung2>.

tion der jeweiligen Anlage an.<sup>19</sup> Nicht maßgeblich für die Anwendung der Regelung ist etwa die Einspeiseleistung am Netzverknüpfungspunkt, die laut einer Netzan schlusszusage vom Netzbetreiber oder die auf einer Genehmigung nach dem Bundes- Immissionsschutzgesetz angegebene Leistung.<sup>20</sup>

- 22 Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung, wonach es auf die am 31. Ju- li 2014 installierte Leistung ankommen soll. Der Begriff der installierten Leistung ist in § 5 Nr. 22 EEG 2014 legaldefiniert. Danach ist die installierte Leistung einer Anlage „die elektrische Wirkleistung, die die Anlage bei bestimmungsgemäßigem Be- trieb ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Ab- weichungen technisch erbringen kann.“
- 23 Diese Legaldefinition entspricht ihren Vorgängerregelungen in § 3 Nr. 6 EEG 2012/ EEG 2009<sup>21</sup> und § 3 Abs. 5 Satz 1 EEG 2004<sup>22</sup>.
- 24 Von der „installierten Leistung“ zu unterscheiden ist die „Einspeiseleistung“ bzw. „Wirkleistungseinspeisung“, die der tatsächlich erzeugten und in das Netz für die all- gemeine Versorgung eingespeisten Leistung entspricht.<sup>23</sup> Es hätte dem Gesetzgeber somit frei gestanden, in § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014 etwa die Formulierung „Ein- speiseleistung“ – statt der „installierten Leistung“ – zu wählen, wenn er dies gewollt hätte.
- 25 Auch spricht die Formulierung „der Wert der am 31. Juli 2014 installierten Leistung der Anlage“ dagegen, hierunter die in einer etwaigen Netzan schlusszusage des zu-

<sup>19</sup>In diesem Sinne auch *Loibl*, Biogas-Journal 05/2014, 38, 39 sowie *ree* 03/2014, 149, 150; *Wustlich*, NVwZ 2014, 1118.

<sup>20</sup>In diesem Sinne auch die Stellungnahmen des BDEW und des Fachverbandes Biogas, S. 9.

<sup>21</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), 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 31.12.2011 geltenden, zuletzt 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) geänderten Fassung, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/arbeitsausgabe>.

<sup>22</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkün- det als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strom- bereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Ände- rung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Er- neuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

<sup>23</sup>Vgl. dazu *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 18.08.2014 – 2013/13, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2013/13>, Rn. 10.

ständigen Netzbetreibers zugesicherte Anschlussleistung zu verstehen. Denn in der Praxis unterscheiden sich die in der Netzanschlusszusage zugesicherte Anschlussleistung und die anschließend tatsächlich installierte Leistung in vielen Fällen. Wäre es dem Gesetzgeber auf eine andere als die tatsächlich am 31. Juli 2014 installierte Leistung angekommen, hätte er dies durch eine andere Formulierung – sei es „Einspeiseleistung“, „durch den Netzbetreiber genehmigte Anschlussleistung“ oder „gemäß Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigte Leistung“ – zum Ausdruck bringen können.<sup>24</sup>

### 2.1.5 Ab wann und wie ist der Vergütungsanspruch auf den Monatsmarktwert zu reduzieren ?

- 26 Der Vergütungsanspruch reduziert sich gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2014 ab dem Zeitpunkt des erstmaligen Überschreitens der Höchstbemessungsleistung<sup>25</sup> für jede darauffolgende Kilowattstunde Strom auf den jeweiligen Monatsmarktwert, der in den Monaten des betreffenden Jahres gegolten hat, in denen die Anlage im Jahresverlauf die Höchstbemessungsleistung überschritten hat. Der Vergütungsanspruch verringert sich damit nicht auf den Jahresdurchschnitt des Monatsmarktwertes für jede über die Höchstbemessungsleistung hinausgehende Kilowattstunde.<sup>26</sup>
- 27 **Wortlaut** Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014, wonach die Vergütungsreduktion für jede die Höchstbemessungsleistung überschreitende Kilowattstunde „auf *den* Monatsmarktwert“<sup>27</sup> angeordnet wird. Dies legt nahe, dass nicht etwa ein Durchschnittswert der im jeweiligen Kalenderjahr ermittelten Monatsmarktwerte zugrunde zu legen ist, sondern der spezifische Monatsmarktwert in den Monaten, in denen die Höchstbemessungsleistung überschritten wurde.<sup>28</sup>
- 28 Dafür spricht auch die Legaldefinition des Monatsmarktwertes in § 5 Nr. 25 EEG 2014. Danach ist „Monatsmarktwert“

<sup>24</sup>Die Clearingstelle EEG weist darauf hin, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber für Schäden haften, die aufgrund eines nicht den Regeln der Technik entsprechenden Anschlusses von Anlagen(erweiterungen) an das Netz für die allgemeine Versorgung entstehen.

<sup>25</sup>Jedoch frühestens ab dem 01.08.2014 (s. Rn. 12).

<sup>26</sup>So auch die Stellungnahmen des BDEW, S. 4. f. und des Fachverbandes Biogas, S. 10.

<sup>27</sup>Hervorhebung nicht im Original.

<sup>28</sup>So grundsätzlich auch Müller, in: Säcker (Hrsg.), EEG 2014, Energierecht, 3. Aufl. 2015, § 101 Rn. 10 ff.

„der nach Anlage 1 rückwirkend berechnete tatsächliche Monatsmittelwert des energieträgerspezifischen Marktwerts von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas am Spotmarkt der Strombörse EPEX Spot SE in Paris für die Preiszone Deutschland/Österreich in Cent pro Kilowattstunde.“

29 Gegen eine Lesart, nach der die Vergütungsreduktion auf den jeweiligen Monatsmarktwert, in denen die Anlage die monatliche anteilige Höchstbemessungsleistung – also ein Zwölftel der der Höchstbemessungsleistung entsprechenden Strommenge – überschritten hat, spricht nach dem Wortlaut von § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 nicht nur die Zeitpunktbetrachtung „für jede Kilowattstunde, die die Höchstbemessungsleistung überschreitet“, sondern auch, dass die Höchstbemessungsleistung ausdrücklich auf die Strommenge im Kalenderjahr und nicht im Kalendermonat abstellt.

30 **Die systematische Betrachtung** stützt den Wortlautbefund. Denn die Regelung zur Höchstbemessungsleistung mit der Folge der Vergütungsreduktion ist in dieser Hinsicht vergleichbar mit der Regelung des Marktintegrationsmodells für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie gemäß § 33 Abs. 1, 2 EEG 2012.

31 § 33 Abs. 1, 2 EEG 2012 lautet:

„(1) Die Vergütung nach § 32 Absatz 2... ist für Strom aus Anlagen... begrenzt auf 90 Prozent der insgesamt in diesem Kalenderjahr in der Anlage erzeugten Strommenge. Soweit... *besteht der Anspruch auf Vergütung nach § 32 Absatz 2... nur für die in dem Kalenderjahr jeweils zuerst eingespeiste Strommenge.*

(2) Für den Strom, der über die vergütungsfähige Strommenge nach Absatz 1 hinaus in einem Kalenderjahr eingespeist wird, *verringert sich die Vergütung auf den tatsächlichen Monatsmittelwert des Marktwerts für Strom aus solarer Strahlungsenergie nach Nummer 2.4.2 der Anlage 4 zu diesem Gesetz („MWSolar“).* Soweit Anlagen nach Absatz 1 nicht mit technischen Einrichtungen nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 ausgestattet sind, verringert sich die Vergütung abweichend von Satz 1 auf den tatsächli-

chen Jahresmittelwert des Marktwerts für Strom aus solarer Strahlungsenergie („MWSolar(a)“) . . . “<sup>29</sup>

