

2016/18

26. Oktober 2016

Votum

Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens sowie das Mitglied Dibbern und das Mitglied Richter aufgrund der mündlichen Erörterung vom 23. Juni 2016 am 26. Oktober 2016 mehrheitlich folgendes Votum:

1. Der Anspruchstellerin steht dem Grunde nach für den anteiligen Biogaseinsatz die Flexibilitätsprämie zu.
2. In der Berechnungsformel der Anlage 5 Nr. 2.1 EEG 2012 ist P_{Bem} allein auf der Grundlage der aus Biogas erzeugten Kilowattstunden zu bestimmen.
3. In der Berechnungsformel der Anlage 5 Nr. 2.1 EEG 2012 ist für P_{Zusatz} die Differenz aus der installierten Leistung der Anlage insgesamt und der um die spezifischen Korrekturfaktoren $f_{Kor,Biogas}$ und $f_{Kor,Deponiegas}$ korrigierten Summe der auf der Grundlage von jeweils Bio- und Deponiegas ermittelten Bemessungsleistungen anzusetzen.
4. Als Korrekturfaktor für Deponiegas $f_{Kor,Deponiegas}$ ist der Wert 1,6 anzusetzen.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle EEG:

Wenn und soweit die Anspruchsgegnerin geringere oder höhere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Votums auf den verfahrensgegenständlichen Vergütungszeitraum ergibt, so liegen hinsichtlich diesbezüglicher Nachzahlungen oder Rückforderungen der Anspruchsgegnerin an die Anspruchstellerin die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014¹ vor.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	3
2	Begründung	7
2.1	Verfahren	7
2.2	Würdigung	7
2.2.1	Anwendbares Recht	7
2.2.2	Flexibilitätsprämie nach dem EEG 2012 für Mischgasanlagen	9
2.2.3	Anspruch auf die Flexibilitätsprämie	13
2.2.4	Ermittlung der Flexibilitätsprämie bei Mischgasanlagen	14

¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Berechnung bzw. Höhe der Flexibilitätsprämie bei zwei Biogas-Deponiegas-Kombinationsanlagen („Mischgasanlagen“).
- 2 Die Anspruchstellerin betreibt seit August 2010 eine Mischgasanlage am Standort der Deponie [...-1] mit einer Gesamtleistung von [7 800]kW_{el}. Die Anlage wurde im August 2008 an diesem Standort als Biogasanlage ohne Mischfahrweise in Betrieb genommen. Seit dem 1. Januar 2012 wird für die Anlage die Vergütung nach § 27a EEG 2012 und seit dem 1. Juni 2014 die Flexibilitätsprämie gem. § 33i EEG 2012² beansprucht. Zu dem Vergütungsanspruch nach § 27a EEG 2012 wird auf das von der Anspruchstellerin zur Akte gereichte Gutachten der [...] GmbH mit dem Titel „[...]“ vom 18. Februar 2016 verwiesen.
- 3 Die Anspruchstellerin betreibt seit September 2010 eine weitere Mischgasanlage am Standort der Deponie [...-2] mit einer Gesamtleistung von [1 600]kW_{el}; diese Anlage wurde im September 2007 ebenfalls als Biogasanlage ohne Mischfahrweise in Betrieb genommen. Seit dem 1. Februar 2014 wird die Flexibilitätsprämie beansprucht. An diesem Standort war die Installation zusätzlicher Einrichtungen zur Flexibilisierung der Anlage nicht notwendig.
- 4 In beiden Anlagen werden zur Strom- und Wärmeerzeugung neben Biogas aus einer Abfallvergärungsanlage auch Deponiegas im Misch- bzw. Hybridbetrieb als Brennstoff eingesetzt. Der Mischbetrieb wird durchgeführt, um das Deponiegas, dessen Brennstoffgehalt durch den fortschreitenden biologischen Abbau immer weiter abnimmt, noch länger in den Gasmotoren verwerten zu können. Durch die Mischung des Deponiegases mit dem Biogas wird eine gegenüber dem Deponiegas höhere Brennstoffqualität hergestellt, so dass dadurch eine effizientere und zeitlich längere energetische Nutzung des Deponiegases ermöglicht wird. Der Strom wird in das Netz für die allgemeine Versorgung der Anspruchsgegnerin eingespeist und nach dem EEG vergütet.

²Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

- 5 Die Menge und die Qualität des Biogases und des Deponiegases werden mit Gasmessungen bestimmt. Der Strom aus Biogas betrug im Jahr 2014 etwa 30 % und der Strom aus Deponiegas etwa 70 % der Jahresstromerzeugung. Dieses Verhältnis ändert sich aufgrund der sich natürlicherweise verringernden Deponiegasmenge jährlich. Die Vergütung erfolgt entsprechend anteilig.
- 6 Die Erzeugung von Deponiegas ist nicht bedarfsgerecht steuerbar. Zu den konkreten Gründen für die fehlende Flexibilität bei der Erzeugung von Strom aus Deponiegas sowie zum Stand der Technik der Deponiegasbehandlung wird auf das Schreiben der Anspruchstellerin vom 1. September 2014 sowie auf die diesem Schreiben beigelegte Anlage 1 (Schreiben der [...] GmbH vom 2. September 2014) Bezug genommen.
- 7 Zur Anlagenflexibilisierung wurde von den zuständigen Behörden am Standort [...] ein Gasspeicher genehmigt, der zwischen dem 10. Februar 2014 und dem 24. April 2014 zusammen mit einem zusätzlichen Gasmotor errichtet wurde. Das zusätzliche Gasspeichervolumen für den ausschließlichen Einsatz des Biogases beträgt 7 700 m³. Die gesamte Bereitstellung von Flexibilität erfolgt ausschließlich durch die zeitliche Verschiebung der Verstromung von Biogas. Die Biogasmenge kann etwa bis zu zehn Stunden im Gasspeicher gesammelt und über die vorhandenen freien Gasmotorkapazitäten bedarfsgerecht verstromt werden. Der Gasspeicher ist ausschließlich an die Biogasanlage angeschlossen und wird von dort befüllt, eine Zumischung von Deponiegas ist technisch weder vorgesehen noch überhaupt möglich.
- 8 Im April 2014 wurde von einem zugelassenen Umweltgutachter die Eignung zur flexiblen Erbringung elektrischer Leistung über mehrere Tage geprüft, dokumentiert und die Eignung festgestellt.
- 9 Über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Flexibilitätsprämie sind sich die Parteien einig; diese sind nicht Verfahrensgegenstand. Streitbefangen ist allein die Höhe der Flexibilitätsprämie.
- 10 **Die Anspruchstellerin** ist der Ansicht, dass für ihre Mischgasanlagen bei der Berechnung der Flexibilitätsprämie für den Biogas-Stromanteil nicht die gesamte (Mischgas-)Bemessungsleistung des Kalenderjahres, sondern nur die der Verstromung aus Biogas zuzuordnende Bemessungsleistung („Biogas-Bemessungsleistung“) zugrunde zu legen sei; die dem Deponiegas zuzuordnende Bemessungsleistung („Deponiegas-Bemessungsleistung“) sei also von der Gesamt-Bemessungsleistung abzuziehen.

