

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

Clearingstelle EEG
Charlottenstraße 65
10117 Berlin

Hinweisverfahren 2015/42 zur Ermittlung des "Referenzertrages" im EEG 2014

Ihr Schreiben vom 28. September 2015

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu den im v.g. Schreiben der Clearingstelle EEG aufgeführten Fragen möchte der BDEW wie folgt Stellung nehmen:

Frage 1:

Sind unter Geltung früherer Fassungen des EEG bestimmte Stillstands- und/oder Drosselungszeiten von WEA bei der Ermittlung des Referenzertrages herausgerechnet worden?

Antwort:

Der BDEW geht zwar davon aus, dass im Rahmen von Anlage 3 EEG 2012 Stillstandszeiten, z.B. aufgrund von Regelaufrufen, in den überwiegenden Fällen nicht für eine Verlängerung des 5-Jahres-Zeitraumes verwendet worden sind. Es ist nach Kenntnis des BDEW aber auch nicht auszuschließen gewesen, dass solche Stillstandszeiten vereinzelt bei der Berechnung der höheren Anfangsvergütung in Form einer entsprechenden Verlängerung berücksichtigt worden sind, weil der Wortlaut von Anlage 3 EEG 2012 nicht eindeutig gewesen war.

Zwar hatte bereits die Begründung zu Anlage 3 EEG 2012 klargestellt, dass eine Verlängerung der Anfangsvergütung aufgrund dieser Stillstandszeiten nicht möglich ist (BT-Drs. 17/6071, S. 97):

19. Oktober 2015
Hn/CW/Hy

Christoph Weißenborn
Recht und Betriebswirtschaft
Telefon +49 30 300199-1514
Telefax +49 30 300199-3514
Christoph.Weissenborn@bdew.de
www.bdew.de

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

Hauptgeschäftsführung
Hildegard Müller (Vorsitzende)
Roger Kohlmann
Dr.-Ing. Anke Tuschek
Martin Weyand

USt-IdNr: DE 814902527
Amtsgericht Charlottenburg
VR 26587 B

BDEW-Vertretung bei der EU
Avenue de Cortenbergh 52
1000 Brüssel
Belgien

Bankverbindung
Berliner Volksbank
IBAN: DE80 1009 0000 8848 0410 00
BIC: BEVODEBB

"Zu Nummer 43 (Anlage 3 EEG)

Nummer 43 enthält im Wesentlichen redaktionelle Folgeänderungen zu der Streichung von § 29 Absatz 3 und 4 sowie dem neu gefassten Leistungsbegriff in § 3 Nummer 6. Daneben 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. In 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. "

Da aber im Zweifel nicht jedem Anlagen- bzw. Netzbetreiber die Gesetzesbegründung bekannt ist bzw. war und der Gesetzeswortlaut beide Auslegungen zuließ, kann eine Auslegung in Form einer entsprechenden Verlängerung für den Einzelfall nicht ausgeschlossen werden.

Frage 2:

Wenn ja, welche und wie wurden diese erfasst und ggf. nachgewiesen?

Antwort:

Unter Berücksichtigung, dass es sich bei entsprechenden Verlängerungen nur um Einzelfälle gehandelt haben könnte, können diejenigen Zeiten des Stillstands der Anlage, z.B. aufgrund einer Regelung einer Anlage insbesondere nach § 14 EEG 2014, durch die ohnehin von den Netzbetreibern nach § 11 EEG 2012 bzw. § 14 EEG 2014 zu veröffentlichenden Stillstandszeiten der Anlagen erfasst werden bzw. worden sein. Hierbei können dann die Zeiten und Messwerte verwendet werden, die einer entsprechenden Entschädigung nach §§ 14,15 EEG 2014 bzw. der Vorgängerregelung zugrunde gelegt werden. Sind die Anlagen mit registrierender Leistungsmessung oder einer anderen Messeinrichtung versehen, die einen Regelungsaufwurf und das Wiederauffahren der Anlage registrieren (z.B. "technische Einrichtungen" nach § 6 EEG 2012 bzw. § 9 EEG 2014), geht der BDEW davon aus, dass die entsprechenden Messwerte der Einrich-

tungen verwendet werden können und dass dies auch in der Vergangenheit so geschah.

Handelt es sich um eine nicht nach § 15 EEG 2014 bzw. § 12 EEG 2012 EEG 2012 entschädigungspflichtige Anlagenregelung, können die Strommengen, die der Anlagenbetreiber aufgrund dieser Anlagenregelung nicht erzeugen konnte, nach dem gleichen Mechanismus berechnet werden, wie wenn die Anlagenregelung entschädigungspflichtig gewesen wäre.

Diese Maßgaben gelten letztendlich auch im Umkehrschluss für die Errechnung der regelungsbedingt nicht erzeugten Strommengen und deren Anrechnung auf den Ertrag der Anlage, wie es Anlage 2 EEG 2014 nun vorgibt. Wenn tatsächliche Messwerte nicht heranziehbar sind, müssen diese näherungsweise durch Parallelbetrachtung vergleichbarer Anlagen generiert werden. Insoweit sei auf die Methoden im Leitfadenspeisemanagement der BNetzA für die Berechnung der Entschädigungszahlungen nach dem EEG, Version 2.1, verwiesen.

