Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der obligatorischen Verpflichtungserklärung (noch) nicht die ihm durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gesetzten Grenzen seines Gestaltungsspielraums überschritten. Die Windenergieanlagen auf See weisen als potenziell umweltschädigender Teil der öffentlich geförderten Energieversorgung einen starken sozialen Bezug auf<sup>73</sup> und sind daher nur vermindert schutzwürdig.<sup>74</sup> § 66 Abs. 2 Satz 1 WindSeeG betrifft zudem nur zukünftig entstehendes<sup>75</sup> und damit von Beginn an beschränktes Eigentum, so dass keine Bestandsinteressen beeinträchtigt werden. Vielmehr können die späteren Eigentümer den möglichen Verlust nach nicht unbeachtlicher Nutzungsdauer schon vor Eigentumsentstehung einpreisen und werden im Fall einer Übertragungspflicht von potenziellen Beseitigungskosten im Rahmen des § 58 WindSeeG freigestellt.<sup>76</sup> Letztlich steht den Eigentumsbeschränkungen auch ein legitimer Allgemeinwohlbelang gegenüber. Denn der Gesetzgeber möchte die Möglichkeit offenhalten, bezuschlagte Flächen erneut auszuschreiben und gewährleistet damit auch zukünftig eine "wettbewerbsorientiere Form der Raumnutzung".77

Soweit sich bei Ausgestaltung der Nachnutzung gleichwohl unzumutbare Härten für die Eigentümer offenbaren, müsste der Gesetzgeber diese durch eine Ausgleichsregelung abfedern.<sup>78</sup>

#### 2. Negativgebote

Weiterhin hat der Gesetzgeber neuen verfassungsrechtlichen Bedenken<sup>79</sup> entgegengewirkt, indem er noch während des Gesetzgebungsverfahrens von nach § 23 WindSeeG-E<sup>80</sup> zulässigen sog. "Negativgeboten" abgesehen hat<sup>81</sup> und nunmehr im Ausschreibungsverfahren nach § 23 Abs. 1 Satz 2 WindSeeG bei mehreren 0-Cent-Geboten das Los entscheiden lässt. Da der

Gesetzgeber das Losverfahren zugleich evaluieren wird (§ 23 a WindSeeG), erfolgt dessen Einsatz auch nicht willkürlich.<sup>82</sup>

#### VI. Schlussbetrachtung

Mit dem neu eingefügten § 10 a WindSeeG konnte der Gesetzgeber insoweit die Verfassungsmäßigkeit des WindSeeG herstellen und den im Jahr 2016 begonnen Reformierungsprozess abschließen. Dass die Regulierung der Energiewirtschaft gleichwohl regelmäßigen Reformbedarf beinhaltet, verdeutlichen nur die weiteren am 3.12.2020 eingeführten Änderungen des WindSeeG. Soweit der Gesetzgeber diesem Reformbedarf erneut mit rückwirkenden Novellierungen begegnen möchte, muss er zukünftig – trotz seines weiten Gestaltungsspielraums – das schutzwürdige Vertrauen von Investoren noch stärker berücksichtigen.

- 73 Lennartz, RdE 2018, 297 [301].
- 74 BVerfG (o. Fußn. 4), BVerfGE 143, 246 [325].
- 75 Anders Lutz-Bachmann, in: Spieth/Lutz-Bachmann (o. Fußn. 16), § 66 WindSeeG, Rdnr. 14, der hierfür aber die Eigentumsfähigkeit von behördlichen Zulassungen unterstellt.
- 76 BT-Drs. 18/8860, S. 324.
- 77 Lennartz, RdE 2018, 297 [301].
- 78 Vgl. Lennartz, RdE 2018, 297 [301].
- 79 Spieth/Lutz-Bachmann, EnWZ 2020, 243.
- 80 Vgl. BT-Drs. 19/20429, S. 19.
- 81 Kirch/Huth, jurisPR-UmwR 3/2021, Anm. 1.
- 82 Vgl. Böhme/Bukowski, EnWZ 2019, 243 [245].

Rechtsanwalt Dr. Helmut Loibl, Regensburg\*

# Die Förderung von Biomethananlagen nach dem EEG 2021

# I. Einleitung

Das seit dem 1.1.2021 geltende EEG 2021 hat gegenüber den bisherigen gesetzlichen Regelungen insbesondere für Biomethananlagen teilweise erhebliche Änderungen und Neuerungen mit sich gebracht. So wurde beispielsweise in einem eigenen Unterabschnitt eine spezielle Ausschreibung für Biomethananlagen eingeführt, die allerdings grundsätzlich nur in der Südregion gelten soll. Aber auch für andere Biomethananlagen, die an der "normalen" Biomasseausschreibung teilnehmen, gibt es gegenüber den gesetzlichen Anforderungen für bereits

bestehende Biomethananlagen grundlegende Änderungen, die nachfolgend näher beleuchtet werden sollen. Unberührt lässt das EEG 2021 hingegen solche Biomethananlagen, die vor 1.1.2021 bereits in Betrieb waren: Nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021 gilt für diese Bestandsanlagen die bisherige gesetz-

Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Paluka Sobola Loibl &
Partner in Regensburg und leitet dort die Abteilung für Erneuerbare Energien.

liche Regelung des EEG 2017 bzw. von deren Vorläuferregelungen fort, so dass auf diese im vorliegenden Aufsatz nicht weiter eingegangen werden soll.<sup>1</sup>

# II. Generelle Anforderungen an Biomethananlagen nach dem EEG 2021

#### 1. Vergütungstatbestand

Eine Biomethananlage nach dem EEG 2021 kann nur dann eine EEG-Vergütung erlangen, soweit ein entsprechender Vergütungstatbestand erfüllt ist.

