

Bayreuth, Berlin, Dortmund, Stuttgart, 27.02.2023

Stellungnahme der Steuerungsgruppe Horizontaler Belastungsausgleich (SG HoBA) zum Hinweisverfahren 2023/11-IV „Berechnung der Flexibilitätsprämie - Bemessungsleistung“

Die Steuerungsgruppe Horizontaler Belastungsausgleich (SG HoBA) bedankt sich für die Möglichkeit, eine Stellungnahme zum Hinweisverfahren 2023/11-IV abgeben zu dürfen.

Zu den beiden Fragen nehmen wir wie folgt Stellung:

Zu 1.: Die Bemessungsleistung hinsichtlich der Berechnung der Flexibilitätsprämie (im Folgenden kurz *Bemessungsleistung* oder, wenn eine Abgrenzung erforderlich erscheint, *Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung*) ist gemäß Anlage 3 Nr. II.1 erster Spiegelstrich EEG 2014/2017/2021/2023 auf der Basis der erzeugten Strommenge zu berechnen. Im ersten und letzten Jahr der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie wird im Unterschied zur Bemessungsleistung hinsichtlich der Aufteilung auf die Leistungsstufen (im Folgenden kurz *Leistungsstufen-Bemessungsleistung*) auf den Zeitraum der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie abgestellt. Im Fall einer unterjährlichen Änderung der installierten Leistung oder des Energieträgers ist die Flexibilitätsprämie für die Zeiträume vor und nach der Änderung getrennt zu berechnen und entsprechend auch die Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung in analoger Anwendung der Anlage 3 Nr. II.1 erster Spiegelstrich zweiter Halbsatz EEG 2023 auf diese Leistungszeiträume zu beschränken.

Zu 2.: Die Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung ist unabhängig vom Inbetriebnahmedatum der Anlage immer auf der Basis der erzeugten Strommenge zu berechnen. Im Gegensatz dazu erfolgt die Aufteilung auf die Leistungsstufen für Anlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 01.01.2012 auf der Basis der eingespeisten Strommengen (§ 18 Abs. 2 EEG 2009).

Begründung

Gemäß den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auf den objektivierten Willen des Gesetzgebers abzustellen. Diesen zu erfassen dienen die sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, aus ihrem Zusammenhang, aus der Entstehungsgeschichte sowie aus ihrem Zweck. Die Auslegung muss mit höherrangigem Recht vereinbar sein.

Wortlaut und Zusammenhang

Eine Legaldefinition „*Bemessungsleistung*“ findet man in § 3 Nr. 6 EEG 2017/2021/2023 sowie inhaltlich gleichlautend in § 5 Nr. 4 EEG 2014 und § 3 Nr. 2a EEG 2012. Maßgebend ist für die dort definierte Bemessungsleistung die erzeugte Strommenge, wobei sich im Jahr der Inbetriebnahme oder der endgültigen Stilllegung die Anzahl der zu berücksichtigen Zeitstunden reduziert. Auf den Begriff der Bemessungsleistung wird in § 23c Nr. 2 EEG 2023, § 23d Nr. 2 EEG 2021, § 23 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2014, § 23c Nr. 2 EEG 2017 sowie § 18 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 hinsichtlich der Aufteilung der Strommengen auf die Leistungsstufen verwiesen.

In den EEG-Versionen, die vor dem 01.01.2012 gültig waren (EEG 2000 bis 2009) gab es den Begriff der Bemessungsleistung nicht. Stattdessen wurde die Aufteilung auf die Leistungsstufen in § 18 Abs. 2 EEG 2009 geregelt:

Als Leistung im Sinne von Abs. 1 gilt für die Zuordnung zu den Schwellenwerten der §§ 23 bis § 28 abweichend von § 3 Nr. 6 der Quotient aus der Summe der im jeweiligen Kalenderjahr nach § 8 abgenommenen 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.

