

HINWEIS

2023/11-IV

26. Januar 2024

Die Clearingstelle EEG | KWKG¹ gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung der §§ 50, 50b EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 und §§ 52, 54 EEG 2014 i. V. m. der jeweiligen Anlage 3 dieser EEG-Fassungen (Flexibilitätsprämie):

1. Die „Bemessungsleistung“ gemäß

(a) §§ 50, 50b EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 und §§ 52, 54 EEG 2014 i. V. m. Anlage 3 Nr. I.1 Buchstabe b) der jeweiligen EEG-Fassung (sog. Mindestbemessungsleistung als eine Voraussetzung der Flexibilitätsprämie – Anspruchsgrund) und

(b) §§ 50, 50b EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 und §§ 52, 54 EEG 2014 i. V. m. Anlage 3 Nr. II.1 Spiegelstrich 1 der jeweiligen EEG-Fassung („P_{Bem}“ zur Ermittlung der Höhe der Flexibilitätsprämie – Anspruchshöhe)

wird auf Grundlage der *erzeugten* Strommengen i. S. v. § 5 Nr. 4 EEG 2014 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 ermittelt (s. Abschnitt 2.2).

2. Dies gilt auch für Biogasanlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden. Für diese Anlagen sind im Rahmen der Regelungen für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie ebenfalls die Definitionen der Bemessungsleistung des EEG 2014 bis EEG 2023 (lex specialis) anzuwenden (s. Abschnitt 2.3).

3. Für Biogasanlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, ist hingegen für die Ermittlung der Höhe der Einspeisevergütung oder des anzulegenden Werts für die Marktpremie (einschließlich Boni) weiterhin die Definition der Leistung aus § 18 Abs. 2 EEG 2009 (lex generalis) anzuwenden und die Leistung anhand der eingespeisten Kilowattstunden zu ermitteln (s. Rn. 49 ff.).

4. Für Biogasanlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind und bei denen aufgrund fehlender Erzeugungsmessung

¹Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern im Folgenden auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

keine Daten zum erzeugten Strom vorliegen, wird auf die Möglichkeiten der Ersatzwertbildung bzw. Plausibilisierung hingewiesen (s. Abschnitt 2.4).

Gliederung

1	Einleitung des Verfahrens	2
2	Herleitung	4
2.1	Anzuwendendes Recht	5
2.2	Bemessungsleistung für Anlagen, die ab dem 1. Januar 2012 und bis zum 31. Dezember 2014 in Betrieb genommen wurden	7
2.2.1	Rechtslage seit dem 1. August 2014 – Regelungen des EEG 2014 bis EEG 2023	8
2.2.2	Rechtslage bis zum 31. Juli 2014 – Regelungen des EEG 2012	11
2.3	Bemessungsleistung für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind	12
2.3.1	Wortlaut	13
2.3.2	Systematik	14
2.3.3	Historie und Genese	17
2.3.4	Regelungszweck	23
2.4	Rat zur Praxis zur Messung und Zählersetzung	26
2.5	Sonstiges	29

1 Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Kammer IV der Clearingstelle hat am 30. Januar 2023 durch ihre Mitglieder Kaps², Richter und Werle beschlossen, zu folgender Frage ein Hinweisverfahren einzuleiten:

²An die Stelle des Kammermitglieds Kaps ist nach deren Austritt aus der Clearingstelle nach dem Geschäftsverteilungsplan vom 15.05.2023 das Kammermitglied Bleyl getreten.

1. Was ist die „Bemessungsleistung“ gemäß §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 Nr. I.1.b EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 und §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 Nr. I.1.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?
- 2 Es handelt sich dabei um eine abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfrage, für deren Beantwortung der Clearingstelle die Durchführung eines Empfehlungsverfahrens nicht geboten erscheint.
 - 3 Der Einleitung voraus gingen an die Clearingstelle gerichtete Anregungen, zur Auslegung der o. g. Vorschriften ein Hinweisverfahren einzuleiten. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass in der Praxis große Unsicherheit herrsche, ob bei Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, die Flexibilitätsprämie anhand der erzeugten oder der eingespeisten Kilowattstunden zu bestimmen sei.
 - 4 Die von der Clearingstelle nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 der Verfahrensvorschriften der Clearingstelle (VerfO)³ akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 2 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben gemäß § 25b Abs. 2 Sätze 1 und 2 VerfO bis zum 28. Februar 2023 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme erhalten. Die Stellungnahmen der Steuerungsgruppe Horizontaler Belastungsausgleich (im Folgenden: SG HoBA), des Bundesverbandes Kraft-Wärme-Kopplung e. V. (im Folgenden: B.KWK), des Fachverbandes Biogas (im Folgenden: FvB) und des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (im Folgenden: BDEW) sind fristgerecht eingegangen. Die Stellungnahme des Bundesverbandes Erneuerbare Energie e. V. (im Folgenden: BEE) ist verfristet eingegangen, aber im Wesentlichen inhaltsgleich mit der des FvB.⁴ Alle Stellungnahmen wurden bei der Beratung und Beschlussfassung berücksichtigt.
 - 5 Die Beschlussvorlage haben gemäß § 25b Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerfO die Mitglieder Kahl und Richter erstellt.

³Verfahrensvorschriften der Clearingstelle v. 01.10.2007 in der Fassung v. 27.07.2021, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>, nachfolgend bezeichnet als VerfO.

⁴Alle Stellungnahmen sind unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinww/2023/11-IV> abrufbar.

2 Herleitung

- 6 Die „Bemessungsleistung“ einer Anlage zur Ermittlung des Anspruchs auf Flexibilitätsprämie (§§ 50, 50b EEG 2017⁵/EEG 2021⁶/EEG 2023⁷ und §§ 52, 54 EEG 2014⁸ i. V. m. Anlage 3 der jeweiligen EEG-Fassung) wird anhand der *erzeugten* Kilowattstunden bestimmt – sowohl für den Anspruch dem Grund als auch der Höhe nach.
- 7 Dies gilt für alle Anlagen, die die Flexibilitätsprämie in Anspruch nehmen können, also sowohl für
- Anlagen, die ab 1. Januar 2012 bis 31. Juli 2014 (unter dem EEG 2012⁹) oder als Übergangsanlagen¹⁰ bis 31. Dezember 2014 in Betrieb genommen wurden (s. Abschnitt 2.2)¹¹ als auch für

⁵Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728) sowie Art. 6 des Gesetzes v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1818), rückwirkend geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

⁶Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes v. 20.12.2022 (BGBl. I S. 2512), nachfolgend bezeichnet als EEG 2021. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2021/arbeitsausgabe>.

⁷Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 13 des Gesetzes v. 22.12.2023 (BGBl. I Nr. 405), nachfolgend bezeichnet als EEG 2023. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2023/arbeitsausgabe>.

⁸Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

⁹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Art. 5 des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

¹⁰S. dazu Rn. 10.

¹¹Ebenso alle eingegangenen Stellungnahmen.

- Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 (unter Geltung des EEG 2009¹², EEG 2004¹³ oder EEG 2000¹⁴) in Betrieb genommen wurden (s. Abschnitt 2.3)¹⁵.

8 Für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden und keinen Erzeugungszähler aufweisen, können zur Ermittlung der Flexibilitätsprämie ggf. Ersatzwerte gebildet werden (s. Abschnitt 2.4).

2.1 Anzuwendendes Recht

- 9 Die Flexibilitätsprämie kann für den direktvermarkteten Strom aus Biogasanlagen in Anspruch genommen werden, die **vor dem 1. August 2014** (also unter dem EEG 2012, EEG 2009, EEG 2004 und EEG 2000) in Betrieb genommen wurden.
- 10 Zudem kann sie für Biogasanlagen in Anspruch genommen werden, die **ab dem 1. August 2014 und bis zum 31. Dezember 2014** in Betrieb genommen worden sind, nach dem BauGB¹⁶ genehmigungsbedürftig waren und bereits vor dem 23. Januar 2014 genehmigt wurden.¹⁷ Obwohl diese Anlagen nach Außerkrafttreten des EEG 2012 in Betrieb genommen wurden, sind sie grundsätzlich wie unter dem EEG 2012 in Betrieb genommene Anlagen zu fördern¹⁸ (im Folgenden: Übergangsanlagen).

¹² Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

¹³ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004>.

¹⁴ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes v. 29.03.2000 (BGBl. I S. 305), zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.12.2003 (BGBl. I S. 3074), außer Kraft gesetzt durch Art. 4 Satz 2 des Gesetzes v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), nachfolgend bezeichnet als EEG 2000, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2000>.

¹⁵ Ebenso Stellungnahmen der SG HoBA, S. 1 f.; des BDEW, S. 17 ff. und des B.KWK, S. 2. Teilweise anderer Ansicht Stellungnahme des FvB, S. 5, 7 und 17, die dies für vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen auf den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie dem Grund nach beschränkt.

¹⁶ Baugesetzbuch i. d. Fassung der Bekanntmachung v. 3.11.2017 (BGBl. I S. 3634), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 20.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 394).

¹⁷ § 50b Satz 4 und § 100 Abs. 4 EEG 2017 (i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) EEG 2023 und § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021).

¹⁸ Gemäß § 100 Abs. 4 i. V. m. Abs. 2 EEG 2017 (i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) EEG 2023 und § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021); dies gilt rückwirkend zum 1. August 2014.

