



vonBredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

# **Rechtliche Bewertung § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021**

Flexperten-Workshop

24. Februar 2021

Rechtsanwalt Dr. Hartwig von Bredow  
Rechtsanwältin Veronika Widmann

# Über von Bredow Valentin Herz



- ....► Beratung u.a. von Anlagenbetreibern, Projektentwicklern, Stadtwerken, Energiehändlern und Großverbrauchern
- ....► Energierecht, Recht der erneuerbaren Energien, Bau- und Planungsrecht
- ....► Vertragsgestaltung und -prüfung
- ....► Gutachterliche Beantwortung von Rechtsfragen
- ....► Vertretung in Verwaltungsverfahren und vor Gerichten
- ....► Kauf und Verkauf von Anlagen

## Facts:

- ....► **branchenfokussiert**
- ....► **bundesweit tätig**
- ....► **11 RechtsanwältInnen**
- ....► **Sitz in Berlin-Mitte**

# Im Bereich Biogas



vonBredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB



**Dr. Hartwig von Bredow**  
Rechtsanwalt und Partner



**Veronika Widmann**  
Rechtsanwältin

- ....► beraten wir u.a. Hersteller, Projektentwickler und Anlagenbetreiber
- ....► gestalten, prüfen und verhandeln wir alle erforderlichen Verträge (Wärmelieferverträge, Gaslieferverträge, Direktvermarktungsverträge, Substratlieferverträge, Betriebsführungsverträge etc.)
- ....► Klärung EEG-rechtlicher Fragen (Anlagenbegriff, Boni, Höchstbemessungsleistung, etc.) und konventionelle Beratung (Versetzung von BHKW, Eigenversorgung, etc.)
- ....► umfassende Beratung im Bereich Biomethanhandel und Treibhausgasminderungs-Quote
- ....► beraten wir zum Netzanschluss (Strom und Gas) und setzen die Interessen von Anlagenbetreibern und Projektentwicklern gegenüber Netzbetreibern durch.



# Ausgangssituation & Fragestellung

- 🕒 § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 im Dezember 2020 äußerst kurzfristig und für die Branche überraschend ins EEG 2021 eingeführt
- 🕒 Sinn und Zweck der Regelung sowie Rechtsfolgen nicht selbsterklärend
- 🕒 Fragestellungen:
  - .....▶ Wie ist § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 auszulegen?
  - .....▶ Welche Rechtsfolgen hat er für Biogas-Bestandsanlagen in der Anschlussförderung?
  - .....▶ Ist die Regelung aus Sicht des EU-Beihilfenrechts notwendig?
  - .....▶ Ist die Regelung verfassungskonform?



# Ergebnisse unserer Prüfung

- 🕒 § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 ist äußerst unglücklich formuliert und einer Auslegung kaum zugänglich
- 🕒 Rechtsfolgen der einzig praktikablen Auslegung:
  - .....▶ Flexzuschlag nur für installierte Leistung, die für Anschlussförderung zugebaut wird
  - .....▶ Zubau ohne völligen Verlust des Anspruchs derzeit nicht möglich
  - .....▶ Kompensation für HBL und für Investitionen in Flexibilität fällt ersatzlos weg
- 🕒 EU-Beihilfenrecht steht Förderung über Flexprämie und Flexzuschlag nicht entgegen, da es nicht zu einer Doppelförderung kommt
- 🕒 § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 ist wegen Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot und den Gleichheitsgrundsatz verfassungswidrig



# Bisherige Gesetzeslage

## Flexibilitätsprämie

- ☺ Bestandsanlagen im 1. Förderzeitraum
- ☺ Maximale Vergütungsdauer: 10 Jahre
- ☺ 130 € / kW Zusatzleistung ( $P_{\text{Zusatz}}$ ) im Jahr
- ☺ Zusatzleistung darf maximal 50 Prozent der installierten Leistung betragen
  - .....▶ Dann: 65 € / kW installierter Leistung
- ☺ Kompensation für freiwilligen Verzicht darauf, gesamte Anlage zur Stromproduktion zu nutzen

