bdew
Energie. Wasser. Leben.

BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.
Reinhardtstraße 32
10117 Berlin

Stellungnahme

Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu folgender Frage (Verfahren 2011/21):

Haben Betreiberinnen und Betreiber von Windenergieanlagen, die nach dem 31. Dezember 2008 und bis zum 31. März 2011 in Betrieb genommen wurden, ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme ihrer Windenergieanlage Anspruch auf den Systemdienstleistungs-Bonus nach § 29 Abs. 2 Satz 4 bzw. § 30 Satz 2 EEG 2009, wenn am Netzverknüpfungspunkt die Anforderungen nach den §§ 2 bis 4 in Verbindung mit Anlage 1 und 2 SDLWindV erfüllt werden und sie den Nachweis darüber nach § 6 Abs. 1 SDLWindV bis zum 30. September 2011 erbracht haben?

Berlin, 30. Januar 2012

Fragestellung:

Haben Betreiberinnen und Betreiber von Windenergieanlagen, die nach dem 31. Dezember 2008 und bis zum 31. März 2011 in Betrieb genommen wurden, ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme ihrer Windenergieanlage Anspruch auf den Systemdienstleistungs-Bonus nach § 29 Abs. 2 Satz 4 bzw. § 30 Satz 2 EEG 2009, wenn am Netzverknüpfungspunkt die Anforderungen nach den §§ 2 bis 4 in Verbindung mit Anlage 1 und 2 SDLWindV erfüllt werden und sie den Nachweis darüber nach § 6 Abs. 1 SDLWindV bis zum 30. September 2011 erbracht haben?

Stellungnahme:

Der BDEW stimmt dem, in dem Entwurf des Hinweises der Clearingstelle EEG zum Verfahren 2011/21 vom 15. Dezember 2011 unter **Rdn. 5** zusammengefassten Ergebnis, dass die Betreiber von Windenergieanlagen den SDL-Bonus über den vollen Zeitraum der Zahlung der erhöhten Anfangsvergütung gemäß § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 beziehen können, nicht zu. Dementgegen teilt der BDEW die, in dem Hinweisentwurf unter der **Rdn. 17** dargestellte Auffassung, wonach der Anspruch auf Zahlung des SDL-Bonus erst mit der Nachweiserbringung nur für den Zeitraum ab Nachweiserbringung entsteht.

1. Auffassung des BDEW

Der Auffassung des BDEW liegen folgende Erwägungen zugrunde.

Erbringen Betreiber von Windenergieanlagen, die nach dem 31. Dezember 2008 und bis zum 31. März 2011 in Betrieb genommen wurden, den Nachweis nach § 6 Abs. 1 SDLWindV bis zum 30. September 2011, gelten gemäß § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV die Anforderungen als mit der Inbetriebnahme der Anlage erfüllt. Die Regelung des § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV begründet damit aber keinen rückwirkenden Anspruch auf den Systemdienstleistungs-Bonus. Nach § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV gelten die Anforderungen der SDLWindV als mit der Inbetriebnahme der Anlage erfüllt, wenn der Betreiber der Windenergieanlage nach § 8 Abs. 1 Satz 1 SDLWindV den Nachweis nach § 6 Abs. 1 SDLWindV bis zum 30. September 2011 erbringt.

Diese gesetzliche Fiktion der Erfüllung der Verordnungsvorgaben zum Inbetriebnahmezeitpunkt soll nur bewirken, dass die für die Erhöhung der Anfangsvergütung aufgestellte Voraussetzung der Einhaltung der Verordnungsvorgaben zum Inbetriebnahmezeitpunkt nach § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 eingehalten wird. Insoweit wird den betroffenen Anlagen mit Inbetriebnahme nach dem 31. Dezember 2008 und bis zum 31. März 2011 eine Übergangsfrist bis zum 30. September 2011 gegeben, um die Anlagen entsprechend nachzurüsten. Eine Nachrüstungspflicht besteht für diese Anlagen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 bis 3 SDLWindV aber gar nicht. Darüber hinaus könnte bei einer Inbetriebnahme der Anlage bis zum 10. Juli 2009 (Tag vor dem Inkrafttreten der SDLWindV) und Nachweisführung der Einhaltung der SDLWindV bis zum 30. September 2011 gar keine Pflicht zur Zahlung des Systemdienstleistungs-Bonus nach § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 für den Strom bestehen, der bis zum 10. Juli

2009 eingespeist worden ist, weil erst die SDLWindV die freiwillig einhaltbaren Voraussetzungen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 bis 3 SDLWindV festlegen konnte.