- 11 Vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Juli 2014 richtete sich der Anspruch auf Flexibilitätsprämie nach § 33i i. V. m. Anlage 5 **EEG 2012** – sowohl für Anlagen, die ab dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, als auch für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden (§ 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012), also sowohl für Neuanlagen als auch Bestandsanlagen i. S. d. EEG 2012.
- 12 Zum 1. August 2014 wurden diese Vorschriften vollständig durch §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 **EEG 2014** abgelöst. Die Flexibilitätsprämie galt zudem nur noch für Bestandsanlagen i. S. d. EEG 2014, d. h. für solche Anlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden (§§ 54 i. V. m. 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe e) EEG 2014).¹⁹ Für Neuanlagen wurde stattdessen der Flexibilitätszuschlag (§§ 52, 53 EEG 2014 bzw. §§ 50, 50a EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023) geschaffen.
- 13 Inwieweit ab dem 1. Januar 2017 die §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 **EEG 2017** für alle vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommene Bestandsanlagen (zzgl. Übergangsanlagen) anzuwenden waren oder nur für solche, für die die Flexibilitätsprämie erstmals ab diesem Datum in Anspruch genommen wurde, ergibt sich aus den Bestimmungen des EEG 2017 nicht eindeutig.²⁰
- 14 Seit dem 1. Januar 2021 sind die §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 **EEG 2021**²¹ anstelle von §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 EEG 2017 anzuwenden, wenn der Betreiber nach dem 31. Dezember 2020 erstmalig die zur Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie zusätzlich installierte Leistung an das Marktstammdatenregister gemeldet hat (§ 100 Abs. 2 Nr. 12 EEG 2021).
- 15 Inwieweit seit dem 1. Januar 2023 die §§ 50, 50b i. V. m. Anlage 3 **EEG 2023** für alle oder nur für bestimmte Bestandsanlagen anzuwenden sind,²² ist ebenfalls nicht abschließend geklärt.

¹⁹Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 12. Vgl. hierzu auch *Clearingstelle*, Votum v. 19.12.2016 – 2016/41, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/41>, Rn. 31; *Clearingstelle*, Schiedsspruch v. 17.09.2019 – 2019/22, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2019/22>, Rn. 104.

²⁰S. hierzu *Clearingstelle*, Schiedsspruch v. 17.09.2019 – 2019/22, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2019/22>, Rn. 96 f. und 106 ff. mit weiteren Nachweisen.

²¹Einschließlich der gesteigerten Anforderungen an den flexiblen Betrieb gemäß § 50 Abs. 3 EEG 2021.

²²Gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2023 gelten grundsätzlich die bisherigen Vorschriften und Übergangsvorschriften des EEG 2017 fort.

16 Nahe liegt, dass unter dem EEG 2017 und EEG 2023 – ähnlich wie unter dem EEG 2021 – im Grundsatz

- die Regelungen zur Flexibilitätsprämie der jeweils aktuellen Fassung des EEG anzuwenden sind, wenn für die Anlage unter Geltung der vorherigen EEG-Fassungen noch keine Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen wurde, hingegen
- die Regelungen zur Flexibilitätsprämie einer Vorgängerfassung des EEG fortgelten, wenn die Flexibilitätsprämie bereits unter dieser Fassung erstmals in Anspruch genommen wurde und die Übergangsbestimmungen der Nachfolgefassungen die Fortgeltung dieser Vorschriften anordnen.²³

17 Im Folgenden werden daher alle Regelungen zur Flexibilitätsprämie berücksichtigt (EEG 2014 bis EEG 2023; inzwischen abgelöst: EEG 2012).

2.2 Bemessungsleistung für Anlagen, die ab dem 1. Januar 2012 und bis zum 31. Dezember 2014 in Betrieb genommen wurden

18 Für Anlagen, die

- ab 1. Januar 2012 und bis 31. Juli 2014 (Neuanlagen i. S. d. EEG 2012) oder
- ab 1. August 2014 und bis 31. Dezember 2014 (Übergangsanlagen, s. Rn. 10)

in Betrieb genommen worden sind (im Folgenden: Anlagen aus dem EEG 2012), ist die Bemessungsleistung für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie auf Grundlage der *erzeugten* Strommengen zu berechnen. Dies gilt für den Anspruch sowohl dem Grund als auch der Höhe nach.²⁴

19 Auch im Übrigen, insbesondere für den Anspruch auf die Marktprämie und die Einspeisevergütung, wird die Bemessungsleistung anhand der erzeugten Kilowattstunden ermittelt.

20 Dies ergibt sich seit dem 1. August 2014 aus den Regelungen zur Flexibilitätsprämie und der Bemessungsleistung des EEG 2014 bis EEG 2023 (s. Abschnitt 2.2.1) und ergab sich zuvor aus den entsprechenden Regelungen des EEG 2012 (s. Abschnitt 2.2.2).

²³Zu Ausnahmen s. *Clearingstelle*, Schiedsspruch v. 17.09.2019 – 2019/22, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2019/22>, Rn. 111.

²⁴Ebenso alle eingegangenen Stellungnahmen: *BDEW*, S. 3; *B.KWK*, S. 2 f.; *FvB*, S. 15; *SG HoBA*, S. 3 f.

2.2.1 Rechtslage seit dem 1. August 2014 – Regelungen des EEG 2014 bis EEG 2023

- 21 **Bemessungsleistung für die Flexibilitätsprämie** Die Vorschriften des EEG 2014 bis EEG 2023 zur Flexibilitätsprämie stellen für den Anspruch sowohl dem Grund (jeweils Anlage 3 Nr. I.1. Buchstabe b)) als auch der Höhe (jeweils Anlage 3 Nr. II.1 Spiegelstrich 1) nach auf die erzeugte Leistung ab.
- 22 So lautet Anlage 3 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023:

„I. Voraussetzungen der Flexibilitätsprämie

1. Anlagenbetreiber können die Flexibilitätsprämie verlangen,

...

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

...

II. Höhe der Flexibilitätsprämie

1. Begriffsbestimmungen

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.

...

2. Berechnung

2.1 Die Höhe der Flexibilitätsprämie nach § 50b („FP“) in Cent pro Kilowattstunde direkt vermarkteten und tatsächlich eingespeisten Stroms wird nach der folgenden Formel berechnet:

$$FP = \frac{P_{Zusatz} \times KK \times 100 \frac{\text{Cent}}{\text{Euro}}}{P_{Bem} \times 8760 \text{ h}}$$

2.2 ¹ „ P_{Zusatz} “ wird nach der folgenden Formel berechnet:

$$P_{Zusatz} = P_{inst} - (f_{Kor} \times P_{Bem})$$

...²⁵

- 23 Was die „Bemessungsleistung“ i. S. v. Anlage 3 Nr. II.1 Spiegelstrich 1 EEG 2014 bis EEG 2023 ist, richtet sich nach der Legaldefinition der Bemessungsleistung in den Begriffsbestimmungen der jeweiligen EEG-Fassung (§ 5 Nr. 4 EEG 2014 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023). Die Anlage 3 EEG 2014 bis EEG 2023 enthält zwar keinen ausdrücklichen Verweis auf die Legaldefinition; eine Legaldefinition, die sich in den allgemeinen „Begriffsbestimmungen“ am Anfang eines Gesetzes befindet, gilt jedoch für jede spätere Erwähnung des definierten Begriffs im selben Gesetz, ohne dass es eines Verweises bedarf.²⁶ Dies bestätigt auch der Eingangssatz der jeweiligen Begriffsbestimmungen („Im Sinne dieses Gesetzes ist oder sind...“).
- 24 Die **Legaldefinitionen** des EEG 2014 bis EEG 2023 stellen für die Bemessungsleistung allesamt auf die erzeugten Kilowattstunden ab. So definieren § 5 Nr. 4 EEG 2014 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 bis EEG 2023 die „Bemessungsleistung“ einer Anlage 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“.²⁷

- 25 Dahinstehen kann daher, ob Anlage 3 des EEG 2014 bis EEG 2023 sogar eine eigene Definition der Bemessungsleistung enthält und unabhängig von den allgemeinen Begriffsbestimmungen angewendet werden kann – also schon ein Rückschluss aus Anlage 3 Nr. II.1 Spiegelstrich 1 Halbsatz 2 („im ersten und im zehnten Kalenderjahr ...“; sog. Rumpfberechnung) ergibt, dass die Bemessungsleistung auch in allen übrigen Jahren anhand

²⁵ Unterstreichungen, Hervorhebungen in Fettdruck und Auslassungen nicht im Original.

²⁶ Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., (BANz. Nr. 160a v. 22.09.2008), abrufbar <https://www.bmj.de>, S. 79 und 113; Bundesministerium der Justiz, Referat D A 1, Zur Gestaltung und Prüfung von Gesetz- und Verordnungsentwürfen, Stand: Januar 2023, abrufbar unter <https://www.bmj.de>, S. 8 und 79. Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 6, und des FvB, S. 5 f. Soweit Clearingstelle, Hinweis v. 16.12.2015 – 2015/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2015/27>, Leitsatz 3 abweichend hiervon für die Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 EEG 2014 für vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen die Leistungsdefinition des EEG 2009 zugrundlegt, folgt dies dort aufgrund eines anderen Zusammenhangs sowie aus Sinn und Zweck. S. hierzu auch Stellungnahme des B.KWK, S. 2 f.

²⁷ Hervorhebung in Fettdruck und Auslassung nicht im Original.

der erzeugten Kilowattstunden zu berechnen ist.²⁸ Der Begriff der Bemessungsleistung in Anlage 3 des EEG 2014 bis EEG 2023 deckt sich jedenfalls mit der Legaldefinition der Bemessungsleistung des EEG 2014 bis EEG 2023.