## Flexibilitätszuschlag

- ☺ Neuanlagen und Bestandsanlagen in der Anschlussförderung
- ☺ Vergütungsdauer: 20 Jahre bei Neu-, 10 Jahre bei Bestandsanlagen
- ☺ 40 € / kW installierter Leistung im Jahr
- ☺ Kompensation für HBL
  - .....▶ Erzwungener Verzicht darauf bzw. „Verbot“, die gesamte Anlage zur Stromproduktion zu nutzen, wird ausgeglichen

## Flexibilitätsprämie

- Bestandsanlagen im 1. Förderzeitraum
- Maximale Vergütungsdauer: 10 Jahre
- 130 € / kW Zusatzleistung ( $P_{Zu}$ )
- Zusatzleistung darf maximal 50 Prozent der installierten Leistung betragen
  - .....► Dann: 65 € / kW installierter Leistung
- Kompensation für freiwilligen Verzicht darauf, gesamte Anlage zur Stromproduktion zu nutzen

## Flexibilitätszuschlag

- Neuanlagen und Bestandsanlagen in der Anschlussförderung
- Vergütungsdauer: 20 Jahre bei Neu-, 10 Jahre bei Bestandsanlagen
- 40 € / kW installierter Leistung im Jahr
- Kompensation für HBL
  - .....► Erzwungener Verzicht darauf bzw. „Verbot“, die gesamte Anlage zur Stromproduktion zu nutzen, wird ausgeglichen



# Wie wurde und wird flexibilisiert? (1/2)

## 🔄 In der Regel in zwei Flexibilisierungsschritten

🐮 1. Flexibilisierungsschritt während des ersten Förderzeitraums durch:

.....▶ Zubau eines weiteren BHKW und größeren Trafos

.....▶ Oder gedrosselter Betrieb des bestehenden BHKW, dann weniger Marktprämie

.....▶ ggfs. Ausbau des Gasspeichers, um flexiblen Betrieb zu gewährleisten

🐮 2. Flexibilisierungsschritt beim Übergang in die Anschlussförderung

.....▶ ggfs. erneut Zubau von Leistung

.....▶ In der Regel Erweiterung von Gas- und Wärmespeicher, um Einspeisung bei negativen Preisen vermeiden zu können und Fahrplanbetrieb zu ermöglichen

.....▶ Jedenfalls: Ertüchtigung/Wartung der bestehenden Anlage und technische Nachrüstung zur Anpassung an neue Vorgaben (z.B. SCR-Kat nach 44. BImSchV)



# Wie wurde und wird flexibilisiert? (2/2)

- 🕒 Alternativ bereits im ersten Förderzeitraum umfassende Flexibilisierung
  - 🐮 Fahrplanbetrieb und ausreichend Speicher, um marktorientiert einzuspeisen
  - 🐮 Hohe Investitionskosten, die von Flexprämie allein nicht gedeckt werden, sondern erst durch Kombination aus Flexprämie und Flexzuschlag
  - 🐮 Zweiter Investitionsschritt dann zwar geringer
  - 🐮 Aber: Ertüchtigung und Nachrüstung nach technischen Vorgaben dennoch nötig
  
- 🕒 Notwendige Folge jeder Flexibilisierung: Teil der Anlage wird nicht mehr zur Stromproduktion genutzt



# Änderungen durch das EEG 2021

# Änderungen durch das EEG 2021

- 🕒 Relevant für Neuanlagen und für Anlagen in der Anschlussförderung
- 🕒 Flexzuschlag auf 65 Euro / kW installierter Leistung angehoben
  - .....▶ Entspricht der Höhe nach der maximal erzielbaren Flexprämie
- 🕒 Verringerung der HBL auf 45 Prozent der installierten Leistung
- 🕒 Einführung eines Qualitätskriteriums für Flexibilität in § 50 Absatz 3 EEG 2021
  - .....▶ Anspruch auf Flexprämie und Flexzuschlag besteht nur, wenn in mindestens 4.000 Viertelstunden im Jahr eine Strommenge erzeugt wird, die mindestens 85 Prozent der installierten Leistung entspricht
- 🕒 Verschärfung der Regelung zu negativen Preisen in § 51 EEG 2021
- 🕒 Anforderungen an flexiblen Anlagenbetrieb steigen!



## § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021

- 🕒 In § 50a EEG 2021 ist der Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag geregelt
- 🕒 Neu eingefügt: § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021
- 🕒 Wortlaut:

*„Der Anspruch [auf den Flexzuschlag] **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.**“*





# Wie ist die Norm zu verstehen?

🕒 Warum verringert sich der Anspruch, wenn er doch mit 65 Euro höher ist als noch im EEG 2017 (40 Euro)?

- .....▶ Verringern bezieht sich offenbar auf die Menge an Leistung, für die Anspruch besteht
- .....▶ Es soll nur noch ein „Mehr“ an Leistung gefördert werden

🕒 Wie wird dieses „Mehr“ ermittelt?

- .....▶ „flexibel bereitgestellte Leistung“ ist im EEG nicht definiert
- .....▶  $P_{\text{Zusatz}}$  wie bei Flexprämie passt nicht: Flexzuschlag basiert auf installierter Leistung
- .....▶ Zudem:  $P_{\text{Zusatz}}$  schwankt
- .....▶ Gesetzesbegründung unergiebig: danach 50 Prozent der bisher flexibel bereitgestellten Leistung bereits amortisiert
- .....▶ Aber 50 Prozent spiegeln sich im Wortlaut nicht wider

# Wie ist die Norm zu verstehen?

- Warum verringert sich der Anspruch, wenn er doch mit 65 Euro höher ist als noch im EEG 2017 (40 Euro)?

- .....► Verringern bezieht sich offenbar auf die Menge an Leistung, für die Anspruch besteht
- .....► Es soll nur noch ein „Mehr“ an Leistung gefördert werden

- Wie wird dieses „Mehr“ ermittelt?

- .....► „flexibel bereitgestellte Leistung“ ist im EEG nicht definiert
- .....►  $P_{\text{Zusatz}}$  wie bei Flexprämie passt nicht, Flexzuschlag basiert auf installierter Leistung
- .....► Zudem:  $P_{\text{Zusatz}}$  schwankt
- .....► Gesetzesbegründung unergiebig: danach 50 Prozent der bisher flexibel bereitgestellten Leistung bereits amortisiert
- .....► Aber 50 Prozent spiegeln sich im Wortlaut nicht wider



# Wie ist die Norm zu verstehen?

- 🕒 Einzig plausible und handhabbare Auslegung nach unserer Einschätzung:
  - .....▶ Es kommt auf einen Abgleich zwischen installierter Leistung unmittelbar vor und nach dem Wechsel in die Anschlussförderung an.
  - .....▶ Wenn installierte Leistung zugebaut wurde, wird für die Differenz der Flexzuschlag gezahlt.
  - .....▶ Leistung, die bereits vorher installiert war, geht leer aus.
  - .....▶ Es kommt nicht darauf an, wie lange oder in welchem Umfang die Flexprämie in Anspruch genommen wurde.
  
- 🕒 Gilt nach der Übergangsvorschrift in § 100 Absatz 2 Nummer 11 EEG 2021 für alle Anlagen, die vor dem 31. Dezember 2020 keinen Flexzuschlag in Anspruch genommen haben





# Folgeproblem: Unmöglichkeit

- 🕒 Wird bereits Flexprämie in Anspruch genommen, ist es unmöglich, erst nach dem Wechselstichtag über ein „Mehr“ an Leistung zu verfügen!
- 🕒 Wechsel in die Anschlussförderung setzt Umweltgutachten und dafür Probebetrieb voraus
- 🕒 Anlage muss also bereits vor dem Wechsel-Stichtag installiert und gemeldet werden
  - .....▶ Wird bisher keine Flexprämie in Anspruch genommen: unproblematisch
  - .....▶ Wird bereits Flexprämie in Anspruch genommen: Neu installierte Leistung wird automatisch für die Berechnung der Flexprämie herangezogen
  - .....▶ Es gibt keine „gegenüber der Inanspruchnahme der Flexprämie“ zusätzlich installierte Leistung!



