

# Stellungnahme

## **Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG im Hinweisverfahren 2015/42**

„Referenzertrag“

Berlin, 6. Mai 2016

## **Verfahrensfragen**

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?
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?

## **Stellungnahme:**

Der BDEW teilt in weiten Teilen des Hinweisentwurfs nicht die Rechtsansichten der Clearingstelle EEG. Dies betrifft sowohl die Ausführungen in den Leitsätzen, als auch diejenigen in der Entscheidungsbegründung.

Nach Auffassung des BDEW sind die Regelungsinhalte von Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014, Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 und Anlage 5 Nr. 8 EEG 2009 hinsichtlich der „Berücksichtigung“ von „temporären Leistungsreduzierungen“ identisch. Außerdem sind auch Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. August 2014 von der „Korrektur“ des Wortlauts von Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 zur Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 erfasst, da Anlage 3 EEG 2012 in § 100 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014 nicht genannt ist. Dies gilt allerdings nach BDEW-Auffassung nur für diejenigen Anlagen, bei denen der Fünfjahreszeitraum noch nicht am 1. August 2014 abgelaufen war.

Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

### **I. Leitsätze**

Hinsichtlich der Leitsätze 1 bis 3 wird auf die nachstehenden Ausführungen unter Nr. 2.1 bis Nr. 2.3 verwiesen.

Außerdem sollte Leitsatz 3 eingeleitet werden mit „Leitsatz Nummer 1“ anstelle von „Nummer 1“, da ansonsten das Bezugsobjekt unklar ist. Schließlich muss der erste Satz dieses Leitsatzes mindestens um die Bedingung erweitert werden, dass auf diese Anlagen nicht § 100 Abs. 3 EEG 2014 anwendbar ist. Ist diese Regelung anwendbar und sind die Anlagen nach dem 31. Juli 2014 und vor dem 1. Januar 2015 in Betrieb genommen worden, ordnet § 100 Abs. 3 EEG 2014 die Anwendung von § 100 Abs. 1 EEG 2014 an. Nach der im Hinweisentwurf niedergelegten Ansicht der Clearingstelle bedeutet das aber, dass auch Anlage 3 EEG 2012 auf die Anlagen anzuwenden ist, und nicht Anlage 2 EEG 2014.

## II. Entscheidungsbegründung

### 1. Regelungsinhalt von Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014

Der BDEW teilt die Rechtsansicht der Clearingstelle EEG nicht, dass Anlage 2 Nr. 7 Satz 2 EEG 2014 und Anlage 3 Nr. 8 Satz 2 EEG 2012 zu unterschiedlichen Rechtsfolgen geführt haben. Dies gilt auch im Vergleich zu Anlage 5 Nr. 8 EEG 2009.

Die Regelungen lauten wie folgt:

#### **Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014:**

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

#### **Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012:**

*„Bei 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-Immissionsschutzgesetz maximal erbringen darf. Temporäre Leistungsreduzierungen insbesondere auf Grund einer Regelung der Anlage nach § 11 sind nicht zu berücksichtigen.“*

#### **Anlage 5 Nr. 8 EEG 2009:**

*„Bei der Anwendung des Referenzertrags 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. Temporäre Leistungsreduzierungen sind nicht zu berücksichtigen.“*

Mit diesen Regelungen gehen folgende Begründungen einher:

#### **EEG 2014<sup>1</sup>:**

*„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*

---

<sup>1</sup> Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/1304, S. 186.

Verlängerung der Anfangsförderung führen. Um dies zu erreichen, müssen sie bei der Anwendung des Referenzertrages berücksichtigt werden, was nunmehr klargestellt wird.“

#### **EEG 2012<sup>2</sup>:**

*„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.“*

#### **EEG 2009<sup>3</sup>:**

*„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.“*

Aus den Begründungen ist ablesbar, dass in allen drei Fällen die Zeiten einer temporären Leistungsreduzierung und die hiermit korrespondierenden Strommengen nicht zu einer Verlängerung der höheren Anfangsvergütung führen sollten. Dementsprechend sind die korrespondierenden Strommengen nach Auffassung des BDEW nach sämtlichen Regelungen des EEG 2009 bis EEG 2014 jeweils auf den Standortertrag der ersten fünf Betriebsjahre aufzuschlagen gewesen, ohne dass eine Verlängerung des jeweiligen Anfangszeitraums in Frage kommen konnte.

