

Anwendungshilfe

zur Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017

mit Änderungen durch das
„Energiesammelgesetz“

Berlin, 7. Juni 2019

Anwendungshilfe zur Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017

Die **Flexibilitätsprämie** soll bei Direktvermarktung des Stroms nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 20 EEG 2017 einen Anreiz für Betreiber von Biogasanlagen darstellen, den erzeugten Strom zum einen direkt zu vermarkten und zum anderen bedarfsorientiert zu erzeugen bzw. einzuspeisen. Die Anforderungen, unter denen Betreiber von Bestandsanlagen einen Zahlungsanspruch auf eine Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 in Anspruch nehmen können, finden sich in den §§ [50](#) und [50b](#) EEG 2017 sowie [Anlage 3](#) zum EEG 2017.

Aktuell erweitern viele Anlagenbetreiber Biogasanlagen, um die Flexibilitätsprämie in Anspruch zu nehmen. Der gesetzlich vorgesehene Flexibilitätsdeckel, der durch das „Energiesammelgesetz“ auf 1000 MW abgesenkt wurde, dürfte noch im Kalenderjahr 2019 erreicht werden. Die auftretenden Praxisfragen zum Anwendungsbereich, den Voraussetzungen für den Erhalt der Flexibilitätsprämie und ihrer Berechnung beantwortet die vorliegende Anwendungshilfe.

Ansprechpartner:

Constanze Hartmann, LL.M.
Flexibilitätsprämie, Direktvermarktung
Telefon: +49 30 300199-1527
constanze.hartmann@bdew.de

Ass. iur. Christoph Weißenborn
EEG-Biogasförderung, Anlagenbegriff
Telefon: +49 30 300199-1514
christoph.weissenborn@bdew.de

1. Allgemeines	4
1.1. Voraussetzungen für die Inanspruchnahme	5
1.2. Anwendungsbereich	6
1.3. Anwendbarkeit weiterer Regelungen	9
1.4. Geltendmachung, Berechnung	9
1.5. Deckelung	9
2. Fragen und Antworten zur Flexibilitätsprämie	11
2.1. Direktvermarktung	11
2.1.1. Hat ein Anlagenbetreiber auch einen Anspruch auf die Flexibilitätsprämie, wenn er einen Teil des Stroms aus der Anlage in Form der „sonstigen Direktvermarktung“ nach § 21b Nr. 4 EEG 2017 vermarktet?	11
2.1.2. Erlischt der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie endgültig, wenn nach erstmaliger Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie der erzeugte Strom weder im Rahmen der Marktprämie noch im Rahmen der sonstigen Direktvermarktung verwendet wird?	11
2.2. Berechnung	12
2.2.1. Auf welcher Grundlage und in welcher Höhe sollen monatliche Abschläge in angemessenem Umfang berechnet werden?	12
2.2.2. Wie ist die Flexibilitätsprämie zu berechnen, wenn unterjährig eine Leistungserhöhung oder -absenkung erfolgt?	13
2.3. Bedarfsorientierter Betrieb/ Umweltgutachten	14
2.3.1. Ist es notwendig, dass der Anlagenbetreiber schon bei Anmeldung zur Flexibilitätsprämie ein Umweltgutachten nach Anlage 3 Nr. I 1 d EEG 2017 vorlegt, oder kann dieses später nachgereicht werden?	14
2.3.2. Muss der Anlagenbetreiber eine tatsächliche bedarfsorientierte Stromerzeugung bzw. -einspeisung nachweisen?	14
2.3.3. Können Anlagenbetreiber die Flexibilitätsprämie nur verlangen, wenn sie zusätzlich in technische Einrichtungen investieren, wie z. B. neue Generatoren oder Speicher?	15
2.4. Erweiterung/Zubau	17
2.4.1. Kann für eine Biomasseanlage, die bereits eine Flexibilitätsprämie in Anspruch nimmt, die Prämie nach § 50b EEG 2017 weiterhin in Anspruch genommen werden, wenn zu dem oder den bestehenden Fermenter-BHKW mit Inbetriebnahme vor dem 1. August 2014 jetzt ein weiteres BHKW mit Anschluss an denselben Bestands-Fermenter hinzu gebaut wird?	17

2.4.2. Ist bei erneuter Erhöhung der installierten Leistung einer Biomasseanlage, die bereits die Flexibilitätsprämie in Anspruch nimmt, die erneute Vorlage eines Umweltgutachtens erforderlich, die die zusätzlich installierte Leistung berücksichtigt?	18
2.4.3. Kann eine Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 oder ein Flexibilitätszuschlag nach § 50a EEG 2017 in Anspruch genommen werden, wenn zu einem Biomethan-BHKW mit Inbetriebnahme vor dem 1. August 2014 jetzt ein Biomethan-BHKW hinzugebaut wird?	20
2.5. Reicht eine flexible Fahrweise für den Erhalt der Flexibilitätsprämie aus (z.B. durch dauerhafte und endgültige Drosselung der Leistung)?	22
2.6. Kann die Gasblase im Fermenter als Gasspeicher genutzt werden, oder muss ein separater Speicher vorhanden sein?	22
2.7. Dürfen Tauchsieder als technische Einrichtung im Rahmen einer Direktvermarktung und der Flexibilitätsprämie verwendet werden?	22
2.8. Besteht ein Anspruch auf die Flexibilitätsprämie im Falle einer flexiblen und marktorientierten Fahrweise einer Biogasanlage, die um ein power to heat-Modul ergänzt wurde, ohne dass jedoch in ein zusätzliches BHKW Modul zur Erhöhung der installierten Leistung investiert wurde?	23
2.9. Muss der Anlagenbetreiber innerhalb der 16 Kalendermonate nach Erreichen des Flexdeckels die zusätzlich installierte Leistung tatsächlich in Betrieb genommen haben?	23
3. Begrenzung der Anschlussleistung und Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie	26

1. Allgemeines

Stellen Anlagenbetreiber von Biogas-Bestandsanlagen gemäß den Vorgaben von §§ 50, 50b i.V.m. Anlage 3 EEG 2017 zusätzlich installierte Leistung für eine bedarfsorientierte Stromerzeugung zur Verfügung, können sie vom Netzbetreiber für die Dauer von zehn Jahren eine sogenannte **Flexibilitätsprämie** zusätzlich zur Marktprämie verlangen.

Nicht mit der Flexibilitätsprämie zu verwechseln ist der **Flexibilitätszuschlag** nach §§ 50 und [50a](#) EEG 2017. Dieser kann nur für Anlagen gewährt werden, die ab dem 1. August 2014 neu in Betrieb genommen werden bzw. worden sind. Demgegenüber ist die Anwendung der Flexibilitätsprämie auf Anlagen beschränkt, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden waren (s. nachfolgend unter Nr. 1.2).

1.1. Voraussetzungen für die Inanspruchnahme

Ein Anspruch auf die Flexibilitätsprämie besteht nach **§ 50 Abs. 1 i.V.m. § 50b EEG 2017** nur, wenn der Anlagenstrom

- aus Biogas erzeugt wird,
- direkt vermarktet wird (gefördert oder ungefördert),
- wenn dem Grunde nach ein Förderanspruch nach der für die Anlage jeweilig maßgeblichen EEG-Fassung besteht und
- wenn der Anspruch für Bestandsanlagen geltend gemacht wird (§ 50b Satz 1 EEG 2017).

[Anlage 3 Nr. I 1 EEG 2017](#) sieht außerdem weitere Anforderungen vor.

Eine Flexibilitätsprämie kann nur dann geltend gemacht werden, wenn dem **Grunde nach ein unverringelter Anspruch auf Einspeisevergütung** besteht, der aber nicht geltend gemacht wird, weil die Anlage für die Prämie in der Vermarktungsform der Direktvermarktung betrieben wird. Wenn der Anspruch auf eine Einspeisevergütung dem Grunde nach nicht besteht, weil die Anlage ohnehin zur Direktvermarktung verpflichtet wäre (§§ 27 Abs. 3 oder 4, 27a Abs. 2 oder 27c Abs. 3 EEG 2012) oder wegen Verstoßes gegen die Wärme- und Gülle-Nutzungspflicht (§ 27 Abs. 4 EEG 2012) keinen Anspruch auf Einspeisevergütung hätte (Anlage 3 Nr. I 1 a EEG 2017), steht dies der Geltendmachung des Anspruchs auf Flexibilitätsprämie nicht entgegen.

Bereits im EEG 2014 wurde klargestellt, dass **nicht der gesamte in der Anlage erzeugte Strom direkt vermarktet werden muss**. Eine Einspeisevergütung darf zwar für keinen Anteil des erzeugten Stroms in Anspruch genommen werden, der erzeugte Strom darf aber anderweitig verwendet werden (etwa durch Eigenverbrauch bei Überschusseinspeisung). Die Flexibilitätsprämie wird aber weiterhin nur für den tatsächlich eingespeisten Überschussstrom gezahlt. Bei der Berechnung der Zusatzleistung „ P_{Zusatz} “ als Ausgangsgröße für die Ermittlung der spezifischen Flexibilitätsprämie muss somit die Überschusseinspeisung zzgl. des Eigenverbrauchs als Erzeugungsmenge im Rahmen der Bemessungsleistung („ P_{Bem} “) berücksichtigt werden.

Seit der Änderung des § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit. a 1. Teilsatz EEG 2014 wurde jedoch für Anlagen, die während der Geltung des EEG 2009 und früher in Betrieb gegangen sind, die Anwendung der Definition der Bemessungsleistung nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 anstelle des § 5 Nr. 4 EEG 2014 angeordnet. Damit ist für diese Anlagen die *ggf. um den Eigenverbrauch reduzierte*, erzeugte Strommenge als Ausgangsgröße für die Bemessungsleistung anzuwenden, anstelle der gesamten, in der Anlage erzeugten Strommenge ohne Abzug¹. Dadurch sinkt die in die Formel nach Anlage 3 Nr. II. 1 als Divisor eingehende Bemessungsleistung

¹ Letztere Berechnungsmethodik gilt seit dem EEG 2012 für Anlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2012, nunmehr definiert in [§ 3 Nr. 6 EEG 2017](#).

und steigt ggf. die Flexibilitätsprämie.² Bei der Berechnung der Flexibilitätsprämie darf in jedem Fall nur die Strommenge aus der Überschusseinspeisung mit der spezifischen Flexibilitätsprämie multipliziert werden.

Die **Bemessungsleistung der Anlage** (nach Anlage 3 Nr. II EEG 2017 definiert) muss **mindestens das 0,2-fache der installierten Leistung der Anlage** betragen (Anlage 3 Nr. I 1 b EEG 2017).