# Folgeproblem: Unmöglichkeit

- Wird bereits Flexprämie in Anspruch genommen, ist es unmöglich, erst nach dem Wechselstichtag über ein „Mehr“ an Leistung zu verfügen!
- Wechsel in die Anschlussförderung setzt die Inanspruchnahme und dafür Probebetrieb voraus
- Anlage muss also bereits vor dem Wechselstichtag installiert und gemeldet werden
  - Wird bisher keine Flexprämie in Anspruch genommen: unproblematisch
  - Wird bereits Flexprämie in Anspruch genommen: Neu installierte Leistung wird automatisch für die Berechnung der Flexprämie herangezogen
  - Es gibt keine „gegenüber der Inanspruchnahme der Flexprämie“ zusätzlich installierte Leistung!

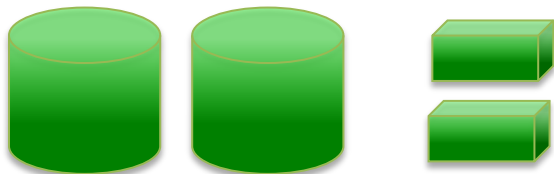


# Was folgt daraus?

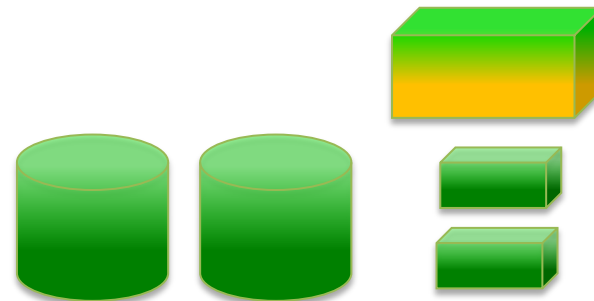
# Was folgt daraus?

- Wenn die Flexprämie zu irgendeinem Zeitpunkt egal in welcher Höhe in Anspruch genommen worden ist, entfällt der Anspruch auf Flexzuschlag zumindest teilweise

Ohne Zubau



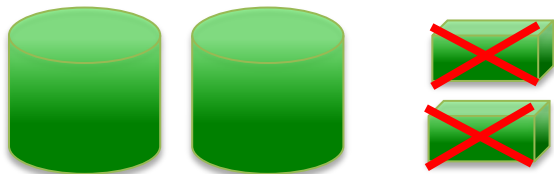
Mit Zubau



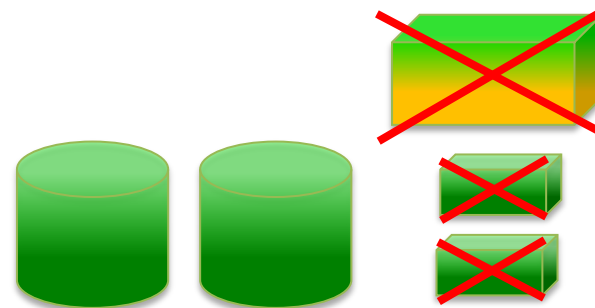
# Was folgt daraus?

- Wenn die Flexprämie zu irgendeinem Zeitpunkt egal in welcher Höhe in Anspruch genommen worden ist, entfällt der Anspruch auf Flexzuschlag zumindest teilweise

Ohne Zubau



Mit Zubau





# Beispiel 1 - „Der entwertete Zuschlag“

- Beispiel 1: 250kW-Anlage, Ausschreibungsteilnahme und Zuschlag für 1.000 kW  
2017, IBN des Zusatz-BHKW und erstmalige Anmeldung der Flexprämie 2019, Wechsel  
in die Anschlussförderung zum 1. Januar 2021
  - ▶ KEIN Flexzuschlag, da nicht mehr installierte Leistung als bei Inanspruchnahme der Flexprämie
  - ▶ Übergangsregel greift nicht, da im Jahr 2020 noch kein Flexzuschlag in Anspruch genommen wurde

- 400.000 €



## Beispiel 2 - „Flexprämie gesichert, Flexzuschlag verloren“

- Beispiel 2a: 500kW-Anlage, 2014 erstmals Flexprämie angemeldet, aber bisher kaum flexibler Betrieb, für Anschlussförderung Verdopplung der Leistung geplant