Diese Regelung bestimmt zwar eine Leistung, verwendet aber hierfür nicht den Begriff *Bemessungsleistung*. Abgesehen von dem Bezug auf die ingespeiste Strommenge entspricht diese Regelung dem § 23c Nr. 2 EEG 2023 sowie der erwähnten Vorläuferregelungen.

In der Übergangsvorschrift § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe a EEG 2014 wird angeordnet, dass für Anlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 01.01.2014 anstatt § 5 Nr. 4 EEG 2014 die alte Regelung § 18 Abs. 2 EEG 2009 anzuwenden sei. Aufgrund der Übergangsvorschriften § 100 EEG 2017/2021/2023 gilt diese Regelung fort.

Allerdings bezieht sich § 18 Abs. 2 EEG 2009 hinsichtlich des Wortlauts und der Gesetzessystematik auf die Aufteilung auf die Leistungsstufen und ist insoweit auch unstrittig. Eine Anwendung auch hinsichtlich der Flexibilitätsprämie (geregelt in Anlage 3 EEG 2023) wäre allenfalls im Rahmen einer Analogie möglich.

Für eine solche analoge Anwendung lässt Anlage 3 EEG 2014/2017/2021/2023 keinen Platz, da diese Anlage eine zweite Legaldefinition „*Bemessungsleistung*“ enthält. Unter Nr. II.1 *Begriffsbestimmungen* wird unter dem ersten Spiegelstrich ausgeführt:

Im Sinne dieser Anlage ist

- „*P_{Bem}*“ die *Bemessungsleistung in Kilowatt; im ersten und im zehnten Kalenderjahr der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie ist die Bemessungsleistung mit der Maßgabe zu berechnen, dass nur die in den Kalendermonaten der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erzeugten Kilowattstunden und nur die vollen Zeitstunden dieser Kalendermonate zu berücksichtigen sind; dies gilt nur für die Zwecke der Berechnung der Höhe der Flexibilitätsprämie,*

Dass es sich tatsächlich um eigenständige Begriffsdefinition handelt, die für die Berechnung der Flexibilitätsprämie maßgeblich ist, ergibt sich zudem aus Nr. I.1 Buchstabe b:

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

Der zitierte Wortlaut und damit die Existenz zweier Legaldefinitionen – einer Leistungsstufen-Bemessungsleistung und einer Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung – ist seit dem EEG 2014 unverändert geblieben. Die Anlage 3 und damit die Legaldefinition der Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung gilt aufgrund der Übergangsbestimmungen auch für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2012.

Selbst wenn man diese Regelung nicht als eigenständige Legaldefinition ansehen wollte, käme man nicht umhin anzuerkennen, dass im ersten und letzten Jahr ausdrücklich die *erzeugte* Strommenge maßgeblich ist – unabhängig vom Inbetriebnahmedatum der Anlage. In diesem Fall wären die dazwischenliegenden Jahre als planwidrige Regelungslücke anzusehen. Die nachfolgenden Überlegungen zeigen, dass diese Lücke nur durch eine allgemein geltende Anwendung der *erzeugten* Strommenge sachgerecht geschlossen werden kann.

Die nachfolgenden Ausführungen zum Zeitraum, über den die Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung zu berechnen ist, gelten unverändert für alle EEG-Versionen seit dem EEG 2012, lediglich die Paragraphen haben sich ohne inhaltliche Änderungen geändert. Die Gesetzesbezüge beziehen sich auf die Anlage 3 EEG 2023.

Die erstmalige Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie ist vom Anlagenbetreiber gemäß Nr. I.3 dem Netzbetreiber vorab mitzuteilen. Der Beginn der für maximal 10 Jahre zu gewährenden Flexibilitätsprämie ist der erste Tag des zweiten auf diese Meldung folgenden Monats (Nr. I.4). Dieser Zeitpunkt ist für die Berechnung der Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung im ersten Jahr der Inanspruchnahme maßgebend. Der Beginn der Inanspruchnahme wird auch nicht dadurch verschoben, wenn zu diesem Zeitpunkt die Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung der Flexibilitätsprämie noch nicht erfüllt sind, z. B. aufgrund der nicht erfüllten Anforderungen nach Nr. I.1.