Der insoweit mit den Ausführungen in den jeweiligen Gesetzesbegründungen nicht durchgehend übereinstimmende Gesetzeswortlaut trägt nach Auffassung des BDEW dem Umstand Rechnung, dass

*„Temporäre Leistungsreduzierungen ..... sind zu berücksichtigen.“*

bzw.

*„Temporäre Leistungsreduzierungen ..... sind nicht zu berücksichtigen.“*

---

<sup>2</sup> Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/6071, S. 97.

<sup>3</sup> Beschlussempfehlung des Deutschen Bundestages, BT-Drs. 16/9477, S. 33.

durchaus verschiedene Bedeutungsinhalte haben können. Eine „Berücksichtigung“ im Sinne der jeweiligen Regelung kann in den folgenden Formen erfolgen:

- a. Die abgeregelte Leistung der betreffenden Windenergieanlage müsste als Summe der Leistungsreduzierungen innerhalb der fünf Kalenderjahre von der installierten Gesamtleistung der Anlage als Abzugsbetrag „berücksichtigt“ werden, mit der Folge, dass die installierte Gesamtleistung der Anlage verringert werden würde und damit relativ gesehen kein Minderertrag der Anlage gegenüber dem Ertrag entstehen würde, den die Anlage ohne diese Leistungsreduzierungen gehabt hätte.
- b. Die abgeregelte Leistung der betreffenden Windenergieanlage wäre als Summe der Leistungsreduzierungen innerhalb der fünf Kalenderjahre nicht von der installierten Gesamtleistung der Anlage abzuziehen und würde damit als Verlängerungspotential „berücksichtigt“ werden.

Im ersteren, unter a. genannten Fall würden die Leistungsreduzierungen nicht zu einer Verlängerung der Dauer der Anfangsvergütung führen, da gleichermaßen Leistung und der zu erwartende Ertrag reduziert werden würden. Eine Alternativ-Berechnung hierzu wäre, dass nicht die installierte Leistung der Anlage um die temporären Leistungsreduktionen verringert werden würde, sondern dass der tatsächliche Standortertrag um diese durch diese Leistungsreduktionen nicht erzeugten bzw. eingespeisten Strommengen erhöht werden würde. Das Ergebnis wäre weitestgehend das Gleiche.

Demgegenüber würde im zweiten Fall ein verlängerter Zeitraum der Anfangsvergütung entstehen: Die installierte Leistung würde nicht um die Summe der abgeregelten Leistung korrigiert werden, aber der tatsächliche Ertrag der Anlage gleichbleiben. Dadurch würde sich dementsprechend das Missverhältnis zwischen Referenzertrag (auf Basis der installierten Leistung) und tatsächlichem Ertrag (auf Basis der tatsächlichen, temporär reduzierten Leistung) erhöhen. Dies würde dann zu einer Verlängerung der Anfangsvergütung führen.

Insoweit kann „berücksichtigen“ gemäß dem *Gesetzeswortlaut* einerseits den Abschlag bei der installierten Leistung der Anlage meinen, andererseits aber auch die Beibehaltung der installierten Leistung bzw. des tatsächlichen Ertrages der Anlage unter Verlängerung der Anfangsvergütung und einer hierdurch erfolgten „Berücksichtigung“ der Leistungsreduzierungen. Die entsprechenden Gesetzesbestimmungen des EEG 2014, EEG 2012 und EEG 2009 sind wegen unklarer Bezugnahme des Begriffes „berücksichtigen“ uneindeutig und missverständlich. Sie sind folglich der weiteren Auslegung zugänglich.

Hinsichtlich des *Sinns und Zwecks der Regelungen* führen die vorstehend genannten Begründungen zum EEG 2014 und 2012 aus, dass die genannten temporären Leistungsreduzierungen nicht zu einer Verlängerung der Anfangsförderung führen sollen. Darüber hinaus ist durch die Verwendung der Worte

*„Anlage 2 entspricht nahezu vollständig Anlage 3 zum EEG 2012. Allerdings war Nummer 8 Satz 2 bisher fehlerhaft formuliert.“*

in der Begründung des Regierungsentwurfs auch verdeutlicht, dass der Wortlaut der Anlage 3 EEG 2012 insoweit „fehlerhaft formuliert“ war. Die darauf folgende Begründung, insbesondere dass Abregelungen der Anlage nicht zu einer Verlängerung der Anfangsvergütung führen

sollen, ist vom EEG 2012 zum EEG 2014 beibehalten worden. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass dies dem Willen des Gesetzgebers hinsichtlich des EEG 2012 und 2014 entsprach.

