Berlin, 25. April 2025

BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.
Reinhardtstraße 32
10117 Berlin
[## Stellungnahme](http://www.bdew.de</p></div><div data-bbox=)

zum Hinweisverfahren 2025/4-VI der Clearingstelle EEG|KWKG
„Anschlussförderung von Biomasseanlagen - Begrenzung des anzule-
genden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023“

Versionsnummer: 1.0

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten mehr als 2.000 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu überregionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 95 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland.

Der BDEW ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung sowie im europäischen Transparenzregister für die Interessenvertretung gegenüber den EU-Institutionen eingetragen. Bei der Interessenvertretung legt er neben dem anerkannten Verhaltenskodex nach § 5 Absatz 3 Satz 1 LobbyRG, dem Verhaltenskodex nach dem Register der Interessenvertreter (europa.eu) auch zusätzlich die BDEW-interne Compliance Richtlinie im Sinne einer professionellen und transparenten Tätigkeit zugrunde. Registereintrag national: R000888. Registereintrag europäisch: 20457441380-38

Inhalt

1	Verfahrensfragen.....	3
2	Stellungnahme	3
2.1	Zusammenfassung der Ergebnisse	5
2.2	Frage 1	8
2.2.1	Fragestellung	8
2.2.2	Gesetzeswortlaute von § 39g Abs. 6 EEG 2023, § 39g Abs. 6 EEG 2021 und § 39f Abs. 6 EEG 2017	8
2.2.3	Auslegung nach der Gesetzssystematik	12
2.2.4	Auslegung nach der Gesetzeshistorie	14
2.2.5	Auslegung nach Sinn und Zweck der Regelung	15
2.2.6	Ergebnis der Auslegung und Beantwortung der Fragestellung.....	24
2.3	Frage 2	26
2.3.1	Fragestellung	26
2.3.2	Beantwortung der Frage 2.....	26
2.4	Frage 3	30
2.4.1	Fragestellung	30
2.4.2	Beantwortung der Frage 3.....	30
2.5	Frage 4	31
2.5.1	Fragestellung	31
2.5.2	Beantwortung der Frage 4.....	31

1 Verfahrensfagen

Wie ist die Begrenzung des anzulegenden Wertes für bestehende Biomasseanlagen nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 bzw. § 39g Abs. 6 EEG 2021 und § 39f Abs. 6 EEG 2017 zu berechnen? Insbesondere:

1. Wie wird bei bestehenden Biomasseanlagen, die in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren für den in der jeweiligen Anlage erzeugten Strom die Marktprämie oder die Einspeisevergütung erhalten haben, der Durchschnittswert des anzulegenden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 berechnet?
2. Sind bei der Berechnung der jährlichen Durchschnittswerte nach § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 für bestehende Biomasseanlagen, die in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren vom Netzbetreiber gezahlten Flexibilitätsprämien, Boni oder/ und Entschädigungen für Nichteinspeisung, wie Entschädigungszahlungen für Redispatch gemäß §§ 13 EnWG bzw. §§ 14, 15 EEG 2017/2021, miteinzubeziehen?
3. Welcher Zeitraum ist für bestehende Biomasseanlagen bei der Begrenzung des anzulegenden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 zugrunde zu legen, wenn die jeweilige Anlage in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren (zeitweise) keinen Strom erzeugt hat oder (zeitweise) nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist hat?
4. Erfasst § 39g Abs. 6 EEG 2023 bestehende Biomasseanlagen, bei denen in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren der in der jeweiligen Anlage erzeugte Strom gemäß § 21a EEG 2023 (zeitweise) ohne Inanspruchnahme der Zahlung nach § 19 Abs. 1 EEG 2023 direkt vermarktet wurde? Falls ja, wie ist die Begrenzung des anzulegenden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 in diesem Fall zu berechnen?

2 Stellungnahme

Der BDEW dankt für die Eröffnung dieses für die Branche sehr wichtigen Hinweisverfahrens durch die Clearingstelle EEG/KWKG. Die Verfahrensfagen sind schon seit geraumer Zeit innerhalb der Branche umstritten. Sie beruhen auf einer seit dem EEG 2017 unklaren und widersprüchlichen Formulierung der auszulegenden Normen.

Aus diesem Grunde hatte der BDEW in seinen Stellungnahmen zu den EEG-Novellen der vergangenen Jahre jeweils auch angeregt, dass der Gesetzgeber die verfahrensgegenständlichen Fragen innerhalb von § 39g EEG 2023 und Vorgängerregelungen klarstellend löst, um für Anlagenbetreiber und Netzbetreiber entsprechende Rechtssicherheit zu schaffen. Dies ist leider nach wie vor nicht erfolgt.

In diesem Zusammenhang betont der BDEW, dass diese Stellungnahme eine rein juristische und keine energiepolitische oder energiewirtschaftliche Stellungnahme zu § 39g EEG 2023 und Vorgängerregelungen ist. Diese Stellungnahme basiert alleinig auf der juristischen Auslegung der entsprechenden gesetzlichen Regelungen. Der BDEW setzt sich jenseits von dieser Stellungnahme weiterhin dafür ein, dass der Weiterbetrieb von Bestands-Biomasseanlagen im Rahmen von § 39g EEG 2023 und Folgeregelungen wirtschaftlich gesichert ist und dabei alle Perspektiven hinlänglich berücksichtigt sind.

Der BDEW sieht außerdem trotz des nun laufenden Verfahrens der Clearingstelle EEG/KWKG eine *gesetzliche* Klärung der Fragen als vorzugswürdig an: Die Beantwortung der von der Clearingstelle aufgeworfenen Fragen ist angesichts der großen Zahl von Bestands-Biomasseanlagen, die in den kommenden Jahren in die Anschlussförderung wechseln werden, und solchen, die bereits in der Anschlussförderung sind, von erheblicher Relevanz für diese Anlagen. Unter Umständen sind sie entscheidend für den wirtschaftlichen Weiterbetrieb überhaupt. Zudem sind bereits gerichtliche Rechtsstreitigkeiten zu eben den verfahrensgegenständlichen Fragen anhängig. Hier schafft letztlich nur eine Klärung der Fragen durch den Gesetzgeber hinreichende Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Diese sollte nun kurzfristig auch kommen.

Der BDEW betont insoweit ausdrücklich, dass er mit dieser Stellungnahme keiner *gesetzgeberischen* klarstellenden Anpassung von § 39g EEG 2023 entgegentritt, die möglicherweise zu anderen als den Ergebnissen der BDEW-Stellungnahme kommt, die aber eine mögliche Ungleichbehandlung von Betreibern von Biomasseanlagen in der Direktvermarktung mit oder ohne Marktprämie gegenüber solchen in der Vermarktungsform der Einspeisevergütung beseitigt. Dem BDEW ist durchaus bewusst, dass die in dieser Stellungnahme vertretene, juristische Ansicht erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen auf Betreiber von Biomasseanlagen haben kann, die in dem fraglichen Zeitraum von drei Kalenderjahren in die geförderte oder nicht geförderte Direktvermarktung gewechselt sind, weil in diesem Falle – bei der in dieser Stellungnahme vertretenen Rechtsansicht – der Marktwert quasi zweimal vom anzulegenden Wert der Anlage abgezogen werden würde.

Es ist auch fraglich, ob dies aus wirtschaftlicher Sicht der konkrete Wille des Gesetzgebers bei der Abfassung der Regelungen war. Indem der Gesetzgeber in § 39f Abs. 6 Satz 2 EEG 2017 und § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2021/2023 aber jeweils auf die *Zahlungen* des Netzbetreibers abgestellt hatte, und dies in der Begründung zu § 39f EEG 2017 nochmals hervorgehoben hatte, sieht der BDEW in juristischer Sicht stark wiegende Argumente für diese restriktive Betrachtung.

2.1 Zusammenfassung der Ergebnisse

Der BDEW beantwortet die Fragen 1 bis 4 des Verfahrens zusammenfassend wie folgt:

1. Wie wird bei bestehenden Biomasseanlagen, die in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren für den in der jeweiligen Anlage erzeugten Strom die Marktprämie oder die Einspeisevergütung erhalten haben, der Durchschnittswert des anzulegenden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 berechnet?

Jeweils zwischen § 39f Abs. 6 Satz 1 und 2 EEG 2017 bzw. zwischen § 39g Abs. 6 Satz 1 und 2 EEG 2021 und EEG 2023 besteht ein Widerspruch: Nach Satz 1 der Regelungen wird der Durchschnittswert nach den *anzulegenden Werten* für die Anlage innerhalb der letzten drei Kalenderjahre, die dem Gebotstermin vorangegangenen waren, berechnet, und nach Satz 2 der Regelungen nach den tatsächlich geleisteten Zahlungen an den Anlagenbetreiber, wobei nach den Regelungen im EEG 2021 und EEG 2023 nur Zahlungen berücksichtigungsfähig sind, die „aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden“.

Die Auslegungen aufgrund der Gesetzssystematik und der Gesetzeshistorie lösen diesen Widerspruch nicht auf. Die Auslegung nach Sinn und Zweck der Regelung, gerade ausweislich der Begründung des Fraktionsentwurfs zum § 39f EEG 2017, macht aber deutlich, dass die tatsächlichen Zahlungen des Netzbetreibers an den Anlagenbetreiber Grundlage der Berechnung des Durchschnittsbetrags sind. Dies sind insbesondere die Einspeisevergütung, die Marktprämie sowie Boni, insbesondere die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 (oder Vorgängerregelungen). Nimmt die Anlage für die fragliche Zeit die Einspeisevergütung in Anspruch, entspricht diese dem anzulegenden Wert unter Berücksichtigung der Managementprämie. Nimmt die Anlage hingegen die Marktprämie in Anspruch, berechnet sich diese unter Abzug des Marktwertes des Stroms aus der Anlage von der Einspeisungsvergütung, wiederum unter Berücksichtigung der Marktprämie. Hierdurch können sich im Vergleich der beiden Vermarktungsvarianten unterschiedliche Beträge in Abhängigkeit von der beschrittenen Vermarktung ergeben.

Dem BDEW ist durchaus bewusst, dass die Inanspruchnahme nur der Marktprämie anstelle des anzulegenden Wertes der letzten drei Kalenderjahre betriebswirtschaftlich für die Anlagenbetreiber deutliche Auswirkungen haben kann. Dies resultiert jedoch letztlich aus dem Widerspruch zwischen Satz 1 von § 39f Abs. 6 EEG 2017 bzw. § 39g Abs. 6 EEG 2021/2023, der auf den „anzulegenden Wert“ der Anlage abstellt, und Satz 2 der Regelungen, der auf die tatsächlichen Zahlungen des Netzbetreibers an den Anlagenbetreiber abstellt. Letztere umfassen z.B. auch die Flexibilitätsprämie oder auch die Zahlungen für das EEG-Einspeisemanagement, die

jeweils gar nicht Bestandteile des „anzulegenden Wertes“ nach Satz 1 der jeweiligen Regelungen sind. Dies schließt aus, dass Satz 1 der jeweiligen Regelungen den inhaltlichen Rahmen der Auslegung bildet, der dann von Satz 2 der jeweiligen Regelungen konkretisiert wird. Vielmehr geht der BDEW davon aus, dass aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts alleine die konkret vom Netzbetreiber an den Anlagenbetreiber geleisteten Zahlungen aufgrund des EEG oder einer seiner Verordnungen im Rahmen von § 39f Abs. 6 EEG 2017 und § 39g Abs. 6 EEG 2021/2023 berücksichtigt werden können, und dass diese dann der „anzulegende Wert“ nach Satz 1 der jeweiligen Regelungen sein müssen, trotz des regelungsimmanenten Widerspruchs.