26 Die Bemessungsleistung ist für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie sowohl dem **Grund** (Anlage 3 Nr. I EEG 2014 bis EEG 2023) als auch der **Höhe** (Anlage 3 Nr. II EEG 2014 bis EEG 2023) nach anhand der erzeugten Kilowattstunden zu bestimmen. Halbsatz 3 von Anlage 3 Nr. II.1 Spiegelstrich 1 („dies gilt *nur* für die ... Berechnung der *Höhe* der Flexibilitätsprämie“) regelt *nicht*, dass für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie dem Grund nach etwas anderes als die erzeugten Kilowattstunden zugrundezulegen sind. Er regelt lediglich, dass der vorhergehende Halbsatz 2 („im ersten und im zehnten Kalenderjahr der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie“; sog. Rumpfberechnung) nur für die Flexibilitätsprämie gilt, nicht für sonstige Vorschriften.²⁹ Der Begriff „Höhe“ ist hier nicht als „Anspruchshöhe“ im engen Sinn zu verstehen.

27 **Bemessungsleistung im Übrigen** Für Anlagen aus dem EEG 2012 ist seit Inkrafttreten des EEG 2014 im Allgemeinen die Legaldefinition der Bemessungsleistung aus den allgemeinen Begriffsbestimmungen des EEG 2014 anzuwenden (gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Buchstabe b) EEG 2017).³⁰

28 Für Anlagen, die unter Geltung des EEG 2012 in Betrieb genommen wurden (zzgl. der Übergangsanlagen) und die die Flexibilitätsprämie des EEG 2014, EEG 2017, EEG 2021 oder EEG 2023 in Anspruch nehmen, bestehen aber im Ergebnis keine Unterschiede zwischen der für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie nach der jeweiligen EEG-Fassung und der für die übrigen Förderansprüche anzuwendenden „Bemessungsleistung“, da die Legaldefinitionen der Bemessungsleistung des EEG 2014 bis EEG 2023 inhaltsgleich sind.

29 Für diese Anlagen sind daher sowohl die Flexibilitätsprämie als auch die Höhe des Anspruchs auf Einspeisevergütung³¹ oder des anzulegenden Werts für die Marktprämie³²

²⁸So Stellungnahme der SG HoBA, S. 4. Vgl. auch die Stellungnahme des BDEW, S. 14.

²⁹Die Rumpfberechnung (Anlage 3 Nr. II.1 Spiegelstrich 1 Halbsatz 2 EEG 2014 bis EEG 2023) gilt gerade auch für die Ermittlung der Mindestbemessungsleistung (Anlage 3 Nr. I.1. Buchstabe b) EEG 2014 bis EEG 2023). Andernfalls kann bspw. bei einem unterjährigen Zubau installierter Leistung zur Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie die nach dem Zubau erreichte Mindestbemessungsleistung nicht korrekt ermittelt werden.

³⁰I. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) EEG 2023 und § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021. Zuvor galt dies gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe b) EEG 2014.

³¹Diese Ansprüche richten sich nach den Vergütungsregelungen des EEG 2012; s. § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EEG 2017 (i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) EEG 2023 und § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021).

³²Dies Ansprüche auf Marktprämie richteten sich bis 31.07.2014 nach den Vorschriften des EEG 2012. Seit 01.08.2014 richten sie sich nach den Vorschriften des EEG 2014, für die anzulegenden Werte ist aber weiterhin auf das EEG 2012 abzustellen; s. § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und 5 EEG 2017 (i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchsta-

anhand der erzeugten Kilowattstunden zu ermitteln.

2.2.2 Rechtslage bis zum 31. Juli 2014 – Regelungen des EEG 2012

- 30 Dies ergibt auch die historische Betrachtung, d. h. der Vergleich mit den Vorgängerfassungen des EEG. Auch bis 31. Juli 2014 war für Anlagen, die ab dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, die Bemessungsleistung anhand der erzeugten Kilowattstunden zu bestimmen.
- 31 Auch hier stellten die Regelungen für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie dem Grund (§ 33i Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012) und der Höhe (§ 33i Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Anlage 5 EEG 2012) nach sowie die Legaldefinition in den allgemeinen Begriffsbestimmungen (§ 3 Nr. 2a EEG 2012) für die Bemessungsleistung auf die erzeugten Strommengen ab.
- 32 **Bemessungsleistung für die Flexibilitätsprämie** Gemäß § 33i Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012 bestand ein Anspruch auf die Flexibilitätsprämie, 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 § 33i Abs. 2 Satz 2 EEG 2012 erfolgte auch die Berechnung der Höhe der Flexibilitätsprämie nach Anlage 5.
- 33 Anlage 5 Nr. 1 erster Spiegelstrich EEG 2012 lautete:

„Im Sinne dieser Anlage ist ‚ P_{Bem} ‘ **die Bemessungsleistung** der Anlage **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“.³³

- 34 Die Regelungen zur Flexibilitätsprämie des EEG 2012 enthielten mithin einen *ausdrücklichen Verweis* auf die Legaldefinition der Bemessungsleistung in § 3 Nr. 2a EEG 2012. Diese lautet:

be b) EEG 2023 und § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021). Vereinzelt sind Regelungen aus Nachfolgefassungen anzuwenden (s. z. B. Anlage 1 Nr. 2 EEG 2023).

³³Hervorhebungen in Fettdruck nicht im Original.

„**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“.³⁴

Bemessungsleistung im Übrigen Auch im Übrigen war für Anlagen aus dem EEG 2012 die Legaldefinition des EEG 2012 anzuwenden und damit u. a. auch die Marktprämie oder Einspeisevergütung anhand der erzeugten Kilowattstunden zu ermitteln.³⁵

2.3 Bemessungsleistung für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind

- 35 Auch für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 (unter Geltung des EEG 2009, EEG 2004 oder EEG 2000) in Betrieb genommen wurden, wird der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie dem Grund und der Höhe³⁶ nach anhand der *erzeugten* Kilowattstunden ermittelt.³⁷
- 36 Denn im Rahmen von Anlage 3 EEG 2014 bis EEG 2023 sind die Legaldefinitionen der Bemessungsleistung dieser EEG-Fassungen (§ 5 Nr. 4 EEG 2014 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023) anzuwenden.
- 37 Die Legaldefinition der Leistung aus § 18 Abs. 2 EEG 2009 ist für vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommene Anlagen hingegen für die Berechnung von Ansprüchen auf Einspeisevergütung³⁸ oder Marktprämie³⁹ anzuwenden. Diese sind daher weiterhin auf Grundlage der *eingespeisten* Strommenge zu ermitteln.
- 38 Dies ergibt sich zwar nicht schon eindeutig aus dem Wortlaut des Gesetzes (s. Abschnitt 2.3.1), aber aus der Gesetzessystematik (s. Abschnitt 2.3.2), der Gesetzeshistorie (s. Abschnitt 2.3.3) sowie dem Regelungszweck der Flexibilitätsprämie (s. Abschnitt 2.3.4).

³⁴Hervorhebungen in Fettdruck nicht im Original.

³⁵Gemäß § 33g ff. oder § 27 ff. i. V. m. § 3 Nr. 2 EEG 2012.

³⁶Andere Ansicht Stellungnahme des *FvB*, S. 7 und 17. Ebenso Stellungnahme des *BDEW*, S. 4 und 21; des *B.KWK*, S. 4; und der *SG HoBA*, S. 2 und 5.

³⁷Zum Anspruch dem Grund nach: Ebenso alle eingegangenen Stellungnahmen (*BDEW*, S. 4 und 21; *B.KWK*, S. 4; *FvB*, S. 7 und 15; *SG HoBA*, S. 1).

³⁸Diese Ansprüche richten sich grundsätzlich nach den Vergütungsregelungen des EEG 2009 und ggf. den Vorgängerfassungen; s. § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Buchstabe c) EEG 2017 (i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) EEG 2023 und § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021).

³⁹Diese Ansprüche richten sich in der Regel nach den Vorschriften des EEG 2014; s. § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Buchstabe d) EEG 2017 (i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) EEG 2023 und § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021) und ggf. zusätzlich nach den Nachfolgefassungen; s. z. B. Anlage 1 Nr. 2 EEG 2023.

2.3.1 Wortlaut

39 Der Gesetzeswortlaut ist für vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen nicht eindeutig, da für diese einerseits die Vorschriften zur Flexibilitätsprämie des EEG 2014 bis EEG 2023 anzuwenden sind (s. Abschnitt 2.1), andererseits die Legaldefinition der Leistung aus § 18 Abs. 2 EEG 2009 fortgilt,⁴⁰ und diese auf unterschiedlichen Leistungsbegriffen beruhen.⁴¹

40 § 18 EEG Abs. 1 und 2 EEG 2009 lauten:

„§ 18 Vergütungsberechnung

(1) Die Höhe der Vergütung für Strom, der in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet wird, bestimmt sich jeweils anteilig nach der Leistung der Anlage im Verhältnis zu dem jeweils anzuwendenden **Schwellenwert**.

(2) 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.“⁴²

41 Die vom Netzbetreiber gemäß § 18 Abs. 2 EEG 2009 „abgenommenen“ Kilowattstunden sind nicht die erzeugten, sondern nur die *ingespeisten* Kilowattstunden.

42 Gegen die Ausfüllung des Begriffs „Bemessungsleistung“ in Anlage 3 EEG 2014 bis EEG 2023 durch § 18 Abs. 2 EEG 2009 spricht einerseits, dass § 18 Abs. 2 EEG 2009 diesen Begriff nicht verwendet.⁴³ Diesen enthalten nur die Legaldefinitionen des EEG 2012 bis EEG 2023. Andererseits war in der Praxis dieser Begriff auch schon vor Inkrafttreten des EEG 2012 zur Benennung der Leistung aus § 18 Abs. 2 EEG 2009 gebräuchlich.

⁴⁰Gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Buchstabe a) EEG 2017 (i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) EEG 2023 und § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021).

⁴¹Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 7 („bedingte Normenkollision“).

⁴²Hervorhebung in Fettdruck und Auslassungen nicht im Original. Die abweichende Leistung nach § 3 Nr. 6 EEG 2009 ist die installierte Leistung.

