

2008/53

27. April 2009

Votum

Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.

Leitsätze:

1. **Stromverbraucherinnen und -verbraucher, die an das Netz einer dritten Person im Sinne des § 8 Abs. 2 Variante 3 EEG 2009 angeschlossen sind und aus diesem Netz Strom beziehen, sind keine Dritten im Sinne des § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009.**
2. **§ 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 steht daher der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe des Stroms gemäß § 8 Abs. 2 EEG 2009 in das Netz des abnahme- und vergütungspflichtigen Netzbetreibers nicht entgegen.**

In dem Votumsverfahren

I. ...

im Beistand des [F...]

– Anspruchstellerin –

2. ...

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens und die Mitglieder Lucha und Puke am 27. April 2009 folgendes Votum:

§ 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 steht dem Vergütungsanspruch der Anspruchstellerin gemäß Erneuerbare-Energien-Gesetz, die den in ihren geplanten Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien produzierten Strom gemäß § 8 Abs. 2 Variante 3 EEG 2009 (Anschluss der Anlage an das Netz) der Anspruchsgegnerin mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe anbietet, nicht entgegen.

I Tatbestand

Die Anspruchstellerin plant, auf dem Dach einer Cargo-Halle auf dem Gelände des [F...] Fotovoltaikanlagen mit einer Leistung von 300 kW_p in Betrieb zu nehmen. Der Beistand der Anspruchstellerin verfügt als Betreiber des [F...] über ein eigenes Stromnetz, das von der Landesregulierungsbehörde, dem Ministerium für [W...], mit Bescheid vom 27. November 2006 als Objektnetz gemäß § 110 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Energiewirtschaftsgesetz¹ festgestellt worden ist. Der Beistand der Anspruchstellerin hat dies gegenüber der Clearingstelle EEG durch die Vorlage des entsprechenden Feststellungsbescheides und einer schlüssigen und von den Parteien unbestrittenen Darlegung, dass der Bescheid weder zurückgenommen noch nachträglich mit Auflagen belegt wurde, dargelegt.²

¹Energiewirtschaftsgesetz vom 07.07.2005, BGBl. I S. 1970, 3621, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 25.10.2008, BGBl. I S. 2101, im Folgenden: EnWG 2005.

²Hinweis der Clearingstelle EEG: Der Bestand und die Rechtmäßigkeit des Bescheides der Landesregulierungsbehörde waren nicht Gegenstand des Votumsverfahrens bei der Clearingstelle EEG, die zur Auslegung und Anwendung von Vorschriften (allein) des EnWG 2005 nicht berufen ist. Dies gilt auch im Hinblick auf etwaige Rechtsfolgen des Urteils des *EuGH* vom 22.05.2008 – C-439/06, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/359>, auf die Eigenschaft des vom [F...] betriebenen Netzes als Objektnetz i. S. d. § 110 EnWG 2005. Dem Votum liegt die Annahme zugrunde, dass es sich bei dem genannten Netz um ein Netz gem. § 110 EnWG 2005 handelt.

Der Verbrauchsstrom im Objektnetz des Beistands der Anspruchstellerin wird zu einem Anteil von ca. 30–50 % durch ein nahe gelegenes Kraftwerk³, im Übrigen durch Strombezug von der [R. . .] bereit gestellt. An das Objektnetz des Beistands der Anspruchstellerin sind noch weitere Unternehmungen angeschlossen, die ihren Strom aus diesem Objektnetz beziehen, jedoch die freie Wahl des Stromanbieters haben.

Die Anspruchsgegnerin ist der Auffassung, der Strom aus den von der Anspruchstellerin geplanten Anlagen sei nicht gem. EEG 2009 vergütungsfähig. Dem stehe § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 entgegen. Demnach seien Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ab dem Zeitpunkt, zu dem sie den Vergütungsanspruch geltend machen, verpflichtet, den gesamten in der Anlage erzeugten Strom, der nicht von Dritten verbraucht wird, die unmittelbar an ein Netz des Anlagenbetreibers angeschlossen sind, das kein Netz für die allgemeine Versorgung ist, in das Netz einzuspeisen und dem Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen. Nach Auffassung der Anspruchsgegnerin fehlt im EEG 2009 eine § 4 Abs. 5 EEG 2004 entsprechende Norm, derzufolge die Verpflichtung zur vorrangigen Abnahme und Übertragung auch dann besteht, wenn die Anlage an das Netz des Anlagenbetreibers oder eines Dritten, der nicht Netzbetreiber im Sinne von § 3 Abs. 7 EEG 2004 ist, angeschlossen und der Strom mittels kaufmännisch-bilanzieller Durchleitung durch dieses Netz in ein Netz nach § 3 Abs. 6 EEG 2004 angeboten wird. Die Anspruchsgegnerin hält neben einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers auch eine bewusste Abfassung des Gesetzestextes im Hinblick auf die Änderung der Möglichkeiten der Objektnetzeinspeisung für möglich.