Dies kann dazu führen, dass der auf diese Weise berechnete anzulegende Wert bei Inanspruchnahme der geförderten oder ungeförderten Direktvermarktung niedriger ausfällt als die durchschnittliche Höhe des anzulegenden Werts der Anlage nach der in der für die Anlage bisher maßgeblichen Fassung innerhalb der letzten drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahre. Dieser Regelungswiderspruch ist jedoch ohne eine entsprechende Gesetzesänderung, der der BDEW definitiv nicht entgegensteht, nicht lösbar.

2. Sind bei der Berechnung der jährlichen Durchschnittswerte nach § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 für bestehende Biomasseanlagen, die in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren vom Netzbetreiber gezahlten Flexibilitätsprämien, Boni oder/ und Entschädigungen für Nichteinspeisung, wie Entschädigungszahlungen für Redispatch gemäß §§ 13 EnWG bzw. §§ 14, 15 EEG 2017/2021, miteinzubeziehen?

Die vom Netzbetreiber in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren gezahlten Flexibilitätsprämien und Boni sowie Zahlungen für das EEG-Einspeisemanagement sind jeweils mit einzubeziehen, da dies allesamt

„Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden,“

sind. Dies gilt allerdings nicht für Entschädigungszahlungen nach dem EnWG-Redispatch, da dies keine Zahlungen aufgrund des EEG oder seiner Verordnungen sind. Es steht dem Gesetzgeber anheim, diese Rechtslage dahingehend zu ändern, dass Zahlungen nach dem EnWG-Redispatch im Rahmen von § 39g Abs. 6 EEG 2023 und Vorgängerregelungen berücksichtigt werden können, oder dass Zahlungen aufgrund des EEG-Einspeisemanagements nicht berücksichtigt werden dürfen.

3. Welcher Zeitraum ist für bestehende Biomasseanlagen bei der Begrenzung des anzulegenden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 zugrunde zu legen, wenn die jeweilige Anlage in den

drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren (zeitweise) keinen Strom erzeugt hat oder (zeitweise) nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist hat?

§ 39g Abs. 6 EEG 2021 und EEG 2023 sowie § 39f EEG 2017 differenzieren hier nicht hinsichtlich Zeiträumen, innerhalb derer die betreffende Anlage gar keinen Strom in das Netz eingespeist oder gar keinen Strom erzeugt hat. Maßgeblich ist nach diesen Regelungen jeweils der Zeitraum der drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahre.

4. Erfasst § 39g Abs. 6 EEG 2023 bestehende Biomasseanlagen, bei denen in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren der in der jeweiligen Anlage erzeugte Strom gemäß § 21a EEG 2023 (zeitweise) ohne Inanspruchnahme der Zahlung nach § 19 Abs. 1 EEG 2023 direkt vermarktet wurde? Falls ja, wie ist die Begrenzung des anzulegenden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 in diesem Fall zu berechnen?

Ja, § 36g Abs. 6 EEG 2023 erfasst auch diese Anlagen mit folgenden Maßgaben:

Wird Strom aus einer EEG-Anlage **im Wege der ungeförderten „sonstigen Direktvermarktung“** vermarktet, **ohne dass eine Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden war**, wird für diesen Strom insoweit keine Zahlung nach dem EEG oder seinen Verordnungen geleistet. Im Umkehrschluss ist aber der via ungeförderte „sonstige Direktvermarktung“ vermarktete Strom auch nicht Bestandteil der „im jeweiligen Jahr insgesamt vergüteten Strommenge“, weil der Strom vom Netzbetreiber nicht vergütet worden ist. Die Begriffe „vergütete Strommenge“ sind im sinnlogischen Zusammenhang mit den Begriffen „für die Anlage geleisteten Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden,“ zu sehen.

Wurde der Strom aus einer Anlage in den drei betreffenden Kalenderjahren **hingegen vollständig im Wege der ungeförderten „sonstigen Direktvermarktung“ vermarktet, ohne dass eine Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden war**, ist § 39g Abs. 6 EEG 2023/2021 bzw. § 39f Abs. 6 EEG 2017 auf die betreffende Anlage faktisch mangels gezahlter EEG-Förderung und nach dem EEG vergüteten Strommengen nicht anwendbar: Es würde nach § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 und Vorgängerregelungen null durch null dividiert werden.

Soweit für Strommengen aus der Anlage innerhalb dieser drei Jahre eine Förderung im Rahmen der **Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2023 in Anspruch genommen wurde**, liegen allerdings insoweit Zahlungen nach dem EEG vor, die nach § 36g Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 einschließlich der mit der Flexibilitätsprämie korrespondieren Strommenge berücksichtigt werden müssen und die auch in die entsprechende Berechnung der Begrenzung eingestellt werden können.

2.2 Frage 1

2.2.1 Fragestellung

Wie wird bei bestehenden Biomasseanlagen, die in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren für den in der jeweiligen Anlage erzeugten Strom die Marktprämie oder die Einspeisevergütung erhalten haben, der Durchschnittswert des anzulegenden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 berechnet?

2.2.2 Gesetzeswortlaute von § 39g Abs. 6 EEG 2023, § 39g Abs. 6 EEG 2021 und § 39f Abs. 6 EEG 2017

§ 39g Abs. 6 Satz 1 EEG 2023 bestimmt, dass dann, wenn eine bestehende Biomasseanlage einen Zuschlag erhält, ihr anzulegender Wert unabhängig von ihrem Zuschlagswert der Höhe nach begrenzt ist auf die durchschnittliche Höhe des anzulegenden Werts für den in der jeweiligen Anlage erzeugten Strom in Cent pro Kilowattstunde nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in der für die Anlage bisher maßgeblichen Fassung, wobei der Durchschnitt der drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahre maßgeblich ist. Satz 2 der Regelung legt außerdem fest, dass für die Ermittlung des Durchschnitts für jedes der drei Jahre der Quotient aus allen für die Anlage geleisteten Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden, und der im jeweiligen Jahr insgesamt vergüteten Strommenge zugrunde zu legen ist, sodann die Summe der nach dem vorstehenden Halbsatz ermittelten anzulegenden Werte durch drei zu teilen ist.

Nach § 39 Abs. 6 Satz 1 EEG 2023 ist folglich für die Bildung des Durchschnittswertes des anzulegenden Wertes

„die durchschnittliche Höhe des anzulegenden Werts für den in der jeweiligen Anlage erzeugten Strom in Cent pro Kilowattstunde nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in der für die Anlage bisher maßgeblichen Fassung“

relevant.

Demgegenüber ist nach Satz 2 der Regelung

„für die Ermittlung des Durchschnitts [...] für jedes der drei Jahre der Quotient aus allen für die Anlage geleisteten Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder

einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden, und der im jeweiligen Jahr insgesamt vergüteten Strommenge zugrunde zu legen“.

Die Vorgängerregelungen in § 39g Abs. 6 EEG 2021 und § 39f Abs. 6 EEG 2017 entsprechen im Wesentlichen inhaltlich dem § 39g Abs. 6 EEG 2023:

§ 39g Abs. 6 EEG 2023:

„(6) Wenn eine bestehende Biomasseanlage einen Zuschlag erhält, ist ihr anzulegender Wert unabhängig von ihrem Zuschlagswert der Höhe nach begrenzt auf die durchschnittliche Höhe des anzulegenden Werts für den in der jeweiligen Anlage erzeugten Strom in Cent pro Kilowattstunde nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in der für die Anlage bisher maßgeblichen Fassung, wobei der Durchschnitt der drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahre maßgeblich ist. Für die Ermittlung des Durchschnitts sind für jedes der drei Jahre der Quotient aus allen für die Anlage geleisteten Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden, und der im jeweiligen Jahr insgesamt vergüteten Strommenge zugrunde zu legen, sodann ist die Summe der nach dem vorstehenden Halbsatz ermittelten anzulegenden Werte durch drei zu teilen.“

§ 39g Abs. 6 EEG 2021:

„(6) Wenn eine bestehende Biomasseanlage einen Zuschlag erhält, ist ihr anzulegender Wert unabhängig von ihrem Zuschlagswert der Höhe nach begrenzt auf die durchschnittliche Höhe des anzulegenden Werts für den in der jeweiligen Anlage erzeugten Strom in Cent pro Kilowattstunde nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in der für die Anlage bisher maßgeblichen Fassung, wobei der Durchschnitt der drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahre maßgeblich ist. Für die Ermittlung des Durchschnitts sind für jedes der drei Jahre der Quotient aus allen für die Anlage geleisteten Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden, und der im jeweiligen Jahr insgesamt vergüteten Strommenge zugrunde zu legen, sodann ist die Summe der nach dem vorstehenden Halbsatz ermittelten anzulegenden Werte durch drei zu teilen.“

§ 39f Abs. 6 EEG 2017:

„(6) Wenn eine bestehende Biomasseanlage einen Zuschlag erhält, ist ihr anzulegender Wert unabhängig von ihrem Zuschlagswert der Höhe nach begrenzt auf die durchschnittliche Höhe des anzulegenden Werts für den in der jeweiligen Anlage erzeugten Strom in Cent pro Kilowattstunde nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in der für die Anlage bisher maßgeblichen Fassung, wobei der Durchschnitt der drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahre maßgeblich ist. Für die Ermittlung des Durchschnitts sind für jedes der drei Jahre der Quotient aus allen für die Anlage geleisteten Zahlungen und der im jeweiligen Jahr insgesamt vergüteten Strommenge zugrunde zu legen, sodann ist die Summe der nach dem vorstehenden Halbsatz ermittelten anzulegenden Werte durch drei zu teilen.“

Hierbei ist festzustellen, dass § 39g Abs. 6 Satz 1 EEG 2023, § 39g Abs. 6 Satz 1 EEG 2021 und § 39f Abs. 6 Satz 1 EEG 2017 vom Wortlaut her identisch sind. Satz 2 dieser Regelungen unterscheidet sich dahingehend, dass durch das EEG 2019 die Prämisse eingeschoben worden ist, dass die für die Anlage geleisteten Zahlungen

„aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden“.

Dies ist im EEG 2023 wortlautidentisch beibehalten worden, so dass der gesamte Wortlaut des § 39g Abs. 6 EEG 2021 und EEG 2023 identisch ist.

Danach ergibt sich, dass jeweils zwischen § 39f Abs. 6 Satz 1 und 2 EEG 2017 bzw. zwischen § 39g Abs. 6 Satz 1 und 2 EEG 2021 und EEG 2023 ein Widerspruch besteht: Nach Satz 1 der Regelungen wird der Durchschnittswert nach den *anzulegenden Werten* für die Anlage innerhalb der letzten drei Kalenderjahre, die dem Gebotstermin vorangegangenen waren, berechnet, und nach Satz 2 der Regelungen nach den tatsächlich geleisteten Zahlungen an den Anlagenbetreiber, wobei nach dem EEG 2021 und EEG 2023 nur Zahlungen berücksichtigungsfähig sind, die „aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden“.

