

Berlin, 28. Februar 2023

**BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.**

Reinhardtstraße 32
10117 Berlin

www.bdeu.de

Stellungnahme

zum Hinweisverfahren 2023/11-IV der Clearingstelle EEG | KWKG

Berechnung der Flexibilitätsprämie - Bemessungsleistung

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten über 1.900 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 90 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

A.	Verfahrensfragen	3
B.	Stellungnahme	3
C.	Herleitung	4
I.	Definition der Bemessungsleistung im EEG	4
II.	Flexibilitätsprämie im Rahmen des EEG	5
1.	Rechtslage bis 31. Juli 2014	5
a)	Gesetzeswortlaut	7
b)	Gesetzessystematik	8
c)	Gesetzeshistorie	8
d)	Sinn und Zweck der Regelung	8
2.	Rechtslage ab 1. August 2014	10
a)	Rechtslage nach dem EEG 2014-1	10
b)	Rechtslage nach dem EEG 2014-2	15
3.	Rechtslage ab dem 1. Januar 2017	21
III.	Ergebnis	21

A. Verfahrensfragen

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

B. Stellungnahme

Der BDEW bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu diesen sehr praxisrelevanten und teilweise in der Branche umstrittenen Fragen. Der BDEW beantwortet die beiden Verfahrensfragen vorab wie folgt:

Frage 1:

Die „Bemessungsleistung“ gemäß §§ 50, 50b i.V. m. Anlage 3 Nr. I.1 Buchst. b EEG 2017/EEG 2021/EEG 2023 und §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 Nr. I.1 b) EEG 2014 ist jeweils gemäß der Legaldefinitionen der „Bemessungsleistung“ innerhalb dieser Gesetze

„der Quotient aus der Summe der in dem jeweiligen Kalenderjahr erzeugten¹ Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des jeweiligen Kalenderjahres abzüglich der vollen Stunden vor der erstmaligen Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas durch eine Anlage und nach endgültiger Stilllegung dieser Anlage“.

Darüber wird die Bemessungsleistung für die Flexibilitätsprämie nach dem EEG 2014/2017/2021/2023 auch jeweils in den Anlagen der jeweiligen Gesetze als „PBem“ definiert.

Frage 2:

Für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, gilt die Definition der Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 insbesondere hinsichtlich der

¹ Hervorhebung durch den Verfasser.

Förderberechnung bei gezonter Förderung nach dem EEG 2012 ff. fort. Allerdings gilt diese Definition nicht im Rahmen der Flexibilitätsprämien nach dem EEG 2012 bis EEG 2023. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die Definitionen der „PBem“ als „Bemessungsleistung innerhalb der Flexibilitätsprämien“ jeweils auf die erzeugte Strommenge abstellen, und nicht auf die abgenommene (eingespeiste) Strommenge. Zum anderen resultiert dies aus den jeweils spezielleren Übergangsregelungen in § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 und § 100 Abs. 1 Nr. 10 e) EEG 2014, die die jeweils neuen Bestimmungen zur Berechnung der Flexibilitätsprämie einschl. der dortigen Definitionen der Bemessungsleistung zur Anwendung bringen, aber die Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 hierbei nicht erwähnen.

C. Herleitung

I. Definition der Bemessungsleistung im EEG

Seit dem EEG 2012 bis einschl. dem EEG 2021 wird die „Bemessungsleistung“ definiert 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 eine Anlage und nach endgültiger Stilllegung dieser Anlage“.²

Demgegenüber hatte § 18 Abs. 2 EEG 2009 dem Begriff der „Bemessungsleistung“ noch wie folgt definiert, wenngleich dies im Wortlaut nicht mit „Bemessungsleistung“ benannt worden war:

„(2) Als Leistung im Sinne von Absatz 1 gilt für die Zuordnung zu den Schwellenwerten der §§ 23 bis 28 abweichend von § 3 Nr. 6 der Quotient aus der Summe der im jeweiligen Kalenderjahr nach § 8 abgenommenen Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des jeweiligen Kalenderjahres abzüglich der vollen Stunden vor der erstmaligen Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien durch die Anlage und nach endgültiger Stilllegung der Anlage.“

Diese Definition entspricht nahezu wortgleich derjenigen nach § 12 Abs. 2 EEG 2004

„Als Leistung im Sinne von Satz 1 gilt für die Zuordnung zu den Schwellenwerte der §§ 6 bis 9 abweichend von § 3 Abs. 5 der Quotient aus der Summe der im jeweiligen Kalenderjahr

² So § 3 Nr. 2a EEG 2012, § 5 Nr. 4 EEG 2014, § 3 Nr. 6 EEG 2017, § 3 Nr. 6 EEG 2021 und § 3 Nr. 6 EEG 2023.

nach § 4 Abs. 1 oder 5 abzunehmenden Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des jeweiligen Kalenderjahres abzüglich der vollen Stunden vor Inbetriebnahme und nach endgültiger Stilllegung der Anlage.“

Die Bemessungsleistungen nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 und § 12 Abs. 2 EEG 2004 waren bis zum Inkrafttreten des EEG 2012 weitestgehend für die Bestimmung der Förderung bei gezonten Fördersätzen maßgeblich.

Gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2023 i.V. mit § 100 Abs. 1 EEG 2021 i.V. mit § 100 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017, § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) Hs. 1 EEG 2014 und § 66 Abs. 1 EEG 2012 ist die Definition der Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 weiterhin auf Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012 anzuwenden, anstelle der auf die „erzeugte Strommenge“ abstellenden Definitionen der Folgefassungen des EEG.