Dieser Wille ist aus der Begründung zum EEG 2009 nicht präzise ablesbar. Allerdings steht die dortige Begründung dem vorstehenden Ergebnis auch nicht entgegen.

Aus der *Gesetzesgenese* sowie der *Gesetzessystematik* lassen sich keine weitergehenden Erkenntnisse entnehmen. Dementsprechend geht der BDEW davon aus, dass seit dem EEG 2009

- die um temporäre Leistungsreduzierungen verringerte installierte Leistung der Anlage genauso wie
- der tatsächliche Ertrag der Anlage

der Berechnung einer möglichen Verlängerung der Anfangsvergütung zugrundegelegt werden muss, ohne dass eine Verlängerung dieses Zeitraumes aufgrund dieser temporären Leistungsreduzierungen durchgeführt werden musste. Alternativ hierzu kann die installierte Leistung der Anlage gleichbehalten werden, und dafür der tatsächliche Ertrag der Anlage um die Strommengen angehoben werden, die den temporären Leistungsreduzierungen entsprechend bzw. entsprachen.

Soweit die Rechtsliteratur überhaupt auf die Problematik der „temporären Leistungsreduzierungen“ eingeht, entspricht die dort genannte Ansicht der hier vom BDEW vertretenen Ansicht zum EEG 2014<sup>4</sup> und EEG 2012<sup>5</sup>. Diese Rechtsliteratur geht insbesondere davon aus, dass sich vom EEG 2012 zum EEG 2014 insoweit nichts geändert hat.<sup>6</sup>

Die Clearingstelle EEG führt in Rdn. 46 des Hinweistwurfs Zitatstellen aus der Literatur für die Stützung ihrer Ansicht an. Dies ist aber insoweit missverständlich:

Wie vorstehend dargelegt, kann eine „Berücksichtigung“ mit weitestgehend demselben Effekt entweder durch einen Abschlag der „temporären Leistungsreduzierungen“ von der installierten Leistung der Anlage oder durch einen Aufschlag der durch die Reduzierungen nicht erzeugten Strommengen auf den tatsächlichen Ertrag der Anlage geschehen, jeweils in demselben Umfang. Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014, Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 und Anlage 5 Nr. 8 EEG 2009 wählen als gesetzliche „Korrektur“ einen Abzug von der installierten Leistung. Dies wird insbesondere für den dort genannten Fall deutlich, dass die Anlage aus genehmigungsrechtlichen Gründen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz maximal nur eine bestimmte Leistung erbringen darf. Hier wird als Grundparameter die Leistung bzw. installierte Leistung der Anlage genommen,

*„höchstens jedoch diejenige Leistung, die die Anlage aus genehmigungsrechtlichen Gründen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz maximal erbringen darf.“*

Der tatsächliche Ertrag der Anlage bleibt daher nach dem Gesetzeswortlaut unkorrigiert. Dann ist aber nach Vorstellung des Gesetzgebers ohnehin immer nur der „tatsächliche Er-

---

<sup>4</sup> Schulz, in: Säcker, Energierecht, Sonderband, EEG 2014, Anlage 2 Rdn. 11.

<sup>5</sup> Schulz, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl., EEG, § 29 Rdn. 35.

<sup>6</sup> Schulz, in: Säcker, Energierecht, Sonderband, EEG 2014, Anlage 2 Rdn. 11.

trag“ der Anlage als Berechnungsparameter zu verwenden, unter Reduzierung der installierten Leistung um die jeweiligen „temporären Leistungsreduzierungen“.

Die genannten Literaturmeinungen sprechen sich folglich insoweit zwar für die Annahme eines „tatsächlichen Ertrags“ der Anlage als Berechnungsparameter aus. Sie geben damit allerdings auch nur den Gesetzeswortlaut wieder. Sie sprechen insbesondere nicht dagegen, dass die installierte Leistung der Anlage als Berechnungsparameter entsprechend um die „temporären Leistungsreduzierungen“ reduziert wird. Daher sind die Literaturmeinungen zur Stützung der Rechtsansicht der Clearingstelle EEG nicht ergiebig.