Der „anzulegende Wert“ ist nach § 3 Nr. 3 EEG 2023 und Vorgängerregelungen

„der Wert, den die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur) im Rahmen einer Ausschreibung nach § 22 in Verbindung mit den §§ 28 bis 39q ermittelt oder der durch die §§ 40 bis 49 gesetzlich bestimmt ist und der die Grundlage für die Berechnung der Marktprämie, der Einspeisevergütung oder des Mieterstromzuschlags ist“.

Hiernach sind z.B. die Flexibilitätsprämie und der Flexibilitätszuschlag nach §§ 50 ff. EEG 2023 und Vorgängerregelungen keine Bestandteile des „anzulegenden Wertes“ nach dieser

Definition. Entsprechende Zahlungen dieser Boni müssen aber vom Netzbetreiber nach § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 und Vorgängerregelungen bei der Durchschnittswertberechnung nach Satz 1 dieser Bestimmung berücksichtigt werden. Auch insoweit ergibt sich ein Widerspruch zwischen dem Inhalt von Satz 1 und Satz 2 der Bestimmung.

Wurde der für die Berechnung der Förderung relevante Strom im Rahmen der geförderten Direktvermarktung mit Marktprämie vermarktet, ist vom anzulegenden Wert für die Bestimmung der Marktprämie der Marktwert des jeweiligen Stroms abzuziehen (vgl. Anlage 1 des EEG 2023 und Vorgängerregelungen). Für Anlagen des EEG 2000 bis EEG 2012 musste der anzulegende Wert für die Bestimmung der Marktprämie seit dem 1. Januar 2012 bzw. dem 1. August 2014 hingegen bestimmt werden durch Aufschlag der jeweils anzuwendenden Managementprämie auf die gesetzlich für die Anlage maßgebliche Einspeisevergütung, vgl. § 100 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 10 d) EEG 2014.

Ist der Strom unter Verkauf an den Netzbetreiber vermarktet worden und hat der Netzbetreiber hierfür die Einspeisevergütung gezahlt, muss bei Anlagen des EEG 2014 ff. die Einspeisevergütung auf Basis des anzulegenden Wertes unter Abzug der „Managementprämie“ berechnet werden, s. § 53 Abs. 1 EEG 2023 und Vorgängerregelungen. Für Anlagen des EEG 2000 bis EEG 2012 wurde der anzulegende Wert für die Einspeisevergütung hingegen berechnet unter Zugrundelegung der nach der jeweiligen EEG-Fassung maßgeblichen Einspeisevergütung.

Hieraus ergibt sich, dass der anzulegende Wert für eine Anlage in der Praxis immer höher ist als die für die Anlage zu zahlende Marktprämie¹, und dass der anzulegende Wert bei der Zahlung der Einspeisevergütung grundsätzlich der Höhe nach ebenfalls oberhalb der Einspeisevergütung liegt, mit Ausnahme von Anlagen des EEG 2000 bis EEG 2012, bei denen der anzulegende Wert gleich der Einspeisevergütung ist.

Auch dies bedingt, dass ein Regelungswiderspruch jeweils zwischen Satz 1 und Satz 2 von § 39f Abs. 6 EEG 2017 bzw. § 39g Abs. 6 EEG 2021 und EEG 2023 existiert, indem nach Satz 1 der grundsätzlich höhere Wert der Berechnung der Durchschnittsförderung zugrunde gelegt werden muss, und nach der Satz 2 der grundsätzlich jeweils niedrigere. Aufgrund dieses Regelungswiderspruchs sind die jeweiligen Bestimmungen der weiteren Auslegung zugänglich.

¹ Mit Ausnahme des eher theoretischen Falles, dass der für die Anlage anzulegende Marktwert null beträgt, und es daher für die Bestimmung der Marktprämie nicht zu einem Abzug vom anzulegenden Wert kommt.

2.2.3 Auslegung nach der Gesetzessystematik

Der gesetzessystematische Vergleich der Durchschnittswertbildung in § 39g Abs. 6 EEG 2023 lässt sich aufgrund der grundsätzlichen Herkunft der Regelung aus dem EEG 2017 am ehesten auf Basis des EEG 2017 führen:

Nach § 36b Abs. 2 **EEG 2017** bestimmte sich der Höchstwert für Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land ab 2018 wie folgt:

„(2) Ab dem 1. Januar 2018 ergibt sich der Höchstwert aus dem um 8 Prozent erhöhten Durchschnitt aus den Gebotswerten des jeweils höchsten noch bezuschlagten Gebots der letzten drei Gebotstermine. Der sich ergebende Wert wird auf zwei Stellen nach dem Komma gerundet.“

Für die gesetzliche Förderung von Windenergieanlagen an Land ab 2019 bestimmte § 46b Abs. 1 und 2 EEG 2017 die Höhe wie folgt:

„(1) Für Strom aus Windenergieanlagen an Land, die nach dem 31. Dezember 2018 in Betrieb genommen worden sind und deren anzulegender Wert nach § 22 Absatz 6 gesetzlich bestimmt wird, berechnet der Netzbetreiber den anzulegenden Wert nach § 36h Absatz 1, wobei der Zuschlagswert durch den Durchschnitt aus den Gebotswerten des jeweils höchsten noch bezuschlagten Gebots der Gebotstermine für Windenergieanlagen an Land im Vorjahr zu ersetzen ist. § 36h Absatz 2 bis 4 ist entsprechend anzuwenden.

(2) Die Bundesnetzagentur veröffentlicht den Durchschnitt aus den Gebotswerten für das jeweils höchste noch bezuschlagte Gebot aller Ausschreibungsrunden eines Jahres jeweils bis zum 31. Januar des darauf folgenden Kalenderjahres.“

Hier werden jedoch, anders als bei § 39g EEG 2023 und Vorgängerregelungen, die anzulegenden Werte auf Basis des Durchschnitts der höchsten bezuschlagten Gebote entsprechend vorangegangener Ausschreibungen bestimmt. Es existiert insbesondere keine Gegenüberstellung von „anzulegenden Werten“ aus der Vergangenheit mit geleisteten Zahlungen, die ggf. auch sanktionsbedingte Absenkungen berücksichtigen könnten, was bei den höchsten noch bezuschlagten Geboten nicht der Fall sein kann, da diese sich nur auf Gebotswerte beziehen. Daher ist dieser Vergleich nicht geeignet.

Im **EEG 2021** ist § 46 Abs. 1 und 2 EEG 2021 sinngemäß an die Stelle des v.g. § 46b Abs. 1 und 2 EEG 2017 getreten. Die Berechnungsmethodik wurde auch entsprechend übertragen, so dass sich dasselbe Resultat wie beim EEG 2017 ergibt.

Außerdem berechnete sich der Höchstwert für Solaranlagen des zweiten Segments ab dem 1. Januar 2022 nach § 37b Abs. 2 EEG 2021 wie folgt:

(2) Der Höchstwert ergibt sich ab dem 1. Januar 2022 aus dem um 8 Prozent erhöhten Durchschnitt der Gebotswerte des jeweils höchsten noch bezuschlagten Gebots der letzten drei Gebotstermine, deren Zuschläge bei der Bekanntgabe des jeweiligen Gebotstermins nach § 29 bereits nach § 35 Absatz 1 bekanntgegeben waren, dabei beträgt er jedoch höchstens 5,9 Cent pro Kilowattstunde. Ein sich aus der Berechnung ergebender Wert wird auf zwei Stellen nach dem Komma gerundet.

Auch hier wie bei § 46 Abs. 1 EEG 2021 nimmt die Berechnungsmethodik nur Bezug auf die jeweils höchsten in der Vergangenheit noch bezuschlagten Gebote, zieht folglich nur den Durchschnitt aus den entsprechenden Gebotswerten. Die Berechnung ist somit nicht auf § 39g EEG 2021 übertragbar.

Das **EEG 2023** enthält in § 28a Abs. 6, § 28b Abs. 6 und § 28e Abs. 5 EEG 2023 Vorgaben für die Reduktion der jeweiligen energieträgerspezifischen Ausschreibungsvolumina. Diese enthalten jedoch die Berechnungsmethodik des „Durchschnitts der Gebotsmengen der zugelassenen Gebote“, sind daher nur mengenbezogen und enthalten auch keine Gegenüberstellung der anzulegenden Werte zu geleisteten Zahlungen. Die Höchstwert-Berechnung nach § 37b Abs. 1 und 2 EEG 2023 wiederum nimmt nur den Durchschnitt aus den höchsten noch bezuschlagten Geboten aus der Vergangenheit, wie vergleichbare Regelungen im EEG 2017 und EEG 2021 auch, lässt sich folglich aus den dort genannten Gründen hier nicht heranziehen. Gleiches gilt für die Berechnung des anzulegenden Wertes für gesetzlich geförderte Windenergieanlagen nach § 46 EEG 2023 (vgl. vorstehend zu § 46 EEG 2021 und § 46b EEG 2017) und im Rahmen der Übergangsregelung in § 100 Abs. 35 EEG 2023. Zum selben Ergebnis kommt man auch bei der Durchschnittswertberechnung für Solaranlagen > 1 MW in der gesetzlichen Förderung nach § 48 Abs. 1a EEG 2023.

Allenfalls auf § 39g EEG 2021-2023 bzw. § 39f EEG 2017 übertragbar ist die Durchschnittspreisberechnung nach **§ 12c EEV**:

„§ 12c Höhe des Zahlungsanspruchs

(1) In dem Anschlusszeitraum nach § 12a ist der ursprüngliche Anspruch auf Zahlung der Höhe nach begrenzt

- 1. auf die durchschnittliche Höhe des anzulegenden Werts für den in der jeweiligen Anlage erzeugten Strom in Cent pro Kilowattstunde nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in der für die Anlage maßgeblichen Fassung, wobei der Durchschnitt der drei letzten Kalenderjahre des ursprünglichen Anspruchszeitraums maßgeblich ist, und*
- 2. auf höchstens*

a) 15,5 Cent pro Kilowattstunde bis einschließlich einer Bemessungsleistung von 75 Kilowatt und

b) 7,5 Cent pro Kilowattstunde bis einschließlich einer Bemessungsleistung von 150 Kilowatt.

(2) Die Höhe der Anspruchsbegrenzung nach Absatz 1 Nummer 2 verringert sich ab dem Jahr 2022 jeweils zum 1. Januar eines Kalenderjahres für Anlagen, deren Anschlusszeitraum nach § 12a vor diesem Zeitpunkt noch nicht begonnen hat, um 0,5 Prozent gegenüber der im jeweils vorangegangenen Kalenderjahr geltenden Anspruchsbegrenzung und wird auf zwei Stellen nach dem Komma gerundet. Für die Berechnung der Höhe der Anspruchsbegrenzung aufgrund einer erneuten Anpassung nach Satz 1 sind die ungerundeten Werte zugrunde zu legen.“

Die Berechnungsmethodik nach § 12c Abs. 1 Nr. 1 EEG entspricht hier jeweils dem Satz 1 von § 39g Abs. 6 EEG 2021 und 2023 bzw. § 39f Abs. 6 EEG 2017. Es fehlt aber in der EEG eine Bestimmung wie der jeweilige Satz 2 der Regelungen, d.h. eine Bestimmung zur Berechnung des Quotienten aus den geleisteten Zahlungen im Verhältnis zu den jeweiligen Strommengen. Hinzu kommt, dass § 12c EEG erst zum 20. Juli 2021² in Kraft getreten ist, und daher auch aus Zeitgründen nicht für die Auslegung des vier Jahre älteren § 39f Abs. 6 EEG 2017 verwendbar ist. Daher ist § 12c EEG auch nicht für einen gesetzessystematischen Vergleich heranziehbar.