- 11 Entsprechend sei in ihrem Fall für die Berechnung der Flexibilitätsprämie auch nur die der Biogasverstromung zuzuordnende installierte Leistung anzusetzen, mithin die gesamte installierte Leistung der Mischgasanlage abzüglich des auf den Deponiegasanteil entfallenden Anteils, der nicht zur Flexibilisierung eingesetzt werden kann. Denn die Formeln zur Berechnung der Flexibilitätsprämie in Anlage 5 i. V. m. § 3 EEG 2012 würden keine Regelungen für die Berechnung der Flexibilitätsprämie für Mischgasanlagen enthalten. Analog zu den vorhandenen Regeln für Ein-Einstoffanlagen („Monoanlagen“) sei die Bemessungsleistung vorliegend nach dem aus dem Biogas stammenden Energieanteil des Gasgemischs zu bestimmen; dasselbe gelte für die Bestimmung der Zusatzleistung. Diese sei durch Abzug der für die stetige Erzeugung genutzten Leistung (das 1,1-fache der Bemessungsleistung aus Bio- und Deponiegas) von der installierten Leistung zu bilden. Zu berücksichtigen sei, dass die in Anlage 5 Nr. 2.2 Satz 3 EEG 2012 genannte „installierte Leistung“ nicht die installierte Gesamtleistung der Anlage sei, sondern diese um das 1,1-fache der Deponiegas-Bemessungsleistung zu verringern sei.
- 12 In analoger Anwendung des im EEG aufgeführten Korrekturfaktors für die Jahresbemessungsleistung bei Stromerzeugung aus Biogas in Höhe von 10% sei ein Korrekturfaktor für die Jahresbemessungsleistung bei Stromerzeugung aus Deponiegas in Höhe von ebenfalls 10% anzusetzen. Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf die Ausführungen in dem zur Akte gereichten Schreiben der [...] GmbH vom 2. September 2014 verwiesen, das dem Schreiben der Anspruchstellerin vom 1. September 2014 als Anlage 1 beigelegt ist. Es entspreche auch dem in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers, die Bemessungsleistung anteilig auf Basis des Energiegehalts des Biogases zu bestimmen, ohne das Deponiegas zu berücksichtigen, wofür die Anspruchstellerin die Bundestagsdrucksache 16/8148, S. 49, als Beleg anführt. Würde hingegen die Bemessungsleistung unabhängig von den eingesetzten Betriebsstoffen bestimmt, weil es auf die Bemessungsleistung der *Anlage* ankäme, sei dies nicht mit dem Umstand in Einklang zu bringen, dass die Flexibilitätsprämie nur für die flexible Verstromung von Biogas gezahlt werden kann.
- 13 Schließlich könnte die Anlage auch physisch in eine Deponie- und eine Biomasseanlage geteilt werden, ohne dass dies am Ergebnis etwas ändere. Der Fall des Mischbetriebs könne aber nicht anders zu beurteilen sein, da dieser gerade dazu gedacht sei, anderenfalls unrentable, jedoch technisch mögliche und ökologisch sinnvolle Verfahren zu ermöglichen.

- 14 **Die Anspruchsgegnerin** ist der Auffassung, dass zur Ermittlung der Höhe der Flexibilitätsprämie bei der Bestimmung der Bemessungsleistung die in dem Kalenderjahr insgesamt eingespeiste Strommenge aus Biogas und aus Deponiegas zugrunde zu legen und anschließend der Stromanteil, der der Verstromung aus Biogas zuzuordnen ist, für die Flexibilitätsprämie heranzuziehen sei. Auf eine „Biogas-Bemessungsleistung“, die durch Herausrechnung der Leistungsanteile, die der Verstromung aus Deponiegas zuzuordnen sind, bestimmt worden sei, komme es nicht an; das Gesetz enthalte keine Grundlage für die rechnerische Bildung einer quasi-eigenständigen Biogas-Teilanlage.
- 15 **Verfahren** Mit Beschluss vom 2. Juni 2016 hat die Clearingstelle EEG das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)³ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Kann die Anspruchstellerin von der Anspruchsgegnerin die Zahlung der Flexibilitätsprämie im Falle der Verstromung von Biogas und Deponiegas in einer Hybridanlage für jede eingespeiste Kilowattstunde Strom, die dem Biogas zuzuordnen ist, in der Höhe verlangen, wie sie sich aus der folgenden Formel ergibt, wenn die übrigen Voraussetzungen für die Zahlung der Flexibilitätsprämie gegeben sind:

$$FP = \frac{P_{Zusatz} \cdot KK \cdot 100 \text{ ct}/\text{€}}{P_{Bem} \cdot 8760 \text{ h}},$$

wobei

1. P_{Bem} allein auf der Grundlage der aus Biogas erzeugten Kilowattstunden zu bestimmen ist, also $P_{Bem} = P_{Bem(Biogas)}$, und
2. P_{Zusatz} gleich der Differenz aus der installierten Leistung der Anlage insgesamt und der um den Korrekturfaktor f_{Kor} korrigierten Summe der Bemessungsleistung auf der Grundlage von Bio- und Deponiegas ist:

$$P_{Zusatz} = P_{inst} - (f_{Kor} \cdot (P_{Bem(Biogas)} + P_{Bem(Deponiegas)})).$$

³Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung vom 24.06.2014, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/downloads>.

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 16 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 1, 2 Abs. 5 Verfo; es wurde eine mündliche Erörterung durchgeführt, §§ 28, 20 Verfo. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 Verfo das Mitglied der Clearingstelle EEG Dibbern erstellt.

2.2 Würdigung

- 17 Die Berechnung der Flexibilitätsprämie ist für die Mischgasanlagen der Anspruchstellerin im Wesentlichen wie von der Anspruchstellerin begehrt durchzuführen (s. Rn. 37 f.), doch ist für Deponiegas ein Korrekturfaktor mit dem Wert 1,6 zu verwenden (s. Rn. 52 f.).
- 18 Zwar ergibt sich die Berechnungsweise für die Flexibilitätsprämie bei Mischgas-Einsatz nicht aus dem Wortlaut von § 33i i. V. m. Anlage 5 EEG 2012, auch nicht in Verbindung mit § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 oder aus §§ 52, 54 i. V. m. Anlage 3 i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. e EEG 2014, doch ergibt sie sich aus dem systematischen Vergleich mit § 16 EEG 2012 und aus dem Sinn und Zweck von § 33i EEG 2012 bzw. §§ 52, 54 EEG 2014.

2.2.1 Anwendbares Recht

- 19 Auf die Anlagen der Anspruchstellerin war gem. § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 bis zum 31. Juli 2014 § 33i EEG 2012 anzuwenden (vgl. Rn. 20). Ab dem 1. August 2014 sind hingegen gem. § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. e EEG 2014 §§ 52, 54 EEG 2014 anzuwenden (vgl. Rn. 21).
- 20 Zwar sind die verfahrensgegenständlichen Anlagen unter Geltung des EEG 2004⁴ in Betrieb genommen worden, so dass wegen § 66 Abs. 1 EEG 2009⁵ i. V. m. § 66

⁴Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004..