II. Flexibilitätsprämie im Rahmen des EEG

Bei der Rechtslage im Rahmen der Flexibilitätsprämie muss differenziert werden nach der Rechtslage bis zum 31. Juli 2014 und derjenigen ab dem 1. August 2014:

1. Rechtslage bis 31. Juli 2014

Die Flexibilitätsprämie wurde erstmals im § 33i EEG 2012 eingeführt:

„(1) Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas können ergänzend zur Marktprämie von dem Netzbetreiber eine Prämie für die Bereitstellung zusätzlicher installierter Leistung für eine bedarfsorientierte Stromerzeugung (Flexibilitätsprämie) verlangen,

1. wenn der gesamte in der Anlage erzeugte Strom nach § 33b Nummer 1 oder 3 direkt vermarktet wird und für diesen Strom unbeschadet des § 33e Satz 1 dem Grunde nach ein Vergütungsanspruch nach § 16 besteht, der nicht nach § 17 verringert ist,

2. 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,

3. sobald sie den Standort und die installierte Leistung sowie die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie gemeldet haben an

a) die Bundesnetzagentur mittels der von ihr bereitgestellten Formularvorgaben oder

b) einen Dritten, der zum Betrieb eines allgemeinen Anlagenregisters abweichend von Buchstabe a durch eine Rechtsverordnung auf Grund von § 64e Nummer 2 verpflichtet worden ist oder der in einer solchen Verordnung als Adressat der Meldungen benannt worden ist, nach Maßgabe dieser Rechtsverordnung und

4. sobald eine Umweltgutachterin oder ein Umweltgutachter mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien bescheinigt hat, dass die Anlage für den zum Anspruch auf die Flexibilitätsprämie erforderlichen bedarfsorientierten Betrieb technisch geeignet ist.

(2) Die Höhe der Flexibilitätsprämie wird kalenderjährlich berechnet. Die Berechnung erfolgt für die jeweils zusätzlich bereitgestellte installierte Leistung nach Maßgabe der Anlage 5 zu diesem Gesetz. Auf die zu erwartenden Zahlungen sind monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu leisten.

(3) Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber müssen dem Netzbetreiber die erstmalige Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie vorab mitteilen.

(4) Die Flexibilitätsprämie ist für die Dauer von zehn Jahren zu zahlen. Beginn der Frist ist der erste Tag des zweiten auf die Meldung nach Absatz 3 folgenden Kalendermonats.

(5) § 22 gilt entsprechend.“

Anlage 5 Nr. 1 des EEG 2012 führt hierzu Folgendes aus:

„Im Sinne dieser Anlage ist

– „PBem“ die Bemessungsleistung nach § 3 Nummer 2a in Kilowatt; im ersten und im zehnten Kalenderjahr der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie ist die Bemessungsleistung nach § 3 Nummer 2a mit der Maßgabe zu berechnen, dass nur die in den Kalendermonaten der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erzeugten Kilowattstunden³ und nur die vollen Zeitstunden dieser Kalendermonate zu berücksichtigen sind; dies gilt nur für die Zwecke der Berechnung der Höhe der Flexibilitätsprämie (...).“

Entsprechende Verweise auf die Bemessungsleistung nach den Definitionen des EEG 2014, EEG 2017, EEG 2021 und EEG 2023 fehlen zwar jeweils in den Anlagen der Folgefassungen des EEG 2012, die die Voraussetzungen und die Berechnung der Flexibilitätsleistung festlegen. Allerdings ist auch dort in den §§ 3 bzw. 5 der Gesetze jeweils die Bemessungsleistung definiert. Dementsprechend ist aufgrund des jeweils anzuwendenden Gesetzeswortlauts für

³ Hervorhebungen nicht im Original. ⁴ BT-Drs. 17/6071, S. 60.

Biogasanlagen im Rahmen der Anwendungsbereiche des EEG 2012, EEG 2014, EEG 2017, EEG 2021 und EEG 2023 gesetzlich klargestellt, dass die Bemessungsleistung, basierend auf der „erzeugten Strommenge“ anzuwenden ist.

Zu beachten ist insoweit, dass sowohl die Definition der Bemessungsleistung in § 3 Nr. 2a EEG 2012 als auch die Definition von „PBem“ in Anlage 5 Nr. 1 EEG 2012 die erzeugten und nicht mehr die abgenommenen Kilowattstunden als Berechnungsgrundlage haben.

Allerdings ist die Flexibilitätsprämie gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 auch auf Biogasanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012 anwendbar:

„11. § 33i ist vorbehaltlich einer Rechtsverordnung auf Grund von § 64f Nummer 4 auch auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas anzuwenden, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind. Satz 1 gilt nur, wenn für den gesamten in der Anlage erzeugten Strom unbeschadet des § 33e Satz 1 dem Grunde nach ein Vergütungsanspruch nach den Vergütungsbestimmungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der für die jeweilige Anlage maßgeblichen Fassung besteht; im Übrigen sind vorbehaltlich einer Rechtsverordnung auf Grund von § 64f Nummer 4 § 33i und die Anlage 5 zu diesem Gesetz anzuwenden.“

Insoweit ist fraglich, ob die Bemessungsleistung im Sinne von § 33i EEG 2012 und Anlage 5 EEG 2012 nach der Definition in § 3 Nr. 2a EEG 2012 auf die „erzeugte Strommenge“ oder nach der Definition in § 18 Abs. 2 EEG 2009 auf die „abgenommene Strommenge“ abstellt.

a) Gesetzeswortlaut

Der Gesetzeswortlaut von § 66 Abs. 1 Nr. 11 i.V. mit Anlage 5 EEG 2012 ergibt jedenfalls aufgrund der unbedingten Verweisung von § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 auf die Vorgaben in § 33i i.V. mit Anlage 5 EEG 2012 und die dortige Nennung der Bemessungsleistung nach § 3 Nr. 2a EEG 2012 sowie der „erzeugten Kilowattstunden“ im Rahmen der Definition der „PBem“, dass nicht die Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 sondern diejenige nach § 3 Nr. 2a EEG 2012 für die Berechnung der Flexibilitätsprämie heranzuziehen ist.

Diesem Ergebnis steht insoweit der Wortlaut von § 66 Abs. 1 EEG 2012 entgegen, als er gerade für die Ausfüllung der Begriffsbestimmungen des EEG 2009 diese EEG-Fassung weiter gelten lässt, soweit nicht die Nummern 1 bis 14 der Regelung diesem Ergebnis entgegenstehen. Aufgrund dieser bedingten Normkollision besteht der Raum und die Notwendigkeit für eine Auslegung der Regelungen.

b) Gesetzssystematik

Die Gesetzssystematik liefert insoweit Anhaltspunkte, als für sämtliche Regelungszusammenhänge im EEG 2012, die auf der Bemessungsleistung basieren, die neue Definition der Bemessungsleistung nach § 3 Nr. 2a EEG 2012 heranzuziehen ist. Das ist die Natur einer Legaldefinition.