- 32 Ebenso wie bei der Regelung zur Höchstbemessungsleistung besteht der ungekürzte Vergütungsanspruch für die Strommenge bis zum Erreichen der jeweiligen Schwelle – beim Marktintegrationsmodell 90 % der erzeugten Strommenge, bei § 101 Abs. 1 EEG 2014 die Höchstbemessungsleistung – und verringert sich der Vergütungsanspruch demnach ab dem Überschreiten der jeweiligen Schwelle auf den Monatsmarktwert (s. Rn. 28). Hätte der Gesetzgeber in § 101 Abs. 1 EEG 2014 auf einen Jahresdurchschnitt der Monatsmarktwerte abstellen wollen, hätte es nahegelegen, dies so wie beim Marktintegrationsmodell in § 33 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012 zu regeln, wonach sich „die Vergütung . . . auf den tatsächlichen *Jahresmittelwert* des Marktwerts für Strom aus solarer Strahlungsenergie „ $MW_{\text{Solar(a)}}$ “ verringert.
- 33 **Die historische Auslegung** von § 101 Abs. 1 EEG 2014 ist unergiebig für die Frage, ab wann und wie der Vergütungsanspruch auf den Marktwert zu reduzieren ist, denn die Höchstbemessungsleistung wurde erstmalig im EEG 2014 aufgenommen.
- 34 **Die Entstehungsgeschichte und der Sinn und Zweck der Regelung** stützen das aus Wortlaut und systematischer Betrachtung gefundene Ergebnis, dass die Vergütung ab dem Zeitpunkt der Überschreitung auf den jeweiligen Monatsmarktwert zu reduzieren ist. Die Begründung zu § 97 Abs. 1 des Gesetzesentwurfes – später als § 101 Abs. 1 EEG 2014 Gesetz geworden – lautet wie folgt:

„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 jede*

<sup>29</sup>Auslassungen und Hervorhebungen nicht im Original.

*in diesem Kalenderjahr darüber hinausgehende Kilowattstunde nur ein Anspruch auf den Monatsmarktwert.<sup>30</sup>*

#### 2.1.6 Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes und weitere Berechnungs- und Darlegungsfragen

- 35 **Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes** Für die Ermittlung des Vergütungsanspruchs von Biogasanlagen gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2014 ist der Zeitpunkt zu bestimmen, an dem die der Höchstbemessungsleistung entsprechende Strommenge erreicht wurde. Wird die Höchstbemessungsleistung im Dezember des betrachteten Kalenderjahres erreicht, ist für die über die Höchstbemessungsleistung hinausgehenden Kilowattstunden der Monatsmarktwert ( $MW_{EPEX}$ , § 5 Nr. 25, Anlage 1 Nr. 2.1 EEG 2014) für den Monat Dezember anzulegen. Wird die Höchstbemessungsleistung beispielsweise schon im November oder im Oktober des betrachteten Kalenderjahres erreicht, sind für die über die Höchstbemessungsleistung hinausgehenden Kilowattstunden im jeweiligen Monat die Monatsmarktwerte ( $MW_{EPEX}$ ) von Oktober, November und Dezember anzulegen.
- 36 Bei Anlagen, die mit einer **registrierenden Leistungs- bzw. Zählerstandsgangmessung** ausgestattet sind, kann der Zeitpunkt, an dem die Höchstbemessungsleistung erreicht wurde, exakt bestimmt werden. Für den Fall, dass dies nicht im Dezember des betreffenden Kalenderjahres, sondern schon in den Vormonaten der Fall war, können zudem auch die Strommengen (dazu Rn. 13 ff.) exakt bestimmt werden, die in den jeweiligen Monaten erzeugt bzw. eingespeist worden sind, welche auf den Zeitpunkt des Erreichens der Höchstbemessungsleistung folgen.
- 37 Bei Anlagen, die lediglich mit **Arbeitszählern** ausgestattet sind, sind Anlagenbetreiberinnen und -betreiber grundsätzlich nur verpflichtet, die jeweils zum 31. Dezember des betrachteten Kalenderjahres maßgeblichen Zählerstände an den zuständigen Netzbetreiber zu übermitteln (§ 71 Nr. 1 EEG 2014). Eine genaue Bestimmung des Zeitpunktes, in dem die der Höchstbemessungsleistung entsprechende Strommenge erreicht wurde und ggf. der in den darauf folgenden Monaten jeweils (reduziert) vergütungsfähigen Strommengen, ist auf dieser Datengrundlage nicht möglich.
- 38 Die Clearingstelle EEG empfiehlt bei mit Arbeitszählern ausgestatteten Anlagen aus Gründen der Praktikabilität einen linearen Ansatz über das Kalenderjahr zugrun-

<sup>30</sup>BT-Drs. 18/1304 v. 05.05.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeq.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 180f., Hervorhebung nicht im Original.

dezulegen, mithin die im Kalenderjahr insgesamt erzeugte Strommenge in gleichen Teilen auf die zwölf Kalendermonate aufzuteilen. Auf diese Weise kann einerseits der Monat bestimmt werden, in dem die der Höchstbemessungsleistung entsprechende Strommenge erreicht wurde, sowie andererseits die jeweils in den darauffolgenden Monaten (reduziert) vergütungsfähigen Strommengen.

- 39 **Beispiel:** Eine Biogasanlage wurde im September 2013 mit einer installierten Leistung von 80 kW in Betrieb genommen und seitdem nicht erweitert. Als Höchstbemessungsleistung gilt der Wert von 95 % der am 31. Juli 2014 installierten Leistung (dazu Abschnitt 2.1.4), vorliegend 76 kW. Dies entspricht einer Strommenge von  $76 \text{ kW} \times 8760 \text{ h} = 665\,760 \text{ kWh}$ . Im Jahr 2014 produzierte sie 680 000 kWh. Die Höchstbemessungsleistung wurde damit im Jahr 2014 überschritten. Gleichmäßig verteilt auf die zwölf Monate des Jahres ist nach dem linearen Ansatz von einer monatlichen Stromproduktion von  $56\,667^{31}$  kWh auszugehen. Die der Höchstbemessungsleistung entsprechende Strommenge von 665 760 kWh wurde demnach im Dezember 2014 erreicht, denn Ende November/ Anfang Dezember 2014 hätte – bei Zugrundelegung des linearen Ansatzes – die betreffende Biogasanlage 623 337 kWh ( $56\,667 \text{ kWh} \times 11$ ) produziert. Damit reduziert sich die Vergütung für die über den über die Höchstbemessungsleistung hinaus produzierte Strommenge – also 14 240 kWh – auf den Monatsmarktwert von Dezember 2014 (3,289 Cent/kWh)<sup>32</sup>.
- 40 Für den Fall, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber eine genauere Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes sowie der ggf. in den darauffolgenden Monaten jeweils produzierten bzw. eingespeisten Strommengen wünschen, sind sie insoweit darlegungspflichtig, §§ 70, 71 EEG 2014.<sup>33</sup> Sie haben gegenüber dem Netzbetreiber objektiv nachvollziehbar und schlüssig darzulegen, zu welchem Zeitpunkt die der Höchstbemessungsleistung entsprechende Strommenge erreicht wurde und ggf. wieviel Strom in den darauf folgenden Monaten jeweils produziert bzw. eingespeist wurde. Dafür können sie beispielsweise sicherstellen, dass monatliche Ablesungen der Zähler vorgenommen und die Zählerstände entsprechend dokumentiert werden.
- 41 **Für die Jahresabrechnung (Höchstbemessungsleistung) im jeweiligen Kalenderjahr heranzuziehende Strommenge** Unabhängig vom Inbetriebnahmedatum einer Biogasanlage und der sich daraus ergebenden Berechnung der Höchstbemes-

<sup>31</sup>Vorliegend gerundet auf Einerstelle.

<sup>32</sup>„MW<sub>EPEX</sub>“ im Dezember 2014, abrufbar unter <https://www.netztransparenz.de/de/Marktwerte.htm>, zuletzt abgerufen am 21.09.2015.

