

# Clearingstelle EEG – Jahr 2009

Der Inhalt dieser Broschüre ist urheberrechtlich geschützt. Nachdruck, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Zustimmung der Herausgeberin. Die abgedruckten Voten, Hinweise und Empfehlungen dürfen unter Angabe der Quelle zitiert und auszugsweise verbreitet werden; die Clearingstelle EEG bietet um Übersendung eines Belegexemplars.

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Vorwort</b>	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>Die Clearingstelle EEG</b>	<b>6</b>
2.1	Auf einen Blick . . . . .	6
2.2	Der Auftrag . . . . .	6
<b>3</b>	<b>Die Verfahrensarten</b>	<b>8</b>
3.1	Das Einigungsverfahren . . . . .	8
3.2	Das Votumsverfahren . . . . .	9
3.3	Das Empfehlungsverfahren . . . . .	9
3.4	Das Hinweisverfahren . . . . .	10
<b>4</b>	<b>Beteiligung von Verbänden und öffentlichen Stellen</b>	<b>11</b>
<b>5</b>	<b>Fachgespräche</b>	<b>12</b>
<b>6</b>	<b>Verfahrensergebnisse</b>	<b>12</b>
<b>7</b>	<b>Empfehlungen aus dem Jahr 2009</b>	<b>15</b>
7.1	2008/51 . . . . .	16
7.2	2008/49 . . . . .	38
7.3	2009/5 . . . . .	108
7.4	2008/48 . . . . .	125
7.5	2008/50 . . . . .	171
7.6	2008/20 . . . . .	189
<b>8</b>	<b>Hinweise aus dem Jahr 2009</b>	<b>270</b>
8.1	2009/13 . . . . .	271
8.2	2009/7 . . . . .	284
<b>9</b>	<b>Voten aus dem Jahr 2009</b>	<b>297</b>
9.1	2008/23 . . . . .	298
9.2	2008/43 . . . . .	317
9.3	2008/9 . . . . .	333

9.4	2008/24 . . . . .	342
9.5	2008/53 . . . . .	353
9.6	2008/1 . . . . .	360

## I Vorwort

Die durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit im Jahr 2007 errichtete Clearingstelle nach Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) bietet die Möglichkeit, Streitigkeiten und Anwendungsfragen des EEG zu klären.

Wir freuen uns über die große Nachfrage nach unseren Angeboten zur außergerichtlichen Streit-schlichtung im Bereich der Erneuerbaren Energien. Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, Netzbetreib-ber, akkreditierte Verbände und registrierte öffentliche Stellen sowie die weitere Fachöffentlichkeit neh-men kontinuierlich wachsend die Möglichkeiten wahr, über die Clearingstelle EEG sowohl Einzelfälle als auch Fragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären. Wir moderieren Gespräche (im Einigungsver-fahren), begutachten die Sach- und Rechtslage (im Votumsverfahren) und legen Vorschriften des EEG generell aus (in Empfehlungs- bzw. Hinweisverfahren). Wir wenden uns dabei allen Energieträgern zu – der solaren Strahlungsenergie, der Biomasse, der Wasser- und der Windkraft sowie der Geothermie. Unsere Fachgespräche vernetzen die Branche der Erneuerbaren Energien, unsere Internetpräsenz unter <http://www.clearingstelle-eeg.de> und insbesondere die hierin enthaltene Datenbank mit unseren Arbeits-ergebnissen, Rechtsprechung zum EEG, Fundstellen aus der Literatur und vielen anderen weiterfüh-renden Hinweisen erfreut sich sehr hoher Zugriffszahlen. Für das dadurch in unsere Arbeit gesetzte Vertrauen danken wir Ihnen.

Im Jahr 2009 hat sich die Clearingstelle EEG hauptsächlich der Auslegung und Anwendung der beiden meistumstrittenen Vorschriften des EEG 2009 im Rahmen von Empfehlungs- und Hinweisverfahren zugewandt: Den verschiedenen Aspekten der Zusammenfassung mehrerer Anlagen zu Zwecken der Ver-gütung nach § 19 EEG 2009 sowie dem „Landschaftspflege-Bonus“. Unsere Arbeitsergebnisse hierzu finden Sie in dieser Broschüre.

Diese Broschüre informiert Sie über unsere Arbeitsweise, unsere Angebote zur außergerichtlichen Streit-beilegung sowie über unsere Arbeitsergebnisse aus dem Jahr 2009.

Den Bedürfnissen von Anlagenbetreiberinnen und -betreibern, Netzbetreibern, Verbänden und anderen Akteurinnen und Akteuren im Bereich der Erneuerbaren Energien bestmöglich zu entsprechen, ist unser Auftrag und unsere Motivation.

Sprechen Sie uns gerne an – wir freuen uns über und auf die Zusammenarbeit mit Ihnen !

für die Clearingstelle EEG:

Dr. Sebastian Lovens

Berlin, im Dezember 2009

## 2 Die Clearingstelle EEG

### 2.1 Auf einen Blick

Die Clearingstelle EEG

- begutachtet die Rechtslage in Konflikten aus dem EEG,
- hilft bei Lösungen von EEG-Streitigkeiten,
- ist neutral und bei der Klärung von Streitigkeiten und Anwendungsfragen unabhängig,
- gewährleistet einen vertraulichen Arbeits- und Diskussionsrahmen,
- bezieht die Sach- und Fachkompetenz von Fachverbänden und -vereinen sowie öffentlicher Stellen in ihre Arbeit ein,
- organisiert Fachgespräche zu aktuellen Themen mit EEG-Bezug.

### 2.2 Der Auftrag

Die Clearingstelle EEG wurde vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit gemäß § 19 EEG 2004 als neutrale Stelle errichtet. Ihr Auftrag ist nunmehr in § 57 EEG 2009 formuliert. Sie ist bei der Klärung von Streitigkeiten und Anwendungsfragen unabhängig und keinen Weisungen unterworfen. Die Clearingstelle EEG ist der bestmöglichen Vermeidung und Beilegung von Konflikten im Sinne der Beteiligten verpflichtet. In der Verfahrensordnung, diese ist abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>, ist das Angebot zur außergerichtlichen Streitbeilegung detailliert geregelt.

Für nach dem EEG Berechtigte oder Verpflichtete bietet ein Verfahren bei der Clearingstelle EEG gegenüber herkömmlichen Strategien der Konfliktbehandlung Vorteile, insbesondere hinsichtlich der Dauer und der Kosten. Die Nutzung Erneuerbarer Energieträger zur Stromerzeugung ist ein junger, dynamischer Zweig der Energiewirtschaft; sowohl der nationale wie der internationale Wettbewerb verlangen von den Akteurinnen und Akteuren, rasch über Art und Umfang von Investitionen zu entscheiden. Dem steht eine Vielzahl rechtlicher und technischer Einzelfragen gegenüber. Dies gilt umso mehr für das gegenüber dem EEG 2004 wesentlich detailliertere EEG 2009. Die Clearingstelle EEG konzentriert sich auf Streitigkeiten und Anwendungsfragen des EEG. Mit Hilfe der Clearingstelle EEG können Gerichtsverfahren vermieden werden. Die Clearingstelle EEG erhebt keine Gebühren oder Entgelte, die Parteien haben lediglich ihre eigenen Auslagen zu tragen. Es ist die Aufgabe der Clearingstelle EEG, die Interessen aller Beteiligten gleichermaßen zu wahren.

Die Clearingstelle EEG bietet zur Konfliktbearbeitung an:

- Ein moderiertes Gespräch (Einigungsverfahren), bei dem die Beteiligten gemeinsam unter Moderation der Clearingstelle EEG nach einer für alle tragfähigen Lösung eines eventuellen oder bereits eingetretenen Konflikts suchen.
- Die Begutachtung der Sach- und Rechtslage (Votumsverfahren), bei der die Clearingstelle EEG als Fachgremium den konkreten Fall in Form eines Votums beurteilt. Zum Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anonymisierte Voten finden Sie in dieser Broschüre.
- Die Klärung genereller Anwendungs- und Auslegungsfragen zum EEG (Empfehlungsverfahren). Empfehlungsverfahren werden durch die Clearingstelle EEG selbst eingeleitet. Im Empfehlungsverfahren gibt es keine Parteien, allerdings werden die betroffenen Kreise an der Entscheidungsfindung beteiligt, indem einerseits Verbände Beisitzerinnen bzw. Beisitzer benennen und andererseits alle registrierten Institutionen (hierzu Abschnitt 4) Stellung nehmen können.
- Die Klärung genereller Anwendungs- und Auslegungsfragen zum EEG mit – gegenüber dem Empfehlungsverfahren – geringerer grundsätzlicher Bedeutung (Hinweisverfahren). Auch Hinweisverfahren werden durch die Clearingstelle EEG selbst eingeleitet – auch im Übrigen entspricht das Hinweisverfahren weitgehend dem Empfehlungsverfahren. Das Hinweisverfahren wendet sich vor allem Fragen zu, die nur einen oder wenige Energieträger betreffen. Es werden daher die akkreditierten Verbände und registrierten Stellen konsultiert, die von der Thematik des Hinweisverfahrens betroffen sind. Stets sind dies das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sowie die beiden Spitzenverbände im Bereich der Verstromung erneuerbarer Energieträger, der BEE und der BDEW.

### 3 Die Verfahrensarten

Die Clearingstelle EEG bietet vier Verfahrenstypen an, die auf die unterschiedlichen Bedürfnisse zur Klärung von Streitigkeiten und Anwendungsfragen des EEG zugeschnitten sind:

#### 3.1 Das Einigungsverfahren

Im Einigungsverfahren ist die Clearingstelle EEG neutrale Mittlerin zwischen allen Beteiligten. Geeignet für Einigungsverfahren sind in erster Linie Streitigkeiten, bei denen die Parteien sich in einem konstruktiven Dialog befinden bzw. zu diesem zurückkehren möchten und in denen beide Seiten bereit sind, eine für alle Beteiligten befriedigende Lösung zu finden.

Ein Einigungsverfahren verläuft in der Regel in drei Schritten:

- Eine Partei wendet sich – am besten schriftlich – an die Clearingstelle EEG und bittet darum, ein Einigungsverfahren einzuleiten.

Aus dem Schreiben soll bereits hervorgehen, welche Parteien an dem Konflikt beteiligt sind und worum es sich bei der Streitigkeit handelt. Die Clearingstelle EEG wird nur auf übereinstimmenden Antrag beider Seiten tätig. Idealerweise haben sich die Parteien bereits darauf verständigt, ein Einigungsverfahren durchzuführen. Gegebenenfalls kann auch die Clearingstelle EEG an die andere Partei herantreten.

- Wenn sich die Parteien darüber einig sind, ein Einigungsverfahren durchzuführen und wenn auch die Clearingstelle EEG ein solches Verfahren für sinnvoll erachtet, beginnt das eigentliche Verfahren mit dem Abschluss einer Verfahrensvereinbarung durch die Parteien und die Clearingstelle EEG. In dieser erklären die Parteien, zu einer gütlichen Einigung kommen zu wollen. Darüber hinaus verpflichten sie sich, ebenso wie die Clearingstelle EEG, die Verfahrensordnung zu beachten, insbesondere die Vertraulichkeit zu wahren. Dann können die Parteien schriftlich zur Sache Stellung nehmen. So bald wie möglich schließt sich daran eine mündliche Erörterung an. Bei diesem Termin sollen die Streitpunkte einvernehmlich geklärt werden; wenn es erforderlich ist und gewünscht wird, kann die Erörterung an mehreren Terminen stattfinden.
- Das Verfahren endet, wenn sich die Parteien einigen (oder wenn eine der Parteien oder die Clearingstelle EEG das Verfahren für gescheitert erklärt).

Auf Wunsch können die Parteien ihre Einigung in Form eines Vergleichs schließen. Werden alle Parteien anwaltlich vertreten, kann ein solcher Vergleich auch für vollstreckbar erklärt werden und somit größtmögliche Rechtsverbindlichkeit erhalten.

Ein Mitglied der Clearingstelle EEG leitet das Verfahren. Weitere Mitglieder sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Clearingstelle EEG können insbesondere bei umfangreichen Verfahren hinzugezogen werden.

Das Einigungsverfahren unterliegt in jeder Hinsicht strikter Diskretion. Allein die Parteien entscheiden darüber, ob und gegebenenfalls welche Informationen über Verfahrensablauf und -ergebnis die Clearingstelle EEG veröffentlichen darf.

### 3.2 Das Votumsverfahren

Im Votumsverfahren übertragen die Parteien der Clearingstelle EEG die Beurteilung des konkreten Falls. Geeignet sind hierfür vor allem Streitigkeiten, die aufgrund ihrer Eigenart nicht durch eine Einigung gelöst werden können – beispielsweise, weil sie auf reinen Rechtsfragen beruhen – oder Konflikte, bei denen bereits längere erfolglose Verhandlungen stattgefunden haben.

Das Votumsverfahren verläuft in der Regel in drei Schritten:

- Das Verfahren beginnt, wenn die Parteien übereinstimmend beantragen, ein Votumsverfahren durchzuführen und die Clearingstelle EEG das Verfahren annimmt.
- Dann können die Parteien schriftlich zur Sache Stellung nehmen. Daran schließt sich eine mündliche Erörterung an. Bei diesem Termin sollen die Parteien ihre Sicht der Sach- und Rechtslage eingehend und möglichst abschließend erörtern; wenn nötig – etwa, wenn noch Sachverständige hinzugezogen werden sollen – kann sich die Erörterung über mehrere Termine erstrecken. Unter Berücksichtigung der mündlichen und schriftlichen Stellungnahmen der Parteien erstellt die Clearingstelle EEG ein Votum darüber, wie der Streit aus ihrer Sicht zu beurteilen ist.
- Das Verfahren endet, wenn die Clearingstelle EEG ein Votum oder einen Vergleichsvorschlag abgibt oder wenn eine der Parteien erklärt, dass sie das Verfahren nicht länger fortführen möchte.

Das Votum der Clearingstelle EEG ist rechtlich nicht verbindlich. Die Parteien können sich jedoch vorab (durch entsprechende Erklärungen bei Antragstellung) die Beurteilung der Clearingstelle EEG zum Beispiel in Form eines Vergleichs vertraglich zu eigen machen. Werden die Parteien rechtsanwaltlich vertreten, kann ein solcher Vergleich auch für vollstreckbar erklärt werden und damit größtmögliche Rechtsverbindlichkeit erhalten.

Grundsätzlich führen drei Mitglieder der Clearingstelle EEG das Votumsverfahren durch. Ergänzend können zwei nichtständige Beisitzerinnen oder Beisitzer aus den bei der Clearingstelle EEG akkreditierten Fachverbänden hinzukommen.

Die Voten werden unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/VotV> in verfremdeter und anonymisierter Form so öffentlich gemacht, dass keine Rückschlüsse auf die Identität der Parteien möglich sind.

### 3.3 Das Empfehlungsverfahren

Empfehlungsverfahren dienen dazu, den Akteurinnen und Akteuren bei offenen Anwendungs- oder Auslegungsfragen des EEG eine Handlungsempfehlung oder Entscheidungshilfe an die Hand zu geben.

Das Empfehlungsverfahren verläuft in der Regel in drei Schritten:

- Die Clearingstelle EEG leitet ein Empfehlungsverfahren auf Anregung von Netzbetreibern oder Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreibern, öffentlichen Stellen, Verbänden, Behörden oder interessierten Bürgerinnen und Bürgern ein. Sie kann ein Empfehlungsverfahren auch aus ihren eigenen Arbeitserfahrungen heraus einleiten. Die Eröffnung des Verfahrens erfolgt durch Beschluss der Clearingstelle EEG.
- Die akkreditierten Verbände und registrierten öffentlichen Stellen erhalten Gelegenheit, schriftlich und ggf. mündlich im Rahmen einer öffentlichen Anhörung zu der Anwendungsfrage Stellung zu nehmen.
- Das Verfahren endet grundsätzlich mit der Abgabe einer Empfehlung.

Das Empfehlungsverfahren wird von drei Mitgliedern der Clearingstelle EEG sowie zwei von den beiden Spitzenverbänden BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. und Bundesverband Erneuerbare Energien e. V. (BEE) entsandten nichtständigen Beisitzerinnen oder Beisitzern durchgeführt.

Empfehlungen werden unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV> veröffentlicht, so dass sie allen Interessierten zur Verfügung stehen. Sie befassen sich mit einer abstrakt-generellen Fragestellung und sind als solche nicht rechtsverbindlich.

### 3.4 Das Hinweisverfahren

Das Hinweisverfahren hat – wie das Empfehlungsverfahren – generelle Anwendungs- und Auslegungsfragen zum EEG zum Inhalt. Weitere Gemeinsamkeiten mit dem Empfehlungsverfahren bestehen darin, dass auch das Hinweisverfahren auf Anregung von Netz- oder Anlagenbetreiberinnen oder -betreibern, öffentlichen Stellen, Verbänden, Behörden, interessierten Bürgerinnen oder Bürgern durch die Clearingstelle EEG selbst eingeleitet wird und dass es ebenfalls keine Parteien gibt.

Im Gegensatz zum Empfehlungsverfahren ist beim Hinweisverfahren die Beteiligung der Fachverbände eingeschränkt; unter anderem werden nur ausgewählte betroffene Kreise zur Stellungnahme aufgefordert. Dies ist gerechtfertigt, weil die Clearingstelle EEG in ihren Hinweisen nur Anwendungs- und Auslegungsfragen ohne grundsätzliche Bedeutung beantwortet und jederzeit die Möglichkeit besteht, ein Hinweisverfahren noch in ein Empfehlungsverfahren zu überführen, sollten sich doch Fragen grundsätzlicher Bedeutung herausstellen. Daher fällt auch die Begründung weniger umfangreich aus.

Ziel des Hinweisverfahrens ist es, konkrete Streitigkeiten und Unklarheiten bei der Rechtsanwendung von vornherein zu vermeiden bzw. auszuräumen. Um dies zu erreichen, veröffentlicht die Clearingstelle EEG ihre Hinweise – ebenso wie die Empfehlungen – uneingeschränkt.

## 4 Beteiligung von Verbänden und öffentlichen Stellen

Fachverbände und Vereine sowie öffentliche Stellen haben Gelegenheit, sich an den bei der Clearingstelle EEG stattfindenden Votums- und Empfehlungsverfahren zu beteiligen:

- In Votumsverfahren, in denen die Clearingstelle EEG die grundsätzliche Bedeutung der Sache feststellt, haben die Parteien die Möglichkeit, je eine der bei der Clearingstelle EEG akkreditierten Interessengruppen zu bitten, eine nichtständige Beisitzerin oder einen nichtständigen Beisitzer zu ernennen, die ihre Fachkompetenz mit Sitz und Stimme einbringen.
- Beim Empfehlungsverfahren entsenden die beiden Spitzenorganisationen der Netzbetreiber und Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, der BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. sowie der Bundesverband Erneuerbare Energie e. V. (BEE), grundsätzlich jeweils eine nichtständige Beisitzerin oder einen nichtständigen Beisitzer. Sämtliche bei der Clearingstelle EEG registrierten öffentlichen Stellen sowie akkreditierten Interessengruppen erhalten darüber hinaus die Gelegenheit, ihre Fach- und Sachkompetenz durch schriftliche Stellungnahmen bzw. durch mündliche Vorträge im Rahmen von öffentlichen Anhörungen in den Beratungsprozess einzubringen.
- Beim Hinweisverfahren eröffnet die Clearingstelle EEG ausgewählten, von der Verfahrensfrage betroffenen akkreditierten Verbänden und registrierten öffentlichen Stellen die Möglichkeit, eine Stellungnahme abzugeben.

Weitere Einzelheiten zur Mitwirkung ergeben sich aus der Verfahrensordnung, diese ist abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>. Von besonderer Bedeutung sind die folgenden Regelungen:

- § 2 Abs. 4 betrifft die Aufnahme der betroffenen Kreise und öffentlicher Stellen in den Anhang der Verfahrensordnung.
- Die §§ 26 bis 29 beschreiben das Votumsverfahren.
- Die §§ 22 bis 25 betreffen das Empfehlungsverfahren.
- Die §§ 25a bis 25c betreffen das Hinweisverfahren.

Im Anhang der Verfahrensordnung sind die bislang akkreditierten Vereine, Verbände und sonstigen Interessengruppen sowie die öffentlichen Stellen aufgeführt.

Die Clearingstelle EEG strebt einen intensiven fachlichen Austausch in juristischer, technischer und ökonomischer Hinsicht an und lädt daher alle im Bereich der Erneuerbaren Energien tätigen Vereine, Verbände und sonstigen Interessengruppen sowie Ministerien und Fachbehörden dazu ein, sich registrieren zu lassen, an den Verfahren teilzuhaben und so aktiver Teil der Diskussionsprozesse rund um das EEG zu sein.

## 5 Fachgespräche

Am Freitag, den 27. Februar 2009 begrüßte die Clearingstelle EEG etwa 60 Teilnehmerinnen und Teilnehmer zu ihrem 4. Fachgespräch und zugleich zur öffentlichen Anhörung im Empfehlungsverfahren 2008/48 zum Thema „Landschaftspflege-Bonus im EEG 2009“.

Zunächst stellte Frau Dr.-Ing. Daniela Thrän, Leiterin der Abteilung Bioenergiesysteme am DBFZ Deutschen BiomasseForschungsZentrum gGmbH, die Ergebnisse einer im Auftrag der Clearingstelle EEG erstellten gutachterlichen Einordnung des Landschaftspflege-Bonus im EEG 2009 vor. Danach wurden die bei der Clearingstelle EEG akkreditierten Vereine, Verbände und Interessengruppen sowie die registrierten öffentlichen Stellen auf der Grundlage eines von der Clearingstelle EEG vorgegebenen Fragenkatalogs angehört. Im Anschluss an diese öffentliche Anhörung fand eine Abschlussdiskussion zwischen den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Veranstaltung statt.

## 6 Verfahrensergebnisse

Die Clearingstelle EEG hat im Jahr 2009 sechs Empfehlungen und zwei Hinweise gegeben sowie sechs Voten veröffentlicht.

Zu den Inhalten der im Jahr 2009 abgeschlossenen Votumsverfahren:

- Votum 2008/23 – Modernisierung einer Wasserkraftanlage

In diesem Votumsverfahren beantwortete die Clearingstelle EEG die Frage, ob eine Modernisierung im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 notwendigerweise unmittelbar am Standort der Wasserkraftanlage erfolgen muss und ob im konkreten Fall der Neubau eines Ausleitungswehres entfernt von der Anlage als Modernisierung zu bewerten war. Den vollen Wortlaut des Votums finden Sie ab Seite 298.

- Votum 2008/43 – Fotovoltaikanlagen auf Grünflächen im Sinne des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009

In diesem Votumsverfahren wurde der Clearingstelle EEG die Frage vorgelegt, ob der Betreiber eines Solarparks, welcher 2009 auf in den Vorjahren teilweise stillgelegten Ackerflächen errichtet werden sollte, Anspruch auf Zahlung der Mindestvergütung nach § 32 Abs. 1 EEG 2009 hat und ob insbesondere die Voraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 vorliegen. Den vollen Wortlaut des Votums finden Sie ab Seite 317.

- Votum 2008/9 – Anspruch auf Fassadenbonus für eine PV-Anlage mit Hinterlüftung

Der Clearingstelle EEG ging in diesem Votumsverfahren der Frage nach, ob der Anspruch auf Zahlung der erhöhten Mindestvergütung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 5 Abs. 1 EEG 2004 – der sogenannte Fassadenbonus – auch dann besteht, wenn zur Hinterlüftung ein Zwischenraum zwischen der Fotovoltaikanlage und der Außenwand des Gebäudes besteht. Das Votum ist ab Seite 333 vollständig abgedruckt.

- Votum 2008/24 – Netzausbau durch Verlegung eines Kabels als Ersatz für bestehende Anschlussleitung

In diesem Votumsverfahren befasste sich die Clearingstelle EEG mit der Frage, ob die im Zuge der Netzanbindung einer Fotovoltaikanlage erfolgte Verlegung eines Erdkabels als eine Maßnahme des Netzan schlusses oder des Netzausbaus zu bewerten war. Der volle Wortlaut des Votums ist ab Seite 342 zu finden.

- Votum 2008/53 – § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 steht dem Vergütungsanspruch gemäß § 8 Abs. 2 EEG 2009 nicht entgegen

Die Clearingstelle EEG beantwortete in dem Votumsverfahren die Frage, ob § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe des Stroms gemäß § 8 Abs. 2 EEG 2009 in das Netz des abnahme- und vergütungspflichtigen Netzbetreibers entgegensteht. Ab Seite 353 finden Sie das Votum in ganzer Länge.

- Votum 2008/1 – Gebäudebegriff im EEG 2004

Gegenstand dieses Votumsverfahrens war die Frage, ob die auf dem Dach einer Halle belegene PV-Installation von drei verschiedenen Betreibern unter Geltung des EEG 2004 als drei einzelne Anlagen abzurechnen sind. Den vollen Wortlaut des Votums finden Sie ab Seite 360.

Zudem hat die Clearingstelle EEG zu folgenden sechs Themen Empfehlungsverfahren abgeschlossen:

- Empfehlung 2008/51 – Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf PV-Altanlagen

In diesem Empfehlungsverfahren befasste sich die Clearingstelle EEG mit der Frage, ob § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Fotovoltaikanlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, anwendbar ist, oder ob § 11 Abs. 6 EEG 2004 für diese Anlagen fortgilt.

Die Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 29. Januar 2009 finden Sie ab Seite 16.

- Empfehlung 2008/49 – Anlagenzusammenfassung gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009

Die Clearingstelle EEG beantwortete in diesem Empfehlungsverfahren die Frage, wie die Formulierung „auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ in § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2004 auszulegen und anzuwenden ist.

Diese Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 14. April 2009 ist ab Seite 38 abgedruckt.

- Empfehlung 2009/5 – Anlagenzubau bei Fotovoltaikanlagen über den Jahreswechsel 2008/2009

Die Clearingstelle EEG ging in diesem Empfehlungsverfahren der Frage nach, welche Vorschriften bei mehreren Fotovoltaikanlagen zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für die jeweils zuletzt in Betrieb genommene Anlage Anwendung finden, wenn zwischen den Inbetriebnahmezeitpunkten ein Jahreswechsel lag, insbesondere, wie es sich bei Inbetriebnahmezeitpunkten, zwischen denen der Jahreswechsel 2008/2009 lag, im Hinblick auf § 11 Abs. 6 EEG 2004 und § 19 Abs. 1 EEG 2009 verhält.

Diese Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 10. Juni 2009 ist ab Seite 108 abgedruckt.

- Empfehlung 2008/48 –Landschaftspflege-Bonus

Die Clearingstelle EEG ging in diesem Empfehlungsverfahren der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen nachwachsende Rohstoffe im Rahmen der Landschaftspflege anfallen und wann überwiegend Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen, zur Stromerzeugung im Sinne des EEG 2009 eingesetzt werden.

Diese Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 24. September 2009 ist ab Seite 125 abgedruckt.

- Empfehlung 2008/50 – Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Altanlagen ohne PV-Anlagen
- Gegenstand dieses Empfehlungsverfahrens war die Anwendbarkeit von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden waren (ausgenommen PV-Anlagen).

Dieses Empfehlungsverfahren wurde mit ausführlich begründetem Beschluss der Clearingstelle EEG vom 24. September 2009 eingestellt. Den vollen Wortlaut des Einstellungsbeschlusses finden Sie ab Seite 171.

- Empfehlung 2008/20 – Zuständigkeit und Kostentragung für Messeinrichtungen von EEG-Anlagen ohne registrierende Leistungsmessung

Die Clearingstelle EEG klärte in diesem Empfehlungsverfahren, wer für die Messung der eingespeisten und bezogenen elektrischen Arbeit sowie für Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen zuständig ist, und welche Regelungen hierzu neben § 13 Abs. 1 EEG 2004 gegebenenfalls anwendbar sind.

Diese Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 29. Dezember 2009 ist ab Seite 189 abgedruckt.

Darüber hinaus hat die Clearingstelle EEG zwei Hinweise zu folgenden Themen abgegeben:

- Hinweis 2009/13 – „Zwölf Kalendermonate“ gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009

In ihrem ersten Hinweisverfahren beantwortete die Clearingstelle EEG die Frage, wann mehrere Anlagen innerhalb von zwölf aufeinander folgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind. Den vollen Wortlaut des Hinweises finden Sie ab Seite 271.

- Hinweis 2009/7 – Emissionsminimierungsbonus für Bestandsanlagen (§ 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009)

Die Clearingstelle EEG ging in diesem Hinweisverfahren der Frage nach, ob auch Bestandsanlagen, die nicht immissionsschutzrechtlich genehmigt worden sind, einen Anspruch auf den – gelegentlich auch als „Formaldehyd-Bonus“ bezeichneten – Vergütungszuschlag haben können. Der Hinweis ist ab Seite 284 vollständig abgedruckt.

## 7 Empfehlungen aus dem Jahr 2009

Die Clearingstelle EEG hat im Jahr 2009 folgende Empfehlungen abgegeben:

1. Empfehlung 2008/51 – Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf PV-Altanlagen  
Die Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 29. Januar 2009 finden Sie ab Seite 16.
2. Empfehlung 2008/49 – Anlagenzusammenfassung gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009  
Diese Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 14. April 2009 ist ab Seite 38 abgedruckt.
3. Empfehlung 2009/5 – Anlagenzubau bei Fotovoltaikanlagen über den Jahreswechsel 2008/2009  
Diese Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 10. Juni 2009 ist ab Seite 108 abgedruckt.
4. Empfehlung 2008/48 –Landschaftspflege-Bonus  
Diese Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 24. September 2009 ist ab Seite 125 abgedruckt.
5. Empfehlung 2008/50 – Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Altanlagen ohne PV-Anlagen  
Dieses Empfehlungsverfahren wurde mit ausführlich begründetem Beschluss der Clearingstelle EEG vom 24. September 2009 eingestellt. Den vollen Wortlaut des Einstellungsbeschlusses finden Sie ab Seite 171.
6. Empfehlung 2008/20 – Zuständigkeit und Kostentragung für Messeinrichtungen von EEG-Anlagen ohne registrierende Leistungsmessung  
Diese Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 29. Dezember 2009 ist ab Seite 189 abgedruckt.

2008/51

29. Januar 2009

## Empfehlung

Die Clearingstelle EEG empfiehlt, die Frage des Empfehlungsverfahrens 2008/51

Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf PV-Altanlagen

wie folgt zu beantworten:

1. § 19 Abs. 1 EEG 2009 ist nicht auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, anzuwenden.
2. Die Vergütung für Strom aus mehreren Anlagen richtet sich für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, nach den bei der Inbetriebnahme der Anlagen jeweils geltenden Regelungen vor Inkrafttreten des EEG 2009; für Anlagen, die nach dem 31. Juli 2004 und vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, ist demnach § 11 Abs. 6 EEG 2004 anzuwenden.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung des Verfahrens</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Einführung</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Zusammenfassung der Stellungnahmen</b>	<b>5</b>
<b>4</b>	<b>Herleitung</b>	<b>11</b>
4.1	Parallele Geltung von § 19 EEG 2009 und insbesondere § 11 Abs. 6 EEG 2004 . . . . .	11
4.2	Vorrangige Anwendung von § 11 Abs. 6 EEG 2004 . . . . .	13
4.3	Regelungen für Anlagen mit einem Inbetriebnahmezeitpunkt vor dem 1. August 2004 . . . . .	21

## **I Einleitung des Verfahrens**

- 1 Das Verfahren wurde veranlasst durch eine Vielzahl von an die Clearingstelle EEG gerichteten Anfragen zum Verhältnis der Regelungen des § 11 Abs. 6 EEG 2004 und des § 19 EEG 2009 bei Fotovoltaikanlagen. Insbesondere bat der Bundesverband Solarwirtschaft (BSW-Solar) e. V. die Clearingstelle EEG unter dem 20. November 2008 um die Einleitung von Empfehlungsverfahren u. a. zu der verfahrensgegenständlichen Frage.
- 2 Die Clearingstelle EEG hat auf ihrer Sitzung am 24. November 2008 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens, die Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke und die nichtständigen Beisitzer der Clearingstelle EEG Grobrügge und Weißenborn gem. § 23 Abs. 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)<sup>1</sup> die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgender Frage beschlossen:
  - 3 Ist § 19 Abs. 1 EEG 2009 auch auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, anzuwenden?
  - 4 Die Beschlussvorlage für die vorliegende Empfehlung hat gemäß § 24 Abs. 5 VerfO der Vorsitzende der Clearingstelle EEG Dr. Lovens erstellt.
  - 5 Die bei der Clearingstelle EEG während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 12. Januar 2009, 16:00 Uhr, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 24 Abs. 1 VerfO erhalten. Die Stellungnahmen des Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V., des Bundesverbandes Solarwirtschaft (BSW-Solar) e. V., des Fachverbandes Energie- und Gebäudetechnik Bayern – Thüringen e. V. (FEG), des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V., des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), und des Solarenergie-Fördervereins e. V. (SFV) sind fristgemäß eingegangen.

<sup>1</sup>Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

## 2 Einführung

6 Im Rahmen der Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG)<sup>2</sup> ist am 1. Januar 2009 u. a. § 19 (Vergütung für Strom aus mehreren Anlagen) in Kraft getreten, dessen Abs. 1 wie folgt lautet:

7 Mehrere Anlagen gelten unabhängig von den Eigentumsverhältnissen und ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage, wenn

- 8
1. sie sich auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden,
  2. sie Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energien erzeugen,
  3. der in ihnen erzeugte Strom nach den Regelungen dieses Gesetzes in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet wird und
  4. sie innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind.

9 In den Übergangsbestimmungen des § 66 EEG 2009 ist grundsätzlich bestimmt, dass für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, anstelle enumerativ aufgeführter Paragraphen des EEG 2009 die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004<sup>3</sup> in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung anzuwenden sind. § 19 EEG 2009 ist in den Übergangsbestimmungen des § 66 Abs. 1 EEG 2009 nicht genannt. In § 66 Abs. 1 EEG 2009 genannt sind hingegen §§ 32, 33 EEG 2009, so dass sich die Frage stellt, ob § 19 EEG 2009 und damit auch dessen Abs. 1 auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, anzuwenden ist.

10 Für Betreiberinnen und Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer

<sup>2</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG 2009), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008, BGBl. I S. 2074, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009.

<sup>3</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich vom 21.07.2004, BGBl. I S. 1918, nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008, BGBl. I S. 2074.

Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, und die für sie zuständigen Netzbetreiber ist diese Frage dann von besonderer Bedeutung, wenn mehrere Anlagen während der zeitlichen Geltung des EEG 2004 an oder auf demselben Gebäude in Betrieb genommen worden sind. Das EEG 2004 enthielt zur Regelung der Anlagenzusammenfassung zu Vergütungszwecken für Strom aus solarer Strahlungsenergie die Vorschrift des § 11 Abs. 6, die lautete:

- 11 Abweichend von § 3 Abs. 2 Satz 2 gelten mehrere Fotovoltaikanlagen, die sich entweder an oder auf demselben Gebäude befinden und innerhalb von sechs aufeinander folgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen worden sind, zum Zweck der Ermittlung der Vergütungshöhe nach Abs. 2 für die jeweils zuletzt in Betrieb genommene Anlage auch dann als eine Anlage, wenn sie nicht mit gemeinsamen für den Betrieb technisch erforderlichen Einrichtungen oder baulichen Anlagen unmittelbar verbunden sind.
- 12 Bereits § 11 Abs. 6 EEG 2004 sah somit für Vergütungszwecke eine rechnerische Anlagenzusammenfassung vor, die sich jedoch auf die PV-Anlagen an oder auf demselben Gebäude beschränkte. Würde § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf diese, im Folgenden „PV-Altanlagen“ genannten Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie angewendet, würde der durch diese Anlagen erzeugte Strom zum Zwecke der Vergütung nicht erst dann zusammengerechnet, wenn sich die Anlagen an oder auf demselben Gebäude, sondern bereits dann, wenn sie sich auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden. Zudem würde der Betrachtungszeitraum des Anlagenzubaues von sechs auf zwölf aufeinander folgende Kalendermonate ausgedehnt. Die rechnerische Anlagenzusammenfassung zur Ermittlung der Vergütungshöhe würde somit auf eine potentielle Vielzahl von Anlagen, die unter der Geltung des EEG 2004 nicht zusammengefasst wurden, ausgeweitet.

### 3 Zusammenfassung der Stellungnahmen

- 13 Die fristgerecht eingegangenen Stellungnahmen<sup>4</sup> lassen sich wie folgt zusammenfassen:

---

<sup>4</sup>Sämtliche Stellungnahmen sind abrufbar unter <http://www.clearingstelle-egg.de/EmpfV/2008/51>.

## CLEARINGSTELLE EEG

- 14 1. Stellungnahme des Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V.

Der BBK empfiehlt, eine Rückwirkung auf Bestandsanlagen auszuschließen. Während die Zusammenrechnungsregelung des § 11 Abs. 6 EEG 2004 einen Zeitraum von sechs Monaten enthalte, betrage dieser Zeitraum gemäß § 19 Abs. 1 EEG 2009 zwölf Monate. Eine Rückwirkung des neuen Anlagenbegriffes könne dazu führen, dass wesentlich mehr Solarmodule zu einer Anlage zusammengerechnet würden, als dies unter der Geltung des § 11 Abs. 6 EEG 2004 geplant war und realisiert wurde. Der Bundesverband Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V. hält dies für bedenklich, weil es eine Rückwirkung des Anlagenbegriffs bedeute und die Anlagenbetreiber insbesondere deshalb berechtigtes Vertrauen in den Fortbestand der alten Regelung setzen durften, weil eine Regelung zur Vermeidung von Umgehungstatbeständen für den Bereich der Solaranlagen bereits bestand.

- 15 2. Stellungnahme des Bundesverbandes Solarwirtschaft (BSW-Solar) e. V.

Der BSW-Solar ist der Ansicht, die Verfahrensfrage sei zu verneinen.

- Dies ergebe sich schon aus der Auslegung des § 66 Abs. 1 EEG 2009: Es sei mit dem offenen Wortlaut des § 66 Abs. 1 EEG vereinbar, die Zusammenfassung von PV-Bestandsanlagen zu verneinen. § 66 Abs. 1 EEG 2009 verweise auf § 11 EEG 2004 und somit auch auf dessen Abs. 6. Diese Sondervorschrift bliebe somit auch unter dem EEG 2009 anwendbar.
- Der BSW-Solar führt aus, § 11 Abs. 6 EEG 2004 sei gegenüber § 19 Abs. 1 EEG 2009 die speziellere Norm. Ein Konflikt zwischen den beiden Normen bestehe nicht; der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* stelle das Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander klar. Der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* stehe dem nicht entgegen. Der BSW-Solar führt zur Begründung historische und teleologische Erwägungen an. Motiv der Regelung in § 19 Abs. 1 EEG 2009 sei für den Gesetzgeber die bisherige Praxis der Umgehung von Leistungsgrenzen bei der Biomassenutzung. Die rechtmäßige Praxis gem. § 11 Abs. 6 EEG 2004 sei nicht Anlass der Neuregelung gewesen. Der Gesetzgeber des EEG 2004 habe im Bewusstsein der modularen Technik eine Anlagenzusammenfassung allein in den Fällen des § 11 Abs. 6 EEG 2004, nicht aber in anderen Fällen vorgesehen.

- Der BSW-Solar ist der Ansicht, eine anderweitige Auslegung führe zu einer Verfassungswidrigkeit der Gesetzesänderung jedenfalls für den Bereich der solaren Strahlungsenergie. Durch die nachträgliche Änderung der Vergütungsbedingungen würde eine aufgrund des schutzwürdigen Vertrauens des Anlagenbetreibers unzulässige unechte Rückwirkung geschaffen. Dies entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, der den Vertrauensschutz durch die Übergangsregelungen des § 66 EEG 2009 ausweislich der Gesetzesbegründung gerade nicht aufgeben wollte.

16 3. Stellungnahme des Fachverbandes Energie- und Gebäudetechnik in Bayern e. V.

Der Fachverband Energie- und Gebäudetechnik in Bayern e. V. empfiehlt, § 19 EEG 2009 nicht auf PV-Altanlagen anzuwenden.

- § 19 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 setze für die Anlagenzusammenfassung eine Vergütung in Abhängigkeit der Leistung nach DIESEM<sup>5</sup> Gesetz voraus. § 66 EEG 2009 bestimme jedoch, dass für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, anstelle der §§ 32 und 33 EEG 2009 die Vorschriften des EEG 2004 anzuwenden seien. Soweit das EEG 2009 als eigenständiges rechtliches Werk zu erfassen sei, sei das EEG 2009 ein anderes Gesetz als das EEG 2004, so dass die Vergütung von Altanlagen nicht im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 „nach diesem Gesetz“ erfolgen würde, sondern nach dem EEG 2004. Mit dem Begriff „dieses Gesetz“ sei nicht das EEG als solches, unabhängig von der jeweiligen Fassung, gemeint. Denn das EEG 2009 sei nicht als Gesetzesänderung, sondern als vollständige Neuregelung des Rechts der erneuerbaren Energien erstellt und verabschiedet worden. Die explizite Nennung des EEG 2004 in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung in § 66 Abs. 1 EEG 2009 stütze diesen Gedanken.

§ 19 Abs. 1 EEG 2009 sei per se nicht auf Altanlagen anzuwenden, es sei denn, sie erzeugten Strom aus Biomasse, da in diesem Fall gem. § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 die Vergütungsvorschriften des § 27 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 anzuwenden seien, somit eine Vergütung nach diesem Gesetz vorzunehmen sei.

---

<sup>5</sup>Hervorhebung im Original.

## CLEARINGSTELLE EEG

- § 66 Abs. 1 EEG 2009 verweise für die §§ 32 und 33 EEG 2009 vollständig auf das EEG 2004, so dass diese Normen vollständig durch § 11 EEG 2004 ersetzt würden. Jedenfalls sei § 11 Abs. 6 EEG 2004 eine Spezialvorschrift gegenüber § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009. Dies gelte nicht nur im Hinblick auf die Zusammenfassung auf Gebäuden, sondern vollständig, da sie ansonsten nur noch auf Anlagen auf Gebäuden angewendet werden könne, die sich über mehr als ein Grundstück erstrecken.
- Die Erstreckung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Altanlagen würde zu einer gegen das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsgebot verstößenden Rückwirkung führen. Die alten EEG-Vorschriften sicherten eine konstante Vergütung über 20 Jahre zu. Diese Rechtssicherheit habe zu intensiven Investitionen im Photovoltaikbereich geführt. Eine Rückwirkung führte zur Verfassungswidrigkeit von § 19 EEG 2009.
- § 19 Abs. 1 EEG 2009 sei auslegungsbedürftig. Eine rückwirkende Schlechterstellung von Anlagenbetreibern könne jedenfalls im PV-Bereich kein Ziel des EEG 2009 gewesen sein.

#### 4. Stellungnahme des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

Nach Ansicht des BDEW ist § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Solarstromanlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, nicht anzuwenden.

- Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 gälten anstelle der §§ 32, 33 EEG 2009:
  - für Anlagen, die zwischen dem 1. August 2004 und dem 31. Dezember 2008 in Betrieb genommen worden sind: § 11 EEG 2004
  - für Anlagen, die zwischen dem 1. Januar 2004 und dem 31. Juli 2004 in Betrieb genommen worden sind: § 8 Abs. 6 EEG 2000 in der Fassung geltend ab dem 1. Januar 2004 i. V. m. § 21 Abs. 1 Nr. 8 EEG 2004
  - für Anlagen, die bis zum 31. Dezember 2003 in Betrieb genommen worden sind: § 8 EEG 2000 in der Fassung geltend bis zum 31. Dezember 2003 i. V. m. § 21 Abs. 1 EEG 2004.
- Hinsichtlich der Anlagen, die ab dem 1. Januar 2004 und bis zum 31. Dezember 2008 in Betrieb genommen worden sind, trete neben § 11 Abs. 6 EEG 2004 bzw. § 8 Abs. 6 EEG 2000 in der Fassung geltend ab dem 1. Januar 2004 nunmehr § 19 Abs. 1 EEG 2009. Die Anwendung der jeweils

parallel anwendbaren Regelungen hätte verschiedene Auswirkungen. Die älteren Spezialregelungen verdrängten die jüngere, allgemeinere Regelung des § 19 Abs. 1 EEG 2009.

- Dies ergebe sich zunächst daraus, dass spezielleres Recht allgemeineres Recht verdränge. Diese Regel gelte auch, wenn das speziellere Recht älter als das allgemeinere sei, obgleich ohne das Spezialitätsverhältnis das jüngere Gesetz das ältere verdränge.
- Der Gesetzgeber habe durch den Einleitungssatz von § 66 Abs. 1 EEG 2009 deutlich gemacht, dass er die §§ 32 und 33 EEG 2009 ausdrücklich nicht auf Bestandsanlagen angewendet wissen wollte. Aus der Aussage der Gesetzesbegründung, eine dem § 19 Abs. 1 EEG 2009 entsprechende Regelung habe zumindest nach Treu und Glauben bereits im Rahmen des EEG 2000 und EEG 2004 gegolten, sei zu schließen, dass der Gesetzgeber § 19 Abs. 1 EEG 2009 wegen Weitergeltung der spezielleren Regelung in § 11 Abs. 6 EEG 2004 bzw. § 8 Abs. 6 EEG 2000 in der Fassung geltend bis zum 31. Dezember 2003 nicht auf Solarstromanlagen mit Inbetriebnahme bis zum 31. Dezember 2008 anwenden wollte.
- Solarstromanlagen, die bis zum 31. Dezember 2003 in Betrieb genommen worden sind, würden ebenfalls nicht von § 19 Abs. 1 EEG 2009 erfasst. § 19 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 regelt, dass nur solche Anlagen in den Anwendungsbereich der Regelung fallen, die Strom erzeugen, der nach dem EEG in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet werde. § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 in der Fassung mit Geltung bis zum 31. Dezember 2003 habe jedoch für diese Anlagen keine leistungsabhängige Vergütung festgelegt.

### 5. Stellungnahme des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit

Das Bundesumweltministerium vertritt die Auffassung, dass § 19 EEG 2009 auf bestehende Fotovoltaikanlagen keine Anwendung finde.

- Die Übergangsbestimmungen in § 66 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 regelten, dass für Strom aus Fotovoltaikanlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb gingen, anstelle der §§ 32 und 33 EEG 2009 die bislang geltenden Vorschriften anzuwenden sind. Die bisherige Vergütungsregelung sei § 11 EEG 2004. Daher gelte auch § 11 Abs. 6 EEG 2004 weiter.

## CLEARINGSTELLE EEG

- § 11 Abs. 6 EEG 2004 gehe als Spezialregelung der Regelung in § 19 Abs. 1 EEG 2009 vor.
- Die Weitergeltung von § 11 Abs. 6 EEG 2004 ergebe sich aus dem Wortlaut des § 66 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 und aus dem Telos des § 66 Abs. 1 EEG 2009, der grundsätzlich die Weitergeltung der Vergütungsvorschriften vorsehe. Unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung zu § 66 EEG 2009 sei das geschützte Vertrauen der Investoren zu berücksichtigen. Aus Vertrauensschutzgründen habe der Gesetzgeber grundsätzlich eine Weitergeltung der Vergütungsvorschriften vorsehen wollen. Nur soweit die Anwendung unterschiedlicher Bestimmungen für Neu- und Bestandsanlagen zu Rechtsunsicherheit und Unstimmigkeiten führe, sollten für alle Anlagen die neuen Bestimmungen gelten.

17 6. Stellungnahme des Solarenergie-Fördervereins Deutschland e. V. (SFV)

Der Solarenergie-Förderverein Deutschland e. V. geht davon aus, dass § 19 Abs. 1 EEG 2009 nicht auf Solar-Altanlagen angewendet werden dürfe.

- § 19 Abs. 1 EEG 2009 bedeute eine Verschärfung der bisherigen Regelung durch die Verlängerung der Karenzzeit von 6 auf 12 Monate, der Einbeziehung von Anlagen nicht nur auf einem Gebäude, sondern auf demselben Grundstück und durch die eventuelle Ausweitung der Einbeziehung von Anlagen in unmittelbarer räumlicher Nähe.
- Die Nichtanwendbarkeit von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Solar-Altanlagen ergebe sich indes nicht schon aus den Übergangsbestimmungen des § 66 Abs. 1 EEG 2009. Diese nähmen zwar die §§ 32 und 33 EEG 2009, nicht aber den § 19 EEG 2009 von der Anwendung auf Altanlagen aus. § 19 EEG 2009 gelte daher auch für Solar-Altanlagen.
- Auch aus der Gesetzesbegründung zu § 19 EEG 2009 ergebe sich die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Solar-Altanlagen. Diese verweise darauf, dass die Frage der Behandlung mehrerer Anlagen nunmehr an der systematisch richtigen Stelle – in den allgemeinen Vergütungsvorschriften – geklärt werde. §§ 32 und 33 EEG 2009 befassten sich mit der Höhe der Einspeisevergütung in Abhängigkeit von der Leistung der PV-Anlage, nicht jedoch mit der rechnerischen Zusammenfassung mehrerer Anlagen. § 19 EEG 2009 werde daher von § 66 Abs. 1 EEG 2009 nicht ausgenommen.

- § 19 EEG 2009 gehöre nach der Systematik zu den allgemeinen Vergütungsvorschriften, in denen grundsätzliche Begriffe und Verfahren technologieübergreifend vorab geklärt werden. Das Fortgelten des § 11 Abs. 6 EEG 2004 schreibe der Gesetzestext indes weder explizit noch implizit vor.
- Die Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 ausschließlich auf Anlagen, die ab dem 1. Januar 2009 ans Netz gehen, ergebe sich indes aus dem vorrangigen Grund des Vertrauensschutzes zu Gunsten der Betreiber der Solar-Altanlagen.

## 4 Herleitung

18 § 19 Abs. 1 EEG 2009 ist nicht auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, anzuwenden. Dies ergibt sich indes nicht aus einer Auslegung der in Rede stehenden Vorschriften selbst, sondern aus Gesetzeskollisionsregeln und der nachfolgenden Anwendung konfigrierender Kollisionsregeln auf der Grundlage methodischer Auslegung.

### 4.1 Parallele Geltung von § 19 EEG 2009 und insbesondere § 11 Abs. 6 EEG 2004

19 Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Frage, ob § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, anzuwenden ist, sind die Übergangsbestimmungen in § 66 EEG 2009. Demzufolge sind für

20 Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, ... anstelle der §§ 6, 20 Abs. 2, § 21 Abs. 2, § 23 Abs. 1 und 3, der §§ 24 bis 26 Abs. 1, der §§ 27, 28 Abs. 1, § 29 Abs. 1 und 2, der §§ 30, 32, 33 sowie der Anlagen 1 und 3<sup>6</sup>

21 die Vorschriften des EEG 2004 unter gewissen Maßgaben, die in diesem Zusammenhang ohne Belang sind, anzuwenden. Der **Wortlaut der Übergangsbestimmung**

---

<sup>6</sup>Hervorhebung nicht im Original.

ist insofern eindeutig, als § 19 EEG 2009 gerade nicht genannt wird. Anhaltspunkte, dass es sich dabei um eine Regelungslücke handelt, die etwa im Wege der Analogie zu den explizit von der Anwendung ausgenommenen Vorschriften zu schließen wäre, bestehen nicht. Insbesondere fehlt es an einer für eine Regelungslücke notwendigerweise erforderlichen Planwidrigkeit, an deren Annahme im Rahmen von – enumerativ aufgeführten – Ausnahmenennungen hohe Anforderungen gestellt werden müssen. Indes enthalten weder die Gesetzesbegründung zu § 19 EEG 2009<sup>7</sup> noch die zu § 66 EEG 2009<sup>8</sup> eine Formulierung, der sich eindeutig entnehmen ließe, dass der Gesetzgeber PV-Altanlagen aus dem Anwendungsbereich des § 19 EEG 2009 ausklammern wollte. § 19 EEG 2009 gilt daher dem Grunde nach auch für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind.<sup>9</sup>

- 22 Die §§ 32, 33 EEG 2009 regeln die Vergütung für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie. Gemäß den oben zitierten Übergangsbestimmungen des § 66 EEG 2009 sind sie auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, indes nicht anzuwenden. Die Vergütung für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, richtet sich demnach nach den bei der Inbetriebnahme der Anlagen jeweils geltenden Regelungen vor Inkrafttreten des EEG 2009. Insbesondere gilt für Anlagen, die nach dem 31. Juli 2004 und vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, § 11 EEG 2004. Dies gilt auch für dessen die rechnerische Anlagenzusammenfassung betreffende Spezialregelung des § 11 Abs. 6 EEG 2004.
- 23 Somit gelten § 19 EEG 2009 und § 11 Abs. 6 EEG 2004 für Anlagen mit einem Inbetriebnahmezeitpunkt zwischen dem 1. August 2004 und dem 31. Dezember 2008 *parallel*. Der Wortlaut der entsprechenden Regelungen selbst ist insofern eindeutig. Betrachtet man den Regelungsgehalt des § 11 Abs. 6 EEG 2004 einerseits und des § 19 Abs. 1 EEG 2009 andererseits jeweils isoliert, sind daher insbesondere historische, genetische und teleologische Erwägungen bezüglich dieser Vorschriften zur Beantwortung der verfahrensgegenständlichen Frage nicht anzustellen. Etwas anderes kann sich jedoch aufgrund der durch § 66 EEG 2009 hervorgerufenen Anwendungskonkurrenz ergeben.<sup>10</sup>

<sup>7</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 50 f.

<sup>8</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 76 ff.

<sup>9</sup>Zur Frage, ob die Vorschrift auf PV-Altanlagen auch *anzuwenden* ist, sogleich.

<sup>10</sup>Dazu sogleich.

#### 4.2 Vorrangige Anwendung von § 11 Abs. 6 EEG 2004

- 24 Die nachfolgenden Erwägungen beziehen sich, soweit sie auf § 11 Abs. 6 EEG 2004 abstellen, nur auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie mit einem Inbetriebnahmezeitpunkt zwischen dem 1. August 2004 und dem 31. Dezember 2008 – für Anlagen mit einem früheren Inbetriebnahmezeitpunkt vgl. nachfolgend 4.3.
- 25 Jedoch derogiert § 11 Abs. 6 EEG 2004 dem § 19 EEG 2009. Die erstgenannte Vorschrift ist also anzuwenden, während § 19 EEG 2009 als nicht anzuwendendes Recht „im Hintergrund“ verbleibt.<sup>11</sup> Dies ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen der Normenkollisionsregeln. Kollisionsregeln sind erforderlich und anzuwenden, wenn und soweit zwei Normen denselben Sachverhalt mit unterschiedlicher Rechtsfolge regeln, da es ansonsten unmöglich wäre, zu bestimmen, welche der beiden Rechtsfolgen gelten soll.<sup>12</sup>
- 26 Die drei wesentlichen Kollisionsregeln lauten:
- 27 1. Ranghöheres Recht bricht rangniedrigeres Recht – *lex superior derogat legi inferiori*.
- 28 2. Das jüngere Gesetz verdrängt das ältere Gesetz – *lex posterior derogat legi priori*.
- 29 3. Das speziellere Gesetz verdrängt das allgemeinere Gesetz – *lex specialis derogat legi generali*.
- 28 EEG 2004 und EEG 2009 sind – als einfache Parlamentsgesetze – ranggleich, so dass die erste Kollisionsregel nicht anzuwenden ist.
- 29 Das EEG 2009 ist gegenüber dem EEG 2004 das jüngere Gesetz und verdrängt dieses somit grundsätzlich und vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen. Wendet man die zweite Kollisionsregel, *lex posterior derogat legi priori*, isoliert an, wäre auf PV-Altanlagen § 19 EEG 2009 anzuwenden.
- 30 Allerdings handelt es sich bei § 11 Abs. 6 EEG 2004 um die gegenüber § 19 EEG 2009

<sup>11</sup>Sog. materielle Derogation, vgl. Böckel, Instrumente der Einpassung neuen Rechts in die Rechtsordnung, 1993, 24f.

<sup>12</sup>Aus diesem Grund gelten Kollisionsregeln auch ohne ausdrückliche Anordnung in Verfassung oder Gesetz, vgl. hierzu und im Folgenden statt vieler Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1994, 601 ff.; Vranes, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“, ZaöRV 65 (2005), 319–405 m.w.N.

speziellere Regelung. Dies ergibt sich jedoch nicht schon daraus, dass § 11 Abs. 6 EEG 2004 für während der Geltungsdauer dieses Gesetzes in Betrieb genommene Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie allein aus diesem Grunde sachnäher, mithin spezieller wäre, da die Frage der Spezialität keine des Gesetzesalters ist. Es ergibt sich vielmehr daraus, dass § 11 Abs. 6 EEG 2004 die Behandlung mehrerer Anlagen *an oder auf einem Gebäude* regelt, während § 19 EEG 2009 – weiter gefasst – die Behandlung mehrerer Anlagen *auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe* betrifft. Die Behandlung mehrerer Anlagen *an oder auf einem Gebäude* ist gegenüber der Behandlung mehrerer Anlagen *auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe* nicht nur räumlich enger umgrenzt, sie ist im Hinblick auf PV-Anlagen insbesondere deshalb spezieller, weil sich PV-Anlagen im Gegensatz zu (fast) allen anderen Anlagen zur Erzeugung von Strom aus anderen Erneuerbaren Energieträgern überhaupt *an oder auf einem Gebäude* befinden können.

- 31 Die isolierte Anwendung der dritten Kollisionsregel, *lex specialis derogat legi generali*, kommt zu einem Anwendungs- und Geltungsvorrang von § 11 Abs. 6 EEG 2004 gegenüber § 19 EEG 2009.
- 32 Somit führt die Anwendung zweier Kollisionsregeln hier zu unterschiedlichen Ergebnissen. Entscheidend ist daher eine etwaige Meta-Kollisionsnorm, d. h. eine Regel, die einen Konflikt zwischen zwei Kollisionsnormen regelt.
- 33 Kollidiert die den Rechtsrang berücksichtigende Kollisionsnorm (*lex superior*) mit einer der beiden das Gesetzesalter bzw. die Gesetzesspezialität berücksichtigenden Kollisionsnormen (*lex posterior* bzw. *lex specialis*), geht stets das Ergebnis der *lex superior*-Abwägung<sup>13</sup> vor. Es ist Voraussetzung wie Folge eines hierarchisch strukturierten Rechtssystems, dass ranghöheres Recht nicht von jüngerem und/oder speziellerem Recht verdrängt werden kann. Die Meta-Regel bei der Kollision der *lex superior*-Regel mit einer der beiden anderen Regeln lautet somit, dass die *lex superior*-Regel stets vorgeht.<sup>14</sup>

<sup>13</sup>Zu deren Bedeutung anschaulich *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 1994, 602 f.

<sup>14</sup>Vgl. die Möglichkeiten der abstrakten Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und insbesondere die ansonsten anwendungslose Richtervorlage gemäß Art. 100 jeweils des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (GG) vom 23.05.1949, BGBl. III 100-1, zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.10.2008, zumal das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, dass nur nachkonstitutionelle Gesetze gem. Art. 100 GG vorgelegt werden können, d. h. solche, bei denen sich ohne die implizite vorgenannte Meta-Regel *per se* ein Konflikt zwischen der *lex superior*- und der *lex posterior*-Regel ergäbe, da die vorgelegten Gesetze immer rangniedriger und jünger sind – vgl. *BVerfG*, Urt.v. 24.02.1953 – 1 BvL 21/51, BVerfGE 2, 124 – 135, ständige Rechtsprechung.

- 34 Eine Meta-Kollisionsnorm für den Konflikt zwischen der *lex posterior*- und der *lex specialis*-Norm existiert hingegen nicht; sie ergibt sich auch nicht aus zwingenden Gründen der Logik oder strukturellen Gründen der Rechtsordnung.<sup>15</sup> Es ist sowohl schlüssig, anzunehmen, dass die neuere, allgemeinere Regelung den gegenüber der früheren Spezialregelung erweiterten Tatbestandsbereich insgesamt neu regelt, als auch, dass die neuere, allgemeinere Regelung lediglich die noch nicht geregelten Anwendungsteilbereiche des gegenüber der früheren Spezialregelung erweiterten Tatbestandsbereichs erfasst.
- 35 Bei einer wie der verfahrensgegenständlichen Frage zu Grunde liegenden Kollision zwischen der *lex posterior*- und der *lex specialis*-Regel ist das Ergebnis der gesetzgeberischen Direktiven mit den Methoden der Auslegung, d. h. einer methodologisch geordneten Sinnermittlung zu finden<sup>16</sup>. Gegenstand der Auslegung ist dabei die Frage, welcher der beiden konfligierenden Normen Anwendungsvorrang gebührt.
- 36 **Systematische** Erwägungen tragen zur Antwort der vorliegenden Frage kaum bei, da die konfligierenden Normen – § 11 Abs. 6 EEG 2004 und § 19 EEG 2009 – verschiedenen Gesetzen bzw. Gesetzesfassungen entstammen und der systematische Zusammenhang erst durch die Übergangsbestimmung in § 66 EEG 2009 hergestellt wird, dieser Zusammenhang aber erst zur oben geschilderten Problematik führt.
- 37 Vergleichbar unergiebig geht die **historische** Prüfung aus. Die historische Auslegung ermittelt den Bedeutungsgehalt einer Norm anhand des Bedeutungsgehalts ihrer Vorgängernorm. Auslegungsgegenstand ist hier indes der Konflikt zwischen den beiden o. g. Normen des EEG 2004 bzw. des EEG 2009; ein entsprechender „Vorgängerkonflikt“, der eine Konkurrenz zwischen § 11 Abs. 6 EEG 2004 und einer entsprechenden Norm des EEG 2000 zum Gegenstand gehabt haben müsste, existierte indes nicht.
- 38 **Genetische** Erwägungen legen zunächst eher den Schluss nahe, dass der Anwendung von § 19 EEG 2009 der Vorrang gegenüber der Anwendung von § 11 Abs. 6 EEG 2004 gebühren soll. Die Frage nach der Genese einer Norm untersucht ihren

<sup>15</sup> Vranes, *Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“*, *ZaöRV* 65 (2005), 319, 402 f.; uneindeutig *BFH*, *Urt.v.* 29.09.1992 – VII R 56/91, zitiert nach juris, indem er den Grundsatz „*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*“ aufstellt (Rn. 26), damit aber ausweislich der Formulierung der Meta-Kollisionsnorm nicht unbedingt ausdrückt, dass das ältere und speziellere Gesetz zwingend und immer dem jüngeren und allgemeinen Gesetz vorgeht – wohl weiterhin bestehende „Anwendungskonkurrenz“ anerkennt auch der *BFH*.

<sup>16</sup> Vgl. Vranes, *Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“*, *ZaöRV* 65 (2005), 319, 399 f.

## CLEARINGSTELLE EEG

gesetzgeberischen Entwicklungsprozess, um den Willen des Gesetzgebers zu erforschen. Ein wesentliches Element der genetischen Betrachtungen ist die Gesetzesbegründung (dazu 1.), ein anderes der Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens und dabei insbesondere der Blick auf verworfene oder erfolgreiche Änderungen des ursprünglichen Entwurfes während der parlamentarischen Beratungen (dazu 2.).

39 (1.) Die Bundesregierung begründete § 19 EEG 2009 damit, dass

40 die Frage der Behandlung mehrerer Anlagen nunmehr an der systematisch richtigen Stelle – in den allgemeinen Vergütungsvorschriften – geklärt<sup>17</sup>

werde und

41 die dem Gesetzeszweck widersprechende Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten

42 verhindert werden solle.

43 Des Weiteren führte sie im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal „auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“<sup>18</sup> aus, dass vom

räumlichen Zusammenhang [Fälle] nicht erfasst werden ..., in denen auf Häusern benachbarter Grundstücke Fotovoltaikanlagen angebracht werden, da hier eine Nähe zwangsläufig aus der Siedlungsstruktur sowie der Fotovoltaiktechnik folgt.<sup>19</sup>

44 Sie hat damit ihren Willen zur Vereinheitlichung der Behandlung mehrerer Anlagen ausgedrückt (erstes Zitat), zudem die als Umgehung gewertete Aufteilung in kleinere Einheiten verhindern wollen – und zwar mangels entgegenstehender Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung zu § 19 Abs. 1 EEG 2009 in Verbindung mit der Nicht-Nennung von § 19 EEG 2009 in § 66 EEG 2009 nicht nur für erst ab dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommene, sondern auch für zu diesem Zeitpunkt bestehende

---

<sup>17</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 50.

<sup>18</sup>Dessen Auslegung Gegenstand des Empfehlungsverfahrens 2008/49 der Clearingstelle EEG ist, vgl. <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/49>.

<sup>19</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 51.

Anlagen – (zweites Zitat) und schließlich Fotovoltaikanlagen ausdrücklich erwähnt (drittes Zitat). Aus dieser Gesamtschau der dem Parlamentsbeschluss zu Grunde liegenden Regierungsbegründung zu § 19 EEG 2009 lässt sich der Schluss ziehen, dass der gesamte Bereich der Behandlung mehrerer Anlagen in einer allgemeinen Vergütungsvorschrift, die auch bestehende und auch PV-Anlagen umfasst, neu geregelt werden sollte.

- 45 (2.) Einen weniger klaren Eindruck vermittelt eine Betrachtung der parlamentarischen Beratungen zu § 19 Abs. 1 EEG 2009: Insbesondere die Erstreckung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen war Gegenstand einer intensiven politischen Diskussion. Diese führte zu einer Initiative des Bundesrates, „§ 19 Abs. 1“ in § 66 EEG 2009 aufzunehmen, um die Anlagenzusammenfassung nach dieser Norm für Altanlagen auszuschließen.<sup>20</sup> Auffallend ist, dass die Begründung für diesen Änderungsvorschlag des Bundesrates ausdrücklich (nur) Biomasseanlagen und die wirtschaftlichen Probleme erwähnte, die sich für die Betreiber von Anlagen dieser Erzeugungsart ergeben könnten, wenn § 19 Abs. 1 EEG 2009 auch für Bestandsanlagen gelte. Dies wiederum legt nahe, dass bei der gesetzgeberischen Entscheidung, § 19 Abs. 1 EEG 2009 nicht in § 66 Abs. 1 EEG 2009 aufzunehmen, das Hauptaugenmerk auf der rechnerischen Zusammenfassung von Biomassebestandsanlagen lag, wohingegen die Anlagenzusammenfassung bei Bestandsanlagen anderer Stromerzeugungsarten offenbar vom Gesetzgeber weniger intensiv in den Blick genommen worden ist.<sup>21</sup> Dies lässt es zumindest als möglich erscheinen, dass der Gesetzgeber – wegen der Konzentration auf Biomassebestandsanlagen – bei PV-Altanlagen mit § 19 Abs. 1 EEG 2009 die Regelung des § 11 Abs. 6 EEG 2004 für Altanlagen nicht verdrängen wollte.
- 46 Als Zwischenergebnis ist mithin festzuhalten, dass genetische Erwägungen zwar eher dafür sprechen, die Kollision zwischen dem älteren, spezielleren § 11 Abs. 6 EEG 2004 und dem jüngeren, allgemeineren § 19 EEG 2009 zu Gunsten des letzteren zu lösen, aus dem Gesetzgebungsverfahren sich aber letztlich keine eindeutigen Schlussfolgerungen ziehen lassen.
- 47 **Teleologische** Erwägungen, die hier nach dem Zweck der zum Normenkonflikt führenden Neuregelung gem. §§ 19 Abs. 1, 66 EEG 2009 zu fragen haben, sprechen indes für die Auflösung der Kollision zu Gunsten der spezielleren Regelung des § 11 Abs. 6

<sup>20</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 91 f. – unter Nr. 27; ebd., S. 95 – unter Nr. 38; s. zur politischen Diskussion um §§ 19 Abs. 1, 66 im Gesetzgebungsverfahren vgl. Stenografischer Bericht der 208. Sitzung des Deutschen Bundestags, Pl.-Pr. 16/208, Anlage 8.

<sup>21</sup>Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 50.

EEG 2004. Zu untersuchen ist dabei (1.) die spezifische Differenz der Normteleologien des § 11 Abs. 6 EEG 2004 einerseits und des § 19 Abs. 1 EEG 2009 andererseits und (2.) der Zweck der Neuregelung selbst.

48 1. Spezifische Differenz der Normteleologien

§ 11 Abs. 6 EEG 2004 verfolgte zwei Zwecke:

49 *Erstens* sollte eine Umgehung der Differenzierung der Vergütungshöhe nach den Leistungsschwellen aus § 11 Abs. 2 EEG 2004 verhindert werden.<sup>22</sup> Der Zweck der Vermeidung des vom Gesetzgeber als Umgehung identifizierten sog. Anlagensplittings ist mit dem Zweck des § 19 EEG 2009 identisch<sup>23</sup>, so dass eine näher zu untersuchende spezifische Differenz nicht vorliegt.

*Zweitens* verfolgte § 11 Abs. 6 EEG 2004 aufgrund seiner konkreten Formulierung einen weiteren Zweck, indem er gleichsam selbstreferentiell die Verhinderung des sog. Anlagensplittings auf solche Fotovoltaikanlagen, die sich entweder an oder auf demselben Gebäude befinden und innerhalb von sechs aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen worden sind, beschränkte. Hier liegt in zweierlei Hinsicht eine spezifische Differenz vor, da erstens als räumliche Bezugsgrößen einerseits „Gebäude“, andererseits ein „Grundstück“ oder die sonstige unmittelbare räumliche Nähe dienen, zweitens der maßgebliche Zeitraum einmal sechs, einmal zwölf Kalendermonate beträgt. Während die Wahl des Zeitraums eine der Einheitlichkeit und klaren Nachvollziehbarkeit dienende unwiderlegliche Vermutung des Gesetzgebers, dass ein Anlagenzubau mit einem größeren zeitlichen Abstand als sechs bzw. zwölf Monaten keine Umgehung darstellt, ist, kommt der unterschiedlichen räumlichen Bezugsgröße besondere Bedeutung zu. Indem § 11 Abs. 6 EEG 2004 die Verhinderung des sog. Anlagensplittings auf an oder auf einem Gebäude befindliche PV-Anlagen beschränkte, trug die Norm der besonderen Situation von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie Rechnung. PV-Anlagen können sich – anders als Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Windkraft, Wasserkraft und Geothermie, mit Ausnahme von kleineren BHKW auch solchen zur Erzeugung von Strom aus Biomasse – aufgrund ihrer technischen Eigenart (Möglichkeit von nahezu beliebig stückelbaren Kleinanlagen, geringe Masse etc.) in die vorhandene Siedlungsstruktur

<sup>22</sup>BT-Drs. 15/2327, S. 35.

<sup>23</sup>Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 50.

einfügen. Diesem Umstand entsprach der Gesetzgeber des EEG 2004 beispielsweise durch einen Zuschlag für Strom aus solchen Anlagen, die nicht auf dem Dach oder als Dach des Gebäudes angebracht sind und einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudes bilden<sup>24</sup>. Wäre die Begrenzung des sog. Anlagensplittings nicht auf Gebäude i. S. d. § 11 Abs. 6 EEG 2004 beschränkt, sondern bereits im Rahmen des EEG 2004 auf solche Anlagen erweitert worden, die auf einem Grundstück oder in sonstiger unmittelbarer räumlicher Nähe belegen gewesen wären, hätte dies mit Inkrafttreten des EEG 2004 möglicherweise zu einem Rückgang des Ausbaus im PV-Bereich geführt. Beispielsweise wären dann mehrere PV-Anlagen, die zwar auf verschiedenen Gebäuden, aber auf einem Grundstück in Betrieb genommen worden wären, zum Zwecke der Ermittlung der Vergütungshöhe zu einer Anlage zusammengefasst worden – mit der Folge, dass der Strom aus der zuletzt installierten Anlage durch den Netzbetreiber geringer zu vergüten gewesen wäre, als der Strom aus der zuerst installierten Anlage. Dies hätte aller Voraussicht nach zu einer Investitionszurückhaltung v. a. zeitlich nachfolgender potentieller Kleinanlagenbetreiber geführt. Diese hätten sich nicht nur einer geringeren Vergütung des in ihren Anlagen erzeugten PV-Stroms, sondern – unter der Voraussetzung, diese nicht widerspruchslos dulden zu wollen – darüber hinaus ggf. auch der Auseinandersetzung mit den ihnen räumlich (und ggf. sozial, etwa bei mehreren auf einem Grundstück errichteten Einfamilienhäusern) verbundenen Erstanlagenbetreibern gegenübergestellt gesehen. § 11 Abs. 6 EEG 2004 diene somit nicht nur dem Zweck, dem sog. Anlagensplitting im PV-Bereich entgegenzuwirken – ihm kam auch eine Befriedungsfunktion gegenüber und zwischen (potentiellen) Anlagenbetreibern zu.

50 § 19 EEG 2009 verfolgt dieses Ziel nicht in gleichem Umfang, wie sich aus der Regierungsbegründung ergibt.<sup>25</sup> Diese spezifische Differenz spricht unter teleologischen Gründen dafür, angesichts der Normkollision von § 11 Abs. 6 EEG 2004 und § 19 EEG 2009 hinsichtlich der PV-Altanlagen der Anwendung von § 11 Abs. 6 EEG 2004 den Vorzug zu geben, da sich die Grundlagen der Investitionsentscheidung der Anlagenbetreiber, die ihre PV-Anlage bis zum

<sup>24</sup> „Fassadenbonus“, vgl. hierzu ausführlich *Clearingstelle EEG*, Votum vom 26.06.2008 – 2008/11, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>.

<sup>25</sup> Der Begründung zufolge sollen Fotovoltaikanlagen, die *auf Häusern benachbarter Grundstücke* (Her vorhebung nicht im Original) angebracht worden sind, nicht unter § 19 EEG 2009 fallen – im Umkehrschluss ist dem zu entnehmen, dass Fotovoltaikanlagen, die auf Häusern *desselben Grundstücks* angebracht worden sind, durchaus § 19 EEG 2009 unterfallen sollen.

## CLEARINGSTELLE EEG

31. Dezember 2008 in Betrieb genommen haben, nicht durch den Erlass des EEG 2009 geändert haben können. Aufgrund der eindeutig in § 11 Abs. 6 EEG 2004 benannten Voraussetzungen für die Anlagenzusammenfassung konnte diese Vorschrift bei den Anlagenbetreibern ein schutzwürdiges Vertrauen darauf begründen, wegen des Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 11 Abs. 6 EEG 2004 auch in Zukunft nicht rechnerisch mit anderen Anlagen zusammengefasst zu werden.<sup>26</sup>

### 51 2. Zweck der Neuregelung

Der vorgenannte Befund wird durch den Zweck der Neuregelung gestützt. Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zu § 19 EEG 2009 sollte

insbesondere ein Problem im Bereich der Stromerzeugung aus Biomasse<sup>27</sup>

### 52 gelöst werden.

Die dem Parlamentsbeschluss zu Grunde liegende Regierungsbegründung beinhaltet somit jedenfalls nicht explizit den Willen, das Recht gerade der PV-Altanlagen und letztlich zu Ungunsten der Anlagenbetreiber neu zu regeln. Im Gegenteil: Während die Konsequenz der gem. § 66 EEG 2009 grundsätzlich auch auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Windkraft, Wasserkraft und Geothermie anzuwendenden Vorschrift des § 19 EEG 2009 bezüglich dieser Erzeugungsarten nicht thematisiert wird, ist sie im Sinne einer Vergütungsbeschränkung Gegenstand der Regierungsbegründung hinsichtlich der Biomasseanlagen<sup>28</sup> und im Sinne einer eher restriktiven Auslegung bezüglich der PV-Anlagen<sup>29</sup>. Die Betrachtung zum Zweck der Neuregelung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 deckt sich insoweit mit den vorstehenden<sup>30</sup>, aus dem Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens abgeleiteten Erwägungen zum Hauptzweck der Nichterwähnung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 in § 66 Abs. 1 EEG 2009. Einen die Regierungsbegründung ergänzenden und die Betreiber von PV-Altanlagen im Ergebnis schlechterstellenden Zweck der Neuregelung durch § 19 EEG 2009 ver-

<sup>26</sup>Insoweit anders zu § 3 Abs. 2 EEG 2004 (kein Vertrauensschutz): *BVerfG*, Beschl. v. 18.02.2009 – 1 BvR 3076/09, <http://www.bverfg.de/>, zuletzt abgerufen am 27.03.2009.

<sup>27</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 50.

<sup>28</sup>Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 50.

<sup>29</sup>Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 51.

<sup>30</sup>Siehe oben S. 17.

mag die Clearingstelle EEG angesichts der bewährten Regelung des § 11 Abs. 6 EEG 2004 nicht zu erkennen.

- 53 **Fazit:** Zwar sprechen genetische Gründe – in Gestalt der Regierungsbegründung zu § 19 EEG 2009 – für einen konkreten Vorrang von § 19 EEG 2009 gegenüber § 11 Abs. 6 EEG 2004 in Bezug auf die Vergütungsvoraussetzungen von Strom aus PV-Altanlagen. Die teleologischen Argumente wie auch die genetische Betrachtung des Gesetzgebungsverfahrens zu § 66 EEG 2009 überwiegen indes die Regierungsbegründung zu § 19 EEG 2009<sup>31</sup> in entscheidendem Umfang.

#### 4.3 Regelungen für Anlagen mit einem Inbetriebnahmezeitpunkt vor dem 1. August 2004

- 54 Die vorgenannten Erwägungen beziehen sich – sofern sie die Kollision zwischen § 19 EEG 2009 und § 11 Abs. 6 EEG 2004 betreffen – explizit nur auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie mit einem Inbetriebnahmezeitpunkt zwischen dem 1. August 2004 und dem 31. Dezember 2008. Sie gelten jedoch in gleichem Maße für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. August 2004 in Betrieb genommen worden sind.
- 55 Für Strom aus Anlagen, die zwischen dem 1. Januar 2004 und dem 31. Juli 2004 in Betrieb genommen worden sind, gilt § 8 Abs. 6 EEG 2000 in der ab dem 1. Januar 2004 geltenden Fassung i. V. m. § 21 Abs. 1 Nr. 8 EEG 2004. § 8 EEG 2000 in der mit Wirkung vom 1. Januar 2004 an geltenden Fassung differenzierte zwar nach Leistungsgrößen, enthielt in § 8 Abs. 6 EEG 2000 jedoch eine § 11 Abs. 6 EEG 2004 entsprechende Regelung, so dass die vorgenannten Erwägungen entsprechend gelten.
- 56 Auch bezüglich der Vergütung von Strom aus Anlagen mit einem Inbetriebnahmezeitpunkt vor dem 1. Januar 2004 sind die nach den bei der Inbetriebnahme der Anlagen jeweils geltenden Regelungen vor Inkrafttreten des EEG 2009 anzuwenden.
- 57 § 8 EEG 2000 – in der Fassung geltend bis zum 31. Dezember 2003 – bezieht sich auf Anlagen ohne leistungsabhängige Vergütung. Da § 19 Abs. 1 EEG 2009 nur auf solche Anlagen anwendbar ist, die eine leistungsabhängige Vergütung erhalten, stellt sich die Frage nach der Spezialität somit nicht.

<sup>31</sup>Die aufgrund des parlamentarischen Gesetzgebungsprozesses nicht zwingend identisch mit dem Willen des Gesetzgebers sein muss.

## CLEARINGSTELLE EEG

---

Die Empfehlung wurde einstimmig angenommen.

Dr. Lovens

Lucha

Puke

Grobrügge

Weißborn

2008/49

14. April 2009

## Empfehlung

Die Clearingstelle EEG empfiehlt, die Fragen des Empfehlungsverfahrens 2008/49

Anlagenzusammenfassung gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009

wie folgt zu beantworten:

1. Das Tatbestandsmerkmal „auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ ist aufgrund des auslegungsbedürftigen Wortlauts insbesondere systematisch, hinsichtlich seiner Entstehungsgeschichte (Genese) und dem Zweck der Vorschrift (Teleologie) auszulegen. Besondere Bedeutung kommt dabei einerseits der systematischen Einordnung in das Grundbuch-, Bau- und Beitragsrecht, andererseits der Berücksichtigung des Zwecks des Gesetzes, das sog. Anlagensplitting zu verhindern, zu.
2. Mehrere Anlagen befinden sich demnach grundsätzlich „auf demselben Grundstück“, wenn sie sich auf einem Grundstück im Sinne des Grundbuchrechts befinden. Befinden sich mehrere Anlagen in diesem Sinne auf einem Grundstück, gelten sie zum Zwecke der Ermittlung der Vergütung für den zuletzt in Betrieb genommenen Generator grundsätzlich als eine Anlage.
3. In *eng begrenzten* Ausnahmefällen ist vom Grundstück im wirtschaftlichen Sinne auszugehen, falls der Zweck der Regelung des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 – das sog. Anlagensplitting zu verhindern – gröblich verfehlt würde, indem der grundbuchrechtliche Grundstücksbegriff zugrunde gelegt wird. Dabei gilt:
  - (a) Die Annahme des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs ist kein Ausdruck einer ökonomischen Härtefallregelung. Eine entsprechende Zweckverfehlung liegt insbesondere nicht schon dann vor, wenn bei Zugrundelegung des grundbuchrechtlichen Grundstücksbegriffs die Insolvenz der Anlagenbetreiberin oder des Anlagenbetreibers droht oder bevorsteht.

---

<sup>I</sup>  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/EmpfV/2008/49> können Sie dieses Dokument herunterladen.

## CLEARINGSTELLE EEG

- (b) Wann in den restriktiv anzunehmenden Ausnahmefällen unter Zugrundelegung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs von einer wirtschaftlichen Einheit auszugehen ist, bestimmt sich nach dem unter Ziffer 5. genannten Kriterienkatalog.
4. Bei dem Tatbestandsmerkmal „sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, zu dessen Auslegung vor allem die Genese von § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 sowie Sinn und Zweck der Regelung heranzuziehen sind. Demnach dient die Regelung der vergütungsrechnerischen Nivellierung der Auswirkungen des sog. Anlagensplittings, bei dem der Betreiber in einem geografisch umgrenzbaren Bereich mehrere leistungsbezogen zu vergütende kleinere Anlagen in Betrieb nimmt, um eine im Vergleich höhere Gesamtvergütung nach dem EEG zu erzielen.

Das Tatbestandsmerkmal „sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ ist daher wie folgt auszulegen:

- (a) Es spricht eine widerlegliche Vermutung dafür, dass mehrere Anlagen zum Zwecke der Umgehung der Vergütungsvorschriften des EEG 2009 realisiert wurden, wenn sie nach dem 5. Dezember 2007

- entweder auf zuvor entlang der Belegenheit der Anlagen parzellierten (geteilten) Grundstücken
- oder auf aneinander grenzenden Grundstücken

in Betrieb genommen worden sind.

Die Vermutung kann durch nachweisliche Darlegung entgegenstehender Tatumstände des unter Ziffer 5 genannten Kriterienkatalogs erschüttert werden.

- (b) Eine Auslegung, derzufolge sich zwei oder mehr Anlagen „sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ befinden, wenn sie maximal 500 Meter voneinander entfernt sind, findet im Gesetz keine Stütze.

5. Der Kriterienkatalog lautet:

- (a) Gegen eine Umgehung der EEG-rechtlichen Vergütungsschwellen sprechen folgende Kriterien:
- i. Baugenehmigung unter Anwendung des Privilegierungstatbestands aus § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB – vgl. S. 62

## CLEARINGSTELLE EEG

- ii. Alleinstehende Gebäude, auf oder an denen PV-Anlagen angebracht sind – vgl. S. 63
  - iii. Teilung des Grundstücks aufgrund öffentlich-rechtlichen Zwanges – vgl. S. 54
  - iv. Teilung des Grundstücks aufgrund erbrechtlich bedingter Auseinandersetzung – vgl. S. 54
  - v. Teilung des Grundstücks aufgrund der Veräußerung von zu diesem Zweck abgetrennten Grundstücksteilen an einen mit dem vorherigen (Gesamt-) Eigentümer weder konzernhaft noch sonst wirtschaftlich oder verwandtschaftlich verbundenen Neueigentümer – vgl. S. 54
- (b) Für eine Umgehung der EEG-rechtlichen Vergütungsschwellen sprechen folgende Kriterien:
- i. Identischer faktischer Betreiber – vgl. S. 55
  - ii. Gesellschaftsrechtliche oder vergleichbare Verbundenheit mehrerer Betreiber – vgl. S. 57
  - iii. Identischer Finanzierer – vgl. S. 59
  - iv. Identischer Errichter/Projektierer – vgl. S. 59
  - v. Identischer Hersteller der Anlagen, identische Leistungsgröße und konkrete Auslegung der Anlagen – vgl. S. 59
  - vi. Gleiche Einsatzstoffe – vgl. S. 60
  - vii. Gemeinsam genutzte Infrastruktureinrichtungen – vgl. S. 60
  - viii. Gemeinsames Betriebspersonal, gemeinsame Abrechnungsstelle – vgl. S. 61
6. Die Clearingstelle EEG rät Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreibern und Netzbetreibern, zur Klärung von Zweifelsfragen im Einzelfall einvernehmlich die Einleitung eines Votumsverfahrens oder eines Einigungsverfahrens bei der Clearingstelle EEG zu beantragen, um gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung des Verfahrens</b>	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>Einführung</b>	<b>7</b>
<b>3</b>	<b>Zusammenfassung der Stellungnahmen</b>	<b>8</b>
<b>4</b>	<b>Herleitung</b>	<b>20</b>
4.1	„Auf demselben Grundstück“ . . . . .	21
4.1.1	Wortlaut . . . . .	22
4.1.2	Systematik . . . . .	23
	Systematik innerhalb des EEG 2009 . . . . .	23
	Systematische Betrachtung der NAV . . . . .	24
	Systematik außerhalb des EEG 2009 . . . . .	25
4.1.3	Historische Auslegung . . . . .	36
4.1.4	Genetische Auslegung . . . . .	37
4.1.5	Teleologische Auslegung . . . . .	37
4.1.6	Zusammenfassung und Folgen der Auslegung . . . . .	38
	Formeller Grundstücksbegriff . . . . .	38
	Wirtschaftlicher Grundstücksbegriff . . . . .	38
4.1.7	Ungebuchte Flurstücke . . . . .	39
4.2	„oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ . . . . .	40
4.2.1	Wortlaut . . . . .	40
4.2.2	Systematik . . . . .	40
	Systematik innerhalb des EEG 2009 . . . . .	41
	Systematik außerhalb des EEG 2009 . . . . .	43
4.2.3	Historische Auslegung . . . . .	46
4.2.4	Genetische Auslegung . . . . .	48

## CLEARINGSTELLE EEG

4.2.5	Teleologische Auslegung . . . . .	50
4.2.6	Zusammenfassung und Folgen der Auslegung . . . . .	51
	Parzellierung oder Inbetriebnahme nach dem 5. Dezember 2007 . . . . .	53
	Parzellierung oder Inbetriebnahme bis zum 5. Dezember 2007	55
4.2.7	Ungebuchte Flurstücke . . . . .	63
4.3	Ergänzende Hinweise bezüglich der jeweiligen Energieträger . . . . .	64
4.3.1	Wasserkraft einschließlich der Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie . . . . .	64
4.3.2	Windenergie . . . . .	65
4.3.3	Solare Strahlungsenergie . . . . .	65
4.3.4	Geothermie . . . . .	66
4.3.5	Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Ab- fällen aus Haushalten und Industrie . . . . .	67
4.4	Beweislastfragen . . . . .	67
4.5	Rat der Clearingstelle EEG . . . . .	69

## I Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle EEG hat das Empfehlungsverfahren aufgrund einer Vielzahl von Einzel- und Verbandsanfragen zur Anwendung und Auslegung von § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009<sup>1</sup> eingeleitet. Insbesondere im Bereich der Erzeugung von Strom aus Biomasse ergab sich bereits vor dem Inkrafttreten des EEG 2009 gegenüber der Clearingstelle EEG von Seiten einzelner und verbandsmäßig vertretener Anlagen- und Netzbetreiber Klärungsbedarf hinsichtlich der Auslegung und Anwendung von § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009.
- 2 Die Clearingstelle EEG hat daraufhin auf ihrer Sitzung am 24. November 2008 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens, die Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke und die nichtständigen Beisitzer der Clearingstelle EEG Grobrügge und Weißenborn gem. § 23 Abs. 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)<sup>2</sup> die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgender Frage beschlossen:

Unter welchen Voraussetzungen befinden sich gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 mehrere Anlagen „auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“?