- .....► KEIN Flexzuschlag, für bestehende 500 kW und bei strenger Gesetzesauslegung auch nicht für zugebaute 500 kW

- .....► Evtl. großzügige Auslegung durch Netzbetreiber, dann Flexzuschlag für 500 kW Leistungserhöhung = die Hälfte der installierten Leistung

- **400.000 €**  
im Vergleich zur bisherigen Gesetzeslage

- **650.000 €**  
im Vergleich zu einer Neuanlage über zehn Jahre

- Beispiel 2b: in Anschlussförderung flexibler Betrieb des bestehenden BHKW, um Maisdeckel einhalten zu können

- .....► KEIN Flexzuschlag, da kein „Mehr“ an Leistung und Flexprämie schon in Anspruch genommen

- **200.000 €**  
- **325.000 €**



# Beispiel 3 – „Die große Flexibilisierung“

- 🕒 Beispiel 3: 500kW-Anlage, mit Einführung der Anschlussförderung 2017 großer
- 1. Flexibilisierungsschritt:
  - .....▶ Zubau eines 1.000kW-BHKW
  - .....▶ Gas- und Wärmespeicher
  - .....▶ Idee: jetzt schon umfassend flexibilisieren, um den 2. Flexibilisierungsschritt gering zu halten und früh flexible Leistung zu stellen
  - .....▶ Konsequenz: Deutlich höhere Kosten, als die Flexprämie finanzieren könnte
- 🕒 Mit dem EEG 2021: KEIN Flexzuschlag, da kein „Mehr“ an Leistung und Flexprämie bereits in Anspruch genommen

- 600.000 € /  
- 975.000 €



# Beispiel 4 – „Flexibilisierung in zwei Schritten“

- Beispiel 4a: 500kW-Anlage, 1. Flexibilisierungsschritt 2015 durch Zubau eines weiteren 500kW-BHKW, kein weiterer Zubau für Anschlussförderung

.....► KEIN Flexzuschlag, da kein „Mehr“ an Leistung und Flexprämie bereits in Anspruch genommen

- 400.000 € /  
- 650.000 €

- Beispiel 4b: Zubau von 1.000 kW für Anschlussförderung geplant

.....► KEIN Flexzuschlag für bestehende 1.000 kW und bei strenger Gesetzesauslegung auch nicht für zugebaute 1.000 kW

.....► Evtl. großzügige Auslegung durch Netzbetreiber, dann Flexzuschlag für 1.000 kW Leistungserhöhung = die Hälfte der installierten Leistung

- 800.000 € /  
- 1.300.000 €



# Konformität mit dem europäischen Beihilfenrecht

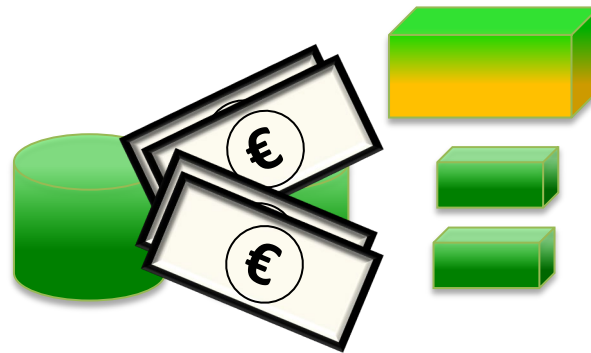


# EEG-Förderung im EU-Beihilfenregime

- 🕒 Beihilfenkontrolle erfolgt über die EU-Kommission (KOMM) nach den Grundsätzen der Leitlinien für Umwelt- und Energiebeihilfen (UEBLL)
- 🕒 UEBLL unterscheiden zwischen Investitions- und Betriebsbeihilfen und verschiedenen „Zielen“ der Beihilfe
  - .....▶ Beihilfen zur Förderung erneuerbarer Energien sind in den UEBLL vor allem als Betriebsbeihilfen vorgesehen
- 🕒 EEG-Förderung ist Betriebsbeihilfe
  - .....▶ Mittelbar wird mit dem Betrieb auch die Investition gefördert
  - .....▶ Insb. bei Biomasseanlagen aber auch Ausgleich für dauerhaft hohe Betriebskosten
  - .....▶ Nur aus diesem Grund ist überhaupt Anschlussförderung nötig und aufgrund eines besonderen Fördertatbestands in den UEBLL möglich