⁴³Ebenso Stellungnahme der SG HoBA, S. 3, derzufolge das EEG daher keine als „Bemessungsleistung“ bezeichnete Leistung kennt, die auf die eingespeisten Strommengen abstellt.

2.3.2 Systematik

- 43 Die Gesetzssystematik spricht dafür, dass der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie auch für vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen anhand der *erzeugten* Kilowattstunden zu ermitteln ist.
- 44 Die „Bemessungsleistung“ i. S. v. Anlage 3 EEG 2014 bis EEG 2023 ist nach allgemeinen gesetzssystematischen Grundsätzen anhand der Legaldefinition in den allgemeinen Begriffsbestimmungen der jeweiligen EEG-Fassung (§ 5 Nr. 4 EEG 2014 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017 bis EEG 2023) zu bestimmen.⁴⁴ Es ist daher unerheblich, dass die EEG 2014 bis EEG 2023 in ihren Übergangsbestimmungen nicht ausdrücklich anordnen, dass diese Definitionen im Rahmen ihrer jeweiligen Anlage 3 auch für vor 2012 in Betrieb genommene Biogasanlagen anzuwenden ist.
- 45 Dass im Rahmen von Anlage 3 EEG 2014 bis EEG 2023 die Bemessungsleistung i. S. d. allgemeinen Begriffsbestimmungen des EEG 2014 bis EEG 2023 anzuwenden ist, wird auch dadurch bestätigt, dass Anlage 3 EEG 2014 bis EEG 2023 in der sog. Rumpffahrberechnung (Anlage 3 Nr. II.1 Spiegelstrich 1 Halbsatz 2) ausdrücklich auf die erzeugten Kilowattstunden abstellt.
- 46 Die Fassungen des EEG 2014 bis EEG 2023 enthalten zudem keine sonstige Anordnung, derzufolge bei Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie statt der Definition der Bemessungsleistung der jeweiligen EEG-Fassung die Definition der Leistung aus § 18 Abs. 2 EEG 2009 anzuwenden ist.
- 47 Zwar ist für diese Anlagen gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 **Buchstabe a)** EEG 2017⁴⁵ die Legaldefinition der Leistung aus § 18 Abs. 2 EEG 2009 weiterhin anzuwenden.
- 48 Diese Geltungsanordnung lässt sich jedoch systematisch von den Regelungen zur Flexibilitätsprämie abgrenzen, die für diese Anlagen entweder ebenfalls per Übergangsbestimmung – z. B. gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 **Buchstabe e)** EEG 2017⁴⁶ – oder direkt (vgl. Rn. 16) anzuwenden sind.
- 49 Denn die (Fort-)Geltung von § 18 Abs. 2 EEG 2009 ist systematisch auf diejenigen Förderungen beschränkt, die gemäß § 18 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 EEG 2009 anteilig nach **Leistungs-**

⁴⁴Im Ergebnis wohl ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 8. Siehe auch Rn. 23

⁴⁵I. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) EEG 2023 und § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021.

⁴⁶I. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) EEG 2023 und § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021. Oder gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) EEG 2023, § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021 i. V. m. §§ 50, 50b EEG 2017, wenn kein Fall von § 100 Abs. 2 Nr. 12 EEG 2021 vorliegt.

schwelen gestaffelt sind.⁴⁷ Hierzu gehören z. B. Regelungen zur Höhe der Einspeisevergütung und zur Höhe des anzulegenden Werts für die Marktprämie, die gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Buchstabe c) und Buchstabe d) EEG 2017⁴⁸ ebenfalls weiterhin anzuwenden sind – nicht jedoch die Flexibilitätsprämie.

- 50 Der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie ist in seinen Voraussetzungen bzw. seinem **Grund** nach nicht anteilig nach Leistungsschwellen gestaffelt. Er setzt nur voraus, dass die Anlage u. a. eine bestimmte Mindestbemessungsleistung erreicht (das 0,2-fache bzw. 20% der installierten Leistung; Anlage 3 Nr. I.1 EEG 2014 bis EEG 2023).
- 51 Der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie ist auch der **Höhe** nach nicht anteilig nach Leistungsschwellen gestaffelt. Sie beträgt grundsätzlich 130 € pro Kilowattstunde flexibel bereitgestellter zusätzlicher Leistung (§ 50b Satz 2 EEG 2017 bis EEG 2023 bzw. § 54 Satz 2 EEG 2014). Dies ist ein „einheitlicher“ Satz.
- 52 Dies ergibt sich auch aus der Berechnung der Flexibilitätsprämie gemäß Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2014 bis EEG 2023. Durch diese Berechnung werden für die jeweilige konkrete Anlage die zusätzliche Leistung sowie die Prämienhöhe ermittelt. Die so ermittelte Prämie zahlt der zuständige Netzbetreiber auf die direktvermarkteten bzw. eingespeisten Strommengen aus. Der Prämienatz ist auch danach nicht nach verschiedenen Leistungsanteilen gestaffelt, sondern – im Bereich zwischen minimaler und maximaler zusätzlicher Leistung (d. h. in einer Höhe von 20% bis 50% der installierten Leistung) – nur umso höher, je höher die zusätzliche Leistung ist.⁴⁹
- 53 So wird P_{Zusatz} ermittelt, indem von der installierten Leistung die mit einem einsatzstoffbezogenen Korrekturfaktor (f_{kor}) multiplizierte Bemessungsleistung abgezogen wird. Als Leistungsgrenzen bzw. -korridor für P_{Zusatz} gilt neben der Mindestbemessungsleistung (da 0,2-fache bzw. 20% der installierte Leistung) die Vorgabe, dass maximal das 0,5-fache bzw. 50% der installierten Leistung angesetzt werden kann.⁵⁰
- 54 In die Berechnungsformel fließen zudem u. a. die in § 50b Satz 2 EEG 2017 bis EEG 2013/§ 54 Satz 2 EEG 2014 genannte Kapazitätskomponente (KK) von 130 € pro Kilowatt, die Bemessungsleistung und die jeweiligen Jahresstunden ein.

⁴⁷ Ebenso Stellungnahme des FvB, S. 8 sowie im Ergebnis Stellungnahme der SG HoBA, S. 3; Hennig/Ekardt, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 50b Rn. 15. Anderer Ansicht: von Hesler, in: Baumann/Gabler/Günther (Hrsg.), EEG Handkommentar, 1. Aufl. 2020, Anlage 3 (zu § 50b) Rn. 8. Offengelassen: Huber/(Hinsch/Holzappel), in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl., § 30 Rn. 17.

⁴⁸ I. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) EEG 2023 und § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021.

⁴⁹ Wohl ebenso Stellungnahme des B.KWK, S. 2.

⁵⁰ Soweit die zusätzliche Leistung hierüber hinausgeht, wird sie also rechnerisch nicht berücksichtigt und nicht gefördert.

55 Anlage 3 Nr. II.2 EEG 2014 bis EEG 2023 lautet:

„2. Berechnung

2.1 Die Höhe der Flexibilitätsprämie nach § 50b („FP“) in Cent pro Kilowattstunde direkt vermarkteten und tatsächlich eingespeisten Stroms wird nach der folgenden Formel berechnet:

$$FP = \frac{P_{Zusatz} \times KK \times 100 \frac{\text{Cent}}{\text{Euro}}}{P_{Bem} \times 8760 \text{ h}}$$

2.2 ¹ „ P_{Zusatz} “ wird nach der folgenden Formel berechnet:

$$P_{Zusatz} = P_{inst} - (f_{Kor} \times P_{Bem})$$

Dabei beträgt „ f_{Kor} “

- bei Biomethan: 1,6 und
- bei Biogas, das kein Biomethan ist: 1,1.

²Abweichend von Satz 2 wird der Wert „ P_{Zusatz} “ festgesetzt

- mit dem Wert Null, wenn die Bemessungsleistung die 0,2fache installierte Leistung unterschreitet,
- mit dem 0,5fachen Wert der installierten Leistung „ P_{inst} “, wenn die Berechnung ergibt, dass er größer als der 0,5fache Wert der installierten Leistung ist.

2.3 „ KK “ beträgt 130 Euro pro Kilowatt.

2.4 Ergibt sich bei der Berechnung der Flexibilitätsprämie ein Wert kleiner null, wird abweichend von Nummer 1 der Wert „FP“ mit dem Wert null festgesetzt.“

56 § 18 Abs. 2 EEG 2009 (Leistungsdefinition für nach Leistungsschwellen gestaffelte Förderungen) kann daher im Rahmen von Anlage 3 des EEG 2014 bis EEG 2023 nicht angewendet werden. Dies bestätigt, dass die Definition der Bemessungsleistung aus den Begriffsbestimmungen des EEG 2014 bis EEG 2023 anzuwenden sind.

57 § 18 Abs. 2 EEG 2009 kann mithin auch nicht *analog* angewendet werden, da die Anlage 3 des EEG 2014 bis EEG 2023 keine entsprechende Regelungslücke aufweist.⁵¹

⁵¹Im Ergebnis ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 19 f.