Die Anspruchstellerin und ihr Beistand sind der Auffassung, der Strom aus den von ihr geplanten Anlagen sei gem. EEG 2009 vergütungsfähig. Der Beistand der Anspruchstellerin führt hierzu aus, das Fehlen einer dem § 4 Abs. 5 EEG 2004 entsprechenden Nachfolgeregelung im EEG 2009 könne nur als redaktionelles Versehen gewertet werden. Dies ergebe sich bereits aus der Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 5 EEG 2004, derzufolge der Anschluss einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien an ein bestehendes Arealnetz dazu beitragen könne, volkswirtschaftlich unnötige Kosten zu vermeiden. An diesem Ziel habe sich auch nach der Novellierung des EEG nichts geändert.

³Nach Angaben der Anspruchsgegnerin handele es sich um ein BHKW des Beistands, nach dessen eigenen Angaben um ein Kraftwerk der [FN. . .]. Die genauen Eigentumsverhältnisse an diesem Kraftwerk sind hier indes nicht entscheidungserheblich.

Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 9. März 2009 und 12. März 2009 haben sich die Anspruchstellerin bzw. die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG⁴ (VerfO) durchzuführen. Die Parteien wünschten keine Hinzuziehung nichtständiger Beisitzerinnen oder Beisitzer von einer der im Anhang, Teil A, der Verfahrensordnung genannten Interessengruppe. Die Parteien stimmten einem schriftlichen Verfahren zu.

Mit Beschluss vom 25. März 2009 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Steht § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 dem Vergütungsanspruch der Anspruchstellerin, die den in ihren geplanten Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien produzierten Strom gemäß § 8 Abs. 2 Variante 3 EEG 2009 (Anschluss der Anlage an das Netz) der Anspruchsgegnerin mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe anbietet, entgegen?

2 Begründung

2.1 Verfahren

Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden. Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 1 VerfO.

Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da beide Parteien dem zustimmten, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO der Vorsitzende der Clearingstelle EEG Dr. Lovens erstellt.

⁴Abrufbar über <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

2.2 Würdigung

§ 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009⁵ steht dem Vergütungsanspruch der Anspruchstellerin, die den in ihren geplanten Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien produzierten Strom gemäß § 8 Abs. 2 Variante 3 EEG 2009 (Anschluss der Anlage an das Netz) der Anspruchsgegnerin mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe anbietet, nicht entgegen. § 16 Abs. 4 EEG 2009 lautet:

Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, die den Vergütungsanspruch für Strom aus einer Anlage geltend machen, sind verpflichtet, ab diesem Zeitpunkt den gesamten in dieser Anlage erzeugten Strom,

- a) für den dem Grunde nach ein Vergütungsanspruch besteht,
- b) der nicht von ihnen selbst verbraucht wird und
- c) der nicht von Dritten verbraucht wird, die unmittelbar an ein Netz des Anlagenbetreibers angeschlossen sind, das kein Netz für die allgemeine Versorgung ist,

in das Netz einzuspeisen und dem Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen.

Verfahrensgegenständlich war allein die Frage, ob § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 dem potenziellen Vergütungsanspruch der Anspruchstellerin entgegensteht.

Das wäre dann der Fall, wenn zum einen vorliegend überhaupt ein Fall des § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 gegeben wäre und zum anderen die Anspruchstellerin mit der geplanten Anlagenkonstellation gegen Pflichten, die sich aus dieser Norm ergeben, verstoßen würde.

Es liegt bereits kein Fall des § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 vor. Ob es sich bei Objekt- netzen i. S. d. EnWG 2005 um Netze der allgemeinen Versorgung i. S. d. EEG 2009 handelt⁶ und ob hier andere Unternehmungen auf dem Gelände des [F...] physikalisch Strom, der von der Anspruchstellerin erzeugt wird, verbrauchen, kann dahingestellt bleiben, weil es sich bei den anderen Unternehmungen nicht um Dritte

⁵Verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008, BGBl. I S. 2074 ff., zuletzt geändert durch Gesetz vom 28.03.2009, BGBl. I S. 643, 644 f., im Folgenden bezeichnet als EEG 2009.

