

die Ausführungen der Dacharbeiten seien in beiderseitigem Einvernehmen mehrfach verschoben worden. Die Klägerin hat hierzu vorgetragen, dass sich der Eigentümer der Gebäude, Herr F, aufgrund eines Großauftrages im Jahr 2008 unter der Woche in (...) aufgehalten habe und Reparaturmaßnahmen diesen Umfangs (Dachsanierung: 40.000,- EUR) gewöhnlicherweise nicht bei Abwesenheit des Eigentümers durchgeführt werden könnten. Somit stand weder im Jahr 2007 noch 2008 hinreichend konkret fest, wann die Dachsanierungen tatsächlich stattfinden würden und damit die gebäudliche Infrastruktur für eine Installation der Photovoltaikanlage zur Verfügung stehen würde.

Im Streitfall ist der Senat bei der vorzunehmenden umfassenden Würdigung der Verhältnisse der Überzeugung, dass sich die Investitionsabsicht der Klägerin im neuen Unternehmensgegen-

stand „Photovoltaikanlage“ erst mit Abschluss des Großauftrages des Jahres 2008 im Jahr 2009 hinreichend konkretisiert hat, da der Eigentümer F sich erst zu diesem Zeitpunkt persönlich um die Sanierung der Dächer kümmern konnte, was nach seinen Angaben Voraussetzung für die Vornahme der Arbeiten war. Erst nach den durchgeführten Dachsanierungen war eine Installation von Photovoltaikanlagen technisch möglich.

Anmerkung der Schriftleitung: Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme des Investitionsabzugsbetrages gemäß § 7g EStG bei der Anschaffung von EEG-Anlagen waren in der Vergangenheit wiederholt Gegenstand der Rechtsprechung, vgl. etwa BFH, Urt. v. 26. 7. 2012 – III R 37/13, REE 2013, 66; BFH, Urt. v. 12. 11. 2014 – X R 4/13, REE 2014, 60; BFH, Urt. v. 4. 3. 2015 – IV R 30/12, REE 2015, 136.

Berichte

Bericht aus der Clearingstelle EEG

*Dr. Beatrice Brunner, Berlin**

I. Einleitung

Die Clearingstelle EEG hat im Berichtszeitraum gemeinsam mit sieben Verbänden Handlungsempfehlungen für EEG-Anlagen zum Inkrafttreten des Messstellenbetriebsgesetzes (MsbG)¹ herausgegeben und im Anschluss daran das Empfehlungsverfahren 2016/26 mit Anwendungsfragen aus dem MsbG für EEG-Anlagen eingeleitet und eine öffentliche Anhörung durchgeführt (dazu unter II).² Darüber hinaus hat sie das Votum 2015/48³ zur Entschädigung bei Reduzierung der Einspeiseleistung (dazu unter III) und das Votum 2016/13⁴ zum Vertrauensschutz bei einem immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid (dazu unter IV) veröffentlicht.

II. Handlungsempfehlung für EEG-Anlagen zum Inkrafttreten des MsbG

Ungeklärt war die Frage, wer ab Inkrafttreten des MsbG bei EEG-Anlagen für den Messstellenbetrieb (MSB) grundzuständig ist und wie bei Anlagenbetreibern (vor allem mit kundeneigenen Zählern) mit dem wahrscheinlichen Übergang der Grundzuständigkeit für den MSB vom EEG-Anlagenbetreiber auf den grundzuständigen Messstellenbetreiber nach MsbG (in der Regel der Netzbetreiber) umzugehen ist. Denn bis zum Inkrafttreten des MsbG waren EEG-Anlagenbetreiber für den MSB grundzuständig und damit berechtigt, bei vorliegender Fachkunde selbst den Messstellenbetrieb durchzuführen oder einen Dritten

