



Stellungnahme des zum Empfehlungsverfahren 2019/18 der EEG-Clearingstelle – Negative Strompreise – Anlagenzusammenfassung bei Windenergie- und sonstigen Anlagen

23.09.2019

Die Clearingstelle EEG|KWKG hat in ihrer Sitzung am 10.07.2019 beschlossen, ein Empfehlungsverfahren zu folgender Frage einzuleiten:

Wie ist im Rahmen von § 51 Abs. 3 Nr. 1 und 2 EEG 2017 die Anlagenzusammenfassung gemäß § 24 Abs. 1 EEG 2017 auf Windenergieanlagen bzw. sonstige Anlagen entsprechend anzuwenden?

Wir bedanken uns für die Gelegenheit der Stellungnahme, die wir nachfolgend mit Blick auf Windenergieanlagen wahrnehmen.

Inhalt

I.	Ergebnisse der rechtlichen Einschätzungen	2
II.	Rechtliche Erwägungen.....	4
1.	Windhundprinzip ist anzuwenden	4
2.	Keine Einbeziehung von WEA mit Inbetriebnahme vor 2016	5
3.	Keine Anwendbarkeit von § 24 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017	7
4.	Aktuelle Lage der Branche	8
5.	Sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe	8
a.	Tatbestandsmerkmal	8
b.	Prüfungsreihenfolge	11
6.	Lediglich Widerlegliche Vermutung.....	11
7.	Nachvollziehbare Gründe für kleinere Anlagen berücksichtigen	12

I. Ergebnisse der rechtlichen Einschätzungen

Hinsichtlich der Anlagenzusammenfassung von Windenergieanlagen (im Folgenden: WEA) kommen wir zu folgenden Ergebnissen:

1. Windhundprinzip anzuwenden

Aus der in § 51 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2017 bestimmten entsprechenden Anwendung von § 24 Abs. 1 EEG 2017 folgt, dass die Leistung mehrerer WEA, die jeweils eine Leistung von weniger als 3 MW aufweisen, unter den dort genannten Voraussetzungen zusammengerechnet werden kann. Überschreitet die gesamte Leistung der WEA, auf die die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 EEG 2017 zutreffen, die Leistungsschwelle von 3 MW, gilt die Verringerung des Zahlungsanspruchs bei negativen Preisen für alle WEA, beginnend mit derjenigen, die erstmals die Leistungsschwelle überschreitet. Für die Zusammenfassung knüpft § 24 Abs. 1 EEG 2017 an „den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator“ an und nimmt in der Reihenfolge der Inbetriebnahme demnach diejenigen Anlagen, die die Leistungsschwelle unterschreiten, von der Sanktion aus (sog. Windhundprinzip).

2. Keine Einbeziehung von WEA mit Inbetriebnahme vor 2016

WEA, die vor dem 01.01.2016 in Betrieb genommen wurden, sind bei der Zusammenfassung von mehreren Anlagen nicht zu berücksichtigen, da diese bereits nach dem Wortlaut in § 24 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2014 bzw. § 100 Abs. 1 Satz 4 EEG 2017 bei der Regelung der Förderreduzierung unberücksichtigt bleiben. Auch Sinn und Zweck der Regelung, die Umsetzung der Vorgaben aus den Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien der Europäischen Kommission, rechtfertigt kein anderes Ergebnis, weil der dort benannte Stichtag die davor in Betrieb genommenen Anlagen eben insgesamt ausnimmt. Es wäre schließlich nicht zu rechtfertigen, wenn Neuanlagen ohne weiteren Grund abhängig davon unterschiedlich behandelt würden, ob in unmittelbarer räumlicher Nähe bereits Bestandsanlagen in Betrieb genommen wurden (und damit die 3-MW Grenze überschritten wird) oder eben nicht.

3. Keine Anwendbarkeit von § 24 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017

Die entsprechende Anwendung des § 24 in § 51 Abs. 3 Nr. 1 und 2 EEG 2017 bedeutet unseres Erachtens, dass die Voraussetzung von § 24 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017, die fordert, dass der Förderanspruch in Abhängigkeit von der Bemessungsleistung oder der installierten Leistung besteht, nicht anzuwenden ist. Wenn § 24 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 Anwendung finden würde, würde der entsprechende Verweis in § 51 Abs. 3 Nr. 1 und 2 EEG 2017 leerlaufen.

4. Aktuelle Lage der Branche

Bei der Anwendung von § 24 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 geht es darum, ein Anlagensplitting zu vermeiden, um – bei Windenergie – entweder nicht am Ausschreibungsverfahren teilnehmen zu müssen (§ 22 EEG 2017) oder um die Anwendung der Regelung des § 51 EEG 2017 zu vermeiden.