Frage 3:

Wenn nunmehr zeitweilige Leistungsreduzierungen, insbesondere auf Grund einer Regelung der Anlage nach § 14 EEG 2014, bei der Ermittlung des Referenzertrages nicht mehr berücksichtigt werden sollen, wie können diese Zeiten erfasst werden?

Antwort:

Hierzu wird auf die Antwort zu Frage 2 verwiesen. Weitergehende Informationen hierzu kann der BDEW nicht bereitstellen.

Frage 4:

Wie wäre ggf. das Verfahren zur Bestimmung des Referenzertrages zu ändern, um die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen?

Antwort:

Weitergehende Informationen zu dieser Frage kann der BDEW nicht bereitstellen.

Frage 5:

Sind hier neue Nachweise/Bescheinigungen vom Anlagenbetreiber zu erbringen? Welche formalen Anforderungen sind hier ggf. an diese zu stellen?

Antwort:

Entsprechende Zeiten bzw. korrespondierende Werte von Leistungsreduzierungen müssten vom Anlagenbetreiber im Rahmen des Gutachtens bzw. Testates berechnet und dargestellt werden, das zur Ermittlung des Referenzertrages bzw. des tatsächlichen Anlagenertrages nach Maßgabe von Anlage 3 EEG 2012 bzw. Anlage 2 EEG 2014 erstellt worden ist oder erstellt werden wird (v.a. "Ertragstestat").

Frage 6:

Anlage 3 EEG 2012 ist in § 100 Abs. 4 EEG 2014 nicht genannt, daher könnten auch Bestandsanlagen von der Korrektur des Wortlauts erfasst sein. Entstehen ggf. besondere Schwierigkeiten bei der Anwendung auf Bestands-WEA? Welche wären dies?

Antwort:

Wie vorstehend zur Frage 1 ausgeführt, geht der BDEW davon aus, dass die Änderung des Wortlautes von Anlage 3 EEG 2012 zu Anlage 2 EEG 2014 hin insoweit klarstellend ist und zumindest für die überwiegenden, in der Praxis bislang gehandhabten Fälle nicht zu einer Änderung der Rechtslage geführt hat.

Im Übrigen und hinsichtlich der anderen Änderungen, die die Anlage 2 EEG 2014 gegenüber der Anlage 3 EEG 2012 aufweist, ist Folgendes festzuhalten:

§ 100 Abs. 1, Einleitungssatz, EEG 2014 ordnet an, dass für Strom aus Anlagen und KWK-Anlagen, die nach dem am 31. Juli 2014 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, die Bestimmungen des EEG 2014 anzuwenden sind, wenn nicht die folgenden Regelungen diesem Grundsatz widersprechen. Anlage 3 EEG 2012 ist wie auch Anlage 4 und 5 EEG 2012 in § 100 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014 nicht genannt.

Der BDEW geht deshalb davon aus, dass Anlage 2 EEG 2014 mit der klarstellenden Definition des Referenzertrages auch für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. August 2014 anzuwenden ist. Dies betrifft dann mindestens **Anlagen im zeitlichen Geltungsbereich des EEG 2012**, da insoweit § 100 Abs. 1 Nr. 1 bis 9 EEG 2014 die Anlage 3 EEG 2012 nicht auf diese Anlagen in den zeitlichen Geltungsbereich des EEG 2014 hin überleitet.

Die Anwendung der Anlage 2 EEG 2014 auf **Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012** ist dagegen zumindest unklar. § 66 Abs. 1, Einleitungssatz, EEG 2012 hatte noch angeordnet, dass das EEG 2009 für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012 zwar prinzipiell fortgilt, d.h. auch Anlage 5 EEG 2009 mit der Berechnung des Referenzertrages. § 66 Abs. 1, Einleitungssatz, EEG 2012 wird allerdings durch § 100 Abs. 1 Nr. 10, Einleitungssatz, EEG 2014 nicht generell auf die Zeit ab dem 1. August 2014 übergeleitet (so auch ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/1891, S. 219, zu Absatz 1 Nummer 10 (neu)).

Nach § 100 Abs. 1 Nr. 10 c) EEG 2014 sollen hinsichtlich der Anlagen des EEG 2009 auch nur die Anlagen 1 bis 4 des EEG 2009 sowie hinsichtlich der Vergütungsbestimmungen für Windenergieanlagen die §§ 29 bis 31 EEG 2009 für vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommene EEG-Anlagen weiter gelten. Anlage 5 EEG 2009, die die Berechnung des Referenzertrages regelte, wird hier allerdings nicht genannt. Dies lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber auch für Windenergieanlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2009 und vor dem 1. Januar 2012 mit Wirkung ab dem 1. August 2014 die Anlage 2 EEG 2014 angewandt wissen wollte.