Die Beschlussvorlage für die vorliegende Empfehlung hat gemäß §§ 24 Abs. 5, 22 Abs. 4 VerfO der Vorsitzende der Clearingstelle EEG Dr. Lovens erstellt.

- 3 Die bei der Clearingstelle EEG während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 7. Januar 2009 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 24 Abs. 1 VerfO erhalten. Die Stellungnahmen des Bundesverbandes Biogene und Regenerative Treibstoffe e. V., des Solarenergie-Fördervereins Deutschland e. V. (SFV), des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V., der Biogasunion e. V., des Bundesverbandes Solarwirtschaft (BSW-Solar) e. V., des Fachverbandes Energie- und Gebäudetechnik Bayern – Thüringen e. V. sowie des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) sind fristgemäß eingegangen.

<sup>1</sup> Verkündet 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.

<sup>2</sup> Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/Verfahrensordnung>.

## 2 Einführung

- 4 Im Rahmen der Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) durch das EEG 2009 ergab sich die o. g. Anwendungsfrage<sup>3</sup>. Insbesondere trugen Anlagen- und Netzbetreiber dabei die Fragen an die Clearingstelle EEG heran,
- 5 1. wie der Tatbestand „auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ auszulegen sei, und
2. ob § 19 Abs. 1 EEG 2009 auch auf die Vergütung von Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, anwendbar sei.
- 6 Diese rechtsanwendungstechnisch offenen Fragen haben einerseits zur Einleitung der Empfehlungsverfahren
- 7
- 2008/49 (verfahrensgegenständlich),
  - 2008/50 (Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Altanlagen ohne PV-Anlagen)<sup>4</sup> und
  - 2008/51 (Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf PV-Altanlagen)<sup>5</sup>
- 8 geführt, andererseits zu den – soweit ersichtlich – ersten Gerichtsverfahren zum EEG 2009, ausschließlich im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, namentlich
- einer Entscheidung des *LG Stralsund*<sup>6</sup>,
  - einer Entscheidung des *LG Neuruppin*<sup>7</sup>,
  - einer Entscheidung des *KG*<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup>Vgl. 1.

<sup>4</sup>Vgl. <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2008/50>.

<sup>5</sup>Vgl. <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2008/51>.

<sup>6</sup>*LG Stralsund*, Beschl.v. 09.02.2009 – 4 O 44/09, abzurufen unter <http://clearingstelle-eeg.de/node/595>.

<sup>7</sup>*LG Neuruppin*, Urt.v. 27.02.2009 – 3 O 30/09, abzurufen unter <http://clearingstelle-eeg.de/node/598>.

<sup>8</sup>*KG*, Beschl.v. 27.02.2009 – 14 W 13/09, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/600> als Verfahrensfortgang zum *LG Berlin*, Beschl.v. 23.02.2009 – 21 O 73/09, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/601>.

- und insbesondere zu dem Beschluss des *BVerfG* im einstweiligen Anordnungsverfahren<sup>9</sup>.
- 9 Der Beschluss des *BVerfG* führt<sup>10</sup> zur Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energieträgern auch mit einem Inbetriebnahmezeitpunkt vor dem 1. Januar 2009<sup>11</sup>. Der gesetzliche Auftrag der Clearingstelle EEG, Anwendungsfragen des EEG zu klären, beinhaltet somit nicht nur, die Auslegung und Anwendung von § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 auf ab dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommene Anlagen zu klären. Er betrifft auch eine unbestimmte Vielzahl von Betreibern von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energieträgern, deren Anlagen vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, sofern es sich nicht um Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie handelt, für die § 19 Abs. 1 EEG 2009 nicht anzuwenden ist<sup>12</sup>.

### 3 Zusammenfassung der Stellungnahmen

- 10 Die fristgerecht eingegangenen Stellungnahmen<sup>13</sup> des Bundesverbandes Biogene und Regenerative Treibstoffe e. V., des Solarenergie-Fördervereins Deutschland e. V. (SFV), des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V., der Biogasunion e. V., des Bundesverbandes Solarwirtschaft (BSW-Solar) e. V., des Fachverbandes Energie- und Gebäudetechnik Bayern – Thüringen e. V. sowie des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) lassen sich wie folgt zusammenfassen:
- 11 1. Stellungnahme des Bundesverbandes Biogene und Regenerative Treibstoffe e. V.
- 12 Der Bundesverband Biogene und Regenerative Treibstoffe e. V. regt an, den Begriff „unmittelbarer räumlicher Zusammenhang“ eng auszulegen.

---

<sup>9</sup>*BVerfG*, Beschl.v. 18.02.2009 – 1 BvR 3076/08, <http://www.bverfg.de>, zuletzt abgerufen am 05.04.2009.

<sup>10</sup>Vorbehaltlich einer anderweitigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren.

<sup>11</sup>Und insbesondere ab dem 25. August 2007, vgl. *BVerfG*, Beschl.v. 18.02.2009 – BvR 3076/08, <http://www.bverfg.de>, Rn. 69, zuletzt abgerufen am 04.04.2009.

<sup>12</sup>*Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 29.01.2009 – 2008/51, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/51>.

<sup>13</sup>Sämtliche Stellungnahmen sind abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/49>.

13

- Unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung sei davon auszugehen, dass § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 an die bisherige Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 anknüpfe und inhaltlich mit dieser identisch sei. Er begegne dem Problem des sog. Anlagensplittings. Die Differenzierung nach Leistungsklassen solle den höheren Stromgestehungskosten kleinerer dezentraler Anlagen Rechnung tragen.
- Der Begriff der Anlage werde im EEG 2009 in § 3 Nr. 1 definiert. Dem liege ein weiter Anlagenbegriff zu Grunde, der dem Zweck diene, bestehende Auslegungsunsicherheiten zu beseitigen und sämtliche technisch und baulich erforderlichen Einrichtungen unter den Anlagenbegriff zu fassen.
- Es sei zwischen dem engen und dem weiten Anlagenbegriff zu differenzieren. Nach dem in der Kommentarliteratur zum EEG 2004 z. T. vertretenen engen Anlagenbegriff sei die Anlage als technische Einrichtung zur Stromerzeugung von technischen Einrichtungen, die nicht der Stromerzeugung dienen (Transformatoren), von unselbstständigen Einrichtungen, die nur mittelbar der Stromerzeugung dienen (Infrastruktureinrichtungen), und von baulichen Einrichtungen, die nur mittelbar der Stromerzeugung dienen (Fermenter, Gärrestbehälter), abzugrenzen.
- Dem EEG 2009 liege jedoch der weitere Anlagenbegriff zugrunde, wenngleich in einzelnen Normen – etwa § 3 Nr. 1 EEG 2009 – an den Generator angeknüpft werde, „um den verschiedenen Funktionen des Anlagenbegriffs dennoch gerecht zu werden“<sup>14</sup>. Gemäß dem weiten Anlagenbegriff gehörten nicht nur die unmittelbar zur Stromerzeugung dienenden Einheiten zur Anlage, sondern alle hierfür betriebstechnisch erforderlichen Einrichtungen wie etwa der Fermenter.
- In § 19 EEG 2009 werde ausdrücklich an den Generator angeknüpft, dementsprechend liege der Norm der enge Anlagenbegriff zugrunde. Somit müssten sich die Generatoren auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden.
- Handele es sich um dasselbe Grundstück, sei die erste Voraussetzung bereits erfüllt.
- Handele es sich um verschiedene Grundstücke, müsse geprüft werden, ob sie sich in unmittelbarer räumlicher Nähe befänden. Indizien hierfür

<sup>14</sup>Zitat der konsolidierten Gesetzesbegründung im Original.

## CLEARINGSTELLE EEG

seien Verbindungen der Anlage durch für den Betrieb technisch erforderliche Einrichtungen oder sonstige Infrastruktureinrichtungen, beispielsweise

- Staumauern und Fermenter von Biogasanlagen (betriebstechnisch erforderliche Einrichtungen)
  - Wechselrichter, Netzanschluss, Anschlussleitungen, eine Stromabführung in gemeinsamer Leitung, Transformatoren, Messeinrichtungen, Verbindungswege und Verwaltungseinrichtungen (Infrastruktureinrichtungen).
- Die technisch für den Betrieb erforderlichen Einrichtungen und baulichen Anlagen müssten nicht unmittelbar mit der Anlage verbunden sein.
  - Auch ohne eine direkte Verbindung durch betriebstechnisch erforderliche Einrichtungen könne ein räumlicher Zusammenhang bestehen. Dieser sei in einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Normzwecks zu ermitteln.
  - Der Gesetzgeber habe mit § 19 EEG 2009 klarstellen wollen, dass Konstellationen, die einen Umgehungstatbestand verwirklichen, von dem Gesetz nicht gefördert werden.
  - Der Begriff „unmittelbarer räumlicher Zusammenhang“ sei eng auszulegen. Dies folge zum einen aus dem Wortlaut des § 19 Abs. 1 EEG 2009. Der Begriff „unmittelbar“ lege eine enge Auslegung nahe. Zum anderen hätte eine weitere Auslegung problematische Auswirkungen, etwa wenn zwei Nachbarn in ihren Kellern Anlagen völlig unabhängig voneinander betrieben.
  - Eine weite Auslegung, wie sie etwa von *Salje* in Form der vorgeschlagenen 500-Meter-Entfernung vertreten würde, könne zu einer Zusammenrechnung der Anlagen und zu deren Unrentabilität führen. Dies könne nicht gewollt sein, weil das EEG dann jeglichen Anreiz zur Investition in dezentrale Biomasseanlagen verlöre.
  - Eine parzellenscharfe Abgrenzung und eine möglichst enge Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 sei daher erforderlich.

- 14 2. Stellungnahme des Solarenergie-Fördervereins Deutschland e. V. (SFV)
- 15 Der SFV ist der Auffassung, § 19 Abs. 1 EEG 2009 dürfe nur angewendet werden, wenn ersichtlich sei, dass ein technisch unnötiges Anlagensplitting erfolgt ist. Wenn der Betreiber aus unabweisbaren Gründen gezwungen sei, mehrere kleine dezentrale Anlagen zu bauen, deren Stromgestehungskosten höher sind, solle ihm auch die für die kleineren Anlagen berechnete höhere Einspeisevergütung zustehen.
- 16
- Nur für Solaranlagen, die sich auf Gebäuden benachbarter Grundstücke in Siedlungsbereichen befinden, sei in dem Text der Gesetzesbegründung zu § 19 Abs. 1 EEG 2009 eine eindeutige Regelung festgelegt worden, aus der hervorgehe, dass § 19 Abs. 1 Nr. 1 hier keine Anwendung finden solle.
  - Für alle übrigen Fälle enthalte der Begründungstext zu § 19 keine eindeutige Definition der Worte „in unmittelbarer räumlicher Nähe“. Eine solche Definition sei jedoch erforderlich, da es sich nicht um einen im allgemeinen Rechtsgebrauch feststehenden Begriff handle. Die im Begründungstext enthaltenen Indizien seien nicht eindeutig.
  - Die Gesetzesbegründung weise darauf hin, dass letztlich jeder Einzelfall nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Beachtung des Normzweckes entschieden werden müsse. Der Normzweck ergebe sich aus dem – in der Stellungnahme des SFV zitierten – allgemeinen Teil der Begründung zu § 19. Demnach solle die vorsätzliche Erhöhung der Einspeisevergütung durch technisch unnötiges Anlagensplitting verhindert werden.
  - Der Gesetzgeber habe jedoch die Differenzierung nach Leistungsklassen eingeführt, um den höheren Stromgestehungskosten kleinerer dezentraler Anlagen Rechnung zu tragen. Hieraus folgten die eingangs zusammengefassten Konsequenzen.
  - Bei Fotovoltaik-Dachanlagen sei die nicht ausreichende verschattungsfreie Fläche ein zwingender Grund, warum eine größere Anlage nicht möglich war.
  - Fülle bei mehreren Fotovoltaik-Dachanlagen oder Fassadenanlagen die zuerst gebaute Anlage die gesamte zur Verfügung stehende unbeschattete Fläche aus, sei der erforderliche Nachweis bereits durch Augenschein erbracht. Dies gilt nach Ansicht des SFV auch für Hausdach- oder Fassadenanlagen auf Häusern auf demselben Grundstück.

## CLEARINGSTELLE EEG

- Weise der Anlagenbetreiber nach, dass dieser oder ein anderer unabweisbarer Grund vorgelegen habe, warum er die geplante Anlagen aufsplitten musste und dass durch die unabweisbare Aufsplittung die Stromgestehungskosten denen von kleineren Anlagen entsprechen, dürfe § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf seine Anlagen nicht angewendet werden.

17 3. Stellungnahme des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

18 Der BDEW beantwortet die Frage wie folgt:

- 19
- (a) Ein „Grundstück“ sei ein räumlich abgegrenzter, d. h. katastermäßig vermessener und bezeichneter Teil der Erdoberfläche, der im Grundbuch als Grundstück geführt werde.
  - (b) Anlagen lägen dann „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“, wenn die Prüfung dieses Kriteriums zu einem vergleichbaren Ergebnis führe wie die des Kriteriums „auf demselben Grundstück“. Zur Annahme des Vorliegens einer solchen Nähe seien Indizien<sup>15</sup> heranzuziehen.

Im Einzelnen:

- 20
- Der Anlagenbetreiber sei nachweispflichtig, ob sich mehrere Anlagen auf demselben Grundstück befänden oder nicht, da nur er berechtigt sei, Einsicht in das entsprechende Grundbuch zu nehmen.
  - Die Belegenheit auf demselben Grundstück sei ausweislich der Formulierung „oder sonst“ der Grundfall der „unmittelbaren räumlichen Nähe“.
  - Die Auslegung der Begriffe „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden“<sup>16</sup> müsse zu einem vergleichbaren Ergebnis führen wie die Begriffe „auf demselben Grundstück“. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass Ziel der entsprechenden Fallalternative dasselbe sei, nämlich die Vermeidung von Missbrauch durch eine „künstliche Anlagenaufteilung“<sup>17</sup>.
  - Die Begriffe „*unmittelbare* räumliche Nähe“<sup>18</sup> verdeutlichten, dass eine mittelbare räumliche Nähe nicht ausreiche. Würden zwei EEG-Anlagen

<sup>15</sup>Die in der Stellungnahme näher bezeichnet werden, hierzu sogleich.

<sup>16</sup>Hervorhebungen im Original.

<sup>17</sup>Zitat im Original unter Verweis auf die Gesetzesbegründung.

<sup>18</sup>Hervorhebungen im Original.

## CLEARINGSTELLE EEG

z. B. durch ein landschaftliches Charakteristikum wie einen Wald getrennt, spreche dies gegen eine unmittelbare räumliche Nähe. Gleiches gelte, wenn zwischen den Anlagen ein Grundstück eines Dritten gelegen sei, das nicht aus Missbrauchsabsicht vor Errichtung der Anlage entsprechend parzelliert worden sei.

- Indizien für das Vorliegen einer solchen Nähe seien gemäß der Gesetzesbegründung Verbindungen der Anlagen durch für den Betrieb technisch erforderliche Einrichtungen oder sonstige Infrastruktureinrichtungen, beispielsweise
  - Staumauern und Fermenter von Biogasanlagen (betriebstechnisch erforderliche Einrichtungen) bzw.
  - Wechselrichter, Netzanschluss, Anschlussleitungen, eine Stromabführung in gemeinsamer Leitung, Transformatoren, Messeinrichtungen, Verbindungswege und Verwaltungseinrichtungen (Infrastruktureinrichtungen).

Auch ohne diese direkte Verbindung könne nach der Gesetzesbegründung ein räumlicher Zusammenhang bestehen; dies sei in einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Normzwecks zu ermitteln.

- Aus den Ausführungen des Gesetzgebers ergebe sich, dass die Frage, ob mehrere Anlagen, die nicht auf demselben Grundstück errichtet worden sind, sich nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 „sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden“, stets nur mit Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls und insbesondere mit Rücksicht auf eine mögliche Missbrauchsabsicht des Anlagenbetreibers beantwortet werden könne.

Im Einzelnen sei zu beachten:

- (a) Verbindung durch betriebstechnisch notwendige Einrichtungen  
Bereits § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 habe mehrere Anlagen nach § 3 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 als eine gemeinsame Anlage zur Vermeidung von Missbräuchen zusammengefasst, wenn sie mit gemeinsamen für den Betrieb technisch erforderlichen Einrichtungen oder baulichen Anlagen unmittelbar verbunden seien. Hierzu gehörten insbesondere
  - mehrere Turbinen in derselben Staumauer

## CLEARINGSTELLE EEG

- mehrere Biomasseanlagen bei Nutzung desselben Fermenters
- mehrere Turbinen hinter einer Dampfsammelschiene aus mehreren Brennkammern und
- die Verwendung von Wärme aus einem vorgeschalteten BHKW z. B. in einer ORC-Einheit.

Es sei davon auszugehen, dass der gegenüber § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 konkretere § 19 Abs. 1 EEG 2009 die Anwendungsfälle von § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 umfassen sollte. Dies gelte insbesondere für die nach § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 umstrittenen Fälle wie Anlagen, die einen Tank für Flüssig- oder Gasbrennstoffe oder eine Brennstoffkammer für Festbrennstoffe oder auch einen Gärrestspeicher gemeinsam nutzen. Bestehe kein nachvollziehbarer Grund für die Errichtung mehrerer kleiner EEG-Anlagen, stelle die gemeinsame Nutzung dieser Einrichtungen ein hinreichendes Indiz für die Annahme einer gemeinsamen Anlage nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 dar, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 EEG 2009 eingehalten werden.

(b) Nutzung gemeinsamer Infrastruktureinrichtungen

Die Nutzung gemeinsamer Infrastruktureinrichtungen könne nach der Gesetzesbegründung ein Indiz für eine unmittelbare räumliche Nähe sein. Da diese Nutzung gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz EEG 2004 gerade keinen Fall der Anlagenzusammenfassung darstelle, müsse im konkreten Einzelfall beurteilt werden, ob ein Fall des Missbrauchs vorliege. Entsprechendes gelte für die Nutzung gemeinsamer Messeinrichtungen, weil § 19 Abs. 2 und 3 EEG 2009 wie § 12 Abs. 6 EEG 2004 aus Kostengründen gerade die gemeinsame Nutzung derselben Messeinrichtung zulasse. Eine gemeinsame Anschlussleitung eines Anlagenparks sei indes ein weiteres Indiz für die Annahme einer unmittelbaren räumlichen Nähe.

(c) Parzellierung von Grundstücken für Einzelanlagen

Biomasseanlagen, die bereits nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 selbstständige Anlagen sind, könnten insbesondere dann „in unmittelbarer räumlicher Nähe“ zueinander errichtet worden sein, wenn unterschiedliche Grundstücke, auf denen sie stehen, extra deshalb entsprechend parzelliert worden seien, damit die Anlagen vergütungsseitig als selbstständige Anlagen anzusehen seien. Hier sei die Missbrauchsabsicht

- des Anlagenbetreibers offensichtlich.
- (d) Biomasseanlagen auf angrenzenden Bauernhöfen  
Die Errichtung von jeweils separaten Biomasseanlagen auf verschiedenen Bauernhöfen sei grundsätzlich kein Fall nach § 19 Abs. 1 EEG 2009, da die ortsnahe Verwertung von Einsatzstoffen innerhalb eines Bauernhofes in einer separaten Biomasseanlage prinzipiell kein Missbrauch der gezonten Vergütungsregelung sei.
- (e) Biomasseanlagen an verschiedenen Standorten mit Verbindung über Fermenter und Gasleitungen  
Mehrere Biomasseanlagen hätten gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 z. B. bei Nutzung desselben Fermenters Bestandteil derselben Anlage sein können, dies allerdings unter dem Vorbehalt einer einzelfallbezogenen Missbrauchsprüfung. § 19 Abs. 1 EEG 2009 solle wie bereits § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 die Umgehung der Vergütungsschwellen durch eine künstliche Aufteilung von größeren Anlagen in kleinere Anlagen verhindern. Dementsprechend sei auch hier eine konkrete Einzelfallprüfung erforderlich. Stelle sich etwa die Errichtung einer Gaszuleitung von einem Fermenter zu einem „abgesetzten“ BHKW an einer externen „Wärmesenke“ nachweislich energietechnisch als günstiger dar als die Errichtung einer korrespondierenden Wärmeleitung vom Fermenter mit einem größeren BHKW zu dieser Wärmesenke, könne nicht von einer gemeinsamen Anlage nach § 3 Abs. 1 bzw. § 19 Abs. 1 EEG 2009 ausgegangen werden.
- (f) Nutzung desselben Betriebsgeländes  
Es sei unter Berücksichtigung von Anlage 2 Nr. I.1.c EEG 2009 zweifelhaft, ob die Nutzung desselben Betriebsgeländes durch mehrere Biomasseanlagen zu einer Zusammenfassung der Anlagen nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 führe. Hier sei ebenfalls eine Einzelfallprüfung erforderlich.
- (g) Solarstromanlagen auf benachbarten Gebäuden  
Sämtliche ab dem 1. Januar 2009 neu in Betrieb genommenen Module auf verschiedenen Gebäuden, die sich auf demselben Grundstück befinden, müssten zur Bestimmung der Vergütungssätze zusammengefasst werden. Bei Solarstromanlagen auf mehreren Gebäuden auf unterschiedlichen Grundstücken müsse differenziert werden. Die Gesetzesbegründung gehe davon aus, dass Fotovoltaikan-

## CLEARINGSTELLE EEG

lagen auf Häusern benachbarter Grundstücke vom räumlichen Zusammenhang nicht erfasst werden, da die Nähe zwangsläufig aus der Siedlungsstruktur und der Fotovoltaiktechnik folge. Dementsprechend sei bei Solarstromanlagen nur in Einzelfällen bei erkennbarer Aufteilung der Module auf verschiedene Grundstücke von einer gemeinsamen Anlage auszugehen. Gleiches gelte für Solarstromanlagen auf durchgehenden Dächern eines Reihenhauses; auch hier ergebe sich die Nähe der Module zueinander aus der konkreten Siedlungsstruktur.

21 4. Stellungnahme der Biogasunion e. V.

22 Für die Biogasunion ergeben sich zwei Antworten auf die Verfahrensfrage:

- 23
- (a) Grundstücke seien abgegrenzte Teile der Erdoberfläche, die im Grundbuch als selbstständiges Grundstück eingetragen sind.
  - (b) Das Tatbestandsmerkmal der „räumlichen Nähe“ sei einzelfallbezogen auszulegen.

Im Einzelnen:

- 24
- Die o. g. Definition für „Grundstück“ ergebe sich aus § 3 Abs. 1 Satz 1 GBO. Der Gesetzgeber scheine davon ausgegangen zu sein, dass „auf demselben Grundstück“ keiner weiteren Erklärung bedürfe.
  - Hierdurch würden indes auch Anlagen, die in keinem wirtschaftlichen Zusammenhang stünden, sich aber auf demselben Grundstück befinden, zu einer Anlage zusammengefasst. Dies berge die Gefahr sinnwidriger Ergebnisse im Einzelfall. Eine Auslegung, die auf den wirtschaftlichen Zusammenhang abstellt, sei nur entgegen dem klaren Wortlaut möglich.
  - Allgemeingültige Aussagen zu Inhalt und Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „räumlichen Nähe“ ließen sich losgelöst von der Betrachtung eines Einzelfalls naturgemäß nur schwer treffen.
  - Die Gesetzesbegründung verzichte auf eine Definition der „räumlichen Nähe“ und nenne lediglich „Indizien“, deren Vorliegen für eine „räumliche Nähe“ sprechen sollten, namentlich die für den Betrieb technisch erforderlichen Einrichtungen oder sonstige Infrastruktureinrichtungen. Die Gesetzesbegründung nehme dabei Bezug auf den Anlagenbegriff des

§ 3 Abs. 2 EEG 2004. Damit würde die gemeinsame Nutzung jener Infrastruktureinrichtungen, die nach § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 gerade nicht für die Einordnung als „eine“ Anlage maßgeblich sein sollten, als Indiz für räumliche Nähe gewertet.

- Der Gesetzgeber scheine ausweislich der Gesetzesbegründung eine nicht unerhebliche Ausweitung der Tatbestände, unter denen mehrere Anlagen für den Zweck der Vergütung zu einer Anlage zusammengefasst werden, zu beabsichtigen.
- Es fehle an Anhaltspunkten, wie sich die Zusammenfassung mehrerer Anlagen sicher vermeiden ließe; Rechts- und Investitionssicherheit seien so kaum zu erreichen.
- Es sei zu befürchten, dass im Nachhinein technisch nicht zusammenhängende Anlagen zum Zwecke der Vergütungsberechnung zusammengefasst würden.

25 5. Stellungnahme des Bundesverbandes Solarwirtschaft (BSW-Solar) e. V.

26 Der BSW-Solar ist der Ansicht, die Verfahrensfrage sei für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie ggf. abweichend von sonstigen Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien und eng zu beantworten.

- 27
- Mehrere PV-Anlagen, die sich nicht auf demselben Grundstück befinden und an oder auf baulichen Anlagen angebracht sind, seien nicht zusammenzufassen, sondern bildeten jeweils eigenständige Anlagen.
  - Der Gesetzgeber habe eine Differenzierung nach Technologien angelegt und gewollt. Für die verschiedenen Sparten der Erneuerbaren Energien seien unterschiedliche Maßstäbe zu Grunde zu legen. Dies ergebe sich aus der historischen Auslegung sowie nach Sinn und Zweck der Vorschrift:
    - (a) Ausweislich der Gesetzesbegründung habe der Gesetzgeber mit § 19 Abs. 1 EEG 2009 keine Zusammenfassung von PV-Anlagen auf Häusern auf benachbarten Grundstücken herbeiführen wollen. Der Begriff „auf Häusern“ in der Gesetzesbegründung sei dabei untechnisch zu verstehen. Umfasst seien sowohl PV-Anlagen an oder auf Gebäuden als auch solche auf vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichteten baulichen Anlagen.

## CLEARINGSTELLE EEG

- (b) Alleiniges Ziel der Regelung sei, die missbräuchliche Umgehung der vergütungsrelevanten Leistungsstufen zu verhindern. Die Gefahr der Umgehung bestehe bei der solaren Strahlungsenergie bei der Nutzung auf verschiedenen Grundstücken indes auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht.

28 6. Stellungnahme des Fachverbandes Energie- und Gebäudetechnik Bayern – Thüringen e. V.

29 Der Fachverband Energie- und Gebäudetechnik Bayern – Thüringen e. V. beschränkt seine Stellungnahme auf PV-Anlagen und empfiehlt insofern, eine Anlagenzusammenfassung im Bereich der Fotovoltaik gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 nur in Ausnahmefällen erfolgen zu lassen, namentlich dann, wenn PV-Anlagen gezielt auf neu errichteten Gebäuden, die sich auf demselben Grundstück befinden oder vergleichbar im Raum verteilt sind, realisiert werden.

- Befinden sich mehrere PV-Anlagen auf einem Grundstück, so seien diese – obwohl es sich nicht um den „eigentlich zu regelnden Fall der Verhinderung des bewussten Anlagensplittings“<sup>19</sup> handle, nach dem Wortlaut des Gesetzes bei der Ermittlung der Vergütung auch dann zusammenzufassen, wenn sie sich auf mehreren Gebäuden befinden.
- Maßgeblich für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „sonst in räumlicher Nähe“<sup>20</sup> sei die Frage, welches Ziel mit der Norm erreicht werden sollte.
- Laut Gesetzesbegründung sei das Normziel, die dem Gesetzeszweck widersprechende Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten zu verhindern.
- Das sog. Anlagensplitting stelle insbesondere ein Problem bei Biomasseanlagen dar. Das subjektive Element des gezielten Anlagensplittings sei im PV-Bereich nur dann möglich, wenn PV-Anlagen auf neu errichteten Gebäuden angebracht werden, welche gezielt aus wirtschaftlichen Gründen in modularer Bauweise errichtet werden, obschon auch ein einzelnes größeres Gebäude wirtschaftlich geeigneter wäre. Diese Fälle seien zudem durch § 33 Abs. 4 EEG 2009 reglementiert.

---

<sup>19</sup>Zitat aus dem Original.

<sup>20</sup>Zitat aus dem Original.

## CLEARINGSTELLE EEG

- Die Frage des bewussten Anlagensplittings stelle sich bei mehreren Gebäuden, welche bereits vor Verabschiedung des Gesetzes auf einem Grundstück oder im räumlichen Zusammenhang errichtet wurden, nicht. Hierdurch ergebe sich ohne sachlichen Grund eine Benachteiligung des Betreibers der zeitlich nachfolgend errichteten PV-Anlage. Eine Anlagenzusammenfassung habe hier nicht zu erfolgen, selbst wenn sich die Anlagen auf einem Grundstück befänden.
- Gemäß der Auffassung des BMU<sup>21</sup> seien der Grundfall von Anlagen in unmittelbarer räumlicher Nähe nach der Logik des Gesetzes mehrere Biogasanlagen. Daher sei auch die zu Unrecht teilweise vertretene Auffassung der räumlichen Entfernung von 500 Metern der Anlagen zueinander nicht heranzuziehen. Es sei vielmehr eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen.
- Sinn und Zweck der Norm sei, Gebäude den Häusern gleichzusetzen, da die Siedlungsstruktur auch für bestehende Wirtschafts-, Industrie- und sonstigen Gebäuden gegeben sei. Die Fotovoltaiktechnik sei zudem nicht variabel.

30 7. Stellungnahme des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV)

31 Das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz ist der Ansicht, es sei primär auf die Definition „auf demselben Grundstück“ abzustellen. Eine generelle quantitative Abstandsregelung zur Auslegung der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ sei nicht sinnvoll.

- 32
- In klein strukturierten dörflichen Einheiten oder bei Siedlungsmaßnahmen seien oftmals innerhalb eines Jahres mehrere eigenständige stromerzeugende Anlagen als privilegierte Bauvorhaben errichtet worden, die unter Umständen mit weniger als z. B. 500 Metern Abstand voneinander oder direkt auf einem angrenzenden Grundstück liegen.
  - Nachbarschaftsanlagen, die unabhängig voneinander wirtschafteten, aber zufällig räumliche Nähe aufwiesen, sollten von der derzeitigen Regelung in jedem Fall ausgenommen werden.

---

<sup>21</sup>Für die keine Quelle angegeben wird, Anmerkung der Clearingstelle EEG.

- Handelt es sich nicht um dasselbe Grundstück, solle im Rahmen einer aufwändigen Einzelfallprüfung der Definition eine infrastrukturelle bzw. organisatorische Nähe (gemeinsamer Betreiber, gemeinsamer Investor, gemeinsame vor- und nachgelagerte technische oder bauliche Einrichtungen, gemeinsames Betriebspersonal) zu Grunde gelegt werden.

## 4 Herleitung

- 33 § 19 Abs. 1 EEG 2009 regelt die – ausschließlich zum Zwecke der Ermittlung der Vergütung vorzunehmende – rechnerische Zusammenfassung mehrerer Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energieträgern für den jeweils zuletzt in Betrieb genommenen Generator. Die Vorschrift lautet:
- 34 Mehrere Anlagen gelten unabhängig von den Eigentumsverhältnissen und ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage, wenn
1. sie sich auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden,
  2. sie Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energien erzeugen,
  3. der in ihnen erzeugte Strom nach den Regelungen dieses Gesetzes in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet wird und
  4. sie innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind.
- 35 Die Regelung bestimmt damit im Kern, dass jeweils für die Ermittlung der Vergütungshöhe für den Strom aus einem Generator (§ 3 Nr. 4 EEG 2009) zu berücksichtigen ist, ob eine oder mehrere weitere Anlagen (§ 3 Nr. 1 EEG 2009), die sich „auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden“, innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind (§ 3 Nr. 5 EEG 2009), sofern sie Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energien erzeugen und der aus ihnen stammende Strom in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet wird.
- 36 Somit ist zunächst zu prüfen, ob sich eine Zusammenfassung von Generatoren zu

einer Anlage im Sinne des EEG 2009 bereits nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 ergibt.<sup>22</sup> Ist dies der Fall, sind diese Generatoren im weiteren Prüfungsverlauf als eine Anlage zu behandeln. Nur dann, wenn es sich um mehrere Anlagen i. S. v. § 3 Nr. 1 i. V. m. Nr. 4 EEG 2009 handelt, ergibt sich die Notwendigkeit der Prüfung nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 für die Ermittlung der Vergütungshöhe.

37 Ist diese Prüfung anzustellen, bietet sich zur Vereinfachung der Prüfung an, zunächst zu untersuchen, ob die Anlagen

- 38
- Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energien erzeugen und
  - innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind.

39 Nur dann, wenn mehrere Anlagen im o. g. Sinne zur Prüfung anstehen, die Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energieträgern erzeugen und innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind, sind getrennt und nacheinander die Fragen zu beantworten, ob sich die Anlagen

- 40
- auf demselben Grundstück
  - oder in sonst unmittelbarer räumlicher Nähe

41 befinden. Ist dies der Fall, werden sie zum Zwecke der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage behandelt. Ob dies der Fall ist, ist anhand nachfolgender Erwägungen zu bestimmen.

## 4.1 „Auf demselben Grundstück“

42 § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 ordnet zum Zweck der Ermittlung der Vergütungshöhe des zuletzt in Betrieb genommenen Generators die rechnerische Zusammenfassung mehrerer Anlagen an, wenn sie sich „auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ befinden. Der Satzstruktur zufolge bildet die etwaige Belegenheit mehrerer Anlagen auf einem Grundstück daher den ersten Prüfungsschritt, das Kriterium der „unmittelbaren räumlichen Nähe“<sup>23</sup> ist hingegen subsidiär

<sup>22</sup>Die Clearingstelle EEG weist darauf hin, dass die Frage, wann ein oder mehrere Generatoren i. S. d. § 3 Nr. 4 EEG eine Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2009 sind, nicht verfahrensgegenständlich ist und mit der vorliegenden Empfehlung daher nicht beantwortet wird.

<sup>23</sup>Vgl. hierzu die Ausführungen unter 4.2.

zu prüfen. Die Auslegung des unbestimmten Rechtsausdrucks „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ hat sich zudem zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen hinsichtlich ihrer Auswirkungen an den Ergebnissen der Prüfung einer etwaigen Belegenheit mehrerer Anlagen „auf demselben Grundstück“ zu orientieren. Der Antwort auf die Frage, wann sich mehrere Anlagen „auf demselben Grundstück“ i. S. d. § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 befinden, kommt daher zentrale Bedeutung für die Beantwortung der verfahrensgegenständlichen Frage zu.

### 4.1.1 Wortlaut

- 43 Der Wortlaut der Bestimmung bietet nur hinsichtlich der Satzbestandteile „auf“ und „demselben“, nicht hingegen bezüglich „Grundstück“ eine eindeutige Definition. „Auf“ bedeutet, dass die Anlagen innerhalb der Grundstücksgrenzen belegen sein müssen.<sup>24</sup> Ein Grundstück ist „dasselbe“, wenn es identisch – und insbesondere nicht lediglich identisch gestaltet, aber Element einer Mehrzahl<sup>25</sup> – ist.
- 44 Der Begriff „Grundstück“ ist hingegen nicht allein vom Wortlaut her zu erfassen. Unter „Grundstück“ wird im allgemeinen Sprachgebrauch

ein (bebautes oder unbebautes) umgrenztes Stück Land...<sup>26</sup>

bzw.

ein räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche<sup>27</sup>, der in irgendeiner Weise genützt oder bewirtschaftet wird<sup>28</sup>

- 45 verstanden. Nicht eindeutig zu bestimmen ist danach, woran sich die Um-/Abgrenzung bestimmt. Insbesondere böten abweichende individuelle Anschauungen hinsichtlich der sinnlich, insbesondere optisch meist nicht unmittelbar wahrnehmba-

<sup>24</sup>Eine zwingende Belegenheit ganz oder teilweise oberhalb der Erdoberfläche des Grundstücks erscheint hingegen nicht erforderlich, wie eine Parallelwertung zum bundeseinheitlich geregelten Schatzfund oder zum landesrechtlichen Schatzregal nahe legt – vgl. *Bassenge*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, § 984 Rn. 1 mit Hinweis auf das Ausgrabungsgesetz; ferner etwa § 23 Gesetz zum Schutz der Kulturdenkmale (Denkmalschutzgesetz – DSchG) Baden-Württemberg in der Fassung vom 06.12.1983, GBl. 1983, 797.

<sup>25</sup>Im Unterschied zur vom Gesetzgeber nicht gewählten Formulierung „das gleiche“ Grundstück.

<sup>26</sup>*Brockhaus Enzyklopädie*, Siebenter Band GEC – GZ, 17. Auflage 1969, S. 733.

<sup>27</sup>*Wikipedia*, Grundstück, <http://de.wikipedia.org/wiki/Grundstück>, zuletzt abgerufen am 02.04.2009.

<sup>28</sup>*Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Auflage 1999, § 15 Rn. 16.

ren Grenzen keine hinreichende Rechtssicherheit bei der Beantwortung der Frage, ob sich mehrere Anlagen auf einem Grundstück befinden.

46 Der Begriff des „Grundstücks“ bedarf daher der Auslegung.

#### 4.1.2 Systematik

47 Die Rechtsordnung kennt keinen einheitlichen Grundstücksbegriff.

48 Systematisch betrachtet handelt es sich bei einem „Grundstück“ grundsätzlich im Sinne des formellen oder bürgerlich-rechtlichen Grundstücksbegriffs um einen räumlich abgegrenzten, d. h. katastermäßig vermessenen und bezeichneten Teil der Erdoberfläche, der im Bestandsverzeichnis eines Grundbuchblatts unter einer bestimmten Nummer eingetragen oder gemäß § 3 Abs. 5 Grundbuchordnung<sup>29</sup> auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt gebucht ist. In eng umgrenzten Einzelfällen kann auf den wirtschaftlichen Grundstücksbegriff zurückgegriffen werden, wenn ansonsten Sinn und Zweck des Gesetzes grob verfehlt würden. Dann sind (nur) solche Bodenflächen als ein Grundstück zu betrachten, die eine wirtschaftliche Einheit bilden.

49 Dies ergibt sich aus Folgendem:

50 **Systematik innerhalb des EEG 2009** Das EEG 2009 selbst verwendet den Begriff „Grundstück“ außerhalb des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 ausschließlich in § 5 Abs. 1 EEG 2009. Die Vorschrift lautet:

51 Netzbetreiber sind verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien und aus Grubengas unverzüglich vorrangig an der Stelle an ihr Netz anzuschließen (Verknüpfungspunkt), die im Hinblick auf die Spannungsebene geeignet ist, und die in der Luftlinie kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage aufweist, wenn nicht ein anderes Netz einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt aufweist. Bei einer oder mehreren Anlagen mit einer Leistung von insgesamt bis zu 30 Kilowatt, die sich auf einem *Grundstück* mit bereits bestehendem Netzanschluss befinden, gilt der Verknüpfungs-

<sup>29</sup>Grundbuchordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.05.1994, BGBl. I, S. 1114, zuletzt geändert durch Art. 36 des Gesetzes vom 17.12.2008, BGBl. I, S. 2586, im Folgenden: GBO.

punkt des *Grundstücks* mit dem Netz als günstigster Verknüpfungspunkt.<sup>30</sup>

§ 5 Abs. 1 Satz 2 EEG 2009<sup>31</sup> definiert den Grundstücksbegriff jedoch nicht, sondern setzt ihn voraus. Die bisher erschienene Kommentarliteratur definiert das Grundstück i. S. d. § 5 Abs. 1 Satz 2 EEG 2009 als „(denjenigen) Teil der Erdoberfläche... , der katastermäßig vermessen und im Grundbuch unter Angabe von Flurstück- und Grundstücksnummer auf einem besonderen Blatt erfasst ist“<sup>32</sup>. Es entspräche jedenfalls dem Aspekt der Praktikabilität und erhöhte die Nachvollziehbarkeit der Gesetzesanwendung, die Grundstücksbegriffe in § 5 Abs. 1 Satz 2 und § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 einheitlich zu verwenden.

**Systematische Betrachtung der NAV** Größere Relevanz hat der Begriff des Grundstücks bei der Anwendung und Auslegung der Niederspannungsanschlussverordnung<sup>33</sup>, insbesondere in den folgenden Regelungen:

- § 1 Abs. 2 (Definition des Anschlussnehmers)
- § 2 Abs. 3 (Zustimmungserfordernis bei Nichtidentität von Anschlussnehmer und Grundstückseigentümer)
- § 12 Abs. 1 (Verpflichtung zur Grundstücksbenutzung)

52 Die NAV stellt hiernach zwecks Ermittlung des Anschlussnehmers vorrangig auf dessen Eigentum am anzuschließenden Grundstück oder Gebäude ab.

53 Indes setzt auch die NAV den Begriff des Grundstücks voraus, ohne ihn zu definieren. Über § 12 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 NAV erfolgt allerdings eine Einbeziehung wirtschaftlicher Erwägungen bei der Ermittlung der Grundstücke, deren Nutzung für Zwecke der örtlichen Versorgung unentgeltlich zuzulassen ist.

<sup>30</sup>Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>31</sup>Wortgleich bereits § 13 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 EEG 2004.

<sup>32</sup>Salje, EEG Kommentar, 5. Auflage 2009, § 5 Rn. 38 – vgl. Altröck/Theobald, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 2. Auflage 2008, § 13 Rn. 34 zum Grundstücksbegriff des § 13 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 EEG 2004: „Insoweit dürfte die Erfassung im Grundbuch maßgeblich sein.“

<sup>33</sup>Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung (Niederspannungsanschlussverordnung – NAV) vom 01.11.2006, BGBl. I S. 2477, geändert durch Verordnung vom 17.10.2008, BGBl. I S. 2006, im Folgenden: NAV.

**Systematik außerhalb des EEG 2009** Der Begriff des Grundstücks wird in den immobilienrechtlich relevanten Gesetzen, namentlich

- dem Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>34</sup>, hier insbesondere in den §§ 873 ff.,
- dem Baugesetzbuch<sup>35</sup>,
- der GBO und
- dem Grundstücksverkehrsgesetz<sup>36</sup>

54 nicht legaldefiniert. Diese Gesetze setzen den Grundstücksbegriff vielmehr ihrerseits voraus.<sup>37</sup>

Es haben sich indes zwei Grundstücksbegriffe herauskristallisiert, die nicht alternativ, sondern ergänzend verwendet werden: der formelle oder bürgerlich-rechtliche Grundstücksbegriff der GBO einerseits und der wirtschaftliche Grundstücksbegriff andererseits.

## 1. formeller oder bürgerlich-rechtlicher Grundstücksbegriff der GBO

55 Eine Besonderheit im Hinblick auf die o. g. immobilienrechtlich relevanten Gesetze ergibt sich hinsichtlich der GBO. Sie bestimmt in § 2 Abs. 2, dass die Grundstücke im Grundbuch nach den in den Ländern eingerichteten Verzeichnissen (Liegenschaftskataster) benannt werden. Durch die Benennung der Grundstücke im Grundbuch und die dadurch ermöglichte Ausfüllung der aufgrund der GBO einzurichtenden<sup>38</sup> Grundbücher entstehen erst Grundstücke im Sinne der GBO. Diese können dann Gegenstand etwa des – ggf. durch die

<sup>34</sup>Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02. 01.2002, BGBl. I 2002, S. 42, 2909; BGBl. 2003 I, S. 738, zuletzt geändert durch Artikel 50 des Gesetzes vom 17.12.2008, BGBl. I, S. 2586, im Folgenden: BGB.

<sup>35</sup>Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.2004, BGBl. I, S. 2414, zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 24.12.2008, BGBl. I, S. 3018, im Folgenden: BauGB.

<sup>36</sup>Grundstückverkehrsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 7810–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 108 des Gesetzes vom 17.12.2008, BGBl. I, S. 2586, im Folgenden: GrdstVG.

<sup>37</sup>Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Auflage 1999, § 15 Rn. 15. Gleiches gilt jeweils für das Bundesbodenschutzgesetz vom 17.03.1998, BGBl. I S. 502, zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 09.12.2004, BGBl. I S. 3214 und das Bodenschätzungsgesetz vom 20.12.2007, BGBl. I S. 3150, 3176.

<sup>38</sup>Vgl. § 2 Abs. 1 GBO.

Vorschriften des GrdstVG regulierten – Erwerbs durch Einigung und Eintragung gem. § 873 BGB sein. Die Eintragung der Grundstücke im natürlichen Sinne in die Grundbücher konstituiert<sup>39</sup> somit die Grundstücke im Rechtsinn.<sup>40</sup>

Die in § 2 Abs. 2 GBO genannten Liegenschaftskataster beziehen sich auf Flurstücke (Katasterparzellen) als Begriffe des Vermessungs- und Katasterwesens. Das Vermessungs- und Katasterwesen ist gemäß den Regelungen der föderalen Gesetzgebungskompetenzen der Art. 70 ff. Grundgesetz<sup>41</sup> Angelegenheit der Länder gem. Art. 70 GG.<sup>42</sup>

Die Länder definieren die Flurstücke durch Gesetze über das Vermessungswesen in unterschiedlicher Weise. Zu unterscheiden ist insbesondere zwischen Ländern, deren Vermessungs- und/oder Katastergesetze Legaldefinitionen des Begriffs „Flurstück“ enthalten und solchen, die – ähnlich wie die GBO bezüglich des Begriffs „Grundstück“ – das Flurstück prozedural definieren:

(a) Länder mit Legaldefinitionen

- i. Bayern: „Buchungseinheit der Bodenflächen im Liegenschaftskataster ist das Flurstück als ein räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche“, § 5 Abs. 3 Satz 2 VermKatG<sup>43</sup>.
- ii. Berlin: „Buchungseinheit des Liegenschaftskatasters ist das Flurstück als geometrisch eindeutig begrenzter Teil der Erdoberfläche“, § 15

<sup>39</sup>In funktionaler „Selbstbeschreibung“, vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 498 und passim zu weiteren Auswirkungen autopoietischer Prozesse im Rechtssystem.

<sup>40</sup>Der Staat nutzt somit seine Möglichkeit, die Behandlung der natürlichen Vorfindlichkeit „Erdoberfläche“ (im Rahmen des Staatsgebiets) hinsichtlich einiger Aspekte wie beispielsweise der Handelbarkeit seinen eigenen Regeln zu unterwerfen. Zu einer ähnlichen Entwicklung im Klimaschutzrecht durch die Austeilung von Treibhausgasemissionshandelszertifikaten und die hierdurch erfolgende Einführung einer Kontigentierung und staatlich kontrollierten Zuteilung der Zugriffsrechte auf die Atmosphäre als Senke für Treibhausgas-Emissionen vgl. *Winkler*, Klimaschutzrecht, 2005, S. 330, 332 und passim.

<sup>41</sup>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100 – 1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19.03.2009, BGBl. I, S. 606, im Folgenden: GG.

<sup>42</sup>Vgl. zu den Gegenständen der konkurrierenden Gesetzgebung „Bodenrecht“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) und „Bodenverteilung“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 30 GG) *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, 9. Auflage 2007, Art. 74 Rn. 38 f. und 69.

<sup>43</sup>Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster (Vermessungs- und Katastergesetz – VermKatG), BayRS 219 – 1-F, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.04.2008, GVBl. S. 139.

- Abs. 2 VermGBln<sup>44</sup>.
- iii. Brandenburg: „Das Flurstück ist ein begrenzter Teil der Erdoberfläche, der im Liegenschaftskataster unter einer besonderen Bezeichnung geführt wird“, § 11 Abs. 1 Satz 1 VermLiegG<sup>45</sup>.
  - iv. Bremen: „Ein Flurstück ist ein begrenzter Teil der Erdoberfläche, der im Liegenschaftskataster unter einer besonderen Bezeichnung geführt wird“, § 4 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Satz 3 VermKatG<sup>46</sup>.
  - v. Hamburg: „Flurstück: Ein geometrisch eindeutig begrenzter Teil der Erdoberfläche, der im Liegenschaftskataster (§ 11) unter einer besonderen Bezeichnung geführt wird“, § 2 Nr. 3 HmbVermG<sup>47</sup>.
  - vi. Hessen: „Ein Flurstück ist ein begrenzter Teil der Erdoberfläche, der unter einem besonderen Ordnungsmerkmal geführt wird“, § 10 Abs. 1 Satz 1 HVGG<sup>48</sup>.
  - vii. Mecklenburg-Vorpommern: „Ein Flurstück ist ein geometrisch eindeutig begrenzter Teil der Erdoberfläche, der im Liegenschaftskataster unter einer besonderen Bezeichnung geführt wird“, § 11 Abs. 2 Satz 1 VermKatG<sup>49</sup>.
  - viii. Niedersachsen: „Flurstücke sind Teile der Erdoberfläche, die durch das amtliche Vermessungswesen geometrisch festgelegt und bezeichnet werden“, § 2 Nr. 2 Halbsatz 2 NVermG<sup>50</sup>.
  - ix. Nordrhein-Westfalen: „Ein Flurstück ist ein begrenzter Teil der Erdoberfläche, der im Liegenschaftskataster unter einer besonderen Be-

<sup>44</sup>Gesetz über das Vermessungswesen in Berlin (VermGBln) vom 08.04.1974 in der Fassung vom 9. Januar 1996, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.12.2004, GVBl. S. 524.

<sup>45</sup>Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster im Land Brandenburg (Vermessungs- und Liegenschaftsgesetz – VermLiegG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.12.1997, GVBl. I/98, S. 2, zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 28.06.2006, GVBl. I/06, S. 74, 76.

<sup>46</sup>Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster (Vermessungs- und Katastergesetz – VermKatG) vom 16.10.1990, GBl. S. 313.

<sup>47</sup>Hamburgisches Gesetz über das Vermessungswesen (Hamburgisches Vermessungsgesetz – HmbVermG) vom 20.04.2005, GVBl. 2005 S. 135.

<sup>48</sup>Hessisches Gesetz über das öffentliche Vermessungs- und Geoinformationswesen (Hessisches Vermessungs- und Geoinformationsgesetz – HVGG) vom 06.09.2007, GVBl. I S. 548.

<sup>49</sup>Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Vermessungs- und Katastergesetz – VermKatG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.07.2002, GVOBl. S. 524, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.12.2009, GVOBl. S. 261.

<sup>50</sup>Niedersächsisches Gesetz über das amtliche Vermessungswesen (NVermG) vom 12.12.2002, GVBl. 2003, S. 5.

## CLEARINGSTELLE EEG

zeichnung geführt wird“, § 11 Abs. 2 Satz 1 VermKatG<sup>51</sup>.

- x. Rheinland-Pfalz: „Flurstücke sind eindeutig begrenzte Teile der Erdoberfläche, die durch das amtliche Vermessungswesen geometrisch festgelegt und bezeichnet sind“, § 3 Abs. 2 Satz 2 LGVerm<sup>52</sup>.
- xi. Saarland: „Buchungseinheit des Liegenschaftskatasters ist das Flurstück als geometrisch eindeutig begrenzter Teil der Erdoberfläche“, § 11 Abs. 1 Satz 2 SVermKatG<sup>53</sup>.
- xii. Sachsen-Anhalt: „Das Flurstück ist ein begrenzter Teil der Erdoberfläche, der im Liegenschaftskataster beschrieben und unter einer besonderen Bezeichnung geführt wird“, § 11 Abs. 1 Satz 3 VermKatG<sup>54</sup>.
- xiii. Schleswig-Holstein: „Ein Flurstück ist ein begrenzter Teil der Erdoberfläche, der im Liegenschaftskataster unter einer besonderen Bezeichnung geführt wird“, § 12 Abs. 3 Satz 1 VermKatG<sup>55</sup>.
- xiv. Thüringen: „Buchungseinheit des Liegenschaftskatasters ist das Flurstück als ein geometrisch eindeutig begrenzter Teil der Erdoberfläche“, § 2 Abs. 2 ThürKatG<sup>56</sup>.

### (b) Länder mit prozeduraler Definition

Die Gesetze zweier Bundesländer enthalten keine Legaldefinition des Begriffs „Flurstück“, beschreiben jedoch das Verfahren, aufgrund dessen ein umgrenzter Teil der Erdoberfläche zu einem Flurstück im Sinne des Kataster- und Vermessungswesens wird:

- i. Baden-Württemberg: „Katastervermessungen sind Vermessungen zur Bildung von Flurstücken, zur Festlegung der Flurstücksgrenzen und

<sup>51</sup>Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster (Vermessungs- und Katastergesetz – VermKatG) vom 01.03.2005, GV S. 174, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.11.2008, GV. S. 706.

<sup>52</sup>Landesgesetz über das amtliche Vermessungswesen (LGVerm) vom 20. Dezember 2000, GVBl. S. 572, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.11.2008, GVBl. S.296.

<sup>53</sup>Saarländisches Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster (Saarländisches Vermessungs- und Katastergesetz – SVermKatG) vom 16.10.1997, Amtsbl. S. 1130, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.02.2006, Amtsbl. S. 474, 530.

<sup>54</sup>Vermessungs- und Katastergesetz des Landes Sachsen-Anhalt vom 22. Mai 1992, GVBl. S. 362, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.11.1998, GVBl. S. 1018.

<sup>55</sup>Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster (Vermessungs- und Katastergesetz – VermKatG) vom 12.05.2004, GVOBl. 2004, S. 128.

<sup>56</sup>Gesetz über das Liegenschaftskataster (Thüringer Katastergesetz – ThürKatG) vom 07.08.1991, GVBl. 1991, S. 285; das Thüringer Landesvermessungsgesetz (ThürLVermG) vom 30.01.1997, GVBl. 1997, S. 69, enthält hingegen keine Definition des Begriffs „Flurstück“.

deren Abmarkung nach § 6 sowie zur Aufnahme von Gebäuden und Nutzungsarten für das Liegenschaftskataster“, § 5 Abs. 2 VermG<sup>57</sup>.

- ii. Sachsen: „Flurstücksgrenzen werden bestimmt durch Katastervermessungen zur erstmaligen Festlegung einer Flurstücksgrenze im Liegenschaftskataster (Grenzfeststellung) oder durch Katastervermessungen zur Übertragung einer im Liegenschaftskataster festgelegten Flurstücksgrenze in die Örtlichkeit (Grenzwiederherstellung) oder durch Ergebnisse öffentlich-rechtlicher Bodenordnungsverfahren“, § 16 Abs. 1 SächsVermGeoG<sup>58</sup>.

56 Wenngleich sich die Definitionen des Begriffs „Flurstück“ in Details unterscheiden, enthalten sie im Kern die Aussage, dass ein Flurstück ein amtlich vermessener, umgrenzter Teil der Erdoberfläche ist. Zur Beantwortung der verfahrensgegenständlichen Frage ist zunächst insbesondere bedeutsam, dass der Vollzug der Vermessungs- und Katastergesetze der Länder zu den in § 2 Abs. 2 GBO genannten Verzeichnissen, d. h. den Liegenschaftskatastern, in denen die Katasterparzellen gelistet sind, führt.<sup>59</sup> Durch die Buchung der Flurstücke im Grundbuch entstehen Grundstücke im Sinne der GBO. Ein Grundbuchgrundstück kann aus mehreren Flurstücken bestehen, nicht aber umgekehrt ein Flurstück aus mehreren Grundstücken.<sup>60</sup> Dies ergibt sich schon daraus, dass die Basisinformationen – d. h. die Ergebnisse einheitlicher Grundlagenvermessung durch geodätische Bezugssysteme, Topographie und Kartographie<sup>61</sup> – allein im Liegenschaftskataster vorgehalten werden, während die Buchung im Grundbuch sich ihrerseits auf die katastermäßige Parzellierung bezieht. Dass sich die Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs auch auf den sich aus dem Liegenschaftskataster ergebenden Grenzverlauf ergibt,<sup>62</sup> resultiert aus dem Verweis des Grundbuchs auf die im Liegenschaftskataster abgelegten Basisinformationen.

<sup>57</sup>Vermessungsgesetz für Baden-Württemberg (VermG) vom 01.07.2004, GBl. S. 469, 509, zuletzt geändert durch Artikel 30 des Gesetzes vom 14.10.2008, GBl. S. 313, 329.

<sup>58</sup>Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster sowie die Bereitstellung von amtlichen Geobasisinformationen im Freistaat Sachsen (Sächsisches Vermessungs- und Geobasisinformationsgesetz – SächsVermGeoG) vom 29. Januar 2008, GVBl. S. 138.

<sup>59</sup>Die landesrechtliche Definition der Flurstücke ist für die Behandlung ungebuchter Grundstücke von weiterer Bedeutung, vgl. unten S. 39.

<sup>60</sup>Bassenge, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, ÜbbI 1 vor § 873 Rn. 1.

<sup>61</sup>Vgl. etwa § 4 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 VermG Baden-Württemberg.

<sup>62</sup>BGH, Urt.v. 02.12.2005 – V ZR 11/05, zitiert nach juris, Rn. 8, mit umfangreichen Belegen aus Rechtsprechung und Literatur.

## CLEARINGSTELLE EEG

Das BGB bedient sich des durch die Vorschriften der GBO ausgefüllten Grundstücksbegriffs.<sup>63</sup>

Gemäß dem formellen oder bürgerlich-rechtlichen Grundstücksbegriff ist ein Grundstück somit

ein katastermäßig vermessener und bezeichneter Teil der Erdoberfläche, der im Grundbuch als „Grundstück“ – sei es auf einem besonderen Grundbuchblatt, sei es unter einer besonderen Nummer eines gemeinschaftlichen Grundbuchblattes – geführt wird.<sup>64</sup>

### 2. wirtschaftlicher Grundstücksbegriff

Vom formellen Grundstücksbegriff ist der wirtschaftliche Grundstücksbegriff zu unterscheiden. Gemäß der wirtschaftlichen Grundstücksdefinition besteht ein Grundstück aus

Bodenflächen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden<sup>65</sup>.

Der wirtschaftliche Grundstücksbegriff liegt insbesondere und zunächst solchen Gesetzen zugrunde, deren Regelungen sich der wirtschaftlichen Bewertung und Behandlung von Grundstücken widmen, etwa dem Reichssiedlungsgesetz<sup>66</sup> und dem Bewertungsgesetz<sup>67</sup>. Eine systematische Übertragung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs auf das EEG 2009 ist aus diesem Grunde jedoch nicht angezeigt, da sich das EEG 2009 nicht der wirtschaftlichen Bewertung und Behandlung von Grundstücken, sondern von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien widmet.

Der formelle Grundstücksbegriff ist jedoch auch im Bau- und Erschließungsbeitragsrecht sowie bei der Anwendung des GrdstVG um den wirtschaftlichen Grundstücksbegriff erweitert worden. Das *Bundesverwaltungsgericht* hat mehrfach entschieden, dass

<sup>63</sup> *Bassenge*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, ÜbbI 1 vor § 873 Rn. 1; siehe auch *RG*, Entscheidung vom 12.03.1914, RGZ 84, 265, 270.

<sup>64</sup> *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Auflage 1999, § 15 Rn. 18.

<sup>65</sup> *Bassenge*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, ÜbbI 1 vor § 873 Rn. 1.

<sup>66</sup> Reichssiedlungsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 2331 – 1, veröffentlichten bereinigten Fassung, geändert durch Artikel 7 Abs. 14 des Gesetzes vom 19. Juni 2001, BGBl. I S. 1149, im Folgenden: RSiedlG; zur Anwendung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs auf das RSiedlG siehe *BGH*, Beschl. v. 29.11.1996 – BLW 10/96, zitiert nach *juris*, Rn. 9 m.w.N.

<sup>67</sup> Bewertungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 01.02.1991, BGBl. I S. 230, zuletzt geändert durch Artikel 21 des Gesetzes vom 20.12.2007, BGBl. I S. 3150, im Folgenden: BewG; vgl. §§ 2 und 70 BewG.

sich der vom Bundesbaugesetz [seit 1976: BauGB, Anmerkung der Clearingstelle EEG] verwendete Begriff des Grundstücks mit ... [dem] grundbuchrechtlichen Begriff deckt. [...] Allerdings schließt die Festlegung auf den grundbuchrechtlichen Begriff [...] nicht aus, daß in Ausnahmefällen von diesem Begriff abgegangen und unter Umständen ein dem jeweiligen Regelungszusammenhang besser angepaßter Begriff zugrunde gelegt wird. Derartige Abweichungen müssen jedoch auf echte Ausnahmen beschränkt bleiben. Anderenfalls würde mit einer Vielzahl von „Ausnahmen“ das unterlaufen, was jede Festlegung auf den grundbuchrechtlichen Begriff erreichen soll. Die Maßgeblichkeit dieses Begriffes hat nämlich ganz allgemein gegen sich, daß er auf die spezifisch bau- und bodenrechtlichen Probleme nicht zugeschnitten ist und daß infolgedessen sein verhältnismäßig hoher Formalisierungsgrad [...] gelegentlich zu Ergebnissen führt, die nicht schon als solche [...] überzeugen. Wenn sich seine Maßgeblichkeit dennoch rechtfertigt, dann wegen der durch ihn gewährleisteten Berechenbarkeit und damit Rechtsklarheit, die durch andere, eventuell hier und dort sachlich besser treffende Begriffe [...] bei weitem nicht in diesem Grade erreicht werden. Unter Berücksichtigung dieser Rechtfertigung sind Ausnahmen vom grundbuchrechtlichen Grundstücksbegriff allein dort vertretbar (dort allerdings auch geboten), wo bei Verwendung dieses Begriffes die Gefahr entstände, daß der Sinn einer bestimmten [...] Regelung handgreiflich verfehlt würde.<sup>68</sup>

- 57 Die Ergänzung des formellen um den wirtschaftlichen Grundstücksbegriff beruht u. a. darauf, dass dem Baurecht kein einheitlicher Grundstücksbegriff zugrundeliegt. Insbesondere enthält § 200 BauGB keine Legaldefinition des baurechtlichen Grundstücksbegriffs. Es ist vielmehr der Grundstücksbegriff zu

<sup>68</sup>So wörtlich *BVerwG*, Urt.v. 14.12.1973 – IV C 48.72, zitiert nach juris, Rn. 25; sinngemäß ebenso *BVerwG*, Urt.v. 14.02.1991 – 4 C 51.87, zitiert nach juris, Rn. 26; *BVerwG*, Beschl.v. 11.04.1990 – 4 B 62.90, zitiert nach juris, Rn. 5; *BVerwG*, Urt.v. 03.02.1989 – 8 C 78.88, zitiert nach juris, Rn. 21, jeweils m.w.N. auf die eigene Rechtsprechung; vgl. auch *OVG Nordrhein-Westfalen*, Beschl.v. 07.01.2009 – 15 B 1609/08, zitiert nach juris, Rn. 8 ff.; *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt.v. 12.11.2008 – 9 A 3.08, zitiert nach juris, Rn. 30. – Zum Grundstücksbegriff des GrdStVG vgl. einerseits *BGH*, Beschl.v. 19.12.1967 – V BlW 24/67, zitiert nach juris (formeller Grundstücksbegriff), andererseits *Brandenburgisches OLG*, Beschl.v. 26.02.2009 – 5 W (Lw) 9/08, zitiert nach juris (wirtschaftlicher Grundstücksbegriff).

verwenden, der jeweils dem Zweck der gesetzlichen Regelung entspricht bzw. es ist je nach Fallgestaltung zu differenzieren.<sup>69</sup> In der Regel wird aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit vom Grundstücksbegriff des bürgerlichen Rechts ausgegangen. Das BauGB kennt indes auch den wirtschaftlichen Grundstücksbegriff, wie sich aus § 206 Abs. 1 BauGB ergibt. Die Anlegung der wirtschaftlichen Begriffsbestimmung des Grundstücks kommt ausnahmsweise z. B. im Erschließungsbeitragsrecht oder bei der Beurteilung der Frage der wirtschaftlichen Zumutbarkeit im Rahmen der städtebaulichen Gebote nach §§ 175 ff. BauGB, im Planungsschadensrecht nach §§ 39 ff. BauGB und im Enteignungsrecht der §§ 93 ff. BauGB in Betracht, wenn die Verwendung des formellen Grundstücksbegriffes dem Zweck der gesetzlichen Regelung deutlich zuwiderliefe. Dies ist jedoch nach der Judikatur des *BVerwG* nur in eng begrenzten Ausnahmefällen anzunehmen, namentlich wenn die Anlegung des bürgerlich-rechtlichen Grundstücksbegriffs

- gröblich unangemessen wäre<sup>70</sup> bzw.
- den Sinn einer bestimmten<sup>71</sup> Regelung handgreiflich verfehlen würde<sup>72</sup>.

58 Eine weitere Ausprägung hat der wirtschaftliche Grundstücksbegriff im Kommunalabgabenrecht der Länder gefunden. Die Kommunalabgabengesetze der

<sup>69</sup>Schrödter, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 7. Aufl. 2006, § 200 Rn. 1; Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Weiss, Baugesetzbuch/Baunutzungsverordnung, 5. Aufl. 2007, § 200 Rn. 2; vgl. *BVerwG*, Urt. v. 14.02.1991 – 4 C 51.87, zitiert nach juris, Rn. 26.

<sup>70</sup>*BVerwG*, Urt. v. 20.06.1973 – IV C 62.71, zitiert nach juris, Rn. 16; dem folgend *BVerwG*, Urt. v. 03.02.1989 – 8 C 78.88, zitiert nach juris, Rn. 21.

<sup>71</sup>Im Rahmen der bundesverwaltungsgerichtlichen Judikatur: bau- und bodenrechtlichen.

<sup>72</sup>*BVerwG*, Urt. v. 14.02.1991 – 4 C 51.87, zitiert nach juris, Rn. 26; *BVerwG*, Beschl. v. 11.04.1990 – 4 B 62.90, zitiert nach juris, Rn. 5; vgl. Schrödter, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 7. Aufl. 2006, § 200 Rn. 3; Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Weiss, Baugesetzbuch/Baunutzungsverordnung, 5. Aufl. 2007, § 200 Rn. 2.

Flächenstaaten<sup>73</sup> bzw. den entsprechenden Gesetzen der Stadtstaaten<sup>74</sup> sehen sinngemäß vor, dass die Kommunen zur (teilweisen) Deckung der Kosten für die Anschaffung, die Herstellung und den Ausbau öffentlicher Einrichtungen Anschlussbeiträge von den Grundstückseigentümern, denen durch die Möglichkeit des Anschlusses ihres Grundstücks an die Einrichtung nicht nur vorübergehende Vorteile geboten werden, erheben können. Ferner können die Gemeinden zur Deckung ihres anderweitig nicht gedeckten Aufwands für Erschließungsanlagen einen Erschließungsbeitrag nach Maßgabe der §§ 127 ff. BauGB i. V. m. Kommunalabgabengesetzen einiger Länder bzw. i. V. m. den Beitragssatzungen der Gemeinden erheben. Schließlich sehen einige Kommunalabgabengesetze sinngemäß vor, dass zur (teilweisen) Deckung der Kosten für den Ausbau öffentlicher Einrichtungen Anschlussbeiträge auch von Grundstückseigentümern erhoben werden können, sofern ihnen durch den Ausbau neue, nicht nur vorübergehende Vorteile geboten werden.

59 Beitragspflichtig sind in allen Fällen die Eigentümer oder Erbbauberechtigten der Grundstücke; als Bemessungsmaßstab für die Höhe der zu entrichtenden

<sup>73</sup>Baden-Württemberg: Kommunalabgabengesetz (KAG) v. 17.03.2005, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des kommunalen Abgabenrechts und zur Änderung des Naturschutzgesetzes, GBl. S. 206; Bayern: Kommunalabgabengesetz (KAG) i.d.F. d. Bekanntmachung vom 04.04.1993, GVBl. S. 264, zul. geä. durch Gesetz vom 22.07.2008, GVBl. S. 460, ber. S. 580; Brandenburg: Kommunalabgabengesetz (KAG) i.d.F. d. Bekanntmachung vom 31.03.2004, GVBl. I S.174, zul. geä. durch Art. 1 des Gesetzes vom 02.10.2008, GVBl. I S.218; Hessen: Gesetz über kommunale Abgaben (KAG) vom 17.03.1970, GVBl. I S. 225, zul. geä. durch Gesetz v. 31.01.2005, GVBl. I S. 72; Mecklenburg-Vorpommern: Kommunalabgabengesetz i.d.F. d. Bekanntmachung vom 12.04.2005, GVOBl. M-V S. 146; Niedersachsen: Kommunalabgabengesetz (NKAG) i.d.F. v. 23.01.2007, Nds. GVBl. S. 41; NRW: Kommunalabgabengesetz (KAG) v. 21.10.1969, GV. NRW. 1969 S. 712, zul. geä. durch Art. II d. Gesetzes v. 11.12.2007, GV. NRW S. 8; Rheinland-Pfalz: Kommunalabgabengesetz v. 20.06.1995, GVBl. S. 175, zul. geä. durch Gesetz vom 12.12.2006, GVBl. S.401; Saarland: Gesetz Nr. 1074 – Kommunalabgabengesetz – KAG v. 26.04.1978, i.d.F. der Bekanntmachung vom 29.05.1998, Amtsbl. S. 691, zul. geä. durch Gesetz vom 15.02.2006, Amtsbl. S. 474, 530; Sachsen: Kommunalabgabengesetzes (SächsKAG) v. 26.08.2004, SächsGVBl. S. 418, ber. 2005 S. 306, zul. geä. durch Gesetz v. 07.11.2007, SächsGVBl. S. 478, 484; Sachsen-Anhalt: Kommunalabgabengesetz (KAG LSA) i.d.F. d. Bekanntmachung v. 13.12.1996, GVBl. LSA 1996, S. 405, zul. geä. durch Art. 2 des Gesetzes vom 17.12.2008, GVBl. LSA S. 452; Thüringen: Kommunalabgabengesetz (ThürKAG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 19.09.2000, zul. geä. durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17.12.2004, GVBl. S. 889.

<sup>74</sup>Berlin: Straßenausbaubeitragsgesetz (StrABG) v. 16.03.2006, GVBl. S. 265; Erschließungsbeitragsgesetz (EBG) v. 12.07.1995, GVBl. S. 444, zul. geä. durch Gesetz v. 19.06.2006, GVBl. S. 573; Bremen: Ortsgesetz über die Erhebung von Erschließungsbeiträgen v. 20.12.1982, Brem.GBl. S. 405, zul. geä. durch Ortsgesetz v. 16.10.2006, Brem.GBl. S. 435; Hamburg: Hamburgisches Wegegesetz (HWG) i.d.F. v. 22.01.1974, HmbGVBl. 1974, S. 41, zul. geä. durch Gesetz vom 27.01.2009, HmbGVBl. S. 16.

## CLEARINGSTELLE EEG

Beiträge knüpfen die Regelungen zumeist an die Größe, Breite oder Bebauung des Grundstückes, das erschlossen oder angeschlossen wird, an.<sup>75</sup> Allen Gesetzen ist jedoch gemein, dass entscheidendes Kriterium der wirtschaftliche Vorteil ist, den der Eigentümer oder Erbbauberechtigte des Grundstücks durch den Anschluss oder die Erschließung erfährt.<sup>76</sup> Dementsprechend legen die Landesgesetze, die die Grundstücksfläche als Bemessungsmaßstab ansetzen, nicht schematisch die grundbuchrechtliche Größe zugrunde, sondern ermöglichen dem Satzungsgeber durch eine wirtschaftliche Betrachtung Abweichungen hiervon. Beispielsweise kann die Beitragsbemessung auf eine bestimmte Grundstückstiefe beschränkt werden, sofern die darüber hinausgehenden Flächen nicht tatsächlich angeschlossen, bebaut oder gewerblich genutzt sind (Tiefenbegrenzung).<sup>77</sup>

Es lässt sich somit als Grundsatz des Kommunalabgabenrechts der Länder festhalten, dass Beiträge zwar regelmäßig an den Grundstücksbegriff nach der GBO anknüpfen. Jedoch ermöglichen es die meisten Kommunalabgabengesetze, von der formalen Grundstücksgröße abzuweichen und einen wirtschaftlichen Grundstücksbegriff zugrunde zu legen, und zwar dann, wenn die Bemessung des Beitrags anhand der im Grundbuch verzeichneten Grundstücksgröße zu Ergebnissen führen würde, die mit dem Zweck des Gesetzes – der Abschöpfung des tatsächlichen wirtschaftlichen Vorteils – nicht mehr in Einklang stünde.

Der wirtschaftliche Grundstücksbegriff des Kommunalabgabenrechts lässt sich zwar nicht ohne Weiteres auf den Grundstücksbegriff des EEG 2009 übertragen. Es kann jedoch festgehalten werden, dass die Rechtsordnung in Fällen, in denen eine schematische Orientierung am formalen Grundstücksbegriff zu

<sup>75</sup>Vgl. § 13 I Abs. 2 BauGB für Erschließungsbeiträge.

<sup>76</sup>Vgl. § 31 Abs. 1 Satz 1 KAG B-W; Art. 5 Abs. 1 Satz 1 KAG Bayern; § 8 Abs. 2 Satz 2, Abs. 6 Satz 1 KAG BB; § 11 Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 KAG Hessen; § 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 KAG M-V; § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 NKAG; § 8 Abs. 2 Satz 2, Abs. 6 KAG NRW; § 7 Abs. 2 KAG RP; § 8 Abs. 2 Satz 1, Abs. 6 Satz 1 KAG Saarland; §§ 17 Abs. 1 Satz 1, 18 Abs. 1 SächsKAG; § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 KAG LSA; § 8 Abs. 1 Satz 1, 2 KAG S-H; §§ 7 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, 7a ThürKAG.

<sup>77</sup>So oder ähnlich § 31 Abs. 2 KAG B-W; Art. 5 Abs. 2 Satz 6 KAG Bayern; § 8 Abs. 6 Satz 6 KAG BB; § 9 Abs. 5 KAG M-V; § 6a Abs. 3 und 4 NKAG; § 19 Abs. 1 SächsKAG; § 6c Abs. 2 KAG LSA; § 8 Abs. 1 Satz 4 KAG S-H; § 7 Abs. 3 Satz 3 ThürKAG; die übrigen Kommunalabgabengesetze beschränken sich sinngemäß auf die Formulierung, dass die Beitragsschuld nach den tatsächlichen Vorteilen zu bestimmen ist und überlassen die genaue Umsetzung dem Satzungsgeber. – Exemplarisch zum wirtschaftlichen Grundstücksbegriff im brandenburgischen KAG s. *OVG Frankfurt (Oder)*, Urt. v. 26.09.2002 – 2 D 9/02, LKV 2003, 284; *Becker*, Der wirtschaftliche Grundstücksbegriff in § 8 II BbgKAG, LKV 2004, 53 – 57.

Rechtsfolgen führen würde, die mit dem Gesetzeszweck nicht zu vereinbaren sind, eine ergänzende wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks vorsieht.

Die ausnahmsweise Anlegung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs ist für die Bestimmung des Grundstücksbegriffs in § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 systematisch fruchtbar zu machen. Denn anders als bei der *grundsätzlichen* Zugrundelegung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs bei Auslegung der Regelungen des BewG bzw. des RSiedlG<sup>78</sup> liegt der Grundstücksdefinition im Bau- und Erschließungsbeitragsrecht eine ähnliche Problematik zugrunde wie der Grundstücksdefinition im EEG 2009. Zwar dient die Grundstücksdefinition im EEG 2009 nicht unmittelbar der Abschöpfung von wirtschaftlichen Vorteilen, die einem Grundstück bzw. dessen Eigentümer oder sonstigem Nutzungsberechtigten zufließen. Jedoch bezweckt auch § 19 Abs. 1 EEG 2009 im Ergebnis eine Nivellierung von Vorteilen aufgrund der Belegenheit mehrerer Anlagen in räumlicher Nähe, zu deren Definition sich der Gesetzgeber des Grundstücksbegriffs bedient hat.<sup>79</sup>

Die Heranziehung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs kann sowohl dazu führen, dass mehrere Grundstücke im formellen, bürgerlich-rechtlichen Sinne ein Grundstück im wirtschaftlichen Sinne bilden, als auch, dass ein Grundstück im formellen, bürgerlich-rechtlichen Sinne mehrere Grundstücke im wirtschaftlichen Sinne umfasst. Eine systematische Heranziehung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs in Anlehnung an die Judikatur des *BVerwG* kann jedoch nur insoweit erfolgen, als *ein* Grundstück im formellen, bürgerlich-rechtlichen Sinne mehrere Grundstücke im wirtschaftlichen Sinne umfasst. Denn den Fall, dass u. U. *mehrere* Grundstücke im formellen Sinne ein Grundstück im wirtschaftlichen Sinne bilden, regelt § 19 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 EEG 2009 („oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“<sup>80</sup>) ausdrücklich, so dass für eine den Zweck der Regelung erhaltende, ausnahmsweise Anwendung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs auf § 19 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 EEG 2009 kein Raum ist.

Indes ist zu beachten, dass die Anwendung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs keine ökonomische Härtefallregelung darstellt. Der wirtschaftliche Grundstücksbegriff ist allein dann zugrunde zu legen, wenn ansonsten der

---

<sup>78</sup>Vgl. hierzu S. 30.

<sup>79</sup>Zum Zweck des Gesetzes vgl. die insofern auch auf den Begriff des „Grundstücks“ in § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 übertragbaren Ausführungen unter 4.2.5.

<sup>80</sup>Hierzu 4.2.

Zweck des Gesetzes verfehlt würde. Insbesondere ist für die Heranziehung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs die aus der Grundstücksdefinition folgende wirtschaftliche Situation des (Grundstücks-)Eigentümers bzw. anderweitigen Nutzungsberechtigten nicht relevant. Der wirtschaftliche Grundstücksbegriff ist allein zur Wahrung der Zweckerreichung des zugrundeliegenden Gesetzes – hier des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 – heranzuziehen.

**Fazit:** Die systematische Auslegung spricht dafür, grundsätzlich den formellen, d. h. bürgerlich-rechtlichen Grundstücksbegriff zugrunde zu legen. Würde der Sinn der gesetzgeberischen Regelung hierdurch indes gröblich verfehlt, legt die systematische Auslegung nahe, den wirtschaftlichen Grundstücksbegriff heranzuziehen, sofern dadurch die Belegenheit mehrerer Anlagen auf mehreren Grundstücken im wirtschaftlichen, aber nicht im formellen Sinne festgestellt würde.

### 4.1.3 Historische Auslegung

Die historische Auslegung, die den Bedeutungsgehalt etwaiger Vorgängernormen zum Gegenstand hat, führt zu keinem (anderen) Ergebnis. Eine Vorgängernorm zu § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 existierte nicht. Zwar definierte bereits § 3 Abs. 2 EEG 2004<sup>81</sup> den Begriff der Anlage im Sinne des EEG 2004. Es handelte sich hierbei jedoch um den technischen Anlagenbegriff, dessen Nachfolgenorm nunmehr § 3 Nr. 1 EEG 2009 ist<sup>82</sup>. Eine rechnerische Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbstständiger Anlagen allein zu Zwecken der Vergütung sah lediglich § 11 Abs. 6 EEG 2004 vor, der sich jedoch ausschließlich auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie bezog und zudem den Begriff des „Grundstücks“ nicht verwendete, sondern stattdessen auf Gebäude als räumliche Bezugsgröße abstellte, so dass eine Erhellung des Begriffs des „Grundstücks“ durch Rückgriff auf diese Normen nicht zu erreichen ist.

---

<sup>81</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich vom 21.07.2004, BGBl. I S. 1918, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 07.11.2006, BGBl. I S. 2550, nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft getreten durch Artikel 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008, BGBl. I S. 2074.

<sup>82</sup>Vgl. *Salje*, EEG-Kommentar, 5. Auflage 2009, § 3 Nr. 68: „Funktionsbegriff“.

#### 4.1.4 Genetische Auslegung

Auch die genetische Auslegung, die den Gesetzgebungsprozess untersucht, führt zu keinem (anderen) Befund. Insbesondere weist die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zu § 19 Abs. 1 EEG 2009 zwar Indizien zur Auslegung des Begriffs „räumliche Nähe“ auf, erläutert den Begriff des „Grundstücks“ indes nicht.<sup>83</sup> Die Regierungsbegründung ging somit entweder von einem eindeutigen Grundstücksbegriff aus, den sie indes nicht erläuterte, oder wollte die nähere Deutung des Begriffs „Grundstück“ der Gesetzesanwendung und -auslegung überlassen. Weitere Anhaltspunkte für den Bedeutungsgehalt des Begriffs „Grundstück“ i. S. d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 ergeben sich hieraus nicht.

#### 4.1.5 Teleologische Auslegung

- 60 Die teleologische Auslegung stützt die Ergebnisse der systematischen Auslegung. Die Norm dient nach dem Willen des Gesetzgebers dazu,
- 61 die dem Gesetzeszweck widersprechende Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten zu verhindern.<sup>84</sup>
- 62 Die auch der teleologischen Auslegung vorgreifliche Entscheidung des Gesetzgebers, hierfür an das „Grundstück“ als maßgebliches räumliches Kriterium anzuschließen, vorausgesetzt, sprechen schon Gründe der Rechtsklarheit und der Praktikabilität dafür, der Auslegung des Begriffs „Grundstück“ grundsätzlich den formellen, d. h. bürgerlich-rechtlichen Grundstücksbegriff zugrunde zu legen. Da die Regelung auch der „Klarstellung“<sup>85</sup> der Rechtslage dienen soll, ist grundsätzlich für eine einzelfallbezogene, individuelle Definition des Begriffs „Grundstück“ kein Raum. Um den Rechtsanwendungsprozess zwischen Anlagen- und Netzbetreibern transparent und praktikabel zu halten, ist daher grundsätzlich auf das Grundstück im Sinne eines gebuchten Grundstücks abzustellen.
- 63 Der Zweck des Gesetzes, die Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten zu verhindern, würde indes

<sup>83</sup>Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 51.

<sup>84</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 50.

<sup>85</sup>Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 50.

– im Sinne der o. g. Ausführungen zum wirtschaftlichen Grundstücksbegriff<sup>86</sup> – verfehlt, wenn für die Berechnung der Vergütung auch solche Anlagen zusammengefasst würden, die sich zwar auf einem gebuchten Grundstück befinden, jedoch nachweislich insbesondere im weiteren betriebswirtschaftlichen Sinne in keiner Hinsicht verbunden sind. Dies könnte unter Berücksichtigung der Formulierung „*oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe*“<sup>87</sup> im Einzelfall dann der Fall sein, wenn das Grundstück die Anlagen nur mittelbar, und zwar ausschließlich vermittelt durch die Belegenheit auf demselben, gebuchten Grundstück, „verklammert“. Die Zugrundelegung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs ist insbesondere geboten, wenn und soweit die schematische Anwendung des grundbuchrechtlichen Grundstücksbegriffs eine verfassungsrechtlich problematische Ungleichbehandlung bedeutete.<sup>88</sup>

#### 4.1.6 Zusammenfassung und Folgen der Auslegung

- 64 Aus der Auslegung des Begriffs „Grundstück“ in § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 ergibt sich, dass grundsätzlich der formelle Grundstücksbegriff zugrunde zu legen ist, ausnahmsweise jedoch der wirtschaftliche, wenn ansonsten der Zweck des Gesetzes gröblich verfehlt würde. Im Einzelnen:
- 65 **Formeller Grundstücksbegriff** „Grundstück“ im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 ist grundsätzlich das gebuchte Grundstück, d. h. ein räumlich abgegrenzter, katastermäßig vermessener und bezeichneter Teil der Erdoberfläche, der im Bestandsverzeichnis eines Grundbuchblatts unter einer bestimmten Nummer eingetragen oder gemäß § 3 Abs. 5 GBO auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt gebucht ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist grundsätzlich dieser Begriff heranzuziehen.
- 66 **Wirtschaftlicher Grundstücksbegriff** Nur dann, wenn der Zweck des Gesetzes – die Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten zu verhindern<sup>89</sup> – handgreiflich verfehlt würde, ist in eng umgrenzten Ausnahmefällen vom wirtschaftlichen Grundstücksbegriff auszu-

<sup>86</sup>Siehe S. 30 ff.

<sup>87</sup>Hervorhebung nicht im Original.

<sup>88</sup>Vgl. *BVerfG*, Beschl.v. 18.02.2009 – 1 BvR 3076/08, <http://www.bverfg.de>, Rn. 39 und 50, zuletzt abgerufen am 07.04.2009.

<sup>89</sup>Vgl. hierzu 4.2.5

gehen, demzufolge „Grundstück“ eine Bodenfläche ist, die für sich genommen eine wirtschaftliche Einheit bildet.

Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn jeweils mehrere Anlagen auf gebuchten Grundstücken tatsächlich sehr unterschiedlicher Größe<sup>90</sup> belegen sind. Insbesondere führte aber eine drohende Insolvenz einer faktischen Anlagenbetreiberin bzw. eines faktischen Anlagenbetreibers<sup>91</sup> nicht schon für sich genommen zu einer „handgreiflichen Verfehlung“ des Gesetzeszweckes.

- 67 Ob eine „wirtschaftliche Einheit“ im Sinne des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffes vorliegt oder nicht, und ob somit im eng umgrenzten Ausnahmefall vom formellen Begriff des „Grundstücks“ im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 abzuweichen ist, ist anhand der Kriterien zu bestimmen, aufgrund derer eine sonstige „unmittelbare räumliche Nähe“ anzunehmen bzw. zu verneinen ist. Dies ergibt sich zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen aus dem Junktum „auf demselben Grundstück *oder sonst* in unmittelbarer räumlicher Nähe“<sup>92</sup> in § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009, aufgrund dessen die Annahme fernliegt, dass mehrere Anlagen entweder auf einem Grundstück im wirtschaftlichen Sinn, aber nicht in unmittelbarer räumlicher Nähe, oder in unmittelbarer räumlicher Nähe, aber nicht auf einem Grundstück im wirtschaftlichen Sinn belegen sind.
- 68 Die Kriterien zur Prüfung einer wirtschaftlichen Einheit sind aus Gründen der höheren Anwendungsrelevanz nachfolgend unter 4.2.6 dargestellt. Sie sind mit der Maßgabe anzuwenden, dass eine wirtschaftliche Einheit angenommen werden kann, wenn die als Indizien formulierten Kriterien zur Umgehung der Vergütungsschwellen vorliegen.

### 4.1.7 Ungebuchte Flurstücke

- 69 Zu beachten ist, dass nicht alle Flurstücke im Grundbuch als Grundstücke erfasst sind, vgl. § 3 Abs. 2 GBO. In diesen Fällen liegt kein „Grundstück“ im Sinne des bürgerlich-rechtlichen Grundstücksbegriffs vor, so dass sich eine etwaige rechnerische Anlagenzusammenfassung nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 grundsätzlich lediglich an dem Kriterium „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ orientieren

<sup>90</sup>Beispielsweise im Vergleich zwischen „Handtuchparzellen“ einerseits und Grundstücken ehemaliger Landwirtschaftlicher Produktionsgenossenschaften in den in Artikel 3 des Einigungsvertrags vom 31.08.1990, BGBl. II, S. 889, 892 genannten Gebieten andererseits.

<sup>91</sup>Hierzu siehe S. 55.

<sup>92</sup>Hervorhebung nicht im Original.

könnte.

- 70 Da ein Grundstück mehrere Flurstücke umfassen kann, ein Flurstück jedoch nicht mehrere Grundstücke, liegt indes gleichwohl bereits eine Belegenheit „auf demselben Grundstück“ im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 vor, sobald mehrere Anlagen auf demselben ungebuchten Flurstück belegen sind. Dies ergibt sich daraus, dass auch eine gewillkürte Buchung nach § 3 Abs. 2 GBO zu keinem anderen Ergebnis führen würde.<sup>93</sup> Zur Anwendung des Kriteriums „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ auf Anlagen, die auf ungebuchten Flurstücken belegen sind, siehe 4.2.7.