⁵Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und da-

Abs. 1 EEG 2012 vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der beiden Fassungen des EEG prinzipiell die Vorschriften des EEG 2009 anzuwenden sind, jedoch bestimmt § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 ausdrücklich, dass § 33i EEG 2012 grundsätzlich auch auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas anzuwenden ist, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, sofern für den gesamten in der Anlage erzeugten Strom dem Grunde nach ein Vergütungsanspruch nach den Vergütungsbestimmungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der für die jeweilige Anlage maßgeblichen Fassung besteht. Für den Deponiegasanteil ist dies der Vergütungsanspruch gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 7 EEG 2004;⁶ für den Biogasanteil war dies bis 31. Dezember 2011 der Vergütungsanspruch gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 8 EEG 2004⁷; seit dem 1. Januar 2012 der Vergütungsanspruch gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 13 EEG 2009 i. V. m. § 27a EEG 2012.

- 21 Ab Inkrafttreten des EEG 2014 gelten die Regelungen zur Flexibilitätsprämie des EEG 2014 auch für Anlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind. § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. e EEG 2014 erklärt für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012 die §§ 52 und 54 EEG 2014 anstelle des § 66 Abs. 1 Nr. 11 i. V. m. § 33i EEG 2012 für anwendbar. Das EEG 2014 stellt folglich für alle Bestandsanlagen, für die die Regeln des EEG 2012 zur Flexibilitätsprämie anzuwenden waren, die Geltung der §§ 52 und 54 sowie der Anlage 3 EEG 2014 her.
- 22 Ein Unterschied in der Berechnung der Flexibilitätsprämie ergibt sich dadurch nicht, wie auch der Gesetzesbegründung zu entnehmen ist:

„§ 52 EEG 2014 in Verbindung mit der Anlage 3 regelt die Flexibilitätsprämie für bestehende Biogasanlagen und ersetzt insoweit für vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommene Anlagen den bislang anwendbaren § 33i EEG 2012. [...] Die Flexibilitätsprämie beträgt 130 Euro pro Kilowatt zusätzlicher flexibler installierter Leistung pro Jahr

mit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

⁶Zur Bestimmung der Anlage als Voraussetzung für die Bestimmung der maßgeblichen EEG-Fassung s. Rn. 38.

⁷Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 ist § 8 EEG 2004 im Grundsatz (mit einzelnen Ausnahmen) anwendbar.

und entspricht in ihrer Ausgestaltung weitgehend der bisherigen Flexibilitätsprämie nach § 33i EEG 2012 in Verbindung mit Anlage 5 zum EEG 2012. Die weiteren Voraussetzungen und die Berechnungsmethodik zur Ermittlung der Prämienhöhe für die jeweilige Anlage sind in Anlage 3 zum EEG 2014 geregelt.“⁸

2.2.2 Flexibilitätsprämie nach dem EEG 2012 für Mischgasanlagen

- 23 Die Vorschriften zur Flexibilitätsprämie im EEG 2012 sind auch auf die Anlagen der Anspruchstellerin entsprechend anwendbar.
- 24 Gemäß § 33i EEG 2012 können Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas ergänzend zur Marktprämie vom Netzbetreiber eine Prämie für die Bereitstellung zusätzlicher installierter Leistung für eine bedarfsorientierte Stromerzeugung, die sog. Flexibilitätsprämie, verlangen. Dieser Anspruch steht nur Betreibern von Biogasanlagen zu. Die Anspruchstellerin betreibt ihre Anlagen (auch) mit Biogas, weshalb ihr im Grundsatz auch die Flexibilitätsprämie zusteht.
- 25 Ungeachtet der konkreten Berechnung der Flexibilitätsprämie bei Mischgasanlagen besteht der Anspruch auf die von der Anspruchstellerin begehrte Flexibilitätsprämie daher nicht unter einfacher Anwendung des § 33i i. V. m. Anlage 5 EEG 2012, da dies dazu führen würde, dass den aus Deponiegas erzeugten Strom zusätzlich zur Marktprämie auch die Flexibilitätsprämie gezahlt würde. Unstreitig besteht aber für den aus Deponiegas erzeugten elektrischen Strom schon dem Grunde nach kein Anspruch auf die Flexibilitätsprämie.⁹
- 26 Die Verneinung eines Anspruchs des Betreibers einer Mischgasanlage auf die Flexibilitätsprämie in Gänze wäre jedoch auch nicht sachgerecht, da dies den Betreiber hinsichtlich seines aus Biogas erzeugten Stroms schlechterstellte als andere Betreiber von Biogasanlagen. Daher besteht eine Regelungslücke. Die Vorschriften zur Flexibilitätsprämie sind entsprechend auf Mischgasanlagen, in denen unter anderem Biogas eingesetzt wird, anzuwenden.
- 27 Hierfür spricht schon, dass erstmals mit Inkrafttreten des EEG 2009 verschiedene erneuerbare Energieträger in einem BHKW eingesetzt werden durften, ohne

⁸ *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 05.05.2014, BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2014/wrfassung/material>, S. 149.

⁹ *Lehnert*, in: Altrock/Oschmann/Theboald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2013, § 33i Rn. 9.

dass für den gesamten Strom ein niedrigerer Vergütungssatz angesetzt wird.¹⁰ Ausweislich der Gesetzesbegründung zum EEG 2009 besteht ein Anspruch auf eine anteilige Vergütung nach dem jeweiligen energetischen Beitrag der Energieträger zur Stromerzeugung.¹¹ Aus diesem gegenüber dem EEG 2004 veränderten Verständnis des Ausschließlichkeitsprinzips im EEG 2009 lässt sich schließen, dass auch nach dem EEG 2012 der Mischeinsatz von Biogas und anderer gasförmiger Biomasse in einer i. S. d. § 33i EEG 2012 flexiblen Anlage möglich sein muss. Denn dieses erweiterte Verständnis des Ausschließlichkeitsprinzips wurde im EEG 2012 nicht verändert, wie bspw. an §§ 27a Abs. 4, 27b Abs. 2 EEG 2012 abzulesen ist.¹² Dieser Vorschriften hätte es nämlich nicht bedurft, wäre die Kombination verschiedener Energieträger und Vergütungssätze in einer Anlage nach dem EEG 2012 schon dem Grunde nach nicht möglich.

- 28 Der Gesetzgeber hat mit dem EEG 2009 den gemischten Einsatz von Biogas und anderen Gasen bewusst ermöglicht, da solche Kombinationen die energetische Effizienz der Anlage erhöhen und zu einer gleichmäßigen oder regelbaren Erzeugung von Strom beitragen können.¹³ Dabei hat er keine besondere Vergütungsvorschrift für derartige Mischgasanlagen festgelegt; lediglich in der Gesetzesbegründung zu § 16 Abs. 1 EEG 2009 findet sich der Hinweis, dass die Vergütung dieser kombinierten Anlagen jeweils anteilig auf Basis des Energiegehalts der jeweiligen Energieträger erfolgen soll:

¹⁰Vgl. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 18.02.2008, BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeg2009/material>, S. 49; *Ekaradt*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2011, § 19 Rn. 16; *Ekaradt*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2011, § 27 Rn. 18; für das EEG 2012: *Lehnert/Thomas*, in: Altröck/Oschmann/Theboald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2013, § 16 Rn. 25.

¹¹*Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 18.02.2008, BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeg2009/material>, S. 55; *Ekaradt*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2011, § 19 Rn. 16; für das EEG 2012: *Rostankowski/Vollprecht*, in: Altröck/Oschmann/Theboald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2013, § 24 Rn. 21; *Rostankowski/Vollprecht*, in: Altröck/Oschmann/Theboald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2013, § 27 Rn. 44; *Clearingstelle EEG*, Votum v. 17.03.2016 – 2016/5, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/votv/2016/5>, Rn. 60 f.