# Doppelförderungsverbot des Beihilfenrechts

- 🕒 Grundsatz im Beihilfenrecht: Förderung darf niemals 100 Prozent der beihilfefähigen Kosten übersteigen
- 🕒 Insbesondere: keine doppelte Förderung ein und derselben Investition



# Doppelförderungsverbot des Beihilfenrechts

- 🕒 Grundsatz im Beihilfenrecht: Förderung darf niemals 100 Prozent der beihilfefähigen Kosten übersteigen
- 🕒 Insbesondere: keine doppelte Förderung ein und derselben Investition





# Keine unzulässige Doppelförderung

- 🕒 Bisherige Gesetzeslage ist durch die KOMM bereits geprüft und genehmigt worden
  - .....▶ Kombination aus Flexprämie und Flexzuschlag in der Anschlussförderung war schon Teil des EEG 2017
  
- 🕒 Anschlussförderung erfolgt über Ausschreibungen
  - .....▶ Ausschreibungen im EU-Recht als Instrument zur wettbewerblichen Ermittlung einer angemessenen Förderung anerkannt
  - .....▶ Flexzuschlag wird „eingepreist“, so dass die Förderung insgesamt angemessen ist
  - .....▶ Warum sollte das Modell ausgerechnet hier versagen?



# Keine unzulässige Doppelförderung

- Flexibilitätsförderung für Bestandsanlagen ist maximal genauso hoch wie für Neuanlagen

.....► 20 Jahre \* **65 Euro / kW** \* **100 %** der installierten Leistung Flexzuschlag (= 1300 €/kW)



.....► 10 Jahre \* **130 Euro / kW** \* max. **50 %** der installierten Leistung (Flexprämie = 650 €/kW)



.....► 10 Jahre \* 65 Euro / kW \* 100 % der installierten Leistung (Flexzuschlag = 650 €/kW)

- Für Neuanlagen wurde Flexzuschlag sogar angehoben – warum sollten Bestandsanlagen dann teilweise ganz ohne auskommen?
- Anhebung des Gebotswerts um 2,0 ct keine Kompensation

# Keine unzulässige Doppelförderung

- Es wird nicht ein dieselbe Investition gefördert
  - Flexibilisierung erfolgt in zwei Schritten
  - Bei Übergang in die Anschlussförderung immer neue Investitionen nötig
- Flexzuschlag ist Kompensation für erzwungenen Verzicht auf mehr Stromproduktion
  - Kompensation für früheren freiwilligen Verzicht kann nicht Verluste eines zukünftigen Verzichts aufwiegen