<sup>33</sup>So auch die Stellungnahme des BDEW, S. 3.

sungsleistung gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2014 (vgl. dazu Abschnitt 2.1.3) ist für die Ermittlung, ob und in welchem Umfang die Höchstbemessungsleistung im jeweils betrachteten Kalenderjahr überschritten wurde, nur auf die in das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeiste Strommenge abzustellen.<sup>34</sup>

42 Dies ergibt sich aus der Formulierung des § 101 Abs. 1 EEG 2014

„verringert sich ab dem 1. August 2014 der Vergütungsanspruch für jede Kilowattstunde Strom, um die in einem Kalenderjahr die ... Höchstbemessungsleistung der Anlage überschritten wird, auf den Monatsmarktwert.“

43 Zwar kann es sich bei „jeder Kilowattstunde Strom“ sowohl um den eingespeisten als auch um den erzeugten Strom handeln. Jedoch besteht ein „Vergütungsanspruch“ für Biomasseanlagen – unabhängig von der einschlägigen Fassung des EEG – lediglich für eingespeisten, nicht aber für erzeugten und nicht eingespeisten, mithin selbstverbrauchten Strom. Insofern kann für die Reduzierung des Vergütungsanspruchs i. S. d. § 101 Abs. 1 EEG 2014 auch nur eingespeister Strom berücksichtigt werden, für den auch ein Vergütungsanspruch besteht. Dies ergibt sich auch aus dem BGH-Urteil vom 4. März 2015<sup>35</sup>, demzufolge sowohl ein Anspruch auf Grund- als auch erhöhte Vergütung lediglich für eingespeisten, nicht aber selbstverbrauchten Strom besteht. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass auch die Vergütungsreduktion nur auf eingespeiste Strommengen anzuwenden ist.

44 Demgegenüber ist für die Ermittlung, ob die Höchstbemessungsleistung in einem konkreten Kalenderjahr überschritten wurde, nicht die entsprechend der jeweils anzuwendenden Vorschrift zur Ermittlung der Höchstbemessungsleistung bzw. der Bemessungsleistung zu berücksichtigende Strommenge – also bei Anlagen, die dem EEG 2012 unterfallen, die *erzeugte* Strommenge und bei Anlagen, die dem EEG 2009 unterfallen, die *eingespeiste* Strommenge (s. Abschnitt 2.1.3) – zugrunde zu legen.

45 Denn zum einen stellt die Ermittlung der Höchstbemessungsleistung bzw. der Bemessungsleistung zur Ermittlung der Gesamtvergütung in Abhängigkeit von den verschiedenen betroffenen Vergütungszonen einen eigenen Rechenschritt dar, der unabhängig von der Frage zu behandeln ist, welche Strommenge für die Vergütung bzw. die Vergütungsbegrenzung heranzuziehen ist.

<sup>34</sup>So im Ergebnis auch die Stellungnahme des BDEW, S. 5.

<sup>35</sup>BGH, Urt. v. 04.03.2015 – VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2728>.

- 46 Zum anderen könnte es sonst für den Fall, dass eine dem EEG 2012 unterfallende Anlage, deren Höchstbemessungsleistung unter Zugrundlegung der erzeugten Strommenge ermittelt wurde, einen sehr hohen Eigenverbrauchsanteil aufweist, bei einer Überschreitung der Höchstbemessungsleistung (beispielsweise um 20 000 kWh) dazu kommen, dass aufgrund der geringen Einspeisung (beispielsweise lediglich 19 000 kWh) die gesamte eingespeiste Strommenge lediglich mit dem jeweiligen Monatsmarktwert vergütet werden würde. Das entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung.
- 47 Dagegen spricht auch nicht, dass das Zugrundelegen der eingespeisten Strommenge für die Ermittlung, ob die Höchstbemessungsleistung in einem konkreten Kalenderjahr überschritten wurde, bei gleichem Eigenverbrauchsanteil von EEG-2012er-Anlagen gegenüber EEG-2009er-Anlagen besser stellen würde, da bei den EEG-2012er-Anlagen eine höhere Höchstbemessungsleistung ermittelt würde als bei EEG-2009er-Anlagen. Denn diese Sichtweise vernachlässigt den Umstand, dass die EEG-2012er-Anlagen gerade aufgrund der größeren (Höchst-)Bemessungsleistung auch einen niedrigen Misch-/Gesamtvergütungssatz für jede Kilowattstunde erhalten, da mit zunehmender Bemessungsleistung auch ein größerer Anteil der zu vergütenden Strommenge in höhere, also geringer vergütete Vergütungszonen fällt.
- 48 **Beispiel:** Eine Biogasanlage wurde im September 2013 mit einer installierten Leistung von 250 kW in Betrieb genommen. Als Höchstbemessungsleistung gilt der Wert von 95 % der am 31. Juli 2014 installierten Leistung, vorliegend 237,5 kW. Dies entspricht einer Strommenge von  $237,5 \text{ kW} \times 8760 \text{ h} = 2080500 \text{ kWh}$ . Im Jahr 2015 produzierte die Biogasanlage 2 200 200 kWh, davon wurden 2 100 000 kWh eingespeist. Für die Frage, ob im Jahr 2015 die der Höchstbemessungsleistung der Anlage entsprechende Strommenge überschritten wurde, ist nur die eingespeiste Strommenge, also 2 100 000 kWh zu berücksichtigen. Daraus folgt, dass für die beschriebene Biogasanlage im Jahr 2015 die der Höchstbemessungsleistung der Anlage entsprechende Strommenge in einem Umfang von 19 500 kWh ( $2\,100\,000 \text{ kWh} - 2\,080\,500 \text{ kWh}$  (HBL)) überschritten wurde mit der Folge, dass diese 19 500 kWh mit dem jeweiligen Marktwert (s. Rn. 35 ff.) zu vergüten sind.
- 49 **Anwendung der Vergütungszonen bei Bestandsanlagen, § 101 Abs. 1 EEG 2014**  
Die Strommenge, die die Höchstbemessungsleistung überschreitet und deshalb der Vergütungsreduktion gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2014 unterliegt, ist bei Bestandsanlagen, deren Strom anteilig nach der Bemessungsleistung vergütet wird (§ 18 Abs. 1

EEG 2012 bzw. § 18 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 EEG 2009), bei der Ermittlung der Gesamtvergütung vollständig anzusetzen. Das hat zur Folge, dass diese Strommenge anteilig auf die den verschiedenen Vergütungszonen zuzuordnenden Strommengen verteilt wird und nicht nur von der letzten (geringer vergüteten) Vergütungszone abzuziehen ist.<sup>36</sup>

50 Dies ergibt sich aus den allgemeinen Regelungen zur Vergütungsberechnung in § 3 Nr. 2 a, § 18 Abs. 1 EEG 2012 bzw. § 18 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 EEG 2009, denenzufolge für die Anwendung der Vergütungszonen die jeweils einschlägige „Bemessungsleistung“ zugrundezulegen ist. Hätte der Gesetzgeber im Anwendungsbereich der Regelung zur Höchstbemessungsleistung in § 101 Abs. 1 EEG 2014 eine von den allgemeinen Regelungen abweichende Berechnung der Vergütung gewollt, beispielsweise indem nur diejenige Strommenge den Vergütungszonen zuzuordnen ist, für die ein nach § 101 Abs. 1 EEG 2014 nicht reduzierter Vergütungsanspruch besteht, hätte er dies in § 101 Abs. 1 EEG 2014 explizit anordnen müssen.

51 § 101 Abs. 1 EEG 2014 ordnet jedoch die Vergütungsreduktion ab einem bestimmten Zeitpunkt an, nämlich ab Überschreiten der der Höchstbemessungsleistung der Anlage entsprechenden Strommenge. Eine willkürliche, von tatsächlichen Stromflüssen losgelöste Zuordnung von Strommengen zu bestimmten Vergütungszonen ist nicht mit dem EEG vereinbar. Dagegen spricht auch das BGH-Urteil vom 4. März 2015<sup>37</sup>, in dem ein Leistungsbestimmungsrecht des Anlagenbetreibers dergestalt, dass er fiktiv Strommengen dem Eigenverbrauch bzw. der Einspeisung zuordnet, obgleich die beiden Strommengen tatsächlich physikalisch nicht zu unterscheiden sind, verneint wurde. In gleicher Weise kann auch im vorliegenden Fall die Strommenge, die die Höchstbemessungsleistung überschreitet und der Vergütungsreduktion nach § 101 Abs. 1 EEG 2014 unterliegt, nicht fiktiv einer bestimmten – niedriger vergüteten – Vergütungszone zugeordnet werden.

52 **Beispiel:** Eine Biogasanlage wurde im September 2011 mit einer installierten Leistung von 250 kW in Betrieb genommen. Als Höchstbemessungsleistung gilt der Wert von 95 % der am 31. Juli 2014 installierten Leistung, also 237,5 kW. Dies entspricht einer Strommenge von  $237,5 \text{ kW} \times 8760 \text{ h} = 2080500 \text{ kWh}$ . Im Jahr 2015 produzierte sie 2200200 kWh, davon wurden 2100000 kWh eingespeist. Für die Ermittlung der Gesamtvergütung nach Maßgabe der Vergütungszonen ist gemäß § 18

<sup>36</sup>So auch die Stellungnahme des BDEW, S. 7 f., anderer Ansicht die Stellungnahme des Fachverbandes Biogas, S. 10 ff.