### 4.2 „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“

#### 4.2.1 Wortlaut

- 71 Der Wortlaut des zweiten zur rechnerischen Anlagenzusammenfassung führenden Kriteriums „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ ist uneindeutig. Zwar legt „oder sonst“ nahe, dass mehrere „in unmittelbarer räumlicher Nähe“ befindliche Anlagen räumlich ähnlich zueinander belegen sein sollen wie mehrere Anlagen „auf demselben Grundstück“. Da die Belegenheit auf demselben Grundstück indes kein hauptsächlich räumliches, sondern ein grundbuchrechtlich-funktionales Kriterium ist<sup>94</sup>, läuft im Rahmen des Wortlauts die Konjunktion „oder sonst“ faktisch leer.
- 72 Vergleichbar unergiebig ist die Betrachtung des Wortlauts des Begriffs „in unmittelbarer räumlicher Nähe“: Die geforderte Unmittelbarkeit bezieht sich – jenseits der Räumlichkeit – auf keinen weiteren Aspekt, der eine mittelbare von einer unmittelbaren Nähe unterscheidet. „Räumliche Nähe“ hingegen ist, mangels weiterer Anhaltspunkte, unbestimmt.
- 73 Es handelt sich bei dem Ausdruck „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ somit um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der zur Anwendung ausgelegt werden muss.

#### 4.2.2 Systematik

- 74 Die systematische Auslegung konkretisiert den Begriff nicht. Dies ergibt sich aus

<sup>93</sup>Vgl. § 6b Abs. 1 Satz 1 KAG LSA: „Ist ein vermessenes und im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs unter einer eigenen Nummer eingetragenes Grundstück nicht vorhanden, so gilt die von dem Beitragspflichtigen zusammenhängend genutzte Fläche als Grundstück.“

<sup>94</sup>Hierzu vgl. 4.1.

Folgendem:

### Systematik innerhalb des EEG 2009

75 1. § 33 Abs. 2 EEG 2009

Das EEG 2009 verwendet den Begriff der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ nur noch an einer anderen Stelle – in der Vorschrift über den Direktverbrauch von Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie an oder auf Gebäuden, § 33 Abs. 2 EEG 2009. Die Vorschrift lautet:

Die Vergütungen verringern sich für Strom aus Anlagen nach Abs. 1 Nr. 1 bis einschließlich einer installierten Leistung von 30 Kilowatt auf 25,01 Cent pro Kilowattstunde, soweit die Anlagenbetreiberin, der Anlagenbetreiber oder Dritte den Strom *in unmittelbarer räumlicher Nähe* zur Anlage selbst verbrauchen und dies nachweisen.<sup>95</sup>

76 Indes ist der Begriff in § 33 Abs. 2 EEG 2009 ebensowenig definiert wie in § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009. Die bislang erschienene Kommentarliteratur geht davon aus, dass „unmittelbare räumliche Nähe“ i. S. d. § 33 Abs. 2 EEG 2009 (noch) beim Verbrauch auf dem Nachbargrundstück, aber nicht (mehr) beim Verbrauch an allen Abnahmestellen einer Wohnsiedlung vorliegt.<sup>96</sup> Obschon dieser Auslegung im Zusammenhang mit § 33 Abs. 2 EEG 2009 zuzugeben ist, dass das Unmittelbarkeitskriterium dadurch erfüllt sein könnte, dass die Grundstücke direkt benachbart sind, d. h. eine gemeinsame Grenze haben, trägt dieses Kriterium zur systematischen Erhellung des Unmittelbarkeitskriteriums in § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 nicht bei. Erstens hätte der Gesetzgeber dann die rechnerische Anlagenzusammenfassung von mehreren auf unmittelbar aneinander angrenzenden Grundstücken direkt vorsehen können. Vor allem aber sind zweitens die Kontexte von § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 und § 33 Abs. 2 EEG 2009 zu verschieden, um eine direkte Übertragbarkeit annehmen zu können. § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 regelt die rechnerische Zusammenfassung von Anlagen zum Zwecke der Vergütung, während § 33 Abs. 2 EEG 2009 eine zur Vermarktung über den Netzbetreiber alternative Vermarktungsoption für aus solarer Strahlungsenergie erzeugten Strom bietet<sup>97</sup>. § 33

<sup>95</sup>Hervorhebung nicht im Original.

<sup>96</sup>Salje, EEG-Kommentar, 5. Auflage 2009, § 33 Rn. 49.

<sup>97</sup>Vgl. Salje, EEG-Kommentar, 5. Auflage 2009, § 33 Rn. 43.

Abs. 2 EEG 2009 schafft die Möglichkeit, dezentral erzeugten Strom auch dezentral zu vermarkten und zu verbrauchen. Diese Dezentralität erfordert die unmittelbare räumliche Nähe von Anlage und Verbrauchsstelle, so dass das Unmittelbarkeitskriterium von § 33 Abs. 2 EEG 2009 diese beiden Punkte in den Blick nimmt. § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 behandelt hingegen die Nähe zweier Anlagen, d. h. Erzeugungseinheiten, zueinander. Eine direkte Übertragung etwaiger Auslegungsbefunde bzgl. § 33 Abs. 2 EEG 2009 auf § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 ist daher nicht naheliegend.

### 2. § 23 Abs. 6 EEG 2009

Ein weiteres Räumlichkeitskriterium enthält der die Vergütung von Strom aus Wasserkraft betreffende § 23 Abs. 6 EEG 2009. Die Vorschrift lautet:

Die Absätze 1 und 3<sup>98</sup> gelten ferner nur, wenn die Anlage

1. *im räumlichen Zusammenhang* mit einer ganz oder teilweise bereits bestehenden oder vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus Wasserkraft neu zu errichtenden Staustufe oder Wehranlage oder

2. ohne durchgehende Querverbauung

errichtet worden ist.<sup>99</sup>

77

78

Abgesehen vom Unterschied im Wortlaut („unmittelbare räumliche Nähe“ vs. „räumlicher Zusammenhang“) regeln auch § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 sowie § 23 Abs. 6 EEG 2009 hinreichend unterschiedliche Sachverhalte, um einer systematischen, unmittelbaren Übertragung der Bedeutungsgehalte entgegenzustehen. § 23 Abs. 6 EEG 2009 intendiert, Anzahl und Ortsbezug von Wasserkraftanlagen ökologisch sinnvoll zu begrenzen<sup>100</sup>.

### 3. Weitere Vorschriften im EEG 2009

Entsprechendes gilt hinsichtlich weiterer Vorschriften im EEG 2009, die räumliche Kriterien aufweisen, insbesondere

<sup>98</sup>Die die Vergütungssätze für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Wasserkraft mit einem Inbetriebnahmedatum ab dem 1. Januar 2009 betreffen, Anm. Clearingstelle EEG.

<sup>99</sup>Hervorhebung nicht im Original.

<sup>100</sup>Salje, EEG-Kommentar, 5. Auflage 2009, § 23 Rn. 4.

- § 41 Abs. 4 EEG 2009<sup>101</sup>,
- Anlage 2 I.1.c) zu § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009<sup>102</sup> und
- § 30 EEG 2009<sup>103</sup>.

79 Stets sind die Regelungsgehalte zu unterschiedlich, um eine Übertragung des Bedeutungsgehalts auf die Auslegung von § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 nahezuzulegen.

## Systematik außerhalb des EEG 2009

### 1. Gemeinschaftsrechtliche Parallelen

Das Kriterium der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ wird im Rahmen des Subventionsgemeinschaftsrechts verwendet. Insbesondere lautet der 41. Erwägungsgrund der *allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung*<sup>104</sup> der Kommission:

Damit ein großes regionales Investitionsvorhaben nicht künstlich in Teilvorhaben untergliedert wird, um die in dieser Verordnung festgelegten Anmeldeschwellen zu unterschreiten, sollte ein großes Investitionsvorhaben als Einzelinvestition gelten, wenn die Investition in einem Zeitraum von drei Jahren von dem- oder denselben Unternehmen vorgenommen wird und Anlagevermögen betrifft, das eine wirtschaftlich unteilbare Einheit bildet. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Unteilbarkeit sollten die Mitgliedstaaten die technischen, funktionellen und strategischen Verbindungen sowie *die unmittelbare räumliche Nähe* berücksichtigen. Die wirtschaftliche Un-

<sup>101</sup> „Abnahmestelle sind alle *räumlich zusammenhängenden elektrischen Einrichtungen* des Unternehmens auf einem Betriebsgelände, das über einen oder mehrere Entnahmepunkte mit dem Netz des Netzbetreibers verbunden ist“, Hervorhebung nicht im Original.

<sup>102</sup> „Der Anspruch auf den Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 besteht, wenn ... *auf demselben Betriebsgelände* keine Biomasseanlagen betrieben werden, in denen gleichzeitig Strom aus sonstigen, nicht von Buchstabe a erfassten Stoffen gewonnen wird“, Hervorhebung nicht im Original.

<sup>103</sup> Satz 1: „... Windenergieanlagen, die im *selben oder in einem angrenzenden Landkreis*...“; Satz 2: „... Anlagen, die an *demselben Standort* Anlagen ersetzen...“, Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>104</sup> Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 06.08.2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag – allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, ABl. L 214 vom 09.08.2008, S. 3–47.

teilbarkeit sollte unabhängig von den Eigentumsverhältnissen beurteilt werden. Bei der Prüfung der Frage, ob ein großes Investitionsvorhaben eine Einzelinvestition darstellt, spielt es daher keine Rolle, ob das Vorhaben von einem Unternehmen durchgeführt wird oder aber von mehr als einem Unternehmen, die sich die Investitionskosten teilen oder die Kosten separater Investitionen innerhalb des gleichen Investitionsvorhabens tragen (beispielsweise im Falle eines Joint Venture).<sup>105</sup>

Zur systematischen Auslegung des Bedeutungsgehalts von § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 trägt diese gemeinschaftsrechtliche Vorgabe jedoch nicht bei. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob sich der Sinngehalt der sich auf Subventionen beziehenden allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung auf die Regelungen des EEG übertragen lässt<sup>106</sup>. Jedenfalls handelt es sich bei dem o. g. Zitat, das schon ausweislich des Wortlauts ein ähnliches Ziel verfolgt wie § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009<sup>107</sup>, lediglich um einen Erwägungsgrund der Verordnung. Im weiteren Normtext selbst findet sich das Kriterium der unmittelbaren räumlichen Nähe hingegen nicht wieder.

80 2. 12. BImSchV (Störfall-Verordnung)

*Salje* schlägt vor, zur Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ einen Abstand von 500 Metern zwischen den Anlagen zugrunde zu legen.<sup>108</sup> Er begründet diese Konkretisierung mit Hinweis auf eine „Einleitung zur IV. BundesimmissionsschutzV“ – hierbei handelt es sich offenkundig um ein Redaktionsversehen. Die in Frage kommende Norm der 4. BImSchV<sup>109</sup>, § 1 Abs. 3, lautet:

Die im Anhang bestimmten Voraussetzungen liegen auch vor, wenn mehrere Anlagen derselben Art in einem engen räumlichen und

<sup>105</sup>Hervorhebung nicht im Original. – Vgl. zur Umsetzung etwa Mitteilung vom 26.08.2008 – 52008XC0826(04), zitiert nach juris, zur räumlichen Nähe von subventionsbetroffenen Betriebsstätten.

<sup>106</sup>Dazu, dass das Stromeinspeisungsgesetz keine Beihilfen im Sinne des Gemeinschaftsrechts gewährt, vgl. *EuGH*, Urt.v. 13.03.2001 – C-379/98, zitiert nach juris.

<sup>107</sup>Hierzu siehe S. 50.

<sup>108</sup>*Salje*, EEG-Kommentar, 5. Auflage 2009, § 19 Rn. 10, ähnlich zu § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 EEG 2004 schon *Salje*, EEG-Kommentar, 4. Auflage 2007, § 3 Rn. 60.

<sup>109</sup>Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vom 01.11.1985, neu gefasst durch Bek. v. 14.03.1997, BGBl. I S. 504, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.10.2007, BGBl. I S. 2470.

betrieblichen Zusammenhang stehen (gemeinsame Anlage) und zusammen die maßgebenden Leistungsgrenzen oder Anlagengrößen erreichen oder überschreiten werden. Ein enger räumlicher und betrieblicher Zusammenhang ist gegeben, wenn die Anlagen

- 81
1. auf demselben Betriebsgelände liegen,
  2. mit gemeinsamen Betriebseinrichtungen verbunden sind und
  3. einem vergleichbaren technischen Zweck dienen.

82 Die Vorschrift ist seit der Verabschiedung im Jahr 1985 unverändert geblieben. Der konkret messbare Abstand von 500 Metern ist dieser Formulierung nicht zu entnehmen. Auch hat die Rechtsanwendung nicht dazu beigetragen, § 1 Abs. 4 4. BImSchV dahingehend zu konkretisieren, dass eine gemeinsame Anlage i. S. d. 4. BImSchV anzunehmen ist, wenn sich zwei Anlagen maximal 500 Meter voneinander entfernt befinden.<sup>110</sup>

Eine konkrete 500-Meter-Angabe findet sich allerdings in der – mittlerweile außer Kraft getretenen – 12. BImSchV<sup>111</sup>. Deren § 1 Abs. 4 lautete:

Die Mengenschwellen in Anhang II Spalte 2 und in Anhang III gelten für alle nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen desselben Betreibers, wenn die Entfernung zwischen den einzelnen Anlagen weniger als 500 Meter beträgt oder aus anderen Gründen nicht ausreicht, um unter voraussehbaren Umständen das Entstehen oder die Erhöhung einer ernstesten Gefahr nach § 2 Abs. 2 auszuschließen. In diesem Fall sind bei der Ermittlung der maßgebenden Mengen von einzelnen Stoffen, Zubereitungen oder Kategorien von Stoffen oder Zubereitungen die jeweiligen Teilmengen der einzelnen Anlagen zu addieren. Abs. 4 gilt nicht, wenn eine Gefahr nach § 2 Abs. 2 offensichtlich auszuschließen ist.<sup>112</sup>

83 Das 500-Meter-Kriterium der 12. BImSchV trägt indes nicht dazu bei, den Be-

<sup>110</sup>Vgl. Laubinger, in: Ule/Laubinger, BImSchG, Bd. 3 Rechtsvorschriften Bund + EU (RvB), Stand: 91. EL April 1997, A 4.0 Rn. B 14 ff.; Henkel, Der Anlagenbegriff des Bundes-Immissionsschutzgesetzes: Inhalt, Funktion und praktische Bedeutung, 1989.

<sup>111</sup>Zwölfte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Störfall-Verordnung) vom 01.09.1991, FNA 2129 – 8-12, außer Kraft getreten am 02.05.2000.

<sup>112</sup>Hervorhebung nicht im Original.

griff der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 zu klären. Zum einen konkretisiert die 500-Meter-Angabe auch in der 12. BImSchV keinen vergleichbaren unbestimmten Rechtsbegriff, sondern war selbst das maßgebliche Kriterium. Zum anderen behandelte zwar auch § 1 Abs. 4 12. BImSchV die Zusammenrechnung von Mengen aus verschiedenen Anlagen, dies jedoch zum Zwecke der ordnungsrechtlichen Gefahrenabwehr. § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 dient jedoch der Regelung der Vergütung von Strom aus Erneuerbaren Energien, und ist mithin kein Element des Gefahrenabwehrrechts. Auch das 500-Meter-Kriterium aus § 1 Abs. 4 der inzwischen außer Kraft gesetzten 12. BImSchV ist daher zur Auslegung des Begriffs „unmittelbare räumliche Nähe“ nicht heranzuziehen. Hiervon geht i.Ü. wohl auch *Salje* aus, der lediglich „vorschlägt“, die 500-Meter-Grenze „zu übernehmen“ und selbst darauf hinweist, dass die Norm, auf die er sich bezog, durch den Verordnungsgeber ersetzt worden ist.<sup>113</sup>

#### 4.2.3 Historische Auslegung

84 Eine dem Regelungsgehalt des § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 vollständig entsprechende Vorgängervorschrift existiert nicht. Indes existierten im EEG 2004 zwei Vorschriften, die hinsichtlich der historischen Auslegung des § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 in den Blick zu nehmen sind: § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 und § 11 Abs. 6 EEG 2004.

85 1. § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004

Die Regelung lautete:

Mehrere Anlagen zur Erzeugung von Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas, die im Geltungsbereich des Gesetzes errichtet und mit gemeinsamen für den Betrieb technisch erforderlichen Einrichtungen oder baulichen Anlagen unmittelbar verbunden sind, gelten als eine Anlage, soweit sich nicht aus den §§ 6 bis 12 etwas anderes ergibt; nicht für den Betrieb technisch erforderlich sind insbesondere Wechselrichter, Wege, Netzanschlüsse, Mess-, Verwaltungs- und Überwachungseinrichtungen.

86 Die Vorschrift behandelte indes den technischen Anlagenbegriff – ihre Nach-

<sup>113</sup>Vgl. *Salje*, EEG-Kommentar, 5. Auflage 2009, § 19 Rn. 10.

folgenorm ist § 3 Nr. 1 EEG 2009<sup>114</sup>, nicht § 19 Abs. 1 EEG 2009.<sup>115</sup> Insbesondere enthielt § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 gerade kein räumliches Kriterium zur Anlagenzusammenfassung, sondern stellte allein auf die technische bzw. baulich-technische Verbundenheit mehrerer Anlagen ab. Die beiden gesetzgeberischen Entscheidungen, einerseits die Kriterien zur Anlagenzusammenfassung aus dem technischen Anlagenbegriff herauszunehmen, andererseits die technischen Kriterien zur Anlagenzusammenfassung nicht in den vergütungsrechtlichen Anlagenbegriff zu übernehmen, führen in der Konsequenz dazu, die technische Verbundenheit von Anlagen im Rahmen der vergütungsrechtlichen Anlagenzusammenfassung allenfalls indiziell heranziehen zu können. Maßgebliches Kriterium muss aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlauts der Vorschrift indes die räumliche Nähe, nicht die technische Verbundenheit sein, so dass nicht jede technische Verbundenheit, die über diejenige nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 oder § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 hinausgeht, eine räumliche Nähe bedeutet und sich umgekehrt technisch unverbundene Anlagen dennoch in räumlicher Nähe im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 befinden können.<sup>116</sup>

2. § 11 Abs. 6 EEG 2004

Die Vorschrift lautete:

Abweichend von § 3 Abs. 2 Satz 2 gelten mehrere Fotovoltaikanlagen, die sich entweder an oder auf demselben Gebäude befinden und innerhalb von sechs aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen worden sind, zum Zwecke der Ermittlung der Vergütungshöhe nach Abs. 2 für die jeweils zuletzt in Betrieb genommene Anlage auch dann als eine Anlage, wenn sie nicht mit gemeinsamen für den Betrieb technischen erforderlichen Einrichtungen oder baulichen Anlagen unmittelbar verbunden sind.

Somit enthielt bereits § 11 Abs. 6 EEG 2004 eine Vorschrift zur Zusammenrechnung von Anlagen in räumlicher Nähe zu Zwecken der Ermittlung der

<sup>114</sup>„Im Sinne dieses Gesetzes ist ... „Anlage“ jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas. Als Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas gelten auch solche Einrichtungen, die zwischengespeicherte Energie, die ausschließlich aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandeln.“

<sup>115</sup>Vgl. hierzu bereits 4.1.3.

<sup>116</sup>Zur Indizwirkung der technischen Verbundenheit siehe jedoch unten S. 49.

Vergütung.<sup>117</sup> Bezugskriterium für die rechnerische Anlagenzusammenfassung gemäß § 11 Abs. 6 EEG 2004 war jedoch, dass sich die Fotovoltaikanlagen an oder auf demselben *Gebäude* befanden. Versteht man § 11 Abs. 6 EEG 2004 nicht nur als Vorgänger-, sondern – insbesondere unter Berücksichtigung weiterer ähnlicher Kriterien wie beispielsweise des jeweils, wenn auch unterschiedlich, klar definierten Zubauzeitraums – auch als Vorbildvorschrift, ließe sich ableiten, dass die sich auf einem Gebäude befindlichen (PV-)Anlagen „in unmittelbarer räumlicher Nähe“ zueinander errichtet worden und mithin nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 rechnerisch zusammenzufassen sind. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund gerechtfertigt, als ein „Gebäude“ i. d. R. eine kleinere räumliche Einheit bildet als ein „Grundstück“. Für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus anderen Erneuerbaren Energieträgern, die typischerweise nicht „an oder auf Gebäuden“ errichtet werden, lässt sich indes für die Auslegung der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ direkt nichts ableiten.

- 87 Die historische Auslegung ergibt damit lediglich, dass die auf einem Gebäude befindlichen Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie sich nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 „in unmittelbarer räumlicher Nähe“ befinden – es bleibt indes darauf hinzuweisen, dass es nur sehr selten vorkommen dürfte, dass eine entsprechende Prüfung erforderlich ist: Dies wäre nur der Fall, wenn sich das Gebäude über mehrere Grundstücke oder ungebuchte Flurstücke erstreckte.

#### 4.2.4 Genetische Auslegung

- 88 Die genetische Auslegung, die sich der Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien widmet, weist im Wesentlichen auf den Wunsch des Gesetzgebers hin, mit § 19 Abs. 1 EEG 2009 das sog. Anlagensplitting zu verhindern.

Die Regierungsbegründung zu § 19 Abs. 1 EEG 2009<sup>118</sup> führt zunächst aus, die Vorschrift gebe

- 89 als Konkretisierung zur allgemeinen Vorschrift des § 18 die Bestimmung der Vergütung für Strom aus mehreren Anlagen vor. Dabei wird an die bisherige Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 2 angeknüpft [...] und die Frage

<sup>117</sup>Zur Weitergeltung von § 11 Abs. 6 EEG 2004 für PV-Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung vom 29.01.2009 – 2008/51, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/EmpfV/2008/51>.

<sup>118</sup>Hierzu und im Folgenden vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 50 f.

der Behandlung mehrerer Anlagen nunmehr an der systematisch richtigen Stelle – in den allgemeinen Vergütungsvorschriften – geklärt.

Des Weiteren, die Vorschrift sei

90 inhaltlich mit der bisherigen identisch.

91 Diese Aussage fügt sich indes nicht bruchlos in das gesetzgeberische Gesamtgefüge ein, da § 19 Abs. 1 EEG 2009 weder textliche noch systematische Ähnlichkeit mit § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 aufweist. Textlich behandeln beide Vorschriften zwar die Fiktion einer Anlagenzusammenfassung. Während § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 – wie oben auf S. 46 ausgeführt – hierfür jedoch technische Kriterien nennt, stellt § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf die Aspekte der räumlichen Nähe, der leistungsabhängigen Vergütung und der Inbetriebnahmezeitpunkte ab. Das einzige textlich identische Kriterium ist, dass nur solche Anlagen als zusammengefasst gelten sollen, die Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energien<sup>119</sup> erzeugen. Systematisch findet sich die technische Anlagendefinition nunmehr in § 3 Nr. 1 EEG 2009 wieder.

92 Der Aussage der Regierungsbegründung, § 19 Abs. 1 EEG 2009 sei mit § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 „identisch“, lässt sich indes der gesetzgeberische Wille entnehmen, zur Auslegung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 jedenfalls indiziell die technische Verbundenheit mehrerer Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energieträgern heranzuziehen.<sup>120</sup>

93 Der Regierungsentwurf begründet § 19 Abs. 1 EEG 2009 weiter damit, die Vorschrift diene

94 insbesondere dazu, die dem Gesetzeszweck widersprechende Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten zu verhindern.

---

<sup>119</sup>Bzw. deren Trägern.

<sup>120</sup>Vgl. hierzu S. 57.

- 95 Das „sog. Anlagensplitting“ stelle
- 96 insbesondere ein Problem im Bereich der Stromerzeugung aus Biomasse dar. Dabei werden anstelle einer oder mehrerer großer Anlagen eine Vielzahl kleiner Anlagen errichtet, um die höheren Vergütungen und Boni der unteren Leistungsklassen zu erhalten.
- 97 Bei der Anwendung und Auslegung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 und somit auch des unbestimmten Rechtsbegriffs „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ ist daher im Rahmen der vom Wortlaut vorgegebenen Auslegungsgrenzen der gesetzgeberische Wille zu berücksichtigen, das sog. Anlagensplitting zu verhindern.<sup>121</sup>

#### 4.2.5 Teleologische Auslegung

- 98 Die teleologische, nach Sinn und Zweck der Regelung fragende Auslegung knüpft nahtlos an die genetische Auslegung an und führt zu insofern identischen Ergebnissen. Denn einerseits besteht kein Zweifel daran, dass die Verhinderung des sog. Anlagensplittings Ziel des § 19 Abs. 1 EEG 2009 ist, andererseits sind andere, gar konfligierende Ziele von § 19 Abs. 1 EEG 2009 nicht ersichtlich. § 19 Abs. 1 EEG 2009 ist somit zum Behufe der Verhinderung des Anlagensplittings betreffend erlassen worden. Synergieeffekte bei der Inbetriebnahme mehrerer, nahe beieinander gelegener Anlagen sollen somit nicht unter Inkaufnahme „volkswirtschaftlich unsinniger Kosten“<sup>122</sup> zu Lasten der Stromkunden unberücksichtigt bleiben.
- 99 Die Anwendung und Auslegung des Begriffs „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ hat sich nach Sinn und Zweck der Regelung daher maßgeblich daran zu orientieren, die Auswirkungen der relativ höheren Vergütung für Anlagen kleinerer Leistungsklassen dann durch die rechnerische Anlagenzusammenfassung zu nivellieren, wenn die Aufteilung einer oder mehrerer großer Anlagen in mehrere kleine Anlagen allein aus dem Grund vorgenommen worden ist, dass eine insgesamt höhere EEG-Vergütung erzielt werden soll. Der Gesetzgeber will gerade nicht die Errichtung von kleinen Anlagen generell verhindern; deren Errichtung will er mittels einer aufgrund der regelmäßig im Vergleich zu größeren Anlagen höheren Stromgestehungskosten höheren Vergütung gerade anreizen.

<sup>121</sup>Vgl. *LG Neuruppin*, Urt.v. 27.02.2009 – 3 O 30/09, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/598>, S. 9.

<sup>122</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 50.

#### 4.2.6 Zusammenfassung und Folgen der Auslegung

100 Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ ergibt im Rahmen der historischen Auslegung, dass PV-Anlagen, die an oder auf einem Gebäude errichtet worden sind, auch dann rechnerisch zusammengefasst werden, wenn sich das Gebäude über mehrere gebuchte Grundstücke erstreckt. Insbesondere aber ergibt die Auslegung aufgrund genetischer und teleologischer Erwägungen, dass die vergütungsrechtliche Zusammenrechnung erfolgen soll, um das sog. Anlagensplitting zu verhindern, wobei – in den Grenzen des auf räumliche Nähe abstellenden Wortlauts – indiziell auf die technische Verbundenheit der Anlagen zurückgegriffen werden kann.

Die Clearingstelle EEG kommt zu dem Ergebnis, dass unter maßgeblicher Berücksichtigung des Wortlauts von § 19 Abs. 1 EEG 2009 zur Verwirklichung des gesetzgeberischen Ziels folgende Erwägungen zur Auslegung der Formulierung „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ heranzuziehen sind:

101 Das durch § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 vorgegebene Prüfprogramm sieht zunächst vor, die Belegenheit mehrerer Anlagen „auf demselben Grundstück“ zu untersuchen. Ergibt sich eine Belegenheit der in Rede stehenden Anlagen bereits „auf demselben Grundstück“, ist die Frage der etwaigen Belegenheit „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ nicht mehr relevant.

Aufgrund der Formulierung „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“<sup>123</sup> ist eine Auslegung des Begriffs der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ geboten, die sich an dem Grundtatbestand des „Grundstücks“ orientiert. Das Tatbestandsmerkmal der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ fungiert somit als Auffangtatbestand gegenüber dem Tatbestandsmerkmal des „Grundstücks“. Dieser Auffangtatbestand ist insbesondere anhand des Gesetzeszweckes, das sog. Anlagensplitting zu verhindern, auszulegen.

102 Das sog. Anlagensplitting lässt sich vor dem Hintergrund des gerade für die Auslegung des Begriffs der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ maßgeblichen Grundstückskriteriums auf zweierlei Weise erzielen:

- entweder, indem mehrere kleine Anlagen auf nahe gelegenen, aber verschiedenen Grundstücken in Betrieb genommen werden, um die rechnerische Anlagenzusammenfassung gemäß § 19 Abs. 1 EEG 2009 zu umgehen,

<sup>123</sup>Hervorhebung nicht im Original.

## CLEARINGSTELLE EEG

- oder, indem mit gleicher Intention ein einheitliches Grundstück entlang der Belegenheit der kleineren Anlagen parzelliert wird.

103 Der Auffangtatbestand „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ dient somit – allein – dazu, die Umgehung des Grundtatbestandes der Belegenheit mehrerer Anlagen auf demselben Grundstück zu verhindern. Von einer „Umgehung“ der grundsätzlich grundstücksbezogenen Anlagenzusammenfassung nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 EEG 2009 kann nur dann, muss aber immer dann auszugehen sein, wenn sich die Anlagenbetreiberin oder der Anlagenbetreiber darüber bewusst war oder hat bewusst sein können, dass für die rechnerische Zusammenfassung mehrerer Anlagen gemäß EEG 2009 insbesondere nicht mehr – wie noch gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 – ausschließlich die technische Verbundenheit mehrerer Anlagen, sondern darüber hinaus die Belegenheit auf einem Grundstück maßgeblich ist. Diese Information ist der (Fach-) Öffentlichkeit mit hinreichender Sicherheit seit dem 5. Dezember 2007 bekannt. An diesem Tage hat das Bundeskabinett u. a. den Gesetzentwurf zum EEG 2009 beschlossen,<sup>124</sup> in dem die heutige Formulierung des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 bereits enthalten war. Diesen Stichtag hat sich auch der Gesetzgeber zu eigen gemacht, indem er nach Erlass der Urfassung des EEG 2009 und dessen Anlagen der Anlage 2 (Bonus für nachwachsende Rohstoffe) eine Übergangsbestimmung hinzugefügt hat, die zur NawaRo-Bonus-Fähigkeit der Verstromung von Palm- und Sojaöl auch vor Erlass der Verordnung nach § 64 Abs. 2 Satz 1 EEG 2009 führen kann und die ebenfalls an den 5. Dezember 2007 anknüpft.<sup>125</sup>

104 § 19 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 EEG 2009 kommt daher unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes<sup>126</sup> eine zweifache Bedeutung zu:

- Erstens dient sie dem Zweck, das Vertrauen von Anlagenbetreiberinnen und -betreibern in rechtlich relevanter Weise zu erschüttern, dass durch die Parzellierung von Grundstücken entlang der Belegenheit mehrerer kleiner Anlagen oder die Auswahl bereits parzellierter, jedoch durch eine gemeinsame Grenze verbundener

<sup>124</sup>Vgl. Drs. 16(15)1332 des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung des Deutschen Bundestages vom 16.12.2008, S. 9.

<sup>125</sup>Artikel 5 des Dritten Gesetzes zur Änderung des Energieeinsparungsgesetzes vom 28.03.2009, BGBl. I S. 643, 644 f.

<sup>126</sup>Zum Vertrauensschutz hinsichtlich der rechnerischen Anlagenzusammenfassung gem. § 19 Abs. 1 EEG 2009 vgl. *BVerfG*, Beschl.v. 18.02.2009 – 1 BvR 3076/08, <http://www.bverfg.de>, zuletzt abgerufen am 04.04.2009.

Grundstücke zur Errichtung mehrerer kleiner Anlagen eine erhöhte Gesamtvergütung des erzeugten Stroms rechtssicher erzielt werden kann. Unter Parzellierung wird hier und im Folgenden die grundbuchrechtliche Aufteilung eines Grundstücks in mehrere Grundstücke verstanden.

- Zweitens lässt sie das Vertrauen von Anlagenbetreiberinnen und -betreibern, die Grundstücke entlang der Belegenheit mehrerer kleiner Anlagen aus anderen Gründen als der Erzielung einer erhöhten Gesamtvergütung des erzeugten Stroms parzelliert haben oder die bereits parzellierte Grundstücke zur Errichtung mehrerer kleiner Anlagen aus anderen Gründen als der Erzielung einer erhöhten Gesamtvergütung genutzt haben, unangetastet.

105 Bei der Auslegung und Anwendung von § 19 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 EEG 2009 („oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“) ist daher zwischen der Anlagenerrichtung bzw. Grundstücksparzellierung nach dem 5. Dezember 2007 und bis zum 5. Dezember 2007 zu unterscheiden. Dabei kommt dem Unmittelbarkeitskriterium insofern entscheidende Bedeutung zu, als nachfolgend die Parzellierung oder Inbetriebnahme bis zum/nach dem 5. Dezember 2007 in den Blick zu nehmen ist. Beides, die Parzellierung von Grundstücken entlang der Belegenheit von Anlagen und die Inbetriebnahme von Anlagen bis zum/nach dem 5. Dezember 2007 ist jeweils „unmittelbar“, wenn die in Rede stehenden Anlagen nachher auf zwar durch eine gebuchte Grenze getrennten, ansonsten aber unmittelbar, d. h. durch kein weiteres Grundstück getrennten Grundstücken belegen sind. „Unmittelbar“ im Sinne der nachfolgenden Ausführungen bedeutet somit, dass die untersuchungsgegenständlichen Grundstücke durch eine gemeinsame Grenze miteinander verbunden, grundbuchrechtlich jedoch getrennt sind.

106 Die Rechtsfolgen der Auslegung ergeben sich im Einzelnen aus den nachfolgenden Erwägungen.

107 **Parzellierung oder Inbetriebnahme nach dem 5. Dezember 2007** Bei einer Parzellierung von Grundstücken, die in der Folge mehrere kleine Anlagen auf getrennt gebuchten Grundstücken belegen sein lassen, oder bei einer Inbetriebnahme mehrerer kleiner Anlagen auf bereits parzellierten, durch eine gemeinsame Grenze verbundenen Grundstücken jeweils nach dem 5. Dezember 2007, spricht eine Vermutung dafür, dass die Parzellierung bzw. die konkrete Anlagenbelegenheit erfolgte bzw.

## CLEARINGSTELLE EEG

genutzt wurde, um aufgrund der höheren Vergütung für Anlagen niedrigerer Leistungsklassen eine höhere Gesamtvergütung nach dem EEG zu erhalten.

108 Die Vermutung ist jedoch widerleglich und kann durch die jeweilige Anlagenbetreiberin oder den jeweiligen Anlagenbetreiber durch den Nachweis entgegenstehender Parzellierungs- bzw. konkreter Inbetriebnahmegründe erschüttert werden. In Betracht kommen insbesondere folgende, nicht abschließende Ausnahmetatbestände:

109 1. Teilung aufgrund öffentlich-rechtlichen Zwanges

Erfolgte die Grundstücksparzellierung oder die Inbetriebnahme mehrerer kleiner Anlagen auf nebeneinander liegenden, getrennt gebuchten, aber eine gemeinsame Grenze aufweisenden Grundstücken aufgrund öffentlich-rechtlichen Zwanges, insbesondere durch die nachweis- und unabweisbare Zuweisung von Gewerbe- bzw. Industriegebieten durch öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften zur dortigen Errichtung der Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energieträgern, ist die o. g. Vermutung hinreichend erschüttert.

2. Teilung aufgrund erbrechtlich bedingter Auseinandersetzung

Erfolgte eine Grundstücksparzellierung ausschließlich aufgrund einer erbrechtlich bedingten Auseinandersetzung von Grundstückseigentum durch die Erben, ist nicht davon auszugehen, dass die Parzellierung zur Umgehung der Vergütungsschwellen des EEG erfolgte.

3. Teilung aufgrund der Veräußerung von zu diesem Zweck abgetrennten Grundstücksteilen an einen mit dem vorherigen (Gesamt-)Eigentümer weder konzernhaft noch sonst wirtschaftlich oder verwandtschaftlich verbundenen Neueigentümer

Parzelliert ein Eigentümer sein Grundstück, um die abgetrennte Grundstücksparzelle nachher an einen mit ihm selbst weder konzernhaft noch sonst wirtschaftlich oder verwandtschaftlich verbundenen Neueigentümer zu veräußern, ist ebenfalls nicht davon auszugehen, dass die Parzellierung zur Umgehung der Vergütungsschwellen des EEG erfolgte. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energieträgern nach der Veräußerung in Betrieb genommen wurden bzw. werden. Parzelliert der Eigentümer ein Grundstück, auf dem sich bereits mehrere kleinere Anlagen befinden, und veräußert die neu entstehende(n) Parzelle(n) mitsamt den Klein-

anlagen, spricht hingegen eine Vermutung dafür, dass diese Transaktion zur Umgehung der Vergütungsschwellen erfolgte.

110 **Parzellierung oder Inbetriebnahme bis zum 5. Dezember 2007** Bei einer Parzellierung von Grundstücken, die in der Folge mehrere kleine Anlagen auf getrennt gebuchten Grundstücken belegen sein lassen bzw. gelassen haben, oder bei einer Inbetriebnahme mehrerer kleiner Anlagen auf bereits parzellierten, durch eine gemeinsame Grenze verbundenen Grundstücken jeweils bis zum 5. Dezember 2007 spricht eine widerlegliche Vermutung dafür, dass die Parzellierung bzw. die konkrete Anlagenbelegenheit erfolgte bzw. genutzt wurde, ohne dass hiermit eine im Sinne des sog. Anlagensplittings anzunehmende Umgehung der Vergütungsvorschriften des EEG verbunden gewesen wäre.

111 Indes ist es möglich, dass eine vorfindliche Parzellierung auch vor dem Kabinettsbeschluss vom 5. Dezember 2007 bewusst ausgenutzt wurde, um eine höhere Vergütung nach dem EEG zu erzielen, zumal auch bereits vor dem Kabinettsbeschluss Unsicherheit bezüglich des (damals: technischen) Anlagenbegriffs bestand<sup>127</sup>. Entsprechendes gilt für eine mittelbar oder unmittelbar durch die Anlagenbetreiberin oder den Anlagenbetreiber vor Inbetriebnahme der Anlagen durchgeführte Parzellierung.

112 Anhand folgender Kriterien ist zu bemessen, ob eine – bewusst herbeigeführte oder vorfindliche – Parzellierung bei Inbetriebnahme bis zum 5. Dezember 2007 im Sinne der Verhinderung des sog. Anlagensplittings gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 EEG 2009 zur Umgehung der Vergütungsvorschriften des EEG ausgenutzt wurde – die Kriterien spiegeln dabei eine Rangfolge wider, d. h. die erstgenannten Kriterien wiegen schwerer als die letztgenannten:<sup>128</sup>

113 1. Identischer faktischer Betreiber

Ein identischer *faktischer Betreiber* spricht für eine Umgehung der Vergütungsschwellen. Betreiber im Sinne des EEG ist, wer unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder

<sup>127</sup>Vgl. BVerfG, Beschl.v. 18.02.2009 – BvR 3076/08, <http://www.bverfg.de>, Rn. 69, zuletzt abgerufen am 04.04.2009; 25. August 2006.

<sup>128</sup>Der jeweilige Umkehrschluss ist zulässig, d. h. das Nichtvorliegen spricht jeweils gegen die Annahme, dass eine vorfindliche Parzellierung zum Zwecke der Umgehung der Vergütungsstruktur des EEG gewählt worden ist.

## CLEARINGSTELLE EEG

aus Grubengas nutzt, § 3 Nr. 2 EEG 2009. Dies kann auch beispielsweise eine juristische Person sein.<sup>129</sup> Von diesem Betreiberbegriff unterscheidet sich der faktische Betreiber dadurch, dass die Ein- bzw. Zwischenschaltung konzernhaft oder konzernähnlicher gesellschaftsrechtlicher Strukturen, insbesondere zwischengeschaltete juristische Personen des GmbH- oder ähnlichen Gesellschaftsrechts (z.B. einer Ltd. nach britischem Recht), bei der Bestimmung des faktischen Betreibers außer Betracht bleibt. Zur Bestimmung des faktischen Betreibers ist allein entscheidend, wem – betriebswirtschaftlich – die EEG-Vergütung letztlich und unbeschadet seiner etwaigen schuldrechtlichen Verpflichtungen<sup>130</sup> zufließt. Dies kann wiederum gleichermaßen eine natürliche wie eine juristische Person sein. Die Differenzierung zwischen dem Betreiber im Sinne des § 3 Nr. 2 EEG 2009 und dem faktischen Betreiber ist im Hinblick auf die o. g. teleologischen Erwägungen<sup>131</sup> geboten, um eine Umgehung des zum Zweck der Verhinderung des sog. Anlagensplittings erlassenen § 19 Abs. 1 EEG 2009 nicht allein durch die Zwischenschaltung einer oder mehrerer juristischer Personen zu ermöglichen. Die Differenzierung zwischen dem Begriff des faktischen Betreibers und dem des Betreibers im Sinne des § 3 Nr. 2 EEG 2009 ist durch die unterschiedlichen Ziele von § 3 Nr. 2 EEG 2009 einerseits und der die Verhinderung der Umgehung von Vergütungsschwellen andererseits dienenden Vorschrift des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 angezeigt: Während der Betreiber i. S. d. § 3 Nr. 2 EEG 2009 begünstigter Normadressat insbes. der EEG-rechtlichen Anspruchsgrundlagen (§ 16 Abs. 1 i. V. m. den energieträgerbezogenen Regelungen der §§ 18–33 EEG 2009) und verpflichteter Normadressat z. B. der Mitteilungspflichten gem. § 46 EEG 2009 ist, nimmt der Begriff des faktischen Betreibers diejenige Wirtschaftseinheit in den Blick, der die durch das EEG garantierten Mindestvergütungssätze betriebswirtschaftlich zufließen. Im Sinne der Gesetzeszwecke, einerseits den Anteil Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung zu erhöhen<sup>132</sup>, andererseits die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung zu verringern<sup>133</sup>, ist daher ein gesetzeskonformer Ausgleich zwischen der betriebswirtschaftlichen Motivation, als Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien den Anteil Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung zu

<sup>129</sup>Vgl. *Salje*, EEG-Kommentar, 5. Auflage 2009, § 3 Rn. 129 ff. m.w.N.

<sup>130</sup>Bedienung von Kreditzinsen, geschuldete Gewinnausschüttungen usw.

<sup>131</sup>Vgl. 4.2.5.

<sup>132</sup>§ 1 Abs. 2 EEG 2009.

<sup>133</sup>§ 1 Abs. 1 Var. 2 EEG 2009.

erhöhen, und dem volkswirtschaftlichen Interesse, dass die Stromkunden zur Erreichung dieses Zwecks nicht überobligatorisch belastet werden, zu erzielen. Der der Anwendung und Auslegung des § 19 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 EEG 2009 maßgeblich zugrundeliegende Zweck des Gesetzes<sup>134</sup> ist nicht, den Anteil Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung zu nivellieren oder gar abzusenken oder die Errichtung von Anlagen mit niedrigeren Leistungen generell zu verhindern, sondern allein, „volkswirtschaftlich unsinnige Kosten“ zu vermeiden<sup>135</sup>. Der Struktur der Vergütungsschwellen des EEG 2009 ist die Annahme immanent, dass auch größere Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energieträgern betriebswirtschaftlich hinreichend lukrativ betrieben werden können, um realisiert zu werden. § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 bezweckt daher, einen überobligatorischen betriebswirtschaftlichen Zufluss zu vermeiden, weshalb es naheliegt, zwischen dem Rechtszuordnungsobjekt des § 3 Nr. 2 EEG 2009 und dem faktischen Betreiber im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 zu differenzieren. § 19 Abs. 1 EEG 2009 („unabhängig von den Eigentumsverhältnissen“) steht dem nicht entgegen, weil das Eigentum an einer Anlage einerseits schon für die Anwendung und Auslegung des Betreiberbegriffs gem. § 3 Nr. 2 EEG 2009 irrelevant ist, andererseits das Eigentum an einem Produktionsmittel wie einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energieträgern keine zwingende Schlussfolgerung auf die Erzielung des betriebswirtschaftlichen Gewinns zulässt.

Das Kriterium des faktischen Betreibers ist nach Überzeugung der Clearingstelle EEG gegenüber allen anderen Kriterien maßgeblich zu beachten.

- 114 2. Gesellschaftsrechtliche oder vergleichbare Verbundenheit mehrerer Betreiber
- Errichten mehrere (faktische) Betreiber, die gesellschaftsrechtlich bzw. in einem Verband *sui generis* miteinander verbunden sind – wie z. B. als Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft nach §§ 10 ff. WEG<sup>136</sup> oder einer Wohnungs-Genossenschaft – mehrere Anlagen auf dem im Gemeinschaftseigentum stehenden Grundstück oder auf im Gemeinschaftseigentum stehenden Gebäudeteilen, so spricht dies ebenfalls für eine Umgehung der Vergütungsschwellen.

<sup>134</sup>Vgl. 4.2.5.

<sup>135</sup>Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 50.

<sup>136</sup>Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz – WEG) vom 15.03.1951, BGBl. I, S. 175, ber. S. 209/BGBl. III 403 – 1, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 26.03.2007, BGBl. I S. 370.

## CLEARINGSTELLE EEG

Das Wohnungs- und Teileigentum nach §§ 1 ff. WEG ist gekennzeichnet durch die Verbindung von Bruchteilsmiteigentum i. S. v. §§ 1008 ff. BGB am Gemeinschaftseigentum (Grundstück und bestimmte Gebäudeteile) mit Sondereigentum an den Räumen sowie durch die zwingende Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft.<sup>137</sup> Das Grundstück im Rechtssinne besteht trotz Schließung des Grundbuchblattes gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 GBO i. V. m. § 36 GBV<sup>138</sup> rechtlich fort.

Die Wohnungseigentümergeinschaft begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis mit Treuepflichten untereinander und gegenüber der Gemeinschaft. Es findet mindestens einmal jährlich eine Versammlung statt (vgl. § 24 WEG). Auf diesen Versammlungen werden u. a. Beschlüsse hinsichtlich der Nutzung und Erhaltung des Gemeinschaftseigentums getroffen. Es ist davon auszugehen, dass die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energieträgern Thema dieser Versammlungen ist und demnach bewusst eine Entscheidung u. a. zur Anzahl der zu errichtenden Anlagen getroffen wird.

Des Weiteren liegt eine Verbindung im vorgenannten Sinne auch vor, wenn verschiedene Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber über ein gemeinsames wirtschaftliches Interesse an der oder den Immobilie(n), auf der bzw. den die Anlagen errichtet worden sind, als Gesellschaft bürgerlichen Rechts i. S. v. §§ 705 ff. BGB (GbR<sup>139</sup>) verbunden sind. Dies ist u. a. der Fall, wenn eine GbR u. a. den Gesellschaftszweck hat, eines oder mehrere Grundstücke, auf denen sich die fraglichen Anlagen befinden, zu nutzen, sei es als Eigentümer, Pächter, Erbbauberechtigte, ungeteilte Erbengemeinschaft oder in sonstiger Weise. Dabei ist es unerheblich, ob die Gesellschaft eine im Miteigentum der Gesellschafter oder im Eigentum der GbR stehende Immobilie oder ob die Gesellschaft selbstständige, im jeweiligen Eigentum der Gesellschafter stehende Immobilien zur Erfüllung des gemeinsamen Zweckes der Gesellschaft nutzt.

---

<sup>137</sup>Bassenge, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, Einleitung WEG Rn. 2.

<sup>138</sup>Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung (Grundbuchverordnung – GBV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.01.1995, BGBl. I S. 114), zuletzt geändert durch Art. 78 Abs. 8 des Gesetzes vom 23.11.2007, BGBl. I S. 2614.

<sup>139</sup>Häufig auch als „BGB-Gesellschaft“ bezeichnet.

115 3. Identischer Finanzierer

Auch ein identischer Finanzierer spricht für eine Umgehung der Vergütungsschwellen. Finanziert dieselbe juristische<sup>140</sup> oder natürliche Person mehrere Anlagen auf verschiedenen Grundstücken mit gemeinsamer Grenze, spricht dies für eine intendierte Erhöhung der EEG-induzierten Erträge, ohne dass diesen entsprechend erhöhte Investitionskosten gegenüberstünden. Zu beachten ist indes, dass in den Fällen, in denen trotz identischer Finanzierung Margeneffekte gar nicht entstehen können, insbesondere weil weder der Finanzierer noch der faktische Betreiber an ihnen teilhaben können, eine Umgehung nicht angenommen werden kann. Dies kann z. B. bei der Finanzierung durch dieselbe Bank der Fall sein.

4. Identischer Errichter/Projektierer

Ein weiteres Indiz ist ein identischer Errichter bzw. Projektierer mehrerer kleiner Anlagen. Hierzu gilt indes das zum identischen Finanzierer Vorgenannte.

5. Identischer Hersteller der Anlagen, identische Leistungsgröße und konkrete Auslegung der Anlagen

Stammen mehrere kleine Anlagen von demselben Hersteller, spricht dies ebenfalls für eine Umgehung der vergütungsrechtlichen Vorschriften. Bei der Anwendung dieses Kriteriums sind indes zwei Besonderheiten zu beachten:<sup>141</sup>

(a) Marktverfügbarkeit

Übt ein Hersteller eine marktprägende oder gar – nicht unbedingt im Sinne des Kartellrechts – marktbeherrschende Stellung aus, indem er Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energieträgern preiswerter, schneller und/oder qualitativ höherwertig liefern kann als andere Hersteller, entspringt die Entscheidung für den konkreten Anlagentyp mithin der ökonomischen Vernunft der Anlagenbetreiberin oder des Anlagenbetreibers, spricht dies nicht für eine Umgehung der EEG-Vergütungsschwellen.

<sup>140</sup>Z.B. ein Fonds.

<sup>141</sup>Zum Gesetzeszweck der Technologieförderung unter dem EEG 2004 vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum vom 16.07.2008, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/VotV/2008/3>.

(b) Technologieförderung

Hat eine Anlagenbetreiberin oder ein Anlagenbetreiber zwei technisch identische Anlagen desselben Herstellers ausgewählt – oder die Anlagen gar selbst hergestellt –, ohne, dass diese ansonsten marktreif verfügbar wären, und sind mit dem Betrieb nachweisbar technologische Risiken aufgrund des Einsatzes innovativer Technik verbunden, stellt sich der Einsatz der technisch identischen Anlagen desselben Herstellers mithin als Ausdruck risikoaverser Redundanz dar, spricht dies ebenfalls nicht für eine intendierte Umgehung der EEG-Vergütungsschwellen.

6. Gleiche Einsatzstoffe

Werden die Anlagen mit gleichen Einsatzstoffen betrieben, spricht dies für ein homogenes Nutzungskonzept und indiziell für eine Umgehung der Vergütungsschwellen des EEG.

7. Gemeinsam genutzte Infrastruktureinrichtungen

Auch gemeinsam genutzte Infrastruktureinrichtungen sprechen dafür, eine vergütungsrechtlich zusammenfassende Anlage anzunehmen. Diesem Kriterium kommt eine Doppelfunktion zu:

- (a) Die gemeinsame Nutzung von Infrastruktureinrichtungen als Kriterium für eine rechnerische Anlagenzusammenfassung heranzuziehen, entspricht dem im Rahmen der genetischen Auslegung ermittelten Willen des Gesetzgebers<sup>142</sup> – ergänzend auch den Stellungnahmen der bei der Clearingstelle EEG akkreditieren Interessenverbänden<sup>143</sup>. Die genetische Auslegung stößt zwar insofern auf Grenzen, als auch der in den Gesetzgebungsmaterialien ausgedrückte Wille des Gesetzgebers den Wortlaut einer Norm nicht zu überwinden vermag.<sup>144</sup> Insofern vermag die technische Verbundenheit mehrerer Anlagen im Sinne der Gesetzesbegründung und der Stellungnahmen der bei der Clearingstelle EEG akkreditierten Interessenverbände nur insofern zur Annahme einer „unmittelbaren räumlichen Nähe“ zu führen, soweit die räumliche Nähe nicht allein durch die technische Verbundenheit hergestellt wird. Letzteres gilt etwa

---

<sup>142</sup>Vgl. hierzu S. 48.

<sup>143</sup>Vgl. hierzu 3.

<sup>144</sup>Vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79, zitiert nach juris, Rn. 64 m.w.N. auf die eigene Rechtsprechung.

bei „abgesetzten“ BHKW, bei denen die bloße technische Verbundenheit nicht dazu führt, dass stets auch eine unmittelbare räumliche Nähe anzunehmen wäre.

- (b) Allerdings bietet die gemeinsame Nutzung von Infrastruktureinrichtungen bei vor dem 5. Dezember 2007 in Betrieb genommenen Anlagen einen Anhaltspunkt gegen die widerlegliche Vermutung der intendierten Umgehung der Vergütungsschwellen des EEG. Denn eine vollständige Trennung sämtlicher Infrastruktureinrichtungen mehrerer auf miteinander durch eine gemeinsame Grenze verbundener Grundstücke belegener Anlagen spricht dafür, dass die Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber sich rechtstreu gegenüber der Regelung des zwar systematisch anders gelagerten, im Ergebnis jedoch ebenfalls zur Modifikation der Gesamtvergütung führenden § 3 Abs. 2 EEG 2004 verhalten haben.

### 8. Gemeinsames Betriebspersonal, gemeinsame Abrechnungsstelle

Auch der Einsatz gemeinsamen Betriebspersonals und einer gemeinsamen Abrechnungsstelle kann indiziell für eine Umgehung der Vergütungsschwellen des EEG sprechen. Hierbei ist jedoch insbesondere zu beachten, dass allein die Inanspruchnahme der Dienstleistungen von Drittunternehmungen, die mit keiner bzw. keinem der in Rede stehenden Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber jenseits des jeweiligen Dienstleistungsvertrages wirtschaftlich verbunden sind und die allein deshalb von der Anlagenbetreiberin oder dem Anlagenbetreiber beauftragt worden sind, weil sie die Dienstleistungen qualitativ und/oder quantitativ besser zu erbringen vermögen, als die Anlagenbetreiberin oder der Anlagenbetreiber selbst („Outsourcing“), nicht zu einer vergütungsrechtlichen Anlagenzusammenfassung gemäß § 19 Abs. 1 EEG 2009 führt. Dem EEG ist nicht die gesetzgeberische Intention zu entnehmen, dass ökonomisch handelnde Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber eben deshalb eine niedrigere Gesamtvergütung erhalten sollen.

- 116 Das Vorliegen folgender Kriterien spricht hingegen jeweils gegen die Annahme, dass eine vorfindliche Parzellierung zum Zwecke der Umgehung der Vergütungsstruktur des EEG ausgenutzt worden ist:<sup>145</sup>

<sup>145</sup>Der Umkehrschluss ist hier unergiebig, d. h. das Nichtvorliegen spricht jeweils nicht in gleichem Maße gegen die Annahme, dass eine vorfindliche Parzellierung zum Zwecke der Umgehung der Vergütungsstruktur des EEG gewählt worden ist.

## CLEARINGSTELLE EEG

- 117 1. Baugenehmigung unter Anwendung des Privilegierungstatbestands aus § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB

Der Betrieb einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus Biomasse, die bauordnungsrechtlich unter Berücksichtigung von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB genehmigt worden ist, spricht gegen die Annahme, dass eine vorfindliche Parzellierung ausgenutzt worden ist, um eine erhöhte Vergütung zu erzielen.

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB lautet:

Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, [...] wenn es [...] der energetischen Nutzung von Biomasse im Rahmen eines Betriebes nach Nummer 1 oder 2 oder eines Betriebes nach Nummer 4, der Tierhaltung betreibt, sowie dem Anschluss solcher Anlagen an das öffentliche Versorgungsnetz dient, unter folgenden Voraussetzungen:

- a) das Vorhaben steht in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang mit dem Betrieb,
- b) die Biomasse stammt überwiegend aus dem Betrieb oder überwiegend aus diesem und aus nahe gelegenen Betrieben nach den Nummern 1, 2 oder 4, soweit letzterer Tierhaltung betreibt,
- c) es wird je Hofstelle oder Betriebsstandort nur eine Anlage betrieben und
- d) die installierte elektrische Leistung der Anlage überschreitet nicht 0,5 MW [...]

- 118 Die Erfüllung der bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 6 a) und b) BauGB sprechen gegen das Ausnutzen der Vergütungstatbestände des EEG. Sofern das Vorhaben, d. h. die Anlage zur Erzeugung von Strom aus Biomasse, in einem räumlich-funktionellen Zusammenhang mit dem Betrieb steht, ist ein sog. Anlagensplitting schon infrastrukturell unwahrscheinlich. Erst recht gilt dies, da die eingesetzte Biomasse überwiegend, d. h. nach herrschender Meinung<sup>146</sup> zu mehr als 50 %, aus dem eigenen Betrieb der

<sup>146</sup>Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 11.12.2008 – 7 C 6.08, Rn. 17 ff., insbes. Rn. 22, <http://www.bundesverwaltungsgericht.de>, zuletzt abgerufen am 09.04.2009, auch abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/619>; Rieger, in: Schrödter, BauGB-Kommentar, § 35 Rn. 52.

Anlagenbetreiberin oder des Anlagenbetreibers stammen muss und eine ökonomisch durchgerechnete „Bespeisung“ der Anlage durch einen Dritten zum Zwecke der – durch die Degression der Vergütungstatbestände nicht negativ-kompensierten – Vergütungserhöhung lediglich zu weniger als der Hälfte der Einsatzstoffe möglich wäre.

2. Alleinstehende Gebäude, auf oder an denen PV-Anlagen angebracht sind

Sind Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie an oder auf alleinstehenden Gebäuden angebracht, spricht dies auch unabhängig vom jeweiligen Parzellierungs- bzw. Inbetriebnahmedatum gegen eine Zusammenfassung nach § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009. Die in Rede stehende Überkompensation wird hier regelmäßig nicht in höherem Maße als bei der separat vorgenommenen Vergütung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie erreicht werden können, da die auf der Installationsnotwendigkeit an verschiedenen Gebäudeflächen beruhenden Zusatzkosten unabhängig etwa von der Identität des Betreibers oder der Vorhabenfinanzierung anfallen.

#### 4.2.7 Ungebuchte Flurstücke

119 Eine Besonderheit ergibt sich hinsichtlich ungebuchter Flurstücke. Wie oben dargelegt<sup>147</sup>, sind einerseits nicht sämtliche Flurstücke gebucht, § 3 Abs. 2 GBO. Andererseits ist ein Flurstück die kleinste Einheit eines Grundstücks im formellen, d. h. bürgerlich-rechtlichen Sinne. Hinsichtlich der Anwendung des Normbefehls aus § 19 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 EEG 2009, Anlagen, die sich „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ befinden, zu Zwecken der Vergütung zusammenzurechnen, ergibt sich daher Folgendes:

- 120
- Befinden sich mehrere Anlagen auf *einem* ungebuchten Flurstück, sind sie vergütungsrechtlich zu behandeln wie Anlagen auf einem Grundstück (vgl. 4.1.7).
  - Anlagen, die sich auf mehreren ungebuchten Flurstücken befinden, sind nach den o. g. Grundsätzen der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ zu behandeln. Hier ist das Vorliegen einer „sonstigen unmittelbaren räumlichen Nähe“ aber besonders sorgfältig zu prüfen, da sich bei den – notwendigerweise – gegenüber den Grundstücken

<sup>147</sup>Vgl. 4.1.7.

kleiner strukturierten Flurstücken in besonderem Maße die Gelegenheit ergibt, die sich aus dem vorwiegenden Anwendungskriterium „Grundstück“ in § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 resultierende Möglichkeit des sog. Anlagensplittings auszunutzen.

### 4.3 Ergänzende Hinweise bezüglich der jeweiligen Energieträger

121 § 19 Abs. 1 EEG 2009 gilt für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus allen Erneuerbaren Energien im Sinne des § 3 Nr. 3 EEG 2009.<sup>148</sup> Eine Differenzierung in Bezug auf verschiedene Träger Erneuerbarer Energien ist daher dem Gesetz nicht immanent – abgesehen von der Nichtanwendbarkeit von § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind.<sup>149</sup> Zur praktikablen Anwendung dieser Auslegungsempfehlung gibt die Clearingstelle EEG jedoch folgende Hinweise:

#### 4.3.1 Wasserkraft einschließlich der Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie

122 Für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Wasserkraft einschließlich der Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie ergeben sich grundsätzlich keine Besonderheiten hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Begriffsauslegung. Bei außergewöhnlich weit voneinander entfernten Anlagen, die gleichwohl auf einem einzigen gebuchten Grundstück oder einem einzigen, ungewöhnlich großen Flurstück belegen sind, empfiehlt sich jedoch eine besonders sorgfältige Prüfung der Anlegung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs.

123 Die Frage, wie bei Kraftwerken, die die Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie in elektrische Energie umwandeln, die Verfahrensfrage zu beantworten ist, bleibt aufgrund der bislang geringen praktischen Relevanz dieser Erzeugungsarten in diesem Verfahren außer Betracht.<sup>150</sup>

<sup>148</sup>Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 50 („allgemeine Vergütungsvorschriften“).

<sup>149</sup>Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung vom 29. Januar 2009 – 2008/51, <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/51>.

<sup>150</sup>Sollten sich bei diesen Energieträgern Streitigkeiten bei der Auslegung und Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 ergeben, besteht die Möglichkeit, diese durch ein gemeinsam von Anlagen- und Netzbetreiber beantragtes Votumsverfahren klären zu lassen, vgl. 4.5.

#### 4.3.2 Windenergie

124 Hinsichtlich der Erzeugung von Strom aus Windenergie entfaltet § 19 Abs. 1 EEG 2009 keine Wirkung. Die rechnerische Anlagenzusammenfassung findet gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2009 nur hinsichtlich Anlagen statt, deren Strom in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet wird. Eine in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage stehende Vergütungsstaffelung sehen die die Vergütung von Strom aus Windenergie betreffenden §§ 29 – 31 EEG 2009 indes nicht vor. Insbesondere tangiert die ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung zu fingierende Anlagenzusammenfassung den Begriff der Anlage(n) gem. § 19 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 die § 29 Abs. 2, Abs. 3, § 30, § 31 Abs. 2 und Abs. 3 EEG 2009 nicht. Der Anlagenbegriff der genannten Vorschriften richtet sich ausschließlich nach § 3 Nr. 1 EEG 2009. Gleiches gilt für § 10 EEG 2004 und § 7 EEG 2000.

#### 4.3.3 Solare Strahlungsenergie

125 Bezüglich der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie ist auf Folgendes hinzuweisen:

126 1. Die verfahrensgegenständliche Frage ist in Bezug auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie nur für Anlagen relevant, die ab dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind. § 19 Abs. 1 EEG 2009 ist auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, nicht anzuwenden.<sup>151</sup>

127 2. § 19 Abs. 1 EEG 2009 entfaltet bei PV-Anlagen, die nicht an oder auf Gebäuden angebracht sind, aus den gleichen Gründen wie hinsichtlich der o. g. Erzeugung von Strom aus Windenergie keine Wirkung. Eine in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage stehende Vergütungsstaffelung sieht die Vergütungsvorschrift des § 32 EEG 2009 nicht vor.

3. Bei der Bewertung von PV-Anlagen an oder auf Gebäuden (§ 33 EEG 2009) ist bei der Anwendung der o. g. Auslegungsempfehlung zweckmäßigerweise zwischen der Aufbringung auf Reihen- und auf Einzelhäusern zu unterscheiden:

<sup>151</sup> Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 29. Januar 2009 – 2008/51, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2008/51>.

## CLEARINGSTELLE EEG

- (a) Bei der Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie auf einem Gebäude, das mehrere gebuchte Grundstücke oder ungebuchte Flurstücke überspannt, spricht die genetische Auslegung für eine Zusammenfassung der Anlagen zum Zwecke der Ermittlung der Vergütungshöhe für den zuletzt in Betrieb genommenen Generator.
- (b) Bei der durchgehenden Anbringung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie auf lückenlos aneinander gebauten Reihenhäusern, die sich über mindestens eine Grundstücksgrenze erstrecken, ergeben sich grundsätzlich keine Besonderheiten hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Begriffsauslegung. Allerdings bedarf es aufgrund des entgegenstehenden Eindrucks des ersten Anscheins (*prima facie*) einer besonders detaillierten Prüfung, ob eine ab dem 5. Dezember 2007 vorgenommene Parzellierung allein der Umgehung der Vergütungsstruktur des EEG diene, da der Hauptzweck der grundbuchrechtlich verbrieften Aufteilung der Struktur von Siedlungen, auf denen sich Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie befinden, in der Regel anderen Zwecken, vornehmlich denen der Verwaltung der Immobilien, dienen dürfte.
- (c) Bei der Anbringung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie auf Einzelhäusern auf aneinander angrenzenden, aber getrennt gebuchten Grundstücken spricht der Eindruck des ersten Anscheins (*prima facie*) dafür, von separaten Anlagen auszugehen. Die Synergieeffekte bei der Errichtung mehrerer voneinander getrennter Anlagen, namentlich verringerte Installationskosten und die Nutzung gemeinsamer Infrastruktureinrichtungen, fallen hier regelmäßig wesentlich geringer aus als insbesondere bei der Erzeugung von Strom aus Biomasse einschließlich Biogas, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie.

### 4.3.4 Geothermie

- 128 Für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Geothermie ergeben sich keine Besonderheiten hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Begriffsauslegung, allerdings gilt das oben bzgl. der Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Wasserkraft<sup>152</sup> Ausge-

---

<sup>152</sup>Siehe S. 64.

fürte hinsichtlich der vertieften Notwendigkeit, die Anlegung des wirtschaftlichen Grundstücksbegriffs zu prüfen.

#### 4.3.5 Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie

- 129 Für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie ergeben sich keine Besonderheiten hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Begriffsauslegung.

#### 4.4 Beweislastfragen

- 130 Hinsichtlich der sich v. a. in etwaigen Zivilprozessen ergebenden Frage nach der Beweislast für das (Nicht-)Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale gilt für die Anwendung des EEG 2009 als im Wesentlichen privatrechtsgestaltendem Gesetz die allgemeine Regel, derzufolge immer diejenige Partei das Vorliegen etwaiger Tatbestandsmerkmale darzulegen und ggf. zu beweisen hat, für die die Darlegung und ggf. der Beweis (rechts)günstige Folgen zeitigt.<sup>153</sup> Dies gilt sowohl für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber als auch für die Netzbetreiber – trotz des Umstands, dass letztere sich aus der Anwendung des EEG ergebende Vergütungszahlungen grundsätzlich an den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber weiterreichen können, mithin bei gesetzeskonformer Anwendung des EEG bezüglich der Vergütungen wirtschaftlich nicht belastet werden. Betriebswirtschaftlich ist es für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber günstig, wenn die Voraussetzungen des EEG 2009 vorliegen, da die Vorschriften des EEG 2009 Grundlage insbesondere für Vergütungsansprüche<sup>154</sup> sind. Es wäre indes verfehlt, hieraus zu schlussfolgern, dass die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber für sämtliche Tatumstände, die das Bestehen oder Nichtbestehen von Tatbeständen des EEG 2009 betreffen, beweiselastet wären – z. B. die Umstände zu beweisen, die zu einer etwaigen wirtschaftlichen Unzumutbarkeit nach § 9 Abs. 3 EEG 2009 führen, würde die Beweisführungsmöglichkeit der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber unziemlich beschränken.

<sup>153</sup>Vgl. hierzu Greger, in: Zöller, ZPO-Kommentar, 26. Auflage 2007, Vor § 284 Rn. 17a m.w.N.; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO-Kommentar, 29. Auflage 2008, Vorbem. § 284 Rn. 23 m.w.N.

<sup>154</sup>Aber auch für Ansprüche z. B. auf Netzanschluss, § 5 Abs. 1 EEG 2009 oder etwaigen Schadenersatz nach § 10 Abs. 1 EEG 2009.

## CLEARINGSTELLE EEG

- 131 Es ist daher nach den allgemeinen Regeln zu verfahren. Abweichungen ergeben sich aufgrund gesetzlicher Formulierungen<sup>155</sup>. Hinsichtlich der Auslegung und Anwendung des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 enthält das Gesetz keine insofern eindeutigen Beweislastregeln.<sup>156</sup> Im Rahmen der oben zur Anwendung und Auslegung des § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 gefundenen Ergebnisse<sup>157</sup> ist daher grundsätzlich die dargestellte Vermutungsregel einschlägig. Besonderheiten ergeben sich aus allgemeinen zivilprozessualen Erwägungen jedoch dann, wenn eine Partei ihr günstige Tatumsstände nicht belegen kann, weil sich die Beweisführungsmöglichkeit faktisch allein oder nahezu ausschließlich im Einflussbereich der jeweils anderen Partei befindet. Muss eine Partei Umstände beweisen, die zu dem ihrem Einblick entzogenen Bereich des Prozessgegners gehören, so entstehen ihr erhebliche Beweisprobleme.<sup>158</sup> In diesen Fällen ist im Einzelfall zu prüfen, ob es dem Prozessgegner im Rahmen seiner Erklärungslast nach § 138 Abs. 2 ZPO<sup>159</sup> zuzumuten ist, dem Beweispflichtigen eine prozessordnungsgemäße Darlegung durch nähere Angaben über die betreffenden, zu seinem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse zu ermöglichen. Eine positive Antwort vorausgesetzt, folgt hieraus eine „sekundäre Behauptungslast“ bzw. die Erforderlichkeit des „substantiierten Bestreitens“<sup>160</sup>.
- 132 Hieraus folgt, dass die o. g. Vermutungsregeln<sup>161</sup> jeweils für die Partei streiten, für die das Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale prozessual günstig ist: Darlegungs- und beweisbelastet für eine Umgehung der Vergütungsschwellen bis zum 5. Dezember 2007 ist daher grundsätzlich der Netzbetreiber, darlegungs- und beweisbelastet für eine Nichtumgehung der Vergütungsschwellen nach dem 5. Dezember 2007 grundsätzlich die Anlagenbetreiberin oder der Anlagenbetreiber. Die Kriterien sind indes im Einzelnen daraufhin zu prüfen, welche der beiden potentiellen Streitpar-

<sup>155</sup> „Es sei denn, dass“ usw., vgl. *Reichhold*, in: Thomas/Putzo, ZPO-Kommentar, Vorbem § 284 Rn. 23 m.w.N.

<sup>156</sup> Die Aussage, mehrere Anlagen seien zum Zwecke der Vergütung zusammenzufassen, wenn sie sich aufgrund des Nachweises des Netzbetreibers auf einem Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befänden, ist dem Gesetz ebenso wenig zu entnehmen wie die Aussage, mehrere Anlagen seien zum Zwecke der Vergütung nicht zusammenzufassen, wenn sie sich aufgrund des Nachweises der Anlagenbetreiberin oder des Anlagenbetreibers nicht auf einem Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befänden.

<sup>157</sup> Vgl. S. 53 einerseits und S. 55 andererseits.

<sup>158</sup> Vgl. *Greger*, in: Zöller, ZPO-Kommentar, vor § 284 Rn. 34 m.w.N.

<sup>159</sup> Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005, BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781, zuletzt geändert durch Gesetz vom 30.10.2008, BGBl. I S. 2122, im Folgenden: ZPO.

<sup>160</sup> Vgl. *Greger*, in: Zöller, ZPO-Kommentar, 26. Auflage 2007, vor § 284 Rn. 34 m.w.N.

<sup>161</sup> Vgl. ab S. 53 bzw. ab S. 55.

teilen eines Zivilprozesses die Tatumstände tatsächlich darlegen *kann*. Bestreitet eine Partei das (einfache) Behaupten eines Tatumstands durch die Gegenpartei und ist der bestreitenden Partei der beweishafte Beleg der Behauptung nicht möglich, weil sich die Tatumstände im Einflussbereich der dem Grunde nach nicht beweiselasteten Partei abspielen, so ist diese prozessual verpflichtet, die qualifizierten Tatumstände darzutun und zu beweisen. Letztere Pflicht dürfte in der Regel, aber nicht ausnahmslos, die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber belasten, etwa hinsichtlich des Grundbucheintrags, der erbrechtlichen Auseinandersetzung oder Fragen der konkreten Betriebskonstellation (faktische Betreibereigenschaft, Einsatzstoffe etc.).

#### 4.5 Rat der Clearingstelle EEG

Die Auslegung des Begriffs „Grundstück“ sieht – in sehr eng umgrenzten Ausnahmefällen – die Annahme des wirtschaftlichen statt des bürgerlich-rechtlichen Grundstücksbegriffs vor. Hinsichtlich der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ existieren zwar rechtliche Vermutungen auf rechtstatsächlicher Grundlage, die zur Auslegung und Anwendung des Begriffs zu Gunsten oder zu Lasten der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber führen können. Die Clearingstelle EEG ist sich gleichwohl bewusst, dass bezüglich beider Kriterien in eng umgrenzten Ausnahmefällen Zweifelsfragen existieren können. Aufgrund ihres gesetzlichen Auftrags gemäß § 57 EEG 2009, Streitigkeiten und Anwendungsfragen des EEG 2009 zu klären, was auch und insbesondere bedeutet, Streitigkeiten zu klären, bevor und ohne dass sie gerichtshängig werden, weist die Clearingstelle EEG darauf hin, dass für Anlagen- und Netzbetreiber die Möglichkeit besteht, zur Klärung etwaiger Einzelfragen gemeinsam bei der Clearingstelle EEG ein Votumsverfahren, d. h. die Begutachtung der Sach- und Rechtslage im Einzelfall,<sup>162</sup> oder ein Einigungsverfahren, d. h. ein durch die Clearingstelle EEG moderiertes Gespräch,<sup>163</sup> zu beantragen.

---

<sup>162</sup>Vgl. §§ 26 ff. VerfO, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/Verfahrensordnung>.

<sup>163</sup>Vgl. §§ 17 ff. VerfO, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/Verfahrensordnung>.

# CLEARINGSTELLE EEG

## Beschluss

Die Empfehlung wurde einstimmig angenommen.

Gemäß § 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme der Empfehlung beendet.

Dr. Lovens

Lucha

Puke

Grobrügge

Weißborn

2009/5

10. Juni 2009

## Empfehlung

Die Clearingstelle EEG empfiehlt, die Fragen des Empfehlungsverfahrens 2009/5

Anlagenzubau bei Fotovoltaikanlagen über den Jahreswechsel 2008/2009

wie folgt zu beantworten:

1. Jedes Modul ist eine selbstständige Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 bzw. eine Anlage i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009. Jede Solarzelle ist ein Generator i. S. v. § 3 Nr. 4 EEG 2009.
2. Für Module, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, gelten zum Zweck der Ermittlung der Vergütungshöhe die bei der Inbetriebnahme der Anlagen jeweils geltenden Regelungen vor Inkrafttreten des EEG 2009; für Anlagen, die nach dem 31. Juli 2004 und vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, ist demnach ausschließlich das EEG 2004 anzuwenden. Für Module, die nach dem 31. Dezember 2008 in Betrieb genommen worden sind, gilt zum Zweck der Ermittlung der Vergütungshöhe ausschließlich das EEG 2009. Dies gilt auch, wenn sich mehrere Module auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden.
3. Fand die Inbetriebnahme des zuletzt in Betrieb genommenen Moduls nach dem 31. Juli 2004 und vor dem 1. Januar 2009 statt – mit der Folge, dass das Modul in den Anwendungsbereich des EEG 2004 fällt – und ist seine Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 zu bestimmen, so findet für dieses § 11 Abs. 6 EEG 2004 auch dann Anwendung, wenn zwischen der Inbetriebnahme des letzten und des vorletzten Moduls ein Jahreswechsel lag.
4. Fand die Inbetriebnahme der zuletzt in Betrieb genommenen Solarzelle nach dem 31. Dezember 2008 statt – mit der Folge, dass die Solarzelle in den Anwendungsbereich des EEG 2009 fällt – und ist ihre Vergütung nach § 33 Abs. 1

---

I  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbstständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/EmpfV/2009/5> können Sie dieses Dokument herunterladen.

# CLEARINGSTELLE EEG

EEG 2009 zu bestimmen, so findet für diese Solarzelle § 19 Abs. 1 EEG 2009 auch dann Anwendung, wenn zwischen der Inbetriebnahme der letzten und der vorletzten Solarzelle ein Jahreswechsel lag. Dies gilt auch, wenn es sich dabei um den Jahreswechsel 2008/2009 handelt.

5. Für die Bestimmung der Degression ist allein der Inbetriebnahmezeitpunkt der jeweiligen Anlage i. S. v. § 3 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 3 Nr. 5 EEG 2009 maßgeblich, so dass für nach einem Jahreswechsel zugebaute Fotovoltaikanlagen bzw. Solarzellen die nach § 11 Abs. 5 EEG 2004 bzw. § 20 EEG 2009 prozentual abgesenkte Vergütung zu zahlen ist.

## Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	3
2	Einführung	4
3	Zusammenfassung der Stellungnahmen	6
4	Herleitung	8
4.1	Anlagen, die nach dem 31. Juli 2004 und vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind	8
4.2	Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2008 in Betrieb genommen worden sind	9
4.3	Anlagenzubau über den Jahreswechsel 2008/2009	10
4.4	Inbetriebnahme, Vergütungsdegression und -dauer	13
4.4.1	EEG 2004	14
4.4.2	EEG 2009	15
4.5	Hinweise zur Messung der Einspeisemengen	17

## **I Einleitung des Verfahrens**

- 1 Sowohl Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber als auch Netzbetreiber haben sich mit Anfragen an die Clearingstelle EEG gewandt, die die Auslegung und Anwendung sowohl von § 11 Abs. 6 EEG 2004 als auch von § 19 Abs. 1 EEG 2009 bei einem Anlagenzubau von Fotovoltaikanlagen über einen Jahreswechsel – insbesondere über den Jahreswechsel 2008/2009 – zum Gegenstand haben. Denn zum 1. Januar 2009 trat das novellierte EEG in Kraft, so dass in der Praxis insbesondere die Frage diskutiert wird, welche Regelungen zur Anlagenzusammenfassung anzuwenden sind, wenn in 2009 ein Zubau zu bereits bestehenden Anlagen erfolgt.
- 2 Die Clearingstelle EEG hat auf ihrer Sitzung am 29. Januar 2009 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens, die Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke und die nichtständigen Beisitzer der Clearingstelle EEG Grobrügge und Weißenborn gem. § 23 Abs. 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)<sup>1</sup> die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgenden Fragen beschlossen:
- 3 Welche Vorschriften finden bei mehreren Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für die jeweils zuletzt in Betrieb genommene Anlage Anwendung, wenn zwischen den Inbetriebnahmezeitpunkten ein Jahreswechsel lag?
- 4 Insbesondere: Wie verhält es sich im Hinblick auf § 11 Abs. 6<sup>2</sup> EEG 2004 und § 19 Abs. 1 EEG 2009 beim Jahreswechsel 2008/2009?
- 5 Die Beschlussvorlage für die vorliegende Empfehlung hat gemäß §§ 24 Abs. 5, 22 Abs. 4 VerfO i. V. m. dem Geschäftsverteilungsplan der Clearingstelle EEG der Vorsitzende der Clearingstelle EEG Dr. Lovens erstellt.
- 6 Die bei der Clearingstelle EEG während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 20. März 2009, 12:00 Uhr, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 24 Abs. 1 VerfO erhalten. Die

<sup>1</sup>Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/Verfahrensordnung>.

<sup>2</sup>Anm. der Clearingstelle EEG: Der ursprüngliche Beschluss lautete aufgrund eines Schreibversehens „Abs. 4“.

Stellungnahmen des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) und des BDEW Bundesverband der Elektrizitäts- und Wasserwirtschaft e. V. sind fristgemäß eingegangen.

## 2 Einführung

- 7 Es kommt häufig vor, dass Fotovoltaikanlagen, die an oder auf einem Gebäude angebracht sind, nach und nach ergänzt werden. Dem hat der Gesetzgeber bereits mit § 11 Abs. 6 EEG 2004<sup>3</sup> Rechnung getragen und eine Vorschrift geschaffen, durch die im Falle eines Zubaus die jeweils zuletzt hinzugekommene Anlage vergütungsrechtlich so behandelt wird, als wäre sie zusammen mit den bestehenden Anlagen eine einzige Anlage. Voraussetzung hierfür ist gemäß § 11 Abs. 6 EEG 2004, dass
- es sich um mehrere Fotovoltaikanlagen im Sinne von § 11 Abs. 2 EEG 2004 handelt,
  - diese sich entweder an oder auf demselben Gebäude befinden und
  - sie innerhalb von sechs aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen worden sind.

Liegen diese Voraussetzungen vor, werden die im technischen Sinne gem. § 3 Abs. 2 EEG 2004 selbstständigen Anlagen für die Ermittlung der Vergütung der jeweils zuletzt in Betrieb genommenen Anlage vergütungsrechtlich zusammengefasst; das wiederum hat zur Folge, dass sich die Vergütung für die jeweils zuletzt in Betrieb gesetzte Anlage reduziert, wenn und soweit die Leistungsschwellen in § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 überschritten sind. Wurden beispielsweise am 1. Januar 2007 25 kW<sub>p</sub> installiert und am 1. März 2007 an oder auf demselben Gebäude weitere 20 kW<sub>p</sub>, dann wurden die hinzugekommenen Anlagen so behandelt, als gäbe es eine Anlage mit 45 kW<sub>p</sub>. Von den 20 kW<sub>p</sub> waren folglich anteilig 5 kW<sub>p</sub> nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004, die übrigen 15 kW<sub>p</sub> aber nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2004 zu vergüten. Kamen am 1. August 2007 weitere 10 kW<sub>p</sub> hinzu, so waren diese vergütungsrechtlich mit den im März installierten 20 kW<sub>p</sub> zusammenzufassen, was für die Anlagenbetreiberinnen bzw. den Anlagenbetreiber allerdings wegen der Einhaltung

<sup>3</sup>Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 21.07.2004, BGBl. I, S. 1918, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074.

der Vergütungsschwelle von 30 kW<sub>p</sub> (siehe § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004) keine nachteiligen Folgen gehabt hätte. Die 10-kW<sub>p</sub>-Anlage wäre hingegen nicht mit den im Januar installierten 25 kW<sub>p</sub> zusammengefasst worden, weil die Inbetriebnahme dieser beiden Anlagen nicht innerhalb von sechs aufeinander folgenden Kalendermonaten erfolgte.

- 8 § 19 Abs. 1 EEG 2009<sup>4</sup> trifft eine ähnliche Regelung, die neben allen anderen Erneuerbaren Energien auch Fotovoltaikanlagen betrifft. Im Vergleich zu § 11 Abs. 6 EEG 2004 sind indes zwei Unterschiede festzustellen. Voraussetzung für die vergütungsrechtliche Zusammenfassung mehrerer Fotovoltaikanlagen ist nunmehr, dass

- sich die Anlagen auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden,
- sie innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind und
- es sich um Anlagen handelt, deren Vergütung in Abhängigkeit von der Leistung der Anlagen bestimmt wird, also um Anlagen i. S. v. § 33 Abs. 1 EEG 2009.<sup>5</sup>

- 9 Diese Empfehlung betrachtet die verschiedenen in Betracht kommenden Konstellationen einzeln: Zunächst ein Zubau, der ausschließlich unter der Geltung des EEG 2004 erfolgte (4.1), sodann ein Zubau bei Anlagen, die ausschließlich dem EEG 2009 unterliegen (4.2), schließlich dann die Situation, dass bereits bestehende, dem EEG 2004 unterfallende Anlagen nach dem 31. Dezember 2008 durch Zubau erweitert werden (4.3). Die Bestimmung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme bzw. -setzung sowie der Degression beim Anlagenzubau wird separat erörtert (4.4).

---

<sup>4</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074, zuletzt geändert durch Art. 5 des Dritten Gesetzes zur Änderung des Energieeinsparungsgesetzes v. 28.03.2009, BGBl. I, S. 643.

<sup>5</sup>Für sogenannte Freiflächenanlagen – also Anlagen nach § 32 EEG 2009 – kommt § 19 Abs. 1 EEG 2009 daher von vornherein nicht zur Anwendung. Da sich § 11 Abs. 6 EEG 2004 schon aufgrund des räumlichen Kriteriums der Anbringung an oder auf demselben *Gebäude* nicht auf Freiflächenanlagen bezog, ändert sich hierdurch nichts.

### 3 Zusammenfassung der Stellungnahmen

Zu den Verfahrensfragen sind fristgerecht Stellungnahmen vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit sowie vom BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. eingegangen.<sup>6</sup>

10 1. Die Stellungnahme des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- 11
- Die Vergütung für Strom aus solarer Strahlungsenergie richtet sich nach dem Jahr der Inbetriebnahme des den Strom erzeugenden Moduls.
  - Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 bestimmt sich die Vergütung für Strom aus vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommenen Fotovoltaikanlagen nach § 11 EEG 2004.
  - Zur „Anlage“ i. S. v. § 3 Nr. 1 EEG 2009<sup>7</sup> gehören neben der stromerzeugenden Einheit auch weitere technische oder bauliche für die Stromerzeugung erforderliche Einrichtungen, nicht hingegen Infrastruktureinrichtungen wie Wechselrichter. Jedes einzelne Fotovoltaikmodul stellt nach EEG 2009 eine Anlage dar. Die Vergütung für ab dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommene Fotovoltaikmodule richtet sich auch dann nach §§ 32, 33 EEG 2009, wenn es sich um die Erweiterung einer bestehenden Fotovoltaikanlage innerhalb von sechs Monaten handelt.

12 2. Die Stellungnahme des BDEW Bundesverbands der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Für bis zum 31. Dezember 2008 in Betrieb genommene Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie ist § 19 EEG 2009 nicht anzuwenden. Die Vergütung richtet sich nach den bei der Inbetriebnahme der Anlagen jeweils geltenden Regelungen.

13 Für zwischen dem 1. August 2004 und dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommene Anlagen gilt § 11 EEG 2004. Dies gilt auch, soweit nach dem 1. Januar 2009 zu diesen Modulen auf demselben Dach, demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe weitere Module in Betrieb genommen worden sind oder werden.

<sup>6</sup>Beide abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2009/5>.

<sup>7</sup>Die Nennung von § 3 Abs. 2 EEG 2009 wird als Schreibversehen behandelt.

## CLEARINGSTELLE EEG

- 14 • Für ab dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommene Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie bestimmt sich die Vergütung nach §§ 32, 33 EEG 2009.
- 15 Für die Ermittlung der Vergütung ist bei Zusammenfassung von Modulen nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 der Inbetriebnahmezeitpunkt jedes einzelnen Moduls zu bestimmen. Dies gilt auch bei Inbetriebnahme mehrerer Module über einen Kalenderjahreswechsel hinweg. Die Zusammenfassung betrifft nur die Leistungsseite der Module und führt nicht zur Bestimmung eines gemeinsamen Inbetriebnahmezeitpunkts.
- 16 Der Zeitraum von zwölf Kalendermonaten ist von dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme des zuletzt in Betrieb gesetzten Generators aus rückwärts zu berechnen. § 188 Abs. 2 BGB ist nicht anwendbar, da § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 nicht den Begriff „Monat“, sondern „Kalendermonat“ nennt. Bei der Berechnung sind – soweit vorliegend – auch Module mit einzubeziehen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden.
- 17 Der Monat, in dem ein Modul in Betrieb genommen wird, zählt als ein Kalendermonat und wird auf den in § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 genannten Zeitraum von zwölf Kalendermonaten angerechnet. Die Leistung des zuletzt in Betrieb genommenen Moduls ist zur Summe der Leistungen der Bestandsmodule, die innerhalb des Zeitraums von zwölf Kalendermonaten in Betrieb genommen wurden, zu addieren. Hat die Summe der Leistungen der Bestandsmodule eine Leistungsschwelle in § 33 Abs. 1 EEG 2009 überschritten, sind neu hinzukommende Module der Leistungszone zuzuordnen, die zuletzt überschritten wurde. Eine für Bestandsmodule ermittelte Vergütung ändert sich durch den Zubau weiterer Module und eine damit einhergehende Überschreitung einer Leistungsschwelle nach § 33 Abs. 1 EEG 2009 nicht.
- 18 Bei jeder Inbetriebnahme weiterer Module ist der Zeitraum von zwölf Kalendermonaten für das zuletzt in Betrieb gesetzte Modul jeweils neu zu berechnen.
- 19 Die Eigentumsverhältnisse an den Anlagen sind für die zum Zwecke der Ermittlung der Vergütung fingierte Anlagenzusammenfassung unerheblich (§ 19 Abs. 1 EEG 2009: „unabhängig von den Eigentumsverhältnissen“).