¹²*Clearingstelle EEG*, Votum v. 17.03.2016 – 2016/5, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/votv/2016/5>, Leitsatz 2 und Rn. 26, 41 f., 57.

¹³*Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 18.02.2008, BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeg2009/material>, S. 49 u. 55.

„Mit dem Ausschließlichkeitsprinzip vereinbar ist die Nutzung verschiedener erneuerbarer Energiequellen in einer Anlage (sog. Hybridanlagen). [...] Auch der gemeinsame Einsatz von nach der Biomasseverordnung anerkannter Biomasse mit Deponie- oder Klärgas oder sonstiger Biomasse ist zulässig. [...] Die Vergütung dieser kombinierten Anlagen erfolgt jeweils anteilig auf Basis des Energiegehalts des jeweiligen Energieträgers. Kann ein derartiger Nachweis nicht in geeigneter Weise erbracht werden, gilt für den gesamten erzeugten Strom der niedrigere Vergütungssatz.“¹⁴

29 Daneben heißt es in der Begründung zu § 27 Abs. 1 EEG 2009:

„Durch die Öffnung des Ausschließlichkeitsprinzips ist der gemeinsame Einsatz von nach der Biomasseverordnung anerkannter Biomasse mit Deponie- und Klärgas oder anderen Stoffen, die wegen ihres biogenen Ursprungs zwar als Biomasse gelten, jedoch keine Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung sind, möglich. [...] Solche Kombinationen können die energetische Effizienz der Anlage erhöhen und zu einer gleichmäßigeren oder regelbaren Produktion von Strom beitragen. [...] Bei Kombination mit anderer Biomasse oder erneuerbaren Energieträgern erfolgt demzufolge nur eine anteilige Vergütung nach § 27 auf Basis des unteren Heizwerts des jeweiligen Energieträgers.“¹⁵

30 Folglich war der Mischeinsatz von Bio- und Deponiegas mit anteiliger Vergütung seit Einführung des EEG 2009 gem. § 16 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 24 Abs. 1 EEG 2009 und § 27 Abs. 1 EEG 2009 möglich, sofern der Energiegehalt des jeweiligen Energieträgers in geeigneter Weise nachgewiesen werden konnte.¹⁶

31 Mit der Verabschiedung des EEG 2012 hat der Gesetzgeber mit der Flexibilitätsprämie gem. § 33i EEG 2012 i. V. m. Anlage 5 EEG 2012 erstmals eine Regelung zur gezielten – wenn auch optionalen – Flexibilisierung von Biogasanlagen ins EEG

¹⁴Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 18.02.2008, BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>, S. 49.

¹⁵Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 18.02.2008, BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>, S. 55.

¹⁶Zu den Anforderungen an den Nachweis vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 17.03.2016 – 2016/5, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/votv/2016/5>, Rn. 61.

aufgenommen.¹⁷ Die Konzeption der Flexibilitätsprämie geht dabei zurück auf den Vorschlag zur Aufnahme einer „Kapazitätskomponente“ zur Flexibilisierung von Biogasanlagen im Erfahrungsbericht zum EEG 2009.¹⁸ Dieser Vorschlag geht seinerseits zurück auf einen im Auftrag des BMU erstellten Vorschlag zur Flexibilisierung der Stromproduktion aus Biogas.¹⁹ Weder dem EEG 2012 noch der Begründung für die Flexibilitätsprämie²⁰ noch einem der genannten zugrundeliegenden Vorschläge ist zu entnehmen, dass der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie bei Mischgaseinsatz nicht oder nur mit Abschlägen bestehen soll.

- 32 Wie bei der Vergütung von durch Mischgaseinsatz erzeugtem Strom hat der Gesetzgeber im EEG 2012 auch für die Flexibilitätsprämie keine ausdrückliche Regelung zur Berechnung der Flexibilitätsprämie bei Mischgaseinsatz geschaffen.²¹ Der Hinweis in der Gesetzesbegründung zum EEG 2009, bei Mischgaseinsatz sei die Vergütung anteilig nach dem Energiegehalt der beteiligten Energieträger zu berechnen,²² führt bei der Berechnung der Flexibilitätsprämie jedoch nicht zu sachgerechten Ergebnissen (näher hierzu Rn. 39). Dass der Gesetzgeber Betreiber von Mischgasanlagen hinsichtlich des Biogases aber schlechterstellen wollte als Betreiber anderer Biogasanlagen, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen, auch der Gesetztext selbst enthält keinen Hinweis auf eine solche Absicht. Daher ist unter systematischen Gesichtspunkten davon auszugehen, dass für die Flexibilitätsprämie im EEG 2012 im Grundsatz nichts anderes gilt als für den allgemeinen Vergütungsanspruch im EEG 2012, für den der Gesetzgeber in Bezug auf das Ausschließlichkeits-

¹⁷ *Fraktionen der CDU/CSU und FDP*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2012/urfassung/material>, S. 81.

¹⁸ *Bundesregierung*, Erfahrungsbericht 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht) gemäß § 65 EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/erfahrungsbericht>, S. 15.

¹⁹ *Bundesumweltministerium*, Entwurf – Erfahrungsbericht 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht) gemäß § 65 EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/erfahrungsbericht>, S. 20; *Rohrig/Hochloff/Holzhammer u. a.*, Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan – Die Einführung einer Kapazitätskomponente als Förderinstrument v. 29.04.2011, abrufbar unter http://www.energiesystemtechnik.iwes.fraunhofer.de/de/presse-infothek/publikationen/uebersicht/2011/flexible_stromproduktionausbiogasundbiomethan.html, zuletzt abgerufen am 12.07.2016.

²⁰ *Fraktionen der CDU/CSU und FDP*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2012/urfassung/material>, S. 81 f.

²¹ Auch spätere Fassungen des EEG enthalten keine solche Bestimmung.

²² *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 18.02.2008, BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/material>, S. 49 u. 55.

prinzip nichts gegenüber dem EEG 2009 geändert hat, wie die Gesetzesbegründung zum EEG 2012 zeigt:

„Zu § 16 EEG – Absatz 1 Satz 1 entspricht inhaltlich unverändert § 16 Absatz 1 EEG 2009.“²³

Auch aus §§ 52, 54 EEG 2014 folgt insoweit nichts Anderes (vgl. Rn. 22).

- 33 Des Weiteren ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschriften über den Vergütungsanspruch selbst sowie über die Flexibilitätsprämie – nämlich zu einer gleichmäßigen bzw. regelbaren Erzeugung von Strom beizutragen und das Gesamtsystem der Einspeisung von Erneuerbaren Energien zu flexibilisieren und stärker marktorientiert einzuspeisen²⁴ – der flexible Einsatz auch von mit Mischgas betriebenen EEG-Anlagen sinnvoll, so dass die richtige Berechnung aus den Vorschriften des EEG 2012 herzuleiten ist.

