

Stellungnahme des Fachverbandes Biogas e.V.

**zum Hinweisverfahren 2023/11-IV der Clearingstelle
EEG|KWKG vom 30. Januar 2023 bezüglich der Berechnung
der Flexibilitätsprämie und der Bemessungsleistung**

Freising, 28. Februar 2023

Im Namen seiner knapp 5.000 Mitglieder bedankt sich der Fachverband Biogas e.V. sowohl für die Einleitung des Hinweisverfahrens bezüglich der Berechnung der Flexibilitätsprämie und der Bemessungsleistung als auch für die Möglichkeit, dazu Stellung nehmen zu können. Damit kann eine ungeklärte Rechtsfrage im Zusammenhang mit der Flexibilitätsprämie für eine Vielzahl von Betreibern geklärt werden.

Es gibt aber noch weitere ungeklärte Rechtsfragen im Kontext der Flexibilitätsprämie mit weitreichenden Konsequenzen für eine große Anzahl von Betreibern von Biogasanlagen einerseits und für das Gelingen der Energiewende andererseits. Eine der drängendsten Frage ist der Themenkomplex der nochmaligen Flexibilisierung von bereits flexibilisierten Biogasanlagen iSv. § 100 Abs. 2 Nr. 12 EEG 2021 bzw. der Verlautbarungen des Gesetzgebers, der Flexibilitätsdeckel als begrenzendes Element sei abgeschafft. Auch diesbezüglich bitten wir die Clearingstelle EEG|KWKG um die Einleitung eines klärenden Verfahrens.

A. Beschluss

Die Kammer IV der Clearingstelle EEG|KWKG hat am 30. Januar 2023 durch ihre Mitglieder Kaps, Richter und Werle beschlossen, zu folgenden Fragen ein Hinweisverfahren einzuleiten:

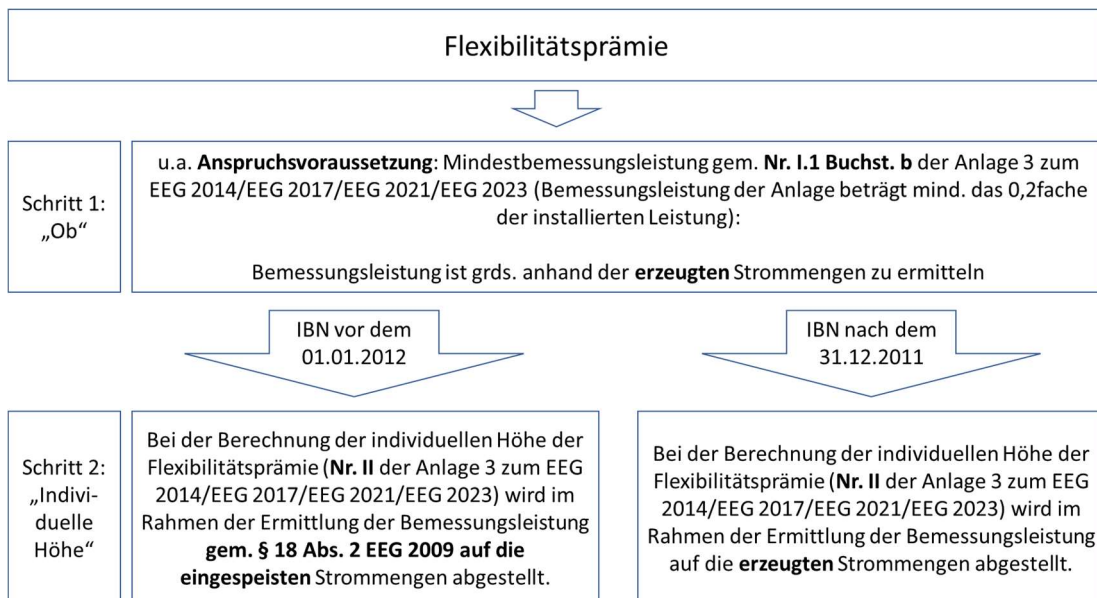
1. Was ist die „Bemessungsleistung“ gemäß §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 Nr. I.1 Buchst. b EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 und §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 Nr. I.1 Buchst. b EEG 2014?
2. Insbesondere: Sind auch für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden und für die § 18 Abs. 2 EEG 2009 fortgilt, zur Bestimmung der Bemessungsleistung i. S. d. oben genannten Vorschriften die erzeugten und nicht die eingespeisten Kilowattstunden zugrunde zu legen?

B. Stellungnahme

Ad. 1 Was ist die „Bemessungsleistung“ gemäß §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 Nr. I.1 Buchst. b EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 und §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 Nr. I.1 Buchst. b EEG 2014?

Die Verfahrensfrage ist begrenzt auf den Aspekt der sogenannten „Mindestbemessungsleistung“ gemäß Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023. Dabei handelt es sich um eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie. Es geht damit um die Frage, ob eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erfüllt ist (Schritt 1).