## 4 Herleitung

### 4.1 Anlagen, die nach dem 31. Juli 2004 und vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind

- 20 Für Anlagen, die nach dem 31. Juli 2004 und vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, gilt für die Frage der rechnerischen Anlagenzusammenfassung ausschließlich § 11 Abs. 6 EEG 2004. Diese Vorschrift gilt für Fotovoltaikanlagen, die zwischen dem 1. August 2004 und dem 31. Dezember 2008 in Betrieb genommen worden sind, trotz des formellen Außerkrafttretens des EEG 2004 zum 1. Januar 2009 weiter. Denn § 66 EEG 2009 nennt § 19 EEG 2009 nicht, so dass aufgrund der Auslegung und Anwendung von Kollisionsnormen für Fotovoltaikbestandsanlagen mit Inbetriebnahmedatum ab dem 1. August 2004 § 11 Abs. 6 EEG 2004 gegenüber § 19 Abs. 1 EEG 2009 vorrangig anzuwenden ist.<sup>8</sup> Wie sich bereits unmittelbar aus dem **Wortlaut** ergibt, kommt § 11 Abs. 6 EEG 2004 auch dann zur Anwendung, wenn zwischen den letzten beiden Inbetriebnahmen ein Jahreswechsel lag, wenn also beispielsweise die vorletzte Anlage am 1. November 2005 und die letzte Anlage am 1. Februar 2006 in Betrieb genommen wurde.<sup>9</sup> Die Vorschrift nimmt allein Bezug auf die Inbetriebnahme „innerhalb von sechs aufeinander folgenden Kalendermonaten.“ Kalendermonate folgen aber auch dann aufeinander, wenn zwischen den Monaten ein Jahreswechsel liegt; insbesondere sind der Dezember und der Januar aufeinanderfolgende Kalendermonate.
- 21 Für eine anderweitige Auslegung ist somit bereits aufgrund des klaren Wortlauts kein Raum. Selbst wenn das Gegenteil unterstellt würde, sprächen auch keine sonstigen Gesichtspunkte dafür, dass die Norm einschränkend ausgelegt werden müsste: **Teleologische Erwägungen** – also die Frage nach Sinn und Zweck der Norm – legen ebenfalls nahe, den Jahreswechsel als unbeachtlich anzusehen. Ziel von § 11 Abs. 6 EEG 2004 ist es vor allem, eine Umgehung der in § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 enthaltenen abgestuften Vergütungssätze zu vermeiden. Die Umgehung wird dadurch ermöglicht, dass jedes Fotovoltaikmodul eine Anlage im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 ist, weil jedes Modul eine selbstständige technische Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie ist.<sup>10</sup> Der Umstand, dass die Mo-

<sup>8</sup>Vgl. hierzu ausführlich *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 29.01.2009 – 2008/51, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/51>.

<sup>9</sup>Ebenso *Binder*, ZNER 2006, 122, 123; *Müller*, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungsfg. 2006, § 11 Rn. 74.

<sup>10</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 45; *Binder*, ZNER 2006, 122 (122); *Oschmann*, in: Alt-

dule nur durch Wechselrichter und Netzanschlusseinrichtungen in der Lage sind, Wechselstrom zu erzeugen und einzuspeisen, ist aufgrund der in § 3 Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz EEG 2004 enthaltenen unwiderleglichen Vermutung, dass diese Einrichtungen als nicht für den Betrieb technisch erforderlich gelten, unerheblich. Würde der Umstand, dass zwischen zwei Inbetriebnahmen ein Jahreswechsel liegt, dazu führen, dass § 11 Abs. 6 EEG 2004 nicht anzuwenden ist, so würde das Ziel des Gesetzgebers, ein Umgehen der Leistungsschwellen des § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 durch „Anlagensplitting“ zu verhindern, leicht umgangen werden können. Darüber hinaus sprechen Aspekte der Gleichbehandlung für die hier vertretene Auffassung, denn es ist kein Grund ersichtlich, zwei Anlagen, von denen eine im November und die andere im Dezember in Betrieb genommen worden sind, nach § 11 Abs. 6 EEG 2004 zusammenzufassen, zwei Anlagen, von denen eine im Dezember und die andere im darauffolgenden Januar in Betrieb genommen worden sind, jedoch nicht.

#### 4.2 Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2008 in Betrieb genommen worden sind

- 22 Aus den vorgenannten Überlegungen zum **Wortlaut** ergibt sich für § 19 Abs. 1 EEG 2009 gleichermaßen, dass „aufeinanderfolgende Kalendermonate“ auch solche sind, zwischen denen ein Jahreswechsel liegt. Insoweit unterscheidet sich der Wortlaut des § 11 Abs. 6 EEG 2004 nicht von dem des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009. Daraus folgt, dass beispielsweise eine Fotovoltaikanlage, die im Februar 2010 in Betrieb genommen wird, zum Zweck der Ermittlung der Vergütungshöhe für den Strom aus dem zuletzt in Betrieb genommenen Generator zusammen mit einer im März 2009 in Betrieb genommenen Anlage als eine Anlage gilt, wenn die übrigen Voraussetzungen von § 19 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 EEG 2009 erfüllt sind. Die Frage, wann sich (Fotovoltaik-)Anlagen gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden, ist Gegenstand der Empfehlung 2008/49 – Anlagenzusammenfassung gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009<sup>11</sup> und daher im vorliegenden Verfahren nicht zu erörtern. Indes ist beim EEG 2009 zu beachten, dass § 19 Abs. 1 EEG 2009 die rechnerische Anlagenzusammenfassung zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den zuletzt in Betrieb genommenen Ge-

rock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 87; Salje, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 11 Rn. 128.

<sup>11</sup> Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 14.04.2009 – 2008/49, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/49>.

nerator anordnet und nicht – wie noch § 11 Abs. 6 EEG 2004 – für die zuletzt in Betrieb genommene *Anlage*. Der Begriff des Generators wurde neu in das EEG 2009 aufgenommen und ist in § 3 Nr. 4 EEG 2009 definiert als

„jede technische Einrichtung, die ... elektromagnetische Energie direkt in elektrische Energie umwandelt.“

Dies ist bei Fotovoltaikanlagen jede Solarzelle als kleinste technische Einheit zur Umwandlung von elektromagnetischer (= solarer Strahlungs-)Energie in elektrische Energie, weil jede Solarzelle für sich geeignet und dazu bestimmt ist, Strahlungsenergie in Strom umzuwandeln.<sup>12</sup> Somit ist grundsätzlich nicht das zuletzt in Betrieb gesetzte Modul mit den innerhalb des Zwölfmonatszeitraums zuvor in Betrieb gesetzten Modulen als eine Anlage anzusehen, sondern nur die zuletzt in Betrieb gesetzte Solarzelle. Jedoch werden in der Praxis regelmäßig nur Module installiert, so dass eine gesonderte Betrachtung der einzelnen Solarzellen nicht notwendig sein wird.

### 4.3 Anlagenzubau über den Jahreswechsel 2008/2009

- 23 Besonderes Augenmerk ist auf die Frage zu legen, wie mit Anlagen umzugehen ist, bei denen über den Jahreswechsel 2008/2009 ein Zubau stattfand. Ausgangspunkt der Überlegungen ist zunächst, dass für alle Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2008 in Betrieb genommen werden, ausschließlich das EEG 2009 und damit auch § 19 Abs. 1 EEG 2009 gilt.<sup>13</sup> Dies ergibt sich aus den Vorschriften zum Außerkrafttreten des EEG 2004 und zum Inkrafttreten des EEG 2009 in Art. 7 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 25. Oktober 2008<sup>14</sup>, wonach das EEG 2004 am 1. Januar 2009 außer Kraft und das EEG 2009 gleichzeitig in Kraft trat. Vorschriften des EEG 2004 sind daher ab dem 1. Januar 2009 nur noch anzuwenden,

<sup>12</sup>Ebenso die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/8148, S. 39; siehe zum Begriff der Solarzelle und des Moduls aus technischer Sicht: *Kaltschmitt/Sauer/Rau/Preiser/Roth* in: *Kaltschmitt/Streicher/Wiese* (Hrsg.), *Erneuerbare Energien. Systemtechnik, Wirtschaftlichkeit, Umweltaspekte*, 4. Aufl. 2006, S. 207 ff.

<sup>13</sup>Demgegenüber findet für die Anlagenzusammenfassung von Fotovoltaikanlagen, die ausschließlich vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, nur § 11 Abs. 6 EEG 2004 Anwendung, siehe *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 29.01.2009 – 2008/51, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/51>.

<sup>14</sup>BGBl. I, S. 2074, 2099.

soweit die Übergangsvorschrift in § 66 Abs. 1 EEG 2009 dies ausdrücklich anordnet; einen Weitergeltungsbefehl enthält § 66 Abs. 1 EEG 2009 nur für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind.

- 24 Fraglich ist aber, ob Anlagen und Generatoren, die unter der Geltung des EEG 2009 in Betrieb genommen worden sind, auch mit solchen Anlagen rechnerisch zusammengefasst werden können, die bereits vor dem 1. Januar 2009 – also noch unter der Geltung des EEG 2004 – in Betrieb genommen wurden und ob für die rechnerische Zusammenfassung der Zeitraum von zwölf Kalendermonaten gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 zugrundezulegen ist. Anders formuliert: Gelten *mehrere Anlagen* im Sinne von § 19 Abs. 1 EEG 2009 zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für die jeweils zuletzt in Betrieb gesetzte *Solarzelle* auch dann als eine Anlage, wenn zwar die Solarzelle, um deren Vergütung es geht, nach dem 31. Dezember 2008 in Betrieb ging, nicht aber die „anderen“ Anlagen?
- 25 In Betracht kommt einerseits, für den Anlagenzubau zwischen dem 1. August 2004 bis einschließlich zum 31. Dezember 2008 ausschließlich § 11 Abs. 6 EEG 2004 und für den Anlagenzubau ab dem 1. Januar 2009 ausschließlich § 19 Abs. 1 EEG 2009 anzuwenden. Dies hätte zur Folge, dass der 1. Januar 2009 als „Stunde Null“ gelten würde, mit der weiteren Folge, dass Generatoren nur rechnerisch mit Anlagen zusammengefasst werden könnten, die ebenfalls unter dem EEG 2009 in Betrieb genommen worden sind. Jedwede rechnerische Zusammenfassung von Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2008 in Betrieb gesetzt worden sind, mit solchen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb gingen, wäre dann ausgeschlossen.
- 26 In Betracht kommt andererseits, bei der Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auch bereits bestehende, vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb gesetzte Anlagen einzubeziehen, mit der Folge, dass beispielsweise ein Anlagenzubau am 31. Mai 2009 dazu führen würde, dass diese Anlage mit den seit dem 1. Juni 2008 errichteten Fotovoltaikanlagen, die sich auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden, zur Ermittlung der Vergütungshöhe für den Strom aus der zuletzt in Betrieb genommenen Solarzelle rechnerisch zusammengefasst würden.
- 27 Die letztgenannte Lösung ist vorzugswürdig, weil der Begriff „mehrere Anlagen“ in § 19 Abs. 1 EEG 2009 Anlagen, die bereits vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, einschließt.
- 28 Dies ergibt sich bereits aus dem **systematischen Verständnis** des Begriffs der Anlage. Dieser ist hier im Sinne der Definition des § 3 Nr. 1 EEG 2009 zu verstehen, wonach „Anlage“

## CLEARINGSTELLE EEG

jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien  
oder aus Grubengas

ist. Die Inbetriebnahme der Anlage ist für die bloße Anlagendefinition nicht relevant, so dass nach der Begrifflichkeit des EEG 2009 auch Anlagen, die unter der Geltung des EEG 2004 in Betrieb genommen worden sind, Anlagen im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009 sind, soweit dessen Voraussetzungen gegeben sind. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus § 66 Abs. 1 EEG 2009, wonach der gesamte Teil 1 – Allgemeine Vorschriften – des EEG 2009 auf Bestandsanlagen anwendbar ist.

- 29 Auch **teleologische Erwägungen** – also die Frage nach Sinn und Zweck des § 19 Abs. 1 EEG 2009 – bestätigen das vorgenannte Ergebnis. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, eine Umgehung der vergütungsrechtlichen Leistungsschwellen durch ein „Anlagensplitting“ zu verhindern.<sup>15</sup> Dieses Ziel würde verfehlt, wenn Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber allein aufgrund des Übergangs vom EEG 2004 zum EEG 2009 einen Anspruch auf die unverminderte Vergütung hätten.
- 30 Darüber hinaus ergäbe sich eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung, wenn ein Generator, der im Februar 2009 in Betrieb genommen worden ist, nicht mit einer Anlage, die im Dezember 2008 in Betrieb ging, zusammengerechnet würde, wohl aber mit einer Anlage, die im Januar 2009 in Betrieb genommen wurde.
- 31 Gegen die vorgenannte Lösung können auch nicht mit Erfolg Aspekte des Vertrauensschutzes geltend gemacht werden. Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber, die im Laufe des Jahres 2008 unter der Geltung des § 11 Abs. 6 EEG 2004 Anlagen geplant und errichtet haben, haben in Anfragen an die Clearingstelle EEG den Einwand erhoben, dass insbesondere die Erweiterung des Zusammenrechnungszeitraums von sechs auf zwölf Kalendermonate durch die Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 zu einer Schlechterstellung führen würde, die in der Planungsphase nicht absehbar war; vielmehr bestehe ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass bei Anlagen, zwischen deren Inbetriebnahme ein Zeitraum von mehr als sechs Kalendermonaten liege, durch die Änderung der Rechtslage ab dem 1. Januar 2009 keine rechnerische Anlagenzusammenfassung erfolge. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass bereits am 5. Dezember 2007 der Entwurf des EEG 2009 mit der im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens unverändert gebliebenen Vorschrift des § 19 Abs. 1 EEG 2009

---

<sup>15</sup>Siehe hierzu ausführlich *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 14.04.2009 – 2008/49, unter 4.1.5, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/49>.

öffentlich bekannt<sup>16</sup> war.<sup>17</sup> Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber sowie mit der Projektierung von Fotovoltaikanlagen befasste Einrichtungen konnten sich somit bereits in der ersten Jahreshälfte 2008 darauf einstellen, dass für Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2008 in Betrieb gehen würden, neue, § 11 Abs. 6 EEG 2004 insoweit ersetzende Regelungen zur rechnerischen Anlagenzusammenfassung gelten würden. Ein schutzwürdiges Vertrauen auf den Fortbestand des Sechsmonatszeitraums des § 11 Abs. 6 EEG 2004 konnte daher nicht entstehen. Sofern sich Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber auf unrichtige Annahmen und Informationen über den Fortbestand der Sechsmonatsregelung auch nach dem Inkrafttreten des EEG 2009 verlassen und darauf aufbauend Investitionsentscheidungen getätigt haben, vermag dies nicht zu einer anderen Auslegung zu führen. Der Gedanke des Vertrauensschutzes bezieht sich nicht auf Vertrauen auf unrichtige Informationen – im Gegenteil genügt regelmäßig bereits die Erschütterung von begründetem Vertrauen in den Bestand korrekt erfasster Gesetzesregelungen, um Vertrauensschutz nicht entstehen zu lassen.<sup>18</sup>

#### 4.4 Inbetriebnahme, Vergütungsdegression und -dauer

- 32 Eine weitere Frage beim Anlagenzubau über den Jahreswechsel betrifft die Bestimmung des Inbetriebnahmezeitpunktes und die daran anknüpfende Anwendung der Degressionsregelungen sowie die Bestimmung des genauen Vergütungszeitraums für das jeweils zuletzt in Betrieb genommene Modul bzw. die jeweils zuletzt in Betrieb genommene Solarzelle.
- 33 Hierzu wird vertreten, dass die Zusammenfassung nach § 11 Abs. 6 EEG 2004 dazu führe, dass für das zuletzt in Betrieb genommene Solarmodul auch der Inbetriebnahmezeitpunkt des vor dem Jahreswechsel in Betrieb gesetzten Moduls anzuwenden sei, mit der Folge, dass die Degressionsvorschrift des § 11 Abs. 5 EEG 2004 für die zuletzt in Betrieb gesetzte Anlage faktisch keine Anwendung fände, zugleich aber der Vergütungszeitraum nach § 12 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 bereits ein Jahr früher

<sup>16</sup>Vgl. Drs. 16(15)1332 des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung des Deutschen Bundestages v. 16.12.2008, S. 9.

<sup>17</sup>Siehe zur Erschütterung etwaigen Vertrauens durch die Veröffentlichung des Regierungsentwurfes v. 05.12.2007 ausführlich *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 14.04.2009 – 2008/49, unter 4.2.6, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/EmpfV/2008/49>.

<sup>18</sup>Vgl. hierzu *BVerfG*, Beschlüsse v. 18.02.2009 – 1 BvR 3076/08 und v. 03.04.2009 – 1 BvR 3299/08 sowie 1 BvR 3369/08, alle abrufbar unter <http://www.bverfg.de/>.

endete.<sup>19</sup> Nach Erkenntnissen der Clearingstelle EEG wird diese Vorgehensweise in der Praxis zum Teil angewandt.<sup>20</sup> Eine dementsprechende Gesetzesanwendung wäre im Hinblick auf §§ 20, 21 Abs. 1 und 2 EEG 2009 auch denkbar bei der Anlagenzusammenfassung nach § 19 Abs. 1 EEG 2009.

- 34 Demgegenüber kommt in Betracht, die Bestimmung des Beginns der Vergütungszahlung, die Berechnung der Vergütungsdauer wie auch der Vergütungsdegression unabhängig von § 11 Abs. 6 EEG 2004 bzw. § 19 Abs. 1 EEG 2009 allein anhand des Inbetriebnahme- bzw. Ersteinsteinspeisezeitpunktes vorzunehmen.<sup>21</sup>
- 35 Da die Regelungen zu Inbetriebnahme, Vergütungsdegression und -dauer aus dem EEG 2004 nicht identisch in das EEG 2009 übernommen wurden, ist zunächst die Rechtslage unter dem EEG 2004 (4.4.1), sodann die unter dem EEG 2009 (4.4.2) zu untersuchen.

#### 4.4.1 EEG 2004

- 36 § 11 Abs. 6 ordnet die rechnerische Anlagenzusammenfassung

- 37 „... zum Zweck der Ermittlung der Vergütungshöhe nach Abs. 2...“

an. Die Inbezugnahme (allein) von Absatz 2 macht deutlich, dass § 11 Abs. 6 EEG 2004 weder auf § 11 Abs. 5 noch auf §§ 3 Abs. 4, 12 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 Auswirkungen hat. Für die letztgenannten Vorschriften, die die Inbetriebnahme, den Beginn und das Ende der Vergütungszahlungen zum Inhalt haben, kommt hinzu, dass diese zur Ermittlung der Vergütungshöhe nichts beitragen, sondern lediglich den genauen Zeitraum bestimmen, für den die Vergütung beansprucht werden kann. Schließlich ist zu beachten, dass die Fiktionswirkung des § 11 Abs. 6 EEG 2004 nicht dazu führt, dass die zusammenzurechnenden Anlagen als eine *gemeinsame* Anlage zu betrachten wären; vielmehr bleibt die früher in Betrieb gesetzte Anlage in jeder Hinsicht vollkommen unberührt von der Anwendung des § 11 Abs. 6 EEG 2004 auf

<sup>19</sup>Stellungnahme zum Empfehlungsverfahren 2009/5 des BSW-Solar, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2009/5>; so auch Böwing, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, § 8 Rn. 34, zitiert nach Binder, a.a.O., Fußnote 10.

<sup>20</sup>Ebenso Binder, ZNER 2006, 122, 123.

<sup>21</sup>So für das EEG 2004 Binder, ZNER 2006, 122, 123; Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungslfg. 2006, § 11 Rn. 74; Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 86. Die Frage, ob an den Inbetriebnahme- oder den Ersteinsteinspeisezeitpunkt anzuknüpfen ist, ist nicht Gegenstand der Frage dieses Empfehlungsverfahrens und somit nicht zu behandeln.

das später in Betrieb gesetzte Modul, weil die Fiktion nur „für die jeweils zuletzt in Betrieb genommene Anlage“ gilt.<sup>22</sup>

- 38 Für dieses Ergebnis sprechen hinsichtlich § 11 Abs. 5 EEG 2004 auch teleologische Erwägungen: Sinn und Zweck der Degressionsvorschrift ist es, einerseits Kostensenkungspotentiale bei der Herstellung und Installation von Fotovoltaikanlagen besser auszuschöpfen<sup>23</sup> und andererseits Mitnahmeeffekte bei Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern aufgrund sinkender Kosten zu verhindern, indem mit jedem neuen Inbetriebnahmehjahr die Vergütungssätze für neu in Betrieb genommene Anlagen gesenkt werden. Dieses Ziel verliert aber nicht allein dadurch seine Bedeutung, dass eine nach dem Jahreswechsel in Betrieb genommene Anlage unter § 11 Abs. 6 EEG 2004 fällt. Vielmehr geht der Gesetzgeber pauschalierend davon aus, dass mit dem Stichtag des 1. Januar eines jeden Jahres weitere Kostensenkungen realisiert und die Einspeisevergütungen dementsprechend gesenkt werden können. Es ist kein Grund ersichtlich, die unwiderleglich vom Gesetzgeber vermutete Kostensenkung und die damit einhergehende Senkung der Einspeisevergütung zum Beginn eines jeden Jahres nur deshalb nicht auf Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber anzuwenden, weil diese „zufällig“ bereits vor dem Jahreswechsel eine weitere Anlage in Betrieb genommen haben. Andernfalls würde die Wirkung der rechnerischen Zusammenfassung nach § 11 Abs. 6 EEG 2004, durch die das „Anlagensplitting“ verhindert werden soll, durch die Nichtanwendung von § 11 Abs. 5 EEG 2004 teilweise wieder aufgehoben.

#### 4.4.2 EEG 2009

- 39 § 19 Abs. 1 EEG 2009 ordnet die rechnerische Anlagenzusammenfassung

- 40 „...ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung...“

an. Da es sich bei § 19 EEG 2009 um eine alle Energieträger betreffende allgemeine Vergütungsvorschrift handelt, ist die noch in § 11 Abs. 6 EEG 2004 enthaltene Inbegriffnahme auf „Abs. 2“ entfallen. Zudem ist in § 19 Abs. 1 EEG 2009 – im Gegensatz zu § 11 Abs. 6 EEG 2004 – nicht mehr ausdrücklich von „Vergütungshöhe“ die Rede, so dass es mit dem Wortlaut in Einklang zu bringen wäre, auch Vorschriften über

<sup>22</sup>Ebenso Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungsfg. 2006, § 11 Rn. 69 und 72.

<sup>23</sup>Vgl. Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 84.

## CLEARINGSTELLE EEG

Vergütungsbeginn, -dauer und -degression als solche zur „Ermittlung der Vergütung“ anzusehen. Da die Formulierung „Ermittlung der Vergütung“ ihrem Wortlaut nach jedoch nicht zweifelsfrei erkennen lässt, was genau davon umfasst wird, ist diese auszulegen.

- 41 Eine **systematische Auslegung** führt zu keinen belastbaren Ergebnissen. Die Begriffe „Ermittlung“ und „Vergütung“ finden sich im EEG 2009 mehrfach, an keiner Stelle aber in einem inhaltlich ähnlichen Zusammenhang. § 47 Abs. 2 EEG 2009 regelt zwar Voraussetzungen für die „Ermittlung von auszugleichenden ... Vergütungszahlungen“, betrifft aber das Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und Übertragungsnetzbetreiber. Die systematische Stellung des § 19 EEG 2009 im mit „Vergütung“ überschriebenen Teil 3, Abschnitt 1 – Allgemeine Vergütungsvorschriften – des Gesetzes spricht einerseits dafür, die Norm auch auf die übrigen im Abschnitt enthaltenen allgemeinen Vergütungsvorschriften, also auch auf § 20 EEG 2009 (Degression) und § 21 EEG 2009 (Vergütungsbeginn und -dauer) anzuwenden. Andererseits spricht die Stellung von § 19 unmittelbar hinter § 18 EEG 2009 (Vergütungsbe-rechnung) dafür, § 19 EEG 2009 als eine auf § 18 EEG 2009, also auf die Berechnung der Vergütungshöhe, bezogene Vorschrift zu begreifen.
- 42 **Historische Erwägungen** führen ebenfalls zu keinem klaren Befund: Zwar liegt es nahe, § 11 Abs. 6 EEG 2004 als Vorgänger- und Vorbildnorm für § 19 Abs. 1 EEG 2009 zu sehen;<sup>24</sup> jedoch führt dies nicht zwangsläufig dazu, „Ermittlung der Vergütung“ als inhaltliche Entsprechung zu „Ermittlung der Vergütungshöhe“ wie in § 11 Abs. 6 EEG 2004 zu verstehen; ebenso ließe sich argumentieren, die Wortlautänderung diene dazu, nunmehr über die Regelung der Vergütungshöhe hinaus auch die Regelungen zur Degression sowie zu Vergütungsbeginn und -dauer der Fik-tionswirkung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 zu unterwerfen.
- 43 Klarheit verschafft jedoch eine **teleologische Auslegung**, also erneut die Frage nach Sinn und Zweck der fraglichen Regelung. Wie bereits unter 4.3 dargelegt, ist Sinn und Zweck der Vorschrift, eine Umgehung der vergütungsrechtlichen Leistungsschwellen durch ein sogenanntes Anlagensplitting zu verhindern. Wie vorstehend unter 4.4.1 ausgeführt, würde die Wirkung der rechnerischen Anlagenzusammenfassung weitgehend aufgehoben, wenn gleichsam „im Gegenzug“ Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreiber durch die Nichtanwendung der Degressionsvorschrift eine höhere Mindestvergütung erhielten als andere, zeitgleich ihre Anlagen in Be-

<sup>24</sup>Siehe hierzu *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 14.04.2009 – 2008/49, unter 4.2.3, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2008/49>.

trieb setzende, aber hinsichtlich ihrer Anlagen nicht unter § 19 Abs. 1 EEG 2009 fallende Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber. Sowohl dem Gesetzeszweck des § 19 Abs. 1 EEG 2009 als auch dem des § 20 EEG 2009 entspricht es daher, die Vergütungsdegression von § 19 Abs. 1 EEG 2009 unberührt zu lassen.

#### **4.5 Hinweise zur Messung der Einspeisemengen**

- 44 Aufgrund entsprechender Anfragen weist die Clearingstelle EEG darauf hin, dass ein Anlagenzubau regelmäßig keine zusätzlichen Messeinrichtungen erfordert. § 19 Abs. 2 EEG 2009 bzw. § 12 Abs. 6 EEG 2004 sehen sinngemäß vor, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber Strom aus mehreren Fotovoltaikanlagen über eine gemeinsame Messeinrichtung abrechnen können und dass in diesem Fall für die Berechnung der Vergütungen die Leistung jeder einzelnen Anlage maßgeblich ist. Entsprechend den jeweiligen (Peak-)Leistungen können somit die Strommengen und die korrespondierenden Vergütungen anteilig berechnet werden. In Betracht kommt aber auch, die eingespeiste Arbeit jeder Anlage separat zu messen und anhand dessen die Vergütung jeweils zu berechnen; dies kommt u. U. bei Anlagen in Betracht, die aufgrund unterschiedlicher Ausrichtungen unterschiedlich ertragsstark sind.

## Beschluss

Die Empfehlung wurde einstimmig angenommen.

Gemäß § 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme der Empfehlung beendet.

Dr. Lovens

Lucha

Puke

Grobrügge

Weißborn

2008/48

24. September 2009

## Empfehlung

Die Clearingstelle EEG empfiehlt, die Fragen des Empfehlungsverfahrens 2008/48

„Landschaftspflege-Bonus  
im Sinne des § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 EEG 2009“

wie folgt zu beantworten:

1. Pflanzen oder Pflanzenbestandteile fallen dann im Rahmen der Landschaftspflege an, wenn sie bei Maßnahmen zur Erhaltung und Verbesserung eines bestimmten Zustands der Natur und Landschaft anfallen. Der Begriff des Landschaftspflegematerials ist aktivitätsbezogen und weit auszulegen; er umfasst auch Materialien aus forst- und landwirtschaftlicher sowie gartenbaulicher Tätigkeit, sofern diese vorrangig der Landschaftspflege dient.
  - (a) Für ein „Anfallen“ im Rahmen der Landschaftspflege spricht eine widerlegliche Vermutung, wenn Schnitt- und Mahdgut auf folgenden Flächen anfällt:
    - gesetzlich geschützte Biotope,
    - besonders geschützte Natur- und Landschaftsteile,
    - Vertragsnaturschutzflächen, Flächen aus Agrarumwelt- oder vergleichbaren Förderprogrammen,
    - Flächen, auf denen die Bewirtschaftungsauflagen der o. a. Programme freiwillig eingehalten werden sowie
    - Flächen, auf denen vegetationstechnische Pflegemaßnahmen durchgeführt werden, einschließlich u. a. des hierbei anfallenden Straßenbegleitgrüns/-holzes, kommunalen Grasschnitts, Grünschnitts aus der privaten und öffentlichen Garten- und Parkpflege sowie von Golf- und Sportplätzen und von Randstreifen von Gewässern.

## CLEARINGSTELLE EEG

- (b) Indizien dafür, dass die Tätigkeiten auf anderen als auf den unter (a) genannten Flächen vorrangig der Landschaftspflege dienen, sind der Verzicht auf den Einsatz von mineralischem Dünger und von chemischen Pflanzenschutzmitteln ab Kalenderjahresbeginn bis zum Anfallen der Pflanzen oder Pflanzenbestandteile sowie die maximal zweischürige Mahd pro Kalenderjahr.
2. Der Einsatz dieser Landschaftspflegematerialien zur Erzeugung von Strom begründet nach dessen Einspeisung unabhängig davon einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung gemäß den Vorschriften des Landschaftspflege-Bonus, ob jene als Abfall im Sinne des Abfallrechts anfallen. Die Bestimmungen des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes sowie insbesondere der Bioabfallverordnung bleiben unberührt.
  3. Um das Kriterium des *überwiegenden* Einsatzes zur Stromerzeugung gemäß Anlage 2 Nr. VI. 2. c) EEG 2009 (sog. Landschaftspflege-Bonus) zu erfüllen, müssen die im Rahmen der Landschaftspflege anfallenden Pflanzen oder Pflanzenbestandteile einen Anteil von mehr als 50 % der zur Stromerzeugung eingesetzten Stoffe einnehmen.
  4. Quantitativer Bezugsrahmen ist dabei das Gewicht der Frischmasse.
  5. Der zeitliche Bezugsrahmen zur Bemessung des überwiegenden Anteils der Pflanzen oder Pflanzenbestandteile aus der Landschaftspflege an der Stromerzeugung ist das Kalenderjahr.
  6. Der Nachweis über die Flächenherkunft der Materialien bzw. über die Anforderung der Vorrangigkeit der Landschaftspflege ist über das Einsatzstofftagebuch zu führen. Die Einhaltung des „überwiegenden Anteils“ ist durch ein Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters nachzuweisen.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung des Verfahrens</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Einführung</b>	<b>5</b>
<b>3</b>	<b>Zusammenfassung der Stellungnahmen</b>	<b>8</b>
<b>4</b>	<b>Herleitung</b>	<b>15</b>
4.1	Voraussetzungen des § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009 . . . . .	16
4.1.1	Pflanzen oder Pflanzenbestandteile . . . . .	16
4.1.2	Im Rahmen der Landschaftspflege . . . . .	16
4.1.3	Anfallen . . . . .	41
4.2	Voraussetzungen des § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI. 2. c) Satz 1 EEG 2009 . . . . .	42
4.2.1	Überwiegend . . . . .	42
4.2.2	An-/Abmelderegung . . . . .	44
4.3	Nachweisführung und Beweislastfragen . . . . .	45

## I Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle EEG hat mehrere Anregungen zur Durchführung eines Empfehlungsverfahrens zur Thematik der „Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen“ im Sinne des § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 EEG 2009<sup>1</sup> erhalten. Im Zusammenhang mit dem im EEG 2009 neu eingeführten „Landschaftspflege-Bonus“ ist insbesondere die Frage aufgetreten, welche Anforderungen die nachwachsenden Rohstoffe erfüllen müssen, um im Sinne des EEG 2009 im Rahmen der Landschaftspflege anfallend zu gelten.
- 2 Die Clearingstelle EEG hat daraufhin auf ihrer Sitzung am 24. November 2008 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens, die Mitglieder der Clearingstelle EEG, Lucha und Puke, und die nichtständigen Beisitzer der Clearingstelle EEG, Grobrügge und Weißenborn, gem. § 23 Abs. 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)<sup>2</sup> die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgenden Fragen beschlossen:
  - (a) Unter welchen Voraussetzungen fallen „nachwachsende Rohstoffe“ im Sinne von § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009 im Rahmen der Landschaftspflege an?
  - (b) Wann werden zur Stromerzeugung überwiegend Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen, im Sinne von § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI. 2. c) Satz 1 EEG 2009 eingesetzt?

Die Beschlussvorlage für die vorliegende Empfehlung hat gemäß §§ 24 Abs. 5, 22 Abs. 4 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Lucha erstellt.

- 3 Die bei der Clearingstelle EEG während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 12. Januar 2009, 16:00 Uhr, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 24 Abs. 1 VerfO erhalten. Die Stellungnahmen des BBK Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V., des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V., des Bundesverbandes der Deutschen Entsorgungswirtschaft e. V. (BDE),

<sup>1</sup> 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 Gesetz v. 28.03.2009, BGBl. I S. 643, 644 f., im Folgenden bezeichnet als EEG 2009.

<sup>2</sup> Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/Verfahrensordnung>, im Folgenden: VerfO.

der BGK Bundesgütegemeinschaft Kompost e. V., des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV), des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), des BUND Bundes für Umwelt und Naturschutz e. V., der DAU Deutschen Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mbH, des Deutschen Verbandes für Landschaftspflege DVL e. V., der Fachagentur für Nachwachsende Rohstoffe e. V. (FNR), des Bundesverbandes Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau e. V. und des Verbandes der Humus- und Erdenwirtschaft e. V. (VHE) sind fristgemäß eingegangen. Die Stellungnahme des Fachverbandes Biogas e. V. ist nachträglich am 9. Februar 2009 eingegangen und diente der Vorbereitung auf die öffentliche Anhörung.

- 4 Die Clearingstelle EEG hat am 27. Februar 2009 eine öffentliche Anhörung zum Thema Landschaftspflege-Bonus im EEG 2009 durchgeführt. In diesem Rahmen nahmen einige der bei der Clearingstelle EEG akkreditierten Verbände und registrierten öffentlichen Stellen ergänzend Stellung zu den von der Clearingstelle EEG gestellten Fragen.<sup>3</sup>
- 5 Des Weiteren hat die Clearingstelle EEG zwecks Beantwortung der Verfahrensfrage aus naturschutzfachlicher, agrarwissenschaftlicher sowie abfall- und energiewirtschaftlicher Sicht ein Gutachten des Deutschen BiomasseForschungsZentrums gemeinnützige GmbH (DBFZ) und der Dr. Peters Umweltberatung – Forschung und Beratung eingeholt.<sup>4</sup>

## 2 Einführung

- 6 Der Begriff der Landschaftspflege wurde bereits im EEG 2004<sup>5</sup> in § 8 Abs. 2 Nr. 1 a) verwendet. Wurde der Strom ausschließlich aus Pflanzen oder Pflanzenmaterialien gewonnen, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen, konnte – bei Einhaltung

<sup>3</sup>Das Protokoll dieser öffentlichen Anhörung ist abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/files/fg4/Tagungsbericht.pdf>.

<sup>4</sup>Thran/Lenz/Zeller/Schwenker/Lorenz/Peters, Gutachterliche Einordnung des Landschaftspflegebonus im EEG 2009, März 2009 – im Folgenden als „Gutachten“ bezeichnet; abrufbar unter: <http://www.clearingstelle-eeeg.de/EmpfV/2008/48>.

<sup>5</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004, BGBl. I S. 1918, zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006, BGBl. I S. 2550, nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft getreten durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008, BGBl. I S. 2074.

der weiteren Voraussetzungen – die erhöhte Mindestvergütung, der sog. NawaRo-Bonus, beansprucht werden.

- 7 Im Rahmen der Novellierung des EEG im Jahr 2009 wurde neben dem allgemeinen NawaRo-Bonus für Anlagen bis einschließlich einer Leistung von 500 kW u. a. ein erhöhter Bonus für Strom aus Biogas sowie ein nochmals erhöhter Bonus für den Strom aus Biogas eingeführt, der zu einem überwiegenden Teil durch Einsatz von Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen, erzeugt wird (sog. „Landschaftspflege-Bonus“). Mit dieser weiteren Erhöhung des NawaRo-Bonus soll laut der Begründung der Regelung Flächenkonkurrenzen im Biomassebereich begegnet werden.<sup>6</sup> Eine Definition oder Einschränkung des Begriffs der „Landschaftspflege“ enthält das EEG 2009 nicht. Dies ruft Auslegungs- und Anwendungsfragen hervor, da der Begriff je nach Zusammenhang und Rechtsgebiet eine unterschiedliche Bedeutung entfaltet bzw. unterschiedlich weit verstanden wird (siehe hierzu auch die systematische Auslegung unter 27).
- 8 Zu der Frage, wie der Begriff der „Landschaftspflege“ im Zusammenhang des EEG auszulegen ist, ist, soweit ersichtlich, noch keine Gerichtsentscheidung ergangen. Mit dem Begriff der „Landschaft“ haben sich die Gerichte hingegen u. a. dann befasst, wenn es um die Vereinbarkeit der Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien mit Naturschutzbelangen geht.<sup>7</sup> Gemäß § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB<sup>8</sup> bedeutet eine Beeinträchtigung der Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege zugleich eine Beeinträchtigung der öffentlichen Belange mit der Folge, dass die Zulassung eines Bauvorhabens nach § 35 Abs. 2 BauGB nicht mehr möglich ist.
- 9 In der Literatur wird der Begriff der „Landschaftspflege“ uneinheitlich verstanden: Eine Auffassung stellt darauf ab, dass der Begriff der Landschaftspflege dem Naturschutzrecht entlehnt sei und somit alle aktiven Maßnahmen zur Erhaltung und Verbesserung eines bestimmten Zustands der Natur und Landschaft umfasse.<sup>9</sup> Innerhalb dieser Auffassung erfolgt dann anhand von Beispielen eine engere oder weitere Umgrenzung des Begriffes, je nachdem in welchem Umfang die Ziele des Bundesnatur-

<sup>6</sup>Vgl. Drs. 16(16)446 des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit des Deutschen Bundestages v. 04.06.2008, S. 30.

<sup>7</sup>Siehe z.B. *VGH Baden-Württemberg*, Urt. v. 16.10.2002 – 8 S 737/02, zitiert nach juris.

<sup>8</sup>Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.09.2004, BGBl. I S. 2414, zuletzt geändert durch Gesetzes vom 31.07.2009, BGBl. I S. 2585.

<sup>9</sup>*Oschmann/Vollprecht*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald, EEG*, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 49 mit Verweis u. a. auf *Gellermann*, in: *Landmann/Rohmer/Hansmann, Umweltrecht*, Bd. IV, 55. Aufl. 2009, § 1 BNatSchG, Rn. 15; *Reshöft/Sellmann*, ET 3/2009, 84, 88.

schutzgesetzes in diesem Zusammenhang Berücksichtigung finden sollen. Des Weiteren wird innerhalb dieser Auffassung einerseits auf die Art der Pflegemaßnahmen abgestellt,<sup>10</sup> andererseits auf die Herkunft der Materialien von bestimmten unter Schutz gestellten Flächen bzw. Flächen, die bestimmten Bewirtschaftungsauflagen unterliegen.<sup>11</sup>

- 10 Die andere Auffassung nimmt nicht ausdrücklich Bezug zum Naturschutzrecht, sondern will den Begriff im Zusammenhang des EEG definiert wissen, ohne dass hier allerdings ein konkreter Definitionsansatz erfolgt. Als Landschaftspflegematerial sollen Pflanzen oder Pflanzenbestandteile gelten, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen, wie beispielsweise Grasschnitt aus der Landschaftspflege, kommunaler Grasschnitt, Grünschnitt von Golf- und Sportplätzen oder aus privaten Gärten.<sup>12</sup>
- 11 Des Weiteren wird in der Literatur noch diskutiert, ob die Landschaftspflegemaßnahmen nur von der öffentlichen Hand oder auch durch Private durchgeführt werden können<sup>13</sup> und ob Pflanzen und Pflanzenbestandteile von innerstädtischen Flächen generell ausgeschlossen sein müssten, da die Verwendung des Begriffs „Landschaft“ impliziere, dass nur nicht im Zusammenhang bebaute Flächen gemeint sein können.<sup>14</sup>

<sup>10</sup>So führen *Oschmann/Vollprecht*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 49 als typische Beispiele „... extensive Formen der landwirtschaftlichen Nutzung schutzwürdiger Feuchtwiesen oder trockener Grünlandstandorte, Grasschnitt aus Parks, Gärten, von Flughäfen, Streuobstwiesen oder Straßenrändern, das Auf-den-Stock-Setzen landschaftsprägender Wallhecken oder von Feld- und Windschutzhecken, die Beschneidung landschaftstypischer Kopfbäume in Parks, Anlagen oder Friedhöfen oder von Straßenbegleitholz, die mechanische Beseitigung des Aufwuchses auf Heideflächen anstelle der ursprünglichen Beweidung oder das Entkusseln von Mooren“ an.

<sup>11</sup>So fassen *Reshöfi/Sellmann*, ET 3/2009, 84, 88 Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die von (1.) ungedüngten Flächen stammen und bei denen es sich um besonders geschützte bzw. nachweislich schutzwürdige Biotope handeln, (2.) an Vertragsnaturschutzprogrammen teilnehmenden Flächen stammen, (3.) Flächen stammen, die in anderen Agrarumweltprogrammen bewirtschaftet werden oder (4.) Flächen stammen, die durch die Untere Naturschutzbehörde für Zwecke des Naturschutzes oder der Landschaftspflege akkreditiert worden sind, unter das Landschaftspflegematerial.

<sup>12</sup>*Wernsmann*, *Agrar- und Umweltrecht* 2008, 330, 332 – mit Hinweis auf *Oschmann/Vollprecht*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 65.

<sup>13</sup>Sowohl *Oschmann/Vollprecht*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 49 als auch *Salje*, EEG, 5. Aufl. 2009, § 27 Rn. 144 gehen davon aus, dass die Maßnahmen der Landschaftspflege sowohl von der öffentlichen Hand als auch von Privaten bzw. von damit beauftragten Landschaftsbauunternehmen oder Gartenbaubetrieben vorgenommen werden können. Laut *Salje*, EEG, 5. Aufl. 2009, § 27 Rn. 144 wird der Betriebsbegriff allerdings dann verlassen, wenn die „Landschaftspflege“ in privaten Haushalten vorgenommen wird. Einigkeit besteht wiederum insofern, als dass es nicht erforderlich sei, dass diese Betriebe oder Unternehmen, die das Landschaftspflegematerial anliefern, die Biomasseanlage selbst betreiben; die Einsatzstoffe müssten in diesen Betrieben oder Unternehmen lediglich anfallen.

<sup>14</sup>Zur Darstellung des Streitstands vgl. auch *Jensen*, *neue energie* 03/2009, 74 – 76.

### 3 Zusammenfassung der Stellungnahmen

- 12 Die fristgerecht eingegangenen Stellungnahmen<sup>15</sup> zu den Verfahrensfragen lassen sich wie folgt zusammenfassen:
- 13 1. Stellungnahme des BBK Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V.
- (a) Zur Definition der „nachwachsenden Rohstoffe im Sinne der Landschaftspflege“ (Landschaftspflegematerial):
- Begriff ist aus Gründen der Versorgungssicherheit sowie der energiewirtschaftlichen und ökologischen Sinnhaftigkeit weit auszulegen.
  - Material, das bei der Landschaftspflege anfällt, d. h. bei allen aktiven Maßnahmen zur Erhaltung oder Verbesserung eines bestimmten Zustandes der Natur und Landschaft. Unter „anfallen“ versteht man das Auftreten als Nebenprodukt, nicht aber eine zielgerichtete Produktion.
  - Sinn des NawaRo-Bonus ist es, einen Anreiz für den gezielten Anbau von Energiepflanzen zu setzen. Nicht zu erfassen sind insbesondere solche Pflanzen, die lediglich als Abfallprodukt eines anderen Prozesses anfallen. Die Abgrenzung sollte vor diesem Hintergrund anhand der Abfalleigenschaft vorgenommen werden. Dies bedeutet, dass alle im Rahmen von Landschaftspflegemaßnahmen anfallenden Rohstoffe, die keine Abfälle sind, unter den Landschaftspflege-Bonus fallen.
- (b) Zur Definition des Begriffs „überwiegend“: Ein Einsatz von mehr als 50 % Landschaftspflegematerial ist jeweils ausreichend.

---

<sup>15</sup>Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-egg.de/EmpfV/2008/48>.

## CLEARINGSTELLE EEG

### 2. Stellungnahme des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

#### (a) Zur Definition der „nachwachsenden Rohstoffe im Sinne der Landschaftspflege“ (Landschaftspflegematerial):

- Landschaftspflegematerial ist solches, das bei jeglicher Aktivität, die der Erhaltung und/oder der Verbesserung der Landschaft dient, anfällt. Das bedeutet, dass es als Resultat eines auf die Pflege der Landschaft gerichteten Vorgangs entstanden ist.
- Nicht erforderlich ist, dass die Betriebe oder Unternehmen, bei denen die Pflanzen oder Pflanzenbestandteile anfallen, die Biomasseanlagen selber betreiben.
- Kein Ausschluss von privat anfallendem Landschaftspflege-Material. Jedoch ist fraglich, ob jede noch so kleine Fläche (z. B. Kleinstgärten) als „Landschaft“ bewertet werden kann.
- Insbesondere fallen rein sachlich die Pflege der Bäume, Sträucher und des Rasens von Parks, das Stutzen von Hecken unter die Landschaftspflege und das Straßenbegleitgrün sowie der Rasenschnitt von Grünflächen unter die Landschaftspflegematerialien.

#### (b) Zur Definition des Begriffs „überwiegend“:

- Gemäß der Gesetzesbegründung zu Anlage 2 Nr. VI. 2 c) EEG 2009 ist vom Erfordernis einer absoluten Mehrheit, d. h. einem Anteil von mehr als 50 % der insgesamt eingesetzten Stoffe, auszugehen, da der Mindestanteil nur so erreicht werden kann.
- Als Bezugsgröße ist der Energieinhalt der Stoffe zu wählen,
  - da dieser für die Stromerzeugung maßgebend ist;
  - da sich nur so das erforderliche Gutachten (Anlage 2 Nr. VI. 2 c) Satz 2 EEG 2009) erklärt – bei der Wahl der Bezugseinheit der Masse würde das Einsatzstofftagebuch ausreichen;
  - da nur so ausgeschlossen werden kann, dass das Gewicht nicht zum Großteil durch eingeschlossenes Wasser zustandekommt.

3. Stellungnahme des BDE Bundesverbandes der Deutschen Entsorgungswirtschaft e. V.

(a) Zur Definition der „nachwachsenden Rohstoffe im Sinne der Landschaftspflege“ (Landschaftspflegematerial):

- Bonusfähig sollten nur rein pflanzliche Materialien von der Pflege ausgewiesener Naturschutzflächen unter folgenden Voraussetzungen sein:
  - behördliche Genehmigung und entsprechende Zuweisung des NawaRo-Bonus;
  - jährliche behördliche Kontrolle der Bonusfähigkeit;
  - keine negativen Auswirkungen auf die jeweilige Fläche durch Entfernen des Materials.
- Der BDE schlägt die Einführung eines neuen Terminus des „Naturschutz-Pflegematerials“ anstelle von „Landschaftspflegematerial“ vor. Zu den Gründen siehe Stellungnahme des VHE auf Seite 14.

(b) Zur Definition des Begriffs „überwiegend“:

- Von einer überwiegenden Nutzung ist auszugehen, sobald mindestens 51 % des Stroms aus bonusfähigem Material gewonnen wird.
- Eine Betrachtung des Inputmaterials wäre nicht zielführend, da dann unterschiedliche Energiegehalte der Einsatzstoffe nicht berücksichtigt werden könnten.

14 4. Stellungnahme der Bundesgütegemeinschaft Kompost e. V. (BGK)

(a) Zur Definition der „nachwachsenden Rohstoffe im Sinne der Landschaftspflege“ (Landschaftspflegematerial):

- Als Landschaftspflegematerial gelten grundsätzlich nur Rückstände, für die gesonderte Gestehungskosten anfallen (siehe Begründung des Gesetzgebers).
- Pflanzen und Pflanzenbestandteile aus Naturschutzgebieten, Nationalparks sowie aus Biosphärenreservaten sind bonusfähig.
- Ausgeschlossen vom Bonus sind z. B. Garten- und Parkabfälle, die im Rahmen der Grünflächenpflege anfallen.

## CLEARINGSTELLE EEG

5. Stellungnahme des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV)
- 15 Die vom BMELV übermittelte nicht abschließende Stellungnahme ist als Diskussionsbeitrag zu verstehen und lässt sich wie folgt zusammenfassen:
- (a) Zur Definition der „nachwachsenden Rohstoffe im Sinne der Landschaftspflege“ (Landschaftspflegematerial):
- Befürwortung der Orientierung an der Liste des Fachverbandes Biogas e. V. , da diese am ehesten den Vorstellungen des Gesetzgebers entspricht und bereits in der Praxis eingeführt ist.
  - Beispiele für bonusfähiges Material aus dieser Liste sind:
    - Grünschnitt aus Landschaftspflege;
    - kommunaler Grasschnitt;
    - Grünschnitt von Golf- und Sportplätzen sowie aus Privatgärten.
- (b) Zur Definition des Begriffs „überwiegend“:
- Überwiegend bedeutet, dass der Anteil an Landschaftspflegematerial mehr als 50% ausmachen muss.
  - Als Bezugseinheit ist die Masse zu wählen.
  - Aufgrund des periodischen Anfalls des Landschaftspflegematerials sollte der Anteil im Mittel über einen bestimmten Zeitraum erfasst werden oder die Möglichkeit einer An- bzw. Abmeldung vorgesehen werden.
- 16 6. Stellungnahme des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU)
- (a) Zur Definition der „nachwachsenden Rohstoffe im Sinne der Landschaftspflege“ (Landschaftspflegematerial):
- Naturschutzfachliche und -rechtliche Definition: Im BNatSchG<sup>16</sup> werden „Landschaftspflege“ und „Naturschutz“ stets zusammen verwendet. Die entsprechenden Ziele sind in § 2 BNatSchG konkretisiert und sollten der Bonusfähigkeit zu Grunde gelegt werden.
  - Unter Landschaftspflegematerial fallen demnach alle pflanzlichen Materialien, die aus Pflegemaßnahmen zur Umsetzung der Ziele der Landschaftspflege und des Naturschutzes anfallen.

<sup>16</sup>Zur Erläuterung: Bundesnaturschutzgesetz (nicht im Original).

## CLEARINGSTELLE EEG

- Zudem sind bestimmte Materialien aus forst-, landwirtschaftlicher und gartenbaulicher Tätigkeit, die der Landschaftspflege dienen, bonusfähig.
  - Schnitt- und Mahdgut aus gesetzlich geschützten Biotopen, aus besonders geschützten Natur- und Landschaftsteilen (z. B. FFH-Gebieten), von Vertragsnaturschutzflächen und von Flächen aus Agrarumwelt- oder sonstigen Förderprogrammen sind aus Naturschutzsicht als besonders bonusfähig anzusehen.
  - Nicht als Landschaftspflegematerial zu werten sind Schnitt- und Mahdgut von Camping- und Golfplätzen und von Grünanlagen.
- (b) Abfallwirtschaftliche und -rechtliche Definition:
- Pflanzliche Abfälle, die im Rahmen der Umsetzung landschaftspflegerischer und/oder naturschutzlicher Ziele anfallen, sind bonusfähig.
  - Bonusfähig sind zudem Materialien aus forstlicher und landwirtschaftlicher Tätigkeit, die der Landschaftspflege zuzuordnen sind.
  - Pflanzliche Abfälle aus „vegetationstechnischer Pflege“ fallen unter Landschaftspflegematerial.
  - Begleitpflanzungen und -begrenzungen von Verkehrswegen sind aufgrund der abfallrechtlichen Zuordnung von Begleitgrün zu Landschaftspflegematerial ebenfalls als solches zu werten.
  - Nicht als Landschaftspflegematerial anzusehen sind Abfälle aus/von:
    - Land-, Forst-, Teichwirtschaft, Gartenbau sowie Jagd und Fischerei im Rahmen der jeweiligen Produktion/Nutzung;
    - kommunalen und privaten Parks;
    - Friedhöfen;
    - Camping-, Sport- und Kinderspielplätzen;
    - privaten Haushalten und Kleingewerbe.
- (c) Nach den Regelungen des EEG 2009 wird der NawaRo- und der Landschaftspflege-Bonus generell für Pflanzen und Pflanzenteile aus Landschaftspflege vergütet, unabhängig davon, ob diese Materialien als Abfall gemäß KrW-/AbfG anfallen oder nicht.

7. Stellungnahme des Bundes für Umwelt und Naturschutz e. V. (BUND)

(a) Zur Definition der „nachwachsenden Rohstoffe im Sinne der Landschaftspflege“ (Landschaftspflegematerial): Als Landschaftspflegematerial einzuordnen ist/sind:

- Grundsätzlich die gesamte Biomasse, die bei der Pflege der Kulturlandschaft anfällt;
- Straßenbegleitgrün;
- Materialien, die aus folgenden Bereichen stammen:
  - Gewässerpflege, Treibsel;
  - Parkanlagen- und Sportplatzpflege;
  - Grünflächenpflege;
  - Stilllegungs-, Ausgleichs-, Naturschutz- und Biotopsflächenpflege;
  - Pflege von landwirtschaftlichen, aus der Produktion genommenen Flächen.

8. Gemeinsame Stellungnahme des Deutschen Verbandes für Landschaftspflege e. V. (DVL) und des NABU Naturschutzbundes Deutschland e. V.

(a) Zur Definition der „nachwachsenden Rohstoffe im Sinne der Landschaftspflege“ (Landschaftspflegematerial):

- Das Landschaftspflegematerial zeichnet sich durch eine wesentlich geringere Energiedichte als Anbaubiomasse aus und weist starke Qualitätsschwankungen aus. In der Regel handelt es sich um halmgutartiges, strukturreiches, aber auch krautiges Material.
- Als Landschaftspflegematerial gilt Biomasse, die von folgenden Flächen stammt:
  - Flächen aus geschützten Biotopen;
  - Vertragsnaturschutzflächen oder sonstige Förderflächen, die nachweislich ohne Düngung bewirtschaftet werden;
  - Flächen, die nachweislich, d. h. über ordnungsrechtliche Auflagen, ohne Düngung bewirtschaftet werden;
  - als schützenswert kartierte Flächen;
  - Landschaftspflegeflächen.

- 17 9. Stellungnahme des Bundesverbandes Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau e. V.
- (a) Zur Definition der „nachwachsenden Rohstoffe im Sinne der Landschaftspflege“ (Landschaftspflegematerial):
- NawaRo im Sinne der Landschaftspflege sind solche Materialien, die unabhängig von ihrer Herkunft im Rahmen von „vegetationstechnischen Pflege- und Instandhaltungsarbeiten“ sowie bei der Umsetzung von Zielen der „Landschaftsplanung“ anfallen.
  - Des Weiteren Pflanzen und Pflanzenbestandteile, die bei der Pflege der Kulturlandschaft, der Pflege von öffentlichem und privatem Grün sowie als Grünschnitt bei der Pflege von Grünflächen anfallen.
- (b) Zur Definition des Begriffs „überwiegend“:
- Ein überwiegender Einsatz ist dann gegeben, wenn das Landschaftspflegematerial den höchsten prozentualen Anteil der Einsatzstoffe einnimmt (relative Mehrheit).
10. Stellungnahme des Verbandes der Humus- und Erdenwirtschaft e. V. (VHE)
- (a) Zur Definition der „nachwachsenden Rohstoffe im Sinne der Landschaftspflege“ (Landschaftspflegematerial):
- Es sollten ausschließlich Pflanzen und Pflanzenbestandteile, die bei zielgerichteter Landschaftspflege im Sinne des BNatSchG anfallen, als Landschaftspflegematerial erfasst werden, da der Gesetzgeber Bezug auf das BNatSchG nimmt. Eingeschlossen ist demnach nur das pflanzliche Material von Pflegearbeiten von öffentlichen, nicht besiedelten Flächen in Natur- und Landschaftsschutzgebieten gemäß BNatSchG.
  - Solches bislang nicht oder nur teilweise erfasstes Material sollte stets über eine behördliche Einzelfallentscheidung den NawaRo-Bonus bzw. ein NawaRo-Bonus-Zertifikat zugeteilt bekommen.
  - Des Weiteren sollten mit dem Ziel der klaren Abgrenzung keine Garten-, Parkabfälle sowie Straßenbegleitgrün erfasst werden.
  - Der VHE schlägt die Einführung eines neuen Terminus des „Naturschutz-Pflegematerials“ anstelle von „Landschaftspflegematerial“ vor.

Der neue Terminus gewährleiste eine verbesserte Rechtssicherheit und Klarheit für alle Akteure der Verwertungskette.

(b) Zur Definition des Begriffs „überwiegend“:

- Überwiegend bedeutet, dass der Anteil an Landschaftspflegematerial mehr als 50 % ausmachen muss (absolute Mehrheit).
- Der Bezug auf Gewichtsprozent wäre nicht sachgemäß, da unabhängig vom Energiegehalt hier gerade ungeeignete Pflanzen mit hohem Glückrückstand (Aschegehalt) und geringem Anteil an vergärbaren Verbindungen für die energetische Verwertung bevorzugt herangezogen würden.

## 4 Herleitung

18 Die Empfehlung beschränkt sich darauf, die in den Verfahrensfragen genannten Vergütungsvoraussetzungen zu klären. Sie nimmt sich daher allein den Fragen an, wann ein Einsatz von Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen, dazu führt, dass der hieraus erzeugte Strom

1. mit dem Bonus für nachwachsende Rohstoffe gem. § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009 bzw.
2. mit dem erhöhten Bonus gem. § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI. 2. c) Satz 1 EEG 2009, wenn diese Pflanzen oder Pflanzenbestandteile in Biogasanlagen *überwiegend* zur Stromerzeugung eingesetzt werden,

zu vergüten ist.

19 Gegenstand dieser Empfehlung sind demnach weder die bei der Beanspruchung des Bonus für nachwachsende Rohstoffe ebenfalls zu beachtenden Voraussetzungen gem. § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. I. 1 bis 4 EEG 2009 noch die gemäß Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009 ebenfalls zu beachtende Anforderung, dass die Pflanzen oder Pflanzenbestandteile „... keiner weiteren als der zur Ernte, Konservierung oder Nutzung in der Biomasseanlage erfolgten Aufbereitung oder Änderung unterzogen wurden“. Nicht verfahrensgegenständlich war zudem die Frage, ob es sich beim Landschaftspflege-Bonus um einen eigenständigen Bonus oder um eine Erhöhung

des NawaRo-Bonus der Anlage 2 EEG 2009 handelt. Wenn und soweit im Folgenden der Landschaftspflege-Bonus genannt wird, ist eine diesbezügliche Entscheidung hiermit nicht verbunden.

### 4.1 Voraussetzungen des § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009

- 20 Nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009 erhöhen sich die Vergütungen gem. § 27 Abs. 1 EEG 2009 für Strom aus Biomasse u. a. dann, wenn der Strom aus Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen gewonnen wird, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen und die keiner weiteren als der zur Ernte, Konservierung oder Nutzung in der Biomasseanlage erfolgten Aufbereitung oder Veränderung unterzogen wurden.
- 21 Fragen stellen sich hier insbesondere hinsichtlich der Auslegung der Begriffe „Landschaftspflege“ und „anfallen“. Zunächst ist der Begriff der Pflanzen oder Pflanzenbestandteile zu betrachten.

#### 4.1.1 Pflanzen oder Pflanzenbestandteile

- 22 Der Begriff „Pflanzen oder Pflanzenbestandteile“ schließt sämtliche Arten pflanzlicher Stoffe ein.<sup>17</sup> Pflanzen und Pflanzenbestandteile sind in der Biomasseverordnung<sup>18</sup> als anerkannte Biomasse unter § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 aufgeführt; es handelt sich hierbei um den zentralen Anwendungsbereich des Biomassebegriffs.<sup>19</sup> Erfasst sind insbesondere, aber nicht nur zum Zweck der Energieerzeugung angebaute pflanzliche Rohstoffe.<sup>20</sup>

#### 4.1.2 Im Rahmen der Landschaftspflege

- 23 Die Pflanzen oder Pflanzenbestandteile müssen im Rahmen der Landschaftspflege anfallen. Der zentrale Begriff der „Landschaftspflege“ ist weder im EEG 2009 noch

<sup>17</sup> Oschmann/Vollprecht, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 44.

<sup>18</sup> Verordnung über die Erzeugung von Strom aus Biomasse v. 21.06.2001, BGBl. I S. 1234, zuletzt geändert durch die 1. Verordnung zur Änderung der Biomasseverordnung v. 09.08.2005, BGBl. I S. 2419, im Folgenden: BiomasseV.

<sup>19</sup> Vgl. Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 27 Rn. 145.

<sup>20</sup> Steiner, in: Reshöft/Steiner/Dreher, EEG, 2. Aufl. 2005, § 8 Rn. 25.

im EEG 2004 selbständig definiert und ist demnach im Weiteren einer eingehenden Analyse zu unterziehen.

- 24 **Wortlaut** Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter „Landschaftspflege“  
die planvolle Erhaltung der natürlichen Werte einer Landschaft<sup>21</sup>  
verstanden.
- 25 Entscheidend ist demnach die Betrachtung des Begriffs der „Landschaft“ als Teilbegriff der „Landschaftspflege“. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird unter „Landschaft“ ein Teil der Erdoberfläche verstanden, der durch Bodengestalt, Bewachsung, Besiedlung sein besonderes Gepräge erhalten hat und sich dadurch von anderen Gebieten unterscheidet.<sup>22</sup>
- 26 Der „Landschaftspflege“ verwandte Begriffe sind die „Landschaftsplanung“ und die „Landespflege“. In diesem Zusammenhang wird unter Landschaftspflege die landschaftsbauliche Umsetzung der im Rahmen der Landschaftsplanung festgelegten Ziele zu Bewahrung und Gestaltung von Natur und Landschaft verstanden.<sup>23</sup> Als wichtiger Teilbereich der Landespflege sei die Landschaftspflege neben dem Naturschutz und der Erholungsvorsorge ein Aspekt der Landschaftsplanung. Sie habe die Aufgabe, in speziellen Bereichen einer Gemeinde die ökologische und landschaftliche Vielfalt zu erhalten, zu sanieren oder auch neu zu entwickeln und damit bedeutende, auch zum Teil großräumige Landschaftstypen (z. B. Heideflächen, Riedflächen, Streuobstwiesen) zu erhalten. Im Gegensatz zum Naturschutz sei Landschaftspflege nicht konservativ-bewahrend, in ihrem Rahmen greife der Mensch aktiv in Natur und Landschaft ein, um deren Gesamtzustand zu verbessern.<sup>24</sup>
- 27 Der Wortlaut ist demnach nicht aus sich heraus verständlich bzw. lässt mehrere, engere und weitere, Deutungen zu und bedarf der Auslegung. Festzuhalten ist allerdings, dass im Hinblick auf die Größe der Fläche, von der die Landschaftspflegematerialien stammen, weder eine Untergrenze festgelegt ist, ab der von einer Landschaft

<sup>21</sup> *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.)*, Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts, <http://www.dwds.de/?kompakt=1&sh=1&qu=landschaftspflege>, zuletzt abgerufen am 07.04.2009.

<sup>22</sup> *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.)*, Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts, <http://www.dwds.de/?kompakt=1&sh=1&qu=landschaft>, zuletzt abgerufen am 07.04.2009.

<sup>23</sup> *Wikipedia*, <http://de.wikipedia.org/wiki/Landschaftspflege>, zuletzt abgerufen am 07.04.2009.

<sup>24</sup> *Wikipedia*, <http://de.wikipedia.org/wiki/Landschaftspflege>, zuletzt abgerufen am 07.04.2009.

gesprochen werden kann, noch eine Differenzierung nach öffentlichem oder privatem Eigentum an den entsprechenden Flächen vorgenommen wird. Des Weiteren ist festzustellen, dass der Wortlaut der Vorschrift – im Gegensatz zu den Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen aus der Land- und der Forstwirtschaft sowie dem Gartenbau, die ausdrücklich aus entsprechenden Betrieben stammen müssen – hinsichtlich der Organisationsform keine Vorgaben macht; die Pflanzen oder Pflanzenbestandteile müssen lediglich im Rahmen der Landschaftspflege anfallen. Allerdings deutet diese Formulierung darauf hin, dass landschaftspflegerische Aktivitäten erfolgen müssen und der Begriff demnach aktivitätsbezogen und nicht flächenbezogen auszulegen ist. Allein die Herkunft der Pflanzen oder Pflanzenbestandteile von einer bestimmten Fläche, z. B. einem Landschaftsschutzgebiet, dürfte demnach nicht ausreichend sein (siehe hierzu im Detail die teleologische Auslegung unter 75 und zur Nachweisführung 4.3).

28 **Systematik** Folglich sind die Begriffe im Rahmen der systematischen Auslegung im Zusammenhang des jeweiligen Gesetzes (dazu unter 1) und der Rechtsordnung (dazu unter 2) zu betrachten.

29 (1) Betrachtung im Zusammenhang des EEG

30 Der Begriff der „Landschaftspflege“ wird im EEG 2009 in verschiedenen Zusammenhängen verwendet. Zentral ist die Verwendung im Rahmen der Begriffsbestimmung der nachwachsenden Rohstoffe in Anlage 2 Nr. II. 1:

Nachwachsende Rohstoffe: Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die in landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben oder im Rahmen der Landschaftspflege anfallen und die keiner weiteren als der zur Ernte, Konservierung oder Nutzung in der Biomasseanlage erfolgten Aufbereitung oder Veränderung unterzogen wurden.

Des Weiteren wird der Begriff sowohl in der Positivliste (Anlage 2 Nr. III) –

Als nachwachsende Rohstoffe im Sinne der Nummer I. 1. a gelten insbesondere . . . 8. Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen

als auch in der Negativliste (Anlage 2 Nr. IV) –

## CLEARINGSTELLE EEG

Nicht als nachwachsende Rohstoffe im Sinne der Nummer I. 1. a gelten  
... 10. Bioabfälle im Sinne der Biomasseverordnung mit Ausnahme von  
Tierfäkalien und Abfällen aus der Forstwirtschaft sowie der Landschafts-  
pflege

benutzt.

- 31 Eine der in der Negativliste vergleichbare Rückausnahme erfolgt im Rahmen der  
Bestimmung der Bonushöhe (Anlage 2 Nr. VI): Die Reduzierung der Bonushöhe bei  
der Verbrennung von Holz erfolgt gemäß Nummer VI. 1. b) dann nicht, wenn das  
Holz

... bb) im Rahmen der Landschaftspflege anfällt.

- 32 Gemäß Anlage 2 Nr. VI. 2. c) erfolgt eine Erhöhung des Bonus für Biogasanlagen  
u. a. dann,

wenn zur Stromerzeugung überwiegend Pflanzen oder Pflanzenbestand-  
teile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen, eingesetzt werden.  
Der Anteil ist durch ein Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines  
Umweltgutachters nachzuweisen.

- 33 Zunächst ist fraglich, ob die „oder“-Verbindung in der Begriffsbestimmung zwi-  
schen „in landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben  
oder im Rahmen der Landschaftspflege“ im Sinne einer inklusiven Alternativität  
(„und/oder“) oder im Sinne einer exklusiven Alternativität („entweder/oder“) ge-  
meint ist.

- 34 Im deutschen Sprachgebrauch kann das „oder“ nicht zwingend nur als „entweder/  
oder“ gedeutet werden, auch wenn diese Verwendung häufiger vorkommt. Würde  
„oder“ eine exklusive Alternativität bedingen, so dürften die Landschaftspflegemate-  
rialien jeweils weder in landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenbau-  
lichen Betrieben anfallen. Würde „oder“ inklusiv verstanden, so könnten die Land-  
schaftspflegematerialien sowohl auf landwirtschaftlichen als auch auf forstwirtschaft-  
lichen und gartenbaulichen Flächen/in solchen Betrieben anfallen. Gegen ein exclu-  
sives Verständnis spricht, dass in der Aufzählung „... in landwirtschaftlichen, forst-  
wirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben“ ebenfalls ein „oder“ steht und diese  
Bereiche regelmäßig nicht trennscharf voneinander abgegrenzt werden können. Viel-  
mehr wird in der Literatur für die Auslegung dieser Begriffe häufig auf § 201 BauGB

verwiesen,<sup>25</sup> der zwischen landwirtschaftlichen und gartenbaulichen Betrieben nicht trennt, sondern die gartenbauliche Erzeugung als Unterfall der Landwirtschaft behandelt. Dies spricht dafür, dass die Landschaftspflegematerialien grundsätzlich z. B. auch in einem landwirtschaftlichen Betrieb anfallen können.

- 35 Allerdings hat eine (abschließende) Aufzählung, wie hier in der Definition der nachwachsenden Rohstoffe, meist das Ziel, die einzelnen Bereiche voneinander abzugrenzen, auch wenn es Überschneidungsbereiche geben kann. Hier kann der Aufzählung das Ziel entnommen werden, die in land- und forstwirtschaftlichen bzw. gartenbaulichen Betrieben anfallenden Pflanzen oder Pflanzenbestandteile von denen im Rahmen der Landschaftspflege anfallenden abzugrenzen bzw. zwischen diesen zu unterscheiden. Dies liegt schon darin begründet, dass – wie oben aufgeführt – ein erhöhter Bonus für den Einsatz von Landschaftspflegematerialien in Biogasanlagen vorgesehen ist. Die Pflanzen oder Pflanzenbestandteile müssen demnach hinsichtlich ihrer Herkunft voneinander unterscheidbar sein. Dies deckt sich auch mit der Systematik in der Positivliste – so sind die in landwirtschaftlichen Betrieben anfallenden Pflanzen und Pflanzenbestandteile z. B. exemplarisch in den Nummern 1. und 2. aufgeführt, die in gartenbaulichen Betrieben z. B. in Nr. 3, die in forstwirtschaftlichen Betrieben in Nr. 7 und die im Rahmen der Landschaftspflege in Nr. 8 – und werden somit jeweils voneinander abgegrenzt.
- 36 Eine Abgrenzbarkeit der Pflanzen und Pflanzenbestandteile voneinander lässt sich allein durch die mit den jeweiligen Maßnahmen verbundenen Zielen erreichen. Einen ersten Anhaltspunkt zur Abgrenzung anhand der Ziele kann der Regelung insofern entnommen werden, als dass einerseits darauf abgestellt wird, ob die Pflanzen oder Pflanzenbestandteile in land- oder forstwirtschaftlichen bzw. gartenbaulichen *Betrieben* anfallen und andererseits *im Rahmen der Landschaftspflege* anfallen. Dies lässt den Schluss zu, dass unter den Begriff der Landschaftspflege jedenfalls nicht die gewerblichen Maßnahmen zur Ernte von planmäßig und mit Ertragszielen angebauten Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen in land- oder forstwirtschaftlichen bzw. gartenbaulichen Betrieben zu fassen sind. Es muss sich vielmehr um Maßnahmen handeln, die jedenfalls auch der Erhaltung und Gestaltung der Landschaft dienen. Dann könnten Landschaftspflegematerialien durchaus sowohl auf land- und forstwirtschaftlichen Flächen oder sonstigen Flächen anfallen, so z. B. im Rahmen von Maßnahmen, die die Bewirtschaftung von land- und forstwirtschaftlichen Flächen

<sup>25</sup> *Oschmann/Vollprecht*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald, EEG*, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 45, allerdings mit dem Hinweis, dass Sinn und Zweck hierbei gewahrt bleiben müssen.

einschränken und die Pflege und Erhaltung der Landschaft zum Ziel haben.<sup>26</sup>

- 37 Zur genauen Abgrenzung ist demnach insbesondere auf der Grundlage der Entstehungsgeschichte der Regelung (siehe historisch-genetische Auslegung unter 55) bzw. bei der Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Regelung (siehe teleologische Auslegung unter 75) weiter zu prüfen, welches Ziel mit der Verwendung des Begriffs der „Landschaftspflege“ verfolgt werden soll. Bemerkenswert ist im Rahmen der systematischen Betrachtung noch, dass der Begriff der „Landschaftspflege“ im Gegensatz zu der Verwendung des Begriffs der „Landschaft“ in § 31 Abs. 3 EEG 2009 (Windenergie Offshore) nicht als Teil des Begriffspaares „Natur und Landschaft“ verwendet wird, sondern für sich alleine steht. Dies könnte für eine eher weiter gefasste Definition des Begriffs der Landschaftspflege sprechen.
- 38 Zunächst ist zu prüfen, ob der Begriff der „Landschaftspflege“ in anderen Regelungen definiert und ggf. der Auslegung des Begriffs im EEG 2009 zu Grunde zu legen ist.
- 39 (2) Betrachtung im Zusammenhang mit anderen Regelungen der Rechtsordnung
- 40 Im Folgenden sollen insbesondere die Normen betrachtet werden, die den Begriff der „Landschaftspflege“ verwenden. In Betracht kommen vorrangig das Europäische Landschaftsübereinkommen, das Naturschutzrecht sowie das Abfallrecht.

### Europäisches Landschaftsübereinkommen

- 41 Das Europäische Landschaftsübereinkommen<sup>27</sup> definiert den Begriff der „Landschaftspflege“ in Art. 1 e) wie folgt:

Im Sinne dieses Übereinkommens bedeutet . . . e) „Landschaftspflege“ unter dem Aspekt der nachhaltigen Entwicklung durchgeführte Maßnahmen zur Gewährleistung der Erhaltung der Landschaft, um so durch gesellschaftliche, wirtschaftliche und ökologische Prozesse hervorgerufene Veränderungen zu steuern und aufeinander abzustimmen.

Der Begriff der „Landschaft“ bedeutet gemäß Art. 1 a)

<sup>26</sup>Vgl. hierzu *Kuratorium für Technik und Bauwesen in der Landwirtschaft e. V. – KTBL-Arbeitsgruppe EEG*, Auslegungshilfen zur Anlage 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2009, Februar 2009, S. 9.

<sup>27</sup>Europäisches Landschaftsübereinkommen v. 20.05.2000, SEV-Nr.: 176, abrufbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/176.htm>.

ein vom Menschen als solches wahrgenommenes Gebiet, dessen Charakter das Ergebnis des Wirkens und Zusammenwirkens natürlicher und/oder anthropogener Faktoren ist.

Hervorzuheben ist hier, dass die Landschaftspflegemaßnahmen das Ziel verfolgen müssen, die Erhaltung der Landschaft zu gewährleisten sowie gerade der Steuerung und der Abstimmung von durch wirtschaftliche und ökologische Veränderungen hervorgerufenen Prozessen dienen sollen und es demnach nicht allein darauf ankommt, das „Natürliche“ einer Landschaft zu bewahren bzw. zu pflegen. Allerdings hat die Bundesrepublik Deutschland das Europäische Landschaftsübereinkommen bislang weder unterzeichnet noch ratifiziert, so dass die Auswirkung dieser Begriffsbestimmung im nationalen Recht eher gering ist.

### Naturschutzrecht

- 42 Das Bundesnaturschutzgesetz oder Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege<sup>28</sup> trägt den Begriff der „Landschaftspflege“ zwar im Titel; dieser Begriff wird dann allerdings gesetzlich nicht definiert. Der Begriff der „Landschaftspflege“ wird im BNatSchG fast ausnahmslos zusammen mit dem Begriff des „Naturschutzes“ und somit – anders als im EEG 2009, das den Begriff „Landschaftspflege“ alleine nennt – als Begriffspaar verwendet.
- 43 Auch der Begriff „Landschaft“ wird im BNatSchG nicht eigenständig definiert;<sup>29</sup> allerdings ist den Zielen und Grundsätzen des BNatSchG zu entnehmen, dass eine Unterscheidung zwischen Natur und Landschaft bezweckt ist.
- 44 So sind nach § 1 BNatSchG (Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege)

Natur und Landschaft . . . auf Grund ihres eigenen Wertes und als Grundlage für Leben und Gesundheit des Menschen auch in Verantwortung für

<sup>28</sup>Bundesnaturschutzgesetz v. 25.03.2002, BGBl. I S. 1193, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 22.12.2008, BGBl. I S. 2986, im Folgenden: BNatSchG; G aufgeh. durch Art. 27 Satz 2 G v. 29.07.2009, BGBl. I S. 2542 mit Geltung ab dem 01.03.2010.

<sup>29</sup>Demgegenüber ist nach § 1 Abs. 1 Thüringer Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Thür-NatG) v. 29.04.1999, GVBl. S. 298, zuletzt geändert durch Gesetz v. 15.07.2003 „unter Natur und Landschaft [ist] im Sinne dieses Gesetzes die Erdoberfläche (einschließlich der Wasserflächen) mit ihrem Pflanzen- und Tierleben zu verstehen. Die tiefer liegenden Erdschichten sowie der Luftraum können nur insoweit als Natur und Landschaft angesehen werden, als sie für das Pflanzen- und Tierleben von unmittelbarer Bedeutung sind.“

## CLEARINGSTELLE EEG

die künftigen Generationen im besiedelten und unbesiedelten Bereich nach Maßgabe der nachfolgenden Absätze so zu schützen, dass

1. die biologische Vielfalt,
2. die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts einschließlich der Regenerationsfähigkeit und nachhaltigen Nutzungsfähigkeit der Naturgüter sowie
3. die Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie der Erholungswert von Natur und Landschaft auf Dauer gesichert sind; der Schutz umfasst auch die Pflege, die Entwicklung und, soweit erforderlich, die Wiederherstellung von Natur und Landschaft (allgemeiner Grundsatz).

Demnach ist jedenfalls nach den Bestimmungen des BNatSchG eine „Landschaft“ auch im besiedelten Bereich zu finden. Dies spricht dafür, dies im Rahmen des EEG 2009 ebenso zu sehen.

45 Die Landschaft ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 BNatSchG

... in ihrer Vielfalt, Eigenart und Schönheit auch wegen ihrer Bedeutung als Erlebnis- und Erholungsraum des Menschen zu sichern. Ihre charakteristischen Strukturen und Elemente sind zu erhalten oder zu entwickeln. Beeinträchtigungen des Erlebnis- und Erholungswerts der Landschaft sind zu vermeiden. Zum Zweck der Erholung sind nach ihrer Beschaffenheit und Lage geeignete Flächen zu schützen und, wo notwendig, zu pflegen, zu gestalten und zugänglich zu erhalten oder zugänglich zu machen. Vor allem im siedlungsnahen Bereich sind ausreichende Flächen für die Erholung bereitzustellen. Zur Erholung im Sinne des Satzes 4 gehören auch natur- und landschaftsverträgliche sportliche Betätigungen in der freien Natur.

Des Weiteren sind nach § 2 Abs. 2 Nr. 14 BNatSchG

historische Kulturlandschaften und -landschaftsteile von besonderer Eigenart, einschließlich solcher von besonderer Bedeutung für die Eigenart oder Schönheit geschützter oder schützenswerter Kultur-, Bau- und Baudenkmäler, ... zu erhalten.

46 Der Begriff der „Landschaft“ kennzeichnet demnach im BNatSchG insbesondere die

Flächen, die vom Menschen als Erlebnis- und Erholungsraum genutzt werden und dementsprechend durch diese Nutzungsformen geprägt sind; es handelt sich dabei nicht vorrangig um „unberührte“ Natur.

- 47 Im BNatSchG existiert des Weiteren keine Legaldefinition des Begriffs der „Pflege“. In § 1 BNatSchG erfolgt allerdings eine Umschreibung bzw. Einordnung durch die Begriffsgemeinschaft „Schutz/Pflege/Entwicklung/Wiederherstellung“, wobei der Begriff des Schutzes den Oberbegriff darstellt. Dies reflektiert die Funktion eines nicht nur konservierenden, sondern auch regenerierenden und kreativen Naturschutzes.<sup>30</sup> Die Pflege soll alle aktiven Maßnahmen zur Erhaltung eines bestimmten Zustands der Natur- und Landschaftssubstanz umfassen.<sup>31</sup> Als Beispiele können das „Auf-den-Stock-Setzen“ landschaftsprägender Wallhecken, die Beschneidung landschaftstypischer Kopfbäume, die mechanische Beseitigung des Aufwuchses auf Heideflächen anstelle der üblichen Beweidung, das Entkusseln von Mooren, die Renaturierung und Regenerierung bzw. Herstellung von Biotopen, die Beweidung, die Entbuschung und die Auslichtung genannt werden. Insbesondere kulturell geprägte Flächen, z. B. Heidegebiete, könnten nur durch Pflege erhalten werden.<sup>32</sup>
- 48 Dies unterstützt jedenfalls die bereits oben auf Seite 18 ausgeführte Auslegung des Begriffes der „Landschaftspflege“ als aktivitäts- und nicht flächenbezogen.
- 49 Festzustellen ist weiterhin, dass die Begriffe des Naturschutzes und der Landschaftspflege im BNatSchG zwar häufig, aber nicht immer als Begriffspaar eingesetzt werden.<sup>33</sup>
- 50 Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass im EEG 2009 der Begriff der „Landschaftspflege“ nicht zusammen mit dem Begriff des „Naturschutzes“, sondern eigenständig verwendet wird. Einerseits spricht dies dafür, dass es hier explizit auf die Landschaftspflege ankommt; ansonsten hätte der Gesetzgeber auch „Naturschutzmaßnahmen“ oder „Naturschutz- und Landschaftspflegemaßnahmen“ als Begriffe verwenden können. Andererseits ist dies ein Indiz dafür, dass es dem Gesetzgeber darauf ankam, den Begriff abweichend vom Naturschutzrecht und weit zu fassen (siehe hierzu im

<sup>30</sup>Kloepfer, Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, S. 710.

<sup>31</sup>Gellermann, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. IV., 55. Aufl. 2009, § 1 BNatSchG Rn. 15.

<sup>32</sup>Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. IV., 55. Aufl. 2009, § 1 BNatSchG Rn. 15 und Marzik/Wilrich, BNatSchG, 1. Aufl. 2004, § 1 Rn. 22.

<sup>33</sup>Zur Betrachtung von Naturschutz und Landschaftspflege als zusammengehöriges Begriffspaar, womit es auf eine Differenzierung im Einzelnen nicht mehr ankomme, vgl. Bender/Sparwasser/Engel, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, S. 159.

Weiteren die historische bzw. genetische Auslegung auf Seite 29 bzw. 32 und die teleologische Betrachtung auf Seite 38).

### Landschaftspflegerichtlinie 2007 des Landes Baden-Württemberg

51 Diese Landschaftspflegerichtlinie<sup>34</sup> ist Grundlage der Förderung von Maßnahmen des Naturschutzes, der Landschaftspflege und der Landeskultur gemäß § 81 Abs. 3 des Naturschutzgesetzes Baden-Württemberg.<sup>35</sup> Die von ihr geförderten Maßnahmen dienen einerseits der Umsetzung des Ziele des NatSchG und andererseits der Umsetzung der Ziele der Verordnung (EG) Nr. 1698/2005.<sup>36</sup> Auch diese Richtlinie enthält keine Definition des Begriffs der Landschaftspflege. Allerdings erfolgt eine Förderung nur, wenn die Maßnahmen in bestimmten, im Einzelnen aufgeführten Gebieten durchgeführt werden.<sup>37</sup> Als mögliche Tätigkeiten sind im Anhang 1 mit jeweils unterschiedlichen Zuwendungshöchstbeträgen in €/ha aufgeführt:

- Einführung oder Beibehaltung einer extensiven Ackerbewirtschaftung ohne Einsatz von Pflanzenschutzmitteln, Nutzungsaufgabe der Ackerbewirtschaftung
  - Beibehaltung ohne Stickstoffdüngung
  - Beibehaltung mit Stickstoffdüngung

<sup>34</sup>Richtlinie des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum zur Förderung und Entwicklung des Naturschutzes, der Landschaftspflege und Landeskultur (Landschaftspflegerichtlinie 2007 – LPR) v. 14.03.2008, Az.: 58-8872.00, abzurufen unter: <http://www.landwirtschaft-mlr.baden-wuerttemberg.de/serolet/PB/show/1224392/14.03.2008%20-%20Landschaftspflegerichtlinie%20LPR%202007%20-%20MLR.pdf>.

<sup>35</sup>Gesetz zum Schutz der Natur, zur Pflege der Landschaft und über die Erholungsvorsorge in der freien Landschaft (Naturschutzgesetz – NatSchG) v. 13.12.2005, GBl. 2005, 745.

<sup>36</sup>Verordnung (EG) Nr. 1698/2005 des Rates v. 20.09.2005 über die Förderung der Entwicklung des ländlichen Raums durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER), ABl. EG Nr. L 277 v. 21.10.2005, S. 1.

<sup>37</sup>Die „Gebietskulisse“ umfasst nach 4.1. LPR: Biosphärengebiet, Naturschutzgebiet, Landschaftsschutzgebiet, Naturdenkmal, geschützter Grünbestand, Nicht-Aufforstungsgebiet nach § 25a LLG (Satzung der Gemeinde), gesetzlicher Biotopverbund nach § 4 NatSchG, besonders geschützter Biotop gemäß § 32 NatSchG, Natura-2000 Gebiet, ein vom Ministerium anerkanntes Gebiet mit integrativ wirkendem Naturschutzansatz, LEADER-Aktionsgebiet, Gewässerrandstreifen, Gebiet einer von der unteren Verwaltungsbehörde anerkannten Biotopvernetzungs-konzeption oder Konzeption zur Sicherung der Mindestflur, Projektgebiet für den Artenschutz, spezielle Vorkommen seltener bzw. geschützter Pflanzen- und Tierarten (§ 42 NatSchG) unter der Voraussetzung einer von der nächsthöheren Stelle anerkannten fachlichen Begründung, Umgebungs-, Einzugs-, Einfluss- oder Gefährungsbereich der vorgenannten Gebiete (Pufferbereich).

## CLEARINGSTELLE EEG

- Aufgabe der Ackerbewirtschaftung zur Schaffung höherwertiger Biotope
- Umstellung von Acker- auf extensive Grünlandbewirtschaftung ohne Einsatz von Pflanzenschutzmitteln
  - ohne Stickstoffdüngung
  - mit Stickstoffdüngung
- Grünlandbewirtschaftung ohne Einsatz von Pflanzenschutzmitteln
  - einschürige Mahd und keine Stickstoffdüngung
  - zweischürige Mahd und keine Stickstoffdüngung
  - mehr als zweischürige Mahd und keine Stickstoffdüngung zur Aushagerung von brachgefallenem Grünland
  - mehr als zweischürige Mahd und keine Stickstoffdüngung zur Aushagerung von Intensivgrünland
  - zweischürige Mahd und angepasste Stickstoffdüngung
  - mehr als zweischürige Mahd und angepasste Stickstoffdüngung
  - Aufgabe der Bewirtschaftung zur Schaffung höherwertiger Biotope
- Beweidung ohne Einsatz von Pflanzenschutz- und Düngemitteln
  - Standweide, Koppelweide oder ein bis zwei Beweidungsgänge in Hütelhaltung
  - mehr als zwei Weidegänge in Hütelhaltung
- Zulagen Ackerbewirtschaftung
  - Bewirtschaftung in Form von Randstreifen
  - Maßnahmen auf Flächen mit hoher Bonität (Ackerzahl > 60)
  - zusätzliche Maßnahmen zum Schutz gefährdeter Arten
  - bei hohem Arbeits- und Beratungsaufwand
  - bei geringerem Arbeits- und Beratungsaufwand
- Zulage Grünlandbewirtschaftung
  - zusätzliche Maßnahmen zum Schutz gefährdeter Arten

## CLEARINGSTELLE EEG

- bei hohem Arbeits- und Beratungsaufwand
- bei geringerem Arbeits- und Beratungsaufwand
- Einsatz von speziellen technischen Einrichtungen (z. B. Messerbalkenmäherwerk, Zwillingsbereifung)
- mechanische Nachpflege (bei Beweidung)
- Hangneigung größer als 25 %

Die allgemeinen Empfehlungen oder Auflagen für vertragliche Vereinbarungen im Anhang unter D. enthalten beispielsweise bei der Ackernutzung und Grünlandbewirtschaftung die schonende Bodenbearbeitung, eine vorgegebene beschränkte, dem ökologischen Ziel angepasste Düngung bis zu vollständigem Düngeverzicht, keine Ausbringung von Klärschlammprodukten, keine Entwässerung, ggf. Unterhaltung der bestehenden Anlage nach Vorgaben, keine Aufforstung, Auffüllung, Abgrabung, Ablagerung oder sonstige vertragsfremde Nutzung, Einhaltung der Vorgaben nach Cross Compliance und der guten fachlichen Praxis im üblichen Sinn; bei der Grünlandbewirtschaftung Schnittzeiträume und Anzahl der Schnitte oder Vorgaben der extensiven Weidenutzung. Die ökologische Wirksamkeit der geförderten Maßnahme ist jeweils durch begleitende Untersuchungen zu beobachten.