Wir wollen an dieser Stelle deutlich machen, dass bei der aktuellen Rechtslage und dem derzeitigen Ausschreibungsverfahren kein Anlagenbetreiber eine geringere Leistung wählen wird, um diese Ziele zu vermeiden, denn die geringere Leistung der Windenergieanlage wird auf jeden Fall wirtschaftlich nachteiliger sein, als im Ausschreibungsverfahren teilzunehmen oder unter § 51 EEG 2017 zu fallen.

5. Sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe

Der Begriff der unmittelbaren räumlichen Nähe wird bislang ausschließlich im Kontext Biogas und PV diskutiert und wird – zumindest aus Perspektive eines Windparks – eher eng verstanden. In der Regel wird sich deshalb bei Windparks wohl bezweifeln lassen, dass zwischen Einzelanlagen eine unmittelbare räumliche Nähe vorliegt. Fehlt es an dieser, erfolgt aber keine Anlagenzusammenfassung und entsprechend unterfallen die Einzelanlagen dann nicht § 51 EEG 2017, da sie alleine die relevanten 3 MW nicht erreichen. **Wir verweisen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 24 Abs. 1 EEG auch auf unsere Stellungnahme zum Empfehlungsverfahren 2017/11 vom 31.07.2017.**

Wir sind ferner der Auffassung, dass Voraussetzungen für das Tatbestandsmerkmal „sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ zwei Schritten wie folgt zu prüfen sind:

- Die räumliche Nähe ist ausgeschlossen, weil die betrachteten Grundstücke oder Betriebsgelände durch zwischenliegende, separate Straßen oder Eisenbahn-Grundstücke voneinander abgegrenzt werden,¹ und
- wenn die Unmittelbarkeit so nicht ausgeschlossen wird, Prüfung der weiteren, von der Clearingstelle EEG|KWKG angegebenen Kriterien.²

6. Lediglich widerlegliche Vermutung

Selbst wenn die in § 24 Abs. 1 EEG 2017 geregelten Voraussetzungen vorliegen, spricht dies nur als widerlegliche Vermutung dafür, dass eine missbräuchliche Umgehung der Fördervorschriften vorliegt, die eine Zusammenfassung der Leistung erforderlich macht. Soweit keine solche missbräuchliche Umgehung der Fördervorschriften gegeben ist, wird die gesetzliche Vermutung zur Anlagenzusammenrechnung widerlegt.

7. Nachvollziehbare Gründe für kleinere Anlagen berücksichtigen

Bei den Kriterien, die für die Anlagenzusammenfassung mehrerer Windenergieanlagen in der Empfehlung vom 27.09.2018, Az. 2017/11 unter Rn 126 genannt werden, sollte deutlich gemacht werden, dass eine Anlagenzusammenfassung dann ausgeschlossen ist, wenn eine kleinere Anlageleistung gewählt wurde, weil hierfür objektive, nachvollziehbare Gründe vorliegen, wie z.B. Flächenverfügbarkeit der Grundstücke, Höhenbegrenzung im Flächennutzungsplan usw.

¹ Empfehlung der Clearingstelle EEG|KWKG vom 27.09.2018, Az. 2017/11 Rn. 97

² aaO Rn. 126

II. Rechtliche Erwägungen

1. Windhundprinzip ist anzuwenden

Die Reduzierung der Förderung bei langanhaltenden negativen Strompreisen nach § 51 EEG 2017 ist für Anlagen anzuwenden, die ab dem 01.01.2016 in Betrieb genommen worden sind. Eine Einschränkung folgt für WEA aus § 51 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2017, der wie folgt lautet:

„(3) Die Absätze 1 und 2 sind nicht anzuwenden auf

- 1. Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung von weniger als 3 Megawatt, wobei § 24 Abs. 1 entsprechend anzuwenden ist, (...)“*

§ 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017, der unter bestimmten Voraussetzungen die Zusammenfassung der Leistung von Anlagen anordnet, wenn die Höhe der im Gesetz geregelten Förderung von der installierten Leistung abhängig ist, lautet:

„(1) Mehrere Anlagen sind unabhängig von den Eigentumsverhältnissen zum Zweck der Ermittlung des Anspruchs nach § 19 Abs. 1 und zur Bestimmung der Größe der Anlage nach § 21 Abs. 1 oder § 22 für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage anzusehen, wenn

- 1. sie sich auf demselben Grundstück, demselben Gebäude, demselben Betriebsgelände oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden,*
- 2. sie Strom aus gleichartigen erneuerbaren Energien erzeugen,*
- 3. für den in ihnen erzeugten Strom der Anspruch nach § 19 Abs. 1 in Abhängigkeit von der Bemessungsleistung oder der installierten Leistung besteht und*
- 4. sie innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen worden sind. (...)“ (Hervorhebung durch die Verfasserin)*

Aus der in § 51 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2017 bestimmten entsprechenden Anwendung von § 24 Abs. 1 EEG 2017 folgt, dass der Netzbetreiber die Leistung mehrerer WEA, die jeweils eine Leistung von weniger als 3 MW aufweisen, unter den dort genannten Voraussetzungen zusammenrechnen kann. Überschreitet die gesamte Leistung der WEA, auf die die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 EEG 2017 zutreffen, die Leistungsschwelle von 3 MW, gilt die Verringerung des Zahlungsanspruchs bei negativen Preisen für alle Windenergieanlagen, beginnend mit derjenigen, die erstmals die Leistungsschwelle überschreitet.

