

2011/6

6. Juni 2011

Hinweis

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung des § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 i. V. m. § 5 SDLWindV – Nachweisfrist der SDLWindV bei Bestandsanlagen:

- 1. Für den Erhalt des Systemdienstleistungsbonus nach § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 i. V. m. § 5 i. V. m. Anlage 3 SDLWindV müssen Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreiber von Windenergieanlagen lediglich die materiellen Voraussetzungen des § 5 i. V. m. Anlage 3 SDLWindV erstmals vor dem 1. Januar 2011 erfüllen. Der Nachweis über die Einhaltung der Voraussetzungen kann dem Netzbetreiber auch nach dem 31. Dezember 2010 vorgelegt werden.**
- 2. Lediglich der Einbau der zur Einhaltung der Voraussetzungen des § 5 SDLWindV erforderlichen Einrichtungen, deren Inbetriebsetzung sowie die im Rahmen der Nachweiserbringung gem. § 6 Abs. 2 SDLWindV zur Prüfung der Einhaltung dieser Voraussetzungen nötigenfalls erforderliche Aufnahme von Messdaten muss vor dem 1. Januar 2011 erfolgt sein. Die Fertigstellung des Nachweises gem. § 6 Abs. 2 SDLWindV kann nach dem 31. Dezember 2010 erfolgen.**
- 3. Wird der Systemdienstleistungsbonus erstmals für das Jahr 2011 beansprucht, muss gem. § 46 Nr. 3 EEG 2009 der Nachweis gem. § 6 Abs. 2 SDLWindV dem Netzbetreiber bis zum 28. Februar 2012 vorgelegt werden.**

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	2
2	Herleitung	4
2.1	Wortlaut	4
2.1.1	Regelungen des EEG 2009	4
2.1.2	Regelungen der SDLWindV	7
2.1.3	Zwischenergebnis	10
2.2	Überprüfung des Ergebnisses	10
2.2.1	Systematik	11
2.2.2	Historie	13
2.2.3	Genese	13
2.2.4	Teleologie	16
2.3	Ergebnis	17

1 Einleitung des Verfahrens

1 Die Clearingstelle EEG hat am 31. März 2011 durch den Leiter der Clearingstelle EEG Dr. Lovens, das Mitglied der Clearingstelle EEG Reißerweber und den technischen Koordinator der Clearingstelle EEG Dibbern beschlossen, zu folgender Frage ein Hinweisverfahren einzuleiten:

Müssen Betreiberinnen und Betreiber von Windenergie-Bestandsanlagen (Inbetriebnahme zwischen dem 31. Dezember 2001 und dem 1. Januar 2009) die Einhaltung der Anforderungen des § 5 i. V. m. Anlage 3 SDL-WindV zum Erhalt des Bonus gem. § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 gegenüber dem Netzbetreiber vor dem 1. Januar 2011 nachgewiesen haben?

Falls nicht: Bis zu welchem Zeitpunkt muss die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber den Nachweis spätestens erbracht haben?

- 2 Es handelt sich dabei um eine abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfrage, für deren Beantwortung der Clearingstelle EEG die Durchführung eines Empfehlungsverfahrens nicht geboten erscheint.
- 3 Der Einleitung voraus gingen an die Clearingstelle EEG gerichtete Anregungen, zur Auslegung von § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009¹ i. V. m. § 5 SDLWindV² ein Hinweisverfahren einzuleiten. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass in der Praxis große Unsicherheit herrsche, ob der Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen des § 5 SDLWindV schon vor dem 1. Januar 2011 dem Netzbetreiber gegenüber erbracht werden müsse.
- 4 Nach der Einführung der SDLWindV am 3. Juli 2009 war es zunächst unklar, welche Anforderungen an die im Rahmen der SDLWindV tätigen Gutachterinnen bzw. Gutachter und sonstigen Zertifizierenden, an die von diesen erstellten Gutachten bzw. Einheiten- und Anlagenzertifikate sowie an die hierbei anzuwendenden Mess- und Rechenmethoden und -verfahren zu stellen waren. Vielen Anlagebetreiberinnen und -betreibern war es aufgrund der durch diese Unklarheiten verursachten zeitlichen Verzögerungen nicht möglich, noch vor dem 1. Januar 2011 dem zuständigen Netzbetreiber einen Nachweis über die Einhaltung der Anforderungen gem. § 5 i. V. m. Anlage 3 SDLWindV vorzulegen. Daher ergab sich die Frage, ob die Vorlage des entsprechenden Nachweises auch noch nach dem 1. Januar 2011 zulässig ist.
- 5 Die von der Clearingstelle EEG nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)³ akkredi-

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074), i. d. F. von Artikel 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 11. August 2010 (BGBl. I S. 1170), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Die Änderungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Europarechtsanpassungsgesetz Erneuerbare Energien – EAG EE) vom 12. April 2011 (BGBl. I S. 619) traten nach der Einleitung dieses Hinweisverfahrens in Kraft und sind daher diesem Hinweis nicht zugrunde zu legen. Die Clearingstelle EEG weist indes darauf hin, dass die für diesen Hinweis entscheidungserheblichen Vorschriften des EEG durch die Änderungen unberührt bleiben. Die hier genannten Fassungen des EEG sind in der Form Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2009/arbeitsausgabe>.