In Betracht kommt hier für kleine Anlagen mit einer installierten Leistung bis einschließlich 150 kW die "klassische" EEG-Festpreisvergütung nach § 42 EEG 2021: Solche Anlagen können ohne Teilnahme an einer Ausschreibung (vgl. § 22 Abs. 4 EEG 2021) 12,8 Cent/kWh im Falle einer Inbetriebnahme bis zum 30.6.2022 geltend machen.² Hiervon sind nach § 53 Abs. 1 EEG 2021 0,2 Cent/kWh abzuziehen, es sei denn, die Anlage befindet sich in der Direktvermarktung im Marktprämienmodell. Da sich bei diesen Kleinanlagen der anzulegende Wert gesetzlich bestimmt, beträgt die Mindestvergütungsdauer 20 Jahre zuzüglich dem Inbetriebnahmejahr, § 25 Abs. 1 EEG 2021.

Biomethananlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 150 kW müssen hingegen zwingend erfolgreich an einem Ausschreibungsverfahren teilnehmen, um für exakt zwanzig Jahre (ohne Inbetriebnahmejahr, vgl. § 25 Abs. 1 EEG 2021) ab Inbetriebnahme einen Vergütungsanspruch zu erhalten: In Betracht kommen hierbei entweder die Teilnahme an der "normalen" Biomasseausschreibung der §§ 39 ff. EEG 2021 oder auch die Teilnahme an der gesonderten "Ausschreibung für Biomethananlagen" nach den neu eingeführten §§ 39 jf. EEG 2021.

Die in der Praxis teilweise diskutierte Frage, ob die nun neu eingeführte Ausschreibung für Biomethananlagen dazu führt, dass Biomethananlagen nur und ausschließlich noch an dieser gesonderten Ausschreibung teilnehmen dürften und eventuell an der "normalen" Biomasseausschreibung auszuschließen wären, findet weder eine Stütze im Gesetzeswortlaut noch in den Gesetzesmaterialien. Der Gesetzgeber wollte offensichtlich mit der "Ausschreibung für Biomethananlagen" eine Art Sonderausschreibung für hochflexible Biomethan-BHKW einführen, die er zudem grundsätzlich ausdrücklich auf die Südregion beschränken wollte.3 Den gesamten Gesetzesmaterialien lässt sich kein Hinweis darauf entnehmen, dass Biomethananlagen künftig nicht mehr an der "normalen" Biomasseausschreibung teilnehmen dürften. Dies wäre auch völlig abwegig. So war es doch bereits im EEG 2017 völlig unstrittig, dass bei der Biomasseausschreibung sämtliche Biomasseanlagen teilnehmen können, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Anlagen zur Verbrennung von Holz, um Biogasanlagen oder Biomethananlagen handelt. Hätte der Gesetzgeber nun Biomethananlagen nur und ausschließlich auf die neu eingeführte

Sonderausschreibung verweisen wollen, hätte er dies ausdrücklich im Gesetz verankern müssen, was augenscheinlich jedoch nicht erfolgt ist.

Demzufolge hat jeder Betreiber einer potenziellen Biomethananlage mit einer installierten Leistung von mehr als 150 kW die Wahl: Entweder er nimmt an der normalen Biomasseausschreibung teil oder aber an der gesonderten Ausschreibung für Biomethananlagen.<sup>4</sup> Unabhängig davon, für welche Ausschreibung er sich entscheidet: Seinen zwanzigjährigen Vergütungsanspruch erhält er nur, wenn er im Rahmen einer dieser Ausschreibungen auch tatsächlich einen Zuschlag erhält. In diesem Fall hat er die Möglichkeit, binnen 36 Monaten nach öffentlicher Bekanntgabe des Zuschlags die Anlage in Betrieb zu nehmen (§ 39 e Abs. 1 EEG 2021); zu empfehlen ist eine Inbetriebnahme jedoch bereits innerhalb von 24 Kalendermonaten, da bei einer Inbetriebnahme zwischen dem 24. und 36. Kalendermonat bereits eine Pönale droht (vgl. § 55 Abs. 4 EEG 2021).

#### 2. Biomethaneinsatz

Biomethananlagen verstromen faktisch im Regelfall Erdgas aus dem Erdgasnetz. Nach § 44 b Abs. 4 EEG 2021 ist dieses aus dem Erdgasnetz entnommene Gas jedoch als Biomethan anzusehen, soweit die Menge des entnommenen Gases im Wärmeäquivalent am Ende eines Kalenderjahres der Menge von Biomethan entspricht, das an anderer Stelle in das deutsche Erdgasnetz eingespeist worden ist. Der entsprechende Nachweis ist über ein Massenbilanzsystem zu erbringen. Unter Biomethan ist hierbei nach § 3 Nr. 13 EEG 2021 jedes Biogas zu verstehen, das aufbereitet und in das Erdgasnetz eingespeist worden ist. Biogas wiederum ist nach § 3 Nr. 11 EEG 2021 jedes Gas, das durch anaerobe Vergärung von Biomasse gewonnen wird.

Der Begriff der Biomasse wird im EEG selbst nicht legal definiert, allerdings ergibt sich aus verschiedenen Bestimmungen des Gesetzes, dass ein Vergütungsanspruch für Strom aus Biomasse

- Die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein oder mehrere Biomethan-BHKW eine oder mehrere Anlagen im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2021 darstellen, werden im vorliegenden Aufsatz nicht beleuchtet. Insoweit hat das EEG 2021 den bereits bisher geltenden Anlagenbegriff nicht geändert; hierzu kann auf das Hinweisverfahren der Clearingstelle EEG | KWKG 2020-73/IV verwiesen werden, das derzeit noch nicht abgeschlossen ist.
- 2 Dieser Wert senkt sich nach § 44a EEG 2021 ab jedem 1. 7. um 0,5 % ab, erstmals zum 1.7. 2022.
- 3 Vgl. BT-Drs. 19/23482, S. 116.
- 4 Letztlich bestätigt das der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung, indem er darauf verweist, dass keine bestehenden Anlagen an der Ausschreibung für Biomethan teilnehmen können und insoweit ganz generell auf die Biomasseausschreibung verweist, vgl. BT-Drs. 19/23482, S. 116.

nur dann besteht, wenn es sich um Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung handelt (vgl. § 22 Abs. 4 Satz 1, § 39 e Abs. 1 und 3, § 42 EEG 2021). Im Übrigen ist an die Gasqualität keine weitere Anforderung zu stellen. Insbesondere spielt es für neue Biomethananlagen nach dem EEG 2021 grundsätzlich keinerlei Rolle, ob die eingesetzte Biomasse aus Abfallstoffen, Gülle oder nachwachsenden Rohstoffen besteht. Einzig der Maisdeckel spielt für Biomethananlagen, die an einer Ausschreibung teilnehmen, eine Rolle.