## **2. Von den Regelungen im EEG 2014, EEG 2012 und EEG 2009 erfasste Leistungsreduzierungen**

Der Wortlaut der jeweiligen Regelungen im EEG 2014 bis EEG 2009 trifft keine Unterschiede zwischen bestimmten Leistungsreduzierungen:

### **Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014:**

*„Temporäre Leistungsreduzierungen, insbesondere auf Grund einer Regelung der Anlage nach § 14, (...)“*

### **Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012:**

*„Temporäre Leistungsreduzierungen insbesondere auf Grund einer Regelung der Anlage nach § 11 (...)“*

### **Anlage 5 Nr. 8 EEG 2009:**

*„Temporäre Leistungsreduzierungen sind nicht zu berücksichtigen.“*

Die Verwendung der Bezeichnung „insbesondere“ in Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 und Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 rechtfertigt es daher nicht, sonstige temporäre Leistungsreduzierungen, wie nach §§ 13 und 14 EnWG, aus der Betrachtung der jeweiligen Regelung herauszunehmen.

Es wäre zwar insoweit denkbar, dass bei Anlagenregelungen eine Kompensation für die entgangene Förderung eintritt, wenn die Anlagenregelungen in einer Entschädigungspflicht des Netzbetreibers münden würden. Dann wäre eine Verlängerung des Anfangs-Vergütungszeitraums für diese Anlagen nicht notwendig. Allerdings ist aus dem Wortlaut der drei Regelungen keinerlei Beschränkung der Begriffe „Temporäre Leistungsreduzierungen“ auf solche Leistungsreduzierungen erkennbar, die entschädigungspflichtig wären.

Auch das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage, das bei der Abfassung der drei Fassungen des EEG zugrunde gelegt worden ist, verdeutlicht in Rdn. 88<sup>7</sup>, dass die Verwendung des Begriffes „insbesondere“ keineswegs den Regelungsinhalt auf den insoweit in Bezug

---

<sup>7</sup> Link: [http://hdr.bmj.de/page\\_b.1.html?suchfeld=insbesondere#an\\_88](http://hdr.bmj.de/page_b.1.html?suchfeld=insbesondere#an_88).

genommenen Begriff beschränkt, sondern dass die gesetzliche Regelung vielmehr weitere Fälle derselben Gattung erfassen soll:

*„Um einzelne Elemente einer Vorschrift zu erläutern oder zu konkretisieren, können Zusätze eingefügt werden, die mit „insbesondere“, „zum Beispiel“, „beispielsweise“ oder „in der Regel“ beginnen. Diese Einleitungen werden verwendet, wenn auch andere gleichartige Fälle, die im Zusatz nicht ausdrücklich genannt werden, von der Vorschrift erfasst werden sollen.“*

Die vorstehend zitierte Gesetzesbegründung zum EEG 2014 könnte zwar eine entsprechende Beschränkung nahelegen. Allerdings ergibt sich diese nicht aus dem Gesetzeswortlaut. Ist dieser wie hier eindeutig, ist er nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs nicht mehr der Auslegung zugänglich.<sup>8</sup>

Folglich sind jegliche „temporären Leistungsreduzierungen“ Gegenstand der Regelungen in Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014, Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 und Anlage 5 Nr. 8 EEG 2009 (gewesen). Dies umfasst auch solche, die entschädigungsfrei aus §§ 13 und 14 EnWG resultieren bzw. resultierten. Eine alleinige Bezugnahme der Regelungen auf temporäre Leistungsreduzierungen, die eine Entschädigung nach § 12 EEG 2009, § 12 EEG 2012 oder § 15 EEG 2014 nach sich gezogen haben, ist aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts nicht gerechtfertigt.

Insoweit ist unter Betrachtung der Randnummern 33 und 35 des Hinweistwurfs der Clearingstelle EEG auch unklar, ob nach Ansicht der Clearingstelle EEG nur entschädigungspflichtige Regelungsmaßnahmen nach §§ 14 und 15 EEG 2014 zu einer „Berücksichtigung“ der Strommengen bei der Berechnung des Gesamtertrages der Anlage führen würden, oder ob auch andere Regelungsmaßnahmen hierzu führen können. Leitsatz 2 des Hinweistwurfs legt nahe, dass entgegen Rdn. 35 des Hinweistwurfs wohl nur entschädigungspflichtige Maßnahmen gemeint sein sollen, nicht aber sonstige Maßnahmen.

### **3. Vom Regelungsinhalt in Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 erfasste Anlagen**

Da die Anlage 3 EEG 2012 in § 100 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014 nicht genannt ist, sind auch Bestandsanlagen von der „Korrektur“ des Wortlauts von Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 zur Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 erfasst. Dies gilt allerdings nach BDEW-Auffassung nur für diejenigen Anlagen, bei denen der Fünfjahreszeitraum noch nicht am 1. August 2014 abgelaufen war. Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

§ 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 dort 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 ge-

---

<sup>8</sup> BVerfGE 71, S. 354, 363; E 69, S. 315, 371; E 59, S. 330, 334; E 8, S. 38, 41; BGHZ 46, S. 76.



nannt. Stattdessen lässt § 100 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014 die Anlage 1 und 2 des EEG 2012 für die Bestandsanlagen weiter gelten.