Unschärf ist die Formulierung hinsichtlich des Endes der Inanspruchnahme. Sofern die Inanspruchnahme nicht mit dem Monat Januar beginnt, endet die 10-jährige, entsprechend 120-monatige Förderdauer nicht im zehnten, sondern erst im elften Kalenderjahr. Diesbezüglich muss von einem Gesetzesfehler ausgegangen werden. Als planwidrige Regelungslücke muss dagegen die Konstellation betrachtet werden, wenn der Anspruch auf eine Flexibilitätsprämie vor dem Ablauf der 10-jährigen Dauer endet, z. B. im Fall der endgültigen Außerbetriebnahme oder Beginn einer Anschlussvergütung nach erfolgreicher Ausschreibung. Letztere gilt als Neuinbetriebnahme, womit der Anspruch auf eine Flexibilitätsprämie durch einen Anspruch auf Flexibilitätszuschlag abgelöst wird. Da der Wortlaut auf den Zeitraum der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie Bezug nimmt, ist naheliegend, auch in anderen als dem zehnten Kalenderjahr die Strommenge und die Zeitstunden auf den Zeitraum zu begrenzen, für den die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen wird.

Für die Höhe der Flexibilitätsprämie ist die Zusatzleistung nach Nr. II.2 maßgeblich, in deren Berechnung neben der Bemessungsleistung auch der Energieträger (Biomethan oder sonstiges Biogas) und die installierte Leistung einfließen. Beide können sich unterjährig ändern, z. B. durch Zubau eines zusätzlichen BHKW oder Ersatz durch ein leistungsfähigeres BHKW. Da die Berechnungsformel nur einen einzigen Wert der installierten Leistung und einen einzigen Korrekturfaktor für den Energieträger akzeptiert, aber keine Regelung existiert, wie ein wie auch immer gearteter Durchschnittswert zu berechnen sei, besteht für den Fall der unterjährigen Änderung eine planwidrige Regelungslücke. Die naheliegende Lösung, die Flexibilitätsprämie für die verschiedenen Zeiträume getrennt zu berechnen, steht im Widerspruch zu Nr. I.2 Satz 1 („*Die Höhe der Flexibilitätsprämie wird kalenderjährlich berechnet.*“).

Entstehungsgeschichte

Die Flexibilitätsprämie wurde erstmalig mit dem EEG 2012 eingeführt. Gleichzeitig wurde erstmalig der Begriff *Bemessungsleistung* verwendet und in § 3 Nr. 2a EEG 2012 legaldefiniert:

„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,

Wie bereits erwähnt, gab und gibt es bis zum heutigen Tage in keiner EEG-Version eine Legaldefinition der Bemessungsleistung, die statt auf der erzeugten auf der eingespeisten Strommenge basiert.

Begleitend wurde die Vorschrift zur Aufteilung auf die Leistungsstufen in § 18 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 auf die oben definierte Bemessungsleistung geändert. Mangels einer speziellen Übergangsvorschrift¹ galt für Anlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 01.01.2012 hinsichtlich der Aufteilung auf die Leistungsstufen die bereits zitierte Vorschrift des § 18 Abs. 2 EEG 2009 basierend auf der eingespeisten Strommenge fort, so dass sich an deren grundsätzlichen Vergütungsanspruch nichts änderte.

In der Anlage 5 EEG 2012 wurde unter Nr. 1 *Begriffsbestimmungen* ausgeführt:

Im Sinne dieser Anlage ist

- „PBem“ die Bemessungsleistung nach **§ 3 Nummer 2a** in Kilowatt; im ersten und im zehnten Kalenderjahr der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie ist die Bemessungsleistung nach **§ 3 Nummer 2a** mit der Maßgabe zu berechnen, dass nur die in den Kalendermonaten der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie **erzeugten** Kilowattstunden und nur die vollen Zeitstunden dieser Kalendermonate zu berücksichtigen sind; dies gilt nur für die Zwecke der Berechnung der Höhe der Flexibilitätsprämie,