Die zur Registrierung der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erforderlichen **Angaben** (installierte Leistung, Standort, Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie) sind **übermittelt** worden (Anlage 3 Nr. I 1 c EEG 2017). Hierbei ist insbesondere auch die Frist nach § 18 Abs. 1 der Marktstammdatenregisterverordnung (MaStRV) zu beachten: Betreiber von EEG-Anlagen, für die erstmals die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 in Anspruch genommen werden soll, müssen die geplante Inanspruchnahme im Marktstammdatenregister eintragen. Die Eintragung darf frühestens drei Monate vor der geplanten Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erfolgen. Diese Frist ist abweichend von § 7 Abs. 1 MaStRV auch anzuwenden auf die Registrierung einer Erhöhung der installierten Leistung der Anlage, wenn die Leistung zur Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erhöht wird.

Von einem **Umweltgutachter** mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Erneuerbaren Energien ist zu bescheinigen, dass die **Anlage für den bedarfsorientierten Betrieb nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik technisch geeignet** ist (Anlage 3 Nr. I 1 d EEG 2017). Anerkannte Regeln der Technik dürfte auf diesem Gebiet u.a. die Aufgabenleitlinie EEG des Umweltgutachterausschusses sein.

Außerdem müssen Anlagenbetreiber **dem Netzbetreiber die erstmalige Inanspruchnahme** der Flexibilitätsprämie vorab mitteilen (Anlage 3 Nr. I 3 EEG 2017).

Alle Voraussetzungen von Anlage 3 Nr. I 1 EEG 2017 müssen vorliegen und ggf. für den Zeitpunkt nachgewiesen werden, ab dem die Flexibilitätsprämie verlangt wird.

Dass sich die gesamte Anlage in der Direktvermarktung befindet und ob ein ungeminderter Vergütungsanspruch besteht, kann auch vom Netzbetreiber in Erfahrung gebracht werden und ist daher nicht im Rahmen der Mitteilung der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie vom Anlagenbetreiber nochmals gesondert aufzuführen.

1.2. Anwendungsbereich

Die Flexibilitätsprämie können nur Betreiber von Anlagen „zur Erzeugung von Strom aus Biogas“, d.h. von **Biogasanlagen**, in Anspruch nehmen. Nach § 3 Nr. 11 EEG 2017³ ist „Biogas“ „jedes Gas, das durch anaerobe Vergärung von Biomasse gewonnen wird“. Dementsprechend kann es sich bei dem Biogas auch um Biomethan handeln, wenn dieses aus Biomasse mittels anaerober Vergärung hergestellt worden ist.⁴

² v. Hesler in Gabler/v. Hesler EEG 2014 Anlage 3 Rn. 7.

³ Wortlautidentisch mit dem für Bestandsanlagen fortgeltenden § 5 Nr. 7 EEG 2014.

⁴ Vgl. die Definition von Biomethan in § 3 Nr. 13 EEG 2017: „jedes Biogas oder sonstige gasförmige Biomasse, das oder die aufbereitet und in das Erdgasnetz eingespeist worden ist“; v. Hesler in Gabler/v. Hesler EEG 2014, Anlage 3 Rn. 4 unter Verweis auf die Kommentierung zu § 44 EEG 2014, Rn. 56 ff.

Zudem muss es sich um **Bestandsanlagen** handeln. § 50b Satz 1 EEG 2017 formuliert hinsichtlich des Inbetriebnahmezeitpunktes der Anlagen:

„*Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas, die nach dem am 31. Juli 2014 geltenden Inbetriebnahmebegriff⁵ vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, ...*“

Da ab dem 1. August 2014 mit § 100 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 5 Nr. 21 EEG 2014 ein neuer Inbetriebnahmebegriff für Biomasseanlagen eingeführt worden ist,⁶ musste insoweit eine Abgrenzung geschaffen werden. Wurden dementsprechend Biogasanlagen bereits vor dem 1. August 2014 nach der Inbetriebnahmedefinition des EEG 2012 in Betrieb genommen, können diese die Flexibilitätsprämie in rein zeitlicher Hinsicht in Anspruch nehmen. Gleiches gilt für Anlagen, die zwar nach dem 31. Juli 2014 aber vor dem 1. Januar 2015 in Betrieb genommen wurden, wenn diese nach dem BImSchG genehmigungsbedürftig sind oder für ihren Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen und vor dem 23. Januar 2014 genehmigt oder zugelassen worden sind⁷. Gleiches gilt seit dem EEG 2017 rückwirkend auch bei nur baurechtlich genehmigten und genehmigungspflichtigen Biomasseanlagen, wenn die Anlagen selber sowie deren Baugenehmigung dieselben Voraussetzungen wie im Falle einer BImSchG-Genehmigungspflicht erfüllen.⁸



Anlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. August 2014 können dagegen nur einen Flexibilitätszuschlag nach § 50a EEG 2017 in Anspruch nehmen

Anlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. August 2014 können dagegen nur einen Flexibilitätszuschlag nach § 50a EEG 2017 in Anspruch nehmen.

Für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb gegangen sind, kann der Anlagenbetreiber ebenfalls eine Flexibilitätsprämie in Anspruch nehmen, allerdings in der Fassung der §§ 52 und 54 sowie Anlage 3 des EEG 2014 (§ 100 Abs. 2 Nr. 10 lit. e EEG 2017).

Folglich ist immer zu beurteilen, ob es sich bei einer Maßnahme, die zu zusätzlich installierter Leistung für den bedarfsorientierten Betrieb führen soll, um eine *Erweiterung* der Bestandsan-

⁵ Vgl. § 3 Nr. 21 EEG 2012: „Inbetriebnahme“ war hiernach „die erstmalige Inbetriebsetzung des Generators der Anlage nach Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Anlage, unabhängig davon, ob der Generator mit erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde; die technische Betriebsbereitschaft setzt voraus, dass die Anlage fest an dem für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort und dauerhaft mit dem für die Erzeugung von Wechselstrom erforderlichen Zubehör installiert wurde“.

⁶ „Inbetriebnahme“ war hiernach „die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft ausschließlich mit erneuerbaren Energien oder Grubengas; die technische Betriebsbereitschaft setzt voraus, dass die Anlage fest an dem für den dauerhaften Betrieb vorgesehenen Ort und dauerhaft mit dem für die Erzeugung von Wechselstrom erforderlichen Zubehör installiert wurde“.

⁷ Vgl. zu den Anforderungen dieser Regelung (ehem. § 100 Abs. 3 EEG 2014) auch die Empfehlung der Clearingstelle EEG/KWKG im Verfahren [2014/27](#); zu beachten ist allerdings, dass die Ausführungen in der Entscheidung, wonach nur baurechtlich genehmigungspflichtige Biomasseanlagen keine solchen mit Zulassung nach Bundesrecht sind, durch § 100 Abs. 4 Satz 2 EEG 2017 nachträglich relativiert worden sind.

⁸ § 50b Satz 4 i.V.m. § 100 Abs. 4 EEG 2017; diese Regelung ist rückwirkend zum 1. August 2014 anzuwenden. Wenn aufgrund dieser Anwendung Korrekturen von Abrechnungen für die Jahre 2014 oder 2015 erforderlich wurden, war es ergänzend zu § 62 EEG 2017 ausreichend, wenn der Anlagenbetreiber eine Kopie der Baugenehmigung sowie einen Nachweis über die Inbetriebnahme der Anlage vorlegt.

lage nach dem EEG 2012 oder älter handelt (Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie möglich) oder um einen *Zubau* einer rechtlich selbständigen Anlage (§ 50b EEG 2017 nicht anwendbar), siehe hierzu auch unter 2.4.

Dies ist insbesondere dann zu beachten, wenn zu einer bestehenden Anlage ein BHKW hinzugebaut wird: Gemäß dem weiten Anlagenbegriff für Biomasseanlagen, der seit dem EEG 2009 für sämtliche Biomasseanlagen gilt, liegt dann eine einheitliche Anlage im Sinne des EEG vor, wenn zu einer bestehenden BHKW-Fermenter-Kombination ein weiteres BHKW unter Anschluss an denselben Fermenter hinzugebaut wird.⁹ Hierbei ist es unerheblich, wann die ursprüngliche Fermenter-BHKW-Kombination und daraufhin das Zubau-BHKW in Betrieb genommen worden war. Für sämtliche Zubaufälle dieser Art, die seit dem 1. Januar 2009 vorgenommen worden sind, wird das Zubau-BHKW Bestandteil der Bestandsanlage.

Dies bedeutet, dass als Inbetriebnahmezeitpunkt der gesamten Anlage grundsätzlich der Inbetriebnahmezeitpunkt der Bestandsanlage maßgeblich ist. Für

- den Flexibilitätszuschlag nach § 50a EEG 2017 (Inbetriebnahme der Anlage ab dem 1. August 2014) und
- die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 (Inbetriebnahme der Anlage vor dem 1. August 2014)

ist daher das Zubau-BHKW nicht nach seinem eigentlichen Inbetriebnahmezeitpunkt den Zuschlagsansprüchen zuzuordnen, sondern nach dem Inbetriebnahmezeitpunkt der gesamten Anlage.

Zu beachten ist, dass die Rechtslage anders ist, wenn das Zubau-BHKW eine separate Anlage im Sinne des EEG darstellt, z.B. im Falle eines Satelliten-BHKW oder eines Biomethan-BHKW (vgl. nachfolgend unter Nr. 2.4.3).

Weitere Hinweise über die Rechtslage im Falle eines Generatorzubaus zu einer bestehenden Fermenter-BHKW-Kombination sowie zur Abgrenzung zwischen einer Gesamtanlage und einem Satelliten-BHKW geben

- die BDEW-Anwendungshilfe „Hinweise zur Anwendung des EEG-Anlagenbegriffs gemäß dem BGH-Urteil vom 23. Oktober 2013“,
- die [BDEW-Anwendungshilfe „Fördergrundlagen nach dem EEG 2014“](#) (Förderlaufzeit der Gesamtanlage),
- die [BDEW-Anwendungshilfe „Fragen und Antworten zum EEG 2012, Ausgabe Biomasse, 2. Auflage“](#), Kapitel B 3 (Satelliten-BHKW) und
- die Entscheidung der Clearingstelle EEG/KWKG im [Verfahren 2012/19](#) zur Rechtslage im Falle eines Anlagenzubaus gerade bei Biomasseanlagen.

⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2013, Az. [VIII ZR 262/12](#) zum insoweit unveränderten Anlagenbegriff nach § 3 Nr. 1 EEG 2009/2012, § 5 Nr. 1 EEG 2014 und § 3 Nr. 1 EEG 2017; s. hierzu vertiefend auch die BDEW-Anwendungshilfe „Hinweise zur Anwendung des EEG-Anlagenbegriffs gemäß dem BGH-Urteil vom 23. Oktober 2013“.

1.3. Anwendbarkeit weiterer Regelungen

Nach § 50 Abs. 2 EEG 2017 gelten folgende weitere Bestimmungen für die Flexibilitätsprämie für Bestandsanlagen:

- Die Pflicht zu Abschlagszahlungen und die Fälligkeit des Anspruchs auf die Flexibilitätsprämie richten sich nach [§ 26 EEG 2017](#).
- Für die förderungsseitige Zusammenfassung von Anlagen gilt [§ 24 Abs. 1 EEG 2017](#).
- Die Aufrechnung des Anspruchs auf die Flexibilitätsprämie mit einer Forderung des Netzbetreibers ist nur zulässig, soweit die Forderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist ([§ 27 Abs. 1 EEG 2017](#)).