Einem rückwirkenden Bonusanspruch würde insbesondere auch § 46 Nr. 3 EEG 2009 entgegenstehen, wenn die Inbetriebnahme der Anlage beispielsweise im Jahre 2009 und die Nachweisführung – wie nach § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV zulässig – erst nach dem 28. Februar 2010 erfolgte. Der betroffene Netzbetreiber könnte den nachträglich zu zahlenden Bonus wegen verfristeter Geltendmachung durch den Anlagenbetreiber nicht mehr im Rahmen seiner Abrechnung des Jahres 2009 nach § 47 EEG 2009 berücksichtigen[1].

Dementsprechend ist alleiniger Zweck von § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV, dass die Voraussetzungen von § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 eingehalten werden, auch wenn die Einhaltung der Voraussetzungen der SDLWindV erst nach Inbetriebnahme der Anlage durch eine entsprechende Nachrüstung erfolgt. Ein rückwirkender Anspruch auf den Bonus wird hierdurch nicht gewährt. Anderenfalls würden Windenergieanlagen aufgrund der gesetzlichen Fiktion auch zu einem Zeitpunkt gefördert werden, zu dem sie die Anforderungen noch gar nicht erfüllt haben. Die Anlagenbetreiber hätten somit keinen Anreiz, die entsprechende Nachrüstung zeitnah umzusetzen. Es ist Sache des Anlagenbetreibers, den Anspruch mit den entsprechenden Nachweisen rechtzeitig geltend zu machen.

Diese Ansicht stützt sich auf folgende Auslegung von § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 sowie § 8 Abs. 1, insbesondere Satz 4, SDLWindV:

a) Gesetzeswortlaut:

Der Wortlaut von § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV 2009 enthält keine eindeutigen Anhaltspunkte dafür, dass der SDL-Bonus für Übergangsanlagen bei Einhaltung der entsprechenden Voraussetzungen zwingend entweder ab Inbetriebnahme der Anlage oder ab Einhaltung bzw. Nachweis der Einhaltung der Voraussetzungen gezahlt werden muss. Vielmehr sind aus dem Gesetzeswortlaut nach BDEW-Auffassung beide Argumentationen gleichrangig ableitbar.

b) Gesetzessystematik:

Die Gesetzessystematik spricht allerdings nach Auffassung des BDEW sehr deutlich dafür, dass der Anspruch auf den SDL-Bonus für entsprechende Übergangsanlagen nicht bereits rückwirkend ab Inbetriebnahme der Anlagen entstehen kann. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Anspruchsgrundlage für den entsprechenden Bonus ist § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009. Hiernach erhöht sich die Anfangsvergütung nach § 29 Abs. 2 Satz 1 und 2 EEG 2009 „für Strom

[1] Vgl. auch zu einer mglw. nachträglichen Berücksichtigungsfähigkeit von Nachweisen: Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 24. November 2008, Verfahren 2008/7, abrufbar unter http://www.clearingstelleeeg.de/EmpfV/2008/7, sowie zu den Ausschlussfristen nach § 14a EEG 2004: Brodowski, VEnergR 126, S. 125; Tüngler, ET 2005, S. 101; Trceziak/Goldbach, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft Praxishandbuch, 2. Aufl., Rdn. 122.

aus Windenergieanlagen, die vor dem 1. Januar 2014 in Betrieb genommen worden sind, um 0,5 Cent pro Kilowattstunde (Systemdienstleistungs-Bonus), wenn sie ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme die Anforderungen der Verordnung nach § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 nachweislich erfüllen“. Diese Regelung gilt aufgrund von § 66 Abs. 1 EEG 2009 für alle Windenergie-Anlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2009. Auch für die sog. Übergangsanlagen gilt somit die Anforderung, dass diese ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme die Anforderungen der SDLWindV erfüllen. Ansonsten wäre gemäß § 6 Nr. 2 i.V. mit § 16 Abs. 6 EEG 2009 zumindest bis zum Zeitpunkt der Einhaltung dieser Anforderungen ein Anspruch auf Vergütung des Stroms aus diesen Anlagen ausgeschlossen.

Um diesem Anspruchsausschluss nicht zuletzt wegen Inkrafttretens der SDLWindV erst am 11. Juli 2009 zu entgehen, enthält § 8 SDLWindV für verschiedene Kategorien der Anlagen Übergangsregelungen. Hierbei ist zwischen Anlagen nach § 8 Abs. 1 SDLWindV und solchen nach § 8 Abs. 2 SDLWindV zu differenzieren.