<sup>37</sup>BGH, Urt. v. 04.03.2015, VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2728>.

Abs.2 EEG 2009 auf die im gesamten Kalenderjahr *ingespeiste* (s. Abschnitt 2.1.3) Strommenge, mithin auf 2 100 000 kWh abzustellen.<sup>38</sup> Dies entspricht einer Bemessungsleistung von 240 kW.

53 Bei einer Vergütung von 10 ct/kWh in der ersten Vergütungszone bis zu 150 kW und 8 ct/kWh in der zweiten Vergütungszone von 150 bis 500 kW ergibt sich eine Gesamtvergütung von

$$V = \frac{150 \text{ kW}}{240 \text{ kW}} \cdot 10 \text{ ct/kWh} + \frac{90 \text{ kW}}{240 \text{ kW}} \cdot 8 \text{ ct/kWh} = 9,25 \text{ ct/kWh}.$$

54 Dementsprechend beträgt

- der Anteil der Strommenge, der in die erste Vergütungszone bis zu 150 kW fällt,  $150 \text{ kW} / 240 \text{ kW} = 62,5 \%$
- und der Anteil der Strommenge, der in die zweite Vergütungszone von 150 bis 500 kW fällt,  $90 \text{ kW} / 240 \text{ kW} = 37,5 \%$ .

55 Für die Frage, ob im Jahr 2015 die der Höchstbemessungsleistung der Anlage entsprechende Strommenge überschritten wurde, ist die *ingespeiste* (s. Rn. 41) Strommenge, also 2 100 000 kWh zu berücksichtigen. Daraus folgt, dass für die beschriebene Biogasanlage im Jahr 2015 die der Höchstbemessungsleistung der Anlage entsprechende Strommenge in einem Umfang von 19 500 kWh (2 100 000 kWh - 2 080 500 kWh (HBL)) überschritten wurde mit der Folge, dass diese 19 500 kWh mit dem jeweiligen Marktwert (s. Rn. 35 ff.) zu vergüten sind.

56 Daher sind 2 080 500 kWh mit dem oben errechneten Vergütungssatz von 9,25 ct/kWh zu vergüten und 19 500 kWh mit dem jeweiligen Monatsmarktwert der Erzeugung der jeweiligen Kilowattstunde. Anders ausgedrückt fallen

- $2\,080\,500 \text{ kWh} \times 62,5 \% = 1\,300\,313 \text{ kWh}$  in die erste Vergütungszone (bis 150 kW),
- $2\,080\,500 \text{ kWh} \times 37,5 \% = 780\,188 \text{ kWh}$  in die zweite Vergütungszone (über 150 kW bis 500 kW)
- und 19 500 kWh werden mit dem jeweiligen Marktwert vergütet.

<sup>38</sup>Für Anlagen, die ab dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurden, ist hingegen die *erzeugte* Leistung zugrunde zu legen (s. Abschnitt 2.1.3).

57 Die Clearingstelle EEG weist darauf hin, dass die oben beschriebene Berechnung zur Folge hat, dass mit zunehmender eingespeister Jahresarbeitsmenge und damit zunehmender Überschreitung der Höchstbemessungsleistung der ermittelte Misch- bzw. Gesamtvergütungssatz sinkt bzw. anders ausgedrückt, sich das Verhältnis der Strommengen, die den jeweiligen Vergütungszonen zuzuordnen sind, zulasten der ersten, höher vergüteten Vergütungszone(n) verschiebt. Bei einer zunehmenden Überschreitung der Höchstbemessungsleistung erhalten Anlagenbetreiber also zunehmend weniger Vergütung für die Strommenge, für die der nicht reduzierte Vergütungsanspruch besteht. Aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlautes der Regelung gibt es jedoch keinen Spielraum für eine Auslegung der Regelung.

#### 2.1.7 Berücksichtigung von Boni bei der Vergütungsbegrenzung gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2014

58 Die in § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 angeordnete Vergütungsbegrenzung auf den jeweiligen Monatsmarktwert schließt neben der jeweiligen Grundvergütung auch die erhöhten Vergütungen (Boni) – mit Ausnahme der Flexibilitätsprämie (dazu Rn. 83 ff.) – ein. Für die die Höchstbemessungsleistung überschreitenden Kilowattstunden besteht mithin neben dem jeweiligen Monatsmarktwert kein (zusätzlicher) Anspruch auf Zahlung der Boni.<sup>39</sup> Dies gilt sowohl für Bestandsanlagen, die unter dem EEG 2009 bzw. EEG 2012 in Betrieb genommen wurden (dazu Rn. 59 ff.) als auch für Bestandsanlagen, die unter dem EEG 2004 in Betrieb genommen wurden<sup>40</sup> (dazu Rn. 68 ff.).

59 **Für Bestandsanlagen, die dem EEG 2009 bzw. EEG 2012 unterfallen, regelt § 101 Abs. 1 EEG 2014 für Strom aus Biogasanlagen mit Inbetriebnahmedatum ab dem 1. Januar 2009 bis zum 31. Juli 2014 Folgendes:**

„... verringert sich... der Vergütungsanspruch nach den Bestimmungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes... auf den Monatsmarktwert.“<sup>41</sup>

<sup>39</sup>So auch die Stellungnahme des BDEW, S. 5 f.

<sup>40</sup>Anderer Ansicht die Stellungnahme des Fachverbandes Biogas, S. 15.

<sup>41</sup>Auslassungen nicht im Original.

- 60 Der **Wortlaut** spricht aufgrund der allgemeinen Formulierung – „Vergütungsanspruch nach den Bestimmungen des [EEG]<sup>42</sup>“ – dafür, dass die Vergütungsbegrenzung auch die erhöhte Vergütung gemäß § 27 Abs. 4 EEG 2009 bzw. § 27 Abs. 2 EEG 2012 umfasst. Abschließend lässt sich dies jedoch anhand des Wortlautes nicht feststellen.
- 61 Dass die Formulierung – „Vergütungsanspruch nach den Bestimmungen des [EEG]“ – auch die erhöhten Vergütungen gemäß § 27 Abs. 4 EEG 2009 bzw. § 27 Abs. 2 EEG 2012 umfasst, lässt sich jedoch dem Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 4. März 2015<sup>43</sup> zum Verhältnis von Grundvergütung und Boni unter dem EEG 2009 entnehmen. In diesem wird u. a. ausgeführt:

„... erstreckt sich der Vergütungsanspruch des Klägers auf den »eingespeisten Strom«. Dies ist nicht auf die Grundvergütung zu beschränken, sondern schließt Bonuszahlungen ein, *denn der weite Begriff der »Vergütung« umfasst sowohl die Grundvergütung als auch Zusatzvergütungen.*“<sup>44</sup>

„Die Höhe der Vergütung für Strom aus Biomasse ist im EEG 2009 in § 27 geregelt und *setzt sich aus einer Grundvergütung und darauf aufbauenden Vergütungserhöhungen (Boni) zusammen* (vgl. Senatsurteil vom 6. November 2013 – VIII ZR 194/12, NVwZ 2014, 962 Rn. 27).“<sup>45</sup>

„*Einen gegenüber der Grundvergütung selbständigen Anspruch auf einen KWK- und Nawaro-Bonus gewährt das EEG 2009 nicht.*

... Bonusfähig ist danach (nur) Strom, für den ein Anspruch auf eine Grundvergütung besteht (Rostankowski/Vollprecht in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 27 Rn. 27, 149). Das entspricht nicht nur dem allgemeinen Sprachgebrauch, wonach eine Bonusvergütung eine zusätzlich gewährte Leistung ist, sondern auch der Gesetzesbegründung. Danach sollten Betreiber von Biomasseanlagen die Möglichkeit

<sup>42</sup>Ergänzung durch die Clearingstelle EEG.

<sup>43</sup>BGH, Urt. v. 04.03.2015 – VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2728>.