Somit betrifft die Anwendung von § 24 Abs. 1 EEG 2017 nur diejenigen Anlagen, die in der Reihenfolge der Inbetriebnahme den Schwellenwert von 3 MW überschreiten, denn für die Zusammenfassung knüpft § 24 Abs. 1 EEG 2017 an „den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator“ an und nimmt in der Reihenfolge der Inbetriebnahme demnach diejenigen Anlagen, die die Leistungsschwelle unterschreiten, von der Sank-

tion aus.³ Es gilt insoweit das „Windhundprinzip“. Das ist auch zutreffend, weil Betreiber von zunächst in Betrieb genommenen Anlage(n) mit einer Leistung von insgesamt weniger als 3 MW nicht damit rechnen müssen, von einer Sanktion betroffen zu werden, die erst ab der Leistungsschwelle von 3 MW gelten soll. Dies insbesondere auch deswegen, weil sie hierauf regelmäßig keinen Einfluss haben und daher für den Betrieb ihrer Anlage von einer insoweit uneingeschränkten Förderung ausgehen dürfen. Sie müssen also nicht mit einer nachträglichen Entwertung ihres Förderanspruchs durch heranrückende Konkurrenten rechnen (falls bei WEA hier einmal die „sonstige unmittelbare räumliche Nähe“).

2. Keine Einbeziehung von WEA mit Inbetriebnahme vor 2016

§ 24 EEG 2014 und § 51 EEG 2017 zur Förderreduzierung in langanhaltenden Phasen negativer Börsenstrompreise dienen der Umsetzung einer Forderung der Europäischen Kommission. Hintergrund für die Reduzierung der Förderung auf null in langanhaltenden Phasen negativer Börsenstrompreise gemäß § 24 EEG 2014 bzw. § 51 EEG 2017 ist die Regelung in Randziffer 124 der „Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 der Europäischen Kommission“ („Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien der Europäischen Kommission“).

Dort heißt es:

„Um einen Anreiz für die Integration von Strom aus erneuerbaren Energiequellen in den Markt zu schaffen, ist es wichtig, dass die Beihilfeempfänger ihren Strom direkt auf dem Markt verkaufen und Marktverpflichtungen unterliegen. Ab dem 1. Januar 2016 müssen alle neuen Beihilferegelungen und sonstigen Beihilfemaßnahmen alle folgenden Voraussetzungen erfüllen:

(...)

c) Es werden Maßnahmen getroffen, um sicherzustellen, dass die Stromerzeuger keinen Anreiz haben, Strom zu negativen Preisen zu erzeugen.“

Der nationale Gesetzgeber hat daraufhin zunächst die Regelung in § 24 EEG 2014 erlassen und diese mit Wirkung ab dem 01.01.2017 durch die inhaltsgleiche Bestimmung des § 51 EEG 2017 ersetzt. Beide Regelungen schränken den Förderanspruch aus dem EEG in langanhaltenden Phasen negativer Börsenstrompreise ein und stellen eine Ausnahme zu dem ansonsten uneingeschränkten Anspruch auf Förderung nach dem EEG dar. Als Ausnahmeregelungen sind die Tatbestände grundsätzlich eng auszulegen. Von der Förderreduzierung hat der Gesetzgeber dann u.a. WEA mit einer installierten Leistung von weniger als 3 MW ausgenommen. Als Ausnahme von diesem Befreiungstatbestand und lediglich zu Zwecken der Einschränkung etwaiger Umgehungsversuche ist die Zusammenfassung der installierten Leistung mehrerer ab dem 01.01.2016 in Betrieb genommenen WEA unter entsprechender Anwendung der in § 24 Abs. 1 EEG 2017 genannten Voraussetzungen geregelt worden.

³ vgl. etwa Hennig/von Bredow in Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG Kommentar (5. Aufl.), § 29 Rn. 44; Oschmann in Altröck/Oschmann/Theobald, EEG (4. Aufl.), § 19 Rn. 57; Reshöft in Reshöft/Schäfermeier, EEG (4. Aufl.), § 19 Rn. 13, 19 zu den insoweit gleichlautenden Vorgängerregelungen in § 19 Abs. 1 EEG 2012 und § 32 EEG 2014

Dies stellte der Gesetzgeber sogar ausdrücklich klar, indem er in der Gesetzesbegründung zum EEG 2017 betonte, dass die fiktive Zusammenfassung mehrerer WEA im Hinblick auf § 51 EEG 2017 eingeführt wurde, „um zu verhindern, dass mehrere Kleinanlagen errichtet werden, um diese Privilegierung auszunutzen“.⁴