Betreiber von Anlagen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 SDLWindV, d.h. Anlagen mit Inbetriebnahme nach dem 31. Dezember 2008 und bis zum 30. Juni 2010[2], „haben nur dann einen Anspruch auf den Systemdienstleistungs-Bonus nach § 29 Absatz 2 Satz 4 und § 30 Satz 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, wenn am Netzverknüpfungspunkt die Anforderungen nach den §§ 2 bis 4 in Verbindung mit Anlage 1 und 2 erfüllt werden“. Diese Regelung widerspricht eigentlich § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009, da diese Anlagen keinen optionalen Anspruch auf den Bonus haben, sondern zwingend die Anforderungen der Verordnung einhalten müssen. Indem aber § 29 Abs. 2 Satz 4 sowie § 6 Nr. 2 EEG 2009 jeweils hinsichtlich des materiellen Inhalts der Verpflichtung auf die „Anforderungen der Verordnung“ verweisen, wurde dies vom Verordnungsgeber für diese Übergangsanlagen dahingehend ausgeweitet, dass die Verordnung nicht nur die speziell in §§ 2, 3 und 4 sowie der Anlage 1 bis 3 SDLWindV enthaltenen technischen Anforderungen aufweist, sondern, als „Anforderungen“ auch quasi als „Null-Anforderung“ eine Befreiung von der Einhaltung dieser Anforderungen für diese Übergangsanlagen enthält. Dies verdeutlicht § 8 Abs. 1 Satz 3 SDLWindV indirekt, indem hiernach „an diese Betreiberinnen und Betreiber (…) keine Anforderungen nach § 6 Nummer 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes gestellt (werden)“.

Hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlage in § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009 begegnet dies angesichts der Anforderungen von Art. 80 GG keinen Bedenken, da auch die Freistellung von ansonsten geltenden Anforderungen als „Anforderung“ im Sinne von § 29 Abs. 2 Satz 4 sowie § 6 Nr. 2 EEG 2009 gesehen werden kann. Allerdings hat diese gesetzgeberische Maßnahme angesichts der durch § 29 Abs. 2 Satz 4 SDLWindV aufgestellten Verpflichtung der Einhaltung der technischen Anforderungen der SDLWindV *zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage* zwingend zur Konsequenz, dass diese Einhaltung bei entsprechender Nachrüstung der Anlage ebenfalls *zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage* fingiert werden muss, um überhaupt einen SDL-Bonus nach § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 für diese Anlage entstehen lassen zu können. Wenn eine Übergangsanlage im Jahre 2009 in Betrieb genommen wurde, aber erst im März 2011 durch entsprechende Nachrüstung die Anforderun-

[2] Durch 2. Verordnung zur Änderung der SDLWindV geändert in 31. März 2011

gen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 und 2 SDLWindV erfüllt hat, stünde ihr ohne die in § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV enthaltene Fiktion kein entsprechender Anspruch auf Zahlung des SDL-Bonus zu.

Dies verdeutlicht auch eine Gegenüberstellung der Regelungsinhalte des § 8 Abs. 1 SDLWindV mit denen des § 8 Abs. 2 SDLWindV:

Regelt § 8 Abs. 2 SDLWindV, dass „Betreiberinnen und Betreiber derjenigen Windenergieanlagen, die nach dem 30. Juni 2010[3] und bis zum 30. Juni 2011 in Betrieb genommen werden, (…) statt der Anforderungen in Anlage 1 Nummer II.12.d und Nummer II.12.e die Anforderungen von Abschnitt 3.3.13.5 Absatz 17 und 18 des Transmission Codes 2007 erfüllen „können“, enthält diese Regelung nur eine Korrespondenzregelung zu § 8 Abs. 1 Satz 2 SDLWindV. § 8 Abs. 1 Satz 1, 3 und 4 SDLWindV fehlen jedoch. Diese Regelungen waren aber für Anlagen nach § 8 Abs. 2 SDLWindV bereits dadurch obsolet, dass §§ 2 und 3 SDLWindV die Betreiber für eben diese Anlagen bereits – im Gefolge der Regelungsanordnung von § 29 Abs. 2 Satz 4 SDLWindV – verpflichten, die Anlagen ab dem Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme mit entsprechenden Einrichtungen auszustatten. Dementsprechend sind die Regelungsinhalte von § 8 Abs. 1 und von Abs. 2 SDLWindV aufgrund des Gesetzeswortlautes in Verbindung mit der Gesetzessystematik gar nicht miteinander vergleichbar. Insbesondere trägt der Schluss, den die Clearingstelle unter den **Rdn. 40 ff.** des Hinweisentwurfes anstellt, aufgrund des anderen Verordnungswortlautes sei von einem rückwirkenden Anspruch auszugehen, in keiner Hinsicht.

