

# Stellungnahme

## **Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG im Hinweisverfahren 2015/27**

„Höchstbemessungsleistung“

Berlin, 13. November 2015

## **Verfahrensfragen**

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 100kW gemäß § 47 Abs. 1 EEG 2014:

- (a) Ist die Förderung ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Überschreitung der Höchstbemessungsleistung auf den Marktwert zu reduzieren oder wird die Absenkung kalendermonatlich aufgeteilt?
- (b) Erstreckt sich die Förderbegrenzung auch auf den Flexibilitätszuschlag (§ 53 EEG 2014)?

## **Stellungnahme:**

Der BDEW begrüßt die Klärung der in praktischer Hinsicht ausgesprochen relevanten Frage zur „Höchstbemessungsleistung“ nach § 101 Abs. 1 EEG 2014 sowie zu den Fragen zu § 47 Abs. 1 EEG 2014. Der BDEW teilt in vielen Punkten die Rechtsansicht der Clearingstelle EEG im vorliegenden Hinweisentwurf vom 15. Oktober 2014. Soweit nachfolgend keine gegenteilige Ansicht dargestellt wird, spricht sich der BDEW daher für die Rechtsansicht der Clearingstelle EEG aus.

## **A – Leitsätze**

Der BDEW empfiehlt, bereits im Rahmen der Leitsätze klarzustellen, dass der Hinweis der Clearingstelle EEG zu Fragen der Bestimmung der Höchstbemessungsleistung bei Versetzungen einer Anlage keine Aussagen trifft.

## **B - Entscheidungsbegründung**

### **Rdn. 7:**

Der BDEW regt an, hier zur Differenzierung auch auf Anlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. August 2014, auf die aber die Übergangsregelung des § 100 Abs. 3 EEG 2014 anzuwenden ist, Bezug zu nehmen. Für diese Anlagen gelten die Biomasse-Förderbestimmungen des EEG 2014 nicht, insbesondere nicht §§ 44 und 47 EEG 2014, wenn § 100 Abs. 3 EEG 2014 anwendbar ist. Dementsprechend ist fraglich, ob § 101 Abs. 1 EEG 2014 auf diese Anlagen trotzdem anzuwenden ist, ggf. analog wegen Füllung einer gesetzgeberischen Regelungslücke. Hier mag es sinnvoll sein, wenn die Clearingstelle EEG in diesem Verfahren bereits in Aussicht stellt, dass zu der Frage der Anwendbarkeit von § 101 Abs. 1 EEG 2014 auf diese Anlagen ein gesondertes Verfahren durchgeführt werden wird.

### **Rdn. 9 ff. einschl. Leitsatz 1:**

Die Clearingstelle EEG stellt hier im Hinweistwurf fest, dass für Biogasanlagen, die zwischen dem 1. Januar 2013 und dem 31. Juni 2014 in Betrieb genommen worden sind, die Höchstbemessungsleistung stets nach der 95%-Regelung festgestellt wird. Dies vernachlässigt nach BDEW-Ansicht, dass die Bemessungsleistung der Anlagen, die nach der 1. Alternative in § 101 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 für das Kalenderjahr 2013 festgestellt wird, höher sein kann als 95% der am 31. Juli 2014 festgestellten installierten Leistung der Anlage. Dies gilt selbst dann, wenn die Anlage erst im Laufe des Kalenderjahres 2013 in Betrieb genommen worden ist, da die installierte Leistung der Anlage z.B. aufgrund einer Anlagenverkleinerung am 31. Juli 2014 geringer ausfallen kann.

### **Beispiel 1:**

Wurde eine Fermenter-BHKW-Kombination mit einer installierten elektrischen Leistung von 200 kW am 10. Januar 2013 in Betrieb genommen, wurde jedoch im Juli 2014 das BHKW gegen ein BHKW mit einer installierten Leistung von 150 kW ausgetauscht, ergäbe sich nach der Rechtsansicht der Clearingstelle EEG für dieses BHKW zwingend eine Höchstbemessungsleistung von  $150\text{kW} \cdot 0,95 = 142,5\text{ kW}$ , da die Berechnungsmethodik der Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 auf den vorliegenden Fall wegen des Rumpfbetriebes 2013 nicht anwendbar ist.

Gemäß der Entscheidung der Clearingstelle EEG im Verfahren 2012/19 würde im vorliegenden Fall die „Anlage“ weiterhin am Standort der Altanlage verbleiben. Dementsprechend wäre auch für die beiden Alternativen der Berechnung der „Höchstbemessungsleistung“ weiterhin die Beschaffenheit der Anlage am alten Standort maßgeblich.