1.4. Geltendmachung, Berechnung

Die Flexibilitätsprämie ist für die Dauer von zehn Jahren zu zahlen. Wird eine bestehende Biogasanlage (mehrfach) erweitert – bleibt es aber bei einer Bestandsanlage – beginnt die 10-Jahresfrist der Flexiprämie nicht neu, auch nicht anteilig, zu laufen, da es sich trotz der Erweiterung um eine gemeinsame Anlage handelt, vgl. vorstehend unter Nr. 1.2.¹⁰

Die Frist beginnt am ersten Tag des zweiten auf die Meldung an den Netzbetreiber folgenden Kalendermonats. Insoweit bestimmt der Zeitpunkt der Meldung an den Netzbetreiber den frühestmöglichen Fristbeginn für die Förderung durch die Flexibilitätsprämie.

Der Förderanspruch beträgt 130 Euro pro Kilowatt flexibel bereitgestellter zusätzlich installierter Leistung und Jahr. Die Höhe errechnet sich kalenderjährlich gemäß Anlage 3 Nr. II EEG 2017, wobei monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu leisten sind.

Im EEG 2017 ist nun klargestellt (parallel zur Marktprämienberechnung in Anlage 1 EEG 2017), dass dann, wenn sich bei der Berechnung der Flexibilitätsprämie ein Wert kleiner null ergibt, der Wert „FP“ abweichend von Nummer 2.1 der Anlage 3 EEG 2017 mit dem Wert null festgelegt wird. Eine „negative“ Flexibilitätsprämie bzw. ein Zahlungsanspruch des Netzbetreibers ist somit ausgeschlossen.

1.5. Deckelung

Allerdings ist die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie gedeckelt: Erreicht der Zubau der zusätzlich installierten Leistung nach dem 31. Juli 2014 den Wert von 1.000 Megawatt, entfällt der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie für zusätzlich installierte Leistung, die als Erhöhung der installierten Leistung der Anlage nach dem 31. Juli 2014 an das Marktstammdatenregister übermittelt wird. Der Anspruch entfällt ab dem 1. Tag des 16. Monats, der auf den Kalendermonat folgt, in dem der von der BNetzA nach der MaStRV veröffentlichte aggregierte Zubau der zusätzlich installierten Leistung durch Erhöhungen der installierten Leistung nach dem 31. Juli 2014 erstmals den Wert von 1.000 Megawatt übersteigt (Anlage 3 Nr. I 5

¹⁰ Etwas Anderes gilt nur dann, wenn es sich bei dem Erweiterungs-BHKW um eine Biomethananlage handelt, vgl. nachfolgend unter Nr. 2.4.3. Dann besteht jedoch für diese Erweiterungs-Anlage, die nach dem Stichtag 1. August 2014 in Betrieb gegangen ist, kein Anspruch auf Flexibilitätsprämie, s.u. 2.4.3.

EEG 2017). Erfolgt die Übermittlung nach dieser Frist, kann kein Anspruch auf Flexibilitätsprämie mehr geltend gemacht werden (siehe dazu auch unter 2.9). Sofern Anlagen durch Reduzierung der Stromerzeugungsmenge weiter flexibilisiert werden, ist dies nicht auf den Deckel von 1.000 Megawatt anzurechnen. Diese Flexibilisierung stellt keinen Zubau dar.



Der Flexdeckel wurde durch das Energiesammelgesetz mit Wirkung zum 21. Dezember 2018 angepasst: Zwar wurde der Deckel von ursprünglich 1.350 MW auf 1000 MW abgesenkt, gleichzeitig aber die Frist auf den ersten Tag des 16. Kalendermonats verlängert.

Der Flexibilitätsdeckel dürfte im Kalenderjahr 2019 erreicht sein: Im April 2019 betrug die Summe der flexibel bereitgestellten zusätzlich installierten Leistung bereits 975.904 kW.¹¹

Trotz der missverständlichen Formulierung entfällt der Anspruch auf Flexibilitätsprämie ab dem Stichtag nicht für alle nach dem 31. Juli 2014 zum Register angemeldeten zusätzlich installierten Leistungen. Die Regelung zielt ausschließlich darauf ab, dass

- für Anlagen, deren zusätzlich installierte Leistung nach Ablauf des 15. Kalendermonats nach der Bekanntgabe der Erreichung des Deckels durch die BNetzA als „Erhöhung“ der installierten Leistung an das Register gemeldet werden,

kein Anspruch auf Flexibilitätsprämie aus dieser als Erhöhung zu registrierenden Anlagenänderung mehr geltend gemacht werden kann.

Der Anspruch auf Flexibilitätsprämie

- für Anlagen, deren zusätzlich installierte Leistung **vor Ablauf des 15. Kalendermonats** nach der Bekanntgabe der Erreichung des Deckels durch die BNetzA als „Erhöhung“ der installierten Leistung an das Register gemeldet wurde,

sowie

- für Anlagen, deren zusätzlich installierte Leistung **nicht als „Erhöhung“ der installierten Leistung** an das Register **meldepflichtig** sind,¹²

bleibt von dieser Regelung unberührt.

¹¹ BNetzA: [EEG-Registerdaten und Fördersätze](#) bis 4/2019.

¹² Entgegen der irreführenden Bezeichnung „zusätzlich“ installierte Leistung kann die Flexibilisierung jedenfalls theoretisch nicht nur durch Zubau eines Generators sondern auch ausschließlich durch flexiblen Einsatz einer bestehenden Anlage erreicht werden. Für Anlagen, deren Bemessungsleistungsbegriff auf der ins öffentliche Netz gespeisten Energie aufbaut, kann die Flexibilisierung auch durch Erhöhung des Eigenverbrauchs erfolgen. P_{flex} ist ausschließlich durch die Differenz zwischen P_{inst} und der durch den Korrekturfaktor bereinigten P_{Bem} definiert, Anlage 3 Nr. II 2.2 EEG 2017, s.u. 2.3.3

2. Fragen und Antworten zur Flexibilitätsprämie

2.1. Direktvermarktung

2.1.1. **Hat ein Anlagenbetreiber auch einen Anspruch auf die Flexibilitätsprämie, wenn er einen Teil des Stroms aus der Anlage in Form der „sonstigen Direktvermarktung“ nach § 21b Nr. 4 EEG 2017 vermarktet?**

Ja. Diese noch zum EEG 2012 strittige Frage ist durch den Gesetzeswortlaut des § 50b Satz 1 EEG 2017 (und auch bereits des EEG 2014) beantwortet.¹³

„Betreiber von Anlagen (...) können ergänzend zu einer Veräußerung des Stroms in den Veräußerungsformen einer Direktvermarktung...“

2.1.2. **Erlischt der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie endgültig, wenn nach erstmaliger Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie der erzeugte Strom weder im Rahmen der Marktprämie noch im Rahmen der sonstigen Direktvermarktung verwendet wird?**

Nach mehrheitlicher Auffassung im Fachausschuss „Rechtsfragen EEG und KWKG“ muss die Marktprämie (bzw. die sonstige Direktvermarktung) nicht während der gesamten Dauer, in der die Flexibilitätsprämie auszuzahlen ist, in Anspruch genommen werden. Der Anlagenbetreiber kann zwischen den verschiedenen Formen der Direktvermarktung und der festen Einspeisevergütung kalenderjährlich wechseln. Allerdings sind die zehn Jahre als fester Zeitraum zu verstehen, so dass ein Wechsel – etwa in die feste Einspeisevergütung – nicht zu einer Unterbrechung und entsprechenden Verlängerung des Zeitraums führt. Die Frist Anlage 3 Nr. 1 4 EEG 2017 läuft also auch in den Kalenderjahren fort, in denen die Flexibilitätsprämie nicht in Anspruch genommen werden kann.

Für diese Ansicht lässt sich zum einen anführen, dass der Wortlaut von § 50b EEG/ Anlage 3 EEG 2017 keine Sanktion in der Art vorsieht, dass ein Wechsel aus der Direktvermarktung heraus automatisch zum Wegfall der gesamten Flexibilitätsprämie für die Zukunft führt. Die Formulierung von Anlage 3 Nr. 1 3 EEG 2017 kann dafür herangezogen werden, dass die Flexibilitätsprämie mehrmalig auch nach Wechsel bspw. in die Einspeisevergütung noch in Anspruch genommen werden kann:

„Anlagenbetreiber müssen dem Netzbetreiber die erstmalige Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie vorab mitteilen.“

Für eine Wechselmöglichkeit spricht zudem, dass dem Anlagenbetreiber mit den verschiedenen Optionen Einspeisevergütung – Direktvermarktung zur besseren Marktintegration eine Erprobung der einzelnen Formen ermöglicht werden sollte, die durch die strenge Einhaltung einer Form der Direktvermarktung auf zehn Jahre konterkariert werden würde.

Nach anderer Auffassung im Fachausschuss „Rechtsfragen EEG und KWKG“ muss die Direktvermarktung für den gesamten Zeitraum, in dem die Flexibilitätsprämie zu zahlen

¹³ v. Hesler in Gabler/v. Hesler EEG 2014, Anlage 3 Rn. 7.

ist, nämlich für zehn Jahre, eingehalten werden. Die kalenderjährliche Berechnung der Flexibilitätsprämie steht nicht im Widerspruch dazu, sondern ergibt sich aus der Notwendigkeit, die für die Höhe der Flexibilitätsprämie maßgebende Bemessungsleistung zu ermitteln und zwar auf der Basis eines Kalenderjahres. Die „erstmalige Inanspruchnahme“ kann auch so verstanden werden, dass eine einmalige Mitteilung ausreichend ist, weil eine Unterbrechung nicht möglich ist. Außerdem müsste andernfalls bei erneuter Geltendmachung der Flexibilitätsprämie (etwa bei Wechsel von Einspeisevergütung in die Direktvermarktung) eine erneute Mitteilung erfolgen.

Dem entsprechen auch die Ausführungen in der Begründung des Fraktionsentwurfs zum EEG 2012:

„Außerdem muss die Direktvermarktung in die Marktprämie in dem gesamten Zeitraum, in dem die Prämie in Anspruch genommen wird, eingehalten werden, (...). Ein zwischenzeitlicher Ausstieg aus der Marktprämie nach § 33d Abs. 1 EEG 2012 führt zu einem Entfallen des Anspruchs für die gesamte Zukunft.“¹⁴

Es kann argumentiert werden, dass mangels gesetzlicher Klarstellung im EEG 2014, 2017 oder im Rahmen des Energiesammelgesetzes der Gesetzgeber weiterhin von einem endgültigen Entfall der Flexibilitätsprämie bei zwischenzeitlichem Ausstieg ausgeht.¹⁵

BDEW-Empfehlung:



Aufgrund dieser Rechtsunsicherheit und dem drohenden Verlust des Anspruchs auf die Flexibilitätsprämie rät der BDEW wie beim alternierenden Betrieb einer Biomasseanlage mit Biomasse und mit fossilen Einsatzstoffen¹⁶, diese Option nur unter Berücksichtigung des Risikos eines Verlustes der Flexibilitätsprämie zu wählen.