- 52 Festzuhalten ist, dass „Landschaftspflege“ durchaus auf Flächen durchgeführt werden kann, die auch landwirtschaftlich genutzt werden, hier dann aber bestimmte Nutzungsbeschränkungen eingehalten werden müssen, die jeweils naturschutzfachlich begründet sind.

### Abfallrecht

- 53 In der auf Grund des § 8 Abs. 1 und Abs. 2 des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz-

zes<sup>38</sup> erlassenen Bioabfallverordnung<sup>39</sup> sind „Landschaftspflegeabfälle“ in Anhang 1<sup>40</sup> unter den biologisch abbaubaren Abfällen<sup>41</sup> zusammen mit den Garten- und Parkabfällen, Gehölzrodungsrückständen und pflanzlichen Bestandteilen des Treibseils aufgeführt.<sup>42</sup> In den „Ergänzenden Hinweisen“ in Spalte 3 heißt es:

Getrennt erfasste Materialien mit Ausnahme von Grün- und Strauchschnitt von Straßenrändern (Straßenbegleitgrün) oder von Industriestandorten, sind nach § 10 von den Behandlungs- und Untersuchungspflichten (§§ 3 und 4) ausgenommen. Grün- und Strauchschnitt von Straßenrändern oder von Industriestandorten sowie pflanzliche Bestandteile des Treibseils dürfen nur dann einer Verwertung zugeführt werden, wenn durch Untersuchungen festgestellt ist, dass die in der Verordnung genannten Schwermetallgehalte nicht überschritten werden. Materialien dürfen, auch als Bestandteil eines Gemisches, auf Dauergrünlandflächen aufgebracht werden.

- 54 Eine Definition des Begriffs der „Landschaftspflege“ ist auch hier nicht zu finden. Würde der abfallrechtlichen Kategorisierung der BioAbfV im EEG 2009 entsprochen, so könnte hieraus geschlossen werden, dass weder Garten- und Parkabfälle noch Gehölzrodungsrückstände unter das Landschaftspflegematerial fallen dürften, da diese separat neben den Landschaftspflegeabfällen aufgeführt sind. Hierfür könnte sprechen, dass in der Negativliste zu Anlage 2 unter Nr. 10 die BioAbfV explizit

<sup>38</sup>Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz – KrW-/AbfG) v. 27.09.1994, BGBl. I S. 2705, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 11.08.2009, BGBl. I S. 2723.

<sup>39</sup>Verordnung über die Verwertung von Bioabfällen auf landwirtschaftlich, forstwirtschaftlich und gärtnerisch genutzten Böden (Bioabfallverordnung – BioAbfV) v. 21.09.1998, BGBl. I S. 2955, zuletzt geändert durch Artikel 5 der Verordnung v. 20.10.2006, BGBl. I S. 2298. Zu beachten ist, dass die BioAbfV derzeit novelliert wird, siehe noch nicht ressortabgestimmter Referenten-Entwurf des BMU mit Stand v. 19.11.2007, abrufbar unter [http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/bioabfv\\_aendvo.pdf](http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/bioabfv_aendvo.pdf), zuletzt abgerufen am 03.09.2009.

<sup>40</sup>Liste der für eine Verwertung auf Flächen grundsätzlich geeigneten Bioabfälle sowie grundsätzlich geeigneter mineralischer Zuschlagstoffe.

<sup>41</sup>Abfallsschlüssel 200201.

<sup>42</sup>Zu beachten ist, dass in Anhang 1 des noch nicht ressortabgestimmten Referenten-Entwurfs des BMU mit Stand v. 19.11.2007 abweichend von der geltenden Fassung der BioAbfV neben den „Landschaftspflegeabfällen“, auch Algen, biologisch abbaubare Friedhofsabfälle, biologisch abbaubare Garten- und Parkabfälle, Gehölzrodungsrückstände, Mähgut und pflanzliche Abfälle aus der Gewässerunterhaltung unter die biologisch abbaubaren Abfälle fallen. Änderungen sind zudem in Spalte 3 vorgesehen.

## CLEARINGSTELLE EEG

aufgeführt ist, nach der sich bemessen soll, was unter die nicht als nachwachsende Rohstoffe geltenden Bioabfälle zu fassen ist. Die Kategorisierung nach der BioAbfV eignet sich allerdings nicht für die Bestimmung des Landschaftspflegematerials, da hier die Abgrenzung vor dem Hintergrund der Ziele des KrW-/AbfG<sup>43</sup> erfolgt, die sich nicht mit den Zielen des EEG 2009, nämlich u. a. der Steigerung des Einsatzes von Landschaftspflegematerialien zur Stromerzeugung, decken (siehe hierzu unter 75).

- 55 Anzumerken ist an dieser Stelle, dass für Bioabfälle, also auch für die Landschaftspflegeabfälle, nach der BioAbfV bestimmte Untersuchungs-, Behandlungs- und Nachweispflichten einzuhalten sind; die Einordnung als Landschaftspflegematerial im Sinne des EEG 2009 entbindet nicht von der Einhaltung der abfallrechtlichen Bestimmungen.
- 56 **Historische Auslegung** Die Betrachtung der Entstehungsgeschichte der Regelung im Rahmen der historischen Auslegung führt im Ergebnis zu einer weiten Auslegung des Begriffs der „Landschaftspflege“.
- 57 Weder im Stromeinspeisungsgesetz<sup>44</sup> noch im EEG 2000<sup>45</sup> war der Begriff der Landschaftspflege enthalten.
- 58 Im EEG 2004 wurde der Begriff der nachwachsenden Rohstoffe eingeführt und definiert. In der von den Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eingebrachten Entwurfsfassung war die Definition noch wie folgt gefasst:

Die Mindestvergütungen nach Abs. 1 Nr. 1 bis 3 erhöhen sich um jeweils weitere 2,5 Cent pro Kilowattstunde, wenn 1. der Strom ausschließlich  
a) aus Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen, die keiner weiteren als der zur Ernte, Konservierung oder Nutzung in der Biomasseanlage erfolgten Aufbereitung oder Veränderung unterzogen wurden, ... gewonnen wird, ...<sup>46</sup>

<sup>43</sup>Siehe § 1 KrW-/AbfG: Zweck des Gesetzes ist die Förderung der Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen und die Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen.

<sup>44</sup>Gesetz für die Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Stromeinspeisungsgesetz – StrEG) v. 07.12.1990, BGBl. I S. 2633, aufgehoben durch das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes sowie des Mineralölsteuergesetzes v. 29.03.2000, BGBl. I S. 305.

<sup>45</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) v. 29.03.2000, BGBl. I S. 305, aufgehoben durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004, BGBl. I S. 1918.

<sup>46</sup>§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. a) des Gesetzesentwurfs der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜ-

- 59 In der entsprechenden Begründung zu § 8 Abs. 2 war „Landschaftspflegeschnitt“ allerdings bereits als ein Beispiel des rein pflanzlichen Materials aufgeführt:

Buchstabe a schließt sämtliche Arten pflanzlicher Stoffe ein (also insbesondere, aber nicht ausschließlich zum Zwecke der Energieerzeugung angebaute pflanzliche Rohstoffe, ferner Waldrestholz, Landschaftspflegeschnitt usw.).<sup>47</sup>

- 60 Insgesamt wurde die Aufnahme der erhöhten Vergütung für bestimmte Biomassearten damit begründet, dass ein wirtschaftlicher Betrieb von kleinen Anlagen nach den gemachten Erfahrungen nicht erreicht werden könne, wenn ausschließlich rein pflanzliche Stoffe aus Landwirtschaft und Gartenbau, Fäkalien aus der Landwirtschaft und/oder Waldrestholz eingesetzt würden. Rein pflanzliche Einsatzstoffe (insbesondere nachwachsende Rohstoffe und Waldrestholz) seien gegenüber Biomasse aus Abfällen ungleich teurer. Es zeichne sich ab, dass das große Nutzungspotential der Biomasse land- und forstwirtschaftlicher Herkunft ohne zusätzliche Anreizinstrumente nicht in dem wünschenswerten Umfang erschlossen werden könne. Durch die Einführung des Bonus solle der Begrenztheit von Abfallströmen begegnet werden und ein Beitrag zur Erschließung nachwachsender Rohstoffe zur energetischen Nutzung geleistet werden.<sup>48</sup>
- 61 Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme u. a. die klarstellende Einfügung eines Buchstabes a 1) nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 gefordert, der wie folgt lauten sollte:

aus Pflanzenbestandteilen oder Futterresten, die im laufenden Produktionsprozess eines land- oder forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betriebes als Nebenprodukte anfallen, ...<sup>49</sup>

- 62 In der Gegenäußerung stimmte die Bundesregierung diesem Vorschlag des Bundes-

NEN, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 13.01.2004, BT-Drs. 15/2327.

<sup>47</sup>Begründung zum Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 13.01.2004, BT-Drs. 15/2327, S. 29.

<sup>48</sup>Begründung zum Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 13.01.2004, BT-Drs. 15/2327, S. 29.

<sup>49</sup>Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 18.02.2004, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich, Anlage 2 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 15/2539, S. 9.

## CLEARINGSTELLE EEG

rates nicht zu, da die rein pflanzlichen Einsatzstoffe (insbesondere nachwachsende Rohstoffe und Waldrestholz, die ausschließlich zur Energiegewinnung geerntet oder beschafft würden) gegenüber Biomasse aus Abfällen und anfallenden Nebenprodukten ungleich teurer seien; der Regierungsentwurf zielt auf den Einsatz dieser, bislang weitgehend ungenutzten Biomasse land- und forstwirtschaftlicher Herkunft ab.<sup>50</sup>

- 63 Auf der Grundlage der Beschlussempfehlung des Unterausschusses vom 31. März 2004 wurde die Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. a) dann wie in der in Kraft getretenen Fassung gefasst:<sup>51</sup>

Die Mindestvergütungen nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 erhöhen sich um jeweils 6,0 Cent pro Kilowattstunde und die Mindestvergütungen nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 um 4,0 Cent pro Kilowattstunde, wenn 1. der Strom ausschließlich a) aus Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen, die in landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben oder im Rahmen der Landschaftspflege anfallen und die keiner weiteren als der zur Ernte, Konservierung oder Nutzung in der Biomasseanlage erfolgten Aufbereitung oder Veränderung unterzogen wurden, ... gewonnen wird, ...

Sie ist demnach wortgleich mit der Begriffsbestimmung der nachwachsenden Rohstoffe in Anlage 2 Nr. II. 1 zu § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009.

- 64 Diese Regelung wurde wie folgt begründet:

Buchstabe a) schließt sämtliche Arten pflanzlicher Stoffe ein (also insbesondere, aber nicht ausschließlich zum Zwecke der Energieerzeugung angebaute pflanzliche Rohstoffe, ferner Waldrestholz, Landschaftspflegeschnitt usw.). Voraussetzung ist jedoch, dass diese Stoffe in landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben oder im Rahmen der Landschaftspflege anfallen und nur im Zuge der Ernte,

<sup>50</sup>Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates v. 03.03.2004, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich, BT-Drs. 15/2593, S. 3.

<sup>51</sup>Der Unterausschuss begründete diese Fassung wie folgt: Klarstellung, um eine bessere Abgrenzung der vergütungsfähigen Stoffe zu gewährleisten. Sowohl Energiepflanzen als auch Waldholz müssen dabei nach den jeweils einschlägigen Rechtsvorschriften wie etwa dem Bundesbodenschutzgesetz oder dem Bundeswaldgesetz, unter Beachtung der guten fachlichen Praxis angebaut und geerntet werden.

im Rahmen ihrer Konservierung oder zur Nutzung in der Biomasseanlage aufbereitet oder verändert wurden. Deshalb fallen z. B. Industrierestholz, Sägewerkholzabfälle oder Kartoffelpülpe auch dann nicht in den Anwendungsbereich des Absatzes 2, wenn sie nicht mit anderen Stoffen vermischt oder verunreinigt sind. Diese Unterscheidung rechtfertigt sich dadurch, dass die Kosten für Rest- und Abfallprodukte deutlich geringer sind als für andere Stoffe, die ausschließlich zur Energieumwandlung geerntet oder anderweitig beschafft werden. Demgegenüber kann etwa Silage, die ursprünglich zu Futterzwecken angelegt wurde, auch zur Verstromung eingesetzt werden. Dies ist sinnvoll, da bei gleichzeitigem Bedarf an Futter- und Energiesilage eine genaue Mengenbestimmung im Voraus schwierig ist und der Landwirt ansonsten gezwungen wäre, technisch identische Prozesse streng getrennt durchzuführen.<sup>52</sup>

- 65 Im Rahmen des EEG 2004 war eine Differenzierung zwischen Pflanzen und Pflanzenbestandteilen, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen, und solchen, die in forst-, landwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben anfallen, nicht erforderlich, weil der NawaRo-Bonus hiernach nicht unterschied bzw. keinen weiteren Bonus allein für den Einsatz von aus einem dieser Bereiche stammenden Materialien vorsah. Für die verfahrensgegenständliche Frage ergibt sich aus der historischen Betrachtung demnach allein, dass der Begriff der „Landschaftspflege“ bereits im EEG 2004 verwendet wurde und keiner Eingrenzung unterzogen war.
- 66 **Genetische Auslegung** Die genetische Auslegung, die sich der Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien widmet, führt zunächst zu der Erkenntnis, dass die Nennung von Landschaftspflegematerialien in Anhang 2 des EEG 2009 mehreren Änderungen unterworfen war und der sog. Landschaftspflege-Bonus erst relativ spät Eingang in den Gesetzestext fand. Festzustellen ist allerdings bereits an dieser Stelle, dass die Definition der nachwachsenden Rohstoffe wortgleich zu der im EEG 2004 ist (siehe hierzu auch auf Seite 31) und sich hieran im Gesetzgebungsprozess nichts geändert hat.
- 67 Zu betrachten ist zunächst der alle vier Jahre zwecks Vorbereitung einer eventuellen Änderung des EEG zu erstellende Erfahrungsbericht, der dem Deutschen Bundestag

---

<sup>52</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 39/40.

## CLEARINGSTELLE EEG

jeweils vorzulegen ist.<sup>53</sup> Während im Erfahrungsbericht zum EEG 2000<sup>54</sup> nur darauf hingewiesen wurde, dass Waldrestholz bislang weitgehend ungenutzt sei, fand das Landschaftspflegematerial im Erfahrungsbericht zum EEG 2004<sup>55</sup> ausdrücklich eine Erwähnung:

Vorteilhaft aus Naturschutzsicht ist die Nutzung von Biomasse aus der Landschaftspflege. Diese Nutzung ist mit hohen Bereitstellungskosten verbunden, die jedoch mit einer zunehmenden Entwicklung der Infrastruktur (regionaler Anlagenmix zur Verwertung aller Biomassefraktionen, z. B. holzartig, halmgutartig, oder Grünschnitt mit hohem Ligningehalt) verringert werden können. Durch eine verstärkte Nutzung von Schwachholz und Waldrestholz können neben den o. g. Auswirkungen wertvolle Habitatstrukturen beseitigt werden. Die Beachtung der guten fachlichen Praxis bei der energetischen Waldrestholznutzung ist deshalb aus Sicht des Naturschutzes von großer Bedeutung.

Weiterhin wurde auf Seite 63 ausgeführt, dass die verstärkte energetische Nutzung der Biomasse zu Nutzungskonkurrenzen führen könne. Hier seien in erster Linie die Flächenkonkurrenzen in der landwirtschaftlichen Nutzung sowie wirtschaftliche Nutzungsalternativen beim Einsatz von Holz anzuführen. In der landwirtschaftlichen Produktion seien noch Potenziale vorhanden, den Biomassertrag zu erhöhen, wie z. B. durch eine Erhöhung der Flächenerträge, durch eine verstärkte Ganzpflanzennutzung und die verstärkte Verwertung von Rest- und Nebenstoffen. Durch die Ausdehnung der Biomassenutzung könne es mittel- und langfristige zu einer zunehmenden Konkurrenz der verschiedenen Verwertungsrichtungen um die begrenzt verfügbare landwirtschaftliche Nutzfläche kommen. Empfohlen wird auf dieser Grundlage einerseits, eine Positiv-/Negativliste mit Stoffen, bei deren Einsatz Anspruch auf den NawaRo-Bonus besteht, in das EEG aufzunehmen. In diesem Rahmen sei jeweils zu prüfen, wie möglichen Nutzungskonkurrenzen entgegengewirkt werden könne. Der vorrangigen Nutzung von Reststoffen komme dabei besondere Bedeutung zu. Andererseits wird vorgeschlagen, bei der Nutzung von Holz aus der Landschaftspflege sowie aus Kurzumtriebsplantagen einen NawaRo-Bonus i. H. v. 4 Cent/kWh zu gewähren, da bei diesen Holzsortimenten Fehlanreize insbesondere im Hinblick auf die Konkurrenzsituation mit der stofflichen Verwertung nicht zu

---

<sup>53</sup>Siehe § 20 EEG 2004 bzw. § 65 EEG 2009.

<sup>54</sup>BT-Drs. 14/9807 v. 16.07.2002, S. 17.

<sup>55</sup>BT-Drs. 16/7119 v. 09.11.2007, S. 62.

erwarten seien. Obwohl der NawaRo-Bonus wichtige Beiträge zum Klima- und Ressourcenschutz und der Entwicklung ländlicher Räume induziere, werde in der Öffentlichkeit verstärkt über Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft durch den intensiven Anbau nachwachsender Rohstoffe für die Stromerzeugung diskutiert; es sei darauf zu achten, dass der gezielte Anbau von Bioenergieträgern naturverträglich erfolge. Hierfür biete das vorhandene Instrumentarium einen guten Ansatz. Hervorzuheben seien die Regelungen für die Landwirtschaft zur guten fachlichen Praxis und zu den anderweitigen Verpflichtungen für EU-Direktzahlungen (Cross-Compliance-Anforderungen), die aber allein mögliche negative Anforderungen nicht ausreichend mindern können. Die Regeln der guten fachlichen Praxis seien regelmäßig zu überprüfen und erforderlichenfalls anzupassen (flankierende Maßnahmen).

- 68 Festzuhalten ist, dass dem Gesetzgeber demnach bereits die wesentlichen mit dem Einsatz von Biomasse aus der Landschaftspflege verbundenen Themen im Jahr 2008 bewusst waren und er somit die Definition der nachwachsenden Rohstoffe auch abweichend von der Regelung im EEG 2004 hätte fassen können bzw. das Landschaftspflegematerial genauer hätte definieren können, dies aber nicht erfolgt ist.
- 69 Zudem ist zu beachten, dass der Fachverband Biogas e. V. bereits im Jahr 2005 eine sog. „Positiv-/Negativliste“ erstellt hatte.<sup>56</sup> In dieser als nicht rechtsverbindlich und nicht vollständig gekennzeichneten Liste waren als Beispiele für „Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen (auch bei Gemeinden o. ä.)“ genannt:

Grünschnitt aus der Landschaftspflege, kommunaler Grasschnitt, Grünschnitt von Golf- und Sportplätzen sowie Privatgärten, u. ä.

- 70 Im Referentenentwurf des EEG 2009 (Stand: 9. Oktober 2007)<sup>57</sup> war in der Positivliste sodann in Anlage 2 unter Nr. 8 „Gras- und Grünschnitt“ und unter Nr. 9 „Straßenbegleitgrün“ aufgeführt. In der Negativliste waren unter Nr. 5 „Pflanzenöle, die als Abfall anfallen“ und unter Nr. 10 „Siebabfälle aus Kompostieranlagen“ genannt. Ein Landschaftspflege-Bonus war nicht vorgesehen. Begründet wurden diese Regelungen auf den Seiten 82 und 83 wie folgt:

<sup>56</sup>Fachverband Biogas e. V. in Zusammenarbeit mit der Bayerischen Landesanstalt für Landwirtschaft (LfL) und dem Institut für Agrarökonomie, München, Beispielhafte Liste von Stoffen, die zum Bezug des NawaRo-Bonus berechtigen, Stand Januar 2005, abrufbar unter [http://www.biogas.org/datenbank/file/notmember/fach/StofflisteEEG\\_Jan2005\\_Mail.pdf](http://www.biogas.org/datenbank/file/notmember/fach/StofflisteEEG_Jan2005_Mail.pdf), zuletzt abgerufen am 03.09.2009. Abgedruckt zudem bei der Kommentierung des § 8 EEG 2004 durch Oschmann/Vollprecht, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 65.

<sup>57</sup>Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/138>.

## CLEARINGSTELLE EEG

Rein pflanzliche Einsatzstoffe (insbesondere nachwachsende Rohstoffe und Waldrestholz) sind gegenüber Biomasse aus Abfällen ungleich teuer. Kleine landwirtschaftliche Biogasanlagen, deren Haupteinsatzstoff Gülle ist, können nur rentabel betrieben werden, wenn in beträchtlichem Umfang energiereiche Kofermente aus Abfällen (insbesondere tierische Fette) eingesetzt werden. Der Markt für derartige Stoffe ist jedoch eng begrenzt. Es zeichnet sich daher ab, dass das große Nutzungspotenzial der Biomasse land- und forstwirtschaftlicher Herkunft ohne zusätzliche Anreizinstrumente nicht in dem wünschenswerten Umfang erschlossen werden kann. Durch den Bonus soll der Begrenztheit und einer Fehlleitung von Abfallstoffströmen begegnet werden und ein Beitrag zur Erschließung nachwachsender Rohstoffe zur energetischen Nutzung geleistet werden. Nummer II. 1 und 2 bestimmt die Begriffe der nachwachsenden Rohstoffe und Gülle näher. Nachwachsende Rohstoffe schließen sämtliche Arten pflanzlicher Stoffe ein (also insbesondere, aber nicht ausschließlich zum Zwecke der Energieerzeugung angebaute pflanzliche Rohstoffe, ferner Waldrestholz, Landschaftspflegeschnitt usw.).

- 71 Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung<sup>58</sup> enthielt Nr. 8 der Positivliste nun die „Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen“; „Gras- und Grünschnitt“ sowie „Straßenbegleitgrün“ waren nicht mehr aufgeführt. Nr. 10 der Negativliste war nun wie folgt gefasst: „Bioabfälle im Sinne der Bioabfallverordnung mit Ausnahme von Tierfäkalien und Abfällen aus der Forstwirtschaft“. Ein Landschaftspflege-Bonus war nicht vorgesehen.
- 72 Der Bundesrat forderte in seiner Stellungnahme<sup>59</sup> auf Seite 21 die Einfügung von „Futterreste, soweit diese im landwirtschaftlichen Betrieb anfallen“ Nr. 10 sowie „aussortiertes Gemüse, aussortierte Kartoffeln, aussortierte Heil- und Gewürzpflanzen sowie aussortierte Schnittblumen, soweit diese unmittelbar im land- bzw. gartenbaulichen Betrieb anfallen“ Nr. 12 in die Positivliste. Der Bundesrat begründete diese Änderungen auf Seite 23 wie folgt:

Es hat sich gezeigt, dass die bisher sehr enge Definition der nachwachsenden Rohstoffe auf Ebene der landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen und gartenbaulichen Betriebe zu logistisch und energetisch unsinnigen

---

<sup>58</sup>BT-Drs. 16/8148 v. 18.02.2008.

<sup>59</sup>BRats-Drs. 10/08 (Beschluss) v. 15.02.2008.

Stoffströmen führt. Deshalb sind in Anlage 2 Korrekturen in den Positivlisten erforderlich.

Die Bundesregierung lehnte in ihrer Gegenäußerung<sup>60</sup> die vorgeschlagenen Änderungen ab; diese entsprächen nicht der Systematik des Bonus für nachwachsende Rohstoffe. Der NawaRo-Bonus solle einen wirtschaftlichen Betrieb von Anlagen ermöglichen, die speziell angebaute Energiepflanzen (NawaRo) und Gülle einsetzen, da diese gegenüber Abfällen etc. teurer seien. Nachwachsende Rohstoffe seien daher abzugrenzen von solchen Pflanzen, die lediglich im Rahmen von anderen Prozessen anfallen. Der Vorschlag zur Erweiterung der Positivliste um aussortiertes Gemüse widerspreche diesem Grundsatz, da hierdurch auch solche Stoffe Anspruch auf den (hohen) NawaRo-Bonus erhalten sollten, die Reststoffe einer anderen Nutzung darstellten.

- 73 Der Unterausschuss empfahl<sup>61</sup> die Einführung des Landschaftspflege-Bonus in Nr. VI. 2. c) der Anlage 2 und begründete dies wie folgt:

In Nummer VI. 2. c. wird eine weitere Erhöhung des NawaRo-Bonus für Biogasanlagen bei Verwendung eines Mindestanteils von Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen aus der Landschaftspflege geregelt, um mit diesen Einsatzstoffen Flächenkonkurrenzen im Biomassebereich zu begegnen.<sup>62</sup>

Der Änderungsantrag von DIE LINKE<sup>63</sup>, in dem durch eine Ergänzung von Anlage 2, Nr. I. 1. d) die Einhaltung ökologischer Mindestanforderungen gefordert wurde,<sup>64</sup> wurde abgelehnt.

- 74 Festzustellen ist, dass auch die Gesetzesmaterialien keine Definition des Begriffs der

<sup>60</sup>BT-Drs. 16/8393 v. 05.03.2008, zu Nummer 30.

<sup>61</sup>Beschlussempfehlung Unterausschuss, BT-Drs. 16/9477 v. 04.06.2008.

<sup>62</sup>Ausschussdrucksache 16(16)446 v. 04.06.2008, S. 30.

<sup>63</sup>Ausschussdrucksache 16(16)439 v. 04.06.2008.

<sup>64</sup>Im Einzelnen: Der Anbau der genutzten Biomasse dürfe nicht zu einer Verschlechterung des umgebenden Naturraums führen, der Anteil von Mais in der Biogasanlage müsse auf 50 Masseprozent begrenzt bleiben, der Anteil der Biomasse aus Grünland müsse mindestens 10 Prozent betragen und die Biomasse dürfe nicht aus Grünlandumbruch bezogen werden. Begründung: Der Schutz des Ökosystems sei grundlegender Bestandteil einer nachhaltigen Energieversorgung. Der NawaRo-Bonus sei bisher in Bezug auf die ökologische Wirkung der energetisch genutzten Biomasse nicht ausformuliert. Dies würde mit einer klaren Eingrenzung bei der Förderung nachwachsender Rohstoffe in der Anlage 2 nachgeholt.

## CLEARINGSTELLE EEG

„Landschaftspflege“ enthalten. Auch eine unmittelbare Konkretisierung oder Eingrenzung der entsprechenden Pflegemaßnahmen ist den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen. Einen Hinweis darauf, dass es sich um Material von bestimmten Flächen handeln soll, enthält allein die Begründung zum sog. Landschaftspflege-Bonus, wonach durch diese Einsatzstoffe Flächenkonkurrenzen im Biomassebereich begegnet werden soll. Hierauf ist im Rahmen der teleologischen Auslegung unter 75 noch einzugehen.

Der Umstand, dass zunächst „Gras- und Grünschnitt“ sowie „Straßenbegleitgrün“ noch in der Positivliste aufgeführt waren, dann aber in der in Kraft getretenen Gesetzesfassung nicht mehr bzw. an deren Stelle die „Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen“ aufgeführt sind, könnte dafür sprechen, dass diese Pflanzen oder Pflanzenbestandteile gerade nicht als nachwachsende Rohstoffe gelten sollen und somit auch nicht unter das Landschaftspflegematerial zu fassen wären. Es spricht allerdings mehr dafür, dass eine allgemeine Regelung gefunden werden sollte, in der die verschiedenen Materialien aufgehen sollten. Demnach wäre „Gras- und Grünschnitt“ sowie „Straßenbegleitgrün“ als Teilmenge des Landschaftspflegematerials auch landschaftspflegebonusfähig.

- 75 Bemerkenswert ist zudem, dass der Gesetzgeber in die Positiv- bzw. die Negativliste teilweise wortgleich Formulierungen bzw. Beispiele der sog. Positiv-/Negativliste des Fachverbandes Biogas e. V. übernommen hat. Bei „Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen“ (Anlage 2 Nr. III. 8 EEG 2009) hat er die in der Liste des Fachverbandes Biogas e. V. angeführten Beispiele jedoch nicht aufgenommen. Der Gesetzgeber hat allerdings auch keine der dort als Beispiele für Landschaftspflegematerial aufgeführten Pflanzen oder Pflanzenbestandteile in die Negativliste aufgenommen. Dies spricht dafür, dass dem Gesetzgeber an einer Kontinuität der in der Praxis bereits etablierten Kategorisierung gelegen war. Jedenfalls findet sich in den Gesetzesmaterialien kein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber eine Einschränkung des Landschaftspflegematerials gegenüber dem Bedeutungsinhalt des § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 a) EEG 2004 beabsichtigte. Dies hätte u. a. zur Folge, dass für Betreiberinnen und Betreiber von Bestandsanlagen bei Einsatz beispielsweise von kommunalem Grünschnitt der Anspruch auf den NawaRo-Bonus für immer wegfallen könnte, jedenfalls für die Zukunft, d. h. für den ab dem 1. Januar 2009 eingespeisten Strom, ggf. sogar – je nach Auslegung des Ausschließlichkeitsgrundsatzes – rückwirkend. Dies liegt insbesondere darin begründet, dass bei einer Einschränkung des Begriffs der „Landschaftspflege“ viele Pflanzen oder Pflan-

zenmaterialien nicht unter die Rückausnahme („mit Ausnahme von Abfällen aus der Landschaftspflege“) in der Negativliste fallen würden, sondern als Bioabfälle i. S. d. BioAbfV nicht als nachwachsende Rohstoffe gelten würden. Im Rahmen der teleologischen Auslegung (siehe sogleich) ist hierauf noch einzugehen.

- 76 **Teleologie** Im Rahmen der teleologischen Auslegung erfolgt eine Analyse der Ziele sowohl der betreffenden Regelung als auch des Gesetzes, in dem sie steht: Die Regelung des sog. Landschaftspflege-Bonus Nr. VI. 2. c) der Anlage 2 EEG 2009 soll die Verwendung eines Mindestanteils von Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen aus der Landschaftspflege anreizen, um mit diesen Einsatzstoffen Flächenkonkurrenzen im Biomassebereich zu begegnen.<sup>65</sup> Durch den NawaRo-Bonus soll wiederum der Begrenztheit und einer Fehlleitung von Abfallstoffströmen begegnet werden und ein Beitrag zur Erschließung nachwachsender Rohstoffe zur energetischen Nutzung geleistet werden. Es zeichne sich ab, dass das große Nutzungspotenzial der Biomasse land- und forstwirtschaftlicher Herkunft ohne zusätzliche Anreizinstrumente nicht in dem wünschenswerten Umfang erschlossen werden könne.<sup>66</sup>
- 77 Insbesondere der Begründung der Regelung des sog. Landschaftspflege-Bonus – Begegnung von Flächenkonkurrenzen – kann entnommen werden, dass hiermit u. a. die Nutzung von Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen von Flächen angereizt werden soll, deren Pflege sich beispielsweise bislang bzw. bei Vergütung des hiermit erzeugten Stroms allein mit dem NawaRo-Bonus aufgrund des erhöhten Aufwands bzw. der vergleichsweise hohen Stromgestehungskosten<sup>67</sup> betriebswirtschaftlich gesehen nicht rechnete. Hieraus könnte wiederum geschlossen werden, dass der Einsatz nur von solchem Material, welches bislang, d. h. vor Inkrafttreten des EEG 2009, nicht genutzt wurde bzw. solchen Materials, welches nicht erwerbsmäßig gewonnen wird, mit dem sog. Landschaftspflege-Bonus zu vergüten wäre. Hierunter würden dann beispielsweise Pflanzen und Pflanzenbestandteile aus Biotopen, Naturschutzgebieten, etc. fallen, nicht aber von landwirtschaftlich genutzten Flächen, Sportanlagen, Parkanlagen etc.
- 78 Fasst man den Begriff der Landschaftspflege allerdings im Rahmen der Regelung des sog. Landschaftspflege-Bonus eng, so müsste dies auch im Rahmen der Verwendung

<sup>65</sup> Ausschussdrucksache 16(16)446 v. 04.06.2008.

<sup>66</sup> Siehe Begründung des Referentenentwurfs des EEG 2009 (Stand: 09.10.2007), abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/138>.

<sup>67</sup> Zu den Kosten der energetischen Nutzung des Landschaftspflegematerials siehe im Detail Seite 28 bis 34 des Gutachtens.

des Begriffs bei der Definition der nachwachsenden Rohstoffe geschehen; der Wortlaut ist identisch, es heißt jeweils: „Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen“. Eine solche enge Auslegung im Rahmen der Definition der nachwachsenden Rohstoffe hätte jedoch zur Folge, dass der Anteil an Bioabfällen, der unter die Rückausnahme in der Negativliste des EEG 2009<sup>68</sup> fallen würde, gering ausfiele. Auch der Zusammenhang, in dem der Begriff der Landschaftspflege in Anlage 2 Nr. VI. 2. c) zum EEG 2009 steht (siehe hierzu im Folgenden unter 4.2), gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass hier der Begriff der Landschaftspflege anders auszulegen wäre als im Rahmen der Definition der nachwachsenden Rohstoffe.

- 79 Für Bestandsanlagen, d. h. Anlagen mit einem Inbetriebnahmedatum vor dem 1. Januar 2009, würde aufgrund der Geltung der Anlage 2 EEG 2009 gemäß der Übergangsbestimmung des § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 ab dem 1. Januar 2009 demnach insofern eine geänderte Rechtslage eingetreten sein, als dass die Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber ggf. für den Einsatz der gleichen Art von Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen nun nicht mehr den NawaRo-Bonus erhalten würden, dieser Anspruch sogar unter Umständen aufgrund des Ausschließlichkeitsprinzips (siehe Anlage 2 Nr. VII. 2. EEG 2009 bzw. § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004) für immer entfallen würde, weil sie vor dem 1. Januar 2009 Landschaftspflegematerial eingesetzt haben, welches nicht einer engen Definition entsprochen hat. Dies wäre insofern überraschend, als dass die Regelung des NawaRo-Bonus insbesondere im Hinblick auf das Landschaftspflegematerial im EEG 2009 identisch zum EEG 2004 (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 a) formuliert ist (siehe hierzu auch die historische Auslegung unter 55).
- 80 Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber das Ziel verfolgt hat, Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber ggf. endgültig den NawaRo-Bonus zu versagen, falls diese vor dem 1. Januar 2009 Landschaftspflegematerial im weiteren Sinne eingesetzt haben. In den Gesetzgebungsmaterialien (siehe hierzu die genetische Auslegung unter 65) finden sich keine Hinweise darauf, dass sich der Gesetzgeber mit dieser Frage auseinandergesetzt hat. Auch hat sich der Gesetzgeber nicht zu der Liste des Fachverbandes Biogas e. V. geäußert, obwohl ihm bewusst sein musste, dass diese in der Praxis angewendet wurde. Es ist eher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Regelungskontinuität bewusst gewählt hat und demnach den Begriff der „Landschaftspflege“ eher weit fassen wollte. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit dem Zweck des Gesetzes, den Anteil Erneuerbarer Energien an der Stromerzeugung

<sup>68</sup>Anlage 2 Nr. IV. 10. Bioabfälle im Sinne der Bioabfallverordnung mit Ausnahme von Tierfäkalien und Abfällen aus der Forstwirtschaft sowie der Landschaftspflege.

kontinuierlich weiter zu erhöhen (siehe § 1 Abs. 2 EEG 2009). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Zweck des Gesetzes nach § 1 Abs. 1 EEG 2009 die Ermöglichung einer nachhaltigen Entwicklung der Energieversorgung insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes ist.<sup>69</sup> Die Verwendung des Begriffs der Landschaftspflege deutet – wie bereits in der systematischen Auslegung unter 27 festgestellt – darauf hin, dass hiermit jedenfalls auch naturschutzfachliche Ziele verfolgt werden sollen, wenn auch die alleinige Verwendung des Begriffs der „Landschaftspflege“ für eine weite Auslegung spricht. Um eine Abgrenzung von den Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen zu gewährleisten, die in landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben anfallen, sind die jeweiligen Aktivitäten daraufhin zu untersuchen, ob sie vorrangig der Landschaftspflege dienen. Es ist jedenfalls sicherzustellen, dass die Maßnahme den jeweiligen Landschaftsteil nicht zerstört, sondern der Wiederherstellung oder Erhaltung der ökologischen, ästhetischen, erholungsbezogenen sowie kultur- und denkmalbezogenen Funktionen dieses Landschaftsteils dienen; dies besagt bereits der Begriffsbestandteil der „Pflege“. Des Weiteren ist auf der Grundlage der Ergebnisse des von der Clearingstelle EEG in Auftrag gegebenen Gutachtens die Form der Nutzung der jeweiligen Flächen zu untersuchen.<sup>70</sup> Dünger- und Pflanzenschutzmitteleinsatz sowie die Häufigkeit und die Termine der Mahd sind laut Gutachten geeignete Kriterien, um zu ermitteln, ob die Landschaftspflege im Vordergrund steht bzw. die jeweiligen Maßnahmen überwiegend positive Auswirkungen auf die jeweiligen Flächen haben.<sup>71</sup> Das Anknüpfen an den Einsatz von (Stickstoff-)Dünger und Pflanzenschutzmitteln sowie an die Mahdtermine deckt sich auch mit den Nutzungsbeschränkungen in der Landschaftspflegerichtlinie (siehe hierzu unter 50) bzw. den Auflagen an die Flächenbewirtschaftung im Rahmen der Agrarumweltmaßnahmen bzw. des Vertragsnaturschutzes der Bundesländer.<sup>72</sup>

- 81 Indizien für das Vorliegen von Landschaftspflegemaßnahmen sind demnach der Verzicht auf Stickstoffdünger bzw. deren im Vergleich zur landwirtschaftlichen Nutzung deutlich eingeschränkter Einsatz und der Verzicht auf Pflanzenschutzmittel sowie die Anpassung der Bewirtschaftung bzw. der Mahdtermine, z. B. durch eine nur einschürige oder maximal zweischürige Mahd, an die jeweiligen Landschaftsge-

<sup>69</sup>Die im Vergleich zu der Zielbestimmung in § 1 Abs. 1 EEG 2004 fehlende Nennung des Begriffs des Naturschutzes begründet der Gesetzgeber damit, dass der Schutzgegenstand Natur Teil der Umwelt ist und daher zukünftig nicht mehr gesondert aufgeführt wird. Hieraus ergebe sich keine Abschwächung des Natur- und Umweltschutzes, BGBl. I Nr. 49, 2074, S. 89.

<sup>70</sup>Siehe Seite 16 des Gutachtens.

<sup>71</sup>Siehe Seite 10 sowie Seite 17 des Gutachtens.

<sup>72</sup>Siehe Übersicht auf Seite 19 des Gutachtens.

gebenheiten bzw. -anforderungen.

- 82 Diese Aspekte stellen zudem sicher, dass die betreffenden Pflanzen oder Pflanzenbestandteile bei Aktivitäten anfallen, deren vorrangiges Ziel jeweils nicht die land- oder forstwirtschaftliche bzw. gartenbauliche Nutzung der Fläche ist. So kann beispielsweise anhand der Anzahl und des Zeitpunktes der Mahdtermine bestimmt werden, ob das Material noch gute Futtereigenschaften hat und demnach vorrangig in landwirtschaftlicher Nutzungsabsicht gewonnen wurde.<sup>73</sup>
- 83 Bei Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen, die von gesetzlich geschützten Biotopen, aus besonders geschützten Natur- und Landschaftsteilen und aus Kernzonen von Biosphärenreservaten stammen, ist aufgrund der jeweiligen Schutzbestimmungen bzw. Nutzungsbeschränkungen davon auszugehen, dass die Pflegemaßnahmen naturschutzfachlich ausgerichtet sind. Es handelt sich demnach regelmäßig um Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen. Handelt es sich allerdings um Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die von land-, forstwirtschaftlich oder gartenbaulich genutzten Flächen stammen bzw. von Flächen, die nicht den oben angeführten Biotoptypen unterfallen, so ist die Vorrangigkeit der Landschaftspflege über die Einhaltung von naturschutzfachlich begründeten Anforderungen, d. h. Verzicht auf Stickstoffdünger- und/oder Pflanzenschutzmitteleinsatz sowie Anpassung der Mahdtermine, zu gewährleisten. Die Aspekte des Nachweises dieser Anforderungen werden unter 4.3 im Einzelnen behandelt.
- 84 Auch die teleologische Auslegung steht demnach einer weiten Auslegung des Begriffs der „Landschaftspflege“ nicht entgegen. Die Anforderung, dass die Maßnahmen vorrangig der Landschaftspflege dienen müssen, steht auch im Einklang mit der oben festgestellten Regelungskontinuität im EEG 2004 und EEG 2009, da die Unterscheidungsnotwendigkeit der Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen, von den Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen, die in land-, forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben anfallen, sowie die Berücksichtigung von Umwelt- und Naturschutzaspekten im EEG 2004 ebenso galten wie im EEG 2009.

### 4.1.3 Anfallen

- 85 Die Pflanzen oder Pflanzenbestandteile müssen des Weiteren im Rahmen der Landschaftspflege anfallen.

---

<sup>73</sup>Siehe Seite 17 des Gutachtens.

- 86 Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird mit dem Begriff „anfallen“ ausgedrückt, dass etwas z. B. bei der Produktion als Abfall-, Nebenprodukt und somit nebenbei entsteht.<sup>74</sup> Synonyme sind beispielsweise „entstehen“, „herauskommen“ und „sich ergeben“.
- 87 Der Begriff „anfallen“ ist demnach so zu verstehen, dass die Pflanzen oder Pflanzenbestandteile nicht notwendigerweise gezielt für die Stromerzeugung gewonnen werden müssen, sondern auch im Zuge des planmäßigen Wirtschaftens ggf. als zufälliges, für die jeweilige Betriebsform aber typisches, Nebenprodukt auftreten können.<sup>75</sup> Zudem wird nicht gefordert, dass die Pflanzen oder Pflanzenbestandteile in demselben Betrieb anfallen müssen, in dem sie eingesetzt werden.<sup>76</sup> Für den Bereich der Landschaftspflege bedeutet dies, dass das Landschaftspflegematerial auch von Dritten zur Biogasanlage angeliefert werden kann.

#### 4.2 Voraussetzungen des § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI. 2. c) Satz 1 EEG 2009

Dieser Bonus erhöht sich nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI. 2. c) Satz 1 EEG 2009 zudem für Strom aus Biogasanlagen bis einschließlich einer Leistung von 500 Kilowatt, wenn zur Stromerzeugung überwiegend Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen, eingesetzt werden. Der Anteil ist durch ein Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters nachzuweisen.

##### 4.2.1 Überwiegend

##### Relative oder absolute Mehrheit

- 88 Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet „überwiegend“ „den größten Teil bildend“.<sup>77</sup> Grundsätzlich ist dies erfüllt, wenn der Anteil, der überwiegen muss, mehr als 50 % der Gesamtmenge beträgt und demnach eine absolute Mehrheit bildet.

<sup>74</sup> Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts, <http://www.dwds.de/?kompakt=1&sh=1&qu=anfallen>, zuletzt abgerufen am 07.04.2009.

<sup>75</sup> Oschmann/Vollprecht, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 50.

<sup>76</sup> Oschmann/Vollprecht, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 50.

<sup>77</sup> Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts, <http://www.dwds.de/?kompakt=1&qu=%C3%BCberwiegend>, zuletzt abgerufen am 07.04.2009.

- 89 Dies steht auch im Einklang mit systematischen Erwägungen: Hätte der Gesetzgeber hier eine relative Mehrheit für ausreichend erachtet, so hätte er analog zur Regelung des sog. Güllebonus in Anlage 2 Nr. VI. 2. b) EEG 2009 einen bestimmten Prozentsatz wählen können.<sup>78</sup>

### Bezugsgröße

- 90 Fraglich ist allerdings, wie dieser Anteil zu ermitteln ist. In Betracht kommen als Bezugsgrößen die Masse – und hier wiederum entweder das Gewicht der Frischmasse oder das Gewicht der Trockensubstanz –, das Volumen, der Energiegehalt sowie der Stromertrag.
- 91 Der Wortlaut ist in diesem Punkt nicht eindeutig; eine Vorgängerregelung existiert nicht. Weder in den Gesetzesmaterialien noch in der Begründung des Gesetzgebers finden sich hierzu nähere Angaben. Die systematische Betrachtung führt zu dem Ergebnis, dass als Bezugsgröße die Masse bzw. das Gewicht der Frischmasse anzusetzen ist: Nach Anlage 2 Nr. I. 3. Satz 2 EEG 2009 ist der Anteil beim Einsatz von nachwachsenden Rohstoffen zusammen mit rein pflanzlichen Nebenprodukten auf der Grundlage der Standard-Biogaserträge zu ermitteln. Diese sind wiederum in Anlage 2 Nr. V<sup>79</sup> als kWh (elektrisch) pro Tonne Frischmasse angegeben. Der Anteil der Gülle muss nach Anlage 2 Nr. VI. 2. b) bb) jederzeit mindestens 30 Masseprozent betragen.
- 92 Das Abstellen auf die Masse bzw. das Gewicht der Frischmasse steht auch im Einklang mit den Zielen des EEG 2009: Der Einsatz von Landschaftspflegematerial soll durch den erhöhten Bonus angereizt werden. Würde auf die in der Praxis unpraktikablen Bezugsgrößen des Energiegehalts, des Stromertrags oder des Volumens abgestellt, so würde dieses Ziel konterkariert. Die Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die im Rahmen der Landschaftspflege anfallen, sind sehr unterschiedlich bzw. homogene Fraktionen fallen nur in kleinen Mengen an.<sup>80</sup> Würde auf den Energiegehalt oder den Stromertrag abgestellt, so wäre die absolute Mehrheit kaum erreichbar, da bei dem Landschaftspflegematerial die spezifisch enthaltene Energiemenge pro Tonne bzw. pro Hektar und damit auch der Ertrag deutlich geringer ist als bei üblichen Energiepflanzen.<sup>81</sup> Beim Abstellen auf das Volumen stellt sich die Frage, auf welchen

<sup>78</sup>Der Anteil von Gülle muss hiernach jederzeit mindestens 30 Masseprozent betragen.

<sup>79</sup>Positivliste der rein pflanzlichen Nebenprodukte und ihrer Standard-Biogaserträge.

<sup>80</sup>Siehe Seite 29 des Gutachtens.

<sup>81</sup>Siehe Seite 31 des Gutachtens.

Zeitpunkt abzustellen ist; das Volumen verändert sich stark in Abhängigkeit davon, ob das Material konserviert, siliert oder verdichtet ist. Ein Abstellen auf das Gewicht der Trockenmasse führt zu Problemen in der Praxis, da die Messung sehr schwierig, jedenfalls aufwändig ist. Zudem bestünde hier die Gefahr, dass gerade das Material mit dem geringsten Energiegehalt überwiegend eingesetzt wird. Dies steht nicht mit dem Ziel des EEG 2009 im Einklang, den Anteil der Erneuerbaren Energien an der Stromerzeugung schnell und effektiv zu erhöhen.

### Zeitlicher Bezugsrahmen

- 93 Für den zeitlichen Bezugsrahmen ist im Wege der Auslegung auf das Kalenderjahr abzustellen. Der „überwiegende“ Anteil an der Stromerzeugung ist im Jahresmittel einzuhalten. Dieser Bezugspunkt entspricht den im EEG 2009 und den auf seiner Grundlage ergangenen Verordnungen ganz überwiegend gewählten Vergütungs-, Abrechnungs- und Nachweisintervallen (vgl. §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 2, 25 Abs. 2, 27 Abs. 2, 36 Abs. 2 EEG 2009, §§ 39 Abs. 1, 53 Abs. 2 BioSt-NachV<sup>82</sup> und §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 2, 12 AusglMechV<sup>83</sup>). Hätte der Gesetzgeber einen anderen zeitlichen Bezugsrahmen gewollt, so hätte er dies – wie bei der Regelung des sog. Güllebonus in Anlage 2 Nr. VI. 2. b) Satz 1 mittels des Wortes „jederzeit“ geschehen – explizit in den Gesetzestext aufgenommen.

### 4.2.2 An-/Abmelderegung

- 94 Für eine An-/Abmelderegung gegenüber dem Netzbetreiber bzw. die Möglichkeit eines zeitweisen unterjährigen Ausstiegs und Wiedereinstiegs hinsichtlich der Vergütung mit dem Landschaftspflege-Bonus bestehen keine Anhaltspunkte im Gesetz. Die Regelung in Anlage 2 Nr. VII. ist insofern eindeutig, als dass der Anspruch entsteht, wenn die Voraussetzungen erstmals erfüllt sind und endgültig entfällt, sobald die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind.

<sup>82</sup>Verordnung über die Anforderungen an eine nachhaltige Herstellung von flüssiger Biomasse zur Stromerzeugung (Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung – BioSt-NachV) v. 23.07.2009, BGBl. I S. 2174.

<sup>83</sup>Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (AusglMechV) v. 17.07.2009, BGBl. I S. 2101.

### 4.3 Nachweisführung und Beweislastfragen

- 95 Hinsichtlich der Frage nach der Beweislast für das (Nicht-)Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale gilt für das EEG 2009 als im Wesentlichen privatrechtsgestaltendem Gesetz die allgemeine Regel, derzufolge immer diejenige Partei das Vorliegen etwaiger Tatbestandsmerkmale darzulegen und ggf. zu beweisen hat, für die die Darlegung und ggf. der Beweis (rechts-)günstige Folgen hat.<sup>84</sup> Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern obliegt daher der Nachweis des Vorliegens der Anforderungen des Landschaftspflege-Bonus.
- 96 Der Nachweis des Anteils des Landschaftspflegematerials an dem zur Stromerzeugung eingesetzten Material ist durch ein Gutachten einer Umweltgutachterin bzw. eines Umweltgutachters zu erbringen. Im Einsatzstofftagebuch ist das jeweilige Gewicht der Frischmasse des eingesetzten Materials anzugeben.
- 97 Hinsichtlich des Nachweises der Maßnahmen der Landschaftspflege, bei denen das Material angefallen ist, ist – wie bereits in der teleologischen Auslegung unter 75 dargelegt – zu unterscheiden:
- 98
1. Stammt das Material aus gesetzlich geschützten Biotopen, aus Kernzonen von Biosphärenreservaten oder von besonders geschützten Natur- und Landschaftsteilen, gilt die widerlegliche Vermutung, dass dort vorrangig Landschaftspflege betrieben wird bzw. die Landschaftspflegemaßnahmen den naturschutzfachlichen Anforderungen entsprechen. Hat der zuständige Netzbetreiber hieran Zweifel, so muss er diese Vermutung begründet erschüttern.
  2. Gleiches gilt für Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die von Vertragsnaturschutzflächen, Flächen aus Agrarumwelt- oder vergleichbaren Förderprogrammen stammen bzw. von Flächen, auf denen die Bewirtschaftungsaufgaben dieser Förderprogramme freiwillig eingehalten werden.
  3. Bei Pflegemaßnahmen, die nach den DIN-Normen „Vegetationstechnik im Landschaftsbau“<sup>85</sup> durchgeführt werden, kann den jeweiligen Beschreibungen

<sup>84</sup>Vgl. hierzu Greger, in: Zöller, ZPO-Kommentar, 26. Aufl. 2007, Vor § 284 Rn. 17a m. w. N.; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO-Kommentar, 29. Aufl. 2008, Vorbem. § 284 Rn. 32 m. w. N.

<sup>85</sup>Im Einzelnen: DIN 18915 Bodenarbeiten, DIN 18916 Pflanzen und Pflanzarbeiten, DIN 18917 Rasen und Saatarbeiten, DIN 18918 Ingenieurbiologische Sicherungsbauweisen; Sicherungen durch Ansaaten, Bepflanzungen, Bauweisen mit lebenden und nichtlebenden Stoffen und Bauteilen, kombinierte Bauweisen, DIN 18919 Entwicklungs- und Unterhaltungspflege von Grünflächen, DIN 18920 Schutz von Bäumen, Pflanzenbeständen und Vegetationsflächen bei Baumaßnahmen, DIN 18300 Erdarbeiten, DIN 18320 Landschaftsbauarbeiten.

## CLEARINGSTELLE EEG

der Maßnahmen entnommen werden, inwiefern Dünger und/oder Pflanzenschutzmittel eingesetzt werden. Ökologische Anforderungen sind hier regelmäßig einzubeziehen, so dass zunächst eine Vermutung dafür spricht, dass die Maßnahmen vorrangig der Landschaftspflege dienen.

4. Stammt das Material von sonstigen, nicht unter 1. bis 3. aufgeführten Flächen, insbesondere von Flächen, die auch land-, forstwirtschaftlich oder gartenbaulich genutzt werden, so muss die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber auf Nachfrage des Netzbetreibers nachweisen, dass die Maßnahmen, bei denen das Material jeweils anfällt, vorrangig der Landschaftspflege dienen. Indizien hierfür sind der vollständige Verzicht auf mineralischen Dünger und auf chemische Pflanzenschutzmittel sowie eine an den ökologischen Anforderungen der Fläche orientierte Abfolge der Mahdtermine bzw. eine Einschränkung der Mahd auf maximal zwei Termine pro Jahr. Die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber hat dafür Sorge zu tragen, dass ihr bzw. ihm diese Informationen ggf. durch den jeweiligen Lieferanten mitgeteilt bzw. nachgewiesen werden.
- 99 Die Einhaltung dieser Anforderungen ist in geeigneter Form, möglichst durch entsprechende Eintragungen im Einsatzstofftagebuch, zu dokumentieren.

### Beschluss

Die Empfehlung wurde einstimmig angenommen.

Gemäß § 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme der Empfehlung beendet.

Dr. Lovens

Lucha

Puke

Grobrügge

Weißborn

46

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/EmpfV/2008/48> können Sie dieses Dokument herunterladen.

2008/50

24. September 2009

## Beschluss

Die Clearingstelle EEG hat auf ihrer Sitzung am 24. September 2009 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG Dr. Lovens, die Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke und die nichtständigen Beisitzer der Clearingstelle EEG Grobrügge und Weißenborn beschlossen:

Das Empfehlungsverfahren 2008/50

Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Altanlagen ohne PV-Anlagen

wird gem. § 25 Nr. 2 VerfO<sup>1</sup> **eingestellt**.

---

<sup>1</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/Verfahrensordnung>, nachfolgend bezeichnet als VerfO.

---

<sup>I</sup>  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/50> können Sie dieses Dokument herunterladen.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung des Verfahrens</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Zusammenfassung der Stellungnahmen</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Begründung</b>	<b>5</b>
3.1	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	6
3.1.1	Beschluss vom 18. Februar 2009 – 1 BvR 3076/08 . . . . .	7
3.1.2	Beschluss vom 3. April 2009 – 1 BvR 3369/08 . . . . .	14
3.1.3	Beschluss vom 3. April 2009 – 1 BvR 3299/08 . . . . .	15
3.1.4	Zusammenfassung . . . . .	16
3.2	Vorrang vor den Entscheidungen der Clearingstelle EEG . . . . .	17
3.3	Fehlender weiterer Klärungsbedarf . . . . .	17

## I Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle EEG hat das Empfehlungsverfahren aufgrund einer Vielzahl von Einzel- und Verbandsanfragen zur Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009<sup>2</sup> eingeleitet. Insbesondere im Bereich der Erzeugung von Strom aus Biomasse ergab sich bereits vor dem Inkrafttreten des EEG 2009 gegenüber der Clearingstelle EEG von Seiten einzelner und verbandsmäßig vertretener Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber sowie Netzbetreiber Klärungsbedarf hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Anlagen mit einem Inbetriebnahmezeitpunkt vor dem 1. Januar 2009<sup>3</sup>.
- 2 Die Clearingstelle EEG hat daraufhin auf ihrer Sitzung am 24. November 2008 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG Dr. Lovens, die Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke und die nichtständigen Beisitzer der Clearingstelle EEG Grobrügge und Weißenborn gem. § 23 Abs. 1 VerfO die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgender Frage beschlossen:

Ist § 19 Abs. 1 EEG 2009 auch auf Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden und keine Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie sind, anzuwenden?

Die Vorlage für den vorliegenden Beschluss hat gemäß § 24 Abs. 5 VerfO der Clearingstelle EEG<sup>4</sup> der Vorsitzende Dr. Lovens erstellt.

- 3 Die bei der Clearingstelle EEG während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 12. Januar 2009, 16:00 Uhr Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 24 Abs. 1 VerfO erhalten. Die Stellungnahmen des vdp MitUnternehmer- und Genossenschaftsverbandes e. V., des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V., der Biogasunion e. V., des Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V., des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und des Fachverbandes Biogas e. V. sind fristgemäß eingegangen.

<sup>2</sup>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 Gesetz v. 28.03.2009, BGBl. I S. 643, 644 f., im Folgenden bezeichnet als EEG 2009.

<sup>3</sup>Nachfolgend auch bezeichnet als Bestandsanlagen.

<sup>4</sup>Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/Verfahrensordnung>.

## 2 Zusammenfassung der Stellungnahmen

4 Zu der Verfahrensfrage sind fristgerecht Stellungnahmen der nachfolgend genannten akkreditierten Verbände und registrierten öffentlichen Stellen eingegangen:<sup>5</sup>

5 1. vdp MitUnternehmer- und Genossenschaftsverband e. V.

6 Nach Ansicht des vdp MitUnternehmer- und Genossenschaftsverbandes e. V. findet § 19 Abs. 1 EEG 2009 aufgrund einer fehlenden Übergangsbestimmung in § 66 EEG 2009 nach dem Wortlaut des Gesetzes auch auf Anlagen Anwendung, die im Geltungszeitraum des EEG 2004 in Betrieb genommen wurden. § 19 Abs. 1 EEG 2009 sei jedoch verfassungswidrig und daher nichtig. Die Vorschrift verstoße, soweit sie auf Bestandsanlagen angewendet werden solle, gegen Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG<sup>6</sup>. Bei der Anwendung von § 19 EEG 2009 auf Bestandsanlagen handele es sich um eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte, unechte Rückwirkung.

7 2. BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

Der BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. vertritt die Ansicht, dass § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen anwendbar ist, sich indes nur auf die Vergütung von Strom auswirkt, der ab dem 1. Januar 2009 in Netze für die allgemeine Versorgung eingespeist wurde. Es handele sich bei der Anwendung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen nicht um eine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung, sondern lediglich um eine verfassungsrechtlich zulässige Rückanknüpfung. Aspekte des Vertrauensschutzes von Betreiberinnen und Betreibern von Bestandsanlagen stünden dem nicht entgegen, da die Rechtslage hinsichtlich der Aufteilung mehrerer Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien, insbesondere von Biogasanlagen, unklar und verworren gewesen sei.

3. Biogasunion e. V.

Die Biogasunion hält § 19 Abs. 1 EEG 2009 zwar aufgrund des Wortlauts, der Systematik und der Gesetzesbegründung für auf Bestandsanlagen anwendbar.

<sup>5</sup>Die teilweise sehr ausführlichen Stellungnahmen sind unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2008/50> abrufbar.

<sup>6</sup>Anmerkung der Clearingstelle EEG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, BGBl. III 100–1, zuletzt geändert durch Gesetz v. 29.07.2009, BGBl. I S. 2248.

## CLEARINGSTELLE EEG

Sie ist indes der Auffassung, diese Anwendung sei verfassungswidrig und verstoße gegen das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber. Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung sei nicht ersichtlich, der Schutz des Zeitraums der Zahlung der Mindestvergütung von 20 Jahren sei vorrangig.

4. Bundesverband Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V.

Der Bundesverband Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V. hält § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen zwar für anwendbar, diese Anwendung sei indes verfassungswidrig und verletze die Art. 14 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG.

5. Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz

Das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) verweist auf eine beim Bundesverfassungsgericht anhängige Verfassungsbeschwerde. Diese zielt darauf ab, den Geltungsbereich von § 19 Abs. 1 EEG 2009 ausschließlich auf Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2008 errichtet werden bzw. worden sind, zu beschränken. Das BMELV vertritt die Ansicht, das Ergebnis des bundesverfassungsgerichtlichen Verfahrens sei umzusetzen.

6. Fachverband Biogas e. V.

8 Der Fachverband Biogas e. V. geht davon aus, dass § 19 Abs. 1 EEG 2009 auch für Anlagen gilt, die vor dem Inkrafttreten des EEG 2009 in Betrieb gegangen sind. Dies verstoße jedoch gegen Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG. Dieser Verstoß sei verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

9 Der Fachverband Biogas e. V. weist auf eine von ihm durchgeführte Umfrage hin, derzufolge gut 200 Anlagen in einem Abstand von 500 Metern innerhalb von 12 Kalendermonaten in Betrieb gegangen seien. Unter Berücksichtigung statistischer Erwägungen geht er davon aus, dass etwa 250 Anlagen betroffen und deren Betreiberinnen bzw. Betreiber von Insolvenz bedroht seien.

### 3 Begründung

10 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren eingestellt, weil die diesem zugrundeliegende Frage durch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hinreichend und

---

5  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2008/50> können Sie dieses Dokument herunterladen.

abschließend beantwortet ist (hierzu 3.1) und diese Entscheidungen jeder etwaigen anderen Entscheidung der Clearingstelle EEG vorgehen (hierzu 3.2).

11 Die Clearingstelle EEG weist indes auf Folgendes hin:

12 1. Das Empfehlungsverfahren 2008/50 hatte allein die *Anwendbarkeit* von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen zum Gegenstand, während die *Auslegung* von § 19 Abs. 1 EEG 2009 teilweise Gegenstand anderer Verfahren der Clearingstelle EEG ist:

(a) Die Empfehlung vom 14. April 2009 (2008/49) der Clearingstelle EEG<sup>7</sup> beantwortet die Frage, wann sich mehrere Anlagen „auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009) befinden.

(b) Der Hinweis vom 5. November 2009 (2009/13) der Clearingstelle EEG<sup>8</sup> legt aus, wann mehrere Anlagen „innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind“ (§ 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009).

2. Die bislang veröffentlichten bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen beziehen sich ausschließlich auf Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biomasse. Insbesondere behandeln sie keinen Fall der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie in Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb gesetzt worden sind. Dass § 19 Abs. 1 EEG 2009 nicht auf PV-Anlagen mit einem Inbetriebnahmedatum vor dem 1. Januar 2009 anwendbar ist, ergibt sich aus der Anwendung einfachen Rechts, nicht Verfassungsrechts, wie die Clearingstelle EEG in ihrer Empfehlung vom 10. Juni 2009 (2009/5)<sup>9</sup> dargelegt hat.

### 3.1 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

13 Beim Bundesverfassungsgericht sind, soweit ersichtlich, bis zur Fassung dieses Beschlusses durch die Clearingstelle EEG sechs Verfassungsbeschwerden<sup>10</sup> eingereicht

<sup>7</sup>Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/49>.

<sup>8</sup>Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/HinwV/2009/13>.

<sup>9</sup>Abzurufen unter: <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2009/5>.

<sup>10</sup>Aktenzeichen: 1 BvR 3076/08, 1 BvR 3299/08, 1 BvR 3369/08, 1 BvR 3370/08, 1 BvR 3371/08 und 1 BvR 3372/08.

worden, die sich gegen die Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen wenden. Von diesen sechs Verfassungsbeschwerdeverfahren sind drei durch veröffentlichte Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts beendet,<sup>11</sup> deren Inhalt im Folgenden wiedergegeben und zusammengefasst wird.<sup>12</sup> Die Verfassungsbeschwerdeführerinnen und -beschwerdeführer beriefen sich in den Verfahren ganz überwiegend auf die Verletzung der Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG sowie auf den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz.

### 3.1.1 Beschluss vom 18. Februar 2009 – 1 BvR 3076/08

- 14 Dem ersten Beschluss<sup>13</sup> lag eine Konstellation zugrunde, in der Biogasanlagen spätestens im Juli 2006 geplant wurden<sup>14</sup> und sodann sukzessive im Zeitraum von November 2006 bis Dezember 2007 in Betrieb genommen worden sind. Das Bundesverfassungsgericht führte in dem Beschluss aus:

[...]

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat keinen Erfolg.

[...]

Bei der Prüfung des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, der in der Hauptsache gestellte Antrag ist von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet [...]

[...]

Eine Verfassungsbeschwerde ist in diesem Sinne offensichtlich unbegründet, wenn das Gericht zum Zeitpunkt der Entscheidung der Auffassung

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.02.2009 (1 BvR 3076/08), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20090218\\_1bvr307608a.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20090218_1bvr307608a.html), BVerfG, Beschl. v. 03.04.2009 (1 BvR 3369/08), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20090403\\_1bvr336908.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20090403_1bvr336908.html), BVerfG, Beschl. v. 03.04.2009 (1 BvR 3299/08), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20090403\\_1bvr329908.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20090403_1bvr329908.html), alle zuletzt abgerufen am 03.09.2009 und auch abzurufen über <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/661>.

<sup>12</sup> Aus Gründen der Übersichtlichkeit sind u. a. die angeführten Verweise auf Literatur und Rechtsprechung nicht mitzitiert.

<sup>13</sup> Vgl. zu diesem auch die Zusammenfassung unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/585>.

<sup>14</sup> Im Juli 2006 wurde ein Leasingvertrag über die noch in Betrieb zu nehmenden Biogasanlagen geschlossen.

ist, dass kein Gesichtspunkt erkennbar ist, der der Verfassungsbeschwerde zum Erfolg verhelfen könnte. Die Unbegründetheit muss daher nicht auf der Hand liegen; sie kann auch das Ergebnis vorgängiger gründlicher Prüfung sein [...]

15 Gemessen hieran erweist sich die Verfassungsbeschwerde hinsichtlich beider Beschwerdeführerinnen jedenfalls als offensichtlich unbegründet. Erst in einem Hauptsacheverfahren zu klärende Fragen wirft sie nicht auf [...]

Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung ist die Frage, ob § 19 Abs. 1 EEG 2009 mit den als verletzt bezeichneten Grundrechten der Beschwerdeführerinnen aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

[...]

§ 19 Abs. 1 EEG 2009 verstößt nicht gegen das Grundrecht der Beschwerdeführerinnen aus Art. 14 Abs. 1 GG.

[...]

Es erscheint bereits zweifelhaft, ob der Vergütungsanspruch unter Geltung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2004 in der von den Beschwerdeführerinnen angenommenen Höhe bestanden hat [...] Selbst wenn man dies bejaht und § 19 Abs. 1 EEG 2009 ausgehend hiervon eine nach altem Recht erworbene Rechtsposition der Beschwerdeführerinnen verkürzt, ist die Regelung als verfassungsrechtlich zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung nicht zu beanstanden [...]

Soweit ersichtlich existiert keine fachgerichtliche Rechtsprechung zu der Problematik des Anlagensplittings und der vergütungsrechtlichen Bewertung von Biogasanlagenparks unter Geltung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2004. [...]

Im Schrifttum wird die Frage, wann mehrere Anlagen gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 zu einer Anlage zusammenzufassen sind, unterschiedlich beantwortet. [...]

[...]

Beide vorstehend dargestellten Auffassungen erscheinen vertretbar. [...]

[...]

## CLEARINGSTELLE EEG

Die vorstehend aufgeworfene einfachrechtliche Frage bedarf im Ergebnis keiner Entscheidung. Selbst wenn man – wie im Folgenden – der verfassungsrechtlichen Prüfung zugrunde legt, dass der Gesetzeswortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs mit § 11 Abs. 6 EEG 2004 einer teleologisch orientierten Auslegung des Anlagenbegriffs entgegensteht und die Stromeinspeisungen des Bioenergieparks K... daher bislang einzelanlagenbezogen zu vergüten waren, ist § 19 Abs. 1 EEG 2009 verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Auch wenn man zugunsten der Beschwerdeführerinnen von eigentumsrechtlich geschützten Positionen ausgeht, ist Art. 14 Abs. 1 GG nicht verletzt.

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie ist auch der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen, der in Art. 14 Abs. 1 GG für vermögenswerte Güter eine eigene Ausprägung erfahren hat [...]

16 Die konkrete Reichweite des Schutzes durch die Eigentumsgarantie ergibt sich erst aus der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, die nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Sache des Gesetzgebers ist [...]. Allerdings ist der Gesetzgeber bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums nicht gänzlich frei. Er muss die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Dabei ist er an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden [...]. Im Falle einer Änderung der Rechtsordnung muss der Gesetzgeber für Eingriffe in durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte subjektive Rechte legitimierende Gründe haben [...]. Regelungen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, die zu solchen Eingriffen führen, sind nur zulässig, wenn sie durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sind. Die Eingriffe müssen zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet und erforderlich sein, insbesondere dürfen sie den Betroffenen nicht übermäßig belasten und für ihn deswegen unzumutbar sein [...].

17 Ausgehend hiervon stellt § 19 Abs. 1 EEG 2009 eine verfassungsgemäße Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Zwar führt die Regelung zu einer erheblichen Reduzierung der mit dem Betrieb des Bioenergie-

---

9  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/EmpfV/2008/50> können Sie dieses Dokument herunterladen.

parks K... erzielbaren Einspeisevergütung [...] Diese gesetzliche Kürzung des Vergütungsanspruchs gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 8 EEG 2004 genügt jedoch den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes [...] sowie des im Gewährleistungsbereich des Art. 14 Abs. 1 GG zu berücksichtigenden Grundsatzes des Vertrauensschutzes [...]

[...]

Die Zusammenfassung mehrerer in unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Nähe errichteter Anlagen, die in Abhängigkeit von der Anlagenleistung zu vergütenden Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energien erzeugen, ist zur Erreichung dieses gesetzgeberischen Ziels geeignet und erforderlich. Dies gilt auch für die Erstreckung der Regelung auf Anlagen, die bereits vor Inkrafttreten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2009 in Betrieb genommen worden sind. Dem Gesetzgeber stand kein milderes, die Betroffenen weniger belastendes Mittel zur Verfügung, mit dem er seine Ziele ebenso gut hätte erreichen können. Insbesondere würde die von den Beschwerdeführerinnen geforderte Ausklammerung modularer Bestandsanlagen aus dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 EEG 2009 dazu führen, dass die Stromverbraucher weiterhin die aus der einzelanlagenbezogenen Vergütung dieser Anlagen resultierenden, vom Gesetzgeber als überhöht angesehenen (Mehr-)Kosten tragen müssten. Mit dieser Einschränkung ihres Anwendungsbereichs wäre die Regelung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 zur Erreichung des verfolgten Ziels daher nicht gleichermaßen geeignet wie in der gültigen Fassung.

Die Zusammenfassung der Leistung mehrerer – auch vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommener – Biomasseanlagen unter den in § 19 Abs. 1 EEG 2009 genannten Voraussetzungen ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Beschwerdeführerinnen werden auch unter Berücksichtigung der gravierenden wirtschaftlichen Nachteile nicht unangemessen belastet. Die nachträgliche Änderung der Vergütungsvorschriften könnte sich nur dann als unangemessen erweisen, wenn die Beschwerdeführerinnen von Verfassungs wegen auf den Fortbestand des nach ihrem Verständnis in § 3 Abs. 2 EEG 2004 geregelten Anlagenbegriffs vertrauen durften. Dies ist [...] jedoch nicht der Fall.

## CLEARINGSTELLE EEG

- 18 § 19 Abs. 1 EEG 2009 genügt den Anforderungen des im Gewährleistungsbereich des Art. 14 Abs. 1 GG zu berücksichtigenden Grundsatzes des Vertrauensschutzes. Zwar entfaltet die Vorschrift rückwirkende Kraft [...] Diese Rückwirkung ist jedoch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden [...]
- § 19 Abs. 1 EEG 2009 ist am Maßstab des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot zu messen. Zwar bezieht sich die Vorschrift nur auf den Zeitraum nach ihrem Inkrafttreten. Sie hat jedoch insoweit rückwirkende Kraft, als sie auch auf vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommene Biomasseanlagen Anwendung findet und in diesen Fällen bereits in der Vergangenheit begründete, aber noch andauernde (gesetzliche) Schuldverhältnisse für die Zukunft abändert. Das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot enthält für verschiedene Fallgruppen unterschiedliche Anforderungen [...]
- 19 Eine unechte Rückwirkung ist verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Sie liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet. Allerdings können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Diese sind erst überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen [...]
- 20 Eine echte Rückwirkung ist dagegen verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig. Sie liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift [...] Auch in diesem Fall gibt es aber Ausnahmen. Das Rückwirkungsverbot findet im Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht nur seinen Grund, sondern auch seine Grenze [...] Es gilt dort nicht, wo sich kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die Betroffenen schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht mit dem Fortbestand der Regelungen rechnen konnten. Ferner kommt ein Vertrauensschutz nicht in Betracht, wenn die Rechtslage so unklar und verworren war, dass eine Klärung

erwartet werden musste. Schließlich muss der Vertrauensschutz zurücktreten, wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung erfordern [...]

- 21 [...] Gemessen hieran genügt § 19 Abs. 1 EEG 2009 den verfassungsrechtlichen Anforderungen.
- 22 Es kann letztlich dahinstehen, ob die Vorschrift eine echte oder unechte Rückwirkung entfaltet. Jedenfalls konnten die Beschwerdeführerinnen in keinem Fall und zu keinem Zeitpunkt auf den Fortbestand der in § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 nach ihrer Auffassung getroffenen Regelung vertrauen.
- 23 Bereits vor Beginn der Planungen für die Errichtung des Anlagenparks wurde in der Kommentarliteratur zu § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 die Auffassung vertreten, dass es für die Frage der Zusammenfassung mehrerer Anlagen auf den wirtschaftlichen Zusammenhang der Investition am gewählten Standort ankomme [...]. Zudem diene § 3 Abs. 2 EEG 2004 [...] nach der Gesetzesbegründung „auch dazu, die dem Gesetzeszweck widersprechende Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten zu verhindern“ [...]. Die Bundesregierung hat daher schon in einer – vor Inbetriebnahme der ersten Anlage des Anlagenparks veröffentlichten – Gegenäußerung vom 25. August 2006 (BTDrucks 16/2455, S. 14), die die Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Änderungsgesetzes zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2004 betraf, darauf hingewiesen, dass die Praxis des Anlagensplittings nach ihrer Auffassung bereits mit geltendem Recht unvereinbar sei. Auch der Bundesrat hat in der vorgenannten Stellungnahme vom 7. Juli 2006 (BRDrucks 427/06 [...]) festgestellt, dass die Anlagendefinition des § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 in der Praxis durch Aufteilung insbesondere von Biogasanlagen in möglichst viele Einzelkomponenten „umgangen“ werde. Diese Splittung habe ökologisch negative Begleiterscheinungen (größere Transportentfernungen für Biomasse und Gärsubstrat, höhere Emissionen, höherer Flächenverbrauch). Gleichzeitig würden die Stromverbraucher mit einer ungerechtfertigt hohen EEG-Umlage belastet. In einer EntschlieÙung vom 4. Juli 2008 (BRDrucks 418/08 [...]) hat der Bundesrat die Auffassung der

## CLEARINGSTELLE EEG

---

Bundesregierung geteilt, dass die bewusste Aufteilung von Biogasanlagen in mehrere Einheiten zum Zwecke der Erlangung höherer Vergütungen dem Gesetzeszweck des Erneuerbare-Energien-Gesetzes widerspreche.

24 Lläuft somit die Konzeption des Anlagenparks K... erkennbar ([...]) der ausdrücklich erklärten gesetzgeberischen Regulationsintention zuwider, eine Aufteilung von Biogasanlagen in kleinere Einheiten zu verhindern, mussten die Beschwerdeführerinnen jedenfalls mit einer künftigen Änderung dieser Rechtspraxis durch den Gesetzgeber rechnen [...]

25 Dieser Annahme steht auch nicht die 20-jährige Vergütungsgarantie des § 12 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 entgegen, aus der die Beschwerdeführerinnen einen gesteigerten Vertrauensschutz ableiten wollen. Es kann offen bleiben, ob die angegriffene Regelung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 aufgrund eines etwa in § 12 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 normierten besonderen Vertrauenstatbestandes den verfassungsrechtlichen Anforderungen einer echten Rückwirkung genügen muss [...]. Da sich ein schutzwürdiges Vertrauen der Beschwerdeführerinnen auf den Fortbestand der in § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 nach ihrem Verständnis getroffenen Regelung zu keinem Zeitpunkt bilden konnte, wäre eine diesbezügliche Änderung der Vergütungsvorschriften verfassungsrechtlich selbst dann nicht zu beanstanden, wenn ihr echte Rückwirkung zukäme. Auch § 12 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 statuiert keinen uneingeschränkten Anspruch der Anlagenbetreiber auf Aufrechterhaltung des vergütungsrechtlichen Status quo, der von Verfassungs wegen einer Schließung im Nachhinein erkannter Gesetzeslücken entgegensteht. Das zögerliche Vorgehen des Gesetzgebers, dem die bestehenden Rechtsunsicherheiten und die missbilligte Praxis des Anlagensplittings jedenfalls seit August 2006 bewusst waren, mag unverständlich erscheinen. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung spielt dies ebenso wenig eine Rolle wie die Frage, ob die Erstreckung der nunmehr getroffenen Regelung auf Bestandsanlagen mit Blick auf die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 und 2 EEG 2009 rechts- und umweltpolitisch sinnvoll ist.

Sofern man Art. 14 Abs. 1 GG mangels verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes des Vergütungsanspruchs nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz von vornherein nicht für einschlägig erachten wollte, ergäbe sich im Ergebnis nichts anderes.

Die vorstehenden Ausführungen zu Inhalt und Grenzen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des Vertrauensschutzes beanspruchten auch im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG [...] Geltung.

[...]

**3.1.2 Beschluss vom 3. April 2009 – 1 BvR 3369/08**

26 Dem zweiten Beschluss lag eine Konstellation zugrunde, in der fünf Beschwerdeführerinnen auf demselben Betriebsgelände fünf offenbar technisch selbständige Biogasanlagen betrieben, die im Zeitraum von September bis November 2005 in Betrieb genommen worden sind. Zwei weitere Beschwerdeführerinnen betrieben seit dem Jahr 2007 zwei beziehungsweise vier weitere Biogasanlagen auf jeweils demselben Betriebsgelände.

27 Das Bundesverfassungsgericht entschied über den Beschluss in einer Kammerbesetzung. Die Kammer nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.

28 Das Bundesverfassungsgericht führte aus:

[...]

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Annahmenvoraussetzungen gemäß § 93a Abs. 2 BVerfGG [...] nicht vorliegen. Damit erledigt sich zugleich der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (vgl. § 40 Abs. 3 GOBVerfG).

29 [...] Der Verfassungsbeschwerde kommt keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu (vgl. § 93a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG). Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden (vgl. insbesondere BVerfG, Beschluss vom 18. Februar 2009 – 1 BvR 3076/08 [...]).

[...]

30 Die angegriffene Regelung verletzt die Beschwerdeführerinnen nicht in ihren Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG.

31 Insoweit wird verwiesen auf den bereits genannten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Februar 2009 – 1 BvR 3076/08 –. Die

dortigen Ausführungen zu Inhalt und Grenzen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes beanspruchen auch für das vorliegende Verfahren Geltung. Insbesondere war auch für die hiesigen Beschwerdeführerinnen zu 1) bis 5) bereits vor Errichtung und Inbetriebnahme ihrer Anlagen aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 EEG 2004 [...] ersichtlich, dass der Gesetzgeber die dem „Gesetzeszweck widersprechende Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten“ verhindern wollte. Es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob die im Rahmen eines einheitlichen Projekts errichteten einzelnen Anlagen einer § 19 Abs. 1 EEG 2009 unterfallende Anlagenmehrheit von einer oder mehreren Gesellschaften betrieben werden und ob eine derartige Anlagenmehrheit sich aus wenigen oder vielen einzelnen Modulen zusammensetzt. Auch kommt es nicht darauf an, ob die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien in industriellem Maßstab (etwa durch eine Publikumsgesellschaft) oder im Rahmen eines in die lokalen Strukturen integrierten landwirtschaftlichen Betriebes erfolgt. [...]

[...]

### 3.1.3 Beschluss vom 3. April 2009 – 1 BvR 3299/08

32 Dem dritten Beschluss lag eine Gestaltung zugrunde, bei der zehn Beschwerdeführerinnen auf einem etwa 16 Hektar großen Grundstück jeweils eine offenbar technisch selbständige Biogasanlage mit einer elektrischen Wirkleistung von 844 kW betrieben. Die Anlagen wurden am 21. Dezember 2007 immissionsschutzrechtlich genehmigt und speisten den erzeugten Strom in das Netz des zuständigen Netzbetreibers ein.

33 Das Bundesverfassungsgericht in der Kammerbesetzung nahm auch diese Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an und führte aus:

[...]

34 Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Annahmeveraussetzungen gemäß § 93a Abs. 2 BVerfGG [...] nicht vorliegen. Damit erledigt sich zugleich der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (vgl. § 40 Abs. 3 GOBVerfG).

- 35 [...] Der Verfassungsbeschwerde kommt keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu (vgl. § 93a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG). Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden (vgl. insbesondere BVerfG, Beschluss vom 18. Februar 2009 – 1 BvR 3076/08 [...]).

[...]

Die angegriffene Regelung verletzt die Beschwerdeführerinnen nicht in ihren Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

Insoweit wird verwiesen auf den bereits genannten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Februar 2009 – 1 BvR 3076/08 –. Die dortigen Ausführungen insbesondere zu Inhalt und Grenzen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des Vertrauensschutzes beanspruchen auch für das vorliegende Verfahren Geltung.

[...]

- 36 [...] Auch eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht festzustellen. Inwieweit § 19 Abs. 1 EEG 2009 in einem gleichheitswidrigen Widerspruch zu dem Vergütungssystem des Gesetzes stehen sollte, ist nicht ersichtlich.

[...]

#### 3.1.4 Zusammenfassung

- 37 Das Bundesverfassungsgericht hat in den o. g. Entscheidungen nach Prüfung von Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und 3 GG § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Anlagen für anwendbar erklärt, die frühestens im September 2005 in Betrieb genommen worden sind. Nach dessen Ausführungen kann die Frage offen bleiben, ob es sich bei der Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Bestandsanlagen um eine echte oder eine unechte Rückwirkung (bzw. eine tatbestandliche Rückanknüpfung) handelt. Denn selbst wenn es sich um eine echte Rückwirkung handelte, könnten sich die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber nicht auf den Schutz ihres Vertrauens berufen, da nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts bereits die Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 EEG 2004 die Bildung eines entsprechenden Vertrauens ausgeschlossen hat.

- 38 Den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts ist zudem zu entnehmen, dass es den Ausführungen im ersten Beschluss<sup>15</sup> grundsätzliche Bedeutung für die Frage beimisst, die diesem Empfehlungsverfahren zugrundelag. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass es nicht nur die Anträge auf einstweilige Anordnung abgelehnt, sondern zudem ausgeführt hat, dass die Verfassungsbeschwerde erst in einem Hauptsacheverfahren zu klärende Fragen nicht aufwürfe. Zum anderen entschied das Bundesverfassungsgericht über die weiteren Verfassungsbeschwerden zu ähnlich gelagerten Sachverhalten<sup>16</sup> in der Kammerbesetzung und lehnte die Verfassungsbeschwerden von vornherein ab, somit hatten sich die Anträge auf einstweilige Anordnung erledigt. Die Kammer nahm dabei vollumfänglich Bezug auf den ersten Beschluss, obschon sich jedenfalls die Inbetriebnahmezeitpunkte der jeweiligen Biomasseanlagen unterschieden. Hierauf kam es verfassungsrechtlich jedenfalls bezüglich der jeweiligen beschwerdegegenständlichen Zeiträume nicht an.

### 3.2 Vorrang vor den Entscheidungen der Clearingstelle EEG

- 39 Die Clearingstelle EEG ist nicht dazu berufen, die Verfassungsmäßigkeit von Regelungen des Erneuerbare-Energien-Gesetz zu bewerten. Dies ergibt sich schon aus Art. 100 Abs. 1 GG. Hält demzufolge ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Ergeht an Gerichte der verfassungsrechtliche Befehl, die Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Bundesgesetzes mit dem Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht zu überlassen<sup>17</sup>, so gilt dies erst recht für die Clearingstelle EEG, die kein Gericht ist, zumal gerichtliche Entscheidungen ihren Entscheidungen vorgehen, § 32 VerfO.

### 3.3 Fehlender weiterer Klärungsbedarf

- 40 Nach den und aufgrund der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bleibt für eine Entscheidung der Clearingstelle EEG zur verfahrensgegenständlichen Frage,

<sup>15</sup>Vgl. 3.1.1.

<sup>16</sup>Vgl. 3.1.2 und 3.1.3.

<sup>17</sup>Sog. Gesetzesverwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts.

## CLEARINGSTELLE EEG

ob § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf Anlagen anzuwenden ist, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden und keine Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie sind, kein Raum. Sie hatte das Verfahren gem. § 25 Nr. 2 VerfO daher einzustellen.

Der Beschluss wurde einstimmig gefasst.

Gemäß § 25 Nr. 2 VerfO ist das Verfahren durch diesen Beschluss beendet.

Dr. Lovens

Lucha

Puke

Grobrügge

Weißborn

2008/20

29. Dezember 2009

## Empfehlung

Die Clearingstelle EEG empfiehlt, die Fragen des Empfehlungsverfahrens 2008/20

„Zuständigkeit und Kostentragung für Messeinrichtungen von EEG-Anlagen ohne registrierende Leistungsmessung“

wie folgt zu beantworten:

1. Die Messung des eingespeisten und des bezogenen Stromes ist von der Errichtung und dem Betrieb der Messeinrichtung rechtlich zu unterscheiden. Zuständig für die *Messung* im Sinne des EEG 2004 ist jedenfalls bei Anlagen, die bis zum 31. Dezember 2008 in Betrieb genommen worden sind, die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber.
2. § 21b EnWG 2005<sup>1</sup> ist auf Messeinrichtungen im Sinne des § 13 Abs. 1 EEG 2004 anwendbar, wenn
  - (a) die Einspeisung über einen Anschluss im Sinne von § 17 oder § 18 EnWG 2005 erfolgt, über den also zugleich ein Anschlussnehmer oder -nutzer im Sinne von § 17 oder § 18 EnWG 2005 ans Netz angeschlossen ist, der diesen Anschluss zur Entnahme von Elektrizität nutzt,
  - (b) die entnommene Energie (auch) Bezugsstrom der EEG-Anlage ist *und*
  - (c) Bezugs- wie auch Entnahmestrom in einer Weise gemessen wird, die eine technisch getrennte Erfassung und Zuordnung des zu verschiedenen Zwecken aus dem Netz entnommenen Stroms nicht ermöglicht.

Bei einem Anschluss im Sinne von § 18 EnWG 2005, also einem Anschluss, über den ein Letztverbraucher auf der Niederspannungsebene Strom aus ei-

---

<sup>1</sup>Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) v. 07.07.2005, BGBl. I S. 1970 (3621), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes v. 21.08.2009, BGBl. I S. 2870.

nem Netz der allgemeinen Versorgung entnimmt, sind zudem die NAV<sup>2</sup>, insbesondere § 22 NAV und § 20 NAV in Verbindung mit den jeweiligen Technischen Anschlussbedingungen (TAB) der Netzbetreiber, auf Messeinrichtungen im Sinne des § 13 Abs. 1 EEG 2004 anwendbar, wenn die vorstehend unter (a) bis (c) genannten Voraussetzungen entsprechend vorliegen.