Dies ergibt sich auch insoweit, als dass diese Definition mit Modifikationen vom ehemaligen § 18 Abs. EEG 2009 in den § 3 EEG 2012 vorgezogen worden ist. Dies lässt erkennen, dass der Gesetzgeber diese Definition auf alle Regelungszusammenhänge des EEG 2012 angewandt wissen wollte, in denen die Bemessungsleistung relevant ist, und wo nicht aus anderen Gründen eine anderweitige Ausfüllung des Begriffs erforderlich ist. Eine Ausnahme von dieser Regel ist jedenfalls in § 66 Abs. 1 EEG 2012 nicht angeordnet worden.

c) Gesetzeshistorie

Die Gesetzeshistorie liefert für die Auslegung keinerlei verwertbare Ansatzpunkte, weil die Flexibilitätsprämie erst im EEG 2012 eingeführt worden war. Insbesondere kann nicht auf eine ggf. auf der Bemessungsleistung des EEG 2009 basierende, alternative Berechnungsmethodik der Flexibilitätsprämie aufgebaut werden, weil das EEG 2009 noch keine solche Prämie gewährt hatte.

d) Sinn und Zweck der Regelung

Bei der Überführung der Definition der Bemessungsleistung von § 18 Abs. 2 EEG 2009 in § 3 Nr. 2a EEG 2012 ist dem Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Fraktionsentwurfs des EEG 2012 bewusst gewesen, dass die neue Definition durch die Bezugnahme auf die „erzeugten Kilowattstunden“ einen weiterreichenden Bemessungsmaßstab wählt, als die bisherige Definition in § 18 Abs. 2 EEG 2009 durch ihre Bezugnahme auf die abgenommenen Kilowattstunden:⁴

„Zu § 3 Nummer 2a EEG – neu –

Die neu eingefügte Definition des Begriffs „Bemessungsleistung“ entspricht der bisherigen Regelung in § 18 Absatz 2 EEG 2009, die zur besseren Übersichtlichkeit in § 3 überführt wird.

⁴ BT-Drs. 17/6071, S. 60.

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 vergüteten einschließlich der nach § 33 Absatz 2 Satz 1 selbst verbrauchten und die nach § 33a direkt vermarkteten Kilowattstunden.“

§ 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 hingegen war nicht im Fraktionsentwurf des Gesetzes enthalten gewesen sondern – auf Basis der Beschlussempfehlung des Bundestags-Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit – durch den Bundestag in den Fraktionsentwurf eingefügt worden.⁵ Diese Beschlussempfehlung begründet die Einfügung und damit den Sinn und Zweck von § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 wie folgt:

„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. Voraussetzung eines Anspruchs auf die Flexibilitätsprämie für Bestandsanlagen ist, dass für den gesamten in der Bestandsanlage erzeugten Strom unbeschadet des § 33e Satz 1 dem Grunde nach ein Vergütungsanspruch nach dem EEG in der für die jeweilige Anlage maßgeblichen Fassung besteht. Die übrigen Voraussetzungen des § 33i, z.B. die Vorgaben für die zulässigen Direktvermarktungsformen, gelten für Bestandsanlagen entsprechend. § 19 Absatz 1 EEG 2009 zur Zusammenfassung mehrerer Anlagen gilt ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Einspeisevergütung und ist demzufolge auch bei Bestandsanlagen nicht für die Berechnung der Flexibilitätsprämie anwendbar; für deren Berechnung ist auf die jeweils einzelne Anlage im Sinne des EEG abzustellen.“⁶

Die dortigen Darstellungen

„Die übrigen Voraussetzungen des § 33i, z.B. die Vorgaben für die zulässigen Direktvermarktungsformen, gelten für Bestandsanlagen entsprechend.“

und die Ausführung, dass § 19 Abs. 1 EEG 2009 nicht auf die Flexibilitätsprämie anzuwenden sei, können dahingehend gewertet werden, dass § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 einen Vollverweis auf § 33i i.V. mit der Anlage 5 EEG 2012 anordnen sollte, ohne dass es für Bestandsanlagen zu einer inhaltlichen Änderung kommen sollte.

⁵ BT-Drs. 17/6363, S. 10.

⁶ BT-Drs. 17/6363, S. 41.

Dies würde bedeuten, dass auch im Rahmen der Flexibilitätsprämie für Anlagen des EEG 2009 die modifizierte Definition der Bemessungsleistung nach § 3 Nr. 2a EEG 2012 anzuwenden ist, und nicht diejenige nach § 18 Abs. 2 EEG 2009. Für diesen neuen Regelungstatbestand ordnet die Begründung dieser Übergangsregelung daher anders als § 66 Abs. 1 EEG 2009 nicht die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage an, sondern die vollständige Anwendung der neuen Rechtslage. Während somit § 66 Abs. 1 EEG 2012 die Anwendung der Definition der Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 als *lex generalis* für die übrigen Regelungstatbestände bestimmt, ist im Rahmen der *lex specialis* des § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 für die Berechnung der Flexibilitätsprämie nach § 33i i.V. mit Anlage 5 EEG 2012 nun die Bemessungsleistung nach der Definition in § 3 Nr. 2a EEG 2012 anzuwenden. Dies entspricht auch – soweit noch ersichtlich – der Rechtsliteratur zu diesem Regelungszusammenhang.⁷

2. Rechtslage ab 1. August 2014

Aufgrund späterer Änderung des EEG 2014 muss hier zwischen der Rechtslage nach dem EEG 2014-1 und dem EEG 2014-2 getrennt werden:

a) Rechtslage nach dem EEG 2014-1

Mit Wirkung zum 1. August 2014 hat das EEG 2014 insoweit die Rechtslage für Anlagen nach dem EEG 2009/2012 verändert, als § 100 Abs. 1 Nr. 10 e) EEG 2014 nun klarstellte, dass

„statt § 66 Absatz 1 Nummer 11 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Juli 2014 geltenden Fassung (...) die §§ 52 und 54 sowie Anlage 3 anzuwenden (sind)“.

