

2015/42

16. Juni 2016

Hinweis

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung von Anlage 2 Nr. 7 Satz 2 EEG 2014¹ zur Anwendung des Referenzertrags für Windenergieanlagen im EEG 2014:

1. **Strommengen, die aufgrund von entschädigungspflichtigen Einspeisereduzierungen durch den Netzbetreiber gemäß §§ 14, 15 EEG 2014 nicht in das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist wurden, werden zur Berechnung der Dauer des Anspruchs auf die erhöhte Anfangsvergütung gemäß § 49 Abs. 2 i. V. m. Anlage 2 EEG 2014 auf den während der ersten fünf Betriebsjahre gemessenen Standortertrag der Anlage aufgeschlagen (s. Abschnitt 2.1). Dies gilt ebenso für andere gesetzlich verpflichtende Einspeisereduzierungen, für die ein gesetzlicher Entschädigungs- oder sonstiger gesetzlicher Kompensationsanspruch besteht.**
2. **Gesetzlich verpflichtende Einspeisereduzierungen, für die kein gesetzlicher Entschädigungs- oder Kompensationsanspruch besteht sowie Reduzierungen, die auf Grund eines Vertrags vorgenommen werden, sind *nicht* auf den während der ersten fünf Betriebsjahre gemessenen Standortertrag der Anlage aufzuschlagen (s. Abschnitt 2.2).**
3. **Nummern 1 und 2 gelten nur für Windenergieanlagen, die nach dem 31. Juli 2014 in Betrieb genommen wurden und die nicht § 100 Abs. 3 EEG 2014 unterfallen. Für Windenergieanlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden,**

¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 2 Absatz 10 des Gesetzes zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes v. 21.12.2015 (BGBl. I S. 2498), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2014/arbeitsausgabe>.

gilt die vor dem 1. August 2014 geltende Rechtslage weiterhin (s. Abschnitt 2.3). Dasselbe gilt für Windenergieanlagen, die § 100 Abs. 3 EEG 2014 unterfallen (s. Abschnitt 2.4).

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	2
2	Herleitung	4
2.1	Anlage 2 Nummer 7 EEG 2014	4
2.1.1	Wortlaut	4
2.1.2	Entstehung der gegenwärtigen Vorschrift	6
2.1.3	Vorgängervorschriften	7
2.1.4	Sinn und Zweck der Vorschrift	9
2.2	Abgrenzung zu nicht erfassten Fällen der Abregelung	11
2.3	Bestandsanlagen	14
2.3.1	Rechtslage unter Geltung des EEG 2009	14
2.3.2	Rechtslage unter Geltung des EEG 2012	15
2.3.3	Rechtslage für Bestandsanlagen ab dem 1. August 2014	18
2.4	Geltung für Übergangsanlagen nach § 100 Abs. 3 EEG 2014	21
2.5	Nachweisführung	21

1 Einleitung des Verfahrens

1 Die Clearingstelle EEG hat am 8. April 2016 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG Dr. Lovens sowie die Mitglieder der Clearingstelle EEG Dibbern und Dr. Winkler beschlossen, zu folgenden Fragen ein Hinweisverfahren einzuleiten:

1. Welche Leistungsreduzierungen sind gemäß Anlage 2 Nr. 7 Satz 2 EEG 2014 bei der Anwendung des Referenzertrags zur Bestim-

mung des verlängerten Zeitraums der Anfangsvergütung zu berücksichtigen?

2. In welcher Form sind diese Leistungsreduzierungen zu berücksichtigen?
3. Inwieweit sind diese Leistungsreduzierungen bei Windenergieanlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden, zu berücksichtigen?

- 2 Es handelt sich dabei um abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfragen, 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 Anlage 2 Nr. 7 Satz 2 EEG 2014 ein Hinweisverfahren einzuleiten. Grund sei, dass in der Praxis große Unsicherheit herrsche, ob und welche Leistungsreduzierungen bei der Bestimmung des verlängerten Zeitraums der Anfangsvergütung zu berücksichtigen seien und auf welche Anlagen dies anzuwenden sei.
- 4 Die von der Clearingstelle EEG nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)² akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 2 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben gemäß § 25b Abs. 2 VerfO bis zum 6. Mai 2016 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme erhalten.³
- 5 Die nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten Verbände, Interessengruppen und öffentlichen Stellen waren bereits gemäß § 25b Abs. 2a VerfO am 18. September 2015 vorab gebeten worden, zu tatsächlichen Fragen bis zum 19. Oktober 2015 Stellung zu nehmen. Die abgegebenen Stellungnahmen wurden der Abfassung des Hinweisentwurfs zugrundegelegt.
- 6 Die Beschlussvorlage hat gemäß § 25b Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied Dibbern erstellt.

²In der am Tage der Beschlussfassung geltenden Fassung, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/downloads>.

³Die zur Stellungnahme an die ausgewählten Verbände und öffentlichen Stellen übersandte Entwurfsfassung dieses Hinweises sowie die Stellungnahmen selbst sind unter <https://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2015/42> abrufbar.

2 Herleitung

2.1 Anlage 2 Nummer 7 EEG 2014

- 7 Bei der Berechnung der Dauer des Anspruchs auf die erhöhte Anfangsvergütung gemäß § 49 Abs. 2 i. V. m. Anlage 2 EEG 2014 werden Strommengen, die aufgrund von entschädigungspflichtigen Einspeisereduzierungen nicht in das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist werden konnten, z. B. gemäß §§ 14, 15 EEG 2014, dem während der ersten fünf Betriebsjahre gemessenen Stromertrag der Anlage hinzugefügt. Neben den entschädigungspflichtigen Leistungsreduzierungen werden keine – insbesondere auch nicht die vom Netzbetreiber auf Grund von § 13 EnWG⁴ ggf. i. V. m. § 14 Abs. 1 Satz 1 EnWG angeordneten – entschädigungslosen Reduzierungen auf den gemessenen Standortertrag des Betrachtungszeitraums aufgeschlagen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift.

2.1.1 Wortlaut

- 8 Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 lautet:

„¹Bei der Anwendung des Referenzertrags zur Bestimmung des verlängerten Zeitraums der Anfangsvergütung ist die installierte Leistung zu berücksichtigen, höchstens jedoch diejenige Leistung, die die Anlage aus genehmigungsrechtlichen Gründen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz maximal erbringen darf. ²Temporäre Leistungsreduzierungen, insbesondere auf Grund einer Regelung der Anlage nach § 14, sind zu berücksichtigen.“⁵

- 9 Gemäß § 49 Abs. 2 EEG 2014 haben Betreiber von Windenergieanlagen für mindestens die ersten fünf Betriebsjahre einen Anspruch auf die (erhöhte) Anfangsvergütung. Abhängig von der Güte des Standorts der Windenergieanlage besteht dieser Anspruch auch für mehr als fünf Jahre, wobei grundsätzlich die Anfangsvergütung umso länger gezahlt wird, je schlechter das Winddargebot am Standort der Windenergieanlage ist.

