

Rechtsgutachterliche Stellungnahme

zur Begrenzung des Anspruchs auf Flexibilitätszuschlag in § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021

Auftraggeber:

Nico Blume	Bioreg Energy & Recycling AG	01689	Niederau-Gröbern
Bernd Pommerehne	Bioenergie Lüchow GmbH&CoKG	17179	Altkalen
Moritz Raben	Bioenergie Oebelitz GmbH	18461	Oebelitz
Olaf Grimm	VGP Energieverwertungs GmbH & Co.KG	19258	Schwanheide
Dr. Christian Riessen	GBB-Unternehmensberatung	20459	Hamburg
Martin Laß	Bioenergie Gettorf GmbH &Co KG	24214	Tüttendorf
Dr. Volker Schulz	Christiane Schulz Biogas Hof Wiesbyll	24852	Sollerup
Johannes Gehlenborg	Heetberger Bioenergie GmbH & Co. KG	26169	Friesoythe
Ulrich Knelangen	Ulrich Knelangen Biogas	26169	Friesoythe
Matthias Schütte	Schütte Energizing GmbH & Co. KG	26903	Surwold
Julian Hartkamp	FH Naturgas GmbH & Co. KG	27232	Sulingen
Andreas Rohlfs	Rohlfs Biogas KG	27259	Wehrbleck
Klaus-Dieter Gerken	Biogas Gerken & Gerken GbR	27383	Scheeßel
Carsten Dralle	Bioenergie Bargfeld GmbH & Co. KG	29351	Bargfeld
Martin Schulz	Neulandhof Schulz	29476	Quickborn
Curd von Lenthe	Bioenergie Bunte GmbH & Co. KG	31162	Bad Salzdetfurth
Uli Aschhoff	Bio-Energie Wanfried GmbH & Co. KG	37281	Wanfried
Jürgen Ehlers	Heeseberg Biogas GmbH & Co KG	38381	Jerxheim
Heiko Lehn	HL-Gas GmbH & Co KG	38473	Tiddische
Reinhard Losch	Bioenergie Wesendorf GmbH	38518	Gifhorn
Stefan Sühling	Sühling Biogas GmbH	46325	Borken
Johannes Niemann	Niemann GmbH & Co. KG	46395	Bocholt
Josef Wolbring	Wolbring GbR	46395	Bocholt
Henrik Borgmeyer	Agrarenergie Krukum GmbH & Co. KG	49328	Melle
Stefan Griesen	HSG Biogas GmbH & Co. KG	49762	Fresenburg
Inge Densborn	Nawaro-Energie Pickließem GmbH & Co. KG	54647	Pickließem
Gerlinde Hollmann	Neue Energien GmbH	59469	Ense
Holger Tägder	Biogas Brockhof GmbH & Co KG	59597	Erwitte
Christoph u. Simon Frese	Frese Biogas GmbH & Co. KG	59964	Medebach
Robert Bauz	Energiehof Eberdingen GmbH & Co. KG	71735	Eberdingen
Christoph Faller	Faller Energie GmbH	78183	Hüfingen
Markus Jehle	Bioenergie Winterbach GbR	88263	Horgenzell
Clemens Maier	Gebrüder C. und G. Maier oHG	88316	Isny-Sommersbach
Wilfried Beck	Bioenergie Nordenberg GmbH & Co. KG	91635	Windelsbach
Mathias Dürr	Landwirtschaft Mathias Dürr	97244	Büttthard
mit Unterstützung des	Fachverbandes Biogas e. V.	85356	Freising
Koordination, Fachberatung	Netzwerk Flexperten – meta-i.d. GmbH	34128	Kassel

Datum: 9. Februar 2021

Von: Rechtsanwalt Dr. Hartwig von Bredow
Rechtsanwältin Veronika Widmann

von Bredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Littenstraße 105
10179 Berlin
T: +49 30 8092482-20
F: +49 30 8092482-30
www.vonbredow-valentin-herz.de

Sitz/Registergericht: Berlin, Amtsgericht Berlin-Charlottenburg, PR 786 B

Partner: Dr. Hartwig von Bredow, Dr. Florian Valentin, Dr. Steffen Herz, Dr. Bettina Hennig, Dr. Jörn Bringewat

Inhaltsverzeichnis

A.	Ausgangslage	4
B.	Zusammenfassung	4
C.	Rechtliche Würdigung	7
I.	Darstellung der Rechtslage	7
1.	Bisherige Rechtslage	8
2.	Rechtslage unter dem EEG 2021	10
3.	Rechtsfolgen und Auswirkung auf Bestandsanlagen	19
II.	Beihilferechtliche Prüfung	32
1.	Maßstäbe der Beihilfenkontrolle im Umwelt- und Energierecht	32
2.	Konformität der bisherigen Regelung mit dem Beihilfenrecht	36
3.	Ergebnis zum Beihilfenrecht	44
III.	Verfassungsrechtliche Prüfung	44
1.	Verfassungsrechtliche Maßstäbe des Vertrauensschutzes	45
2.	Verstoß der Regelung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 gegen das Rückwirkungsverbot	46
3.	Verletzung von Anlagenbetreibern in ihren Grundrechten aus Art. 14 Absatz 1 und Art. 12 Absatz 1 GG	55
4.	Verletzung von Anlagenbetreibern in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Absatz 1 GG	55
5.	Verletzung von Anlagenbetreibern in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Absatz 1 in Verbindung mit Art. 20 Absatz 3 GG	59
6.	Ergebnis zum Verfassungsrecht	59

A. Ausgangslage

Mit dem EEG 2021¹ hat die Förderung von Biogasanlagen mehrere Änderungen erfahren. In vielerlei Hinsicht sind diese im Sinne der Energiewende begrüßenswert, etwa weil Ausschreibungsvolumina erhöht und die Vergütungsbedingungen verbessert werden. Problematisch und mit weitreichenden Folgen verbunden ist jedoch die Kürzung des Flexibilitätszuschlags für Biogas-Bestandsanlagen in der Anschlussförderung.

Nach der in § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 verankerten Neuregelung sollen Betreiber von Bestandsanlagen den Flexibilitätszuschlag nur noch für den Teil der installierten Leistung ihrer Anlage in Anspruch nehmen können, für den sie während des ersten Förderzeitraums keine Flexibilitätsprämie erhalten haben. Dies ist eine Abkehr von dem seit 2017 unangefochten gültigen Regelungsregime, nach dem die Inanspruchnahme beider Fördertatbestände nacheinander nicht nur möglich, sondern sogar gesetzgeberisch gewünscht war, um eine möglichst frühe Flexibilisierung von Biogas-Bestandsanlagen anzuregen. Mit der Neuregelung bricht ein beträchtlicher Teil der Fördersumme in der Anschlussförderung weg. Für betroffene Betreiber bedeutet dies unter Umständen, dass ihre in Hinblick auf die Anschlussförderung getätigten Investitionen nicht mehr rentabel sind und sie so in finanzielle Schwierigkeiten geraten, oder dass der Plan, in die Anschlussförderung zu wechseln, ganz fallen gelassen wird.

Die vorliegende rechtsgutachterliche Stellungnahme untersucht diese Neuregelung, insbesondere unter den Gesichtspunkten des europäischen Beihilfenrechts sowie des Verfassungsrechts.

B. Zusammenfassung

Die Ergebnisse unserer Prüfung fassen wir wie folgt zusammen:

- 🔄 Die Regelung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 ist bereits handwerklich misslungen, da eine Auslegung nach den gängigen Methoden kaum möglich ist. Es ist unklar, wie die „gegenüber der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie“ zusätzlich bereitgestellte installierte Leistung zu ermitteln ist. Es fehlt an tauglichen Vergleichsgrößen, da die Flexibilitätsprämie meist lediglich für die kalenderjährlich schwankende „Zusatzleistung“ gewährt wird, während sich der Flexibilitätszuschlag auf die insgesamt installierte elektrische Leistung bezieht. Die Gesetzesbegründung, die Auskunft zu Sinn und Zweck der Regelung geben könnte, führt nur bedingt weiter, da sie mit dem Wortlaut der Norm kaum in Einklang zu bringen ist. Danach soll eine Doppelförderung vermieden werden, da 50 Prozent der flexibel bereitgestellten Leistung

¹ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3138) geändert worden ist.

bereits amortisiert seien. Eine Begrenzung des Wegfalls des Flexibilitätszuschlags auf 50 Prozent der flexibel bereitgestellten Leistung lässt sich aber dem Wortlaut nicht entnehmen.

- 🕒 Als einzig praktikable und mit dem Wortlaut noch vereinbare Auslegung erscheint derzeit, dass es – unabhängig davon, in welchem Maße und für welchen Zeitraum die Anlage vor dem Wechsel in die Anschlussförderung flexibel betrieben und tatsächlich mit der Flexibilitätsprämie gefördert worden ist – allein auf den Vergleich der vor und nach dem Wechsel in die Anschlussförderung installierten Leistung ankommt. Der Flexibilitätszuschlag könnte nach dieser Auslegung nur noch für in der Anschlussförderung zugebaute installierte Leistung in Anspruch genommen werden.
- 🕒 In der Anwendung der so verstandenen Norm ergeben sich jedoch weitere Schwierigkeiten. Denn Anlagenbetreiber, die die Flexibilitätsprämie bereits in Anspruch nehmen und ihre Anlage im Hinblick auf die Anschlussförderung weiter flexibilisieren wollen, müssen die Leistungserhöhung bereits vor dem Wechsel in die Anschlussförderung abschließen und den flexiblen Anlagenbetrieb von einem Umweltgutachter bescheinigen lassen. Es ist somit gar nicht möglich, die installierte Leistung „gegenüber der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie“ zu erhöhen. Der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag würde dann auch für solche, bislang mit der Flexibilitätsprämie geförderte Bestandsanlagen vollständig entfallen, die ihre installierte Leistung im Zuge des Wechsels in die Anschlussförderung erhöhen.
- 🕒 Die sprachlichen Unzulänglichkeiten der Regelung und die Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten dürften dem Umstand geschuldet sein, dass die Neuregelung erst unmittelbar vor Verabschiedung des EEG 2021 durch den Deutschen Bundestag überhaupt Eingang in den Gesetzgebungsprozess fand. Eine hinreichende rechtliche Prüfung und kritische Begleitung durch die interessierte Öffentlichkeit sowie Verbände war zu keinem Zeitpunkt gewährleistet.

Eine gesetzgeberische Klarstellung und Anpassung der Regelung erscheint zwingend erforderlich, um Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten zu vermeiden.

- 🕒 Die Neuregelung ist aber auch nicht zweckmäßig.

Die Neuregelung unterscheidet schon nicht danach, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang Anlagenbetreiber die Flexibilitätsprämie bereits in Anspruch genommen haben. Dem Wortlaut nach führt bereits eine kurzzeitige Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie für einen geringen Leistungsanteil dazu, dass der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag entfällt – und dies auch dann, wenn der Anlagenbetreiber für die Anschlussförderung erhebliche Investitionen in Gasspeicher u.ä. tätigt, um mit der bestehenden installierten Leistung einen

flexiblen Anlagenbetrieb sicherzustellen und die zusätzlichen Anforderungen des EEG 2021 zu erfüllen. Die der Gesetzesbegründung zugrunde liegende Annahme, die notwendigen Investitionen seien bereits mittels der Flexibilitätsprämie amortisiert, trifft in derartigen Fällen nicht einmal im Ansatz zu.

Dem Ziel des weiteren und verstärkten Ausbaus der Energiegewinnung aus Biomasse, das dem EEG 2021 ansonsten zu Grunde liegt, läuft die Regelung zuwider, indem sie bestehende Flexibilisierungsvorhaben finanziell gefährdet und geplante Vorhaben ausbremst. Begründet wird die Kürzung des Flexibilitätszuschlags in den Gesetzgebungsmaterialien damit, dass eine Doppelförderung und Mitnahmeeffekte durch Inanspruchnahme beider Förderinstrumente verhindert werden sollen. Dieses Ziel vermag die Norm jedoch nicht zu erreichen, da eine Doppelförderung auch nach der bisherigen Gesetzeslage nicht zu befürchten war. Flexibilitätsprämie und Flexibilitätszuschlag sind unterschiedlich ausgestaltete Förderinstrumente, die jeweils einen Ausgleich für spezifische Investitionen bieten sollen. Sie werden nicht für ein und dieselbe Investition gezahlt.

- Aus diesem Grund ist die Neuregelung auch nicht notwendig, um den Anforderungen an das europäische Beihilfenrecht gerecht zu werden. Das beihilferechtliche Überförderungsverbot schließt eine mehrfache Förderung ein und derselben Investition zwar aus. Zu einer solchen kommt es durch die Inanspruchnahme des Flexibilitätszuschlags während der zehnjährigen Anschlussförderung aber nicht. Der Flexibilitätszuschlag ist vielmehr notwendig, um die Vorgaben für Neuanlagen, die in der Anschlussförderung gleichermaßen für Bestandsanlagen gelten, erfüllen zu können. Dieses Ergebnis bestätigt ein Vergleich mit der Förderung von Biogas-Neuanlagen nach dem EEG 2021, welche den Flexibilitätszuschlag über den gesamten 20-jährigen Förderzeitraum in Anspruch nehmen können. Eine Überförderung ist im Übrigen ausgeschlossen, da die Förderhöhe wettbewerblich über Ausschreibungen ermittelt wird. Bieter kalkulieren ihre Gebotspreise unter Berücksichtigung der zu erwartenden Einnahmen aus dem Flexibilitätszuschlag.
- Die Vereinbarkeit des bisherigen Förderregimes mit dem Beihilfenrecht ist ferner durch die EU-Kommission bereits bestätigt worden. Denn sie hat das EEG 2017, in dem die bisherigen Regelungen enthalten sind, bei dessen Inkrafttreten einer eingehenden beihilferechtlichen Prüfung unterzogen.
- Die Neuregelung dürfte in ihrer derzeitigen Form auch verfassungswidrig sein. Denn die Kürzung des Flexibilitätszuschlags betrifft auch solche Anlagenbetreiber, die aufgrund eines Zuschlags für die Anschlussförderung bereits Investitionen getätigt haben. Damit entfaltet sie Rückwirkung, welche verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist. Aufgrund der Fördersystematik des EEG durften Betroffene darauf vertrauen, dass ihr Förderanspruch nicht

rückwirkend gekürzt wird. Dieses Bestandsschutzinteresse überwiegt das Interesse des Gesetzgebers an einer rückwirkenden Änderung, die nicht einmal zweckmäßig ist. Die getroffene Übergangsregel ist völlig unzureichend und kann der Norm nicht zur Verhältnismäßigkeit verhelfen.

C. Rechtliche Würdigung

Das EEG 2021 bringt Neuerungen für das Instrument des Flexibilitätszuschlags mit sich. Insbesondere soll, abweichend von der bisherigen Gesetzeslage, den Betreibern von flexibilisierten Biogasanlagen ein Zuschlag nur noch zustehen, soweit sie für die jeweils installierte Leistung zuvor keine Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen haben. Im Folgenden werden zunächst die Neuerungen in der Gesetzeslage dargestellt und ihre Rechtsfolgen für Flexibilisierungsvorhaben analysiert (unten I.). Daran anschließend wird überprüft, ob die Neuregelung notwendig ist, um das EEG 2021 in Einklang mit dem europäischen Beihilfenrecht zu bringen (unten II.). Ferner wird untersucht, ob die Regelungen des EEG 2021 mit dem verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot in Einklang zu bringen sind (unten III.).

I. Darstellung der Rechtslage

Die Flexibilisierung von Biogasanlagen wird bereits seit Inkrafttreten des EEG 2012² über die auch Bestandsanlagen offen stehende, optionale Flexibilitätsprämie gefördert. Mit dem EEG 2014³ ist sodann für Neuanlagen der Flexibilitätszuschlag eingeführt worden – verbunden mit der Maßgabe, dass die installierte Leistung bei mindestens dem Doppelten der kalenderjährlichen Durchschnittsleistung, d.h. der Bemessungsleistung, liegen muss (sog. Höchstbemessungsleistung). Beide Instrumente verfolgen das Ziel, durch die Vorhaltung steuerbarer Stromerzeugungskapazitäten Fluktuationen bei Stromerzeugung und -verbrauch auszugleichen und so eine verlässliche Energieversorgung zu gewährleisten. Damit dienen sie letztlich der Integration der erneuerbaren Energien in den Strommarkt.⁴

Mit dem EEG 2017⁵ wurden erstmals Ausschreibungen für Biomasseanlagen eingeführt. An diesen Ausschreibungen können – anders als bei den anderen Energieträgern – auch bestehende Biogasanlagen teilnehmen. Diese erhalten ab dem Wechsel in die Anschlussförderung (sog. Stichtag) einen weitere zehnjährige Förderung, müssen im Gegenzug dann aber alle auch für Neuanlagen

² Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074) in der am 31. Juli 2014 geltenden Fassung.

³ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066) in der am 31. Dezember 2016 geltenden Fassung.

⁴ Vgl. hierzu etwa *Walter*, in: BeckOK EEG 2017, 11. Ed. 16.11.2020, § 50 Rn. 1; *Lehnert*, ZUR 2015, S. 277 (285); für die Flexibilitätsprämie auch BT-Drs. 17/6071, S. 45.

⁵ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066) in der am 31. Dezember 2020 geltenden Fassung.

geltenden Vorgaben einhalten. Bislang stand außer Frage, dass derartige Anlagen, deren Höchstbemessungsleistung ab dem Stichtag – wie bei Neuanlagen – auf lediglich 50 Prozent der installierten Leistung begrenzt ist, auch den Flexibilitätszuschlag erhalten. Dies galt unabhängig davon, ob die Anlagenbetreiber zuvor bereits die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen hatten.

Die Möglichkeit für bereits mit der Flexibilitätsprämie geförderte Anlagen nach dem Wechsel in die Anschlussförderung einen Flexibilitätszuschlag zu erhalten, wird durch eine Neuregelung im EEG 2021 erheblich eingeschränkt und in vielen Fällen gänzlich ausgeschlossen. Begründet wird dies damit, dass eine Doppelförderung ausgeschlossen werden müsse. Im Folgenden wird zunächst die Rechtslage unter dem EEG 2017 derjenigen unter dem EEG 2021 gegenübergestellt. Anschließend werden die Rechtsfolgen der Neuregelung analysiert.

1. Bisherige Rechtslage

a) Flexibilitätsprämie für Bestandsanlagen

Die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 (und 2021) kann von Betreibern von Biogas-Bestandsanlagen mit Inbetriebnahmedatum vor dem 1. August 2014 für die Bereitstellung zusätzlich installierter Leistung in Anspruch genommen werden. Zusätzlich installierte Leistung wird dabei als Differenz zwischen der installierten Leistung einer Anlage und der Bemessungsleistung multipliziert mit einem Korrekturfaktor verstanden.⁶ Die Bemessungsleistung wiederum gibt als Quotient der in einem Jahr erzeugten Kilowattstunden und der Stundenanzahl eines Jahres Auskunft über die im Durchschnitt tatsächlich genutzte Leistung einer Anlage.⁷ Zusätzlich installierte Leistung im Sinne des § 50b EEG 2017 entsteht also immer dann, wenn die Kapazität einer Anlage nicht durchgehend zur maximal möglichen Stromproduktion genutzt wird. Die freien Kapazitäten können genutzt werden, um den Betrieb flexibel und marktorientiert an den jeweils aktuellen Strombedarf anzupassen. Als Gegenleistung für das Vorhalten der nicht dauerhaft genutzten Kapazitäten erhält der Anlagenbetreiber die Flexibilitätsprämie von 130 Euro pro Kilowatt flexibel bereitgestellter Leistung und Jahr. Sie wird über einen Zeitraum von zehn Jahren gewährt und ist auf maximal die Hälfte der installierten Leistung beschränkt.⁸

Mit der Flexibilitätsprämie wollte und will der Gesetzgeber ausdrücklich Investitionen in die marktorientierte Stromerzeugung durch Bestandsanlagen fördern, etwa die Errichtung größerer

⁶ Vgl. Ziffer II.2.2 der Anlage 3 zum EEG 2021. In den Begriffsbestimmungen in Ziffer II.1 der Anlage 3 zum EEG 2021 wird der Begriff P_{Zusatz} umschrieben als „die zusätzlich bereitgestellte installierte Leistung für die bedarfsorientierte Erzeugung von Strom in Kilowatt und in dem jeweiligen Kalenderjahr“.

⁷ Vgl. § 3 Nummer 6 EEG 2021.

⁸ Vgl. Ziffer II.2.2 Satz 3 2. Spiegelstrich der Anlage 3 zum EEG 2021, wonach der Wert „ P_{Zusatz} “ mit dem 0,5fachen Wert der installierten Leistung „ P_{inst} “ festgesetzt wird, wenn die Berechnung ergibt, dass er größer als der 0,5fache Wert der installierten Leistung ist.

Gasspeicher oder Generatoren zur zeitverzögerten Produktion.⁹ Bis zum EEG 2021 hatte der Gesetzgeber aber darauf verzichtet, dezidierte Anforderungen an eine flexible Fahrweise zu normieren. Es war daher bisher möglich, die Anlage in einem Teillastbetrieb zu betreiben und lediglich Flexibilität für kurzzeitige Leistungssteigerungen oder –abregelungen bereitzustellen.

b) Flexibilitätzuschlag für Neuanlagen

Ähnliche Motive verfolgt der Flexibilitätzuschlag, der mit dem EEG 2014 eingeführt wurde und – anders als die Flexibilitätsprämie – zunächst für *neue* Biogasanlagen mit Inbetriebnahmedatum ab dem 1. August 2014 gewährt wird. Der Flexibilitätzuschlag betrug nach bisheriger Gesetzeslage gemäß § 50a EEG 2017 40 Euro pro Kilowatt installierter Leistung und Jahr. Er ist eine Kompensation dafür, dass bei Neuanlagen nur noch die Hälfte der maximal erzeugbaren Jahresstrommenge nach dem EEG gefördert wird, so dass Anlagenbetreiber gezwungen sind, eine entsprechende Überbauung ihrer Anlage vorzuhalten.¹⁰ Dabei wurde der Flexibilitätzuschlag so bemessen, dass *„die über die gesamte Förderdauer regelmäßig anfallenden Mehrkosten für die Bereitstellung flexibler Stromerzeugungskapazität im Umfang von bis zu 50 Prozent der installierten Leistung unter Berücksichtigung angemessener Vermarktungsmehrerlöse aus der Direktvermarktung des Stroms an den Strommärkten gedeckt werden können“*.¹¹ Eine flexible, fernsteuerbare Fahrweise, die für Bestandsanlagen erst durch die Flexibilitätsprämie inzentiviert werden soll, ist bei neuen Biogasanlagen also bereits Voraussetzung dafür, dass überhaupt ein rentabler Betrieb durch eine kombinierte Förderung über die Marktprämie und den Flexibilitätzuschlag möglich ist. Der Flexibilitätzuschlag wird über den gesamten EEG-Förderzeitraum der Neuanlage von 20 Jahren gezahlt.

c) Flexibilitätsprämie und -zuschlag für Bestandsanlagen

Bestandsanlagen konnten unter dem EEG 2017 unter gewissen Umständen neben der Flexibilitätsprämie auch den Flexibilitätzuschlag in Anspruch nehmen, wobei die Inanspruchnahme nie zeitgleich erfolgen kann. Für Biogasanlagen besteht seit 2017 die Möglichkeit einer Anschlussförderung nach § 39f EEG 2017 (§ 39g EEG 2021). Mit Beginn dieser zweiten Förderperiode gelten die Anlagen als neu in Betrieb genommen, so dass für sie ab diesem Zeitpunkt alle für Neuanlagen geltenden Regelungen Anwendung finden, mithin auch die Begrenzung der Höchstbemessungsleistung auf 50 Prozent der installierten Leistung¹² sowie der die damit verbundenen Einbußen kompensierende Anspruch auf den Flexibilitätzuschlag. Dieser wurde nach

⁹ Vgl. BT-Drs. 17/6071, S. 45.

