

Rechtsanwalt Dr. Andreas Klemm, Düsseldorf

Zur Höhe der EEG-Umlage für KWK-Neuanlagen in der Eigenversorgung ab 2018

I. Einleitung

Die Europäische Kommission hat am 19. 12. 2017 mehrere Vorschriften des EEG 2017¹ zur Eigenversorgung beihilferechtlich genehmigt. Das geht aus einer Pressemitteilung der Kommission vom selben Tag hervor.² Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat den Vorgang ebenfalls in einer Pressemitteilung bestätigt.³ Der Wortlaut der beihilferechtlichen Genehmigung ist gegenwärtig (Ende Januar 2018) allerdings noch nicht veröffentlicht.⁴ Der Rechtsakt ist insbesondere nicht im Beihilfenregister der Generaldirektion Wettbewerb eingestellt. Über den Inhalt und die Reichweite der Genehmigung kann daher nur auf der Grundlage der Pressemitteilungen spekuliert werden.

Die Genehmigung soll insbesondere die Regelungen des EEG erfassen, die für Bestandsanlagen eine vollständige Befreiung von der EEG-Umlage vorsehen. Das sind die §§ 61 c und 61 d EEG 2017. Als Bestandsanlagen werden solche Stromerzeugungsanlagen bezeichnet, die vom jeweiligen Anlagenbetreiber vor dem 1. 8. 2014 in Betrieb genommen worden sind. Der Gesetzgeber hat die Umlagebefreiung für Bestandsanlagen aus Gründen des Vertrauensschutzes angeordnet, was die Kommission durch ihre beihilferechtliche Genehmigung nunmehr gebilligt hat. Die Genehmigung soll ferner die beiden Regelungen des Gesetzes erfassen, die mit den vorstehenden Befreiungstatbeständen für Bestandsanlagen in einem engen Sachzusammenhang stehen: § 61 e EEG 2017, der im Falle der Modernisierung einer Bestandsanlage eine Begrenzung der EEG-Umlage auf 20% anordnet, und § 61 f EEG 2017, der den Erhalt der Umlagebefreiung für Bestandsanlagen auch in Fällen der Rechtsnachfolge ermöglicht. Gebilligt worden sein soll auch die Bestandsschutzregelung für Scheibenpachtmodelle (§ 104 Abs. 4 EEG 2017).

Bei Neuanlagen (Inbetriebnahmedatum ab dem 1. 8. 2014)⁵ ist die Kommission hingegen deutlich restriktiver. Hier soll die beihilferechtliche Genehmigung zwar die Befreiungen bzw. Ermäßigungen für Anlagen, die auf Basis erneuerbarer Energien betrieben werden (§§ 61 a Nr. 3, 61 b Nr. 1 EEG 2017), sowie für Anlagen mit einer installierten Leistung von höchstens 10 Kilowatt (§ 61 a Nr. 4 EEG 2017) erfassen. Der in der Praxis überaus bedeutsamen Ermäßigung der EEG-Umlage für KWK-Anlagen, die nach dem 1. 8. 2014 in Betrieb gegangen sind und zur Eigenversorgung genutzt werden (§ 61 b Nr. 2

EEG 2017), soll die Kommission hingegen die Genehmigung versagt haben.

Aus dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie heißt es hierzu, dass die Regelung für die Begrenzung der EEG-Umlage auf 40% für KWK-Neuanlagen „weiterhin Gegenstand von konstruktiven Gesprächen zwischen der Bundesregierung und der Europäischen Kommission“ sei.⁶ Nach einer Einigung mit Brüssel solle die Begrenzung der EEG-Umlage für KWK-Neuanlagen im Jahr 2018 gesetzlich neu geregelt und sodann der Kommission zügig zur Genehmigung vorgelegt werden. Tatsächlich hat das Bundeswirtschaftsministerium wohl seine Hausaufgaben nicht gemacht. Die Kommission hatte in ihrer letzten beihilferechtlichen Genehmigung vom 23. 7. 2014⁷ die Ermäßigungen der EEG-Umlage für KWK-Neuanlagen, die

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Düsseldorf, Vorsitzender des Forum Contracting e.V. sowie Herausgeber der Zeitschriften „CuR Contracting und Recht“ und „REE Recht der Erneuerbaren Energien“.