- 58 Auch wenn man davon ausgeht, dass Anlage 3 Nr. II.1 Spiegelstrich 1 Halbsatz 2 EEG 2014 bis EEG 2023 eine *eigene*, von den allgemeinen Begriffsbestimmungen des EEG 2014 bis EEG 2023 unabhängige Legaldefinition der Bemessungsleistung enthält,⁵² ist § 18 Abs. 2 EEG 2009 erst recht nicht direkt oder analog auf Anlage 3 des EEG 2014 bis EEG 2023 anzuwenden.⁵³
- 59 § 18 Abs. 2 EEG 2009 weist im Ergebnis einen engeren Anwendungsbereich auf als die Definitionen der Bemessungsleistung aus § 5 Nr. 4 EEG 2014 bzw. § 3 Nr. 6 EEG 2017 bis EEG 2023. Er befindet sich in der Vorschrift zur Vergütungsberechnung (§ 18 EEG 2009) und ist nur auf nach Leistungsschwellen gestaffelte Förderungen des EEG 2009 und der Vorgängerfassungen anzuwenden. Die o. g. Definitionen der Bemessungsleistung des EEG 2014 bis EEG 2013 befinden sich hingegen unter den allgemeinen Begriffsbestimmungen und sind sowohl auf nach Leistungsschwellen gestaffelte Förderungen⁵⁴ als auch auf weitere Förderinstrumente dieser EEG-Fassungen wie z. B. die Flexibilitätsprämie anzuwenden.⁵⁵
- 60 Für vor 2012 in Betrieb genommene Biogasanlagen ist § 18 Abs. 2 EEG 2009 dennoch *lex generalis*⁵⁶, weil er für diese Anlagen grundsätzlich für die Bestimmung der Förderhöhe anzuwenden ist. Die Definition der Bemessungsleistung des EEG 2014 bis EEG 2023⁵⁷ ist für diese Anlagen hingegen *lex specialis*⁵⁸, da sie nur in bestimmten Fällen – hier für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie – anzuwenden ist.⁵⁹

2.3.3 Historie und Genese

- 61 Die Entstehungsgeschichte der Flexibilitätsprämie sowie der Legaldefinitionen der „Leistung“ und „Bemessungsleistung“ bestätigen, dass für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie auch für vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen zur Bestimmung der Bemessungsleistung die erzeugten Kilowattstunden heranzuziehen sind.

⁵²S. Rn. 25.

⁵³Ebenso Stellungnahme der *SG HoBA*, S. 2 sowie im Ergebnis Stellungnahme des *BDEW*, S. 19 f.

⁵⁴Z. B. gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2014/§ 23c Nr. 2 EEG 2017/§ 23d Nr. 2 EEG 2021/§ 23c Nr. 2 EEG 2023.

⁵⁵Mit Leistungsschwellen sind hier jeweils nur die anhand der „Leistung“ nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 und der „Bemessungsleistung“ nach EEG 2014 bis EEG 2023 ermittelten Schwellen gemeint, nicht anhand der „installierten Leistung“ ermittelte Schwellen.

⁵⁶Seite „Lex-specialis-Grundsatz“, in: *Wikipedia* – Die freie Enzyklopädie; Bearbeitungsstand: 25.01.2023, 14:21 UTC, abrufbar unter <https://de.wikipedia.org/wiki/Lex-specialis-Grundsatz>.

⁵⁷Unabhängig davon, ob man diese den allgemeinen Begriffsbestimmungen oder direkt der Anlage 3 dieser Gesetze entnimmt.

⁵⁸Siehe Fn. 56.

⁵⁹Im Ergebnis ebenso Stellungnahme des *BDEW*, S. 10; dort für die Übergangsbestimmungen, die die Anwendung von § 18 Abs. 2 EEG 2009 einerseits und die Anwendung der Regelungen zur Flexibilitätsprämie seit EEG 2012 andererseits anordnen, mit Nachweisen zur Literatur.

- 62 Dies ergibt sich aus der Betrachtung der verschiedenen EEG-Fassungen und den dazugehörigen Gesetzgebungsmaterialien.
- 63 Das **EEG 2000**, **EEG 2004** und **EEG 2009** sahen noch keine Flexibilitätsprämie, aber schon anteilig nach Leistungsschwellen gestaffelte Einspeisevergütungen vor. Das EEG 2004 und EEG 2009 unterschieden zwischen Leistungsschwellen, die sich auf die installierte Leistung beziehen, sowie Leistungsschwellen, die sich auf eine durchschnittliche Jahresleistung bzw. Auslastung beziehen (§ 12 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004; § 18 Abs. 2 EEG 2009).
- 64 Die letztere Leistung wurde im **EEG 2012** erstmals als „Bemessungsleistung“ bezeichnet und in die allgemeinen Begriffsbestimmungen aufgenommen (§ 3 Nr. 2a EEG 2012). Das EEG 2012 trat am 1. Januar 2012 in Kraft. Das EEG 2012 sah zudem nicht mehr nur die Förderung durch die Einspeisevergütung, sondern auch die geförderte Direktvermarktung (Marktprämie) vor. Diejenigen Einspeisevergütungen und Marktprämien, die in Abhängigkeit von der Bemessungsleistung gezahlt werden, sind seitdem anhand der erzeugten Kilowattstunden zu berechnen. Lediglich für vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen war diese aus Bestandsschutzgründen weiterhin anhand der eingespeisten Kilowattstunden zu berechnen (§ 66 Abs. 1 EEG 2012 i. V. m. § 18 Abs. 2 EEG 2009).
- 65 Auch die Flexibilitätsprämie (§ 33i EEG 2012 i. V. m. Anlage 5 Nr. 1 EEG 2012) für Neuanlagen i. S. d. EEG 2012 war daher anhand der erzeugten Kilowattstunden zu berechnen; Anlage 5 enthielt sogar einen ausdrücklichen Verweis auf die Legaldefinition des EEG 2012.
- 66 Die Flexibilitätsprämie sollte Biogasanlagen dazu anreizen, statt wie bisher kontinuierlich nunmehr bedarfsorientiert Strom zu erzeugen, um die Nutzung größerer Mengen des fluktuierend erzeugten Wind- und PV-Stroms zu ermöglichen und dadurch die Integration der erneuerbaren Energien in das Gesamtsystem zu erleichtern.⁶⁰
- 67 Die Flexibilitätsprämie wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum EEG 2012 auch auf vor 2012 in Betrieb genommene Bestandsanlagen erstreckt (§ 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012). Die Gesetzesbegründung spricht dafür, dass der Gesetzgeber den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie dabei für Neu- und Bestandsanlagen nach denselben Voraussetzungen gewähren wollte, sowohl dem Grund als auch der Höhe nach:

⁶⁰BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/material>, S. 81, per ausdrücklichem Verweis auf Rohrig/Hochloff/Holzhammer/Schlögl, Fraunhofer Institut für Windenergie und Energiesystemtechnik (IWES), Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan – Die Einführung einer Kapazitätskomponente als Förderinstrument, Bericht zum Projekt „Weiterentwicklung und wissenschaftliche Begleitung der Umsetzung des Integrations-Bonus nach § 64 Abs. 1.6 EEG“ im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), abrufbar unter <https://publica.fraunhofer.de/entities/publication>, S. 3 (im Folgenden: Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan). Daneben sollte dies auch zur Netzentlastung beitragen.

„Der neue § 66 Absatz 1 Nummer 11 (Doppelbuchstaben gg und hh) erstreckt die Flexibilitätsprämie nach § 33i auch auf bestehende Biogasanlagen, um die entsprechenden Lastverschiebepotenziale des Anlagenbestandes zu erschließen. **Vorbehaltlich einer Verordnung** auf Grund des § 64f Absatz 4 **gelten dieselben Bestimmungen wie bei Neuanlagen** ... Die übrigen Voraussetzungen des § 33i, z. B. die Vorgaben für die zulässigen Direktvermarktungsformen, gelten für Bestandsanlagen entsprechend.“⁶¹

- 68 Der Gesetzgeber wollte mit § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 demzufolge einen Vollverweis auf § 33i i. V. m. Anlage 5 EEG 2012 einschließlich des darin enthaltenen Verweises auf § 3 Nr. 2a EEG 2012 anordnen.⁶² Bei der Berechnung der Flexibilitätsprämie sollte danach auch für Bestandsanlagen aus dem EEG 2009 die Legaldefinition der Bemessungsleistung des EEG 2012 angewendet werden.⁶³ Eine Verordnung, die für vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen andere Voraussetzungen vorsieht, wurde nicht geschaffen.
- 69 Aufgrund des ausdrücklichen Verweises in Anlage 5 EEG 2012 auf die Legaldefinition des EEG 2012 war zudem für Bestandsanlagen aus dem EEG 2009 klar abzugrenzen, dass für die Flexibilitätsprämie die Bemessungsleistung des EEG 2012 (erzeugte Kilowattstunden) anzuwenden war und im Übrigen gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 die Leistungsdefinition des EEG 2009 (abgenommene Kilowattstunden) fortgalt.
- 70 Dass der Gesetzgeber des EEG 2012 nicht zwischen Neu- und Bestandsanlagen unterscheiden wollte, ergibt sich zudem aus der Gesetzesbegründung zur Legaldefinition in § 3 Nr. 2a EEG 2012, in welcher er verkennt,⁶⁴ dass das EEG 2012 eine Änderung der Rechtslage herbeiführt:

„Die neu eingefügte Definition des Begriffs ‚Bemessungsleistung‘ entspricht der bisherigen Regelung in § 18 Absatz 2 EEG 2009 ... Inhaltliche Änderungen sind hiermit nicht verbunden. Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass sich die Bemessungsleistung anhand aller im Kalenderjahr erzeugten Kilowattstunden berechnet. Die erzeugten Kilowattstunden sind die nach § 16 veräußerten einschließlich der nach § 33 Absatz 2 Satz 1 selbst verbrauchten und die nach § 33a direkt vermarkteten Kilowattstunden.“⁶⁵

⁶¹ BT-Drs. 17/6363, S. 41, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/material>. Hervorhebung in Fettdruck und Auslassungen nicht im Original.

⁶² Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 9.

⁶³ Nicht hingegen die Legaldefinition aus § 18 Abs. 2 EEG 2009, die damals über § 66 Abs. 1 EEG 2012 i. V. m. § 66 Abs. 1 EEG 2009 anzuwenden war.