2.2. Berechnung

2.2.1. Auf welcher Grundlage und in welcher Höhe sollen monatliche Abschläge in angemessenem Umfang berechnet werden?

Die Berechnung der Flexibilitätsprämie legt Anlage 3 Nr. II zum EEG 2017 fest.

Nach dem ersten Jahr der Inanspruchnahme kann auf die Vorjahreszahlen für die Bemessungsleistung zurückgegriffen werden, wenn die Bemessungsleistung nicht im laufenden Betrieb überschritten wird (im jeweiligen Betrachtungszeitraum vom 1. Januar des Jahres bis zur Inanspruchnahme). Für das erste Jahr muss auf die Daten des laufenden Betriebs zurückgegriffen werden, sofern nicht Daten aus der Zeit vor Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie vorliegen.

¹⁴ BT-Drs. 17/6071, S. 81.

¹⁵ Geiger/Grimm in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht Anlage 3 EEG 2017 Rn. 14.

¹⁶ Vgl. die ggf. eingeschränkte Zulässigkeit eines solchen alternierenden Betriebs nach BGH, Urteil vom 6. November 2013, Az. VIII ZR 194/12, Rdn. 33: „jedenfalls (...) einmalig für einen kurzen Zeitraum mit fossilen Brennstoffen befeuert“.

Im Übrigen soll die Berechnung und Handhabung der Flexibilitätsprämie, insbesondere hinsichtlich konkreter Höhe, Entstehung und Verzicht auf Abschlagszahlungen in Anlehnung an die BDEW-Stellungnahme zum Empfehlungsverfahren 2012/6 der Clearingstelle EEG/KWKG zur Berechnung der Abschlagszahlungen für die gleichlautende Vorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 behandelt werden.

2.2.2. Wie ist die Flexibilitätsprämie zu berechnen, wenn unterjährig eine Leistungserhöhung oder -absenkung erfolgt?

Nach Anlage 3 Nr. I 2 Satz 1 EEG 2017 wird die Flexibilitätsprämie kalenderjährlich berechnet. Nur hinsichtlich der Berechnung der Bemessungsleistung im ersten und zehnten Kalenderjahr sieht Anlage 3 Nr. II 1 erster Spiegelstrich EEG 2017 eine Sonderregelung vor. Die Bemessungsleistung ist danach mit der Maßgabe zu berechnen, dass nur die in den Kalendermonaten der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erzeugten Kilowattstunden und nur die vollen Zeitstunden dieser Kalendermonate zu berücksichtigen sind. Für eine unterjährige Leistungserhöhung in anderen Jahren fehlt eine Regelung.



Nach Auffassung des Fachausschusses „Rechtsfragen EEG und KWKG“ **ist die unterjährig veränderte Leistung bei der Endabrechnung zu berücksichtigen.** Für die Art und Weise der konkreten Berechnung der Flexibilitätsprämie lassen sich keine rechtlich zwingenden Gründe gegen eine der unten dargestellten Berechnungsvarianten vorbringen. Es wird empfohlen, die Berechnung unternehmensintern unter Abwägung der dargestellten Argumente zu treffen und die Abstimmung mit dem Wirtschaftsprüfer/dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber zu suchen.

Die Flexibilitätsprämie wird wie folgt berechnet (Anlage 3 Nr. II 2.1 EEG 2017):

$$\text{Flexibilitätsprämie} = \frac{P_{\text{Zusatz}} \times KK \times 100 \frac{\text{Cent}}{\text{Euro}}}{P_{\text{Bem}} \times 8760 \text{ h}}$$

Die zusätzlich bereitgestellte installierte Leistung errechnet sich:

$$P_{\text{Zusatz}} = P_{\text{inst}} - (f_{\text{kor}} \times P_{\text{Bem}})$$

Dabei kommt die installierte Leistung als Berechnungsgröße nur einmal vor, die Berechnung der Flexibilitätsprämie erfolgt aber kalenderjährlich.

Zur Berücksichtigung einer unterjährigen Leistungsveränderung sind folgende Berechnungsmethoden für die Größe P_{inst} denkbar:

Variante a) – zeitliche Gewichtung der installierten Leistung

Bei einer unterjährigen Leistungsänderung würde der arithmetische Mittelwert der installierten Leistung vor und nach der Leistungserhöhung zeitlich gewichtet in die Formel zur Berechnung der Prämie eingehen.

Für eine zeitliche Gewichtung spricht, dass es für die Größe „installierte Leistung“ nicht auf die tatsächliche Nutzung der Anlage ankommt.

Variante b) – mengenmäßige Gewichtung der installierten Leistung

Bei einer mengenmäßigen Gewichtung wäre dagegen die in dem Zeitraum mit der jeweiligen installierten Leistung erzeugte Strommenge der relevante Faktor. Im Ergebnis entspricht diese Vorgehensweise auch einer Zeitscheibenbetrachtung, bei der die Flexibilitätsprämie für zwei verschiedene Zeiträume (vor und nach Leistungserhöhung) einzeln berechnet wird.

Bei der mengenmäßigen Gewichtung würde die Zeit nach der Leistungserhöhung (oder im Fall einer Leistungsabsenkung der Zeitraum vor der Absenkung) stärker ins Gewicht fallen. Im Vergleich zu a) dürfte hier aber die erzeugte Strommenge doppelt in die Berechnung der Prämie eingehen (bei der Berechnung der Bemessungsleistung und bei der Berechnung der installierten Leistung). Die Prämie würde in der Regel - wenn davon ausgegangen wird, dass mit höherer installierter Leistung auch mehr Strom erzeugt wird - mit Berechnung nach b) höher ausfallen als bei Berechnung nach a).

2.3. Bedarfsorientierter Betrieb/ Umweltgutachten

2.3.1. Ist es notwendig, dass der Anlagenbetreiber schon bei Anmeldung zur Flexibilitätsprämie ein Umweltgutachten nach Anlage 3 Nr. 1 d EEG 2017 vorlegt, oder kann dieses später nachgereicht werden?

Nach dem Wortlaut von Anlage 3 Nr. 1 d EEG 2017 können Anlagenbetreiber die Flexibilitätsprämie verlangen, sobald der Umweltgutachter die technische Eignung der Anlage bestätigt hat. Dies spricht dafür, dass das Gutachten schon bei der Anmeldung vorzulegen ist, zumindest aber zu dem Zeitpunkt vorliegen muss, ab dem die Flexibilitätsprämie geltend gemacht wird.

So auch die Begründung des Fraktionsentwurfs (BT-Drs. 17/6071, S. 81 f.):

„Der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie entsteht erst, sobald diese Voraussetzungen erfüllt sind; Verspätungen führen daher nicht zu einem Wegfall der Flexibilitätsprämie, sondern zu einem späteren Beginn des Anspruchs auf die Prämie. Sofern z. B. ein Anlagenbetreiber zum 1. Januar eines Jahres in die Flexibilitätsprämie wechselt, die Bescheinigung des Umweltgutachters jedoch erst zum 31. Januar vorlegen kann, wird die Flexibilitätsprämie nur für den Strom ausbezahlt, der ab 1. Februar erzeugt wird. Die Höhe der Flexibilitätsprämie wird auf Basis des in Anlage 5 beschriebenen Berechnungsverfahrens für den jeweiligen Bezugszeitraum berechnet.“

2.3.2. Muss der Anlagenbetreiber eine tatsächliche bedarfsorientierte Stromerzeugung bzw. -einspeisung nachweisen?

Nein. Für den Erhalt der Flexibilitätsprämie reicht es aus, dass die oben genannten Voraussetzungen vorliegen.

Dass Anlagenbetreiber tatsächlich bedarfsorientiert Strom erzeugen bzw. einspeisen müssen, um die Flexibilitätsprämie zu erhalten, deutet zwar der Wortlaut von Anlage 3 Nr. I 1 d EEG 2017 an, wonach ein Umweltgutachter zu bescheinigen hat,

„dass die Anlage für den zum Anspruch auf die Flexibilitätsprämie erforderlichen bedarfsorientierten Betrieb nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik technisch geeignet ist.“

So ist die Höhe der Flexibilitätsprämie von der Fahrweise der Anlage und der nicht dauerhaften Ausnutzung der installierten Leistung abhängig, vgl. die Berechnung nach Anlage 3 Nr. II EEG 2017.

Ob die Anlage tatsächlich bedarfsorientiert gefahren wird, fließt aber nicht in die Berechnungsparameter ein oder wird als Voraussetzung in § 50b oder Anlage 3 EEG 2017 abgefragt. Ob die Anlage für einen bedarfsorientierten Betrieb technisch überhaupt geeignet ist, wird durch den Umweltgutachter nachgewiesen.

2.3.3. Können Anlagenbetreiber die Flexibilitätsprämie nur verlangen, wenn sie zusätzlich in technische Einrichtungen investieren, wie z. B. neue Generatoren oder Speicher?

Soweit die Voraussetzungen des § 50b i.V.m. Anlage 3 Nr. I EEG 2017 eingehalten wurden, insbesondere ein Umweltgutachter die Möglichkeit der bedarfsorientierten Stromerzeugung nachgewiesen hat, erhält der Anlagenbetreiber die Flexibilitätsprämie. Ein Nachweis über Investitionen in zusätzliche technische Einrichtungen wie Gasspeicher oder zusätzliche Generatoren ist nicht erforderlich.

Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

In den Voraussetzungen von § 50 b EEG 2017 i.V.m. Anlage 3 EEG 2017 werden konkrete Einrichtungen bzw. Investitionen in Einrichtungen nicht genannt. Berechnet wird die zusätzliche installierte Leistung nach Anlage 3 Nr. II EEG 2017. Es gilt folgende Formel: $P_{\text{Zusatz}} = P_{\text{inst}} - (f_{\text{kor}} \times P_{\text{bem}})$. Die Zusatzkapazität ist danach die installierte Leistung abzüglich der 1,1-fachen Bemessungsleistung (bei Biomethan abzüglich der 1,6-fachen Bemessungsleistung).