§§ 52 und 54 EEG 2014 enthielten keine Erwähnungen der Bemessungsleistung im Sinne der Legaldefinitionen am Anfang jeder Fassung des EEG 2012 bis 2023. Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2014 nahm im Rahmen der Berechnungsmethodik der Prämie anders als Anlage 5 EEG 2012 für die

⁷ Hermeier, in: Säcker, Energierecht, Band 2, 3. Auflage, § 66 Rdn. 57; insoweit hinsichtlich der Bemessungsleistung zwischen Neu- und Bestandsanlagen differenzierend: Geiger/Grimm, in: Säcker, Energierecht, Band 2, 3. Auflage, Anlage 5 Rdn. 9; Hinsch/Holzzapfel, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, Biomasseanlagen im EEG, 3. Aufl., § 21 Rdn. 129 und 149;

Definition der Bemessungsleistung nicht mehr Bezug auf eine bestimmte Regelung des EEG 2014, sondern verwendet nur den Begriff „Bemessungsleistung“:

Anlage 5 Nr. 1 EEG 2012:

„„PBem“ die Bemessungsleistung nach § 3 Nummer 2a in Kilowatt; (...)“

Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2014:

„„PBem“ die Bemessungsleistung in Kilowatt; (...)“

Die fehlende Bezugnahme auf die Definition der Bemessungsleistung wäre dann eigentlich gesetzssystematisch auszufüllen durch die gesetzliche Definition der Bemessungsleistung nach § 5 Nr. 4 EEG 2014:

„Bemessungsleistung“ einer Anlage der Quotient aus der Summe der in dem jeweiligen Kalenderjahr erzeugten Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des jeweiligen Kalenderjahres abzüglich der vollen Stunden vor der erstmaligen Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas durch die Anlage und nach endgültiger Stilllegung der Anlage“.

Die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 99 Abs. 1 Nr. 9 b) EEG 2014-RegE führt insoweit Folgendes aus:

„Nach Buchstabe a werden die Übergangsbestimmungen zur Direktvermarktung (§ 66 Absatz 1 Nummer 10 EEG 2012) und nach Buchstabe b die Übergangsbestimmungen zur Flexibilitätsprämie für Biogasanlagen (§ 66 Absatz 1 Nummer 11 EEG 2012) für nicht mehr anwendbar erklärt. Bezüglich der Flexibilitätsprämie bedeutet dies, dass für schon vor dem Jahr 2012 betriebene Biogasanlagen statt des § 66 Absatz 1 Nummer 11 EEG 2012 nunmehr §§ 50 und 52 EEG 2014 in Verbindung mit Anlage 3 zu diesem Gesetz einschließlich der Einschränkung des Deckels für die Nutzung der Flexibilitätsprämie nach § 52 EEG 2014 anzuwenden sind, unabhängig davon, ob sie die Flexibilitätsprämie nach § 33i EEG 2012 bereits genutzt haben oder nicht. An der grundsätzlichen Optionalität zwischen Einspeisevergütung und Direktvermarktung ändert sich für Bestandsanlagen, die vor dem Jahr 2012 in Betrieb genommen wurden und damit dem § 66 EEG 2012 unterfallen, hierdurch nichts. § 96 Absatz 1 Nummer 5, 7 und 8 EEG 2014 ist auch für vor dem Jahr 2012 in Betrieb genommene Anlagen anwendbar. Für die Markt- und die Managementprämie für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, gilt im Übrigen das an anderer Stelle in diesem Gesetz Geregelter. Nummer 9 regelt für vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommene Bestandsanlagen die grundsätzliche Fortgeltung des § 66 EEG 2012 und damit des EEG in

*seiner vor dem Jahr 2012 geltenden Fassung, einschließlich einiger Ausnahmen von diesem Grundsatz, die in den Buchstaben a bis d enthalten sind.*⁸

Diese Begründung des Regierungsentwurfs stellt insoweit klar, dass die neue Rechtslage der §§ 52 und 54 i.V. mit Anlage 3 EEG 2014 anstelle der bisherigen Rechtslage nach § 66 Abs. 1 Nr. 11 i.V. mit § 33i und Anlage 5 EEG 2012 anzuwenden ist. Und dies soll unabhängig davon gelten, ob Betreiber entsprechender Anlagen die Flexibilitätsprämie nach § 33i EEG 2012 bereits genutzt haben oder nicht. Das bedeutet, dass die Rechtslage des EEG 2009 und EEG 2012 für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie vollständig auf diejenige des EEG 2014 überführt werden sollte. Es ist weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der v.g. Begründung ersichtlich, dass für einzelne Begriffe oder Parameter in §§ 52 und 54 i.V. mit Anlage 3 EEG 2014 noch die Rechtslage nach Vorgängerfassungen des EEG 2014 gelten sollte.

Die Änderungen in Anlage 3 Nr. II EEG 2014 und damit auch die Streichung einer konkreten Bezugnahme auf die Definition der Bemessungsleistung begründet der Regierungsentwurf zum EEG 2014 wie folgt:⁹

„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.“

Hieraus kann jedenfalls nicht zwingend abgeleitet werden, dass die Weglassung einer Bezugnahme auf die Definition der Bemessungsleistung nach § 5 Nr. 4 EEG 2014 dadurch begründet ist, dass für Anlagen des EEG 2009 oder älter insoweit anstelle dieser Definition diejenige nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 treten soll. Vielmehr begründet der Gesetzgeber die Änderungen innerhalb von Anlage 3 Nr. II EEG 2014 gegenüber der Anlage 5 des EEG 2012 ausschließlich mit redaktionellen Anpassungen. Wenn der Gesetzgeber hätte anordnen wollen, dass anstelle der Legaldefinition der Bemessungsleistung in § 5 Nr. 4 EEG 2014 diejenige in § 18 Abs. 2 EEG 2009 anzuwenden gewesen wäre, hätte er dies im Rahmen der spezialgesetzlichen Regelung in § 100 Abs. 1 Nr. 10 e) EEG 2014 vornehmen müssen, oder unmittelbar in Anlage 3 Nr. II EEG 2014, z.B. mit folgender Formulierung:

„.....Bemessungsleistung nach der jeweils für die Anlage geltenden Fassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes.....“.

⁸ BT-Drs. 18/1304, S. 178.

⁹ BT-Drs. 18/1304, S. 187.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob für die Anwendbarkeit der Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 für Anlagen des EEG 2009 oder älter insoweit die sehr allgemein formulierte Übergangsregelung in § 100 Abs. 1 Nr. 10, erster Teilsatz, EEG 2014 herangezogen werden kann. Diese lässt zwar die Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 innerhalb der Regelungszusammenhänge des EEG 2009 weiter gelten, also speziell für die Berechnung der gezonten Förderung.¹⁰ Denkbar wäre daher auch, dass diese Definition für diese Bestandsanlagen auch im Rahmen der Flexibilitätsprämie gelten würde.

