



GUTACHTEN

RECHTLICHE MÖGLICHKEITEN DER WEITERFÖRDERUNG VON BIOGASANLAGEN UND DEREN FINANZIERUNG

Im Auftrag der:

Kampagne Biogas ist Zukunft 2.0 GbR

Erstellt durch:

Rechtsanwalt Dr. Dirk Buschle, Partner
Rechtsanwalt Dipl. Forstw. (Univ.) Jens Vollprecht, Partner
Rechtsanwalt Dr. Maximilian Schmidt



Dieses Gutachten wurde für unsere Mandantin und auf der Grundlage des mit unserer Mandantin bestehenden Mandatsvertrags erstellt. Es ist für den eigenen Gebrauch unserer Mandantin bestimmt. Vor einer Weitergabe des Gutachtens, ganz oder in Teilen, einer Veröffentlichung oder einer Bezugnahme im Außenverhältnis der Mandantin bedarf es einer schriftlichen Zustimmung durch uns.

Gegenüber Dritten, die den Inhalt dieses Gutachtens ganz oder in Teilen zur Grundlage eigener Entscheidungen machen, übernehmen wir keine Verantwortung oder Haftung, es sei denn, dieser Dritte wurde ausdrücklich und durch schriftliche Vereinbarung in den Schutzbereich des Mandatsvertrags mit unserer Mandantin einbezogen oder wir haben mit diesem Dritten schriftlich etwas Abweichendes vereinbart.



INHALT

Executive Summary	6
Teil 1 Flexibilitätszuschlag im Überblick	9
A. Flexibilitätszuschlag	9
I. Anspruchsgrundlage	9
II. Dogmatische Einordnung	10
III. Abgrenzung zur Flexibilitätsprämie	11
B. Verhältnis zur Marktprämie	12
I. Berechnung der Marktprämie	12
II. Dogmatische Funktion	12
III. „Verzahnung“ von Marktprämie und Flexibilitätszuschlag	13
C. Zwischenergebnis	15
Teil 2 Künftige Finanzierungsoptionen des Flexibilitätszuschlags	16
A. Fördergegenstände im Vergleich	16
I. Flexibilitätszuschlag	16
II. Kapazitätsvergütung	18
III. Zwischenergebnis	20
B. Abwicklung der finanziellen Förderung im Vergleich	21
I. Flexibilitätszuschlag	21
II. Kapazitätsvergütung	23
III. Zwischenergebnis	24



Teil 3	Verfassungsrechtlicher Rahmen einer Flexibilitätsumlage	26
A.	Ausgestaltung als privatrechtlicher Wälzungsmechanismus	26
I.	Abgrenzung zur Sonderabgabe	26
II.	Kategorisierung der StromVKG-Umlage	28
III.	Kein Formenmissbrauch	30
IV.	Hinweis: Unzulässige Sonderabgabe	31
B.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines privaten Wälzungsmechanismus	32
I.	Preisregelung als Berufsausübungsregelung	32
II.	Geldleistungspflicht als Eingriff in die Eigentumsfreiheit	36
III.	Verschiedene Ungleichbehandlungen	36
IV.	Zwischenergebnis	38
Teil 4	Unionsrechtlicher Rahmen einer Flexibilitätsumlage	39
A.	Unionsrechtliche Regulierung nationaler Förderregelungen	39
I.	Regulatorische Vorgaben zur Förderung erneuerbarer Energien	39
II.	Regulatorische Vorgaben zur Förderung von Flexibilitätsleistungen	41
III.	Regulatorische Vorgaben zu Kapazitätsmechanismen	44
IV.	Zusammenfassung	45
B.	Beihilferecht	46
I.	Kommissionsentscheidungen zum Flexibilitätszuschlag nach EEG 2021 und 2023	46
II.	Zusammenfassung	50
III.	Einfluss des CISAF auf die Genehmigungsfähigkeit des Flexibilitätszuschlags post 2026	51



C. Refinanzierung des Flexibilitätszuschlags aus StromVKG-Umlage

52

EXECUTIVE SUMMARY

Gegenstand dieses Gutachtens ist die Frage, ob der Flexibilitätszuschlag nach § 50a EEG 2023 zukünftig außerhalb des Bundeshaushalts über die zum StromVKG-E noch zu schaffende Umlage finanziert werden kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist das verfassungsrechtlich möglich und unionsrechtlich darstellbar. Allerdings sind dabei bestimmte Ausgestaltungsbedingungen zu beachten, die im Folgenden zusammengefasst werden:

- Trotz seiner systematischen Verortung im EEG weist der Flexibilitätszuschlag materiell alle Merkmale einer Kapazitätszahlung auf. Denn damit wird leistungsbezogen die Vorhaltung abrufbarer Erzeugungskapazität finanziert, nicht die erzeugte Strommenge (Teil 1 A.II.). Seine Akzessorietät zur Förderung nach § 19 Abs. 1 EEG 2023 ist lediglich eine gesetzgeberische Ausgestaltungsentscheidung. Der Gesetzgeber könnte die finanzielle Förderung des erzeugten Stroms und die Förderung der Flexibilität als eigenständige Fördergegenstände ausgestalten, ohne dass dies zu einem Systembruch führte (Teil 1 B.III., C.). Der Gesetzgeber kann die Kapazitätszahlung im EEG belassen, aber die Finanzierung davon unabhängig mit einer gemeinsamen Umlage für das StromVKG-E regeln.
- Der Vergleich der Fördergegenstände zeigt, dass der Flexibilitätszuschlag und die Kapazitätsvergütung nach dem StromVKG-E sehr eng miteinander verbundene übergeordnete Ziele verfolgen, nämlich die Gewährleistung der Versorgungssicherheit und die Systemflexibilität durch ausreichend verfügbaren und bei Lastspitzen eingespeisten Strom (Teil 2 A.III.). Abwicklungstechnisch lässt sich der Flexibilitätszuschlag aus dem EEG-Finanzierungsbedarf herauslösen, indem Zahlungen nach § 50 EEG 2023 aus Ziffer 5.1 der Anlage 1 zum EnFG gestrichen und stattdessen in den Ausgabenkatalog des für 2027 geplanten Umlagegesetzes zum Kapazitätsmarkt aufgenommen werden. Die zentrale Stellung der Übertragungsnetzbetreiber in beiden Ausgleichsmechanismen erlaubt es, die den Übertragungsnetzbetreibern vorgelagerten Stufen unangetastet zu lassen (Teil 2 B.III.). Ein Ziel, eine Institution und eine Finanzierungsabwicklung für die Finanzierung beider Instrumente für die zukünftige Versorgungssicherheit erscheinen sachgerecht.
- Verfassungsrechtlich hängt die Zulässigkeit entscheidend davon ab, dass die Umlage nicht als Sonderabgabe ausgestaltet wird. Nach der formellen Abgrenzungslinie von BVerfG-

Kammer und BGH fehlt es bei einer an die EEG-Umlage angelehnten Ausgestaltung an der Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand, womit keine Sonderabgabe vorläge (Teil 3 A.II.). Auch ein Formenmissbrauch läge nicht vor, wenn die Umlage an reale energiewirtschaftliche Leistungsbeziehungen anknüpfte und ein spezifischer Vorteilszusammenhang zwischen den Belasteten und der vorgehaltenen Kapazität bestünde (Teil 3 A.III.). Bei einer solchen Ausgestaltung als privatrechtlicher Wälzungsmechanismus ist eine grundrechtskonforme Ausgestaltung möglich (Teil 3 B.). Zwingende verfassungsrechtliche Hindernisse gegen eine Umlagenfinanzierung sind nicht erkennbar.

- Unionsrechtlich war zunächst zu prüfen, ob eine Beibehaltung des derzeitigen Flexibilitätzuschlags als Fördermodell für Biogasanlagen unter einem neuen EEG grundsätzlich zulässig ist. Dabei ist zwischen unionsrechtlicher Regulierung und dem Beihilferecht zu unterscheiden. Beide Bereiche haben sich seit der Einführung des ursprünglichen Flexibilitätzuschlags 2014 grundlegend weiterentwickelt. Die unionsrechtliche Regulierung (Erneuerbaren-Richtlinie RED III und EU-Strombinnenmarkt-Verordnung) kennt derzeit im Wesentlichen drei Förderkategorien, die auf den Flexibilitätzuschlag passen würden, mit eng verwandten, aber unterschiedlichen Zielsetzungen: Ausbau der Erneuerbaren, Flexibilität und Versorgungssicherheit. Aus regulatorischer und rechtspolitischer Sicht erscheint es sinnvoll, den Flexibilitätzuschlag als akzessorisches Instrument zur Förderung des Erneuerbaren-Ausbaus durch Marktprämie bzw. *Contract for Difference*, d.h. als integrierten Teil des EEG-Fördersystems beizubehalten (Teil 4. A.)
- In dieser Kombination ist der Flexibilitätzuschlag (als Teil des EEG-Fördersystems) auch bereits mehrfach von der Kommission als für mit dem gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfe genehmigt worden. Ob eine solche Genehmigung bei der Notifizierung eines neuen EEG wieder erteilt werden kann, hängt einerseits davon ab, dass der Flexibilitätzuschlag Teil des EEG-Fördermechanismus bleibt und andererseits, dass die den Zuschlag rechtfertigenden ökonomischen Daten und Berechnungen unzweifelhaft eine Finanzierungslücke (*funding gap*) aufzeigen, dass die Vergabe weiterhin durch angemessene Ausschreibungen erfolgt und dass jede Form der Überkompensation ausgeschlossen wird (Teil 4.B.).
- Ein möglicher Wechsel des Finanzierungsmechanismus für den Flexibilitätzuschlag, aus dem derzeitigen EEG-Finanzierungsbedarf in den Ausgabenkatalog des für 2027 geplanten Umlagegesetzes zum Kapazitätsmarkt, wirft unionsrechtlich keine grundsätzlichen Bedenken auf. Selbst wenn die noch auszugestaltende Umlage für das StromVKG-E einen



daraus finanzierten Flexibilitätszuschlag in isolierter Betrachtung nicht mehr als Beihilfe qualifizieren sollte, bedarf er als Teil des EEG-Fördersystems der beihilferechtlichen Genehmigung. Die Genehmigungsfähigkeit hängt von der Auswirkung der jeweiligen Förderregelung ab, und nicht von ihrer Finanzierungsquelle (Teil 4.C.).