2.2.3 Anspruch auf die Flexibilitätsprämie

- 34 Grundsätzlich hat die Anspruchstellerin einen Anspruch auf die Flexibilitätsprämie nach den oben genannten Vorschriften (s. Rn. 19).
- 35 Gemäß den Regelungen in § 33i und Anlage 5 EEG 2012 können Anlagenbetreiber die Flexibilitätsprämie beanspruchen, wenn die Voraussetzungen nach § 33i Abs. 1 Nr. 1 bis 4 EEG 2012 erfüllt sind. Über das Vorliegen der Voraussetzungen von § 33i Nr. 1, 3 und 4 streiten die Parteien nicht; auch die Clearingstelle EEG erkennt keine Anhaltspunkte dafür, hier etwas anderes anzunehmen. Hingegen besteht zwischen der Anspruchstellerin und der Anspruchsgegnerin keine Einigkeit darüber, wie die

²³Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2012/urfassung/material>, S. 65.

²⁴Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 18.02.2008, BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/material>, S. 49; Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2012/urfassung/material>, S. 81 f.; Bundesregierung, Erfahrungsbericht 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht) gemäß § 65 EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/erfahrungsbericht>, S. 15; Bundesumweltministerium, Entwurf – Erfahrungsbericht 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht) gemäß § 65 EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/erfahrungsbericht>, S. 20.

Bemessungsleistung und die installierte Leistung i. S. d. § 33i Nr. 2 i. V. m. Anlage 5 EEG 2012 vorliegend zu ermitteln sind.

- 36 Wie richtigerweise von den Parteien angenommen, bilden vorliegend alle BHKW eines Standorts zusammen die „Anlage“ i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2012.²⁵ Dieses Anlagenverständnis führt jedoch bei der Ermittlung der installierten Leistung der Anlage nach Anlage 5 Nr. 1 zweiter Spiegelstrich i. V. m. § 3 Nr. 6 EEG 2012 und der Bemessungsleistung gem. Anlage 5 Nr. 1 erster Spiegelstrich i. V. m. § 3 Nr. 2a EEG 2012 nicht zu sachgerechten Ergebnissen (dazu sogleich Rn. 39).

2.2.4 Ermittlung der Flexibilitätsprämie bei Mischgasanlagen

- 37 Für die Berechnung der Flexibilitätsprämie für Mischgasanlagen ist nicht die gesamte (Mischgas-)Bemessungsleistung des Kalenderjahres, sondern nur die der Verstromung aus Biogas zuzuordnende Bemessungsleistung zugrunde zu legen. Die dem Deponiegas zuzuordnende Bemessungsleistung ist von der Gesamt-Bemessungsleistung der verfahrensgegenständlichen Anlage vorab abzuziehen.
- 38 **Regelungslücke** Wie bei der Vergütung von durch Mischgaseinsatz erzeugten Strom hat der Gesetzgeber im EEG 2012 auch für die Flexibilitätsprämie keine ausdrückliche Regelung zur Berechnung der Flexibilitätsprämie bei Mischgaseinsatz geschaffen (vgl. bereits Rn. 32). Es liegt also eine Regelungslücke vor, die durch die entsprechende Anwendung der Vorschriften für die Flexibilitätsprämie zu schließen ist.
- 39 Die unmittelbare Anwendung der oben umrissenen Regelungen führt vorliegend aber auch nicht zu sachgerechten Ergebnissen, denn in den Anlagen der Anspruchstellerin findet ein gemischter Einsatz von Deponie- und Biogas statt. Gemäß § 33i EEG 2012 steht indes die Flexibilitätsprämie nur Betreibern von Biogasanlagen zu; für den aus Deponiegas erzeugten elektrischen Strom besteht schon dem Grunde nach kein Anspruch auf die Flexibilitätsprämie.²⁶ Die Berechnung der Prämie bei

²⁵BGH, Urt. v. 04.11.2015 – VIII ZR 244/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2933>, Leitsatz a sowie Rn. 18f.; BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2363>, Leitsätze a und c sowie Rn. 22f.; in *Clearingstelle EEG*, *Votum v. 14.04.2016 – 2016/9*, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/votv/2016/9> hingegen anderer Sachverhalt – hier wurden die BHKW allein mit Deponiegas versorgt.

²⁶Lehnert, in: Altröck/Oschmann/Theboald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2013, § 33i Rn. 9.

Mischgaseinsatz hat jedoch entsprechend wie bei der Berechnung für Biogasanlagen zu erfolgen.

- 40 Der Hinweis in der Gesetzesbegründung zum EEG 2009, bei Mischgaseinsatz sei die Vergütung anteilig nach dem Energiegehalt der beteiligten Energieträger zu berechnen,²⁷ führt bei der Berechnung der Flexibilitätsprämie daher vorliegend nicht zu sachgerechten Ergebnissen.
- 41 Des Weiteren ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschriften über den Vergütungsanspruch selbst sowie über die Flexibilitätsprämie – nämlich zu einer gleichmäßigen oder regelbaren Erzeugung von Strom beizutragen und das Gesamtsystem der Einspeisung von Erneuerbaren Energien zu flexibilisieren und stärker marktorientiert einzuspeisen²⁸ – der flexible Einsatz auch von mit Mischgas betriebenen EEG-Anlagen als sinnvoll einzustufen, so dass die konkrete Berechnung aus den Vorschriften des EEG 2012 herzuleiten ist.
- 42 Hier ist evident, dass der Anspruch auf die die seitens der Anspruchstellerin begehrte Flexibilitätsprämie jedenfalls nicht unter einfacher Anwendung des § 33i i. V. m. Anlage 5 EEG 2012 bestehen kann, da dies eben dazu führen würde, dass zusätzlich zur Marktprämie, die für den aus Deponiegas erzeugten Strom zu zahlen ist, die Flexibilitätsprämie gezahlt würde.
- 43 Doch auch die Verneinung eines Anspruchs des Betreibers einer Mischgasanlage auf die Flexibilitätsprämie in Gänze wäre nicht sachgerecht, da dies den Betreiber hinsichtlich seines aus Biogas erzeugten Stroms schlechterstelle als andere Betreiber von Biogasanlagen (vgl. bereits zur entsprechenden Anwendbarkeit Rn. 23 ff.).
- 44 Es liegt also eine Regelungslücke vor, die durch die entsprechende Anwendung der Vorschriften für die Flexibilitätsprämie zu schließen ist.

²⁷ *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 18.02.2008, BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>, S. 49 u. 55.

²⁸ *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 18.02.2008, BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>, S. 49; *Fraktionen der CDU/CSU und FDP*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2012/urfassung/material>, S. 81 f.; *Bundesregierung*, Erfahrungsbericht 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht) gemäß § 65 EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/erfahrungsbericht>, S. 15; *Bundesumweltministerium*, Entwurf – Erfahrungsbericht 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht) gemäß § 65 EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/erfahrungsbericht>, S. 20.