⁴Gesetz über die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) v. 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes v. 19.02.2016 (BGBl. I S. 254).

⁵Satznummerierung nicht im Original.

- 10 Zur Begründung des Anspruchs der verlängerten Anfangsvergütung wird der Stromertrag der Windenergieanlage der ersten fünf Betriebsjahre, ausgedrückt in Kilowattstunden, ins Verhältnis gesetzt zu dem fiktiven Ertrag, den die konkrete Anlage am sogenannten Referenzstandort – einem rein theoretischen, jedoch für alle Windenergieanlagen identischen Standort mit festgelegten Winddargebotsverhältnissen – in fünf Jahren erbracht hätte. Unterschreitet der reale Ertrag der Windenergieanlage das 1,3-fache (also 130 %) des Referenzertrags, verlängert sich die Dauer der Anfangsvergütung gemäß § 49 Abs. 2 Satz 2 EEG 2014 um einen Monat pro 0,36 Prozentpunkt, um den das Verhältnis von Realertrag zu Referenzertrag unter 130 % des Referenzertrages liegt.
- 11 *Beispiel:* Eine Anlage hat einen Realertrag von 120 kWh und einen Referenzertrag von 100 kWh. 130 % des Referenzertrags entsprechen 130 kWh. Das Verhältnis von Real- zu Referenzertrag liegt bei $120 \text{ kWh} / 100 \text{ kWh} = 1,2 = 120\%$. Dies unterschreitet 130 % des Referenzertrags um 10 Prozentpunkte. Daraus folgt eine Verlängerung der Anfangsvergütung von $10\% \times 1 \text{ Monat} / 0,36\% = 27,778 \text{ Monate} \approx 28 \text{ Monate}$. Folglich erhält der Anlagenbetreiber fünf Jahre zzgl. 28 Monate, also für insgesamt 88 Monate (entspricht insgesamt sieben Jahren und vier Monaten) die erhöhte Anfangsvergütung.⁶
- 12 Wird die Einspeiseleistung von Windenergieanlagen in den ersten fünf Betriebsjahren z. B. gemäß §§ 14, 15 EEG 2014 reduziert, wirkt sich dies mindernd auf den Stromertrag dieses Zeitraums aus. Ein verminderter Stromertrag aber führt entsprechend der oben dargestellten Berechnung zu einer Verlängerung des Zeitraums der Anfangsvergütung.
- 13 Nach dem Wortlaut von Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 sind zur Bestimmung des Zeitraums der Anfangsvergütung insbesondere Leistungsreduzierungen nach § 14 EEG 2014 zu berücksichtigen. „Berücksichtigen“ bedeutet nach allgemeinem Verständnis etwa „auf etwas Rücksicht nehmen, etwas in Betracht ziehen, etwas beachten“⁷ oder auch „(einer Sache) genügen, Rechnung tragen, denken an, einberechnen, einkalkulieren“⁸. Dem Wortlaut nach steht also fest, dass Reduzierungen nach § 14 EEG 2014 in die Berechnung der Anfangsvergütungsdauer einzubeziehen

⁶BT-Drs. 18/1304, S. 145; Schulz, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl., Sonderband EEG 2014, 2015, § 49 Rn. 27 ff.; Salje, EEG, 7. Aufl. 2014, § 49 Rn. 28 f.

⁷Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache – Artikel „berücksichtigen“, abrufbar unter <http://dwds.de/?qu=beruecksichtigen>, zuletzt abgerufen am 28.01.2016.

⁸Naber, OpenThesaurus – Artikel „berücksichtigen“, abrufbar unter <https://www.openthesaurus.de/synonyme/beruecksichtigen>, zuletzt abgerufen am 28.01.2016.

sind; nicht aber, in welcher Art und Weise dies zu geschehen hat; dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

- 14 Ein Verständnis indes, wonach eine „Berücksichtigung“ bzw. eine „Nicht-Berücksichtigung“ auch in einer Veränderung (Verlängerung oder Verkürzung) des errechneten Zeitraums der Anfangsvergütung bestehen könnte, ist vom Wortlaut nicht mehr umfasst.⁹ Denn nach dem Wortlaut sind „Leistungsreduzierungen“, nicht aber „Zeiträume“ o. ä. zu berücksichtigen. Hätte der Gesetzgeber Zeiträume berücksichtigt wissen wollen, hätte er dies ohne Weiteres so formulieren können, etwa durch „Verlängerungen der Anfangsvergütung, die sich aus der Regelung der Anlage nach § 14 EEG ergeben würden, sind bei der Festsetzung des verlängerten Zeitraums der Anfangsvergütung nicht zu berücksichtigen.“ oder eine ähnliche Formulierung. In Anlage 2 Nr. 7 Satz 2 EEG 2014 aber bezieht sich „berücksichtigen“ grammatisch eindeutig auf „Leistungsreduzierungen“ bzw. in Satz 1 auf die „installierte Leistung“, also im Ergebnis auf den Stromertrag der Anlage.
- 15 Des Weiteren ist durch Auslegung zu ermitteln, welche Bedeutung dem Passus „insbesondere auf Grund einer Regelung der Anlage nach § 14“ zukommt. Denn die Verwendung des Adverbs „insbesondere“ bedeutet regelmäßig, dass die gesetzliche Regelung weitere Fälle derselben wie der genannten Art erfassen soll (Regelbeispiel).¹⁰ Zu ermitteln ist, worin die Abgrenzung der erfassten ähnlichen Fälle gegenüber anderen, nicht erfassten Fällen besteht (s. hierzu Abschnitt auch 2.2).¹¹

2.1.2 Entstehung der gegenwärtigen Vorschrift

- 16 Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift lässt sich ihre Bedeutung nicht weiter konkretisieren.
- 17 Der Wortlaut von Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 geht zurück auf den ersten öffentlich bekanntgemachten Referentenentwurf zum EEG 2014¹² (im Folgenden: „EEG 2014-RefE1“). Hierin war folgender Änderungsbefehl enthalten:

⁹So aber die Stellungnahme des BDEW, S. 5.

¹⁰So auch, den Entwurf dieses Hinweises im Grundsatz zutreffend kritisierend, die Stellungnahme des BDEW, S. 7.

¹¹Anderer Ansicht die Stellungnahme des BDEW, S. 8, der zufolge sich aus dem Wort „insbesondere“ eindeutig ergebe, dass ausnahmslos alle Abregelungen erfasst werden.

¹²*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts v. 04.03.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2014/urfassung/material>, S. 72 f.