Nach dem EEG 2017 dürfte die Einbeziehung von Bestandsanlagen mit Inbetriebnahme bis Ende 2015 auch für die Zusammenfassung bei der Ermittlung der Leistungsschwelle bereits aufgrund von § 100 Abs. 1 Satz 4 EEG 2017 ausgeschlossen sein. **Erfolgte also über den Jahreswechsel 2015/2016 ein Zubau von Neuanlagen, kommt eine Reduzierung der Förderung nach § 51 Abs. 1 EEG 2017 nur für solche Neuanlagen in Betracht, die nach dem Stichtag errichtet wurden und selbst oder mit weiteren nach dem Stichtag, aber vor der jeweiligen Anlage errichteten weiteren Neuanlage(n) zusammen den maßgeblichen Schwellenwert überschreiten.**⁵

Auch Sinn und Zweck der Regelung, die Umsetzung der Vorgaben aus den Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien der Europäischen Kommission, rechtfertigt kein anderes Ergebnis, weil der dort benannte Stichtag die davor in Betrieb genommenen Anlagen eben insgesamt ausnimmt.⁶ Letztlich würden Neuanlagen ohne rechtfertigenden Grund abhängig davon unterschiedlich behandelt werden, ob in unmittelbarer räumlicher Nähe bereits Bestandsanlagen in Betrieb genommen wurden (die zu einer Überschreitung der 3-MW-Grenze beitragen) oder eben nicht.

Bei der entsprechenden Anwendung der Regelung in § 24 Abs. 1 EEG 2017 geht es also nicht darum, durch ein willkürliches Splitting von Anlagen oder durch eine gestaffelte Inbetriebnahme höhere Zahlungsansprüche zu Lasten der EEG-Umlage und damit zum Nachteil der Allgemeinheit zu erlangen. Vielmehr geht es ausschließlich um die Frage, ob ein Anlagenbetreiber von einer Förderreduzierung betroffen wird, die der Gesetzgeber aufgrund europarechtlicher Vorgaben als Ausnahme zum uneingeschränkten Förderanspruch eingeführt hat.

Zu der Frage der Berücksichtigung von Bestandsanlagen bei der Anlagenzusammenrechnung nach § 24 wird noch auf den Hinweis der Clearingstelle EEG|KWKG vom 27.03.2018 (2017/22) verwiesen. Gegenstand des Hinweises der Clearingstelle EEG|KWKG ist die Berechnung der Leistungsgrenze aus § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017. Nach § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 sind Solaranlagen mit einer installierten Leistung bis einschließlich 750 Kilowatt (kW) von der Pflicht zur Teilnahme an wettbewerblichen Ausschreibungen zur Ermittlung der Förderhöhe ausgenommen. Für diese Anlagen wird die Förderhöhe direkt nach dem Gesetz bestimmt. Zur Ermittlung der Leistungsgrenze nach § 22 Abs. 3 EEG 2017 findet § 24 EEG 2017 Anwendung. Die Clearingstelle EEG|KWKG stellt in ihrem Hinweis klar, dass Bestandsanlagen mit Inbetriebnahme vor dem Stichtag, in dem Fall vor dem 01.01.2017, nicht zu beachten sind. Die Leistung dieser Bestandsanlagen ist demnach bei der Bestimmung der Leistung von Anlagen, die nach dem Stichtag in Betrieb genommen werden auch dann nicht hinzuzurechnen, wenn die Tatbestandsmerkmale aus § 24 Abs. 1 EEG 2017 ansonsten erfüllt sind.

⁴ Gesetzesbegründung zum EEG 2017, BT- Drucksache 18/10668, S. 142

⁵ Hennig/Ekardt in Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG (5. Aufl.), § 51 Rn. 25; Hölder in BeckOK, EEG 2017, § 51 Rn. 14

⁶ so auch Kahles/Müller, Stiftung Umweltenergie recht, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 13 v. 08.06.2015, S. 22



Der Leitsatz und die ihn tragenden Erwägungen (vgl. Rn. 9 ff.) könnten auf die in hiesiger Stellungnahme geprüfte Frage der Einbeziehung der Leistung von WEA mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2016 übertragen werden. In Rn. 13 führt die Clearingstelle EEG|KWKG Folgendes aus:

„Darüber hinaus sind Anlagen, die nach dem 1. Januar 2017 - also im zeitlichen Geltungsbereich des EEG 2017 - in Betrieb genommen wurden, auch nicht mit Anlagen zusammenzufassen, die unter dem EEG 2014 in Betrieb genommen wurden, selbst wenn keine zwölf Kalendermonate zwischen den Inbetriebnahmezeitpunkten vergangen sind. Denn mit dem EEG 2017 hat der Gesetzgeber einen relevanten Systemwechsel vorgenommen, was dazu führt, dass Anlagen, die unter dem EEG 2014 in Betrieb genommen wurden, für die Feststellung der Pflicht zur Teilnahme an Ausschreibungen nicht mit Anlagen zusammengefasst werden können, die ab dem 1. Januar 2017 in Betrieb genommen worden sind.“