⁶⁴ Ebenso wohl Stellungnahme des BDEW, S. 8, in der ggf. ein „nicht“ fehlt.

⁶⁵ BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/material>, S. 60 f. Auslassung nicht im Original.

- 71 Im EEG 2012 ergab sich mithin schon aus dem Gesetzeswortlaut sowie auch aus der Gesetzesbegründung, dass im Rahmen der Flexibilitätsprämie die Bemessungsleistung für alle Anlagen anhand der erzeugten Kilowattstunden zu ermitteln ist.
- 72 Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber des **EEG 2014** diese Rechtslage ändern wollte.
- 73 Durch das EEG 2014 wurden die Regelungen zur Flexibilitätsprämie des EEG 2012 durch diejenigen des EEG 2014 abgelöst, auch für vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen. So waren gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe e) EEG 2014 statt § 66 Abs. 1 Nr. 11 des EEG 2012 nunmehr „die §§ 52 und 54 sowie Anlage 3 anzuwenden“.
- 74 Damit wurden mit Inkrafttreten des EEG 2014 alle Anlagen nach einheitlichen Vorgaben durch die Flexibilitätsprämie gefördert – auch diejenigen Anlagen, die die Flexibilitätsprämie bereits unter Geltung des EEG 2012 in Anspruch genommen haben.⁶⁶ Dies bestätigen auch die Gesetzesbegründungen zu § 52 EEG 2014⁶⁷, zu Anlage 3 EEG 2014⁶⁸ und zu § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe e) der Urfassung des EEG 2014:

„... Bezüglich der Flexibilitätsprämie bedeutet dies, dass für schon vor dem Jahr 2012 betriebene Biogasanlagen... **nunmehr §§ 50 und 52 EEG 2014 in Verbindung mit Anlage 3 zu diesem Gesetz ... anzuwenden sind, unabhängig davon, ob sie die Flexibilitätsprämie nach § 33i EEG 2012 bereits genutzt haben oder nicht**...“⁶⁹

- 75 Die durch das EEG 2014 vorgenommenen Änderungen sollten mithin auch auf vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen angewendet werden – u. a. die Einführung des sog. Flexdeckels gemäß Anlage 3 Nr. I.5 EEG 2014 sowie die „Klarstellung“, dass die Flexibilitätsprämie auch bei anteiligem Eigenverbrauch (also nur teilweiser Direktvermarktung des erzeugten Stroms) gewährt wird.⁷⁰
- 76 Im Übrigen sollten die Regelungen des EEG 2014 zur Flexibilitätsprämie jedoch die Rechtslage des EEG 2012 fortsetzen; insbesondere hinsichtlich der Bemessungsleistung.
- 77 Die Regelungen zur Flexibilitätsprämie des EEG 2014 enthalten zwar keinen ausdrücklichen Verweis mehr auf die Legaldefinition der Bemessungsleistung des EEG 2014 in

⁶⁶Ebenso Stellungnahmen des *FvB*, S. 9 und 12.

⁶⁷BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 149.

⁶⁸BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 186 f.

⁶⁹BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 178. Auslassungen und Hervorhebungen in Fettdruck nicht im Original.

⁷⁰Siehe BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 186.

den allgemeinen Begriffsbestimmungen (s. Rn. 23 und 34). Dennoch sollte die Bemessungsleistung weiterhin auf Grundlage der erzeugten Kilowattstunden ermittelt werden. Der Gesetzgeber des EEG 2014 hat den Verweis vermutlich für überflüssig gehalten und daher aus rein redaktionellen Gründen gestrichen; sei es aufgrund der Geltung der allgemeinen Begriffsbestimmungen für alle Regelungen des jeweiligen Gesetzes oder aufgrund der Formulierung der Anlage 3 selber.⁷¹ So heißt es in der Gesetzesbegründung:

„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.**“⁷²

- 78 Zudem sah die Urfassung des EEG 2014 ausdrücklich für *alle* Anlagen die Anwendung der Legaldefinition der Bemessungsleistung aus § 5 Nr. 4 EEG 2014 vor – auch für Bestandsanlagen und auch außerhalb der Flexibilitätsprämie, da § 100 Abs. 1 EEG 2014 hierzu keine besondere Maßgabe traf.
- 79 Erst durch das zweite Änderungsgesetz zum EEG 2014 wurde in § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe b) EEG 2014 rückwirkend zum 1. August 2014 die Anordnung eingefügt, dass für vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen weiterhin die Leistungsdefinition aus § 18 Abs. 2 EEG 2009 anzuwenden ist.⁷³ Dies bezog sich jedoch laut der Gesetzesbegründung nur auf die nach Leistungsschwellen gestaffelten Vergütungsansprüche:⁷⁴

„ ... Für diese Anlagen ist weiterhin § 18 Absatz 2 des EEG in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung (EEG 2009) anzuwenden ... Wenn die Bemessungsleistung der Anlage höher ist, kann ggf. eine der **Vergütungsschwellen** überschritten werden, die in der jeweiligen Fassung des EEG festgelegt sind ...

§ 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 ...

⁷¹Ähnlich auch die Stellungnahmen des BDEW, S. 12 und der SG HoBA, S. 3.

⁷²BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 187. Hervorhebungen in Fettdruck nicht im Original.

⁷³Art. 1 Nr. 3 Buchstabe b) und Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 22.12.2014 (BGBl. I S. 2406).

⁷⁴Ebenso Stellungnahmen des BDEW, S. 17 und der SG HoBA, S. 4. Ebenso Stellungnahme des FvB, S. 15, jedoch nur für den Anspruch dem Grund (Mindestbemessungsleistung) und nicht der Höhe nach.

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 ... 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.⁷⁵

- 80 Hätte der Gesetzgeber des EEG 2014 gewollt, dass für vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen die Definition der Leistung aus § 18 Abs. 2 EEG 2009 auch im Rahmen der Flexibilitätsprämie des EEG 2014 anzuwenden ist, hätte er dies in § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe e) EEG 2014 oder in Anlage 3 EEG 2014 ebenfalls ergänzen müssen. Dass er dies nicht getan hat, zeigt, dass er an der Flexibilitätsprämie gegenüber der Urfassung des EEG 2014 nichts ändern wollte.⁷⁶
- 81 Somit ist § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe b) EEG 2014 zwar späteres Gesetz, aber *lex generalis* gegenüber Nr. 10 Buchstabe e). Eine speziellere Regelung des Altrechts gilt anstelle der allgemeineren Regelung des Neurechts weiter, wenn der Gesetzgeber – wie hier – mit dem jüngeren allgemeinen Gesetz nicht den gesamten Sachbereich neu regeln wollte (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*).⁷⁷
- 82 Es gibt schließlich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber des **EEG 2017**, **EEG 2021** und **EEG 2023** an dieser Rechtslage etwas ändern wollte.
- 83 Zwar wurde im EEG 2017 der sog. Flexdeckel (Anlage 3 Nr. I.5 EEG 2017) erhöht und im EEG 2021 abgeschafft und gelten im EEG 2021 und EEG 2023 erhöhte Anforderungen an den flexiblen Betrieb (§ 50 Abs. 3 EEG 2021/EEG 2023); bei der Bestimmung der Bemessungsleistung weisen die neueren EEG-Fassungen jedoch keine Änderungen gegenüber dem EEG 2014 auf.⁷⁸

⁷⁵BT-Drs. 18/3440, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/2653>, S. 6. Auslassungen und Hervorhebungen in Fettdruck nicht im Original.

⁷⁶Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 12, und des FvB, S. 16 f.

⁷⁷Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 232. Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 17 f., mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung und Literatur.

⁷⁸Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 21. Im Ergebnis wohl ebenso Stellungnahme des FvB, S. 6.

2.3.4 Regelungszweck

- 84 Auch der Regelungszweck der Förderung durch die Flexibilitätsprämie wird nur verwirklicht, wenn die Bemessungsleistung anhand der erzeugten Kilowattstunden ermittelt wird. Dies gilt für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie sowohl dem Grund als auch der Höhe nach.
- 85 **Dem Grund nach – Anspruchsvoraussetzungen** Dem Grund nach müssen für die Flexibilitätsprämie zunächst deren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein. Die jeweilige Anlage muss u. a. eine Mindestbemessungsleistung von mindestens dem 0,2-fachen – also mindestens 20 % – ihrer installierten Leistung erreichen.⁷⁹
- 86 Stellte man für diese Voraussetzung bei vor 2012 in Betrieb genommenen Anlagen auf § 18 Abs. 2 EEG 2009 und damit auf die eingespeisten Kilowattstunden ab, wäre die Bemessungsleistung bei anteiligem Selbstverbrauch oder bei anteiliger Direktlieferung an Dritte⁸⁰ (sog. Überschusseinspeisung) bei diesen Anlagen gegenüber allen anderen Anlagen mit dem jeweils gleichen Erzeugungs- bzw. Einspeiseprofil geringer. Die „Hürde“, um die Flexibilitätsprämie in Anspruch nehmen zu können, wäre für diese Anlagen mithin größer.
- 87 Diese *Schlechterstellung* ist nicht mit den Regelungszwecken der Flexibilitätsprämie vereinbar. Diese soll vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen grundsätzlich ebenso wie ab 2012 in Betrieb genommene Anlagen zu einem flexiblen Betrieb anreizen,⁸¹ um auch deren Lastverschiebepotenzial für eine möglichst umfangreiche Integration der erneuerbaren Energien ins Gesamtsystem zu erreichen (s. Rn. 66 f. und 82 f.).
- 88 **Der Höhe nach – Prämienberechnung** Auch für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie der Höhe nach ist die Bemessungsleistung einheitlich auf Grundlage der erzeugten Strommengen zu bestimmen.
- 89 Auch hier wäre bei Anwendung von § 18 Abs. 2 EEG 2009 die Bemessungsleistung von vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen in Überschusseinspeisung geringer als die Bemessungsleistung der sonstigen Anlagen mit gleich hohem Anteil an Selbstverbrauch oder Direktlieferungen.