„41. In Nummer 8 Satz 2 der Anlage 3 [des EEG 2012¹³] wird nach dem Wort ‚sind‘ das Wort ‚nicht‘ gestrichen.“

- 18 Der so geänderte Wortlaut des EEG 2012 wurde – weitestgehend unverändert – in den zweiten Referentenentwurf zum EEG 2014¹⁴ (im Folgenden: „EEG 2014-RefE2“) übernommen¹⁵ und auch im weiteren Gesetzgebungsprozess nicht mehr verändert; er wurde in dieser Form schließlich als Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 Gesetz.
- 19 Die geänderte Fassung der Vorschrift besagt – nach Streichung des Wortes „nicht“ und damit der Verneinung der darauffolgenden Aussage – semantisch nunmehr das Gegenteil dessen, was die Vorgängervorschrift besagt hatte.

2.1.3 Vorgängervorschriften

- 20 Zur Klärung der Frage, in welcher Art eine Berücksichtigung von Leistungsreduzierungen bei der Anwendung des Referenzertrags nach Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 zu erfolgen hat, ist die historische Betrachtung unergiebig, denn die Vorgängervorschrift in Anlage 3 Nr. 8 Satz 2 EEG 2012 hatte entgegen dem jetzigen Wortlaut angeordnet, dass temporäre Leistungsreduzierungen bei der Anwendung des Referenzertrags *nicht* berücksichtigt werden sollten.
- 21 Der Wortlaut der Vorgängervorschrift in Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 war – abgesehen von der Streichung des Wortes „nicht“ – dem Wortlaut der verfahrensgegenständlichen Norm im EEG 2014 sehr ähnlich, sie lautete wie folgt:

„1Bei der Anwendung des Referenzertrages zur Bestimmung des verlängerten Zeitraums der Anfangsvergütung ist die installierte Leistung zu berücksichtigen, höchstens jedoch diejenige Leistung, die die Anlage aus genehmigungsrechtlichen Gründen nach dem Bundes-Immissions-

¹³Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

¹⁴Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 31.03.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/wrfassung/material>, S. 97.

¹⁵Es wurden lediglich Verweise angepasst, da im EEG 2014-RefE2 die Paragraphennummerierung gegenüber dem EEG 2014-RefE1 geändert wurde.

schutzgesetz maximal erbringen darf. ²Temporäre Leistungsreduzierungen insbesondere auf Grund einer Regelung der Anlage nach § 11 sind *nicht* zu berücksichtigen.“¹⁶

- 22 Auch das EEG 2009¹⁷ wies in Anlage 5 Nr. 8 eine zu Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 sehr ähnliche Vorschrift auf:

„¹Bei der Anwendung des Referenzertrages zur Bestimmung des verlängerten Zeitraums der Anfangsvergütung ist die Leistung im Sinne des § 3 Nr. 6 zu berücksichtigen, höchstens jedoch diejenige Leistung, die die Anlage aus genehmigungsrechtlichen Gründen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz maximal erbringen darf. ²Temporäre Leistungsreduzierungen sind *nicht* zu berücksichtigen.“¹⁸

- 23 Da das EEG 2009 noch keine Definition für die „installierte Leistung“ enthielt, wurde hier auf die Legaldefinition der Leistung in § 3 Nr. 6 EEG 2009 Bezug genommen. Inhaltlich ist dies mit dem Bezug auf die „installierte Leistung“ des EEG 2012 identisch. Die Regelung wies im EEG 2009 aber noch keinen Zusammenhang mit dem Einspeisemanagement gemäß §§ 11, 12 EEG 2009 auf; der im EEG 2012 ergänzte Passus „insbesondere auf Grund einer Regelung der Anlage nach § 11“ ist hier in keiner Form vorhanden.
- 24 Das EEG 2004¹⁹ beinhaltete hingegen noch keine vergleichbare Regelung.

¹⁶Satznummerierung und Hervorhebung nicht im Original.

¹⁷Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

¹⁸Satznummerierung und Hervorhebung nicht im Original.

¹⁹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

2.1.4 Sinn und Zweck der Vorschrift

- 25 Nach Sinn und Zweck der Vorschrift sind die – z. B. nach dem Einspeisemanagement (§§ 14, 15 EEG 2014) – abgeregelten und entschädigten Strommengen der ersten fünf Betriebsjahre auf den Standortertrag der ersten fünf Betriebsjahre aufzuschlagen.
- 26 Die Begründung zum EEG 2014-RefE1 führt zur Änderung der Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 das Folgende aus:

„Zu Nummer 41 (Anlage 3 EEG)

Anlage 3 Nummer 8 Satz 2 EEG war bisher fehlerhaft formuliert. Da temporäre Leistungsreduzierungen nach § 11 EEG entschädigt werden (§ 12 EEG), sollen solche Reduzierungen nicht zu einer Verlängerung der Anfangsförderung führen. Um dies zu erreichen, müssen sie bei der Anwendung des Referenzertrages berücksichtigt werden.“²⁰

- 27 Ähnlich ist die Begründung zum EEG 2014-RefE2 formuliert:

„Zu Anlage 2 (Referenzertrag)

Anlage 2 entspricht nahezu vollständig Anlage 3 zum EEG 2012. Allerdings war Nummer 8 Satz 2 bisher fehlerhaft formuliert. Da temporäre Leistungsreduzierungen nach § 11 EEG entschädigt werden (§ 12 EEG), sollen solche Reduzierungen nicht zu einer Verlängerung der Anfangsförderung führen. Um dies zu erreichen, müssen sie bei der Anwendung des Referenzertrages berücksichtigt werden, was nunmehr klargestellt wird.“²¹

- 28 Es wird klar, dass die durch das Einspeisemanagement bedingten Leistungsreduzierungen derart zu berücksichtigen sein sollen, dass sich daraus keine Verlängerung der Anfangsvergütung ergibt.²²

²⁰Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts v. 04.03.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 211.

²¹Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts – Begründung v. 31.03.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 154.

²²So auch Stellungnahme des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, S. 1.

29 Dies wird durch die Begründung im Regierungsentwurf zum EEG 2014 gestützt:

„Zu Anlage 2 (Referenzertrag)

Anlage 2 entspricht nahezu vollständig Anlage 3 zum EEG 2012. Allerdings war Nummer 8 Satz 2 bisher fehlerhaft formuliert. Da temporäre Leistungsreduzierungen nach § 14 EEG 2014 entschädigt werden (§ 15 EEG 2014), sollen solche Reduzierungen nicht zu einer Verlängerung der Anfangsförderung führen. Um dies zu erreichen, müssen sie bei der Anwendung des Referenzertrages berücksichtigt werden, was nunmehr klargestellt wird.“²³

30 Diese Formulierung findet sich sodann wortgleich in der Gesetzesvorlage der Bundesregierung;²⁴ sie wurde im weiteren Gesetzgebungsprozess nicht mehr verändert.