Auch nach der Empfehlung 2017/11 vom 27.09.2018 der Clearingstelle EEG|KWKG sind Bestandsanlagen nicht bei der Anlagenzusammenfassung zu berücksichtigen, wenn die Regelung, zu deren Anwendung die Anlagenzusammenfassung nach § 24 Abs. 1 EEG 2017 stattfindet, lediglich Neuanlagen betrifft (vgl. a.a.O., Rn. 21). Dies ist auch bei Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2016 im Hinblick auf § 51 EEG 2017 der Fall, denn solche Anlagen sind vom Anwendungsbereich des § 51 EEG 2017 aufgrund von § 100 Abs. 1 Satz 4 EEG 2017 ausgenommen.

Gleiches soll für die Frage der Einbeziehung von WEA mit Inbetriebnahme vor 2016 im Rahmen von § 51 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2017 gelten, da § 51 EEG 2017 bzw. § 24 EEG 2014 mit Wirkung zum 01.01.2016 ebenfalls einen relevanten Systemwechsel vorgenommen hat, indem er erstmals die Förderung für Neuanlagen mit Inbetriebnahme ab diesem Zeitpunkt in langanhaltenden Phasen negativer Strompreise auf null reduzierte.

3. Keine Anwendbarkeit von § 24 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017

Windenergieanlagen werden nicht abhängig von ihrer Leistung vergütet. Insofern stellt sich zunächst die Frage, wie der Verweis des § 51 Absatz 3 Nr. 1 auf den gesamten § 24 Abs. 1 zu verstehen ist, der durch Nummer 3 auf Anlagen beschränkt, deren Vergütung abhängig ist von der installierten Leistung (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 EEG) und damit Windenergieanlagen eigentlich vom Anwendungsbereich ausnehmen würde. Die Formulierung „wobei § 24 Abs. 1 entsprechend anzuwenden ist“ zeigt, dass zu Zwecken der Bestimmung der Leistungsgrenze (§ 51 Abs. 3 Nr. 1) die Regelung ausnahmsweise auf WEA anzuwenden ist. Daher muss eine Prüfung des § 24 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 gerade entfallen. Wenn § 24 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 Anwendung finden würde, würde der entsprechende Verweis in § 51 Abs. 3 Nr. 1 und 2 EEG 2017 leerlaufen.

4. Aktuelle Lage der Branche

Zweck des § 24 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 ist es, ein Anlagensplitting zu vermeiden, um – bei Windenergie – entweder nicht am Ausschreibungsverfahren teilnehmen zu müssen (§ 22 EEG 2017) oder um die Anwendung der Regelung des § 51 EEG 2017 zu vermeiden. Bei der aktuellen Rechtslage und dem derzeitigen Ausschreibungsverfahren wird kein Anlagenbetreiber eine geringere Leistung wählen, um § 22 oder § 51 EEG 2017 zu umgehen, denn die geringere Leistung der Windenergieanlage ist auf jeden Fall wirtschaftlich nachteiliger.

5. Sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe

a. Tatbestandsmerkmal

Entscheidend ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Anlagenzusammenfassung nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 erfolgt. Hierbei dürfte es insbesondere auf die Voraussetzung der „sonst unmittelbaren räumlichen Nähe“ ankommen. Diesbezüglich sind nach unserer Auffassung die für andere Energieträger entwickelten Kriterien der Clearingstelle⁷ EEG|KWKG und der Gerichte anzuwenden. Insbesondere kann für Windenergieanlagen nicht ein weiteres Verständnis der „sonst unmittelbaren räumlichen Nähe“ zugrunde gelegt werden. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er dies in § 51 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2017 explizit machen müssen. Wenn der Gesetzgeber im Kontext des § 51 EEG 2017 andere Regelungen zur Anlagenzusammenfassung gewollt hätte, hätte er solche zu definieren müssen. Gerade der Umstand, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der Anwendung des Begriffs „sonst unmittelbare räumliche Nähe“ bei anderen Energieträgern auf eine gesonderte Regelung für Windenergie verzichtet hat, zeigt, dass er eine einheitliche Regelung für alle Energieträger angestrebt hat und nicht etwas energieträgerspezifische Unterscheidungen erfolgen sollten.

Es sind daher die bereits entwickelten Indizien für eine Anlagenzusammenfassung aufgrund unmittelbarer räumlicher Nähe anzuwenden.

An dieser Stelle verweisen wir auf unsere Ausführungen aus unserer Stellungnahme zum Empfehlungsverfahren 2017/11 vom 31.07.2018:

Bei der Variante „sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 EEG handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Es handelt sich um einen Auffangtatbestand, wonach zunächst die drei Varianten „auf demselben Grundstück, demselben Gebäude, demselben Betriebsgelände“ zu prüfen sind, erst dann kann auf die Variante der sonstigen unmittelbaren Nähe zurückgegriffen werden.