Als Bedingung für die Gewährung der Flexibilitätsprämie wird u. a. in § 33i Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012 eine Mindestbemessungsleistung gefordert, die explizit auf die Begriffsbestimmung in Anlage 5 verweist:

*wenn die **Bemessungsleistung der Anlage im Sinne der Nummer 1 der Anlage 5** zu diesem Gesetz mindestens das 0,2fache der installierten Leistung der Anlage beträgt,*

Gemäß der Übergangsvorschrift des § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 konnten Anlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 01.01.2012 auch die Flexibilitätsprämie gemäß § 33i und Anlage 5 EEG 2012 in Anspruch nehmen. Wie dem zitierten Gesetzeswortlaut zu erkennen ist, basierte auch für diese Anlagen die Berechnung der Flexibilitätsprämie auf der Basis der erzeugten Strommenge. Da es vor dem ersten 01.01.2012 keine Flexibilitätsprämie gab, stellt sich die Frage nach einem Vertrauensschutz des Anlagenbetreibers im Gegensatz zur Aufteilung auf die Leistungsstufen nicht. Die diesbezügliche Gleichbehandlung mit Anlagen, die erst ab dem 01.01.2012 in Betrieb genommen worden sind, war auch aus den beabsichtigten Zweck der Flexibilitätsprämie für den Gesetzgeber geboten.

Mit der Ursprungsfassung des EEG 2014 vom 21.07.2014 gab es zwei Änderungen, die die Bemessungsleistung betreffen. Die Begriffsbestimmung ist von § 3 Nr. 2a EEG 2012 in § 5 Nr. 4 EEG 2014 ohne inhaltliche Änderung verschoben worden. Die Flexibilitätsprämie wurde von § 33i EEG 2012 in § 54 EEG 2014 verschoben, die Anlage 5 wurde zur Anlage 3. In Anlage 3 Nr. II. 1 wurde der explizite Verweis nicht von § 3 Nr. 2a auf § 5 Nr. 4 geändert, sondern gänzlich entfernt. Gründe hierfür finden sich in den Gesetzesmaterialien nicht. In der Gesetzesbegründung² wird auf eine lediglich redaktionelle Änderung verwiesen:

Nummer II regelt die Höhe der Flexibilitätsprämie und entspricht weitgehend der Regelung zur Berechnung der bisherigen Flexibilitätsprämie nach der Anlage 5 zum EEG 2012, die lediglich redaktionell angepasst wurde.

Die gesetzgeberischen Beweggründe für das Entfernen des Verweises sind unklar. Es ist möglich, dass der Gesetzgeber den Verweis auf § 5 für überflüssig, vielleicht sogar schädlich ansah, weil die Anlage 3 eine eigenständige Legaldefinition der Bemessungsleistung (inhaltlich unverändert zum EEG 2012) enthält. Es kann auch sein, dass er als überflüssig angesehen worden ist, weil mit der Urfassung auch die Aufteilung auf die Leistungsstufen für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2012 auf der Basis der erzeugten Strommenge erfolgen sollte.³

Es lässt sich festhalten, dass damit nicht nur im EEG 2012, sondern auch der Urfassung des EEG 2014 die Flexibilitätsprämie unabhängig vom Inbetriebnahmezeitpunkt der Anlage immer auf der Basis der erzeugten Strommenge zu berechnen war.

¹ Die Übergangsvorschrift des § 66 EEG 2012 sah für Anlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 01.01.2012 die Fortgeltung der Bestimmungen des EEG in der am 31.12.2011 geltenden Fassung vor, soweit durch die nachfolgenden speziellen Vorschriften nichts anderes geregelt wird. Hinsichtlich der Aufteilung auf die Leistungsstufen gab es eine solche spezielle Vorschrift nicht.