31 Aus dem Wortlaut und dem Ziel der Änderung, dass die wegen Maßnahmen des Einspeisemanagements nicht eingespeisten, bereits entschädigten Strommengen („Abregelmengen“) sich nicht verlängernd auf die Anfangsvergütung auswirken sollen, ist zu schlussfolgern, dass die Abregelmengen der ersten fünf Betriebsjahre auf den Standortertrag i. S. d. Technischen Richtlinie für Windenergieanlagen zur Bestimmung und Anwendung des Referenzertrages²⁵ („TR5“) der Fördergesellschaft Wind und andere Erneuerbare Energien e. V. (FGW) der ersten fünf Betriebsjahre aufzuschlagen („zu berücksichtigen“) ist.²⁶

32 Grund hierfür ist, dass eine Verzerrung in der Förderung verhindert werden soll. Denn werden die Abregelmengen bei der Ermittlung der Dauer der erhöhten Anfangsvergütung nicht berücksichtigt, verlängert sich einerseits die Anfangsvergütungsdauer, da sich das Verhältnis von realer Erzeugung zu Referenzertrag verschlechtert, während andererseits der Anlagenbetreiber durch § 15 EEG 2014 (annähernd) so gestellt wird, als seien die Windenergieanlagen gar nicht geregelt worden. In der Tendenz wird der Nachteil der Regelung im Rahmen des Einspeisemanagements also überkompensiert. Dies gilt ebenso, wenn eine Entschädigung für

²³Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 08.04.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2014/urfassung/material>, S. 288 f.

²⁴BT-Drs. 18/1304, S. 186.

²⁵Fördergesellschaft Wind und andere Erneuerbare Energien e. V., Technische Richtlinie für Windenergieanlagen – Teil 5: Bestimmung und Anwendung des Referenzertrages, Revision 5, Stand v. 30.01.2013, S. 2 f. und Abschnitt 4.

²⁶So auch Schulz, in: Schulz (Hrsg.), Handbuch Windenergie, 2015, S. 184 f. Rn. 735.

die abgeregelten Strommengen auf anderer gesetzlicher Grundlage als der §§ 14, 15 EEG 2014 stattfindet.

2.2 Abgrenzung zu nicht erfassten Fällen der Abregelung

- 33 Andere Strommengen als die Abregelmengen, für die ein gesetzlicher Entschädigungsanspruch vorhanden ist, sind bei der Ermittlung der Anfangsvergütungsdauer nicht „zu berücksichtigen“, also nicht auf den gemessenen Stromertrag der ersten fünf Betriebsjahre aufzuschlagen.
- 34 Dies ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift, der darin besteht, eine Verzerrung in der Förderungsstruktur, die durch die Nichtberücksichtigung *entschädigter* Strommengen entsteht (vgl. Rn. 32), zu beseitigen (vgl. Rn. 26). Dies wird in der Gesetzesbegründung zum EEG 2014 deutlich:

„Da temporäre Leistungsreduzierungen nach § 14 EEG 2014 *entschädigt* werden (§ 15 EEG 2014), sollen *solche* Reduzierungen nicht zu einer Verlängerung der Anfangsförderung führen.“²⁷

- 35 Die Tatsache der Entschädigung stellt hier die Begründung dar, weshalb diese Fälle zu berücksichtigen sind („Da ... entschädigt werden“). Hieraus ist im Umkehrschluss zu folgern, dass Reduzierungen, die nicht entschädigt oder sonst kompensiert werden, nicht in den Anwendungsbereich der Regelung fallen sollen.²⁸ Hierin liegt auch die Abgrenzung gegenüber den Fällen, die denen des Regelbeispiels nicht ähnlich sind (vgl. Rn. 15), was sich in der Verwendung des auf „entschädigte Leistungsreduzierungen“ bezogenen Gattungsadjektivs „solche“ widerspiegelt.
- 36 Denn eine Verzerrung der Vergütungsstruktur und Überkompensation ist nicht zu gewärtigen, wenn entschädigungslos abgeregelte Mengen dem Standortertrag zum Zwecke der Ermittlung der Anfangsvergütungsdauer *nicht* hinzugerechnet werden. In einem solchen Fall führen Abschaltungen oder Leistungsreduzierungen von Windenergieanlagen – etwa zur nächtlichen Absenkung der Schallemissionen oder

²⁷Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 08.04.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2014/wrfassung/material>, S. 288 f.; Hervorhebungen nicht im Original.

²⁸So auch Stellungnahme des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, S. 1; anderer Ansicht Stellungnahme des BDEW, S. 8.

aus Gründen des Artenschutzes – dazu, dass die entsprechenden nicht erzeugten Strommengen in die Standortgüte (Verhältnis von Standortertrag zu Referenzertrag) eingehen. In der Konsequenz werden so Standortnachteile kompensiert, die nicht aus den physischen Gegebenheiten der Landschaft und dem Winddargebot, sondern aus anderen Umständen resultieren.²⁹

- 37 Aus demselben Grund sind abgeregelte Mengen, die deshalb nicht entschädigt werden, weil der Regelbefehl des Netzbetreibers sich nicht auf § 14 EEG 2014, sondern auf eine andere Rechtsgrundlage stützt, etwa § 13 Abs. 2 EnWG (gefährdungs- oder störungsbedingte Anpassungen von Stromeinspeisungen und Stromabnahmen), ebenfalls *nicht* zu berücksichtigen.³⁰ Dies ist auch sachgerecht, da es ebenfalls einen Standortnachteil darstellt, wenn im Verantwortungsbereich des aufnehmenden Netz- oder Übertragungsnetzbetreibers entschädigungs- und auch sonst kompensationslose Maßnahmen nach § 13 EnWG, ggf. i. V. m. § 14 EnWG, getroffen werden müssen.
- 38 Dem Ergebnis, dass gem. Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 nur entschädigungspflichtige Abregelungen zu berücksichtigen sind, lässt sich nicht entgegenhalten, dass in der Gesetzesbegründung zum durch das EEG 2014 abgelösten EEG 2012 eine andere Absicht formuliert worden sei.³¹ In der Gesetzesbegründung zum EEG 2012 hieß es wörtlich:

„[Es] wird in Nummer 8 Satz 2 ein Verweis auf § 11 eingefügt, um klarzustellen, dass eine Abregelung der Anlage nach § 11 nicht zu einer Verlängerung der Anfangsvergütung führt. Dies gilt allerdings nicht nur für Reduzierungen der Leistung nach § 11. Au geringere Einspeisung, die dadurch bedingt sind, dass z. B. direkt vermarktende Anlagen in Zeiten negativer Börsenpreise ihre Anlagen freiwillig drosseln.“³²

²⁹So auch Stellungnahme des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, S. 1; ebenso Schulz, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl., Sonderband EEG 2014, 2015, § 49 Rn. 33; Schulz, in: Schulz (Hrsg.), Handbuch Windenergie, 2015, S. 185 Rn. 736.

³⁰Andere Ansicht Stellungnahme des BDEW, S. 8.

³¹So aber wohl im Ergebnis die Stellungnahme des BDEW, S. 4.

³²So im Original. *Fraktionen der CDU/CSU und FDP*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, BT-Drs. 17/6071, S. 97; wortgleich *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 06.06.2011, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2012/urfassung/material>, S. 194; vgl. auch Rn. 50.