Unseres Erachtens ist Ausgangspunkt der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals sein Wortlaut. Bei allem Verständnis für eine wertende Betrachtung auf Basis des Regelungszwecks kann eine sonstige unmittelbare räumliche Nähe nur dann angenommen werden, wenn eben ein enger räumlicher Bezug zwischen den An-

⁷ Insbesondere Empfehlung 2008/49 vom 14.04.2009

lagen besteht. Für eine rein zweckorientierte Auslegung, die bei Annahme eines Umgehungswunsches des Anlagenbetreibers oder der Anlagenbetreiber eine unmittelbare räumliche Nähe rein aus diesem Umgehungswunsch ableitet, kein Raum.

Das ergibt sich schon aus der Systematik der Vorschrift und aus dem Wort „sonst“. Systematisch hat der Gesetzgeber vier örtliche Kriterien für eine Anlagenzusammenrechnung vorgesehen: Das identische Grundstück, das identische Gebäude, das identische Betriebsgelände oder eben „sonst“ die unmittelbare räumliche Nähe. Das Wort „sonst“ zeigt dabei, dass der Gesetzgeber hiermit die von den drei vorgenannten Kriterien nicht erfassten, diesen aber vergleichbaren Fälle erfassen wollte. Das können z.B. Fälle sein, in denen zwischen zwei Betriebsgeländen einerseits ein die betrieblichen Abläufe und Zusammenhänge klar trennendes Grundstück eines Dritten liegt, andererseits aber die Gesamtgröße der beiden Betriebsgelände und des Grundstücks des Dritten die Größe eines bei solchen Betrieben üblichen gemeinsamen Betriebsgeländes nicht überschreitet. Kommen dann auch weitere Indizien für eine besondere räumliche Nähe hinzu, kann die vierte Variante des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 gegeben sein.

Anlagen befinden sich mithin „sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“, wenn ihr Abstand zueinander bei wertender Betrachtung demjenigen vergleichbar ist, den z.B. Anlagen auf einem identischen Betriebsgelände zueinander haben. Mit Verwendung des Wortes „sonst“ hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass das Kriterium „in unmittelbarer räumlicher Nähe“ in etwa den drei anderen Kriterien vergleichbar sein muss. Anlagen können demnach zwar auch dann zusammengefasst werden, wenn sie nicht auf demselben Grundstück, demselben Gebäude oder demselben Betriebsgelände liegen. Sie müssen dann aber in einer Nähe zueinanderstehen, die bei wertender Betrachtung in räumlicher Hinsicht mindestens einer der drei erst genannten Varianten des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 entspricht. Der räumliche Bezug der Anlagen muss also ähnlich dem sein, den z. B. Anlagen auf einem identischen Betriebsgelände hätten.

Nicht mit dem Wortlaut vereinbar wäre deshalb unseres Erachtens eine wertende Betrachtung, die z. B. bei einem gemeinsam genutzten Netzanschluss oder einem gemeinsam genutzten Weg trotz eines erheblichen räumlichen Abstandes zwischen Anlagen eine „unmittelbare räumliche Nähe“ konstatieren würde. Der Sinn und Zweck des Gesetzgebers, eine Umgehung bestimmter EEG-rechtlicher Normen durch Anlagensplitting zu verhindern, kann unseres Erachtens den Wortlaut mit seiner Forderung nach einer unmittelbaren räumlichen Nähe nicht überwinden. Gewisse Wertungsspielräume bestehen selbstverständlich, das Erfordernis der unmittelbaren räumlichen Beziehung der Anlagen zueinander können sie aber nicht überwinden.

Bei Windenergieanlagen moderner Bauart und ihren allein schon technisch erforderlichen Abständen (Turbulenzen, Ertragsabschattungen mit ihren negativen Auswirkungen auf die Standortgüte im Rahmen der Anlage 2 zum EEG 2017) besteht unseres Erachtens in der Regel eine solche unmittelbare räumliche Nähe nicht. Die Nähe muss eben nicht nur eine Nähe, sondern eine unmittelbare Nähe sein. Sie muss der Nähe eines gemeinsamen Betriebsgeländes vergleichbar sein. Solche Fälle sind bei Windenergieanlagen zwar denkbar, werden aber in der Regel nicht vorliegen. Dafür fehlt es an einem Abstand zwischen den Anlagen, der diese unter Berücksichtigung der übrigen Tatbestandsmerkmale des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 zusammenfasst.