¹⁰ BT-Drs. 18/1304, S. 148.

¹¹ BT-Drs. 18/1304, S. 148.

¹² Vgl. § 39h Absatz 2 Nummer 1 EEG 2017, im EEG 2021 erneut herabgesetzt auf nur noch 45 Prozent der installierten Leistung, vgl. § 39i Absatz 2 Nummer 1 EEG 2021.

bisherigem Recht, wie bei allen Neuanlagen, in Höhe von 40 Euro pro Kilowatt installierter Leistung gewährt und zwar über den gesamten Zeitraum der zweiten Förderperiode von zehn Jahren. Dies wurde in den Gesetzgebungsmaterialien zu Recht damit begründet, dass die in die Anschlussförderung aufgenommenen Anlagen im Gegenzug auch nur für die Hälfte ihrer Leistung eine Förderung über die Marktprämie erhalten, § 39h Absatz 2 Nummer 1 EEG 2017.¹³ Ob und in welcher Höhe zuvor bereits die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden war, spielte für den Flexibilitätszuschlag in der Anschlussförderung keine Rolle.

Der Betreiber einer Altanlage konnte also seine Anlage in einem ersten Flexibilisierungsschritt dergestalt erweitern oder ihre Fahrweise anpassen, dass sie die Voraussetzungen für die Flexibilitätsprämie erfüllte. Dem Anlagenbetreiber stand dann für einen Zeitraum von maximal zehn Jahren und maximal für die Hälfte der installierten Leistung ein Anspruch auf die Flexibilitätsprämie zu. Nach dem Übergang in die Anschlussförderung, der weitere Investitionen etwa in Form von Ertüchtigungs- oder Modernisierungskosten erforderlich macht,¹⁴ konnte der Anlagenbetreiber für weitere zehn Jahre den Anspruch auf Flexibilitätszuschlag geltend machen. Insgesamt war für Bestandsanlagen also eine maximale kombinierte „Flexibilitätsförderung“ für einen Zeitraum von 20 Jahren möglich. Dies entspricht dem Zeitrahmen der Förderung von Neuanlagen mit dem Flexibilitätszuschlag. Die Flexibilitätsprämie war dabei nur scheinbar signifikant höher als der Flexibilitätszuschlag: Denn beide werden für ganz unterschiedliche Leistungsmengen gezahlt; die nominal höhere Prämie lediglich für die *zusätzlich* installierte Leistung, die auf maximal 50 Prozent der installierten Leistung begrenzt ist, der Zuschlag hingegen für die gesamte installierte Leistung.

2. Rechtslage unter dem EEG 2021

Die Flexibilitätsförderung von Biogasanlagen hat mit dem EEG 2021 einige Änderungen erfahren. Diese betreffen insbesondere den Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag in der Anschlussförderung.

a) Inhalt der Gesetzesänderung

Sowohl der Referentenentwurf¹⁵ als auch der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum EEG 2021¹⁶ enthielten für das oben dargestellte Regelungsregime lediglich geringfügige Änderungen. Insbesondere sollte der Flexibilitätszuschlag von 40 auf 65 Euro pro Kilowattstunde installierter Leistung und Jahr angehoben werden, um Anlagen, die auf eine flexible Fahrweise ausgelegt sind,

¹³ BT-Drs. 18/9096 S. 365; dabei wird zwar explizit nur auf die im EEG 2017 neu in den Anwendungsbereich des § 50a EEG 2017 aufgenommenen Kleinanlagen Bezug genommen, die Argumentation lässt sich jedoch auf alle Anlage in der Anschlussförderung übertragen.

¹⁴ Siehe dazu ausführlich unten I. 3. a).

¹⁵ Referentenentwurf zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 14. September 2020, abrufbar unter https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/sites/default/files/2020-09/200914_EEG21_RefE.pdf.

¹⁶ BT-Drs. 19/23482.

angemessene Chancen in den Ausschreibungen einzuräumen.¹⁷ Diese Erhöhung des Flexibilitätszuschlags ging jedoch mit einer erneuten Absenkung der Höchstbemessungsleistung nach § 39i Absatz 2 Nummer 1 EEG 2021 auf nunmehr nur noch 45 Prozent einher.

Ferner sollte ein sogenanntes Qualitätskriterium für echte Flexibilisierung in Anlage 3 aufgenommen werden. Danach sollte der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie davon abhängig sein, dass in einer Anlage in mindestens 4.000 Viertelstunden im Jahr eine Strommenge erzeugt wird, die mindestens 85 Prozent der installierten Leistung der Anlage entspricht. Damit sollte verhindert werden, dass Anlagen, die nicht tatsächlich flexibel betrieben werden können, weil etwa eines von zwei BHKW dauerhaft defekt ist, eine zusätzliche, ungerechtfertigte Förderung erhalten.¹⁸ Beide Änderungen wurden letztlich inhaltlich unverändert vom Gesetzgeber beschlossen, wobei das Qualitätskriterium in § 50 Absatz 3 EEG 2021 normiert wurde und damit auch für den Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag gilt.

Erst die Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Energie vom 15. Dezember 2020¹⁹ enthielt eine weitere, folgenschwere Änderung in § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021. Nur drei Tage später wurde diese mit dem Rest des Gesetzes vom Bundestag unverändert verabschiedet. § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 lautet:

„Der Anspruch nach Absatz 1 Satz 1 verringert sich für die Anlagenbetreiber, die für ihre Anlage die Flexibilitätsprämie nach § 50b dieses Gesetzes oder nach der für sie maßgeblichen Fassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in Anspruch genommen haben, auf 65 Euro pro Kilowatt installierter Leistung und Jahr, die gegenüber der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie zusätzlich flexibel bereitgestellt wird.“

Damit sollen ausweislich des Berichts des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Energie, „Mitnahmeeffekte und eine Doppelförderung für ein und dieselbe Leistung“ verhindert werden.²⁰ Durch die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie seien die Investitionskosten für bis zu 50 Prozent der flexibel bereitgestellten Leistung schließlich bereits amortisiert.

Anlagen, welche in die Anschlussförderung wechseln und daher dem Grunde nach einen Anspruch auf Zahlung des Flexibilitätszuschlags haben, sollen diesen also in Zukunft nicht mehr – wie Neuanlagen – für die gesamte installierte Leistung erhalten, sondern nur noch für „gegenüber der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie zusätzlich bereitgestellte“ Leistung. Eine Ausnahme gilt nach § 100 Absatz 2 Nummer 11 EEG 2021 lediglich für solche Bestandsanlagen, die bereits vor Inkrafttreten des EEG 2021 erstmals den Flexibilitätszuschlag erhalten haben, also bereits vor dem 31.

¹⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/23482, S. 120.

¹⁸ BT-Drs. 19/23482, S. 140 f.

¹⁹ BT-Drs. 19/25302.

²⁰ BT-Drs. 19/25326, S.

Dezember 2020 in die Anschlussförderung gewechselt hatten. Für diese Anlagen bleibt es bei der oben geschilderten bisherigen Gesetzeslage.

Die Gesetzesänderung hat weitreichende Auswirkungen auf bereits realisierte ebenso wie auf geplante Flexibilisierungsvorhaben (siehe dazu unten 3.). Aufgrund ihrer unklaren Formulierung entstehen aber auch vorgelagerte rechtliche Probleme.

b) Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten

Der Wortlaut von § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 bereitet nicht unerhebliche Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten. Dies betrifft zum einen die Frage, wie der verbleibende Anspruch berechnet werden soll. Zum anderen ist es bei den gelten flankierenden Melde- und Nachweispflichten nahezu unmöglich, den Wechsel in die Anschlussförderung ohne vollständigen Verlust des Anspruchs auf Flexibilitätszuschlag vorzunehmen. Den rechtlichen Ausführungen werden Beispielsfälle vorangestellt.

(1) Beispielhafte Aufführung von Anwendungsfällen

Im Folgenden sollen zunächst einige Beispiele möglicher Flexibilisierungsvorhaben dargestellt werden. Die Auswahl erfolgt dabei unabhängig davon, wie häufig diese Fälle in der Praxis anzutreffen sind und dient an dieser Stelle lediglich dazu, die Auslegungsschwierigkeiten zu illustrieren.²¹

Beispiel 1:

Eine im Jahr 2000 in Betrieb genommene Biogasanlage mit einer elektrischen Leistung von zunächst 250 kW. Bereits im Jahr 2017 nahm der Anlagenbetreiber an einer Ausschreibung teil und erhielt für eine installierte Leistung von 1.000 kW einen Zuschlag. Bei der Kalkulation seines Gebotes kalkulierte er den Flexibilitätszuschlag in Höhe von 40 Euro je kW installierter Leistung ein. Der Anlagenbetreiber investierte, nachdem er den Zuschlag erhalten hatte, in zusätzliche BHKW-Kapazitäten, einen Gasspeicher und einen Wärmespeicher. Die Inbetriebnahme der zusätzlichen BHKW-Kapazität erfolgte im August 2019. Der Anlagenbetreiber meldete die Leistungserhöhung im Marktstammdatenregister und nahm seit September 2019 (erstmalig) die Flexibilitätsprämie in Anspruch. Die mit der Flexibilitätsprämie geförderte Zusatzleistung belief sich auf 500 kW. Der Anlagenbetreiber befürchtet, aufgrund der Mitte Dezember 2020 in das EEG 2021 aufgenommenen Regelung, jetzt keinen Flexibilitätszuschlag zu erhalten.

²¹ Weitere Fallbeispiele folgen unter C. I. 3.

Beispiel 2:

Eine im Jahr 2009 in Betrieb genommene Biogasanlage mit einer elektrischen Leistung von 500 kW meldete im Juni 2014 die Flexibilitätsprämie an. Der Grund lag darin, dass der Anlagenbetreiber aufgrund der politischen Diskussion Sorge hatte, dass die Flexibilitätsprämie im EEG 2014 nicht länger vorgesehen sein würde. Die Biogasanlage war bislang nur eingeschränkt für den flexiblen Anlagenbetrieb geeignet und der Anlagenbetreiber hat aufgrund der hohen Bemessungsleistung nur in geringem Umfang eine Flexibilitätsprämie erhalten. Die mit der Flexibilitätsprämie geförderte Zusatzleistung schwankte in den Jahren 2014 bis 2020 zwischen 0 und 50 kW.

Beispiel 2 a)

Im Hinblick auf die Anschlussförderung beabsichtigt der Anlagenbetreiber, die installierte Leistung zu verdoppeln und die für einen hochgradig flexiblen Anlagenbetrieb erforderlichen Gasspeicher etc. zu installieren. Er befürchtet, den Flexibilitätszuschlag dann nur für 500 kW und nicht für die künftig installierten 1.000 kW zu erhalten.

Beispiel 2 b)

Im Hinblick auf die Anschlussförderung beabsichtigt der Anlagenbetreiber, der andernfalls Schwierigkeiten hätte, den sog. Maisdeckel einzuhalten, die Stromerzeugung deutlich zu verringern und zugleich zu flexibilisieren. Hierfür sind Investitionen in neue Gas- und Wärmespeicher und in das vorhandene BHKW erforderlich. Der Anlagenbetreiber befürchtet, trotz der anstehenden Investitionen keinen Flexibilitätszuschlag zu erhalten, da er die installierte Leistung der Anlage nicht erhöht.

(2) Auslegung der Norm

Der Anspruch auf Zahlung des Flexibilitätszuschlags soll sich „auf 65 Euro pro Kilowatt installierter Leistung und Jahr, die gegenüber der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie zusätzlich flexibel bereitgestellt wird“ verringern.

Der Wortlaut legt zunächst nahe, dass sich der Flexibilitätszuschlag der Höhe nach verringert („auf 65 Euro [...] verringert“). Allerdings geht es dem Gesetzgeber offensichtlich darum, den Anspruch nicht der Höhe nach zu *verringern*, sondern auf die Leistung zu *begrenzen*, die gegenüber der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie zusätzlich flexibel bereitgestellt wird. Ziel ist es mithin, mit dem Flexibilitätszuschlag nur ein „Mehr“ an flexibler Leistung zu erfassen, welches weiterhin als förderungswürdig eingeschätzt wird.

Allerdings fehlen sowohl im Gesetzestext als auch in der Begründung konkrete Vorgaben zur Berechnung dieses „Mehr“. Der Begriff der zusätzlich bereitgestellten flexiblen Leistung findet sich

im EEG ansonsten lediglich in den Vorschriften zur Flexibilitätsprämie. Ziffer II. 2. 2 Anlage 3 zum EEG 2021 liefert eine spezifische Berechnungsformel, wonach die zusätzliche flexible Leistung sich aus der Differenz zwischen installierter Leistung und Bemessungsleistung unter Berücksichtigung eines Korrekturfaktors ergibt. Diese Formel kann ersichtlich nicht auf die zusätzliche Leistung im Sinne der Neuregelung angewendet werden. Es fehlt in § 50a EEG 2021 schon an einem entsprechenden Verweis auf Anlage 3. Die Anwendung würde aber auch nicht zu sinnvollen Ergebnissen führen. Referenzwert für die „Zusätzlichkeit“ der installierten flexiblen Leistung soll bei der Neuregelung gerade nicht die Bemessungsleistung der Anlage sein. Es soll vielmehr ein Vergleich der Leistung während der Förderung über die Flexibilitätsprämie mit der Leistung während der Anschlussförderung angestellt werden.

Ein solcher Vergleich könnte etwa durch einen Abgleich der für die Flexibilitätsprämie relevanten zusätzlich bereitgestellten Leistung im Sinne des § 50b EEG 2021 aus dem ersten Förderzeitraum mit der für den Flexibilitätszuschlag zu Grunde gelegten installierten Leistung aus dem zweiten Förderzeitraum erfolgen. Damit würde jeweils ein für das entsprechende Förderregime systemgerechter Anknüpfungspunkt gewählt. Ein solcher Abgleich ist jedoch deshalb problematisch, weil die zusätzliche Leistung von der Bemessungsleistung abhängt und daher jährlichen Schwankungen unterworfen ist. So hat etwa der Anlagenbetreiber aus Beispiel 2 bisher in unterschiedlichen Jahren für verschiedene Werte zwischen 0 und 50 kW die Flexibilitätsprämie erhalten. Ohne weitere gesetzgeberische Anhaltspunkte wäre unklar, ob auf einen Durchschnitt, einen bestimmten Stichtagswert oder stets auf die maximal mit der Flexibilitätsprämie förderungsfähige Zusatzleistung abgestellt werden sollte.

Es würde insoweit auch nicht weiterhelfen, darauf abzustellen, welche Leistungserhöhung der Anlagenbetreiber bei erstmaliger Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie im Marktstammdatenregister registriert hat. Die Leistungserhöhung lässt allein nicht darauf schließen, ob die Leistung für den flexiblen Betrieb bereitgestellt wurde und dementsprechend mit der Flexibilitätsprämie gefördert wurde. Die Höhe der Flexibilitätsprämie bestimmt sich hingegen unabhängig davon, welche Leistungserhöhung im Marktstammdatenregister registriert wurde, allein anhand der Differenz zwischen installierter Leistung und der jährlich schwankenden Bemessungsleistung. Im Übrigen ist es – wie in Beispielfall 2 a) – durchaus möglich, eine Anlage zu flexibilisieren und die Flexibilitätsprämie zu erhalten, ohne dass die installierte Leistung erhöht wird.

Naheliegender erscheint es daher, zunächst den Begriff der „flexibel bereitgestellten Leistung“ zu definieren und sich auf diesem Wege dem Element der Zusätzlichkeit zu nähern. Der Begriff findet sich in ähnlicher Form auch in § 50a Absatz 1 Satz 1 EEG 2021. Dort wird der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag als Kompensation „für die Bereitstellung flexibler installierter Leistung“ begründet. Flexible installierte Leistung ist – in Anlehnung an die Definition P_{Zusatz} in der Anlage 3 zum

EEG 2021 – die „zusätzlich bereitgestellte installierte Leistung für die bedarfsorientierte Erzeugung von Strom“ (Nummer II. 1. 3. Spiegelstrich der Anlage 3 zum EEG 2021). Diese Formulierung sowie der Sinn und Zweck der Förderregelungen für Flexibilität legen es nahe, dass mit der Bereitstellung flexibler installierter Leistung gemeint ist, dass die Anlage über ein „Mehr“ an installierter Leistung verfügt als dies erforderlich wäre, um die jährliche Strommenge zu erzeugen. Erst dies ermöglicht die flexible Fahrweise. Da die Höchstbemessungsleistung für Biogasanlagen in der Anschlussförderung nunmehr nur noch 45 Prozent der installierten Leistung beträgt, liegt die vom Anlagenbetreiber bereitgestellte, flexible installierte Leistung bei 55 Prozent der installierten Leistung.²²

Von diesem Begriffsverständnis ausgehend könnte die Regelung zunächst so verstanden werden, dass nur für die Differenz zwischen der maximal über die Flexibilitätsprämie theoretisch förderfähigen flexibel bereitgestellten Leistung und der nunmehr in der Anschlussförderung erforderlichen flexibel bereitgestellten Leistung der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag besteht. Der Flexibilitätszuschlag würde dann für mindestens fünf Prozent der installierten Leistung gezahlt. Denn über die Flexibilitätsprämie waren – vorausgesetzt die Bemessungsleistung lag bei weniger als etwa 45 Prozent der installierten Leistung – maximal 50 Prozent der installierten Leistung förderfähig.²³ In der Anschlussförderung müssen nun aber 55 Prozent der installierten Leistung flexibel bereitgestellt werden. Es werden also fünf Prozent *zusätzlich* flexibel bereitgestellt, wie es der Wortlaut des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 verlangt. Die Bestandsanlage aus Beispiel 2b) mit insgesamt 500 kW installierter Leistung würde dann für 25 Kilowatt installierter Leistung den Flexibilitätszuschlag erhalten. Hat ein Anlagenbetreiber in Hinblick auf die Anschlussförderung Leistung zugebaut, so würde sich die Differenz entsprechend erhöhen. Ist die 500 kW-Anlage auf 1 MW aufgestockt worden, so hat sie nunmehr eine Höchstbemessungsleistung von 450 kW und eine flexibel bereitgestellte Leistung von 550 kW. Die Differenz zu den höchstens 250 kW flexibel bereitgestellter Leistung, die über die Flexibilitätsprämie förderungsfähig waren, würde also 300 kW betragen. Für diesen Teil der installierten Leistung könnte dann der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag geltend gemacht werden.

Unklar ist aber, wie die Gesetzesbegründung mit dieser Auslegung zu vereinbaren wäre. Im Bericht des zuständigen Ausschusses ist die Beschlussempfehlung wie folgt begründet worden:

²² Alternativ erscheint es auch vertretbar, auch insoweit den für die Flexibilitätsprämie geltenden Korrekturfaktor von 1,1 anzusetzen. Die flexible installierte Leistung läge dann bei 50,5 Prozent.

²³ Vgl. die Berechnungsformel für die mit der Flexibilitätsprämie geförderte Zusatzleistung („P_{Zusatz}“) in Ziffer 2.2 der Anlage 3 zum EEG 2021. P_{Zusatz} bestimmt sich danach aus der Differenz zwischen der installierten Leistung und der mit dem Korrekturfaktor 1,1 multiplizierten Bemessungsleistung. Erst bei einer Bemessungsleistung von etwa 45 Prozent erhält der Anlagenbetreiber daher die maximale Förderung für 50 Prozent der installierten Leistung. Im Fall der Biomethanverstromung liegt der Korrekturfaktor abweichend bei 1,6.

*„Mit der Änderung von § 50a EEG 2021 wird der Flexibilitätszuschlag für frühere Bezieher der Flexibilitätsprämie beschränkt. Sowohl der Flexibilitätszuschlag als auch die Flexibilitätsprämie sollen die Anlagenbetreiber entschädigen für Investitionsmehrkosten, welche die Anlagenbetreiber durch die Einhaltung der jeweiligen Flexibilitätsanforderungen haben. So erhalten den Flexibilitätszuschlag auch Bestandsanlagen, die erfolgreich an der Ausschreibung für eine 10-jährige Anschlussförderung teilgenommen haben. **Haben diese Bestandsanlagen jedoch bereits vorher die Flexibilitätsprämie erhalten, sind die Investitionskosten bereits für bis zu 50 Prozent flexibel bereitgestellter Leistung zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Anschlussförderung amortisiert.** Hier bedarf es für die richtige Anreizsetzung Anpassungen, um Mitnahmeeffekte und eine Doppelförderung für ein und dieselbe Leistung zu verhindern.“²⁴*

Hier stellt sich erneut die Frage, was mit „flexibel bereitgestellter Leistung“ gemeint ist.

Geht man wie oben davon aus, dass der Begriff ein „Mehr“ an installierter Leistung meint, als dies erforderlich wäre, um die jährliche Strommenge zu erzeugen, so wäre die Gesetzesbegründung so zu verstehen, dass die „Flexibilisierung“, d.h. die flexibel bereitgestellte Leistung, in Höhe von bis zu 50 Prozent bereits amortisiert ist. Dies spräche dafür, die Regelung so auszulegen, dass sich der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag um lediglich 50 Prozent der Leistung, welche als „zusätzlich bereitgestellte installierte Leistung“ bereits über die Flexibilitätsprämie gefördert worden ist, verringert. Dafür spricht nicht zuletzt der Umstand, dass der Flexibilitätszuschlag für neue Anlagen für einen Zeitraum von 20 Jahren, in der Anschlussförderung aber nur für zehn Jahre gewährt wird. Dem Gesetzgeber mag es insoweit logisch erschienen sein, dass z.B. eine Anlage mit einer installierten Leistung von 1 MW, die bereits 10 Jahre lang die Flexibilitätsprämie in Höhe von 130 Euro je kW für die 500 kW Zusatzleistung²⁵ erhalten hat, den ebenfalls zehn Jahre währenden Flexibilitätszuschlag in Höhe von 65 Euro je kW dann nicht mehr für 1 MW, sondern nur noch für den noch nicht amortisierten Anteil der flexibel bereitgestellten Leistung, bei einer Amortisierung von 50 Prozent mithin also für 250 kW erhalten soll.