Die Gesetzessystematik führt folglich zu keinem klaren Ergebnis: Entweder werden nur die Durchschnitte zwischen den Gebotswerten der jeweils höchsten noch bezuschlagten Gebote aus einem Vergangenheitszeitraum herangezogen, oder es wird zwar in § 12c EEG eine verwandte Berechnungsmethodik geregelt, aber ohne ein Äquivalent zum hier maßgeblichen Satz 2 von § 39f Abs. 6 EEG 2017 bzw. § 39g Abs. 6 EEG 2021-2023.

2.2.4 Auslegung nach der Gesetzeshistorie

Die Auslegung nach der Gesetzeshistorie ist insoweit unergiebig, als dass § 39f EEG 2017 keine Vorgängerregelung gehabt hat. Diese Bestimmung ist auch nur einmal im Rahmen des EEG 2021 geändert worden. Diese Änderung ist aber im Hinblick auf die hier anstehende Rechtsfrage ohne Bedeutung. Daher kommt die gesetzeshistorische Auslegung zu keinem Ergebnis.

² Artikel 1 und 7 der „Verordnung zur Umsetzung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2021 und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften“ vom 14. Juli 2021, BGBl. I S. 2860.

2.2.5 Auslegung nach Sinn und Zweck der Regelung

§ 39f EEG 2017 wurde im Fraktionsentwurf des EEG 2017 (damals noch EEG 2016 genannt) wie folgt begründet, wobei hierin Ausführungen, die von Relevanz für die folgende Bewertung sind, hervorgehoben worden sind:³

„Zu § 39f EEG 2016

§ 39f betrifft nach dessen Absatz 1 bestehende Biomasseanlagen, also solche, die erstmals vor dem 1. Januar 2017 ausschließlich mit Biomasse in Betrieb genommen worden sind. Sie können ebenfalls an Ausschreibungen teilnehmen. Insofern weicht § 39f als spezielle Norm von § 22 Absatz 4 Satz 2 Nummer 2 EEG 2016 und von § 39 Absatz 1 Nummer 1 EEG 2016 ab. Nach § 22 Absatz 4 Satz 2 Nummer 2 i.V.m. § 22 Absatz 6 EEG 2016 dürfen Anlagen, die vor 2017 genehmigt und vor 2019 in Betrieb genommen wurden, nicht an Ausschreibungen (gemeint ist in § 22: für Neuanlagen) teilnehmen. § 39f betrifft jedoch die Ausschreibung einer zehnjährigen Anschlussvergütung für bereits bestehende Biomasseanlagen. Da alle bestehenden Anlagen vor 2017 genehmigt und vor 2019 in Betrieb genommen worden sind, ist § 22 Absatz 4 Satz 2 Nummer 2 nicht anzuwenden. Gleiches gilt für § 39 Absatz 1 Nummer 1 EEG 2016, der bei Ausschreibungen einer 20jährigen Förderung für Neuanlagen nach § 39 sicherstellt, dass tatsächlich nur Neuanlagen – d.h. Anlagen, die vor Zuschlag noch nicht in Betrieb genommen worden sind – teilnehmen dürfen. Auch diese Regelung ist für die Ausschreibungen für bestehende Biomasseanlagen nicht anzuwenden.

Die Möglichkeit nach § 39f, an Ausschreibungen teilzunehmen, wurde ins EEG 2016 aufgenommen, weil bei einigen Biomasse-Bestandsanlagen ein Bedürfnis nach einer Zahlungsperspektive über die zwanzigjährige Zahlungsdauer nach § 25 EEG 2016 hinaus besteht. Biomasseanlagen haben teilweise Investitionsbedarf deutlich vor Ablauf der zwanzigjährigen Zahlungsdauer, z. B. weil Anlagenkomponenten erneuert werden müssen. Um diese Investitionen fremdfinanzieren zu können, besteht das Bedürfnis nach einem verlängerten Zahlungsanspruch, aus dem die Finanzierung amortisiert werden kann. Da für Anlagen, deren Zahlungsanspruch noch ausreichend lange läuft, ein solches Bedürfnis nicht besteht, können nur solche Bestandsanlagen an Ausschreibungen teilnehmen, deren Zahlungsanspruch zum Zeitpunkt der Ausschreibung höchstens noch für acht Jahre besteht.

³ BT-Drs. 18/8860, S. 223 ff.

Mit Erteilung des Zuschlags durch die BNetzA erhalten bestehende Biomasseanlagen den entsprechenden neuen anzulegenden Wert. **Der daraus folgende Zahlungsanspruch tritt nach Absatz 2 Satz 1 am ersten Tag eines durch den Anlagenbetreiber zu bestimmenden Monats für die Zukunft an die Stelle des bisherigen Zahlungsanspruchs der Anlage sowie aller weiteren bisherigen Ansprüche wie z. B. einer etwaigen Flexibilitätsprämie, sonstiger Boni etc.** Der Anlagenbetreiber kann nach Satz 2 durch Mitteilung an den Netzbetreiber innerhalb eines Zeitfensters zwischen einem und drei Jahren nach Bekanntgabe des Zuschlags wählen, wann der Zahlungsanspruch aus dem anzulegenden Wert aus dem Zuschlag an die Stelle der bisherigen Ansprüche tritt. **So ist der Anlagenbetreiber flexibel und hat ausreichend Zeit, um etwa erforderliche Umrüstungen der Anlage vorzunehmen, die z. B. erforderlich sind, um künftig die Flexibilitätsanforderungen nach § 39h Absatz 2 in Verbindung mit § 44b Absatz 1 EEG 2016 erfüllen zu können.** Die Mitteilung an den Netzbetreiber muss nach Satz 3 vor Beginn des Kalendermonats erfolgen, der dem Kalendermonat vorangeht, ab dem der neue Zahlungsanspruch an die Stelle des alten tritt. Diese Frist ist gleich der Frist in § 21c Absatz 1 Satz 1 EEG 2016. Wenn der Anlagenbetreiber auch drei Jahre nach Zuschlag noch keine Mitteilung an den Netzbetreiber gemacht hat, tritt der neue Zahlungsanspruch nach Satz 4 am ersten Tag des siebenunddreißigsten Kalendermonats, der auf die öffentliche Bekanntgabe des Zuschlags folgt, automatisch an die Stelle des alten.

Nach Absatz 3 Satz 1 gilt die Bestandsanlage an dem Tag, an dem nach Absatz 2 der neue Zahlungsanspruch an die Stelle des Anspruchs nach bisherigem Recht tritt, als neu in Betrieb genommen. Satz 2 verdeutlicht, dass daher ab diesem Zeitpunkt die Regeln des EEG 2016 für Neuanlagen auch auf bestehende Biomasseanlagen in der Anschlussförderung anzuwenden sind. Die Anlagen unterfallen ab dann nicht mehr § 100 EEG 2016. Dies dient der Rechtsvereinheitlichung und -vereinfachung. Dies bedeutet unter anderem, dass Bestandsanlagen, die erfolgreich an einer Ausschreibung teilgenommen haben, ab ihrem neuen Inbetriebnahmedatum keine Flexibilitätsprämie⁴ nach § 50b EEG 2016 mehr in Anspruch nehmen können, jedoch ab dann den Flexibilitätszuschlag nach § 50a EEG 2016.

Da für Bestandsanlagen in der Anschlussförderung ab dem Tag, an dem nach Absatz 2 der neue Zahlungsanspruch an die Stelle des Anspruchs nach bisherigem Recht tritt, die Pflichten von Neuanlagen gelten, gelten für diese Anlagen dann auch die entsprechenden Flexibilisierungsanforderungen. Um diese erfüllen zu können, müssen bestehende Biomasseanlagen teilweise modernisiert werden. Die weiteren zehn Jahre Anschlussförderung

⁴ Rechtschreibfehler im Original.

sind nur gerechtfertigt, wenn Bestandsanlagen im Interesse der Markt- und Systemintegration flexibler werden. Daher ist nach Absatz 4 Satz 1 Voraussetzung für den neuen Zahlungsanspruch, dass ein Umweltgutachter mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien bescheinigt hat, dass die Anlage für einen bedarfsorientierten Betrieb technisch geeignet ist und der Anlagenbetreiber diese Bescheinigung dem Netzbetreiber vorgelegt hat. **Nach Satz 2 Nummer 1 müssen Biogasanlagen die Anforderungen nach § 39h Absatz 2 Satz 1 in Verbindung mit § 44b Absatz 1 EEG 2016 erfüllen können. Sie müssen also für eine bedarfsorientierte Fahrweise geeignet sein, die daraus resultiert, dass die Biogasanlagen nur eine Bemessungsleistung von 50% ihrer installierten Leistung vergütet bekommen. Nach Nummer 2 gilt dies entsprechend für Anlagen, die feste Biomasse nutzen, und daher nach § 39h Absatz 2 Satz 2 nur eine Bemessungsleistung von 80% ihrer installierten Leistung vergütet bekommen.**

Absatz 5 enthält für bestehende Biomasseanlagen Ergänzungen und Abweichungen von den §§ 39 bis 39e EEG 2016. Nach Nummer 1 muss die Genehmigung nach § 39 Absatz 1 Nummer 2 EEG zum Betrieb der Anlagen bei bestehenden Biomasseanlagen mindestens bis zum Ende des elften Kalenderjahres laufen, das auf den Gebotstermin folgt. Dies soll sicherstellen, dass eine Bestandsanlage die öffentlich-rechtliche Genehmigung hat, auch während des Anschlussvergütungszeitraums betrieben zu werden, und damit die tatsächliche Betriebswahrscheinlichkeit erhöhen. Da der Beginn des Anschlusszeitraums nach § 39f Absatz 2 flexibel ist, aber frühestens ein Jahr nach Zuschlag beginnt, geht Nummer 1 mit einem Mindestgenehmigungszeitraum von elf Jahren nach Zuschlag betreiberfreundlich pauschal von einem frühen Beginn des Anschlusszeitraums aus.

Nach Nummer 2 muss der Bieter bei Gebotsabgabe die Eigenerklärungen beifügen, dass er Betreiber der Biomasseanlage ist, sowie, dass die Genehmigung nach § 39 Absatz 1 Nummer 2 EEG 2016 solange läuft, wie in Nummer 1 verlangt.