Erst in einem zweiten Schritt wird die individuelle Höhe der Flexibilitätsprämie ermittelt. Diesen Aspekt adressiert dieses Verfahren – im Umkehrschluss – nicht. Dennoch weisen wir darauf hin, dass auch in diesem zweiten Schritt die Ermittlung der Bemessungsleistung relevant ist und sich Argumente für die Beantwortung der Verfahrensfrage ableiten lassen.



Bei Schritt 1 ist infolge des Wortlauts und aufgrund systematischer Erwägungen im Rahmen der Ermittlung der Bemessungsleistung von Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 die **erzeugte** Strommenge zugrunde zu legen. Bei

Schritt 1 geht es darum, gleiche („Zugangs-“) Voraussetzungen für alle vor dem 01.08.2014¹ in Betrieb genommene Anlagen zu schaffen.

Bei Schritt 2 dagegen steht die Ermittlung der individuellen Höhe der Flexibilitätsprämie im Mittelpunkt. Hier sprechen neben dem Wortlaut vor allem der Wille des Gesetzgebers und systematische Erwägungen dafür, dass bei der Ermittlung der Bemessungsleistung im Rahmen von Nr. II der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 gem. § 18 Abs. 2 EEG 2009 auf die **eingespeisten** Strommengen abzustellen ist.

I. Wortlaut: Bemessungsleistung gem. Anlage 3 Nr. I.1 Buchst. b EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 = erzeugte Strommengen

Der Begriff der Bemessungsleistung wird in den §§ 50 und 50b EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 nicht gebraucht. Nur in der Anlage 3 wird der Begriff der Bemessungsleistung verwendet: In Anlage 3 Nr. I.1 Buchst. b EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 wird als eine Vergütungsvoraussetzung für die Flexibilitätsprämie die „Bemessungsleistung“, die eine Anlage mindestens erreichen muss (im Folgenden „Mindest-Bemessungsleistung“ genannt), normiert.

Nach Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 können Anlagenbetreiber die Flexibilitätsprämie verlangen,

„wenn die Bemessungsleistung der Anlage im Sinne der Nummer II.1 erster Spiegelstrich mindestens das 0,2fache der installierten Leistung der Anlage beträgt.“

Der Wortlaut nimmt dabei explizit auf die Begriffsbestimmung in „Nummer II.1 erster Spiegelstrich“ und damit letztlich auf die Legaldefinition in § 5 Nr. 4 EEG 2014 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017-2023 Bezug. Entscheidend sind damit zur Bestimmung der Mindestbemessungsleistung als Voraussetzungen der Flexibilitätsprämie (Nr. I der Anlage 3) die **erzeugten** Strommengen.

¹ Sowie die sog. Stichtagsanlagen gemäß § 100 Abs. 4 EEG 2017, die den vor dem 01.08.2014 in Betrieb genommenen Anlagen gleichzustellen sind.

II. Systematik: Begriff der „Bemessungsleistung“ in Begriffsbestimmungen legaldefiniert („vor die Klammer gezogen“)

Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 verweist auf „Nummer II.1 erster Spiegelstrich“ und darin wird wiederum auf die „Bemessungsleistung in Kilowatt“ abgestellt.

Die Bemessungsleistung ist im EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 in den jeweiligen Begriffsbestimmungen legal definiert (§ 5 Nr. 4 EEG 2004 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017-2023). Es handelt sich dabei um ein allgemeines Prinzip, wonach Begriffe, die im EEG an verschiedenen Stellen verwendet werden, einmalig und damit „vor die Klammer“ für das gesamte Gesetzeswerk näher erläutert werden.

Auch erfolgt im Rahmen der Anlage 3 zum EEG 2014/2017/2021/2023 keine von § 5 Nr. 4 EEG 2004 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017-2023 abweichende Legaldefinition: Im Rahmen der Nr. II.1 erster Spiegelstrich der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 wird „ P_{Bem} als Bemessungsleistung in Kilowatt“ erläutert. Es folgen dann spezielle Berechnungsanweisungen für das erste und das letzte Jahr der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie. An der grundsätzlichen, in § 5 Nr. 4 EEG 2014/§ 3 Nr. 6 EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 normierten Begriffsbestimmung der Bemessungsleistung ändert sich nichts.

Folglich ist die Bemessungsleistung im Rahmen von Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 zu verstehen als 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 aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas durch die Anlage und nach endgültiger Stilllegung der Anlage.“*

Ad. 2 Insbesondere: Sind auch für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden und für die § 18 Abs. 2 EEG 2009 fortgilt, zur Bestimmung der Bemessungsleistung i. S. d. oben genannten Vorschriften die erzeugten und nicht die eingespeisten Kilowattstunden zugrunde zu legen?