² BT-Drs 18/1304, Seite 187

³ Dies ergab sich aus den Übergangsbestimmungen des § 100 EEG 2014: Für Anlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 01.08.2014 sollten die Regelungen des EEG 2014 (damit auch die Aufteilung auf die Leistungsstufen gemäß § 23 Abs. 2 EEG 2014 auf der Basis der Bemessungsleistung gemäß § 5 Nr. 4 EEG 2014) erfolgen, sofern es keine nachfolgende spezieller Vorschrift gibt. In der Urfassung gab es eine solche spezieller Vorschrift nicht.

Der Gesetzgeber hat nach Inkrafttreten des EEG 2014 erkannt, dass sich für Anlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 01.01.2012 durch die Änderung der Aufteilung auf die Leistungsstufen auf der Basis der erzeugten Strommenge eine Verringerung der Förderhöhe ergeben könnte:⁴

Dadurch wird verhindert, dass es über die Definition der Bemessungsleistung ungewollt zu einer Vergütungskürzung für diese Anlagen kommen kann. ... 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.

Um dies zu vermeiden, wurde die Übergangsvorschrift § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe a EEG 2014 um

statt § 5 Nummer 4 ist § 18 Absatz 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung entsprechend anzuwenden

rückwirkend mit Wirkung ab 01.08.2014 ergänzt.

Die Gesetzesbegründung lässt keinen Zweifel, dass lediglich diese mögliche Schlechterstellung durch das EEG 2014 vermieden werden sollte (Vertrauensschutz). Zudem wird aufgrund des expliziten Verweises auf die Aufteilung auf die Leistungsstufen diese Änderung inhaltlich darauf eingeschränkt. Es fehlt nicht nur ein Verweis auf die Flexibilitätsprämie, sondern ein solcher wäre sogar sachlich falsch gewesen, weil wie ausgeführt bis zum Zeitpunkt dieser Gesetzesänderung die Flexibilitätsprämie immer auf der Basis der erzeugten Strommenge zu berechnen war. Entsprechend gab es in der Urfassung keine Regelung, die den Anlagenbetreiber hinsichtlich der Flexibilitätsprämie schlechter gestellt hätte. Im Gegenteil würde eine Änderung dahingehend, dass ab dem 01.08.2014 für die Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2012 nur noch die ingespeiste Strommenge für die Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung herangezogen werden, diese sogar besser gestellt werden. Hätte der Gesetzgeber die Flexibilitätsprämie für diese Anlagen erhöhen wollen, hätte er dies in der Begründung ausgeführt.

Da auch nach dieser Änderung weiterhin in Anlage 3 Nr. II.1 erster Spiegelstrich eine eigenständige Legaldefinition der Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung besteht, die unverändert geblieben ist, hat sich damit auch durch diese erste Revision des EEG 2014 wie auch in allen nachfolgenden Gesetzesänderungen keine Änderung an der ursprünglichen Berechnungsmethodik des EEG 2012 ergeben, wonach die erzeugte Strommenge für die Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung maßgeblich ist.

Selbst wenn man Anlage 3 Nr. II.1 erster Spiegelstrich EEG 2014/2017/2021/2023 nicht als Legaldefinition ansehen wollte, ergibt sich aus der Historie und der Gesetzesbegründung, dass der Gesetzgeber keine Änderung beabsichtigt hatte. Dass der Gesetzgeber im Rahmen der ersten Revision des EEG 2014 in der Anlage 3 Nr. II.1 erster Spiegelstrich nicht den ursprünglichen Verweis auf die Bemessungsleistung (§ 5 Nr. 4 EEG 2014) wiederhergestellt hat, wäre als Gesetzesfehler zu interpretieren, der im Sinne dieses Verweises zu interpretieren wäre.

Hinsichtlich des Zeitraums der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie und der damit einhergehenden Berechnung der Flexibilitätsprämie gab es seit der Einführung 2012 keine inhaltlichen Änderungen.

Zweck

Der Unterschied zwischen der erzeugten und der eingespeisten Strommenge liegt in der Strommenge, die der Anlagenbetreiber oder Dritte in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Netzdurchleitung selbst verbraucht („Selbstverbrauch“⁵).