<sup>44</sup>BGH, Urt. v. 04.03.2015 – VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2728>, Rn. 25, Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>45</sup>BGH, Urt. v. 04.03.2015 – VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2728>, Rn. 28, Hervorhebungen nicht im Original.

erhalten, Boni zusätzlich zur Grundvergütung in Anspruch nehmen zu können (BT-Drucks. 16/8148, S. 52).“<sup>46</sup>

- 62 Laut BGH ist der Begriff der „Vergütung“ somit weit zu verstehen und umschließt auch die erhöhte Vergütung. Zwar ließe sich dagegen anführen, dass in dem vom BGH verhandelten Fall gar kein Anspruch auf die Grundvergütung und nur deshalb auch kein Anspruch auf die erhöhte Vergütungen bestanden habe, wohingegen im Fall der Vergütungsbegrenzung nach § 101 Abs. 1 EEG 2014 der Anspruch auf Grundvergütung bestehe, dieser sich lediglich ab Erreichen der Höchstbemessungsleistung auf den Marktwert reduziere. Jedoch ist für die Frage der Vergütungsbegrenzung gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2014 maßgeblich, dass der Begriff „Vergütungsanspruch“ weit zu verstehen ist und grundsätzlich erhöhte Vergütungen umfasst. Eine gesetzlich angeordnete Verringerung des „Vergütungsanspruchs nach den Bestimmungen des [EEG]“ umfasst demnach auch die Zahlung der erhöhten Vergütungen, die laut BGH nicht losgelöst von der Grundvergütung gewährt werden können.
- 63 **Die systematische Betrachtung** stützt diesen Befund, denn die erhöhten Vergütungen sind in § 27 Abs. 4 EEG 2009 bzw. § 27 Abs. 2 EEG 2012 geregelt, die in Teil 3 des EEG in der jeweiligen Fassung – „Vergütung“, bzw. „Einspeisevergütung“ – und dort im Abschnitt 2 – „Besondere Vergütungsvorschriften“ – zu finden sind. Dies spricht dafür, dass auch die erhöhten Vergütungen als Teil der Vergütungen nach den Bestimmungen des EEG anzusehen sind.
- 64 Auch die Formulierung des § 27 Abs. 4 EEG 2009 „Die Vergütungen erhöhen sich für Strom nach Absatz 1...“ bzw. des § 27 Abs. 2 EEG 2012 „Die Vergütung nach Absatz 1 erhöht sich...“ gibt keinen Anlass davon auszugehen, dass die erhöhten Vergütungen (Boni) als unabhängig oder etwas anderes als die (Grund-)Vergütung nach den Bestimmungen des EEG zu erachten wären.
- 65 **Die teleologische Auslegung** führt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass auch die erhöhten Vergütungen von der Vergütungsbegrenzung i. S. d. Regelung umfasst sein sollen. So wird in der Begründung zu § 97 Abs. 1 des Regierungsentwurfes (RegE EEG 2014) – später als § 101 Abs. 1 EEG 2014 Gesetz geworden – ausgeführt:

„Absatz 1 dient dazu, die nachträgliche Erhöhung der Stromerzeugung in Biogasanlagen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes in Betrieb

<sup>46</sup>BGH, Urt. v. 04.03.2015 – VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2728>, Rn. 36, Hervorhebungen und Auslassungen nicht im Original.

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“). Eine Erweiterung insbesondere von Bestandsanlagen, die überwiegend nachwachsende Rohstoffe einsetzen, würde jedoch das mit diesem Gesetz verfolgte Ziel konterkarieren, die besonders kostenintensive und Nutzungskonkurrenzen verschärfende Förderung der Stromerzeugung aus nachwachsenden Rohstoffen zurückzufahren.* 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.“<sup>47</sup>

- 66 Es wird deutlich, dass der Gesetzgeber ausdrücklich verhindern wollte, dass die höheren Vergütungsansprüche aus den Vorgängerfassungen des EEG – wobei nachwachsende Rohstoffe (mit Blick auf den NawaRo-Bonus gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009) explizit genannt werden – auch für Erweiterungen nach dem 1. August 2014 zu zahlen sind.
- 67 Dagegen kann nicht angeführt werden, dass durch diese Auslegung der Bestandschutz gefährdet werde, da Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gerade für den Erhalt der erhöhten Vergütungen einen erhöhten Aufwand und erhöhte Investitionen nicht gescheut haben und deshalb nicht dafür bestraft werden dürfen. Denn die Regelung des § 101 Abs. 1 EEG 2014 schützt die bereits getätigten Investitionen. Die Vergütungsbegrenzung greift im Wesentlichen nur bei Anlagenerweiterungen oder sonstigen Leistungssteigerungen nach dem 1. August 2014.

<sup>47</sup>BT-Drs. 18/1304 v. 05.05.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 181, Hervorhebungen nicht im Original.

68 Für Bestandsanlagen, die dem EEG 2004 unterfallen, gilt hinsichtlich der Vergütungsbegrenzung nichts anderes<sup>48</sup> (dazu Rn. 68 ff.). Der § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 lautet diesbezüglich:

„... für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, verringert sich entsprechend der Vergütungsanspruch nach § 8 Absatz 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918) in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung nach Maßgabe des ersten Halbsatzes.“

69 Der **Wortlaut** lässt es zunächst offen, ob sich die Vergütungsbegrenzung im Sinne dieser Regelung lediglich auf die Grundvergütung und nicht auf die erhöhten Vergütungen bezieht, da hier – anders als bei den dem EEG 2009 bzw. dem EEG 2012 unterfallenden Anlagen (s. Rn. 59) – nicht allgemein auf die „Vergütungen nach den Bestimmungen des EEG“ oder auf § 8 EEG 2014 insgesamt abgestellt wird, sondern konkret der „Vergütungsanspruch nach § 8 Abs. 1 EEG 2004“ in Bezug genommen wird.<sup>49</sup>

70 Wie der BGH geht jedoch auch die Clearingstelle EEG davon aus, dass es auch unter dem EEG 2004 keinen von der Grundvergütung unabhängigen Anspruch auf die erhöhte Vergütung (Boni bzw. Zuschläge) geben sollte. Diesbezüglich wird in dem in Rn. 61 zitierten BGH-Urteil<sup>50</sup> ausgeführt:

„Einen Anspruch auf Zusatzvergütung für Strom aus Biomasse räumte das EEG 2004 sowohl für den Nawaro-Bonus (§ 8 Abs. 2, § 21 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2004) als auch für den KWK-Bonus (§ 8 Abs. 3 EEG 2004) nicht isoliert von der Grundvergütung (§ 8 Abs. 1 EEG 2004) ein, sondern nur als Zuschlag auf die gesetzliche Mindestvergütung.“<sup>51</sup>

71 Zu diesem Ergebnis führen insbesondere die genetische und die teleologische Auslegung der Norm.

<sup>48</sup>Anderer Ansicht die Stellungnahme des Fachverbandes Biogas, S. 15.

<sup>49</sup>Anderer Ansicht die Stellungnahme des Fachverbandes Biogas, S. 15, wonach der Wortlaut eindeutig gegen die Beschränkung auch der Bonuszahlungen des EEG 2004 spricht.

<sup>50</sup>BGH, Urt. v. 04.03.2015 – VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2728>.

<sup>51</sup>BGH, Urt. v. 04.03.2015 – VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2728>, Rn. 33.