Bei der Bestimmung der Mindest-Bemessungsleistung handelt es sich um eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie. Es geht damit um das „ob“ der Anspruchsentstehung (1. Schritt). Hinsichtlich der Möglichkeit („ob“) der Inanspruchnahme entspricht es dem Gesetzgeberischen Willen gleiche Voraussetzungen für alle anspruchsberechtigten Biogasanlagen zu schaffen (dazu im Folgenden unter I. und II.). Es sollen insbesondere keine Unterschiede in Abhängigkeit vom Datum der Inbetriebnahme gelten. Folglich ist nach dem Willen des Gesetzgebers auch bei vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommenen Anlagen im Rahmen der Bemessungsleistung bei Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 auf die erzeugten Strommengen abzustellen. Dafür sprechen auch systematische (dazu im Folgenden unter III.) und teleologische Erwägungen (dazu im Folgenden unter IV.).

Erst in einem „2. Schritt“ folgt dann die Ermittlung der jeweiligen Höhe der Flexibilitätsprämie. Die Höhe der Flexibilitätsprämie wird individuell für jede Anlage ermittelt. Dabei können und sollen nach dem Willen des Gesetzgebers und der Gesetzessystematik unterschiedliche Parameter zur Ermittlung der Bemessungsleistung zugrunde gelegt werden. Der Gesetzgeber will insbesondere mit der Weitergeltung von § 18 Abs. 2 EEG 2009 nicht gewollte Vergütungskürzungen vermeiden. Auch aus der Gesetzessystematik ist abzuleiten, dass § 18 Abs. 2 EEG 2009 nur im Rahmen der Ermittlung der Bemessungsleistung von Nr. II der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 – nicht aber im Rahmen von Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 – zu berücksichtigen ist.

I. Genese: „Entstehungsgeschichte“ der Begriffsbestimmung „Bemessungsleistung“

Eine erste Definition der „Bemessungsleistung“ enthält § 3 Nr. 2a EEG 2012. Seither findet sich in jeder nachfolgenden EEG-Fassung eine Definition der „Bemessungsleistung“ in den

Begriffsbestimmungen des jeweiligen EEG.² Allen Legaldefinitionen der Bemessungsleistung vom EEG 2014 bis EEG 2023 ist gemeinsam, dass auf die „Summe der in dem jeweiligen Kalenderjahr **erzeugten Kilowattstunden**“, also auf die **erzeugte Strommenge**, Bezug genommen wird. Seit dem EEG 2012 wird ferner die Vergütung für Strom aus Biomasse oder der Vergärung von Bioabfällen (z.B. §§ 27 und 27a EEG 2012 oder §§ 44 und 45 EEG 2014) in Abhängigkeit von der Bemessungsleistung gezahlt.

Das EEG 2009 dagegen kennt den Begriff der „Bemessungsleistung“ nicht explizit. Er wird insbesondere in den Begriffsbestimmungen des EEG 2009 nicht näher beschrieben. Lediglich in § 18 Abs. 2 EEG 2009 – einer Bestimmung zur Vergütungsberechnung – wird der Begriff der Bemessungsleistung „inhaltlich [... ge]regelt“.³ Dabei wird – anders als in den Begriffsbestimmungen ab dem EEG 2012 (erzeugte Kilowattstunden) – auf die „abgenommenen Kilowattstunden“ abgestellt.

Ferner bestimmen sich bei Anlagen, welche vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurden, sowohl die Mindestvergütung als auch die Boni der Höhe nach gestaffelt nach der Anlagenleistung, also abhängig von der installierten Leistung der Anlage. Lediglich bei der Ermittlung der Höhe des Anspruchs bzw. der Zuordnung der Leistung zu den Schwellenwerten ist gem. § 18 Abs. 2 EEG 2009 der „Quotient aus der Summe der im jeweiligen Kalenderjahr nach § 8 **abgenommenen** Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des jeweiligen Kalenderjahres“ zu ermitteln.

§ 18 Abs. 2 EEG 2009 galt im Zeitraum nach dem 31.12.2011 und vor dem 01.08.2014 gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 fort.⁴ Mit dem

² Begriffsbestimmung der Bemessungsleistung im EEG 2012 bis EEG 2023:

§ 3 Nr. 2a EEG 2012	§ 5 Nr. 4 EEG 2014	§ 3 Nr. 6 EEG 2017/2021/2023
„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 aus erneuerbaren Energien durch die Anlage und nach endgültiger Stilllegung der Anlage,	„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 aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas durch die Anlage und nach endgültiger Stilllegung der Anlage,	„Bemessungsleistung“ 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 aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas durch eine Anlage und nach endgültiger Stilllegung dieser Anlage,
→ erzeugte kWh	→ erzeugte kWh	→ erzeugte kWh

³ BT-Drs. 18/3440, S. 6.

⁴ BT-Drs. 18/3440, S. 6/7.

Inkrafttreten des EEG 2014 regelte § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit. a EEG 2014 die Weitergeltung von § 18 Abs. 2 EEG 2009.⁵

II. Genese: „Entstehungsgeschichte“ der Flexibilitätsprämie auch für bereits in Betrieb genommene Anlagen: EEG 2012 – EEG 2014

Die Bemessungsleistung wird bei der Einführung der Flexibilitätsprämie im EEG 2012 und in den Folge-EEGs – wie gerade dargestellt – einheitlich definiert: Entscheidend sind die erzeugten Kilowattstunden.