⁷⁹Anlage 3 Nr. I.1.b EEG 2014 bis EEG 2023.

⁸⁰Beides findet ohne Nutzung des Stromnetzes für die allgemeine Versorgung statt und wird nicht nach dem EEG gefördert.

⁸¹Ebenso Stellungnahme des *FvB*, S. 11.

- 90 Dadurch wären jedoch bei vor 2012 in Betrieb genommenen Anlagen die bereitgestellte flexible Leistung („P_{Zusatz}“) als Differenz zwischen Bemessungsleistung und installierter Leistung⁸² und damit auch die Flexibilitätsprämie *höher* als bei den sonstigen Anlagen.
- 91 Eine solche *Besserstellung* widerspricht dem Sinn und Zweck der Flexibilitätsprämie.⁸³ Hierdurch würden bei vor 2012 in Betrieb genommenen Anlagen die selbstverbrauchten oder an Dritte gelieferten Strommengen zur bereitgestellten flexiblen Leistung (P_{Zusatz}) beitragen.
- 92 Die für maximal zehn Jahre ausgezahlte Flexibilitätsprämie soll hingegen die Mehrkosten ausgleichen, die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber haben, um ihre Anlage so auszugestalten, dass sie – umgangssprachlich – über einen „grundsätzlich ungenutzten Leistungsanteil“ verfügt, der nur bei entsprechenden Marktsignalen oder für Ausgleichsenergie genutzt wird. Mehrkosten entstehen dabei durch den nachträglichen⁸⁴ Zubau installierter Leistung, den von Anfang an⁸⁵ vorgenommenen Überbau von installierter Leistung oder die reduzierte Nutzung der vorhandenen installierten Leistung sowie durch die Ergänzung von Gasspeichern.
- 93 Leistung, die für den Selbstverbrauch oder die Direktlieferung eingesetzt wird, wird jedoch tatsächlich und wirtschaftlich genutzt, sodass kein Anlass für deren Förderung durch die Flexibilitätsprämie besteht.⁸⁶ Diese Situation ist bei allen Anlagen dieselbe, unabhängig von deren Inbetriebnahmedatum. Die Höhe der Flexibilitätsprämie ist daher nach ihrem Sinn und Zweck bei allen Anlagen gleich zu berechnen.
- 94 Hiergegen sprechen auch nicht die wissenschaftlichen Empfehlungen aus dem EEG-Erfahrungsbericht, aufgrund derer der Gesetzgeber die Flexibilitätsprämie geschaffen hat.⁸⁷

⁸²Anlage 3 Nr. II.2.2 EEG 2014 bis EEG 2023.

⁸³Ebenso Stellungnahme des *SG HoBA*, S. 4 f.

⁸⁴Bestandsanlagen aus dem EEG 2009, EEG 2004 und EEG 2000 werden in der Regel nachträglich erweitert.

⁸⁵Unter dem EEG 2012 wurde die Prämie auch für Neuanlagen gezahlt, die daher auch von Anfang an entsprechend größer ausgelegt werden konnten.

⁸⁶Wohl ebenso *Hennig/Ekardt*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 50b Rn. 15. Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass die bei Eingreifen der Marktsignale für die genutzte Leistung bzw. die dann eingespeisten Kilowattstunden eine Förderung oder ein sonstiger finanzieller Ausgleich erfolgt, da diese Leistung jdf. nicht durchgängig genutzt werden kann.

⁸⁷BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/material>, S. 81 und 97. S. 81 verweist ausdrücklich auf *Rohrig/Hochloff/Holzhammer/Schlögl*, Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan, abrufbar unter <https://publica.fraunhofer.de/entities/publication>.

- 95 Diese verwenden den Begriff der „Bemessungsleistung“ uneinheitlich. So wird diese an einer Stelle als die *erzeugten* Kilowattstunden bezeichnet.⁸⁸ Unter dem Abschnitt „Anspruchsvoraussetzung der Kapazitätskomponente“ wird angegeben, dass P_{Bem} die Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 sei und hierbei auf die *eingespeiste* Strommenge abgestellt.⁸⁹ Wiederum an anderen Stellen wird angegeben, dass P_{Zusatz} von der Bemessungsleistung abhängig sei, die gemäß § 18 EEG 2009 anhand der *erzeugten* Kilowattstunden zu ermitteln sei.⁹⁰ Dies lässt sich jedoch z. B. dadurch erklären, dass es zum Zeitpunkt der Schaffung der Empfehlungen nur die Definition aus § 18 EEG 2009 gab und die Empfehlungen noch davon ausgingen, dass die Flexibilitätsprämie nur bei einer vollständigen Direktvermarktung gezahlt wird, bei welcher die erzeugten und die eingespeisten Strommengen weitgehend deckungsgleich sind.⁹¹ Schließlich stellten die Empfehlungen nur ein erstes Konzept zur Ausgestaltung eines gesetzlichen Förderinstruments dar.
- 96 Der Gesetzgeber hat sich jedenfalls bei der Umsetzung der wissenschaftlichen Empfehlungen im EEG dafür entschieden, dass die Bemessungsleistung für die Flexibilitätsprämie anhand der erzeugten Kilowattstunden zu ermitteln ist.
- 97 **Bestandsschutz und Unterschied zur Einspeisevergütung bzw. Marktprämie** Schließlich besteht für Anlagenbetreiberinnen und -betreiber von vor 2012 in Betrieb genommenen Anlagen auch kein *Bestandsschutz* bzw. schützenswertes Vertrauen in die Fortgeltung von § 18 Abs. 2 EEG 2009 für die Flexibilitätsprämie.⁹²
- 98 Denn zum einen war § 18 Abs. 2 EEG 2009 von Anfang an nicht auf die Ermittlung der Flexibilitätsprämie anzuwenden.
- 99 Zum anderen gab es vor dem 1. Januar 2012 keine Flexibilitätsprämie, so dass ihre Schaffung ab dem EEG 2012 mit für alle Anlagen gleichen Berechnungsvoraussetzungen zu keiner Schlechterstellung für vor diesem Zeitpunkt in Betrieb genommene Anlagen geführt hat.⁹³

⁸⁸ Rohrig/Hochloff/Holzhammer/Schlögl, Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan, abrufbar unter <https://publica.fraunhofer.de/entities/publication>, S. 4 Fn. 1; in Bezug auf eine mögliche Leistungsgrenze für die Flexibilitätsprämie.

⁸⁹ Rohrig/Hochloff/Holzhammer/Schlögl, Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan, abrufbar unter <https://publica.fraunhofer.de/entities/publication>, S. 8.

⁹⁰ Rohrig/Hochloff/Holzhammer/Schlögl, Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan, abrufbar unter <https://publica.fraunhofer.de/entities/publication>, S. 19 und 34.

⁹¹ Bei einer vollständigen Direktvermarktung wird die gesamte Erzeugung abzüglich nur ggf. des Eigenbedarfstroms für den Betrieb der Anlage eingespeist.

⁹² Andere Ansicht Stellungnahme des FvB, S. 17.

⁹³ Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 19, und der SG HoBA, S. 4.

- 100 Die Flexibilitätsprämie unterscheidet sich insofern von der Förderung durch die Einspeisevergütung und die Marktprämie. Deren Fördersätze sinken in der Regel in den höheren (Bemessungs-)Leistungsschwellen. Seit dem EEG 2012 stellen die Legaldefinition der Bemessungsleistung und damit auch die darauf Bezug nehmenden Regelungen zur Förderhöhe bei der Einspeisevergütung und der Marktprämie auf die erzeugten Kilowattstunden ab, da diese für die Kostenstruktur und Wirtschaftlichkeit einer Anlage entscheidender sind als nur die eingespeisten Kilowattstunden.⁹⁴ Für vor 2012 in Betrieb genommene Anlagen besteht hier jedoch Bestandsschutz. Für diese Anlagen gilt die Leistungsdefinition aus § 18 Abs. 2 EEG 2009 gemäß den Übergangsbestimmungen des EEG 2012 bis EEG 2023 fort, weil die anteilig nach Leistungsschwellen gestaffelten Förderungen des EEG 2009, EEG 2004 und EEG 2000 auf deren Grundlage ermittelt wurden und Investitionen in die davon betroffenen Anlagen unter der Prämisse getätigt wurden, dass diese Förderungen grundsätzlich für die gesamte Förderdauer von maximal zwanzig Jahren ausgezahlt werden.
- 101 Diese Anlagen erhalten daher ggf. eine höhere Marktprämie oder Einspeisevergütung als nach 2012 in Betrieb genommene Anlagen, weil die zum Selbstverbrauch oder zur Direktlieferung eingesetzten Strommengen für die Bestimmung der Leistung unberücksichtigt bleiben.

2.4 Rat zur Praxis zur Messung und Zählersetzung

- 102 Einige der Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden und die Flexibilitätsprämie in Anspruch nehmen, verfügen nicht über einen Erzeugungszähler, sondern nur über einen Einspeisezähler.⁹⁵ Denn bei diesen Bestandsanlagen sind die Einspeisevergütung bzw. der anzulegende Wert für die Marktprämie anhand der eingespeisten Strommengen zu bestimmen. Insbesondere hat bei den Betreiberinnen und -betreibern sowie den zuständigen Netzbetreibern teils rechtliche Unsicherheit darüber geherrscht, ob bei diesen Bestandsanlagen die Flexibilitätsprämie ebenfalls anhand der eingespeisten Strommengen zu bestimmen ist. Die Clearingstelle hat daher den vorliegenden Hinweis erstellt.
- 103 Bei solchen Anlagen liegen bislang keine (geeichten) Messwerte für die insgesamt erzeugten Kilowattstunden vor.⁹⁶ Werden solche Anlagen in Überschusseinspeisung betrieben, liegt daher keine Messeinrichtung vor, anhand derer korrekt ermittelt werden

⁹⁴Ebenso Stellungnahme der *SG HoBA*, S. 4.