- 39 Dies könnte so verstanden werden, dass der Gesetzgeber auch andere als entschädigte Abregelungen berücksichtigen wollte. Doch einerseits ist dies die Begründung zum Regierungsentwurf Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012, nicht zu der verfahrensgegenständlichen Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014, andererseits wurde dieser Inhalt in den Begründungen der Entwürfe zum EEG 2014 nicht wieder aufgenommen, und zum Dritten war die zitierte Begründung des Gesetzentwurfes mutmaßlich noch nicht abschließend bearbeitet, wie sich an dem unvollständigen zweiten Satz zeigt. Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass jedenfalls in diesem Fall der Gesetzesbegründung keine maßgebliche Bedeutung für die Gesetzesinterpretation zukommt (vgl. auch Rn. 53).
- 40 Die Formulierung von Anlage 2 Nr. 7 Satz 2 EEG 2014 eröffnet abstrakt die Anwendung auf weitere Sachverhalte. Zwar sind derzeit im EEG 2014 keine weiteren konkreten Anwendungsfälle (entschädigungs- oder sonst kompensationspflichtige Abregelung) enthalten, doch existiert z. B. mit § 13 Abs. 1a EnWG eine Vorschrift, nach der Abregelungen durch den Netzbetreiber hinzunehmen sind, bei deren Anwendung aber eine „angemessene Vergütung“ (§ 13 Abs. 1a Satz 1 EnWG) zu zahlen ist. Beruht eine Abregelung auf einer solchen Vorschrift, ist sie ebenso wie eine entschädigungspflichtige Abregelung gemäß §§ 14, 15 EEG 2014 zu behandeln.
- 41 Dies gilt indes nur für gesetzliche Abregelungsbefugnisse, nicht hingegen für solche, deren Bestehen von einem Vertragsschluss abhängt. Denn in diesen Fällen bestimmen die Vertragsparteien das „Ob“ und die Höhe der Kompensation – hier hat es der Gesetzgeber zum einen gar nicht in der Hand, dafür zu sorgen, dass die Höhe der Kompensation in irgendeiner Art zu den Vergütungsstrukturen passt, und zum anderen ist die Vorschrift in Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 nach Sinn und Zweck (vgl. 2.1.4) nicht dazu gedacht, die aus dem geschäftlichen Geschick beim Vertragsschluss ggf. resultierenden Vorteile und Gewinne der Anlagenbetreiber durch eine Verkürzung der Anfangsvergütungsdauer abzuschöpfen.
- 42 Daher sind Strommengen, die bspw. aufgrund eines Regelbefehls des Direktvermarkters nicht erzeugt wurden, *nicht* auf den Standortertrag aufzuschlagen. Weder der Gesetzeswortlaut (vgl. 2.1.1) noch der Sinn und Zweck von Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 geben hierzu eine Handhabe.

2.3 Bestandsanlagen

- 43 Windenergieanlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden, bleiben von Anlage 2 Nr. 7 Satz 2 EEG 2014 unberührt. Ihre Anfangsvergütungsdauer errechnet sich weiterhin nach den bei ihrer Inbetriebnahme gültigen Regeln.

2.3.1 Rechtslage unter Geltung des EEG 2009

- 44 Anlage 5 Nr. 8 EEG 2009, die erstmals eine der verfahrensgegenständlichen Vorschrift ähnliche Regelung enthielt (vgl. Abschnitt 2.1.3), lautete:

„¹Bei der Anwendung des Referenzertrages zur Bestimmung des verlängerten Zeitraums der Anfangsvergütung ist die Leistung im Sinne des § 3 Nr. 6 zu berücksichtigen, höchstens jedoch diejenige Leistung, die die Anlage aus genehmigungsrechtlichen Gründen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz maximal erbringen darf. ²Temporäre Leistungsreduzierungen sind *nicht* zu berücksichtigen.“³³

- 45 Der Entwurf der Bundesregierung zum EEG 2009 hatte vorher wie folgt gelautet:

„Bei der Berechnung des Referenzertrages ist die Leistung im Sinne des § 3 Nr. 6 zugrunde zu legen, höchstens jedoch diejenige Leistung, die die Anlage aus rechtlichen Gründen dauerhaft erbringen darf.“³⁴

- 46 Die zugehörige Begründung erschöpfte sich in der Feststellung, dass in Anlage 5 die Vorgaben zur Ermittlung des Referenzertrags dargestellt werden.³⁵ Die später Gesetz gewordene Fassung von Anlage 5 Nr. 8 EEG 2009 wurde durch die Beschlussempfehlung des Umweltausschusses an den Bundestag³⁶ mit folgender Begründung in den Gesetzestext eingefügt:

³³Satznummerierung und Hervorhebung nicht im Original.

³⁴Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 18.02.2008, BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2009/material>, S. 24.

³⁵Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 18.02.2008, BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2009/material>, S. 82.

³⁶Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit des Bundestages (16. Ausschuss), Beschlussempfehlung und Bericht v. 04.06.2008, BT-Drs. 16/9477, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2009/material>, S. 15.

„Die Änderung in Nummer 8 dient der Klarstellung, dass die Anwendung und nicht die Berechnung des Referenzertrages geregelt wird. Im Ergebnis wird damit präzisiert, dass nur dauerhafte Leistungsreduzierungen, die genehmigungsbedürftig sind, bei der Bestimmung der Leistung der Anlage berücksichtigt werden sollen, nicht jedoch temporäre Reduzierungen.“³⁷

- 47 Weder dem Wortlaut der Vorschrift noch der Begründung lässt sich entnehmen, dass die gemessene Stromerzeugung einer Windenergieanlage um abgeregelte Mengen zu korrigieren gewesen wäre, um die Dauer der erhöhten Anfangsvergütung zu ermitteln. Im Gegenteil wird ausdrücklich angeordnet, dass temporäre Leistungsreduzierungen nicht zu berücksichtigen sind, sondern nur Leistungsreduzierungen, die immissionsschutzrechtlich dauerhaft angeordnet sind. Ein Verständnis der Vorschrift, dass mit der angeordneten Nichtberücksichtigung der „temporären Leistungsreduzierungen“ *eigentlich* die sich ergebenden verlängerten Zeiträume der erhöhten Anfangsvergütungszahlung gemeint gewesen seien,³⁸ findet weder im Gesetzestext noch in der Gesetzesbegründung noch in der Rechtsliteratur eine Stütze.
- 48 Unter Geltung des EEG 2009 waren daher abgeregelte Strommengen bei der Anwendung des Referenzertrags zur Berechnung der Dauer der verlängerten Anfangsvergütung nicht speziell zu behandeln („zu berücksichtigen“), allein die gemessene Stromerzeugung der Windenergieanlage war hier heranzuziehen.³⁹

2.3.2 Rechtslage unter Geltung des EEG 2012

- 49 Die Regelung des EEG 2009 wurde ohne wesentliche sprachliche oder inhaltliche Änderungen ins EEG 2012 übernommen. Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 lautete wie folgt:

„¹Bei der Anwendung des Referenzertrages zur Bestimmung des verlängerten Zeitraums der Anfangsvergütung ist die installierte Leistung zu berücksichtigen, höchstens jedoch diejenige Leistung, die die Anlage aus genehmigungsrechtlichen Gründen nach dem Bundes-Immissions-

³⁷Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit des Bundestages (16. Ausschuss), Beschlussempfehlung und Bericht v. 04.06.2008, BT-Drs. 16/9477, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2009/material>, S. 33.