Für Anlagen, die im Rechtsrahmen des EEG 2009 oder früher in Betrieb genommen wurden, ist auch ab dem 01.01.2012 die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie gem. § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 möglich. Diesbezüglich war nach § 66 Abs. 1 EEG 2012 grundsätzlich und generell das EEG 2009 weiterhin anzuwenden – also galt auch § 18 Abs. 2 EEG 2009 über den 31.12.2011 hinaus.⁶ Zudem sind insbesondere auch § 33i EEG 2012 und Anlage 5 zum EEG 2012 wegen § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 zunächst bis zum 31.07.2014 anwendbar.

Auch mit dem Inkrafttreten des EEG 2014 am 01.08.2014 war es vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommenen Anlagen weiterhin möglich, die Flexibilitätsprämie in Anspruch zu nehmen. Nur änderte sich mit dem Inkrafttreten des EEG 2014 auch die Systematik der Übergangsbestimmungen. Nach § 100 Abs. 1 EEG 2014 gilt nun auch für vor dem 01.08.2014 in Betrieb genommene Anlagen grundsätzlich das EEG 2014 – wenn nicht eine Ausnahme der Übergangsbestimmungen des EEG 2014 anzuwenden ist. Eine solche Ausnahmeregel ist § 100 Abs. 1 Nr. 10 EEG 2014. Darin wird für vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommene Anlagen geregelt, dass

- gem. § 100 Abs. 1 Nr. 10 **lit. a** EEG 2014 nicht § 5 Nr. 4 EEG 2014 (Begriffsbestimmung der Bemessungsleistung) gilt, sondern weiterhin § 18 Abs. 2 EEG 2009 anzuwenden ist (dazu im Folgenden unter 1.) und
- gem. § 100 Abs. 1 Nr. 10 **lit. e** EEG 2014 nicht § 66 Abs. 1 Nr. 12 EEG 2012 (und damit nicht § 33i EEG 2012 und Anlage 5 zum EEG 2012 – Flexibilitätsprämie nach dem EEG 2012) gilt, sondern die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie einheitlich für Neu- und Bestandsanlagen nach den Voraussetzungen der §§ 52 und 54 EEG 2014

⁵ BT-Drs. 18/3440, S. 6/7.

⁶ BT-Drs. 18/3440, S. 6/7.

und der Anlage 3 zum EEG 2014 ausgestaltet sein sollen (dazu im Folgenden unter 2.).

Auch die nachfolgenden Novellierungen des EEG verdeutlichen den Willen des Gesetzgebers in Bezug auf die Flexibilitätsprämie einheitliche Rahmen- und Zugangsbedingungen für alle grundsätzlich berechtigten Anlagen zu schaffen (vgl. dazu zum EEG 2017 im Folgenden unter 3.).

1. Trotz § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit. a EEG 2014 ist im Rahmen von Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 auf vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommene Anlagen auf § 5 Nr. 4 EEG 2014 abzustellen und nicht § 18 Abs. 2 EEG 2009 anzuwenden

Mit dieser Übergangsbestimmung möchte der Gesetzgeber Vergütungskürzungen bei Anlagen, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurden, vermeiden.

Die Gesetzesbegründung führt dazu aus:

*„Zudem regelt Nummer 3 Buchstabe b, dass die Definition der Bemessungsleistung in § 5 Nummer 4 EEG 2014 nicht für Anlagen anzuwenden ist, die unter dem EEG 2009 oder früher in Betrieb genommen worden sind. Für diese Anlagen ist weiterhin § 18 Absatz 2 des EEG in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung (EEG 2009) anzuwenden. Dadurch wird verhindert, dass es über die Definition der Bemessungsleistung ungewollt zu einer **Vergütungskürzung** für diese Anlagen kommen kann.*

*Die **Vergütungshöhe** richtet sich für die Mehrzahl der erneuerbaren Energieträger nach der Bemessungsleistung der Anlage. Wenn die Bemessungsleistung der Anlage höher ist, kann ggf. eine der **Vergütungsschwellen** überschritten werden, die in der jeweiligen Fassung des EEG festgelegt sind. Die Anlage erhält dann durchschnittlich eine geringere **Vergütung** pro Kilowattstunde, als wenn die Schwelle nicht überschritten wird.*

§ 5 Nummer 4 EEG 2014 stellt auf die Strommenge ab, die in der Anlage erzeugt wurde. § 18 Absatz 2 EEG 2009 – der zwar noch nicht den Begriff „Bemessungsleistung“ verwendet hat, aber inhaltlich diese regelt – stellt hingegen nur auf die Strommenge ab, die in das Netz eingespeist wurde. Daher wurde nach dem EEG 2009 insbesondere Strom, der zur

*Eigenversorgung verbraucht wurde, bei der Bemessungsleistung nicht berücksichtigt. Dadurch kann eine Anlage, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden ist, ggf. eine geringere Bemessungsleistung und deshalb eine im Vergleich höhere **Vergütung** haben als eine identische Anlage, die unter dem EEG 2012 oder dem EEG 2014 in Betrieb genommen worden ist und die gleiche Strommenge ins Netz einspeist.*

Die geänderte Definition der Bemessungsleistung wurde zwar bereits mit § 3 Nummer 2a EEG 2012 eingeführt und mit der EEG-Reform 2014 nicht geändert. Unter dem EEG 2012 galt für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, jedoch noch § 18 Absatz 2 EEG 2009 fort (vgl. die Übergangsregelung in § 66 Absatz 1 Halbsatz 1 EEG 2012). Dessen Fortgeltung wird nun auch unter dem EEG 2014 durch die neue Nummer 3 Buchstabe b ausdrücklich angeordnet.