- 45 **Grundsätze der Berechnung** Der hier zunächst naheliegend erscheinende Ansatz, in der Formel zur Berechnung der Flexibilitätsprämie nur jeweils einen dem Biogasanteil am Gesamtenergieeinsatz entsprechenden Anteil zu berücksichtigen, führt jedoch ebenfalls nicht zu sachgerechten Ergebnissen. Denn dann müsste die installierte Leistung anteilig auf eine „virtuelle Biogasanlage“ und eine „virtuelle Deponiegasanlage“ aufgeteilt werden. Dies führt aber dazu, dass die für den flexiblen Einsatz zur Verfügung stehende Leistung fehlerhaft – nämlich zu gering – ermittelt würde; ein Teil der tatsächlich für die Zwecke des flexiblen Einsatzes zur Verfügung stehenden Leistung würde dem Deponiegas zugeordnet. Deponiegas lässt sich jedoch aufgrund des geringen Energiegehalts sowie wegen der kaum steuerbaren Entstehung innerhalb des Deponiekörpers nur schwer flexibel einsetzen. Dies ist gesetzlicherseits, wie von der Anspruchstellerin vorgetragen, auch nicht vorgesehen. Denn gemäß Anlage 5 Nr. 7 Deponieverordnung²⁹ hat der Betreiber einer Deponie der Klasse I, II oder III dieses Deponiegases schon in der Ablagerungsphase zu fassen und zu behandeln, sofern auf Grund biologischer Abbauprozesse Deponiegas in relevanten Mengen entsteht, und nach Möglichkeit energetisch zu verwerten. Deponiegaserfassung, -behandlung und -verwertung sind dabei nach dem Stand der Technik durchzuführen. Ein entsprechender Stand der Technik zur flexiblen Behandlung und Verwertung von Deponiegas existiert aber – zumindest bislang – nicht.
- 46 Da ein Teil der tatsächlich für den flexiblen Einsatz bereitstehenden Leistung der virtuellen Deponiegasanlage zugeordnet würde, fiel die ermittelte Flexibilitätsprämie zu gering aus, was wiederum eine Schlechterstellung des Betreibers einer Mischgasanlage gegenüber anderen Betreibern von Biogasanlagen bedeuten würde.
- 47 Aus dem Regelungsgehalt sowie Sinn und Zweck der Flexibilitätsprämie ist abzuleiten, dass für die Berechnung nicht die gesamte (Mischgas-)Bemessungsleistung des Kalenderjahres, sondern nur die der Verstromung aus Biogas zuzuordnende Bemessungsleistung zugrunde zu legen ist. Die dem Deponiegas zuzuordnende Bemessungsleistung ist von der Gesamt-Bemessungsleistung der verfahrensgegenständlichen Anlage vorab abzuziehen.
- 48 Der Einwand, dieser Ansatz begünstige Betreiberinnen bzw. Betreiber von Mischgasanlagen in ihrer Eigenschaft als Biogasanlagenbetreiberinnen und -betreiber gegenüber Betreiberinnen und Betreibern „einfacher“ Biogasanlagen, da die Mischgasanlagenbetreiberinnen und -betreiber die durch die Deponiegasnutzung zwar rechne-

²⁹Deponieverordnung v. 27.04.2009 (BGBl. I S. 900), zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung v. 04.03.2016 (BGBl. I S. 382).

risch, jedoch nicht technisch „blockierten“ freien Leistungsanteile flexibel mitnutzen könnten, was Betreiberinnen und Betreiber „einfacher“ Biogasanlagen nicht könnten, trägt aber nicht. Zwar trifft dies – rein technisch betrachtet – dem Grunde nach zu, vernachlässigt aber, dass Betreiberinnen und Betreiber von Mischgasanlagen den Nachteil hinnehmen (müssen), eben Mischgas zu nutzen. Dieses enthält aber wegen des Deponiegasanteils weniger Methan und damit weniger nutzbare Energie und ist in physikalischer und toxikologischer Hinsicht oft problematischer als im Fermenter gezielt erzeugtes Biogas.³⁰

- 49 Dem Grundgedanken der Flexibilitätsprämie nach soll der Anlagenbetreiber pro zur Verfügung gestelltem flexiblen Kilowatt Anlagenleistung eine Prämie in Höhe von 130 € pro Jahr erhalten. Zur Ermittlung der flexibel bereitstehenden Leistung wird von der installierten Leistung i. S. d. § 3 Nr. 6 EEG 2012 die mit einem Korrekturfaktor versehene Bemessungsleistung der Anlage im Abrechnungsjahr i. S. d. § 3 Nr. 2a EEG 2012 als Maß für die durchschnittliche jährliche Auslastung der Anlage abgezogen. Der Korrekturfaktor dient dazu abzubilden, dass einerseits Anlagen auch im regulären Betrieb ohne beabsichtigte Laständerungen nicht dieselbe Leistung über alle Zeitstunden eines Jahres erbringen. Es werden beispielsweise schon zu Wartungszwecken bestimmte Stillstandszeiten realisiert, so dass die jährliche durchschnittliche Auslastung der Anlage – ihre Bemessungsleistung – nicht die tatsächlich dauerhaft genutzte Leistung wiedergibt. Andererseits kann bspw. auch schon das Betriebskonzept einen Lastwechselbetrieb vorsehen, z. B. bei wärmegeführter Fahrweise.³¹ Hier ist die Differenz zwischen installierter und Bemessungsleistung im Regelfall noch größer, da die Anzahl der Stunden des Jahres, in denen die Anlage nicht ihre volle Leistung erbringt, größer ist.
- 50 Dementsprechend basieren die in Anlage 5 Nr. 2.2 Satz 2 EEG 2012 festgelegten unterschiedlichen Korrekturfaktoren für Biogas und Biomethan auf den typischen Einsatzweisen von Biogas- bzw. Biomethan-Anlagen; sie sind so festgelegt, dass der

³⁰Bräcker, Deponieentgasung bei rückläufigen Deponiegasmengen, in: Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie des Landes Niedersachsen (LBEG) – Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Hildesheim (Hrsg.), Abfallwirtschaftsfakten 19, abrufbar unter http://www.gewerbeaufsicht.niedersachsen.de/umweltschutz/kreislauf_und_abfallwirtschaft/abfallwirtschaftsfakten/abfallwirtschaftsfakten-52057.html, S. 2f.; Wikipedia-Autoren, Seite „Deponiegas“, in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, abrufbar unter <https://wikipedia.org/w/index.php?title=Deponiegas&oldid=152919907>, abgerufen am 05.10.2016.

³¹Vgl. Rohrig/Hochloff/Holzhammer u. a., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan – Die Einführung einer Kapazitätskomponente als Förderinstrument v. 29.04.2011, abrufbar unter http://www.energiesystemtechnik.iwes.fraunhofer.de/de/presse-infothek/publikationen/uebersicht/2011/flexible_stromproduktionausbiogasundbiomethan.html, zuletzt abgerufen am 12.07.2016, S. 8.