Dies erklärt allerdings nicht, warum für Anlagen in der Anschlussförderung mit der „flexibel bereitgestellten Leistung“ überhaupt ein anderer Bezugspunkt gewählt wird, als für Neuanlagen, für die es allein auf die installierte Leistung ankommt. Ferner findet diese Auslegung kaum einen Anknüpfungspunkt im eigentlichen Gesetzestext. Sie erscheint daher nicht zwingend.

Weitere Fragen wirft auf, warum sich nach dem Wortlaut des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 der Anspruch „auf 65 Euro pro Kilowatt installierter Leistung und **Jahr**, die gegenüber der

²⁴ BT-Drs. 19/25326, Seite 22. Hervorhebungen nicht im Original.

²⁵ Wie bereits dargestellt ist die Zusatzleistung auf 50 Prozent der installierten Leistung gedeckelt, vgl. Nummer II.2.2. Spiegelstrich der Anlage 3 zum EEG 2021.

Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie zusätzlich flexibel bereitgestellt wird“, verringert. Die Einfügung der Worte „und Jahr“ ist eigentlich nicht erforderlich und sogar störend, da sich der nachfolgende Relativsatz auf die „Leistung“ bezieht. Bereits aus sprachlicher und grammatikalischer Sicht hätte es insoweit nahegelegen, wie folgt zu formulieren: „Der Anspruch [...] verringert sich [...] auf 65 Euro pro Kilowatt installierter Leistung, die gegenüber der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie zusätzlich flexibel bereitgestellt wird.“ Diese Formulierung hätte auch nicht etwa zu weiteren Unklarheiten geführt, da sich bereits aus § 50a Absatz 1 Satz 1 EEG 2021 ergibt, dass der Anspruch jährlich und nicht nur einmalig gewährt wird.

Betrachtet man den grammatikalisch „schiefen“ Wortlaut der Norm allerdings im Lichte der Gesetzesbegründung, wonach eine Doppelförderung ausgeschlossen werden soll, so könnte er so zu verstehen sein, dass der Flexibilitätszuschlag begrenzt ist auf zusätzliche Leistung und – gegenüber der Dauer der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie – zusätzliche Jahre. Wurde die Flexibilitätsprämie beispielsweise nur für drei Jahre in Anspruch genommen, bestünde der Flexibilitätszuschlag noch für sieben Jahre, auch wenn keine zusätzlichen Investitionen getätigt werden. Diese Auslegung würde dem in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Gesetzeszweck, eine vorgebliche Doppelförderung für bereits mittels der Flexibilitätsprämie amortisierte Investitionen auszuschließen, eher gerecht als ein Normverständnis, nach dem der Flexibilitätszuschlag unabhängig davon, für welche Dauer die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden ist, entfällt. Auch diese Auslegung ist jedoch nicht restlos überzeugend, wirft sie doch zahlreiche Folgeprobleme zur Verrechnung von zusätzlicher Leistung mit bereits geförderten Jahren auf.

Letztlich dürfte keine der oben genannten Auslegungsmöglichkeiten ein hinreichend rechtssicheres Ergebnis liefern, welches sowohl mit dem Wortlaut als auch mit der Intention des Gesetzgebers zu vereinbaren ist. Aufgrund der knapp gehaltenen und unklaren Gesetzesbegründung lässt sich nur mutmaßen, was der Gesetzgeber gemeint haben könnte, und der Wortlaut der Norm damit aufladen und zurechtbiegen. Damit dürften aber jeweils die Grenzen einer verfassungsrechtlich noch zulässigen Auslegung überschritten sein. Denn bei der Rechtsanwendung darf der Wortlaut einer Norm nicht missachtet werden, um einem vermuteten Ziel des Gesetzgebers Wirkung zu verschaffen.²⁶

Geht man aber nur vom Wortlaut und der Systematik aus, so ist es naheliegend, die Norm so auszulegen, dass es schlicht auf einen Abgleich der jeweils installierten Leistungen ankommt und dass nur für die Differenz ein Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag besteht. Denn die Regelung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 steht systematisch in einem engen Zusammenhang mit der

²⁶ BVerfG, Beschluss vom 14. Juni 2007 – 2 BvR 1447/05 – Rn. 123.

Grundregelung zum Flexibilitätszuschlag im vorangehenden Satz, der die (gesamte) installierte Leistung als Bezugsgröße hat, und auch der Relativsatz nimmt auf die installierte Leistung Bezug.

Allerdings ist in diesem Fall fraglich, auf welchen Zeitpunkt für die Gegenüberstellung abzustellen ist. Die installierte Leistung kann sich während der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie durchaus mehrfach geändert haben. Es kann nur vermutet werden, dass es auf den Wert unmittelbar vor dem Wechselstichtag ankommt, da für eine ebenfalls denkbare Durchschnittsberechnung jegliche Anhaltspunkte fehlen. Da Gesetz und Materialien keine eindeutigen, belastbaren Anhaltspunkte für eine bestimmte „Mindestabschöpfung“ durch die Flexibilitätsprämie enthalten, muss ferner davon ausgegangen werden, dass es ausreicht, überhaupt irgendwann einmal von der Flexibilitätsprämie profitiert zu haben, und sei es nur für einen Monat.

Eine Förderung über den Flexibilitätszuschlag wäre nach dieser Auslegung nur dann möglich, wenn unmittelbar vor Eintritt in die Anschlussförderung Leistung zugebaut wird, für die zu keinem Zeitpunkt die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden ist. Ein solcher Abgleich wäre leicht durchführbar und entspräche immerhin dem Grundgedanken der im Detail vage gehaltenen gesetzgeberischen Intention, dass eine Doppelförderung derselben Investition vermieden werden soll. Dem weiteren Gutachten wird daher diese, dem Wortlaut noch am nächsten kommende Auslegung zu Grunde gelegt. Sie ist jedoch, ebenso wie die anderen Auslegungsmöglichkeiten, keineswegs zwingend und erscheint in Anbetracht des Umstands, dass Dauer und Umfang der Flexibilitätsprämie von der installierten Leistung gänzlich unabhängig sind, auch wenig sachgerecht.

Zudem ergeben sich weitere Schwierigkeiten: Anlagenbetreiber, die mit ihrer Anlage in die Anschlussförderung wechseln, müssen gemäß § 39g Absatz 4 EEG 2021 von einem Umweltgutachter bescheinigen lassen, dass die Anlage für einen bedarfsorientierten Betrieb technisch geeignet ist. Dabei sollen für Biogasanlagen die Anforderungen nach § 39i Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 EEG 2021 maßgeblich sein, § 39g Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 EEG 2021. Der Umweltgutachter muss mithin bescheinigen, dass die Anlage für den flexiblen Betrieb mit einer Bemessungsleistung, die dem um 55 Prozent verringerten Wert der bezuschlagten Gebotsmenge entspricht, geeignet ist. Er muss sich hiervon in einem mehrtägigen Probetrieb überzeugen können. Da die Bescheinigung des Umweltgutachters gemäß § 39g Absatz 4 EEG 2021 Vergütungsvoraussetzung ist²⁷ und eine verspätete Vorlage überdies pönalisiert ist²⁸, muss der leistungserhöhende Zubau jedoch zwingend

²⁷ In § 39 Absatz 4 Satz 1 EEG 2021 ist insoweit geregelt, dass der „neue Anspruch“ nur besteht, wenn der Gutachter die Eignung für den flexiblen Betrieb bescheinigt hat. Solange die Bescheinigung nicht vorliegt, besteht daher auch kein Förderanspruch.

²⁸ Gemäß § 55 Absatz 5 Satz 1 Nummer 2 in Verbindung mit Satz 2 EEG 2021 müssen Bieter eine Pönale leisten, soweit sie dem Netzbetreiber die Umweltgutachter-Bescheinigung nicht bis zum Stichtag vorgelegt haben.

bereits (deutlich) vor dem Stichtag, zu dem der Anlagenbetreiber in die Anschlussförderung wechselt, erfolgt sein. Im Ergebnis ist ein Anlagenbetreiber, der bereits die Flexibilitätsprämie in Anspruch nimmt, gezwungen, die zusätzlich installierte Leistung noch während des Zeitraums, in dem er die Flexibilitätsprämie in Anspruch nimmt, zu erhöhen - und im Übrigen auch dazu, die Erhöhung der Leistung im Marktstammdatenregister zu melden. Da sich die Flexibilitätsprämie anhand der jeweils registrierten installierten Leistung abzüglich der Bemessungsleistung berechnet und ein "Verzicht" auf die Geltendmachung für einen bestimmten Leistungsanteil im EEG nicht vorgesehen ist, kann der Anlagenbetreiber bei korrektem Vorgehen gar nicht verhindern, dass die neu installierte Leistung für die Berechnung der Flexibilitätsprämie herangezogen wird. Dann aber ist sie „gegenüber der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie“ nicht mehr zusätzlich, der Flexibilitätszuschlag entfällt auch für diese, nur in Hinblick auf die Anschlussförderung zugebaute, Leistung. Da sich die Höhe der Flexibilitätsprämie nach den in der Anlage 3 zum EEG 2021 festgelegten Formeln bestimmt und ein „Verzicht“ auf die Geltendmachung für einen bestimmten Leistungsanteil im EEG nicht vorgesehen ist, nimmt zwangsläufig jeder in den Anwendungsbereich des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 fallende Anlagenbetreiber die Flexibilitätsprämie zumindest zeitweilig für die gesamte Leistung, die er im Zuge des Wechsels in die Anschlussförderung installiert, in Anspruch. Im Ergebnis wäre der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag nicht lediglich auf den Zubau begrenzt, sondern würde stets vollständig entfallen. Dies würde etwa den Anlagenbetreiber aus Beispiel 1 betreffen.

Zusammenfassend wirft § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 ohne weitere Vorgaben durch den Gesetzgeber nicht auflösbare Auslegungsschwierigkeiten aus, da weder dem Wortlaut noch der Gesetzesbegründung Eindeutiges zu entnehmen ist. Dies betrifft vor allem den Kern der Regelung, nämlich die Berechnung des verbleibenden Flexibilitätszuschlags. Aufgrund der flankierenden Nachweis- und Meldepflichten ist zudem der vollständige Verlust des Flexibilitätszuschlags in der Anschlussförderung auch bei sorgfältiger und auf die neuen Vorgaben angepasster Planung kaum zu vermeiden.

Eine gesetzgeberische Klarstellung und Anpassung ist daher nicht nur wünschenswert, sondern zwingend erforderlich.

3. Rechtsfolgen und Auswirkung auf Bestandsanlagen

Die Neuregelung hat Auswirkungen sowohl auf solche Vorhaben, die bereits einen Zuschlag für die Anschlussförderung erhalten haben, als auch auf solche, die einen Übergang in die Anschlussförderung lediglich planen. Da sich die Situationen grundlegend unterscheiden, sollen sie im Folgenden getrennt dargestellt werden. Ferner ist ein Überblick über die technischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen einer Anlagenflexibilisierung für das Verständnis der Auswirkungen unerlässlich. Daher wird den Ausführungen ein Praxiseinblick vorangestellt.

a) Technische und wirtschaftliche Aspekte der Flexibilisierung

Bestandsanlagen, die vor dem 1. August 2014, dem Stichtag für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie, in Betrieb genommen worden sind, waren meist nicht auf einen flexiblen Betrieb zugeschnitten, sondern darauf, möglichst konstant und mit hoher Auslastung Strom zu produzieren.²⁹ Denn bis zum EEG 2014 wurde jede erzeugte Kilowattstunde mit den jeweils einschlägigen Fördersätzen vergütet. Erst mit Einführung des EEG 2014 wurde das Förderregime für Neuanlagen dann konsequent auf die kombinierte Förderung von erzeugter Strommenge und Flexibilität umgestellt. Um auch Bestandsanlagen für das nunmehr vom Gesetzgeber forcierte Ziel, das flexible Potenzial von Biomasse zu nutzen, fruchtbar zu machen, wurden schon mit dem EEG 2012 über die Flexibilitätsprämie Anreize für eine frühe Flexibilisierung dieser Anlagen gesetzt.

Ein flexibler Betrieb einer bestehenden Anlage kann grundsätzlich über zwei Wege erreicht werden: Entweder kann die bereits installierte Leistung – wie in Beispielsfall 2 b)³⁰ – nur noch teilweise genutzt werden, die Anlage also schlicht unterhalb ihrer theoretischen Leistung gefahren werden. Diese sogenannte passive Flexibilisierung geht selbstverständlich mit Abschlägen in der EEG-Förderung einher, weil weniger Strom erzeugt wird. Ferner sind auch in diesem Fall Investitionen nötig, um einen flexiblen Betrieb zu ermöglichen. In der Regel ist etwa ein zusätzlicher oder erweiterter Gasspeicher nötig, um die Stromproduktion zeitlich verlagern zu können. Das BHKW muss technisch überhaupt nach Bedarf steuerbar sein und gegebenenfalls aufgerüstet werden. Die Möglichkeit des bedarfsorientierten Betriebs muss anschließend durch einen Umweltgutachter bescheinigt werden. Über die Flexibilitätsprämie werden diese Investitionen sowie der anteilige Ausfall an EEG-Vergütung kompensiert. Ein hochflexibler, am Markt orientierter Fahrplanbetrieb, auf den Neuanlagen ausgerüstet sind, ist mit einer solchen leicht modifizierten Bestandsanlage in der Regel aber trotzdem nicht möglich. Er wurde vom Gesetzgeber auch nicht gefordert, da die Anforderungen an einen flexiblen Betrieb gering gehalten wurden. In der Vergangenheit wurde die erreichte Flexibilität daher oft eingesetzt, um über positive oder negative Regelenergie Systemdienstleistungen zu erbringen.

Die zweite und deutlich häufiger genutzte Möglichkeit, eine Bestandsanlage zu flexibilisieren, ist, die installierte Leistung zu erhöhen. Dann kann weiter mit der bisherigen Bemessungsleistung Strom produziert und dennoch flexible Kapazität bereitgestellt werden. Dafür müssen zumindest – wie in Beispielsfall 2 a)³¹ – neue BHKW zugebaut und der Trafo entsprechend vergrößert werden, wofür neben den Material- auch Planungs- und Genehmigungskosten anfallen. Die Investitionskosten sollen durch die Flexibilitätsprämie abgefangen werden. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, dass ein zehnjähriger Bezugszeitraum notwendig ist, um eine Umrüstung für den Anlagenbetreiber

²⁹ Holzhammer/Rohrig/Hochloff et. al., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan – Die Einführung einer Kapazitätskomponente als Förderinstrument, Kassel, 29. April 2011, S. 1.

³⁰ S.o. C. I. 2. b) (1).

³¹ S.o. C. I. 2. b) (1).

rentabel zu gestalten, wird die Flexibilitätsprämie doch gemäß Ziffer I.4 der Anlage 3 zum EEG 2021 für höchstens zehn Jahre gewährt. Auch die so in einem ersten Schritt flexibilisierten Anlagen sind nicht unbedingt in der Lage, nach einem marktorientierten Fahrplan betrieben zu werden oder ihre Stromproduktion in erheblichem Umfang in die Stunden des hohen Strombedarfs zu verlagern. Denn dafür wären weitere Investitionen in vergrößerte Gas- und Wärmespeicher nötig, welche sich aber allein über die Flexibilitätsprämie in der Regel nicht finanzieren lassen.

Ohne eine zeitliche Perspektive über die erste Förderperiode und den höchstens zehnjährigen Bezugszeitraum für die Flexibilitätsprämie hinaus wurde daher im Regelfall auch nur das notwendige Minimum an Investitionen angereizt und die Anlagen wurden so weit ertüchtigt, dass sie Regelleistung erbringen konnte. Das erschien dem Gesetzgeber bis zum EEG 2017 auch ausreichend.

Erst die etwa ab 2010 sich verbreitende Erkenntnis, dass die erneuerbaren Energien zeitweilig den vollständigen Strombedarf würden decken können, führte zu einer Weiterentwicklung des Rechtsrahmens in den EEG-Novellen 2014 und 2017. Inhalt war, die Stromeinspeisung aus Biogas als einzige regelbare erneuerbare Energieform auch weiter zu fördern, also dem Betrieb auch von Bestandsanlagen eine Verlängerungsperspektive zu bieten. Diese wurde – wie oben dargestellt – so ausgestaltet, dass die Anlagen in der zehnjährigen Anschlussförderung wie Neuanlagen behandelt werden. Damit werden eine „Überbauung“ der Anlage rechtlich und ein marktorientierter Betrieb zumindest ökonomisch obligatorisch.³² Im Gegenzug hatten Betreiber von Bestandsanlagen in der Anschlussförderung bisher auch einen Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag.

Wird nach einem ersten Flexibilisierungsschritt in der ersten Förderperiode der Wechsel in die Anschlussförderung angestrebt, so sind folglich weitere Investitionen notwendig. Dies gilt erst Recht, nachdem mit dem EEG 2021 zum einen die Anforderungen an die Flexibilität von Anlagen durch § 50 Absatz 3 EEG 2021 und zum anderen die Regelung zu negativen Preisen in § 51 EEG 2021, die für Bestandsanlagen in der Anschlussförderung erstmals gelten, verschärft worden sind. Die bestehende, bis zu 20 Jahre alte Anlage muss insgesamt überholt und ertüchtigt werden. Um zu vermeiden, bei negativen Preisen einspeisen zu müssen und für diese Mengen keine Marktprämie zu erhalten, muss es möglich sein, die Stromproduktion um einen erheblichen Zeitraum zu verlagern. Denn die Anzahl der Stunden mit negativen Strompreisen ist in der Vergangenheit kontinuierlich gestiegen; insbesondere an den Wochenenden kommt es regelmäßig zu längeren Phasen mit negativen Strompreisen. Es ist also notwendig, hierauf reagieren zu können, um keine größeren Umsatzeinbußen in Kauf nehmen zu müssen. Dafür müssen (weitere) Gas- und Wärmespeicher zugebaut werden. Hierfür fallen neben Investitions- auch Genehmigungskosten an. Dasselbe gilt, wenn durch ein neues, leistungsstärkeres oder durch Zubau eines weiteren BHKW die installierte Leistung in Hinblick auf die Anschlussförderung erweitert werden soll. Die Anlagen unterfallen durch

³² Vgl. oben C. I. und C. I. 1. b).

diese Weiterentwicklung häufig auch neuen gesetzlichen Anforderungen. Die Anpassungen an Umwelt- und Sicherheitsstandards, machen dann weitere Ausgaben notwendig. So gilt für Biogasanlagen mit großen Speichervolumen beispielsweise die Störfallverordnung, die einen Störfallplan und eine Umzäunung verlangt; nach der 44. BImSchV gelten strengere Abgasgrenzwerte, die in vielen Fällen die Nachrüstung eines SCR-Katalysators erfordern. Diese, dem Betreiber zur Zeit der ursprünglichen Errichtung oder der erstmaligen Flexibilisierung noch nicht bekannten Anforderungen, steigern die Investitionssumme weiter. Diese Kosten müssen über die Kombination aus Marktprämie und Flexibilitätszuschlag finanziert werden, da die am Strommarkt erzielbaren Erlöse allein nicht kostendeckend sind.

Die Flexibilisierung erfolgt ferner nicht zwingend in zwei Schritten. Seit der Gesetzgeber mit dem EEG 2017 die Möglichkeit der Anschlussförderung eröffnet hat, ist in der Praxis vielmehr zu beobachten, dass Bestandsanlagen schon im ersten Förderzeitraum umfassend und vorausschauend so flexibilisiert werden, dass sie im Wesentlichen bereits die Anforderungen auch für die Anschlussförderung erfüllen. Der Investitionsaufwand für diesen kombinierten Flexibilisierungsschritt fällt dann entsprechend höher aus, beim Wechsel in die Anschlussförderung muss dafür „nur“ eine Modernisierung und Anpassung an neue Umwelt- und Sicherheitsstandards erfolgen. Zur Refinanzierung sind diese Anlagenbetreiber aber auf die Förderung durch den Flexibilitätszuschlag in der Anschlussförderung angewiesen: Dieser finanziert die Kosten für die umfassende Flexibilisierung bereits im ersten Förderzeitraum quer, da die Flexibilitätsprämie diese bei Weitem nicht abdecken kann (dazu unten c)). Erst beide Förderinstrumente gemeinsam machen dieses Vorgehen rentabel.

Auch solche Anlagen, deren erster Förderzeitraum nur noch wenige Jahre Restlaufzeit hat, können gleich in Hinblick auf die Anforderungen in der Anschlussförderung modernisiert werden (vgl. hierzu Beispielsfall ¹³³ und unten b)). Aufgrund der signifikanten Investitionskosten werden diese in der Regel erst dann getätigt, wenn der Zuschlag für die Anschlussförderung erteilt worden ist. Wird das Vorhaben dann noch während der Laufzeit des ersten Förderzeitraums fertiggestellt, so konnte bisher für die Anlage für einen beschränkten Zeitraum bis zum Wechsel in die Anschlussförderung der Anspruch auf Flexibilitätsprämie geltend gemacht werden. Ausschlaggebend für die Flexibilisierung war in diesen Fällen aber nicht der Bezug der Flexibilitätsprämie für wenige Jahre oder gar nur Monate, sondern die Aussicht auf eine kombinierte Anschlussförderung aus Marktprämie und Flexibilitätszuschlag. Zu beobachten war in der Vergangenheit ferner, dass erst nach Einführung der Anschlussförderung für Biogasanlagen im EEG 2017 in großem Umfang Flexibilisierungen umgesetzt worden sind. Für viele Flexibilisierungsmaßnahmen bot also offensichtlich erst die Aussicht auf die zehnjährige Anschlussförderung den nötigen Anreiz.

³³ S.o. C. I. 2. b) (1).

Nicht zu vernachlässigen ist ferner, dass ein flexibler Anlagenbetrieb neben den Investitionskosten auch höhere, dauerhaft anfallende Betriebskosten mit sich bringt.³⁴ Davon geht auch der Gesetzgeber aus, wenn er die Zahlung des Flexibilitätszuschlags damit begründet, dass „die über die gesamte Förderdauer regelmäßig anfallenden Mehrkosten für die Bereitstellung flexibler Stromerzeugungskapazität“³⁵ ausgeglichen werden sollen. Der Flexibilitätszuschlag ist insoweit auch eine Kompensation dafür, dass die Biogasanlagenbetreiber für lediglich 50 Prozent der Strommenge, die sie mit ihrer Anlage erzeugen könnten, eine Förderung erhalten.