Hilft nun der Gesetzgeber dem vermeintlichen Widerspruch zwischen

- der Verpflichtung zur Einhaltung der Anforderungen ab Inbetriebnahme der Anlage nach § 29 Abs. 2 Satz 4 SDLWindV und
- der nur optionalen Einhaltungsmöglichkeit nach § 8 Abs. 1 Satz 1 und 3 SDLWindV

ab, kann er dies nur im Wege der Fiktion der Einhaltung der Anforderungen ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage tun, wie dies auch in § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV enthalten ist[4]. Eine nachträgliche Anspruchsentstehung zum Zeitpunkt der Einhaltung der Anforderungen oder des Nachweises dieser Anforderungen müsste folglich genauso formuliert werden, wie § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV dies tut, nämlich als „Geltung der Erfüllung der Anforderungen mit Inbetriebnahme der Anlage“. Ansonsten wäre der SDL-Bonus für diese Anlagen nach § 29 Abs. 2 Satz 4 SDLWindV gänzlich ausgeschlossen, weil diese Anlagen eben die Anforderungen nicht ab dem Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme erfüllt haben, sondern erst aufgrund einer späteren Nachrüstung.

Dementsprechend gibt der Wortlaut von § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV keine Anhaltspunkte für die These her, dass ein entsprechender Anspruch nicht zum Zeitpunkt der Nachrüstung bzw. der Vorlage des Nachweises, sondern rückwirkend zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage entstanden ist. Vielmehr würde der Wortlaut beide Auffassungen tragen. Dies einge-

---

[3] Durch 2. Verordnung zur Änderung der SDLWindV geändert in 31. März 2011

[4] Wortlaut von § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV: „Erbringen Betreiberinnen und Betreiber von Windenergieanlagen nach Satz 1 den Nachweis nach § 6 Absatz 1 bis zum 31. Dezember 2010, gelten die Anforderungen als mit der Inbetriebnahme der Anlage erfüllt.“

denk, hätte der Verordnungsgeber § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV anders formulieren müssen, um ausschließlich die Rechtsfolge zuzulassen, dass der Anspruch rückwirkend mit Inbetriebnahme der Anlage entsteht. Denn § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 kann für diese Anlagen den Zeitpunkt der erstmaligen Entstehung des Anspruchs gar nicht vorgeben, weil diese Anlagen die Anforderungen der Verordnung gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 und 3 SDLWindV gerade nicht zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage erfüllen müssen. Somit müsste § 8 Abs. 1 SDLWindV ausdrücklich den Zeitpunkt der Inbetriebnahme als Zeitpunkt der rückwirkenden Anspruchsentstehung festlegen. Hierfür wäre folgender Wortlaut geeignet gewesen:

„Erbringen Betreiberinnen und Betreiber von Windenergieanlagen nach Satz 1 den Nachweis nach § 6 Absatz 1 bis zum 31. Dezember 2010, gelten die Anforderungen als mit der Inbetriebnahme der Anlage erfüllt; die Anfangsvergütung nach § 29 Absatz 2 Satz 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes erhöht sich entsprechend § 29 Abs. 2 Satz 4 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage."

Da dies unterblieben ist, geht der BDEW auch nicht von einer entsprechenden Absicht des Gesetzgebers aus.

c) Gesetzeshistorie und -genese

Nach Auffassung des BDEW stützt in gesetzeshistorischer Sicht allenfalls die Fassung von § 10 des Referentenentwurfes der SDLWindV die von der Clearingstelle EEG vertretene Auffassung, indem § 10 RefE SDLWindV auf einen Gesamtzahlungszeitraum von fünf Jahren hinsichtlich des SDL-Bonus ausgeht. Diese Formulierung konnte – wegen Inkompatibilität mit § 29 Abs. 2 EEG 2009 – nicht übernommen werden. Allerdings stützt dieser Umstand nach Auffassung des BDEW auch nicht die These, dass § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV nun die Aufgabe des ehemaligen § 10 RefE SDLWindV zukomme, weil eine ausdrückliche Regelung dieser Rechtsfolge in § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV eben fehlt.

