

Hinweis (*Entwurf*)

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).**
2. **Entschädigungslose Einspeisereduzierungen werden nicht auf den während der ersten fünf Betriebsjahre gemessenen Standortertrag der Anlage aufgeschlagen (s. Abschnitt 2.2).**
3. **Nummer 1 gilt nur für Windenergieanlagen, die nach dem 31. Juli 2014 in Betrieb genommen wurden. Bei Windenergieanlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden, bleiben die Strommengen, die aufgrund von entschädigungspflichtigen Einspeisereduzierungen gemäß §§ 14, 15 EEG 2014 bzw. §§ 11, 12 EEG 2012²/EEG 2009³ nicht**

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-eeg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

²Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung 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>.

³Gesetz 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

eingespeist wurden, bei der Berechnung der Dauer des Anspruchs auf die erhöhte Anfangsvergütung ohne Ansatz (s. Abschnitt 2.3).

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 | 6 |
| 2.1.4 | Sinn und Zweck der Vorschrift | 7 |
| 2.1.5 | Nachweisführung | 9 |
| 2.2 | Weitere zu berücksichtigende Reduzierungen | 10 |
| 2.3 | Geltung für Bestandsanlagen | 12 |

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 Bestimmung des verlängerten Zeitraums der Anfangsvergütung zu berücksichtigen?

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>.

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 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 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)⁴ akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 2 VerfO registrierten öffentlichen Stellen erhalten gemäß § 25b Abs. 2 VerfO bis zum 6. Mai 2016 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme.⁵
 - 5 Die nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten Verbände, Interessengruppen und öffentliche 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.

⁴In der am Tage der Beschlussfassung geltenden Fassung, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/downloads>.

⁵Die zur Stellungnahme an die ausgewählten Verbände und öffentlichen Stellen übersandte Entwurfsfassung dieses Hinweises sowie die Stellungnahmen selbst sind nach Abschluss des Verfahrens 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 durch den Netzbetreiber gemäß §§ 14, 15 EEG 2014 nicht in das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist werden konnten, dem während der ersten fünf Betriebsjahre gemessenen Stromertrag der Anlage hinzugefügt. Neben den nach §§ 14, 15 EEG 2014 entschädigungspflichtigen Leistungsreduzierungen werden keine – insbesondere auch nicht die vom Netzbetreiber auf Grund von § 13 EnWG⁶ ggf. i. V. m. § 14 Abs. 1 Satz 1 EnWG angeordneten – entschädigungslosen Reduzierungen auf den gemessenen Standortertrag des Betrachtungszeitraums aufgeschlagen. Dies ergibt sich insoweit 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.“⁷

- 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.

⁶Gesetz 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).

⁷Satznummerierung 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.⁸
- 12 Wird die Einspeiseleistung von Windenergieanlagen in den ersten fünf Betriebsjahren gemäß §§ 14, 15 EEG 2014 reduziert, wirkt sich dies mindernd auf den Stromertrag dieses Zeitraums aus. Ein verminderter Stromertrag aber führt 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“⁹ oder auch „(einer Sache) genügen, Rechnung tragen, denken an, einberechnen, einkalkulieren“¹⁰. Dem Wortlaut nach steht also fest, dass Reduzierungen nach § 14 EEG 2014 in die Berechnung der Anfangsvergütungsdauer einzubeziehen

⁸BT-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.

⁹Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache – Artikel „berücksichtigen“, abrufbar unter <http://dwds.de/?qu=beruecksichtigen>, zuletzt abgerufen am 28.01.2016.

¹⁰Naber, 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.

2.1.2 Entstehung der gegenwärtigen Vorschrift

14 Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift lässt sich ihre Bedeutung nicht weiter konkretisieren.

15 Der Wortlaut von Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 geht zurück auf den ersten öffentlich bekanntgemachten Referentenentwurf zum EEG 2014¹¹ (im Folgenden: „EEG 2014-RefE1“). Hierin war folgender Änderungsbefehl enthalten:

„41. In Nummer 8 Satz 2 der Anlage 3 [des EEG 2012] wird nach dem Wort ‚sind‘ das Wort ‚nicht‘ gestrichen.“

16 Der so geänderte Wortlaut des EEG 2012 wurde – weitestgehend unverändert – in den zweiten Referentenentwurf zum EEG 2014¹² (im Folgenden: „EEG 2014-RefE2“) übernommen¹³ und auch im weiteren Gesetzgebungsprozess nicht mehr verändert; er wurde in dieser Form schließlich als Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 Gesetz.