Quotient aus der Jahresstundenzahl und dem Korrekturfaktor eine typische Vollbenutzungsstundenzahl der jeweiligen Anlagenkategorie ergibt – der Korrekturfaktor ist der Quotient aus der Anzahl der Stunden eines Jahres und den typischen Jahresvolllaststunden des betrachteten Anlagentyps.³²

- 51 Die dergestalt ermittelte Jahresprämie wird sodann – letztendlich zur Erleichterung der Abrechnung – auf die tatsächlich erzeugten, eingespeisten und dem Grunde nach mit der Marktprämie zu fördernden Kilowattstunden des Abrechnungsjahrs umgelegt.
- 52 Voraussetzung für den Anspruch auf die Flexibilitätsprämie ist gem. § 33i Abs. 1 Nr. 2, Anlage 5 Nr. 2.2 Satz 3 erster Spiegelstrich EEG 2012 aber, dass die Bemessungsleistung mindestens 20% der installierten Leistung beträgt, die Anlage also eine Mindestauslastung nicht unterschreitet. Dies ist für die verfahrensgegenständlichen Anlagen gegeben (vgl. Rn. 9). Daneben wird die Zusatzleistung, für die die Flexibilitätsprämie gewährt wird, gem. Anlage 5 Nr. 2.2 Satz 3 zweiter Spiegelstrich EEG 2012 auf maximal die Hälfte der installierten Leistung der Anlage begrenzt.
- 53 **Anwendung auf Mischgasanlagen** Bei der Berechnung der Flexibilitätsprämie für Mischgasanlagen sind dieselben Prinzipien wie bei der Berechnung für Biogasanlagen anzuwenden:
- 54 Zum einen ist die für den flexiblen Einsatz zur Verfügung stehende Leistung der Anlage auf den Biogaseinsatz zu beziehen – eine Anlage, die durch das vorhandene Deponiegas zu einem hohen Anteil (bspw. mehr als 75 %) ausgelastet ist, kann keinen hohen flexiblen Leistungsanteil aufweisen.
- 55 Zum anderen sind für die korrekte Berechnung der auf die Kilowattstunde bezogenen Prämie gem. § 33i i. V. m. Anlage 5 Nr. 2.1 EEG 2012 bzw. §§ 52 und 54 i. V. m. Anlage 3 Nr. 2.1 EEG 2014 lediglich die aus dem Biogas erzeugten Kilowattstunden zu berücksichtigen; die aus dem Deponiegas erzeugten Kilowattstunden müssen hier außer Betracht bleiben.
- 56 Bei der Berücksichtigung von Bemessungsleistungen sind ggf. Korrekturfaktoren anzusetzen. Für Biogas und Biomethan enthält das EEG 2012/EEG 2014 hierzu Vorgaben (s. Anlage 5 Nr. 2.2 Satz 2 EEG 2012), für Deponiegas jedoch nicht.

³²Rohrig/Hochloff/Holzhammer u. a., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan – Die Einführung einer Kapazitätskomponente als Förderinstrument v. 29.04.2011, abrufbar unter http://www.energiesystemtechnik.iwes.fraunhofer.de/de/presse-infothek/publikationen/uebersicht/2011/flexible_stromproduktionausbiogasundbiomethan.html, zuletzt abgerufen am 12.07.2016, S. 8.

- 57 Die Anspruchstellerin meint, für Deponiegas sei ein Korrekturfaktor von 1,1 anzusetzen, doch dem ist nicht zu folgen. Denn die Anspruchstellerin begründet ihre Ansicht mit der *technischen Möglichkeit* zum flexiblen Deponiegaseinsatz. Diese ist jedoch nicht ausschlaggebend, vielmehr ist hier – wie bei Biogas und Biomethan, vgl. Rn. 50 – auf die typische Betriebsweise eines Deponiegas-Biogas-Misch-BHKW abzustellen.
- 58 Die typische Vollbenutzungsstundenzahl von Deponiegasanlagen liegt mit bis zu 4 300 h³³ vergleichsweise niedrig. Setzte man diese Vollbenutzungsstunden an, erhielte man als Korrekturfaktor für Deponiegas einen Wert, der nach der ursprünglichen Berechnungsmethodik von *Rohrig/Hochloff/Holzhammer*³⁴ mit $8\,760\text{ h} / 4\,300\text{ h}$ etwa 2,0 betrüge.
- 59 Verschiedentlich werden indes auch deutlich höhere Vollbenutzungsstunden angegeben.³⁵ Daher ist davon auszugehen, dass sich die tatsächlichen typischen Vollbenutzungsstunden in der Mitte bewegen werden, so dass hier der Mittelwert von $(6\,600 + 4\,300) / 2 = 5\,450$ Vollbenutzungsstunden anzuwenden ist. Mit diesem Wert ergibt sich ein Deponiegas-Korrekturfaktor von $8\,760 / 5\,450 = 1,6073394 \approx 1,6$.
- 60 Ob dieser Wert nun als originärer Wert oder als entsprechende Anwendung von Anlage 5 Nr. 2.2 Satz 2 Spiegelstrich 2 EEG 2012 auf Grund ähnlich hoher Vollbenut-

³³Reichmuth/Bahmann/Bohnenschäfer u. a., in: Jahresprognose EEG-Einspeisung zur Bestimmung der EEG-Umlage 2010 – Endbericht, Leipziger Institut für Energie GmbH (Hrsg.), abrufbar unter <https://www.netztransparenz.de/de/EEG-Umlage-2010.htm>, zuletzt abgerufen am 12.07.2016, S. 11; *r2b energy consulting GmbH*, Jahresprognose zur deutschlandweiten Stromerzeugung aus EEG geförderten Kraftwerken für das Kalenderjahr 2013 – Endbericht, abrufbar unter <https://www.netztransparenz.de/de/EEG-Umlage-2013.htm>, zuletzt abgerufen am 12.07.2016, S. 30.; Schmidt/Püttner/Musiol u. a., Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG – Vorhaben I – Spartenübergreifende und integrierende Themen sowie Stromerzeugung aus Klär-, Deponie- und Grubengas, Endbericht, abrufbar unter http://www.ifne.de/ifne_publicationen.html, zuletzt abgerufen am 12.07.2016, S. 14; Schmidt/Jachmann/Rüther u. a., Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2014 gemäß § 65 EEG – Vorhaben I – Spartenübergreifende und integrierende Themen sowie Stromerzeugung aus Klär-, Deponie- und Grubengas, abrufbar unter <http://bmwi.de/DE/Themen/Energie/Erneuerbare-Energien/eeg-2014.html>, zuletzt abgerufen am 12.07.2016, S. 46.

³⁴Rohrig/Hochloff/Holzhammer u. a., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan – Die Einführung einer Kapazitätskomponente als Förderinstrument v. 29.04.2011, abrufbar unter http://www.energiesystemtechnik.iwes.fraunhofer.de/de/presse-infothek/publikationen/uebersicht/2011/flexible_stromproduktionausbiogasundbiomethan.html, zuletzt abgerufen am 12.07.2016, S. 8.

³⁵Vgl. Ministerium für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft des Landes Brandenburg, Ausbaustand der erneuerbaren Energien im Land Brandenburg für das Jahr 2013 (Stand 31.12.2013), abrufbar unter <http://www.mlul.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.291404.de?highlight=Ausbaustand>, abgerufen am 13.10.2016.

zungsstunden wie im Fall der Biomethananlagen³⁶ anzusehen ist, kann dahinstehen, da es hierauf zur Entscheidung der vorliegenden Frage nicht ankommt.