³⁸So der BDEW in seiner Stellungnahme, S. 5.

³⁹So auch Stellungnahme des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, S. 1.

schutzgesetz maximal erbringen darf. ²Temporäre Leistungsreduzierungen insbesondere auf Grund einer Regelung der Anlage nach § 11 sind *nicht* zu berücksichtigen.“⁴⁰

- 50 Die Bundesregierung sowie die Regierungsfractionen formulierten in ihren Gesetzentwürfen zum EEG 2012 wortgleich wie folgt:

„Zu Nummer 43 (Anlage 3 zum EEG):

¹Nummer 43 enthält im Wesentlichen redaktionelle Folgeänderungen zu der Streichung von § 29 Absatz 3 und 4 sowie dem neu gefassten Leistungsbegriff in § 3 Nummer 6. ²Daneben wird in Nummer 8 Satz 2 ein Verweis auf § 11 eingefügt, um klarzustellen, dass eine Abregelung der Anlage nach § 11 nicht zu einer Verlängerung der Anfangsvergütung führt. ³Dies gilt allerdings nicht nur für Reduzierungen der Leistung nach § 11. ⁴Au geringere Einspeisung, die dadurch bedingt sind, dass z. B. direkt vermarktende Anlagen in Zeiten negativer Börsenpreise ihre Anlagen freiwillig drosseln. ⁵In jedem Fall ist zu berücksichtigen, dass für die Berechnung des Referenzertrages nicht nur die eingespeisten und vergüteten Strommengen zu berücksichtigen sind, sondern der Ertrag der Anlage, der auch selbst verbrauchte oder direkt vermarktete Strommengen erfasst.“⁴¹

- 51 Die Bundesregierung hatte bzw. die Regierungsfractionen hatten ausweislich der jeweiligen Begründung schon im Entwurf des EEG 2012 die Verzerrung der Vergütungsstruktur beheben wollen,⁴² die sich aus der Nichtberücksichtigung der Entschädigungen bei der Ermittlung der Anfangsvergütungsdauer ergibt, dies war jedoch auf

⁴⁰Satznummerierung und Hervorhebung nicht im Original.

⁴¹So im Original. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 06.06.2011, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2012/urfassung/material>, S. 194 und *Fraktionen der CDU/CSU und FDP*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, BT-Drs. 17/6071, S. 97, Satznummerierung nicht im Original.

⁴²*Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 06.06.2011, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2012/urfassung/material>, S. 194, vgl. auch *Fraktionen der CDU/CSU und FDP*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, BT-Drs. 17/6071, S. 97.

der Ebene des Gesetzestextes offenbar im Wesentlichen folgenlos geblieben: In Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 wurde die Formulierung des EEG 2009, wonach Leistungsreduzierungen gerade *nicht* zu berücksichtigen waren, im Grundsatz fortgeführt; hinzugekommen war lediglich der Bezug auf § 11 EEG 2012, der sich im semantischen Kontext als Regelbeispiel *nicht* zu berücksichtigender Reduzierungen darstellte.

- 52 Die Begründungen der Gesetzentwürfe machten einerseits deutlich, dass bereits bei der Vorbereitung des EEG 2012 die Absicht bestand, eine Verzerrung der Vergütungsstruktur zu beheben. Andererseits hat dies keinen Niederschlag im Gesetzeswortlaut gefunden. Zwar ließe sich argumentieren, dass mit „nicht zu berücksichtigen“ *eigentlich* gemeint gewesen sei, temporäre Leistungsreduzierungen sollten nicht zu einer Verlängerung der Anfangsvergütung führen,⁴³ jedoch führt eine solche Auslegung bei objektiver Betrachtung eher zum Gegenteil des dem Wortlaut nach Ausgedrückten, da es nichts anderes als eine „Berücksichtigung“ wäre, wenn im Falle einer Leistungsreduzierung die Anfangsvergütung ebenso lang gezahlt würde wie ohne Leistungsreduzierung. Zudem lässt sich weder dem Wortlaut noch der Begründung des EEG 2012 entnehmen, dass temporäre Leistungsreduzierungen – welchen Ursprungs auch immer – fiktiv dem Standortertrag hinzuzurechnen sein sollen.
- 53 Vor diesem Hintergrund widerspräche es den gängigen Methoden der Gesetzesauslegung, anzunehmen, ein und derselbe Wortlaut („Temporäre Leistungsreduzierungen ... sind nicht zu berücksichtigen“) bedeute im EEG 2012 das Gegenteil dessen, was er im EEG 2009 bedeutet hatte. Hinzu kommt, dass die zitierte Begründung des Gesetzentwurfes mutmaßlich noch nicht abschließend bearbeitet worden ist, wie sich an dem unvollständigen Satz 4 zeigt; es kann daher auch nicht ausgeschlossen werden, dass hinsichtlich dieser Passage Gesetzestext und Gesetzesbegründung auseinanderfallen, so dass jedenfalls in diesem Fall der Begründung keine maßgebliche Bedeutung für die Gesetzesinterpretation beigemessen werden kann.
- 54 Auch wenn der Autor des Gesetzestextes und der Gesetzesbegründung zum EEG 2012 sich ggf. etwas anderes vorstellte, ist der vom Deutschen Bundestag verabschiedete Text für den Inhalt der Regelung ausschlaggebend. Eine wortlautüberschreitende Auslegung des insofern womöglich „fehlerhaften“ (da von den Vorstellungen des Autors abweichenden) Gesetzestextes ist aber nicht geeignet, dies zu „korrigieren“, da auch durch eine solche Auslegung der Regelungsgehalt eines gegebenen Gesetzeswortlauts nicht in sein Gegenteil verkehrt werden kann.