3. Die StromGVV<sup>3</sup>, insbesondere § 8 Abs. 1 StromGVV i. V. m. § 21 b EnWG 2005, gelten für eine (auch) den Bezugsstrom der EEG-Anlage erfassende Messeinrichtung, wenn der Bezugsstrom der EEG-Anlage im Rahmen der Grundversorgung nach § 36 EnWG 2005 oder im Rahmen der Ersatzversorgung nach § 38 EnWG 2005 geliefert wird. Dies gilt unabhängig davon, ob die EEG-Anlage über einen Anschluss nach § 18 EnWG 2005 gemeinsam mit weiteren Verbrauchseinrichtungen oder über einen eigenen Anschluss nach §§ 5, 13 EEG 2004 Strom einspeist und bezieht, sowie unabhängig davon, ob eine messtechnisch getrennte Erfassung des Bezugsstromes der EEG-Anlage einerseits und des Bezugsstromes eventueller weiterer Verbrauchseinrichtungen andererseits erfolgt. Die StromGVV gilt hingegen nicht für Messeinrichtungen im Sinne des § 13 Abs. 1 EEG 2004, welche lediglich den eingespeisten Strom erfassen.
4. Bei der Versorgung einer EEG-Anlage und weiterer Verbrauchseinrichtungen über einen gemeinsamen Anschluss nach § 17 oder § 18 EnWG 2005 kann im Falle einer messtechnisch nicht getrennten Erfassung von Bezugsstrom der EEG-Anlage einerseits und Entnahmestrom für weitere Verbrauchseinrichtungen andererseits die StromNZV<sup>4</sup>, insbesondere §§ 18 ff. StromNZV i. V. m. Vorschriften der MessZV<sup>5</sup>, weitere Anforderungen an die Messeinrichtungen stellen.

<sup>2</sup>Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung v. 01.11.2006, BGBl. I S. 2477, zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 5 der Verordnung v. 17.10.2008, BGBl. I S. 2006.

<sup>3</sup>Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz (Stromgrundversorgungsverordnung - StromGVV) v. 26.10.2006, BGBl. I S. 2391, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 9 der Verordnung vom 17.10.2008, BGBl. I S. 2006.

<sup>4</sup>Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzzugangsverordnung – StromNZV) v. 25.07.2005, BGBl. I S. 2243, zuletzt geändert durch die Verordnung zum Erlass von Regelungen über Messeinrichtungen im Strom- und Gasbereich v. 17.10.2008, BGBl. I S. 2006.

<sup>5</sup>Verordnung über Rahmenbedingungen für den Messstellenbetrieb und die Messung im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitäts- und Gasversorgung (Messzugangsverordnung – MessZV) v. 17.10.2008, BGBl. I S. 2006.

## CLEARINGSTELLE EEG

5. Messeinrichtungen im Sinne der Verfahrensfrage sind grundsätzlich keine für die Sicherheit des Netzes notwendigen Einrichtungen im Sinne des § 13 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004, § 49 EnWG 2005 und die für die Sicherheit des Netzes im Einzelfall notwendigen technischen Anforderungen des Netzbetreibers kommen bei solchen Messeinrichtungen nicht zur Anwendung.
6. Messeinrichtungen müssen den eichrechtlichen Anforderungen entsprechen.
7. Vorbehaltlich der Zustimmung der zuständigen Steuerbehörden, der zuständigen Eichbehörde, des Netzbetreibers im Hinblick auf die Netzentgelte und des Elektrizitätsversorgungsunternehmens als Stromlieferanten rät die Clearingstelle EEG, jedenfalls bei einer oder mehreren Anlagen mit einer Leistung von insgesamt bis zu 30kW wegen des allenfalls geringfügigen Strombezugs Einspeise- und Bezugsstrom über einen Einrichtungszähler ohne Rücklaufsperrung oder den Bezugsstrom durch eine pauschale Abrechnung zu erfassen. Anlagenbetreiberinnen und -betreiber obliegt es, die vorgenannten Zustimmungen einzuholen.
8. Strom aus mehreren Anlagen kann über eine gemeinsame Messeinrichtung abgerechnet werden, wenn es sich um gleichartige, demselben Vergütungssatz (unbeschadet etwaiger Vergütungsstufen) unterliegende Anlagen handelt. Bei verschiedenartigen Energieträgern oder unterschiedlichen Vergütungssätzen (z. B. mit und ohne Vergütungszuschlag) unterliegenden Anlagen kann der erzeugte Strom nur über eine gemeinsame Messeinrichtung abgerechnet werden, wenn sich den Umständen des Einzelfalls nach die Richtigkeit der Abrechnung gewährleisten lässt. Dies kann z. B. erreicht werden, indem die gesamten Erträge sowohl zu den einzelnen Wirkleistungen als auch zu den jeweiligen spezifischen Erträgen der einzelnen Erzeugungsanlagen ins Verhältnis gesetzt werden.
9. Messeinrichtungen sind notwendig, wenn sie eine messtechnisch, sicherheitstechnisch, vergütungs- und abrechnungstechnisch sowie steuerrechtlich hinreichend genaue und rechtlich nicht zu beanstandende Erfassung der jeweils erzeugten und eingespeisten wie auch der bezogenen Strommengen sicherstellen.
10. Die abstrakt notwendigen Kosten für die notwendigen Messeinrichtungen im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 sind die für die notwendigen Messein-

richtungen anfallenden Kosten. Die im Einzelfall konkret notwendigen Kosten ergeben sich aus den Marktpreisen, die die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber aufgrund vertraglicher Vereinbarung mit dem Netzbetreiber oder einem fachkundigen Dritten zur Errichtung und/oder zum Betrieb der Messeinrichtungen zu entrichten hat.

11. Fachkundig im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 ist eine natürliche oder – unbeschadet einer internen Aufgabendelegation – juristische Person, wenn sie über die jeweils notwendigen Fachkenntnisse und Fertigkeiten verfügt. Die notwendigen Fachkenntnisse und Fertigkeiten haben jedenfalls Personen, die die Prüfung als Meisterin bzw. Meister des Elektrotechniker-Handwerks oder Elektromaschinenbau-Handwerks abgelegt haben, und Geprüfte Industriemeisterinnen bzw. Industriemeister – Fachrichtung Elektrotechnik. Gleiches gilt in Anlehnung an §§ 7b, 8 Handwerksordnung für Ausübungsberechtigte elektrotechnischer Handwerke und Inhaber einer Ausnahmegewilligung, oder im Einzelfall für andere fachkundige Personen. Netzbetreiber können nach Kriterien, die transparent und diskriminierungsfrei sein müssen, weitere Personen als fachkundig benennen.
12. Die Entscheidung über die Beauftragung einer Person als fachkundigem Dritten liegt allein bei der Anlagenbetreiberin bzw. beim Anlagenbetreiber.
13. Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreiber dürfen den Anschluss der Anlagen sowie die Errichtung und den Betrieb der Messeinrichtungen auch selbst vornehmen, wenn und soweit sie hierzu im o. g. Sinne fachkundig sind.
14. Errichtung und Betrieb müssen nicht von derselben Person durchgeführt werden.
15. Das Verbot, gemäß § 12 Abs. 1 EEG 2004 die Erfüllung der Verpflichtungen nach §§ 4 und 5 EEG 2004 vom Abschluss eines Vertrages abhängig zu machen, erfasst auch Verträge, die den Anschluss der Anlage bzw. die Abnahme und Vergütung des Stromes nach §§ 4 und 5 EEG 2004 mit der Vergabe eines Auftrages für die Messung, den Messstellenbetrieb oder die Abrechnung sowie mit dem Abschluss eines darauf gerichteten Vertrages verknüpfen. § 12 Abs. 1 EEG 2004 untersagt hingegen nicht, Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen vom Abschluss eines darauf gerichteten Vertrages abhängig zu machen.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung des Verfahrens</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>Zusammenfassung der Stellungnahmen</b>	<b>8</b>
<b>3</b>	<b>Einführung</b>	<b>13</b>
3.1	Regelungen zur Messung im EEG 2004 . . . . .	13
3.2	Rechtsprechung zur Messung bei Anlagen im Sinne des EEG . . . . .	14
3.3	Begriffsbestimmungen . . . . .	17
3.4	Problemaufriss . . . . .	18
<b>4</b>	<b>Herleitung</b>	<b>19</b>
4.1	Zuständigkeit für die Messung . . . . .	19
4.2	Anwendbarkeit von § 18 EnWG und NAV . . . . .	22
4.3	Anwendbarkeit von §§ 36 ff. EnWG 2005 und StromGVV . . . . .	26
4.4	Anwendbarkeit von § 21b EnWG 2005 und MessZV . . . . .	32
4.4.1	Anlagen mit Bezugsstrom ohne sonstige, über dieselbe Netz- verknüpfung versorgte Verbrauchseinrichtungen . . . . .	32
4.4.2	Anlagen mit Bezugsstrom und weiteren, über dieselbe Netz- verknüpfung versorgten Verbrauchseinrichtungen . . . . .	35
4.5	Anwendbarkeit der StromNZV . . . . .	35
4.6	Notwendige Messeinrichtungen im Sinne des EEG 2004 . . . . .	36
4.6.1	„Messeinrichtungen“ . . . . .	36
	Wortlaut . . . . .	36
	Systematisch . . . . .	36
	Zwischenergebnis . . . . .	38
4.6.2	„Notwendig“ . . . . .	38
	a) Messtechnisch . . . . .	39
	b) Sicherheitstechnisch . . . . .	41

## CLEARINGSTELLE EEG

c) Vergütungs-/abrechnungstechnisch . . . . .	45
aa) Geringer Bezugsstromverbrauch der Anlage . . . . .	45
bb) Anlagen mit Bezugsstrom, deren Netzverknüpfungspunkt zugleich Niederspannungsanschluss ist . . . . .	47
cc) Anlagen mit nennenswertem Bezugsstrom ohne weitere Verbrauchseinrichtungen . . . . .	48
dd) Gemeinsame Einspeisung über einen Netzverknüpfungspunkt . . . . .	48
d) Steuerrechtlich . . . . .	51
e) Zwischenergebnis . . . . .	53
4.7 Notwendige Kosten . . . . .	53
4.8 Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen . . . . .	54
4.8.1 Eigenvornahme von Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen . . . . .	55
Wortlaut . . . . .	55
Systematik . . . . .	55
Teleologie . . . . .	55
Historisch-genetische Auslegung . . . . .	57
Gleichbehandlungsgrundsatz . . . . .	58
Zwischenergebnis . . . . .	58
4.8.2 Fachkunde . . . . .	59
4.8.3 Alternativität von Errichtung und Betrieb . . . . .	64
4.9 Rat zum Vorgehen bei Einschaltung eines fachkundigen Dritten . . . . .	64
4.10 Vertragliche Regelungen der Parteien und Abweichungen von den Vorgaben des § 13 Abs. 1 EEG 2004 . . . . .	66
4.10.1 § 12 Abs. 1 EEG 2004 . . . . .	66
4.10.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	67
4.10.3 Bestehende Verträge . . . . .	69

# CLEARINGSTELLE EEG

4.11 Vertragliche Regelung von Abrechnungs- und sonstigen Abwicklungsmodalitäten . . . . .	69
<b>5 Anhang</b>	<b>71</b>
5.1 Legende der Blockschaltbilder . . . . .	71
5.2 Grundfälle . . . . .	72
5.3 Volleinspeisung . . . . .	73
5.4 Überschusseinspeisung . . . . .	75
5.5 Mehrfachvolleinspeisung (ohne Verbrauch durch sonstige Verbrauchseinrichtungen) . . . . .	77
5.6 Mehrfachvolleinspeisung mit sonstigem Verbrauch (kaufmännisch-bilanzielle Durchleitung) . . . . .	79

## I Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle EEG hat sowohl von Seiten der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber als auch der Netzbetreiber eine große Zahl von Anfragen und Anregungen zur Durchführung eines Empfehlungsverfahrens zum Thema Messung und Messeinrichtungen bei der Einspeisung von Strom aus Anlagen im Sinne des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG)<sup>6</sup> erhalten. Insbesondere bei kleineren Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie und bei kleinen Wasserkraftanlagen tritt die Frage auf, welche Anforderungen die Messeinrichtungen zu erfüllen haben und welche Kosten hierfür von wem zu tragen sind. Unsicherheiten bestehen ferner hinsichtlich der Zuständigkeit für die Messung, den Messstellenbetrieb und die Abrechnung des eingespeisten Stroms sowie der Beauftragung Dritter mit diesen Aufgaben.
- 2 Die Clearingstelle EEG hat auf ihrer Sitzung am 9. April 2008 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens, die Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke und die nichtständigen Beisitzer der Clearingstelle EEG Grobrüg-

<sup>6</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004, BGBl. I S. 1918, abgelöst durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25. Oktober 2008, BGBl. I S. 2074; ersteres nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, letzteres als EEG 2009.

7

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2008/20> können Sie dieses Dokument herunterladen.

ge und Weißenborn gem. § 23 Abs. 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO) die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgenden Fragen beschlossen:

- 3
  - Was sind „notwendige Kosten (...) der notwendigen Messeinrichtungen“ im Sinne von § 13 Abs. 1 EEG 2004?
  - Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang können Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen von einem fachkundigen Dritten im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 vorgenommen werden?
- 4 Die Beschlussvorlage für die vorliegende Empfehlung hat gemäß §§ 24 Abs. 5, 22 Abs. 4 VerfO der Clearingstelle EEG der rechtswissenschaftliche Koordinator der Clearingstelle EEG Dr. Winkler erstellt.
- 5 Die bei der Clearingstelle EEG während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 16. Juli 2008, 12.00 Uhr, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 24 Abs. 1 VerfO erhalten. Die gemeinsame Stellungnahme des Verbandes Deutscher Biomasseheizwerke e. V. und der Arbeitsgemeinschaft Wasserkraftwerke in Deutschland, die Stellungnahmen des Fachverbandes Biogas e. V., des Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V. sowie des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. sind fristgemäß eingegangen.<sup>7</sup>

## 2 Zusammenfassung der Stellungnahmen

- 6
  1. Die Stellungnahme des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. lässt sich wie folgt zusammenfassen:
    - § 13 Abs. 1 Satz 1 und 4 EEG 2004 entspreche der auf Einspeiseverhältnisse entsprechend anwendbaren Regelung des § 448 BGB, wonach der Einspeiser die Kosten der für die Einspeisung erforderlichen technischen Einrichtungen sowie für die Messung zu tragen habe.

<sup>7</sup>Sämtliche Stellungnahmen abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2008/20>.

## CLEARINGSTELLE EEG

- Die Anlagenbetreiberin bzw. -betreiber haben gegen den Netzbetreiber aus § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 nur einen „verhaltenen Anspruch“ auf Übernahme der Messleistung. Art und Umfang der Leistungen seien vertraglich zu regeln. § 12 Abs. 1 EEG 2004 komme insoweit nicht zur Anwendung.
- Die Kostentragung liege auch dann bei den Betreiberinnen bzw. Betreibern der Anlagen, wenn der Netzbetreiber Eigentümer der Messeinrichtung ist, da § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 insoweit keine Differenzierung vornehme. § 4 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 sei, entgegen dem OLG Celle, dessen Urteil v. 02.11.2006 – 5 U 78/06 – nicht nachvollziehbar sei, nicht analog anwendbar.
- Der Netzbetreiber könne die Leistung durch Vermietung und Wartung oder durch Verkauf und Wartung erbringen.
- Von der Messung der elektrischen Arbeit zu unterscheiden seien die registrierende Leistungsmessung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 sowie die Messung im Rahmen der kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung nach § 4 Abs. 5 EEG 2004.
- Die Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber könnten mit dem Netzbetreiber vertraglich vereinbaren, über das notwendige Maß hinausgehende Messleistungen in Anspruch zu nehmen und müsse dann die daraus entstehenden (Mehr-)Kosten tragen. Dies betreffe beispielsweise zusätzliche Kosten für die Ablesung im Monatsturnus oder Kosten der Rechnungsstellung.
- Notwendig seien die Kosten, die in die Zuständigkeit der Anlagenbetreiberin bzw. des -betreibers fielen, wie beispielsweise die für Kauf, Miete oder Einbau der Messeinrichtung oder für deren Wartung, Eichung oder Beglaubigung, beschränkt auf die Kosten einer Messeinrichtung zur reinen Arbeitsmessung.
- Bei EEG-Anlagen mit Eigenbedarf sei grundsätzlich eine Zweienergieichtungsmessung mit Rücklaufsperrung notwendig; bei steuerlich als geringfügig zu betrachtendem Stromeigenbedarf könne – nach Rücksprache mit der zuständigen Zollbehörde bzw. dem zuständigen Finanzamt – auch eine Einenergieichtungsmessung ohne Rücklaufsperrung eingesetzt werden.

## CLEARINGSTELLE EEG

- Die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber sei zur Ablesung und Übermittlung des Messergebnisses sowie zur Abrechnung der Strommengen verpflichtet, könne diese Leistungen aber auch dem Netzbetreiber vertraglich übertragen, wofür dem Netzbetreiber ein Erstattungsanspruch gegen die Betreiberin bzw. den Betreiber der Anlage zustehe.
  - Für Leistungen, die der Sphäre des Netzbetreibers zuzuordnen sind, habe dieser – sofern vertraglich nichts anderes vereinbart ist – keinen Erstattungsanspruch gegenüber der Anlagenbetreiberin oder dem Anlagenbetreiber. Der Sphäre des Netzbetreibers zuzuordnen seien insbesondere Kosten für das netzbetreiberinterne Datenmanagement, das Einpflegen der EEG-Daten und den EEG-Belastungsausgleich.
  - Formulärmäßige Vertragsbestimmungen, die Kosten für Leistungen aus der Sphäre des Netzbetreibers auf Anlagenbetreiberinnen oder Anlagenbetreiber abwälzen, könnten wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 und 2 BGB (Verstoß gegen gesetzliches Leitbild) unwirksam sein.
  - Nach § 21b EnWG 2005 veröffentlichte Messentgelte könnten im Rahmen des EEG nur dann herangezogen werden, wenn und soweit sie dem Werk- bzw. Dienstleistungsumfang entsprechen, den der jeweilige Netzbetreiber für die Anlagenbetreiberin oder den Anlagenbetreiber im Rahmen der Einspeisung erbringt; ggf. müssten die Messentgelte reduziert werden.
  - Wolle eine Anlagenbetreiberin oder ein Anlagenbetreiber einen „fachkundigen Dritten“ mit Errichtung und Betrieb der Messeinrichtung beauftragen, müsse dieser den Anforderungen des § 21b EnWG 2005 entsprechen und mit dem Netzbetreiber einen Messstellenbetreibervertrag abschließen. § 12 Abs. 1 EEG 2004 komme insoweit nicht zur Anwendung.
- 7 2. Die Stellungnahme des Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V. lässt sich wie folgt zusammenfassen:
- Die Anlagenbetreiberin bzw. -betreiber sei – wie sich aus der Gesetzesbegründung ergebe – für Errichtung und Betrieb der notwendigen Messeinrichtungen kostentragungspflichtig; dies entspreche der gängigen Praxis auch vor der Einführung von § 13 Abs. 1 EEG 2004.

## CLEARINGSTELLE EEG

- Der Netzbetreiber habe die Kosten zu tragen, wenn das Eigentum an den Messeinrichtungen an ihn falle.
  - Die Möglichkeit, gem. § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 einen fachkundigen Dritten mit Errichtung und Betrieb der Messeinrichtung zu beauftragen, diene der Kostenbegrenzung, indem vermieden werde, dass getrennte Messeinrichtungen für bezogene und gelieferte elektrische Arbeit errichtet werden.
  - Durch die freie Wahl des Betreibers der Messeinrichtung werde die Verlässlichkeit der Messung nicht beeinträchtigt, da die Messung von einer fachkundigen Person vorgenommen werden müsse und Messeinrichtungen eichpflichtig seien. Habe der Netzbetreiber konkrete Anhaltspunkte für die fehlende Sachkunde des Dritten, könne er in Einzelfällen dem Dritten verbieten, Handlungen an netzbetreibereigenen Anlagen und Einrichtungen vorzunehmen.
- g 3. Die Stellungnahme des Fachverbandes Biogas e. V. lässt sich wie folgt zusammenfassen:
- „Messeinrichtungen“ seien zu definieren als „technische Einheiten zur Erfassung der gelieferten und der bezogenen elektrischen Arbeit“. Nicht darunter fielen technische Einrichtungen zur Erfassung anderer Parameter oder Einrichtungen zur Fernauslesung und Fernsteuerung der Anlage. In Bezug auf die Fernauslesung folge dies daraus, dass diese die Auslesung und nicht die Messung betreffen; in Bezug auf Fernsteuereinrichtungen sei – wie auch in § 22 NAV – klar zwischen Mess- und Fernsteuereinrichtungen zu unterscheiden.
  - „Notwendige Kosten“ für die Errichtung seien solche, die technisch und ökonomisch zwingend erforderlich seien. Soweit verschiedene Messeinrichtungen zur Verfügung stehen, die den Anforderungen an eine notwendige Messeinrichtung gerecht werden, entsprächen die notwendigen Kosten den Kosten der günstigsten Messeinrichtung.
  - „Notwendige Kosten“ für den Betrieb seien die Kosten, die zwangsläufig mit dem Betrieb der Messeinrichtung verbunden sind; beispielsweise nicht die Kosten für die Übermittlung der Messdaten.
  - Errichtung und Betrieb der Messeinrichtung müssten nicht in einer Hand liegen.

## CLEARINGSTELLE EEG

- Die Berechtigung des Anlagenbetreibers zur Errichtung und zum Betrieb der Messeinrichtung entspreche der mit § 448 BGB übereinstimmenden Interessenlage.
  - Die Anlagenbetreiberin bzw. -betreiber könne mit der Messung einen selbständigen Rechtsträger – z. B. eine GmbH – beauftragen, dessen Alleingesellschafter die Betreiberin bzw. der Betreiber sein könne.
- 9 4. Die gemeinsame Stellungnahme des Verbandes Deutscher Biomasseheizwerke e. V. und der Arbeitsgemeinschaft Wasserkraftwerke in Deutschland lässt sich wie folgt zusammenfassen:
- Notwendig seien die Kosten, die für den Kauf, die Verzinsung und die Amortisierung der Messeinrichtungen aufgewendet werden müssen.
  - Es sei anerkannter Grundsatz, dass diese Kosten über Messgebühren in Höhe von 1 % der Investitionskosten monatlich an den Einspeiser weiterberechnet werden.
  - Messkosten, die mit den Netzkosten genehmigt wurden, seien keine notwendigen Kosten i. S. d. EEG.
  - Notwendig seien Messeinrichtungen, die für die Erfassung der ins Netz eingespeisten Kilowattstunden benötigt werden; es genüge eine einfache Messung lediglich der eingespeisten Arbeit.
  - Eine Leistungsmessung gehöre nicht zur notwendigen Messeinrichtung, da das EEG keine Vergütung nach Leistung vorsehe.
  - Sofern im Einzelfall Lieferung oder Bezug von Blindstrom die EEG-Vergütung beeinflusse, könne die Blindstromerfassung Bestandteil der notwendigen Messung sein.
  - Dritte müssten Messgeräte verwenden bzw. einbauen, die von einer zugelassenen Stelle nach den geltenden Vorschriften geprüft und geeicht wurden.

### 3 Einführung

#### 3.1 Regelungen zur Messung im EEG 2004

- 10 Das EEG 2004 enthält in § 13 Abs. 1 Satz 1 in Bezug auf die Messung des eingespeisten sowie des bezogenen Stroms, die hierfür verwendete Messtechnik und die Kostentragung folgende Regelungen:<sup>8</sup>

„Die notwendigen Kosten ... der notwendigen Messeinrichtungen zur Erfassung der gelieferten und der bezogenen elektrischen Arbeit trägt der Anlagenbetreiber.“

- 11 Zur Einschaltung des Netzbetreibers oder Dritter regelt Satz 4:<sup>9</sup>

„Der Anlagenbetreiber kann ... die Errichtung und den Betrieb der Messeinrichtungen von dem Netzbetreiber oder einem fachkundigen Dritten vornehmen lassen.“

- 12 Hinzu kommt eine Regelung zur Messtechnik in § 12 Abs. 6 Satz 1 EEG 2004:<sup>10</sup>

„Strom aus mehreren Anlagen kann über eine gemeinsame Messeinrichtung abgerechnet werden.“

- 13 Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 besteht die Verpflichtung zur Vergütung des abgenommenen Stroms

„... bei Anlagen mit einer Leistung ab 500 Kilowatt nur, soweit eine registrierende Leistungsmessung erfolgt.“<sup>11</sup>

<sup>8</sup>Siehe jetzt § 13 Abs. 1 EEG 2009: „Die notwendigen Kosten ... der notwendigen Messeinrichtungen zur Erfassung des gelieferten und des bezogenen Stroms trägt die Anlagenbetreiberin oder der Anlagenbetreiber.“

<sup>9</sup>Siehe jetzt § 7 Abs. 1 EEG 2009: „Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sind berechtigt, den Anschluss der Anlagen sowie die Einrichtung und den Betrieb der Messeinrichtungen einschließlich der Messung von dem Netzbetreiber oder einer fachkundigen dritten Person vornehmen zu lassen.“

<sup>10</sup>Siehe jetzt § 19 Abs. 2 EEG 2009: „Anlagenbetreiberinnen und -betreiber können Strom aus mehreren Generatoren, die gleichartige Erneuerbare Energien einsetzen, über eine gemeinsame Messeinrichtung abrechnen. In diesem Fall ist für die Berechnung der Vergütungen vorbehaltlich des Absatzes 1 die Leistung jeder einzelnen Anlage maßgeblich.“

<sup>11</sup>Vgl. aber § 6 Nr. 1 b) EEG 2009: Danach sind Anlagenbetreiberinnen und -betreiber verpflichtet, Anlagen, deren Leistung 100 kW übersteigt, u. a. mit einer technischen oder betrieblichen Einrichtung zur Abrufung der jeweiligen Ist-Einspeisung auszustatten, auf die der Netzbetreiber zugreifen darf.

- 14 Die Auslegung und Anwendung der zitierten Regelungen stößt in der Praxis auf Schwierigkeiten, weil insbesondere die unbestimmten Rechtsbegriffe „notwendig“ sowie „fachkundig“ von den Rechtsanwenderinnen und -anwendern unterschiedlich interpretiert werden. Darüber hinaus ist insbesondere umstritten, ob § 21b EnWG 2005 anzuwenden ist, wenn Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber Dritte mit Errichtung und/oder Betrieb der Messeinrichtungen beauftragen oder selber die Messung vornehmen wollen.

### 3.2 Rechtsprechung zur Messung bei Anlagen im Sinne des EEG

- 15 Rechtsfragen der Zuständigkeit und der Kostentragung bei der Messung insbesondere des eingespeisten Stroms waren – soweit ersichtlich – bislang nur vereinzelt Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Eine abschließende Klärung durch die Rechtsprechung ist bislang nicht erfolgt:
- 16 Der *BGH* hat – allerdings in einem Fall, der allein die Kostentragung für die Netz-anbindung zum Gegenstand hatte – entschieden, dass die Regelung des § 13 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004, wonach der Netzbetreiber die Kosten des Netzausbaus trägt, kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB<sup>12</sup> ist.<sup>13</sup> Allerdings hält – so der *BGH* weiter – eine vom Netzbetreiber gestellte Formulklausel in einem Netzanschlussvertrag, wonach Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber für die Bereitstellung der Netzanlagen zur Eigenversorgung der Anlage mit Betriebsstrom ein einmaliges Entgelt in Gestalt eines Baukostenzuschusses zu zahlen haben, im Hinblick auf § 13 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand. Des Weiteren entschied der *BGH* – wiederum bezogen auf den Netzanschluss – dass dem nach § 3 Abs. 1 EEG 2000<sup>14</sup> zur Abnahme und Vergütung verpflichteten Netzbetreiber gegen die Anlagenbetreiberin bzw. den Anlagenbetreiber ein Anspruch aus § 448 BGB bzw. § 10 Abs. 1 EEG 2000 auf Erstattung der Netzanschlusskosten lediglich dann zusteht, wenn er den Anschluss auf Verlangen der

<sup>12</sup>Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung v. 2. Januar 2002, BGBl. 2002 I S. 42, ber. S. 2909 und 2003 I S. 738, zuletzt geändert durch Art. 50 G v. 17.12.2008, BGBl. I S. 2586.

<sup>13</sup>Urt. v. 27.06.2007 – VIII ZR 149/06, ZNER 2007, 323 – 326.

<sup>14</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) v. 29. März 2000, BGBl. I S. 305, aufgehoben durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21. Juli 2004, BGBl. I S. 1918.

## CLEARINGSTELLE EEG

Betreiberin oder des Betreibers der Anlage und nicht aufgrund eines Rechtsverhältnisses mit einem Dritten vorgenommen hat.<sup>15</sup>

- 17 Obergerichtlich liegen einige, teilweise noch unter der Geltung des Stromeinspeisungsgesetzes (StrEG)<sup>16</sup> bzw. des EEG 2000 ergangene Entscheidungen zu Rechtsfragen der Messung vor:
- 18 Das *Schleswig-Holsteinische OLG* befand in zwei Urteilen, dass – unter Geltung des StrEG – die Kosten für die Installation einer Messeinrichtung vom Erzeuger des Stroms aus Erneuerbaren Energien zu tragen sei; hierfür vorgenommene Leistungen des Netzbetreibers seien diesem zu vergüten, wobei die Höhe der Vergütung nach Werkvertragsrecht, § 632 Abs. 2 BGB a.F., zu bestimmen sei.<sup>17</sup>
- 19 Das *OLG Hamm* hatte – unter der Geltung des EEG 2000 – zu entscheiden, wer die Messung des von Windkraftanlagen eingespeisten Stroms durchführen darf und wie umfangreich diese ausfallen muss. Das *OLG* kam unter analoger Heranziehung kaufvertraglicher Vorschriften – insbesondere des § 448 Abs. 1 BGB – zu dem Schluss, dass die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber die Pflicht und das Recht habe, den eingespeisten Strom auf eigene Kosten zu messen; der Netzbetreiber habe keine „Messhoheit“ für die Zählung der eingespeisten Strommenge, wohl aber könne er die vom Anlagenbetreiber ermittelten Werte in eigener Regie und auf eigene Kosten überprüfen. Für die Ermittlung der Einspeisemenge reichte im entschiedenen Fall ein einfacher Drehstromzähler; die Kosten für einen u. a. zur Erfassung des Blindstroms erforderlichen Vier-Quadranten-Lastgangzähler, den der Netzbetreiber installiert hatte, waren von diesem zu tragen.<sup>18</sup>
- 20 In einer weiteren Berufungsentscheidung – wiederum unter Geltung des EEG 2000 und ebenso in Bezug auf Windkraftanlagen – hielt das *OLG Hamm* daran fest, dass die Betreiberinnen und Betreiber berechtigt und verpflichtet seien, die eingespeiste Strommenge (Wirkarbeit) in eigener Verantwortung und auf eigene Kosten zu zäh-

<sup>15</sup>Urt. v. 26.11.2003 – VIII ZR 89/03, ZNER 2004, 69–70; vorgehend *Brandenburgisches OLG*, Urt. v. 14.02.2003 – Kart U 1/02.

<sup>16</sup>Gesetz über die Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Stromeinspeisungsgesetz – StrEG) v. 07.12.1990, BGBl. I S. 2633, aufgehoben durch das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes v. 29.03.2000, BGBl. I S. 305.

<sup>17</sup>Urt. v. 17.05.2002 – I U 166/98, Rn. 26, zitiert nach juris (=ZNER 2002, 227–229); Urt. v. 20.06.2003 – I U 209/00, Rn. 13, zitiert nach juris.

<sup>18</sup>Urt. v. 12.09.2003 – 29 U 14/03, Rn. 54 ff., <http://www.nrw.de/> (=ZNER 2003, 335–337); vorgehend *LG Dortmund*, Urt. v. 13.12.2002 – 6 O 237/02, zitiert nach juris (= ZNER 2003, 70–71).

len.<sup>19</sup> Allerdings befand der Senat, dass die Anlagenbetreiber im entschiedenen Streitfall ihrer Pflicht zur Messung nur teilweise oder gar nicht nachgekommen waren; in diesem Fall, so das Gericht, müssten die Parteien in einer vertraglichen Nebenabrede über die Bezahlung und Abrechnung der Messkosten eine Einigung erzielen. Weil es zwischen den Streitparteien nicht zu einer Einigung gekommen war, durfte der Netzbetreiber den auf die Messkosten entfallenden Teil der Einspeisevergütung zurückbehalten, bis die Anlagenbetreiber insoweit einer sachgerechten Regelung über diese Frage zustimmten. Zur Höhe der an den Netzbetreiber zu entrichtenden Messkosten entschied das *OLG*, dass nur die notwendige und übliche Vergütung zu zahlen sei; konkret sei nur erforderlich gewesen, die eingespeisten Kilowattstunden mit einem einfachen Drehstromzähler festzuhalten. Auch hier hielt das *OLG* daran fest, dass Aufwendungen zur Erfassung der Blindleistung vom Netzbetreiber zu tragen seien.<sup>20</sup>

- 21 Das *OLG Celle*<sup>21</sup> entschied, dass der Netzbetreiber die Kosten, die auf einen Messsatz einschließlich Mess tafeln entfielen, zu tragen habe, weil diese in sein Eigentum übergegangen waren; § 13 Abs. 1 EEG 2004 sei insoweit analog § 4 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 einschränkend auszulegen.
- 22 Erstinstanzlich sind der Clearingstelle EEG die weitgehend vom *OLG Hamm*<sup>22</sup> bestätigte Entscheidung des *LG Dortmund*<sup>23</sup> sowie ein vom *OLG Celle*<sup>24</sup> bestätigtes Urteil des *LG Hannover*<sup>25</sup> bekannt. Nach beiden Entscheidungen sind die Kosten für den Messsatz und die Messsatz tafeln dann als vom Netzbetreiber nach § 13 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 (*LG Hannover*) bzw. nach § 10 Abs. 2 EEG 2000 (*LG Dortmund*) zu tragende Netzausbaukosten anzusehen, wenn der Netzbetreiber das Eigentum an den Messeinrichtungen erlange. Messeinrichtungen seien als Teil der Anschlussanlagen zu betrachten, so dass § 4 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 auch auf die darin nicht ausdrücklich genannten Messeinrichtungen anwendbar sei.

<sup>19</sup>Urt. v. 07.11.2003 – 29 U 61/03, Rn. 67 f., <http://www.nrw.de/>; Vorinstanz wie in Fußnote 18.

<sup>20</sup>Urt. v. 07.11.2003 – 29 U 61/03, Rn. 71 ff., <http://www.nrw.de/>.

<sup>21</sup>Urt. v. 02.11.2006 – 5 U 78/06, ZNER 2007, 72, 73.

<sup>22</sup>Siehe Fußnote 18.

<sup>23</sup>Urt. v. 13.12.2002 – 6 O 237/02, ZNER 2003, 70.

<sup>24</sup>Siehe Rn. 21.

<sup>25</sup>Urt. v. 15.03.2006 – 6 O 289/05, Rn. 54, zitiert nach juris (= RdE 2006, 322 – 324).

## 3.3 Begriffsbestimmungen

- 23 Die **Messung** ist das Aus- bzw. Ablesen der Messeinrichtungen.
- 24 **Errichtung und Betrieb** der Messeinrichtungen betreffen insbesondere den Einbau, die Wartung, Instandhaltung und Instandsetzung und ggf. den Abbau der Messeinrichtungen.
- 25 Die Strom- bzw. Lastflüsse aus dem Netz und in das Netz werden in der Praxis zum Teil unterschiedlich bezeichnet; gesetzliche Definitionen gibt es hierzu nicht. Zur besseren Lesbarkeit verwendet die Clearingstelle EEG in dieser Empfehlung folgende Begriffe:
- 26 **Einspeisestrom** bezeichnet den Strom, der von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien sowie KWK-Anlagen in das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist wird oder per kaufmännisch-bilanzieller Durchleitung in dieses Netz eingespeist wird. Dies entspricht der in der Praxis üblichen Begrifflichkeit.<sup>26</sup>
- 27 **Bezugsstrom** ist der Strom, der von den einspeisenden Anlagen aus dem Netz bezogen und unmittelbar zur Stromgewinnung oder -einspeisung verwendet wird, beispielsweise der Stromverbrauch der Wechselrichter, Stromverbrauch des Rührwerks bei Biogasanlagen sowie der Mess-, Steuer und Regeltechnik oder zum Betrieb der Anlage – und daher in der Praxis auch als „Betriebsstrom“ bezeichnete – erforderliche Strom. Der Bezugsstrom wird in der Praxis gelegentlich auch als „Eigenverbrauch“ (der Anlage) bezeichnet; wegen der Verwechslungsgefahr mit dem Eigenverbrauch (außerhalb der Anlage, z. B. i. S. v. § 33 Abs. 2 EEG 2009) wird dieser Begriff vorliegend nicht für den Bezugsstrom verwendet.
- 28 An sich ist jeder Bezugsstrom zugleich **Entnahmestrom**, weil er aus dem Netz entnommen wird. Der Begriff der „Entnahme“ beruht auf § 1 Abs. 1 Satz 1 NAV.<sup>27</sup> Im Rahmen dieses Empfehlungsverfahrens wird jedoch nur derjenige Strom als Entnahmestrom bezeichnet, der von Letztverbrauchern bzw. sonstigen Verbrauchseinrichtungen genutzt wird, nicht aber der Bezugsstrom. Entsprechendes gilt für die Begriffe „Entnahme“ und „Bezug“. Gemeinsam haben beide Begriffe jedoch, dass sie den Netzbetreiber betreffen und nicht das Verhältnis von Elektrizitätsversorgungsunternehmen (als Stromlieferant) und Letztverbraucher.
- 29 Die Begriffe **Stromlieferung/Lieferstrom/gelieferter Strom** sind hiervon begriff-

<sup>26</sup>§ 13 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 verwendet demgegenüber den Begriff „geliefert.“

<sup>27</sup>Begrifflich handelt es sich auch beim Strombezug aus dem Mittelspannungsnetz um eine Entnahme.

lich zu unterscheiden. Diese betreffen die Vertragsbeziehungen zwischen Letztverbraucher – sei es als Anlagenbetreiberin, als Anlagenbetreiber oder als „normaler“ Haushaltskunde. Zwar fließt in der Regel der Entnahme- wie auch der Bezugsstrom im Rahmen einer Stromlieferung, jedoch ist die begriffliche Trennung erforderlich, um die aufgrund der Entflechtung eingeführte Trennung zwischen Elektrizitätsversorgung und Netzbetrieb<sup>28</sup> auch begrifflich kenntlich zu machen.

- 30 Sonstige oder weitere **Verbrauchseinrichtungen** sind im Sinne dieser Empfehlung Einrichtungen, die Entnahmestrom beziehen, welcher nicht Bezugsstrom ist. In den von der Empfehlung hauptsächlich erfassten Fällen sind dies insbesondere Verbrauchseinrichtungen (Beleuchtung, Haushaltsgeräte etc.) im Haushalt der Anlagenbetreiberin, des Anlagenbetreibers oder eines Dritten oder in einem Gewerbebetrieb oder sonst neben der EEG-Anlage.

### 3.4 Problemaufriss

- 31 In der Praxis ergeben sich über die in den genannten Urteilen angesprochenen Fragen hinaus viele weitere Anwendungsfragen. Aus der Vielzahl an die Clearingstelle EEG gerichteter Anfragen hierzu ragen einige Fragen hervor:

- Wie ist die Verantwortlichkeit für die Messung geregelt, wenn die EEG-Anlage – z. B. bei Fotovoltaikanlagen – über einen Hausanschluss einspeist, der zugleich der Versorgung des Grundstücks mit Bezugsstrom dient und Einspeisung wie auch Bezug über einen Zähler gemessen werden?
- Sind die Vorgaben des § 21 b EnWG 2005 zu beachten, wenn fachkundige Dritte Errichtung und/oder Betrieb der Messeinrichtungen vornehmen sollen oder Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreiber die Messung selbst durchführen?
- Welche technischen Anforderungen dürfen Netzbetreiber an die Messeinrichtungen stellen?
- Gibt es Obergrenzen für die Kosten, die ein Netzbetreiber für die Messung in Rechnung stellen darf?

---

<sup>28</sup>Vgl. § 6 EnWG 2005.

- 32 Diese und weitere Fragen werden entsprechend der Verfahrensfrage dieses Empfehlungsverfahrens in verschiedenen Themenkomplexen untersucht: Zunächst ist die allen weiteren Fragen vorausgehende „Messzuständigkeit“ zu klären (4.1). Im Anschluss ist zu untersuchen, ob und ggf. inwieweit die Vorschriften des EEG 2004 zur Messung von anderen Normen des Energiewirtschaftsrechts verdrängt oder modifiziert werden; dies betrifft insbesondere die NAV (4.2), die StromGKV (4.3) und die Frage, ob § 21b EnWG 2005 i. V. m. der MessZV<sup>29</sup> auf Messeinrichtungen im Sinne des EEG anzuwenden ist (4.4). Sodann ist zu prüfen, was das EEG 2004 unter „notwendigen Messeinrichtungen“ versteht (4.6); daran anknüpfend ist der Begriff der „notwendigen Kosten“ zu klären (4.7). Anschließend ist darauf einzugehen, welche Anforderungen das Gesetz stellt, wenn fachkundige Dritte mit Errichtung und/oder Betrieb der Messeinrichtungen beauftragt werden (4.8). Den Abschluss bilden Ratschläge zur vertraglichen Ausgestaltung der wechselseitigen Rechte und Pflichten (4.9).
- 33 Aufgrund der Eingrenzung der Verfahrensfrage auf § 13 Abs. 1 EEG 2004 gehen die Ausführungen weder vertieft auf die registrierende Leistungsmessung (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 bzw. § 6 Nr. 1 lit. b) EEG 2009) noch auf die Messung bei der Einspeisung ins Mittelspannungsnetz noch auf Besonderheiten der Messung bei der kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung (§ 4 Abs. 5 EEG 2004 bzw. § 8 Abs. 2 EEG 2009) ein. Hierzu bietet die Clearingstelle EEG an, im Rahmen von Votumsverfahren anhand von Einzelfällen für eine weitere Klärung zu sorgen.

## 4 Herleitung

### 4.1 Zuständigkeit für die Messung

- 34 Die Zuständigkeit für die Messung im Sinne des Ab- und Auslesens<sup>30</sup> – häufig auch als „Messhoheit“ bezeichnet – liegt grundsätzlich bei den Betreiberinnen bzw. Betreibern der Anlagen.<sup>31</sup> Dies ergibt sich nicht unmittelbar aus dem **Wortlaut** des

<sup>29</sup>Verordnung über Rahmenbedingungen für den Messstellenbetrieb und die Messung im Bereich der leitungsgelassenen Elektrizitäts- und Gasversorgung (Messzugangsverordnung – MessZV) v. 17.10.2008, BGBl. I S. 2006.

<sup>30</sup>Zur Abgrenzung der Messung von Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen s. unter 3.3.

<sup>31</sup>Ebenso einhellig die juristische Literatur, s. u. a. *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 13 Rn. 38; *Müller*, in: *Danner/Theobald*, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungsflg. 2006, § 13 Rn. 29; *Altrock/Theobald*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 13 Rn. 32; jeweils mit weiteren Nachweisen.

EEG 2004, weil darin keine ausdrückliche Regelung zur Messung – d. h. zum Ab- und Auslesen der Messeinrichtung –<sup>32</sup> getroffen wird. Insbesondere erwähnt § 13 Abs. 1 EEG 2004 die *Messung* nicht; *Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen*, die in § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 angesprochen werden, sind von der Messung zunächst zu unterscheiden; erstere dienen letzterer. Jedoch folgt die Messhöhe der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber zum einen aus dem Umstand, dass diese nach § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 die notwendigen Kosten der notwendigen Messeinrichtungen zu tragen hat: Aus der Kostentragungspflicht für die Messeinrichtungen folgt auch das Recht zum Gebrauch der Messeinrichtungen zur Messung.<sup>33</sup> Zum anderen sprechen hierfür folgende **systematischen Erwägungen**: Gemäß § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004<sup>34</sup> sind Anlagenbetreiberinnen und -betreiber verpflichtet,

„bis zum 28. Februar eines Jahres die für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen.“

- 35 Bei den „erforderlichen Daten“ handelt es sich in erster Linie um die eingespeisten Strommengen, die Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber nur beziffern können, wenn sie grundsätzlich auch das Recht zur Messung haben. Ebenso verhält es sich mit der von der Betreiberin bzw. dem Betreiber zu erbringenden Darlegung und ggf. dem Beweis, dass die Voraussetzungen des konkret geltend gemachten Vergütungsanspruchs vorliegen. Schließlich sprechen auch Rechtsgedanken des Bürgerlichen Gesetzbuches<sup>35</sup> für das Recht und auch die Pflicht des Anlagenbetreibers zum Ab- bzw. Auslesen der Messeinrichtung:<sup>36</sup> Zwar erscheint fraglich, ob es sich bei der Einspeisung des Stroms in das Netz des zur Abnahme und Durchleitung verpflichteten Netzbetreibers um einen Kaufvertrag handelt, weil gemäß den Regelungen zum bundesweiten Ausgleich (§§ 5 Abs. 2, 14 EEG 2004)<sup>37</sup> eine Weitergabe der

<sup>32</sup>Vgl. auch die durch das Gesetz zur Öffnung des Messwesens bei Strom und Gas für Wettbewerb v. 29.08.2008, BGBl. I S. 1790, in das EnWG 2005 aufgenommene Definition des Begriffs „Messung“ in § 3 Nr. 26c EnWG 2005.

<sup>33</sup>Ebenso *OLG Hamm*, oben Fußnote 18.

<sup>34</sup>Jetzt: § 46 Nr. 3 EEG 2009.

<sup>35</sup>Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 02.01.2002, BGBl. 2002 I, S. 42, 2909; 2003 I, S. 738, zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 1 des Gesetzes v. 25.06.2009, BGBl. I S. 1574.

<sup>36</sup>Anderer Ansicht, allerdings auf Grundlage des § 7 Abs. 1 EEG 2009: *Rauch*, Einspeisung elektrischer Energie aus EEG- und KWK-Anlagen: Gesetzlich zugewiesene Messzuständigkeit und Möglichkeiten einer Aufgabendelegation, ZNER 2009, 19, 19 f. und 21: kein Selbstvornahmerecht des Anlagenbetreibers.

<sup>37</sup>Jetzt: §§ 34 ff. EEG 2009 i. V. m. den Regelungen der Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (AusglMechV) v. 17.07.2009, BGBl. I S. 2101.

## CLEARINGSTELLE EEG

eingespeisten Strommengen von den Verteilnetzbetreibern über die Übertragungsnetzbetreiber an die Elektrizitätsversorgungsunternehmen und von diesen letztlich an alle Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher erfolgt. Der abnahmeverpflichtete Netzbetreiber agiert in dieser Wälzungskette nicht als „Käufer“ des Stroms, und Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sind nicht seine „Lieferanten“. <sup>38</sup> Selbst wenn das Kaufvertragsrecht und damit insbesondere § 448 Abs. 1 BGB <sup>39</sup> nicht unmittelbar auf das Einspeiseverhältnis anwendbar wäre, <sup>40</sup> ist es sachgerecht, für die Abnahme des Stroms § 448 Abs. 1 BGB analog auf das Einspeiseverhältnis anzuwenden und somit auch dem Rechtsgedanken dieser Norm entsprechend den Einspeisern das Recht und die Pflicht zum Messen der eingespeisten Strommenge zuzuweisen. <sup>41</sup>

- 36 Inwieweit diese Erwägungen auch unter der Geltung des EEG 2009 Bestand haben, ist nicht Gegenstand dieses Empfehlungsverfahrens. Die Clearingstelle EEG weist Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreibern und Netzbetreibern darauf hin, dass bei Streitigkeiten, die die Zuständigkeit für die Messung unter der Geltung des EEG 2009 zum Inhalt haben, eine Klärung durch ein Votumsverfahren <sup>42</sup> in Betracht kommt.
- 37 Der bei den Betreiberinnen bzw. Betreibern der Anlagen liegenden „Messhoheit“ werden jedoch durch das EEG Grenzen gesetzt, indem dieses ausdrücklich von „notwendigen“ Messeinrichtungen spricht. Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sind somit bei der konkreten Ausgestaltung ihrer „Messhoheit“ nicht frei, sondern mindestens durch das Kriterium der „Notwendigkeit“ gebunden. Hierauf ist unter 4.6 näher einzugehen. Dem vorauszugehen hat jedoch eine Begutachtung, welche Nor-

<sup>38</sup>Einen „atypischen Kaufvertrag“ bejaht *Stecher*, Die Vertragsbeziehungen zwischen Anlagen- und Netzbetreiber unter besonderer Berücksichtigung des EEG 2009, 2009, S. 54 (mit weiteren Nachweisen aus der Literatur); ähnlich *Rauch*, ZNER 2009, 19, 20. – Ein Kaufvertrag würde unproblematisch vorliegen, wenn der Netzbetreiber ganz oder teilweise auf die Einstellung eingespeister Strommengen in den bundesweiten Ausgleich verzichten und damit zugleich die Vergütungszahlungen allein tragen würde, was in der Praxis nur selten vorkommen dürfte.

<sup>39</sup>§ 448 Abs. 1 BGB lautet: „Der Verkäufer trägt die Kosten der Übergabe der Sache...“; in früheren Fassungen der Vorschrift war ausdrücklich auch das Messen und Wägen erwähnt; vgl. *H. P. Westermann*, in: Sacker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2008, § 448 Rn. 4.

<sup>40</sup>Für eine unmittelbare Anwendung die in den zu Fußnoten 13 und 18 wiedergegebene Rechtsprechung, die teilweise noch unter der Geltung des StrEG erging. Darin war jedoch noch kein umfassender bundesweiter Ausgleich in der jetzigen Form vorgesehen.

<sup>41</sup>Vgl. zur analogen Anwendung kaufvertraglicher Vorschriften auf das Einspeiseverhältnis unter Geltung des StrEG: *BGH*, Urt. v. 29.09.1993 – VIII ZR 107/93, Rn. 17, zitiert nach *juris*; siehe weiter *Weißborn*, in: Böhmer/Weißborn (Hrsg.), Erneuerbare Energien – Perspektiven für die Stromerzeugung, 2. Aufl. 2009, S. 285 mit weiteren Nachweisen.

<sup>42</sup>Einzelheiten zum Votumsverfahren unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/VotV/Info>.

men neben dem oder möglicherweise anstelle des EEG anwendbare Regelungen zu den Messeinrichtungen enthalten und in welchem Verhältnis die Regelungen zueinander stehen. Gegenstand vieler Anfragen sind insbesondere § 18 EnWG 2005 und die NAV (hierzu unter 4.2), §§ 36 ff. EnWG 2005 und die StromGVV (hierzu unter 4.3) sowie § 21b EnWG 2005 i. V. m. der MessZV (hierzu unter 4.4).

### 4.2 Anwendbarkeit von § 18 EnWG und NAV

38 Die § 18 EnWG 2005 konkretisierende Niederspannungsanschlussverordnung – NAV – ist hinsichtlich des Anschlusses an das Niederspannungsnetz und hinsichtlich der Anschlussnutzung zum Bezug von Strom für den Betrieb von Anlagen zur Nutzung Erneuerbarer Energien nur anwendbar, wenn die folgenden Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

1. Die Einspeisung erfolgt über einen Anschluss, über den zugleich eine Letztverbraucherin oder ein Letztverbraucher nach § 18 EnWG 2005 bzw. ein Anschlussnehmer oder -nutzer im Sinne von § 1 Abs. 2 oder 3 NAV an das Niederspannungsnetz angeschlossen ist und der von einer dieser Personen zur Entnahme von Elektrizität genutzt wird,
2. die entnommene Energie ist (auch) Bezugsstrom der EEG-Anlage *und*
3. Bezugs- wie auch Entnahmestrom wird in einer Weise gemessen, die eine technisch getrennte Erfassung und Zuordnung des zu verschiedenen Zwecken aus dem Netz entnommenen Stroms nicht ermöglicht.

39 Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen: Für die Entnahme von Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz durch Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher<sup>43</sup> – dies kann auch die Anlagenbetreiberin oder der Anlagenbetreiber sein – gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts; die § 18 Abs. 1 EnWG 2005 konkretisierende NAV enthält in § 22 besondere, von der Systematik des EEG abweichende Vorschriften zu Mess- und Steuerungseinrichtungen. Insbesondere bei Fotovoltaikanlagen, die sich auf Wohngebäuden befinden, stehen sich daher zwei teilweise widersprüchliche Regelungen zur Messung und zu den Messeinrichtungen gegenüber: Einerseits im Hinblick auf die Einspeiseanlage und

<sup>43</sup>Definiert in § 3 Nr. 25 EnWG als „natürliche oder juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen.“

## CLEARINGSTELLE EEG

deren Strombezug § 13 Abs. 1 EEG 2004, andererseits im Hinblick auf den „normalen“ Entnahmestrom die Regelungen der NAV, insbesondere §§ 20 und 22 NAV.

40 Die Vorschriften der NAV gelten jedoch gemäß § 1 Abs. 1 Satz 4 NAV ausdrücklich

„nicht für den Netzanschluss von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien und aus Grubengas.“

41 Ob § 1 Abs. 1 Satz 4 NAV zur Folge hat, dass die NAV insgesamt nicht anwendbar ist,<sup>44</sup> oder ob dies nur für die Regelungen zum Netzanschluss, nicht aber für die zur Anschlussnutzung gilt,<sup>45</sup> braucht hier nicht abschließend geklärt zu werden. Nach Auffassung der Clearingstelle EEG werden jedenfalls die ausdrücklich auf den Netzanschluss bezogenen und den Anschlussnehmer als Partei des Netzanschlussverhältnisses adressierenden Regelungen der §§ 1 Abs. 2 und 3, 2, 4 bis 15, 19 bis 22 NAV vom Anwendungsvorrang des EEG erfasst.<sup>46</sup> Dieser Vorrang des EEG kommt indes bei einem Zusammentreffen von Stromentnahme für die allgemeine Versorgung von Letztverbraucherinnen und -verbrauchern und Strombezug der Einspeiseanlage nur dann zum Tragen, wenn eine technische Trennung, insbesondere eine getrennte Messung von Bezugsstrom und Entnahmestrom, erfolgt. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck des § 1 Abs. 1 Satz 4 NAV, der nicht bezweckt, dass die NAV für Netzanschlüsse und -nutzungen nur deshalb unanwendbar wird, weil dieser Netzanschluss *auch* Erzeugungsanlagen im Sinne des EEG mit dem Netz verbindet und hierüber von der EEG-Anlage Strom bezogen wird. Sinn des § 1 Abs. 1 Satz 4 NAV ist, allgemein den Vorrang des EEG für darunter fallende Anlagen zu wahren<sup>47</sup> und insbesondere dem Kopplungsverbot des § 12 Abs. 1 EEG 2004, wonach der Netzanschluss nicht vom Abschluss eines Vertrages abhängig gemacht werden darf, zu entsprechen.<sup>48</sup> Liegt eine technische Trennung von bestehendem Niederspannungsanschluss nach § 18 EnWG 2005 und EEG-Anlagenanschluss vor, so gelten ab diesem Zeitpunkt für die „allgemeine“ Elektrizitätsentnahme aus dem Netz, d. h. für das

<sup>44</sup>Dafür ließe sich die Verordnungsbegründung, BR-Drs. 367/06, S. 35, anführen.

<sup>45</sup>So *de Wyl/Eder/Hartmann*, Netzanschluss- und Grundversorgungsverordnungen, PraxisKommentar, 2008, N(D)AV § 1 Rn. 8.

<sup>46</sup>Gegen eine Anwendung der Regelungen zur Anschlussnutzung spricht in systematischer Hinsicht, dass die Anschlussnutzung im Sinne von §§ 3, 16 bis 18 NAV ein Netzanschlussverhältnis voraussetzt, welches aber aufgrund der Nichtanwendbarkeit der Regelungen zum Netzanschluss nicht entstehen kann.

<sup>47</sup>BR-Drs. 367/06, S. 35.

<sup>48</sup>Hierauf wollen *de Wyl/Eder/Hartmann*, Netzanschluss- und Grundversorgungsverordnungen, PraxisKommentar, 2008, N(D)AV § 1 Rn. 8, die Ausnahmeregelung beschränken.

Anschlussnutzungsverhältnis<sup>49</sup> wie auch für das Netzanschlussverhältnis<sup>50</sup>, die Regelungen der NAV; für den Anschluss der Anlage im Sinne des EEG 2004 wie auch für die Entnahme des Bezugsstroms *dieser Anlage* gelten demgegenüber die Regelungen des EEG 2004. Diese strikte technische Trennung der beiden Netznutzungsarten muss insbesondere auch messtechnisch eine Trennung beinhalten, indem Einspeise- und Bezugsstrom der Anlage einerseits und Entnahmestrom andererseits getrennt durch Einrichtungszähler oder durch geeignete Kombination von Ein- und Zweirichtungszählern (beispielsweise im Rahmen des „smart metering“, § 21b Abs. 3a und 3b EnWG 2005, durch elektronische Haushaltszähler) erfasst werden. Eine saldierende Messung ist damit – ausgenommen Fälle nur geringfügigen Strombezugs (siehe dazu 94) – ausgeschlossen, weil andernfalls weder eine eindeutige Zuordnung von Entnahmestrom und Einspeise-/Anlagenbezugsstrom erfolgen noch eine klare Trennung der Zuständigkeiten nach EEG und NAV umgesetzt werden könnte. Gibt es keine getrennten Messeinrichtungen für die Stromentnahme der Letztverbraucherin bzw. des Letztverbrauchers einerseits und für die von der EEG-Anlage bezogene elektrische Arbeit andererseits, so ist eine „ideelle“ rechtliche Trennung zwischen den beiden Regelungsregimen nicht möglich. In einem solchen Fall kommen die Anforderungen der NAV für die Anschlussnutzung und damit insbesondere auch die §§ 20 und 22 NAV für die Messeinrichtung insgesamt zur Anwendung, weil andernfalls für das Anschlussnutzungsverhältnis eine Regelungslücke entstünde: Während die NAV die Anschlussnutzung durch die Eigenerzeugungsanlage zumindest mitzuerfassen vermag, enthält die allgemeine Vorschrift des § 13 Abs. 1 EEG 2004 keine adäquaten Vorkehrungen insbesondere für die Anschlussnutzung durch Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher, so dass dann § 13 Abs. 1 EEG 2004 hinter § 18 EnWG 2005 in Verbindung mit der NAV zurücktritt.

- 42 Die somit in einem Fall der fehlenden technischen Trennung grundsätzlich auf die Messeinrichtungen anzuwendenden Vorschriften der §§ 20, 22 NAV werden jedoch ihrerseits durch das EEG 2004 modifiziert, als es der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber weiterhin möglich sein muss, seiner Pflicht nachzukommen, die für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten dem Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen und dadurch seinen Vergütungsanspruch darzulegen. Eine Auslegung und Anwendung der NAV, die dies erschweren oder unmöglich machen würde, wäre mit dem EEG 2004 unvereinbar.

<sup>49</sup>§ 1 Abs. 3, § 3 NAV.

<sup>50</sup>Das den Anschluss von Grundstücken oder Gebäuden an das Niederspannungsnetz betrifft, s. § 1 Abs. 2, § 2 NAV.

## CLEARINGSTELLE EEG

- 43 Im Anhang unter 5.1 sind wesentliche in Betracht kommende Anlagen- und Messkonstellationen verbunden mit einer abstrakt-generellen Einschätzung, welche Rechtsvorschriften bei der jeweiligen Konstellation anwendbar sind, zusammengestellt. Ein Beispielsfall, in dem die NAV für den Zähler anwendbar ist, der (auch) Einspeise- und Bezugsstrom der EEG-Anlage misst, enthält u. a. Abb. 5 im Anhang.
- 44 Die NAV gilt gemäß ihrem § 1 Abs. 1 Satz 3 in zeitlicher Hinsicht für alle nach dem 12.07.2005 abgeschlossenen Versorgungsverträge und ist auch auf alle Anschlussnutzungsverhältnisse anzuwenden, die vor ihrem Inkrafttreten entstanden sind.
- 45 Werden hingegen die „allgemeine“ Stromentnahme aus dem Niederspannungsnetz und der Bezugsstrom der Anlage messtechnisch getrennt erfasst, so kommt auch bei gemeinsamer Nutzung eines Anschlusses i. S. d. § 18 EnWG i. V. m. NAV für Entnahme und Bezug auf die Entnahme unproblematisch die NAV, auf den Bezugsstrom hingegen das EEG 2004 zur Anwendung.<sup>51</sup> Beispielsfälle hierfür enthält u. a. Abb. 3.
- 46 Aus Gründen der Praktikabilität rät die Clearingstelle EEG, dass in den Fällen der technisch getrennten Messeinrichtungen Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber und Netzbetreiber einvernehmlich die sinngemäße, partielle oder vollständige Anwendbarkeit der jeweiligen Technischen Anschlussbedingungen – TAB – und des § 22 NAV auch auf nur dem EEG unterfallende Messeinrichtungen vereinbaren, um damit eine technisch einheitliche und möglichst kostengünstige Ausführung der Entnahme-, der Bezugsstrom- und der Einspeisemessung zu erreichen. Die Clearingstelle EEG weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass § 22 Abs. 2 NAV Netzbetreiber und Anschlussnehmer zur wechselseitigen Rücksichtnahme auffordert. Insbesondere hat nach Satz 3 der Netzbetreiber

„den Anschlussnehmer anzuhören und dessen berechtigte Interessen zu wahren.“

- 47 Ferner ist der Netzbetreiber nach Satz 4 verpflichtet,

„auf Verlangen des Anschlussnehmers einer Verlegung der Mess- und Steuereinrichtung zuzustimmen, wenn dies ohne Beeinträchtigung einer einwandfreien Messung möglich ist.“

---

<sup>51</sup>Zu den Anforderungen des EEG 2004 an die Messeinrichtungen siehe unter 4.6.

- 48 Die Mehrkosten hat dann der Anschlussnehmer zu tragen (Satz 5). Das Gebot der Berücksichtigung der Interessen des Anschlussnehmers – der häufig zugleich die Anlage im Sinne des EEG betreiben dürfte – gilt nach Auffassung der Clearingstelle EEG in besonderem Maße, wenn sich Anlagenbetreiberinnen oder Anlagenbetreiber mit der Geltung der TAB und des § 22 NAV einverstanden erklären, obwohl diese im Fall der technisch getrennten Erfassung des Bezugsstroms isoliert nicht gelten. Die Clearingstelle EEG sieht aufgrund der weiten Regelung im EEG bei gleichzeitiger Nichtgeltung der NAV keine Möglichkeit, anhand gesetzlicher Vorgaben für eine Vielzahl von Fällen präzise zu definieren, welche technischen Anforderungen im Einzelfall vom Netzbetreiber gestellt werden können. Können sich Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber und Netzbetreiber nicht auf die konkrete Ausgestaltung der Messeinrichtungen einigen, so bietet die Clearingstelle EEG den Akteuren die Möglichkeit, durch ein Einigungsverfahren eine für alle Beteiligten interessengerechte Lösung zu vermitteln.<sup>52</sup>

#### 4.3 Anwendbarkeit von §§ 36 ff. EnWG 2005 und StromGVV

- 49 Anlagen i. S. d. EEG 2004, die mit Bezugsstrom beliefert werden,<sup>53</sup> unterliegen den Regelungen der Stromgrundversorgungsverordnung – StromGVV –, wenn Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber den Bezugsstrom der Anlage im Rahmen der Grundversorgung beziehen. Dann gelten für die den Bezugsstrom erfassenden Zähler die Anforderungen des § 8 StromGVV i. V. m. § 21b EnWG 2005.
- 50 Dabei ist es unerheblich für die Anwendbarkeit der StromGVV, ob der von der EEG-Anlage bezogene Strom über einen Netzanschluss geliefert wird, über den noch sonstige Verbrauchseinrichtungen mit Elektrizität beliefert werden, oder ob im Falle weiterer Belieferungen eine messtechnisch getrennte Erfassung der sonstigen Lieferungen einerseits von der Bezugsstromlieferung andererseits erfolgt. Auch für den Bezugsstrom einer EEG-Anlage, die über einen Netzanschluss nach §§ 4, 13 Abs. 1 EEG 2004 versorgt wird, gilt die StromGVV, solange der Bezugsstrom im Rahmen der Grundversorgung (oder der Ersatzversorgung, s. im Weiteren) geliefert wird.
- 51 Die StromGVV gilt für den einer Anlage i. S. d. EEG 2004 gelieferten Bezugsstrom jedoch dann *nicht*, wenn

<sup>52</sup>Zum Einigungsverfahren s. <http://www.clearingstelle-eeeg.de/EingV/Info>.

<sup>53</sup>Siehe zur Einordnung „kleiner Fotovoltaikanlagen“ ohne nennenswerten Bezugsstrom unter 4.6.2.

## CLEARINGSTELLE EEG

- der Bezugsstrom nicht aus dem Niederspannungsnetz bezogen wird, da die StromGKV ausdrücklich auf die Versorgung aus dieser Spannungsebene beschränkt ist (§ 1 Abs. 1 Satz 1 StromGKV),
- der Bezugsstrom aus einem Netz i. S. d. § 110 EnWG bezogen wird, weil gemäß § 110 Abs. 2 EnWG 2005 der Teil 4 des EnWG 2005 (also §§ 36 bis 42) nicht anwendbar ist, wenn Elektrizitätsversorgungsunternehmen unter Nutzung von Netzen im Sinne des § 110 EnWG 2005 Letztverbraucherinnen oder Letztverbraucher mit Energie beliefern,<sup>54</sup>
- die Betreiberin oder der Betreiber der Anlage i. S. d. EEG 2004 kein Haushaltskunde im Sinne des § 3 Nr. 22 EnWG 2005 ist,
- für die Lieferung des Bezugsstroms jedenfalls nicht die Grundversorgung in Anspruch genommen, sondern mit dem Grundversorger ein Sonderkundenvertrag abgeschlossen wird, oder
- die Lieferung des Bezugsstromes aufgrund eines Vertrages mit einem anderen Energielieferanten als dem Grundversorger erfolgt,<sup>55</sup>

und in allen diesen Fällen die entsprechende Geltung der StromGKV nicht individualvertraglich vereinbart wird.

- 52 Für Verträge über die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie *außerhalb* der Grundversorgung enthält § 41 EnWG 2005 Mindeststandards, die jedoch keine Regelungen zu den Messeinrichtungen enthalten.
- 53 Die Anwendbarkeit der §§ 36 ff. EnWG 2005 und der StromGKV neben dem EEG 2004 ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Die StromGKV regelt

<sup>54</sup>Hinweis: Die Clearingstelle EEG ist zur Auslegung und Anwendung von Vorschriften (allein) des EnWG 2005 nicht berufen. Dies gilt auch im Hinblick auf die Frage, welche rechtlichen Schlussfolgerungen aus dem Urteil des *EuGH* v. 22.05.2008 – C-439/06, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/359>, auf die Rechtmäßigkeit von Objektnetzen i. S. d. § 110 EnWG 2005 zu ziehen sind. Vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.04.2009 – 2008/53, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/53>.

<sup>55</sup>Zu beachten ist, dass aufgrund der grundsätzlichen Entflechtung von Elektrizitätsversorgung und Netzbetrieb gemäß §§ 6 ff. EnWG 2005 der Netzbetreiber – sofern nicht die Ausnahme des § 7 Abs. 2 EnWG 2005 zum Tragen kommt – nicht Grundversorger sein kann; s. *Brandenburgisches OLG*, Beschl. v. 25.09.2008 – Kart W 4/08, Rn. 31, abrufbar unter <http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de>, zuletzt abgerufen am 18.11.2009.

„die Allgemeinen Bedingungen, zu denen Elektrizitätsversorgungsunternehmen Haushaltskunden in Niederspannung im Rahmen der Grundversorgung nach § 36 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes zu Allgemeinen Preisen mit Elektrizität zu beliefern haben.“<sup>56</sup>

54 „Haushaltskunden“ sind gem. § 3 Nr. 22 EnWG 2005<sup>57</sup>

„Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10 000 Kilowattstunden nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen.“

55 Als „Letztverbraucher“ wiederum definiert § 3 Nr. 25 EnWG 2005

„natürliche oder juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen.“

Hierunter fallen regelmäßig auch Anlagenbetreiberinnen und -betreiber. Sie sind Letztverbraucher, weil ein „eigener Verbrauch“ bzw. „Eigenverbrauch“ im Sinne der vorgenannten Definitionen bereits dann vorliegt, wenn der Beziehende den Strom selbst nutzt und nicht an ein wirtschaftlich oder rechtlich verschiedenes Subjekt weiterreicht.<sup>58</sup> Daher ist auch der Bezugsstrom, der in der EEG-Anlage zur Energieerzeugung eingesetzt wird, für den „eigenen Verbrauch“ gekauft. Sie sind zudem Haushaltskunden, weil ihr Strombezug zur Stromerzeugung und -einspeisung erfolgt und

<sup>56</sup>§ 1 Abs. 1 Satz 1 StromGKV. – Die Verordnung gilt nach § 1 Abs. 1 Satz 4 StromGKV für alle nach dem 12.07.2005 abgeschlossenen Versorgungsverträge, soweit diese nicht vor dem 08.11.2006 beendet worden sind. Zuvor galt die Verordnung über die Allgemeinen Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV) v. 21.06.1979, BGBl. I S. 684, zuletzt geändert durch Art. 17 des Gesetzes v. 09.12.2004, BGBl. I S. 3214.

<sup>57</sup>Vgl. auch Fn. 1: Insoweit auf das EnWG 2005 Bezug genommen wird, ist damit das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) v. 07.07.2005, BGBl. I S. 1970 (3621), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes v. 21.08.2009, BGBl. I S. 2870, gemeint, also einschließlich der Änderungen durch die Änderungsgesetze zum EnWG aus den Jahren 2008 und 2009.

<sup>58</sup>Vgl. *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG Kommentar, 2008, § 3, Rn. 44. – Ob dem § 17 Abs. 1 EnWG 2005 entgegensteht, der Letztverbraucher und Erzeugungsanlagen getrennt auführt, ist von der Clearingstelle EEG nicht zu entscheiden; jedenfalls erscheint es fraglich, ob aus einer auf den Netzanschluss bezogenen Norm Rückschlüsse auf die allgemeinen Begriffsbestimmungen in § 3 EnWG 2005 gezogen werden können. Ebenfalls nicht von der Clearingstelle EEG zu klären ist das im Einzelfall umstrittene Verhältnis der beiden Definitionen in § 3 Nrn. 22 und 25 EnWG 2005, s. dazu *Hellermann*, ebd.

## CLEARINGSTELLE EEG

damit regelmäßig zu gewerblichen Zwecken; der anlagenbezogene Jahresverbrauch wird zudem 10 000 kWh kaum übersteigen.<sup>59</sup>

- 56 Als Haushaltskunden können die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber für den Bezugsstrom ihrer Anlage somit den Anspruch auf Grundversorgung nach § 36 Abs. 1 EnWG 2005 wahrnehmen, soweit sie außerdem an das Niederspannungsnetz angeschlossen sind. Wird die Grundversorgung wahrgenommen, muss der Haushaltskunde im Gegenzug grundsätzlich seinen gesamten leitungsgebundenen Elektrizitätsbedarf aus den Elektrizitätslieferungen des Grundversorgers decken, § 4 Satz 1 StromGVV.
- 57 Die Abgrenzung der Grund- von der Ersatzversorgung im Sinne von §§ 36, 38 EnWG 2005 ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig.<sup>60</sup> Dies kann hier indes dahingestellt bleiben, weil gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 StromGVV die StromGVV jedoch in weiten Teilen auf die Ersatzversorgung anwendbar ist, insondere gilt der die Messung betreffende § 8 StromGVV bei der Ersatzversorgung entsprechend.
- 58 Erfolgt die Lieferung des Bezugsstromes im Rahmen der Grundversorgung gem. § 36 EnWG 2005 oder im Rahmen der Ersatzversorgung gem. § 38 EnWG 2005, ist auch die StromGVV anwendbar mit der Folge, dass gemäß § 8 StromGVV die vom Grundversorger gelieferte Elektrizität durch Messeinrichtungen nach § 21b EnWG 2005 festzustellen ist. Die Regelungen zur Messung in § 13 Abs. 1 EEG 2004 werden insoweit partiell verdrängt. Da § 8 StromGVV die Rechte des Grundversorgers schützen soll, der personenverschieden vom Netzbetreiber ist, ist zur Wahrung seiner Interessen die Geltung des § 21b EnWG 2005 auch dann systemgerecht, wenn kein Anschluss i. S. d. des EnWG vorliegt, für den der Netzbetreiber eine Messung nach § 21b EnWG 2005 hätte verlangen können.<sup>61</sup> Der § 8 StromGVV ordnet damit eine entsprechende Geltung des § 21b EnWG 2005 an. Auch wenn der Anschluss der Anlage nach §§ 4, 13 EEG 2004 hergestellt wurde, kann nun der Grundversorger über § 8 StromGVV den Betrieb einer Messstelle und die Messung durch den Netzbetreiber gemäß § 21b Abs. 1 EnWG verlangen. Gem. § 21b EnWG 2005 kann der

<sup>59</sup>Ob Anlagenbetreiberinnen und -betreiber zudem i. S. d. § 3 Nr. 22 EnWG 2005 Haushaltskunden sind, wenn bei einer gleichzeitigen Entnahme von Strom für den Haushaltsbedarf der Bezugsstrom für die Anlage zwar über 10 000 kWh/a liegt, die Entnahme für den Haushaltsbedarf pro Jahr aber gleichwohl den Anlagenbezug überwiegt, ist eine Frage des allgemeinen Energiewirtschaftsrechts, die von der Clearingstelle EEG nicht zu klären ist.

<sup>60</sup>Vgl. dazu z. B. *Scholz*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz (Hrsg.), *Stromwirtschaft*, 2. Aufl. 2008, Kapitel 62 Rn. 3 – 10; *de Wyl*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2008, § 13 Rn. 127 f.

<sup>61</sup>Vgl. zur grundsätzlichen Nichtanwendbarkeit des § 21b EnWG 2005 unter 4.4.

„Anschlussnutzer“, der mangels Anschluss i. S. d. EnWG 2005 in diesem Falle aufgrund der entsprechenden Geltung des § 21b EnWG 2005 die Betreiberin oder der Betreiber der Anlage i. S. d. EEG ist, auch den Messstellenbetrieb und die Messung durch einen Dritten wählen. In beiden Fällen müssen die vom Messstellenbetreiber gewählten Messeinrichtungen dann aufgrund von § 21b Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EnWG den vom Netzbetreiber einheitlich für sein Netzgebiet vorgesehenen technischen Mindestanforderungen genügen.

- 59 Die Anwendbarkeit der StromGKV bei Bezugsstromlieferung im Rahmen der Grundversorgung ist auch interessengerecht. Auf den Netzanschluss sind die Betreiberinnen und -betreiber von Anlagen i. S. d. EEG 2004 zwingend angewiesen. Für den Netzanschluss gelten nur die spezialgesetzlichen Regelungen des EEG, insoweit nicht die des EnWG und der NAV. Dagegen steht Anlagenbetreiberinnen und -betreibern offen, statt der Grundversorgung auf Grundlage des § 36 EnWG 2005 i. V. m. der StromGKV die Energielieferung im Rahmen eines Sonderkundenvertrages oder durch einen anderen Energielieferanten als den Grundversorger zu wählen. Wählt er die Grundversorgung nach den Allgemeinen Bedingungen, muss er sich auch den dabei geltenden standardisierten Anforderungen des Energielieferanten unterwerfen. Dass der Gesetzgeber mit dem EEG 2004 das Regelungsregime der Grundversorgung gänzlich überformen oder verdrängen wollte, erscheint daher fernliegend.
- 60 Die somit im Fall der Grund- oder Ersatzversorgung auf die Messeinrichtungen anzuwendenden Vorschriften des § 8 StromGKV i. V. m. § 21b EnWG 2005 werden jedoch ihrerseits durch das EEG 2004 modifiziert, als es der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber weiterhin möglich sein muss, seiner Pflicht nachzukommen, die für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten dem Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen und dadurch seinen Vergütungsanspruch darzulegen. Eine Auslegung und Anwendung von § 8 StromGKV i. V. m. § 21b EnWG 2005, die dies erschweren oder unmöglich machen würde, wäre mit dem EEG 2004 unvereinbar.
- 61 Ergänzend weist die Clearingstelle EEG noch auf folgende Besonderheiten hin, die im Einzelfall möglicherweise für Anlagenbetreiberinnen und -betreiber relevant werden können:
- 62 Die Grundversorgung beruht auf einem vom Gesetzgeber sorgfältig austarierten Geflecht von Rechten und Pflichten des Grundversorgers und des grundversorgten Haushaltskunden. Hervorzuheben sind dabei insbesondere die Lieferpflicht des

## CLEARINGSTELLE EEG

Grundversorgers – § 36 Abs. 1 EnWG 2005 – und die damit korrespondierende Bezugspflicht des Haushaltskunden – § 4 Satz 1 StromGKV.

- 63 Die Pflicht des Grundversorgers zur Grundversorgung nach § 36 EnWG 2005 i. V. m. StromGKV besteht nach § 37 Abs. 1 Satz 1 EnWG 2005 zwar grundsätzlich nicht zugunsten desjenigen, der

„... zur Deckung des Eigenbedarfs eine Anlage zur Erzeugung von Energie betreibt oder sich von einem Dritten versorgen lässt ...“

und damit Energie „für den Eigenverbrauch“ i. S. d. § 3 Nr. 22 EnWG 2005 nur noch zu einem sehr geringen Anteil vom Grundversorger bezieht. Gemäß § 37 Abs. 1 Satz 3 a.E. EnWG 2005 besteht jedoch eine Rückausnahme

„für die Deckung des Eigenbedarfes von in Niederspannung belieferten Haushaltskunden aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung bis 50 Kilowatt Leistung und aus erneuerbaren Energien.“

Beim Betrieb solcher Eigenanlagen bleibt der Anspruch auf Grundversorgung mithin bestehen.

- 64 Auch die mit dem Grundversorgungsanspruch korrespondierende Pflicht des Kunden zur Bedarfsdeckung gem. § 4 Satz 1 StromGKV wird zugunsten von Strom aus Erneuerbaren Energien modifiziert. Nach § 4 Satz 2 Halbsatz 1 StromGKV ist

„die Bedarfsdeckung durch Eigenanlagen der Kraft-Wärme-Kopplung bis 50 Kilowatt elektrische Leistung und aus erneuerbaren Energien“

von der Bedarfsdeckungspflicht des Haushaltskunden ausgenommen. Aufgrund des systematischen Zusammenhangs sind ebenso wie bei der Kraft-Wärme-Kopplung die „Deckung des Eigenbedarfes von ... Haushaltskunden ... aus erneuerbaren Energien“ in § 37 Abs. 1 Satz 3 EnWG 2005 und die „Bedarfsdeckung aus erneuerbaren Energien“ nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 StromGKV als Bedarfsdeckung durch *Eigenanlagen*<sup>62</sup> zu verstehen. So verliert der Haushaltskunde, der seinen Bedarf auch aus Eigenanlagen deckt, für den übrigen, nicht durch die Eigenanlage gedeckten Strombezug nicht seinen Anspruch auf die Grundversorgung. Ob und ggf. inwieweit sich die Pflicht des Grundversorgers, „für“ die Deckung des Eigenbedarfes die

---

<sup>62</sup>Legaldefinition in § 3 Nr. 13 EnWG: „Anlagen zur Erzeugung von Elektrizität zur Deckung des Eigenbedarfs, die nicht von Elektrizitätsversorgungsunternehmen betrieben werden.“

Grundversorgung aufrechtzuerhalten, nicht nur auf den nicht durch die Eigenversorgung gedeckten Energiebedarf des Kunden selber, sondern auch auf die Lieferung des Bezugsstroms für den Eigenverbrauch der Eigenanlage bezieht, ist von der Clearingstelle EEG nicht zu begutachten.<sup>63</sup>

### 4.4 Anwendbarkeit von § 21b EnWG 2005 und MessZV

#### 4.4.1 Anlagen mit Bezugsstrom ohne sonstige, über dieselbe Netzverknüpfung versorgte Verbrauchseinrichtungen

- 65 Bei Anlagen, über deren Netzverknüpfung keine sonstigen Verbrauchseinrichtungen mit Strom versorgt werden, sind § 21b EnWG 2005 und die MessZV auf die Durchführung der Messung sowie auf Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen grundsätzlich nicht anwendbar,<sup>64</sup> weil § 21b EnWG 2005 für reine Einspeisungen nicht gilt. Selbst wenn die Vorschrift für anwendbar erachtet würde, so träfe § 13 Abs. 1 EEG 2004 für die Einspeisung von Elektrizität ins Stromnetz eine speziellere, § 21b EnWG 2005 verdrängende Regelung.
- 66 § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 beschränkt sich auf die Feststellung, dass die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen von einem fachkundigen Dritten vornehmen lassen kann. Wie dies im Detail abzuwickeln ist und inwieweit der Netzbetreiber hierbei zu beteiligen ist, ist im Gesetz nicht näher geregelt. Aus der Verwendung der Wendung „vornehmen lassen“ lässt sich bereits nicht sicher ableiten, dass der Gesetzgeber einen schriftlichen Auftrag des Anlagenbetreibers an den Dritten für erforderlich hält. Demgegenüber enthält § 21b EnWG 2005 i. V. m. der MessZV ausführliche Regelungen, wie die Rechte und Pflichten des Anschlussnutzers als Auftraggeber, des Messstellenbetreibers und/oder Messdienstleisters als Auftragnehmer und des Netzbetreibers als grundsätzlich nach § 21b Abs. 1 EnWG 2005 zur Messung der gelieferten Energie zuständigen Person verteilt sind.
- 67 § 21b EnWG 2005 ist grundsätzlich nur auf den Netzzugang anzuwenden, wie sich aus seiner systematischen Stellung im „Netzzugang“ überschriebenen Abschnitt 3 des Teiles 3 des EnWG 2005 (§§ 20 bis 28a EnWG 2005) ergibt.<sup>65</sup> Zentrale Norm des

<sup>63</sup>Vgl. dazu *Bundesnetzagentur*, 6. Beschlusskammer, Beschl. v. 19.03.2007 – BK6-06-071, S. 30 ff., abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de>, zuletzt besucht am 18.11.2009.

<sup>64</sup>Ebenso *Rauch*, ZNER 2009, 19, 20 mit weiteren Nachweisen.

<sup>65</sup>Vgl. zur Zugehörigkeit des § 21b EnWG 2005 zum Netzzugang sowie zu den regulierungsrechtlichen Grundlagen und wettbewerblichen Funktionen der Norm *Lippert*, Öffnung des Messwesens

Netzzugangs ist § 20 EnWG 2005. Daraus ergibt sich, dass der gesetzlich garantierte Anspruch auf Netzzugang das Verhältnis von Letztverbraucherinnen, Letztverbrauchern und Netzbetreiber einerseits bzw. Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Netzbetreiber andererseits betrifft. Zwar können auch Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber bei der Entnahme von Bezugsstrom aus dem Netz Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher sein; gleichwohl trifft für die Rechtsbeziehungen zwischen Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreibern und Netzbetreibern das EEG abschließende und die §§ 20 ff. EnWG 2005 verdrängende Sonderregelungen, so dass auch § 21b EnWG 2005 grundsätzlich nicht auf Anlagen anwendbar ist, die dem Regelungsregime des EEG 2004 unterfallen. Dafür spricht auch die Binnensystematik des § 21b EnWG 2005, die zu den Regelungen des § 13 Abs. 1 EEG 2004 im Widerspruch steht. Nach § 21b Abs. 1 EnWG 2005 hat nämlich der Netzbetreiber in Bezug auf „gelieferte Energie“ die „Messhoheit“, soweit nicht abweichende Vereinbarungen nach § 21b Abs. 2 und 3 EnWG 2005 getroffen werden, wohingegen nach § 13 Abs. 1 EEG 2004 die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber sowohl für die eingespeiste als auch für die bezogene Arbeit die „Messzuständigkeit“ inne hat.<sup>66</sup> Da für die Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien das EEG das speziellere Gesetz ist, gebührt diesem in Bezug auf die Bestimmung der „Messhoheit“ der Vorrang gegenüber § 21b EnWG 2005. Ein solcher Vorrang des spezielleren EEG gegenüber dem häufig auch als „Grundgesetz der Energiewirtschaft“ bezeichneten EnWG wird durch § 2 Abs. 2 EnWG 2005 ausdrücklich zugelassen. Schließlich sind § 21b Abs. 2 bis 4 EnWG 2005 auch nach Sinn und Zweck dieser Norm nicht auf den Bezugsstrom anwendbar, weil die darin verankerte Öffnung des Messwesens für den Wettbewerb darauf zielt, durch neue Technologien der Verbrauchserfassung und -steuerung (sog. *smart metering*) bislang ungenutzte Energieeinsparpotentiale bei Endverbraucherinnen und -verbrauchern zu heben.<sup>67</sup> Demgegenüber dient der Bezugsstromverbrauch von Anlagen im Sinne des EEG dazu, Energie einspeisen zu können, ist also quasi eine energetische „Investition“ und als solche der Stoßrichtung des *smart metering* nicht zugänglich.

- 68 Auch eine analoge Anwendung von § 21b EnWG 2005 kommt nicht in Betracht, weil dies eine planwidrige Regelungslücke im EEG 2004 voraussetzte. Allein der

bei Strom und Gas – Rechtliche Grundlagen und Fragen der Rechtsanwendung, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* (et) 4/2009, 82, 83 ff.

<sup>66</sup>Siehe oben unter 4.1.

<sup>67</sup>Vgl. Begründung des Gesetzes zur Öffnung des Messwesens bei Strom und Gas für Wettbewerb, BT-Drs. 16/8306, S. 7; *Benz*, *Energieeffizienz durch intelligente Stromzähler – Rechtliche Rahmenbedingungen*, ZUR 2008, 457, 457 ff.

Umstand, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der Neuregelung des am 6. Juni 2008 vom Deutschen Bundestag verabschiedeten Gesetzes zur Öffnung des Messwesens bei Strom und Gas für Wettbewerb, durch das § 21b EnWG 2005 seine jetzige Gestalt bekam, in § 7 Abs. 1 EEG 2009 an einer gegenüber § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 weitgehend unveränderten Fassung festgehalten hat, spricht dagegen, hier eine unbeabsichtigte Regelungslücke anzunehmen. Darüber hinaus war auch dem Gesetzgeber des EEG 2004 bekannt, dass das am 7. Juli 2005 verabschiedete EnWG 2005 in § 21b EnWG 2005 erstmals eine Vorschrift zur Messung enthielt, die von § 13 Abs. 1 EEG 2004 abwich; weiterhin war dem Gesetzgeber bekannt, dass es durch die bereits am 14. März 2006 beschlossene Richtlinie 2006/32/EG<sup>68</sup>, aufgrund derer § 21b EnWG 2005 im Jahre 2008 zuletzt geändert wurde, zu einer Liberalisierung des Messwesens gemäß den Vorgaben der Richtlinie werden müssen; gleichwohl hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, bei der letzten Änderung des EEG 2004 durch das Erste Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 7. November 2006<sup>69</sup> Änderungen an § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 vorzunehmen. Auch dies spricht gegen eine unbeabsichtigte Regelungslücke, so dass für eine Analogie kein Raum ist.