Auf die Finanzierbarkeit der hier dargestellten Kosten hat die Gesetzesänderung weitreichende Auswirkungen.

b) Bereits bezuschlagte und realisierte Flexibilisierungsvorhaben

Um eine Anschlussförderung nach § 39f EEG 2017 (§ 39g EEG 2021) zu erhalten, müssen Bestandsanlagen für den zweiten Förderzeitraum an einer Ausschreibung teilnehmen. Wenn sie einen Zuschlag erhalten, können die Betreiber selbst entscheiden, zu Beginn welchen Monats der Wechsel vorgenommen werden soll. Er durfte nach dem EEG 2017 frühestens mit Beginn des 13. Monats nach Bekanntgabe des Zuschlags und muss spätestens mit Ablauf des 36. Monats nach Bekanntgabe erfolgen, mit dem EEG 2021 ist ein Wechsel schon drei Monate nach dem Zuschlag möglich. Bis zum Zeitpunkt des Wechsels in die Anschlussförderung erhalten die Anlagen weiterhin ihre bisherige EEG-Förderung – inklusive der Flexibilitätsprämie. Mit beiden Förderungselementen haben Betreiber von Altanlagen, die seit 2017 an Ausschreibungen teilgenommen haben, daher bei Investitionsentscheidungen kalkuliert. Dabei hatte der Flexibilitätszuschlag nicht nur Auswirkungen auf die Frage, ob eine Anschlussförderung überhaupt rentabel ist, sondern auch auf die Höhe des abgegebenen Gebotswerts. Der Zuschlag im Gebotsverfahren war dann Grundlage für die Investitionen, für die eine Realisierungsfrist von höchstens 36 Monaten bzw. drei Jahren bestand.

Nunmehr entfällt für alle Anlagen, die – wie der Anlagenbetreiber aus Beispiel 1 – zwar bereits einen Zuschlag erhalten und Investitionen getätigt haben, bis zum Inkrafttreten des EEG 2021 aber den Wechsel in die Anschlussförderung noch nicht vollzogen haben, der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag, sofern sie zu irgendeinem Zeitpunkt in der Vergangenheit die Flexibilitätsprämie bezogen haben, zumindest teilweise. Für Betreiber, die die Anlagenerweiterung bereits fertiggestellt haben und für diese erweiterte Anlage die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen haben, fällt der Anspruch nach der wohl vom Gesetzgeber intendierten Rechtsfolge

³⁴ *Holzhammer/Rohrig/Hochloff et. al.*, Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan – Die Einführung einer Kapazitätskomponente als Förderinstrument, Kassel, 29. April 2011, S. 60 f.

³⁵ BT-Drs. 18/1304, S. 148.

vollständig weg. Denn es gibt dann kein „Mehr“ an Leistung ausschließlich in der Anschlussförderung.

Aber auch, wenn für das neue Anlagenkonzept mangels Fertigstellung noch keine Flexibilitätsprämie gezahlt worden ist, so kann es zumindest zu einem anteiligen Wegfall des Flexibilitätszuschlags kommen und zwar dann, wenn die Anlage auch vor dem Modernisierungsschritt für die Anschlussförderung bereits die Flexibilitätsprämie erhalten hat. Wurde beispielsweise 2014 in einem ersten Schritt eine Flexibilisierung von 500 kW auf insgesamt 1.000 kW installierte Leistung durchgeführt und soll nun in einem weiteren Schritt auf insgesamt 2 MW aufgestockt werden, so liegt das „Mehr“ an installierter Leistung zwischen den Förderperioden bei 1.000 kW. Nur für diese neu zugebaute Leistung besteht nunmehr ein Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag³⁶ statt wie zuvor auf die gesamte während der Anschlussförderung installierte Leistung von 2 MW.

In jedem Fall führt die Gesetzesänderung also zum nachträglichen Wegfall von Förderung für bereits getätigte Investitionen. Diese Einnahmeneinbrüche sind gravierend und dürften zumindest in einzelnen Fällen existenzbedrohend sein. Sie betreffen einen der beiden Grundpfeiler, auf denen die EEG-Förderung von Biogasanlagen seit dem EEG 2014 beruht – und die nach der gesetzgeberischen Konzeption nur gemeinsam zu einer Rentabilität der Anlage führen.

c) Vorausschauend realisierte Flexibilisierungsvorhaben

Ähnlich schwer trifft die Neuregelung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 diejenigen Anlagenbetreiber, die bereits im ersten Vergütungszeitraum vorausschauend und in großem Umfang flexibilisiert haben. Denn sie haben ebenfalls Investitionen mit Blick und im Vertrauen auf die Anschlussförderung getätigt. Gleichzeitig haben sie mit einer frühen „echten“ Flexibilisierung zur Systemintegration der erneuerbaren Energien in einem Umfang beigetragen, der im ersten Vergütungszeitraum so nicht notwendig gewesen wäre, um die Flexibilitätsprämie in Anspruch nehmen zu können. Zur Illustration sei folgendes Beispiel angeführt:

Beispiel 3:

Eine Anlage mit 500 kW installierter Leistung ist ebenfalls zum 1. Januar 2007 in Betrieb gegangen. Nachdem mit dem EEG 2017 für Biogas-Bestandsanlagen die Möglichkeit einer Anschlussförderung eröffnet worden war, entschloss sich der Anlagenbetreiber, der bisher die Flexibilitätsprämie noch nicht in Anspruch genommen hatte, zu einer groß angelegten Flexibilisierung seiner Bestandsanlage. Neben dem Zubau eines neuen BHKW mit 1.000 kW installierter Leistung nebst Trafo investierte er auch sofort in große Gas- und

³⁶ Sofern der Wechsel ohne kurzzeitige Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie durchgeführt werden kann, was derzeit kaum möglich sein dürfte, vgl. oben C. I. 2. b).

Wärmespeicherkapazitäten, welche ihm einen flexiblen Fahrplanbetrieb mit der notwendigen zeitlichen Verlagerung der Stromproduktion bereits im ersten Vergütungszeitraum erlaubten. Die Kosten hierfür lagen bei etwa 1,4 Millionen Euro.³⁷

*Damit ging er weit über das hinaus, was allein für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie notwendig gewesen wäre. Die Förderung über die Flexibilitätsprämie von 975.000 Euro (130 Euro pro kW und Jahr * 750 kW zusätzlicher installierter Leistung * 10 Jahre) ist folglich bei weitem nicht ausreichend, um die Investitionen zu refinanzieren. Allerdings wurden damit bereits die Voraussetzungen dafür geschaffen, auch in der Anschlussförderung die gesteigerten Anforderungen an einen flexiblen Betrieb erfüllen zu können. Es wurden also zukunftsweisende Investitionen mit Blick auf die Anschlussförderung um den Preis getätigt, diese nicht mehr vollständig im ersten Vergütungszeitraum refinanzieren zu können. Schließlich bestand die – bei Abgabe eines angemessenen Gebotswerts sehr belastbare – Aussicht auf eine weitere Förderung durch den Flexibilitätszuschlag in der Anschlussförderung in Höhe von 600.000 Euro (40 Euro pro kW und Jahr * 1.500 kW installierter Leistung * 10 Jahre).*

Gemeinsam hätten beide Förderinstrumente in Höhe von knapp 1,6 Millionen Euro ausgereicht, um die Grundinvestition von etwa 1,4 Millionen Euro sowie die trotz umfassender Flexibilisierung anfallenden Ertüchtigungs- und Modernisierungskosten bei Übergang in die Anschlussförderung, etwa in Hinblick auf die 2017 noch nicht bekannten, gesteigerten Emissions-Anforderungen, zu refinanzieren.

Die während der Anschlussförderung eingeplanten 600.000 Euro an Flexibilitätszuschlag entfallen nunmehr ersatzlos. Damit entsteht nicht nur eine Finanzierungslücke von über 400.000 Euro für die bisher getätigten Investitionen. Auch die mit dem Wechseln in die Anschlussförderung anfallenden Investitionskosten können nicht mehr gedeckt werden.

Im Ergebnis werden dadurch gerade die Anlagenbetreiber für ihre Weitsicht „bestraft“, die sogleich umfassend und vorausschauend flexibilisiert haben. Sie haben ein hohes und durch den Gesetzgeber inzentiviertes Investitionsrisiko auf sich genommen und gleichzeitig für eine frühe echte Flexibilisierung von Biogas-Bestandsanlagen gesorgt, die bereits jetzt die vom Gesetzgeber anvisierte Systemintegration der erneuerbaren Energien voranbringt. Die damit verbundenen Kosten, die zwar im ersten Förderzeitraum anfielen, aber über beide Förderzeiträume hinweg finanziert werden sollten, können sie nun nicht mehr decken. Denn allein über die Stromerlöse am

³⁷ Diese Zahlen stammt aus einer Umfrage der „Flexperten“ aus dem Jahr 2017 unter Experten zu notwendigen Kosten einer Flexibilisierung einer 500kW-Bestandsanlage.

Markt ist schon der Betrieb einer Biogasanlage in der Anschlussförderung nicht finanzierbar, geschweige denn der Kostenüberhang aus der ersten Finanzierungsperiode.

d) Unzureichende Übergangsbestimmung

Die in § 100 Absatz 2 Nummer 11 EEG 2021 getroffene Übergangsregel trägt nicht dazu bei, die Folgen der Regelung abzumildern. Denn sie ist so ausgestaltet, dass keine oder nur sehr wenige Anlagen von ihr profitieren werden. Das liegt auch daran, dass sie nicht in Hinblick auf die erst sehr spät in den Gesetzgebungsprozess eingeführte Neufassung des § 50a Absatz 1 EEG 2021 eingeführt worden ist.

§ 100 Absatz 2 Nummer 11 EEG 2021 erklärt § 50 Absatz 3 und § 50a EEG 2021 auch für EEG-2014 und EEG-2017-Anlagen für anwendbar, sofern diese bis zum 31. Dezember 2020 noch keinen Flexibilitätszuschlag in Anspruch genommen haben. Sinn und Zweck dieser Regelung war es ursprünglich, auch Bestandsanlagen vom erhöhten Flexibilitätszuschlag von 65 Euro/kW profitieren zu lassen, um den Flexibilisierungsanreiz zu erhöhen. Nur für solche Anlagen, die bereits den Flexibilitätszuschlag in Anspruch nahmen, die also bereits auf Grundlage der 40 Euro offensichtlich auskömmlich wirtschafteten, sollte es beim ursprünglichen Betrag bleiben. Die Übergangsregelung war so bereits im Regierungsentwurf enthalten.³⁸

Die ursprünglich flexibilisierungsfreundliche Norm führt jedoch im Zusammenspiel mit der Einfügung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 und den bisher gesetzten Förderanreizen zu teils absurden Ergebnissen, die den gewünschten Zweck ins Gegenteil verkehren.

Zum einen wird kaum eine Anlage in ihren Anwendungsbereich fallen. Da die Vergütung im ersten Förderzeitraum von 20 Jahren in der Regel deutlich höher ist als während der Anschlussförderung und es aus wirtschaftlicher Sicht erstrebenswert ist, einen möglichst langen Gesamtförderzeitraum zu erreichen, war es bisher im wirtschaftlichen Interesse der Anlagenbetreiber, den Wechselzeitpunkt innerhalb des ihnen zugestandenen Rahmens so weit nach hinten zu legen, dass die 20-Jahres-Frist möglichst ausgereizt wurde. Ferner konnten sie nach dem bisher geltenden Regelwerk im restlichen Erstförderzeitraum die Flexibilitätsprämie in Anspruch nehmen, ohne damit ihre Ansprüche in der zweiten Vergütungsperiode zu gefährden.

Die Übergangsregelung des § 100 Absatz 2 Nr. 11 EEG 2021 dürfte daher weitgehend ins Leere laufen. Denn erst am 31. Dezember 2020 – und damit am Stichtag der Übergangsregelung – endete der Förderzeitraum für die ältesten EEG-Anlagen, die im Jahr 2000 oder früher in Betrieb gegangen sind. Für solche Anlagen war es wirtschaftlich sinnvoll den 1. Januar 2021 als Stichtag für den Übergang in die Anschlussförderung zu wählen, um Förderunterbrechungen zu verhindern und dennoch möglichst lange die Vorteile des ersten Förderzeitraums in Anspruch zu nehmen. Voraussetzung

³⁸ BT-Drs. 19/23482, S. 136.

hierfür war, dass der 1. Januar 2021 innerhalb des ihnen zustehenden Wechselfensters von einem Jahr bis drei Jahren nach Bekanntgabe des Zuschlags lag. Dies ist für alle bisherigen Gebotstermine für Bestandsanlagen mit Ausnahme des ersten im September 2017 der Fall. Für alle Anlagen, die nach dem Jahr 2000 in Betrieb genommen wurden, bestand ebenfalls bisher kein Grund, unmittelbar mit Erfüllen der technischen Voraussetzungen in die Anschlussförderung zu wechseln.

Aber selbst wer im ersten Gebotstermin im September 2017 einen Zuschlag erhalten hatte und daher eigentlich bis spätestens zum 1. Oktober 2020 (dem 37. Monat nach Bekanntgabe des Zuschlags) in die Anschlussförderung hätte wechseln müssen, konnte stattdessen aufgrund einer pandemiebedingten Fristenverlängerung erst zum 1. Januar 2021 wechseln. Mit Gesetz vom 25. Mai 2020 (BGBl. I S. 1070) verlängerte der Gesetzgeber aufgrund von Realisierungsverzögerungen die Wechselfristen des § 39f EEG 2017 um sechs Monate. Wer im September 2017 einen Zuschlag bekommen hatte, hat nun also bis zum 1. April 2021 Zeit, in die Anschlussförderung wechseln. Um eine Förderungslücke zu vermeiden, bot sich für Anlagen aus dem Jahr 2000 oder älter ein Wechsel zum 1. Januar 2021 an, neuere Anlagen konnten noch weiter zuwarten.

Im Ergebnis dürfte es daher kaum Bestandsanlagen geben, die bereits vor dem Stichtag der Übergangsregelung den Flexibilitätszuschlag in Anspruch genommen haben. Dies ist aber Voraussetzung dafür, vom Bestandsschutz des § 100 Absatz 2 Nummer 11 EEG 2021 zu profitieren. Die überstürzte, kurzfristige Änderung machte es Anlagenbetreibern zudem unmöglich, sich auf die neue Gesetzeslage einzustellen und die Realisierung ihres Vorhabens zu beschleunigen sowie den Wechsel in die Anschlussförderung rechtzeitig bei ihrem Netzbetreiber anzuzeigen. Die angestrebte Gesetzesänderung wurde schließlich erst nach dem letztmöglichen Wechseltermin zum 1. Dezember 2020 bekannt.

Das Ziel der Übergangsbestimmung, mehr Anreize für Flexibilität zu setzen, wird daher ins Gegenteil verkehrt. Stattdessen werden Anlagenbetreiber dafür bestraft, das bisher geltende Anreiz- und Förderregime legitimerweise bestmöglich genutzt zu haben.

e) Geplante Flexibilisierungsvorhaben

Die Neuregelung in § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 hat aber nicht nur Folgen für bereits realisierte Flexibilisierungsmaßnahmen. Sie betrifft auch solche, die sich noch in der Planungsphase befinden, wobei bei der Folgenbetrachtung danach unterschieden werden muss, ob bereits ein Zuschlag für die Anschlussförderung erteilt worden ist.

Haben Anlagenbetreiber bereits an einer Ausschreibung teilgenommen und einen Zuschlag für ihre Anlage erhalten, so liegt dem ein konkretes Flexibilisierungs- und Finanzierungskonzept zu Grunde. Auch diese Konzepte beruhen auf der Annahme, in der zweiten Förderperiode für die dann installierte Leistung in voller Höhe den Flexibilitätszuschlag in Anspruch nehmen zu können. Je nach

Dimensionierung der Anlage und des Zubaus für die Anschlussförderung fallen auch hier erhebliche Finanzierungsbestandteile ersatzlos weg. Zwar lässt sich der Wegfall des Flexibilitätszuschlags gegebenenfalls zumindest teilweise verhindern, indem die Registrierung der erhöhten installierten Leistung und der Wechsel in die Anschlussförderung aufeinander abgestimmt werden, so dass zu keinem Zeitpunkt für die in Hinblick auf die Anschlussförderung neu installierte Leistung die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen wird. Dies ist jedoch mit den oben geschilderten ganz erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet, die kaum ein Anlagenbetreiber bei der Investition auf sich nehmen wollen wird. Darüber hinaus gehen bisherige Finanzierungskonzepte vom Erhalt der Flexibilitätsprämie für die erweiterte Anlage in einem gewissen verbleibenden Restförderzeitraum innerhalb der Wechelperiode aus. Auf diesen Anspruch müsste – selbst wenn ein nahtloser Übergang ermöglicht werden sollte – in jedem Fall verzichtet werden. Er liegt zwar aufgrund der zwangsläufig kurzen Förderdauer deutlich unter dem Betrag, der mit dem Flexibilitätszuschlag über zehn Jahre erzielt werden kann. Dennoch würden sich Abweichungen im Finanzierungskonzept ergeben.

Ohnehin kann ein solches Vorgehen den Flexibilitätszuschlag nur dann in voller Höhe „retten“, wenn die Anlage ausschließlich in Hinblick auf die Anschlussförderung flexibilisiert worden ist. Wenn die Flexibilisierung durch Zubau in zwei Schritten erfolgt ist bzw. erfolgen soll, ist für einen erheblichen Teil der installierten Leistung bereits die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden. Für diesen Anteil entfällt der Flexibilitätszuschlag in jedem Fall.

Anlagenbetreiber müssen also selbst im günstigsten Fall an irgendeiner Stelle finanzielle Einbußen hinnehmen, die sie nicht mehr über eine Anpassung des Gebotswerts in das Finanzierungskonzept einpreisen können. Sie werden außerdem mit erheblichen Rechtsunsicherheiten an diversen Stellen belastet. Dass sie – sollte bei einer zweischrittigen Flexibilisierung ein „Rest“ an Flexibilitätszuschlag verbleiben – diesen nun in Höhe von 65 Euro/kW statt bisher 40 Euro/kW beanspruchen können, kann die Verluste nicht aufwiegen. Denn erst dann, wenn in Hinblick auf die Anschlussförderung mindestens das 1,6-fache der bereits installierten Leistung zugebaut wird, wiegt die höhere Zahlung für den verbleibenden förderfähigen Rest der installierten Leistung den mit der anteiligen Kürzung des Flexibilitätszuschlags einhergehenden finanziellen Verlust auf. Bei einer bestehenden Biogasanlage von 1.000 kW müssten also mindestens 1.600 kW zugebaut werden, so dass die installierte Leistung in der Anschlussförderung mindestens 2.600 kW beträgt. Bei weitem nicht jedes bereits bezuschlagte Anlagenkonzept erfüllt dieses Kriterium.

Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass betroffene Anlagenbetreiber von den ihnen bereits erteilten Zuschlägen keinen Gebrauch machen und stattdessen die hiermit verbundene Pönale in Kauf nehmen.

Auch Anlagenbetreiber, die bisher nur eine (konkrete) Planung vorgenommen haben und noch nicht an einer Ausschreibung teilgenommen haben, sind insofern betroffen, als sie das Finanzierungskonzept auf ungünstigere Konditionen anpassen müssen. Die Rechtsunsicherheiten treffen sie dabei genauso. Neben Anlagenbetreibern, die eine umfassende Flexibilisierung noch im ersten Förderzeitraum wie in Beispiel 3 geplant hatten, trifft dies auch all diejenigen Anlagenbetreiber, die bereits einen ersten Flexibilisierungsschritt vorgenommen haben und im Hinblick auf die Anschlussförderung erneut große Summen investieren müssten, wie die folgenden Beispiele zeigen.

Beispiel 4:

*Eine im Jahr 2006 in Betrieb genommene Biogasanlage weist eine elektrische Leistung von zunächst 500 kW auf. Ende 2015 hat der Anlagenbetreiber einen ersten Flexibilisierungsschritt durchgeführt. Dazu hat er durch Zubau eines weiteren BHKW mit einer Leistung von ebenfalls 500 kW verdoppelt. Mit den bereits vorhandenen Speicherkapazitäten kann die Stromproduktion um bis zu vier Stunden verlagert werden. Damit erfüllt die Anlage die – vom Gesetzgeber bisher relativ gering gehaltenen – Anforderungen für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie. Der Anlagenbetreiber kann damit Systemdienstleistungen über die Bereitstellung positiver oder negativer Regelleistung erbringen. Seit 1. Januar 2016 nimmt der Anlagenbetreiber daher die Flexibilitätsprämie in Anspruch. Die Förderung beträgt dabei für die verbleibenden zehn Jahre im ersten Vergütungszeitraum maximal 650.000 Euro (130 Euro pro Jahr und $kW * 500 kW$ zusätzlich installierter Leistung $* 10$ Jahre). Dies entspricht etwa den Investitionen in das neue BHKW, den zugehörigen Trafo und Verdichter sowie für Planung und Genehmigung.*

Möchte der Anlagenbetreiber zum Ende des ersten Vergütungszeitraums, also zum 1. Januar 2027, in die Anschlussförderung wechseln, so sind in jedem Fall erhebliche weitere Investitionen nötig.

Beispiel 4a)

Möchte der Anlagenbetreiber seine installierte Leistung nicht erhöhen, etwa weil die vorhandene Leistung auf seinen landwirtschaftlichen Betrieb abgestimmt ist, so ist mindestens eine Generalüberholung beider BHKW erforderlich, die zu diesem Zeitpunkt zehn bzw. 20 Jahre alt sind. Außerdem muss er in der Regel in einen größeren Speicher investieren, um einen ökonomisch oft notwendigen Fahrplanbetrieb gewährleisten zu können und insbesondere in Zeiten von negativen Preisen nicht einspeisen zu müssen. Ferner ist die Nachrüstung eines sogenannten SCR-Katalysators erforderlich, um die Emissionsgrenzwerte der 44. BImSchV einhalten zu können. Für den zweiten Flexibilisierungsschritt fallen Kosten von insgesamt etwa zwischen 350 und 600 T€ an (je nach Größe und Zustand der BHKW,

Platzverfügbarkeit für den SCR-Kat, Höhe der Genehmigungshürden und Bauweise der Gasspeicher und gegebener Flexibilität der Wärmenutzung).

*Nach alter Rechtslage hätte der Anlagenbetreiber nach erfolgreicher Teilnahme an einer Ausschreibung für diese Investitionen neben der Grundvergütung über die Marktprämie einen Flexibilitätszuschlag von 400.000 Euro erhalten (40 Euro pro Jahr und kW * 1.000 kW installierte Leistung * 10 Jahre). Nach neuer Rechtslage erhält er mangels Zubau von installierter Leistung keine Flexibilitäts- sondern lediglich die Grundförderung. Den Weiterbetrieb seiner Anlage kann er allenfalls dann wirtschaftlich gestalten, wenn er zum Höchstwert bietet. Damit hat er schon nur äußerst geringe Chancen, überhaupt einen Zuschlag zu erhalten. Dies gilt aufgrund der „80-20-Regelung“ in § 39d Absatz 1 EEG 2021 auch dann, wenn die Ausschreibung unterzeichnet ist. Sollte seine Anlage dennoch bezuschlagt werden, so ist die Finanzierung jedenfalls so knapp kalkuliert, dass jeder größere Reparaturbedarf das wirtschaftliche Aus bedeuten würde.*

Im Ergebnis ist ein Weiterbetrieb für den Anlagenbetreiber daher wenig attraktiv, da er mit großen Risiken und sehr geringen Renditeerwartungen verbunden ist.