- 72 **Die systematische Auslegung** führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Zwar spricht einerseits der Umstand, dass in § 101 Abs. 1 EEG 2014 lediglich der Vergütungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 EEG 2004 genannt wird, der sich ab Erreichen der Höchstbemessungsleistungsschwelle auf den Marktwert reduzieren sollte, dafür, dass jedenfalls die erhöhten Vergütungen des EEG 2004 (§ 8 Abs. 2 bis 4 EEG 2004) nicht von der Vergütungsbegrenzung umfasst sein sollen. Andererseits beginnen die Absätze 2 bis 4 des § 8 EEG 2004 jeweils mit „[d]ie Mindestvergütungen nach Absatz 1 Satz 1 ... erhöhen sich um jeweils ...“. Dies wiederum spricht eher dafür, dass diese auch nur als Erhöhung der Grundvergütung in Anspruch genommen werden können, mithin für die erhöhten Vergütungen keine eigenständige Vergütungsgrundlage besteht (s. auch Rn. 64).
- 73 Auch im Übrigen ist in systematischer Hinsicht nicht ohne Weiteres zu erkennen, welche konkreten Ansprüche der Gesetzgeber in § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009 in Bezug nehmen will. So ergibt sich für Biogasanlagen, die die Grundvergütung nach § 8 Abs. 1 EEG 2004 in Anspruch nehmen, seit dem 1. Januar 2009 der Anspruch auf die Grundvergütung bis zu einem Leistungsanteil von 150 kW<sub>el</sub> aus § 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009<sup>52</sup>, für die weiteren Leistungsanteile hingegen nach wie vor aus § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 EEG 2004<sup>53</sup>; der Anspruch auf den Technologie-Bonus ergibt sich aus § 8 Abs. 4 EEG 2004,<sup>54</sup> der Anspruch auf den NawaRo-Bonus hingegen aus Anlage 2 EEG 2009<sup>55</sup> und der Anspruch auf den KWK-Bonus entweder aus § 8 Abs. 3 EEG 2004 oder aus § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009.<sup>56</sup> Vor diesem Hintergrund wären Grundvergütung und Boni für diese Anlagen bereits von dem Passus „Vergütungsanspruch nach den Bestimmungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der für die Anlage jeweils anzuwendenden Fassung“ in § 101 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 erfasst, wenn dieser Teil nicht nur für Anlagen gelten würde, „die nach dem am 31. Juli 2014 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind“. Dass hingegen der Gesetzgeber z. B. die Grundvergütung für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 13. Dezember 2008 nur

<sup>52</sup>Gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 i. V. m. §§ 16 Abs. 1, 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009.

<sup>53</sup>Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4 EEG 2004.

<sup>54</sup>Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009.

<sup>55</sup>Gemäß § 66 Abs. 1 und Anlage 2 EEG 2009 entweder in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 8 Abs. 2 EEG 2004 oder in Verbindung mit §§ 16 Abs. 1, 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009; vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 24.11.2010–2009/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/votv/2009/10>.

<sup>56</sup>Jeweils noch in Verbindung mit § 100 Abs. 1 Nr. 10 c) EEG 2014 bzw. vor Inkrafttreten des EEG 2012 mit § 66 Abs. 1 EEG 2012.

teilweise durch § 101 Abs. 1 EEG 2014 erfassen wollte, ist zumindest unwahrscheinlich.

- 74 **Die genetische Auslegung** spricht dafür, dass auch bei dem EEG 2004 unterfallenden Bestandsanlagen die Vergütungsbegrenzung ebenso die Zahlung der erhöhten Vergütung umfasst. Denn im Referentenentwurf<sup>57</sup> lautete der § 67 (Übergangsbestimmungen für Strom aus Biomasse) Abs. 1 – später als § 101 Abs. 1 Gesetz geworden – noch:

„Für Strom aus Anlagen, die nach dem am 31. Juli 2014 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, verringert sich ab dem 1. August 2014 der Vergütungsanspruch nach § 16 in Verbindung mit § 27 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der für die Anlage jeweils anzuwendenden Fassung für jede Kilowattstunde Strom, um die in einem Kalenderjahr die vor dem 1. August 2014 erreichte Höchstbemessungsleistung nach § 32c Absatz 2 Satz 2 der Anlage überschritten wird, auf den Monatsmarktwert; für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, verringert sich entsprechend der Vergütungsanspruch nach § 8 Absatz 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918) in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung nach Maßgabe von Halbsatz 1.“<sup>58</sup>

- 75 In dieser Fassung wurde auch für die dem EEG 2009 und dem EEG 2012 unterfallenden Anlagen noch unter Nennung der entsprechenden Paragraphen auf den Vergütungsanspruch „nach § 16 i. V. m. § 27 in der jeweils anzuwendenden EEG-Fassung“ abgestellt. Da das EEG 2004 eine andere Paragraphen-Nummerierung aufweist als die in dieser Hinsicht aufeinander abgestimmten Fassungen des EEG 2009 und EEG 2012, musste hier entsprechend der § 8 in einem weiteren Halbsatz genannt werden.
- 76 Dass der Referentenentwurf bei „§ 16 in Verbindung mit § 27“ anders als bei „§ 8 Abs. 1“ keine Absätze genannt hat (obgleich auch bei § 27 EEG 2009 und EEG 2012 die Grundvergütung im jeweiligen Absatz 1 und die erhöhten Vergütungen in spä-

<sup>57</sup>Referentenentwurf v. 04.03.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/wrfassung/material>, S. 70.

<sup>58</sup>Referentenentwurf v. 04.03.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/wrfassung/material>, S. 70.

teren Absätzen genannt werden), kann zudem auch aus Vereinfachungsgründen geschehen sein. Denn bei § 27 EEG 2009/2012 beruht die erhöhte Vergütung nicht nur auf Absatz 1 (Grundvergütung) und den jeweils weiteren Absätzen des § 27 (§ 27 Abs. 4 EEG 2009 und § 27 Abs. 2 EEG 2012), sondern darüber hinaus auch auf Anlagen (Anlage 1 bis 3 EEG 2009, Anlage 1 bis 2 EEG 2012). Weiterhin hätte wegen der Verflechtung von Anspruchsgrundlagen aus dem EEG 2004 und EEG 2009 für Grundvergütung und Boni eine umfassende Darstellung aller erfassten Ansprüche die Vorschrift verkompliziert und es ist jedenfalls nicht ohne Weiteres deutlich, auf welche Ansprüche der Referentenentwurf verweisen wollte (vgl. hierzu auch die systematische Auslegung in Rn. 73).

- 77 Mit dem Regierungsentwurf<sup>59</sup> wurde jedoch im § 97 Abs. 1 (Übergangsbestimmungen für Strom aus Biomasse) – später als § 101 Abs. 1 Gesetz geworden – der erste, die dem EEG 2009 und EEG 2012 unterfallenden Anlagen betreffende, Halbsatz zur später Gesetz gewordenen Formulierung geändert:

„Für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biomasse, die nach dem am 31. Juli 2014 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, verringert sich ab dem 1. August 2014 der Vergütungsanspruch nach den Bestimmungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der für die Anlage jeweils anzuwendenden Fassung für jede Kilowattstunde Strom, um die in einem Kalenderjahr die vor dem 1. August 2014 erreichte Höchstbemessungsleistung der Anlage überschritten wird, auf den Monatsmarktwert; für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, verringert sich entsprechend der Vergütungsanspruch nach § 8 Absatz 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918) in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung nach Maßgabe des ersten Halbsatzes.“<sup>60</sup>

- 78 Aufgrund dieser Formulierung hätte auch der zweite Halbsatz des ersten Satzes gestrichen werden können. Dass dies unterblieb, kann auf ein redaktionelles Versehen zurückzuführen sein.<sup>61</sup>

<sup>59</sup>Regierungsentwurf v. 08.04.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/urfassung/material>.

<sup>60</sup>Regierungsentwurf v. 08.04.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 90, Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>61</sup>So auch Müller, in: Säcker (Hrsg.) EEG 2014, Energierecht, 3. Aufl. 2015, § 101 Rn. 13, anderer Ansicht die Stellungnahme des Fachverbandes Biogas, S. 15., wonach gegen ein redaktionelles Versehen

- 79 Die **teleologische Auslegung** führt zu dem Ergebnis, dass nach dem gesetzgeberischen Willen auch die erhöhten Vergütungen aus dem EEG 2004 nach Überschreiten der Höchstbemessungsleistungsschwelle gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2014 nicht mehr zu zahlen sind, mithin diese von der Vergütungsbegrenzung umfasst sind.
- 80 Dies ergibt sich aus der Begründung zu § 101 Abs. 1 EEG 2014 in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie<sup>62</sup>. Mit dieser – später vom Bundesrat angenommenen – Formulierung erhielt die Regelung ihre später Gesetz gewordene Form. Die Begründung zu § 101 Abs. 1 EEG 2014 der Beschlussempfehlung lautet:

„Mit der Regelung in § 101 Absatz 1 EEG 2014 (neu) soll die nachträgliche Erweiterung von Biogasanlagen begrenzt werden. *Denn andernfalls würden die Anlagenbetreiber für die erweiterten Stromerzeugungskapazitäten einen Anspruch auf die hohen Vergütungen nach EEG 2004 bis EEG 2012 haben.* Die mit der EEG-Reform erfolgte Absenkung der Vergütung für Strom aus Biomasse würde dadurch umgangen („Flucht in ein früheres EEG“). Die Möglichkeit und der Anreiz der nachträglichen Anlagenerweiterung reduziert sich im Wesentlichen auf Biogasanlagen. *Nur bei Biogas ist es in der Vergangenheit zu deutlichen Überförderungen gekommen, insbesondere durch den „Gülle-Bonus“ und den dadurch ausgelösten Biogas-boom.*“<sup>63</sup>

- 81 Es wird deutlich, dass der Gesetzgeber die hohen Vergütungszahlungen – auch aus dem EEG 2004 – für Anlagenerweiterungen nach dem 1. August 2014 einschränken wollte. Denn in der Begründung wird ausdrücklich auch auf die „hohen Vergütungen nach EEG 2004“ verwiesen. Auch diese sollen daher von der Vergütungsbegrenzung umfasst sein. Aus dem Sinn und Zweck ergibt sich damit kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber die erhöhten Vergütungen aus dem EEG 2004 anders hätte behandelt wissen wollen als diejenigen aus dem EEG 2009 bzw. EEG 2012. Es wäre vielmehr zu erwarten gewesen, dass sich eine Sonderbehandlung der EEG 2004-Boni – falls sie denn gewünscht gewesen wäre – auch in der Gesetzesbegründung niederschlagen hätte.

die weiteren Änderungsgesetze zum EEG 2014 sprechen; diese hätten das Ziel verfolgt, redaktionelle Versehen zu glätten und die in Rede stehende Regelung gerade nicht geändert.

<sup>62</sup>BT-Drs. 18/1891 v. 26.06.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/urfassung/material>.

<sup>63</sup>BT-Drs. 18/1891 v. 26.06.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 220, Hervorhebungen nicht im Original.

- 82 Im Übrigen kann auch hier nicht angeführt werden, dass durch diese Auslegung der Vertrauensschutz gefährdet werde (s. Rn. 67), da die Vergütungsbegrenzung nur für die den Anlagenerweiterungen nach dem 1. August 2014 zuzuordnenden Strommengen greift.
- 83 **Flexibilitätsprämie** Die Vergütungsbegrenzung gemäß § 101 Abs. 1 EEG 2014 umfasst nicht die Flexibilitätsprämie gemäß § 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014<sup>64</sup>; mithin besteht der Anspruch auf Zahlung der Flexibilitätsprämie je Kilowatt installierter Leistung – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014 – auch für den die Höchstbemessungsleistung überschreitenden Leistungsanteil.<sup>65</sup>
- 84 Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut von § 54 Satz 1 EEG 2014, in dem der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie bei bestehenden Anlagen geregelt wird. Dieser lautet:

„Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas, die nach dem am 31. Juli 2014 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, können ergänzend zu einer Veräußerung des Stroms in den Veräußerungsformen nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 und 2 von dem Netzbetreiber eine Prämie für die Bereitstellung zusätzlich installierter Leistung für eine bedarfsorientierte Stromerzeugung (Flexibilitätsprämie) verlangen.“

- 85 Demnach wird Bestandsanlagen mit Inbetriebnahmedatum vor dem 1. August 2014 ausdrücklich die Möglichkeit gewährt, für zusätzlich installierte Leistung für eine bedarfsorientierte Stromerzeugung die Flexibilitätsprämie in Anspruch zu nehmen.
- 86 Zum anderen lässt sich dies der Begründung zu § 97 Abs. 1 des Regierungsentwurfes – später als § 101 Abs. 1 EEG 2014 Gesetz geworden – entnehmen:

<sup>64</sup>Gilt gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2014 seit dem 01.08.2014 auch für Bestandsanlagen, die bis zum 31.07.2014 die Flexibilitätsprämie nach § 33i i. V. m. Anlage 5 EEG 2012 in Anspruch genommen haben; vgl. auch BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 149.

<sup>65</sup>In diesem Sinne auch die Stellungnahmen des BDEW, S. 5 und des Fachverbandes Biogas, S. 15 sowie *Salje*, EEG 2014, 7. Aufl. 2015, § 101 Rn. 8.

„Förderansprüche nach den §§ 27a oder 27b EEG 2012 sowie der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie sind von dieser Begrenzung der Förderung nicht betroffen.“<sup>66</sup>

- 87 Dies entspricht auch dem gesetzgeberischem Willen, eine am Bedarf orientierte Stromproduktion künftig stärker zu fördern. Dementsprechend handelt es sich beim Bereitstellen flexibler Leistung nicht um eine vom Gesetzgeber missbilligte „Flucht in ein früheres EEG“.

## 2.2 Zur Bemessungsleistung für Neuanlagen mit über 100 kW, § 47 Abs. 1 EEG 2014

- 88 Für Neuanlagen mit Inbetriebnahmedatum ab dem 1. August 2014 gilt § 47 (Gemeinsame Bestimmungen für Strom aus Biomasse und Gasen). § 47 Abs. 1 EEG 2014 lautet:

„<sup>1</sup>Der Anspruch auf finanzielle Förderung für Strom aus Biogas besteht für Strom, der in Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 100 Kilowatt erzeugt wird, nur für den Anteil der in einem Kalenderjahr erzeugten Strommenge, der einer Bemessungsleistung der Anlage von 50 Prozent des Wertes der installierten Leistung entspricht. <sup>2</sup>Für den darüber hinausgehenden Anteil der in dem Kalenderjahr erzeugten Strommenge verringert sich der Anspruch auf finanzielle Förderung in der Veräußerungsform nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 auf null und in den Veräußerungsformen nach § 20 Absatz 1 Nummer 3 und 4 auf den Monatsmarktwert.“<sup>67</sup>

### 2.2.1 Ab wann und wie ist die Förderung auf den Monatsmarktwert zu reduzieren ?

- 89 Der Förderungsanspruch reduziert sich gemäß § 47 Abs. 1 EEG 2014 ab dem Zeitpunkt des erstmaligen Überschreitens der Bemessungsleistung, die 50 % des Wertes

<sup>66</sup>Regierungsentwurf v. 08.04.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeq.de/eeq2014/wrfassung/material>, S. 280.

<sup>67</sup>Satznummerierung nicht im Original.

der installierten Leistung der Anlage entspricht<sup>68</sup>, für jede darauffolgende Kilowattstunde Strom

- in der Veräußerungsform nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 (geförderte Direktvermarktung) auf Null und
- in den Veräußerungsformen nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 und 4 EEG 2014 (Einspeisevergütung nach §§ 37, 38 EEG 2014) auf den jeweiligen Monatsmarktwert, der in den Monaten des betreffenden Jahres gegolten hat, in denen die Anlage im Jahresverlauf die Bemessungsleistung von 50% der installierten Leistung überschritten hat.<sup>69</sup>

90 Zwar fehlt es in § 47 Abs. 1 EEG 2014 – anders als in § 101 Abs. 1 EEG 2014 – an einer Formulierung im Gesetzeswortlaut, die so deutlich für die reduzierte Förderung ab dem *Zeitpunkt* der Überschreitung der dort genannten Bemessungsleistung spricht, dies ergibt sich jedoch aus der Begründung zu § 45 Abs. 1 des Gesetzesentwurfes – später als § 47 Abs. 1 EEG 2014 Gesetz geworden – die wie folgt lautet:

„Der neue Absatz 1 beschränkt den Anspruch auf finanzielle Förderung für neue Biomasseanlagen... auf die Hälfte der in einem Kalenderjahr mit der installierten elektrischen Leistung der Anlage theoretisch erzeugbaren Strommenge. Künftig sollen nur noch Anlagen, die ihre Stromerzeugung aus Biogas an den Bedürfnissen des Strommarktes ausrichten können und ihre Stromerzeugung insbesondere in Stunden hoher Strompreise verlagern können, nach den §§ 42 und 43 EEG 2014 förderfähig sein. Die hierfür benötigte flexible Stromerzeugungskapazität neuer Biogasanlagen wird dadurch sichergestellt, dass ein Förderanspruch nur noch bis zur Hälfte der theoretisch möglichen Bemessungsleistung besteht. Aufgrund dieser Begrenzung der kalenderjährlich förderfähigen Strommenge besteht z. B. für eine Biogasanlage mit einer installierten elektrischen Leistung von 1 MW ein Anspruch auf finanzielle Förderung lediglich für die Strommenge, die in 8 760 Stunden eines Jahres mit einer elektrischen Erzeugungsleistung von 500 kW erzeugt

<sup>68</sup>Die Clearingstelle EEG weist darauf hin, dass die im Regelungszusammenhang des § 47 Abs. 1 EEG 2014 genannte Bemessungsleistung nicht identisch ist mit der Bemessungsleistung gemäß § 5 Nr. 4 EEG 2014.