# 3. Weitere rechtliche Vorgaben

Der EEG-Vergütungsanspruch für Strom aus Biomethananlagen hängt an einer Vielzahl weiterer Voraussetzungen:

So erklärt § 9 Abs. 5 EEG 2021, dass bei der Rohbiogaserzeugung bei Anlagen, die nach 31.12.2016 in Betrieb genommen worden sind und Gärrestlagern, die nach 31.12.2011 errichtet worden sind, die hydraulische Verweilzeit im gesamten gasdichten und an eine Gasverwertung angeschlossenen System der Biogasanlage mindestens 150 Tage betragen muss und zusätzliche Gasverbrauchseinrichtungen zur Vermeidung einer Freisetzung von Biogas verwendet werden. Ausnahme sind insoweit nur vorgesehen für Anlagen, die ausschließlich Gülle einsetzen oder mindestens 90 Masseprozent aus den Abfallschlüsselnummern 20 02 01, 20 03 01 und 20 03 02 der Bioabfallverordnung einsetzen, vgl. § 9 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 EEG 2021. Im Übrigen müssen alle Anlagen – also auch abfallentsorgende Anlagen – diese Vorgaben nachweislich einhalten. Anderenfalls verringert sich der anzulegende Wert auf den Marktwert, vgl. § 52 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2021.

Sofern Zündstrahlaggregate eingesetzt werden, ist nach § 44c Abs. 1 Nr. 2 EEG 2021 zu beachten, dass ein flüssiger Zündstrahl im notwendigen Umfang zwar zulässig ist, insoweit allerdings nur Pflanzenölmethylester eingesetzt werden darf.

Weiterhin erhält eine Biomethananlage, die in einem Ausschreibungsverfahren einen Zuschlag erhalten hat, nur dann eine EEG-Vergütung, wenn sie sich in der Direktvermarktung letztlich im Marktprämienmodell befindet. In diesem Fall müssen die Anlagenbetreiber – um den Marktprämienanspruch gegen den Netzbetreiber geltend machen zu können – sämtliche Vorgaben der Direktvermarktung erfüllen, insbesondere diejenigen des neuen § 10b EEG 2021 hinsichtlich der jederzeitigen Fernsteuerbarkeit für den Direktvermarkter.

Sofern die installierte Leistung über 25 kW liegt, müssen zudem die technischen Vorgaben hinsichtlich der Fernsteuerbarkeit für den Netzbetreiber nach § 9 Abs. 1 ff. EEG 2021 eingehalten werden. Insbesondere müssen – sobald diese Systeme vorliegen – intelligente, stufenlos regelbare Fernsteuermöglichkeiten eingebaut werden.<sup>5</sup>

Schließlich muss die Anlage binnen eines Monats nach Inbetriebnahme ins Marktstammdatenregister gemeldet sein,

anderenfalls reduziert sich die komplette EEG-Vergütung auf null bzw. 80%, vgl. § 52 Abs. 1 und 3 EEG 2021.

#### III. Biomethananlagen in der Festpreisvergütung

Ob Biomethananlagen unter 150 kW installierter Leistung überhaupt in wirtschaftlicher Weise betrieben werden, dürfte fraglich sein: Eine solche Anlage kann maximal 12,8 Cent/kWh geltend machen, hinzu kommt eventuell noch der Flexibilitätszuschlag, sofern die Anlage über 100 kW installierte Leistung hat. Hierfür ist allerdings erforderlich, dass an mindestens 4.000 Viertelstunden im Jahr mindestens 85% der gesamten installierten Leistung auch erzeugt wird. In diesem Fall erhält die Anlage weitere 65,- EUR pro kW installierter Leistung und Kalenderjahr, vgl. §§ 50 Abs. 3, 51a EEG 2021. Im Gegenzug dürfen Anlagen über 100 kW letztlich maximal 45% der gesamten installierten Leistung im Jahr erzeugen, § 44b Abs. 1 EEG 2021. Eine Anlage mit 150 kW installierter Leistung kann damit letztlich nur für 67,5 kW Bemessungsleistung eine Vergütung in Höhe von maximal 12,8 Cent/kWh zzgl. einem Flexibilitätszuschlag in Höhe von 9.750,- EUR pro Jahr erhalten. Durchschnittlich sind dies ca. 14,45 Cent/kWh. Eine Biomethananlage mit 100 kW oder weniger installierter Leistung hätte demgegenüber den Vorteil, die Regelung des § 44b Abs. 1 EEG 2021 nicht einhalten zu müssen, sie könnte also ihre volle installierte Leistung auch nutzen. Damit kann sie aber auch keinen Flexibilitätszuschlag erhalten, so dass ihre denkbar höchste Vergütung bei 12,8 Cent/kWh liegt.