17 Die geänderte Fassung der Vorschrift besagt – nach Streichung des Wortes „nicht“ und damit der Verneinung der darauffolgenden Aussage – nunmehr das Gegenteil dessen, was die Vorgängervorschrift besagt hatte.

2.1.3 Vorgängervorschriften

18 Zur Klärung der Frage, in welcher Art eine Berücksichtigung nach Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 zu erfolgen hat, bleibt die historische Betrachtung unergiebig, denn die Vorgängervorschrift in Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 hatte noch angeordnet, dass temporäre Leistungsreduzierungen gerade *nicht* bei der Anwendung des Referenzertrags berücksichtigt werden sollten.

¹¹Bundesministerium 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-eeg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 72 f.

¹²Bundesministerium 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/urfassung/material>, S. 97.

¹³Es wurden lediglich Verweise angepasst, da im EEG 2014-RefE2 die Paragraphennummerierung gegenüber dem EEG 2014-RefE1 geändert wurde.

19 Der Wortlaut der Vorgängervorschrift in Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 war dem Wortlaut der verfahrensgegenständlichen Norm im EEG 2014 sehr ähnlich, allerdings lautete der zweite Satz wie bereits dargestellt wie folgt:

„Temporäre Leistungsreduzierungen insbesondere auf Grund einer Regelung der Anlage nach § 11 sind *nicht* zu berücksichtigen.“¹⁴

20 Auch das EEG 2009 wies in Anlage 5 Nr. 8 eine 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.“¹⁵

21 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 sog. Einspeisemanagement gemäß §§ 11, 12 EEG 2009/EEG 2012 auf.

22 Das EEG 2004¹⁶ kannte hingegen noch keine vergleichbare Regelung.

2.1.4 Sinn und Zweck der Vorschrift

23 Nach Sinn und Zweck der Vorschrift sind die nach dem Einspeisemanagement abgeregelten und entschädigten Strommengen (§§ 14, 15 EEG 2014) der ersten fünf Betriebsjahre auf den Standortertrag der ersten fünf Betriebsjahre aufzuschlagen.

24 Die Begründung zum EEG 2014-RefE1 führt zur Änderung der Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 das Folgende aus:

¹⁴Hervorhebung nicht im Original.

¹⁵Satznummerierung und Hervorhebung nicht im Original.

¹⁶Gesetz 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).

„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.“¹⁷

25 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.“¹⁸

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

27 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

¹⁷Bundesministerium 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/eeeg2014/urfassung/material>, S. 211.

¹⁸Bundesministerium 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/eeeg2014/urfassung/material>, S. 154.

Anwendung des Referenzertrages berücksichtigt werden, was nunmehr klargestellt wird.“¹⁹

- 28 Diese Formulierung findet sich sodann wortgleich in der Gesetzesvorlage der Bundesregierung;²⁰ sie wurde im weiteren Gesetzgebungsprozess nicht mehr verändert.
- 29 Aus dem Wortlaut und dem Ziel der Änderung, dass die wegen Maßnahmen des Einspeisemanagements nicht eingespeisten, bereits entschädigten Strommengen („Abregelungen“) sich nicht verlängernd auf die Anfangsvergütung auswirken sollen, ist zu schlussfolgern, dass die Abregelungen der ersten fünf Betriebsjahre auf den Standortertrag i. S. d. Technischen Richtlinie für Windenergieanlagen zur Bestimmung und Anwendung des Referenzertrages²¹ („TR 5“) der Fördergesellschaft Wind und andere Erneuerbare Energien e. V. (FGW) der ersten fünf Betriebsjahre aufzuschlagen („zu berücksichtigen“) ist.²²
- 30 Grund hierfür ist offenbar, dass hier eine Verzerrung in der Förderung gesehen wird. Denn werden die Abregelungen 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, und wird andererseits der Anlagenbetreiber durch § 15 EEG 2014 (annähernd) so gestellt, als seien die Windenergieanlagen gar nicht geregelt worden. In der Tendenz wird der Nachteil der Regelung im Rahmen des Einspeisemanagements also überkompensiert.