- 69 Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in § 13 Abs. 1 EEG 2004 für den Bezugsstrom eine Sonderregelung getroffen hat. Selbst wenn – entgegen der vorstehenden Argumentation – § 21b EnWG 2005 auf Einspeiseverhältnisse anwendbar sein sollte, so wäre die Kollision zwischen § 21b EnWG 2005 und § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 dahingehend aufzulösen, dass der für den spezielleren Anwendungsfall der Stromeinspeisung geschaffenen Norm des EEG 2004 Vorrang vor der Norm des allgemeinen Energiewirtschaftsrechts zukommt.
- 70 Aus der Nichtanwendbarkeit von § 21b EnWG 2005 folgt zugleich, dass der zur Konkretisierung der technischen Mindestanforderungen i. S. v. § 21b Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EnWG 2005 erarbeitete „MeteringCode“<sup>70</sup> keine Verbindlichkeit beanspruchen kann, sofern nicht die Betreiberin bzw. der Betreiber der Anlage i. S. d. EEG 2004 der Geltung des MeteringCodes ausdrücklich vertraglich zugestimmt hat.

<sup>68</sup>Richtlinie 2006/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 05.04.2006 über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen und zur Aufhebung der Richtlinie 93/76/EWG, ABl. EU Nr. L 114 v. 27.04.2006, S. 64–85.

<sup>69</sup>BGBl. I 2006, S. 2550.

<sup>70</sup>Vgl. *BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.* (Hrsg.), *MeteringCode 2006*/Ausgabe Mai 2008, im Internet abrufbar unter <http://www.bdew.de/>, zuletzt abgerufen am 18.11.2009.

### 4.4.2 Anlagen mit Bezugsstrom und weiteren, über dieselbe Netzverknüpfung versorgten Verbrauchseinrichtungen

- 71 Eine Ausnahme vom o. g. Grundsatz ist zu machen, wenn die Anlage über einen Netzverknüpfungspunkt einspeist, der zugleich ein der Versorgung von Letztverbraucherinnen bzw. Letztverbrauchern dienender Niederspannungsanschluss ist und keine getrennte Erfassung bzw. Abrechnung von Bezugsstrom und Entnahmestrom erfolgt. Die Gründe, die in einem solchen Fall zur Anwendung von § 21b EnWG 2005 führen, sind die gleichen, die bei einem solchen Sachverhalt zur Anwendbarkeit von NAV führen.<sup>71</sup>
- 72 Ein Beispielsfall, in dem § 21b EnWG 2005 und MessZV für den Zähler anwendbar sind, der (auch) Einspeise- und Bezugsstrom der EEG-Anlage misst, enthält u. a. Abb. 5 im Anhang.
- 73 Die in einem Fall der fehlenden technischen Trennung somit grundsätzlich auf die Messeinrichtungen anzuwendenden Vorschriften des § 21b EnWG 2005 i. V. m. der MessZV werden jedoch ihrerseits durch das EEG 2004 modifiziert, als es der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber weiterhin möglich sein muss, seiner Pflicht nachzukommen, die für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten dem Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen und dadurch seinen Vergütungsanspruch darzulegen. Eine Auslegung und Anwendung des § 21b EnWG 2005 und der MessZV, die dies erschweren oder unmöglich machen würde, wäre mit dem EEG 2004 unvereinbar.

### 4.5 Anwendbarkeit der StromNZV

- 74 Bei einer Versorgung von EEG-Anlage und weiteren Lasten über einen gemeinsamen Anschluss nach § 17 oder § 18 EnWG 2005 kann im Falle einer messtechnisch nicht getrennten Erfassung von Bezugs- und Entnahmestrom neben den ggf. anwendbaren Vorschriften der NAV<sup>72</sup>, der StromGVV<sup>73</sup>, und/oder des § 21b EnWG 2005<sup>74</sup>, die StromNZV<sup>75</sup> weitere Anforderungen an die Messeinrichtungen stellen. Für einen

<sup>71</sup>Siehe dazu unter 4.2.

<sup>72</sup>Siehe dazu unter 4.2.

<sup>73</sup>Siehe dazu unter 4.3.

<sup>74</sup>Siehe dazu 4.4.

<sup>75</sup>Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzzugangsverordnung – StromNZV) v. 25.07.2005, BGBl. I S. 2243, zuletzt geändert durch die Verordnung zum Erlass von Regelungen über Messeinrichtungen im Strom- und Gasbereich v. 17.10.2008, BGBl. I S. 2006.

Zähler, über den auch die Lieferung des Entnahmestromes abgerechnet wird, können insbesondere die §§ 18 ff. StromNZV i. V. m. Vorschriften der MessZV Anwendung finden. Dies gilt indes dann nicht für den Zähler und die Messung des Anlagenbezugsstroms, wenn dieser technisch getrennt von sonstigem Entnahmestrom erfasst wird, weil in einem solchen Fall – wie hinsichtlich NAV<sup>76</sup> – § 13 Abs. 1 EEG 2004 eine abschließende, dem allgemeinen Energiewirtschaftsrecht vorgehende Regelung trifft.

## 4.6 Notwendige Messeinrichtungen im Sinne des EEG 2004

### 4.6.1 „Messeinrichtungen“

75 Der Begriff der Messeinrichtung wird im EEG 2004 nicht definiert. Dem

**Wortlaut** nach heißt *messen*, etwas nach seiner Größe zu bestimmen; eine *Einrichtung* bezeichnet etwas nach einem bestimmten technischen Plan Konstruiertes.<sup>78</sup> Eine Messeinrichtung ist somit eine technisch geplante Konstruktion zur Bestimmung einer Größe.<sup>79</sup> Weder die begriffliche Trennung zwischen Messung und Messeinrichtung noch die begriffliche Umschreibung von „Messeinrichtung“ verhelfen jedoch zu einer sicheren Abgrenzung, was genau im Sinne der Vorschrift mit welchen Mitteln gemessen werden soll. Der Begriff bedarf daher der Auslegung.

76 **Systematisch** helfen die weiteren Erwähnungen des Begriffes „Messeinrichtung“ in § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 und in § 12 Abs. 6 EEG 2004, der in § 5 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 verwendete Begriff der „Leistungsmessung“ sowie der Begriff „Messdaten“ in § 21 Abs. 1 EEG 2004 nicht weiter, weil diese ihrerseits keine Anhaltspunkte zur näheren Bestimmung des gesetzlichen Begriffes der Messeinrichtung bieten. Gleiches gilt – unabhängig von der Frage, inwieweit diese Vorschriften auf Anlagen im Sinne des EEG anwendbar sind – für die vielfältige Verwendung von „Messeinrichtung“

<sup>76</sup>Siehe unter 4.2. und § 21b EnWG 2005<sup>77</sup> ausgeführt.

<sup>78</sup>Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts, <http://www.dwds.de/?kompakt=1&sh=1&qu=Einrichtung>, <http://www.dwds.de/?kompakt=1&sh=1&qu=messen>, zuletzt abgerufen am 21.10.2009.

<sup>79</sup>Weiter Rauch, ZNER 2009, 19, 20, der Messeinrichtungen definiert als „... alle technischen Geräte im weiteren Sinne, die ihre bestimmungsgemäße Verwendung in dem Erfassen, Speichern und ggf. Übermitteln eingespeister oder gelieferter Energie finden.“

## CLEARINGSTELLE EEG

in anderen energiewirtschaftsrechtlichen Normen, wie z. B. in § 3 Nr. 26c und § 21b EnWG 2005.

- 77 Jedoch lässt sich § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 entnehmen, dass es sich um Messeinrichtungen

„zur Erfassung der gelieferten und der bezogenen elektrischen Arbeit“

handeln soll. In der Formulierung „zur Erfassung“ kommt zum einen die bereits festgestellte, dienende Beziehung der Messeinrichtung zum Messen zum Ausdruck. Die zu bestimmenden Größen sind zum anderen gesetzlich eingegrenzt auf die eingespeiste und die ggf. bezogene elektrische Arbeit, also das Produkt aus (eingespeister bzw. bezogener) elektrischer Leistung und Zeit, das üblicherweise in Kilowattstunden (kWh) angegeben wird. Grundsätzlich nicht zu erfassen sind somit beispielsweise die Größen Leistung (in Watt), Blindleistung<sup>80</sup> (in Var) oder Spannung (in Volt). Abweichungen von dieser Regel können sich jedoch aus dem EEG selber ergeben: Ein Beispiel für eine speziellere Regelung im EEG 2004 ist die Verpflichtung zur registrierenden Leistungsmessung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004, die nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist.<sup>81</sup> Darüber hinaus steht es Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreibern und Netzbetreibern frei, vertraglich den Einbau weiterer Messeinrichtungen zu vereinbaren, wobei Letzterer – unbeschadet abweichender vertraglicher Vereinbarungen –<sup>82</sup> die Kosten zu tragen hat, wenn die weitere Messeinrichtung – z. B. eine Lastgangmessung bei Anlagen unter 500 kW oder Blindstrommessung<sup>83</sup> – nicht „notwendig“ ist.<sup>84</sup>

<sup>80</sup>Siehe dazu *OLG Hamm*, Urt. v. 12.09.2003 – 29 U 14/03, Rn. 54, und Urt. v. 07.11.2003 – 29 U 61/03, Rn. 71 f., beide abrufbar unter <http://www.nrw.de/>. – Ob und ggf. inwieweit der Netzbetreiber im Einzelfall zum Abzug von Blindleistung bei der Vergütungsberechnung berechtigt ist, ist nicht Gegenstand dieses Empfehlungsverfahrens; s. dazu u. a. vorstehend *OLG Hamm* und *OLG Dresden*, Urt. v. 15.04.2008 – 9 U 1790/07, <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/407>. – Ist der Netzbetreiber zum Abzug von Blindleistung berechtigt, so dürften auch Messeinrichtungen zu deren Erfassung notwendig sein.

<sup>81</sup>*Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 13 Rn. 41, sieht Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber unter gewissen Umständen – z. B. zur Wahrung der Netzbetriebssicherheit – gemäß § 242 BGB dazu als verpflichtet an, dem Netzbetreiber den Einbau einer Leistungsmessung auf dessen Kosten zu gestatten. – Weitere Ausnahmen können sich u. U. bei der Einspeisung von mehreren unterschiedlichen Erzeugungsanlagen über denselben Netzverknüpfungspunkt ergeben; s. hierzu unten unter Rn. 104 ff.

<sup>82</sup>Siehe dazu im Einzelnen unter 4.10 und 4.10.2.

<sup>83</sup>Siehe dazu die Anmerkung in Fußnote 80.

<sup>84</sup>Ebenso *Rauch*, ZNER 2009, 19, 22 und 23. – Siehe zur „Notwendigkeit“ sogleich unter 4.6.2.

- 78 Aus dem Begriff der „Erfassung“ folgt zudem, dass weder Vorkehrungen zur automatisierten Fernauslesung und -übertragung (Datenfernübertragung, DFÜ) der gemessenen Daten noch Steuereinrichtungen<sup>85</sup> vom Begriff der Messeinrichtung umfasst sind, weil begrifflich das Erfassen und das Übertragen bzw. Steuern verschieden sind; zudem enthält § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004, der die *Übermittlung* der für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten<sup>86</sup> – wozu die gemessene Einspeisemenge gehört – an den Netzbetreiber regelt, keine dahingehende Bestimmung.<sup>87</sup> Jedoch enthält § 6 Nr. 1 lit. b) EEG 2009 nunmehr eine abweichende Regelung, die gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 ab dem 1. Januar 2011 auch für Bestandsanlagen gilt.<sup>88</sup>
- 79 **Zwischenergebnis** Aus § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 ergibt sich, dass Messeinrichtungen im Sinne von dieser Vorschrift grundsätzlich nur Geräte zur bloßen Erfassung der elektrischen Arbeit sind. Die in der Praxis besonders umstrittene Frage, ob und ggf. wann ein Zweirichtungszähler erforderlich ist, ist sogleich zu prüfen.

#### 4.6.2 „Notwendig“

- 80 Durch die Verwendung des Attributs „notwendig“ im Zusammenhang mit „Messeinrichtung“ hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass nur die Kosten für bestimmte Messeinrichtungen zu tragen sind. Zugleich macht die Formulierung deutlich, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber verpflichtet sind, die notwendigen Messeinrichtungen auch tatsächlich vorzuhalten. Aus Sicht der Betreiberinnen und Betreiber hat dies einerseits eine Schutzfunktion, in dem Sinne, dass nicht „alle denkbaren“ oder „jedwede“ Messeinrichtungen auf ihre Kosten zu errichten sind; andererseits führt dies zu einer Beschränkung der Wahlmöglichkeiten bei der Ausgestaltung der Messhoheit. Das Kriterium der Notwendigkeit führt somit zu einem angemessenen Ausgleich der Interessen von Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreibern und Netzbetreibern.

<sup>85</sup>Im Umkehrschluss zu § 22 NAV ebenso *Rauch*, ZNER 2009, 19, 20.

<sup>86</sup>Zu den Folgen des Versäumnisses einer in § 14a EEG 2004 genannten Frist siehe *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 24.11.2008 – 2008/7, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/7>.

<sup>87</sup>Vgl. *Schneider*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2008, § 21 Rn. 79.

<sup>88</sup>Danach sind Anlagenbetreiberinnen und -betreiber verpflichtet, Anlagen, deren Leistung 100 Kilowatt übersteigt, u. a. mit einer technischen oder betrieblichen Einrichtung zur Abrufung der jeweiligen Ist-Einspeisung auszustatten, auf die der Netzbetreiber zugreifen darf.

## CLEARINGSTELLE EEG

- 81 Was genau „notwendig“ ist, insbesondere welche Grenzen dieser Begriff setzen soll, ergibt sich jedoch nicht aus sich heraus. Es handelt sich vielmehr um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der aufgrund seiner begrifflichen Offenheit und Weite auch unter Heranziehung weiterer Normen näher zu konkretisieren ist. Dabei sind vier Dimensionen näher zu betrachten: die messtechnische, die sicherheitstechnische, die vergütungs- bzw. abrechnungstechnische und die steuerrechtliche Dimension.
- 82 a) **Messtechnisch** sind diejenigen Messeinrichtungen notwendig, die die hinreichend genaue Erfassung der eingespeisten und ggf. bezogenen Strommengen gewährleisten. Die hinreichende Genauigkeit der Erfassung wird in der Bundesrepublik abschließend öffentlich-rechtlich durch die Vorschriften des Eichrechts geregelt. Zu beachten sind insbesondere<sup>89</sup>
- die Europäischen Messgeräte-Richtlinie (MID) 2004/22/EG<sup>90</sup>,
  - das Gesetz über das Meß- und Eichwesen (Eichgesetz – EichG),<sup>91</sup>
  - die Eichordnung (EO 1988).<sup>92</sup>
- 83 Für die Erfassung der eingespeisten und bezogenen elektrischen Arbeit treffen diese Normen insbesondere folgende Regelungen, auf die die Clearingstelle EEG informatorisch hinweist:
- 84
- § 2 EichG schreibt vor, dass Messgeräte zugelassen und geeicht sein müssen. Soweit nicht anders geregelt, soll die Eichung nach § 2 Abs. 4 Satz 1 EichG von den zuständigen Behörden und von staatlich anerkannten Prüfstellen für Messgeräte für Elektrizität, Gas, Wasser oder Wärme vorgenommen werden (amtliche Eichung). Die Eichung neuer Messgeräte kann nach Maßgabe einer nach § 2 Abs. 2 EichG erlassenen Verordnung auch vom Hersteller vorgenommen werden (Eichung durch den Hersteller). Der auf der Ermächtigungsgrundlage des EichG a.F. eingefügte Teil 1b der EO 1988 sieht hierfür

<sup>89</sup>Informationen hierzu stellt die für das Eichwesen zuständige Physikalisch-Technische Bundesanstalt (PTB) unter <http://www.ptb.de/de/wegweiser/oeffentlichkeit/verbraucherschutz/eichordnung.html>, zuletzt abgerufen am 21.10.2009, zur Verfügung.

<sup>90</sup>Richtlinie 2004/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.03.2004 über Messgeräte, ABl. Nr. L 135 v. 30.04.2004, S. 1–80.

<sup>91</sup>Eichgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.03.1992, BGBl. I S. 711, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 03.07.2008, BGBl. I S. 1185.

<sup>92</sup>Eichordnung v. 12.08.1988, BGBl. I S. 1657, zuletzt geändert durch Art. 3 § 14 des Gesetzes v. 13.12.2007, BGBl. I S. 2930.

in § 7k EO 1988 die Bewertung der Konformität mit den jeweils anwendbaren grundlegenden Anforderungen nach einem vom Hersteller auszuwählenden Konformitätsbewertungsverfahren vor. Die Konformitätsbewertung elektrischer Messgeräte erfolgt dabei nach Maßgabe der in Anlage 20 zu § 7k EO 1988 aufgezählten rechtlichen Anforderungen. Die Voraussetzung für die Anerkennung der amtlichen Prüfstellen richtet sich nach §§ 47 ff. EO 1988. In der EO 1988 sind die allgemeinen Anforderungen an die Eichung geregelt. Nach Anhang B zu § 12 und § 14 EO 1988 beträgt die Gültigkeitsdauer der Eichung von Einphasen- und Mehrphasen-Wechselstromzählern mit *Induktionsmesswerk* einschließlich Doppeltarifzählern 16 Jahre, die von Einphasen- und Mehrphasen-Wechselstromzählern mit *elektronischem Messwerk* für direkten Anschluss 8 Jahre.

- 85 Eine Änderung des Eichgesetzes, durch die der Einsatz von intelligenten Messsystemen erleichtert werden soll, ist geplant.<sup>93</sup>
- 86 • Die Messgeräte-Richtlinie (MID) 2004/22/EG, deren Vorschriften ab dem 30. Oktober 2006 in allen Mitgliedstaaten der EU umgesetzt sein müssen und unter Berücksichtigung einer Übergangsbestimmung anzuwenden sind, harmonisiert die Anforderungen an verschiedene Messgerätearten.<sup>94</sup> Die MID gilt u. a. auch für direkt oder über Messwandler angeschlossene Wirk-Elektrizitätszähler.<sup>95</sup> Die MID enthält nur Regelungen bis zum Inverkehrbringen bzw. zur ersten Inbetriebnahme der Messgeräte und überträgt den Mitgliedstaaten die Überwachung der richtigen Anwendung der Richtlinie. Anforderungen nach dem Inverkehrbringen bzw. nach der ersten Inbetriebnahme, wie beispielsweise Verkehrsfehlergrenzen, Nacheichung und Eichgültigkeitsdauer, werden weiterhin national geregelt. Die MID beschränkt sich auf grundlegende Leistungsanforderungen an die Messgeräte. Bei Messgeräten, deren Aufbau und Wirkungsweise speziellen harmonisierten Normen oder normativen Dokumenten der „Organisation Internationale de Métrologie Légale“ (OIML)<sup>96</sup>

<sup>93</sup>Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Pressemitteilung v. 04.04.2008, <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Presse/pressemitteilungen,did=242886.html>, zuletzt abgerufen am 21.10.2009.

<sup>94</sup>Die folgende Darstellung beruht auf den Informationen der PTB im Internet unter [http://www.ptb.de/de/dienstleistungen/mittelstand/\\_mid.htm](http://www.ptb.de/de/dienstleistungen/mittelstand/_mid.htm), zuletzt abgerufen am 21.10.2009.

<sup>95</sup>Anhang MI-003 der Richtlinie.

<sup>96</sup>Internationale Organisation für das gesetzliche Messwesen; weitere Informationen unter <http://www.ptb.de/de/wegweiser/welt/organisationen/messwesen.html>, zuletzt abgerufen am 21.10.2009.

## CLEARINGSTELLE EEG

entsprechen, ist davon auszugehen, dass die grundlegenden Anforderungen erfüllt sind. Die Verantwortung hierfür trägt letztlich der Hersteller, der jedes Messgerät kennzeichnen und eine MID-Konformitätserklärung ausstellen muss, nachdem ein vorgeschriebenes Konformitätsbewertungsverfahren von einer benannten Stelle durchgeführt wurde. Die Konformitätsbewertungen werden EU-weit anerkannt.

- 87 Messtechnisch notwendig im Sinne des EEG 2004 sind somit die Messeinrichtungen, die das Eichrecht für die Lieferung und den Bezug von elektrischer Energie vorschreibt. Die Klärung eichrechtlicher Einzelfragen ist nicht Aufgabe der Clearingstelle EEG.
- 88 Bei kleineren Fotovoltaikanlagen wird in der Praxis diskutiert, inwieweit ein Einrichtungszähler ohne Rücklaufsperr eichrechtlich toleriert wird. Hintergrund hierfür sind die Beratungen der Arbeitsgemeinschaft der Eichaufsichtsbehörden (Arbeitsgemeinschaft Mess- und Eichwesen – AG ME), die in einem Beschluss vom 13. Mai 1998 (erfasst in der sog. „Kieler Sammlung“) für den Rückwärtsbetrieb von Elektrizitätszählern in kleinen Energieerzeugungsanlagen sinngemäß erklärt hat, dass der Einsatz von Elektrizitätszählern in Energieerzeugungsanlagen zur Stromeinspeisung im Kleinlastbereich in beiden Energierichtungen geduldet werde, auch wenn der Zähler nur für eine Energierichtung zugelassen sei; als Richtwert für den „Kleinlastbereich“ wurde hierbei eine Leistung von 10 kW angenommen. Die Clearingstelle EEG weist jedoch darauf hin, dass es sich hierbei um *unverbindliche* Vorschläge der AG ME an den Gesetzgeber für künftige Rechtsänderungen handelt.
- 89 Keine Anwendung findet das Eichrecht hingegen, wenn Anlagenbetreiberin bzw. Anlagenbetreiber, Stromlieferant und Netzbetreiber vereinbaren, den Bezugsstrom pauschal anhand des geschätzten Wechselrichter verbrauchs im Ruhebetrieb abzurechnen, weil es dafür keiner Messeinrichtungen und damit auch keiner Eichung bedarf.
- 90 Die Clearingstelle EEG wird – um für die Praxis Klarheit über die eichrechtlichen Fragen herbeizuführen – den Arbeitsausschuss Elektrizitätszähler der AG ME ersuchen, den aktuellen eichrechtlichen Rechtsrahmen für die Einspeisemessung insbesondere bei Kleinanlagen zu klären.
- 91 **b) Sicherheitstechnisch** notwendig sind diejenigen Messeinrichtungen, die in ihrer konkreten Ausgestaltung und Installation einen sicheren Betrieb gewährleisten.

Dies betrifft insbesondere die Sicherheit der Personen, die sich im Umfeld der Messeinrichtung aufhalten, also beispielsweise der Bewohnerinnen und Bewohner eines Gebäudes, auf dem eine Fotovoltaikanlage installiert ist. Es ist – insbesondere aus Gründen der Gefahrenabwehr – notwendig, dass Messeinrichtungen so ausgestaltet und installiert werden, dass hiervon keine Gefahren – beispielsweise durch Kurzschlüsse – ausgehen. Hinsichtlich der Ausgestaltung ist dies zum einen durch die Regelungen zur Geräte- und Produktsicherheit normiert, namentlich

- durch das Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte (Geräte- und Produktsicherheitsgesetz – GPSG)<sup>97</sup> und
- durch die CE-Konformitätserklärungen der Zählerhersteller<sup>98</sup>

und zum anderen durch Gesetze, Verordnungen und technische Regelwerke zur Betriebssicherheit elektrotechnischer Anlagen.<sup>99</sup> Derartige Normen und Regelwerke werden durch das EEG 2004 nicht verdrängt, sondern sind vielmehr aufgrund ihres eigenständigen Regelungsgehaltes als „notwendig“ auch im Sinne des § 13 Abs. 1 EEG 2004 anzusehen.

- 92 Grundsätzlich ohne Bedeutung für die Bestimmung der notwendigen Messeinrichtungen ist § 13 Abs. 1 Satz 3 EEG 2004. Danach müssen die

„Ausführung des Anschlusses und die übrigen für die Sicherheit des Netzes notwendigen Einrichtungen ... den im Einzelfall notwendigen technischen Anforderungen des Netzbetreibers und § 49 EnWG“

<sup>97</sup>Geräte- und Produktsicherheitsgesetz v. 06.01.2004, BGBl. I S. 2, 219, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 33 des Gesetzes v. 07.07.2005, BGBl. I S. 1970.

<sup>98</sup>Vgl. Richtlinie 2004/108/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.12.2004 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die elektromagnetische Verträglichkeit und zur Aufhebung der Richtlinie 89/336/EWG, ABl. EU Nr. L 390 v. 31.12.2004, S. 24–37; Richtlinie 2006/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen (kodifizierte Fassung), ABl. EU Nr. L 374 v. 27.12.2006, S. 10–19.

<sup>99</sup>Inbes. DIN VDE 1000–10 (VDE 1000–10):2009–01 mit Geltung ab 01.01.2009 und DIN VDE 1000–10:1995–05 mit Geltung bis 31.12.2009, über die fachlichen Anforderungen an die im Bereich der Elektrotechnik tätigen Personen, die Tätigkeiten von Bedeutung für die elektrische Sicherheit ausführen, mit verschiedenen Anforderungen an die verantwortliche Elektrofachkraft, die Elektrofachkraft und die elektrotechnisch unterwiesene Person; DIN VDE 0105–100 (VDE 0105–100); die berufsgenossenschaftliche Unfallverhütungsvorschrift BGV A3 v. 01.04.1979 in der Fassung v. 01.01.1997 mit Durchführungsanweisungen v. Oktober 1996 – Aktualisierte Nachdruckfassung 2005, teilweise ersetzt durch die Technische Regel für Betriebssicherheit TRBS 2131, GMBL 2007, S. 973 f.

## CLEARINGSTELLE EEG

entsprechen. Die Vorschrift knüpft als Voraussetzung für die Geltung von § 49 EnWG 2005 bzw. der technischen Anforderungen des Netzbetreibers daran an, dass „für die Sicherheit des Netzes notwendige Einrichtungen“ in Rede stehen; wie sich aus dem Wort „übrigen“ ergibt, sieht das Gesetz – sprachlich wenig geglückt – die „Ausführung des Anschlusses“ als einen Unterfall der für die Netzsicherheit notwendigen „Einrichtungen“ an. Messeinrichtungen betreffen jedoch weder die vom Gesetz hervorgehobene Ausführung des Anschlusses, noch handelt es sich – zumindest bei Messeinrichtungen im Sinne der Verfahrensfrage – um für die Sicherheit des Netzes notwendige Einrichtungen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob – wie in der älteren Rechtsprechung<sup>100</sup> und zum Teil in der Literatur<sup>101</sup> in Anknüpfung an die Rechtslage unter dem EEG 2000 angenommen wird – Messeinrichtungen als Teil der Anschlussanlagen anzusehen sind.<sup>102</sup> Denn in jedem Fall kommen die sicherheitsrelevanten Anforderungen nach § 49 EnWG 2005 bzw. die im Einzelfall notwendigen Anforderungen des Netzbetreibers nur dann zur Anwendung, wenn es um die Errichtung und den Betrieb von tatsächlich für die Sicherheit des Netzes notwendigen Einrichtungen geht. Der Begriff „Sicherheit des Netzes“ knüpft an den 6. Teil des EnWG 2005 und insbesondere an § 49 EnWG 2005 an. Die Sicherheit des Netzes ist in technischer Hinsicht gewährleistet, wenn im Netz die zulässigen Betriebsparameter und das sogenannte (n-1)-Kriterium eingehalten werden; als Gefahren für die Netzsicherheit gelten beispielsweise Überlastungen und unzulässige Spannungsabweichungen oder Defekte an Transformatoren- bzw. Übergabestationen.<sup>103</sup> Dementsprechend sind die „für die Sicherheit des Netzes notwendigen Einrichtungen“ typischerweise solche, die beispielsweise Netzabschnitte vor größeren Zerstörungen schützen, Umweltgefährdungen minimieren oder Gefahren für Mensch und Tier verringern können,<sup>104</sup> deren Wegfall folglich die Sicherheit des Netzbetriebs vermindern würde. Dies ist bei Messeinrichtungen zur Erfassung von entnommener

<sup>100</sup>Siehe bspw. *LG Dortmund* und *LG Hannover*, oben Fußnoten 23 und 25.

<sup>101</sup>*Dreher*, in: Reshöft/Steiner/Dreher, EEG Handkommentar, 2. Aufl. 2005, § 13 Rn. 8; *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 13 Rn. 11.

<sup>102</sup>Dagegen spricht, dass – anders als unter dem EEG 2000 – das Gesetz nunmehr ausdrücklich sprachlich differenziert zwischen Anschlussanlagen und Messeinrichtungen, auch wenn dies vom Gesetzgeber nur als Klarstellung gedacht gewesen sein mag.

<sup>103</sup>*Schmidt/Klauß/Rohrberg*, in: Schöne (Hrsg.), Vertragshandbuch Stromwirtschaft, 2008, Kap. 5 D Rn. 210; *Heuck/Dettmann/Schulz*, Elektrische Energieversorgung, 7. Aufl. 2007, S. 494 ff., 502 ff.

<sup>104</sup>Siehe Erläuterung des VDE zu „Schutz- und Leittechnik“, im Internet abrufbar unter <http://www.vde.com/de/fnn/arbeitsgebiete/schutztechnik/Seiten/schutztechnik.aspx>, zuletzt besucht am 18.11.2009.

oder eingespeister elektrischer Arbeit bzw. Leistung regelmäßig nicht der Fall.<sup>105</sup> Ihr Wegfallen würde eher zu einer *Erhöhung* der Sicherheit führen, da potentiell fehlerbehaftete und somit evtl. störungsauslösende Komponenten wegfielen; zusätzlich enthielte das Netz weniger Komponenten, zu denen Personen unmittelbar Zugang benötigen. Daraus folgt, dass die im Einzelfall notwendigen technischen Anforderungen des Netzbetreibers und § 49 EnWG 2005 nicht maßgeblich sind, weil diese nur bei für die Sicherheit des Netzes *notwendigen*, nicht aber bei jeglichen die Sicherheit des Netzes nur mittelbar *betreffenden* Einrichtungen zur Anwendung kommen.<sup>106</sup> Zugleich folgt daraus, dass die auf Grundlage von § 49 EnWG 2005 zu beachtenden allgemein anerkannten Regeln der Technik für die Bestimmung der Notwendigkeit der Messeinrichtung (im Sinne der Verfahrensfrage) grundsätzlich keine Bedeutung haben.<sup>107</sup>

- 93 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist im Einzelfall geboten, wenn aufgrund besonderer Gegebenheiten die Messeinrichtungen doch für die Sicherheit des Netzes notwendig sein können. Hier hat der Netzbetreiber darzulegen und ggf. zu beweisen, warum eine bestimmte Anforderung im Einzelfall technisch für die Sicherheit des Netzes erforderlich ist. Des Weiteren können sich aus der NAV und den TAB zu beachtende sicherheitstechnische Anforderungen ergeben, wenn und soweit diese auf die Messeinrichtungen der EEG-Anlage anwendbar sind oder vertraglich für anwendbar erklärt werden.<sup>108</sup>
- 94 Sicherheitstechnisch notwendig ist somit, dass die Messeinrichtungen den gesetzlichen Anforderungen der Geräte- und Produktsicherheit entsprechen und über eine entsprechende Konformitätserklärung verfügen. Die Clearingstelle EEG weist darauf hin, dass die Anwendungsfragen und Streitigkeiten, die sich bei der Auslegung der vorgenannten sicherheitstechnischen Normen ergeben, nicht von der Clearing-

<sup>105</sup>Gestützt wird dieser Befund durch die Regelungen in § 21 b EnWG 2005 und in der MessZV, die die Sicherheit des Netzes nicht erwähnen, woraus gefolgert werden kann, dass der Gesetzgeber auch bei der Entnahmemessung keine Netzsicherheitsrelevanz sieht.

<sup>106</sup>Eine abweichende Bewertung könnte sich in Bezug auf Messeinrichtungen zur registrierenden Leistungsmessung mit laufender Übermittlung des Ist-Zustandes an den Netzbetreiber ergeben, wenn hierdurch die Netzüberwachung und -steuerung insbesondere im Hinblick auf Spannungsschwankungen ermöglicht wird. Dies näher zu untersuchen ist jedoch nicht Gegenstand dieser Empfehlung.

<sup>107</sup>Anderer Ansicht wohl *Schneider*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2008, § 21 Rn. 64; einschränkend *Altrock/Theobald*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), *EEG*, 2. Aufl. 2008, § 13 Rn. 37: technische Richtlinien ohne Normcharakter, im Streitfall Einholung eines Sachverständigengutachtens notwendig.

<sup>108</sup>Siehe dazu unter 4.2.

## CLEARINGSTELLE EEG

stelle EEG geklärt werden können, weil es sich dabei nicht um Anwendungsfragen des EEG handelt.

95 **c) Vergütungs-/abrechnungstechnisch** sind diejenigen Messeinrichtungen notwendig, die eine hinreichend genaue und für alle Beteiligten transparente Berechnung und Abrechnung der Vergütungszahlungen wie auch ggf. der Bezugsstromlieferungen ermöglichen. Hierbei sind verschiedene Fallkonstellationen zu betrachten:

- Einspeisung aus EEG-Anlagen mit geringem Bezugsstromverbrauch (aa);
- Einspeisung und nennenswerter Bezugsstromverbrauch mit sonstigen Verbrauchseinrichtungen, die über dieselbe Netzverknüpfung Strom entnehmen (bb);
- Einspeisung und nennenswerter Bezugsstromverbrauch ohne sonstige Verbrauchseinrichtungen (cc);
- Einspeisung mehrerer Anlagen i. S. d. EEG 2004 über einen Netzverknüpfungspunkt (dd).

96 **aa) Geringer Bezugsstromverbrauch der Anlage** § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 erstreckt sich ausdrücklich auch auf die „bezogene“ elektrische Arbeit. Daraus folgt, dass grundsätzlich auch Messeinrichtungen zur Erfassung des Bezugsstromverbrauchs der Anlage notwendig sind. Unproblematisch ist dies regelmäßig bei Biomasse-, Wasserkraft- oder Windkraftanlagen. Die bezogene elektrische Arbeit ist dabei nicht nur die der Anlage im engeren Sinne der Begriffsdefinition in § 3 Abs. 2 EEG 2004, sondern umfasst grundsätzlich auch den Strombezug der nach § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 nicht für den Betrieb notwendigen technischen Einrichtungen, wie z. B. Wechselrichter. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 nicht an den Begriff der Anlage anknüpft, sondern unterschiedslos die gesamte gelieferte (d.h. eingespeiste) und bezogene elektrische Arbeit nennt. Zum anderen zielt § 13 Abs. 1 EEG 2004 darauf ab, im Interesse der Kostenminimierung eine einheitlich Messung zu ermöglichen;<sup>109</sup> dieses Ziel würde aber verfehlt, wenn für die in § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 genannten nicht betriebsnotwendigen Einrichtungen andere

<sup>109</sup>Vgl. BT-Drs. 15/2327, S. 36.

Regelungen gelten würden; zudem hat die in § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 enthaltene unwiderlegliche Vermutung ihren Grund in der Ausgestaltung (nur) der Vergütungsregelungen, wie sich aus der Inbezugnahme der §§ 6 bis 12 in § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 a.E. EEG 2004 ergibt.

- 97 Umstritten und Gegenstand vieler Anfragen an die Clearingstelle EEG ist, wie mit dem Stromverbrauch von Fotovoltaikanlagen umzugehen ist. In der Regel beziehen die Wechselrichter der Fotovoltaikanlagen Leistung aus dem Netz,<sup>110</sup> die jedoch zum Teil so gering sein kann, dass gängige Ferrariszähler<sup>111</sup> die resultierende elektrische Arbeit nicht erfassen können und trotz geringem Bezug dauerhaft bei „Null“ stehen. Dies betrifft insbesondere den Nachtverbrauch, der nicht zuletzt aufgrund der Möglichkeit einer Nachtabschaltung bei vielen Wechselrichtern zwischen 0 und 1 W liegt, wohingegen der Standby-Verbrauch abhängig vom eingesetzten Fotovoltaik-Wechselrichtermodell mit einer Varianz von 0–40 W angegeben wird.<sup>112</sup> Eine Messung und Abrechnung wäre hier technisch häufig nur mit unvertretbarem Aufwand möglich. In der Praxis wird daher vielfach von Netzbetreibern darauf verzichtet, den Eigenbedarf der Fotovoltaikanlage zu erfassen. Die Clearingstelle EEG rät Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern sowie Netzbetreibern, ebenso zu verfahren und Strom aus kleineren Fotovoltaikanlagen durch Einrichtungszähler ohne Rücklaufsperrung zu erfassen, sofern nicht weitere Verbrauchseinrichtungen über denselben Anschluss Strom aus dem Netz entnehmen. Keine einheitliche Praxis hat sich bislang entwickelt, bis zu welcher Anlagengröße auf eine Bezugsstrommessung verzichtet werden kann; teilweise akzeptieren Netzbetreiber Einrichtungszähler ohne Rücklaufsperrung bei Fotovoltaikanlagen mit einer Leistung von bis zu 70 kW. Das EEG enthält in § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 keine „Bagatellgrenze“. Jedoch hat der Gesetzgeber in § 13 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 eine Grenze gezogen, die als Indiz für eine systemkonforme Bestimmung kleiner Fotovoltaikanlagen herangezogen werden kann. § 13 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 sieht vor, dass bei

„einer oder mehreren Anlagen mit einer Leistung von insgesamt bis zu 30 Kilowatt“

<sup>110</sup>Vgl. *Kaltschmitt/Sauer/Rau/Preiser/Roth*, in: *Kaltschmitt/Streicher/Wiese* (Hrsg.), *Erneuerbare Energien. Systemtechnik, Wirtschaftlichkeit, Umweltaspekte*, 4. Aufl. 2006, S. 233, 235.

<sup>111</sup>Ferrariszähler sind elektromechanische Zähler, wie sie in Haushalten üblicherweise verwendet werden; vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Ferraris-Zähler>.

<sup>112</sup>Vgl. *Quaschnig*, *Regenerative Energiesysteme, Technologie – Berechnung – Simulation*, 5. Aufl. 2007, S. 212. – Im Betriebszustand liegt der Verbrauch deutlich höher, kann dann jedoch aus dem photovoltaisch erzeugten Strom bestritten werden; vgl. *Kaltschmitt/Sauer/Rau/Preiser/Roth*, a.a.O., S. 239.

der Netzverknüpfungspunkt des Grundstücks als der (technisch und wirtschaftlich) günstigste Netzverknüpfungspunkt gilt.<sup>113</sup> Der Gesetzgeber hat durch diese Regelung Anlagen privilegiert, deren Netzeinbindung er aufgrund ihrer geringen Größe pauschalierend als unproblematisch ansieht.<sup>114</sup> Der darin zum Ausdruck gekommene Gedanke der Privilegierung von Anlagen mit einer Leistung von bis zu 30 kW sollte nach Ansicht der Clearingstelle EEG auf die Bezugsstrommessung übertragen werden, um eine praktikable Grenze zu ziehen, bis zu der Anlagen in jedem Fall als „klein“ gelten. Mithin sollte bei einer Anlage oder mehreren, über einen Netzverknüpfungspunkt einspeisenden Anlagen, die insgesamt nicht mehr als 30 kW Leistung aufweisen, ein Einrichtungszähler ohne Rücklaufsperrung genügen. Allerdings weist die Clearingstelle EEG darauf hin, dass unter Umständen eich- und steuerrechtlich auch bei „kleinen“ Anlagen eine Erfassung des Bezugsstroms erforderlich sein kann; siehe hierzu Rn. 82 ff. und Rn. 112 ff. Ebenso steht es Netzbetreibern frei, auch bei größeren Fotovoltaikanlagen einen Einrichtungszähler ohne Rücklaufsperrung anzuerkennen.

- 98 Eine einfache Einrichtungszählung ohne Rücklaufsperrung ist unbeschadet der Anlagengröße stets auch dann hinreichend, wenn die Anlage unter keinen denkbaren Umständen Strom aus dem Netz beziehen kann. Dies darzulegen und ggf. zu beweisen ist Aufgabe der Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber.
- 99 Beispiele für den Einsatz von Einrichtungszählern ohne Rücklaufsperrung sind im Anhang in Abb. 2, 3, 5 und 6 dargestellt.

100 **bb) Anlagen mit Bezugsstrom, deren Netzverknüpfungspunkt zugleich Niederspannungsanschluss ist** Unabhängig von der Größe der Anlage ergeben sich in der Praxis besondere Probleme, wenn über den Netzverknüpfungspunkt, über den die Fotovoltaikanlage einspeist und ihren Bezugsstrom bezieht, zugleich weitere Verbrauchseinrichtungen mit Strom versorgt werden, so z. B. wenn zur Stromversorgung des gesamten Grundstücks oder Haushalts über den Hausanschluss zugleich Strom aus dem (Niederspannungs-)Netz entnommen wird. Neben der Messung der eingespeisten und der von der Anlage im Sinne des EEG bezogenen Elektrizität bedarf es dann auch der Erfassung des Stromverbrauchs der sonstigen Verbrauchseinrichtungen der Anlagenbetreiberin bzw. des Anlagenbetreibers oder eines sonstigen Dritten. In einem solchen Fall kann die Regelung des § 13 Abs. 1 EEG 2004

<sup>113</sup>Ebenso nunmehr § 5 Abs. 1 Satz 2 EEG 2009.

<sup>114</sup>Vgl. auch *Clearingstelle EEG*, Votum v. 19.09.2008 – 2008/14, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/14>, unter 2.2.1.

zu den notwendigen Messeinrichtungen von anderen Vorschriften verdrängt werden, und zwar von den Vorschriften des § 18 EnWG 2005 i. V. m. der NAV zum Niederspannungsanschluss (siehe dazu unter 4.2), von den Regelungen zur Messung bei der Grundversorgung gemäß §§ 36 ff. EnWG 2005 i. V. m. der StromGKV (siehe dazu 4.3) sowie von § 21b EnWG 2005 nebst MessZV (siehe unter 4.4).

- 101 Im Anhang unter 5.1 sind die wichtigsten in Betracht kommenden Messkonstellationen mit weiteren, über denselben Netzverknüpfungspunkt an das Netz angebundenen Verbrauchseinrichtungen dargestellt: Unter 5.3 die Volleinspeisung, unter 5.4 die Überschusseinspeisung, unter 5.5 die Mehrfachvolleinspeisung und unter 5.6 der Fall der Mehrfachvolleinspeisung mit kaufmännisch-bilanzieller Durchleitung.

- cc) **Anlagen mit nennenswertem Bezugsstrom ohne weitere Verbrauchseinrichtungen** Bei Anlagen, die einen größeren Bezugsstrom beziehen als die vorstehend genannten kleinen Fotovoltaikanlagen, kommt die Zuständigkeit der Anlagenbetreiberin bzw. des Anlagenbetreibers zur Erfassung der bezogenen elektrischen Arbeit nach § 13 Abs. 1 EEG 2004 dann voll zum Tragen, wenn über den Netzverknüpfungspunkt, über den die Anlage einspeist und ihren Bezugsstrom bezieht, nicht zugleich weitere Verbrauchseinrichtungen mit Strom versorgt werden. Die dann notwendige Messeinrichtung ist im Grundfall ein Zweirichtungszähler (vgl. Abb. 2). Die NAV ist dann nach § 1 Abs. 1 Satz 4 NAV in Gänze nicht anwendbar.<sup>115</sup> Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber und Netzbetreiber können in einem solchen Fall ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten einvernehmlich durch einen Anschluss(nutzungs)vertrag bestimmen.<sup>116</sup>

- 103 Nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist, welche besonderen Anforderungen an die „notwendigen Messeinrichtungen“ beim vergüteten Eigenverbrauch von Solarstrom nach § 33 Abs. 2 EEG 2009 zu stellen sind. Der Clearingstelle EEG ist aufgrund einer Reihe von Anfragen bekannt, dass dies in der Praxis Fragen aufwirft und wird sich dem voraussichtlich in einem Hinweisverfahren zuwenden.

- 104 **dd) Gemeinsame Einspeisung über einen Netzverknüpfungspunkt** Hierbei sind wiederum zwei Konstellationen zu unterscheiden: Einerseits mehrere Anlagen zur

<sup>115</sup>Siehe oben unter 4.2.

<sup>116</sup>Eder/Abmis, Die neue Verordnung zum Netzanschluss und zur Anschlussnutzung, ZNER 2007, 123, 126.

## CLEARINGSTELLE EEG

Umwandlung von Strom aus *gleichartigen* erneuerbaren Energiequellen (aaa), andererseits solche zur Nutzung *verschiedenartiger* Quellen (bbb).

- 105 aaa) Bei gleichartigen Energiequellen – also beispielsweise bei mehreren Fotovoltaikanlagen auf einem Dach – ermöglicht § 12 Abs. 6 EEG 2004 die Messung über eine Messeinrichtung. Danach „kann“ (Einspeise-)Strom aus mehreren Anlagen über eine gemeinsame Messeinrichtung abgerechnet werden (Satz 1). Ferner bestimmt Satz 2, dass dann „für die Berechnung der Höhe differenzierter Mindestvergütungen die Leistung jeder einzelnen Anlage maßgeblich“ ist.<sup>117</sup> Aus dem Wortlaut, insbesondere aus dem Wort „kann“ folgt zunächst, dass Einspeiser die Möglichkeit haben sollen, trotz der Anwendbarkeit von Vergütungsschwellen mehrere Anlagen über eine Messeinrichtung abzurechnen und die Vergütungen anteilig rechnerisch auf die einzelnen Anlagen nach der jeweiligen Anlagenleistung (§ 3 Abs. 5 EEG 2004) aufzuteilen; dadurch sollen unnötige Mehrkosten zusätzlicher Messeinrichtungen vermieden werden.<sup>118</sup>
- 106 **Beispiel:** Anlage 1 hat eine Leistung von 60 kW<sub>p</sub>, Anlage 2 eine Leistung von 40 kW<sub>p</sub>. Es erfolgt keine rechnerische Anlagenzusammenfassung nach § 11 Abs. 6 EEG 2004; beide Anlagen speisen ganzjährig ein, und der Jahresgesamtertrag liegt bei  $100 \text{ kW}_p \cdot 1000 \text{ kWh}/(\text{kW}_p \text{a}) \cdot 1 \text{ a} = 100000 \text{ kWh}$ . Anlage 1 bekommt hiervon  $6/10$ , also 60000 kWh, zugeordnet, von denen der Leistungsanteil bis 30 kW – entsprechend einem Ertrag von 30000 kWh – mit dem Vergütungssatz nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004, der verbleibende Leistungsanteil von 30 kW – entsprechend einem Ertrag von 30000 kWh – mit dem Vergütungssatz nach Nr. 2 vergütet werden. Anlage 2 bekommt  $4/10 = 40000 \text{ kWh}$  zugeordnet. Hierauf bezogen werden die ersten 30 kW – entsprechend einem Ertrag von 30000 kWh – mit dem Vergütungssatz nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004, die verbleibenden 10 kW – die einem Ertrag von 10000 kWh entsprechen – mit dem Vergütungssatz nach Nr. 2 vergütet.
- 107 Die Entscheidung, mehrere Anlagen über eine Messeinrichtung abzurechnen, liegt aufgrund der Messhoheit grundsätzlich bei den Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern. Erhebt der Netzbetreiber Einwände und verlangt mehrere Messeinrichtungen, so hat er darzulegen und ggf. zu beweisen, dass

<sup>117</sup>Eine Sonderregelung trifft § 12 Abs. 6 Satz 3 EEG 2004 für Windenergieanlagen.

<sup>118</sup>Vgl. *Schneider*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2008, § 21 Rn. 79; *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 12 Rn. 77 f.

die korrekte Abrechnung über eine Messeinrichtung trotz § 12 Abs. 6 Satz 2 EEG 2004 im Einzelfall nicht möglich ist. Gelingt ihm dies, so handelt es sich bei der zusätzlichen Messeinrichtung um eine „notwendige“, für deren Kosten der Anlagenbetreiber bzw. die Anlagenbetreiberin aufzukommen hat.

- 108 Eine Pflicht zur gemeinsamen Messung und anteiligen Abrechnung ist damit nicht verbunden. So kann es vorteilhaft sein, einen eigenen Zähler zu installieren, wenn eine Anlage aufgrund ihrer Ausrichtung oder technischen Konfiguration deutlich höhere spezifische Erträge erwarten lässt als andere Anlagen an demselben Netzverknüpfungspunkt. So ergibt sich im o. g. Beispiel auf den Gesamtertrag ein durchschnittlicher spezifischer Ertrag von  $1\,000\text{ kWh}/(\text{kW}_{\text{p,a}})$ ; liegt jedoch der reale spezifische Ertrag einer Anlage deutlich über dem der anderen, so kann es – wenn es sich um zwei Personen handelt – für die Betreiberin bzw. den Betreiber mit dem höheren spezifischen Ertrag wirtschaftlich sinnvoll sein, mithilfe einer eigenen Messeinrichtung den höheren Ertrag zulasten der bzw. des anderen abzuschöpfen.
- 109 bbb) Bei verschiedenartigen Energiequellen (siehe dazu nachfolgenden Beispielfall) oder gleichartigen Energieträgern mit unterschiedlichen Vergütungen (zum Beispiel eine Fotovoltaikanlage mit, eine ohne sog. Fassadenzuschlag, oder gleichartige Anlagen mit unterschiedlichen Inbetriebnahmezeitpunkten) kann eine Abrechnung über eine gemeinsame Messeinrichtung gemäß § 12 Abs. 6 EEG 2004 nur dann in Betracht kommen, wenn sich den Umständen des Einzelfalls nach die Richtigkeit der Abrechnung gewährleisten lässt. Zwar enthält der Wortlaut des § 12 Abs. 6 Satz 1 EEG 2004 keine Einschränkung dahingehend, dass es sich um mehrere *gleichartige* Anlagen handeln muss. Dies ergibt sich jedoch aus der Bezugnahme von Satz 1 auf die Abrechnung und aus Sinn und Zweck des Satzes 2: Danach soll auch trotz der gemeinsamen Messung sichergestellt werden, dass eine der jeweiligen Anlagenleistung und damit auch dem jeweiligen Vergütungssatz entsprechende Berechnung der jeweils auszahlenden Vergütung erfolgen kann.
- 110 **Beispiel:** Gemeinsame Einspeisung einer Fotovoltaikanlage,  $40\text{ kW}_{\text{p}}$ , und einer Biomasseanlage, Wirkleistung =  $960\text{ kW}$ , über einen gemeinsamen Netzverknüpfungspunkt, Jahresgesamtertrag =  $8\,000\,000\text{ kWh}$ . Nach dem Rechenchema von zuvor bekäme die Fotovoltaikanlage  $4/100 = 320\,000\text{ kWh}$  des Ertrags zugeordnet, die Biomasseanlage  $96/100 = 7\,680\,000\text{ kWh}$ . Tatsächlich jedoch wird die Fotovoltaikanlage deutlich weniger als  $320\,000\text{ kWh}$  einspeisen,

weil in Deutschland Erträge von  $8\,000\text{ kWh}/(\text{kW}_{\text{p,a}})$  nicht realisierbar sind. Somit käme es zu einer den tatsächlichen Gegebenheiten nicht entsprechenden rechnerischen Übergewichtung des in der Fotovoltaikanlage erzeugten Stroms, mit der Folge, dass aufgrund der unterschiedlichen Vergütungssätze für Fotovoltaik- und Biomassestrom die Gesamtstrommenge höher vergütet würde, als es den für die beiden Anlagen einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen je für sich entspräche.

- 111 Eine sachlich richtige Zuordnung und Abrechnung kann daher nur erfolgen, wenn die gesamten Erträge nicht nur zur Wirkleistung, sondern auch zum jeweiligen spezifischen Ertrag der einzelnen Erzeugungsanlagen – im Beispielfall der spezifische Ertrag der Fotovoltaikmodule einerseits und die jeweiligen Jahresvolllaststunden der Biomasseanlage (§ 12 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004) andererseits – ins Verhältnis gesetzt werden. Weist die Biomasseanlage genau  $8\,300$  Volllaststunden auf, so entfielen auf diese ein Anteil von  $7\,968\,000\text{ kWh}$  und auf die Fotovoltaikanlage ein Anteil von  $32\,000\text{ kWh}$ , was einem in Deutschland nicht unüblichen spezifischen Ertrag der Fotovoltaikanlage von  $800\text{ kWh}/(\text{kW}_{\text{p,a}})$  entspricht. Eine derartige Messung und Abrechnung kann jedoch nur dann durchgeführt werden, wenn nach den Umständen des Einzelfalls zweifelsfrei ausgeschlossen werden kann, dass Strom aus der geringer vergüteten Anlage – im Beispielfall der Biomassestrom – als Strom aus der höher vergüteten Anlage – im Beispiel also als Fotovoltaikstrom – abgerechnet und vergütet wird; dies hat die Betreiberin bzw. der Betreiber der Anlagen gegenüber dem Netzbetreiber darzulegen und ggf. zu beweisen. Ist dies nicht zu gewährleisten, sind bei der Einspeisung aus verschiedenartigen Anlagen bzw. aus gleichartigen Anlagen mit unterschiedlichen Vergütungssätzen die jeweiligen Anlagen mit separaten Einrichtungen zur (Unter-)Messung auszustatten. Welche Messeinrichtungen dann notwendig sind, ist im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen; aufgrund der unüberschaubaren Vielzahl von Anlagenkonstellationen lassen sich hierzu nur bedingt abstrakt-generelle Aussagen treffen. Zwei Grundfälle der Mehrfacheinspeisung sind im Anhang in Abb. 5 unter 5.5 dargestellt.

- 112 **d) Steuerrechtlich** können sich Messeinrichtungen als notwendig erweisen, wenn ein steuerrechtlich relevanter Bezugsstromverbrauch vorliegt. Die Auslegung und Anwendung des Steuerrechts ist nicht Aufgabe der Clearingstelle EEG, so dass hierzu nur informatorische Hinweise gegeben werden können: Der Bezugsstrom

der EEG-Anlagen unterliegt grundsätzlich der Stromsteuer- und der Umsatzsteuerpflicht. Zuständig für erstere sind die Hauptzollämter, für letztere die Finanzämter.

- 113 Hinsichtlich der Umsatzsteuer hat das Finanzministerium Nordrhein-Westfalen erklärt,<sup>119</sup> dass bei einem Verbrauch des Wechselrichters von weniger als 4 kWh/a ein (Einrichtungs-)Zähler ohne Rücklaufsperrung ausreichend und aus Vereinfachungsgründen eine umsatzsteuerliche Erfassung der Ausgangs- und der Eingangsleistung verzichtbar sei. Die Clearingstelle EEG rät Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern, sich diesbezüglich mit ihrem zuständigen Finanzamt in Verbindung zu setzen, um sich ggf. die umsatzsteuerrechtliche Unbedenklichkeit einer Einrichtungs-zählung ohne Rücklaufsperrung bestätigen zu lassen.
- 114 Hinsichtlich der auf den Bezugsstromverbrauch zu entrichtenden Stromsteuer hat auf Anfrage der Clearingstelle EEG die für das Stromsteuerrecht fachliche zuständige Bundesfinanzdirektion Südwest die unverbindliche Auskunft erteilt, dass eine Stromsteuerbefreiung auf Grundlage von § 9 Abs. 1 Nr. 2 StromStG<sup>120</sup> für den Bezugsstrom der Wechselrichter nicht in Betracht komme, weil es sich dabei

„nicht um Neben- oder Hilfsgeräte zur Stromerzeugung im technischen Sinne“

handele, sondern vielmehr um Einrichtungen zur

„geregelter Einspeisung des bereits in den Solarzellen erzeugten Stroms in das öffentliche Stromnetz.“

- 115 Nicht Gegenstand der Anfrage der Clearingstelle EEG war, ob stromsteuerrechtlich – ähnlich wie bei der Umsatzsteuer – eine Erfassung und Besteuerung entfallen kann, wenn der Bezugsstromverbrauch eine bestimmte Bagatellgrenze nicht überschreitet. Auch insoweit rät die Clearingstelle EEG Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber, sich diesbezüglich mit ihrem zuständigen Hauptzollamt in Verbindung zu setzen, um sich ggf. die stromsteuerrechtliche Unbedenklichkeit einer Einrichtungs-zählung ohne Rücklaufsperrung bestätigen zu lassen.

<sup>119</sup>Schreiben v. 20.12.2000, Az. S 7100-171 - V C 4, im Internet abrufbar unter <http://www.sfu.de/lokal/mails/betrieb/boo12200.htm>, zuletzt besucht am 14.07.2009.

<sup>120</sup>Stromsteuergesetz (StromStG) v. 24.03.1999, BGBl. I S. 378, zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes v. 15.07.2009, BGBl. I S. 1870.

- 116 e) **Zwischenergebnis** Vergütungs- und abrechnungstechnisch sowie steuerrechtlich notwendig sind solche Messeinrichtungen, die eine hinreichend genaue und steuerrechtlich nicht zu beanstandende Erfassung der jeweils erzeugten und eingespeisten wie auch der bezogenen Strommengen sicherstellen.
- 117 Unberührt hiervon ist das Recht des Netzbetreibers, auf eigene Kosten parallele Messeinrichtungen zur Gegenkontrolle anzubringen, soweit dies technisch möglich ist.<sup>121</sup> Anlagenbetreiberinnen und -betreiber haben dies nach § 242 BGB zu dulden, Netzbetreiber beim Einbau die Interessen der Betreiberinnen und Betreiber zu beachten.<sup>122</sup>
- 118 Nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist die Frage, wie die Rechte und Pflichten bei der Abrechnung verteilt sind, weil § 13 Abs. 1 EEG 2004 hierzu keine Regelungen enthält.<sup>123</sup>

### 4.7 Notwendige Kosten

- 119 Der Begriff der „notwendigen Kosten“ ist nicht im EEG definiert und als unbestimmter Rechtsbegriff der Auslegung zugänglich. Eine Konkretisierung, wie sie für das Begriffspaar der „notwendigen Messeinrichtungen“ vorstehend vorgenommen wurde, kann jedoch aus folgenden Gründen unterbleiben:
- 120 Steht nach den Ausführungen unter 4.6 fest, welche Messeinrichtungen notwendig sind, so folgt daraus, dass die für *diese* Messeinrichtungen abstrakt – d. h. unter Vernachlässigung der konkret am Markt vorfindlichen Preisspannen – anfallenden Kosten auch notwendig sind; die von Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern zu tragenden Kosten sind mithin akzessorisch zu den als notwendig identifizierten Messeinrichtungen.
- 121 Da Errichtung und/oder Betrieb der Messeinrichtungen von Anlagenbetreiberinnen und -betreibern vertraglich an den Netzbetreiber oder einen fachkundigen Dritten vergeben werden können, liegt es letztlich in ihren eigenen Händen, durch das Aushandeln des Dienstleistungsvertrages mit dem Errichter und/oder Betreiber der

<sup>121</sup>Ebenso *OLG Hamm*, Urt. v. 12.09.2003 – 29 U 14/03, Rn. 54, abrufbar unter <http://www.nrw.de/>.

<sup>122</sup>Vgl. *Salje*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz (Hrsg.), *Stromwirtschaft Praxishandbuch*, 2. Aufl. 2008, Kap. 59 Rn. 55; vgl. zur Überprüfung durch den Käufer im Kaufrecht: *H.P. Westermann*, in: Säger/Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2008, § 448 Rn. 4 mit weiteren Nachweisen.

<sup>123</sup>Siehe dazu unter 4.11.

Messeinrichtungen die anfallenden Kosten für die notwendigen Messeinrichtungen selbst zu bestimmen. Gemäß dem Monitoringbericht 2008 der Bundesnetzagentur gab es per 31. Dezember 2007 bereits 86 100 Zählpunkte, an denen der Messstellenbetrieb nach § 13 Abs. 1 EEG 2004 von einem Dritten durchgeführt wurde, laut Monitoringbericht 2009 stieg diese Zahl per 31. Dezember 2008 auf 112 594 Zählpunkte.<sup>124</sup> Insoweit existiert offenkundig inzwischen ein Markt, der eine gesetzliche Begrenzung der Messkosten – z. B. durch die nähere Konkretisierung der Begriffe „notwendige Kosten“ etwa anhand von Investitions- oder Amortisationskosten – entbehrlich macht.

#### 4.8 Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen

122 § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 bestimmt:

„Der Anlagenbetreiber kann den Anschluss der Anlage sowie die Errichtung und den Betrieb der Messeinrichtungen von dem Netzbetreiber oder einem fachkundigen Dritten vornehmen lassen.“

123 Bei der Auslegung und Anwendung dieser Norm stellen sich vor allem zwei Fragen:

- Ist die Vorschrift als exklusive Aufgabendelegation zu verstehen, in dem Sinne, dass Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen *nur* vom Netzbetreiber oder dem fachkundigen Dritten vorgenommen werden dürfen, oder ist – und ggf. unter welchen Voraussetzungen – die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber ergänzend selbst berechtigt, die Messeinrichtungen zu errichten und zu betreiben?
- Was ist unter „fachkundiger Dritter“ zu verstehen, was heißt insbesondere „fachkundig“?

<sup>124</sup>Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Monitoringbericht 2008 gemäß § 63 Abs. 4 EnWG i. V. m. § 35 EnWG, Redaktionsschluss 31.08.2008, S. 61, Tabelle 14, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/14513.pdf>; Monitoringbericht 2009 gemäß § 63 Abs. 4 EnWG i. V. m. § 35 EnWG, S. 48, Tabelle 8, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/17368.pdf>, zuletzt aufgerufen am 11.12.2009.

**4.8.1 Eigenvornahme von Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen**

124 § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 ist dahingehend auszulegen, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die Errichtung und den Betrieb der Messeinrichtungen<sup>125</sup> auch selbst vornehmen dürfen, wenn sie über die hierfür erforderliche Fachkunde verfügen.

125 **Wortlaut** Die Formulierung von § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 ist insoweit nicht eindeutig, weil

kann ... von dem Netzbetreiber oder einem fachkundigen Dritten vornehmen lassen

sowohl im Sinne von

ist berechtigt, ... *auch* von dem Netzbetreiber oder einem fachkundigen Dritten vornehmen zu lassen

als auch im Sinne von

darf ... *nur* von dem Netzbetreiber oder einem fachkundigen Dritten vornehmen lassen

verstanden werden kann.

126 **Systematik** In systematischer Hinsicht bietet ein Vergleich mit anderen Normen des EEG 2004 keine Anhaltspunkte für die Auslegung, weil es keine ähnliche Vorschrift an anderer Stelle im EEG 2004 gibt. Ebenso wenig hilft ein systematischer Vergleich mit § 21 b EnWG 2005, weil diesem ein anderes Regelungskonzept zugrundeliegt.<sup>126</sup>

127 **Teleologie** Bei der teleologischen Auslegung steht die Frage nach dem Regelungszweck der auszulegenden Vorschrift im Mittelpunkt. Hier ergibt sich aus Sinn und Zweck der Norm, dass die Eigenvornahme von Errichtung und Betrieb durch Anlagenbetreiberinnen oder Anlagenbetreiber zumindest dann nicht ausgeschlossen ist,

---

<sup>125</sup>Der in § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 genannte Anschluss der Anlage ist nicht Gegenstand dieses Empfehlungsverfahrens und daher hier und im Folgenden nicht weiter genannt.

<sup>126</sup>Siehe dazu unter 4.4.

wenn diese über die notwendige Fachkunde verfügen. Ziel des § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 ist, wie sich an dem Wort „fachkundig“ zeigt, dass die Messeinrichtungen nicht von einer beliebigen Stelle oder Person errichtet und betrieben werden, sondern von einer fachkundigen. Das Attribut „fachkundig“ zielt mithin darauf ab, die Beauftragung von Personen zu verhindern, die ohne Fachkunde Schäden insbesondere an den Einrichtungen des Netzbetreibers oder an Anlagen oder Verbrauchseinrichtungen sonstiger Personen anrichten können. Demgegenüber zielt die Vorschrift nicht darauf ab, eventuelle Interessenskonflikte auf Seiten der Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber zu verhindern. Zwar ließe sich argumentieren, dass unter Umständen ein Interessenskonflikt zwischen dem betrieblichen Interesse der Anlagenbetreiberin bzw. des Anlagenbetreibers, insbesondere die Kosten für die Errichtung und/oder den Betrieb der Messeinrichtungen möglichst gering zu halten, und dem Interesse insbesondere des Netzbetreibers an einer fachgerechten Ausführung der fraglichen Arbeiten, auftreten könnte, wenn es Anlagenbetreiberinnen oder -betreibern freigestellt wäre, Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen selbst zu erledigen oder den Auftrag dazu an eine nur formal von ihnen verschiedene Person zu vergeben – z. B. als Geschäftsführerinnen oder Geschäftsführer einer GmbH an sich selbst als natürliche Person oder umgekehrt.<sup>127</sup> Auch ließe sich argumentieren, dass bei einer Eigenvornahme durch Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber diese in die Lage versetzt werden könnten, die Messergebnisse manipulativ zu ihren Gunsten zu verändern. Dies zu verhindern ist jedoch nicht das Ziel von § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004, weil kein zwingender Zusammenhang zwischen „Fachkunde“ und „Interessenskonflikt/Missbrauchsverhinderung“ besteht. Vielmehr erfüllt das in der Gesetzesbegründung<sup>128</sup> ausdrücklich genannte Eichrecht die Funktion, interessengeleitete Beeinflussungen der Messergebnisse zu verhindern; darüber hinaus könnten derartige Handlungen strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Im Übrigen kann auch der von der Anlagenbetreiberin oder dem Anlagenbetreiber beauftragte fachkundige Dritte in einen Interessenskonflikt geraten, wenn er beispielsweise wirtschaftlich stark von Aufträgen der Anlagenbetreiberin oder des Anlagenbetreibers abhängt. Umgekehrt erfüllt ein Dritter, der jedes Interessenkonfliktes unverdächtig ist, hierdurch allein noch nicht die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004. Nach Sinn und Zweck der Norm kommt es mithin ausschließlich auf die Fachkunde an.

<sup>127</sup>Dies halten *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 13 Rn. 44; und *Rauch*, ZNER 2009, 19, 21 (Fußnote 27) für zulässig.

<sup>128</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 47; ebenso der Regierungsentwurf: BT-Drs. 15/2327, S. 36.

- 128 **Historisch-genetische Auslegung** Gestützt wird dieser Befund durch die Gesetzgebungsgeschichte und den Vergleich mit der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des EEG 2004. Weder das Stromeinspeisungsgesetz<sup>129</sup> noch das EEG 2000<sup>130</sup> enthielten eine Vorschrift in Bezug auf die Errichtung und den Betrieb der Messeinrichtungen. Allerdings entsprach die Vorläuferregelung des § 10 Abs. 1 Satz 3 EEG 2000 dem § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 insoweit, als danach die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber

„den Anschluss von dem Netzbetreiber oder einem fachkundigen Dritten vornehmen lassen“

konnte. Für Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen war unter der Geltung des EEG 2000 anerkannt, dass diese von den Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern vorzunehmen waren.<sup>131</sup>

- 129 Die Erstreckung auch auf Errichtung und Betrieb, diene, so der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen zum EEG 2004,<sup>132</sup> „der Begrenzung der Kosten“ und sei

„aufgrund der Pflicht der Anlagenbetreiber, für die Messkosten aufzukommen, auch interessengerecht ... Die Verlässlichkeit der Messung wird durch das Wahlrecht nicht beeinträchtigt, da die Messung von einer fachkundigen Person vorgenommen werden muss und Messeinrichtungen zur Erfassung der Arbeit nach dem Eichrecht eichpflichtig sind.

Die Tatsache, dass die Einrichtung und der Betrieb der Messeinrichtungen in die Zuständigkeit des Anlagenbetreibers fallen, bedeutet nicht notwendigerweise, dass dieser exklusiv die Messwerte ausliest und an die übrigen Beteiligten weitergibt.“<sup>133</sup>

<sup>129</sup>Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Stromnetz (Stromeinspeisungsgesetz) v. 07.12.1990, außer Kraft gesetzt durch Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes v. 29.03.2000, BGBl. I 2000, S. 305.

<sup>130</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 29.03.2000, BGBl. I 2000 S. 305, außer Kraft gesetzt durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004, BGBl. I 2004, S. 1918.

<sup>131</sup>Vgl. dazu die Rechtsprechungsnachweise oben unter 4.1.

<sup>132</sup>BT-Drs. 15/2327, S. 7.

<sup>133</sup>BT-Drs. 15/2327, S. 36.

- 130 Dem ist Folgendes zu entnehmen: Ein Paradigmenwechsel in dem Sinne, dass nunmehr *nur* noch Netzbetreiber oder fachkundiger Dritter die Messeinrichtungen errichten oder betreiben durften, war vom Gesetzgeber offenbar nicht beabsichtigt; vielmehr heißt es in der Begründung zur – in dieser Form ebenfalls noch nicht im EEG 2000 enthaltenen – Regelung der Messung in § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004, dass damit „keine Änderung in der Sache“ verbunden sei.<sup>134</sup> Wichtig waren dem Gesetzgeber vielmehr zwei Gesichtspunkte: Zum einen eine Kostenbegrenzung zugunsten der Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber und zum anderen eine durch die Fachkunde und das Eichrecht sichergestellte Verlässlichkeit der Messergebnisse.
- 131 **Gleichbehandlungsgrundsatz** Zwar gelten die Grundrechte im rein privatrechtlichen Verhältnis zwischen Netzbetreibern und Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreibern nicht unmittelbar, ihre Ausstrahlungswirkung ist jedoch bei der Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Normen wie § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 zu beachten („mittelbare Drittwirkung der Grundrechte“).<sup>135</sup> Art. 3 Abs. 1 GG<sup>136</sup> verbietet es, wesentlich Gleiches ungleich und wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln, sofern nicht für die Differenzierung ein vernünftiger, einleuchtender Grund besteht. Wenn Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 ist, die Fachkunde der mit Errichtung oder Betrieb der Messeinrichtungen betrauten Person sicherzustellen, so gibt es keinen mit diesem Ziel vereinbaren Grund, fachkundige Anlagenbetreiberinnen und -betreiber anders zu behandeln als fachkundige Dritte.<sup>137</sup>
- 132 **Zwischenergebnis** Aufgrund der teleologischen und der historisch-genetischen Auslegung sowie unter Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 dahingehend auszulegen, dass es für die Vornahme der darin genannten Handlungen entscheidend auf die Fachkunde ankommt. Liegt diese bei der Anlagenbetreiberin oder dem Anlagenbetreiber vor, so dürfen auch diese die Messeinrichtungen errichten und betreiben.

<sup>134</sup>BT-Drs. 15/2327, S. 36.

<sup>135</sup>Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, BGB Kommentar, 69. Aufl. 2010, § 242 Rn. 7.

<sup>136</sup>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Gesetz v. 29.07.2009, BGBl. I S. 2248.

<sup>137</sup>Eine Differenzierung mit den unterschiedlichen Interessen von Anlagenbetreiberinnen und -betreibern einerseits und fachkundigen Dritten andererseits zu begründen, scheidet nach den vorstehenden Ausführungen zur Teleologie aus, weil § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 nicht bezweckt, evtl. bestehende Interessenskonflikte zu lösen.

- 133 Ergänzend weist die Clearingstelle EEG auf Folgendes hin: Die Fachkunde wird vom Gesetzgeber bei Netzbetreibern unwiderleglich vermutet, weil anders die Gleichstellung von fachkundigen Dritten und Netzbetreibern nicht zu erklären wäre.
- 134 Nicht Gegenstand dieses Empfehlungsverfahrens ist die Frage, welche Fachkunde beim Anschluss der Anlage an das Netz für die allgemeine Versorgung notwendig ist. Es erscheint der Clearingstelle EEG jedoch naheliegend, dass gegenüber der für Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen erforderlichen Fachkunde für den Anschluss der Anlage eine größere Fachkunde zu verlangen ist; dabei dürften an die Fachkunde umso höhere Anforderungen zu stellen sein, je höher die Spannungsebene des Netzes ist, an das die Anlage angeschlossen werden soll, und je mehr die Interessen des Netzbetreibers oder Dritter durch die Ausführung der Anschlussarbeiten berührt sind.

### 4.8.2 Fachkunde

- 135 Fachkundig im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 ist jede Person, die die jeweils notwendigen Fachkenntnisse und Fertigkeiten besitzt. Dies ergibt sich nicht unmittelbar aus dem EEG 2004, weil darin der Begriff der Fachkunde nicht definiert ist.
- 136 Im Rahmen der systematischen Auslegung liegt zum einen nahe, den ebenfalls technische Fachkunde regelnden § 11 Abs. 3 Satz 3 EnEV<sup>138</sup> heranzuziehen. § 11 Abs. 3 EnEV lautet:<sup>139</sup>

„Anlagen und Einrichtungen der Heizungs-, Kühl- und Raumluftechnik sowie der Warmwasserversorgung sind vom Betreiber sachgerecht zu bedienen. Komponenten mit wesentlichem Einfluss auf den Wirkungsgrad solcher Anlagen sind vom Betreiber regelmäßig zu warten und instand zu halten. Für die Wartung und Instandhaltung ist Fachkunde erforderlich. *Fachkundig ist, wer die zur Wartung und Instandhaltung notwendigen Fachkenntnisse und Fertigkeiten besitzt.*“

<sup>138</sup>Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden (Energieeinsparverordnung – EnEV) v. 24.07.2007, BGBl. I S. 1519, zuletzt geändert durch Verordnung v. 29.04.2009, BGBl. I S. 954.

<sup>139</sup>Hervorhebungen nicht im Original.

- 137 Die notwendigen Fachkenntnisse und Fertigkeiten zu Errichtung und Betrieb von Messeinrichtungen haben Personen, die diese aufgrund ihrer Ausbildung und einer Prüfung nachgewiesen haben. Dies gilt insbesondere für
- 138
- Meisterinnen und Meister des Elektrotechniker-Handwerks<sup>140</sup>,
  - Meisterinnen und Meister des Elektromaschinenbauer-Handwerks<sup>141</sup> und
  - Geprüfte Industriemeisterinnen und Geprüfte Industriemeister – Fachrichtung Elektrotechnik.<sup>142</sup>
- 139 Allen drei Berufen ist gemein, dass das Bestehen der Meisterinnen- bzw. Meisterprüfung insbesondere umfassende einschlägige *Kenntnisse* und *Fertigkeiten* voraussetzt, u. a. in Bezug auf elektrotechnische Anlagen und auf Messanlagen- und Prüftechniken.<sup>143</sup>
- 140 §§ 7 Abs. 7, 7b i. V. m. Anlage A Nr. 25, 26 Handwerksordnung (HwO)<sup>144</sup> ermöglichen die Eintragung von „Ausübungsberechtigten“ des Elektrotechnik- bzw. des Elektromaschinenbaugewerbes in die Handwerksrolle. Dabei handelt es sich um Personen, die bei Vorliegen der in § 7a HwO genannten Voraussetzungen mit Meisterinnen und Meistern des Handwerkes, für das sie ausübungsberechtigt sind, gleichgestellt werden. Dieser Gleichstellung liegt die gesetzgeberische Wertung zugrunde, dass die Ausübungsberechtigten über Kenntnisse und Fertigkeiten verfügen, die eine Gleichstellung mit Meisterinnen und Meistern rechtfertigen. Gleiches gilt für die Ausnahmegewilligung i. S. v. §§ 7 Abs. 3, 8 HwO, für die ausdrücklich die „notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten“ nachzuweisen sind. Somit verfügen auch Ausübungsberechtigte sowie Inhaber einer Ausnahmegewilligung des Elektrotechnik- bzw. des Elektromaschinenbaugewerbes über die erforderliche Fachkunde.
- 141 Anzunehmen ist die Fachkunde – jedenfalls hinsichtlich Fotovoltaikanlagen – zudem, wenn der Dritte eine Zertifizierung nach Art. 14 Abs. 3 i. V. m. Anhang IV

<sup>140</sup>Gemäß Elektrotechnikermeisterverordnung – ElektroTechMstrV v. 17.06.2002, BGBl. I S. 2331.

<sup>141</sup>Gemäß Elektromaschinenbauermeisterverordnung – ElektroMbMstrV v. 17.06.2002, BGBl. I S. 2325.

<sup>142</sup>Gemäß Verordnung über die Prüfung zum anerkannten Abschluss Geprüfter Industriemeister/Geprüfte Industriemeisterin – Fachrichtung Elektrotechnik v. 30.11.2004 – ElekMeistPrV 2004, BGBl. I S. 3133.

<sup>143</sup>Vgl. § 2 Nr. 6 und 7 ElektroTechMstrV; § 2 Nr. 4, 5 und 8 ElektroMbMstrV; §§ 1 Abs. 1, 5 Abs. 3 ElekMeistPrV 2004.

<sup>144</sup>Handwerksordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 24.09.1998, BGBl. I S. 3074; 2006 I S. 2095, zuletzt geändert durch Art. 2 Gesetz v. 17.07.2009, BGBl. I S. 2091.

der Richtlinie 2009/28/EG<sup>145</sup> vorweisen kann, weil der Zertifizierung Kriterien zugrundeliegen, die sinngemäß an Kenntnisse und Fertigkeiten im vorgenannten Sinne anknüpfen. Art. 14 Abs. 3 lautet (Auszug):

142 „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass bis zum 31. Dezember 2012 Zertifizierungssysteme oder gleichwertige Qualifikationssysteme für Installateure von ... solaren Fotovoltaik- und Solarwärmesystemen ... zur Verfügung stehen oder stehen werden. Diese Systeme können die bestehenden Systeme und Strukturen gegebenenfalls berücksichtigen und sind auf die in Anhang IV festgelegten Kriterien zu stützen. Jeder Mitgliedstaat erkennt die von anderen Mitgliedstaaten gemäß diesen Kriterien vorgenommenen Zertifizierungen an.“

143 Anhang IV lautet [Auszug]:

„Für die in Artikel 14 Absatz 3 genannten Zertifizierungssysteme und für gleichwertige Qualifizierungssysteme gelten folgende Kriterien:

1. – 3. ...

4. Die Ausbildung, die zur Zertifizierung oder Qualifizierung als Installateur führt, muss sowohl theoretische als auch praktische Teile enthalten. Nach Abschluss der Ausbildung muss der Installateur in der Lage sein, die betreffenden Geräte und Systeme entsprechend den Kundenanforderungen an deren Leistung und Zuverlässigkeit fachmännisch und unter Einhaltung sämtlicher einschlägigen Vorschriften und Normen, darunter jener zur Energieeffizienz und Umweltverträglichkeit, zu installieren.

5. ...

6. Die in Artikel 14 Absatz 3 genannten Zertifizierungssysteme bzw. gleichwertigen Qualifizierungssysteme berücksichtigen die folgenden Leitlinien:

(a) Zugelassene Ausbildungsprogramme sollten Installateuren mit praktischer Erfahrung angeboten werden, welche die folgenden Ausbildungen absolviert haben oder durchlaufen:

<sup>145</sup>Richtlinie 2009/28/EG des europäischen Parlamentes und des Rates v. 23.04.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. EU 2009, Nr. L 140, S. 16.

i)–ii) ...

- iii) Installateure von Fotovoltaik- und Solarwärmeanlagen: Eine Ausbildung als Klempner oder Elektrotechniker sowie Fertigkeiten auf dem Gebiet der Klempnerei, Elektrotechnik und Dachdeckerei (Schweißen und Kleben von Rohrverbindungen, Abdichtung von Armaturen, Prüfung auf Dichtheit) sowie die Fähigkeit zur Vornahme von Kabelanschlüssen, Vertrautheit mit den wichtigsten Dachmaterialien sowie Dichtungs- und Dämmmethoden sind Voraussetzung;
- iv) eine Berufsausbildung, die einem Installateur angemessene Fertigkeiten vermittelt, einer dreijährigen Ausbildung in den unter den Buchstaben a, b oder c genannten Berufen entspricht und sowohl theoretische als auch praktische Ausbildungsmaßnahmen umfasst.

b)–c) ...

- (d) Der theoretische Teil der Ausbildung zum Installateur von Fotovoltaik- und Solarwärmeanlagen sollte ... sich auf folgende Themen erstrecken: ökologische Aspekte, Bauteile, ... Installation und Instandhaltung von Fotovoltaik- und Solarwärmeanlagen. Daneben sollte die Ausbildung gute Kenntnisse über etwaige europäische Normen für Solartechnologie und die Zertifizierung (z. B. Solar Keymark) sowie einschlägiges nationales Recht und Gemeinschaftsrecht ... vermitteln. Der Installateur sollte folgende Kernkompetenzen nachweisen:

- i) Fähigkeit zum sicheren Arbeiten unter Verwendung der notwendigen Werkzeuge und Geräte und unter Einhaltung von Sicherheitsvorschriften und -normen sowie Fähigkeit zur Ermittlung der mit Solaranlagen verbundenen Risiken im Hinblick auf Heiz- und Sanitäreanlagen, Elektrik usw.;

ii)–iii) ...

- iv) für Fotovoltaiksysteme insbesondere die Fähigkeit zur Anpassung der elektrotechnischen Auslegung, also z. B. Ermittlung der Nennströme, Auswahl geeigneter Leiter und

## CLEARINGSTELLE EEG

Nennleistungen für sämtliche Elektrizitätskreise, Ermittlung der zweckmäßigen Dimension, Nennleistung und Platzierung von Zubehör und Teilsystemen sowie Wahl eines geeigneten Zusammenschaltungspunkts.“

- 144 Weiterhin sind vom Netzbetreiber nach § 21b Abs. 2 EnWG 2005 anerkannte Messstellenbetreiber fachkundig, weil die Kenntnisse und Fertigkeiten, auf die es bei Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen nach § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 ankommt, in technischer Hinsicht die gleichen sind wie die bei § 21b EnWG erforderlichen. § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 stellt somit keine höheren Anforderungen an die Fachkunde als § 21b Abs. 2 und 3 EnWG 2005.
- 145 Auch Angehörige weiterer Fortbildungsberufe, wie bspw. staatlich geprüfte Technikerinnen und Techniker der Fachrichtung Elektrotechnik oder von den Industrie- und Handelskammern geprüfte Netzmeisterinnen und Netzmeister bzw. Netzmonteurinnen und -monteure, dürften regelmäßig über die notwendigen Fachkenntnisse und Fertigkeiten verfügen, wobei die jeweiligen Ausbildungsverordnungen nicht bundeseinheitlich geregelt sind, so dass sich – anders als bei den in Rn. 138 genannten Meisterberufen – nur anhand der jeweiligen Ausbildungs- und Prüfungsordnung feststellen lässt, ob die jeweiligen Personen regelmäßig über die nötigen Fachkenntnisse und Fertigkeiten verfügen.
- 146 Darüber hinaus steht es Netzbetreibern frei, weitere Personen, die die notwendigen Fachkenntnisse und Fertigkeiten – z. B. durch mehrjährige Tätigkeit als Geselle, Facharbeiter oder Elektrofachkraft<sup>146</sup> des Elektrohandwerks – aufweisen, als fachkundig zu benennen. Die Kriterien, nach denen eine solche Benennung durch den Netzbetreiber erfolgt, müssen gemäß §§ 19, 20 GWB<sup>147</sup> transparent und diskriminierungsfrei sein;<sup>148</sup> dabei können je nach Spannungsebene unterschiedliche Anforderungen an die Kenntnisse und Fähigkeiten gestellt werden.

<sup>146</sup>Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Elektrofachkraft>, zuletzt aufgerufen am 16.07.2009.

<sup>147</sup>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung v. 15.07.2005, BGBl. I S. 2114, zuletzt geändert durch Art. 13 Abs. 21 des Gesetzes v. 25.05.2009, BGBl. I S. 1102.

<sup>148</sup>Vgl. zur Eintragung in das Installateursverzeichnis nach § 12 Abs. 2 AVBELtV: *Hempel*, in: *Hempel/Franke* (Hrsg.), *Recht der Energie- und Wasserversorgung*, Kommentar, Bd. 5 III. Teil AVBELtV, § 12 Rn. 5 ff., Stand: 48. Aktualisierung Dezember 1995, bzw. nach § 13 Abs. 2 Satz 4 NAV: *Verordnungsbegründung auf BR-Drs. 367/06*, S. 48 ff. – Ob und ggf. inwieweit bei der Anwendung von § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 auf die Praxis bei der Eintragung in das Installateursverzeichnis zurückgegriffen werden kann, kann an dieser Stelle nicht vertieft untersucht werden.

- 147 Verantwortlich dafür, dass ein von einer Betreiberin bzw. einem Betreiber der Anlage beauftragter Dritter fachkundig ist, sind die Auftraggeber.<sup>149</sup>
- 148 Kommt es aufgrund tatsächlicher mangelnder Fachkunde zu Schäden an Anlagen des Netzbetreibers oder sonstiger Personen, so kann – ohne dass dies abstrakt-generell von der Clearingstelle EEG beurteilt werden könnte – eine verschuldensabhängige (Mit-)Haftung der Anlagenbetreiberin bzw. des Anlagenbetreibers unter dem Gesichtspunkt des Auswahlverschuldens in Betracht kommen.<sup>150</sup> Zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten rät die Clearingstelle EEG daher, wie unter 4.9 ausgeführt, einen zwischen Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreibern und Netzbetreibern abgestimmten Dritten zu beauftragen.<sup>151</sup>

#### 4.8.3 Alternativität von Errichtung und Betrieb

- 149 Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen können von verschiedenen Personen durchgeführt werden, weil „und“ in § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 nicht notwendigerweise kumulativ verstanden werden muss. Die Vorschrift zielt darauf, die Handlungsoptionen der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber zu erweitern; hiermit stünde es im Widerspruch, wenn diese gezwungen wären, die nicht zwingend miteinander zusammenhängenden Dienstleistungen der Errichtung der Messeinrichtungen und ihres Betriebes nur „gebündelt“ an einen Auftragnehmer zu vergeben.

#### 4.9 Rat zum Vorgehen bei Einschaltung eines fachkundigen Dritten

- 150 In Ermangelung detaillierter Vorgaben in § 13 Abs. 1 EEG 2004 rät die Clearingstelle EEG, dass Anlagenbetreiberinnen, Anlagenbetreiber und Netzbetreiber bei der Beauftragung eines fachkundigen Dritten wie folgt verfahren:<sup>152</sup>

<sup>149</sup>Dies gilt erst recht, wenn die Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreiber selbst als Fachkundige die Messeinrichtungen errichten und/oder betreiben.

<sup>150</sup>Vgl. zum Auswahlverschulden *BGH*, Beschl. v. 11.09.2007 – VIII ZR 114/05, Rn. 9 ff.; *BGH*, Urt. v. 06.07.2006 – III ZR 2/06, Rn. 16; beide abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de>, zuletzt aufgerufen am 17.07.2009.

<sup>151</sup>Ähnlich *Rauch*, ZNER 2009, 19, 23.

<sup>152</sup>Vgl. auch *Rauch*, ZNER 2009, 19, 21.

- 151
1. Die Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreiber nehmen mit dem Netzbetreiber Kontakt auf und teilen diesem mit, ob sie die Messung sowie Errichtung und/oder Betrieb der Messeinrichtungen selbst oder durch den Netzbetreiber oder einen fachkundigen Dritten vornehmen lassen wollen. Wollen sie einen fachkundigen Dritten einschalten, so sollten sie informatorisch dem Netzbetreiber mitteilen, welchen Dienstleister sie als fachkundigen Dritten beauftragen wollen. Alternativ kommt in Betracht, dass sie den Netzbetreiber fragen, welche Dienstleister ihm als fachkundige Dritte bekannt sind.
  2. Teilt der Netzbetreiber dies nicht mit oder enthält die vom Netzbetreiber übersandte Mitteilung der fachkundigen Dritten keinen Dienstleister, der für die Anlagenbetreiberin oder den Anlagenbetreiber in Betracht kommt, so kann diese bzw. dieser einen aus ihrer bzw. seiner Sicht fachkundigen Dritten beauftragen. Hat der Netzbetreiber Zweifel an dessen Fachkunde, so kann er – aufgrund des Benennungsrechts der Anlagenbetreiberin bzw. des Anlagenbetreibers – diesen nicht „zurückweisen“. Der Netzbetreiber kann seine Zweifel an der Fachkunde nur geltend machen, indem er dem Dritten den ggf. notwendigen Zugriff auf seine eigenen Einrichtungen und Betriebsmittel verwehrt (z. B. nach §§ 858, 862, 1004 BGB);<sup>153</sup> der Dritte müsste dann ggf. den Zugriff erstreiten und im Zuge dessen wäre die Fachkunde – ggf. gerichtlich – zu klären. Dabei dürfte die Zugriffsverweigerung durch den Netzbetreiber regelmäßig dann unzulässig sein, wenn die Fachkunde des Dritten nicht aufgrund transparenter und diskriminierungsfreier Kriterien (§§ 19, 20 GWB) bezweifelt worden ist; handelt es sich um eine Person, deren Fachkunde aufgrund einer der unter 4.8 genannten Qualifikationen gegeben ist, so ist dieser Person auch der notwendige Zugriff vom Netzbetreiber zu gewähren.
  3. Fachkundiger Dritter und Auftraggeberin bzw. Auftraggeber sollten die konkrete Ausführung der Errichtung wie auch die Modalitäten des Betriebs der Messeinrichtungen und ggf. der Messung vertraglich regeln. Der Vertrag sollte auch Regelungen treffen, nach denen der Dritte den Netzbetreiber darüber informiert, welche Dienstleistungen ihm von der Betreiberin bzw. dem Betreiber übertragen worden sind und wer Fragen des Netzbetreibers an den Dritten beantwortet.