²Verordnung zu Systemdienstleistungen durch Windenergieanlagen (Systemdienstleistungsverordnung – SDLWindV) v. 03.07.2009 (BGBl. I S. 1734), i. d. F. der Verordnung zur Änderung der Systemdienstleistungsverordnung vom 25.06.2010 (BGBl. I S. 832). Die Änderungen durch die Zweite Verordnung zur Änderung der Systemdienstleistungsverordnung vom 13.04.2011 (BGBl. I S. 638) traten nach der Einleitung dieses Hinweisverfahrens in Kraft und sind daher diesem Hinweis nicht zugrunde zu legen. Die Clearingstelle EEG weist indes darauf hin, dass die für diesen Hinweis entscheidungserheblichen Vorschriften der SDLWindV durch diese Änderungen unberührt bleiben.

³Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

tierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 2. Mai 2011 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 25b Abs. 2 VerfO. erhalten.

- 6 Die Stellungnahmen des Wirtschaftsverbandes Windkraftwerke e. V. (WVW), der Fördergesellschaft Windenergie und andere Erneuerbare Energien e. V. (FGW), des Bundesverbandes Windenergie e. V. (BWE) und des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. sind fristgerecht eingegangen und wurden bei der Beratung und Beschlussfassung berücksichtigt. Die Beschlussvorlage haben gemäß § 25b Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerfO der technische Koordinator der Clearingstelle EEG Dibbern und der Leiter der Clearingstelle EEG Dr. Lovens erstellt.⁴

2 Herleitung

2.1 Wortlaut

- 7 Zur Beantwortung der Frage, ob Anlagenbetreiberinnen und -betreiber den Nachweis der Anforderungen des § 5 SDLWindV i. V. m. Anlage 3 SDLWindV für den Erhalt des Systemdienstleistungsbonus gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 (nachfolgend bezeichnet als SDL-Bonus) dem Netzbetreiber auch nach dem 1. Januar 2011 vorlegen können, werden die einschlägigen Regelungen des EEG 2009 und der SDL-WindV untersucht. Das so gefundene Ergebnis wird anschließend anhand systematischer, historischer, genetischer und teleologischer Betrachtungen überprüft.

2.1.1 Regelungen des EEG 2009

- 8 § 66 Abs. 1 Nr. 1 und 6 EEG 2009 lautet wie folgt:

„(1) Für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, sind anstelle der §§ 6, ... die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918) in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

⁴Die zur Stellungnahme an die ausgewählten Verbände übersandte Entwurfsfassung dieses Hinweises sowie die Stellungnahmen selbst finden Sie unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2011/6>.

1. Die technischen und betrieblichen Vorgaben des § 6 Nr. 1 müssen ab dem 1. Januar 2011 eingehalten werden.
- ...
6. Die Vergütung für Strom aus Windenergieanlagen, die nach dem 31. Dezember 2001 und vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, erhöht sich für die Dauer von fünf Jahren um 0,7 Cent pro Kilowattstunde (Systemdienstleistungs-Bonus), sobald sie infolge einer Nachrüstung vor dem 1. Januar 2011 die Anforderungen der Verordnung nach § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 erstmals einhalten.“
- 9 Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden, sind dementsprechend grundsätzlich von der Pflicht zur Erfüllung der Vorgaben des § 6 EEG 2009 ausgenommen, jedoch gem. § 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 mit Ausnahme der Vorgaben des § 6 Nr. 1 EEG 2009, die ab dem 1. Januar 2011 auch von Bestandsanlagen einzuhalten sind. Insbesondere sind folglich Bestandsanlagen von der Erfüllung der Vorgaben des § 6 Nr. 2 EEG 2009 freigestellt, also von der Pflicht zur Erfüllung der Vorgaben der SDLWindV.
- 10 Jedoch können Betreiberinnen und Betreiber von Bestandsanlagen freiwillig die Bedingungen des § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 i. V. m. §§ 5, 6 Abs. 2 SDLWindV einhalten und so gem. § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 den SDL-Bonus für Bestandsanlagen erlangen.
- 11 Über den letztmöglichen Zeitpunkt der Nachweisführung gegenüber dem Netzbetreiber lassen sich der Regelung keine expliziten Aussagen entnehmen. Die Vorschrift ließe sich allerdings dahingehend lesen, dass die erstmalige Einhaltung der Anforderungen (bloß) auf einer vor dem 1. Januar 2011 vorgenommenen Nachrüstung *basieren* muss. Es erschiene demgemäß nicht ausgeschlossen, eine Windenergie-Bestandsanlage vor dem Jahreswechsel 2010/2011 nachzurüsten, die Vorgaben des § 5 i. V. m. Anlage 3 SDLWindV aber erst später einzuhalten, da jedenfalls die Voraussetzungen immer noch *aufgrund* der vor dem 1. Januar 2011 vorgenommenen Nachrüstung eingehalten würden.
- 12 Näherliegend indes ist – wie es auch der Verordnungsgeber der SDLWindV schließlich getan hat, vgl. unten Rn. 24 – den Passus „vor dem 1. Januar 2011“ auf „die Anforderung ... erstmals einhalten“ zu beziehen, da der Zeitpunkt der *Nachrüstung* zur Erreichung des Zwecks der Vorschrift relativ gleichgültig ist, nicht aber der Zeit-

punkt der *tatsächlichen Einhaltung* der Anforderungen der Verordnung nach § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009.