Die Regelung wurde im Regierungsentwurf des EEG 2014 (dort § 96 Abs. 1 Nr. 9) noch wie folgt begründet:¹¹

„§ 96 EEG 2014 ordnet grundsätzlich die Geltung des neuen Rechts auch für Bestandsanlagen an. Dies dient der Vereinfachung des Vollzugs. Allerdings sollen die inhaltlich bei Inbetriebnahme geltenden Anforderungen und die Vergütungssätze für Bestandsanlagen aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht angetastet werden. Deshalb ist die Fortgeltung des EEG 2012 insbesondere im Bereich der Vergütungsvorschriften an vielen Stellen vorgesehen.“

Und

„Nummer 9 regelt für vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommene Bestandsanlagen die grundsätzliche Fortgeltung des § 66 EEG 2012 und damit des EEG in seiner vor dem Jahr 2012 geltenden Fassung, einschließlich einiger Ausnahmen von diesem Grundsatz, die in den Buchstaben a bis d enthalten sind.“

Hieraus ist zu erkennen, dass grundsätzlich die neue Rechtslage des EEG 2014 auch für Bestandsanlagen gelten soll, außer hinsichtlich der bei Inbetriebnahme der Anlage geltenden Förderbestimmungen und der sonstigen Anforderungen. Dementsprechend würde insoweit auch die Definition der Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 im Rahmen der Fördergewährung weiter anzuwenden sein.

Zu beachten ist hierbei allerdings, dass eine Flexibilitätsprämie im Rahmen des EEG 2009 noch gar nicht existierte. Sie wurde als neuer Regelungstatbestand erst im EEG 2012 geschaffen. Und dort wurde – wie vorstehend unter Nr. 1 dargestellt – für die Berechnung der Prämie für

¹⁰ So auch für die Flexibilitätsprämie von Anlagen nach dem EEG 2009 oder älter: von Hesler, in: Gabler/v. Hesler EEG 2014 Anlage 3 Rdn. 7.

¹¹ BT-Drs. 18/1304, S. 178.

Anlagen nach dem EEG 2009 oder älter die Definition der Bemessungsleistung nach dem EEG 2012 zugrunde gelegt, und nicht nach § 18 Abs. 2 EEG 2009. Daher ist fraglich, ob der Gesetzgeber, ohne dies ausdrücklich in § 100 Abs. 1 Nr. 10, erster Teilsatz, EEG 2014 anzuordnen, die Definition der Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 auch im Rahmen der Flexibilitätsprämie nach § 100 Abs. 1 Nr. 10 e) i.V. mit §§ 52 und 54 sowie Anlage 3 Nr. II EEG 2014 Anwendung finden lassen wollte.

Hiergegen spricht außerdem, dass die Definition der „PBem“, also der Bemessungsleistung im Sinne der „Flexibilitätsprämie“ des EEG 2012 bis EEG 2023, stets ihrerseits auf die „erzeugten Kilowattstunden“ abstellt, also unabhängig von der allgemeinen Definition der Bemessungsleistung in den Begriffsbestimmungen der jeweiligen EEG-Fassungen, s. Anlage 5 Nr. 1, erster Spiegelstrich, EEG 2012:

*„– „PBem“ die Bemessungsleistung nach § 3 Nummer 2a in Kilowatt; im ersten und im zehnten Kalenderjahr der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie ist die Bemessungsleistung nach § 3 Nummer 2a mit der Maßgabe zu berechnen, dass nur die in den Kalendermonaten der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie **erzeugten Kilowattstunden**¹² und nur die vollen Zeitstunden dieser Kalendermonate zu berücksichtigen sind; dies gilt nur für die Zwecke der Berechnung der Höhe der Flexibilitätsprämie“.*

und Anlage 3 Nr. II.1, erster Spiegelstrich, EEG 2014:

*„– „PBem“ 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**¹³ und nur die vollen Zeitstunden dieser Kalendermonate zu berücksichtigen sind; dies gilt nur für die Zwecke der Berechnung der Höhe der Flexibilitätsprämie“.*

Dementsprechend gilt alleine für die Berechnung der Flexibilitätsprämie nach den Fassungen des EEG 2012 bis EEG 2023 jeweils die Menge an erzeugten Kilowattstunden als Basis für diese Prämie.

Hierbei ist schließlich auch zu berücksichtigen, dass das EEG 2014 für diese Bestandsanlagen ausdrücklich nicht die Weitergeltung der bisherigen Rechtslage zur Flexibilitätsprämie anordnete, sondern die neue Rechtslage, mit den in § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 a) bis e) EEG 2014

¹² Hervorhebung nicht im Original.

¹³ Hervorhebung nicht im Original.

genannten Ausnahmen. Dies kann dafür sprechen, dass die grundsätzliche Weitergeltung der Förderregelungen des EEG 2009 nach § 100 Abs. 1 Nr. 10, Teilsatz 1, EEG 2014 durch die insoweit spezialgesetzliche Regelung – weil nur beschränkt auf die Flexibilitätsprämie – in § 100 Abs. 1 Nr. 10 e) EEG 2014 überlagert wird.

b) Rechtslage nach dem EEG 2014-2

Die vorstehend unter a) dargestellte Rechtslage nach dem EEG 2014-1 kann zumindest seit dem 1. August 2014 (Inkrafttreten des EEG 2014) angenommen werden. Hierbei ist zu beachten, dass aufgrund des „Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes“ vom 22. Dezember 2014 § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014 geändert worden ist. Die ab dem 1. August 2014 geltende Fassung des § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014 lautete noch wie folgt:

*„a) statt § 5 Nummer 21 ist § 3 Nummer 5 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung anzuwenden; abweichend hiervon ist für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 nach § 3 Absatz 4 zweiter Halbsatz des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung erneuert worden sind, ausschließlich für diese Erneuerung § 3 Absatz 4 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung anzuwenden“.*¹⁴

Hierdurch wurde nur die Nichtanwendung der Inbetriebnahmedefinition des § 5 Nr. 21 EEG 2014 auf die Anlagen geregelt, die nach dem am 31. Dezember 2011 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind.