Nach Nummer 3 beträgt der Höchstwert nach § 39b Absatz 1 für Bestandsanlagen im Jahr 2017 16,9 Cent/kWh. Dieser Wert ergibt sich aus dem Mittel der durchschnittlichen Vergütung von Biogas-Bestandsanlagen mit rund 21 Cent/kWh und der durchschnittlichen Vergütung von Bestandsanlagen zur Verstromung fester Biomasse (Industrierestholz, Waldrestholz etc. mit Ausnahme von Altholz) in Höhe von 9 bis 12 Cent/kWh. Diese beiden Gruppen von Bestandsanlagen haben gleichzeitig Zugang zur Ausschreibung von Biomasse. Es ist deshalb angemessen, einen Höchstwert von 16,9 Cent/kWh anzusetzen, der beiden Anlagengruppen eine reale Chance auf einen Zuschlag gewährt, ohne zu Mitnahmeeffekten in der anderen Anlagengruppe zu führen. Somit beträgt in der Biomasseausschreibung im Jahr 2017 der Höchstwert für Neuanlagen 14,88 Cent/kWh, für Bestandsanlagen die genannten 16,9 Cent/kWh. In den Folgejahren verringern sich beide Höchstwerte ab dem 1. Januar

2018 um 1 Prozent pro Jahr gegenüber dem im jeweils vorangegangenen Kalenderjahr geltenden Höchstwert. D.h. sowohl der Höchstwert für Neuanlagen von 14,88 Cent/kWh als auch der Höchstwert für Bestandsanlagen von 16,9 Cent/kWh unterliegt einer jährlichen einprozentigen Degression. Die Degressionsvorschrift nach § 39b Absatz 2 mit ihren Bestimmungen zu Rundung etc. ist jeweils auf beide Höchstwerte separat anzuwenden. Dies ist in Nummer 3 zweiter Halbsatz noch einmal ausdrücklich klargestellt.

Nach Nummer 4 in Verbindung mit § 39d Absatz 1 erlischt der Zuschlag für bestehende Biomasseanlagen 6 Monate nach dem Tag nach § 39f Absatz 2 EEG 2016 (ab dem der neue Zahlungsanspruch zu laufen beginnt), wenn der Anlagenbetreiber nicht bis zu diesem Zeitpunkt dem Netzbetreiber die Bescheinigung des Umweltgutachters nach Absatz 4 vorgelegt hat. Da bestehende Biomasseanlagen bereits in Betrieb sind, kann bei diesen für die Feststellung der Realisierung – anders als bei Neuanlagen – nicht auf die tatsächliche Inbetriebnahme abgestellt werden. Davon unabhängig besteht auch innerhalb dieser sechs Monate der Zahlungsanspruch u.a. nicht, solange die Bescheinigung nach Absatz 4 nicht vorgelegt wurde. § 39d Absatz 2 EEG 2016 ist für bestehende Anlagen regulär anzuwenden.

Unabhängig vom Höchstwert nach § 39b EEG 2016, bei dessen Überschreiten ein Gebot nach § 33 Absatz 1 Satz 1 Nummer EEG 2016 ausgeschlossen wird, begrenzt Absatz 6 zusätzlich den anzulegenden Wert für bestehende Biomasseanlagen, die einen Zuschlag erhalten haben. Die Ausschreibungen für bestehende Anlagen bieten diesen Anlagen eine Perspektive noch über den zwanzigjährigen Zeitraum hinaus, für den nach bisherigem Recht ein Anspruch auf Zahlung besteht. Im Gegenzug darf aber die Vergütung nicht über das bisherige Vergütungsniveau der Anlage steigen, da dies dem Grundsatz der Kosteneffizienz entgegenstünde. **Im Gegenteil wird erwartet, dass eine Verlängerung des zwanzigjährigen Vergütungszeitraums für Bestandsanlagen mit einer Senkung von deren durchschnittlicher Vergütung, auch schon vor Ablauf der 20 Jahre, einhergeht.**

Nach Satz 1 ist der neue anzulegende Wert der jeweiligen Anlage begrenzt auf ihren bisherigen durchschnittlichen anzulegenden Wert. Dabei ist auf den Durchschnitt der drei Kalenderjahre abzustellen, die der jeweiligen Ausschreibung vorangegangen sind. Da diese Begrenzung den Zahlungsanspruch nach § 19 Absatz 1 EEG 2016 betrifft, ist dieser Wert durch den Anschlussnetzbetreiber zu ermitteln. Bei diesem liegen auch direkt und rechtzeitig die dafür erforderlichen Daten vor (insbes. Jahresabrechnungen der Vorjahre). Die Alternative, diese Begrenzung durch die BNetzA ermitteln zu lassen und direkt als zusätzlichen anlagenspezifischen Höchstwert bei der Prüfung der Gebote zu berücksichtigen, wurde geprüft und verworfen. Der damit verbundene erhebliche Mehraufwand hätte zu einer deutlichen Verzögerung der Zuschlagserteilung geführt. Zudem führt der Rechtsweg gegen die BNetzA vor das OLG Düsseldorf, bei Streitigkeiten mit dem Netzbetreiber ist

hingegen der reguläre Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet, der dafür geeigneter erscheint und der unter dem EEG auch ansonsten geltende Rechtsweg für derartige Streitigkeiten ist. Zudem besteht in diesem Fall auch die Möglichkeit, einen etwaigen Streit über den durchschnittlichen anzulegenden Wert mithilfe der Clearingstelle EEG außergerichtlich beizulegen. **Die Begrenzung nach Satz 1 greift, wenn der Zuschlagswert der Anlage höher ist als ihr bisheriger durchschnittlicher anzulegender Wert. Wenn der Zuschlagswert ohnehin niedriger ist, ist der Zuschlagswert maßgeblich.**

Nach Satz 2 Halbsatz 1 sind für die Ermittlung des Durchschnitts für jedes der drei Jahre der Quotient aus allen für die Anlage geleisteten Zahlungen und der im jeweiligen Jahr insgesamt vergüteten Strommenge zugrunde zu legen. Um den Aufwand gering zu halten, empfiehlt es sich für den Netzbetreiber, dabei auf die betreffenden EEG-Jahresendabrechnungen abzustellen. Da bei der Ausschreibung auf die gesamte Stromerzeugung ein einheitlicher anzulegender Wert zu bieten ist, ist bei Bestandsanlagen, die ab einer bestimmten Bemessungsleistung für die unterschiedlichen Bemessungsleistungsstufen unterschiedlich hohe anzulegende Werte haben, für die Bestimmung des Höchstwerts der durchschnittliche anzulegende Wert über die gesamte Bemessungsleistung der jeweiligen Vorjahre zu ermitteln. **Bei der Ermittlung des bisherigen anzulegenden Wertes sind alle Zahlungen nach § 19 EEG 2016 (einschließlich etwaiger Boni) und nach § 50 EEG 2016 (insbesondere die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2016) zu berücksichtigen. Bei Anlagen, die die feste Einspeisevergütung in Anspruch genommen haben, ist bei der Ermittlung des anzulegenden Wertes § 53 EEG 2016 zu berücksichtigen. Dies gilt allerdings nicht für Anlagen, für die ein Vergütungssatz vor Einführung der verpflichtenden Direktvermarktung durch das EEG 2014 gilt. Denn bei diesen war die seit dem EEG 2014 im anzulegenden Wert direkt eingepreiste sog. Managementprämie noch nicht im Vergütungssatz enthalten.**

Nach Satz 2 Halbsatz 2 ist die Summe der nach Satz 2 Halbsatz 1 ermittelten anzulegenden Werte durch drei zu teilen. Somit wird jeder der drei durchschnittlichen anzulegenden Werte aus den Vorjahren gleich gewichtet.“

§ 39f EEG 2017 in der Fassung des Fraktionsentwurfs wurde durch den Bundestag nicht mehr im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens geändert. Dementsprechend sind die Darstellungen in der Begründung des Fraktionsentwurfs für die teleologische Auslegung von § 39f EEG 2017 heranziehbar. Aus diesen Ausführungen ergeben sich letztlich folgende Schlussfolgerungen hinsichtlich der Motivation und Sichtweise des Gesetzgebers bezüglich dieser Regelung:

- Mit Wirksamkeit des Zuschlags für die Anlage gilt diese als neu in Betrieb genommen (vgl. § 39f Abs. 3 Satz 1 EEG 2017), und unterfällt damit mglw. entgegen der vorangegangenen Rechtslage der Direktvermarktungspflicht bei Überschreiten einer

installierten elektrischen Leistung von 100 kW (vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 und Folgeregelungen).

- Die Berechnung der konkreten Förderhöhe nach den Vorgaben in § 39f Abs. 6 EEG 2017 erfolgt bei jeglicher vom Anlagenbetreiber gewählten Vermarktungsform.
- Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Anlagen nach § 39f EEG 2017 aufgrund der Erfüllung der Flexibilitätsanforderungen nach § 39h Abs. 2 i.V. mit § 44b Abs. 1 EEG 2017 den Flexibilitätszuschlag nach § 50a EEG 2017 in Anspruch nehmen, speziell auch dann, wenn diese Anlagen vor dem Zuordnungszeitpunkt die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 (oder Vorgängerregelungen) in Anspruch genommen hatten. Zumindest die Flexibilitätsprämie erforderte und erfordert aber, dass der Strom aus der Anlage im Wege der Direktvermarktung (gefördert oder ungefördert) vermarktet wird.
- Die nach § 39f Abs. 6 Satz 2 EEG 2017 zu berücksichtigenden Zahlungen umfassen Einspeisevergütung, Marktprämie sowie Boni, insbesondere die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 (oder Vorgängerregelungen).
- Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die von der Anlage vor Anwendung des Zuschlags nach § 39f EEG 2017 in Anspruch genommene, durchschnittliche Vergütung nach Anwendung des Zuschlags durch die Methodik des § 39f Abs. 6 EEG 2017 gesenkt wird, ggf. auch schon vor Ablauf des bisherigen 20-jährigen Förderzeitraums.
- Die Begrenzung des Förderanspruchs nach § 39f Abs. 6 Satz 1 EEG 2017 ist durch den Anschlussnetzbetreiber zu ermitteln. Bei diesem liegen auch direkt und rechtzeitig die dafür erforderlichen Daten vor (insbes. Jahresabrechnungen der Vorjahre).

Die Ausführungen in der Begründung des Fraktionsentwurfs zu § 39f EEG 2017 klären den Widerspruch zwischen § 39f Abs. 6 Satz 1 und Satz 2 EEG 2017 nicht gänzlich, lassen allerdings aus Sicht des BDEW bereits eine Richtung erkennen:

Es ist zwar aus der Begründung heraus nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber Anlagenbetreiber, die innerhalb der drei Kalenderjahre, die dem für die Anlage maßgeblichen Gebotstermin vorangegangen sind, die Direktvermarktung mit Marktprämie oder die ungeförderte Direktvermarktung gewählt hatten, bei der Berechnung der Begrenzung nach § 39f Abs. 6 Satz 1 und 2 EEG 2017 *bewusst* schlechter stellen wollte, als Anlagenbetreiber, die innerhalb dieses Zeitraums die Einspeisevergütung in Anspruch genommen hatten:

Bei **Anlagen in der Direktvermarktung mit Marktprämie** wären „*alle(n) für die Anlage geleisteten Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden*“, nur die Marktprämie sowie die Flexibilitätsprämie bei entsprechender Inanspruchnahme. Der für die Anlage maßgebliche

„Marktwert“ wäre nicht vom Netzbetreiber oder einer anderen Person gezahlt oder geleistet worden. Und der Direktvermarktungserlös, der zwischen Anlagenbetreiber und Direktvermarkter vereinbart worden ist, wäre weder vom Netzbetreiber noch auf Basis des EEG oder einer der Verordnungen gezahlt oder geleistet worden.