13 **§ 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009** Auch § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009 als formelle Verordnungsermächtigung enthält keine Aussagen zum (spätestmöglichen) Zeitpunkt der Nachweisführung gegenüber dem Netzbetreiber. Die Vorschrift lautet:

„(1) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates zu regeln:

1. Anforderungen nach § 6 Nr. 2, § 29 Abs. 2 Satz 4 und § 66 Abs. 1 Nr. 6 an Windenergieanlagen zur Verbesserung der Netzintegration und zur Befuerung (Systemdienstleistungs-Bonus). Die Verordnung nach Satz 1 soll insbesondere folgende Anforderungen enthalten, soweit die Umsetzung wirtschaftlich zumutbar ist:

a) ...

b) für Anlagen nach § 66 Abs. 1 Nr. 6

- an das Verhalten der Anlagen im Fehlerfall,
- an die Frequenzhaltung,
- an das Nachweisverfahren,
- an den Versorgungswiederaufbau und
- bei der Nachrüstung von Altanlagen in bestehenden Windparks;“

14 **Mitteilungspflichten des EEG 2009** Allgemeine Regelungen zur Nachweisführung durch Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber gegenüber dem Netzbetreiber finden sich im EEG 2009 in den §§ 45 und 46 EEG 2009. Gemäß § 45 EEG 2009 sind Anlagenbetreiberinnen, Anlagenbetreiber, Netzbetreiber und Versorgungsunternehmen verpflichtet, einander die für den bundesweiten Ausgleich erforderlichen Daten, insbesondere die in §§ 46 bis 50 EEG 2009 genannten, unverzüglich zur Verfügung zu stellen. Dementsprechend müssen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, die ihre Windenergie-Bestandsanlage nachgerüstet haben, den Nachweis, dass die Anlage bereits vor dem 1. Januar 2011 die Vorgaben des § 5 SDLWindV

einhielt, dem Netzbetreiber grundsätzlich *unverzüglich*, d.h. ohne schuldhaftes Zögern,⁵ vorlegen.

- 15 Die an Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gerichtete Vorgabe, die Daten dem Netzbetreiber unverzüglich vorzulegen, konkretisiert § 46 Nr. 3 EEG 2009 hinsichtlich der für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten im Sinne einer terminierten Frist. Demnach sind Anlagenbetreiberinnen und -betreiber verpflichtet, dem Netzbetreiber diese Daten bis zum 28. Februar eines Jahres zur Verfügung zu stellen. Wird der SDL-Bonus erstmals für einen im Jahr 2011 liegenden Zeitraum beansprucht, ist gem. § 46 Nr. 3 EEG 2009 der Nachweis also *spätestens* bis zum 28. Februar 2012 vorzulegen. Beansprucht die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber hingegen auch für Zeiträume des Jahres 2010 den SDL-Bonus, ist der entsprechende Nachweis dem Netzbetreiber bis zum 28. Februar 2011 vorzulegen.
- 16 Ob der Netzbetreiber dazu verpflichtet ist, unter Geltung des EEG 2009 die Einreichung von die Vergütungsvoraussetzungen betreffenden Nachweisen auch noch nach dem 28. Februar des Folgejahres zu berücksichtigen, ist bislang weder höchstrichterlich noch durch Arbeitsergebnisse der Clearingstelle EEG geklärt.⁶ Die Beantwortung dieser Frage kann im Rahmen dieses Hinweisverfahrens indes dahinstehen.
- 17 Sollte hierüber Uneinigkeit zwischen Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreibern und Netzbetreibern bestehen, kann die Clearingstelle EEG diese Frage sowohl abstrakt-generell durch ein Empfehlungs- oder Hinweisverfahren klären, oder – im konkreten Einzelfall – durch ein Votumsverfahren.⁷

2.1.2 Regelungen der SDLWindV

- 18 Innerhalb der SDLWindV richten sich § 5 SDLWindV i. V. m. Anlage 3 SDLWindV sowie § 6 Abs. 2 SDLWindV an die Betreiberinnen und Betreiber von Windenergie-Bestandsanlagen. § 5 SDLWindV regelt i. V. m. Anlage 3 SDLWindV die materiel-

⁵Vgl. die Legaldefinition in § 121 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17.01.2011 (BGBl. I S. 34).

⁶Zu beachten indes *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 26.04.2010 – 2009/28, Nr. 5 sowie 3.3, Rn. 32, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2009/28>. Zur Rechtslage unter dem EEG 2004 weiterhin *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 24.11.2008 – 2008/7, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/7>.

⁷Informationen zu den Angeboten der Clearingstelle EEG sind unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrenserlaeuterung> verfügbar.

len Voraussetzungen des SDL-Bonus für Bestandsanlagen gem. § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009, während § 6 Abs. 2 SDLWindV die Nachweisführung regelt.