2.1.5 Nachweisführung

- 31 Wie diese nach §§ 14, 15 EEG 2014 entschädigten, abgeregelten Strommengen z. B. gegenüber einem Wirtschaftsprüfer, der ein Zertifikat zur Fristbestimmung zur Zahlung der erhöhten Anfangsvergütung²³ ausstellt, nachzuweisen sind, legt

¹⁹Bundesregierung, 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-eeeg.de/eeg2014/wrfassung/material>, S. 288 f.

²⁰BT-Drs. 18/1304, S. 186.

²¹Fördergesellschaft 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.

²²So auch Schulz, in: Schulz (Hrsg.), Handbuch Windenergie, 2015, S. 184 f. Rn. 735.

²³Vgl. 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.

das EEG 2014 nicht fest.²⁴ Auch sieht das Ertragstestat der FGW²⁵, 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.

- 32 Daher empfiehlt die Clearingstelle EEG, den Nachweis dieser 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.

2.2 Weitere zu berücksichtigende Reduzierungen

- 33 Andere Strommengen als die über das Einspeisemanagement zu entschädigenden Abregelmengen (§§ 14, 15 EEG 2014) sind bei der Ermittlung der Anfangsvergütungsdauer nicht „zu berücksichtigen“, also nicht auf den gemessenen Stromertrag der ersten fünf Betriebsjahre aufzuschlagen, wenn und soweit im EEG kein besonderer Entschädigungstatbestand vorhanden ist. Denn Zweck der Vorschrift ist es, eine Verzerrung in der Förderungsstruktur, die durch die Nichtberücksichtigung *entschädigter* Strommengen entsteht (vgl. Rn. 30), zu beseitigen (vgl. Rn. 24).
- 34 Eine solche Verzerrung ist aber 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 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

²⁴Brahms, 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.

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, Anhang G.

Landschaft und dem Winddargebot, sondern aus anderen Umständen resultieren.²⁶

- 35 Auch *nicht* zu berücksichtigen sind abgeregelter 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). 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.
- 36 Ebenso sind Strommengen, die aufgrund eines Regelbefehls des Direktvermarkters nicht erzeugt wurden, *nicht* auf den Standortertrag aufzuschlagen. Denn weder der Gesetzeswortlaut (vgl. 2.1.1) noch der Sinn und Zweck (vgl. 2.1.4) von Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 geben eine Handhabe, den gemessenen Anlagenenertrag in solcher Weise für die Berechnung der Anfangsvergütungsdauer zu verändern.
- 37 Zwar nennt Anlage 2 Nr. 7 Satz 2 EEG 2014 den § 14 EEG 2014 – formal betrachtet – als Regelbeispiel („insbesondere“), was gedanklich nahelegt, dass es neben dem sog. Einspeisemanagement weitere Anwendungsfälle geben müsste, doch nennen weder der Gesetzeswortlaut noch die Gesetzesbegründung weitere mögliche Anwendungsfälle der Regelung.
- 38 Auch grenzt die Gesetzesbegründung den erwünschten Anwendungsbereich auf entschädigungspflichtige Abregelsachverhalte ein:

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

Im Umkehrschluss gilt, dass Reduzierungen, die nicht entschädigt oder sonst kompensiert werden, zu einer Verlängerung der Anfangsförderung führen dürfen und ggf. sollen.

²⁶Ebenso 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.

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-eeg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 288 f.; Hervorhebung nicht im Original.

39 Daher eröffnet die Formulierung von Anlage 2 Nr. 7 Satz 2 EEG 2014 zwar abstrakt die Anwendung auf weitere Sachverhalte, doch sind derzeit im EEG 2014 keine weiteren konkreten Anwendungsfälle (entschädigungs- oder sonst kompensationspflichtige Abregelung) enthalten.

2.3 Geltung für Bestandsanlagen

40 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.

41 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.