⁹⁵So die Stellungnahme des *BDEW*, S. 22; des *B.KWK*, S. 4; des *FvB*, S. 17.

⁹⁶Die erzeugte Strommenge kann neben den gemessenen, eingespeisten Strommengen bspw. noch Strommengen für den Eigenbedarf der Anlage (z. B. für Fermenterheizung oder -rührwerk), den Selbstverbrauch der Anlagen-

kann, ob die Voraussetzungen für den Anspruch auf Flexibilitätsprämie nach Anlage 3 Nr. I1 Buchstabe b) EEG 2014 bis EEG 2023 erfüllt sind und in welcher Höhe die Flexibilitätsprämie auszuzahlen ist. Soweit die Flexibilitätsprämie bereits auf Grundlage der eingespeisten Strommengen ermittelt und ausgezahlt wurde, sind diese Zahlungen ggf. zu korrigieren.⁹⁷

104 Anlagenbetreiberinnen und -betreiber müssen, um ihren Anspruch auf Zahlung von Förderungen nach dem EEG darzulegen und ggf. zu beweisen, ihre Pflichten zur Übermittlung von Daten gemäß § 71 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 (bzw. den jeweiligen Vorgängerregelungen) erfüllen. Dazu müssen sie dem Netzbetreiber die zur Ermittlung der EEG-Förderung relevanten Strommengen mitteilen.⁹⁸

105 Bei fehlender Erzeugungsmessung müssen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die Richtigkeit der Messwerte – ggf. unter Berücksichtigung von etwaigen Sicherheitsabschlägen – auf anderem Weg plausibel darlegen und ggf. beweisen.⁹⁹ Genauere Ausführungen zu ggf. bestehenden Möglichkeiten der **Ersatzwertbildung bzw. Plausibilisierung** hat die Clearingstelle in ihrer Empfehlung 2018/33¹⁰⁰ gemacht. Die Ersatzwertbildung bzw. Plausibilisierung ist nach Maßgabe des Metering Code und unter Beachtung der einschlägigen Festlegungen der Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur durchzuführen.¹⁰¹

106 Nach erster Einschätzung der Clearingstelle können für eine Ersatzwertbildung eventuell geeignete Daten aus dem Generatorzähler, dem Mess- und Regelungssystem, der Anlagensteuerung oder – im Fall von Biomethananlagen – Messwerte für das in der Anlage eingesetzte Gas¹⁰² zur Plausibilisierung und Ersatzwertbildung für die erzeugte Strommenge herangezogen werden. Weiterhin können evtl. vorliegende Daten zum Verbrauch der Stromabnehmer, ggf. unter Berücksichtigung von etwaigen Sicherheitsabschlägen, zur Plausibilisierung und Ersatzwertbildung für die erzeugten Strommengen genutzt

betreiberinnen und -betreiber (bspw. Strombedarf in Gebäuden) oder an Dritte direkt gelieferte Strommengen umfassen.

⁹⁷S. dazu § 55b EEG 2023 bzw. ggf. dessen Vorgängerregelungen.

⁹⁸Clearingstelle, Empfehlung v. 26.09.2019 – 2018/33, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2018/33>, Leitsatz 5 und Rn. 52 ff.; Clearingstelle, Empfehlung v. 09.12.2011 – 2011/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2011/12>, Abschnitt 5.1.

⁹⁹Clearingstelle, Empfehlung v. 26.09.2019 – 2018/33, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2018/33>, Leitsatz 5(b) und Rn. 66 ff.; unter Verweis auch auf Leitsatz 5(a) und Rn. 55 ff.

¹⁰⁰Clearingstelle, Empfehlung v. 26.09.2019 – 2018/33, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2018/33>, Rn. 56 ff.

¹⁰¹Clearingstelle, Empfehlung v. 26.09.2019 – 2018/33, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2018/33>, Leitsatz 5(b)

¹⁰²Bei Biogas ist dies aufgrund des weniger konsistenten Brennwertes in der Regel nicht möglich.

werden.¹⁰³

- 107 Rat zur Praxis** Die Clearingstelle rät allen Betreiberinnen und Betreibern, die die Flexibilitätsprämie in Anspruch nehmen und Anlagen betreiben, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, ihre Anlagen schnellstmöglich mit einem geeichten Erzeugungszähler auszustatten.
- 108** Liegen keine Messwerte bzw. sonstige belastbaren Informationen aus dem Zeitraum vor Einbau des Erzeugungszählers vor (s. bspw. Rn. 106) rät die Clearingstelle zu prüfen, ob auf Grundlage derjenigen Messwerte, die ab Einbau des Erzeugungszählers erhoben werden, sowie unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 71 Abs. 3 MsbG¹⁰⁴ eine **Ersatzwertbildung für die Zeit vor Einbau** des Erzeugungszählers vorgenommen werden kann.¹⁰⁵ § 71 Abs. 3 MsbG ist zwar nicht direkt anwendbar, da es in den vorliegenden Fällen vor Einbau des Erzeugungszählers noch keine geeichte Messeinrichtung für die erzeugten Strommengen gab.¹⁰⁶ Ein Ersatzwert kann jedoch grundsätzlich unter Verwendung aller verfügbaren Informationen gebildet werden, sofern dies zu einem plausiblen Wert führt.¹⁰⁷ Dies setzt nach erster Einschätzung voraus, dass die Stromerzeugung und die Fahrweise der Anlage vor und nach Einbau des Erzeugungszählers hinreichend ähnlich sind.
- 109** Im Übrigen bietet die Clearingstelle eine Klärung per Einzelfallverfahren an.¹⁰⁸

¹⁰³ Bspw. wenn Messwerte oder Daten zum Verbrauch des nicht eingespeisten Stroms sowie Messwerte über die eingespeisten und aus dem Netz bezogenen Strommengen vorliegen.

¹⁰⁴ Gesetz über den Messstellenbetrieb und die Datenkommunikation in intelligenten Energienetzen (Messstellenbetriebsgesetz – MsbG) v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorgaben v. 22.12.2023 (BGBl. I Nr. 405), nachfolgend bezeichnet als MsbG. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/msbg/arbeitsausgabe>.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 26.09.2019 – 2018/33, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2018/33>, Leitsatz 5(a), Rn. 57 und 60 f.

¹⁰⁶ Mithin ist keine Ermittlung von Daten gemäß § 71 Abs. 3 MsbG für die Zeit „seit der letzten fehlerfreien Ablesezeit“ aufgrund des Durchschnittsverbrauchs des „vorhergehenden und“ des der Fehlerbeseitigung nachfolgenden Ableszeitraumes oder auf Grund des „Vorjahreswertes“ möglich.

¹⁰⁷ Bundesnetzagentur, Beschlusskammer 6, Beschl. v. 20.12.2016 – BK6-16-200, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/beschluss/3241>, Anlage 2: Wechselprozesse im Messwesen, S. 91: Ein Ersatzwert ist „ein plausibler Wert, der unter Verwendung aller verfügbaren Informationen anstelle eines fehlenden wahren Messwertes oder eines unplausiblen wahren Messwerts gebildet wird“. Vgl. auch *Clearingstelle*, Empfehlung v. 26.09.2019 – 2018/33, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2018/33>, Rn. 56 f.

¹⁰⁸ Einigungsverfahren, Votumsverfahren oder schiedsrichterliches Verfahren. S. hierzu <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/verfahren-und-verfahrensablauf>.

110 Die Clearingstelle weist darauf hin, dass ein alternatives Verfahren zur Messwertbildung nicht dauerhaft, sondern nur für einen vorübergehenden Zeitraum in Frage kommt. Denn ein fortgesetztes Messen mit einer nicht (mehr) geeichten Messeinrichtung bzw. das Fehlen von abrechnungsrelevanten Messeinrichtungen verstößt gegen § 31 MessEG¹⁰⁹ i. V. m. § 37 MessEG und stellt eine Ordnungswidrigkeit dar.¹¹⁰

2.5 Sonstiges

Die Frage, wie die Flexibilitätsprämie bei unterjähriger Änderung der installierten Leistung zu berechnen ist,¹¹¹ ist nicht Gegenstand dieses Hinweises.¹¹²

Beschluss

Der Hinweis wurde einstimmig angenommen.

Gemäß §§ 25c, 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme des Hinweises beendet.

Bleyl

Richter

Werle

¹⁰⁹Gesetz über das Inverkehrbringen und die Bereitstellung v. Messgeräten auf dem Markt, ihre Verwendung und Eichung sowie über Fertigpackungen (Mess- und Eichgesetz – MessEG) v. 25.07.2013 (BGBl. I S. 2722, 2723), zuletzt geändert durch Art. 1 des zweiten Gesetzes zur Änderung des Mess- und Eichgesetzes v. 09.06.2021 (BGBl. I S. 1663).

¹¹⁰Clearingstelle, Empfehlung v. 26.09.2019 – 2018/33, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2018/33>, Leitsatz 5(d) und Rn. 87.

¹¹¹S. zu damit verbundenen Fragen die Stellugnahme der *SG HoBA*, S. 1, 2 und 5.

¹¹²Wenn bei Netzbetreibern sowie Anlagenbetreiberinnen und -betreibern Klärungsbedürfnis besteht, bietet die Clearingstelle hierzu gern Einzelfallverfahren oder, unter den Voraussetzungen von § 81 Abs. 5 EEG 2023, ein separates Hinweisverfahren an.