Unseres Erachtens ist die unmittelbar räumliche Nähe nicht anders auszulegen als zu § 19 Abs. 1 EEG 2009. Erstens ist der Sinn und Zweck der Vorschrift der gleiche geblieben. Zweitens hat der Gesetzgeber mit der Ergänzung der Varianten „Gebäude“ und „Betriebsgelände“ keine neuen Varianten hinzugefügt, die einen erweiterten Anwendungsbereich der Norm in räumlicher Hinsicht bewirken. Insbesondere meinen wir also, dass sich aus den vier Varianten in der aktuellen Gesetzesfassung nicht gleichsam eine Steigerung vom Grundstück über das Gebäude, das Betriebsgelände hin zu einer unmittelbaren räumlichen Nähe als räumlich weitester Variante ergibt. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit den ersten drei Varianten verschiedene Konstellationen klarstellend dem § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 unterwerfen wollen, ohne eine räumliche Steigerung in den verschiedenen Varianten vorzusehen. Er wollte eben mit „Gebäude“ und „Betriebsgelände“ auch diejenigen Fälle erfassen, in denen ein Gebäude oder ein Betriebsgelände auf zwei oder mehr Grundstücken liegt. Ein Wille zur räumlichen Ausdehnung des Anwendungsbereichs der späteren Fassungen zur Fassung des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 ist hingegen nicht erkennbar. Daher bietet unserer Auffassung nach diese Änderung des Wortlauts keinen Anlass zur abweichenden Auslegung des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 gegenüber dem § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009.

Abschließen weisen wir daraufhin, dass bei der Anwendung der bereits entwickelten Indizien für andere Anlagen ein besonderer Fokus auf dem Indiz „*identischer Betreiber*“ liegen sollte. Denn der Gesetzgeber wollte zwar einerseits das missbräuchliche Unterlaufen der 3-MW-Grenze verhindern, gleichzeitig aber die Besonderheiten von Windparks (häufig verschiedene Betreiber) nicht außer Acht lassen wollte.⁸ Zwar könnten grundsätzlich vertreten werden, dass stets alle Anlagen eines „*einheitlichen*“ Windparks⁹ in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander liegen und entsprechend zusammenzufassen sind.

Hiergegen spricht aber, dass das Tatbestandsmerkmal „*sonst unmittelbare räumliche Nähe*“ bei einer solch ausufernden Auslegung konturlos würde, gerade wenn man sich die häufig über mehrere Kilometer erstreckende Ausdehnung von Windparks berücksichtigt. Wäre dies vom Gesetzgeber gewollt, hätte auch auf den Netzanschluss abgestellt werden können. Da aber in § 51 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2017 auf die allgemeine Anlagenzusammenfassung verwiesen wurde, muss dem Merkmal der unmittelbaren räumlichen Nähe auch ein abgrenzbarer eigener Inhalt zukommen muss, der über die gemeinsame Netzabschlussnutzung oder ähnlich weite Kriterien hinausgeht. Andernfalls würde die spezifische Nähebeziehung zwischen den Anlagen, die gerade gefordert wird, gänzlich entwertet.

Im Ergebnis wird sich in der Regel bei Windparks wohl bezweifeln lassen, dass zwischen Einzelanlagen eine unmittelbare räumliche Nähe vorliegt. Fehlt es an dieser, erfolgt aber keine Anlagenzusammenfassung und entsprechend unterfallen die Einzelanlagen dann nicht § 51 EEG 2017 da sie alleine die relevanten 3 MW nicht erreichen.

⁸ BT-Drs. 18/8860, S. 233 und 18/10668, S. 142

⁹ Anlagen wurden einheitlich projektiert, verfügen über eine einheitliche BImSch-Genehmigung und nutzen gleiche Infrastruktureinrichtungen (insbesondere gemeinsames Umspannwerk und Netzabschluss)

b. Prüfungsreihenfolge

Nach unserem Dafürhalten sind die (o.g.) Indizien für das Tatbestandsmerkmal „sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ in zwei Schritten wie folgt zu prüfen sind:

1. Die räumliche Nähe ist ausgeschlossen, weil die betrachteten Grundstücke oder Betriebsgelände durch zwischenliegende, separate Straßen oder Eisenbahn-Grundstücke voneinander abgegrenzt werden,¹⁰ und
2. wenn die Unmittelbarkeit so nicht ausgeschlossen wird, Prüfung der weiteren, von der Clearingstelle EEG|KWKG angegebenen Kriterien.¹¹

6. Lediglich Widerlegliche Vermutung

Die Regelung zur Zusammenfassung von Anlagen in § 24 Abs. 1 EEG 2017 soll eine möglichst effektive Missbrauchskontrolle ermöglichen. Diese kann nach unserer Einschätzung sowohl nach dem Wortlaut („*Mehrere Anlagen sind ... als eine Anlage anzusehen*“) als auch nach Sinn und Zweck der Regelung nur als widerlegliche Vermutung angenommen werden, die ggf. eine Zusammenfassung der Leistung mehrerer Anlagen erforderlich macht.¹²

Das OLG Sachsen-Anhalt begründet das Vorliegen einer widerleglichen Vermutung u.a. aufgrund des Wortlauts der damaligen Regelung in § 19 Abs. 1 EEG 2009 („*Mehrere Anlagen gelten ... als eine Anlage*“). Es ist davon auszugehen, dass im Hinblick auf die im EEG 2017 gewählte Formulierung („*Mehrere Anlagen sind ... als eine Anlage anzusehen*“) das Gleiche gilt.¹³

