

SCHIEDSSPRUCH

2023/1-II

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

In dem schiedsrichterlichen Verfahren

1. [...]

– Partei zu 1 und Schiedsklägerin –

2. [...]

– Partei zu 2 und Schiedsbeklagte –

erlässt die Clearingstelle EEG | KWKG¹ als Schiedsgericht durch die Schiedsrichterinnen Kahl sowie Koch und Krumrey auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren folgenden Schiedsspruch:

- 1. Die Schiedsklägerin hat, wenn sie ihre Solaranlagen am Standort [...] mit einer Leistung von insgesamt [ca. 900] kW_p (im Folgenden: die verfahrensgegenständliche Solarinstallation) auf das Flurstück [...] in [...] versetzt, für den in der verfahrensgegenständlichen Solarinstallation erzeugten und in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strom keinen Anspruch auf Vergütung nach § 32 EEG 2009².**

¹Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle.

²Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.09.2011 an geltenden Fassung, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

- 2. Nach derzeitig geltendem Recht kann die Schiedsklägerin, wenn die verfahrensgegenständliche Solarinstallation auf das Flurstück [...] in [...] versetzt wird, ebenfalls keinen Vergütungsanspruch nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe h) EEG 2023³ geltend machen aufgrund §§ 38 Abs. 1, 38a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023.**

Ergänzender Hinweis des Schiedsgerichts:

Dieser Schiedsspruch ist gemäß § 55 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 EnFG⁴ bei der Prüfung (Testierung) nach § 55 Abs. 1 Satz 1 und 2 EnFG zu berücksichtigen. Ergeben sich aus diesem Schiedsspruch nachträgliche Korrekturen am bundesweiten Ausgleich hinsichtlich der abzurechnenden Strommenge oder der Zahlungsansprüche, sind diese Korrekturen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 3 EnFG bei der nächsten Abrechnung nach § 19 Abs. 1 EnFG zu berücksichtigen.

1 Tatbestand

- 1 Die Parteien wollen rechtsverbindlich klären lassen, ob nach einem Versetzen der Solaranlagen der Schiedsklägerin die Pflicht zur Zahlung einer Einspeisevergütung i. S. d. § 32 EEG 2009 besteht.
- 2 Die Schiedsklägerin betreibt am Standort [...] Solaranlagen mit einer installierten Leistung von insgesamt [ca. 900] kW_p. Die verfahrensgegenständliche Solarinstallation wurde am [...] 2011 in Betrieb genommen.

³Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 09.02.2024 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes zur Vermeidung kurzfristig auftretender wirtschaftlicher Härten für den Ausbau der erneuerbaren Energien v. 05.02.2024 (BGBl. I Nr. 33), nachfolgend bezeichnet als EEG 2023. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2023/arbeitsausgabe>.

⁴Gesetz zur Finanzierung der Energiewende im Stromsektor durch Zahlungen des Bundes und Erhebung von Umlagen (Energiefinanzierungsgesetz – EnFG), verkündet als Art. 3 des Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor v. 20.07.2022 (BGBl. I S. 1237, 1272), zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes v. 20.12.2022 (BGBl. I S. 2512), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/enfg>.