19 § 5 SDLWindV lautet:

„Voraussetzungen für den Systemdienstleistungs-Bonus
Betreiberinnen und Betreiber derjenigen Windenergieanlagen, die nach dem 31. Dezember 2001 und vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, haben Anspruch auf den Systemdienstleistungs-Bonus nach § 66 Abs. 1 Nummer 6 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, wenn sie nach dem 11. Juli 2009 und vor dem 1. Januar 2011 erstmals die in Anlage 3 festgelegten Anforderungen am Netzverknüpfungspunkt oder an einem anderen zwischen Netzverknüpfungspunkt und Windenergieanlage gelegenen Punkt erfüllen.“

- 20 Dem Wortlaut nach ist es für das Entstehen des Anspruchs auf Zahlung des SDL-Bonus ausreichend, wenn „Betreiberinnen und Betreiber ... vor dem 1. Januar 2011 erstmals die ... Anforderungen ... erfüllen.“ Weil die Vorschrift die Anspruchsentstehung an die *Einhaltung* der angegebenen Anforderungen knüpft, reicht es mithin bereits aus, wenn die Anforderungen tatsächlich erfüllt werden.
- 21 Eine Verknüpfung des Anspruchs mit dem Zeitpunkt der Nachweisführung enthält § 5 SDLWindV hingegen nicht. Hätte der Verordnungsgeber eine solche Verknüpfung herstellen wollen, hätte er eine entsprechende Formulierung wählen können.⁸ Über den spätestmöglichen Zeitpunkt der Erbringung bzw. der Vorlage des Nachweises, dass die Anforderungen schon vor dem 1. Januar 2011 erfüllt waren, lässt sich § 5 SDLWindV jedoch nichts entnehmen.
- 22 Indes ist § 5 SDLWindV gegenüber § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 insofern restriktiver gefasst, als dass die Voraussetzungen gemäß dem Wortlaut des § 5 SDLWindV vor dem 1. Januar 2011 *tatsächlich* erfüllt sein müssen. Die tatsächliche Erfüllung bereits vor dem 1. Januar 2011 ist von der Anlagenbetreiberin bzw. vom Anlagenbetreiber nachzuweisen, was den Einbau und die Inbetriebsetzung der zur Einhaltung der Vorgaben erforderlichen Einrichtungen notwendig macht.

⁸Etwa „Anlagenbetreiberinnen und -betreiber haben Anspruch auf den Bonus, wenn sie bis zum 01.01.2011 nachweisen, dass ...“

23 § 6 Abs. 1 und 2 SDLWindV gehören zum Teil 4 („Nachweis und Schlussbestimmungen“) der SDLWindV und lauten:

„(1) ... ²Die Erstellung der Zertifikate und die Begutachtung müssen nach dem Stand der Technik durchgeführt werden. ³Zertifizierer müssen nach DIN EN 45011:1998*) akkreditiert sein.

(2) ¹Der Nachweis, dass die Voraussetzungen des § 5 in Verbindung mit Anlage 3 am Netzverknüpfungspunkt eingehalten werden, kann durch Einheitenzertifikate und durch das Gutachten einer oder eines Sachverständigen erbracht werden. ²Abs. 1 Satz 2 und 3 gelten entsprechend.

*) Zu beziehen bei der Beuth Verlag GmbH, Berlin, und beim Deutschen Patent- und Markenamt in München archiviert.“⁹

24 Gemäß § 6 Abs. 2 SDLWindV kann der Nachweis, dass die Voraussetzungen des § 5 SDLWindV eingehalten werden, durch Einheitenzertifikate und Sachverständigen-gutachten erbracht werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Voraussetzungen gem. § 5 SDLWindV vor dem 1. Januar 2011 materiell eingehalten werden müssen und auch hierüber der entsprechende Nachweis gem. § 6 Abs. 2 SDLWindV zu führen ist. Folglich ist die Erfassung der Daten, die zur Prüfung der Einhaltung der Vorgaben notwendig sind, bzw. die – nur gegebenenfalls – erforderliche Messung einschlägiger elektrischer Größen vor dem 1. Januar 2011 durchzuführen.

25 Indes reicht es auch aus, wenn die zur Erbringung des Nachweises erforderlichen Daten vor dem 1. Januar 2011 aufgenommen wurden. Die Auswertung der Daten (bspw. im Wege der Erstellung des eigentlichen Zertifikats oder Gutachtens) kann auch nach dem 31. Dezember 2010 durchgeführt werden. Entscheidend ist, dass – ggf. auch im Nachhinein – zweifelsfrei festgestellt wird, dass die Anlage die Voraussetzungen des § 5 SDLWindV zu einem Zeitpunkt vor dem 1. Januar 2011 erstmals tatsächlich eingehalten hat, was im Einklang mit dem Wortlaut des § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 steht (vgl. oben Rn. 11 f.).

26 Über diesen Befund hinaus lässt sich der Regelung in Bezug auf den spätestmöglichen Zeitpunkt der Nachweiserbringung nichts entnehmen, sie enthält im Übrigen lediglich Regelungen zu den inhaltlich-formellen Anforderungen an den Nachweis.

⁹Satznummerierung nicht im Original.

- 27 **Anlage 3 der SDLWindV** Auch in Anlage 3 der SDLWindV und im von ihr inkorporierten Teil III der Anlage 1 zur SDLWindV finden sich keine Regelungen zur spätestmöglichen Vorlage des Nachweises der Anforderungen des § 5 i. V. m. Anlage 3 SDLWindV.
- 28 **Zusammenfassend** lässt sich festhalten, dass aus § 5 SDLWindV für den Erhalt des SDL-Bonus lediglich die Verpflichtung zur erstmaligen Einhaltung der materiellen Voraussetzungen des § 5 SDLWindV i. V. m. Anlage 3 SDLWindV nach dem 11. Juli 2009 und vor dem 1. Januar 2011 folgt; indes folgt aus der Vorschrift nicht, bis zu welchem Zeitpunkt der Nachweis des Vorliegens der materiellen Voraussetzungen spätestens erbracht werden muss. Auch § 6 Abs. 1 und 2 SDLWindV sowie Anlage 3 SDLWindV enthalten keine besonderen Regelungen bezüglich des spätestmöglichen Zeitpunktes der Nachweiserbringung.