Auch wenn für diese Anlagen bzw. das eingesetzte Gas der Maisdeckel nicht eingehalten werden muss,<sup>6</sup> dürfte diese Vergütung kaum die aktuellen Einkaufspreise für Biomethan abdecken können.<sup>7</sup> In Kombination mit einem guten Wärmeverkaufspreis kann im Einzelfall aber auch eine solche Anlage wirtschaftlich interessant sein. Zu beachten ist, dass der Vergütungsanspruch nur besteht, wenn die eingesetzte KWK-Anlage hocheffizient ist, § 44b Abs. 2 EEG 2021.<sup>8</sup>

## IV. Biomethananlagen in der Biomasseausschreibung

Wie bereits einleitend ausgeführt, kann eine Biomethananlage ohne Weiteres an der ganz "normalen" Biomasseausschreibung

- 5 Sofern eine entsprechende Verordnung erlassen wird (vgl. § 9 Abs. 1 a EEG 2021), trifft diese Pflicht mitunter schon Anlagen ab 7 kW installierter Leistung.
- 6 Diese Regelung findet sich nur in den § 39i Abs. 1 und § 39j EEG 2021 und gilt damit für Ausschreibungsanlagen.
- 7 Die Gesetzesbegründung spricht beim Höchstgebot für die Biomethanausschreibung mit 19 Cent/kWh davon, dass sich dieser Wert an den Kosten der Gaserzeugung und -aufbereitung sowie des Gastransports und der Verstromung orientiert, vgl. BT-Drs. 19/23482, S. 116.
- 8 Dafür ist die frühere Vorgabe, dass ein EEG-Vergütungsanspruch nur besteht, soweit die Anlage in Kraft-Wärme-Kopplung betrieben wird, entfallen.

teilnehmen, sofern die installierte Leistung über 150 kW liegt. Nach den §§ 39 ff. EEG 2021 können Gebote für Biomasseanlagen abgegeben werden, ohne dass bei der Ausschreibung konkret festgelegt wird, welche Einsatzstoffe letztendlich verwendet werden sollen. Insoweit kommt im Biogasbereich im Falle eines Zuschlags sowohl die Verstromung von Rohbiogas als auch von Biomethan in Betracht.

Nach den Vorgaben des EEG 2021 scheint es nun sogar möglich, letztlich eine Mischung aus beidem zu verstromen. Noch während des EEG 2017 war dies hinsichtlich der Vergütungsvoraussetzungen ggf. als kritisch anzusehen, da unterschiedliche Vergütungsvoraussetzungen bestanden: Das EEG 2017 legte - wie auch die Vorläuferregelungen der EEG 2014, 2012 und 2009 - fest, dass ein Vergütungsanspruch für Biomethananlagen nur besteht, soweit der Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt wird, vgl. § 44b Abs. 2 EEG 2017. Letztlich mussten damit Biomethananlagen wärmegeführt betrieben werden. Diese Vorgabe ist nun für neue Biomethananlagen nach dem EEG 2021 ersatzlos gestrichen. § 44b Abs. 2 EEG 2021 stellt nun lediglich darauf ab, dass Anlagen, in denen Biomethan eingesetzt wird, hocheffiziente KWK-Anlagen sein müssen. Insoweit besteht allerdings letztlich kein Unterschied mehr zu "normalen" Rohbiogasanlagen, da der neue § 39 Abs. 3 Nr. 3 bzw. Nr. 5 EEG 2021 auch für Rohbiogasanlagen fordert, dass es sich um eine hocheffiziente KWK-Anlage handeln muss. Da demzufolge das EEG 2021 für neue Biomethananlagen eine Gleichschaltung der Vergütungsvoraussetzungen für Rohbiogas und Biomethan vorgenommen hat, spricht für solche Anlagen auch nichts mehr gegen eine Vermischung von Rohbiogas und Biomethan. Allerdings muss letztlich der Nachweis geführt werden, dass es sich um eine hocheffiziente KWK-Anlage handelt, sofern die Verstromung in einer KWK-Anlage erfolgen soll.

Im Übrigen gelten für Biomethananlagen in der Biomasseausschreibung sämtliche sonstigen Vorgaben, die auch für Biogasanlagen gelten. So beträgt im Kalenderjahr 2021 das Höchstgebot 16,40 Cent/kWh (§ 39b Abs. 1 EEG 2021), dieses verringert sich ab jedem 1.1. um 1% gegenüber dem Vorjahr (vgl. § 39 b Abs. 2 EEG 2021). Weiterhin darf die Anlage zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch nicht in Betrieb genommen sein. Das bedeutet nicht zwangsweise, dass es sich um fabrikneue Verstromungseinheiten handeln muss. § 3 Nr. 30 EEG 2021 definiert die Inbetriebnahme als die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft "ausschließlich mit Erneuerbaren Energien oder Grubengas". Eine Anlage, die bislang also lediglich mit fossiler Energie betrieben wurde, gilt als noch nicht in Betrieb genommen im Sinne des EEG und kann daher durchaus an einer Biomasseausschreibung teilnehmen.

Auch für Biomethananlagen gilt letztlich die Regelung des § 39 i Abs. 1 EEG 2021, so dass ein Vergütungsanspruch nur besteht, wenn der zur Erzeugung des Biogases eingesetzte Anteil von Getreidekorn oder Mais in jedem Kalenderjahr insgesamt höchstens 40 Masseprozent beträgt. Der entsprechende

Nachweis hierüber ist durch Vorlage einer Kopie eines Einsatzstofftagebuches bis spätestens 28.2. des Folgejahres beim Netzbetreiber zu erbringen (vgl. § 39i Abs. 4 EEG 2021).