- 3 Die Landesregierung Baden-Württemberg beschloss für Baden-Württemberg mit Verordnung vom 7. März 2017⁵ die Öffnung der Ausschreibung für Photovoltaik-Freiflächenanlagen auf Acker- und Grünlandflächen in benachteiligten Gebieten im Sinne des § 37c Abs. 2 EEG 2017⁶.
- 4 Die Schiedsbeklagte ist die am Standort [...] zuständige Netzbetreiberin.
- 5 Die Schiedsklägerin bat zunächst im Hinblick auf eine andere Solarinstallation im November 2020 die Schiedsbeklagte um Auskunft, ob diese nach ihrem Versetzen auf eine Freifläche in Baden-Württemberg, welche von der Landesregierung als benachteiligtes Gebiet ausgewiesen sei, weiterhin eine EEG-Förderung bekommen würde.
- 6 Auf das Auskunftersuchen hin teilte die Schiedsbeklagte der Schiedsklägerin unter Bezug auf den Hinweis 2012/21⁷ der Clearingstelle mit, dass sie dies grundsätzlich für möglich halte, da das Land Baden-Württemberg auf Grund von § 37c Abs. 2 EEG 2017 eine Freiflächenöffnungsverordnung verabschiedet habe. Allerdings lehnte die Schiedsbeklagte die von der Schiedsklägerin gewünschte rechtlich verbindliche Aussage über die EEG-Förderfähigkeit der versetzten PV-Anlage ab.
- 7 Die Schiedsklägerin plant, die verfahrensgegenständliche Solarinstallation auf das Flurstück [...] in [...] (im Folgenden: Neustandort) zu versetzen.
- 8 [...] ist in der Liste der benachteiligten Gebiete nach der überarbeiteten Fassung der Richtlinie 86/465/EWG vom 13. März 1997 enthalten.
- 9 Nach Anfrage der Schiedsklägerin im Mai 2023 meldete das zuständige Bauamt zum geplanten Neustandort zurück:

„Das Grundstück liegt baurechtlich im Außenbereich. Dort gibt es weder einen Bebauungsplan nach § 30 BauGB noch wurde ein Planfeststellungsverfahren nach § 38 Abs. 1 BauGB durchgeführt. Reine landwirtschaftliche Fläche.“

⁵Baden-Württembergische Freiflächenöffnungsverordnung (BW FFÖ-VO) vom 07.03.2017 (BW GBl. Nr. 6/2017, S. 129), zuletzt geändert durch Verordnung vom 21.06.2022 (BW GBl. S. 293), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3492>.

⁶Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 14.08.2020 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728) sowie Art. 6 des Gesetzes zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1818), rückwirkend geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

⁷Clearingstelle, Hinweis v. 31.01.2013 – 2012/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinww/2012/21>.

- 10 Von der Schiedsklägerin wurde aufgrund der rechtlich nicht eindeutig geklärten Situation bis heute kein Umzug der verfahrensgegenständlichen Solarinstallation vorgenommen und es wurde beim zuständigen Bauamt für den Neustandort noch kein Bauantrag gestellt. Dies würde erst bei einem für die Schiedsklägerin positiven Ausgang des schiedsrichterlichen Verfahrens durch die Clearingstelle erfolgen.
- 11 Eine Vergütung nach einem anderen für den Neustandort potenziell in Frage kommenden Vergütungstatbestand als § 37 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe h) EEG 2023 sehen beide Schiedsparteien nicht.
- 12 **Die Schiedsklägerin** ist der Auffassung, dass für den nach dem Versetzen der verfahrensgegenständlichen Solarinstallation an den Neustandort in der von ihr geplanten Weise für den in dieser erzeugten und in das Netz eingespeisten Strom die aufgrund des Inbetriebnahmezeitpunktes maßgebliche Vergütung für Freiflächenanlagen i. S. d. § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 zu zahlen sei.
- 13 Die Schiedsklägerin ist der Meinung, dass das Versetzen einer Anlage und die Erfüllung der Vergütungsvoraussetzungen des jeweiligen Standorts analog zu den Bestandsschutzregeln für Kraftfahrzeuge interpretiert werden sollten. Die Zulassungsbedingungen für den Betrieb eines Kraftfahrzeugs würden am Fahrzeugrahmen des Kraftfahrzeugs „hängen“, analog „hänge“ an einem PV-Modul die Inbetriebnahme mit zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme geltenden EEG. Ein Fahrzeugrahmen mit Zulassung von 1960 müsse nur die im Jahre 1960 geltenden Zulassungsbedingungen erfüllen, um am Straßenverkehr teilnehmen zu können. Änderungen seien zulässig, wenn diese die aktuell gültigen Zulassungsbedingungen erfüllen.
- 14 Daher ist die Schiedsklägerin der Meinung, dass analog ein vergütungserhaltendes Versetzen einer Anlage an einen neuen Standort möglich sein müsse, wenn dieser neue Standort mindestens
- einen Vergütungstatbestand gemäß der Fassung des EEG, welches zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme galt (vorliegend EEG 2009) oder
 - einen Vergütungstatbestand gemäß der Fassung des EEG, welches zum Zeitpunkt des Versetzens gilt (vorliegend voraussichtlich EEG 2023)

erfülle.