Die Begründung des Fraktionsentwurfs zum EEG 2012 führt dazu aus (BT-Drs. 17/6071, S. 81 zu § 33i):

„Zum Nachweis der technischen Eignung der Anlage für den anspruchsbegründenden bedarfsorientierten Betrieb muss die Umweltgutachterin oder der Umweltgutachter bescheinigen, dass die Anlage einen flexiblen Betrieb durch Installierung zusätzlicher Leistungskapazität (P_{Zusatz}) grundsätzlich technisch ermöglicht, wobei die installierte zusätzliche Leistungskapazität entsprechend der Berechnungsformel nach Anlage 5 mindestens das 0,2-fache der installierten Leistung beträgt (berücksichtigungsfähig ist nach Anlage 5 im Höchstfall das 0,5-fache der installierten Leistung). Die technische Eignung der Anlage für einen bedarfsorientierten flexiblen Betrieb ist der Umweltgutachterin oder dem Umweltgutachter durch einen insgesamt dreitägigen Demonstrationsbetrieb unter Ausschöpfung des maximalen für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie durch die Anlage vorgesehenen Verlagerungspotenzials nachzuweisen.“

Danach wäre allein entscheidend, dass der Umweltgutachter die Eignung zum bedarfsorientierten Betrieb nachweist. Der Gesetzgeber geht in der Gesetzesbegründung davon aus, dass durch die Flexibilitätsprämie Investitionen in größere Gasspeicher und Generatoren Investitionen ermöglicht werden, die eine marktorientierte Verschiebung der Stromerzeugung um zwölf Stunden gestatten. Diese Darstellung im allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung war bereits in den „Eckpunkten“ des BMU zur EEG-Novelle 2012 enthalten. Sie hat jedoch im Text des Gesetzes keinen Niederschlag gefunden und stellt vielmehr eine politische Einschätzung des Gesetzgebers über die beabsichtigten Folgen, keine Voraussetzung der Flexibilitätsprämie dar. Die beschriebene Fähigkeit der Anlage, die Stromerzeugung um ca. zwölf Stunden zu verschieben, kann jedoch als Anhaltspunkt für die Eignung zum bedarfsorientierten Betrieb herangezogen werden.

In der Literatur wird als Standard-Konstellation für den Erhalt der Flexibilitätsprämie der Zubau eines weiteren Stromerzeugungsaggregats und/oder eines Gasspeichers gesehen. Dies gilt auch für die Studie von Holzhammer, Rohloff, Hochloff, u.a., „Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan – Die Einführung einer Kapazitätskomponente als Förderinstrument“, auf den die Begründung des Fraktionsentwurfs zur näheren Begründung ausdrücklich verweist.

Die Studie geht im Grundsatz von technischen Anlagenerweiterungen bzw. zusätzlichen Anlagenkomponenten aus:

„Die Kapazitätskomponente bietet in ihrer Höhe den Anlagenbetreibern die Möglichkeit, in zusätzliche elektrische Leistung und die notwendige Infrastruktur (Gasspeicher, Wärmespeicher, Informations- und Kommunikationstechnik, u.a.) zu investieren.“

Zur Zusatzkapazität verweist die Studie allerdings auf eine derzeit übliche installierte Leistung, die angenähert wird (S. 8):

"Die Zusatzkapazität einer Anlage ist die bereitgestellte Leistung, die über die derzeit übliche installierte elektrische Leistung hinausgeht. Die derzeit übliche installierte Leistung wird ausgehend von der Bemessungsleistung einer Anlage mit festen Faktoren angenähert:

Strom aus Biogas: die Zusatzkapazität ergibt sich aus der Differenz der installierten Leistung und der 1,1-fachen Bemessungsleistung. Die 1,1-fache Bemessungsleistung entspricht der Leistung einer mit 7964 Volllaststunden pro Jahr betriebenen Anlage ohne Zusatzkapazität.

Strom aus Biomethan: die Zusatzkapazität ergibt sich aus der Differenz der installierten Leistung und der 1,6-fachen Bemessungsleistung. Die 1,6-fache Bemessungsleistung entspricht der Leistung einer mit Biomethan und mit 5475 Volllaststunden pro Jahr betriebenen Anlage ohne Zusatzkapazität."

Sinn und Zweck von § 50b EEG 2017 sprechen dafür, technische Zusatzinvestitionen zu verlangen, weil die Flexibilitätsprämie genau diese zusätzlichen Investitionen ausgleichen soll. Da sich diese Voraussetzung aber nicht im Wortlaut von § 50b i.V.m. Anlage 3 EEG 2017 findet, wäre eine teleologische Reduktion der Regelung anzudenken. Dagegen könnte sprechen, dass – sofern ein Nachweis durch den Umweltgutachter gelingt – es der unternehmerischen Entscheidung des Anlagenbetreibers überlassen werden kann, ob z. B. zusätzliche

Generatoren notwendig sind, solange die Voraussetzung erfüllt ist, dass die Bemessungsleistung der Anlage mindestens das 0,2-fache der installierten Leistung der Anlage beträgt. Zudem müsste in einem weiteren Schritt präzisiert werden, welche technischen Zusatzeinrichtungen im konkreten Fall erforderlich wären. Davon sieht Anlage 3 EEG 2017 aber gerade ab.



Fazit: Die Frage, ob Anlagenbetreiber für den Erhalt der Flexibilitätsprämie zusätzliche Investitionen in Generatoren und/oder Speicher tätigen müssen, ist eine Frage der Berechnung und der technischen Voraussetzungen. Kann die technische Eignung für die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen der Flexibilitätsprämie durch einen Umweltgutachter nachgewiesen werden, und ergibt die Berechnung, dass die Bemessungsleistung mindestens das 0,2-fache der installierten Leistung beträgt, sind (weitere) Investitionen durch den Anlagenbetreiber nicht nachzuweisen.

2.4. Erweiterung/Zubau

2.4.1. Kann für eine Biomasseanlage, die bereits eine Flexibilitätsprämie in Anspruch nimmt, die Prämie nach § 50b EEG 2017 weiterhin in Anspruch genommen werden, wenn zu dem oder den bestehenden Fermenter-BHKW mit Inbetriebnahme vor dem 1. August 2014 jetzt ein weiteres BHKW mit Anschluss an denselben Bestands-Fermenter hinzu gebaut wird?

Die weitere Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie ist auch bei einem solchen BHKW-Zubau möglich, allerdings unter folgenden Prämissen:

- Der Anlagenbetreiber muss auch in der neuen Anlagenkonstellation die Voraussetzungen von §§ 50 und 50b i.V.m. Anlage 3 EEG 2017 einhalten, insbesondere eine Mindest-Bemessungsleistung von 0,2,
- das Zubau-BHKW muss als Erhöhung der Leistung einer Bestands-Biomasseanlage an das Marktstammdatenregister bei der BNetzA gemeldet werden,
- für das Zubau-BHKW gilt zwar wegen Vorlage einer gemeinsamen Anlage grundsätzlich die Fassung des EEG, die für die Bestandsanlage anzuwenden ist; hinsichtlich einer möglichen Eigenverbrauchsdeckung aus dem neuen BHKW ist dies aber nicht als Bestandsanlage, sondern als Neuanlage anzusehen,¹⁷
- ein neues Gutachten zum Nachweis der technischen Eignung der Anlage zum bedarfsorientierten Betrieb ist grundsätzlich nicht erforderlich, wenn der Anlagenzubau diese Eignung nicht gefährden kann,
- für das zugebaute BHKW ist die Förderbegrenzung nach § 101 Abs. 1 EEG 2017 („Höchstbemessungsleistung“) zu berücksichtigen,

¹⁷ Es handelt sich hinsichtlich der EEG-Umlagepflicht insoweit um eine neue „Stromerzeugungsanlage“ im Sinne von § 3 Nr. 43b EEG 2017 innerhalb einer (bestehenden) Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2017.

- die 10-Jahresfrist für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie wird durch den Zubau des neuen BHKW nicht neu begonnen; insoweit muss beim weiteren Lauf der Frist die bereits in der Vergangenheit abgelaufene Zeit berücksichtigt werden.

Wenn ein neues BHKW an einen Fermenter angeschlossen wird, aus dem eines oder mehrere Bestands-BHKW versorgt werden, liegt gemäß dem Urteil des BGH vom 23. Oktober 2013¹⁸ und der Entscheidung der Clearingstelle EEG/KWKG im Verfahren [2012/19](#) eine Erweiterung einer Bestandsanlage und keine Neuanlage in Form des neu hinzugebauten BHKW vor (s. vorstehend unter Nr.1.2) . Dementsprechend kann für die Bestandsanlage auch weiterhin die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen werden, wenn dies in der Vergangenheit vor Zubau des BHKW bereits erfolgt war.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass sich – gemäß dem Urteil des BGH vom 23. Oktober 2013¹⁹, Rdn. 59, die konkrete Förderhöhe des Zubau-BHKW

- auf Basis der Fassung des EEG berechnet, die für die Bestandsanlage galt, allerdings
- unter Degression des sich dadurch ergebenden Fördersatzes auf das Jahr der konkreten Inbetriebnahme des Zubau-BHKW.

Hierdurch ergeben sich gerade bei Überschreitung von Förderzonen und Änderungen/Neufassungen des EEG, die zwischen der Inbetriebnahme der Bestandsanlage und der Inbetriebnahme des Zubau-BHKW erfolgt sind, weitere Auslegungsfragen, die der BGH in seinem Urteil nicht beantwortet hatte. Diese sind speziell in der Entscheidung der Clearingstelle EEG/KWKG im [Verfahren 2012/19](#) und in der [BDEW-Anwendungshilfe zum BGH-Urteil vom 23. Oktober 2013 zum EEG-Anlagenbegriff](#) beschrieben und soweit wie möglich beantwortet worden. Bis zur weiteren gerichtlichen Klärung dieser Rechtsfragen muss daher eine netzbetreiberinterne Lösung auf Basis der von der Clearingstelle beschriebenen Alternativen gefunden werden.

2.4.2. Ist bei erneuter Erhöhung der installierten Leistung einer Biomasseanlage, die bereits die Flexibilitätsprämie in Anspruch nimmt, die erneute Vorlage eines Umweltgutachtens erforderlich, die die zusätzlich installierte Leistung berücksichtigt?

Hat der Anlagenbetreiber das in Anlage 3 Nr. I EEG 2017 genannte Gutachten bereits für die bisherige Anlagenkonstellation vorgelegt und damit der Umweltgutachter die technische Eignung der Gesamtanlage zum bedarfsorientierten Betrieb bereits bescheinigt, ist grds. kein neues Gutachten vorzulegen. Es ist nicht ersichtlich, dass die reine Erhöhung der installierten Leistung dazu führt, dass der bedarfsorientierte Betrieb, wenn er zuvor bereits bescheinigt wurde, entfallen könnte.

Zu berücksichtigen ist hierbei allerdings, dass das bisherige Gutachten zu der bisherigen „Anlage“ erstellt worden ist. Damit das Gutachten auch auf die Anlage mit der erhöhten Leistung übertragbar ist, müsste sichergestellt werden, dass sich die Parameter der Anlage trotz der

¹⁸ Az. [VIII ZR 262/12](#).

¹⁹ Az. [VIII ZR 262/12](#).