Zudem ist das grundsätzliche Verbot der Eigenstromnutzung bei Ausschreibungsanlagen zu beachten. Wird dieses nicht eingehalten, verringert sich der anzulegende Wert auf null, vgl. § 52 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2021. Dieses grundsätzliche Verbot ergibt sich aus § 27a EEG 2021, dieser erlaubt eine Eigenstromnutzung für Ausschreibungsanlagen nur mit engen Ausnahmefällen, beispielsweise in der Anlage selbst oder in Neben- und Hilfsanlagen zur Anlage. Hier ist in der Praxis größte Vorsicht geboten: Auch nur eine einzige Kilowattstunde, die hier falsch genutzt wird, führt zum Komplettentfall des Vergütungsanspruchs für ein ganzes Kalenderjahr. Vor allem im Hinblick darauf, dass häufig unklar ist, welche Komponente noch zur Anlage gehört und welche nicht, ist hier in der Praxis größte Vorsicht geboten.<sup>9</sup>

Schließlich ist die neue Höchstbemessungsleistung zu beachten, die bei Biogasanlagen der um 55% verringerte Wert der bezuschlagten Gebotsmenge ist, § 39 i Abs. 2 Nr. 1 EEG 2021. Letztlich kann also eine Biomethananlage in der Biomasseausschreibung nur für 45% der bezuschlagten installierten Leistung einen EEG-Vergütungsanspruch geltend machen. Hierbei ist zu beachten, dass die 45% auf die erzeugte Strommenge abstellt, nicht auf die eingespeiste Strommenge, so dass eine eventuelle Eigenversorgung innerhalb der Anlage sich insoweit vergütungsschädlich auswirkt.

Zu beachten ist, dass im Falle eines Zuschlages in den Kalenderjahren 2021 bis 2025 auch die Biomethananlage in der Biomasseausschreibung dann, wenn die installierte Leistung maximal 500 kW beträgt, zuzüglich zum Gebotswert 0,5 Cent/kWh erhält, vgl. § 39 i Abs. 5 EEG 2021. Diese Regelung gilt jedoch nur in der Biomasseausschreibung, also nicht in der gesonderten Biomethanausschreibung.

Im Falle eines Zuschlags kann die Biomethananlage in der Biomasseausschreibung für exakt zwanzig Jahre einen EEG-Vergütungsanspruch geltend machen, § 25 Abs. 1 Satz 1 EEG 2021.

Sofern die Anlage die neu eingeführten Vorgaben des § 50a EEG 2021 einhält, kann der Anlagenbetreiber gegen den Netzbetreiber den Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag geltend machen: Dieser beträgt für die vollen zwanzig Jahre der Erstvergütungsdauer jeweils 65,- EUR pro Kilowatt installierter Leistung und Jahr. Allerdings setzt dieser Anspruch voraus, dass im betreffenden Kalenderjahr die Anlage in mindestens

<sup>9</sup> Zur Frage, welche Komponenten in Hinblick auf § 27 a EEG 2021 zur Anlage bzw. deren Neben- oder Hilfsanlagen gehören, ist derzeit ein Verfahren vor der Clearingstelle EEG | KWKG anhängig.

4.000 Viertelstunden eine Strommenge erzeugt haben muss, die mindestens 85% der installierten Leistung der Anlage entspricht (vgl. § 50 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2021). Der Gesetzeswortlaut setzt insoweit ausdrücklich auf die erzeugte und nicht auf die eingespeiste Strommenge ab. Sofern also ein – unter Berücksichtigung des § 27 a EEG zulässiger – Eigenverbrauch an Strom vorliegt, zählt dieser zur Ermittlung der 85% dazu. Insoweit wird es jedoch nötig sein, dass der Eigenverbrauch auch in viertelstündlicher Auflösung gemessen wird, damit eine entsprechende Zuordnung bzw. ein entsprechender Nachweis geführt werden kann.

Eine Biomethananlage, die im Jahr 2021 erfolgreich mit dem zulässigen Maximalgebot von 16,40 Cent/kWh mit einer installierten Leistung von 500 kW teilgenommen hat, kann also maximal für 225 kW (45 % der 500 kW) den um 0,5 Cent/kWh erhöhten Zuschlagswert erhalten. Hinzu kommt – bei Einhaltung der entsprechenden Vorgaben des § 50 Abs. 3 EEG 2021 – der Flexibilitätszuschlag in Höhe von 32.500,- EUR (65,- EUR x 500 kW), so dass diese Anlage maximal eine Durchschnittsvergütung in Höhe von 18,55 Cent/kWh erhalten kann.

# V. Biomethananlagen in der Biomethanausschreibung

Mit den §§ 39j ff. hat das EEG 2021 eine komplett neue Ausschreibung für hochflexible Biomethananlage in der Südregion eingeführt. Diese sollen auch für volle zwanzig Kalenderjahre eine Ausschreibungsvergütung einschließlich einem möglichen Flexibilitätszuschlages erhalten, allerdings grundsätzlich nur dann, wenn die Biomethan-BHKW sich in der neu eingeführten Südregion befinden und sie hochflexibel arbeiten, also maximal 15% ihrer installierten Leistung im Kalenderjahr tatsächlich abfahren. Offensichtlich sollen diese BHKW kurzfristig Netzschwankungen ausgleichen können, letztlich also der Stabilität des Stromnetzes dienen, wofür das EEG 2021 auf eine Vielzahl von ansonsten für Biogas- bzw. Biomethananlagen geltenden Voraussetzungen verzichtet.

Die Biomethanausschreibungen sollen jeweils zum 1.12. jedes Kalenderjahres stattfinden. Das Ausschreibungsvolumen beträgt 150 MW.

Hierbei soll es eine Grundvoraussetzung sein, dass der Standort der Biomethan-BHKW sich in der Südregion befindet. Ob sich ein Standort in der Südregion befindet, ergibt sich aus der neu eingeführten Anlage 5 zum EEG 2021. Nicht entscheidend ist hingegen, wo das Biomethan eingespeist wird, die entsprechende Rohgaserzeugungs- und Aufbereitungsanlage kann also durchaus auch im Norden Deutschlands stehen. Allerdings schreibt das Gesetz in § 39k Satz 2 ausdrücklich fest, dass die Beschränkung auf die Südregion bei der ersten Biomethanausschreibung im Jahr 2021 noch nicht anzuwenden ist. Damit können am 1.12.2021 auch Biomethan-BHKW aus ganz Deutschland an der Ausschreibung teilnehmen und für volle zwanzig Jahre einen entsprechenden Vergütungsanspruch erhalten.