- 15 Die Schiedsklägerin ist der Auffassung, dass die verfahrensgegenständliche Solarinstallation nach dem § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 bzw. dem § 37 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe h) EEG 2023 vergütungsfähig sei.

- 16 **Die Schiedsbeklagte** ist sich unsicher, ob im Falle eines Versetzens der verfahrensgegenständlichen Solarinstallation am Neustandort die Vergütung für Freiflächenanlagen i. S. d. § 32 EEG 2009 zu zahlen sei.
- 17 Sie ist der Meinung, dass die im Hinweis 2012/21 herausgearbeiteten Grundsätze auch unter Geltung des EEG 2023 anwendbar seien und dass diese Grundsätze gegen eine Vergütungsfähigkeit der verfahrensgegenständlichen Solarinstallation am Neustandort sprechen könnten.
- 18 Denn die Schiedsbeklagte ist der Auffassung, dass die verfahrensgegenständliche Solarinstallation am Neustandort wohl nicht gemäß § 32 EEG 2009 vergütungsfähig wäre, wenn diese Vorschrift heute noch gelten würde und die verfahrensgegenständliche Solarinstallation am neuen Standort erstmals in Betrieb genommen werden würde. Weiterhin sehe das EEG 2023 den Vergütungsanspruch für Freiflächenanlagen auf Ackerflächen nur bei Anlagen in der Ausschreibung vor. Schließlich könne auch das Fehlen einer Regelung zu Photovoltaik-Anlagen auf benachteiligten Flächen im EEG 2009 problematisch sein.
- 19 Dem schiedsrichterlichen Verfahren liegt folgende Frage zugrunde:

Können die Solaranlagen der Schiedsklägerin am Standort [...] mit einer Leistung von insgesamt [ca. 900] kW, die am [...] 2011 in Betrieb genommen wurden, auf⁸ das Flurstück [...] in [...] versetzt werden und im Anschluss für den in das Netz eingespeisten Strom die aufgrund des Inbetriebnahmezeitpunktes maßgebliche Vergütung für Freiflächenanlagen i. S. d. § 32 EEG 2009 in Anspruch nehmen?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 20 Das schiedsrichterliche Verfahren ist gemäß dem zwischen den Parteien und dem Schiedsgericht abgeschlossenen Schiedsvertrag (Schiedsvereinbarung und Schiedsrichtervertrag) durchgeführt worden. Beide Parteien hatten Gelegenheit zur Stellungnahme. Da die ursprünglich benannte Schiedsrichterin Kaps und der ursprünglich benannte Schiedsrichter Todorovic an einer Teilnahme am schiedsrichterlichen Verfahren ge-

⁸Redaktionelle Änderung der Verfahrensfrage: Streichung des Wortes „die“.

hindert waren, sind gemäß Ziffer 7.1 des Schiedsvertrags die Beisitzerin Kahl und die Beisitzerin Krumrey als Ersatzschiedsrichterinnen eingetreten.

2.2 Feststellungsinteresse i. S. d. § 256 ZPO

- 21 Ein Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO⁹ liegt vor, da die Schiedsklägerin ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Vergütungsfähigkeit anstelle einer Entscheidung über einen Leistungsantrag hat, nicht allein die Klärung rein abstrakter Rechtsfragen begehrt wird und die Entscheidung geeignet ist, den Rechtsstreit insgesamt zu befrieden. Die Projektplanung ist hinreichend konkret, da sowohl der aktuelle als auch der neue Standort der verfahrensgegenständlichen Solarinstallation konkret benannt wurden. Insbesondere ist es der Schiedsklägerin nicht zuzumuten, die Solarinstallation zu versetzen und dann auf Leistung der Vergütung zu klagen.¹⁰