*Würde man § 5 Nummer 4 EEG 2014 auch auf Bestandsanlagen anwenden, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, könnte eine solche Anlage im Einzelfall eine höhere Bemessungsleistung haben als nach § 18 Absatz 2 EEG 2009 vorgesehen. Wenn in so einem Fall eine **Vergütungsschwelle** überschritten würde, könnte diese Anlage ungewollt im Schnitt eine geringere **Vergütung** erhalten. Dies wird nunmehr verhindert.⁷*

Dem Gesetzgeber kommt es also darauf an, ungewollte Vergütungskürzungen zu vermeiden. § 18 Abs. 2 EEG 2009 ist also im Zusammenhang mit der Berechnung der Höhe der Vergütung und folglich auch nur im Kontext von Nr. II der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023, in der die Berechnung der Höhe der Flexibilitätsprämie adressiert wird, anzuwenden. § 18 Abs. 2 EEG 2009 ist nach dem Willen des Gesetzgebers also lediglich im Zusammenhang mit der Berechnung der Vergütung bzw. mit der Berechnung der Höhe der Flexibilitätsprämie („Schritt 2“) anzuwenden.

Von der Berechnung der jeweiligen Höhe der Flexibilitätsprämie zu unterscheiden ist, ob die Flexibilitätsprämie überhaupt in Anspruch genommen werden kann. Vor der Ermittlung der jeweiligen Prämienhöhe („Schritt 2“) muss zunächst ermittelt werden, ob die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind („Schritt 1“). Insbesondere ist erforderlich, dass die Anlage eine Mindest-Bemessungsleistung in Höhe von mindestens dem 0,2-fachen der installierten Leistung erfüllt. Um diese „Hürde“ zu nehmen und um überhaupt einen Anspruch auf die

⁷ BT-Drs. 18/3440, S. 6 und 7 (Hervorhebungen nicht im Original).

Flexibilitätsprämie geltend machen zu können, ist es für Anlagenbetreiber vorteilhafter im Rahmen von Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 bei der Ermittlung der Bemessungsleistung die erzeugten Strommengen zugrunde zu legen. Würde man im Rahmen von Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 ebenfalls auf § 18 Abs. 2 EEG 2009 abstellen, so käme es zu einer Schlechterstellung gegenüber Anlagen, die nach dem 31.12.2011 in Betrieb genommen wurden. Letztlich käme es nicht nur zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten vergütungsrechtlichen Schlechterstellung. Die Folge könnte ein völliger Ausfall der Flexibilitätsprämie sein, weil die Anlage die Vergütungsvoraussetzungen nicht erfüllt. Das ist mit dem Willen des Gesetzgebers – mit der Weitergeltung von § 18 Abs. 2 EEG 2009 Vergütungseinbußen zu verhindern – ebenfalls nicht vereinbar. Wenn der Gesetzgeber schon Vergütungseinbußen vermeiden will, dann will er erst recht vermeiden, dass eine Anlage bereits bei der Möglichkeit, eine Flexibilitätsprämie geltend zu machen, infolge einer für sie nachteiligen Ermittlung der Bemessungsleistung schlechter gestellt wird.

2. Auf vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommene Anlagen ist nicht § 33i EEG 2012 und Anlage 5 zum EEG 2012 – (Flexibilitätsprämie nach dem EEG 2012), sondern die Flexibilitätsprämie nach den Voraussetzungen der §§ 52 und 54 EEG 2014 und der Anlage 3 zum EEG 2014 anzuwenden (§ 100 Abs. 1 Nr. 10 lit. e EEG 2014)

In Bezug auf die Flexibilitätsprämie zielt diese Übergangsbestimmung darauf ab, identische Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie zu gewährleisten.