Leistungserhöhung der Anlage, über die letztlich das Gutachten erstellt worden ist, nicht geändert haben, d.h. insbesondere die Eignung der Anlage zur bedarfsorientierten Stromerzeugung im Sinne von § 50b i.V.m. Anlage 3 EEG 2017 weiterhin bestehen muss. Diese Frage muss speziell dann geprüft werden, wenn die Leistung der Anlage um deutlich mehr erhöht worden ist, als ihre bisherige Leistung betragen hat (z.B. von 150 kW auf 1 MW). Insoweit ist der Anlagenbetreiber ggf. im Rahmen eines entsprechenden Nachtragsgutachten darlegungs- und auch beweispflichtig.

Es ist allenfalls denkbar, dass das neue BHKW für eine schnelle Zuschaltung bei entsprechendem Bedarf nicht geeignet wäre, oder dass es auf einen entsprechenden Betrieb gar nicht ausgelegt ist. Das müsste aber mit Rücksicht auf die Anlagentechnik unter Zugrundelegung des konkreten Sachverhalts geprüft werden. Die Begründung zum Regierungsentwurf des EEG 2012 beschreibt die Notwendigkeit der Eignung zum bedarfsorientierten Betrieb jedenfalls wie folgt:

„Die Nummern 3 und 4 legen als weitere Anspruchsvoraussetzungen fest, dass die Anlage in einem Anlagenregister angemeldet worden sein muss und dass eine Umweltgutachterin oder ein Umweltgutachter vorab die technische Eignung der Anlage für eine bedarfsorientierte Stromerzeugung bescheinigt haben muss. Zum Nachweis der technischen Eignung der Anlage für den anspruchsbegründenden bedarfsorientierten Betrieb muss die Umweltgutachterin oder der Umweltgutachter bescheinigen, dass die Anlage einen flexiblen Betrieb durch Installation zusätzlicher Leistungskapazität (PZusatz) grundsätzlich technisch ermöglicht, wobei die installierte zusätzliche Leistungskapazität entsprechend der Berechnungsformel nach Anlage 5 mindestens das 0,2-fache der installierten Leistung beträgt (berücksichtigungsfähig ist nach Anlage 5 im Höchstfall das 0,5-fache der installierten Leistung). Die technische Eignung der Anlage für einen bedarfsorientierten flexiblen Betrieb ist der Umweltgutachterin oder dem Umweltgutachter durch einen insgesamt dreitägigen Demonstrationsbetrieb unter Ausschöpfung des maximalen für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie durch die Anlage vorgesehenen Verlagerungspotenzials nachzuweisen.“



Bestehen beim Netzbetreiber konkrete Zweifel, dass ein bedarfsorientierter Betrieb weiterhin möglich ist, kann er den Anlagenbetreiber auffordern, einen weiteren Nachweis darüber zu erbringen. Denkbar ist hier, dass der Anlagenbetreiber ein kurzes Ergänzungsgutachten mit dem Inhalt beibringt, dass durch den Zubau die ursprünglich bescheinigte Eignung nicht beeinträchtigt wird.

Unabhängig davon müssen außerdem die weiteren Voraussetzungen nach § 50b und Anlage 3 EEG 2017 erfüllt sein, insbesondere, dass die Anlage nach dieser nochmaligen Erweiterung zumindest eine Bemessungsleistung der Anlage im Sinne der Anlage 3 Nr II 1 erster Spiegelstrich EEG 2017 von mindestens 0,2 der installierten Leistung der Anlage erreichen kann.

2.4.3. Kann eine Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 oder ein Flexibilitätszuschlag nach § 50a EEG 2017 in Anspruch genommen werden, wenn zu einem Biomethan-BHKW mit Inbetriebnahme vor dem 1. August 2014 jetzt ein Biomethan-BHKW hinzugebaut wird?

Nein. In diesem Falle handelt es sich bei beiden Anlagen um rechtlich selbständige Anlagen. Dies bedingt, dass

- für das Biomethan-BHKW mit Inbetriebnahme vor dem 1. August 2014 die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 und
- für das nun neu zu errichtende Biomethan-BHKW der Flexibilitätszuschlag nach § 50a EEG 2017 in Anspruch genommen werden kann.

Eine Kombination dahingehend, dass das nun neu zu errichtende Biomethan-BHKW die Flexibilitätsleistung für das Bestands-BHKW im Rahmen der Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 bereitstellen kann, ist aber wegen Anwendung unterschiedlicher Flexibilitäts-Bestimmungen auf die jeweiligen Anlagen ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

Bei beiden Anlagen handelt es sich um rechtlich selbständig zu behandelnde Anlagen. Die Clearingstelle EEG kam in ihrer Grundlagenentscheidung im Verfahren [2012/19](#) zu der Auffassung, dass bei *Biomethan-Anlagen* gemäß dem technischen Anlagenbegriff des § 5 Nr. 1 EEG 2009 und damit auch nach § 3 Nr. 1 EEG 2017 jedes BHKW eine eigenständige Anlage ist. Dementsprechend ergibt sich über den technischen Anlagenbegriff bereits keine Zusammenfassung der Anlagen.

Außerdem ist auch eine leistungsseitige Zusammenfassung der Anlagen nach § 24 Abs. 1 EEG 2017 nicht anwendbar, weil Satz 2 dieser Regelung nur das Verhältnis von einem Vorort-Fermenter-BHKW zu einem Satelliten-BHKW behandelt. Biomethan-Anlagen werden aber ausdrücklich aus der Anwendung dieser Regelung ausgenommen.

Folglich sind sowohl das Bestands-BHKW als auch das neu zu errichtende BHKW jeweils eine rechtlich selbständige Anlage. Es kann weder nach dem technischen Anlagenbegriff nach § 5 Nr. 1 EEG 2009/2012 bzw. § 3 Nr. 1 EEG 2017 noch nach dem leistungsseitigen des § 24 Abs. 1 EEG 2017 eine Zusammenfassung erfolgen.

Daher kann ein neben ein Bestands-BHKW gestelltes Biomethan-BHKW auch keine Flexibilität im Sinne von §§ 50 bis 50b EEG 2017 begründen. Anlage 3 EEG 2017 bezieht sich in seinen jeweils einzelnen Regelungen stets nur auf „die Anlage“. Daher beziehen sich die Berechnungen und Voraussetzungen von Anlage 3 EEG 2017 nicht auf eine Mehrheit von rechtlich selbständig zu beurteilenden Anlagen, sondern immer nur auf die einzelne Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2017.

Hinzu kommt, dass die *Flexibilitätsprämie* ausweislich des Wortlauts von § 50b EEG 2017 nur für das Bestands-BHKW verlangt werden kann (siehe auch oben unter 1.2). Hierfür spricht auch der Wortlaut des § 50b Satz 1 EEG 2017, wonach „für die Bereitstellung zusätzlich installierter Leistung für eine bedarfsorientierte Stromerzeugung“ die Flexibilitätsprämie ver-

langt werden kann. Die „zusätzlich installierte Leistung“ hat als Bezugspunkt aber die Bestands-Biogasanlagen in § 50b Satz 1 EEG 2017. Für das neue Biomethan-BHKW kann dann wegen des aktuellen Inbetriebnahmezeitpunktes nur ein *Flexibilitätszuschlag* nach § 50a EEG 2017 in Anspruch genommen werden.

Selbst wenn man es für möglich hielte, dass die Flexibilitätsprämie nur für die Bestandsanlage geltend gemacht werden kann, aber die zusätzlich installierte Leistung der Neuanlage angerechnet werden kann, steht diesem nach dem Gesetzeswortlaut die Berechnungsformel nach Anlage 3 Nr. II EEG 2017 entgegen. Denn für die Parameter P_{Bem} , und P_{inst} dürften nur die Daten der Bestandsanlage herangezogen werden. Da sich die rechnerische Größe P_{Zusatz} aber aus diesen Größen berechnet und nur der Korrekturfaktor dazu kommt (vgl. Anlage 3 Nr. II 2.2 EEG 2017) kann die zusätzlich installierte Leistung einer neuen Biogasanlage auch rein rechnerisch nicht berücksichtigt werden.

Hiermit korrespondiert, dass für das Bestands-BHKW die Fördergrenze der bisherigen Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 EEG 2017 gilt, und für das neue BHKW die Fördergrenze nach § 44a Abs. 1 EEG 2017 in Form der Bemessungsleistung von 100 kW gelten würde, s. die BDEW-Anwendungshilfe [„Fragen und Antworten zum EEG 2017, Ausgabe „Biomasse“](#), Kapitel E IV 1, und die BDEW-Anwendungshilfe "Fragen und Antworten zum EEG 2014, Ausgabe "Biomasse", Kapitel E V und F II 1. Würde das Bestands-BHKW daher seine Leistung innerhalb der Anlage selber erhöhen, würde zwar die Höchstbemessungsleistung nach § 101 Abs. 1 EEG 2014/2017 eine Förderbeschränkung darstellen, die wiederum durch die Flexibilitätsprämie nach § 50b EEG 2017 teilkompensiert werden würde. Demgegenüber würde für neu errichtete BHKW die Förderbeschränkung bis zu einer Bemessungsleistung von 100 kW nach § 44a Abs. 1 EEG 2017 gelten, was wiederum durch den Flexibilitätszuschlag nach § 50a EEG 2017 kompensiert werden würde.

Derzeit unklar ist die Rechtslage bei „Erweiterung“ eines Satelliten-BHKW um ein weiteres BHKW am gleichen Ort, das mit dem Bestands-BHKW über eine Gassammelschiene an die Verbindungsleitung zu dem abgesetzten Fermenter angeschlossen ist. Die Clearingstelle EEG/KWKG hatte hier in ihrer Entscheidung im Verfahren [2012/19](#) in Rdn. 45 noch eine physische Verklammerung der beiden BHKW zu einer gemeinsamen Anlage durch die Gassammelschiene zwischen den BHKW angenommen.²⁰ Das LG Frankfurt (Oder) nimmt nun mit Urteil vom 5. April 2019²¹ für diesen Fall zwei getrennte Anlagen an. Daher könne für das Zubau-BHKW nicht zusammen mit dem Bestands-Satelliten-BHKW eine Flexibilitätsprämie geltend gemacht werden. Vielmehr komme für das Zubau-BHKW nur der Flexibilitätszuschlag nach § 50a EEG 2017 bei Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen in Betracht, weil es sich nicht um eine erweiterte Bestandsanlage sondern um eine Neuanlage handele.

²⁰ So auch für die Verbindung mehrerer Vorort-BHKW mit zwei Fermentern durch eine Gassammelschiene: OLG Naumburg, Urteil vom 16. Mai 2013, Az. 2 U 129/12.

²¹ Az. 11 O 122/18.

2.5. Reicht eine flexible Fahrweise für den Erhalt der Flexibilitätsprämie aus (z.B. durch dauerhafte und endgültige Drosselung der Leistung)?