2.3 Würdigung

- 22 Die Schiedsklägerin hat, wenn die verfahrensgegenständliche Solarinstallation an den Neustandort versetzt wird, für den in der verfahrensgegenständlichen Solarinstallation erzeugten und in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strom keinen Anspruch auf Vergütung nach § 32 EEG 2009. Denn die verfahrensgegenständliche Solarinstallation erfüllt keinen Vergütungstatbestand des § 32 EEG 2009, insbesondere liegt kein Bebauungsplan für den Neustandort vor (Abschnitt 2.3.1).
- 23 Ergänzend weist das Schiedsgericht darauf hin, dass die Schiedsklägerin nach derzeit geltendem Recht ebenfalls keinen Vergütungsanspruch nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe h) EEG 2023 geltend machen kann (Abschnitt 2.3.2).

2.3.1 Vergütungsanspruch nach § 32 EEG 2009

- 24 Für ein Versetzen der verfahrensgegenständlichen Solarinstallation unter Beibehaltung des Inbetriebnahmezeitpunkts sowie der daraus resultierenden Rechtsfolge, dass die Vergütung gemäß § 32 EEG 2009 in Anspruch genommen werden kann (siehe Rn. 25 ff.),

⁹Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung – ZPO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 05.12.2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes zur Förderung geordneter Kreditweitmärkte und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/2167 über Kreditdienstleister und Kreditkäufer sowie zur Änderung weiterer finanzrechtlicher Bestimmungen (Kreditweitmärkteförderungssetzung) v. 22.12.2023 (BGBl. I Nr. 411).

¹⁰Vgl. *BGH*, Urt. v. 25.02.2010 – VII ZR 187/08, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/rechtsprechung/6756>, Rn. 13.

fehlt es vorliegend schon an dem Vorliegen der Vergütungsvoraussetzungen gemäß § 32 EEG 2009 (siehe Rn. 32 ff.). Auch die Vergütungsvoraussetzungen des entsprechenden Vergütungstatbestandes im EEG 2023 liegen nicht vor (Rn. 38).

- 25 **Anforderungen an das Versetzen** Soll nach einem Versetzen einer PV-Anlage an einen neuen Standort eine Vergütung nach der zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme geltenden EEG-Fassung in Anspruch genommen werden, so setzt dies u. a. voraus, dass die PV-Anlage am neuen Standort einen Vergütungstatbestand der zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme geltenden EEG-Fassung erfüllt, die Anlage muss also nach den damaligen Vorschriften vergütungsfähig sein.
- 26 Zum Versetzen von Anlagen und einem hiermit verbundenem Wechsel der Vergütungskategorie hat sich die Clearingstelle bereits ausführlich im Hinweis 2012/21 geäußert.¹¹ Werden danach Module an einen anderen Ort versetzt und soll am neuen Installationsort von einem anderen Vergütungstatbestand des im Zeitpunkt der ursprünglichen Inbetriebnahme geltenden EEG Gebrauch gemacht werden (z. B. durch Wechsel von einem Dach auf eine Freifläche), so besteht ein Vergütungsanspruch für den in den versetzten Modulen erzeugten Strom nur dann, wenn auch die im Zeitpunkt des Versetzens geltende Fassung des EEG für die Solarstromerzeugung am neuen Standort einen entsprechenden Vergütungstatbestand noch vorsieht.¹²
- 27 Von einem „entsprechenden Vergütungstatbestand“ ist dabei dann auszugehen, wenn die Fördermöglichkeiten der im Zeitpunkt des Versetzens geltende Fassung des EEG der auch zum Inbetriebnahmezeitpunkt geltenden Flächenkulisse entspricht. Eine leicht anders aufgebaute Syntax ist dabei nicht schädlich. Ändern sich die Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch, kommt es entscheidend darauf an, was der Gesetzgeber mit den Anforderungen bezweckte. Rein formale Anforderungen, die in einem späteren Vergütungsregime hinzugekommen sind, können dabei ebenfalls als „entsprechend“ ausgelegt werden.¹³ Anders ist es, wenn der Gesetzgeber durch geänderte Voraussetzungen eine Entscheidung darüber getroffen hat, welche Flächen in Anspruch genommen werden können oder in welchem Umfang diese zur regenerativen Energieerzeugung genutzt werden dürfen. Würden einem PV-Modul sämtliche zu dessen Inbetriebnahmezeitpunkt

¹¹ Clearingstelle, Hinweis v. 31.01.2013 – 2012/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinww/2012/21>.