Die Gesetzgebung führt dazu aus:

„Bezüglich der Flexibilitätsprämie bedeutet dies, dass für schon vor dem Jahr 2012 betriebene Biogasanlagen statt des § 66 Absatz 1 Nummer 11 EEG 2012 nunmehr §§ 50 und 52 EEG 2014 in Verbindung mit Anlage 3 zu diesem Gesetz einschließlich der Einschränkung des Deckels für die Nutzung der Flexibilitätsprämie nach § 52 EEG 2014 anzuwenden sind, unabhängig davon, ob sie die Flexibilitätsprämie nach § 33i EEG 2012 bereits genutzt haben oder nicht.“⁸

Der Gesetzgeber zielt mit dieser Übergangsbestimmung darauf ab, einheitliche Anforderungen zur Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie („ob“ bzw. „Schritt 1“) für alle Anlagen zu normieren. Es kommt

⁸ BT-Drs. 18/1304, S. 178 (Hervorhebungen nicht im Original).

also insbesondere nicht auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage an, sondern – mit Blick auf den in Nr. 1.5 der Anlage 3 zum EEG 2014 erstmalig eingeführten Flexdeckel – auf den Zeitpunkt der erstmaligen Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie. Auch für Anlagenbetreiber, welche die Flexibilitätsprämie vor dem 01.08.2014 bereits in Anspruch genommen haben, ändert sich die §§-Kette der Anspruchsgrundlage. Dies zeigt eindrücklich, dass der Gesetzgeber identische Anforderungen an die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie stellt. Inhaltliche Änderungen bestehen lediglich in Bezug auf den Flexibilitätsdeckel und davon sind wiederum alle anspruchsberechtigten Anlagen gleichermaßen betroffen.

3. Ergänzungen zur Flexibilitätsprämie im Rahmen des EEG 2017 und EEG 2021

Die Ergänzungen im EEG 2017 bei der Flexibilitätsprämie zielen ebenfalls darauf ab, gleiche Rahmenbedingungen für deren Inanspruchnahme zu schaffen. Alle vor dem 01.08.2014 in Betrieb genommene Anlagen und alle diesen gemäß § 100 Abs. 4 EEG 2017 gleichgestellten Anlagen sollen den gleichen Anforderungen zur Inanspruchnahme unterworfen sein. Diese ausdrückliche Einräumung der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erfolgt für diese „Stichtagsanlagen“ iSd. § 100 Abs. 4 EEG 2014 zudem ausdrücklich rückwirkend, um einheitliche Rahmenbedingungen bzw. Voraussetzungen der Inanspruchnahme für alle anspruchsberechtigten Anlagen gleichermaßen zu schaffen.

Dementsprechend führt der Gesetzgeber zum EEG 2017 aus:

„§ 50b Satz 1 bis 3 EEG 2016 gibt inhaltlich unverändert § 54 des EEG 2014 wieder. Die Regelung wurde lediglich redaktionell an die Änderungen des Teils 3 im EEG 2016 angepasst, indem die Verweise aktualisiert wurden.

Der neue Satz 4 ist auch eine Folge der Ergänzung von § 100 Absatz 4 Satz 3 und 4 EEG 2016. Nach § 50b Satz 1 bis 3 EEG 2016 haben lediglich Altanlagen aus dem EEG 2012 und früheren Fassungen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, Anspruch auf die Flexibilitätsprämie. Nach § 100 Absatz 4 EEG 2016 werden jedoch auch Anlagen, die die Voraussetzungen von § 100 Absatz 4 EEG 2016 erfüllen und bis spätestens 31. Dezember 2014 in Betrieb genommen worden sind, als Anlagen behandelt, für die noch weitgehend die Regeln und insbesondere die Vergütungssätze und Prämien des EEG 2012 anzuwenden sind. Daher haben solche Anlagen, die vor dem 1. Januar 2015 in Betrieb

genommen worden sind, nach dem neuen Satz 4 **ebenfalls Anspruch auf Flexibilitätsprämie**. Dies war für Anlagen mit bundesrechtlicher Zulassung in § 54 EEG 2014 jedenfalls seinem Wortlaut nach nicht berücksichtigt. Deshalb, und weil § 100 Absatz 4 Satz 2 **rückwirkend** zum 1. August anzuwenden ist, ist auch der neue § 50b Satz 4 rückwirkend zum 1. August anzuwenden, da ansonsten der zeitliche Anwendungsbereich dieser beiden zusammengehörigen Normen auseinanderfallen würden. Der neue Satz 4 ist ein Rechtsfolgenverweis.

*Bis zum Inkrafttreten des EEG 2016 hatten Anlagen nach § 100 Absatz 4 nach dem Wortlaut von § 54 EEG 2014 **keinen Anspruch auf die Flexibilitätsprämie**. Wenn aufgrund der Rückwirkung nach Satz 4 Korrekturen von Abrechnungen für die Jahre 2014 oder 2015 erforderlich werden, ist es nach Satz 5 zur Erleichterung für Anlagen- und Netzbetreiber ausreichend, wenn der Anlagenbetreiber Genehmigung oder sonstige Zulassung nach § 100 Absatz 4 einen Nachweis über die Inbetriebnahme der Anlage vorlegt. Diese Nachweise genügen für die Korrektur der Abrechnung im Verhältnis von Anlagenbetreiber und Anschlussnetzbetreiber sowie zwischen diesem Netzbetreiber und dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber. Es ist nicht erforderlich, dass zusätzlich noch einer der in § 62 aufgeführten Gründe, z. B. eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung, herbeigeführt wird.⁹*

Im EEG 2021 wurde die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie gem. § 100 Abs. 2 Nr. 12 EEG 2021 dergestalt modifiziert, dass – sehr verkürzt dargestellt – abhängig vom Zeitpunkt der Meldung der erstmaligen Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie beim MaStR das in § 50a Abs. 3 EEG 2021 eingefügte Qualitätskriterium erfüllt werden muss. Es wird nicht nach dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme einer Anlage differenziert, sondern lediglich – für alle anspruchsberechtigten Anlagen gleichermaßen – auf den Zeitpunkt der Meldung der erstmaligen Inanspruchnahme beim MaStR abgestellt.