Insoweit wäre auch unerheblich, dass § 29 Abs. 2 EEG 2009 und 2012 jeweils auf Anlage 3 EEG 2012 bzw. Anlage 5 EEG 2009 verweist. Der Gesetzgeber geht ausweislich § 100 Abs. 1 Nr. 4, 8 und 10 c EEG 2014 davon aus, dass die jeweiligen Grundnormen im Gesetzestext, z.B. § 27 EEG 2009/2012 für Biomasseanlagen sowie § 29 EEG 2009/2012 für Windenergieanlagen, auch nachträglich anderen "Anlagen" des EEG zugeordnet werden können, obwohl dann die Verweisung in diesen Grundnormen nicht mehr korrekt wäre. § 100 Abs. 1 Nr. 10 c) EEG 2014 lässt insoweit auch §§ 27 und 28 EEG 2009 sowie die korrespondierenden Anlagen 1 bis 4 EEG 2009, auf die in diesen Regelungen verwiesen wird,

weitergelten. Für Windenergieanlagen lässt er außerdem §§ 29 bis 31 EEG 2009 weitergelten, allerdings nicht Anlage 5 EEG 2009, auf die in § 29 Abs. 2 EEG 2009 verwiesen wird. Diese Differenzierung lässt erkennen, dass sowohl die Trennung von Grundnorm und Anlage der jeweiligen Fassung des EEG nicht untypisch für die Übergangsregelungen des EEG 2014 ist, als auch, dass der Gesetzgeber für Anlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2009 und vor dem 1. Januar 2012 Anlage 2 EEG 2014 zur Berechnung des Referenzertrages angewandt sehen wollte.

Allerdings geht der BDEW davon aus, dass Anlagen, bei denen der Fünfjahreszeitraum nach § 29 EEG 2009 bzw. EEG 2012 bereits vor dem 1. August 2014 abgelaufen war, nicht der Berechnung des Referenzertrags nach den Vorgaben von Anlage 2 EEG 2014 mehr unterliegen. Für diesen Fünfjahreszeitraum muss die erhöhte Anfangsvergütung gezahlt werden, nach dessen Ablauf aber auch ein entsprechendes (Referenz-) Ertragsgutachten vom Anlagenbetreiber beim Netzbetreiber vorgelegt werden muss. Dieser Ausschluss der Anwendung von Anlage 2 EEG 2014 auf bestimmte Bestandsanlagen ergibt sich nach Ansicht des BDEW aus intertemporalem Recht.

Gemäß den Grundsätzen des intertemporalen Rechts untersteht ein Schuldverhältnis nach seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt und seinen Wirkungen zwar dem Recht, das zur Zeit der Verwirklichung seines Entstehungstatbestandes gegolten hat (BGHZ 10, S. 394; Z 44, S. 194; NJW 1985, S. 2941, ständige Rechtsprechung, vgl. auch Art. 50 sowie Art. 220 und 230 EGBGB). Hier läge mit der Vorlage des Referenzertragsgutachtens allerdings eine in der Vergangenheit bereits vorgenommene und damit abgeschlossene Handlung vor, die gemäß den Grundsätzen des intertemporalen Rechts dann nicht einer anderen rechtlichen Bewertung unterworfen wird, wenn dies vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich so angeordnet worden ist (vgl. hinsichtlich des EEG: BGH, Urteil vom 7. Februar 2007, Az. VIII ZR 225/05, RdE 2007, S. 267, 270 (Tz. 17)). Gleiches gilt für einen bereits am 1. August 2014 abgelaufenen Fünfjahreszeitraum der erhöhten Anfangsvergütung. Eine ausdrückliche Anordnung, dass die Anlage 2 EEG 2014 auch für vor dem 1. August 2014 abgelaufene Fünfjahreszeiträume bzw. auf vor dem 1. August 2014 bereits erstellte Referenzertragsgutachten nachträglich anzuwenden wäre, fehlt aber nach Auffassung des BDEW. Dementsprechend unterlägen solche Windenergieanla-

gen nicht der Anwendung der Anlage 2 EEG 2014, die vor dem 1. August 2009 in Betrieb genommen worden sind, und bei denen der Fünfjahreszeitraum nach § 29 Abs. 2 EEG 2009 bzw. entsprechender Vorgängerregelung vor dem 1. August 2014 abgelaufen war.

Frage 7:

Welche Lösungsmöglichkeiten sehen Sie für die von Ihnen dargestellten Problemlagen?

Antwort:

Die jeweils in Frage kommenden Lösungsmöglichkeiten werden in den vorstehenden Antworten zu Fragen 1 bis 6 beschrieben.

Für Rückfragen steht Ihnen Herr Weißenborn gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Paula Hahn
Rechtsanwältin
Abteilungsleiterin Recht

Christoph Weißenborn
Assessor jur.
Fachgebietsleiter EEG und KWK-G