¹² Clearingstelle, Hinweis v. 31.01.2013 – 2012/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinww/2012/21>, Leitsatz 4, Abschnitt 2.2.1.

¹³ So auch von Bredow/Rawe, ZNER 2018, 21, 27.

verfügbaren Fördertatbestände für immer anhaften, würde dies den Gesetzgeber in seinen Steuerungsmöglichkeiten unzumutbar einschränken.¹⁴

- 28 Dies steht auch im Einklang mit den Übergangsregelungen der seitdem in Kraft getretenen EEG-Fassungen. Denn Ziel der Übergangsregelungen ist es, den für den in einer Anlage erzeugten Strom bereits bestehenden Vergütungsanspruch zu erhalten. Es soll grundsätzlich das Vertrauen der Anlagenbetreiberin bzw. des Anlagenbetreibers geschützt werden, den Vergütungsanspruch unabhängig von Gesetzesänderungen für den gesamten Vergütungszeitraum beizubehalten. Denn aufgrund dieser Kalkulation wurde die Investition in die Anlage ursprünglich getätigt.¹⁵
- 29 Die Vergütungshöhe von Strom aus PV-Anlagen hängt dabei entscheidend davon ab, an welchem Ort sich die PV-Anlagen befinden. Der Gesetzgeber will so im Bereich der Solarstromerzeugung durch die verschiedenen Vergütungsvoraussetzungen die Flächeninanspruchnahme steuern.¹⁶
- 30 Vor diesem Hintergrund treffen Übergangsregelungen bezüglich der PV-Anlagen-Vergütung nicht nur die Aussage, dass für bestehende PV-Anlagen das bisherige Recht gelten soll, sondern auch die Aussage, dass künftige PV-Anlagen nur noch nach Maßgabe des dann geltenden Rechts realisiert werden sollen.¹⁷ Die Entscheidung des Gesetzgebers, bestimmte Flächenkategorien zu streichen oder dort Anlagen nur unter bestimmten Umständen einen Vergütungsanspruch zuzugestehen, soll dabei nicht durch ein Versetzen von Anlagen umgangen und ausgehöhlt werden können.
- 31 Für die Kammer ist nicht ersichtlich, dass die Vergütungsvoraussetzungen der verschiedenen Fassungen des EEG analog zu den Bestandsschutzregeln für Kraftfahrzeuge zu interpretieren sind oder dass analog die Regelungsziele der KFZ-Zulassung zu der Bestimmung der gesetzlich vorgeschriebenen Vergütungshöhe nach dem EEG heranzuziehen sind.

¹⁴ Clearingstelle, Hinweis v. 31.01.2013 – 2012/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinww/2012/21>, Rn. 23 - 41; Schulz, in: Säcker/Steffens (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 6, 4. Aufl. 2018, § 48 Rn. 262.

¹⁵ Schomerus/Maly/Meister, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 100 Rn. 5.

¹⁶ Hierzu bereits näher Clearingstelle, Empfehlung v. 25.11.2010 – 2008/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2008/16>, Rn. 18 ff.

¹⁷ Clearingstelle, Hinweis v. 31.01.2013 – 2012/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinww/2012/21>, Rn. 28 ff.