III. **Systematik:** Vergütungsvoraussetzung (Mindest-Bemessungsleistung „ob“) und Höhe der Vergütung unterscheiden

Die in Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 normierte Mindest-Bemessungsleistung befindet sich im Kontext einer Auflistung von „Voraussetzungen der Flexibilitätsprämie“ (Nr. I der Anlage 3). Es geht in Nr. I der Anlage 3 zum

⁹ BT-Drs. 18/8860, S. 232 (Hervorhebungen nicht im Original).

EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 damit um das „Ob“ der Flexibilitätsprämie, also ob grundsätzlich die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind („Schritt 1“).

Nr. II der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 dagegen widmet sich der Höhe der Flexibilitätsprämie („Schritt 2“). Es geht damit nicht mehr darum, ob der Anspruch besteht, sondern dort wird die jeweilige Höhe des Anspruchs adressiert.

Während bei Anlagen, die nach dem 31.12.2011 in Betrieb genommen worden sind, sowohl bei der Ermittlung der Mindest-Bemessungsleistung (Vergütungsvoraussetzung – Nr. I der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023) als auch bei der Berechnung der Höhe der Flexibilitätsprämie die erzeugten Strommengen zugrunde zu legen sind (siehe im Folgenden unter 1.), ist bei EEG 2009-Anlagen – auch aus systematischen Gründen – zu differenzieren (siehe im Folgenden unter 2.).

1. nach dem 31.12.2011 in Betrieb genommene Anlagen

Seit dem EEG 2012 ist die Vergütung für Strom aus Biomasse oder Bioabfällen (z.B. § 27 oder 27a EEG 2012) grundsätzlich in Abhängigkeit von der Bemessungsleistung iSd. § 5 Nr. 4 EEG 2004 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017-2023 zu leisten. Dies gilt nicht nur für die Vergütung für Strom aus Biomasse oder Bioabfällen, sondern auch für die Flexibilitätsprämie. Die Vergütung ist generell für die erzeugten Strommengen zu zahlen. Auch im Rahmen von Nr. I.1 Buchst. b und der Ermittlung der Höhe der jeweiligen Flexibilitätsprämie gem. Nr. II der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 ist für nach dem 31.12.2011 in Betrieb genommene Anlagen bei der Ermittlung der Bemessungsleistung § 5 Nr. 4 EEG 2004 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017-2023 zugrunde zu legen.

2. vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommene Anlagen

Bei vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommenen Anlagen ist hinsichtlich der Frage, **ob** ein Anspruch auf die Flexibilitätsprämie besteht, grundsätzlich auf die Bemessungsleistung iSd § 5 Nr. 4 EEG 2004 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017-2023, also die **erzeugten Strommengen** abzustellen („Schritt 1“ – siehe im Folgenden unter a). Im Rahmen der Ermittlung der Höhe der Flexibilitätsprämie dagegen ist § 18 Abs. 2 EEG 2009 zu berücksichtigen und damit auf die **eingespeisten Strommengen** abzustellen („Schritt 2“ – siehe im Folgenden unter b).

a) Bemessungsleistung im Rahmen der Mindestbemessungsleistung (Anspruchsvoraussetzung) für Anlagen, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurden

Die Bemessungsleistung im Rahmen der Mindestbemessungsleistung (Anspruchsvoraussetzung) ist für vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommene Anlagen grundsätzlich anhand der erzeugten Strommengen zu ermitteln. In Ausnahmefällen, also wenn bei Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2012 die Stromerzeugung nicht gemessen wird, ist auch in diesem Kontext auf die eingespeisten Strommengen abzustellen.

Bei Biogasanlagen, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurden, ist im Rahmen der Flexibilitätsprämie zwischen der Ermittlung der Bemessungsleistung im Rahmen der „Voraussetzungen der Flexibilitätsprämie“ (Nr. I der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023) und der „Höhe der Flexibilitätsprämie“ (Nr. II der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023) zu differenzieren. Die vorliegende Verfahrensfrage behandelt nur die Bemessungsleistung im Rahmen der „Voraussetzungen der Flexibilitätsprämie“ (Nr. I.1 Buchst. b der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023). Es geht also um die Frage, ob ein Anspruch auf die Flexibilitätsprämie überhaupt besteht.

In diesem Zusammenhang normiert das EEG keine unterschiedlichen Anforderungen für Neu- oder Bestandsanlagen – weder im Rahmen von Teil I der Anlage 3 noch in der Anlage 3 insgesamt.