⁶Dafür, dass – unter der Geltung des § 4 Abs. 5 EEG 2004 – Objektnetze keine Netze der allgemeinen Versorgung sind, siehe *Oschmann*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG*, 2. Aufl. 2008, § 4 Rn. 110.

im Sinne des § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 handelt. „Dritte“ im Sinne dieser Vorschrift sind nur solche, die den Strom im Sinne des § 33 Abs. 2 EEG 2009 vom Anlagenbetreiber beziehen, nicht aber Dritte, die diesen Strom – physikalisch betrachtet – aus einem Netz, durch das „hindurch“ dem Netzbetreiber der zu vergütende Strom kaufmännisch-bilanziell angeboten wird, beziehen. Andernfalls liefe die in § 8 Abs. 2 EEG 2009 vorgesehene kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe weitgehend leer, weil häufig an die in § 8 Abs. 2 EEG 2009 genannten Netze weitere Stromverbraucher angeschlossen sein werden, die dann physikalisch stets auch den Strom des durchleitungswilligen Anlagenbetreibers verbrauchen; der Anwendungsbereich der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe wäre dann beschränkt auf Netze, an die lediglich Einspeiser angeschlossen sind. Eine solche Einschränkung auf „Einspeisernetze“ lässt sich dem Gesetz aber nicht entnehmen. Vielmehr zeigt der Gesetzgeber, indem er – wie schon in § 4 Abs. 5 EEG 2004, so auch in § 8 Abs. 2 EEG 2009 – anstelle der physikalischen Einspeisung des Stroms in das Netz des Netzbetreibers eine „kaufmännisch-bilanzielle“ Abnahme ermöglicht, dass sich durch die Regelung in § 8 Abs. 2 EEG 2009 gegenüber der früheren Rechtslage nichts ändern soll⁷ und mithin auch unter Geltung des EEG 2009 die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe durch ein Netz einer dritten Person im Sinne des § 8 Abs. 2 Variante 3 EEG 2009, an das sonstige Verbraucher angeschlossen sind, möglich ist.

Selbst wenn in der streitgegenständlichen Konstellation ein Fall des § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 vorläge, verstieße die Anspruchstellerin jedoch nicht gegen ihre Verpflichtung aus § 16 Abs. 4 EEG 2009, da sie dann eine für sie positive Ausnahme für sich reklamieren könnte. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Verletzung der Verpflichtung des Anlagenbetreibers nach § 16 Abs. 4 EEG 2009 einen Ausschluss nach sich zieht oder den Netzbetreiber in die Lage versetzt, den Anlagenbetreiber auf Gesamtbelieferung zu verklagen⁸. Denn die Anspruchstellerin verletzt ihre – nur unterstellte – Pflicht aus § 16 Abs. 4 EEG 2009 nicht. § 16 Abs. 4 EEG 2009 erlegt dem Anlagenbetreiber die Pflicht auf, grundsätzlich den gesamten in seiner Anlage bzw. in seinen Anlagen erzeugten Strom in das Netz einzuspeisen und dem Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen. § 16 Abs. 4 lit. b) – c) EEG 2009 definieren *Ausnahmen* von dieser Verpflichtung für die Fälle des Eigenverbrauchs (§ 16 Abs. 4 lit. b) EEG 2009) bzw. die Fälle, in denen Dritte unmittelbar an ein Netz des Anlagenbetreibers, das kein Netz der allgemeinen Versorgung ist, angeschlossen sind und den Strom verbrauchen. Anlagenbetreiber sind insoweit von der Pflicht *befreit*,

⁷So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/8148, S. 44.

⁸Im letztgenannten Sinne *Salje*, EEG-Kommentar, 5. Auflage 2009, § 16 Rn. 49.

den gesamten in der Anlage erzeugten Strom in das Netz im Sinne des § 3 Nr. 7 EEG 2009 einzuspeisen und dem Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen. Die Ausnahme des § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 korrespondiert – wie auch die in § 16 Abs. 4 lit. b) EEG 2009 – insbesondere mit der Regelung des § 33 Abs. 2 EEG 2009, wonach für bestimmte Fotovoltaikanlagen u. a. auch dann ein (reduzierter) Vergütungsanspruch besteht,

soweit die Anlagenbetreiberin, der Anlagenbetreiber *oder Dritte* den Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage selbst verbrauchen...⁹

Dieser besondere Vergütungsanspruch beim Verbrauch durch den Anlagenbetreiber oder die vorgenannten Dritten liefe leer, wenn Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber von der Pflicht, den gesamten Strom, für den dem Grunde nach ein Vergütungsanspruch besteht, dem Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen, nicht insoweit befreit wären, als der erzeugte Strom von ihnen selbst oder von Dritten in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage selbst verbraucht wird. Genau diese Befreiung aber bewirkt § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009.

Dr. Lovens

Lucha

Puke

⁹Hervorhebung nicht im Original.