Beispiel 4b)

Möchte derselbe Anlagenbetreiber seine Anlage erneut um 1.000 kW auf eine gesamte installierte Leistung von 2 MW erweitern, so ist zum einen neben der Ertüchtigung und Nachrüstung der bestehenden BHKW ein weiteres BHKW von 1.000 kW mit dazugehörigem Trafo nötig. Ferner muss die Gas- und Wärmespeicherkapazität ganz erheblich ausgebaut werden, um einen flexible, zeitlich verlagerte Stromproduktion zu gewährleisten.

*Erhält der Anlagenbetreiber für die erweiterte Anlage einen Zuschlag für die Anschlussförderung, so hat er nach der hier vertretenen Gesetzesauslegung einen Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag für die 1.000 kW, die er in der Anschlussförderung zugebaut hat, mithin auf insgesamt 650.000 Euro (65 Euro pro kW und Jahr * 1.000 kW zusätzlich flexibel bereitgestellte Leistung * 10 Jahre). Das liegt deutlich unter den 800.000 Euro, die ihm nach bisheriger Gesetzeslage zugestanden hätten (40 Euro pro kW und Jahr * 2.000 kW installierter Leistung * 10 Jahre). Noch erheblicher fällt aber der Vergleich mit der Förderung einer Neuanlage aus: Diese erhält über den Zeitraum von zehn Jahren mit 1,3 Millionen Euro das Doppelte an Flexibilitätsförderung, da der Anspruch auf Flexibilitätszuschlag für die gesamte installierte Leistung von 2 MW gezahlt wird.*

Die verbleibenden 650.000 Euro reichen gerade aus, um die Anschaffungskosten für das neue 1.000 kW-BHKW zu decken. Alle anderen spezifisch für die Flexibilität erforderlichen Investitions- und Betriebskosten müssen anderweitig finanziert werden. Allein die

Grundförderung über die Marktprämie reicht dafür nicht aus, weil die Stromproduktion aufgrund der Höchstbemessungsleistung von 45 Prozent nicht beliebig erhöht werden kann (vgl. dazu auch II.2.b) (3)).

Das geplante Vorhaben ist so also finanziell nicht darstellbar.

Zwar ließe sich vordergründig argumentieren, dass diese Anlagenbetreiber zum Ausgleich von den mit dem EEG 2021 um 2,0 ct auf 18,4 ct/kWh angehobenen Gebotshöchstwert profitieren. Es ist jedoch verfehlt, diese Erhöhung als Kompensation für den teilweisen Wegfall der Vergütung über den Flexibilitätszuschlag zu betrachten. Denn zum einen war die Erhöhung des anzulegenden Werts bereits im Regierungsentwurf enthalten,³⁹ als die Änderung des § 50a Absatz 1 EEG 2021 noch gar nicht zur Debatte stand. Zum anderen wurde auch der anzulegende Wert für neue Biogasanlagen angesichts stark unterzeichneter Ausschreibungen⁴⁰ gemäß § 39b Absatz 1 EEG 2021 von zuletzt 14,44 ct/kWh auf nunmehr 16,40 ct/kWh, also ebenfalls um fast 2,0 ct/kWh angehoben. Offensichtlich hielt der Gesetzgeber also auch für Neuanlagen, für die zusätzlich der Flexibilitätszuschlag angehoben wurde, eine insgesamt deutlich höhere Förderung für notwendig, um den Zubau anzureizen. Die gleichzeitige, zumindest anteilige Streichung des Flexibilitätszuschlags für Bestandsanlagen konterkariert diese Zielsetzung.

Es ist daher davon auszugehen, dass unter diesen Voraussetzungen nicht wenige Anlagenbetreiber die eigentlich geplante Flexibilisierung und den Weiterbetrieb der Anlage unterlassen. Denn in der Vergangenheit ließ sich beobachten, dass erst mit der Aussicht auf den Flexibilitätszuschlag in der Anschlussförderung durch das EEG 2017 die Flexibilisierung von Bestandsanlagen in nennenswertem Umfang betrieben worden ist, obwohl die Flexibilitätsprämie bereits mit dem EEG 2012 eingeführt worden ist. Erst die Kombination aus beiden Instrumenten hat also durch Deckung der Investitionskosten für die nötigen Anreize gesorgt. Werden dennoch Flexibilisierungen vorgenommen, so dürfte die Neuregelung ferner dazu führen, dass die Realisierung möglichst weit hinausgeschoben wird. Denn sobald die zugebaute Leistung in Betrieb genommen wird, muss unmittelbar in die Anschlussförderung gewechselt werden, um den Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag nicht zu gefährden. Eine möglichst frühe Markt- und Systemintegration von Bestandsanlagen, die der Gesetzgeber ursprünglich mit der Flexibilitätsprämie beabsichtigt hat,⁴¹ wird so verhindert.

³⁹ BT-Drs. 19/23482, S. 32.

⁴⁰ Vgl. hierzu die Statistik der Bundesnetzagentur zu bisherigen Biomasse-Ausschreibungen seit 2017, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Ausschreibungen/Biomasse/BeendeteAusschreibungen/BeendeteAusschreibungen_node.html. Danach wurde von über 1 GW ausgeschriebener Leistung nur etwa ein Drittel bezuschlagt.

⁴¹ BT-Drs. 17/6071, S. 45.

II. Beihilferechtliche Prüfung

Die Abschaffung des Flexibilitätszuschlags für Bestandsanlagen wird in den Gesetzgebungsmaterialien mit der Vermeidung von Mitnahmeeffekten und einer vermeintlichen Doppelförderung begründet. Dies lässt den Rückschluss zu, dass die Regelung aus Sorge vor einem beihilferechtlichen Einschreiten der EU-Kommission ihren Eingang ins Gesetz fand. Im Folgenden soll daher zunächst kurz der rechtliche Rahmen für Staatsbeihilfen im Energiebereich innerhalb der EU skizziert werden. Im Anschluss wird untersucht, ob das Festhalten an der bisherigen Regelung zum Flexibilitätszuschlag für Bestandsanlagen einen Verstoß gegen beihilferechtliche Grundsätze darstellen würde.

1. Maßstäbe der Beihilfenkontrolle im Umwelt- und Energierecht

Die Maßstäbe des Beihilfenrechts finden sich in unterschiedlichen europäischen Regelwerken. Der Grundsatz der Beihilfenkontrolle ist dabei schon im Primärrecht verankert (unten a)). Die Ausgestaltung durch die EU-Kommission wird in Leitlinien konkretisiert (unten b)).

a) Europäisches Primärrecht

Nach Art. 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind staatliche Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Nach Art. 107 Absatz 3 lit. c) AEUV können jedoch bestimmte Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden, etwa wenn sie der Entwicklung bestimmter Wirtschaftszweige dienen und dem gemeinsamen Interesse nicht zuwiderlaufen. Die Beihilfenkontrolle, also die Entscheidung darüber, welche Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar bzw. nicht vereinbar sind, obliegt nach Artikel 108 AEUV der Europäischen Kommission. EU-Mitgliedstaaten müssen daher die Kommission rechtzeitig unterrichten, wenn sie die Einführung einer staatlichen Beihilfe beabsichtigen und dürfen diese erst umsetzen, wenn die Kommission dazu einen positiven Beschluss erlassen hat.

Die Frage, ob es sich bei dem Umwälzungsmechanismus des EEG, aus dem auch die Zahlungen der Flexibilitätsprämie und des Flexibilitätszuschlags beglichen werden, um eine Beihilfe im Sinne des EU-Rechts handelt, war lange zwischen der Bundesrepublik und der EU-Kommission umstritten.⁴² Für das EEG 2012 hat der EuGH im März 2019 zwar rechtskräftig festgestellt, dass es sich nicht um eine Beihilfe handelt, da die Mittel nicht aus dem Staatshaushalt stammen und nur unter privaten Akteuren umverteilt werden.⁴³ Diese Argumentation dürfte auch auf alle nachfolgenden Fassungen

⁴² Vgl. zu dieser Diskussion ausführlich und m.w.N. *Steffens*, in: Säcker/Ludwigs, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2019, Einl.C 1 Rn. 114 ff.

⁴³ EuGH, Urt. v. 28.03.2019, Az. C-405/16 P.

des EEG übertragbar gewesen sein. Im vergangenen Jahr wurde der Umlagemechanismus jedoch angepasst,⁴⁴ so dass nunmehr auch staatliche Mittel in Form von Steuergeldern für eine Absenkung der EEG-Umlage verwendet werden können. Aus diesem Grund geht der Gesetzgeber nun offensichtlich davon aus, dass es sich bei den Regelungen des EEG 2021 um eine Beihilfe im Sinne des EU-Rechts handelt. § 105 EEG 2021 enthält deshalb einen beihilferechtlichen Genehmigungsvorbehalt, wonach bestimmte Normen des Gesetzes erst dann angewendet werden dürfen, wenn die Kommission eine Genehmigung erteilt hat.⁴⁵ Die Bundesregierung hat ferner nach eigenen Angaben bereits während des Gesetzgebungsverfahrens das Gespräch mit der EU-Kommission gesucht.⁴⁶ Nicht zuletzt deshalb dürfte der Wegfall des Flexibilitätszuschlags in das EEG 2021 aufgenommen worden sein, ist die Begründung hierfür doch von beihilferechtlichen Erwägungen geprägt. Für die Zwecke dieses Gutachtens wird daher im Folgenden ebenfalls vom Vorliegen eines beihilferechtlich relevanten Förderregimes ausgegangen.

b) Leitlinien für Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020

Da es im Umwelt- und Energierecht regelmäßig zu staatlichen Förderleistungen kommt, hat die EU-Kommission im Jahr 2014 Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (im Folgenden: UE BLL) erlassen.⁴⁷ Hierzu ist sie nach Artikel 109 AEUV befugt. Die Kommission erkennt darin an, dass staatliche Beihilfen zur Bewältigung der Energiewende notwendig sind und stellt Kriterien auf, die Energiebeihilfen erfüllen müssen, um als mit dem Binnenmarkt vereinbar genehmigt zu werden. Die ursprüngliche Geltungsdauer der UE BLL von 2014 bis 2020 wurde jüngst bis Ende 2021 verlängert.⁴⁸

(1) Rechtscharakter der Leitlinien

Die Leitlinien sind kein unmittelbar geltendes, die Mitgliedstaaten verpflichtendes Recht.⁴⁹ Sie konkretisieren lediglich, wie die Kommission das ihr zustehende Ermessen im Rahmen der Beihilfenkontrolle ausüben wird. Dennoch kommt den Leitlinien in der Praxis große Bedeutung zu, denn Staaten, die sich nicht an die darin enthaltenen, teils sehr detaillierten Vorgaben halten, riskieren die Einleitung eines Beihilfeverfahrens. An dessen Ende kann ein Anwendungsverbot für die entsprechenden Vorschriften durch die EU-Kommission und bei Nichtbeachtung ein Verfahren vor

⁴⁴ Durch die Verordnung zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Verordnung vom 15. Juli 2020, BGBl. I, S. 1696.

⁴⁵ Auch für das EEG 2014 und 2017 wurden Genehmigungen der Kommission eingeholt, da diese bis zum Urteil des EuGH in zweiter Instanz davon ausging, dass es sich auch bei dem reinen Umlagemechanismus um eine genehmigungsbedürftige Beihilfe handelte.

⁴⁶ Vgl. <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/FAQ/EEG-2021/faq-beihilferechtlichen-genehmigung-eu-kommission.html>.

⁴⁷ Mitteilung der Kommission vom 28. Juni 2014 – 2014/C 200/01.

⁴⁸ Mitteilung der Kommission vom 8. Juli 2020 – 2020/C 224/02.

⁴⁹ *Lülsdorf*, in: Theobald/Kühling, EEG 2014, 107. EL Juli 2020, § 55 Rn. 7.

dem Gerichtshof der Europäischen Union stehen, Artikel 108 Absatz 2. Den Richtlinien kommt damit faktisch die Wirkung eines Gesetzes zu.⁵⁰

Mittlerweile wurden einige grundlegende Konzepte der UEBLL für die Förderung erneuerbarer Energien in die Erneuerbare-Energien-Richtlinie⁵¹ (EE-RL oder RED II) aufgenommen, etwa die Grundsätze der Förderung über eine Marktprämie und Ausschreibungen, Artikel 4 EE-RL. Damit sind die Vorgaben als EU-Sekundärrecht für die Mitgliedstaaten bindend geworden. Die EE-RL sieht jedoch keine Regelungen für die Vorhaltung von flexiblen Produktionskapazitäten aus erneuerbaren Quellen vor. Dieser Teilaspekt des EEG-Umlagemechanismus ist deshalb weiterhin an den UEBLL zu messen.

(2) Allgemeine beihilferechtliche Vorgaben der UEBLL

Die UEBLL stellen zunächst generelle Maßstäbe für die Genehmigung von Beihilfen auf. Der oberste Grundsatz ist hierfür, dass die positiven Auswirkungen auf ein Ziel von gemeinsamem Interesse die negativen Auswirkungen einer Maßnahme auf den europäischen Binnenmarkt und den Wettbewerb überwiegen (Rn. 26). Dies setzt voraus, dass die Maßnahme überhaupt ein Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgt und hierfür ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel ist. Ferner muss sie einen Anreizeffekt auf Wirtschaftsteilnehmer ausüben, ihr Verhalten zu ändern oder zusätzliche Tätigkeiten aufzunehmen, die sie sonst nicht oder nur in geringerem Umfang ausüben würden (Rn. 27). Die Empfänger einer Beihilfe müssen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren ermittelt werden.

Die UEBLL unterscheiden zwischen Betriebs- und Investitionsbeihilfen. Diese Begriffe werden allerdings nicht definiert. In Anlehnung an die Regelungssystematik anderer beihilferechtlicher Instrumente, insbesondere die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO⁵²), ist jedoch davon auszugehen, dass Investitionsbeihilfen in der Regel einmalige Zahlungen in Form eines Zuschusses oder eines zinsgünstigen Darlehens für eine einmalige Investition wie den Bau einer Anlage umfassen. Betriebsbeihilfen hingegen sind regelmäßige Zahlungen über einen gewissen Zeitraum, um die Wirtschaftlichkeit eines Betriebs zu gewährleisten.⁵³ Unschädlich ist es dabei, wenn

⁵⁰ *Ludwigs*, in: Säcker/Ludwigs, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2019, Einl. A Rn. 45.

⁵¹ RL (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und der Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen.

⁵² VO (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014.

⁵³ Vgl. hierzu die Auflistung beihilfefähiger Kosten in Art. 53 Absatz 4 und 5 AGVO sowie die Schwellenwerte in Art. 4 Absatz lit. z) und bb) AGVO, die bei Investitionsbeihilfen absolute Höchstwerte nennen, bei Betriebsbeihilfen Höchstwerte pro Jahr.

die Betriebsbeihilfe auch die Investitionskosten umfasst, sofern diese nicht bereits gesondert über eine Investitionsbeihilfe gefördert worden sind.⁵⁴

Die Leitlinien machen ferner für Investitionsbeihilfen konkrete Vorgaben zur sogenannten Beihilfeshöchstintensität, also den Prozentsatz einer Investition, der über die Beihilfe höchstens gefördert werden darf. So dürfen etwa Beihilfen zur Förderung erneuerbarer Energien, die im Wege der Ausschreibung ermittelt werden, bis zu 100 Prozent der aufgewendeten Kosten erfassen; wenn sie ohne Ausschreibungen gewährt werden, hingegen nur 65 Prozent bei kleinen bzw. 45 Prozent bei großen Unternehmen (Anhang I).

Für Betriebsbeihilfen fehlen solche spezifischen Vorgaben. Allerdings gilt auch für sie das allgemeine beihilferechtliche Überförderungsverbot, das verhindern soll, dass einmal angefallene Kosten mehrfach kompensiert werden und Marktteilnehmer sich so auf Kosten der Allgemeinheit einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen. Dieses allgemeine Prinzip wird zwar in den Regelwerken nicht als solches benannt oder definiert, durchdringt aber sowohl die UEBlL als auch andere europäische Beihilferegelungen. Innerhalb der UEBlL wird es etwa dadurch verdeutlicht, dass die Beihilfeintensität keinesfalls 100 Prozent der beihilfefähigen Kosten übersteigen darf (Rn. 78). Ferner ist die Kumulierung verschiedener Beihilfen nach den UEBlL zwar möglich. Dabei müssen aber die vorgegebenen Beihilfeshöchstintensitäten, also insbesondere die 100-Prozent-Grenze, eingehalten werden (Rn. 81).

(3) Vorgaben der UEBlL in Bezug auf Biomasse und Flexibilitätsmaßnahmen

An die allgemeinen Vorgaben schließen sich spezielle Regeln für unterschiedliche Arten der Beihilfe an. Im Energiebereich sind das unter anderem solche zur Förderung erneuerbarer Energien (Kapitel 3.3, Rn. 107 ff.), sowie zur Förderung einer angemessenen Stromerzeugung (Kapitel 3.9, Rn. 216 ff.). Die klassische EEG-Förderung in Form von Einspeisevergütung oder Marktprämie ist unzweifelhaft als Beihilfe zur Förderung erneuerbarer Energien einzuordnen, da sie durch die Vergütung der erzeugten Strommenge unmittelbar die Produktion von Grünstrom honoriert.⁵⁵

Als Unterfall der Beihilfen zur Förderung erneuerbarer Energien lassen die Richtlinien für Biomasseanlagen explizit auch Betriebsbeihilfen für bestehende Anlagen nach deren Abschreibung zu (Rn. 132 ff.). Damit wird deren dauerhaft hohen Betriebskosten Rechnung getragen. Es soll verhindert werden, dass Anlagen nach Förderende den Betrieb einstellen oder auf günstigere fossile Brennstoffe umsteigen.⁵⁶ Die Anschlussförderung nach § 39g EEG 2021 (bzw. § 39f EEG 2017) stellt einen solchen Unterfall der Förderung erneuerbarer Energien dar.

⁵⁴ Vgl. etwa Artikel 42 Absatz 11 AGVO.

⁵⁵ Die UEBlL werden in diesem Bereich mittlerweile von der EE-RL überformt und ergänzt.

⁵⁶ Frenz, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, EEE Rn. 131.

Beihilfen zur Förderung einer angemessenen Stromerzeugung verfolgen hingegen einen anderen Zweck. Sie sollen sicherstellen, dass es in einem zunehmend auf fluktuierende Energieträger angewiesenen Versorgungssystem nicht zu Versorgungsengpässen kommt, indem jederzeit ausreichend flexible Erzeugungskapazitäten bereitstehen (Rn. 216 ff.). Belohnt wird hiermit also das reine Vorhalten von Kapazität, die nur selten oder auch nie zur tatsächlichen Stromproduktion genutzt wird. Daher sollen solche Beihilfen auch nicht als Vergütung pro erzeugter Stromeinheit ausgeschüttet werden, sondern in Form eines Betrags pro bereitgehaltener Leistungseinheit, also beispielsweise in Euro pro Megawatt (Rn. 225). Bisher sind vor allem herkömmliche, fossile Energieträger in großem Umfang flexibel nutzbar, deren Einsatz jedoch den Zielen der Energiewende und des europäischen Green Deal widersprechen. Die Leitlinien schreiben deshalb vor, dass vorrangig andere Ansätze zur Sicherstellung einer angemessenen Stromversorgung gewählt werden sollen (Rn. 220). Wie für alle Förderinstrumente gilt selbstverständlich auch hier das Überförderungsverbot.

2. Konformität der bisherigen Regelung mit dem Beihilfenrecht

Die Neuregelung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 für Biomassebestandsanlagen wurde vor allem im Hinblick auf das europäische Beihilfenrecht eingeführt, um eine vermeintlich drohende Überförderung zu vermeiden. Im Folgenden sollen die Förderinstrumente für Flexibilität im EEG zunächst im Lichte der UEBLL betrachtet werden. Anschließend wird dargelegt, dass eine Doppelförderung durch die bisher geltenden Regelungen ausgeschlossen ist.

a) Einordnung der Flexibilitätsinstrumente des EEG

Sowohl bei der Flexibilitätsprämie als auch beim Flexibilitätszuschlag könnte es sich streng genommen um Beihilfen zur Förderung einer angemessenen Stromerzeugung nach Kapitel 3.9 der UEBLL handeln.

Denn Sinn und Zweck beider EEG-Förderinstrumente für Flexibilität ist die Vorhaltung von Erzeugungskapazitäten, die bei Bedarf hochgefahren werden können. Die Vergütung für diese Bereitstellung in Euro pro Kilowatt entspricht ebenfalls den Vorgaben der UEBLL für Kapazitätsmaßnahmen. Zwar wird die Flexibilitätsprämie, ebenso wie die Marktprämie, pro erzeugter Kilowattstunde ausgeschüttet. Dies ist jedoch lediglich eine Zahlungsmodalität, die Höhe der Prämie bestimmt sich nach der zusätzlich bereitgestellten Kapazität. Auch aus den Gesetzgebungsmaterialien geht hervor, dass es sich bei den Flexibilitätsmaßnahmen letztlich um Kapazitätsförderung handelt. Der Flexibilitätszuschlag wurde während des Gesetzgebungsverfahrens zum EEG 2014 zunächst als „Kapazitätszuschlag“ bezeichnet und erst im

Laufe des Verfahrens umbenannt.⁵⁷ Ein Gutachten des Fraunhofer Instituts zur Vorbereitung der Flexibilitätsprämie schlägt die Einführung einer „Kapazitätskomponente“ vor.⁵⁸

Die Flexibilitätsförderung nach dem EEG lässt sich strukturell auch mit dem energiewirtschaftsrechtlichen Instrument der Kapazitätsreserve (§ 13e EnWG) vergleichen. Übertragungsnetzbetreiber halten hierzu außerhalb des Strommarkts ausreichende Mengen an Reserveleistung vor, um eine Stromversorgung bei Marktversagen zu gewährleisten. Die Anlagen in der Kapazitätsreserve – bisher nahezu ausschließlich Gaskraftwerke⁵⁹ – werden hierfür ebenfalls pro bereitgestelltem Megawatt vergütet, nachdem sie in einer Ausschreibung einen Zuschlag erhalten haben. Die Kosten für die Kapazitätsreserve werden über die Netzentgelte an die Stromverbraucher weitergegeben. Die EU-Kommission erkannte hierin wegen der Schaffung eines künstlichen Marktes und der staatlichen Regulierung eine Beihilfe⁶⁰ zur angemessenen Stromversorgung nach Kapitel 3.9 der UEBLL und genehmigte diese als notwendig.⁶¹

Allerdings ist die Flexibilitätsförderung für Biogasanlagen nicht zuletzt durch ihre Verortung im EEG so eng mit der Förderung erneuerbarer Energien und insbesondere mit deren Systemintegration verknüpft, dass trotz der Parallelen zu klassischen Kapazitätsmechanismen eine Einordnung als Beihilfe zur Förderung erneuerbarer Energien naheliegender ist. Hierfür spricht auch, dass Flexibilitätsprämie und Flexibilitätszuschlag, anders als die UEBLL für Kapazitätsmaßnahmen vermuten, nicht im Widerspruch zu dem Ziel der Abschaffung umweltschädlicher Subventionen für die Stromerzeugung aus fossilen Kraftstoffen stehen. Sie stehen vielmehr im Einklang mit deutschen und europäischen Umwelt- und Klimazielen, indem sie die Vorzüge der Stromerzeugung aus Biomasse spezifisch fördern. Sie erfüllen neben dem Zweck der Sicherung der Stromversorgung auch das Ziel, die Produktion von Grünstrom zu fördern bzw. auf einem hohen Niveau zu halten. Insofern können sie auch als Beihilfe zur Förderung erneuerbarer Energien im Sinne von Kapitel 3.3 der UEBLL angesehen werden. Dieser Einschätzung folgt auch die EU-Kommission in ihren bisherigen Entscheidungen zum EEG 2014 und 2020, in denen sie die gleichermaßen als „flexibility premium“ bezeichneten Maßnahmen als Beihilfe zur Förderung erneuerbarer Energien unter Kapitel 3.3 der UEBLL einordnet.⁶²

⁵⁷ Hennig/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt, EEG 2014, 4. Aufl. 2015, § 53 Rn. 2.