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.<sup>9</sup>

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 es auch unerheblich, dass § 29 Abs. 2 EEG 2009 und EEG 2012 jeweils auf Anlage 3 EEG 2012 bzw. Anlage 5 EEG 2009 verweisen. 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“ einer Fassung des EEG zugeordnet werden können, obwohl dann die Verweisung in diesen Grundnormen nicht mehr korrekt wäre:

§ 100 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014 lässt für Biomasseanlagen die §§ 27 bis 27c EEG 2012 samt der für Biomasse relevanten Anlagen 1 und 2 EEG 2012 ausdrücklich weiter anwendbar sein. Für Windenergieanlagen sollen demgegenüber nur die §§ 29 und 30 EEG 2012 weiter gelten. Eine Anordnung der Weitergeltung der Anlage 3 EEG 2012 fehlt.

§ 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 wiederum wie beim EEG 2012 nicht Anlage 5 EEG 2009, auf die in § 29 Abs. 2 EEG 2009 verwiesen wird.

Besondere Gründe, die rechtfertigen würden, dass

---

<sup>9</sup> So auch ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/1891, S. 219, zu Absatz 1 Nummer 10 (neu).

- bei Biomasseanlagen die Paragraphen und die dazugehörigen Anlagen kraft ausdrücklicher Einbeziehung und
- bei Windenergieanlagen die Paragraphen kraft ausdrücklicher Einbeziehung und die dazugehörigen Anlagen nur über die jeweils korrespondierenden Paragraphen

weitergelten können und sollen, sind aus den Gesetzesmaterialien und der Gesetzeshistorie nicht erkennbar.

Diese Differenzierung lässt vielmehr 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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 im EEG 2014.

Dementsprechend unterlägen solche Windenergieanlagen nicht der Anwendung der Anlage 2 EEG 2014, die vor dem 1. Januar 2012 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.

Außerdem sollte folgendes in der Entscheidung der Clearingstelle EEG klargestellt werden: Die Clearingstelle EEG kommt im Hinweistwurf zu der Ansicht, dass Anlage 2 Nr. 7 EEG

---

<sup>10</sup> BGHZ 10, S. 394; Z 44, S. 194; NJW 1985, S. 2941, ständige Rechtsprechung, vgl. auch Art. 50 sowie Art. 220 und 230 EGBGB.

<sup>11</sup> Vgl. hinsichtlich des EEG: BGH, Urteil vom 7. Februar 2007, Az. VIII ZR 225/05, RdE 2007, S. 267, 270 (Tz. 17).

2014 und Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 einen unterschiedlichen Bedeutungsinhalt haben und dass für Anlagen im zeitlichen Anwendungsbereich des EEG 2012 die Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012 gilt. Dann wäre aber konsequenterweise auch hervorzuheben, dass Anlage 2 Nr. 7 EEG 2014 für diejenigen Windenergieanlagen nicht gilt, auf die § 100 Abs. 3 EEG 2014 anwendbar ist. Ist diese Regelung anwendbar und sind die Anlagen nach dem 31. Juli 2014 und vor dem 1. Januar 2015 in Betrieb genommen worden, ist nach § 100 Abs. 3 EEG 2014 § 100 Abs. 1 EEG 2014 anzuwenden. Dies hätte nach der im Hinweistwurf dargelegten Ansicht der Clearingstelle EEG zur Konsequenz, dass Anlage 3 EEG 2012 auch auf diese Anlagen anzuwenden ist, und nicht Anlage 2 EEG 2014.

### **III. Hinweise zu einzelnen Randnummern des Hinweisturfs:**

#### **Rdn. 17:**

Die dortige Aussage irritiert insoweit, als sie das Ergebnis der Auslegung bereits vorweg nimmt, nämlich, dass Anlage 2 Nr. 7 Satz 2 EEG 2014 zu einer anderen Rechtsfolge führt, als Anlage 3 Nr. 8 EEG 2012.

#### **Ansprechpartner:**

Ass. iur. Christoph Weißenborn  
Geschäftsbereich  
Recht und Betriebswirtschaft  
Telefon: +49 30 300199-1514  
christoph.weissenborn@bdew.de