Bei **Anlagen in der sonstigen, ungeförderten Direktvermarktung** wäre vom Netzbetreiber zudem gar kein Betrag gezahlt oder geleistet worden, außer der Flexibilitätsprämie bei Inanspruchnahme, und vom Direktvermarkter nur der vertraglich vereinbarte und sich damit nicht aufgrund des EEG ergebende Direktvermarktungserlös.

Demgegenüber wäre bei **Anlagen in der Einspeisevergütung** der Zahlungsbetrag der (unverminderten) Einspeisevergütung in der Regel höher als die alternativ bei einer Marktprämien-Direktvermarktung zu zahlende Marktprämie.

Wenn man daher nach § 39f Abs. 6 Satz 2 EEG 2017 ausschließlich die tatsächlich vom Netzbetreiber gezahlten Beträge der Berechnung nach Satz 1 der Regelung zugrunde legen würde, ergäbe sich grundsätzlich eine Ungleichgewichtung zwischen einerseits der Vermarktungsform der Einspeisevergütung und andererseits den Vermarktungsformen der geförderten und der ungeförderten Direktvermarktung. Ein entsprechender Wille des Gesetzgebers zu einer solchen Ungleichbehandlung ist jedenfalls in der zitierten Gesetzesbegründung nicht *ausdrücklich* niedergelegt.

Allerdings hat der Gesetzgeber in der Begründung des Fraktionsentwurfs klargestellt, dass der Durchschnittswertbildung nach Satz 1 des § 39f Abs. 6 EEG 2017 die **konkret vom Netzbetreiber aufgrund des EEG oder seiner Verordnungen gezahlten Zahlungen** zugrunde gelegt werden müssen, wie es sich auch schon aus Satz 2 der Regelung ergibt. Als solche Zahlungen werden in der Begründung die Einspeisevergütung, die Marktprämie, die Flexibilitätsprämie und eventuelle Boni genannt. Der Gesetzgeber hat dort aber nicht dargestellt, dass im Falle der Direktvermarktung mit Marktprämie neben der Marktprämie noch der dem Netzbetreiber aufgrund der Förderabrechnung bekannte „Marktwert“ zusätzlich zur Marktprämie als „Zahlungen“ zu berücksichtigen ist, oder der dem Netzbetreiber nicht bekannte, vertraglich zwischen Anlagenbetreiber und Direktvermarkter vereinbarte Direktvermarktungserlös. Es ist außerdem nicht aus der Begründung erkennbar, dass Satz 2 der Regelung dann, wenn der Anlagenbetreiber für die Anlage eine Form der Direktvermarktung betreibt, außer Betracht bleiben muss, und nur Satz 1 der Regelung mit der Folge der Inanspruchnahme ausschließlich des „anzulegenden Wertes“ der Anlage anzuwenden ist. Dass für diese Vermarktungsform Satz 2 nur inhaltlich darauf beschränkt ist, die Flexibilitätsprämie neben den „anzulegenden Wert“ nach Satz 1 der Regelung zu stellen bzw. hinzu zu addieren, ist auch nicht aus der Begründung erkennbar.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Flexibilitätsprämie nach [§ 50b EEG 2023](#) und Vorgängerregelungen gerade kein Bestandteil des „anzulegenden Wertes“ der Anlage ist. Dies ergibt sich auch aus der Definition in § 3 Nr. 3 EEG 2023, in der die Flexibilitätsprämie und der -zuschlag nicht als Bestandteile des „anzulegenden Wertes“ genannt werden:

„Im Sinn dieses Gesetzes ist oder sind (...)

3. „anzulegender Wert“ der Wert, den die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur) im Rahmen einer Ausschreibung nach § 22 in Verbindung mit den §§ 28 bis 39q ermittelt oder der durch die §§ 40 bis 49 gesetzlich bestimmt ist und der die Grundlage für die Berechnung der Marktprämie, der Einspeisevergütung oder des Mieterstromzuschlags ist (...).“

Der Anspruch auf eine solche Prämie ergibt sich gerade nicht aus § 19 Abs. 1 EEG 2023 und Vorgängerregelungen, sondern unmittelbar aus § 50 i.V. mit § 50b EEG 2023 und Vorgängerregelungen, s. § 50 und § 50b Satz 2 EEG 2023. Würde es § 39f Abs. 6 Satz 2 EEG 2017 und Nachfolgeregelungen daher nicht gegeben haben, wäre die Flexibilitätsprämie wegen der alleinigen Abstimmung auf den „anzulegenden Wert“ der Anlage nach Satz 1 der Regelungen daher gar nicht Grundlage für die Berechnung der Anschlussförderung gewesen. Die Flexibilitätsprämien konnten nur durch die Sätze 2 der Regelungen überhaupt in die Berechnung eingeführt werden. Dies spricht dagegen, dass Satz 1 der Regelungen den inhaltlichen Rahmen bildet, der letztlich durch Satz 2 der Regelungen konkretisierend ausgefüllt wird: Mindestens die Flexibilitätsprämie stünde außerhalb dieses Rahmens. Dies spricht dagegen, dass Satz 2 der Regelungen nur nach Maßgabe des inhaltlichen Rahmens von Satz 1 der Regelungen interpretiert wird.

Maßgeblich nach § 39f Abs. 6 Satz 2 EEG 2017 sind nach den Ausführungen in der genannten Begründung zudem nur **die tatsächlich vom Netzbetreiber an den Anlagenbetreiber geleisteten Zahlungen**. Zahlungen, die von Dritten an den Anlagenbetreiber geleistet worden sind, z.B. vom Direktvermarkter, können alleine deshalb nicht relevant sein, weil sie dem Netzbetreiber nicht bekannt sind, der Netzbetreiber aber letztlich nach der Begründung des Fraktionsentwurfs derjenige ist, der auf Basis seiner Daten die tatsächlich geleisteten Zahlungen bestimmt und der Berechnung zuführt. Außerdem sind diese Zahlungen nicht wie nach der Begründung des Fraktionsentwurfs des EEG 2017 oder nach dem § 39g Abs. 6 EEG 2021/2023 aufgrund des EEG oder seiner Verordnungen gezahlt worden, sondern aufgrund eines entsprechenden Vertrages zwischen Anlagenbetreiber und Drittem bzw. Direktvermarkter.

Schließlich ist der „**Marktwert**“, also je nach EEG-Fassung der „Monatsmarktwert“ oder der „Jahresmarktwert“, der zur Bestimmung der Marktprämie vom „anzulegenden Wert“ abgezogen werden muss, gerade kein Gegenstand der Zahlungen des Netzbetreibers an den

Anlagenbetreiber, sondern muss für die Bestimmung der Zahlungen bei der Vermarktungsform der Direktvermarktung mit Marktprämie vom „anzulegenden Wert“ abgezogen werden. Dieser Marktwert ist dem Netzbetreiber zwar bekannt, weil er ihn für die Berechnung der Marktprämie nutzen muss. Aber er ist weder Gegenstand des durchschnittlichen „anzulegenden Wertes“ nach § 39f Abs. 6 Satz 1 EEG 2017, noch Gegenstand der Zahlungen nach § 39f Abs. 6 Satz 2 EEG 2017, sondern nur eine der Berechnungsgrundlagen für die Zahlung der Marktprämie.

Die Ausführungen in der Begründung des Fraktionsentwurfes implizieren z.B. auch, dass Zahlungsansprüche auf die Marktprämie oder die Einspeisevergütung, die aufgrund einer **Sanktion des EEG** z.B. nach § 52 EEG 2017 vermindert gewesen waren, nur in entsprechend verminderter Höhe berücksichtigt werden können. Dies verdeutlicht die Bezugnahme des Gesetzgebers auf § 53 EEG 2017.

Die Einfügung der **Begriffe „, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden,“** hinter den Begriffen „geleisteten Zahlungen“ in § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG ist schließlich im Rahmen des EEG 2021 erfolgt und im Regierungsentwurf des Gesetzes wie folgt begründet worden:⁵

„Die Änderung in § 39g Absatz 6 EEG 2021 ist rein redaktioneller Art. Sie stellt klar, dass nur Zahlungen nach dem EEG in die Berechnung einfließen.“

Hierdurch ist klargestellt worden, dass jegliche Zahlungen des Netzbetreibers an den Anlagenbetreiber für diese Anlage, die auf dem EEG oder seinen Verordnungen basierten, im Rahmen von § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2021 und damit auch nach Satz 1 der Regelung zu berücksichtigen sind. Dies sind Zahlungen für das Einspeisemanagement nach §§ 14 und 15 EEG in der jeweiligen Fassung, bis dieses durch das Redispatch nach dem EnWG abgelöst worden ist. Zahlungen aufgrund des EnWG-Redispatch sind keine Zahlungen, „die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden“ (vgl. nachfolgend ausführlich unter Frage 2).

Hierbei ist zu beachten, dass auch der in der hiesigen Begründung verwendete Begriff der „Zahlungen“ auf die tatsächlich geleisteten Zahlungen und nicht auf den theoretisch für die Anlagen während der entsprechenden Zeitdauern maßgeblichen anzulegenden Wert abstellt.

⁵ BT-Drs. 19/23482, S. 118.

Die Regelung ist in der Folge nicht mehr geändert worden, weshalb auch aus weiteren Gesetzesmaterialien keine ergänzenden Hinweise auf Sinn und Zweck der Regelung entnommen werden können.

2.2.6 Ergebnis der Auslegung und Beantwortung der Fragestellung

Die verschiedenen Auslegungsmethoden stehen grundsätzlich gleichrangig nebeneinander. Allerdings kommt in der Praxis der Auslegung nach Sinn und Zweck der Regelung am meisten Gewicht zu, da der Sinn und Zweck der Regelungen, der meist durch die jeweilige Gesetzesbegründung wiedergegeben wird, am ehesten Aufschluss über die vom Gesetzgeber angelegte Vorstellung des gesetzlichen Inhalts geben kann.

Die teleologische Auslegung von § 39f. Abs. 6 EEG 2017 bzw. § 39g Abs. 6 EEG 2021 und EEG 2023 führt nach sorgfältiger Abwägung der Argumente durch den BDEW dazu, dass für die Durchschnittswertberechnung nicht die jeweils anzulegenden Werte der Anlagen der letzten drei Kalenderjahre vor dem Ausschreibungstermin herangezogen werden müssen, sondern die auf Basis dieser anzulegenden Werte berechneten und vom Netzbetreiber tatsächlich gezahlten Förderungen nach dem EEG und seinen Verordnungen. Dies resultiert sowohl aus der klaren Nennung dieser Prämisse im Wortlaut von Satz 2 der jeweiligen Bestimmung, als auch aus der nochmaligen Erwähnung und ausführlichen Beschreibung dieser auf den tatsächlichen Zahlungsleistungen zu beruhenden Berechnungsmethodik in der Begründung des Fraktionsentwurfs zu § 39f Abs. 6 EEG 2017.