1 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. 7. 2014 (BGBl. 2014 I, 1066); zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. 7. 2017 (BGBl. 2017 I, 2532). Die im Rahmen dieses Beitrages maßgeblichen Vorschriften der §§ 61 ff. EEG 2017 wurden durch das Gesetz vom 22. 12. 2016 (BGBl. 2016 I, 3106) mit Wirkung zum 1. 1. 2017 in das EEG eingefügt worden.

2 Europäische Kommission, Pressemitteilung „Staatliche Beihilfen: Kommission billigt schrittweise Anwendung der EEG-Umlage für erneuerbaren Energien (EEG-Umlage) auf bestimmte Elektrizitäts-Eigenversorger in Deutschland“, IP/175366 vom 19. 12. 2017.

3 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Pressemitteilung „EU-Kommission genehmigt vollständige EEG-Entlastung von Bestandsanlagen bei der Eigenversorgung“ vom 19. 12. 2017.

4 Die Genehmigung trägt das Aktenzeichen SA.46526. Das Beihilfenregister der GD Wettbewerb ist abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/

5 Der Stichtag 1. 8. 2014 erklärt sich damit, dass an diesem Tag das EEG 2014 in Kraft getreten ist.

6 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Pressemitteilung „EU-Kommission genehmigt vollständige EEG-Entlastung von Bestandsanlagen bei der Eigenversorgung“ vom 19. 12. 2017.

7 State aid SA.38632 (2014/N) – Germany: EEG 2014 – Reform of the Renewable Energy Law, Dok. C(2014) 5081 final.

zur Eigenversorgung genutzt und nicht auf Basis von erneuerbaren Energien betrieben werden, nur bis zum Ende des Jahres 2017 gebilligt. Diese Entscheidung der Kommission basierte seinerzeit auf der Zusage der Bundesregierung, diese Ermäßigungen fristgerecht zu überprüfen und ihre Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit nachzuweisen.⁸ Das ist nach Auffassung der Kommission nicht geschehen.

Der Umstand, dass § 61 b Nr. 2 EEG 2017 durch die (neue) beihilferechtliche Genehmigung vom 19.12.2017 nicht erfasst ist und zugleich die (alte) beihilferechtliche Genehmigung vom 23.7.2014 zum Jahresende 2017 ausgelaufen ist, führt zu erheblicher Verunsicherung bei den Betreibern von KWK-Neuanlagen und bei den Netzbetreibern, die für die Erhebung der EEG-Umlage bei Eigenversorgungssachverhalten zuständig sind. Viele Anlagenbetreiber haben bei der Errichtung ihrer KWK-Anlage (vielleicht etwas fahrlässig) darauf vertraut, dass ihnen die Ermäßigung auf 40% der EEG-Umlage dauerhaft erhalten bleibt. Sie haben die Wirtschaftlichkeit des Projektes mit diesem Vorteil kalkuliert.

Wie viele KWK-Anlagen in der Praxis tatsächlich betroffen sind, ist unklar. Zahlreiche KWK-Anlagen sind kurz vor dem Stichtag 1.8.2014 in Betrieb gegangen, der zugleich den Zeitpunkt des Inkrafttretens des EEG 2014 markiert und mit einer deutlichen Verschlechterung der Rechtslage für die Eigenversorgung einherging (Wegfall der vollständigen EEG-Umlagebefreiung). Nach dem 1.8.2014 gingen vergleichsweise wenige KWK-Anlagen für die Eigenversorgung in Betrieb. Gleichwohl hört man aus Branchenkreisen, dass wohl rund 10.000 Anlagen betroffen seien. Woher diese Zahl genau stammt und ob sie belegt ist, ist unklar. Aber selbst wenn sie stimmen sollte, wäre die Zahl überschaubar. Bei rund 870 Netzbetreibern in Deutschland entfielen auf jedes Netzgebiet durchschnittlich rund 11,5 Anlagen.