§ 100 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014 wurde dann durch das „Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes“ vom 22. Dezember 2014¹⁵ mit Wirkung zum 1. August 2014¹⁶ wie folgt erweitert:¹⁷

¹⁴ Einschließlich der zum 1. August 2014 in Kraft getretenen Änderungen in § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014 aufgrund von Art. 4 des „Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 22. Juli 2014, BGBl. I S. 1218.

¹⁵ BGBl. I, S. 2406.

¹⁶ Art. 1 Nr. 3 i.V. mit Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes.

¹⁷ Hervorhebungen nicht im Original.

„a) statt § 5 Nummer 4 ist § 18 Absatz 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung entsprechend anzuwenden und statt § 5 Nummer 21 ist § 3 Nummer 5 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung anzuwenden; abweichend hiervon ist für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 nach § 3 Absatz 4 zweiter Halbsatz des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung erneuert worden sind, ausschließlich für diese Erneuerung § 3 Absatz 4 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung anzuwenden“.

Diese Änderung in § 100 Abs. 10 a) EEG 2014 einschl. der Rückwirkung der Änderung zum 1. August 2014 wird in der Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages wie folgt begründet:¹⁸

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

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

§ 5 Nummer 4 EEG 2014 stellt auf die Strommenge ab, die in der Anlage erzeugt wurde. § 18 Absatz 2 EEG 2009 – der zwar noch nicht den Begriff „Bemessungsleistung“ verwendet hat, aber inhaltlich diese regelt – stellt hingegen nur auf die Strommenge ab, die in das Netz eingespeist wurde. Daher wurde nach dem EEG 2009 insbesondere Strom, der zur Eigenversorgung verbraucht wurde, bei der Bemessungsleistung nicht berücksichtigt. Dadurch kann eine Anlage, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden ist, ggf. eine geringere Bemessungsleistung und deshalb eine im Vergleich höhere Vergütung haben als eine identische Anlage, die unter dem EEG 2012 oder dem EEG 2014 in Betrieb genommen worden ist und die gleiche Strommenge ins Netz einspeist.

¹⁸ BT-Drs. 18/3440, S. 6 f.

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

*Würde man § 5 Nummer 4 EEG 2014 auch auf Bestandsanlagen anwenden, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, könnte eine solche Anlage im Einzelfall eine höhere Bemessungsleistung haben als nach § 18 Absatz 2 EEG 2009 vorgesehen. Wenn in so einem Fall **eine Vergütungsschwelle überschritten würde**¹⁹, könnte diese Anlage ungewollt im Schnitt eine geringere Vergütung erhalten. Dies wird nunmehr verhindert.“*

und

„Da die Regelungen zur Bemessungsleistung und zum Dispens nach § 33c Absatz 3 EEG 2012 von vornherein Inhalt des EEG 2014 sein sollten, treten sie nach Absatz 2 rückwirkend zum 1. August 2014 in Kraft, um etwaige Vergütungseinbußen von Anlagenbetreibern zu vermeiden. Anlagenbetreiber werden durch die Regelung daher nicht rückwirkend belastet. Belastende Auswirkungen auf andere Personen, insbesondere Verbraucherinnen und Verbraucher, sind ebenfalls nicht zu erwarten. Es ist davon auszugehen, dass die Änderungen – wenn überhaupt – Auswirkungen auf die EEG-Umlage allenfalls in einem Bereich haben, der sich hinter der zweiten Nachkommastelle bewegt.

Sowohl nach dem Gesetzeswortlaut als auch nach der entsprechenden Begründung hat der Gesetzgeber somit klargestellt, dass für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012 nicht die Definition der Bemessungsleistung nach § 5 Nr. 4 EEG 2014 anzuwenden ist, sondern weiterhin die Definition in § 18 Abs. 2 EEG 2009, und somit die Bezugnahme auf die abgenommene anstelle der erzeugten Strommenge. Insoweit ist die nach dem EEG 2012 geltende Rechtslage auch nach dem EEG 2014 ab dem 1. August 2014 rückwirkend wieder anwendbar gewesen.

Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Begründung nur auf die Anwendung der bisherigen Definition der Bemessungsleistung im Rahmen der Förder- bzw. Vergütungsregelungen des EEG 2009 Bezug nimmt, also insbesondere auf die Förderberechnung bei nach Leistung geordneten Förderungen. Der Gesetzgeber hat insbesondere nicht ausdrücklich erwähnt, dass diese Definition auch im Rahmen der nach § 100 Abs. 1 Nr. 10 e) EEG 2014 für diese Anlagen

¹⁹ Hervorhebung nicht im Original.

anzuwendenden, neuen Regelungen zur Flexibilitätsprämie nach §§ 52 und 54 i.V. mit Anlage 3 EEG 2014 heranzuziehen ist.

Insoweit kommt es folglich (rückwirkend) zu einer Konkurrenzsituation zwischen § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) und e) EEG 2014. Diese Konkurrenzsituation kann nicht zweifelsfrei aufgelöst werden:

- § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014 ordnet rückwirkend zum 1. August 2014 die Anwendung der Bemessungsleistungsdefinition in § 18 Abs. 2 EEG 2009 an;
- § 100 Abs. 1 Nr. 10 e) EEG 2014 ordnet (originär) ab dem 1. August 2014 die Anwendung der Regelungen zur Flexibilitätsprämie nach §§ 52 und 54 i.V. mit Anlage 3 EEG 2014, und gesetzessystematisch damit auch die Anwendung der Definition der Bemessungsleistung nach § 5 Nr. 4 EEG 2014.