Für die Kostenstruktur einer Biomasse-Anlage ist nicht die eingespeiste, sondern erzeugte Strommenge maßgeblich. Insofern war die Änderung der Aufteilung auf die Leistungsstufen mit dem EEG 2012 konsequent. Aus Gründen des Vertrauensschutzes konnte diese Änderung aber nicht auf die Anlagen ausgeweitet werden, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen worden sind. Einen entsprechenden Fehler im EEG 2014 hat der Gesetzgeber mit der ersten Revision des EEG 2014 erkannt und rückwirkend zum 01.08.2014 korrigiert.

Biomasse-Anlagen sind als sogenannte steuerbare Anlagen in der Lage, die erzeugte Strommenge an den tatsächlich zeitlich schwankenden Bedarf der Verbraucher und schwankender Erzeugung der dargebotsabhängigen Wind- und Solar-Anlagen anzupassen. Nach Ansicht des Gesetzgebers reichen jedoch die Preissignale am Markt nicht aus, um die Kosten der hierfür entsprechend nötigen Leistungs- und Gasspeicher-Kapazitäten zu decken. Diese Finanzierungslücke soll die Flexibilitätsprämie decken. Dazu steht im Regierungsentwurf zum EEG 2012 auf Seite 94:

⁴ BT-Drs 18/3440, Seiten 6 - 7

⁵ In der Vergütungskategorientabelle werden beide Fälle – Eigenverbrauch und Drittbeflieferung in unmittelbarer räumlicher Nähe ohne Netzdurchleitung – zum Begriff „Selbstverbrauch“ zusammengefasst. Auch hier ist eine Unterscheidung nicht erforderlich.

Eine Flexibilitätsprämie fördert gezielt Investitionen in die Fähigkeit zur marktorientierten Stromerzeugung von Biogasanlagen (§ 33i EEG). Diese Prämie ermöglicht Investitionen in größere Gasspeicher und Generatoren, so dass eine Verschiebung der Stromerzeugung um etwa zwölf Stunden ermöglicht wird.

Im Folgenden seien zwei Biomasse-Anlagen betrachtet, von denen eine vor und die andere ab dem 01.01.2012 in Betrieb gegangen sind, sich ansonsten in Leistung und auch in den Strommengen nicht unterscheiden. Die nötigen Investitionen, die durch die Flexibilitätsprämie angereizt werden sollen, unterscheiden sich für beide Anlagen nicht. Dem trägt das Gesetz dahingehend Rechnung, dass sich die Flexibilitätsprämie für beide Anlagen nicht unterscheidet, wenn es keinen Selbstverbrauch gibt. In diesem Fall sind erzeugte und eingespeiste Strommenge gleich und die Frage, wie die Bemessungsleistung zu berechnen ist, ist irrelevant. Wenn im Fall der Volleinspeisung kein Unterschied bei der Flexibilitätsprämie beider Anlagen besteht, besteht auch kein rationaler Grund, warum beide Anlagen im Fall eines Selbstverbrauchs eine unterschiedlich hohe Flexibilitätsprämie erhalten sollten. Wenn es keinen sachlichen Unterschied gibt, gebietet das Gleichbehandlungsgebot, dass auch die Flexibilitätsprämie in beiden Fällen gleich sein muss, was auf eine einheitliche Berechnung der Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung auf der Basis der erzeugten Strommenge hinausläuft.

Es sei an dieser Stelle klargestellt, dass sich die Strommenge des Selbstverbrauchs nur auf die Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung auswirkt. Die gemäß Anlage 3 Nr. II.2.1 EEG 2023 (gleichlautend in den früheren EEG-Versionen) berechnete Flexibilitätsprämie in ct/kWh ist im Anschluss mit der eingespeisten, direkt vermarkteten Strommenge zu multiplizieren, um die Flexibilitätsprämie in Euro zu erhalten. Für die Strommenge des Selbstverbrauchs – weder eingespeist noch direkt vermarktet – wird folglich keine Flexibilitätsprämie gewährt.