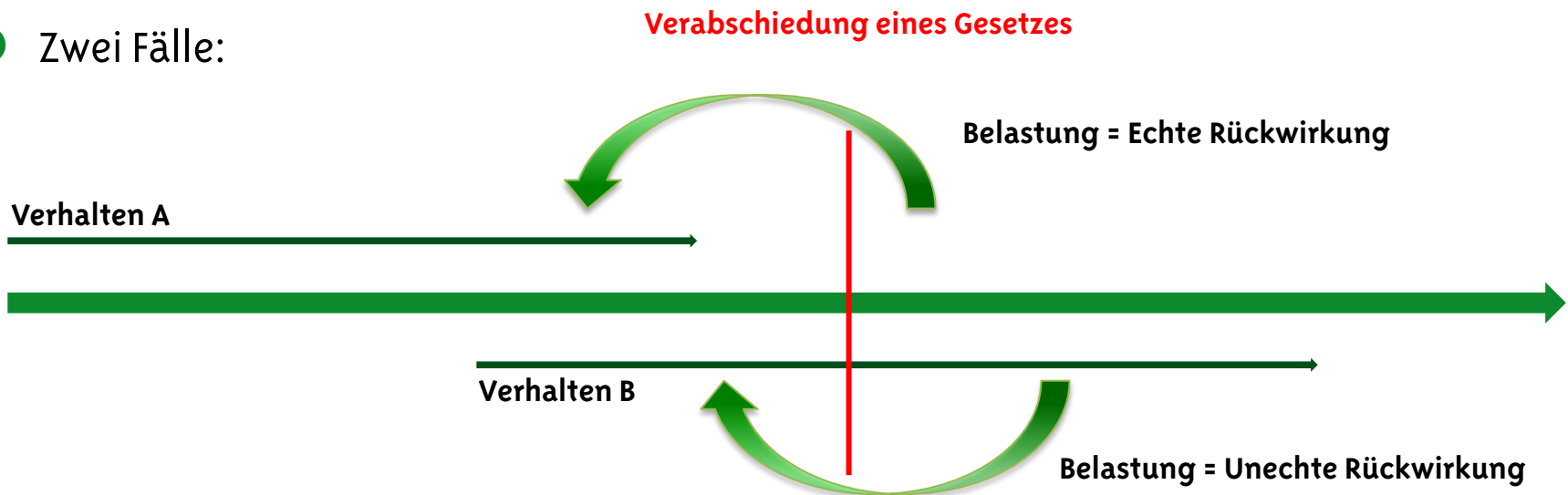




# Verfassungswidrigkeit des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021

# Grundsätze des Vertrauensschutzes

- Aus Rechtsstaatsprinzip und Grundrechten des Grundgesetzes wird Rückwirkungsverbot abgeleitet
- Vertrauen in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der Rechtsordnung wird geschützt
- Zwei Fälle:



# Einordnung von § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021

- ☉ Liegt in Situationen wie in Beispiel 1 („Der entwertete Zuschlag“) echte oder unechte Rückwirkung vor?



- ☉ Gute Argumente sprechen für eine echte Rückwirkung – diese ist per se verfassungswidrig!
- ☉ Jedenfalls aber liegt ein Fall der unechten Rückwirkung vor



# Verfassungswidrigkeit der Regelung

- 🕒 Regelung schon nicht geeignet, um Ziel zu erreichen – wenn es keine Doppelförderung gibt, muss sie auch nicht abgeschafft werden
- 🕒 Grundsatz: Abwägung des Vertrauens der Betroffenen in die Rechtslage mit dem Änderungsinteresse des Gesetzgebers und der Allgemeinheit
  - .....▶ War das Vertrauen besonders schützenswert?
  - .....▶ Hat der Gesetzgeber gute oder zwingende Gründe, die Allgemeinheit zu Gute kommen?
- 🕒 Im Fall des § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021
  - .....▶ Lange Förderzeiträume des EEG schaffen besonders geschütztes Vertrauen
  - .....▶ Anlagenbetreiber hatten keine Möglichkeit, sich auf Änderung einzustellen
  - .....▶ Gesetzgeber kann seine Ziele mit der Regelung nicht erreichen



# Verfassungswidrigkeit der Regelung

- 🕒 Verstoß gegen Rückwirkungsverbot zieht Verletzung im Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 GG nach sich
  - .....▶ Entwertung getätigter Investitionen
  - .....▶ Entwertung des Zuschlags
  
- 🕒 Außerdem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG
  - .....▶ Ungleichbehandlung von Neu- und Bestandsanlagen nicht gerechtfertigt
  - .....▶ Ungleichbehandlung von Anlagen, die vor dem 31. Dezember 2020 Flexzuschlag in Anspruch genommen haben, und solchen, die das nicht getan haben, nicht gerechtfertigt
  
- 🕒 § 50a Absatz 1 Satz 2 EEG 2021 ist verfassungswidrig



vonBredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

**Vielen Dank!**

**Dr. Hartwig von Bredow**

**Veronika Widmann**

Littenstraße 105

10179 Berlin

T: +49-30-8092482-20

F: +49-30-8092482-30

[info@vbmh.de](mailto:info@vbmh.de)

[www.vonbredow-valentin-herz.de](http://www.vonbredow-valentin-herz.de)

[www.twitter.com/EE\\_Recht](https://www.twitter.com/EE_Recht)