§ 100 Abs. 1 Nr. 10 e) EEG 2014 stellt damit *lex prior* dar. Gleichzeitig ist die Regelung aber wegen der Anordnung nur eines einzigen Regelungskomplexes *lex specialis*. § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014 ist hingegen wegen erst späteren Gesetzesbeschlusses über die Änderung der Regelung hinsichtlich der Bemessungsleistung *lex posterior*. Sie ist aber gleichzeitig auch *lex generalis*, weil die Regelung auf den gesamten Regelungszusammenhang nach § 8 EEG 2004, § 27 und § 66 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4a und Nr. 5 EEG 2009 und Anlage 1 bis 3 EEG 2009 anzuwenden ist. Damit in einem solchen Falle die *lex posterior* generell im Rahmen der *lex prior* anzuwenden ist, muss gemäß Rechtsprechung und Literatur zu den Kollisionsgrundsätzen durch den Gesetzgeber der *lex posterior* klargestellt worden sein, dass die spätere Gesetzesänderung ausdrücklich auch im Rahmen der früheren Gesetzesänderung wirken soll.²⁰ In dieser Richtung hatte auch der BGH mit Urteil vom 5. Juli 2017²¹ und den Folgeentscheidungen entschieden: Hiernach gelte die bisherige Rechtslage zu den Sanktionierungen nach dem EEG 2012 weiter, weil der Gesetzgeber des EEG 2017 im Rahmen einer Kollision der Übergangsregelungen des

²⁰ BVerwG, BVerwGE 111, S. 200, 211; BFH, BFHE 169, S. 564 (Tz. 23 ff.); OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1961, S. 513; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 27 Rdn. 4; Renck, JZ 1970, S. 770; Böckel, Instrumente der Einpassung neuen Rechts in die Rechtsordnung, S. 26; Djanali/Brähler, Internationales Steuerrecht, S. 86 ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., S. 572 f.; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., S. 41; Vranes, ZaöRV 65 (2005), S. 391, 392 und 400 ff. m.w.N.

²¹ Az. VIII ZR 157/16.

Gesetzes und auch der Begründungen hierzu versäumt hat, klarzustellen, dass die neue Rechtslage die bisherige Rechtslage auch speziell für diese Anlagen verdrängen würde. Die speziellere Regelung des Altrechts gelte daher anstelle der allgemeineren Regelung des Neurechts weiter.

Gemäß den vorstehenden Darstellungen nimmt die Begründung des „Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes“ vom 22. Dezember 2014 aber nur Bezug auf die Förderregelungen der Anlagen nach dem EEG 2004 und EEG 2009, und dass die Anlagenbetreiber nicht durch eine nachträgliche Änderung der Definition der Bemessungsleistung durch entsprechende Vergütungseinbußen schlechter gestellt werden durften. Wie aber vorstehend unter C II 1 dargestellt, galt im Rahmen der Flexibilitätsprämie nach § 33i i.V. mit Anlage 5 Nr. 1 EEG 2012 sowieso stets die Bemessungsleistung mit der Bezugnahme auf die erzeugte Strommenge, nicht mit der Bezugnahme auf die abgenommene Strommenge. Dementsprechend würde die Anwendung der auf die erzeugte Strommenge abstellenden Bemessungsleistung für diese Anlagen gar keine Schlechterstellung darstellen. Es fällt zumindest schwierig, die Bemessungsleistungs-Definition nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 für diese Anlagen auch auf die Flexibilitätsprämie nach dem EEG 2014 anzuwenden, da in der Begründung des „Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes“ vom 22. Dezember 2014 hierauf gar nicht eingegangen wird.²²

Auch die fehlende Übernahme der Bezugnahme auf die Definition der Bemessungsleistung in Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2014 (hier: § 5 Nr. 4 EEG 2014) gegenüber Anlage 5 Nr. 1 EEG 2012 (hier: § 3 Nr. 2a EEG 2012) kann nicht friktionslos im Zuge einer Anwendung der Bemessungsleistungs-Definition nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 nach § 66 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014 ausgefüllt werden: Die insoweit ohne konkreten Bezug auf eine Bemessungsleistungs-Definition anzuwendende Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2014 galt bereits ab dem 1. August 2014. Eine mögliche

²² a.A HK-EEG 2017/v. Hesler § 50b Rn 14: ausdrückliche Änderung der Regelung zur Bemessungsleistung durch die Änderung des § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014 durch das Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 22.12.2014, BGBl I 2406; hierdurch werde die Anwendung gerade des § 18 Abs. 2 EEG 2009 angeordnet; zwar handele es sich um einen möglicherweise unbeabsichtigten Nebeneffekt, aber eine Notwendigkeit zu einer Interpretation gegen den Gesetzeswortlaut ergebe sich nicht, insbesondere, da diese Spezialregelung in § 100 Abs. 2 EEG 2017 fortgeführt wurde.

„Regelungslücke“ für die Bestimmung der Bemessungsleistung ist daher schon seit diesem Zeitpunkt vorhanden gewesen.

Demgegenüber ist die ausdrückliche Anordnung der Geltung der Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 für Anlagen des EEG 2009 oder älter erst nachträglich in § 66 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014 eingefügt worden. Dies liefert dann keinen hinreichenden Anhaltspunkt dafür, dass eine mögliche Lücke in Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2014 durch die Definitionen der Bemessungsleistung

- nach § 5 Nr. 4 EEG 2014 für Anlagen nach dem EEG 2012 und EEG 2014 und
- nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 für Anlagen nach dem EEG 2009 oder älter

ausgefüllt werden müsse. Hierfür hätte die genannte Ergänzung in § 66 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014 gleichzeitig mit § 66 Abs. 1 Nr. 10 e) und Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2014 in Kraft treten müssen.

Schließlich haben die Definitionen der „PBem“ sowohl in Anlage 5 Nr. 1, erster Spiegelstrich, EEG 2012 als auch in Anlage 3 Nr. II.1, erster Spiegelstrich, EEG 2014 jeweils die „erzeugten Kilowattstunden“ als Berechnungsgrundlage, unabhängig davon, welche allgemeine Definition der Bemessungsleistung anzuwenden ist. Dies ist im Rahmen des v.g. EEG-Änderungsgesetzes bzw. in § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014-2 weder geändert worden, noch in der Begründung zu dieser Regelung angesprochen worden. Auch dies spricht dafür, dass sich die v.g. Änderung in § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014-2 nur auf die Förderung im Sinne des EEG 2000 bis EEG 2009 beziehen sollte, aber nicht auf die Flexibilitätsprämie nach dem EEG 2012 und EEG 2014, also die insoweit für diese Bestandsanlagen neue Rechtslage.