2.1.3 Zwischenergebnis

- 29 Für den Erhalt des SDL-Bonus nach § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 i. V. m. § 5 i. V. m. Anlage 3 SDLWindV müssen Betreiberinnen bzw. Betreiber von Windenergieanlagen, die zwischen dem 31. Dezember 2001 und dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden, die Voraussetzungen des § 5 SDLWindV i. V. m. Anlage 3 SDLWindV nach dem 11. Juli 2009 und vor dem 1. Januar 2011 erstmals materiell erfüllen. Formal kann der Nachweis über die Einhaltung dieser Voraussetzungen dem Netzbetreiber auch nach dem 1. Januar 2011 vorgelegt werden. Hierbei ist allerdings § 46 Nr. 3 EEG 2009 zu berücksichtigen, dem zufolge Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber für den Erhalt des SDL-Bonus verpflichtet sind, den Nachweis für die Endabrechnung des Vorjahres, beispielsweise für 2010, bis zum 28. Februar des Folgejahres vorzulegen, im Beispiel also bis zum 28. Februar 2011. Soll der SDL-Bonus erstmals im Jahr 2011 beansprucht werden, können Betreiberinnen und Betreiber von Bestandsanlagen (Inbetriebnahme zwischen dem 31. Dezember 2001 und dem 1. Januar 2009) dementsprechend den Nachweis bis zum 28. Februar 2012 erbringen.

2.2 Überprüfung des Ergebnisses

- 30 Im Folgenden wird das zuvor gefundene Ergebnis anhand systematischer, historischer, genetischer und teleologischer Betrachtungen überprüft.

2.2.1 Systematik

- 31 **SDLWindV** Aus der SDLWindV lassen sich in systematischer Hinsicht keine weiteren Erkenntnisse gewinnen.
- 32 **Sonstige Nachweise im EEG 2009** Das EEG 2009 hingegen kennt eine Fülle von durch Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreiber, Netzbetreiber oder Dritte zu erbringenden Nachweisen. Neben den „vergütungsnotwendigen“ Nachweisen, ohne deren Erbringung die gesetzliche Mindestvergütung oder ein Bonus regelmäßig nicht zu zahlen ist, kennt das EEG 2009 eine Reihe weiterer Nachweise und Nachweispflichten ohne Vergütungsbezug. Zu nennen sind hier z. B. der Erforderlichkeitsnachweis des § 11 Abs. 3 EEG 2009, der Netzintegrationskostennachweis des § 15 Abs. 1 EEG 2009, der Belastungsnachweis des § 41 Abs. 1 und 3 i. V. m. Abs. 2 EEG 2009 oder der Herkunftsnachweis gem. §§ 55, 56 Abs. 2 EEG 2009. Aufgrund ihrer strukturellen Unterschiedlichkeit lassen sich aus den diese Nachweisarten betreffenden Vorschriften nicht ohne Weiteres zusätzliche Erkenntnisse gewinnen. Gemeinsam ist ihnen indes, dass diese Nachweise erst nach Herstellung des nachzuweisenden Zustands bzw. nach Abschluss oder Beendigung des nachzuweisenden Sachverhalts vorzulegen sind.
- 33 Neben diesen „vergütungsunabhängigen“ Nachweisen kennt das EEG 2009 zwei Gruppen vergütungsbezogener Nachweise. Dies sind zum einen formlose Nachweise und zum anderen solche, deren Aussteller oder beispielsweise deren Form gesetzlich festgelegt ist.
- 34 Zur ersten Gruppe (vergütungsbezogen, aber formlos) gehören jedenfalls die Nachweise gem. § 17 Abs. 2 Nr. 2 (Direktvermarktungs-Anteilsnachweis), § 27 Abs. 3 Nr. 2 und § 66 Abs. 1 Nr. 4, § 33 Abs. 2 EEG 2009 (Selbstverbrauchsnachweis) und der Nachweis gem. Anlage 1 Nr. I.1 EEG 2009 (Gasaufbereitungsnachweis).
- 35 Zur zweiten Gruppe (vergütungsbezogen und mit besonderen gesetzlichen Anforderungen versehen) gehören jedenfalls die Nachweise gem. § 23 Abs. 5 (Nachweis zur ökologischen Modernisierung)¹⁰, § 27 Abs. 5 und § 66 Abs. 1 Nr. 4a (Formaldehyd-Grenzwertnachweis), § 29 Abs. 2 Satz 4 und § 30 (SDL-Anforderungsnachweis), § 29

¹⁰Ggf. stellt die Formulierung bloß eine unwiderlegliche Vermutung des Vorliegens eines Nachweises für den Fall auf, dass eine behördliche Bescheinigung oder die Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters gem. § 23 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 und 2 vorgelegt wird. Eine abschließende Klärung dieser Frage hat bisher weder durch die Rechtsprechung noch die Clearingstelle EEG stattgefunden.