- 61 **Zur konkreten Berechnung** der Flexibilitätsprämie ist zunächst derjenige Leistungsanteil zu bestimmen, der im Abrechnungsjahr durch die Stromerzeugung aus Deponiegas nicht zur Stromerzeugung aus Biogas zur Verfügung stand. Hierzu ist der Quotient q_D aus dem messtechnisch bestimmten Energiegehalt des eingesetzten Deponiegases E_D und dem messtechnisch bestimmten Energiegehalt der insgesamt eingesetzten Gasmengen E_{ges} zu bestimmen, also der Anteil des Deponiegases an der insgesamt eingesetzten Energiemenge:

$$q_D = E_D / E_{ges} \quad (1)$$

- 62 Die insgesamt erzeugte³⁷ elektrische Arbeit W_{ges} wird mit diesem Quotienten multipliziert, was der aus Deponiegas erzeugten elektrischen Arbeit W_D entspricht:

$$W_D = W_{ges} \cdot q_D \quad (2)$$

- 63 Dieser Wert ist – außer ggf. im ersten und letzten Jahr der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie, § 3 Nr. 2a EEG 2012 – durch die vollen Zeitstunden des Abrechnungsjahres³⁸ H_a zu teilen:

$$P_{Bem,D} = \frac{W_D}{H_a} \quad (3)$$

- 64 Die so der Stromerzeugung aus Deponiegas zugeordnete Teil-Bemessungsleistung $P_{Bem,D}$ wird nach Multiplikation mit dem Deponiegas-Korrekturfaktor $f_{Kor,D} =$

³⁶Rohrig/Hochloff/Holzhammer u. a., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan – Die Einführung einer Kapazitätskomponente als Förderinstrument v. 29.04.2011, abrufbar unter http://www.energiesystemtechnik.iwes.fraunhofer.de/de/presse-infothek/publikationen/uebersicht/2011/flexible_stromproduktionausbiogasundbiomethan.html, zuletzt abgerufen am 12.07.2016, S. 8.

³⁷Auch für Anlagen, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurden und für die die Flexibilitätsprämie gem. § 66 Abs. 1 Nr. 11 EEG 2012 beansprucht wird, ist auf die erzeugten und nicht auf die eingespeisten Kilowattstunden abzustellen. Dies ergibt sich aus Anlage 5 Nr. I EEG 2012, wonach für die Bemessungsleistung P_{Bem} ausdrücklich die Begriffsbestimmung des § 3 Nr. 2a EEG 2012 anzuwenden ist, die inhaltlich von § 18 Abs. 2 EEG 2009 abweicht.

³⁸Da § 3 Nr. 2a EEG 2012 auf das Kalenderjahr abstellt, beträgt die Zahl der anzusetzenden Stunden in Gemeinjahren 8 760 h, in Schaltjahren jedoch 8 784 h, vgl. *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 05.11.2009 – 2009/13, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2009/13>, S. 7; § 191 BGB ist nicht anzuwenden, da bei der Bestimmung der Bemessungsleistung der in einem Zeitraum tatsächlich erzeugte Strom in Beziehung zu dem tatsächlichen Zeitraum gesetzt wird und des Weiteren vorliegend nicht der Beginn oder das Ende einer Frist bestimmt werden soll, vgl. hierzu *Ellenberger*, in: Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl. 2011, § 186 Rn. 3 sowie § 191 Rn. 1.

1,6 von der installierten Gesamtleistung der Anlage subtrahiert. Das Ergebnis gibt die verbleibende installierte Leistung an, die für die Stromerzeugung aus Biogas zur Verfügung steht:

$$P_{inst,B} = P_{inst,ges} - f_{Kor,D} \cdot P_{Bem,D} \quad (4)$$

65 Die entsprechend dem Vorgehen beim Deponiegas ermittelte Biogas-Teilbemessungsleistung $P_{Bem,B}$ multipliziert mit dem Biogas-Korrekturfaktor $f_{Kor,B} = 1,1$ ist von der verbleibenden, für die Biogasnutzung zur Verfügung stehenden installierten Leistung $P_{inst,B}$ abzuziehen, um die vorläufige für die flexible Stromerzeugung aus Biogas zur Verfügung stehende zusätzliche Leistung $P_{Zus,B,vorl}$ zu ermitteln:

$$P_{Zus,B,vorl} = P_{inst,B} - f_{Kor,B} \cdot P_{Bem,B} \quad (5)$$

66 Ist dieser Betrag größer als ein Fünftel der verbleibenden installierten Leistung (der 0,2-fache Wert der installierten Leistung), die für die Biogasnutzung zur Verfügung steht, ist eine Flexibilitätsprämie zu zahlen, Anlage 5 Nr. 2.2 Satz 3 erster Spiegelstrich EEG 2012.

67 Ist die vorläufige für die flexible Stromerzeugung aus Biogas zur Verfügung stehende zusätzliche Leistung $P_{Zus,B,vorl}$ größer als die Hälfte der verbleibenden installierten Leistung (der 0,5-fache Wert der installierten Leistung), die für die Biogasnutzung zur Verfügung steht, $P_{inst,B}$, ist gem. Anlage 5 Nr. 2.2 Satz 2 zweiter Spiegelstrich EEG 2012 lediglich die Hälfte der verbleibenden installierten Leistung, die für die Biogasnutzung zur Verfügung steht, als zusätzliche Leistung zu berücksichtigen:

$$P_{Zus,B} = \begin{cases} 0 & | P_{Zus,B,vorl} < 0,2 \cdot P_{inst,B} \\ P_{Zus,B,vorl} & | 0,2 \cdot P_{inst,B} \leq P_{Zus,B,vorl} \leq 0,5 \cdot P_{inst,B} \\ 0,5 \cdot P_{inst,B} & | P_{Zus,B,vorl} > 0,5 \cdot P_{inst,B} \end{cases} \quad (6)$$

68 Die Höhe der Flexibilitätsprämie FP als Aufschlag zur Marktprämie in Cent pro Kilowattstunde errechnet sich sodann aus der dergestalt abschließend ermittelten für die flexible Stromerzeugung aus Biogas zur Verfügung stehenden zusätzlichen Leistung $P_{Zus,B}$ multipliziert mit der Kapazitätskomponente KK in Höhe von 130 €/kW und dem Umrechnungsfaktor 100 ct/€, geteilt durch das Produkt aus der ermittelten Biogas-Teilbemessungsleistung und 8 760 Stunden³⁹, mithin im Grund-

³⁹Anders als bei der Berechnung der Bemessungsleistung gem. § 3 Nr. 2a EEG 2012 bleibt die Tatsache, dass Schaltjahre gegenüber Gemeinjahren 24 zusätzliche Stunden aufweisen, bei der Berechnung der Flexibilitätsprämie außer Betracht, da der Wortlaut von Anlage 5 Nr. 2.1 insoweit eindeutig ist.

satz der im Abrechnungsjahr aus Biogas erzeugten Kilowattstunden:

$$FP = \frac{P_{Zus,B} \cdot KK \cdot 100 \frac{\text{ct}}{\text{€}}}{P_{Bem,B} \cdot 8760 \text{ h}} \quad (7)$$

69 Berücksichtigt man hierin die in Rn. 64 und 65 dargestellten Sachverhalte bzw. setzt Gl. (4) in Gl. (5) und diese wiederum in obige Gl. (7) ein, erhält man

$$FP = \frac{(P_{inst,ges} - f_{Kor,D} \cdot P_{Bem,D} - f_{Kor,B} \cdot P_{Bem,B}) \cdot KK \cdot 100 \frac{\text{ct}}{\text{€}}}{P_{Bem,B} \cdot 8760 \text{ h}} \quad (8)$$

70 Dies entspricht der von der Anspruchstellerin geforderten Berechnungsformel mit der Abweichung, dass für Deponiegas und Biogas verschiedene Korrekturfaktoren angesetzt werden ($f_{Kor,D} \neq f_{Kor,B}$).

Dibbern

Dr. Lovens

Richter