Das zulässige Höchstgebot bei dieser Ausschreibung beträgt im Kalenderjahr 2021 19 Cent/kWh, auch hier verringert sich dieser Höchstwert zu jedem 1.1. um 1% gegenüber dem Vorjahreswert.

Ein Vergütungsanspruch besteht im Falle eines Zuschlages allerdings nur, wenn "ausschließlich" Biomethan eingesetzt wird, vgl. § 39 m Abs. 1 EEG 2021. Anders als bei den vorgenannten Biomethananlagen in der Biomasseausschreibung ist hier also eine Zumischung von Rohbiogas unzulässig.

Aus § 39 m Abs. 2 EEG 2021 ergibt sich, dass eine Biomethananlage in der Biomethanausschreibung nur für die erzeugte Strommenge einen Vergütungsanspruch innehat, der einer Bemessungsleistung der Anlage von 15% des Wertes der installierten Leistung entspricht.<sup>11</sup> Für den darüber hinausgehenden Anteil der im Kalenderjahr erzeugten Strommenge verringert sich der anzulegende Wert auf null.

Ein weiterer Unterschied zur normalen Biomasseausschreibung ist, dass für die Biomethanausschreibung kein Nachweis zu führen ist, ob es sich um eine hocheffiziente Anlage handelt oder nicht. Letztlich kann also auch eine nicht hocheffiziente Anlage erfolgreich an einer entsprechenden Ausschreibung teilnehmen. Auch ist eine zwingende Wärmenutzung, sowie dies früher bei Biomethan-BHKW üblich war, bei der Biomethanausschreibung ausweislich der ausdrücklichen Gesetzesbegründung nicht erforderlich.<sup>12</sup>

Biomethananlagen in der Biomethanausschreibung können neben ihrem Zuschlagswert auch für volle zwanzig Kalenderjahre den Flexibilitätszuschlag nach § 50 a EEG 2021 in Höhe von 65,- EUR pro Kilowatt und Kalenderjahr geltend machen. Dies gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass nach § 50 Abs. 3 EEG 2021 die Anlage in mindestens 2.000 Viertelstunden eine Strommenge erzeugt, die mindestens 85 % der installierten Leistung der Anlage entspricht.

Zu beachten ist, dass auch bei kleinen Biomethananlagen bis einschließlich 500 kW – anders als bei der Biomasseausschreibung – kein zusätzlicher Bonus in Höhe von 0,5 Cent/kWh anfällt; die entsprechende Regelung ist für die Biomethanausschreibung ausdrücklich ausgenommen.<sup>13</sup>

Für die Praxis der Biomethanausschreibung wird es von zentraler Bedeutung sein, dass nicht zwingend fabrikneue BHKW eingesetzt werden müssen, entscheidend ist – vergleiche hierzu die obigen Ausführungen – dass das betreffende BHKW noch nie mit erneuerbaren Energien betrieben worden ist.

<sup>10</sup> So ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/23482, S. 116.

<sup>11</sup> Dies entspricht etwa 1.300 Volllaststunden, vgl. BT/Drs. 19/23482, S. 116.

<sup>12</sup> BT-Drs. 19/23482, S. 116.

<sup>13</sup> BT-Drs. 19/25326, S. 20.

So kann also beispielsweise auch ein BHKW, das bislang mit Erdgas betrieben worden ist, an der Biomethanausschreibung teilnehmen.

Die übrigen Einschränkungen des Vergütungsanspruchs, etwa der Fall, dass der 40%-ige Maisdeckel nicht eingehalten oder in unzulässiger Weise Eigenstrom außerhalb der Anlage genutzt wird, gelten auch für die Biomethananlage. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur Biomasseausschreibung verwiesen werden.

Eine Biomethananlage mit einer Leistung von 500 kW, die erfolgreich an der Biomasseausschreibung am 1.12.2021 mit dem Höchstgebot von 19 Cent/kWh teilnimmt, kann maximal für 75 kW Bemessungsleistung (15 % der 500 kW) die EEG-Vergütung beanspruchen. Bei Einhaltung der Flexibilitätsvorgaben kann zudem der Flexibilitätszuschlag in Höhe von 32.500,- EUR geltend gemacht werden. Durchschnittlich kann eine solche Anlage also 23,95 Cent/kWh erhalten. Eine Wärmenutzungspflicht gibt es hier nicht. Allerdings dürften sich solche Projekte wirtschaftlich deutlich besser darstellen, wenn die ohnehin anfallende Wärme zu einem marktüblichen Preis verkauft wird.