Nach Auffassung des BDEW sprechen daher die besseren Argumente dafür, dass sowohl auf Basis des Gesetzeswortlauts als auch der Begründung von §§ 52 und 54 i.V. mit Anlage 3 und § 100 Abs. 1 Nr. 10 e) EEG 2014 auch für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012 mit Wirkung ab dem 1. August 2014 die Definition der Bemessungsleistung des § 5 Nr. 4 EEG 2014 im Rahmen der Flexibilitätsprämie nach §§ 52 und 54 sowie Anlage 3 Nr. II EEG 2014 anzuwenden ist, und somit auch eine Bezugnahme auf die „erzeugten Strommengen“ anstelle der „abgenommenen Strommengen“. Zum selben Ergebnis kommt man über die Definition der „PBem“ in Anlage 3 Nr. II.1, erster Spiegelstrich, EEG 2014. Selbst wenn man daher für die Anwendung der Rechtslage des EEG 2012 auf Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012 zu dem Schluss käme, dass sich die Definition der Bemessungsleistung im Sinne der Anlage 5 EEG 2012 nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 richtet, würde diese Interpretation aufgrund von § 100 Abs. 1 Nr. 10 e) i.V. mit Anlage 3 Nr. II.1, erster Spiegelstrich, EEG 2014 dann nicht mehr möglich sein.

3. Rechtslage ab dem 1. Januar 2017

Die Rechtslage ab dem 1. Januar 2017 unterscheidet sich nicht durch die entsprechenden Folgefassungen des EEG von derjenigen nach dem EEG 2012 und EEG 2014: Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2017 enthält wie Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2014 keine spezielle Bezugnahme auf eine Definition der Bemessungsleistung, außer auf diejenige in den Begriffsbestimmungen des Gesetzes. Gleiches gilt nach Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2021 und EEG 2023. Insoweit kommt es auch nicht zu einer Änderung der Bezugnahme auf eine bestimmte Definition der Bemessungsleistung, die für diese Bestandsanlagen relevant sein könnte.

Auf der anderen Seite definieren diese verschiedenen EEG-Fassungen weiterhin die „PBem“ im Rahmen der jeweiligen Flexibilitätsprämien auf Basis der „erzeugten Kilowattstunden“, s. zuletzt in Anlage 3 Nr. II.1, erster Spiegelstrich, EEG 2023. Daher tritt insoweit auch in diesem Punkt eine Kontinuität der Rechtslage vom EEG 2012 bis EEG 2023 ein.

III. Ergebnis

Auf Basis der geltenden Rechtslage geht der BDEW davon aus, dass die Bemessungsleistung im Rahmen der Flexibilitätsprämie für Biogasanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012 nach den jeweiligen Fassungen des EEG 2012, EEG 2014, EEG 2017, EEG 2021 und EEG 2023 auf Basis der „erzeugten Strommenge“ und nicht auf Basis der „abgenommenen Strommenge“ berechnet wird. Denkbar wäre zwar, dass der Gesetzgeber die Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 auch für die Flexibilitätsprämie des EEG 2012 durch § 100 Abs. 1 Nr. 10, Teilsatz 1, bzw. später durch Nr. 10 a) EEG 2014 weiterhin für anwendbar erklärt. Allerdings kommt der BDEW in seinen vorstehenden Darstellungen unter C II 1 bereits zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber des EEG 2012 die Definition nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 auch im Rahmen der Flexibilitätsprämie nach § 33i i.V. Anlage 5 und mit § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 nicht angewandt sehen wollte. Vielmehr spricht die ausdrückliche Nennung der Definition der Bemessungsleistung nach § 3 Nr. 2a EEG 2012 in Anlage 5 Nr. 1 des EEG 2012 für die Anwendung der neuen Definition.

Dafür, dass sich dies durch die Folgefassungen des EEG 2012 geändert haben sollte, liegen weder im Gesetzeswortlaut noch in den Gesetzesmaterialien hinreichende Anhaltspunkte vor. Die durch § 100 Abs. 1 Nr. 10 a) EEG 2014-2 angeordnete Fortgeltung der Bemessungsleistungs-Definition des § 18 Abs. 2 EEG 2009 für diese Anlagen ist nicht zwingend auf die Flexibilitätsprämie nach § 100 Abs. 1 Nr. 10 e) i.V. mit Anlage 3 Nr. II.1 EEG 2014 übertragbar. Dies gilt auch mit Rücksicht darauf, dass sich die Definition der Bemessungsleistung seit dem EEG 2012 nicht mehr geändert hatte.

Sollte die Clearingstelle zu der Auffassung gelangen, dass für die streitgegenständlichen Anlagen des EEG 2009 oder älter seit dem EEG 2012 nur die Bemessungsleistungs-Definition auf die Flexibilitätsprämie anzuwenden ist, die auf die erzeugte Strommenge abstellt, müssen für diejenigen Anlagen, die bislang die Definition nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 zugrunde gelegt hatten, praxisnahe Übergangslösungen geschaffen werden. Diese Anlagen verfügten vielfach nicht über eine Erzeugungs- sondern nur über eine Einspeisungsmessung. Strommengen aus der Anlage, die z.B. für die Fermenterbeheizung oder dessen Rührwerk verwendet worden sind, sind dann nicht entsprechend gemessen worden, oder zumindest nicht mit geeichten Messeinrichtungen, mussten aber nach der hier vertretenen Ansicht bei der Berechnung der Flexibilitätsprämie berücksichtigt werden.

Die Notwendigkeit für diese Übergangslösungen besteht nicht bei denjenigen Anlagen, bei denen eine Rückforderung einer mglw. zu hoch angesetzten Flexibilitätsprämie aufgrund von § 57 Abs. 4 EEG 2021 und nun § 55b EEG 2023 einschl. Vorgängerregelungen verjährt ist. Für die noch nicht verjährten, möglichen Rückforderungsansprüche müsste die Lösung berücksichtigen, dass der Anlagenbetreiber als Forderungsberechtigter auch die Darlegungs- und ggf. die Beweislast für die jeweiligen Strommengen hat. Die Clearingstelle könnte hierfür Leitlinien im Rahmen eines Rates zur Praxis geben. Für die Möglichkeit einer Lösungsfindung steht der BDEW gerne zu weiteren Gesprächen bereit.

Letztendliche Klarheit kann in dieser Frage jedoch nur der Gesetzgeber treffen, indem er das Verhältnis der Übergangsregelungen in § 100 Abs. 1 Nr. 10, Teilsatz 1 bzw. Nr. 10 a und Nr. 10 e) EEG 2014 zueinander präzisiert.

Ansprechpartner

Ass. iur. Christoph Weißenborn
Abteilung Recht
Telefon: +49 30 300199-1514
christoph.weissenborn@bdew.de