⁵⁸ Vgl. Holzhammer/Rohrig/Hochloff et. al., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan – Die Einführung einer Kapazitätskomponente als Förderinstrument, Kassel, 29. April 2011.

⁵⁹ Siehe hierzu die Ergebnisse der ersten Ausschreibungsrunde, abrufbar unter <https://www.netztransparenz.de/EnWG/Kapazitaetsreserve>, zuletzt abgerufen am 26. Januar 2021.

⁶⁰ Nach dem Urteil des EuGH zum EEG 2012 ist diese Einschätzung angreifbar geworden.

⁶¹ KOM, Staatliche Beihilfe SA.45852 – 2017/C.

⁶² Für das EEG 2014: Beschluss der Europäischen Kommission vom 23. Juli 2014, SA.38632, Rn. 230 ff., insb. Rn. 270 ff; für das EEG 2017: Beschluss der Europäischen Kommission vom 20. Dezember 2016, SA.45461, Rn. 167 ff., insb. 253 ff. Auch der Beschluss zum EEG 2012 ordnet die Flexibilitätsprämie

b) Vereinbarkeit mit dem Beihilfenrecht - Keine Doppelförderung

Der Entscheidung, ob eine Beihilfe den strengen Anforderungen der EU-Kommission an Erforderlichkeit und Angemessenheit genügt, liegt eine umfassende wirtschaftliche und im Falle der Versorgungssicherheit auch technische Betrachtung zu Grunde. Diese kann und soll hier nicht geleistet werden, zumal die Gesetzgebungsmaterialien vermuten lassen, dass an der grundsätzlichen Vereinbarkeit der Flexibilitätsmechanismen mit dem EU-Beihilfenrecht keine Zweifel bestehen. Die Neuregelung soll schließlich lediglich eine Korrektur im Detail sein, welche Doppelförderungen verhindert. Dass eine Überförderung aber schon bei der bisherigen Gesetzeslage ausgeschlossen war, soll im Folgenden aufgezeigt werden.

(1) Bestehendes Regime bereits beihilferechtlich genehmigt

Dafür spricht zum einen, dass die EU-Kommission bisher keinerlei Einwände gegen das bestehende Regelungsregime erhoben hat. Da die Kommission bis zum Urteil des EuGH zum EEG 2012 im Frühjahr 2019 davon ausgegangen ist, dass es sich beim Umlagemechanismus des EEG um eine staatliche Beihilfe handelte, hat sie alle EEG-Fassungen seit 2012 einer beihilferechtlichen Prüfung unterzogen.

Schon bei der Prüfung des EEG 2012 hat sie deshalb die Flexibilitätsprämie als mit dem EU-Beihilfenrecht vereinbar beurteilt. Deutschland habe überzeugend dargelegt, dass die Flexibilitätsprämie nötig sei, um mit dem flexiblen Betrieb einhergehende Mehrkosten zu decken. Diese seien nicht allein am Markt erzielbar. Eine Überförderung sei ausgeschlossen, weil die Flexibilitätsprämie anhand von Peak-Marktpreisen berechnet worden sei.⁶³

Im Verfahren zum EEG 2014 wurde die Flexibilitätsprämie zusammen mit dem Flexibilitätszuschlag erneut einer Prüfung unterzogen. Beide wurden als beihilfenrechtskonform eingeschätzt. Sie seien so berechnet worden, dass damit nicht mehr als die Differenz zwischen Gestehungskosten und möglichen Verkaufserlösen abgedeckt werde. Dass durch einen flexiblen Betrieb höhere Einnahmen generiert werden können, sei dabei berücksichtigt worden.⁶⁴

Auch das EEG 2017 bestand die beihilferechtliche Prüfung durch die EU-Kommission. Sie setzt sich in ihrem Beschluss dabei insbesondere mit der erstmals im EEG 2017 enthaltenen Anschlussförderung für Biogasanlagen auseinander. Diese sei deshalb angemessen, weil dafür nur Anlagen in Betracht kämen, die „modernisiert wurden, die zum Beispiel das Kraftwerk ausgetauscht, in Flexibilitätsausstattung investiert und sich an neue Biomassestandards angepasst haben“

als Beihilfe zur Förderung erneuerbarer Energien ein, allerdings unter Bezugnahme auf die Vorgängervorschrift der UEBLL von 2008, vgl. Beschluss der Europäischen Kommission vom 18. Dezember 2013, SA.33995, Rn. 152 ff, insb. Rn. 169 ff.

⁶³ Beschluss der Europäischen Kommission vom 18. Dezember 2013, SA.33995, Rn. 152 ff, insb. Rn. 169 ff.

⁶⁴ Beschluss der Europäischen Kommission vom 23. Juli 2014, SA.38632, Rn. 270 ff.

[Übersetzung durch die Verfasser].⁶⁵ Die Förderdauer von zehn Jahren entspreche daher dem Abschreibungszeitraum. Für die weitere Genehmigung der bestehenden Flexibilitätsprämie, die durch das EEG 2017 nicht angetastet wurde, verweist die Kommission schlicht auf ihren Beschluss zum EEG 2014.⁶⁶

Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, warum dasselbe Regelungsregime nunmehr im EEG 2021 von der EU-Kommission als beihilferechtswidrig eingestuft werden sollte.

(2) Keine Überförderung aufgrund von Ausschreibungen

Ein gewichtiges Argument gegen die Annahme einer Überförderung bei Zahlung des Flexibilitätszuschlags ist ferner, dass die Aufnahme von Anlagen in die Anschlussförderung im Wege der Ausschreibung erfolgt. Ausschreibungen sind ein im EU-Sekundärrecht, insbesondere in der EE-RL anerkanntes Modell zur wettbewerblichen Ermittlung der angemessenen Höhe staatlicher Förderungen.⁶⁷ Auch die UEBLL sehen vor, dass „Marktinstrumente wie [...] Ausschreibungen [...] in der Regel gewährleisten [dürften], dass Subventionen [...] auf ein Minimum begrenzt werden.“ (Rn. 109).

Anlagenbetreiber sind durch das Ausschreibungsmodell gezwungen, ihre Kosten gering zu halten. Denn so erhöhen sie durch ein möglichst niedriges Gebot ihre Chancen auf einen Zuschlag. Bei der Berechnung des anzulegenden Werts spielt dabei selbstverständlich auch die erwartete Förderung über den Flexibilitätszuschlag eine Rolle. Dieser wird in die Gesamtkalkulation „eingepreist“. So wird den jeweils individuellen Kosten einer Anlage für die Flexibilisierung bereits ausreichend Rechnung getragen. Davon geht wiederum auch der Gesetzgeber aus. In der Gesetzesbegründung zum EEG 2021⁶⁸ heißt es zur Erhöhung des Flexibilitätszuschlags:

„Die Erhöhung des Flexibilitätszuschlags soll sicherstellen, dass Anlagenkonzepte, die stark auf eine flexible Fahrweise der Anlage ausgelegt sind, angemessene und faire Chancen in den Ausschreibungen haben.“

Der Gesetzgeber nimmt also zurecht an, dass Anlagenbetreiber mit hohen Kosten für eine flexible Fahrweise den entsprechend höheren Flexibilitätszuschlag nutzen, um ihren Gebotswert zu drücken und so überhaupt eine Chance gegen Anlagen zu haben, deren Kosten für eine flexible Fahrweise

⁶⁵ Im Original: „However, as installations eligible for that follow up premium are only installations that have been modernized, i.e. have renewed the power station, invested into flexibility equipment and adapted to new biomass requirements, this 10 year period mirrors the depreciation period of the additional investments in line with paragraph 131 (d) of the EEAG.“ Beschluss der Europäischen Kommission vom 20. Dezember 2016, SA.45461, Rn. 273.

⁶⁶ Beschluss der Europäischen Kommission vom 20. Dezember 2016, SA.45461, Rn. 276.

⁶⁷ Vgl. etwa Artikel 4 Absatz 4 Unterabsatz 2 oder Absatz 5 EE-RL. Diese schreiben Ausschreibungen zwar nicht vor, setzen sie aber als geeignete Verfahren zur Ermittlung von Förderhöhen voraus.

⁶⁸ BT-Drs. 19/23482, S. 120.

geringer sind. Entsprechend werden natürlich auch bei Bestandsanlagen die jeweils individuellen Flexibilisierungskosten in den Gebotswert eingepreist. Sollte eine Anlage aufgrund einer vorangehenden Flexibilisierung also tatsächlich nur einen geringen zusätzlichen Investitionsbedarf haben, so würde der Anlagenbetreiber dies bei der Berechnung seines Gebotswerts berücksichtigen und diesen entsprechend niedriger ansetzen. Der Flexibilitätszuschlag finanziert dann die Stromproduktion quer, was aber unschädlich und vom Gesetzgeber sogar gewollt ist, da die Fördersumme insgesamt möglichst niedrig gehalten wird.

Es gibt keine Anhaltspunkte, warum dieses ansonsten durchwegs für tauglich gehaltene Ausschreibungsmodell ausgerechnet in Hinblick auf die Zahlung des Flexibilitätszuschlags in der Anschlussförderung versagen sollte.

(3) Keine Doppelförderung bei Ausnutzung beider Förderzeiträume

Abgesehen hiervon sind die Sorgen um eine Doppelförderung aber auch deshalb nicht angezeigt, weil kein Verstoß gegen das beihilferechtliche Überförderungsverbot vorliegt. Weder bei vollständiger noch bei teilweiser Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie kommt es zur mehrfachen Förderung ein und derselben Investition.

Die maximal mögliche Flexibilitätsförderung können Anlagenbetreiber nur dann erhalten, wenn sie über zehn Jahre die Flexibilitätsprämie und dann über weitere zehn Jahre den Flexibilitätszuschlag in Anspruch nehmen, beide Förderzeiträume also voll ausnutzen. Damit werden sie insgesamt über genau denselben Zeitraum – 20 Jahre – für die Bereitstellung flexibler Leistung gefördert wie Neuanlagen. Auch die Fördersumme ist im äußersten Fall gleich hoch, da die Flexibilitätsprämie von 130 Euro/kW für maximal die Hälfte der installierten Leistung dem Flexibilitätszuschlag von 65 Euro für die gesamte installierte Leistung entspricht.

Dass diese Fälle bisher noch gar nicht existieren und auch in Zukunft nur eine von vielen Varianten der Flexibilisierung darstellen, wurde bereits oben dargelegt. Dennoch hatte der Gesetzgeber bei der Normierung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 offensichtlich diesen Extremfall vor Augen. So wird die Kürzung bzw. Streichung des Flexibilitätszuschlags damit begründet, dass „Investitionskosten bereits für bis zu 50 Prozent flexibel bereitgestellter Leistung zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Anschlussförderung amortisiert“ seien, wenn zuvor die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden ist.⁶⁹ Es wird also von einer vollständigen Amortisation der getätigten Investitionen ausgegangen (die 50 Prozent beziehen sich nicht auf die Amortisationsquote, sondern auf die maximal geförderte zusätzlich installierte Leistung nach Anlage 3 zum EEG). Dass diese erst nach zehn Jahren erreicht ist, ergibt sich beispielsweise aus einer Modellrechnung, die von Deutschland im Rahmen des beihilferechtlichen Notifizierungsverfahrens zum EEG 2014 vorgelegt

⁶⁹ BT-Drs. 19/25326, S. 22.

worden ist.⁷⁰ Wäre die zehnjährige Laufzeit bei einer Kompensation von 130 Euro pro kW zusätzlich bereitgestellter Leistung im Jahr nicht nötig, um die Kosten zu decken, so ist davon auszugehen, dass die Kommission die Flexibilitätsprämie schon damals nicht genehmigt hätte.

Selbst in diesem Fall der Maximalförderung über beide Instrumente kommt es jedoch nicht zu einer Doppelförderung ein und derselben Investition. Vielmehr sind meistens zwei erhebliche Investitionsschritte nötig, die dann jeweils über eines der Förderinstrumente für Flexibilität abgefangen werden. Welche Investitions- und Betriebskosten für die Flexibilisierung bestehender Biogasanlagen anfallen, ist bereits oben ausführlich dargestellt worden (I.3.a)). Hier sei nur erneut darauf hingewiesen, dass Betreiber von Biogasanlagen, die zehn Jahre vor dem Wechsel in die Anschlussförderung einen ersten Flexibilisierungsschritt getätigt haben, sich darauf nicht „ausruhen“ können. Der Weiterbetrieb mit allen Rechten und Pflichten einer Neuanlage, die mit Einführung des „echten Flexibilitätskriteriums“ in § 50 Absatz 3 EEG 2021 noch einmal verschärft worden sind, erfordert vielmehr erneute Investitionen.

Denn die Einstufung als Neuanlage führt dazu, dass auch für Bestandsanlagen die Regelungen über die Höchstbemessungsleistung gelten, sie also maximal 45 Prozent ihrer installierten Leistung tatsächlich zur Stromerzeugung nutzen können. Theoretisch könnte auch mit mehr als der Höchstbemessungsleistung Strom erzeugt werden. Da die Gestehungskosten von Strom aus Biogas aber immer noch deutlich über dem erzielbaren Marktpreis liegen, ist dies ohne Förderung über die Marktprämie ein Verlustgeschäft. Die Höchstbemessungsleistung wirkt faktisch als Verbot, mehr Strom zu erzeugen.

Es wird mit dem Übergang in die Anschlussförderung also zwingend eine „Überbauung“ der Anlage nötig, die so für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie nicht notwendig war. Der Anspruch auf Flexibilitätsprämie besteht „fließend“ für 0 bis *höchstens* 50 Prozent der installierten Leistung. Der Flexibilitätszuschlag setzt nach dem EEG 2017 *mindestens* eine Überbauung der Anlage von 50 Prozent der installierten Leistung voraus, nach dem EEG 2021 sogar von 55 Prozent. Die Kompensation für die damit einhergehenden Mehrkosten ist der Flexibilitätszuschlag. Hat ein Anlagenbetreiber – wie in Beispiel 3 – bereits im ersten Vergütungszeitraum umfassend flexibilisiert, so sind zwar die beim Wechsel anstehenden Kosten etwas geringer. Dafür ist aber der erste umfassende Flexibilisierungsschritt noch nicht vollständig refinanziert.

Denn diese können nicht allein durch einen am Markt optimierten Betrieb und die Marktprämie für den erzeugten Strom refinanziert werden – ansonsten wäre auch der Flexibilitätszuschlag für Neuanlagen nicht über die gesamte Förderdauer von 20 Jahren und damit doppelt so lang wie bei Altanlagen nötig. Dies akzeptiert die EU-Kommission in ihrer Bewertung des EEG 2017 (s. dazu bereits

⁷⁰ Vgl. Beschluss der Europäischen Kommission vom 23. Juli 2014, SA.38632, Rn. 138.

oben). Für Neuanlagen, die über einen Zeitraum von 20 Jahren durchgängig über den Flexibilitätszuschlag gefördert werden, wird dieser Befund nicht in Frage gestellt. Sowohl der deutsche Gesetzgeber als auch die EU-Kommission halten bei Neuanlagen die Förderung in einer Höhe für notwendig, die sich bei Bestandsanlagen erst aus der Summe von zehn Jahren Flexibilitätsprämie und zehn Jahren Flexibilitätszuschlag ergibt. Erst die vermeintliche Doppelförderung ergibt eine wirtschaftliche Grundlage, um den flexiblen Betrieb einer Anlage, deren Bemessungsleistung nur 45 (nach EEG 2021) bzw. 50 (nach EEG 2017) Prozent der installierten Leistung betragen darf, rentabel zu gestalten.

Es erschließt sich nicht, warum eine Bestandsanlage, die dieselben Anforderungen erfüllen muss, ohne Flexibilitätszuschlag wirtschaftlich weiterbetrieben werden sollte. Dass die Investitionskosten für den Weiterbetrieb der Biogaserzeugung selbstverständlich geringer sind als bei vollständigem Neubau einer Anlage, wird weitgehend dadurch kompensiert, dass für Bestandsanlagen ein erheblicher Instandsetzungs- und Modernisierungsaufwand anfällt. Dass für im Vergleich zum ersten Förderzeitraum neu zugebaute installierte Leistung anteilig der Flexibilitätszuschlag gezahlt wird, ist ebenso wenig ausreichend, da dieser Zuschlag allenfalls einen Teil der dadurch entstehenden Kostenbelastungen deckt. Denn vorgehalten und damit ertüchtigt und jederzeit betriebsfähig gehalten werden muss die gesamte installierte Leistung mit entsprechenden Einmal- und laufenden Betriebskosten. Ebenso wenig ist es ausreichend, dass der Flexibilitätszuschlag – bei anteilig verbleibendem Anspruch – in Zukunft 65 Euro/kW beträgt. Denn dies ist keine spezifische Kompensation für Bestandsanlagen. Auch Neuanlagen profitieren von dem erhöhten Wert. Dieser wurde also insgesamt für erforderlich gehalten, um ausreichend Anreize für den Betrieb von flexiblen Biogasanlagen zu setzen. Eine bloß anteilige Förderung mit dem erhöhten Wert ist daher ebenfalls nicht ausreichend.

Selbst bei einer Inanspruchnahme beider Förderinstrumente für den jeweils vorgesehenen Zeitraum von zehn Jahren kommt es also nicht zu einer befürchteten Doppelförderung: Die erhaltene Fördersumme entspricht dann maximal derjenigen, die auch flexiblen Neuanlagen gewährt wird. Ferner sind zwei erhebliche Investitionsschritte nötig, die jeweils durch eins der Instrumente abgedeckt werden.

(4) Keine Doppelförderung in anderen Fällen

Die Überlegungen zur vollständigen Ausnutzung beider Zeiträume sind aber derzeit ohnehin noch rein theoretischer Natur. Da die Flexibilitätsprämie erst im Jahr 2012 eingeführt wurde, kann keine einzige Anlage, die im Jahr 2021 in die Anschlussförderung wechselt, die Flexibilitätsprämie für volle zehn Jahre in Anspruch genommen haben. Die teilweise Abschaffung des Flexibilitätszuschlags für Bestandsanlagen trifft daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt ausschließlich Anlagen, die deutlich weniger als die Maximalförderung im ersten Förderzeitraum in Anspruch genommen haben.

Für diese Anlagen gelten die oben genannten Argumente in noch größerem Maße. Denn dann liegen die bisher über die Flexibilitätsprämie erhaltenen Summen sogar – zum Teil deutlich – unterhalb dessen, was der Gesetzgeber im Durchschnitt für erforderlich hielt, um die in einem ersten Schritt getätigten Flexibilisierungsmaßnahmen rentabel zu gestalten. Dennoch sind beim Übergang in die Anschlussförderung weitere Investitionen in die bestehende installierte Leistung nötig, um deren Weiterbetrieb und die in der Anschlussförderung höheren Flexibilitätsanforderungen zu gewährleisten. Wie oben gilt auch hier, dass ein gegebenenfalls für zugebaute installierte Leistung gewährter Flexibilitätszuschlag nicht ausreicht, um Ertüchtigung, Modernisierung und Bereithaltung der gesamten installierten Leistung zu gewährleisten.

Ein Wechsel in die Anschlussförderung wird also in vielen Fällen nicht rentabel gestaltet werden können und ist zudem zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch mit vielen Rechtsunsicherheiten behaftet. Unter diesen Voraussetzungen ist zu befürchten, dass viele Anlagenbetreiber vom Weiterbetrieb ihrer Anlage absehen werden.

(5) Entwertung bereits getätigter Investitionen

Die Unterförderung von Bestandsanlagen durch den Wegfall des Flexibilitätszuschlags führt aber nicht nur dazu, dass zukünftige Investitionen ausbleiben werden, sondern entwertet auch bereits getätigte Investitionen. Von der Neuregelung sind schließlich auch Anlagenbetreiber betroffen, die bereits Investitionen getätigt haben. Das umfasst zum einen diejenigen, die bereits einen Zuschlag für die Anschlussförderung erhalten haben und im Vertrauen hierauf tätig geworden sind (wie in Beispiel 1)⁷¹. Gleichermäßen betroffen sind diejenigen, die frühzeitig umfassend flexibilisiert und dafür Kosten auf sich genommen haben, die nicht allein über die Flexibilitätsprämie im ersten Förderzeitraum refinanzierbar sind (wie in Beispiel 3)⁷². Für diese Projekte fällt mit der nachträglichen Kürzung bzw. Streichung des Flexibilitätszuschlags das Finanzierungskonzept in sich zusammen, die bereits vorgenommenen Investitionen werden entwertet. Für viele Anlagenbetreiber dürfte dies existenzbedrohende Wirkung haben, die mit der Abschaffung eines vermeintlichen ungerechtfertigten Vorteils nichts zu tun hat.

Die Finanzierungslücke fällt besonders gravierend aus, wenn die Bestandsanlage ausschließlich in Hinblick auf die Anschlussförderung erweitert worden ist. Regelmäßig wird dann in den letzten Monaten vor dem Wechsel die Flexibilitätsprämie bereits für das neue, vergrößerte Anlagenkonzept in Anspruch genommen. Mit dem Wechsel gibt es also, geht man von der oben vertretenen Auslegung aus, kein „Mehr“ an zusätzlich installierter Leistung allein für die Anschlussförderung. Der Flexibilitätszuschlag fällt damit für die gesamte installierte Leistung vollständig weg, auch wenn nur

⁷¹ S.o. C. I. 2. b) (1).

⁷² S.o. C. I. 3. c).

für wenige Monate die Flexibilitätsprämie gezahlt worden ist. Eine über wenige Monate oder im absoluten Höchstfall für drei Jahre (den maximalen Zeitraum zwischen Zuschlag und Wechsel in die Anschlussförderung) in Anspruch genommene Förderung, die für sich genommen auf einen Zeitraum von zehn Jahren ausgelegt ist, kann aber nicht den Ausfall einer ebenfalls auf zehn Jahre angelegten anderen Förderung kompensieren.