Das Auslaufen einer beihilferechtlichen Genehmigung ist für die Betreiber von KWK-Anlagen kein Neuland. Auch der in § 53 EnergieStG a.F. geregelte energiesteuerliche Entlastung für Brennstoffe, die in KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung bis 2 MW zum Einsatz kommen, lag eine beihilferechtliche Genehmigung der Europäischen Kommission zugrunde. Nachdem die Genehmigung zum 31.3.2012 ausgelaufen war, ohne dass eine Nachfolgeregelung erlassen wurde, verfügte das Bundesministerium der Finanzen einen Auszahlungsstopp. Rechtstechnisch geschah das seinerzeit durch eine Anweisung an die für die Energiesteuerentlastung zuständigen Hauptzollämter, die Bearbeitung von Entlastungsanträgen auszusetzen und keine Auszahlungen mehr an die Anlagenbetreiber vorzunehmen. Über den Vorgang wurden zudem die Verbände per Rundschreiben informiert.⁹

Durch das Gesetz zur Änderung des Energiesteuer- und Stromsteuergesetzes vom 5.12.2012¹⁰ wurde die energiesteuerliche Entlastung für KWK-Anlagen auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt und war sodann (bis zum 31.12.2017) in den §§ 53a und 53b EnergieStG geregelt. Da die Bundesregierung nach

Inkrafttreten der Neuregelung grünes Licht aus Brüssel bekommen hat, konnte sie den Auszahlungsstopp alsbald aufheben. Die Auszahlungen seitens der Hauptzollämter wurden wieder aufgenommen, und zwar auch rückwirkend, da der Gesetzgeber die Neuregelung rückwirkend zum 1.4.2012 in Kraft gesetzt hatte.¹¹ Die Anlagenbetreiber mussten damit lediglich Liquiditätsengpässe hinnehmen, hatten betragsmäßig aber keine Einbußen zu erleiden.

II. Rechtslage ab dem 1.1.2018

Für die Betreiber von KWK-Neuanlagen stellt sich die Frage, ob sie verpflichtet sind, ab dem 1.1.2018 die volle EEG-Umlage an die Netzbetreiber abzuführen bzw. ihre Abschlagszahlungen entsprechend anzupassen. Und andersherum stellt sich die Frage, ob die Netzbetreiber ihrerseits verpflichtet sind, von den Anlagenbetreibern die volle EEG-Umlage zu verlangen und ihre Ansprüche notfalls gerichtlich durchzusetzen. Das Bundeswirtschaftsministerium schweigt sich zu diesen Fragen aus. Auch aus dem Hause der Bundesnetzagentur ist nichts zu vernehmen. Eine dem Auszahlungsstopp des Bundesfinanzministeriums aus dem Jahr 2012 vergleichbare staatliche Anweisung fehlt. Der Grund hierfür ist naheliegend: die Erhebung der EEG-Umlage ist privatrechtlich ausgestaltet; die Netzbetreiber sind keine dem Bundeswirtschaftsministerium oder der Bundesnetzagentur nachgeordnete Behörden. Es sind vornehmlich die Verbände und Beratungsgesellschaften, die sich mit den Rechtsfolgen des Fehlens einer beihilferechtlichen Genehmigung für § 61 b Nr. 2 EEG 2017 befassen und den Marktakteuren mit Rundschreiben Handlungsempfehlungen an die Hand geben.