Die übrigen von der Clearingstelle EEG im Hinweisentwurf dargestellten Hinweise zur Gesetzeshistorie enthalten nach BDEW-Auffassung entweder keine belastbaren Argumente, da sie nicht auf den Zeitpunkt der Anspruchsentstehung oder die Zeitdauer der Anspruchsgewährung eingehen. Oder sie verdeutlichen sogar eher, dass der Verordnungsgeber keine rückwirkende Anspruchsentstehung beabsichtigt hatte, denn auch die baldige Gewährleistung eines Beitrages der Windenergieanlagen zur Netz- und Systemsicherheit im Fehlerfall ist ausweislich der von der Clearingstelle EEG angeführten Gesetzgebungsmaterialien ein zentrales Argument des Gesetzgebers für die Gewährung des Bonus gewesen.

Es wäre dann widersinnig, wenn der SDL-Bonus zwar eine Nachrüstung entsprechender Anlagen anreizen sollte, diese Nachrüstung aber auch schleppend hätte durchgeführt werden können, um dann trotzdem rückwirkend den Anspruch auf den Bonus zu erhalten. Hieraus ergäbe sich eine eindeutige Nachrangigkeit des Zieles, durch die Nachrüstung schnellstens einen Beitrag der Windenergieanlagen zur Netz- und Systemsicherheit im Fehlerfall zu gewährleisten, im Vergleich zu dem Umstand, dass die Anlagenbetreiber durch eine rückwirkende Anspruchsgewährlung auch bei erst sehr später Nachrüstung die Kosten der Nachrüstung vollständig amortisieren könnte. Eine entsprechende Ungleichgewichtigkeit der Argu-

mente der Netz- und Systemdienstleistungen einerseits und Amortisierung der Aufwendungen andererseits lässt sich aber aus keiner der von der Clearingstelle EEG im Rahmen der Gesetzeshistorie herangezogenen Materialien ablesen[5].

d) Teleologie:

Hierauf wurde bereits im Rahmen der Ausführungen zur Gesetzeshistorie teilweise eingegangen. Ergänzend weist der BDEW darauf hin, dass der Gesetzgeber für ab dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommene Windenergieanlagen in § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 gerade nicht vorgesehen hat, dass diese Anlagen maximal 2 ¼ Jahre nach ihrer Inbetriebnahme die Anforderungen der Verordnung erfüllen, sondern zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme. Die von der Clearingstelle EEG im Hinweisentwurf vertretene Ansicht würde jedoch genau dieser Intention des Gesetzgebers widersprechen, indem sie für die Betreiber der betroffenen Anlagen gerade keinen frühzeitigen Anreiz setzt, die Anforderungen der Verordnung durch entsprechende Nachrüstung nach Inbetriebnahme der Anlage oder sogar bereits zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme zu erfüllen.

Der „Anreiz zur frühzeitigen Nachrüstung“ widerspricht dementsprechend nach Ansicht des BDEW dem Befund der Clearingstelle EEG, dass sich aus den Ausführungen des Verordnungsgebers in der Begründung zu § 8 SDLWindV[6] „unzweifelhaft“ (**Rdn. 61**) darauf schließen lasse, dass die Betreiber von Windenergieanlagen, die in den Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 SDLWindV fallen, über den vollen Zeitraum der Zahlung der Anfangsvergütung gemäß § 29 Abs. 2 Satz 1 und 2 EEG 2009 einen Anspruch auf Zahlung des SDL-Bonus ab Inbetriebnahme ihrer Anlage haben.

Ziel des Gesetz- und Verordnungsgebers war es, mit der Einführung des SDL-Bonus, die Anbindung von Windenergieanlagen an die Stromnetze voranzutreiben[7]. Angesichts der stark steigenden Anteile von Windenergiestrom und der zunehmenden Herausforderungen an die Sicherheit der Netze müssen auch durch Windenergieanlagen vermehrt Systemdienstleistungen erbracht werden, deren Voraussetzungen in der SDLWindV geregelt werden. Mit der Einbeziehung auch solcher Anlagen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung, bereits in Betrieb genommen worden sind (nach dem 31. Dezember 2008), sollte zum Einen ermöglicht werden, eine möglichst große Anzahl von Windenergieanlagen einzubeziehen. Zu diesem Zweck sollte in der Tat auch für solche Übergangsanlagen mit dem SDL-Bonus ein Anreiz geschaffen werden, zu einer Erhöhung der Netzsicherheit am Netzverknüpfungspunkt beizutragen. Zum Anderen wollte der Verordnungsgeber aber auch einen Anreiz schaffen, dass die Nachrüstung bereits ab dem 1. Januar 2009 in Betrieb gegangener Anlagen möglichst zügig erfolgt. Es kam dem Verordnungsgeber nicht nur darauf an, eine möglichst hohe Anzahl von Anlagenbetreiber zur Nachrüstung ihrer Windenergieanlagen zu bewegen, son-

---

5 Vgl. statt vieler gerade die Ausführungen unter Rdn. 63 des Hinweisentwurfes unter Bezugnahme auf die Begründung zu § 8 SDLWindV.