Der Wortlaut von § 50b i.V.m. Anlage 3 EEG 2017 schließt eine gedrosselte Anlage nicht aus, solange der 0,2-Wert eingehalten wird und ein Umweltgutachter nachweist, dass die Anlage bedarfsorientiert betrieben werden kann. Rein rechtsdogmatisch ist eine Mehrheit von Stromerzeugungseinrichtungen, die durch dieselbe Gaserzeugungseinrichtung versorgt wird, gemäß dem „weiten Anlagenbegriff“ des BGH²² genauso als eine Anlage zu sehen, wie eine singuläre Stromerzeugungseinrichtung, die gedrosselt wird.

Die Anwendbarkeit der Flexibilitätsprämie auf eine gedrosselte Anlage könnte allerdings sowohl ein technisches Problem als auch ein Nachweisproblem darstellen. Rein technisch ist zu klären, dass eine Anlagendrosselung nicht kurzfristig aufgehoben werden kann, so dass die gedrosselte Leistung als P_{inst} der Berechnung zugrunde gelegt werden darf, wie dies die Anwendung der Flexibilitätsprämie erfordert. Fraglich ist, ob die Anlagendrosselung grundsätzlich nur durch Verbauung entsprechender dauerhafter Drosselungskomponenten möglich ist. Eine kurzfristige Reaktion auf entsprechenden Strombedarf darf die technische Drosselung zur Erreichung des Faktors 0,2 für P_{Bem} gerade nicht ermöglichen. Insoweit muss der Anlagenbetreiber nachweisen, dass er entsprechende Komponenten auch dauerhaft verwendet. Die daneben durch Gutachten des Umweltgutachters nachzuweisende Eignung zur flexiblen Fahrweise muss für die dauerhaft gedrosselte Anlage darstellbar sein.

2.6. Kann die Gasblase im Fermenter als Gasspeicher genutzt werden, oder muss ein separater Speicher vorhanden sein?

Sofern die Gasblase im Fermenter technisch dafür geeignet ist, eine bedarfsgerechte Stromerzeugung zu ermöglichen und zusätzlich die weiteren Voraussetzungen nach § 50b i.V.m. Anlage 3 EEG 2017 eingehalten werden, muss kein separater Speicher zugebaut werden.

2.7. Dürfen Tauchsieder als technische Einrichtung im Rahmen einer Direktvermarktung und der Flexibilitätsprämie verwendet werden?

Ein Tauchsieder stellt eine Verbrauchseinrichtung dar, mit deren Hilfe ggf. die in das Netz der allgemeinen Versorgung ausgespeiste Strommenge durch Eigenverbrauch beeinflusst werden kann. Insoweit ist er technisch nicht dafür geeignet ist, eine bedarfsgerechte Stromerzeugung zu ermöglichen, insbesondere die Verschiebung der Stromerzeugung um ca. 12 Stunden. Wenn die weiteren Voraussetzungen § 50b i.V.m. Anlage 3 EEG 2017 eingehalten werden, kann ein Tauchsieder aus rechtlicher Sicht grundsätzlich verwendet werden, um eine für die Förderung geeignete Bemessungsleistung darzustellen, jedenfalls soweit für Anlagen mit Inbetriebnahme während der Geltung des EEG 2009 und früher die Bemessungsleistung nicht auf Basis der Stromerzeugung in der Anlage, sondern auf Basis der in das Netz der allgemeinen Versorgung ausgespeisten Strommenge zu berechnen ist. Insgesamt ist zu beachten, dass die Nettostromerzeugung in der Anlage beeinflussbar sein muss und ein externer Verbraucher hierfür nicht genügt.

²² Urteile vom 23. Oktober 2013, Az. [VIII ZR 262/12](#), und vom 4. November 2015, Az. [VIII ZR 244/14](#).

2.8. Besteht ein Anspruch auf die Flexibilitätsprämie im Falle einer flexiblen und markt-orientierten Fahrweise einer Biogasanlage, die um ein power to heat-Modul ergänzt wurde, ohne dass jedoch in ein zusätzliches BHKW Modul zur Erhöhung der installierten Leistung investiert wurde?

Durch ein power to heat-Modul kann am Anschlusspunkt der Anlage die elektrische Leistung reduziert und die Wärmeleistung erhöht werden.

Sofern die weiteren Voraussetzungen nach § 50b i.V.m. Anlage 3 EEG 2017 eingehalten werden, muss kein zusätzliches BHKW-Modul eingerichtet werden.

2.9. Muss der Anlagenbetreiber innerhalb der 16 Kalendermonate nach Erreichen des Flexdeckels die zusätzlich installierte Leistung tatsächlich in Betrieb genommen haben?

Nein. Auch wenn Sinn und Zweck der Verlängerung der Meldefrist dafür sprechen, dass die zusätzlich installierte Leistung innerhalb der 16 Monate tatsächlich in Betrieb genommen worden sein muss, stellt der Wortlaut von Anlage 3 Nr. I 1.5 EEG 2017 auf die Übermittlung der zusätzlich installierten Leistung nach der MaStRV ab. Die MaStRV lässt aber eine Registrierung einer Erhöhung der installierten Leistung für die Zwecke der Flexibilitätsprämie vor Realisierung zu.

Anlage 3 Nr. I 1.5 EEG 2017 bestimmt:

„Der Anspruch auf die Flexibilitätsprämie entfällt für zusätzlich installierte Leistung, die als Erhöhung der installierten Leistung der Anlage nach dem 31. Juli 2014 an das Register übermittelt wird, ab dem ersten Tag des 16. Kalendermonats, der auf den Kalendermonat folgt, in dem der von der Bundesnetzagentur nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach § 93 veröffentlichte aggregierte Zubau der zusätzlich installierten Leistung durch Erhöhungen der installierten Leistung nach dem 31. Juli 2014 erstmals den Wert von 1 000 Megawatt übersteigt.“

Nach dem Wortlaut ist entscheidende Voraussetzung für den Erhalt der Flexibilitätsprämie, dass die zusätzlich installierte Leistung als Erhöhung der installierten Leistung an das Marktstammdatenregister innerhalb der genannten Frist übermittelt wird.

Beispiel: Veröffentlicht die BNetzA im Juli 2019, dass der Zubau den Wert von 1.000 MW übersteigt, kann für zusätzlich installierte Leistung,²³ die erst im November 2020 an das Register übermittelt wird, kein Anspruch auf Flexibilitätsprämie geltend gemacht werden – unabhängig davon, ob alle anderen Voraussetzungen erfüllt sind.

Fraglich erscheint, ob die Erhöhung der installierten Leistung vor Meldung an das Marktstammdatenregister bereits realisiert worden sein muss. § 18 Abs. 1 MaStRV bestimmt dazu:

„Betreiber von EEG-Anlagen, für die erstmals die Flexibilitätsprämie nach § 50b des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in Anspruch genommen werden soll, müssen die geplante Inan-

²³ I.S. einer registrierungspflichtigen Erhöhung der installierten Leistung nach § 7 MaStRV; die „zusätzliche installierte Leistung“ P_{Zusatz} als solche nach Anlage 3 Nr. II 2.2. ist nicht registrierungspflichtig.

*spruchnahme im Marktstammdatenregister eintragen. Die Eintragung darf frühestens drei Monate vor der geplanten Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erfolgen. **Diese Frist ist abweichend von § 7 Absatz 1 auch anzuwenden auf die Registrierung einer Erhöhung der installierten Leistung der Anlage, wenn die Leistung zur Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erhöht wird.***

Da der Zeitpunkt der geplanten Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie gleichzusetzen ist mit dem Beginn der Förderdauer von zehn Jahren,²⁴ ist nicht erforderlich, dass bereits alle Voraussetzungen für die *tatsächliche* Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erfüllt sind, u.a. die zusätzlich installierte Leistung in Betrieb genommen wurde und das Umweltgutachten nach Anlage 3 Nr. 1 d) EEG 2017 vorliegt. Beginn der Förderdauer ist der erste Tag des zweiten auf die Meldung der erstmaligen Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie gegenüber dem Netzbetreiber folgenden Kalendermonats nach Anlage 3 Nr. I 1.3 (Anlage 3 Nr. I 1.4 EEG 2017).

Anlage 3 Nr. I 1.5 EEG 2017 nimmt zwar nicht auf die zur Registrierung der Inanspruchnahme erforderlichen Angaben Bezug, sondern nur auf die Übermittlung der zusätzlich installierten Leistung als Erhöhung der installierten Leistung, die in § 18 Abs. 1 Satz 3 MaStrV angesprochen wird. Auch hier gilt als *lex specialis* zu § 7 Abs. 1 MaStrV aber der Grundsatz, dass die Eintragung frühestens drei Monate vor der geplanten Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie erfolgen darf.

Die Begründung des Regierungsentwurfs zur Neufassung von Anlage 3 Nr. I 1.5 im EEG 2017 deutet dagegen darauf hin, dass die Anlagenerweiterung tatsächlich realisiert wurde:

*„Die Anfügung an I. Nr. 5 der Anlage 3 zum EEG 2017 betrifft den sogenannten „Flexdeckel“. Die Änderung soll die Problematik adressieren, dass sich kurz vor Erreichen eines Deckels Unsicherheiten hinsichtlich der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie ergeben können, die eine Investition verhindern. Konkret besteht hier die Befürchtung, dass Anlagenbetreiber im Zeitpunkt ihrer Investitionsentscheidung keine Sicherheit haben, dass ihre Investition zur bedarfsgerechten und flexiblen Einspeisung noch förderfähig sein wird. Um dieser Unsicherheit zu begegnen, wird die Frist für die Schließung des Deckels von bislang zwei auf 16 Monate verlängert. **Damit können alle Anlagenerweiterungen, die Flexibilitätsprämie erhalten, wenn sie spätestens sechzehn Monate nach der verkündeten Erreichung des Deckels in Betrieb gehen.** Um die Maßnahme kostenneutral zu halten, wird der Deckel um 350 MW auf 1.000 MW reduziert. Ende August 2018 waren 736 MW des Deckels aufgebraucht.“*

Nach der Begründung wäre sogar eine Inbetriebnahme der um die zusätzliche Leistung erweiterte Anlage innerhalb der 16 Monate nach Schließung des Flexibilitätsdeckels erforderlich. Sinn und Zweck der Verlängerung der Frist von zwei auf 16 Kalendermonaten dürfte deshalb auch eine ausreichende Realisierungsfrist gewesen sein. Die feste Bezugsgröße der Inbetriebnahme könnte außerdem eher zur Rechtssicherheit beitragen als die schlichte Meldung der geplanten Inbetriebnahme, für deren Vornahme dann keine weitere feste Frist lau-

²⁴ Clearingstelle EEG, Votum vom 19. Dezember 2016, [Az. 2016/41](#), Rn. 52, Empfehlung vom 31. Mai 2018, [Az. 2017/37](#), LS 6a.

fen würde. Letztlich hätte dann auch eine zweimonatige Meldefrist ausgereicht. Wird die Inbetriebnahme vorausgesetzt, wird damit auch sichergestellt, dass nur tatsächlich realisierte Vorhaben gefördert und die erlaubten Kapazitäten tatsächlich ausgeschöpft werden.