Ein anderes Ergebnis erreichen aufgrund der Übergangsbestimmungen lediglich diejenigen Anlagenbetreiber, die bereits im Jahr 2020 erstmals den Flexibilitätszuschlag in Anspruch genommen haben, den Wechsel in die Anschlussförderung also bereits vollzogen haben. Dass es diese Fälle aufgrund des bisher gesetzten Anreizregimes nicht gibt, wurde bereits oben dargelegt (vgl. C.I.3.d)). Eine Möglichkeit, auf die Gesetzesänderung durch einen vorgezogenen Wechsel zu reagieren, wurde Anlagenbetreibern indes nicht eingeräumt. Dies führt zu willkürlichen Ergebnissen, die mit dem beihilferechtlichen Überförderungsverbot in keinerlei Zusammenhang stehen.

Die Gesetzesänderung ist also nicht nur nicht zweckmäßig, weil sie von der falschen Prämisse einer Doppelförderung ausgeht, sondern sie führt zu einer Entwertung bereits getätigter Investitionen sowie aufgrund der Übergangsregelung zu willkürlichen Unterscheidungen zwischen Anlagenbetreibern.

3. Ergebnis zum Beihilfenrecht

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das europäische Beihilfenrecht einer Förderung von Bestandsanlagen über die Flexibilitätsprämie im ersten Förderzeitraum sowie den Flexibilitätszuschlag in der Anschlussförderung nicht entgegensteht. Dies führt nicht zu einem Verstoß gegen das beihilferechtliche Überförderungsverbot. Denn mit dem Wechsel in die Anschlussförderung sind in jedem Fall Investitionen verbunden, die durch die Flexibilitätsprämie nicht abgegolten werden und die auch nicht allein über die marktorientierte Stromproduktion refinanziert werden können. Für eine Vereinbarkeit mit dem europäischen Recht spricht auch, dass das bisherige Förderregime bereits Gegenstand mehrerer beihilferechtlicher Prüfungen durch die EU-Kommission gewesen ist und zu keinem Zeitpunkt beanstandet wurde.

Die Neuregelung in § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 ist daher nicht aus Gründen der Beihilfenkontrolle notwendig. Sie sollte aber nicht nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen eine Revision erfahren. Vielmehr bestehen auch erhebliche Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz.

III. Verfassungsrechtliche Prüfung

Die Kürzung bzw. vollständige Streichung des Flexibilitätszuschlags in der Anschlussförderung betrifft auch Anlagenbetreiber, die bereits erhebliche Investitionen im Vertrauen auf den Fortbestand der bisherigen Gesetzeslage getätigt haben. Für diese Anlagenbetreiber entfaltet § 50a

Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 Rückwirkung, die verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist. Dadurch werden sie in ihren Grundrechten auf Eigentum aus Artikel 14 Absatz 1 GG und Berufsfreiheit aus Artikel 12 GG sowie in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Artikel 2 Absatz 1 GG verletzt. Daneben dürfte auch ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Artikel 3 Absatz 1 vorliegen.

1. Verfassungsrechtliche Maßstäbe des Vertrauensschutzes

Das Rückwirkungsverbot ist eine Ausprägung des Grundsatzes der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, den das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung aus den Rechtsstaatsprinzip des Artikel 20 Absatz 3 GG sowie aus den Grundrechten herleitet.⁷³ Es schützt das Vertrauen in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte.⁷⁴ Ändert der Gesetzgeber daher nachträglich die Rechtsfolgen eines in der Vergangenheit in Gang gesetzten Verhaltens, so bedarf dies einer besonderen Rechtfertigung vor der Verfassung.⁷⁵

Zu unterscheiden ist dabei zwischen Gesetzen mit echter Rückwirkung („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“) und solchen mit unechter Rückwirkung („tatbestandliche Rückanknüpfung“). Eine Rechtsnorm entfaltet echte Rückwirkung, wenn sie nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreift. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll. Normen mit echter Rückwirkung sind grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig.⁷⁶

Eine unechte Rückwirkung liegt hingegen vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet. Dies ist dann der Fall, wenn belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden.⁷⁷ Gesetze mit unechter Rückwirkung sind zwar grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich, da die bloße Erwartung, das geltende Recht werde unverändert fortbestehen, keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießt.⁷⁸

Die Grenze der Zulässigkeit ist jedoch dann erreicht, wenn die Norm unverhältnismäßig ist, das heißt wenn die vom Gesetzgeber angeordnete Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht

⁷³ Vgl. hierfür m.w.N. BVerfG, Beschluss vom 17. Dezember 2013 – 1 BvL 5/08 – Rn. 63.

⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 – 1 BvL 6/07 – Rn. 41.

⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 – 1 BvL 6/07 – Rn. 41.

⁷⁶ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 – 1 BvL 6/07 – Rn. 42.

⁷⁷ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 – 1 BvL 6/07 – Rn. 42.

⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 – 1 BvL 6/07 – Rn. 45.

geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.⁷⁹

Speziell in Hinblick auf das Grundrecht auf Eigentum bedeutet dies, dass das berechnete Vertrauen in den Bestand der Rechtslage als Grundlage von Investitionen in das Eigentum und seiner Nutzbarkeit geschützt wird.⁸⁰ Die Grenzen der Verhältnismäßigkeit sind bei erheblichen rückwirkenden Einschränkungen der Verwertbarkeit von Eigentum nur dann gewahrt, wenn ein angemessener Ausgleich für frustrierte Investitionen vorgesehen ist.⁸¹

2. Verstoß der Regelung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 gegen das Rückwirkungsverbot

Nach diesen Maßstäben stellt § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot dar.

a) Echte Rückwirkung von § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021

Die Norm könnte zunächst echte Rückwirkung entfalten, indem sie einen bereits erteilten Zuschlag für die Anschlussförderung nachträglich entwertet.

Nach § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 entfällt der Flexibilitätszuschlag für Anlagenbetreiber, die „für ihre Anlage die Flexibilitätsprämie nach § 50b dieses Gesetzes oder nach der für sie maßgeblichen Fassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in Anspruch genommen haben“ für den Teil der Leistung, der nicht „gegenüber der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie“ zusätzlich flexibel bereitgestellt wird.

Dies bedeutet, wie oben ausführlich dargestellt (vgl. I.3.b) sowie Beispiel 1), dass Anlagenbetreiber, die aufgrund eines ihnen für die Anschlussförderung erteilten Zuschlags bereits Investitionen in ihre Bestandsanlage getätigt haben, den Anspruch auf Flexibilitätszuschlag zumindest teilweise verlieren, nämlich zumindest für den Teil der Leistung, der nicht im Hinblick auf die Anschlussförderung neu zugebaut wurde. In vielen Fällen aber wird die Norm zu einem Verlust des Anspruchs in voller Höhe der nunmehr installierten Leistung führen, da aufgrund des bisherigen Fördersystems bereits für die erweiterte Anlage die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden ist.

Die Norm knüpft damit in mehrfacher Weise an einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt an.

⁷⁹ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 – 1 BvL 6/07 – Rn. 45.

⁸⁰ BVerfG, Urteil vom 06. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11 – 372.

⁸¹ BVerfG, Urteil vom 06. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11 – 372.

Zum einen wird ein bereits erteilter, bestandskräftiger Zuschlagsbescheid nachträglich entwertet. Dieser Zuschlagsbescheid beruht auf einem vom Anlagenbetreiber abgegebenen Gebot, dem wiederum eine auf der zum Gebotszeitpunkt geltenden Rechtslage beruhende Kalkulation zu Grunde liegt. Der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag ist in dieser Kalkulation eingepreist, er ist also quasi im Zuschlag enthalten. Mit dem Zuschlagsbescheid wurde dem Anlagenbetreiber also zugesichert, dass er, sofern er seinen Teil der „Abmachung“ (Modernisierung der Anlage, Vorlage des Umweltgutachtens etc.) einhält, eine Förderung in bestimmter Höhe in Anspruch nehmen kann. Nur aufgrund dieser Zusicherung hat der Anlagenbetreiber im Anschluss überhaupt investiert (und eine Finanzierungszusage von seiner Bank erhalten). Indem nunmehr dem bestandskräftigen Zuschlag eine andere Rechtslage zu Grunde gelegt wird, nach der ein Teil der Förderung ersatzlos wegfällt, werden an ein in der Vergangenheit abgeschlossenes Verhalten des Anlagenbetreibers, nämlich die Gebotsabgabe und die aufgrund des Zuschlags getätigte Investition, nachträglich nachteilige Rechtsfolgen geknüpft – die Spielregeln werden nachträglich geändert.

Es wird aber auch insoweit an einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt angeknüpft, als es maßgeblich darauf ankommt, ob zu irgendeinem Zeitpunkt in der Vergangenheit die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden ist. Zwar mag die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie noch andauern, der Sachverhalt also noch nicht vollständig in der Vergangenheit abgeschlossen worden sein. Wie oben gezeigt reicht aber nach der einzig sinnvoll denkbaren Gesetzesauslegung jede, auch noch so kurze Inanspruchnahme in der Vergangenheit aus, um für sich genommen die Rechtsfolge des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 auszulösen. Daher muss jede Zahlung der Flexibilitätsprämie durch den Netzbetreiber, die in der Vergangenheit bereits getätigt und abgeschlossen worden ist, als eigener Sachverhalt im Sinne des Rückwirkungsverbots betrachtet werden.

Aus diesem in der Vergangenheit, also vor Inkrafttreten der Norm, bereits abgeschlossenen Sachverhalt folgt nunmehr eine für Anlagenbetreiber nachteilige Rechtsfolge, nämlich der Wegfall des Flexibilitätszuschlags. Den Eintritt der negativen Rechtsfolge kann der Anlagenbetreiber nicht verhindern oder sonst beeinflussen, denn ausschlaggebend ist allein sein Verhalten in der Vergangenheit. Zwar lässt sich argumentieren, dass die Rechtsfolge selbst auf die Zukunft gerichtet ist, da der Anspruch auf eine zukünftige Zahlung des Flexibilitätszuschlags entfällt. Um bei Anspruchsnormen von echter Rückwirkung sprechen zu können, genügt es jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Gesetzgeber in Sachverhalte eingreift, die vor der Gesetzesverkündung abgeschlossen waren und die die Voraussetzungen des bisher geltenden Anspruchstatbestands erfüllten.⁸² Auch nach diesen Maßstäben handelt es sich hier also um eine echte Rückwirkung. Denn mit Erteilung eines bestandskräftigen Zuschlags für die

⁸² BVerfG, Beschluss vom 23. März 1971 – 2 BvL 2/66 –Rn. 73.

Anschlussförderung, waren alle Voraussetzungen des bisher für die zehnjährige Zahlung des Flexibilitätszuschlags für die gesamte installierte Leistung geltenden Anspruchstatbestands erfüllt. Nunmehr aber fügt der Gesetzgeber ein weiteres, nicht mehr beeinflussbares Tatbestandsmerkmal, nämlich die „Nicht-Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie“ ein.

Damit dürfte ein Fall der grundsätzlich verfassungswidrigen echten Rückwirkung oder Rückbewirkung von Rechtsfolgen vorliegen. Dieser ist auch nicht ausnahmsweise gerechtfertigt, da keine der insofern vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Fallgruppen vorliegt.⁸³ Weder ist die Regelung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls erforderlich, denn das Gesetz ist schon nicht zweckmäßig (siehe dazu oben II.). Noch mussten die betroffenen Anlagenbetreiber mit einer Regelung rechnen (vgl. dazu unten c)).

b) Jedenfalls unechte Rückwirkung von § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021

Jedenfalls aber entfaltet § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 unechte Rückwirkung. Denn an einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt werden für die betroffenen Anlagenbetreiber nachteilige Rechtsfolgen geknüpft. Sie erhalten in Zukunft für ihre Anlage in der Anschlussförderung den Flexibilitätszuschlag nicht oder nur in deutlich geringerem Umfang als nach der bisherigen Gesetzeslage und in ihrem Zuschlagsbescheid vorgesehen. Die für den Erhalt des Flexibilitätszuschlags notwendigen Investitionen haben sie aber im Vertrauen auf die Gesetzeslage und auf ihre bestandskräftigen Zuschlagsbescheide bereits getätigt. Sie werden sich allein über die Marktprämie nicht finanzieren lassen.⁸⁴ Damit greift die Neuregelung rückwirkend in die Nutzbarkeit des Eigentums ein, die bereits getätigten Investitionen sind durch die Gesetzesänderung frustriert.

Auch die vom Bundesverfassungsgericht für eine unechte Rückwirkung darüber hinaus geforderte „rechtlich konturierte Situation“, durch die sich die rechtliche Position der Betroffenen von der Situation bloß genereller Rechtsunterworfenheit abhebt,⁸⁵ ist hier durch Erteilung eines Zuschlags bereits entstanden. Die damit verbundene, bezifferbare Zusicherung der zehnjährigen Anschlussförderung, die bezuschlagte Anlagen ferner von allen anderen, nur „rechtsunterworfenen“ Anlagen abgrenzt, hat eine solche ganz konkrete, rechtlich konturierte Position geschaffen.

Die unechte Rückwirkung steht auch im Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Vertrauensgrundsatz. Das Vertrauen der Anlagenbetreiber ist schützenswert (dazu unten c)). Die Regelung ist unverhältnismäßig, weil jedenfalls die Bestandsinteressen der Anlagenbetreiber das

⁸³ Vgl. hierzu BVerfG, Urteil vom 23. November 1999 – 1 BvF 1/94 – Rn. 97

⁸⁴ Vergleiche zu alledem, insbesondere zu Art und Umfang der Kosten sowie zum kombinierten Vergütungsmodell, bereits oben.

⁸⁵ BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2020 – 1 BvR 1679/17 – Rn. 139.

Interesse der Allgemeinheit an der Gesetzesänderung überwiegen (dazu unten d)). Es handelt sich auch nicht nur um eine verfassungsrechtlich zulässige „Randkorrektur“.

c) Berechtigtes Vertrauen

Das Vertrauen der Anlagenbetreiber war berechtigt und ist in Hinblick auf die Regelungs- und Anreizsystematik des EEG sogar besonders schützenswert.

Berechtigtes Vertrauen in den Fortbestand einer Rechtslage kann dann nicht bestehen, wenn es zum Zeitpunkt der Vertrauensbetätigung bereits Anhaltspunkte für eine abweichende zukünftige Regelung gibt. So wird etwa mit dem Einbringen eines abweichenden Gesetzesentwurfs in den Bundestag das Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Rechtslage erschüttert.⁸⁶ Auch wenn eine Rechtslage unklar und verworren ist und deshalb mit einer Klarstellung durch den Gesetzgeber gerechnet werden muss, kann kein schützenswertes Vertrauen entstehen.⁸⁷

Auf der anderen Seite ist Vertrauen besonders schutzwürdig, wenn es Anhaltspunkte für eine besondere Stabilität des geltenden Rechts gibt, die Anlass zu der Annahme geben konnten, in absehbarer Zeit müsse nicht mit einer kompensations- und ausgleichsfreien, unecht rückwirkenden Rechtsänderung zum Nachteil der Betroffenen gerechnet werden. Ein Hinweis auf eine gewisse Stabilität einer günstigen Rechtslage kann darin liegen, dass zu Investitionen ermutigt wird; je deutlicher dies konkret ausgesprochen wird, umso eher ist das Vertrauen der Betroffenen schutzwürdig, dass die ihrer Investition zugrunde liegende Rechtslage einen gewissen Bestand haben wird.⁸⁸

Nach diesen Maßstäben ist hier von einem besonders schützenswerten berechtigten Vertrauen in die bestehende Gesetzeslage auszugehen.

Zum einen gab es bis kurz vor Verabschiedung des EEG 2021 keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber eine Änderung des Förderregimes für Flexibilität plante. Erst mit der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Energie vom 15. Dezember 2020 wurde dieses Vorhaben erstmals publik – drei Tage vor der Verabschiedung des Gesetzes durch den Bundestag und nur etwa zwei Wochen vor Inkrafttreten des EEG 2021 am 1. Januar 2021. Selbstverständlich kann den vor diesem Zeitpunkt getätigten Investitionen ohnehin nicht der Vertrauensschutz abgesprochen werden. Durch die extrem kurzfristige Änderung wurde Anlagenbetreibern aber auch jede Chance genommen, sich auf die Gesetzesänderung einzustellen

⁸⁶ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 – 1 BvL 6/07 – Rn. 55 ff.

⁸⁷ BVerfG, Beschluss vom 8. April 1998 – 1 BvR 1680/93 – Rn. 81.

⁸⁸ BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2020 – 1 BvR 1679/17 – Rn. 133.

und durch rechtzeitigen Wechsel in die Anschlussförderung von der Übergangsregel des § 100 Absatz 1 Nummer 11 EEG 2021 zu profitieren.

Auf der anderen Seite ist die Förderung nach dem EEG ein Paradebeispiel dafür, dass durch die ausdrückliche Ermutigung zu bestimmten Investitionen ein besonderes Vertrauen in den Fortbestand der günstigen Rechtslage gesetzt wird. Das Anreizregime des EEG beruht darauf, dass eine gewisse Vergütung über den gesamten 20- bzw. in der Anschlussförderung zehnjährigen Förderzeitraum garantiert und nicht etwa im Laufe der Zeit abgesenkt oder sonst angepasst wird. Aus diesem Grund sind auf EEG-Anlagen nach den umfangreichen Übergangsbestimmungen grundsätzlich die jeweils zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme einer Anlage gültigen EEG-Fassungen anwendbar. Diese, ein besonderes Vertrauen schaffende Wirkung des EEG hat auch das Bundesverfassungsgericht anerkannt:

„Verspricht der Gesetzgeber allerdings - wie hier in den verschiedenen Fassungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes - für einen konkret festgelegten längeren Zeitraum Vergütungen einer bestimmten Höhe für nach den Bedingungen des Gesetzes produzierten Strom, schafft er eine besondere Vertrauensgrundlage für darauf aufbauende Investitionen. Auf die Initiierung derartiger Investitionen ist eine solche Gesetzgebung angelegt. Die Erwartung, diese Rechtslage werde für den garantierten Zeitraum insoweit unverändert bleiben, genießt daher besonderen verfassungsrechtlichen Schutz. Den darauf aufbauenden Investitionen kann der Gesetzgeber mit Wirkung für den geschützten Zeitraum nicht ohne weiteres im Nachhinein die Grundlage entziehen.“⁸⁹

Die Argumente gelten selbstverständlich nicht nur für die Grund- sondern auch für die Anschlussförderung. Denn auch dafür wird spätestens mit dem Zuschlag – der sicheren Zusage, dass die Anlage bei Erfüllen der Voraussetzungen in die Anschlussförderung aufgenommen wird – für einen konkret festgelegten längeren Zeitraum eine Vergütung in einer bestimmten Höhe versprochen. Damit ermutigt der Gesetzgeber die Betreiber von Biogas-Bestandsanlagen zu erheblichen konkreten Investitionen in die Modernisierung und Flexibilisierung ihrer Anlage. Das Vertrauen der Anlagenbetreiber darauf, dass sie in der Anschlussförderung nicht nur die Marktprämie erhalten, sondern als Kompensation für die Vorhaltung flexibler Leistung auch den Flexibilitätszuschlag, genießt also in besonderem Maße verfassungsrechtlichen Schutz.

d) Unverhältnismäßigkeit der Regelung

Die unechte Rückwirkung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Sie ist schon nicht geeignet, das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel zu fördern. Dem

⁸⁹ BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 – 1 BvR 1299/15 – Rn. 25.

Gesetzgeber standen ferner mildere Mittel zur Verfügung. Jedenfalls aber ist die Regelung unverhältnismäßig im engeren Sinne. Denn die besonders schützenswerten Bestandsschutzinteressen der Anlagenbetreiber überwiegen das Änderungsinteresse des Gesetzgebers und der Allgemeinheit.

(1) Geeignetheit

Ausweislich der – knappen – Gesetzesbegründung verfolgt der Gesetzgeber mit der Regelung das Ziel, „Mitnahmeeffekte und eine Doppelförderung für ein und dieselbe Leistung zu verhindern“.⁹⁰ Bereits oben ist ausführlich dargelegt worden, dass eine Doppelförderung auch nach den bisher geltenden Bestimmungen nicht zu erwarten und bisher auch weder vom deutschen Gesetzgeber noch von der EU-Kommission thematisiert worden war. Die Inanspruchnahme des jeweiligen Förderinstruments erfordert jeweils eigene Investitionen in eine Bestandsanlage. Jeder Investitionsschritt wird durch eines der beiden Instrumente, die jeweils auch ganz unterschiedliche Anforderungen an den Anlagenbetrieb stellen, aufgefangen. Erfolgt die Flexibilisierung in nur einem Schritt in Hinblick auf die Anschlussförderung, so ist zwar innerhalb der Wechselferioden eine kurzzeitige, oft nur wenige Monate dauernde Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie zusätzlich zum Flexibilitätszuschlag für dieselbe Investition möglich. Die dafür erhaltenen Fördersummen sind aber keineswegs ausreichend, um die gesamte Investition zu stemmen und die Anlage über zehn Jahre rentabel zu betreiben. Dies zeigt sich schon daran, dass Neuanlagen den Flexibilitätszuschlag über die gesamte 20-jährige Förderdauer erhalten.

Wenn aber Doppelförderungen nicht zu erwarten sind, so kann die Regelung auch nicht zu deren Vermeidung beitragen. Damit ist sie nicht geeignet, das gesetzgeberische Ziel zu fördern.

(2) Erforderlichkeit

Die Regelung ist aber – ginge man dennoch von einer Geeignetheit aus – auch nicht erforderlich, um das Ziel der Vermeidung von Doppelförderungen zu erreichen. Dem Gesetzgeber hätten mildere, gleich geeignete (bzw. sogar besser geeignete, da nicht überschießende) Mittel zur Verfügung gestanden. So hätte beispielsweise Anlagenbetreibern die Möglichkeit eingeräumt werden können, statt eines Entfallens des Flexibilitätszuschlags eine (teilweise) Rückzahlung der Flexibilitätsprämie zu wählen. Dies hätte zumindest in den Fällen, in denen nur wenige Monate innerhalb der Wechselferioden die Flexibilitätsprämie für die erweiterte Anlage in Anspruch genommen worden ist, deutlich geringere Auswirkungen auf das Finanzierungskonzept und wäre daher – geht man entgegen der hier vertretenen Ansicht von einer Überförderung aus – eine sachgerechtere Lösung.⁹¹ Alternativ hätte der Gesetzgeber auch regeln können, dass sich der Flexibilitätszuschlag um die

⁹⁰ BT-Drs. 19/25316, S. 22.

⁹¹ Vgl. hierzu die Darstellung unter II. 2. b) (4).

Summe der bislang ausgezahlten Flexibilitätsprämie verringert oder – dies liefe rechnerisch auf dasselbe Ergebnis hinaus – nur entsprechend dem Zeitraum, für den die Flexibilitätsprämie bislang in Anspruch genommen worden ist und nur in Höhe der tatsächlich geförderten Zusatzleistung verringert.

(3) Angemessenheit

Jedenfalls aber ist § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 unverhältnismäßig im engeren Sinne.