Der Umstand, dass nur vollständige Kalenderjahre bei der Berechnung der Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 heranzuziehen sind, lässt sich jedoch dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Es wird nur der Begriff „Kalenderjahr“ verwendet. An keiner Stelle wird im Gesetzeswortlaut von einem vollständigen Kalenderjahr gesprochen.

Außerdem ist die Berechnungsmethodik der zweiten Alternative der Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014 ausdrücklich nur dann anwendbar,

*„... wenn der so ermittelte Wert höher als die tatsächliche Höchstbemessungsleistung nach Satz 2 ist.“*

Dementsprechend erscheint dem BDEW für den hier dargestellten Fall nicht die Anwendung der „Höchstbemessungsleistung“ nach der zweiten Alternative in § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014 zwingend, sondern die Anwendung der ersten Alternative nach § 101 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014.

### **Beispiel 2:**

Gleiches würde auch gelten, wenn in einer im Laufe des Jahres 2013 in Betrieb genommenen Biogasanlage einer Kombination aus einem Fermenter und zwei BHKW verwendet wird, von denen eines der BHKW jedoch bis zum 31. Juli 2014 zerstört wird, das nicht später ersetzt wird. Ergibt sich für diese Gesamtanlage im Kalenderjahr 2013 eine Bemessungsleistung, die wegen Zerstörung des einen BHKW höher ist als die am 31. Juli 2014 vorhandene installierte Leistung der Anlage, erscheint ein Abstellen auf eine Gesetzesbegründung, die sich nicht im Gesetzeswortlaut wiederfindet, nicht gerechtfertigt.

### **Rdn. 15 ff.:**

Der BDEW teilt zwar die Rechtsansicht der Clearingstelle EEG, dass die Rechtsfolgen des Überschreitens der Höchstbemessungsleistung erst für ab dem 1. August 2014 eingespeisten Strom eintreten können. Allerdings ist dann wie für die Folgejahre auch für das Jahr 2014 darzustellen, wie sich die Förder- bzw. Zuschlagsansprüche im Zeitraum des 1. August bis zum 31. Dezember 2014 entwickeln, speziell unter Berücksichtigung von Leistungszonungen.

### **Rdn. 19 f.:**

Der BDEW regt an, in diesen wie in den folgenden Randnummern den Begriff „Bestandschutz“ gegen den Begriff „Vertrauensschutz“ auszutauschen. Der Begriff „Bestandsschutz“ beschreibt die Befugnis des Betreibers einer Anlage, seine Anlage so wie in der Vergangenheit zulässig weiter zu betreiben, und nicht zurückbauen zu müssen.

Demgegenüber ist die Anwendung der bisher gültigen Rechtslage hinsichtlich der Förderung einer Anlage eine Frage des Vertrauensschutzes. Dies betrifft hier die Anwendung der bisher gültigen Definition des Begriffes „Bemessungsleistung“.

### **Rdn. 26 ff.:**

Die hier dargestellte Rechtsansicht, dass die Wirkungen von § 101 Abs. 1 EEG 2014 dann eintreten, wenn die Strommenge im Laufe eines Kalenderjahres überschritten ist, die der für diese Anlage anzuwendenden Höchstbemessungsleistung gleichzusetzen ist, entspricht der

Rechtsansicht des BDEW und der mehrheitlichen Ansicht im BDEW-Gremium, das für Rechtsfragen zum EEG zuständig ist. Soweit erkennbar, entspricht diese Ansicht auch der bislang in der Rechtsliteratur vertretenen Meinung.<sup>1</sup>

Allerdings wäre hier auch die Frage zu behandeln, ob § 101 Abs. 1 EEG 2014 nur die eingespeisten oder auch – bei Teileinspeisung – die erzeugten Strommengen der Anlage in Betracht zieht. Der Gesetzeswortlaut lässt – mit Ausnahme der beiden nach Erzeugung bzw. Einspeisung differenzierenden Definitionen der „Bemessungsleistung“ – auf keine konkrete Rechtsansicht schließen. Der BGH hatte allerdings mit Urteil vom 4. März 2015<sup>2</sup> festgestellt, dass im Rahmen des EEG 2009 die Grundvergütung und die Zuschläge für den Einsatz von „Nachwachsenden Rohstoffen“ bzw. für KWK nur auf den tatsächlich eingespeisten Strom zu zahlen sind. Es wäre daher konsequent, als Strommenge, deren Vergütung latent einer Absenkung aufgrund von § 101 Abs. 1 EEG 2014 unterliegt, auch nur die eingespeiste Strommenge anzusehen.