Abs. 3 und 4 und § 30 (60%-Nachweis), § 66 Abs. 1 Nr. 5 (KWK-Anteilsnachweis), § 66 Abs. 1 Nr. 6 i. V. m. § 6 Abs. 2 SDLWindV (der hier verfahrensgegenständliche SDL-Anforderungsnachweis für Bestandsanlagen), Anlage 2 Nr. I.1.b (Einsatzstoffnachweis), Anlage 2 Nr. I.3 (NawaRo-Anteilsnachweis), Anlage 3 Nr. I.1 i. V. m. Nr. II.1 (KWK-Nachweis), Anlage 3 Nr. I.2 und I.3 i. V. m. Nr. II.2 EEG 2009 sowie der Nachweis gem. Anlage 4 Nr. I.2 i. V. m. Nr. 2 EEG 2009 (Wärmenutzungsnachweis).

36 Eine Bestimmung über die Frist zur Vorlage der genannten Nachweise treffen alle diese Vorschriften indes nicht, mit Ausnahme des § 29 Abs. 3 EEG 2009: „... der Netzbetreiber [ist] nicht verpflichtet, Strom aus Anlagen ... zu vergüten, für die die Anlagenbetreiberin oder der Anlagenbetreiber ... nicht *vor Inbetriebnahme* nachgewiesen hat, dass ...“¹¹ Hier hat der Gesetzgeber durch die gewählte Formulierung die Nachweiserbringung *ex ante*, also im Vorhinein, festgeschrieben.

37 Eine vergleichbare explizite Regelung findet sich im EEG 2009 an keiner anderen Stelle. Allenfalls könnte noch die Formulierung der Pflicht zur Vorlage des SDL-Anforderungsnachweises bei Neuanlagen (§ 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009)¹² ähnlich interpretiert werden; zumindest schließt der Wortlaut eine solche Deutung nicht von vornherein aus. Doch wäre wohl auch hier bei Abwesenheit gewichtiger, dieser Auffassung entgegenstehender Argumente für die Zulassung der Nachweiserbringung im Nachhinein zu entscheiden. Die abschließende Klärung der Frage, bis zu welchem Zeitpunkt dieser oder ein anderer der vorgenannten Nachweise zu erbringen ist, bleibt jedoch einem oder mehreren gesonderten Verfahren vorbehalten. Der Ausnahmecharakter von § 29 Abs. 2 Satz 4 und Abs. 3 unterstreicht indes, dass das EEG 2009 als Regelfall die Nachweisvorlage *ex post* vorsieht.¹³

38 **Mitteilungspflichten gem. §§ 45, 46 EEG 2009** Im Rahmen der systematischen Betrachtung sind ferner §§ 45 und 46 im Abschnitt 1 („Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten“) zu betrachten.

¹¹Hervorhebung nicht im Original.

¹²§ 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 lautet: „Die Anfangsvergütung erhöht sich für Strom 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.“

¹³Im Falle des Formaldehyd-Grenzwertnachweises gem. § 27 Abs. 5 EEG 2009, bei Bestandsanlagen gem. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009, kann die zuständige Behörde die Einhaltung der Vorgaben sogar noch für einen Zeitpunkt *vor* der entsprechenden Prüfungsmessung feststellen, vgl. *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 26.04.2010 – 2009/28, Nr. 1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2009/28>.

lichungspflichten“) des Teils 5 („Transparenz“) des EEG 2009 (vgl. oben Rn. 14) beachtlich. Sie regeln die Pflichten der aus dem EEG 2009 Berechtigten und Verpflichteten im Rahmen des bundesweiten Ausgleichs gem. §§ 34 bis 39 EEG 2009. Aus ihrer systematischen Stellung innerhalb des EEG 2009 ergibt sich, dass sie nicht unmittelbar etwa im Kontext des Entstehens eines Anspruchs auf Vergütung heranzuziehen sind, denn sie sind nicht im Teil 1 des EEG 2009 („Allgemeiner Teil“) verortet.¹⁴ Dennoch kommt ihnen für die vorliegende Frage mindestens indizielle Wirkung zu, zeigen die Regelungen doch, dass dem EEG 2009 die Vorlage von vergütungserheblichen Daten *ex post* nicht fremd, sondern – im Gegenteil – geradezu inhärent ist.

- 39 Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass die systematische Betrachtung dafür spricht, die Vorlage des Nachweises *ex post*, also im Nachhinein, auch in der vorliegend behandelten Frage zuzulassen.

2.2.2 Historie

- 40 Die historische Auslegung beleuchtet eine Regelung im Kontext vor allem der ihr vorausgehenden Regelungen, nimmt also die historische Rechtsentwicklung in den Blick. Da der SDL-Bonus erst im EEG 2009 eingeführt wurde, bleibt eine historische Betrachtung ohne Ergebnis.

2.2.3 Genese

- 41 EEG 2009 In Bezug auf die anspruchsbegründende Norm, den § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009, ist festzustellen, dass die Formulierung schon im § 69 Abs. 1 Nr. 6 des Referentenentwurfs zum EEG 2009¹⁵ in ähnlicher Form vorhanden war:

„6. ¹Die Vergütung für Strom aus Windenergieanlagen, die nach dem 31. Dezember 2001 und vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, erhöht sich für die Dauer von fünf Jahren um 0,7 Cent pro Kilowattstunde (Systemdienstleistungs-Bonus), sobald

¹⁴Vgl. zur Situation unter Geltung des EEG 2004 *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 24.11.2008 – 2008/7, Abschn. 4.1.2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/7>.