oder den Netzbetreiber damit zu beauftragen. Deshalb fand am 17. 6. 2016 unter Verbändebeteiligung ein „Runder Tisch“ in der Clearingstelle EEG statt, in dessen Folge Handlungsempfehlungen erarbeitet wurden, um einen reibungsarmen Übergang in das MsbG zu ermöglichen. In diesen wird u. a. festgestellt, dass immer dann, wenn weder Anlagenbetreiber bzw. Dritter noch der Netzbetreiber etwas anderes erklären und sich faktisch nichts an der Ausübung des MSB durch den Anlagenbetreiber oder Dritten ändert, von einer konkludenten Fortführung des MSB durch dieselben auszugehen ist. Dies gilt jedenfalls solange, bis die Bundesnetzagentur eine Festlegung zu den Wechselprozessen sowie den Anforderungen an die Datenkommunikation für Einspeiseanlagen erlassen hat und der einwandfreie MSB im Sinne des MsbG gewährleistet ist. Die in den Handlungsempfehlungen aufgeworfenen Fragen werden im Empfehlungsverfahren 2016/26 aufgegriffen.

* Die Verfasserin ist Mitglied der Clearingstelle EEG in Berlin. Die Clearingstelle EEG ist die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie betriebene neutrale Einrichtung zur Vermeidung und Beilegung von Streitigkeiten und Klärung von Anwendungsfragen des EEG.

- 1 Clearingstelle EEG, Handlungsempfehlung vom 20. 7. 2016, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg.de/sonstiges/3177.
- 2 Nähere Informationen zu dem Empfehlungsverfahren sind abrufbar unter www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2016/26.
- 3 Clearingstelle EEG, Votum vom 15. 2. 2016 – 2015/48, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg.de/votv/2015/48.
- 4 Clearingstelle EEG, Votum vom 10. 8. 2016 – 2016/13, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg.de/votv/2016/13.

III. Entschädigungspflichtiges Einspeisemanagement nach dem EEG 2009

In dem Votum 2015/48 hatte die Clearingstelle EEG zu klären, ob die Abregelung eines Windparks während einer durchgeführten EEG-Kapazitätserweiterung (Netzausbau) des Netzes auch dann ein entschädigungspflichtiges Einspeisemanagement darstellt, wenn durch den Netzausbau die ursprünglich vorhandene Netzkapazität eingeschränkt ist und es gleichzeitig zu hoher Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien kommt. Besondere praktische Relevanz hat, wie der für die drohende Netzüberlastung mitursächliche Netzausbau zu behandeln ist. Im konkreten Fall wurde ein leistungsstärkerer Trafo eingebaut. Wäre der betroffene Windpark in seiner Einspeiseleistung wegen zu hoher EE-Einspeisung reduziert worden, ohne dass die Netzkapazität durch den Netzausbau eingeschränkt wird, so hätte dies zu einer Entschädigung geführt.

Die Kammer entschied mehrheitlich, dass der Anlagenbetreiberin die entgangenen Vergütungen zu zahlen sind. Dem Ergebnis stand auch nicht das Urteil des BGH⁵ zur Frage der Entschädigung bei Abschaltungen von Anlagen aufgrund von Wartungs- und Reparaturarbeiten am Netz entgegen. Der BGH hatte entschieden, dass die vorübergehende Trennung einer Biogasanlage vom Netz aufgrund eines wartungsbedingten Austausches einer Lastschaltanlage kein entschädigungspflichtiges Einspeisemanagement ist. Denn die Anlage war unabhängig von der Menge des eingespeisten Stroms und der Netzkapazität wegen Reparaturarbeiten vom Netz getrennt worden, so der BGH. Ein nach dem BGH entschiedener ähnlicher Fall lag dem Votumsverfahren 2015/48 nicht zugrunde. Aufgrund der besonderen Sachlage im vom BGH entschiedenen Fall ist das Urteil des BGH nicht auf jedwede andere Konstellation übertragbar.