Ähnlich wie bei der Energiesteuerentlastung im Jahr 2012 ist davon auszugehen, dass auch bei der EEG-Umlage der durch den Wegfall der beihilferechtlichen Genehmigung entstandene Zustand nur von vorübergehender Natur ist. Der Gesetzgeber wird § 61 b Nr. 2 EEG 2017 im Laufe des Jahres 2018 neu ausgestalten und nach Inkrafttreten der Neuregelung die beihilferechtliche Genehmigung der Kommission einholen. Der Gesetzgeber wird bestrebt sein, die Neuregelung rückwirkend

⁸ Europäische Kommission, Pressemitteilung „Staatliche Beihilfen: Kommission billigt schrittweise Anwendung der EEG-Umlage für erneuerbaren Energien (EEG-Umlage) auf bestimmte Elektrizitäts-Eigenversorger in Deutschland“, IP/175366 vom 19.12.2017.

⁹ Bundesministerium der Finanzen, Schreiben vom 30.3.2012: „Steuerentlastung für KWK-Anlagen nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EnergieStG; Aussetzung der Bearbeitung von Steuerentlastungsanträgen wegen Auslaufen der beihilferechtlichen Genehmigung zum 31.3.2012“.

¹⁰ Gesetz zur Änderung des Energiesteuer- und des Stromsteuergesetzes sowie zur Änderung des Luftverkehrsteuergesetzes vom 5.12.2012, BGBl. 2012 I, 2436.

¹¹ Vgl. Art. 4 Abs. 4 des Gesetzes vom 5.12.2012.

zum 1. 1. 2018 in Kraft zu setzen, so dass diejenigen Anlagenbetreiber, die ab dem 1. 1. 2018 die volle EEG-Umlage an die Netzbetreiber abführen, den Mehrbetrag von diesem zurück-erhalten. Ein Unsicherheitsfaktor ist dabei die Frage, wie die Neuregelung konkret ausgestaltet sein wird.¹²

Auch wenn der eingetretene Zustand nur vorübergehend sein dürfte, stellt sich die Frage, wie die Anlagenbetreiber und Netzbetreiber in dieser Interimsperiode verfahren sollten. Auf den ersten Blick ist die Sache eindeutig: § 61 b Nr. 2 EEG 2017 ist eine Ausnahme zu § 61 EEG 2017, wonach die Netzbetreiber berechtigt und verpflichtet sind, die volle EEG-Umlage von Letztverbrauchern für die Eigenversorgung zu verlangen. Die beiden Vorschriften stehen zueinander in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis. Fällt die Ausnahme (§ 61 b Nr. 2 EEG 2017) weg, bleibt es beim Grundsatz (§ 61 EEG 2017), wonach die EEG-Umlage in voller Höhe zu zahlen ist. Das spricht dafür, dass die Anlagenbetreiber seit dem 1. 1. 2018 verpflichtet sind, die EEG-Umlage in voller Höhe an die Netzbetreiber abzuführen, bzw. die Netzbetreiber berechtigt und verpflichtet sind, die EEG-Umlage in voller Höhe zu verlangen (bzw. die Abschlagszahlungen entsprechend anzupassen).

Allerdings ist § 61 b Nr. 2 EEG 2017 nach wie vor formell in Kraft. Im Bundesgesetzblatt – als dem maßgeblichen Verkündungsorgan für das deutsche Recht – findet sich keine Regelung, wonach das Inkrafttreten bzw. die Geltung der Vorschrift unter den Vorbehalt der Erteilung bzw. des Bestehens einer beihilferechtlichen Genehmigung der Europäischen Kommission gestellt wird. Hinzu kommt, dass auch die beihilferechtliche Genehmigung vom 19. 12. 2017 bisher nicht im Beihilfenregister der Generaldirektion Wettbewerb veröffentlicht ist. Weder die Anlagenbetreiber noch die Netzbetreiber kennen den genauen Inhalt der Genehmigung. Alles beruht auf Hörensagen bzw. auf Pressemitteilungen, die im Zweifel von Nichtjuristen erstellt worden sind.