#### VI. Sonderfragen zur Biomethannutzung

## 1. Bilanzielle Teilbarkeit

Aktuell planen zahlreiche Biomethanerzeuger, ihr Gas künftig nicht mehr nur über das EEG, sondern insbesondere über den Kraftstoffmarkt zu verkaufen. Unter dem Stichwort "RED II" und deren Umsetzung in der Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung bzw. Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung dürfte es insbesondere für den Einsatzstoff Gülle interessant sein, den Kraftstoffmarkt als Vermarktungsweg zu suchen. In der Praxis stellt sich hier immer wieder dieselbe Frage: Kann die EEG-Anlage bilanziell auf die "Gülle-Qualität" verzichten und diese Eigenschaft letztlich einem anderen Vermarktungsweg eröffnen? Erst das EEG 2014 hat - mit Rückwirkung ausdrücklich nur für das EEG 2012, vgl. § 100 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014 - erstmals eine bilanzielle Teilbarkeit in § 47 Abs. 7 EEG 2014 eingeführt und erklärt, dass die eingesetzten Einsatzstoffe bilanziell in einsatzstoffbezogene Teilmengen aufgeteilt werden dürfen. Das EEG 2017 hat diese Regelung fortgeführt, auch im EEG 2021 findet sich in § 44b Abs. 5 eine entsprechende Möglichkeit. Damit kann eine EEG-2021-Biomethananlage ohne weiteres bilanziell den Gülleanteil des eingesetzten Biomethans einer anderen Nutzung zuordnen lassen, ohne Vergütungsnachteile zu erleiden. Vorsicht ist insoweit lediglich bei Anlagen nach dem EEG 2009, EEG 2004 oder EEG 2000 geboten, weil das Gesetz - wie ausgeführt - seinerzeit noch keine bilanzielle Teilbarkeit in einsatzstoffbezogene Teilmengen vorsah. Zu beachten ist jedoch, dass eine bilanzielle Teilbarkeit seit dem EEG 2012 gleichwohl nur für Biomethan<sup>14</sup> vorgesehen ist, also nach der Einspeisung in das öffentliche Gasnetz und vor seiner Entnahme aus dem Erdgasnetz, vgl. § 44 b Abs. 5 EEG 2021.

# 2. Dauerhafter Standortbezug

Bei Biomethan-BHKW stellt sich - wie auch ansonsten im Biogas/Biomassebereich - regelmäßig die Frage, ob die Anlage während ihrer gesamten Mindestvergütungszeit zwingend am gleichen Ort stehen muss. Gerade früher, als ein wärmegeführter Anlagenbetrieb zwingend nötig war, aber auch künftig, wenn die Wirtschaftlichkeit nicht unerheblich an einem zu erzielenden Wärmepreis hängt, und die ursprünglich vorgesehene Wärmesenke im Laufe der Jahre entfällt, drängt es sich auf, ein Biomethan-BHKW in eine andere Wärmesenke zu setzen. Dem Sinn und Zweck des Gesetzes dürfte das in keiner Weise widersprechen, da im Falle einer Versetzung es in jedem Fall sowohl bei der bisherigen Mindestvergütungsdauer als auch der bisherigen Vergütungshöhe verbleiben muss. Insbesondere hat die Versetzung keine Auswirkungen auf die Höhe der EEG-Umlage, da es letztlich völlig belanglos ist, an welchem Ort eine Anlage dieselbe Vergütung erhält.

Vor diesem Hintergrund spricht also nichts gegen die Versetzung eines Biomethan-BHKW, das sich in der EEG-Festpreisvergütung befindet. Bei Ausschreibungsanlagen ist das kritisch zu hinterfragen, weil sich hier die Zuschläge direkt auf die erteilte Genehmigung für die Anlage beziehen, § 39 f EEG 2021. Dort heißt es, dass Zuschläge den Biomasseanlagen, auf die sich die in dem Gebot angegebene Genehmigung bezieht, verbindlich und dauerhaft zugeordnet sind und diese nicht auf andere Anlagen oder andere Genehmigungen übertragen werden dürfen. Da ein neuer Standort regelmäßig eine andere Genehmigung erfordert, spricht dies gegen die Möglichkeit, eine Ausschreibungsanlage versetzen zu können. Allerdings war und ist der Sinn und Zweck dieser Regelung ein ganz anderer. Der Gesetzgeber wollte damit sicherstellen, dass eine Anlage, für die ein Gebot abgegeben wird und die einen Zuschlag erhält, auch tatsächlich realisiert wird. Er wollte nicht, dass letztlich für beliebige Standorte Gebote abgegeben werden, die dann auf andere Standorte übertragen werden könnten.<sup>15</sup> Die Sachlage ist also eine ganz andere als vorliegend. Hier geht es darum, dass die Anlage bereits errichtet und in Betrieb genommen ist, und erst anschießend, insbesondere wegen geänderter tatsächlicher Rahmenbedingungen, eine Versetzung der Anlage erfolgen soll. Der Wortlaut steht einer Mitnahme eines Zuschlages mit einer bezugschlagten EEG-Anlage nicht entgegen. Schließlich haftet der Zuschlag der Anlage, hier vorliegend also dem Biomethan-BHKW an. Es erfolgt insoweit keinerlei Übertragung auf eine andere Anlage. Auch erfolgt keine Übertragung auf eine andere Genehmigung: Da die Anlage bereits einen ihr anhaftenden Zuschlag hat, ist

<sup>14</sup> Biomethan liegt nach der Definition des § 3 Nr.13 EEG 2021 erst vor, wenn es "in das Erdgasnetz eingespeist worden" ist, also nicht vor der Einspeisung.

<sup>15</sup> BR-Drs. 310/16, S. 263, 250 zur insoweit inhaltsgleichen Vorgängerregelung im EEG 2017.

keinerlei Übertragung oder "Zuordnung" einer Genehmigung im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens nötig. Für den neuen Standort wird zwar im Regelfall eine neue Genehmigung erforderlich, diese dürfte aber für eine bereits bezuschlagte EEG-Anlage unschädlich sein. Der Sinn und Zweck der Regelung steht dem gerade nicht entgegen. Solange eine – bezuschlagte – Anlage noch nicht gebaut ist, muss der Zuschlag eng an die Genehmigung, die im Ausschreibungsverfahren benannt ist, gebunden sein. Sobald die Anlage aber im Sinne des EEG in Betrieb genommen ist, haftet dieser der Zuschlag mit allen Folgen an, so dass es insoweit nicht mehr auf die Genehmigung ankommen kann.

#### 3. Nutzung des überbauten Leistungsanteils

Biomethananlagen mit mehr als 100 kW installierter Leistung erhalten nur für 45% der installierten Leistung eine EEG-Vergütung (§ 44b Abs. 1 EEG 2021), Biomethananlagen in der Biomethanausschreibung sogar nur für 15% der installierten Leistung (§ 39 m Abs. 2 EEG 2021). Insoweit stellt sich die Frage, ob es zulässig ist bzw. welche Folgen es hat, wenn der darüber hinausgehende Leistungsanteil auch genutzt wird, beispielsweise, indem entsprechende Strommengen an einen fremden Dritten in räumlicher Nähe verkauft werden.