Die tatsächliche Realisierung ist allerdings auch nicht leichter feststellbar als die Meldung an den Netzbetreiber der geplanten Inanspruchnahme spätestens einen Monat nach Meldung an das Marktstammdatenregister. Zudem geht der Anlagenbetreiber bei Verzögerung der Inbetriebnahme (und Erfüllung der weiteren Voraussetzungen) das Risiko ein, dass der 10-jährige Förderzeitraum beginnt, die Flexibilitätsprämie aber erst später ausgezahlt werden kann.

Da Anlage 3 Nr. I 1.5 EEG 2017 nur auf die Übermittlung der zusätzlich installierten Leistung abstellt, die als Erhöhung der installierten Leistung an das Register übermittelt wird und die Frist für die späteste Eintragung nach § 7 Abs. 1 MaStRV durch die frühestmögliche Eintragsfrist nach § 18 Abs. 1 Satz 3 MaStRV als *lex specialis* verdrängt wird, die eine Eintragung der installierten Leistung vor Inbetriebnahme erlaubt, kann aus dem Wortlaut von Anlage 3 Nr. I 1.5 EEG 2017 nicht gefolgert werden, dass die zusätzlich installierte Leistung tatsächlich bereits in Betrieb genommen worden sein muss. Dafür hätte die Frist für die Meldung der Erhöhung der installierten Leistung nach § 18 Abs. 1 Satz 3 MaStRV selbst angepasst werden müssen. Zudem wurde im Vergleich zum EEG 2017 durch das Energiesammelgesetz nur die Frist verlängert, nicht der eigentliche Wortlaut von Anlage 3 Nr. I 1.5 EEG 2017 (neu).

Sollte jedoch nach der erfolgten Eintragung der Erhöhung eine längere als die in § 18 Abs. 1 S. 2 MaStRV zulässige Frist bis zur Inbetriebnahme der zusätzlichen erhöhten Leistung verstreichen, muss der Anlagenbetreiber ggf. nachweisen, dass die Eintragung nicht unter Verstoß gegen die Vorgaben der MaStRV erfolgt ist und die beabsichtigte Inbetriebnahme der Anlage innerhalb der von § 18 Abs. 1 MaStRV vorgegebenen Frist glaubhaft darlegen.



Der BDEW vertritt die Auffassung, dass eine Inbetriebnahme der Leistungserhöhung in der oben dargestellten Art und Weise auch noch nach Ablauf der 16-Monatsfrist möglich ist. Sollte diese Inbetriebnahme erst nach Ablauf der Frist geplant oder möglich sein, ist aufgrund der vorstehenden Darstellungen nicht abschließend gesichert, ob für diese Leistung noch die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen werden kann, da auch eine andere Rechtsauffassung möglich erscheint. Zur zweifelsfreien Sicherstellung der Förderfähigkeit sollte daher die Frist für die Inbetriebnahme nicht überschritten werden. In jedem Falle empfiehlt es sich, frühzeitig den Austausch mit dem zuständigen Netzbetreiber/ dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber zu suchen.

3. Begrenzung der Anschlussleistung und Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie

Anlagenbetreiber haben auch dann einen Anspruch auf Flexibilitätsprämie nach § 50b i.V.m. § 50 EEG 2017, wenn die Einspeisung der Biogas-Anlage zeitlich begrenzt ist, bspw. wegen gleichzeitiger PV-Anlageneinspeisungen an demselben Netzverknüpfungspunkt.

Sofern ein Umweltgutachter nach Anlage 3 Nr. I 1.d EEG 2017 bescheinigt, dass die Anlage für den zum Anspruch auf die Flexibilitätsprämie erforderlichen bedarfsorientierten Betrieb geeignet ist und die Bemessungsleistung der Anlage das 0,2fache der installierten Leistung der Anlage beträgt, besteht ein Anspruch des Anlagenbetreibers auf Zahlung der Flexibilitätsprämie.²⁵ Ein festes Verlagerungspotential schreibt das EEG 2017 nicht vor. Ob die Anlage zum bedarfsorientierten Betrieb geeignet ist, ist Gegenstand einer Einzelfallprüfung durch den Umweltgutachter, der allerdings die zeitlich begrenzte Einspeisemöglichkeit berücksichtigen muss. Eine auf bestimmte Zeiträume dauerhaft begrenzte Einspeisung muss daher nicht zwangsläufig zum Ausschluss einer bedarfsorientierten Fahrweise führen. Allerdings muss die Bemessungsleistung der Anlagen 20 Prozent der installierten Leistung der Anlage betragen, was bei zeitlich begrenzter Einspeisung i.d.R. schwieriger zu erreichen sein dürfte.

Ob die Anlage durch die zusätzlich installierte Leistung Verlagerungspotential hat, wird durch den Umweltgutachter geprüft und bescheinigt. Sofern der Netzbetreiber keine Zweifel an der Plausibilität des Gutachtens an sich hat, ist die Einschätzung des Umweltgutachters zu Grunde zu legen. Eine separate Prüfung durch den Netzbetreiber, ob die Anlage bedarfsorientiert gefahren werden kann, erfolgt nicht. Die [Aufgabenleitlinie EEG des UGA](#) beschreibt diesen Punkt wie folgt:

„Weiterhin muss der Anlagenbetreiber den Nachweis führen, dass er die Anlage bedarfsgerecht steuern kann. Das bedeutet, die Anlage muss in der Lage sein, die vertraglich mit dem Stromvermarkter vereinbarten Bedingungen zu erfüllen. Dies dürfte mutmaßlich dann erfüllt sein, wenn die Anlage über einen Gasspeicher verfügt, der das in der Anlage produzierte Biogas über einen definierten Zeitraum speichern kann. In der Konsequenz muss dieselbe Anlage in der Lage sein, innerhalb des verbleibenden Zeitraums eines Tages oder einer Woche die gesamte erzeugte und gespeicherte Gasmenge verwerten zu können. Dies führt regelmäßig zu einer spürbaren Erhöhung der installierten elektrischen Leistung gegenüber der Bemessungsleistung der Gesamtanlage. Andere Anlagenkonzepte und Betriebsweisen mit einem geringeren Gasspeichervolumen sind ebenfalls vorstellbar.“²⁶

²⁵ Unter den weiteren Voraussetzungen der Anlage 3 Nr. I EEG 2017.

²⁶ S. 25.

„Die technische Eignung der Anlage für einen bedarfsorientierten flexiblen Betrieb ist der Umweltgutachterin oder dem Umweltgutachter durch einen insgesamt dreitägigen Demonstrationbetrieb unter Ausschöpfung des maximalen für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie durch die Anlage vorgesehenen Verlagerungspotenzials nachzuweisen.“²⁷

„Dauer des Demonstrationbetriebes: 3 Tage insgesamt 1. Phase: Prüfung der Ein- und Auspeicherkapazität der Anlage (Erfassung Zeitraum zwischen Gasspeicher leer und voll) – erübrigt sich im Regelfall bei Biomethan-BHKW 2. Phase: Betrieb der BHKW-Anlage in einem mit dem Stromhändler und dem Umweltgutachter abzustimmenden Lastprofil über 24 bis 48 Stunden 3. Phase (optional): Betrieb der BHKW-Anlage im Lastprofil der vom Übertragungsnetzbetreiber vorgegebenen Präqualifikationsanforderungen zur Regelenergie (Minutenreserve) über mehrere Zyklen.

Anmerkung: Laut Aussage zahlreicher Stromhändler ist derzeit (Stand 2012) ein Verlagerungspotential der Gesamtanlage von mindestens 4 Stunden ideal, um eine bedarfsgerechte Stromerzeugung hinsichtlich der aktuellen Börsenpreise zu gewährleisten.

Zum Nachweis der bedarfsorientierten Fahrweise kann auch der Stromvermarkter einen gemeinsam mit dem Anlagenbetreiber und dem Umweltgutachter abzustimmenden Fahrplan für den Probetrieb erstellen. Mit dem Fahrplan sind unter Berücksichtigung von Börsenpreisen der EPEX Spot Vermarktungsmehrerlöse gegenüber einer nicht bedarfsorientierten Betriebsweise (Grundlastbetrieb) anzustreben. Der Fahrplan wird während des Probetriebes nachgefahren und vor Ort und/oder im Nachgang mithilfe der 1/4-Stunden Werte vom Umweltgutachter geprüft.“²⁸

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass der bedarfsorientierte Betrieb nicht auf ein festes Verlagerungspotential anhand von Stunden abstellt, sondern es vielmehr auf eine Einzelprüfung unter Berücksichtigung eines abgestimmten Fahrplans für die Anlage ankommt. Daher ist nicht von vornherein auszuschließen, dass ein Anlagenbetreiber auch für eine Anlage, deren Einspeisung auf die Nachtstunden reduziert ist, eine Flexibilitätsprämie erhalten kann. Die zeitlich begrenzte Einspeisung muss allerdings beim entsprechenden Probetrieb berücksichtigt werden und sich auch im Umweltgutachten niederschlagen. Dass die Anlage tatsächlich bedarfsorientiert gefahren wird, muss der Anlagenbetreiber – bspw. kalenderjährlich – ohnehin nicht nachweisen.

Außerdem muss nach Anlage 3 Nr. I 1.b EEG 2017 die Bemessungsleistung der Anlage mindestens das 0,2-fache der installierten Leistung der Anlage betragen. Die Bemessungsleistung ist der Quotient aus der Summe der in dem jeweiligen Kalenderjahr erzeugten Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des jeweiligen Kalenderjahres.²⁹ Der Wert fällt umso niedriger aus, je geringer die erzeugte und damit i.d.R. auch eingespeiste Strommenge ist. Kann aufgrund gleichzeitiger PV-Einspeisungen an demselben Netzverknüpfungs-

²⁷ S. 26.

²⁸ S. 27.

²⁹ Abzüglich der vollen Stunden vor der erstmaligen Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas durch eine Anlage und nach endgültiger Stilllegung dieser Anlage, § 3 Nr. 6 EEG 2017.

punkt bspw. nur nachts eingespeist werden, dürfte die Bemessungsleistung geringer ausfallen als bei einer zeitlich unbegrenzt möglichen Einspeisung. Da die Bemessungsleistung aber auf Grundlage der erzeugten, nicht der tatsächlich eingespeisten kWh berechnet wird, muss der Wert nicht geringer ausfallen, wenn bspw. tagsüber die erzeugte Strommenge vollständig direkt vor Einspeisung verbraucht werden kann. Dabei ist jedoch zu beachten, dass für Anlagen mit Inbetriebnahme während der Geltung des EEG 2009 und früher die Berechnung der Bemessungsleistung auf Basis der in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strommenge erfolgt.