Man spiele das gedanklich einmal durch: Der Netzbetreiber verlangt unter Berufung auf § 61 EEG 2017 von dem Betreiber einer KWK-Neuanlage ab dem 1. 1. 2018 die volle EEG-Umlage (bzw. eine entsprechende Abschlagszahlung) und zieht damit vor Gericht.¹³ Der Anlagenbetreiber hält dem Netzbetreiber die Vorschrift des § 61 b Nr. 2 EEG 2017 entgegen, wonach sich die EEG-Umlage auf 40% ermäßigt. Der Netzbetreiber beruft sich wiederum auf die Pressemitteilungen der EU-Kommission bzw. des Bundeswirtschaftsministeriums, um darzulegen, dass § 61 b Nr. 2 EEG 2017 nicht gilt bzw. wegen des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts nicht anwendbar ist. Pressemitteilungen sind allerdings keine Rechtsakte, an die ein Richter gebunden wäre. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Vorschrift des § 61 b Nr. 2 EEG 2017 in den Pressemitteilungen noch nicht einmal ausdrücklich genannt wird, sondern es lediglich heißt, dass „die Regelung für die Begrenzung der EEG-Umlage auf 40% für KWK-Neuanlagen (...) weiterhin Gegenstand von konstruktiven Gesprächen zwischen der Bundesregierung und der Europäischen Kommission“ ist. Man kann sich nicht vorstellen, dass ein Gericht allein aufgrund einer solchen Pressemitteilung der

Klage des Netzbetreibers auf Zahlung der vollen EEG-Umlage stattgibt. Vielmehr wird das Gericht eigene Recherchen über die Rechtslage anstellen und hierbei auch auf keine anderen Dokumente stoßen als auf die Pressemitteilungen von Kommission und Bundeswirtschaftsministerium. Vermutlich würde das Gericht das Verfahren ruhen lassen, bis die beihilferechtliche Genehmigung der Kommission formell veröffentlicht ist.

Ein weiterer Aspekt ist das beihilferechtliche Vollzugsverbot, das in Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV¹⁴ verankert ist. Danach dürfen die Mitgliedstaaten nationale Vorschriften nicht anwenden, die beihilferechtlich auf dem Prüfstand der Europäischen Kommission stehen bzw. von dieser bereits untersagt sind. Adressat dieses Verbotes sind in erster Linie die Regierungen der Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen. Wird die Beihilfe von einer anderen staatlichen Stelle gewährt, hat die Regierung nach Maßgabe des nationalen Rechts diese Stelle zur Beachtung des Vollzugsverbots zu bringen.¹⁵ Welche Maßnahmen hierbei ergriffen werden, liegt im Ermessen des Mitgliedstaates.¹⁶ Demzufolge war das Bundesfinanzministerium im Jahr 2012 verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass nach Auslaufen der beihilferechtlichen Genehmigung für § 53 EnergieStG a. F. keine Anträge auf Energiesteuerentlastung mehr bearbeitet und keine Auszahlungen an die KWK-Anlagenbetreiber mehr vorgenommen werden. Bei der Frage, wie das Ministerium den Auszahlungsstopp durchsetzt, hatte es hingegen einen Entscheidungsspielraum. Es hat seinerzeit den Weg gewählt, die Hauptzollämter per Runderlass anzuweisen.

Anders als die Hauptzollämter sind die Netzbetreiber keine staatlichen Stellen, auch wenn sie häufig für staatliche Zwecke (Erhebung der EEG-Umlage) eingespannt werden.¹⁷ Das EEG-Umlagesystem ist vom Gesetzgeber bewusst privatwirtschaftlich ausgestaltet worden, um das EU-Beihilferecht zu umgehen. Dementsprechend gilt das beihilferechtliche Vollzugsverbot für die Netzbetreiber nicht. Als Privatrechtssubjekte sind sie an Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht gebunden. Netzbetreiber, die von den Betreibern von KWK-Neuanlagen nicht die volle EEG-Umlage einfordern, verhalten sich damit nicht rechtswidrig. Allenfalls kann die Bundesnetzagentur versuchen, Druck auf die Netzbetreiber auszuüben und sie zur Beachtung des Verbotes anzuhalten. An das beihilferechtliche Vollzugsverbot gebunden sind neben den Behörden allerdings die Gerichte.