6 Entwurf einer Verordnung zu Systemdienstleistungen durch Windenergieanlagen vom 27. Mai 2009, abrufbar unter http://www.clearingstelleeeg.de/filemanager/active?fid=674.

7 Entwurf einer Verordnung zu Systemdienstleistungen durch Windenergieanlagen vom 27. Mai 2009, A. Allgemeines, S. 22, abrufbar unter http://www.clearingstelleeeg.de/filemanager/active?fid=674.

dern auch darauf, die Anforderungen der Systemdienstleistung vor dem Hintergrund der steigenden Anschlusszahlen so zeitnah wie möglich umzusetzen. Die Weiterentwicklung der Technik und damit die Netzintegration von Windenergieanlagen sollten beschleunigt werden. Dieses Ziel lässt sich jedoch nur dann verwirklichen, wenn es auch einen Anreiz für die Anlagenbetreiber gibt, zeitnah nachzurüsten. Es würde der Intention des Verordnungsgebers entgegenstehen, gewährte man den Anlagenbetreibern den SDL-Bonus rückwirkend bis zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme seiner Windenergieanlage, auch wenn die Nachrüstung erst beispielsweise zwei Jahre nach Inkrafttreten der SDLWindV erfolgte. Wird der SDL-Bonus, wie durch den BDEW vertreten, jedoch erst ab dem Zeitpunkt gewährt, ab dem der Nachweis über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 2 bis 4 SDLWindV erbracht wird, besteht hingegen ein Anreiz für eine frühzeitige Nachrüstung. Je eher sich ein Anlagenbetreiber dazu entschieden hat, die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 2 bis 4 SDLWindV zu erfüllen und deren Erfüllung gemäß § 8 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. § 6 Abs. 1 SDLWindV nachzuweisen, desto eher konnte er in den Genuss des SDL-Bonus kommen und desto größer war damit auch der Anreiz, die Anlagen umgehend nachzurüsten.

2. Weitere Anmerkungen

Im Weiteren bittet der BDEW um Berücksichtigung der folgenden Anmerkungen.

a) Rdn. 18, 19, 24, 30, 31 – Vorrang des § 46 Nr. 3 EEG 2009

Nach Auffassung des BDEW geht § 46 Nr. 3 EEG 2009 als eine den § 199 BGB verdrängende Spezialvorschrift (vgl. **Rdn. 30**) dem § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV vor. Die gegenteilige Einschätzung der Clearingstelle EEG, der Gesetzgeber habe mit § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV eine gegenüber § 46 EEG 2009 spezialgesetzliche Regelung zur Verjährung des Anspruchs auf die Zahlung des SDL-Bonus bei Übergangsanlagen schaffen wollen (**Rdn. 31**), begegnet Bedenken.

Stehen unterschiedliche Rechtsnormen zueinander in Widerspruch, indem sich ihre Anwendungsbereiche überschneiden und deren Rechtsfolgen inhaltlich widersprechen, ist es zunächst Aufgabe des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers, eine solche Normenkollision aufzulösen bzw. in entsprechenden Übergangsvorschriften präzise zu regeln. Eine Aussage dazu, wie sich die Regelung des § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV auf die Vorgabe des § 46 Nr. 3 EEG 2009 auswirkt, enthält jedoch weder der Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV noch die Begründung des Regierungsentwurfs der Verordnung. Versäumt der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber, so wie vorliegend, Widersprüche miteinander kollidierender Normen aufzuklären, obliegt es dem Rechtsanwender mit Hilfe sogenannter Kollisions- bzw. Derogationsregeln solche Normenkonflikte zu lösen.