Dieses Ergebnis ist zwar auch aus der Begründung des Fraktionsentwurfs nicht gänzlich zweifelsfrei herauslesbar. Wie vorstehend unter Nr. 2.2.5 dargestellt, kann sich hierbei erkennbar ein Ungleichgewicht zu Lasten von Anlagen bilden, die während des Zeitraums der drei Kalenderjahre in der geförderten oder ungeförderten Direktvermarktung gewesen waren. Wenn bei diesen Anlagen nur die gezahlte Marktprämie der Berechnung des Durchschnittswertes zugrunde gelegt werden würde⁶, der dann für die kommenden zehn Jahre den anzulegenden Wert der Anlage bilden würde, würde bei bisheriger Marktprämien-Direktvermarktung der Anlage der Marktwert des Stroms quasi doppelt abgezogen werden: einmal innerhalb der vergangenen drei Kalenderjahre für die Bestimmung der Marktprämie, und dann nochmals für

⁶ Die Beurteilung der Rechtslage bei Beschreiten der ungeförderten „sonstigen Direktvermarktung“ ist Gegenstand der Frage 4.

die Folgezeit, wenn die Anlage in der Marktprämien-Direktvermarktung vermarkten würde, und der bisherige Marktprämien-Durchschnitt der anzulegende Wert für diese Anlage wäre.

Allerdings stellt der Gesetzgeber ausdrücklich in Gesetzeswortlaut und Begründung auf die Zahlungen des Netzbetreibers als Grundlage für die Bildung des Durchschnittswertes in Satz 2 der jeweiligen Regelungen ab, und nicht alleinig auf den bei dieser Vermarktungsform grundsätzlich höheren „anzulegenden Wert“, in dem z.B. die Flexibilitätsprämie auch nicht enthalten wäre. Trotz der möglichen wirtschaftlich nachteiligen Auswirkungen auf die betroffenen Anlagen sieht sich der BDEW insoweit an den Gesetzeswortlaut von Satz 2 von § 39f Abs. 6 EEG 2017 bzw. § 39g Abs. 6 EEG 2021/2023 in Verbindung mit der Begründung zu § 39f Abs. 6 EEG 2017 gebunden.

Der BDEW ist jedoch bereits in der Vergangenheit in seinen Stellungnahmen zu EEG-Novellen dafür eingetreten, diese wirtschaftlichen Auswirkungen durch eine entsprechende Anpassung des Gesetzeswortlautes aufzuheben. Dies hatte jedoch der Gesetzgeber nicht übernommen. Dies wird der BDEW auch jenseits dieses Clearingstellen-Verfahrens beibehalten.

Daher beantwortet der BDEW die Verfahrensfrage 1 auf Basis des geltenden Rechts wie folgt: Bei bestehenden Biomasseanlagen, die in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren für den in der jeweiligen Anlage erzeugten Strom die Marktprämie oder die Einspeisevergütung erhalten haben, wird der Durchschnittswert des anzulegenden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 nach den Vorgaben von Satz 2 der Regelung auf Basis des Durchschnitts für jedes der drei Jahre als Quotient aus allen für die Anlage *vom Netzbetreiber tatsächlich geleisteten Zahlungen* berechnet, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden, und ist der im jeweiligen Jahr insgesamt vergüteten Strommenge zugrunde zu legen; sodann ist die Summe der nach dem vorstehenden Halbsatz ermittelten anzulegenden Werte durch drei zu teilen.

Wollte der Gesetzgeber eine Durchschnittspreisberechnung alleine auf Basis des *anzulegenden Wertes der Anlage* innerhalb der drei Kalenderjahre, müssten § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 bzw. auch die Vorgängerregelungen entsprechend angepasst werden. Der BDEW tritt dieser Anpassung mit dieser Stellungnahme ausdrücklich nicht entgegen.

2.3 Frage 2

2.3.1 Fragestellung

Sind bei der Berechnung der jährlichen Durchschnittswerte nach § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 für bestehende Biomasseanlagen, die in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren vom Netzbetreiber gezahlten Flexibilitätsprämien, Boni oder/ und Entschädigungen für Nichteinspeisung, wie Entschädigungszahlungen für Redispatch gemäß §§ 13 EnWG bzw. §§ 14, 15 EEG 2017/2021, miteinzubeziehen?

2.3.2 Beantwortung der Frage 2

Bei der hiesigen Antwort muss differenziert werden: Gemäß **§ 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2021/2023** basiert die Differenzwertbildung auf

„allen für die Anlage geleisteten Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden“.

Die Differenzwertbildung nach **§ 39f Abs. 6 Satz 2 EEG 2017** basierte hingegen noch auf

„allen für die Anlage geleisteten Zahlungen“.

Die Begriffe „allen für die Anlage geleisteten Zahlungen“ sind allerdings unkonkret, weil sie nicht bezeichnen, auf welcher Rechtsgrundlage und von wem diese Zahlungen geleistet worden sind. Denkbar könnten daher z.B. auch Tilgungs- und Zinszahlungen des Anlagenbetreibers an die finanzierende Gesellschaft sein, da diese auch „für die Anlage geleistet“ worden sind.

Die vorstehend unter Nr. 2.2.5 dargestellte Begründung zu § 39f Abs. 6 Satz 2 EEG 2017 beschreibt diese Zahlungen wie folgt:

„Nach Satz 2 Halbsatz 1 sind für die Ermittlung des Durchschnitts für jedes der drei Jahre der Quotient aus allen für die Anlage geleisteten Zahlungen und der im jeweiligen Jahr insgesamt vergüteten Strommenge zugrunde zu legen. Um den Aufwand gering zu halten, empfiehlt es sich für den Netzbetreiber, dabei auf die betreffenden EEG-Jahresendabrechnungen abzustellen. Da bei der Ausschreibung auf die gesamte Stromerzeugung ein einheitlicher anzulegender Wert zu bieten ist, ist bei Bestandsanlagen, die ab einer bestimmten Bemessungsleistung für die unterschiedlichen Bemessungsleistungsstufen unterschiedlich hohe anzulegende Werte haben, für die Bestimmung des Höchstwerts der durchschnittliche anzulegende Wert über die gesamte Bemessungsleistung der jeweiligen

Vorjahre zu ermitteln. Bei der Ermittlung des bisherigen anzulegenden Wertes sind alle Zahlungen nach § 19 EEG 2016 (einschließlich etwaiger Boni) und nach § 50 EEG 2016 (insbesondere die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2016) zu berücksichtigen. Bei Anlagen, die die feste Einspeisevergütung in Anspruch genommen haben, ist bei der Ermittlung des anzulegenden Wertes § 53 EEG 2016 zu berücksichtigen. Dies gilt allerdings nicht für Anlagen, für die ein Vergütungssatz vor Einführung der verpflichtenden Direktvermarktung durch das EEG 2014 gilt. Denn bei diesen war die seit dem EEG 2014 im anzulegenden Wert direkt eingepreiste sog. Managementprämie noch nicht im Vergütungssatz enthalten.“

Hierdurch ist klargestellt,

- dass die Zahlungen mit den jeweils vergüteten Strommengen zusammenhängen müssen,
- dass die Zahlungen jegliche Förderungen aus dem EEG einschließen, also speziell die jeweilige Grundvergütung sowie entsprechend diese Vergütung erhöhende Boni, und Prämien nach §§ 50 bis 50a EEG 2017, speziell die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017,
- dass diese Zahlungen im Zweifel auf der EEG-Jahresendabrechnung des Netzbetreibers ausgewiesen werden,
- dass Förderabsenkungen während dieser Kalenderjahre berücksichtigt werden müssen, die sich aus dem EEG ergeben haben, z.B. aus §§ 52 und 52 EEG 2017.

Für das **EEG 2017** und den ersten Teil der Frage ist diese damit entsprechend beantwortet.

Diese Rechtslage gilt auch für **§ 39g Abs. 6 EEG 2021 und EEG 2023**, da diese Bestimmungen auf „für die Anlage geleistete(n) Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden“ abgestellt hatten bzw. abstellen.

Hinsichtlich des zweiten Teils der Fragestellung bezüglich „Entschädigungen für Nichteinspeisung, wie Entschädigungszahlungen für Redispatch gemäß §§ 13 EnWG bzw. §§ 14, 15 EEG 2017/2021“ muss differenziert werden:

Für **§ 39g Abs. 6 EEG 2023 und EEG 2021** ergibt sich aufgrund der Bezugnahme auf „für die Anlage geleistete(n) Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden“ jeweils in Satz 2 der Regelung, dass **Entschädigungszahlungen für Redispatch nach § 13 EnWG** nicht im Rahmen von § 39g Abs. 6 EEG 2023 und EEG 2021 berücksichtigt werden können. Entschädigungszahlungen für das **Einspeisemanagement nach §§ 14 und 15 EEG 2017/2021** fielen aber unter diese aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes geleisteten Zahlungen.

Es ist aus dem Wortlaut von § 39g Abs. 6 EEG 2023 und EEG 2021 heraus nicht erkennbar, dass Zahlungen für das Einspeisemanagement nach §§ 14 und 15 EEG 2017/2021 bei der Berechnung ausgenommen werden mussten. Sie stellten zwar keine Bestandteile des „anzulegenden Wertes“ der Anlage dar, s. die in Nr. 2.2.5 dargestellte Definition des „anzulegenden Wertes“. Aber auch die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2023 und Vorgängerregelungen stellt keinen Teil des „anzulegenden Wertes“ dar, muss aber nach § 39f Abs. 6 Satz 2 EEG 2017 und § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2021/2023 in die Berechnung der gezahlten Förderung einbezogen werden, s. insbesondere die Gesetzesbegründung zu § 39f EEG 2017 vorstehend unter 2.2.5.

Sollen Zahlungen aufgrund des EEG-Einspeisemanagements nicht in die Berechnung des Durchschnittswertes einbezogen werden, müsste § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 entsprechend einschränkend durch den Gesetzgeber geändert werden. Aufgrund der aktuellen gesetzlichen Formulierung umfasst diese Regelung jedoch auch die EEG-Einspeisemanagement-Zahlungen.

Hierdurch ergibt sich zwar eine wahrnehmbare Ungleichbehandlung zwischen Zahlungen nach dem EEG-Einspeisemanagement und solchen nach dem EnWG-Redispatch. Allerdings ist der Gesetzeswortlaut insoweit abschließend und eindeutig, dass er Zahlungen nach dem EnWG-Redispatch nicht erfasst. Gleiches gilt auch für die vorstehend unter 2.2.5 wiedergegebene Gesetzesbegründung zum insoweit ergänzten § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2021. Dieses Ergebnis resultiert auch daraus, dass diese Zahlungen kein Bestandteil des „anzulegenden Wertes“ der Anlage nach § 39f Abs. 6 Satz 1 EEG 2017 bzw. § 39g Abs. 6 Satz 1 EEG 2021/2023 sind, sondern Zahlungen aufgrund eines anderen Rechtsgrundes bzw. einer anderen Anspruchsgrundlage. Sie konnten damit auch nicht über Satz 1 der jeweiligen Regelungen in die Berechnungsgrundlage einfließen.