12 Vgl. dazu unter Ziffer III (am Ende).

13 Zuständig sind die Zivilgerichte.

14 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; konsolidierte Fassung bekannt gemacht in ABl. EG Nr. C 115 vom 9. 5. 2008, S. 47, zuletzt geändert durch ABl. EU Nr. L 112 vom 24. 4. 2012, S. 21.

15 Vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. (2015), Art. 108 AEUV, Rdnr. 43.

16 Vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje (o. Fußn. 13), Art. 108 AEUV, Rdnr. 43.

17 Vgl. aber EuG, Urt. v. 10. 5. 2016 – T-47/15, EuZW 2016, 560.

Sollte ein Netzbetreiber in einem Gerichtsverfahren nachweisen können, dass § 61 b Nr. 2 EEG 2017 beihilferechtlich nicht genehmigt ist, wird das Gericht die Vorschrift nicht zur Anwendung gelangen lassen und der Klage des Netzbetreibers stattgeben.

Des Weiteren sind auf Seiten des Anlagenbetreibers die EEG-Nachzahlungsrisiken zu beachten. Verspätete Zahlungen der EEG-Umlage sind ab Eintritt der Fälligkeit mit 5 Prozent zu verzinsen. Das ergibt sich aus § 60 Abs. 3 EEG 2017. Nach dieser Vorschrift müssen Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die ihrer Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage nicht rechtzeitig nachgekommen sind, diese Geldschuld nach § 352 Abs. 2 HGB ab Eintritt der Fälligkeit verzinsen. Adressat der Vorschrift sind zwar ausweislich ihres eindeutigen Wortlauts die Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Über § 61 Abs. 3 EEG 2017 findet die Vorschrift des § 60 Abs. 3 EEG 2017 aber auch auf Eigenversorger Anwendung. Danach sind die Bestimmungen des EEG, die sich auf Elektrizitätsversorgungsunternehmen beziehen, auf Letztverbraucher, die zur Zahlung der vollen oder anteiligen EEG-Umlage verpflichtet sind, entsprechend anzuwenden.

Die Zinspflicht tritt auch dann ein, wenn im Laufe des Jahres 2018 eine Neuregelung gefunden wird, die beihilferechtskonform ausgestaltet wird und den bisherigen § 61 b Nr. 2 EEG 2017 ersetzt. Zwar kann der Anlagenbetreiber dann mit Rückerstattungen seitens des Netzbetreibers rechnen. Davon unberührt bleibt aber, dass er erst einmal – bis zur beihilferechtlichen Genehmigung der Neuregelung – zur Zahlung der vollen EEG-Umlage verpflichtet war.

Für solche Anlagenbetreiber, die die EEG-Umlage nicht an den örtlichen Netzbetreiber, sondern unmittelbar an den Übertragungsnetzbetreiber abführen, beispielsweise weil ihre Anlage unmittelbar an das Übertragungsnetz angeschlossen ist, ist zudem § 60 Abs. 2 EEG 2017 zu beachten. Nach dieser Vorschrift berechtigen Einwände gegen Forderungen der Übertragungsnetzbetreiber auf Zahlung der EEG-Umlage zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung nur, soweit die ernsthafte Möglichkeit eines offensichtlichen Fehlers besteht. Im Falle von Zahlungsrückständen von mehr als einer Abschlagsforderung dürfen die Übertragungsnetzbetreiber den Bilanzkreisvertrag kündigen, wenn die Zahlung der Rückstände trotz Mahnung und Androhung der Kündigung nicht vollständig erfolgt. Die Kündigung des Bilanzkreisvertrages seitens der Übertragungsnetzbetreiber ist ein scharfes Schwert, auch wenn dieses nicht sofort, sondern erst nach Mahnung und Androhung geückt werden darf.