- 32 **Nichtvorliegen der Vergütungsvoraussetzungen gemäß § 32 EEG 2009** Die verfahrensgegenständliche Solarinstallation erfüllt keinen Vergütungstatbestand gemäß § 32 EEG 2009.
- 33 **Anwendbares Recht** Die verfahrensgegenständliche Solarinstallation der Schiedsklägerin wurde am [...] 2011 in Betrieb genommen. Zu diesem Zeitpunkt galt das EEG 2009. Dieses ist auch weiterhin für die Bestimmung der Höhe der Vergütung anzuwenden. Dies ergibt sich aus den Übergangsvorschriften der seitdem in Kraft getretenen Fassungen des EEG, gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a) EEG 2023, § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021¹⁸ sowie § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Buchstabe c) EEG 2017.
- 34 **Vergütungsvoraussetzungen** Eine Vergütung nach dem § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 ist ausgeschlossen. Auch die Ausnahmetatbestände des § 32 Abs. 3 Satz 2 oder 3 EEG 2009 sind nicht erfüllt.
- 35 Die Anspruchstellerin strebt hier eine Vergütung nach § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 an. Danach erhält eine Anlage nur dann eine Vergütung, sofern sie nicht an oder auf einer baulichen Anlage angebracht ist, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, wenn die Anlage im Geltungsbereich eines Bebauungsplans im Sinne des § 30 des Baugesetzbuches¹⁹ errichtet worden ist.
- 36 Ein Vergütungsanspruch aus § 32 Abs. 2 EEG 2009 besteht gemäß § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009 für Anlagen im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes, der nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert wurde, nur dann, wenn eine der Nummern 1 bis 4 des § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009 erfüllt ist.
- 37 Bisher liegt kein Bebauungsplan für den Neustandort vor. Laut Aussage des zuständigen Bauamtes handelt es sich bei dem Neustandort um eine „[r]eine landwirtschaftliche Fläche“ (dazu oben unter Rn. 9).

¹⁸Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 24.12.2022 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes zur Einführung einer Strompreisbremse und zur Änderung weiterer energierechtlicher Bestimmungen v. 20.12.2022 (BGBl. I S. 2512), nachfolgend bezeichnet als EEG 2021. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2021/arbeitsausgabe>.

¹⁹Baugesetzbuch (Baugesetzbuch – BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung v. 03.11.2017 (BGBl. I S. 3634), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Erleichterung der baulichen Anpassung von Tierhaltungsanlagen an die Anforderungen des Tierhaltungskennzeichnungsgesetzes v. 28.07.2023 (BGBl. I Nr. 221).

38 „Entsprechender“ Vergütungstatbestand im EEG 2023 Ebenso liegt kein entsprechender Vergütungstatbestand gemäß § 48 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EEG 2023 vor, denn auch dieser erfordert einen Bebauungsplan.

2.3.2 Vergütungsanspruch nach dem EEG 2023

39 Obwohl Baden-Württemberg eine Länderöffnungsklausel erlassen hat (Rn. 40), bestünde für die verfahrensgegenständliche Solarinstallation nach einer Versetzung an den Neustandort nach der derzeitigen Rechtslage kein Anspruch auf Vergütung in einem benachteiligten Gebiet gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe h) EEG 2023, da nach § 38 Abs. 1, § 38a EEG 2023 Voraussetzung ist, dass für die PV-Anlage ein Zuschlag in einer Ausschreibung erteilt wurde (Rn. 43).

40 Die verfahrensgegenständliche Solarinstallation soll auf ein benachteiligtes Gebiet nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe h) EEG 2023 versetzt werden. Nach § 37c Abs. 1 EEG 2023 können Freiflächensolaranlagen, die in benachteiligten Gebieten nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe h) EEG 2023 errichtet werden sollen, nur dann an einer Ausschreibung teilnehmen, wenn die jeweilige Landesregierung dies durch eine Rechtsverordnung vor dem Gebotstermin bekannt gemacht hat. Es handelt sich insoweit also um eine sog. „Länderöffnungsklausel“, deren Adressat die Landesregierungen sind. Baden-Württemberg hat am 7. März 2017 die BW FFÖ-VO erlassen.