Klar ist insoweit, dass eine solche Nutzung tatsächlich zulässig ist. Anders als bei den Sanktionsregelungen der §§ 52 ff. EEG 2021 wird die Überschreitung dieser Leistungsvorgaben nicht mit einer Reduzierung der gesamten Vergütung auf null oder den Marktwert sanktioniert. Mangels entsprechender Sanktionsregelung ist also eine Nutzung des über die genannten Schwellen hinausgehenden Stromanteils durchaus zulässig.

Unklar ist jedoch, welche Auswirkungen dies hat. Theoretisch denkbar wäre es, die jeweilige Bemessungsleistung bis zu den genannten Grenzen hin "auffüllen" zu können und lediglich die darüber hinausgehenden Kilowattstunden vergütungslos zu belassen. Ein Beispiel: Eine Biomethananlage mit 120 kW installierter Leistung könnte also für 473.040 kWh (54 kW<sup>16</sup> x 8.760 Jahresstunden) die EEG-Vergütung beanspruchen und lediglich die darüber hinausgehenden Kilowattstunden würden keinerlei Vergütung mehr erhalten.<sup>17</sup> Damit wäre letztlich eine Nutzung der über die Höchstbemessungsleistung hinausgehenden Kilowattstunden unschädlich.

Denkbar ist allerdings auch, dass letztlich auch hier eine Aufteilung nach der Bemessungsleistung zu erfolgen hat, wie letztlich der BGH und auch die Clearingstelle EEG dies für die Berechnung einzelner Boni des EEG 2009 festgelegt hat. In diesem Fall hätte eine Nutzung von Kilowattstunden über die Höchstbemessungsleistung hinaus erhebliche negative Wirkungen, insbesondere bei Anlagen in der Biomethanausschreibung. Würde eine solche Anlage mit 900 kW installierter Leistung exakt 135 kW im Jahresdurchschnitt einspeisen (15% der installierten Leistung), jedoch weitere 270 kW im Jahresdurchschnitt an einen Dritten liefern, würde sie letztlich – vereinfacht

dargestellt – nur für 1/3 ihrer Höchstbemessungsleistung von 135 kW den Zuschlagswert erhalten können.<sup>19</sup>

Der Wortlaut der Regelungen lässt Raum für beide Auslegungen, der Sinn und Zweck der Regelung hingegen dürfte eher für die letztgenannte Auffassung sprechen,<sup>20</sup> so dass Anlagenbetreiber gut überlegen müssen, ob sie Konzepte verfolgen möchten, bei denen große Leistungsanteile jenseits der Höchstbemessungsleistung genutzt werden sollen.

#### VII. Ausblick

Biomethananlagen könnten die ideale Biogasnutzung der Zukunft sein. Sie können überall am Erdgasnetz errichtet werden und vor Ort nicht nur den produzierten Strom, sondern auch die anfallende Wärme in der Regel vollständig nutzen. Sie lassen sich sowohl stromgeführt – etwa wenn es kurzfristig zu Netzengpässen kommt – als auch wärmegeführt fahren, um letztlich die eingesetzte Energie ideal zu nutzen. Mit dem Erdgasnetz liegt ein annähernd unerschöpflicher Gasspeicher vor, der ein jederzeitiges Hochfahren der Anlage garantiert.

Leider geht der Gesetzgeber in Hinblick auf die eigentlich sehr hohe Effizienz von Biomethananlagen einen etwas widersprüchlichen Weg. Er zwingt "normale" Biomethananlagen (in der Biomasseausschreibung) dazu, 55% der Zeit nicht betrieben zu werden, Biomethananlagen in der Biomethanausschreibung sogar zu Stillstandszeiten von mindestens 85 %, und zwar unabhängig davon, wie der tatsächliche Bedarf vor Ort und im Netz wirklich ist. Auch vergisst er, dass - entsprechend seiner eigenen Ausführungen<sup>21</sup> - die Biomethanaufbereitung mit nicht unerheblichen Kosten verbunden ist. Die wirklichen Chancen von Biomethan bleiben daher leider ungenutzt, obwohl es ein Leichtes wäre, die Vergütung von Biomethan-BHKW gerade an deren hohen Effizienz festzumachen und den Gasaufbereitungsbonus des EEG 2012 wieder einzuführen, um das nicht unerhebliche Biogaspotential auch für den Biomethanmarkt zugänglich zu machen.

- 16 45% der installierten 120 kW.
- 17 Ähnlich vertreten zur KWK-Bonus-Berechnung: Brahms/Herms, REE 2013, 240.
- 18 Vgl. BGH, Urt. v. 10.7.2013 VIII ZR 300/12, REE 2013, 237; Clearingstelle EEG, Votum v. 30.10.2013 – 2013/56.
- 19 Der Flexibilitätszuschlag wäre hingegen uneingeschränkt auszubezahlen, sofern die Vorgaben des § 50 Abs. 3 EEG 2021 eingehalten werden.
- 20 Vor allem bei der Biomethanausschreibung ist ausdrücklich von einer Förderung "hoch flexibler Stromerzeugungsanlagen" die Rede, BT-Drs. 19/23482, S. 116. Hierzu würde es wenig passen, wenn letztlich die geförderte Anlage durchgängig Strom in Volllast produziert und nur den maximal zulässigen Anteil von 15% ins Netz einspeist.
- 21 In der Gesetzesbegründung heißt es, dass sich das Höchstgebot von 19 Cent/ kWh für die Biomethanausschreibung an den Gestehungskosten orientiert, vgl. BT-Drs. 19/23482, S. 116.