Weder der Wortlaut noch die Gesetzesbegründung liefern einen Anhaltspunkt, wie in einem Fall einer unterjährigen Änderung der installierten Leistung oder des eingesetzten Energieträgers vorgegangen werden soll. Eine „natürliche“ Lösung, wie ein auch immer gearteter Durchschnittswert berechnet werden könnte, gibt es aufgrund der Natur der Flexibilitätsprämie nicht. Sowohl die Änderung der installierten Leistung als auch des Energieträgers beeinflussen die in einem bestimmten Zeitraum erzeugte Strommenge im Verhältnis zur installierten Leistung. Doch genau dieses Verhältnis ist Kern der Berechnungsformel. Weder ein zeitlich gewichteter Durchschnitt noch ein nach der Strommenge gewichteter Durchschnitt der installierten Leistung oder des Energieträger-Korrekturfaktors wären sachlich gerechtfertigt. Alleine die Aufteilung des Kalenderjahres in einzelne Zeitabschnitte, innerhalb derer die installierte Leistung und Energieträger unverändert bleiben, ist sachlich gerechtfertigt und nach unserem Kenntnisstand bereits Branchenpraxis.

Der Widerspruch zu Anlage 3 Nr. I.2 Satz 1 EEG 2023, wonach die Flexibilitätsprämie kalenderjährlich zu berechnen ist, kann relativiert werden. Mit dieser Vorschrift möchte der Gesetzgeber verhindern, dass willkürlich für einzelne Monate unter analoger Anwendung der Berechnungsvorschrift eine Flexibilitätsprämie berechnet und an den Anlagenbetreiber gezahlt wird, obwohl bei einer Kalenderjahresbetrachtung die Anforderungen nicht erfüllt sind (z. B. Bemessungsleistung unterhalb 20 % der installierten Leistung) oder diese rechnerisch 0 ist. Dies deckt sich zudem mit der Logik der üblichen Jahresendabrechnungen, die sich auf ein vollständiges Kalenderjahr beziehen. Eine Aufteilung auf einzelne Zeiträume aufgrund Leistungsänderung oder Energieträgerwechsel ist dagegen nicht willkürlich, sondern objektiv begründet. Sollten sich nur für einzelne Zeiträume eine Flexibilitätsprämie ergeben, läge keine „Rosinenpickerei“ vor, sondern genau die Umstände, die der Gesetzgeber mit der Flexibilitätsprämie fördern bzw. gerade nicht fördern wollte.

Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Die gesetzliche Regelung wie auch deren Auslegung muss mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Der verfassungsmäßige Vertrauensschutz ist hinsichtlich der Leistungsstufen-Bemessungsleistung genüge getan. Hinsichtlich der Flexibilitätsprämien-Bemessungsleistung gibt es jedoch, wie im Abschnitt Entstehungsgeschichte ausgeführt, seit der Einführung im EEG 2012 keine zur erzeugten Strommenge abweichende Berechnungsgrundlage, entsprechend kann hierfür kein Vertrauensschutz geltend gemacht werden.

Das EEG unterliegt dem EU-Beihilferecht. Förderungen nach dem EEG dürfen nur nach der beihilferechtlichen Genehmigung und nur nach Maßgabe dieser Genehmigung angewandt werden. Im Rahmen der beihilferechtlichen Genehmigung des EEG 2017 wurde auch die Flexibilitätsprämie auf der Basis der Bemessungsleistung (also der erzeugten Strommenge) genehmigt. Das EU-Beihilferecht schließt eine Förderung über das erforderliche Maß aus. Entsprechend wäre eine höhere Flexibilitätsprämie, die sich aus der analogen Anwendung des § 18 Abs. 2 EEG 2009 für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2012 ergeben kann, nicht mit dem EU-Beihilferecht vereinbar und damit unzulässig.

Hinsichtlich der Fragestellung der zeitlichen Einschränkung und der getrennten Betrachtung der Zeiträume unterschiedlicher installierter Leistung wird kein Konflikt mit höherrangigem Recht gesehen.