Zur Beurteilung der Angemessenheit einer Norm ist zu prüfen, ob die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen. Dabei sind das Vertrauen der Einzelnen auf die Fortgeltung der Rechtslage und die gerade mit der Rückwirkung verfolgten Interessen der Allgemeinheit abzuwägen. Dafür kommt es auf der einen Seite darauf an, in welchem Maße das Vertrauen in den Fortbestand des alten Rechts schutzwürdig ist und wie schwer das Interesse der Betroffenen am Fortbestand des alten Rechts wiegt. Auf der anderen Seite entscheidet das Gewicht des Interesses der Allgemeinheit an der unecht rückwirkenden Änderung des Rechts. Je schutzwürdiger das durch die Rückwirkung enttäuschte Vertrauen und je gewichtiger das Bestandsinteresse der Betroffenen ist, desto eher überwiegt dies das vom Gesetzgeber verfolgte Interesse der Allgemeinheit an einer unecht rückwirkenden Änderung des Rechts.⁹²

Die Bestandsinteressen der Biogasanlagenbetreiber verdienen aufgrund der auf langjährige Förderung in konstanter Höhe ausgerichteten Anreiz- und Vergütungssystematik des EEG besonderen Schutz (vgl. dazu schon oben III. 2. c)), weshalb ihnen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein nicht unerhebliches Gewicht zukommt.⁹³ Sie wiegen aber auch deshalb besonders schwer, weil mit der Streichung des Flexibilitätszuschlags fest in der Wirtschaftlichkeitskalkulation eingeplante Einnahmen in sechs- bis siebenstelliger Höhe ersatzlos wegfallen. Damit dürfte die Renditeerwartung vieler Anlagenbetreiber völlig entwertet werden, wenn nicht sogar – existenzbedrohende – Verluste drohen, insbesondere bei einer hohen Fremdkapitalfinanzierung.

Dass die bisher geltenden Fördersätze von 40 Euro pro Kilowatt Flexibilitätszuschlag und einem anzulegenden Wert von zuletzt 16,40 ct/kWh bei Bestandsanlagen ohnehin knapp kalkuliert waren, wird im Übrigen dadurch deutlich, dass beide Vergütungskomponenten mit dem EEG 2021 angehoben wurden: Der Flexibilitätszuschlag beträgt nach § 50a Absatz 1 EEG 2021 nunmehr 65 Euro pro kW und Jahr für Neuanlagen sowie für die bei Bestandsanlagen gegebenenfalls förderfähige neu

⁹² BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2020 – 1 BvR 1679/17 – Rn. 132.

⁹³ BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 – 1 BvR 1387/15 – Rn. 51.

hinzugebaute Leistung. Für künftig an Ausschreibungen teilnehmende Bestandsanlagen beträgt der Höchstgebotswert gemäß § 39g Absatz 5 Nummer 3 EEG 2021 im Jahr 2021 18,40 ct/kWh.

Abgesehen davon, dass bezuschlagte Vorhaben ohnehin nicht von einer Erhöhung des anzulegenden Werts für zukünftige Ausschreibungen profitieren, kann diese Erhöhung auch nicht als Kompensation für den teilweisen Wegfall der Vergütung über den Flexibilitätszuschlag gesehen werden. Denn zum einen war die Erhöhung des anzulegenden Werts bereits im Regierungsentwurf enthalten,⁹⁴ als die Änderung des § 50a Absatz 1 EEG 2021 noch gar nicht zur Debatte stand. Zum anderen wurde auch der anzulegende Wert für neue Biogasanlagen gemäß § 39b Absatz 1 EEG 2021 von zuletzt 14,44 ct/kWh auf nunmehr 16,40 ct/kWh, also ebenfalls um fast 2 ct/kWh angehoben. Offensichtlich hielt der Gesetzgeber also für Neuanlagen und auch für unter der Geltung des EEG 2021 in die Anschlussförderung wechselnde Bestandsanlagen eine insgesamt deutlich höhere Förderung für notwendig. Auch hierin zeigt sich die finanzielle Bedeutung des Flexibilitätszuschlags für bereits bezuschlagte Anlagenbetreiber, die insgesamt bereits mit deutlich niedrigeren Sätzen kalkulieren mussten.

Auf der anderen Seite wiegen die vom Gesetzgeber gerade mit der Rückwirkung verfolgten Ziele nicht besonders schwer. Das folgt zum einen schon daraus, dass das Ziel der Regelung überhaupt nicht erreicht wird, sondern es statt einer vermeintlichen Vermeidung von Doppelförderungen zu einer Unterförderung von bereits deutlich vor der Gesetzesänderung konzeptionierter und realisierter Vorhaben kommt.

Zum anderen setzt sich der Gesetzgeber mit der Rückwirkung der von ihm getroffenen Regelung nicht auseinander, so dass auch nicht deutlich wird, welchen Zweck er spezifisch damit verfolgt. Es wird an keiner Stelle zwischen der zukünftigen Wirkung der Neuregelung und ihren Auswirkungen auf bereits realisierte Vorhaben unterschieden. Es wird auch nicht begründet, warum die Erstreckung der Regelung auf bisherige Vorhaben notwendig ist, obwohl bisher weder der deutsche Gesetzgeber noch die EU-Kommission die Gefahr einer Doppelförderung gesehen haben. Neue Zahlen oder Studien werden jedenfalls nach den öffentlich zugänglichen Materialien nicht zu Grunde gelegt. Ein berechtigtes Interesse an der Rückwirkung ist daher mangels Konkretisierung durch den Gesetzgeber nicht erkennbar. Es liegt vielmehr nahe, dass die Wirkung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 auf bereits bezuschlagte Vorhaben schlicht übersehen worden ist.

Dies würde auch erklären, warum § 100 Absatz 2 Nummer 11 EEG 2021, der bereits im Regierungsentwurf enthalten war, eine in Bezug auf den (teilweisen) Wegfall des

⁹⁴ BT-Drs. 19/23482, S. 32.

Flexibilitätszuschlags völlig unzureichende Übergangsregelung trifft,⁹⁵ die deshalb ebenfalls nicht zur Rechtfertigung der Angemessenheit der Regelung angeführt werden kann.

Dem Ergebnis, dass die besonders schützenswerten Bestandsinteressen der Anlagenbetreiber die vom Gesetzgeber nicht einmal spezifizierten Ziele der Rückwirkung überwiegen, steht auch nicht entgegen, dass der Gesetzgeber nicht gehalten ist, bei Systemwechseln und der Umstellung von Rechtslagen die Betroffenen von jeder Belastung zu verschonen oder jeglicher Sonderlast mit einer Übergangsregelung zu begegnen.⁹⁶ Denn ein „Systemwechsel“, wie etwa bei der Neustrukturierung der Förderung von Biomasse im EEG 2014, liegt den Regelungen des EEG 2021 gerade nicht zu Grunde. § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 ist nicht etwa eine von vielen Begleiterscheinungen einer grundlegenden Umstellung, die nicht allesamt aufgefangen werden müssten.

Auch die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum besonderen Vertrauensschutz im EEG bestätigt das oben gefundene Ergebnis. Zwar schließt dieser nicht jegliche Randkorrektur der Gewährungsbedingungen aus, sofern sie sich auf ein berechtigtes öffentliches Interesse stützen kann, die Garantie im Kern unberührt lässt und das berechtignte Vertrauen der Betroffenen nicht unangemessen zurücksetzt.⁹⁷ Die Einführung der Höchstbemessungsleistung für Bestandsanlagen durch das EEG 2014 hielt das Bundesverfassungsgericht gemessen an diesen Maßstäben beispielsweise für mit dem Vertrauensschutz vereinbar.

Der Fall ist jedoch mit dem vorliegenden nicht vergleichbar: Dass der Flexibilitätszuschlag während der Anschlussförderung entfällt, ist gerade keine Randkorrektur. Vielmehr fehlt damit eine von zwei Vergütungssäulen, die der Förderung von Biogasanlagen seit dem EEG 2014 zu Grunde liegt. Die Vergütungsgarantie wird daher nicht nur in einem Randaspekt, sondern in ihrem Kern angetastet.

Ein besonderes öffentliches oder „Systemumstellungsinteresse“, das eine Veränderung auch für Bestandsanlagen mit sich bringt und auf neuen Erkenntnissen oder Zielsetzungen beruht,⁹⁸ besteht hingegen nicht. § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 steht vielmehr im Gegensatz zu der ansonsten im EEG 2021 vorgenommenen Anhebung von Fördersätzen für Biogasanlagen.

Die durch den Wegfall des Flexibilitätszuschlags entgangenen Einnahmen können auch nicht etwa durch eine Anpassung der Betriebsweise der Anlage ausgeglichen werden.⁹⁹ Denn jegliche

⁹⁵ Vgl. hierzu bereits oben I. 3. d).

⁹⁶ BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2020 – 1 BvR 1679/17 – Rn. 132.

⁹⁷ BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 – 1 BvR 1299/15 – Rn. 25.

⁹⁸ So war die Beschränkung der Höchstbemessungsleistung etwa Ausfluss dessen, dass eine Abkehr von der Verwendung nachwachsender Rohstoffe gewollt war, nachdem unerwünschte Entwicklungen beobachtet worden waren, vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 – 1 BvR 1299/15 – Rn. 27.

⁹⁹ Aufgrund dieser Möglichkeit ging das Bundesverfassungsgericht u. a. davon aus, dass Anlagenbetreiber durch die Einführung der Höchstbemessungsleistung für Bestandsanlagen

Stromproduktion, die über die Höchstbemessungsleistung hinausgeht, wird nicht über die Marktprämie vergütet. Das Vorhalten eines Überbaus an Leistung ist daher nicht anderweitig kompensationsfähig.

Nach alldem überwiegt das Bestandsschutzinteresse der Anlagenbetreiber die Veränderungsinteressen des Gesetzgebers.

3. Verletzung von Anlagenbetreibern in ihren Grundrechten aus Art. 14 Absatz 1 und Art. 12 Absatz 1 GG

Der Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot verletzt die betroffenen Anlagenbetreiber in ihrem Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 Absatz 1 GG. Dabei kann die vom Bundesverfassungsgericht bisher nicht entschiedene Frage offen bleiben, ob von Art. 14 Absatz 1 auch künftig entstehende Vergütungsansprüche nach dem EEG erfasst werden. Denn jedenfalls geschützt ist das Eigentum an den im Vertrauen auf die bestehende Gesetzeslage bereits getätigten Investitionen, die – wie hier – durch eine Gesetzesänderung in unverhältnismäßiger Weise entwertet werden.¹⁰⁰

Das Betreiben einer Biogasanlage fällt ferner in den Schutzbereich der Berufsfreiheit nach Art. 12 Absatz 1 GG. Beruf ist jede Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.¹⁰¹ Der Betrieb der Biogasanlage der Beschwerdeführer ist darauf ausgerichtet, mit dem produzierten Strom und dem Vorhalten flexibler Leistung Einnahmen zu erzielen, die die getätigten Investitionen nach einer gewissen Amortisierungszeit nicht nur aufwiegen, sondern sich darüber hinaus in einen unternehmerischen Gewinn niederschlagen. Folglich handelt es sich bei dem Betrieb einer Biogasanlage um einen Beruf im Sinne des Artikel 12 Absatz 1 GG. Mit der Verkürzung der Ansprüche wird in dessen Eignung zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage rückwirkend in nicht zu rechtfertigender Weise eingegriffen.

4. Verletzung von Anlagenbetreibern in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Absatz 1 GG

Die Neuregelung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 verstößt darüber hinaus aber auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Absatz 1 GG.

a) Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet es, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Verboten ist daher auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss,

keine substantielle Beeinträchtigung darstellte, vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 – 1 BvR 1299/15 – Rn. 40.

¹⁰⁰ BVerfG, Urteil vom 6. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11 – Rn. 372.

¹⁰¹ BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 – 1 BvR 558/91 – Rn. 41.

bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird.¹⁰²

Dabei sind zur Feststellung einer Ungleichbehandlung Vergleichsgruppen zu bilden, die unter einen gemeinsamen Oberbegriff fallen. Danach ist zu prüfen, ob diese Vergleichsgruppen je unterschiedlich behandelt werden.¹⁰³

Die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung verlangt nach der sogenannten Willkürformel jedenfalls einen sachlichen Grund. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich jedoch unterschiedliche Grenzen, die bis hin zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung reichen können und die sich für jeden Einzelfall aufgrund des jeweils betroffenen Regelungsbereichs ergeben.¹⁰⁴ Anhaltspunkt für einen Prüfungsmaßstab, der über eine bloße Willkürprüfung hinausgeht, ist dabei etwa eine gleichzeitige Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Freiheiten.¹⁰⁵

Nach diesen Maßstäben dürfte die Neuregelung des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen sein, da sie auch zu einer Beschränkung von Freiheitsrechten führt (siehe dazu oben). Dass die Neuregelung in § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht genügt, ist bereits oben dargelegt worden. Die Argumente sind insofern übertragbar.

Aber selbst wenn ein großzügigerer Maßstab gewählt wird, stellt § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz dar. Denn es kommt in mehrfacher Hinsicht zu einer Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte. Ein sachlicher Grund für die Differenzierung ist jeweils nicht ersichtlich.

b) Ungerechtfertigte Unterscheidung zwischen Neuanlagen und Bestandsanlagen

Zum einen ist hier die unterschiedliche Behandlung von Neuanlagen und Bestandsanlagen zu nennen, die beide unter den Oberbegriff der „EEG-geförderten Biogasanlage“ fallen. Während Neuanlagen über einen Zeitraum von 20 Jahren vom Flexibilitätszuschlag von (nunmehr) 65 Euro/kW und Jahr, bezogen auf die gesamte installierte Leistung, profitieren, können Bestandsanlagen in der Anschlussförderung maximal eine teilweise Förderung ihrer installierten Leistung über einen Zeitraum von zehn Jahren erhalten.

Diese Ungleichbehandlung hinsichtlich der geförderten Leistung entbehrt eines sachlichen Grundes. Denn Neuanlagen und Bestandsanlagen in der Anschlussförderung müssen dieselben

¹⁰² BVerfG, Beschluss vom 07. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 – Rn. 73 m.w.N.

¹⁰³ Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2005 – 2 BvF 2/01 –, BVerfGE 113, 167-273, Rn. 157.

¹⁰⁴ BVerfG, Beschluss vom 07. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 – Rn. 74.

¹⁰⁵ BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2005 – 2 BvR 167/02 – Rn. 32.

Anforderungen erfüllen. Eine der Anschlussförderung vorausgegangene Förderung über die Flexibilitätsprämie ist kein geeigneter Anknüpfungspunkt für eine Differenzierung. Denn sie kompensiert nicht für den nötigen Überbau in der Anschlussförderung und führt ferner allenfalls zu einer ebenfalls 20 Jahre andauernden Förderung. Zu beachten ist insoweit, dass die Flexibilitätsprämie ebenfalls nur für maximal 10 Jahre gewährt wird. Auch der Umstand, dass sich die Flexibilitätsprämie auf 130 Euro je kW beläuft, vermag die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen. Denn die Flexibilitätsprämie wird lediglich für die sog. Zusatzleistung, mithin maximal 50 Prozent der installierten Leistung, gezahlt und entspricht damit im Gesamtbetrag maximal dem Flexibilitätszuschlag, ist jedoch niemals höher als dieser.

c) Ungerechtfertigte Unterscheidung zwischen bezuschlagten Bestandsanlagen mit Wechseltermin vor und nach dem 31. Dezember 2020

Noch eklatanter ist die Ungleichbehandlung von bereits bezuschlagten Bestandsanlagen, die noch vor dem 31. Dezember 2020 in die Anschlussförderung gewechselt haben und solchen, die dies nicht getan haben. Die Betreiber beider Anlagenarten haben aufgrund einer im Zuschlagsbescheid verkörperten konkreten rechtlichen Position und im Vertrauen auf diese bereits Investitionen getätigt. Die Sachverhalte sind daher wesentlich gleich.

Während aber diejenigen Anlagenbetreiber, die bereits vor dem 31. Dezember 2020 in die Anschlussförderung gewechselt haben, nach § 100 Absatz 1 Nummer 2 EEG 2021 von der Anwendung der Regelungen des EEG 2017 und damit von einer im Vergleich zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung gleichbleibenden Rechtslage profitieren, müssen Anlagenbetreiber, die erst nach dem Stichtag wechseln, aufgrund von § 50a Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit § 100 Absatz 2 Nummer 11 EEG 2021 eine zumindest teilweise Kürzung ihres Anspruchs auf Flexibilitätszuschlag hinnehmen.

Die Ungleichbehandlung ist besonders gravierend, wenn aufgrund der frühzeitigen Realisierung des Vorhabens bereits für die gesamte installierte Leistung, also auch für einen Zubau im Hinblick auf die Anschlussförderung, die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden ist, da dann der Anspruch nicht nur anteilig, sondern vollständig entfällt.

Dabei erscheint die Anknüpfung an einen Stichtag für die erstmalige Inanspruchnahme des Flexibilitätszuschlags, der zudem in der Vergangenheit liegt und daher von den Betroffenen nicht mehr beeinflussbar ist, völlig willkürlich. Warum es für die unterschiedliche Vergütung von ansonsten absolut identischen, bereits bezuschlagten und realisierten Vorhaben auf einen fixen Wechselstichtag ankommen soll, erschließt sich nicht. Dieser vermag noch nicht einmal über die Dauer des Zeitraums, in dem für das erweiterte Anlagenkonzept die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen worden ist, Auskunft zu geben. Denn ein Anlagenbetreiber kann vor dem Stichtag den

Wechsel vollzogen und dennoch vorher über einen längeren Zeitraum die Flexibilitätsprämie erhalten haben als ein Anlagenbetreiber, der erst danach in die Anschlussförderung wechselt.

Nur zur Illustration seien zwei fiktive Anlagenbetreiber gegenübergestellt, die ihre Anlage jeweils von 500 kW im ersten Förderzeitraum auf 1.000 (flexible) kW in der Anschlussförderung ausgebaut haben. Hierfür mussten sie u.a. für die Anschaffung eines weiteren BHKW mit 1.000 kW Leistung und die Ertüchtigung des Bestands-BHKW sowie entsprechende Genehmigungen jeweils eine Summe von etwa 600.000 Euro aufwenden.¹⁰⁶

Beide Anlagenbetreiber haben im ersten Gebotstermin im September 2017 einen Zuschlag für die Anschlussförderung erhalten. Beide haben die Flexibilisierungsmaßnahmen im Jahr 2020 fertiggestellt und die zugebaute Leistung im Marktstammdatenregister gemeldet. Anlagenbetreiber A hat zum 1. Januar erstmals die Flexibilitätsprämie bezogen und ist zum 1. Oktober 2020 in die Anschlussförderung gewechselt. Anlagenbetreiber B hat zum 1. Juli erstmals die Flexibilitätsprämie erhalten und hat aufgrund der besonderen Corona-Bestimmungen den Wechselstichtag (vgl. dazu oben I.3.d)) auf den 1. Januar 2021 festgelegt. A hat somit vor dem Stichtag der Übergangsregelung bereits den Flexibilitätszuschlag in Anspruch genommen und wird deswegen weiterhin, wie geplant, über zehn Jahre mit insgesamt 400.000 Euro gefördert. Ferner hat er im Jahr 2020 für neun Monate (Januar-September) von der Flexibilitätsprämie profitiert, die sich auf maximal 48.750 Euro beläuft ($500 \times 130 \text{ Euro/Jahr} \times 0,75 \text{ Jahre}$).¹⁰⁷ Zusammengenommen beträgt die Flexibilitätsförderung also 448.750 Euro.

Für B hingegen entfällt die Förderung über den Flexibilitätszuschlag völlig, obwohl er ebenfalls mit der Summe von 400.000 Euro kalkuliert hat. Denn er hat vor dem Stichtag der Übergangsregelung zu keinem Zeitpunkt den Flexibilitätszuschlag in Anspruch genommen, andererseits aber bereits für die gesamte nun installierte Leistung von 1.500 kW für sechs Monate (Juli-Dezember) die Flexibilitätsprämie erhalten. Diese maximal 32.500 Euro ($500 \times 130 \text{ Euro/Jahr} \times 0,5 \text{ Jahre}$) verbleiben ihm nun als einzige Form der Flexibilitätsförderung.

Die Differenz zwischen den Fördersummen von A und B von 416.250 Euro entbehrt jeglicher Rechtfertigung, zumal A sogar in höherem Maße von der Flexibilitätsprämie profitiert hatte als B. Die Stichtagsregelung führt also zu willkürlichen Ergebnissen.

Mit dem Stichtag ist auch keinerlei Anreizwirkung etwa für eine möglichst schnelle Realisierung verbunden, welche gegebenenfalls sachgerecht wäre. Denn ob eine Anlage von der

¹⁰⁶ Mittelwert auf Grundlage einer Umfrage unter acht als Experten bekannten Planern und Biogasunternehmen durch das Netzwerk „Flexperten“.

¹⁰⁷ Gemäß Anlage 3 Nummer II.2 darf maximal die Hälfte der installierten Leistung als zusätzliche Leistung bezuschusst werden. In Jahren, in denen die Flexibilitätsprämie nicht für das volle Jahr in Anspruch genommen wird, erfolgt eine anteilige Kürzung.

Übergangsregelung profitiert oder nicht war aufgrund des kurzen Vorlaufs im Gesetzgebungsverfahren und der Wechselfristen nicht mehr beeinflussbar.

Es gibt also schlicht keine sachliche Erwägung, die die Ungleichbehandlung anhand eines in der Vergangenheit liegenden Stichtags rechtfertigt.

§ 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 verletzt Anlagenbetreiber daher nicht nur in ihren Grundrechten auf Eigentum und Berufsfreiheit, sondern stellt auch in mehrfacher Hinsicht einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlich verbürgten Gleichbehandlungsgrundsatz dar.

5. Verletzung von Anlagenbetreibern in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Absatz 1 in Verbindung mit Art. 20 Absatz 3 GG

Jedenfalls aber führt die oben dargestellte Verletzung des allgemeinen Vertrauensschutzgebots aus Art. 20 Absatz 3 GG zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das „Auffanggrundrecht“ des Art. 2 Absatz 1 GG.

6. Ergebnis zum Verfassungsrecht

Mit § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 entwertet der Gesetzgeber im Zusammenspiel mit der Übergangsregelung des § 100 Absatz 2 Nummer 11 EEG 2021 Investitionen, die im Vertrauen auf die bestehende Rechtslage getätigt worden sind. Da dieses Vertrauen aufgrund der Fördersystematik des EEG besonders schützenswert ist und weil die Gesetzesänderung zur Erreichung des mit ihr angestrebten Ziels – sofern ein solches überhaupt erkennbar ist – schon nicht geeignet, jedenfalls aber unangemessen ist, ist diese Rückwirkung nicht gerechtfertigt. Der Verstoß gegen den Vertrauensschutzgrundsatz führt zu einer Verletzung betroffener Anlagenbetreiber in ihren Grundrechten auf Eigentum und Berufsfreiheit. Daneben liegt mangels geeigneter Anknüpfungspunkte für eine Differenzierung auch ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz vor.

Die Regelung ist daher in ihrer derzeitigen Ausgestaltung verfassungswidrig.

gez.

Dr. Hartwig von Bredow
Rechtsanwalt

gez.

Veronika Widmann
Rechtsanwältin