Auch das bzw. die EEGs normieren weder in den §§ 50/50b bzw. §§ 52/54 noch in den jeweiligen Übergangsbestimmungen unterschiedliche Anforderungen für Neu- oder Bestandsanlagen. In den Übergangsbestimmungen werden zusätzliche Anforderungen an die Flexibilitätsprämie lediglich an den Zeitpunkt der Meldung beim MaStR hinsichtlich der erstmaligen Inanspruchnahme gestellt (mit Qualitätskriterium iSd. § 50 Abs. 3 EEG 2021 oder ohne, § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 12 EEG 2021). Es werden allerdings keine Unterschiede in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme getroffen.

Dafür, dass § 18 Abs. 2 EEG 2009 nicht generell und damit nicht einheitlich im Rahmen der Nr. I.1 und auch der Nr. II.2 der Anlage 3 zum EEG 2014-2023 zu berücksichtigen ist, spricht auch die **Systematik der Übergangsbestimmung des § 100 Abs. 1 Nr. 10 EEG 2014**: Darin wird die Weitergeltung von § 18 Abs. 2 EEG 2009 in § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit. a EEG 2014 normiert. Dagegen erfolgt die Regelung zur Anwendbarkeit der Flexibilitätsprämie für vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommene Anlagen davon separiert in § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit. e EEG 2014. Hätte der Gesetzgeber einen unmittelbaren Bezug zur Flexibilitätsprämie herstellen wollen, so hätte er die Weitergeltung

von § 18 Abs. 2 EEG 2009 in § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit. e EEG 2014 regeln können. Das hat der Gesetzgeber aber nicht getan und damit nochmals unterstrichen, dass § 18 Abs. 2 EEG 2009 nur im Rahmen der Berechnung der Vergütung anzuwenden sein soll („Schritt 2“), aber eben gerade nicht bezüglich der Frage, ob ein Anspruch auf die Flexibilitätsprämie überhaupt gegeben ist („Schritt 1“).

Die Ermittlung der Bemessungsleistung im Rahmen der Mindestbemessungsleistung erfolgt damit grundsätzlich für alle Biogasanlagen einheitlich unter Berücksichtigung der erzeugten Strommengen.

Ausnahme, also in den Fällen in denen eine vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommene Anlage keinen Erzeugungs-, sondern nur einen Einspeisezähler (am Netzverknüpfungspunkt) hat, sollte es auch möglich sein, auf die eingespeisten Strommengen abzustellen.

b) Bemessungsleistung im Rahmen der Ermittlung der Höhe der Flexibilitätsprämie für Anlagen, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurden

Was unter der Bemessungsleistung im Rahmen der Nr. II der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 zu verstehen ist, ist zwar nicht Verfahrensfrage dieses Hinweises. Dennoch weisen wir darauf hin, dass zur Ermittlung der Bemessungsleistung zur Bestimmung der Höhe der Flexibilitätsprämie bei Anlagen, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurden, die eingespeisten Strommengen iSd. § 18 Abs. 2 EEG 2009 zugrunde zu legen sind.

§ 18 Abs. 2 EEG 2009 regelt im Kontext „Vergütungsberechnung“ die Zuordnung zu den Schwellenwerten und bestimmt damit letztlich die Höhe der Vergütung. Gemäß § 18 Abs. 2 EEG 2009 geht es also nicht um die Frage, ob der Anspruch besteht, sondern ebenso wie bei Nr. II der Anlage 3 zum EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023, um die Frage der Höhe des Anspruchs. Gem. §100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 lit. a EEG 2017 ging es dem Gesetzgeber nur darum, Vergütungskürzungen zu vermeiden (siehe oben). Nur im Kontext mit der Berechnung der Höhe der Vergütung ist statt § 5 Nr. 4 EEG 2004 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017-2023 für vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommene Anlagen § 18 Abs. 2 EEG 2009 anzuwenden. Dies trägt letztlich dem verfassungsrechtlich verankerten Bestandsschutz Rechnung.

IV. Sinn und Zweck – Einheitliche Anspruchsvoraussetzungen unabhängig vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme

Alle Anlagen, die vor dem 01.08.2014 oder gem. § 100 Abs. 3 EEG 2014 bzw. § 100 Abs. 4 EEG 2017 in Betrieb genommen wurden, können die Flexibilitätsprämie in Anspruch nehmen. Für alle diese anspruchsberechtigten Anlagen will der Gesetzgeber – wie bereits im Rahmen der Genese dargestellt – einheitliche Anspruchsvoraussetzungen schaffen. Auch wenn weitere Vergütungsvoraussetzungen hinzukommen (z.B. Erfüllen des Qualitätskriteriums im EEG 2021), so werden diese nicht vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme abhängig gemacht.

Die Bedingungen zur Geltendmachung der Flexibilitätsprämie sollen für alle berechtigten Anlagen identisch sein. Die jeweilige Höhe der Flexibilitätsprämie ist sowieso individuell für jede Anlage zu ermitteln.

Ansprechpartnerin:

Dr. Andrea Bauer
Referatsleiterin Energierecht und –handel
Tel. +49 (0)8161 9846-60
andrea.bauer@biogas.org