¹⁵*Bundesumweltministerium*: Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich – Gesetzestext, v. 09.10.2007, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/material>.

- a) sie infolge einer Nachrüstung vor dem 1. Januar 2011 die Anforderungen der Anlage 7 Abschnitt I und III mit Ausnahme des Punkts I.3 erstmals einhalten und
- b) der jeweilige Netzbetreiber erklärt hat, dass die Einhaltung der Anforderungen netztechnisch sinnvoll ist.

²Der Systemdienstleistungs-Bonus bleibt bei der Berechnung des Werts der Anfangsvergütung der ersetzten Anlage nach § 34 Abs. 1 Satz 1 unberücksichtigt.“¹⁶

42 Aus der Genese des § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 lassen sich also in Bezug auf die vorliegende Fragestellung keine weiteren Erkenntnisse gewinnen.

43 **SDLWindV** Der verabschiedeten Fassung der SDLWindV gingen jeweils ein Entwurf des Bundesumweltministeriums¹⁷ und nachfolgend einer der Bundesregierung¹⁸ voraus. Im Laufe des Verordnungsgebungsverfahrens wurde der Text des § 5 SDLWindV nur redaktionell verändert. Hingegen war der als § 7 im SDLWindV-BMUE enthaltene spätere § 6 des SDLWindV-RegE, der wiederum textgleich mit dem § 6 der SDLWindV ist, größeren Änderungen unterworfen.

44 Zwar ist § 7 Abs. 2 SDLWindV-BMUE textlich dem späteren § 6 Abs. 2 SDLWindV sehr ähnlich, doch nicht vollständig gleich (dazu unten Rn. 46 f.) Daneben enthielt der SDLWindV-BMUE noch keine dem § 6 Abs. 3 SDLWindV entsprechende spezielle Regelung für Prototypen von Windenergieanlagen. Stattdessen enthielten § 7 Abs. 1 Satz 3 und 4 und Abs. 3 SDLWindV-BMUE Regelungen zu Fristen und Nachweisverfahren vor und nach der im SDLWindV-BMUE vorgesehenen Veröffentlichung eines Zertifizierungsverfahren gem. § 8 SDLWindV-BMUE im Bundesanzeiger.

45 § 7 SDLWindV-BMUE lautete in den hier relevanten Teilen wie folgt:

„(1) ¹Der Nachweis, dass die Voraussetzungen der §§ 2 bis 4 ... eingehalten werden, ist durch die Vorlage von Einheitenzertifikaten ... und

¹⁶Satznummerierung nicht im Original.

¹⁷Entwurf – Verordnung zu Systemdienstleistungen durch Windenergieanlagen (Systemdienstleistungsverordnung – SDLWindV) v. 02.03.2009, nachfolgend durch „SDLWindV-BMUE“ bezeichnet, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/sdlwindv/entwurf>.

¹⁸Entwurf – Verordnung zu Systemdienstleistungen durch Windenergieanlagen (Systemdienstleistungsverordnung – SDLWindV) v. 27.05.2009, nachfolgend durch „SDLWindV-RegE“ bezeichnet, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/sdlwindv/entwurf>.

durch ... Gutachten ... nachzuweisen. ²Die Begutachtung muss nach dem Stand der Technik durchgeführt werden. ³Windenergieanlagen, die vor der Veröffentlichung eines Zertifizierungsverfahrens nach § 8 in Betrieb gehen oder nachgerüstet werden, können die Einheitenzertifikate nachreichen. ⁴Eine Nachreichung muss jedoch spätestens drei Monate nach der Veröffentlichung des Verfahrens und ein Jahr nach dem erstmaligen Erfüllen der Voraussetzungen erfolgen.

(2) ¹Der Nachweis, dass die Voraussetzungen des § 5 in Verbindung mit Anlage 3 am Verknüpfungspunkt eingehalten werden, kann durch die Vorlage von Einheitenzertifikaten nach Kapitel 6.1 der Mittelspannungsrichtlinie 2008 oder durch das Gutachten einer Sachverständigen oder eines Sachverständigen nachgewiesen werden. ²Absatz 2 Satz 2 und 3 gilt für das Einreichen der Einheitenzertifikate entsprechend.

(3) ¹Nach der Veröffentlichung eines Zertifizierungsverfahrens nach § 8 im Bundesanzeiger muss der Nachweis nach Absatz 1 und 2 durch ein Anlagenzertifikat erfolgen, das auf Einheitenzertifikaten sowie stationären und dynamischen Netzberechnungen für die Windenergie-Erzeugungsanlage am Netz des Netzbetreibers basiert. ²...¹⁹

- 46 In Abs. 2 Satz 2 muss „Absatz 1 Satz 2 und 3“ gemeint gewesen sein, da der Verweis anderenfalls selbstreferenziell gewesen wäre und Abs. 2 darüber hinaus keinen Satz 3 aufwies.
- 47 In § 7 Abs. 1 SDLWindV-BMUE wird eine detaillierte Regelung zur nachträglichen Einreichung von Einheitenzertifikaten getroffen, die wegen des Verweises in Abs. 2 der Vorschrift grundsätzlich auch für die bei Bestandsanlagen erforderlichen Nachweise anwendbar sein sollte. Auffällig ist indes, dass Satz 4 des Absatzes 1 – also die Befristung der Nachreichungsmöglichkeit – nicht ebenfalls in den Verweis in Abs. 2 aufgenommen worden war. Ob dies ein redaktionelles Versehen darstellte, oder ob es intendiert war, bei Bestandsanlagen die Nachreichung unbeschränkt zuzulassen, kann an dieser Stelle dahinstehen, da der Ordnungsgeber sich ausweislich der Tatsache des Wegfalls der gesamten Regelung schon im SDLWindV-RegE dafür entschieden hat, das Problem der Nachreichung von Nachweisen in der SDLWindV nicht besonders zu regeln und damit die allgemeinen Regeln des EEG 2009 anzuwenden.