Gemäß der Derogationsregel „lex superior derogat legi inferiori“ kann eine Überlagerung und damit eine teilweise Aufhebung einer Rechtsnorm durch eine andere, später erlassene Rechtsnorm nur durch eine im Stufenbau der Rechtsordnung mindestens ranggleiche oder

ranghöhere Vorschrift erfolgen[8]. Soweit zwei Normen unterschiedlicher Stufen den gleichen Sachverhalt unterschiedlich regeln, gilt die Regelung der höherrangigen Norm. Dies gilt auch und gerade im wie hier vorliegenden Fall der Normenkonkurrenz eines Parlamentsgesetzes und einer Rechtsverordnung (Art. 80 GG), die zudem hier noch als Regierungsverordnung ohne Beteiligung des Bundestages und des Bundesrates erlassen worden ist. Dem steht auch nicht die gleichfalls allgemeingültige Derogationsregel „lex specialis derogat legi generali“ entgegen. Denn die Normsetzungsbefugnis des ranghöheren Gesetzgebers ist in Anbetracht der feststehenden Normenhierarchie und deren Verankerung im Grundgesetz stärker zu bewerten und kann daher nicht durch eine andere Normenkollisionsregel außer Kraft gesetzt werden[9].

Auch die Verweisung in § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 auf die „Anforderungen der Verordnung nach § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1“ EEG 2009 enthält, entgegen der Annahme der Clearingstelle EEG (**Rdn. 24**), keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber des EEG und damit des ranghöheren Regelwerkes es dem Verordnungsgeber offengehalten habe, in bestimmten Fällen von den grundsätzlichen Regelungen des EEG 2009 abzuweichen und für einzelne Fallgruppen besondere Regelungen zu treffen. Der Verweis auf § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009 räumt dem Verordnungsgeber lediglich die Konkretisierung der Anforderungen ein, die der Windanlagenbetreiber erfüllen muss, um den SDL-Bonus erlangen zu können. Eine Ermächtigung für den Erlass vom EEG 2009 abweichender Sonderregelungen ist hierin nicht zu erkennen. Dementsprechend erfüllt § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009 hinsichtlich der Vorgaben von § 46 Nr. 3 EEG 2009 auch nicht die Voraussetzungen für eine Ermächtigung zum Erlass einer gesetzesändernden Verordnung. Eine gesetzgeberische Intention zur Stützung der Derogationsregel „lex specialis derogat legi generali“ kann folglich § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009 auch nicht entnommen werden. Dementsprechend ist gemäß der herrschenden Meinung in der Rechtsliteratur, die bei Kollisionsregeln im Falle von gleichrangigen Gesetzen den Willen des Gesetzgebers zur Grundlage für die Anwendung der Kollisionsregeln macht[10], auch hier kein Vorrang des „lex specialis“-Grundsatzes vor dem „lex superior“-Grundsatz herleitbar (vgl. die vorstehenden Ausführungen zur Teleologie).

Der Vorrang des § 46 Nr. 3 EEG 2009 gilt auch bei Befolgung der Ansicht der Clearingstelle EEG, dass der Anlagenbetreiber durch die Fiktion des § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV so gestellt würde, als hätte er den nach § 6 Abs. 1 SDLWindV erforderlichen Nachweis bereits zum Inbetriebnahmezeitpunkt erbracht. Auch unter Zugrundelegung dieser Rechtsauslegung könnte ein beispielsweise nach dem 28. Februar 2010 geltend gemachter Anspruch den davor liegenden Vergütungszeitraum nicht mehr umfassen, da der betroffene Netzbetreiber den für diesen Zeitraum nachträglich zu zahlenden Bonus wegen verfristeter Geltendmachung

---

8 Rüthers, Rechtstheorie, 2. Aufl., Rdn. 273; Wank, Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl., S. 96; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., S. 585.

9 Wank, Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl., S. 96; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., S. 40 f.

10 BVerwGE 111, S. 200, 211; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., S. 573 f.; Vranes, ZaöRV 65 (2005), S. 391, 399 ff.; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., S. 40 f.; Höpfner, DÖV 2006, S. 820, 823; Laubinger, VerwArch 76 (1985), S. 201, 210; Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 48; Böckel, Instrumente der Einpassung neuen Rechts in die Rechtsordnung, S. 26 m.w.N.

durch den Anlagenbetreiber nicht mehr im Rahmen seiner Abrechnung des Jahres 2009 nach § 47 EEG 2009 berücksichtigen könnte. Die höherrangige Regelung des § 46 Nr. 3 EEG 2009 geht der Regelung in der SDLWindV vor. Eine Rückwirkung würde in dem genannten Beispiel daher allenfalls nur den Zeitraum bis zum 1. Januar 2010 umfassen können. Das würde bedeuten, bei Inbetriebnahme einer Anlage im Jahr 2009 könnte eine Rückwirkung zum Inbetriebnahmezeitpunkt nur erfolgen, wenn der Nachweis bis zum 28. Februar 2010 erbracht worden wäre. Erfolgte die Nachweiserbringung nach dem 28. Februar 2010, würde der Anspruch nur bis zum 1. Januar 2010 zurückreichen können.

b) Rdn. 40 - 42 – Regelungsgehalt des § 8 Abs. 1 Satz 1 und 4 SDLWindV

Mit den Vorgaben des § 8 Abs. 1 Satz 1 und 4 SDLWindV wird der Anspruch auf den SDL-Bonus nach § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 nicht hergeleitet (**Rdn. 42**), sondern konkretisiert.