Eine parallele Formulierung zu der Prämisse, dass nur

„für die Anlage geleisteten Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden,“

Bei der Berechnung einbezogen werden dürfen, findet sich in § 6 Abs. 5 EEG 2023:

*„(5) Für die **tatsächlich eingespeiste Strommenge und für die fiktive Strommenge nach Nummer 7.2 der Anlage 2, für die Betreiber von Windenergieanlagen an Land oder Freiflächenanlagen eine finanzielle Förderung nach diesem Gesetz oder einer auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung in Anspruch genommen haben** und für die sie Zahlungen nach diesem Paragraphen an die Gemeinden oder Landkreise geleistet haben, können sie die Erstattung dieses im Vorjahr an die Gemeinden oder Landkreise geleisteten Betrages im Rahmen der Endabrechnung vom Netzbetreiber verlangen.“*

Hier war in der Praxis strittig, ob die gezahlte kommunale Beteiligung für Strommengen, für die die Anlagenbetreiber keine Förderung nach dem EEG oder seinen Verordnungen erhalten haben, wie

- Strommengen, die im Wege der ungeforderten „sonstigen Direktvermarktung“ vermarktet worden sind, oder
- fiktive Strommengen nach Nr. 7.2 der Anlage 2 des EEG

Gegenstand des Erstattungsanspruchs des Anlagenbetreibers gegenüber dem Netzbetreiber nach § 6 Abs. 5 EEG 2021 und EEG 2023 sein können. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsfrage zum Zeitpunkt der Abgabe der Stellungnahme noch nicht klarstellend im EEG gelöst, hat aber in der Begründung des Regierungsentwurfs zur „EnWG-Omnibus-Novelle 2024“ dargestellt, dass die auf diese fiktiven Strommengen gezahlte kommunale Beteiligung nicht vom Netzbetreiber zurückerstattet verlangt werden kann, weil der Anlagenbetreiber für diese Strommengen keine Zahlungen nach dem EEG oder den EEG-Verordnungen erhalten hat.⁷

Eine entsprechend restriktive Auslegung von **§ 39f Abs. 6 EEG 2017** ist aufgrund der v.g., unter Nr. 2.2.5 dargestellten Begründung dieser Regelung ebenfalls geboten: Aus dieser Begründung ergibt sich, dass letztlich nur Zahlungen aufgrund des EEG im Rahmen der Durchschnittspreisberechnung nach dieser Regelung berücksichtigt werden können. Dies ist insoweit, wie beim EEG 2021 und EEG 2023 ausdrücklich klargestellt, auch unschädlich, weil die Strommengen, für die Redispatch-Zahlungen nach § 13 EnWG geleistet werden bzw. geleistet worden sind, letztlich auch nicht bei der Durchschnittspreisberechnung herangezogen werden, weil hier wiederum nur die Strommengen maßgeblich sind, für die nach dem EEG oder seinen Verordnungen Zahlungen geleistet werden („... insgesamt vergüteten Strommenge ...“).

Insoweit gilt auch hier wieder – wie bei § 39g Abs. 6 EEG 2021/2023 – die Feststellung einer möglichen Ungleichbehandlung zwischen Zahlungen nach dem EEG-Einspeisemanagement und Zahlungen nach dem EnWG-Redispatch. Die Begründung zu § 39f Abs. 6 EEG 2017 ist jedoch hinsichtlich der Einbeziehung von Zahlungen nach dem EEG oder seinen Verordnungen eindeutig, was im EEG 2021 dann in den Gesetzeswortlaut übernommen worden ist.

Es steht dem Gesetzgeber anheim, diese Rechtslage dahingehend zu ändern, dass Zahlungen nach dem EnWG-Redispatch im Rahmen von § 39g Abs. 6 EEG 2023 und Vorgängerregelungen berücksichtigt werden können.

⁷ Vgl. [BRats-Drs. 581/24](#), S. 386 f.

2.4 Frage 3

2.4.1 Fragestellung

Welcher Zeitraum ist für bestehende Biomasseanlagen bei der Begrenzung des anzulegenden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 zugrunde zu legen, wenn die jeweilige Anlage in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren (zeitweise) keinen Strom erzeugt hat oder (zeitweise) nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist hat?

2.4.2 Beantwortung der Frage 3

§ 39g Abs. 6 EEG 2021 und EEG 2023 sowie § 39f EEG 2017 differenzieren hier nicht hinsichtlich Zeiträumen, innerhalb derer die betreffende Anlage gar keinen Strom in das Netz eingespeist oder gar keinen Strom erzeugt hat. Maßgeblich ist nach diesen Regelungen jeweils der Zeitraum der drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahre.

Ein Kalenderjahr beträgt den Zeitlauf vom 1. Januar bis zum 31. Dezember eines Jahres. Insofern ist unerheblich, dass in Satz 2 der jeweiligen Regelungen nur „Jahr“ und nicht „Kalenderjahr“ wie in Satz 1 der Regelungen steht. Die Bezugnahme in Satz 2 auf das „Kalenderjahr“ ergibt sich aus dem Einleitungshalbsatz von Satz 2, in dem es „für jedes der drei Jahre“ heißt, was sich wiederum auf die Kalenderjahre nach Satz 1 bezieht.

Die „fehlende“ Berücksichtigung von Zeiten innerhalb dieser drei Kalenderjahre, innerhalb derer die Anlage entweder keinen Strom in das Netz einspeist, oder gar keinen Strom erzeugt, ist auch insoweit unschädlich, weil Satz 2 der jeweiligen Regelungen den Quotient auf Basis der „im jeweiligen Jahr insgesamt vergüteten Strommengen“ bildet. Maßgeblich ist hier nach § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 und Vorgängerregelungen jeweils der Bezugsrahmen des einzelnen Kalenderjahres. Daher würde für dieses Kalenderjahr sowohl die insoweit nicht gezahlte Förderung als auch die nicht erzeugte bzw. eingespeiste und damit nicht geförderte Strommenge im Zähler und im Nenner des Quotienten nach Satz 2 dieser Regelung nicht berücksichtigt werden.

Lediglich für den Fall, dass in einem Kalenderjahr aufgrund vollständiger Null-Einspeisung ein Quotient (mit dem Nenner null) nicht gebildet werden kann, ist für dieses Kalenderjahr aufgrund fehlender Förderung der Wert null in die Bildung des Durchschnittswertes einzubeziehen:

Hier würde einer Förderung von null einer Strommenge von null gegenüberstehen (vgl. aber auch Frage 4).

2.5 Frage 4

2.5.1 Fragestellung

Erfasst § 39g Abs. 6 EEG 2023 bestehende Biomasseanlagen, bei denen in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren der in der jeweiligen Anlage erzeugte Strom gemäß § 21a EEG 2023 (zeitweise) ohne Inanspruchnahme der Zahlung nach § 19 Abs. 1 EEG 2023 direkt vermarktet wurde? Falls ja, wie ist die Begrenzung des anzulegenden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 in diesem Fall zu berechnen?

2.5.2 Beantwortung der Frage 4

§ 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2021 und EEG 2023 sowie § 39f Abs. 6 Satz 2 EEG 2017 nehmen für die Berechnung des Durchschnittswerts Bezug auf

- die „für die Anlage geleisteten Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden“, und
- die „im jeweiligen Jahr insgesamt vergütete(n) Strommenge“.

Wird Strom aus einer EEG-Anlage **teilweise im Wege der ungefördernten „sonstigen Direktvermarktung“** vermarktet, **ohne dass eine Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden war**, wird für diesen Strom insoweit keine Zahlung nach dem EEG oder seinen Verordnungen geleistet. Der Zahlungsbetrag für den Strom bestimmt sich alleine auf Basis der Vereinbarung des Anlagenbetreibers mit dem Ankäufer des Stroms (Direktvermarkter), vgl. § 21a EEG 2023:

„§ 21a Sonstige Direktvermarktung

Das Recht der Anlagenbetreiber, den in ihren Anlagen erzeugten Strom ohne Inanspruchnahme der Zahlung nach § 19 Absatz 1 direkt zu vermarkten (sonstige Direktvermarktung), bleibt unberührt.“

Dieser Zahlungsbetrag ist dem Netzbetreiber als Bestandteil der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Anlagenbetreibers auch gar nicht bekannt. Er könnte daher auch gar nicht der Berechnung des entsprechenden Durchschnittswertes zugrunde gelegt werden.

Im Umkehrschluss ist aber der via ungeförderter „sonstige Direktvermarktung“ vermarkteter Strom dann auch nicht Bestandteil der „im jeweiligen Jahr insgesamt vergüteten Strommenge“, weil der Strom vom Netzbetreiber nicht vergütet worden ist. Die Begriffe „vergütete Strommenge“ sind im sinnlogischen Zusammenhang mit den Begriffen „für die Anlage geleisteten Zahlungen, die aufgrund des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung geleistet wurden,“ zu sehen. Dies ergibt sich auch aus der vorstehend wiedergegebenen Begründung zu § 39f Abs. 6 EEG 2017.

Daher muss die Frage insoweit mit ja beantwortet werden, dass § 39g Abs. 6 EEG 2023/2021 bzw. § 39f Abs. 6 EEG 2017 zwar bestehende Biomasseanlagen erfasst, in denen in den drei dem Gebotstermin vorangegangenen Kalenderjahren der in der jeweiligen Anlage erzeugte Strom gemäß § 21a EEG 2023 zeitweise aber nicht vollständig ohne Inanspruchnahme der Zahlung nach § 19 Abs. 1 EEG 2023 direkt vermarktet wurde. Die Begrenzung des anzulegenden Wertes nach § 39g Abs. 6 EEG 2023 ergibt sich nach den vorstehenden Ausführungen.

Wurde der Strom aus einer Anlage in den drei betreffenden Kalenderjahren **hingegen vollständig im Wege der ungeförderter „sonstigen Direktvermarktung“ vermarktet, ohne dass eine Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden war**, ist § 39g Abs. 6 EEG 2023/2021 bzw. § 39f Abs. 6 EEG 2017 auf die betreffende Anlage faktisch mangels gezahlter EEG-Förderung und nach dem EEG vergüteten Strommengen nicht anwendbar: Es würde nach § 39g Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 und Vorgängerregelungen null durch null dividiert werden.

In diesem Fall berechnet sich die Förderung im Zweifel alleine auf Basis des Zuschlagswertes der betreffenden Anlage bzw. auf Basis von § 39g Abs. 6 Satz 1 EEG 2021/2023 und § 39f Abs. 6 Satz 1 EEG 2017.

Der BDEW weist allerdings darauf hin, dass dieses Ergebnis zu einer Benachteiligung solcher Anlagen führt, die ihren Strom im betreffenden Zeitraum nur teilweise oder gar nicht in der sonstigen Direktvermarktung verkauft hatten, und damit zu einer Besserstellung von Anlagen, denen zwar ein „anzulegender Wert“ zugeordnet worden ist, deren Strom aber in diesem Zeitraum nur im Wege der sonstigen Direktvermarktung vermarktet wurde. Da auf letztere Anlagen ausschließlich § 39f Abs. 6 Satz 1 EEG 2017 bzw. § 39g Abs. 6 Satz 1 EEG 2021/2023 anzuwenden ist, erhalten sie im Zweifel einen höheren anzulegenden Wert, als diejenigen Anlagen, auf die auch Satz 2 der jeweiligen Regelungen anzuwenden ist. Insoweit müsste jedoch auch hier der Gesetzestext entsprechend angepasst werden müssen, um diese Ungleichbehandlung zu beheben.

Soweit für Strommengen aus der Anlage innerhalb dieser drei Jahre eine Förderung im Rahmen der **Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2023 in Anspruch genommen wurde**, liegen allerdings insoweit Zahlungen nach dem EEG vor, die nach § 36g Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 unter

Bezugnahme auf die mit der Flexibilitätsprämie korrespondieren Strommenge berücksichtigt werden müssen und die auch in die entsprechende Berechnung der Begrenzung eingestellt werden können.