¹⁹Satznummerierung nicht im Original.

48 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es dem Verordnungsgeber offenkundig bewusst war, dass es im Zusammenhang der Nachweiserbringung zu zeitlichen Problemen kommen könnte. Statt für diese Probleme aber besondere Vorschriften vorzusehen, hat er die allgemeinen Regelungen als ausreichend bewertet. Dies stützt das oben unter Rn. 29 zusammengefasste Ergebnis der Betrachtung des Wortlauts.

2.2.4 Teleologie

49 Ausweislich des Referentenentwurfs zum EEG 2009 ist es u. a. Ziel des EEG 2009, „das bestehende Energiesystem so weiter zu entwickeln, dass es dem ansteigenden Anteil fluktuierender Erneuerbarer Energien Rechnung trägt und sie in das Netz integriert werden können.“²⁰ Zur Deckung der hiermit verbundenen zusätzlichen Kosten sollte Betreiberinnen und Betreibern von Bestandsanlagen der SDL-Bonus ausgezahlt werden, sofern die Einhaltung der Anforderungen auf einer Nachrüstung beruht.²¹

50 Ziel der SDLWindV ist es,

„die Sicherheit und Stabilität der Stromnetze auch bei hohen Anteilen von Windenergie im Netz zu erhöhen und die technische Entwicklung in diesem Gebiet voranzutreiben und so die Weichen für den weiteren Ausbau der Windenergie zu stellen.“²²

51 Diese Erreichung dieser Ziele wird durch eine nachträgliche Einreichung des Nachweises der Einhaltung der Anforderungen von § 5 SDLWindV gefördert, da durch die Möglichkeit der auch nachträglichen Vorlage der Nachweise über die fristgerechte Einhaltung der Anforderungen nach § 5 SDLWindV auch noch Nachrüstprojekte zum Jahresende 2010 durchgeführt und – gegebenenfalls – messtechnisch geprüft werden konnten.

²⁰Bundesumweltministerium, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich, Begründung Teil A – Allgemeines, v. 10.10.2007, S. 7, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

²¹Vgl. Bundesumweltministerium, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich, Begründung Teil B – Zu den einzelnen Vorschriften, v. 10.10.2007, S. 79, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>, sowie den Gesetzentwurf der Bundesregierung auf BT-Drs. 16/8148 v. 18.02.2008, S. 78, ebenfalls abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>.

²²SDLWindV-BMUE, S. 1, und insoweit textgleich auch der SDLWindV-RegE, S. 1.

- 52 Bei Annahme einer Ausschlussfrist für die Vorlage des Nachweises bis zum 31. Dezember 2010 wären diese Nachrüstmaßnahmen mit dem erheblichen Risiko verbunden gewesen, dass sie wegen drohender Verfristung der Nachweiserbringung und einem entsprechenden Entfallen des SDL-Bonus nicht hätten refinanziert werden können. Somit führt eine Zulässigkeit der Nachweiserbringung auch nach dem 31. Dezember 2010 mittelbar dazu, dass mehr Windenergieanlagen nachgerüstet werden können, wodurch die Sicherheit und Stabilität der Stromnetze bei gleichzeitig zunehmender Stromeinspeisung aus Windenergieanlagen erhöht werden kann.
- 53 Andererseits gebieten es die Zwecke des EEG 2009 und der SDLWindV nicht, jede Anwendungsfrage im Zweifel zugunsten der Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber auszulegen.
- 54 Der teleologischen Betrachtung lassen sich mithin keine starken Argumente für oder gegen das oben dargestellte Zwischenergebnis abgewinnen, wenn auch die Tendenz für das obige Ergebnis spricht.

2.3 Ergebnis

- 55 Dem unter 2.1.3 dargestellten Befund stehen keine durchgreifenden systematischen, historischen, genetischen oder teleologischen Argumente entgegen. Es ergibt sich mithin, dass es Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern freisteht, dem Netzbetreiber erst nach dem 1. Januar 2011 den Nachweis darüber vorzulegen, dass ihre Windenergie-Bestandsanlage bereits vor dem 1. Januar 2011 die Anforderungen des § 5 SDLWindV einhielt. Der Nachweis muss bis zum 28. Februar des Folgejahres des Jahres, für das der Anspruch auf Auszahlung des SDL-Bonus für Windenergie-Bestandsanlagen geltend gemacht wird, dem Netzbetreiber vorgelegt werden.

Beschluss

Der Hinweis wurde einstimmig angenommen.

Gemäß §§ 25c, 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme des Hinweises beendet.

Dibbern

Dr. Lovens

Reißenweber