42 Zwar hatte die Bundesregierung bzw. hatten die Regierungsfaktionen ausweislich der jeweiligen Begründung schon im Entwurf des EEG 2012 die Verzerrung der Vergütungsstruktur beheben wollen,²⁸ die sich aus der Nichtberücksichtigung der Entschädigungen bei der Ermittlung der Anfangsvergütungsdauer ergibt, dies war jedoch auf der Ebene des Gesetzestextes 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 Wesentlichen fortgeführt; hinzugekommen war lediglich § 11 EEG 2012 als Regelbeispiel *nicht* zu berücksichtigender Reduzierungen.

43 Die Bundesregierung sowie die Regierungsfaktionen formulierten in ihren Gesetzentwürfen zum EEG 2012 wortgleich wie folgt:

²⁸Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 06.06.2011, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2012/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.

„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.“²⁹

- 44 Diese Begründung des Gesetzentwurfes macht 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.³⁰ Eine solche Auslegung führt jedoch 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 2009 entnehmen, dass temporäre Leistungsreduzierungen – welchen Ursprungs auch immer – fiktiv dem Standortertrag hinzuzurechnen sein sollen.
- 45 Vor diesem Hintergrund widerspräche es jedoch den gängigen Methoden der Gesetzesauslegung, anzunehmen, ein und derselbe Wortlaut („Temporäre Leistungsreduzierungen ... sind nicht zu berücksichtigen“) bedeute im EEG 2012 das Gegenteil

²⁹So 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/eeg2012/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.

³⁰Eine unzweideutige Formulierung mit Negation hätte dann beispielsweise lauten können: „Temporäre Leistungsreduzierungen sind nicht vom Standortertrag abzuziehen.“

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.

- 46 Eine andere Ansicht hat sich auch in der Literatur oder Rechtsprechung nicht durchgesetzt. Mit Ausnahme von *Schulz*³¹ spricht die einschlägige Literatur durchgängig nur vom „tatsächlichen Ertrag der Anlage“ o. ä.³²; 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.³³
- 47 Nach alldem und unter Würdigung der Gesetzesbegründung zum EEG 2014 („Nummer 8 Satz 2 [war] bisher fehlerhaft formuliert.“³⁴) ist festzustellen, dass das EEG 2014 in Bezug auf die Ermittlung der Anfangsvergütungsdauer eine erhebliche materielle Rechtsänderung gegenüber der Regelung im EEG 2012 darstellt.
- 48 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. Au-

³¹*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, so dass die Ansicht im Ergebnis nicht nachvollziehbar bleibt.

³²*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. 69, 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.

³³*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.

³⁴*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-eeeg.de/eeeg2014/urfassung/material>, S. 288.

gust 2014 noch nicht feststand. Dies beträfe selbst noch Anlagen, die im Jahr 2009 in Betrieb genommen wurden. Dies jedoch war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt.

- 49 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. Denn es finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber eine Rechtsänderung für Bestandsanlagen herbeiführen wollte.
- 50 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.³⁵ 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.
- 51 Auch in der Gesetzesbegründung finden sich hierzu keinerlei Aussagen. Hierin liegt im systematischen Vergleich auch ein entscheidender Unterschied zu 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.³⁶ 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.
- 52 Der entscheidende Unterschied liegt jedoch darin, dass Anlage 3 EEG 2014 zum einen direkt einer besonderen Übergangsvorschrift³⁷ zugeordnet ist, ihre Anwendung zum anderen für Bestandsanlagen, die unter Geltung des EEG 2009 in Betrieb genommen wurden, durch § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe e ausdrücklich angeordnet wird und zum dritten die sich ergebenden Änderungen für Bestandsanlagen in

³⁵ „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. 27, 47.

³⁶ 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.

³⁷ Denn § 54 EEG 2014 ist in funktionaler Hinsicht eine Übergangsvorschrift, auch wenn sie außerhalb von Teil 7 Abschnitt 3 EEG 2014 steht.

der Begründung des Gesetzentwurfs vergleichsweise ausführlich diskutiert werden.³⁸ 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.

Ende des Entwurfs

³⁸*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-ee.de/ee2014/urfassung/material>, S. 289 f.