#### **Rdn. 40:**

Im Zusammenhang mit der Darlegungs- und Beweispflicht der Anlagenbetreiber für den Zeitpunkt, an dem die Höchstbemessungsleistung überschritten wird, kann und sollte auch der allgemeine Grundsatz der Nachweispflicht der Anlagenbetreiber nach § 70 EEG 2014 genannt werden, wonach diese den Netzbetreibern die für den bundesweiten Ausgleich nach den §§ 56 bis 62 EEG 2014 jeweils erforderlichen Daten, insbesondere die in den §§ 71 bis 74 genannten Daten, unverzüglich zur Verfügung zu stellen haben.

#### **Rdn. 41 ff.:**

Der BDEW stimmt mit der Clearingstelle EEG auch darin überein, dass die Förderreduzierung nach § 101 Abs. 1 EEG 2014 nicht nur für Anlagen unter dem EEG 2012 und 2009 für Grundvergütung und Zuschläge/Boni gilt, sondern auch für Anlagen nach dem EEG 2004. Ausgenommen hiervon ist nur die Flexibilitätsprämie nach § 33i i.V. mit Anlage 5 EEG 2012 bzw. § 54 i.V. mit Anlage 3 EEG 2014, weil sich diese Ansprüche nicht aus § 27 EEG 2009 bzw. 2012 oder § 8 EEG 2004 ergeben haben oder ergeben, sondern aus den entsprechenden Sonderregelungen des EEG 2012 oder EEG 2014. Da § 101 Abs. 1 EEG 2014 nur auf § 27 EEG 2009 bzw. 2012 oder § 8 EEG 2004 verweist, werden die Ansprüche auf die Flexibilitätsprämie von dieser Vergütungsabsenkung nicht erfasst. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der in der Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 1 EEG-RegE 2014<sup>3</sup> dies entsprechend klargestellt hatte:

---

<sup>1</sup> Müller, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, EEG, 2014, Sonderband, § 101 Rdn. 11; BeckOK EEG/Gordalla, EEG 2014, § 101 Rdn. 17; wohl auch Salje, EEG, 7. Aufl., § 101, Rdn. 6.

<sup>2</sup> Az. VIII ZR 110/14, Link: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=ad4e0232c12ebe66cee471d7c751f40b&nr=70632&pos=6&anz=129>.

<sup>3</sup> BT-Drs. 18/1304, S. 180 f.

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

#### **Rdn. 70 ff.:**

Der BDEW teilt außerdem die Ansicht der Clearingstelle EEG, dass auch die Förderung bei der Überschreitung der in § 47 Abs. 1 EEG 2014 genannten Leistung von mehr als 100 Kilowatt linear, d.h. mit Beginn des Kalenderjahres und bis zum Zeitpunkt dieser Überschreitung, bestimmt werden muss. Der Wortlaut von § 47 Abs. 1 EEG 2014 ist hier zwar nicht eindeutig. Allerdings geht auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum EEG 2014, hier zum damaligen § 45 Abs. 1 des Entwurfs<sup>4</sup>, davon aus, dass die Reduzierung für die überschießenden Strommengen wirkt, und insbesondere diese Strommengen nicht paritätisch auf die Kalendermonate eines Kalenderjahres aufgeteilt werden:

*„Der neue Absatz 1 beschränkt den Anspruch auf finanzielle Förderung für neue Biomasseanlagen unter §§ 42 und 43 EEG 2014 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 8760 Stunden eines Jahres mit einer elektrischen Erzeugungsleistung von 500 kW erzeugt werden könnte. Werden darüber hinausgehende Strommengen erzeugt, so besteht für diese weiterhin ein Anspruch auf vorrangige physikalische Abnahme, vorrangigen Transport und vorrangige Verteilung 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.“*

Insoweit ergibt sich dieselbe Rechtslage wie nach § 101 Abs. 1 EEG 2014. Auch die Verwendung der Begriffe

*„Für den darüber hinausgehenden Anteil der in dem Kalenderjahr erzeugten Strommenge verringert sich der Anspruch auf finanzielle Förderung (...) auf den Monatsmarktwert.“*

---

<sup>4</sup> BT-Drs. 18/1304, S. 142 ff. zu § 45 EEG-RegE.

in § 47 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 entspricht der Diktion in § 101 Abs. 1 EEG 2014 und deutet auf dieselbe Rechtsfolge hin, nämlich eine lineare Reduzierung ab Erreichen des Schwellenwertes.