III. Handlungsempfehlungen

Den Betreibern von KWK-Neuanlagen stehen grundsätzlich zwei Handlungsoptionen offen. Sie haben entweder die Möglichkeit, auf Zeit zu spielen und die EEG-Umlage nur in Höhe von 40 % an die Netzbetreiber abzuführen, bis eine beihilfe-

rechtskonforme Neuregelung gefunden und in Kraft getreten ist. Das erhält zumindest die Liquidität. Oder sie schenken den Pressemitteilungen Glauben und zahlen die EEG-Umlage für den erzeugten und selbst verbrauchten Strom in voller Höhe – in der Erwartung, dass ihnen der gezahlte Mehrbetrag nach Inkrafttreten einer beihilferechtskonformen Nachfolgeregelung erstattet wird.

Die Sanktionen, die im Falle einer Weigerung des Anlagenbetreibers eingreifen, die volle EEG-Umlage zu entrichten, sind überschaubar. Ist die KWK-Anlage an das örtliche Verteilnetz angeschlossen, trägt er – soweit ersichtlich – allein das Zinsrisiko. Weitaus risikobehafteter ist die Lage in den Fällen, in denen der Anlagenbetreiber die EEG-Umlage unmittelbar an den Übertragungsnetzbetreiber abführt. Hier droht im Falle der Nichtzahlung die Kündigung des Bilanzkreisvertrages. Das sollte kein Anlagenbetreiber riskieren.

Dass die Netzbetreiber die EEG-Umlage (bzw. entsprechende Abschlagszahlungen) in voller Höhe verlangen, ist wahrscheinlich. Das müssen sie tun! Dass sie aber ihre Ansprüche auch gerichtlich durchsetzen und auf die Anlagenbetreiber eine Prozesslawine zurollt, ist eher unwahrscheinlich. In der Vergangenheit waren die Netzbetreiber wenigstens sehr zurückhaltend damit, die EEG-Umlage auf dem gerichtlichen Wege einzufordern. Es ist eher davon auszugehen, dass auch die Netzbetreiber – unter Aufrechterhaltung ihrer Forderung gegenüber den Anlagenbetreibern – abwarten, bis der Gesetzgeber eine Neuregelung in Kraft gesetzt hat.

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber zügig eine beihilferechtskonforme Nachfolgeregelung findet, die den bisherigen § 61 b Nr. 2 EEG 2017 ersetzt und inhaltlich nicht allzu stark von diesem abweicht. Sofern der Gesetzgeber eine solche Regelung rückwirkend zum 1.1.2018 in Kraft setzt, blieben die Anlagenbetreiber von Vermögenseinbußen weitgehend verschont. Der Aufwand, der durch das Versäumnis der Bundesregierung entstanden ist, § 61 b Nr. 2 EEG 2017 beihilferechtskonform auszugestalten, ist aber erheblich. Das gilt insbesondere für die Netzbetreiber, die bei einer Vielzahl von Anlagen erst Gelder vereinnahmen müssen, die sie nach dem Inkrafttreten einer beihilferechtskonformen Regelung größtenteils wieder auszahlen müssen.

Wie die Neuregelung konkret aussehen wird, ist derzeit noch ungewiss. Diskutiert wird, den Anwendungsbereich des § 61 b Nr. 2 EEG 2017 dergestalt einzuschränken, dass KWK-Anlagen ab einer bestimmten Größenordnung die Ermäßigung nicht mehr in Anspruch nehmen können. Für diese Anlagen wäre dann die volle EEG-Umlage zu zahlen. Hiervon betroffen wären insbesondere große Anlagen zur Eigenversorgung in der Industrie. In Wohnungswirtschaft und Gewerbe stehen hingegen in der Regel kleinere Anlagen, die weiterhin von der Ermäßigung profitieren könnten. Neben der Größe der Anlage sind Kriterien wie Sektorenzugehörigkeit und Vollbenutzungsstunden für eine Begrenzung der EEG-Umlagereduzierung im Gespräch.