41 Die verfahrensgegenständliche Solarinstallation erfüllt bereits nicht die Voraussetzungen für eine Teilnahme an einer Ausschreibung. Denn sie ist aufgrund ihrer Größe nicht zur Teilnahme an einer Ausschreibung berechtigt, da sie nicht die hierfür erforderliche Mindestgröße von 1 000 kW ausweist, § 30 Abs. 2 Satz 1 EEG 2023.

42 Ein Vergütungsanspruch aus dem EEG für Anlagen in einem benachteiligten Gebiet ohne einen in einer Ausschreibung erteilten Zuschlag besteht nach der derzeitigen Gesetzeslage auch bei dem Versetzen von Anlagen nicht.

43 Denn die Errichtung von Anlagen in benachteiligten Gebieten ist stark reglementiert. Die Länderöffnungsklausel wahrt insbesondere die Kompetenz der Bundesländer im Bereich der Flächenausweisung.²⁰ Den Bundesländern obliegt dadurch die Abwägung der Interessen zwischen dem Ausbau der Nutzung von Solarenergie und dem Bewahren landwirtschaftlicher Flächen.²¹ Ohne die Bekanntgabe einer derartigen Rechtsverordnung dürfen keine Gebote auf den entsprechenden Flächen bezuschlagt werden. Die

²⁰ Lippert, in: Greb/Boewe/Sieberg (Hrsg.), BeckOK EEG, 13. Aufl. 2023, § 37c Rn. 1.

²¹ Garbers, in: Säcker/Steffens (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 8, 5. Aufl. 2022, § 37c EEG Rn. 1.

Bundesländer haben so die Möglichkeit, die Inanspruchnahme von landwirtschaftlichen Flächen durch zumeist großflächige Solaranlagen zu steuern.²² Neben einem Beitrag zum Erreichen der Energiewende sollen die Bundesländer so auch eine übermäßige Beanspruchung von landwirtschaftlich oder naturschutzfachlich relevanten Flächen verhindern und den Ausbau von Solaranlagen hin zu bereits versiegelten oder vorbelasteten Flächen lenken können.²³

- 44 Nach § 2 Abs. 2 BW FFÖ-VO dürfen nach einem Erreichen oder Überschreiten der vom Land Baden-Württemberg gesetzten Grenze von 500 MW in diesem Kalenderjahr keine weiteren Gebote bezuschlagt werden. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Deckelung der Flächeninanspruchnahme durch die Bundesländer ist somit von einer Entwertung der Zuschläge abhängig. Dieser Regulierungsmechanismus würde unterlaufen werden, wenn ein Versetzen von bereits in Betrieb genommenen Anlagen auf benachteiligte Gebiete möglich wäre.
- 45 Sollte der Bundesgesetzgeber zukünftig auch nicht ausschreibungsbedürftige Anlagen auf benachteiligten Gebieten grundsätzlich zulassen,²⁴ kann gegebenenfalls eine PV-Anlage, sofern die weiteren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt wären, auch dorthin versetzt werden. Denn in diesem Fall würde der Gesetzgeber mit der Öffnung dieser Flächen für PV-Anlagen gerade eine Erweiterung der Flächenkulisse dahingehend vornehmen, dass auf diesen Flächen in den dann gesetzten Rahmen die Errichtung von PV-Anlagen grundsätzlich möglich und nicht eingeschränkt sein soll. Allerdings richtet sich die Vergütungshöhe dann nach den Regelungen des EEG 2023, wohingegen das Datum der Inbetriebnahme bestehen bleibt, da ein Versetzen keine „Neu-Inbetriebnahme“ auslöst, sodass auch der Vergütungszeitraum nicht erneut zu laufen beginnt.²⁵

Berlin, den 2. Januar 2024

Kahl

Koch

Krumrey

²²BT-Drs. 18/10209, S. 108, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3229>.

²³Garbers, in: Säcker/Steffens (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 8, 5. Aufl. 2022, § 37c EEG Rn. 2.

²⁴Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Steigerung des Ausbaus photovoltaischer Energieerzeugung, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/6652>.

²⁵Clearingstelle, Hinweis v. 31.01.2013 – 2012/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinww/2012/21>, Rn. 15.