⁴³Eine eindeutige Formulierung mit Negation hätte dann beispielsweise lauten können: „Temporäre Leistungsreduzierungen sind nicht vom Standortertrag abzuziehen.“

- 55 Eine andere Ansicht hat sich auch in der Literatur oder Rechtsprechung nicht durchgesetzt. Mit Ausnahme von *Schulz*⁴⁴ spricht die einschlägige Literatur durchgängig nur vom „real erzielten“ oder „tatsächlichen“ Ertrag der Anlage o. ä.⁴⁵; dass etwa neben den gemessenen Ertragswerten außerdem nicht erzeugte Strommengen zu berücksichtigen wären, wird nicht vertreten. Folgerichtig forderte *Agora Energiewende* noch im März 2014 die Beseitigung der Vergütungsverzerrung durch die geplante EEG-Novelle.⁴⁶
- 56 Dieser Befund deckt sich zudem mit der unter Geltung des EEG 2009 und EEG 2012 gelebten Rechtswirklichkeit, in der eine besondere Behandlung der abgeregelten Strommengen („Berücksichtigung“) nicht stattfand.⁴⁷
- 57 Nach alledem ist festzustellen, dass unter Geltung sowohl des EEG 2009 wie auch des EEG 2012 abgeregelte Strommengen bei der Anwendung des Referenzertrags zur Berechnung der Dauer der verlängerten Anfangsvergütung nicht speziell zu behandeln („zu berücksichtigen“) waren, allein die gemessene Stromerzeugung der Windenergieanlage war hierzu heranzuziehen.

2.3.3 Rechtslage für Bestandsanlagen ab dem 1. August 2014

- 58 Das EEG 2014 stellt, wie gezeigt, in Bezug auf die Ermittlung der Anfangsvergütungsdauer eine erhebliche materielle Rechtsänderung gegenüber den Regelungen im EEG 2009 und EEG 2012 dar. Dies ergibt sich insbesondere auch aus der Gesetzesbe-

⁴⁴*Schulz*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl. 2014, Band 2, § 29 EEG Rn. 35. Allerdings macht *Schulz* den Anknüpfungspunkt seiner Ansicht im Gesetz hier nicht transparent.

⁴⁵*Schomerus*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG, 3. Aufl. 2013, § 29 Rn. 56; *Kahle/Reshöft*, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2014, § 29 Rn. 34 f.; *Prall*, in: Altrock/Oschmann/Theboald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2013, § 29 Rn. 60 ff.; *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 29 Rn. 27 f.; *Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.*, Umsetzungshilfe zum EEG 2012, abrufbar unter https://www.bdew.de/internet.nsf/id/DE_EEG-Umsetzungshilfen, S. 68, zuletzt abgerufen am 05.02.2016; *Agora Energiewende*, Vergütung von Windenergieanlagen an Land über das Referenzertragsmodell, 2014, abrufbar unter <http://www.agora-energiewende.de/de/themen/-agothem-/Produkt/produkt/55/Vergütung+von+Windenergieanlagen+an+Land+über+das+Referenzertragsmodell/>, S. 21, zuletzt abgerufen am 05.02.2016.

⁴⁶*Agora Energiewende*, Vergütung von Windenergieanlagen an Land über das Referenzertragsmodell, 2014, abrufbar unter <http://www.agora-energiewende.de/de/themen/-agothem-/Produkt/produkt/55/Vergütung+von+Windenergieanlagen+an+Land+über+das+Referenzertragsmodell/>, S. 23, zuletzt abgerufen am 05.02.2016.

⁴⁷Vgl. Stellungnahme des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, S. 1.

gründung zum EEG 2014 („Nummer 8 Satz 2 [war] bisher fehlerhaft formuliert.“⁴⁸). Denn daraus geht eindeutig hervor, dass Anlage 3 Nr. 8 Satz 2 EEG 2012 etwas anderes besagte, als es der Gesetzgeber ausweislich der Begründung zum EEG 2012 beabsichtigt hatte.

- 59 Eine Anwendung dieser geänderten Regelung auf Anlagen, die unter Geltung anderer Rechtsvorschriften in Betrieb genommen worden sind (Inbetriebnahme vor dem 1. August 2014), würde eine erhebliche Änderung der Berechnungsgrundlage der Kosten für bereits in Betrieb befindliche Windenergieanlagen bedeuten, und zwar zumindest für diejenigen Anlagen, deren Anfangsvergütungsdauer am 1. August 2014 noch nicht feststand.⁴⁹ Dies betreffe selbst noch Anlagen, die im Jahr 2009 in Betrieb genommen wurden. Dies jedoch war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt.
- 60 Dies ergibt sich schon aus § 100 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014, da hier die Geltung u. a. der §§ 23 – 33 EEG 2012 anstelle der §§ 41 – 51 EEG 2014 angeordnet wird. Zwar wird Anlage 2 EEG 2014 nicht ausdrücklich von der Geltung für Bestandsanlagen ausgenommen bzw. die Weitergeltung der Anlage 3 EEG 2012 für Bestandsanlagen nicht ausdrücklich angeordnet, doch ist Anlage 2 EEG 2014 unmittelbar über seine Überschrift dem § 49 EEG 2014 zugeordnet, so dass mit dessen Anwendbarkeit auch die Anwendbarkeit der Anlage 2 EEG 2014 auf Bestandsanlagen ausgeschlossen ist. Gleichsam spiegelbildlich verweist der für Bestandsanlagen weitergeltende § 29 EEG 2012 auch nur und explizit auf Anlage 3 EEG 2012, so dass auch diese für Bestandsanlagen weiterhin gilt.
- 61 Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass für Anlage 3 EEG 2012 in § 100 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014 bzw. für Anlage 5 EEG 2009 in § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe c EEG 2014 – anders als für die Anlagen 1 und 2 EEG 2012 bzw. die Anlagen 1 bis 4 EEG 2009 – die Weitergeltung derselben für Bestandsanlagen nicht ausdrücklich angeordnet ist.⁵⁰ Zwar setzt dies die Annahme voraus, dass der Gesetzgeber die Fortgeltung der Anlagen zu den verschiedenen Fassungen des EEG uneinheitlich geregelt hätte, doch wäre dies angesichts der Komplexität der Übergangsvorschriften des EEG 2014 durchaus möglich.⁵¹ Jedenfalls aber steht der Wortlaut des § 100

⁴⁸Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 08.04.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2014/urfassung/material>, S. 288; s. auch Rn. 29.

⁴⁹So auch der BDEW in seiner Stellungnahme, S. 8.

⁵⁰So aber der BDEW in seiner Stellungnahme, S. 8 f.

⁵¹Auf Grund der Komplexität waren direkt nach Verabschiedung des EEG 2014 durch den Bundestag eine Reihe redaktioneller Änderungen an den Übergangsvorschriften notwendig, s. *Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags*, Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Ge-

EEG 2014 dem nicht entgegen. Gestützt wird die oben dargestellte Auffassung dadurch, dass sich keinerlei Anhaltspunkte dafür finden, dass der Gesetzgeber eine Rechtsänderung für Bestandsanlagen herbeiführen wollte.