<sup>69</sup>Ebenso die Stellungnahmen des BDEW, S. 6 und des Fachverband Biogas, S. 15.

werden könnte. Werden darüber hinausgehende Strommengen erzeugt, so besteht für diese weiterhin ein Anspruch ... nach § 11 EEG 2014, jedoch entfällt insoweit jeglicher Anspruch auf eine finanzielle Förderung. *Wird für Strom aus einer Biogasanlage eine Einspeisevergütung nach den §§ 35 oder 36 EEG 2014 geltend gemacht, besteht für darüber hinausgehende Strommengen lediglich ein Anspruch gegen den Netzbetreiber auf den jeweiligen börslichen Monatsmarktwert, da der Netzbetreiber andernfalls zusätzliche eingespeiste Kilowattstunden ohne jede Gegenleistung erhalten würde.* Neben der Förderung für die Hälfte des erzeugbaren Stroms besteht für diese Anlagen ein Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag nach § 51 EEG 2014.<sup>70</sup>

- 91 Demnach soll auch die reduzierte Förderung gemäß § 47 Abs. 1 EEG 2014 für jede zusätzliche über die Leistungsschwelle hinausgehende Kilowattstunde gelten, mit hin ab dem Zeitpunkt des erstmaligen Überschreitens der in § 47 Abs. 1 EEG 2014 genannten Leistungsschwelle.<sup>71</sup>
- 92 Dass sich im Fall der Veräußerungsform nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 und 4 EEG 2014 (Einspeisevergütung nach §§ 37, 38 EEG 2014) der Förderungsanspruch auf den jeweiligen Monatsmarktwert reduziert, der in den Monaten des betreffenden Jahres gegolten hat, in denen die Anlage im Jahresverlauf die Bemessungsleistung von 50 % der installierten Leistung überschritten hat – und nicht etwa auf einen aus dem Jahresdurchschnitt ermittelten Monatsmarktwert – ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Regelung, wonach die Reduzierung auf *den* Monatsmarktwert vorzunehmen ist (vgl. dazu Rn. 27 ff.).
- 93 **Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes, Berechnungs- und Darlegungsfragen** Die in Rn. 35 ff. dargestellten Überlegungen zur Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes sowie die damit zusammenhängenden Berechnungs- und Darlegungsfragen gelten entsprechend für die Bestimmung der reduzierten Förderung gemäß § 47 Abs. 1 EEG 2014.

<sup>70</sup>BT-Drs. 18/1304 v. 05.05.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2014/urfassung/material>, S. 142 f. Auslassungen und Hervorhebung nicht im Original.

<sup>71</sup>So auch Müller, in: Säcker (Hrsg.) EEG 2014, 3. Aufl. 2015, § 47 Rn. 7.

### 2.2.2 Berücksichtigung der Förderung des überschießenden Teils über Flexibilitätszuschlag

- 94 Die reduzierte Förderung gemäß § 47 Abs. 1 EEG 2014 umfasst nicht den Flexibilitätszuschlag gemäß §§ 53 EEG 2014. Der Anspruch auf Zahlung des Flexibilitätszuschlags je Kilowatt installierter Leistung besteht – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 53 EEG 2014 – damit auch für den Leistungsanteil, der die Bemessungsleistung in Höhe von 50 % des Wertes der installierten Leistung überschreitet.<sup>72</sup>
- 95 Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut von § 53 Abs. 1 EEG 2014, in dem der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag bei neuen, also ab dem 1. August 2014 in Betrieb genommenen Anlagen geregelt wird und dem nicht zu entnehmen ist, dass der Flexibilitätszuschlag nur für einen begrenzten Leistungsanteil zu entrichten ist:

„Der Anspruch nach § 52 beträgt für die Bereitstellung flexibler installierter Leistung in Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas mit einer installierten Leistung von mehr als 100 Kilowatt 40 Euro pro Kilowatt installierter Leistung und Jahr (Flexibilitätszuschlag).“

- 96 Dies entspricht auch dem gesetzgeberischem Willen, eine am Bedarf orientierte Stromproduktion künftig stärker zu fördern, wie sich aus der Begründung zu § 45 Abs. 1 des Gesetzesentwurfes – später als § 47 Abs. 1 EEG 2014 Gesetz geworden – ergibt:

„Neben der Förderung für die Hälfte des erzeugbaren Stroms besteht für diese Anlagen ein Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag nach § 51 EEG 2014.“<sup>73</sup>

- 97 Schließlich wird in der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 51 (Flexibilitätszuschlag für neue Anlagen) – später als § 53 EEG 2014 Gesetz geworden– ausgeführt:

„In Ergänzung zu der strommengenmäßig begrenzten finanziellen Förderung nach § 42 oder 43 EEG 2014, die der Deckung regelmäßig anfallender Kosten der Biomasseerzeugung und der kontinuierlichen Stromerzeugung aus Biomasse dienen, deckt der Flexibilitätszuschlag in Höhe

<sup>72</sup>Ebenso die Stellungnahmen des BDEW, S. 7 und des Fachverbandes Biogas, S. 16.

<sup>73</sup>BT-Drs. 18/1304 v. 05.05.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 143, Hervorhebung nicht im Original.

von 40 Euro je Kilowatt installierter Leistung und Jahr die durchschnittlich zu erwartenden Kosten für die Errichtung und Vorhaltung zusätzlicher flexibel verfügbarer Stromerzeugungskapazität sowie von ggf. notwendigen Gas- und Wärmespeichern ab. Die Höhe des Flexibilitätszuschlags ist so bemessen, dass die über die gesamte Förderdauer regelmäßig anfallenden Mehrkosten für die Bereitstellung flexibler Stromerzeugungskapazität im Umfang von bis zu 50 Prozent der installierten Leistung unter Berücksichtigung angemessener Vermarktungsmehrerlöse aus der Direktvermarktung des Stroms an den Strommärkten gedeckt werden können. *Der Flexibilitätszuschlag wird auf die gesamte installierte Leistung in Kilowatt elektrisch bezogen, dies schließt auch den Leistungsanteil unterhalb von 100 Kilowatt ein.* Damit wird eine möglichst einfache und transparente Festsetzung der Zuschlagshöhe sichergestellt. Der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag besteht sowohl für Anlagen in der Direktvermarktung als auch für Anlagen, die ihren Strom in einer der ausnahmsweise zulässigen Formen der Einspeisevergütung nach § 35 oder § 36 EEG 2014 veräußern. Die Gewährung des Flexibilitätszuschlags ist insbesondere auch in den Fällen der Einspeisevergütung erforderlich, da ein kostendeckender Betrieb der Biogasanlage andernfalls unmöglich wäre und die Anlagen ohne Flexibilitätszuschlag mithin faktisch zur Direktvermarktung gezwungen wären; dies würde dem Regelungsziel der § 35 oder § 36 EEG 2014, unter den dort bezeichneten Voraussetzungen ausnahmsweise auch zukünftig eine Einspeisevergütung gewähren, zuwiderlaufen.“<sup>74</sup>

- 98 Es wird mithin deutlich, dass der Flexibilitätszuschlag für die gesamte installierte Leistung zu zahlen ist und nicht etwa bestimmte Leistungsanteile – sei es der Leistungsanteil bis zur 100 kW-Leistungsschwelle oder sei es der Leistungsanteil oberhalb von 50 % der installierten Leistung – davon auszunehmen sind, da nach Einschätzung des Gesetzgebers andernfalls ein kostendeckender Betrieb der Anlage nicht gewährleistet ist.

<sup>74</sup>BT-Drs. 18/1304 v. 05.05.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/wrfassung/material>, S. 148.

## Beschluss

Der Hinweis wurde einstimmig angenommen. Gemäß §§ 25c, 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme des Hinweises beendet.

Dr. Lovens

Dr. Mutlak

Richter