Für die in den Tatbestand des § 8 Abs. 1 SDLWindV fallenden Übergangsanlagen gelten demgemäß die Anforderungen der §§ 2 bis 4 SDLWindV i.V.m. den Anlagen 1 und 2 der Verordnung. Losgelöst von der, durch die Clearingstelle EEG in **Rdn. 40 f.** vorgenommen vergleichenden Betrachtung des § 8 Abs. 2 SDLWindV, liegt der eigenständige Regelungsgehalt des § 8 Abs. 1 Satz 1 SDLWindV in eben dieser Konkretisierung der technischen Anforderungen, die der Anlagenbetreiber gemäß § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 zum Inbetriebnahmezeitpunkt erfüllen muss.

Darüber hinaus ist die Nachweisführung Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs auf Zahlung des SDL-Bonus. Die Anforderungen des § 8 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 2 bis 4 SDLWindV müssen gemäß § 29 Abs. 2 Satz 4 a.E. EEG 2009 „nachweislich“ erfüllt sein. Neben der Fiktion in Bezug auf den Inbetriebnahmezeitpunkt enthält § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV ebenfalls eine Konkretisierung der in § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 enthaltenen Voraussetzungen, indem beschrieben wird, auf welche Art und Weise der Nachweis zu erfolgen hat. Die Nachweisführung muss demgemäß den Vorgaben des § 6 Abs. 1 SDLWindV entsprechen.

Dass im Gegensatz zu § 8 Abs. 2 SDLWindV in § 8 Abs. 1 Satz 1 SDLWindV der Anspruch auf den SDLWindV neben § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 nochmals explizit formuliert wird (vgl. **Rdn. 40**), liegt schließlich auch darin begründet, dass für Anlagen, die vor Inkrafttreten der Verordnung in Betrieb genommen wurden, anderenfalls kein Anspruch auf Zahlung des SDL-Bonus nach § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 für den Strom bestanden hätte, der bis zum 10. Juli 2009 eingespeist worden ist, weil erst die SDLWindV die freiwillig einhaltbaren Voraussetzungen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 bis 3 SDLWindV festlegen konnte.

c) Rdn. 14 - 17 – Alternative Lesart des § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV

Neben den beiden von der Clearingstelle EEG dargestellten Lesarten des § 8 Abs. 1 Satz 4 SDLWindV – mit Nachweiserbringung bestehe ein Anspruch auf Zahlung des SDL-Bonus ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme (**Rdn. 16**) bzw. der Anspruch entstehe erst mit der Nachweiserbringung (**Rdn. 17**) – ließe sich auch vertreten, den Anspruch auf Zahlung des SDL-

Bonus ab dem Zeitpunkt zu gewähren, zu dem die Windenergieanlage die Anforderungen der SDLWindV materiell erfüllt hat. Dieser Zeitpunkt, der hinter dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme und vor dem Zeitpunkt der Nachweisführung liegt, ließe sich auch mit dem zu erbringenden Gutachten dokumentieren und damit nachweisen. Dies entspräche im Ergebnis dem Hinweis 2009/28 der Clearingstelle EEG zum „Formaldehydbonus“ nach § 27 Abs. 5 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009.

Auch die Befolgung dieser Sichtweise würde dem unter Punkt 1c dargelegten Ziel des Gesetz- und Verordnungsgebers gerecht werden, einen Anreiz für eine möglichst frühzeitige Nachrüstung zu setzen. Je frühzeitiger die Nachrüstung vorgenommen wurde, desto höher fiele der Anspruch auf Zahlung des SDL-Bonus aus. Jedoch wäre auch hierbei der unter Punkt 2a beschriebene Vorrang des § 46 Nr. 3 EEG 2009 zu beachten.

3. Redaktioneller Hinweis

Abschließend möchten wir darauf hinweisen, dass es in **Rdn. 5** unseres Erachtens „Anfangsvergütung gem. § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009“ und nicht „Satz 2“ heißen müsste.

Ansprechpartner:

RA Dr. Michael Koch
Telefon: +49 30 300199-15 30
michael.koch@bdew.de

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