- 62 Solche Anhaltspunkte wären jedoch angesichts der Erheblichkeit der Rechtsänderung zu erwarten gewesen. Denn zum einen war dem Gesetzgeber bewusst, dass mit der Änderung der Vorschrift zur Berücksichtigung temporärer Leistungsreduzierungen eine Rechtsänderung verbunden war.⁵² Zum anderen fehlen aber jegliche diesbezüglichen Übergangsvorschriften im EEG 2014, die regeln, ob – und ggf. welche – bereits in Betrieb genommenen Windenergieanlagen einer solchen Änderung unterworfen werden sollten. Da ggf. alle von der Änderung der Rechtslage betroffenen Festlegungen der verlängerten Anfangsvergütung – und das sind alle Festlegungen, die seit dem Jahr 2000 vorgenommen wurden – ggf. neu zu berechnen wären und die sich daraus ergebenden Forderungen auch nicht nach den allgemeinen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches verjährt wären, da die Netzbetreiber erst im Jahr 2014 von den anspruchbegründenden Tatsachen Kenntnis erlangen konnten, wären solche Übergangsvorschriften unbedingt zu erwarten und notwendig.⁵³
- 63 Auch in der Gesetzesbegründung finden sich hierzu keinerlei Aussagen. Hierin liegt im systematischen Vergleich ein entscheidender Unterschied zur Anlage 3 EEG 2014, die i. V. m. § 54 EEG 2014 die Voraussetzungen der Flexibilitätsprämie für Bestandsanlagen regelt und daher insoweit Anlage 5 EEG 2012 ersetzt.⁵⁴ Zunächst erscheint die Konstruktion der Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Anlagen 2 und 3 EEG 2014 ähnlich, da für beide Anlagen die Weitergeltung der jeweils vorhergehenden Fassung (Anlagen 3 und 5 EEG 2012) im EEG 2014 nicht ausdrücklich angeordnet ist.
- 64 Der entscheidende Unterschied liegt jedoch darin, dass die Anwendung von Anlage 3 EEG 2014 zum einen für Bestandsanlagen, die unter Geltung des EEG 2009 in Betrieb genommen wurden, durch § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe e EEG 2014 aus-

setzungswurf der Bundesregierung – Drucksachen 18/1309, 18/1576, BT-Drs. 18/2037 v. 03.07.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/aenderung1/material>, S. 3 f. sowie S. 8.

⁵² „Nummer 8 Satz 2 [war] bisher fehlerhaft formuliert“, s. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 08.04.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/wrfassung/material>, S. 288; s. auch Rn. 29, 57.

⁵³ So auch Stellungnahme des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, S. 1 f.

⁵⁴ Die Frage, inwieweit dies für Anlagen, deren Betreiber bereits vor dem 01.08.2014 die Flexibilitätsprämie nach den Voraussetzungen der Anlage 5 EEG 2012 bezogen haben, eine Rechtsänderung bedeutet, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Hinweisverfahrens.

drücklich angeordnet wird. Dessen hätte es nicht bedurft, wäre die Anwendung von Anlage 5 EEG 2012 bereits dadurch ausgeschlossen, dass ihre Weitergeltung in § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe c EEG 2014 nicht ausdrücklich angeordnet wurde. Zum anderen werden die sich ergebenden Änderungen für Bestandsanlagen in der Begründung des Gesetzentwurfs vergleichsweise ausführlich diskutiert.⁵⁵ Hier wird demnach die Absicht des Gesetzgebers deutlich, eine Änderung auch für Bestandsanlagen anzuordnen. Eben daran fehlt es aber bei der Anlage 2 EEG 2014 vollständig.

2.4 Geltung für Übergangsanlagen nach § 100 Abs. 3 EEG 2014

- 65 Gemäß § 100 Abs. 3 EEG 2014 ist für Strom aus Anlagen, die nach dem 31. Juli 2014 und vor dem 1. Januar 2015 in Betrieb genommen worden sind, § 100 Abs. 1 EEG 2014 anzuwenden, wenn die Anlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz 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 waren.
- 66 Im Kern soll es diese Vorschrift ermöglichen, Anlagen, deren Errichtung aufgrund umfangreicher Genehmigungsprozesse längere Vorlaufzeiten benötigen, zu den ursprünglich eingeplanten Konditionen realisieren zu können.⁵⁶
- 67 Da gemäß § 100 Abs. 1 EEG 2014 Anlage 2 EEG 2014 auf Bestandsanlagen nicht anzuwenden ist, ergibt sich, dass auch für Anlagen, die § 100 Abs. 3 EEG 2014 unterfallen, die Anlage 3 EEG 2012 hinsichtlich der Anwendung des Referenzertrages zur Bestimmung des verlängerten Zeitraums der Anfangsvergütung gilt.

2.5 Nachweisführung

- 68 Wie die bspw. nach §§ 14, 15 EEG 2014 entschädigten, abgeregelten Strommengen z. B. gegenüber einem Wirtschaftsprüfer, der ein Zertifikat zur Fristbestimmung zur Zahlung der erhöhten Anfangsvergütung⁵⁷ ausstellt, nachzuweisen sind, legt das

⁵⁵Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 08.04.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeq2014/urfassung/material>, S. 289 f.

⁵⁶Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 20.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>, Rn. 36.

⁵⁷Vgl. Fördergesellschaft Wind und andere Erneuerbare Energien e. V., Technische Richtlinie für Windenergieanlagen – Teil 5: Bestimmung und Anwendung des Referenzertrages, Revision 5, Stand v. 30.01.2013, Anhang E.

EEG 2014 nicht fest.⁵⁸ Auch sieht das Ertragstestat der FGW⁵⁹, das bei der Berechnung der erhöhten Anfangsvergütungsdauer zum Nachweis der in den ersten fünf Betriebsjahren erzeugten Strommengen einer Windenergieanlage dient, eine solche Korrektur bislang nicht vor.

- 69 Daher empfiehlt die Clearingstelle EEG, den Nachweis der nach §§ 14, 15 EEG 2014 abgeregelten Mengen über die Entschädigungszahlungen der Netzbetreiber zu führen. Dies hat den Vorteil, dass so der Netzbetreiber bei Einreichung des FGW-Testats oder eines sonstigen Nachweises über die Dauer der verlängerten Anfangsvergütung auf Grund seiner eigenen Unterlagen vergleichsweise leicht überprüfen kann, ob alle nach § 15 EEG 2014 entschädigten Abregelmengen bei der Berechnung berücksichtigt wurden. Liegen weitere zu berücksichtigende Abregelungen vor, obliegt es dem Anlagenbetreiber, entsprechende aussagekräftige Nachweise vorzulegen.

Beschluss

Der Hinweis wurde einstimmig angenommen.

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

Dibbern

Dr. Lovens

Dr. Winkler

⁵⁸Brahms, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen, 2015, S. 341 f. Rn. 335; a. A. wohl *Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.*, Umsetzungshilfe zum EEG 2012, abrufbar unter https://www.bdew.de/internet.nsf/id/DE_EEG-Umsetzungshilfen, S. 69, zuletzt abgerufen am 05.02.2016.

⁵⁹Fördergesellschaft Wind und andere Erneuerbare Energien e. V., Technische Richtlinie für Windenergieanlagen – Teil 5: Bestimmung und Anwendung des Referenzertrages, Revision 5, Stand v. 30.01.2013, Anhang G.