Aber auch nach Sinn und Zweck der Regelung ist die Anlagenzusammenfassung als widerlegliche Vermutung anzusehen, die dazu dient, eine missbräuchliche Umgehung der Fördervorschriften auszuschließen. Soweit kein Missbrauch vorliegt, ist eine Anwendung der Anlagenzusammenrechnung nicht angemessen.¹⁴

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber ursprünglich beabsichtigte, die Anlagenzusammenfassung bei WEA völlig auszuschließen. Hierzu hieß es in der ersten Fassung der Gesetzesbegründung zu § 51 EEG 2017 (BT-Drucks. 18/8860, S. 233):

„In Abs. 3 wurde die Anwendbarkeit von § 24 EEG 2016 (entspricht § 32 EEG 2014) auf Anlagen begrenzt, die keine Windenergieanlagen sind. Hintergrund ist, dass Windenergieanlagen aus planungsrechtlichen Gründen oft in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander gebaut werden, obwohl die Anlagen unterschiedliche Betreiber haben. Aus diesem Grund erscheint die Zusammenfassung dieser Anlage allein aufgrund ihrer räumlichen Lage als problematisch.“

¹⁰ Empfehlung der Clearingstelle EEG|KWKG vom 27.09.2018, Az. 2017/11 Rn. 97

¹¹ aaO Rn. 126

¹² so auch OLG Koblenz, Urteil vom 17.12.2015 – 2 U 268/14 –, juris; OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 18.12.2014 – 2 U 53/14 –, Rn. 39 - 47, juris

¹³ Hennig/von Bredow in Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG (5. Aufl), § 24 Rn. 41 f. sowie Fußnote 121)

¹⁴ Wiemer in Greb/Boewe, EEG Kommentar 2017, § 24 Rn. 22

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde vom Gesetzgeber die Anlagenzusammenfassung nach § 24 EEG 2017 auch auf WEA ausgeweitet, um Missbrauchsfälle auszuschließen (BT-Drucks. 18/10668, S. 142):

„Abs. 3 wird nunmehr angepasst, um klarzustellen, dass mehrere Windenergieanlagen an einem Standort nach § 24 EEG 2017 zusammengefasst werden, um zu verhindern, dass mehrere Kleinanlagen errichtet werden, um diese Privilegierung auszunutzen.“

Es bleibt nach der Eröffnung der Möglichkeit der Anlagenzusammenrechnung auch bei WEA dabei festzuhalten, dass der Gesetzgeber lediglich das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale in § 24 Abs. 1 EEG 2017, wie z.B. eine etwaig vorliegende unmittelbare räumliche Nähe zwischen WEA, nicht als ausreichende Voraussetzung für eine Anlagenzusammenfassung ansieht und mit der Regelung in § 51 i.V.m. § 24 EEG 2017 lediglich auf die Sanktionierung missbräuchlicher Umgehungen der Fördervorschriften abzielt.

Schließlich ist auch die Clearingstelle EEG|KWKG in ihrer Empfehlung 2008/49 zum Ergebnis gekommen, dass die Regelung zur Anlagenzusammenfassung eine widerlegliche Vermutung dafür darstellt, dass mehrere Anlagen zum Zwecke der Umgehung der Fördervorschriften realisiert wurden. Die Vermutung kann durch nachweisliche Darlegung entgegenstehender Tatumstände des von der Clearingstelle EEG|KWKG genannten Kriterienkatalogs erschüttert werden (Clearingstelle EEG|KWKG, Empfehlung 2008/49 vom 14.04.2009, S. 2, Ziff. 4.).

7. Nachvollziehbare Gründe für kleinere Anlagen berücksichtigen

Bei den Kriterien, die für die Anlagenzusammenfassung mehrerer Windenergieanlagen in der Empfehlung vom 27.09.2018, Az. 2017/11 unter Rn. 126 genannt werden, sollte deutlich gemacht werden, dass eine Anlagenzusammenfassung dann ausgeschlossen ist, wenn eine kleinere Anlagenleistung gewählt wurde, weil hierfür objektive, nachvollziehbare Gründe vorliegen, wie z.B. Flächenverfügbarkeit der Grundstücke, Höhenbegrenzung im Flächennutzungsplan usw. – allein zur „Umgehung der Anlagenzusammenfassung“ wird dies aufgrund der aktuellen Marktlage kein Windenergieanlagenbetreiber tun (vgl. Punkt II. 4.).

Ansprechpartnerin

Philine Derouiche
Syndikusrechtsanwältin
Fachreferentin Energierecht
Bundesverband WindEnergie e.V. (BWE)
Neustädtische Kirchstraße 6
10117 Berlin
T +49 (0)30 / 212341-131
p.derouiche@wind-energie.de