#### **Rdn. 77 ff.:**

Der BDEW teilt auch die unter Rdn. 77 ff. dargestellte Ansicht, dass der Flexibilitätszuschlag nach §§ 52 ff. i.V. mit Anlage 3 EEG 2014 keiner Förderabsenkung nach Maßgabe von § 47 Abs. 1 EEG 2014 unterliegt. Insoweit ist dann bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen der Flexibilitätszuschlag für die gesamte Strommenge der Anlage zu zahlen, ungeachtet einer möglichen (Teil-) Absenkung nach § 47 Abs. 1 EEG 2014. Auch der Wortlaut von § 53 EEG 2014 geht von einem generell zu zahlenden „Leistungspreis“ für die Anlage aus, der nicht auf eine bestimmte Strommenge aus der Anlage begrenzt ist. Die von der Clearingstelle EEG im Hinweisentwurf genannte Begründung aus dem Regierungsentwurf des EEG 2014<sup>5</sup> stellt dieses nochmals klar:

*„Der Flexibilitätszuschlag wird auf die gesamte installierte Leistung in Kilowatt elektrisch bezogen, dies schließt auch den Leistungsanteil unterhalb von 100 Kilowatt ein.“*

#### **C - Noch nicht vom Hinweisentwurf abgedeckte Fragestellungen:**

Der Hinweisentwurf behandelt nur die Vergütungen nach § 27 EEG 2012, allerdings nicht solche – qualifizierten – nach §§ 27a und 27b EEG 2012. Diese Fragestellung mag praktisch nicht so relevant sein, wie die Vergütungsbestimmungen nach den jeweiligen Grundregelungen in § 8 EEG 2004 bzw. § 27 EEG 2009/2012. Wenn diese Fragestellung deshalb nicht im Hinweis behandelt werden oder sie für ein Folgeverfahren vorgesehen sein sollte, sollte dies entsprechend im Hinweis zum Ausdruck gebracht werden, um Missverständnisse zu vermeiden.

Außerdem sollte bei Anwendbarkeit von gezonten Vergütungs- bzw. Fördersätzen im Hinweis klargestellt werden, wie die jeweilige Förderung oberhalb der Höchstbemessungsleistung bzw. der Leistung nach § 47 Abs. 1 EEG 2014 zu berechnen ist. Zumindest denkbar ist, dass Anlagenbetreiber dazu neigen, den geringer vergüteten Strom einer höheren Vergütungszone denjenigen Strommengen zuzuordnen, die linear jenseits der Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 EEG 2014 bzw. Leistung nach § 47 Abs. 1 EEG 2014 liegen, um die höchstmögliche Förderung zu erhalten. Gleiches gilt für Boni, die nach Leistungszonen differenzieren, z.B. der NawaRo-Bonus des EEG 2009.

Der BDEW geht davon aus, dass in beiden Fällen eine Förderbestimmung bei Überschreitung von Förderzonungen dem Grunde nach weiterhin nach Maßgabe der jeweils anwendbaren Definition der Bemessungsleistung zu erfolgen hat, d.h. dass die Förderung erst einmal ohne Ansehung der Höchstbemessungsleistung der Anlage und für die förderfähige Strommenge des betreffenden Jahres gezont werden muss. Setzt dann die Erreichung der Höchst-

---

<sup>5</sup> BT-Drs. 18/1304, S. 148 zu § 51.

bemessungsleistung innerhalb des betreffenden Kalenderjahres ein, bewirkt sie eine Förderabsenkung über sämtliche Förderzonen, die die Anlage dann gemäß ihrer am Jahresende zu bestimmenden Bemessungsleistung dieses Kalenderjahres durchläuft. Die Folge ist, dass grundsätzlich förderfähige Strommengen, die jenseits des Zeitpunkts der Erreichung der Höchstbemessungsleistung der Anlage eingespeist werden, nicht willkürlich den jeweils niedrigsten Förderzonen zugeordnet werden können. Die in § 101 Abs. 1 EEG 2014 vorgesehene Förderkürzung erfolgt dann harmonisiert über alle zu dem Zeitpunkt anzuwendenden Förderzonen und auch den dann anzuwendenden Zuschlägen bzw. Boni. Gleiches gilt im Falle des Erreichens von 50% des Wertes der installierten Leistung der Anlage nach § 47 Abs. 1 EEG 2014.

**Ansprechpartner:**

Christoph Weißenborn  
Geschäftsbereich  
Recht und Betriebswirtschaft  
Telefon: +49 30 300199-1514  
christoph.weissenborn@bdew.de