Die Anlagenbetreiberin im Votumsverfahren war der Ansicht, es handele sich um ein entschädigungspflichtiges Einspeisemanagement. Der Netzbetreiber hingegen meinte, eine Einspeisemanagementmaßnahme, die auf eine drohende Netzüberlastung reagiere, liege nur im ungestörten Netzbetrieb vor. Der Netzbetrieb sei unter anderem dann gestört, wenn Maßnahmen am Netz die Einspeisung vorübergehend hinderten. Dem war im konkreten Fall nicht zu folgen. Denn netztechnisch gesehen, war es im konkreten Fall unmöglich, den angebotenen Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen, ohne dass eine Netzüberlastung drohte. Der Wortlaut von § 11 Abs. 1 EEG 2009 lässt ein weites Verständnis zu und erfasst zunächst sämtliches Eingreifen des Netzbetreibers, wenn eine Netzüberlastung aufgrund hoher EE-Einspeisung droht.⁶ Dabei kann die Netzüberlastung auch durch den Netzausbau mitverursacht sein, ohne dass nach dem Wortlaut eine „Regelung“ im Sinne des § 11 Abs. 1 EEG 2009 ausgeschlossen ist. Zudem stehen das Einspeisemanagement und die Pflicht zum Netzausbau im EEG 2009 in einem untrennbaren Zusammenhang. Dies ergibt sich bereits aus den wechselseitigen Bezugnahmen der Normen aufeinander, dem Wortlaut von § 11 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 EEG 2009 sowie der Informationspflicht über Abregelungen beim Netzausbau. Ferner sollen mit der Entschädigung die Anlagen-

betreiber von dem Risiko eines für ihre Bedürfnisse nicht ausreichend entwickelten Netzes befreit werden.⁷ Dies trifft auch auf Abschaltungen zu, die während eines Netzausbaus vorgenommen werden, der die Grundsituation des Netzes beeinflusst. Denn in diesem Fall verwirklicht sich dasselbe Risiko, weil der Netzausbau die Folge – ein Reflex – der unzureichenden Netzkapazität ist. Dem Einspeisemanagement kommt eine Brückenfunktion von der Planung bis zur Aufnahme und dem Abschluss des Netzausbaus zu.⁸

IV. Immissionsschutzrechtlicher Vorbescheid und Vertrauensschutz

In dem Verfahren war streitig, ob ein immissionsschutzrechtlicher Vorbescheid für die Errichtung einer Windenergieanlage einer Genehmigung im Sinne der Übergangsbestimmung (§ 100 Abs. 3 EEG 2014) gleichzustellen ist mit der Folge, dass die Vergütungsvorschriften des EEG 2012 anzuwenden sind. Im konkreten Verfahren wurde der Vorbescheid am 15. 2. 2014 erlassen, der neben einer vorläufigen positiven Gesamtbeurteilung Nebenbestimmungen enthielt, die weitere Anforderungen an die Ausstattung der Windenergieanlage und die Durchführung einer gutachterlichen Untersuchung enthielten. Auf der Grundlage des Vorbescheids wurden im März 2014 Teilgenehmigungen erlassen.

Im Ergebnis hat die Clearingstelle EEG verneint, dass der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid mit einer Genehmigung gleichzusetzen ist. Bei immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen wie der Windenergieanlage ist nach der Vorschrift eine Genehmigung erforderlich. Ein Vorbescheid entspricht einer solchen Genehmigung nicht, weil das Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) den Vorbescheid von der Genehmigung unterscheidet. Dem Vorbescheid fehlt der gestattende Teil, die Anlage zu errichten und zu betreiben. Der Begriff der „Genehmigung“ ist eng auszulegen, weil eine Ausdehnung der Vertrauensschutzregelung vom Gesetzgeber nicht gewollt ist. Denn die finanzielle Förderung soll umfassend auf Ausschreibungen umgestellt werden. Das enge Begriffsverständnis und der enge Anwendungsbereich ergeben sich auch aus der relativ kurz gesetzten Frist für die Inbetriebnahme, nachdem die Genehmigung erteilt worden ist. Eine ähnliche Regelung wie in § 100 Abs. 3 EEG 2014 ist auch in § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 enthalten, so dass das Votum 2016/13 auch für die künftige Rechtslage relevant sein dürfte.

5 BGH, Urt. v. 11. 5. 2016 – VIII ZR 123/15, REE 2016, 85.

6 OLG Hamm, Urt. v. 16. 1. 2015 – 7 U 42/14, RdE 2016, 206 [Rdnr. 19].

7 BT-Drs. 16/8148, S. 46; Sötebier, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), Kommentar zum EnWG, 3. Aufl. (2015), § 13 EnWG, Rdnr. 149 und 153.

8 So auch Wustlich/Hoppenbrock, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), Kommentar zum EEG, 3. Aufl. (2011), § 11 EEG, Rdnr. 41; Hoffmann/Herz, REE 2016, 65 [67].