<sup>153</sup>Vgl. *Schneider*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2008, § 21 Rn. 64; *Altrock/Theobald*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), *EEG*, 2. Aufl. 2008, § 13 Rn. 40 und 44.

4. Bittet die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber den Netzbetreiber, den Messstellenbetrieb und/oder die Messung durchzuführen und erklärt sich der Netzbetreiber dazu bereit,<sup>154</sup> so sollten die wechselseitigen Rechte und Pflichten ebenfalls vertraglich ausgehandelt und fixiert werden.<sup>155</sup>

#### 4.10 Vertragliche Regelungen der Parteien und Abweichungen von den Vorgaben des § 13 Abs. 1 EEG 2004

152 Nach § 12 Abs. 1 EEG 2004<sup>156</sup> dürfen Netzbetreiber

„die Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus den §§ 4 und 5 nicht vom Abschluss eines Vertrages abhängig machen.“

153 In der Praxis kommt es zwischen Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreibern und Netzbetreibern nichtsdestoweniger häufig zu einer schriftlichen Vereinbarung über die gegenseitigen Rechte und Pflichten beim Netzanschluss und -zugang. Dies hat zu einer Reihe von Anfragen an die Clearingstelle EEG geführt, die Umfang und Grenzen der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten zwischen Anlagen- und Netzbetreibern vor dem Hintergrund von § 12 Abs. 1 EEG 2004 insbesondere bei der Messung zum Inhalt haben. Zu klären ist insbesondere, ob das Verlangen eines Netzanschlussvertrages durch den Netzbetreiber gegen das Kopplungsverbot des § 12 Abs. 1 EEG 2004 verstößt (4.10.1), inwieweit das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Vertragsfreiheit Grenzen setzt (4.10.2) und wie mit bestehenden Verträgen, die möglicherweise mit Inhalten dieser Empfehlung im Widerspruch stehen, umzugehen ist (4.10.3).

##### 4.10.1 § 12 Abs. 1 EEG 2004

154 Das sog. Kopplungsverbot des § 12 Abs. 1 EEG 2004 untersagt auch, den Anschluss der Anlage bzw. die Abnahme und Vergütung des Stromes nach §§ 4 und 5 EEG 2004 von der Vergabe eines Auftrages für die Messung, den Messstellenbetrieb oder die Abrechnung und dem Abschluss eines hierauf gerichteten Vertrages abhängig zu machen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, wonach der „Abschluss eines Vertrages“ nicht Voraussetzung für die Erfüllung der Verpflichtungen aus den

<sup>154</sup>Hierzu ist er im Rahmen der Vertragsfreiheit nicht gezwungen; vgl. *Rauch*, ZNER 2009, 19, 21.

<sup>155</sup>Siehe dazu *Rauch*, ZNER 2009, 19, 21.

<sup>156</sup>Jetzt: § 4 Abs. 1 EEG 2009.

§§ 4 und 5 sein dürfe, ohne dass der Wortlaut dies auf bestimmte Verträge beschränkt. Vielmehr spricht das Gesetz unterschiedslos von irgendeinem „Vertrag“. Auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist es unerheblich, ob der Netzbetreiber die Erfüllung seiner Verpflichtungen vom Abschluss eines Netzanschlussvertrages, eines Messstellenbetreibervertrages oder eines beliebigen anderen Vertrages abhängig macht.<sup>157</sup> Das Kopplungsverbot ist nicht daran geknüpft, dass der Netzbetreiber die Erfüllung seiner Verpflichtungen vom Abschluss eines gerade die Pflichten aus §§ 4 und 5 EEG 2004 betreffenden Vertrages abhängig macht. Könnte der Netzbetreiber beispielsweise die Erfüllung der Pflicht zum Anschluss der Anlage und zur Abnahme und Vergütung des Stroms vom Abschluss eines Messstellenbetreiber(rahmen)vertrages abhängig machen, so liefe das Kopplungsverbot und letztlich auch das vom Gesetzgeber gewollte gesetzliche Schuldverhältnis auf unverzüglichen Anschluss der Anlage und Abnahme des regenerativ erzeugten Stroms leer.

- 155 Demgegenüber hindert das Kopplungsverbot des § 12 Abs. 1 EEG 2004 Netzbetreiber nicht, Errichtung und Betrieb von Messeinrichtungen vom Abschluss eines darauf gerichteten Vertrages abhängig zu machen.<sup>158</sup> Dies bewirkt keine Verschlechterung der Rechtsposition der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, weil diese nicht auf den Abschluss eines solchen Vertrages mit dem Netzbetreiber angewiesen sind; können sich Anlagenbetreiberinnen und -betreiber und Netzbetreiber nicht auf einen Vertragstext einigen, so bleibt ersteren die Möglichkeit, einen fachkundigen Dritten mit Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen zu beauftragen.<sup>159</sup>

#### 4.10.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen

- 156 Allgemeine Geschäftsbedingungen, in denen Regelungen getroffen werden, die von den in dieser Empfehlung getroffenen rechtlichen Würdigungen abweichen, könnten den Vertragspartner – dies dürfte in der Regel eine Anlagenbetreiberin oder ein Anlagenbetreiber sein – unangemessen benachteiligen und daher gemäß § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein, wenn sie von wesentlichen Grundgedan-

<sup>157</sup>Vgl. *BGH*, Urt. v. 27.06.2007 – VIII ZR 149/06, Rn. 16; *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 13 Rn. 41; *Altrock/Theobald*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 12 Rn. 20.

<sup>158</sup>Ähnlich *Schmidt/Klauß/Rohrberg*, in: *Schöne* (Hrsg.), *Vertragshandbuch Stromwirtschaft*, 2008, Kap. 5 D Rn. 80, wonach § 12 Abs. 1 EEG 2004 auf bestimmte Verträge zur Netz- und Betriebsführung „keinen Einfluss“ habe, weil Anlagenbetreiberinnen und -betreiber diese Aufgaben nicht auf den Netzbetreiber übertragen müssten.

<sup>159</sup>Siehe dazu oben unter 4.8 und 4.9.

ken des § 13 Abs. 1 EEG 2004 abweichen. Ob eine unangemessene Benachteiligung vorliegt, ist eine Frage des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, zu deren Beantwortung die Clearingstelle EEG nicht berufen ist. Die Clearingstelle EEG weist lediglich auf Folgendes hin: Der *BGH* hat in seinem Urteil vom 27. Juli 2007 – VIII ZR 149/06<sup>160</sup> entschieden, dass eine

„vom Netzbetreiber gestellte Formulklausel in einem Netzanschlussvertrag, wonach der Anlagenbetreiber für die Bereitstellung der Netzanlagen zur Eigenversorgung seiner Anlage mit Betriebsstrom ein einmaliges Entgelt in Gestalt eines Baukostenzuschusses zu zahlen hat, im Hinblick auf § 13 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht standhält.“<sup>161</sup>

Dies betraf indes den Fall, dass der Netzbetreiber die ihm obliegenden Netzausbaukosten formularvertraglich auf die Anlagenbetreiberin abwälzen wollte. Ob sich hieraus ableiten lässt, dass die in einem Anschlussvertrag enthaltene formularvertragliche Beauftragung des Netzbetreibers mit Errichtung und Betrieb der Messeinrichtungen AGB-rechtlich unzulässig sein soll, erscheint der Clearingstelle EEG zumindest fraglich, weil § 13 Abs. 1 Satz 4 EEG 2004 die Beauftragung des Netzbetreibers ausdrücklich zulässt und insoweit eine Abweichung vom gesetzlichen Grundgedanken des Gesetzes nicht gegeben ist. In Betracht kommt allenfalls eine Abweichung vom Grundgedanken des § 1 Abs. 1 Satz 4 NAV, wenn formularvertraglich die Geltung von Regelungen dieser Verordnung – insbesondere von § 20 NAV und den danach erlassenen TAB – vereinbart wird. Ob und inwieweit dies zu bejahen ist, ist nicht durch die Clearingstelle EEG zu klären. Dies gilt auch für die Frage, ob der Netzbetreiber zulässigerweise formularvertraglich die Geltung des MeteringCodes, der TAB und anderer technischer Regelwerke für die Messeinrichtungen mit der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber vereinbaren kann und ob sich aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Grenzen für die Preisgestaltung ergeben, wenn Anlagenbetreiberinnen und -betreiber den Netzbetreiber formularvertraglich mit Errichtung und/oder Betrieb der Messeinrichtung(en) betrauen.

---

<sup>160</sup>Abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de>, zuletzt besucht am 17.07.2009.

<sup>161</sup>Leitsatz c) und Rn. 22.

#### 4.10.3 Bestehende Verträge

- 157 Während der Geltung des EEG 2004 geschlossene Verträge, in denen die Rechte und Pflichten in Bezug auf Messstellenbetrieb und Messung in einer von dieser Empfehlung abweichenden Weise geregelt werden, behalten in der Regel nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda*<sup>162</sup> ihre Wirksamkeit.<sup>163</sup> Auch insoweit handelt es sich nicht um eine Anwendungsfrage des EEG, so dass die Clearingstelle EEG hierzu nur Folgendes anmerkt: In dem vorstehend zitierten Urteil des *BGH* hat dieser entschieden, dass Verträge, die von der Kostentragungsregelung des § 13 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 abweichen oder gegen das Verbot des § 12 Abs. 1 EEG 2004 verstoßen, deswegen nicht nach § 134 BGB nichtig sind.<sup>164</sup> Die Ausführungen des Gerichts, wonach es sich bei § 13 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 nicht um eine „zwingende Regelung“ handelt, dürften auf § 13 Abs. 1 EEG 2004 übertragbar sein. Ob sich aufgrund von § 4 Abs. 2 EEG 2009 für Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2008 in Betrieb gesetzt worden sind, eine andere Beurteilung ergeben könnte, ist nicht Gegenstand dieser Empfehlung.
- 158 Unter Umständen sind bestehende Verträge kündbar oder nach § 313 BGB anzupassen, wenn ein Festhalten daran für eine Seite unzumutbar wäre. Ferner in Betracht kommen könnte, dass Verträge wegen sittenwidrig hoher Entgelte für den Messstellenbetrieb nichtig sind (§ 138 BGB); die Nichtigkeit von Verträgen wegen Sittenwidrigkeit kommt jedoch nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen<sup>165</sup> in Betracht. Ob danach ausnahmsweise vom Grundsatz *pacta sunt servanda* abzurücken ist, ist wiederum eine Frage des allgemeinen Vertragsrechts, deren abstrakt-generelle Beantwortung nicht vom Auftrag der Clearingstelle EEG umfasst ist.

#### 4.11 Vertragliche Regelung von Abrechnungs- und sonstigen Abwicklungsmodalitäten

- 159 Abzugrenzen von Messung/Ablesung – für die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber zuständig ist, siehe unter 4.1 – sowie von Errichtung und Betrieb der Messeinrichtung(en), die häufig zusammenfassend als Messstellenbetrieb bezeichnet werden – die nach Wahl der Anlagenbetreiberin bzw. des Anlagenbetreibers

<sup>162</sup>„Verträge sind einzuhalten.“

<sup>163</sup>Nicht Gegenstand dieses Abschnittes der Empfehlung sind vor dem Inkrafttreten des EEG 2004 begründete Einspeiseverhältnisse.

<sup>164</sup>Leitsätze b) und c) sowie Rn. 10 ff.

<sup>165</sup>Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, BGB Kommentar, 68. Aufl. 2009, § 138 Rn. 34 ff.

dem Netzbetreiber oder einem fachkundigen Dritten zu übertragen sind oder bei eigener Fachkunde auch von der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber vorgenommen werden können –, ist die Abrechnung. Die Abrechnung wird in § 13 EEG 2004 nicht geregelt. Die maßgebliche Regelung hierzu ist in § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004 enthalten, wonach Anlagenbetreiberinnen und -betreiber verpflichtet sind, dem Netzbetreiber

„bis zum 28. Februar eines Jahres die für die *Endabrechnung* des Vorjahres erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen.“<sup>166</sup>

Damit korrespondiert die Pflicht des Anlagenbetreibers, seinen Vergütungsanspruch gegenüber dem Netzbetreiber darzulegen und ggf. zu beweisen, wozu maßgeblich auch die Darlegung der tatsächlich eingespeisten Strommengen gehört. Diese Zuständigkeit des Anlagenbetreibers für die Abrechnung kann dieser gleichwohl auch – gegen entsprechendes Entgelt – auf den Netzbetreiber übertragen.

- 160 Ebenfalls nicht der in § 13 Abs. 1 EEG 2004 geregelten Messung zuzurechnen ist das gesamte Datenmanagement auf Seiten des Netzbetreibers einschließlich der Abwicklung des bundesweiten Ausgleichs nach §§ 14, 14a EEG 2004. Ein Anspruch auf Erstattung der daraus entstehenden Kosten besteht – sofern vertraglich nichts anderes mit der Anlagenbetreiberin oder dem Anlagenbetreiber vereinbart ist – nicht. Ob eine formularvertragliche Überwälzung dieser Kosten AGB-rechtlich zulässig ist, ist nicht Gegenstand dieses Empfehlungsverfahrens.
- 161 Aus dem Umstand, dass die Abrechnung grundsätzlich in die Sphäre der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber fällt, folgt zugleich, dass Netzbetreiber im Rahmen der für dieses Empfehlungsverfahren zu beurteilenden Rechtsverhältnisse nicht mit Abrechnungsmodalitäten begründete Anforderungen an die Messeinrichtungen stellen können.

---

<sup>166</sup>Hervorhebung nicht im Original. – Siehe hierzu auch *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 24.11.2008 – 2008/7, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/7>.

## 5 Anhang

### 5.1 Legende der Blockschaltbilder

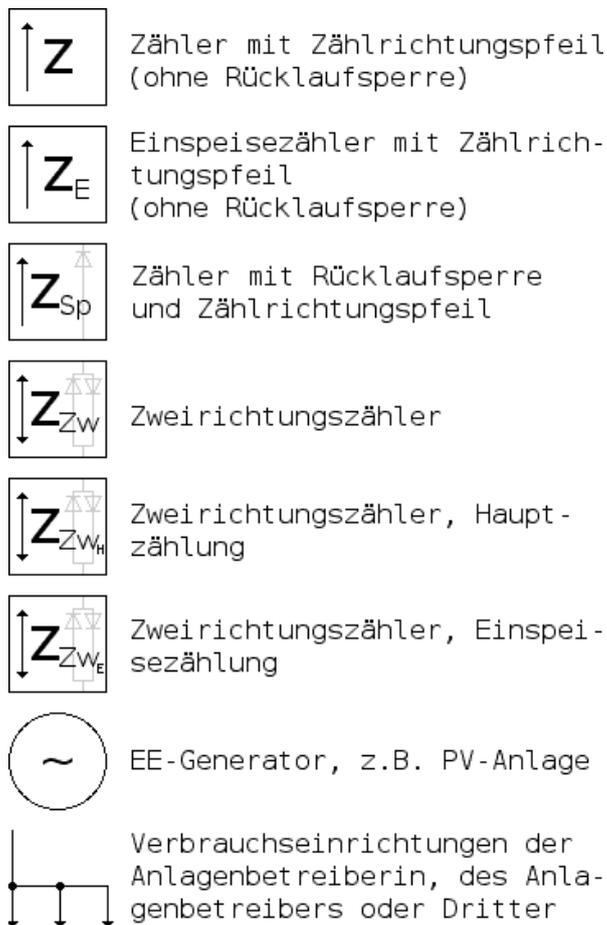


Abbildung 1: Legende der Schaltbilder

## 5.2 Grundfälle

162 Die nachfolgenden Angaben machen eine gründliche Prüfung der im Einzelfall anzuwendenden Vorschriften und der im Einzelfall notwendigen Messeinrichtungen nicht entbehrlich. Dies gilt insbesondere für die im vorliegenden Empfehlungsverfahren nicht zu untersuchende, im Einzelfall zu bestimmende und daher nicht in das Blockschaltbild eingetragene Eigentumsgränze und Übergabestelle. Unberührt bleibt darüber hinaus die Berücksichtigung von Umspann- oder Leitungsverlusten im Einzelfall (s. dazu *BGH*, Urt. v. 28. März 2007 – VIII ZR 42/06, Rn. 13, 27, <http://www.bundesgerichtshof.de/>).

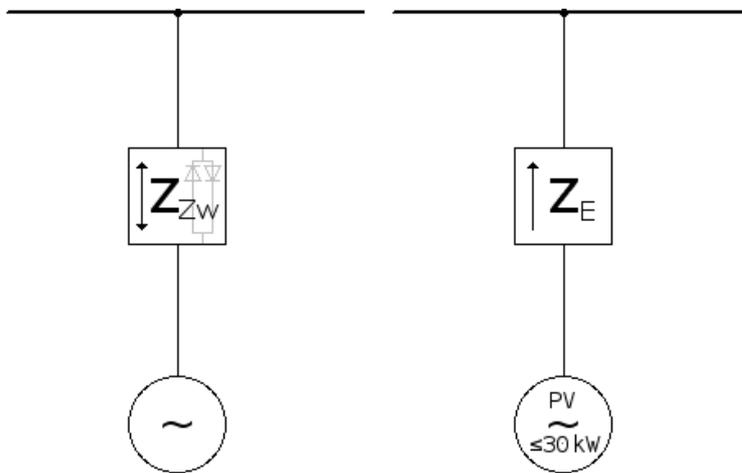


Abbildung 2: Grundfälle der Einspeisung nach EEG

	Z <sub>ZW</sub>	Z <sub>E</sub>
§ 21b EnWG	(-)	(-)
NAV	(-)	(-)
StromGVV	(+) *)	(+) *) (-) **)

Tabelle 1: Auf die Messeinrichtungen anzuwendende Regelungen

\*) Wenn Bezugsstrom der EE-Anlage Grundversorgung ist. Die Einspeisemessung bleibt Verantwortung der Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber.

\*\*\*) Wenn im Falle der Grund- bzw. Ersatzversorgung der Grundversorger auf Anwendung der StromGVV verzichtet, der Netzbetreiber hinsichtlich der Netzentgelte zustimmt und eich- sowie steuerrechtliche Duldungen vorliegen.

## 5.3 Volleinspeisung

163 Die nachfolgenden Angaben machen eine gründliche Prüfung der im Einzelfall anzuwendenden Vorschriften und der im Einzelfall notwendigen Messeinrichtungen nicht entbehrlich. Dies gilt insbesondere für die im vorliegenden Empfehlungsverfahren nicht zu untersuchende, im Einzelfall zu bestimmende und daher nicht in das Blockschaltbild eingetragene Eigentumsgrenze und Übergabestelle. Unberührt bleibt darüber hinaus die Berücksichtigung von Umspann- oder Leitungsverlusten im Einzelfall (s. dazu *BGH*, Urt. v. 28. März 2007 – VIII ZR 42/06, Rn. 13, 27, <http://www.bundesgerichtshof.de/>).

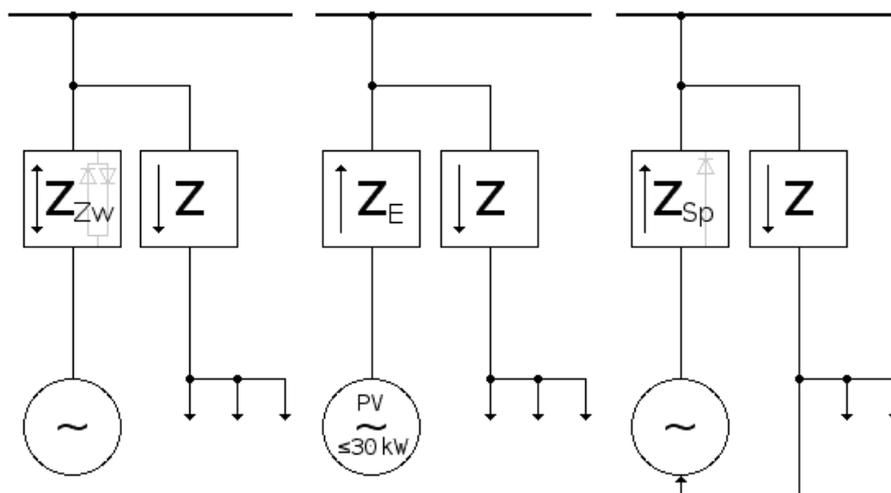


Abbildung 3: Messkonzepte bei Volleinspeisung mit weiteren Verbrauchseinrichtungen

	$Z_{Zw}$	$Z$	$Z_E$	$Z_{Sp}$
§ 21 b EnWG	(-)	(+)	(-)	(-)
NAV	(-)	(+)	(-)	(-)
StromGVV	(+)*	(+)	(+)*	(-)**

Tabelle 2: Regelungen bei Volleinspeisung

\*) Wenn Bezugsstrom der EE-Anlage Grundversorgung ist. Die Einspeisemessung bleibt Verantwortung der Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber.

\*\*\*) Wenn im Falle der Grund- bzw. Ersatzversorgung der Grundversorger auf Anwendung der StromGVV verzichtet, der Netzbetreiber hinsichtlich der Netzentgelte zustimmt und eich- sowie steuerrechtliche Duldungen vorliegen.

## CLEARINGSTELLE EEG

- 164 Bei gesellschafts- und steuerrechtlicher Zulässigkeit und sofern technisch sichergestellt ist, dass anlagenbezogener, bei Zweirichtungszählung einspeisemindernd wirkender Verbrauch nicht sowohl als Einspeisung als auch als Verbrauch und somit doppelt erfasst wird, kann die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber den Strombedarf der EE-Anlage aus seinem sonstigen Verbrauch decken (rechte Variante). Es kann dann unter Benutzung einer rücklaufgesperrten Einrichtungszählung vom Einsatz einer Zweirichtungszählung abgesehen werden.
- 165 Die Darstellung geht davon aus, dass der in der Anlage erzeugte Strom vollständig dem Netzbetreiber gemäß § 4 Abs. 1 EEG 2004 angeboten und von diesem gemäß §§ 4, 5 EEG 2004 abgenommen wird; ein vorheriger Verbrauch durch sonstige Verbrauchseinrichtungen der Anlagenbetreiberin, des Anlagenbetreibers oder eines Dritten findet nicht statt.

### 5.4 Überschusseinspeisung

166 Die nachfolgenden Angaben machen eine gründliche Prüfung der im Einzelfall anzuwendenden Vorschriften und der im Einzelfall notwendigen Messeinrichtungen nicht entbehrlich. Dies gilt insbesondere für die im vorliegenden Empfehlungsverfahren nicht zu untersuchende, im Einzelfall zu bestimmende und daher nicht in das Blockschaltbild eingetragene Eigentumsgrenze und Übergabestelle, sowie für den Fall, dass für den Bezugsstrom der Anlage einerseits und den sonstigen Bezugsstrom andererseits verschiedene Stromtarife anzuwenden sind. Unberührt bleibt darüber hinaus die Berücksichtigung von Umspann- oder Leitungsverlusten im Einzelfall (s. dazu *BGH*, Urt. v. 28. März 2007 – VIII ZR 42/06, Rn. 13, 27, <http://www.bundesgerichtshof.de/>).

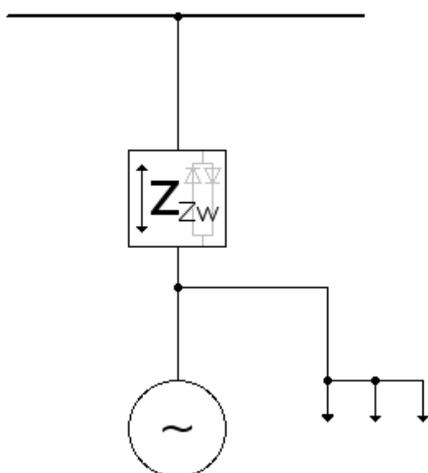


Abbildung 4: Messkonzept bei Überschusseinspeisung

	EE-Anlage $\leq 30 \text{ kW}_p$	$> 30 \text{ kW}_p$
§ 21b EnWG	(+)	(+)
NAV	(+)	(+)
StromGKV	(+)* (-)**	(+)*

Tabelle 3: Regelungen bei Überschusseinspeisung

\*) Wenn Bezugsstrom der EE-Anlage Grundversorgung ist. Die Einspeisemessung bleibt Verantwortung der Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber.

\*\*\*) Wenn im Falle der Grund- bzw. Ersatzversorgung der Grundversorger auf Anwendung der StromGKV verzichtet, der Netzbetreiber hinsichtlich der Netzentgelte zustimmt und eich- sowie steuerrechtliche Duldungen vorliegen.

- 167 Die Messeinrichtungen und die darauf anzuwendenden Vorschriften beim vergüteten Eigenverbrauch (§ 33 Abs. 2 EEG 2009), ggf. in Verbindung mit Überschusseinspeisung, sind nicht Gegenstand dieser Empfehlung und daher im Anhang nicht dargestellt.

### 5.5 Mehrfachvolleinspeisung (ohne Verbrauch durch sonstige Verbrauchseinrichtungen)

168 Die nachfolgenden Angaben machen eine gründliche Prüfung der im Einzelfall anzuwendenden Vorschriften und der im Einzelfall notwendigen Messeinrichtungen nicht entbehrlich. Dies gilt insbesondere für die im vorliegenden Empfehlungsverfahren nicht zu untersuchende, im Einzelfall zu bestimmende und daher nicht in das Blockschaltbild eingetragene Eigentumsgränze und Übergabestelle. Unberührt bleibt darüber hinaus die Berücksichtigung von Umspann- oder Leitungsverlusten im Einzelfall (s. dazu *BGH*, Urt. v. 28. März 2007 – VIII ZR 42/06, Rn. 13, 27, <http://www.bundesgerichtshof.de/>).

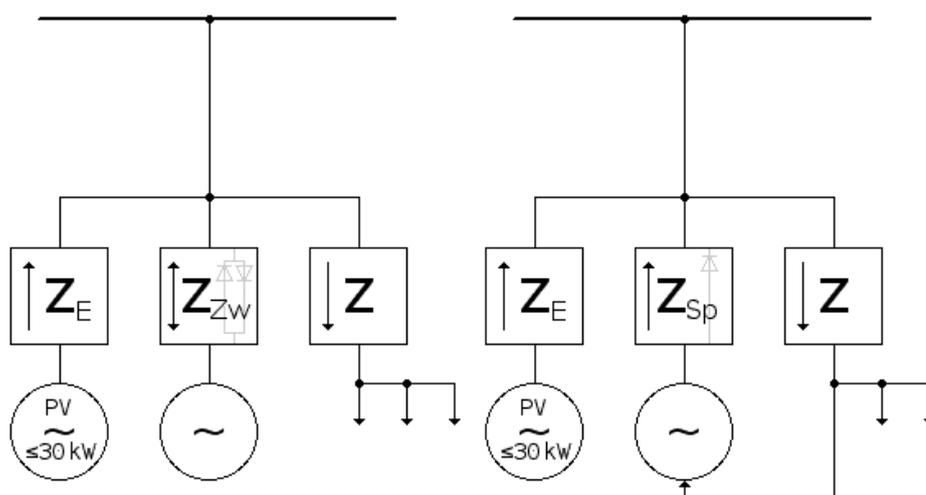


Abbildung 5: Messkonzepte bei Volleinspeisungen aus verschiedenartigen Anlagen

	$Z_E$	$Z$	$Z_{Zw}$	$Z_{Sp}$
§ 21b EnWG	(-)	(+)	(-)	(-)
NAV	(-)	(+)	(-)	(-)
StromGKV	(+)* (-)**	(+)*	(+)*	(-)

Tabelle 4: Regelungen bei Mehrfacheinspeisung

\*) Wenn Bezugsstrom der EE-Anlage Grundversorgung ist. Die Einspeisemessung bleibt Verantwortung der Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber.

\*\*\*) Wenn im Falle der Grund- bzw. Ersatzversorgung der Grundversorger auf Anwendung der StromGKV verzichtet, der Netzbetreiber hinsichtlich der Netzentgelte zustimmt und eich- sowie steuerrechtliche Duldungen vorliegen.

## CLEARINGSTELLE EEG

- 169 Bei gesellschafts- und steuerrechtlicher Zulässigkeit und sofern technisch sichergestellt ist, dass anlagenbezogener, bei Zweirichtungszählung einspeisemindernd wirkender Verbrauch nicht sowohl als Einspeisung als auch als Verbrauch und somit doppelt erfasst wird, kann die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber den Strombedarf der EE-Anlage aus seinem sonstigen Verbrauch decken (rechte Variante). Es kann dann unter Benutzung einer rücklaufgesperrten Einrichtungszählung vom Einsatz einer Zweirichtungszählung abgesehen werden.
- 170 Die Darstellung geht davon aus, dass der in den Anlagen erzeugte Strom vollständig dem Netzbetreiber gemäß § 4 Abs. 1 EEG 2004 angeboten und von diesem gemäß §§ 4, 5 EEG 2004 abgenommen wird; ein vorheriger Verbrauch durch sonstige Verbrauchseinrichtungen der Anlagenbetreiberin, des Anlagenbetreibers oder eines Dritten findet nicht statt.
- 171 Unberührt bleibt die Möglichkeit, mehrere Anlagen über eine gemeinsame Messeinrichtung gemäß § 12 Abs. 6 EEG 2004 abzurechnen (siehe dazu im Einzelnen Rn. 104 ff.).

# CLEARINGSTELLE EEG

## 5.6 Mehrfachvolleinspeisung mit sonstigem Verbrauch (kaufmännisch-bilanzielle Durchleitung)

172 Die nachfolgenden Angaben machen eine gründliche Prüfung der im Einzelfall anzuwendenden Vorschriften und der im Einzelfall notwendigen Messeinrichtungen nicht entbehrlich. Dies gilt insbesondere für die im vorliegenden Empfehlungsverfahren nicht zu untersuchende, im Einzelfall zu bestimmende und daher nicht in das Blockschaltbild eingetragene Eigentumsgränze und Übergabestelle. Unberührt bleibt darüber hinaus die Berücksichtigung von Umspan- oder Leitungsverlusten im Einzelfall (s. dazu *BGH*, Urt. v. 28. März 2007 – VIII ZR 42/06, Rn. 13, 27, <http://www.bundesgerichtshof.de/>).

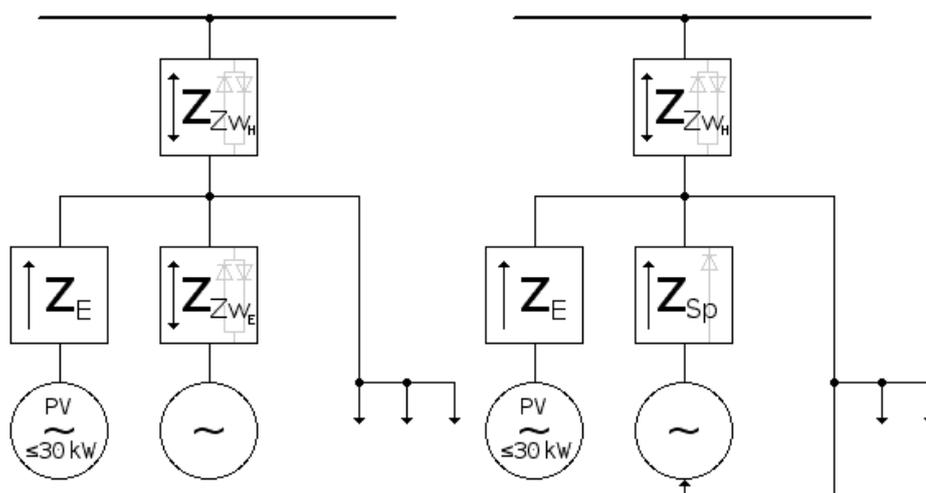


Abbildung 6: Messkonzepte bei Volleinspeisungen aus verschiedenartigen Anlagen und sonstigem Verbrauch

	$Z_E$	$Z_{ZWH}$	$Z_{ZWE}$	$Z_{Sp}$
§ 21 b EnWG	(-)	(+)	(-)	(-)
NAV	(-)	(+)	(-)	(-)
StromGKV	(+)* (-)**	(+)*	(+)*	(-)

Tabelle 5: Regelungen bei Mehrfachvolleinspeisungen

\*) Wenn Bezugsstrom der EE-Anlage Grundversorgung ist. Die Einspeisemessung bleibt Verantwortung der Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber.

\*\*\*) Wenn im Falle der Grund- bzw. Ersatzversorgung der Grundversorger auf Anwendung der StromGKV verzichtet, der Netzbetreiber hinsichtlich der Netzentgelte zustimmt und eich- sowie steuerrechtliche Duldungen vorliegen.

- 173 Bei gesellschafts- und steuerrechtlicher Zulässigkeit und sofern technisch sichergestellt ist, dass anlagenbezogener, bei Zweirichtungszählung einspeisemindernd wirkender Verbrauch nicht sowohl als Einspeisung als auch als Verbrauch und somit doppelt erfasst wird, kann die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber den Strombedarf der EE-Anlage aus seinem sonstigen Verbrauch decken (rechte Variante). Es kann dann unter Benutzung einer rücklaufgesperrten Einrichtungszählung vom Einsatz einer Zweirichtungszählung abgesehen werden.
- 174 Das Schaltbild unterstellt, dass der gesamte in den Anlagen erzeugte Strom dem Netzbetreiber im Wege der kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung angeboten und von diesem abgenommen wird (§ 4 Abs. 5 EEG 2004). Eine auch vorstellbare Konstellation, nach der nur der Überschussstrom der Anlagen ins Netz des Netzbetreibers eingespeist und der übrige Strom direkt in den sonstigen Verbrauchsanlagen verbraucht wird, erfordert grundsätzlich weitere Messvorrichtungen, insbesondere zur registrierenden Leistungsmessung.
- 175 Unberührt bleibt die Möglichkeit, mehrere Anlagen über eine gemeinsame Messeinrichtung gemäß § 12 Abs. 6 EEG 2004 abzurechnen (siehe dazu im Einzelnen Rn. 104 ff.).

## Beschluss

Die Empfehlung wurde einstimmig angenommen.

Gemäß § 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme der Empfehlung beendet.

Dr. Lovens

Lucha

Dr. Winkler  
(i. V. für Puke)

Grobrügge

Weißborn

## 8 Hinweise aus dem Jahr 2009

Die Clearingstelle EEG hat im Jahr 2009 folgende Hinweise erlassen:

1. Hinweis 2009/13 – „Zwölf Kalendermonate“ gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009

Den vollen Wortlaut des Hinweises finden Sie ab Seite 271.

2. Hinweis 2009/7 – Emissionsminimierungsbonus für Bestandsanlagen (§ 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009)

Den vollen Wortlaut des Hinweises finden Sie ab Seite 284.

2009/13

5. November 2009

## Hinweis

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 – Begriff der Inbetriebsetzung „innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten“:

1. Bei der Fristbestimmung des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 ist der Monat der Inbetriebsetzung der vorletzten Anlage unabhängig von deren taggenauer Inbetriebsetzung vollständig mitzuzählen.
2. Der letzte Generator ist nur dann „innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten“ in Betrieb gesetzt worden, wenn er spätestens mit Ablauf des elften auf die Inbetriebsetzung der vorletzten Anlage folgenden Kalendermonats in Betrieb gesetzt worden ist.
3. Dies führt – beispielsweise – bei einer am 10. November 2009<sup>1</sup> in Betrieb gesetzten vorletzten Anlage dazu, dass die Anlagen nur dann zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage gelten, wenn der letzte Generator spätestens am 31. Oktober 2009 in Betrieb gesetzt worden ist. Bereits eine Inbetriebsetzung am 1. November 2009 führt nicht mehr zu einer Anlagenzusammenfassung zum Zweck der Ermittlung der Vergütungshöhe gem. § 19 EEG 2009.

---

<sup>1</sup>§ 19 Abs. 1 EEG 2009 ist auch auf Anlagen mit einem Inbetriebnahmedatum vor dem 1. Januar 2009 anwendbar, es sei denn, es handelt sich hierbei um Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie. Vgl. hierzu einerseits *Clearingstelle EEG*, Einstellungsbeschluss vom 24.09.2009 – 2008/50, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/2008/50>, andererseits *Clearingstelle EEG*, Empfehlung vom 29.01.2009 – 2008/51, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2008/51>.

## Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	2
2	Zusammenfassung der Stellungnahmen	3
3	Herleitung	5
3.1	Wortlaut . . . . .	6
3.2	Systematische Auslegung . . . . .	7
3.2.1	EEG 2009 . . . . .	7
3.2.2	BGB . . . . .	9
3.2.3	Fazit zur systematischen Auslegung . . . . .	10
3.2.4	Zum Begriff des „Generators“ und der „Anlage“ . . . . .	11
3.3	Teleologische Auslegung . . . . .	11

### I Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle EEG hat am 16. Juli 2009 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens, sowie die Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha, vertreten durch den rechtswissenschaftlichen Koordinator, Dr. Winkler, und Puke beschlossen, zu folgender Frage ein Hinweisverfahren einzuleiten:
- 2 Wann sind zwei Anlagen (nicht) „innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten“ i. S. d. § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 in Betrieb gesetzt worden?
- 3 Es handelt sich dabei um eine abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfrage, für deren Beantwortung der Clearingstelle EEG die Durchführung eines Empfehlungsverfahrens nicht geboten erscheint.
- 4 Der Einleitung voraus gingen an die Clearingstelle EEG gerichtete Anfragen insbesondere von Betreiberinnen und Betreibern von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, wie die Begriffe auszulegen seien. Zur Begründung wurde v. a. darauf hingewiesen, dass in der Praxis Unsicherheit darüber herrsche,

ob die Dauer von „zwölf Kalendermonaten“ einem Jahr im Sinne von 365 Tagen entspreche. Auch die Literatur äußert sich hierzu bislang uneinheitlich.<sup>2</sup>

- 5 Die von der Clearingstelle EEG nach pflichtgemäßen Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG<sup>3</sup> akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 7. August 2009 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 25b Abs. 2 VerfO erhalten. Die Stellungnahmen<sup>4</sup>

- des Verbandes kommunaler Unternehmen e. V. (VKU)
- des Solarenergie-Fördervereins e. V. (SFV)
- des Fachverbandes Biogas e. V. (FvB)
- des Bundesverbandes Solarwirtschaft (BSW-Solar) e. V.
- des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

- 6 sind fristgemäß eingegangen und wurden bei der Beratung und Beschlussfassung berücksichtigt. Die Beschlussvorlage haben gemäß § 25b Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerfO der Vorsitzende der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens, und der rechtswissenschaftliche Koordinator der Clearingstelle EEG, Dr. Winkler, erstellt.

## 2 Zusammenfassung der Stellungnahmen

- 7 Die Stellungnahmen<sup>5</sup> lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- 8 1. Stellungnahme des VKU

Der VKU ist der Auffassung, es solle bei der Anwendung und Auslegung des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 nicht auf einen Zeitraum von 365 bzw. 366 Tagen,

---

<sup>2</sup>Vgl. einerseits *Weißborn*, in: Böhmer/Weißborn (Hrsg.), *Erneuerbare Energien*, 2. Aufl. 2009, S. 386 (Zählung ganzer Kalendermonate) und andererseits *Reshöft*, in: Reshöft (Hrsg.), *EEG*, 3. Aufl. 2009, § 19 Rn. 34 (taggenaue Berechnung).

<sup>3</sup>Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>, im Folgenden bezeichnet als VerfO.

<sup>4</sup>Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/HinwV/2009/13>.

<sup>5</sup>Die Stellungnahmen beziehen sich teilweise direkt auf den von der Clearingstelle EEG vorgelegten Hinweisentwurf und sind insoweit nicht ohne dessen vorherige Lektüre verständlich. Der Entwurf ist abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/HinwV/2009/13>.

sondern darauf abgestellt werden, in welchen Kalendermonaten die jeweiligen Generatoren in Betrieb gesetzt worden sind. Der von der Clearingstelle EEG vorgelegte Hinweisentwurf werde daher vom VKU unterstützt.

Obschon der Wortlaut der Vorschrift Raum zu unterschiedlichen Interpretationen geben möge, komme die von der Clearingstelle EEG vorgeschlagene Lösung dem allgemeinen Sprachgebrauch am nächsten. Auch Vereinfachungsgründe bei der Rechtsanwendung sprächen für die im Hinweisentwurf vorgelegte Lösung der Clearingstelle EEG.

### 2. Stellungnahme des SFV

Der SFV stimmt dem Entwurf zur Auslegung und Anwendung des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 der Clearingstelle EEG zu.

### 3. Stellungnahme des FvB

Der FvB teilt die im Hinweisentwurf gefundenen Erkenntnisse. Er weist darauf hin, dass der Begriff „Kalendermonat“ im EEG nicht legaldefiniert sei. Seines Erachtens handelt es sich bei einem „Kalenderjahr“ um den Zeitraum vom 1. Januar bis zum 31. Dezember; eine entsprechende Auslegung von „Kalendertag“, „Kalenderwoche“ und – letztlich – „Kalendermonat“ sei geboten. Der FvB teilt die Auffassung der Clearingstelle EEG, derzufolge der gregorianische Kalender zugrundezulegen sei, da dieses Kalendersystem allgemein gebräuchlich sei und kein Grund vorliege, der eine andere Einschätzung rechtfertige. Dieser Befund werde durch die teleologische Auslegung gestützt.

### 4. Stellungnahme des BSW-Solar

Der BSW-Solar teilt die Antwort der Clearingstelle EEG auf die verfahrensgegenständliche Auslegungs- und Anwendungsfrage in deren Hinweisentwurf.

### 5. Stellungnahme des BDEW

Der BDEW unterstützt den von der Clearingstelle EEG vorgelegten Hinweisentwurf. Er weist darauf hin, bereits in seiner Stellungnahme vom 20. März 2009 zum Empfehlungsverfahren 2009/5<sup>6</sup> die gleiche Rechtsansicht vertreten zu haben.

Der BDEW ist der Auffassung, es solle in dem Hinweis klargestellt werden, inwieweit nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 der Generator und inwieweit die An-

---

<sup>6</sup>Anmerkung der Clearingstelle EEG: abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/2009/5>.

lage maßgeblich sei. Es stehe zu vermuten, dass § 19 Abs. 1 (Einleitungssatz) EEG 2009 den Begriff „Generator“ nur erwähne, um gemäß der Definition von „Inbetriebnahme“ in § 3 Nr. 5 EEG 2009 auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme des *Generators* abzustellen, nicht auf den der Anlage. Der BDEW vertritt die Auffassung, in den Gründen des Hinweises solle eine Harmonisierung hin zur Anlage erfolgen. Die Verwendung des Begriffs „Generator“ in § 19 Abs. 1 EEG 2009 habe insbesondere nicht die Funktion, einen Generator einer Anlage gegenüber einem anderen Generator derselben Anlage vergütungsseitig abzugrenzen.

Zur Stützung der durch die Clearingstelle EEG vorgeschlagenen Auslegung weist der BDEW darauf hin, dass das EEG an zahlreichen Stellen Begriffe wie „Kalenderjahr“ oder „Kalendermonat“ wählt, wenn es verdeutlichen wolle, dass nicht kalendertaggenau gezählt werden solle. Er verweist in diesem Zusammenhang auf die §§ 18 Abs. 2, 20 Abs. 1, 21 Abs. 2, 36 Abs. 2, 54 Abs. 2 und 64 Abs. 3 Nr. 5 EEG 2009. Das BGB wähle die Formulierung „Kalendermonat“ zur Bestimmung des Laufs einer Frist, speziell in mietrechtlichen Bestimmungen (§§ 558b, 566b, 566c, 573b, 573d, 575a, 576 und 580a).

Demgegenüber verwende das EEG die Begriffe „Jahr“ und „Monat“, wenn eine taggenaue Fristberechnung erforderlich sei, so in den §§ 29 Abs. 2, 30 Satz 1 Nr. 1, 31 Abs. 2, 32 Abs. 3 Nr. 3 und 66 Abs. 1 Nr. 6 bzw. §§ 29 Abs. 2 und 31 Abs. 2 EEG 2009.

Bezüglich der Ausführungen zur Wahl des Gregorianischen Kalenders merkt der BDEW an, dass der Gesetzgeber des EEG 2009 nur Monatsnamen des Gregorianischen Kalenders verwendet, wie den „Februar“ in § 46 Nr. 3 EEG 2009 und den „Januar“ in den §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 2 und 4, 28 Abs. 1a, 29 Abs. 2, 32 Abs. 2, 43 Abs. 1 und 66 Abs. 1 EEG 2009. Auch das Grundgesetz verwende nur Kalendermonatsbezeichnungen des Gregorianischen Kalenders (z.B. „Januar“, Art. 106 Abs. 3 Satz 4, und „März“, Art. 117 Abs. 1 GG).

### 3 Herleitung

- 9 § 19 Abs. 1 EEG 2009<sup>7</sup> bestimmt, dass mehrere Anlagen unabhängig von den Eigen-

---

<sup>5</sup>  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeq.de/HinwV/2009/13> können Sie dieses Dokument herunterladen.

tumsverhältnissen und ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage gelten, wenn

- 10
1. sie sich auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden,<sup>8</sup>
  2. sie Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energien erzeugen,
  3. der in ihnen erzeugte Strom nach den Regelungen dieses Gesetzes in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet wird und
  4. sie innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind.
- 11 Da somit ein Anlagenzubau<sup>9</sup> nicht zur rechnerischen Anlagenzusammenfassung gem. § 19 Abs. 1 EEG 2009 führt, wenn dieser *außerhalb* von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten erfolgte, ist die trennscharfe Bestimmung des unter § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 genannten Zeitraums von großer Bedeutung.

### 3.1 Wortlaut

Der Wortlaut der Vorschrift ist nicht eindeutig. Zum einen lassen sowohl der Begriff des Kalenders als auch der Begriff des Monats unterschiedliche Deutungen zu. Insbesondere ist ein „Kalender“ zunächst lediglich eine astronomisch begründete Festsetzung zur Einteilung der Zeit<sup>10</sup> – die Maßstäbe zur Festsetzung sind dabei variabel<sup>11</sup>. Ein „Monat“ ist eine das „Jahr“ unterteilende Zeiteinheit; auch hinsichtlich des Unterteilungssystems existieren verschiedene Methoden.<sup>12</sup> Zudem bestehen im

<sup>7</sup>Verkündet 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.

<sup>8</sup>Zur Auslegung von § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung vom 14.04.2009 – 2008/49, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2008/49>.

<sup>9</sup>Zum Anlagenzubau bei Fotovoltaikanlagen insbesondere über den Jahreswechsel 2008/2009 vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung vom 29.01.2009 – 2009/5, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2009/5>.

<sup>10</sup>*Brockhaus Enzyklopädie*, Neunter Band IL – KAS, 17. Auflage 1970, S. 625; vgl. auch *Wikipedia*, Kalender, <http://de.wikipedia.org/wiki/Kalender>, zuletzt abgerufen am 07.07.2009.

<sup>11</sup>Vgl. statt vieler *Wikipedia*, Kalendersysteme, <http://de.wikipedia.org/wiki/Kalender#Kalendersysteme>, zuletzt abgerufen am 07.07.2009.

<sup>12</sup>Vgl. statt vieler *Wikipedia*, Monat, <http://de.wikipedia.org/wiki/Monat>, zuletzt abgerufen am 07.07.2009.

(zivil-)rechtlichen Kontext Definitionen des Begriffs „Monat“, die keinen zwingenden Bezug zum Begriff „Kalendermonat“ haben.<sup>13</sup>

Zum anderen belegen die in der Praxis herrschende Unsicherheit und die uneinheitlichen Deutungen in der Wissenschaft<sup>14</sup>, dass mindestens die Frage zu beantworten ist, ob der in § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 genannte Zeitraum gleichbedeutend mit einem Jahr i. S. v. 365 bzw. 366<sup>15</sup> Tagen ist.

Eindeutig ist hingegen einerseits, dass der für die Zwecke der Berechnung der Vergütung relevante Zeitraum *innerhalb* von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten abgeschlossen sein muss, andererseits, dass der Bezugsrahmen nicht ein Jahr oder ein Kalenderjahr, sondern zwölf aufeinanderfolgende Kalendermonate umfasst.

### 3.2 Systematische Auslegung

#### 3.2.1 EEG 2009

- 12 Innerhalb des EEG wird der Begriff des Kalendermonats außer in § 19 EEG 2009 im die Direktvermarktung betreffenden § 17 EEG 2009 verwendet. Die Vorschrift lautet:<sup>16</sup>

#### § 17 Direktvermarktung

- (1) Anlagenbetreiberinnen und -betreiber können den in der Anlage erzeugten Strom *kalendermonatlich* an Dritte veräußern (Direktvermarktung), wenn sie dies dem Netzbetreiber vor Beginn des jeweils vorangegangenen *Kalendermonats* angezeigt haben. Der Vergütungsanspruch nach § 16 entfällt im *gesamten Kalendermonat* für

<sup>13</sup>Vgl. 3.2.

<sup>14</sup>Vgl. einerseits *Weißborn*, in: Böhmer/Weißborn (Hrsg.), Erneuerbare Energien, 2. Aufl. 2009, S. 386 und andererseits *Reshöft*, in: Reshöft (Hrsg.), EEG, 3. Aufl. 2009, § 19 Rn. 34 (taggenaue Berechnung). Vgl. zur insofern ähnlichen Regelung des § 11 Abs. 6 EEG 2004, demzufolge mehrere Fotovoltaikanlagen, die sich entweder an oder auf demselben Gebäude befinden und *innerhalb von sechs aufeinanderfolgenden Kalendermonaten* in Betrieb genommen worden sind, zum Zweck der Ermittlung der Vergütungshöhe für die jeweils zuletzt in Betrieb genommene Anlage als eine Anlage gelten, einerseits *Müller*, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungsfg. 2006, § 11 Rn. 71, demzufolge auf „abgeschlossene“ Kalendermonate abzustellen sei, andererseits *Oschmann*, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 89, der eine taggenaue Fristberechnung vertritt.

<sup>15</sup>Beim Vorliegen von Schaltjahren.

<sup>16</sup>Hervorhebungen nicht im Original.

den gesamten in der Anlage erzeugten Strom. Der Zeitraum, in dem Strom direkt vermarktet wird, wird auf die Vergütungsdauer nach § 21 Abs. 2 angerechnet.

- (2) Abweichend von Abs. 1 Satz 2 können Anlagenbetreiberinnen und -betreiber einen bestimmten Prozentsatz des in der Anlage erzeugten Stroms *kalendermonatlich* direkt vermarkten und für den verbleibenden Anteil die Vergütung nach § 16 beanspruchen, wenn sie
  1. dem Netzbetreiber den direkt zu vermarktenden Prozentsatz vor Beginn des jeweils vorangegangenen *Kalendermonats* anzeigt und
  2. diesen Prozentsatz nachweislich jederzeit eingehalten haben.
- (3) Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, die Strom nach Abs. 1 direkt vermarktet haben, können den Vergütungsanspruch nach § 16 im folgenden *Kalendermonat* wieder geltend machen, wenn sie dies dem verpflichteten Netzbetreiber vor Beginn des jeweils vorangegangenen *Kalendermonats* anzeigen.

13 Insbesondere legt § 17 Abs. 1 Satz 2 EEG 2009 nahe, bei der Auslegung des EEG 2009 den Kalendermonat als Gesamtzeiteinheit zu betrachten: Demnach entfällt der Vergütungsanspruch nach § 16 EEG 2009 im Falle der Direktvermarktung grundsätzlich im *gesamten* Kalendermonat, selbst wenn während des Kalendermonats noch Strom ohne Direktvermarktung geliefert worden sein sollte. Dies spricht dafür, im Hinblick auf die Inbetriebsetzung ebenfalls auf ganze, ungeteilte Kalendermonate abzustellen, ohne diese nach Tagen zu unterteilen.

14 Dieser Befund wird durch die systematische Auslegung der jeweiligen Absätze 2 der §§ 24, 25 und 27 EEG 2009 gestützt. Demnach gilt aus einem Gasnetz entnommenes Gas als Deponie- oder Klärgas bzw. Biomasse, soweit die Menge des entnommenen Gases im Wärmeäquivalent am Ende eines *Kalenderjahres* der Menge von Deponie- oder Klärgas bzw. Gas aus Biomasse entspricht, das an anderer Stelle im Geltungsbereich des Gesetzes in das Gasnetz eingespeist worden ist. Mit dem „Kalenderjahr“ ist ein fester einheitlicher Zeitraum (vom 1. Januar bis zum 31. Dezember jeden Jahres) gemeint.<sup>17</sup> Die Regelungen sollen die Bilanzierung der Gaseinspeisung erleichtern.<sup>18</sup>

<sup>17</sup>Vgl. *Salje*, EEG-Kommentar, 5. Auflage 2009, § 24 Rn. 32.

<sup>18</sup>Die Wendung „am Ende eines Kalenderjahres“ ist aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit in den Gesetzentwurf eingefügt worden, vgl. BT-Drs. 16/9477, S. 25.

Eine taggenaue Betrachtung würde diesem Ziel widersprechen. Dies unterstützt die Annahme, dass das EEG 2009 zur Bestimmung des Beginns und des Endes bezeichnungsmäßig generell feststehender Zeiträume die Formulierung „Kalender-“ verwendet.

### 3.2.2 BGB

- 15 Für die Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften kommt den Frist- und Termindefinitionen der §§ 186 ff. BGB<sup>19</sup> besondere Bedeutung zu. Den Begriff des „Kalendermonats“ enthalten sie indes nicht; insbesondere ist unter systematischen Gesichtspunkten § 191 BGB<sup>20</sup> nicht auf die Berechnung der Frist nach § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 anzuwenden, da letztgenannte Vorschrift gerade auf zwölf *aufeinanderfolgende* Kalendermonate Bezug nimmt, Maßstab somit ein zusammenhängend verlaufender Zeitraum ist.
- 16 Eine Fristberechnung nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB kommt hier ebensowenig nicht in Betracht, weil diese Vorschriften einen „untermonatlichen“ Fristanfang wie auch ein solches Fristende vorsehen und nicht an den Kalendermonat anknüpfen. Ist eine Anlage beispielsweise am 10. November 2008 in Betrieb gesetzt worden, so endete gemäß § 188 Abs. 2 BGB die Frist am 10. November 2009. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, so hätte er in Entsprechung zur Begrifflichkeit der §§ 187, 188 BGB das Wort „Monate“ in § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 verwenden können.<sup>21</sup>

Die Umkehrschlüsse zu § 191 BGB und § 188 Abs. 2 BGB legen nahe, zur Bestimmung von zusammenhängenden Zeiträumen auf die *Benennung der (Kalender-)Monate in Gänze* abzustellen. Da der Zeitraum der Frist in § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 zusammenhängend zu bestimmen ist, ist ein anderer als der pauschalierende 30-Tages-Zeitraum des § 191 BGB zu wählen. § 188 Abs. 2 BGB bestimmt, dass eine Frist, die nach Monaten bestimmt ist, mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher durch seine Benennung dem Tage entspricht, in den das Ereignis<sup>22</sup> fiel, endet. Indes hat der Gesetzgeber des EEG 2009 in § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 keine Fristbestimmung nach „Monaten“, sondern nach „Kalendermonaten“ vorgenommen, so

<sup>19</sup>Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002, BGBl. I S. 42, S. 2909, BGBl. 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.06.2009, BGBl. I S. 1574.

<sup>20</sup>„Ist ein Zeitraum nach Monaten oder nach Jahren in dem Sinne bestimmt, dass er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht, so wird der Monat zu 30, das Jahr zu 365 Tagen gerechnet.“

<sup>21</sup>Zu den Motiven des Gesetzgebers bei der Formulierung der Norm siehe unter 25.

<sup>22</sup>Hier: die Inbetriebsetzung.

dass die unterjährige Zeiteinteilung durch „Monate“ im Kalender relevant ist.<sup>23</sup>

### 3.2.3 Fazit zur systematischen Auslegung

- 17 Da zwölf aufeinanderfolgende Kalendermonate den äußeren Rahmen der Fristbestimmung in § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 bilden, legt die systematische Auslegung folgendes Verständnis von § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 nahe: Der Kalendermonat der Inbetriebsetzung wird unabhängig von deren taggenauer Bestimmung im Rahmen der Fristberechnung vollständig mitgezählt. Hieraus folgt:
- 18
- Der Kalendermonat, der durch seine Benennung dem Monat des Vorjahres entspricht, in dem die Inbetriebsetzung erfolgte, ist der 13. Kalendermonat, der auf die vorangegangenen 12 unmittelbar nachfolgt.
  - Erfolgt die Inbetriebsetzung des zuletzt in Betrieb genommenen Generators in dem Monat, der durch seine Benennung dem Monat entspricht, in dem die vorletzte Anlage in Betrieb gesetzt worden ist, ist der Zwölf(kalender)monatszeitraum des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 somit *überschritten*.
- 19 Wurde die vorletzte Anlage zum Beispiel am 10. November 2008 in Betrieb gesetzt, ist der erste zu berücksichtigende Monat der November 2008. *Innerhalb* von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten ist der letzte Generator nur dann in Betrieb gesetzt worden, wenn die Inbetriebsetzung spätestens bis zum Ablauf des letzten Tages des Monats Oktober 2009, mithin bis zum Ablauf des 31. Oktober 2009 erfolgt. Eine Inbetriebsetzung am 1. November 2009 erfolgte bereits *außerhalb* des Zwölf(kalender-)monatszeitraumes von § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009.
- 20 Ob durch diese Auslegung von den Fristbestimmungen der §§ 186 ff. BGB abgewichen wird, weil die Frist des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 aufgrund der nicht „untermonatlichen“ Bestimmung des Fristendes erst mit Ablauf des Kalendermonats endet, oder ob der Umstand, dass sich die Wendung „innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten“ nicht passgenau unter die Vorschriften der §§ 186 ff. BGB subsumieren lässt, kann hier dahinstehen. Bei der Auslegung gesetzlicher Fristbestimmungen darf jedenfalls von den §§ 186 ff. BGB abgewichen werden.<sup>24</sup>
- 21 Die systematische Auslegung legt es sowohl unter Berücksichtigung des EEG 2009

<sup>23</sup>Vgl. 25.

<sup>24</sup>Für die Auslegung und Anwendung der Fristbestimmungen der Abgabenordnung i. V. m. §§ 187, 188 BGB vgl. *BFH*, Urt. v. 15.07.2003 – VIII R 105/01, insbes. Rn. 17, zitiert nach juris.

als auch des BGB nahe, dass die Frist des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 mit dem Ablauf des Kalendermonats endet, der seiner Benennung nach dem Kalendermonat, der dem Kalendermonat des Jahres der Inbetriebsetzung der vorletzten Anlage *vorherging*, entspricht.

### 3.2.4 Zum Begriff des „Generators“ und der „Anlage“

- 22 Der BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. drückte in seiner Stellungnahme<sup>25</sup> den Wunsch aus, zu klären, inwieweit der „Generator“ und inwieweit die „Anlage“ maßgeblich sei. Die Clearingstelle EEG weist darauf hin, dass diese Frage im Rahmen des Verfahrensgegenstandes durch den Wortlaut des Gesetzes beantwortet ist: Gemäß § 19 Abs. 1 EEG 2009 gelten mehrere *Anlagen* unabhängig von den Eigentumsverhältnissen und ausschließlich zum Zweck der Ermittlung der Vergütung für den jeweils in Betrieb gesetzten *Generator* als eine Anlage, wenn die unter § 19 Abs. 1 Nr. 1 – 4 EEG 2009 genannten Voraussetzungen vorliegen. Das bedeutet, dass einerseits das Gesetz zwei zeitlich aufeinanderfolgende Anlageninbetriebnahmen voraussetzt, andererseits aber die rechtlichen Folgen der ggf. eintretenden vergütungsrechtlichen Anlagenzusammenfassung nur den zuletzt in Betrieb gesetzten Generator betreffen. Darüberhinausgehender Klärungsbedarf bezüglich der – auch an anderer Stelle für die Vergütung relevante – gesetzlichen Unterscheidung zwischen Anlage und Generator in § 19 Abs. 1 EEG 2009 ist nicht Gegenstand dieses Hinweisverfahrens.

### 3.3 Teleologische Auslegung

- 23 Teleologische Aspekte, die das Ziel der Regelung untersuchen, führen einerseits zum gleichen Ergebnis wie die systematische Auslegung, andererseits dazu, dass unter „Kalendermonat“ ein Monat im Sinne des Gregorianischen Kalenders zu verstehen ist.
- 24 Zweck des § 19 Abs. 1 EEG 2009 ist es, die Umgehung der Vergütungsschwellen des EEG 2009 zu verhindern.<sup>26</sup> Die Fristbestimmung des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 ist dabei eine unwiderlegliche gesetzliche Vermutung, ab welcher zeitlichen Distanz bei der aufeinanderfolgenden Inbetriebsetzung von einer oder mehrerer Anlagen sowie

<sup>25</sup> Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/HinwV/2009/13>.

<sup>26</sup> Hierzu ausführlich *Clearingstelle EEG*, Empfehlung vom 14.04.2009 – 2008/49, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/49>.

einem (weiteren) Generator von einer Umgehung der Vergütungsschwellen nicht mehr ausgegangen werden kann. Dem Gesetzgeber ist nicht verwehrt, bei der Festsetzung unwiderleglicher gesetzlicher Vermutungen gerade in zeitlicher Hinsicht im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative Pauschalierungen vorzunehmen, die letztlich der Vereinfachung der Rechtsanwendung dienen. Die Bezugnahme auf Kalendermonate stellt gegenüber der taggenauen Fristberechnung eine vereinfachende Pauschalierung dar, da Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sowie Netzbetreiber zur Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzung des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 lediglich die Kalendermonate der relevanten Inbetriebsetzungen, nicht hingegen deren taggenaue Bestimmung zu betrachten haben. Insbesondere hat der Gesetzgeber mit der Formulierung des Zeitraums „innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten“ eine andere Formulierung gewählt als „innerhalb eines Jahres“. Hätte er eine taggenaue, unterjährige Fristbestimmung intendiert, hätte er in Anlehnung an § 188 Abs. 2 BGB die letztgenannte Formulierung wählen können. Dies legt nahe, dass mit der von § 188 Abs. 2 BGB abweichenden Formulierung eine andere Regelung bezweckt war.

- 25 Im Hinblick auf die vom Wortlaut her nicht eindeutigen Begriffe „Kalender“, „Monat“ und „Kalendermonat“ ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit Erlass der Vorschrift des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 auf den im Geltungsbereich des EEG 2009 ganz überwiegend angewandten sog. Gregorianischen Kalender<sup>27</sup> und nicht auf andere Kalendersysteme<sup>28</sup> Bezug genommen hat. Dieser Befund wird durch die o. g. teleologische Erwägung gestützt, dass § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 als eine die Rechtsanwendung vereinfachende Norm anzusehen ist, mithin das im Geltungsbereich des EEG 2009 kulturell vorherrschende Kalendersystem anzuwenden ist. Demnach sind die zur Fristbestimmung heranzuziehenden „Kalendermonate“ die des Gregorianischen Kalenders, d. h. Januar, Februar, März, April, Mai, Juni, Juli, August, September, Oktober, November und Dezember. Dieser Befund wird durch die Stellungnahmen des Fachverbandes Biogas e. V. und des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.<sup>29</sup> ergänzt.
- 26 Ist der letzte Generator im der Benennung nach gleichen Monat wie die vorletzte Anlage im darauffolgenden Kalenderjahr in Betrieb gesetzt worden, liegt seine In-

<sup>27</sup>Zur Systematik und Geschichte des „Gregorianischen Kalenders“ vgl. *Brockhaus Enzyklopädie*, 17. Auflage, 1970, Neunter Band IL-KAS, S. 626; *Wikipedia*, „Gregorianischer Kalender“, [http://de.wikipedia.org/wiki/Gregorianischer\\_Kalender](http://de.wikipedia.org/wiki/Gregorianischer_Kalender), zuletzt abgerufen am 07.07.2009.

<sup>28</sup>Insbesondere die Lunar- bzw. Lunisolarkalendersysteme des Islamischen oder Jüdischen Kalenders.

<sup>29</sup>Vgl. 2.

## CLEARINGSTELLE EEG

betriebssetzung im 13. Kalendermonat im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 und somit außerhalb des zu einer vergütungsrechtlichen Anlagenzusammenfassung führenden Zeitraums.

### Beschluss

Der Hinweis wurde einstimmig angenommen.

Gemäß §§ 25c, 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme des Hinweises beendet.

Dr. Lovens

Lucha

Dr. Winkler  
(i. V. für Puke)

2009/7

7. Dezember 2009

## Hinweis

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung des § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 – Emissionsminimierungsbonus für Bestandsanlagen:

**Der Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 besteht auch für Bestandsanlagen, die nicht nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) genehmigungsbedürftig sind.**

### I Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle EEG hat am 20. August 2009 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG Dr. Lovens sowie die Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke, dieser vertreten durch den technischen Koordinator Dibbern, beschlossen, zu folgender Frage ein Hinweisverfahren einzuleiten:

Besteht der Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 für Bestandsanlagen, die nicht nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) genehmigungsbedürftig sind?

Bejahendenfalls: Auf welchem Wege ist der Nachweis über die Einhaltung der Formaldehydgrenzwerte zu erbringen?

- 2 Es handelt sich dabei um eine abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfrage, für deren Beantwortung der Clearingstelle EEG die Durchführung eines Empfehlungsverfahrens nicht geboten erscheint.
- 3 Der Einleitung voraus gingen an die Clearingstelle EEG gerichtete Anregungen, zur Auslegung von § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 ein Hinweisverfahren einzuleiten. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass in der Praxis große Unsicherheit herr-

---

<sup>I</sup>  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/HinwV/2009/7> können Sie dieses Dokument herunterladen.

sche, ob Bestandsanlagen<sup>1</sup> auch dann die Zahlung der erhöhten Vergütung<sup>2</sup> für die Einhaltung der dem Emissionsminimierungsgebot nach der Technischen Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft – vom 24. Juli 2002<sup>3</sup> entsprechenden Formaldehydgrenzwerte beanspruchen können, wenn sie nicht nach dem BImSchG<sup>4</sup> genehmigungsbedürftig sind. Hintergrund der Unsicherheit ist der Umstand, dass die den Emissionsminimierungsbonus für Neuanlagen regelnde Vorschrift des § 27 Abs. 5 EEG 2009 die Gewährung der erhöhten Vergütung ausdrücklich auf solche Anlagen beschränkt, die der Genehmigung nach dem BImSchG bedürfen. In einer Auslegungsempfehlung<sup>5</sup> geht der VDMA Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e. V. ohne nähere Begründung davon aus, dass nur genehmigungsbedürftige Bestandsanlagen den Bonus geltend machen können.

- 4 Die von der Clearingstelle EEG nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)<sup>6</sup> akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 1. Oktober 2009 gemäß § 25 b Abs. 2 VerfO Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu dem von der Clearingstelle EEG erstellten Entwurf dieses Hinweises<sup>7</sup> erhalten. Die Stellungnahmen des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, des BBK Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V., des VDMA Verbandes Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e. V., des BDEW Bundesverbandes der Elektrizitäts- und Wasserwirtschaft e. V. und des Fachverbandes Biogas e. V.<sup>8</sup> sind fristgemäß eingegangen und wurden bei der Beratung und Beschlussfassung berücksichtigt. Die Beschlussvorlage haben gemäß § 25 b Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerfO der rechtswissenschaftliche Koordinator der Clearingstelle EEG Dr. Winkler und der Vorsitzende der Clearingstelle EEG Dr. Lovens erstellt.

<sup>1</sup> Als Bestandsanlagen werden in diesem Hinweis die Anlagen im Sinne des EEG bezeichnet, die vor dem 01.01.2009 in Betrieb genommen worden sind, als Neuanlagen solche mit Inbetriebnahme nach dem 31.12.2008.

<sup>2</sup> Nachfolgend als „Emissionsminimierungsbonus“ bezeichnet.

<sup>3</sup> GMBL. S. 511.

<sup>4</sup> Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.09.2002, BGBl. I S. 3830, zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.07.2009, BGBl. I S. 2433.

<sup>5</sup> Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/520>.

<sup>6</sup> Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG vom 01.10.2007 in der Fassung vom 16.02.2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

<sup>7</sup> Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/HinwV/2009/7>.

<sup>8</sup> Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/HinwV/2009/7>.

## 2 Zusammenfassung der Stellungnahmen

- Stellungnahme des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit** Das Bundesministerium vertritt eine andere Auffassung als die im Entwurf der Clearingstelle EEG zum Ausdruck gebrachte.
- 5
- 6 Die Vergütungserhöhung nach § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 sei nicht auf nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Bestandsanlagen auszuweiten, weil dies zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Besserstellung der Betreiber solcher Anlagen gegenüber den Betreibern immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftiger Neuanlagen führen würde. Auch aus der Gesetzesbegründung ergebe sich, dass § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 denselben sachlichen Anwendungsbereich wie § 27 Abs. 5 EEG 2009 habe, weil der Gesetzgeber für Bestandsanlagen „im Wesentlichen“ denselben Vergütungserhöhungsanspruch habe schaffen wollen wie für Neuanlagen.
- 7 Die Änderungen der 4. BImSchV vom August 2001 seien im Hinblick auf die Verfahrensfrage nicht wie im Hinweistwurf zu werten, weil die Genehmigungen für seitdem nicht mehr immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen nach § 18 Abs. 2 BImSchG erloschen sind.
- 8 Ferner spreche das Ziel der Vergütungserhöhungsregelungen nach § 27 Abs. 5 und § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 – eine Refinanzierung von technischen Emissionsminimierungsvorrichtungen zu ermöglichen – gegen die Einbeziehung von nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen, weil bei diesen die Wirtschaftlichkeit zusätzlicher Emissionsminderungstechnik fraglich sei.

- Stellungnahme des BBK Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe** Der BBK e. V. stimmt dem Entwurf der Clearingstelle EEG zu.
- 9
- 10 Die Genehmigungsbedürftigkeit sei nach dem Wortlaut der Norm keine Voraussetzung für den Erhalt des Bonus nach § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009. Gründe für eine einschränkende Auslegung oder eine analoge Anwendung des § 27 Abs. 5 EEG 2009 lägen nicht vor. Gegen eine einschränkende Auslegung sprächen zudem Gründe der Rechts- und Planungssicherheit sowie der Regelungszweck der Vorschrift.
- 11 Zuständig für die Bescheinigung sei die nach § 26 BImSchG zuständige Behörde; § 26 BImSchG müsse erst recht zur Anwendung kommen, wenn von einer Anlage nicht zu erwarten ist, dass sie schädliche Umwelteinwirkungen hervorruft.

## CLEARINGSTELLE EEG

- Stellungnahme des VDMA Verbandes Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e. V.** Der VDMA e. V. kommt zu einer anderen rechtlichen Einschätzung als der im Entwurf der Clearingstelle EEG vorgeschlagenen.
- 12
- 13 Zwar könnten nach dem Wortlaut des EEG auch nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Bestandsanlagen eine Vergütungserhöhung erhalten, doch stehe dies im Widerspruch zum Ziel des Gesetzgebers, so dass es sich bei der Formulierung des § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 um ein Redaktionsversehen handeln müsse.
- 14 Die Vergütungserhöhung diene der Kompensation zusätzlicher Kosten, die dem Anlagenbetreiber durch die Nachrüstung der Anlage mit zusätzlicher emissionsmindernder Anlagentechnik, z. B. zur Gasaufbereitung oder thermischen Nachverbrennung, entstehen. Derartige, nicht rein innermotorisch wirkende Anlagentechnik sei bei immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen erforderlich, um die strengen Emissionsvorgaben der TA Luft hinsichtlich Formaldehyd einzuhalten, ohne dabei nachteilige Auswirkungen auf die ebenfalls durch die TA Luft begrenzten Emissionen von NO<sub>x</sub>- und CO sowie auf den Wirkungsgrad in Kauf zu nehmen. Nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen unterlägen nicht unmittelbar den Anforderungen der TA Luft, so dass diese in der Regel keine zusätzliche Anlagentechnik benötigten, um gleichzeitig die Formaldehyd-, NO<sub>x</sub> und CO-Emissionen einzuhalten. Somit bestehe keine Grundlage für die Vergütungserhöhung bei nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen.
- 15 Des Weiteren würde eine Gewährung der Vergütungserhöhung nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Bestandsanlagen gegenüber gleichfalls nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Neuanlagen besser stellen.

- Stellungnahme des BDEW Bundesverbandes der Elektrizitäts- und Wasserwirtschaft e. V.** Der BDEW e. V. teilt die Rechtsauffassungen im Entwurf der Clearingstelle EEG.
- 16
- 17 Es bestehe auch dann ein Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009, wenn die Anlage nicht nach dem BImSchG genehmigungsbedürftig ist, aber die sonstigen Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 einhalte, d. h. insbesondere die Grenzwerte der TA Luft. Unter systematischen Gesichtspunkten gebe es im EEG 2009 an verschiedenen Stellen Vergütungszuschläge, die dann gewährt würden, wenn der Anlagenbetreiber freiwillig bestimmte Maßnahmen durchführt; die Gewährung von Zuschlägen sei somit nicht notwendigerweise an die Einhaltung zwingender gesetzlicher Vorgaben gebunden.

- 18 Zuständige Behörde im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 sei die jeweils nach Immissionsschutzrecht maßgebliche Behörde.
- 19 **Stellungnahme des Fachverbandes Biogas e. V.** Der Entwurf der Clearingstelle EEG wird im vollem Umfang vom Fachverband Biogas mitgetragen.
- 20 Der Anspruch auf die Zusatzvergütung nach § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 setze nicht die Genehmigung der Anlagen nach dem BImSchG voraus. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut. Eine einschränkende Auslegung lasse sich nicht begründen. Insbesondere bestünden keine Anhaltspunkte für ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers. Die hiermit verbundene Ungleichbehandlung von nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Neuanlagen gegenüber derartigen Bestandsanlagen sei vom Gesetzgeber offenbar gewollt, dies ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, wonach § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 lediglich „im Wesentlichen“ dem § 27 Abs. 5 EEG 2009 entspreche. Auch eine analoge Anwendung von § 27 Abs. 5 EEG 2009 komme nicht in Betracht.

### 3 Herleitung

#### 3.1 Gesetzliche Regelungen

- 21 § 27 Abs. 5 Satz 1 EEG 2009 lautet:

Für Strom aus nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen, die durch anaerobe Vergärung gewonnenes Gas (Biogas) einsetzen, erhöht sich die Vergütung nach Absatz 1 Nr. 1 und 2 um jeweils 1,0 Cent pro Kilowattstunde, wenn die dem Emissionsminimierungsgebot der Technischen Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft – vom 24. Juli 2002 (GMBI S. 511) entsprechenden Formaldehydgrenzwerte eingehalten werden und dies durch eine Bescheinigung der zuständigen Behörde nachgewiesen wird.

- 22 Für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, bestimmt § 66 Abs. 1 Nr. 4 a Satz 1 EEG 2009:

Für Strom aus Biomasseanlagen, die durch anaerobe Vergärung der Biomasse gewonnenes Gas (Biogas) einsetzen, erhöht sich die Vergütung bis

---

5  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/HinwV/2009/7> können Sie dieses Dokument herunterladen.

einschließlich einer Leistung von 500 Kilowatt um jeweils 1,0 Cent pro Kilowattstunde, wenn die dem Emissionsminimierungsgebot der Technischen Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft – entsprechenden Formaldehydgrenzwerte eingehalten werden und dies durch eine Bescheinigung der zuständigen Behörde nachgewiesen wird.

### 3.2 Ausgangsfrage

- 23 Der Anspruch auf Zahlung der erhöhten Vergütung besteht auch für nicht nach dem BImSchG genehmigungsbedürftige Anlagen, weil sich weder aus dem Wortlaut noch aus sonstigen Erwägungen eine Beschränkung auf genehmigungsbedürftige Anlagen ableiten lässt.
- 24 Der **Wortlaut** enthält nicht die Voraussetzung, dass die Anlage immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig sein muss. In Anbetracht dessen kann eine einschränkende Auslegung nur in äußerst engen Grenzen erfolgen.<sup>9</sup> Gründe, die hier eine ausnahmsweise gerechtfertigte Abweichung vom eindeutigen Wortlaut rechtfertigen könnten, liegen indes nicht vor:
- 25 Ein **Redaktionsversehen** ist nicht zweifelsfrei ersichtlich. Ein Redaktionsversehen ist eine versehentliche und ungewollt unkorrekte Abfassung des Gesetzeswortlauts, z. B. durch ein Schreibversehen bzw. andere grammatikalische Ungenauigkeiten oder durch im Laufe von Gesetzgebungs- und Gesetzesänderungsverfahren versehentlich unrichtig gewordene Paragraphenverweise.<sup>10</sup> Derartige Versehen des Gesetzgebers können durch eine das Redaktionsversehen korrigierende Auslegung beseitigt werden, wenn keine Zweifel bestehen, dass der Gesetzeswortlaut nicht das vom Gesetzgeber Gewollte zum Ausdruck bringt. Hier ist jedoch nicht zweifelsfrei ersichtlich, dass es der Gesetzgeber in § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 nur versehentlich unterlassen hat, die Formulierung aus § 27 Abs. 5 EEG 2009, dass nur für „Strom aus nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen“ der Bonus gewährt werden könne, in § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 zu übernehmen.<sup>11</sup> Vielmehr wurden beide Vorschriften *gleichzeitig* gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens im

<sup>9</sup>Vgl. *BGH*, Beschl. v. 19.06.2007 – KVR 16/06, Rn. 11, <http://www.bundesgerichtshof.de/>, zuletzt besucht am 24.11.2009.

<sup>10</sup>Vgl. bspw. *BVerfG*, Beschl. v. 11.03.2009 – 1 BvR 3413/08, Rn. 12; *BGH*, Urt. v. 20.02.2009 – V ZR 184/08, Rn. 10; *LG Berlin*, Urt. v. 02.08.2007 – 96 O 138/07, Rn. 22; *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 14.03.2005 – 2 WF 8/05, Rn. 12 ff.; alle zitiert nach juris.

<sup>11</sup>Ähnlich v. *Bredow/Hammon*, Der Luftreinhaltebonus, in: Loibl/Maslaton/v. Bredow (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG 2009, 1. Aufl. 2009, S. 180 Rn. 60.

Zuge der Beratungen des Bundestagsausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit in den Gesetzentwurf aufgenommen. Es ist daher davon auszugehen, dass beide Normen aufgrund ihres unmittelbaren thematischen Bezugs auch im Zusammenhang beraten wurden, so dass eine nur versehentliche Abweichung der Formulierungen dem Ausschuss hätte auffallen müssen. Gegen ein Versehen spricht nach Auffassung der Clearingstelle EEG im Übrigen auch die Begründung in der Ausschussdrucksache, in der es heißt:<sup>12</sup>

Die eingefügte Nummer 4 a in Abs. 1 entspricht *im Wesentlichen* der Regelung in § 27 Abs. 5. Für bestehende Biogasanlagen, die nicht Gas aus dem Gasnetz entnehmen, erhöht sich die Grundvergütung bis einschließlich einer Leistung von 500 Kilowatt um 1,0 Cent pro Kilowattstunde, wenn die Formaldehyd-Grenzwerte des Immissionsschutzrechts eingehalten werden und dies durch eine Bescheinigung der zuständigen Behörde nachgewiesen wird. Damit dient diese Vergütungserhöhung dem Ausgleich der Kosten, die durch technische Nachrüstungen zur Einhaltung der Formaldehyd-Grenzwerte entstehen. Diese Kosten werden bislang nicht in der Vergütung abgebildet.

- 26 Der Ausschuss war sich also ganz offenbar der unterschiedlichen Formulierungen bewusst. Für den Gesetzgeber, der die Empfehlungen des Ausschusses unverändert übernahm, kann nichts anderes gelten.
- 27 Auch für eine **analoge Heranziehung** der Genehmigungsbedürftigkeit aus § 27 Abs. 5 EEG 2009 bei der Auslegung und Anwendung des § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 zur teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs der Norm ist kein Raum. Eine für eine Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist aufgrund der Formulierung der Vorschrift davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst auf das Erfordernis der Genehmigungsbedürftigkeit verzichtet hat. Der Gesetzgeber will auf diese Weise offenbar die Umrüstung von Bestandsanlagen anreizen, unabhängig davon, ob diese in der Vergangenheit genehmigungsbedürftig waren oder nicht.
- 28 Dabei ist zudem zu beachten, dass in der Vergangenheit der Schwellenwert der 4. BImSchV<sup>13</sup> für die Genehmigungspflichtigkeit von Biogas einsetzenden Strom-

<sup>12</sup>BT-Drs. 16/9477, S. 30; Hervorhebung nicht im Original.

<sup>13</sup>Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen – 4. BImSchV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.03.1997, zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.08.2009, BGBl. I S. 2723.

## CLEARINGSTELLE EEG

erzeugungsanlagen verändert wurde. Während nunmehr nach Nr. 1.4 lit. b) aa) (Spalte 2) des Anhangs zur 4. BImSchV Biogasanlagen erst ab einer Feuerungswärmeleistung von 1 MW immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtig sind,<sup>14</sup> unterlagen bis zum 2. August 2001 bereits Biogasanlagen mit einer Feuerungswärmeleistung von über 350 kW der Genehmigungspflicht nach Immissionsschutzrecht.<sup>15</sup> Genehmigungen, die nach der alten Rechtslage für Anlagen unter 1 MW Feuerungswärmeleistung erteilt wurden, sind gemäß § 18 Abs. 2 BImSchG erloschen. Vor diesem Hintergrund sorgt die Anwendung von § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 auf alle vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommenen Anlagen für Rechtssicherheit, denn wenn als ungeschriebene Voraussetzung gefordert würde, dass es sich um „Strom aus nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen“ handeln müsse, so würde dies unmittelbar die Frage aufwerfen, zu welchem Zeitpunkt die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit bestanden haben muss; es ließe sich dann argumentieren, dass es sich auch bei Anlagen, deren Genehmigungen nach § 18 Abs. 2 BImSchG erloschen sind, zumindest zu einem früheren Zeitpunkt um „nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftige Anlagen“ handelte. Folgte man dem, so hätte dies wiederum zur Folge, dass allein aufgrund unterschiedlicher Inbetriebnahmezeitpunkte Anlagen gleicher Leistung unterschiedlich behandelt würden, weil bei einer analogen Heranziehung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit ältere Bestandsanlagen zwischen 350 und 1000 kW Feuerungswärmeleistung, die nach bis zum 2. August 2001 bestehender Rechtslage eine BImSchG-Genehmigung erhielten, in den Genuss des Emissionsminimierungsbonus kommen könnten, nach dem 2. August 2001 in Betrieb genommene Bestandsanlagen gleicher Feuerungswärmeleistung hingegen nicht.

- 29 Dem vorstehenden Ergebnis lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass es für die Minimierung der Formaldehydemissionen nach der **TA Luft** der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfte. Grundsätzlich gilt auch für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen i. S. d. §§ 22 ff. BImSchG die Pflicht, schädliche Umwelteinwirkungen, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, zu verhindern und nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß zu beschränken (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BImSchG). Die vorsorge- und dabei insbesondere emissionsbezogenen Vorschriften der TA Luft – in Betracht kommt

<sup>14</sup>Weitere, nicht an die Feuerungswärmeleistung anknüpfende Genehmigungspflichten ergeben sich u. a. aus Nr. 8.6 oder Nr. 9.36 (Spalte 2) des Anhangs zur 4. BImSchV.

<sup>15</sup>Nr. 1.4 lit. b) (Spalte 2) 4. BImSchV in der Fassung vom 23.02.1999, BGBl. I S. 507.

zum einen das Emissionsminimierungsgebot nach Nr. 5.2.7<sup>16</sup> und zum anderen bei Verbrennungsmotorenanlagen Nr. 5.4.1.4 am Ende – können zur Konkretisierung dieser Pflichten für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen zumindest „als Erkenntnisquelle“ herangezogen werden, so Nr. 1 Abs. 5 Satz 5 TA Luft.<sup>17</sup> Zwar wird Nr. 1 Abs. 5 Satz 5 TA Luft in der Literatur kritisiert und unter Bezugnahme auf § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BImSchG angenommen, dass das BImSchG die Verhinderung schädlicher Umwelteinwirkungen bei nicht genehmigungspflichtigen Anlagen grundsätzlich auf Maßnahmen der Gefahrenabwehr beschränken und nur die genehmigungspflichtigen Anlagen auch Maßnahmen zur Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen unterwerfen will<sup>18</sup>. Jedoch wird die Bundesregierung in § 23 Abs. 1 BImSchG ermächtigt, auch bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen bestimmte Anforderungen „zur Vorsorge“, gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 insbesondere zur Emissionsbegrenzung, per Verordnung festzulegen<sup>19</sup>; daher kann es dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein, hierzu durch Inaussichtstellen eines Bonus anzureizen. § 22 Abs. 1 BImSchG steht einer weitergehenden Regelung durch das EEG mithin nicht im Wege.

- 30 Auch Gründe der **Ungleichbehandlung** von nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Neu- und Bestandsanlagen durch die hier vertretene Rechtsauffassung führen zu keinem anderen Ergebnis. Zwar trifft es zu, dass Neuanlagen, die keiner Genehmigung nach dem BImSchG bedürfen, nach dem seinerseits klaren Wortlaut des § 27 Abs. 5 EEG 2009 keinen Anspruch auf die erhöhte Vergütung haben. Jedoch hat sich der Gesetzgeber offenbar bewusst für eine ungleiche Behandlung von Bestands- und Neuanlagen entschieden, wie sich insbesondere auch daran zeigt, dass bei Bestandsanlagen generell nur bis einschließlich einer Leistung von 500 kW die erhöhte Vergütung gefordert werden kann, während genehmigungs-

<sup>16</sup>Allgemeines Emissionsminimierungsgebot für u.a. krebserzeugende, erbgutverändernde oder reproduktionstoxische Stoffe. – Formaldehyd wird in der Verordnung (EG) Nr. 1272/2008 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16.12.2008, Anhang VI, Tabelle 3.1, Index-Nr. 605-001-00-5, als krebserregend eingestuft; s. ferner *World Health Organization (WHO) – International Agency for Research on Cancer* (Internationale Agentur für Krebsforschung, IARC), IARC Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans, Volume 88, Formaldehyde, 2-Butoxyethanol and 1-tert-Butoxypropan-2-ol, Summary of Data Reported and Evaluation, December 2006, abrufbar im Internet unter <http://monographs.iarc.fr/ENG/Monographs/vol88/volume88.pdf>, sowie *Bundesinstitut für Risikobewertung (BfR)*, Pressemitteilung 14/2006 v. 29.05.2006, abrufbar unter <http://www.bfr.bund.de/cd/7858>.

<sup>17</sup>Vgl. v. *Bredow/Hammon*, Der Luftreinhaltebonus, in: Loibl/Maslaton/v. Bredow (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG 2009, 1. Aufl. 2009, S. 181 Rn. 61 f.

<sup>18</sup>Jarass, BImSchG-Kommentar, 7. Aufl. 2007, § 48 Rn. 40, § 22 Rn. 22.

<sup>19</sup>Vgl. auch *BVerwG*, Urt. v. 28.01.1999 – 7 CN 1.97 – „Bayerische Biergarten-Verordnung“, Rn. 18.

## CLEARINGSTELLE EEG

pflichtige Neuanlagen notwendigerweise eine Leistung von 1000 kW und mehr haben und folglich auch für eine deutlich größere Strommenge den Vergütungszuschlag geltend machen können. Sachliche Gründe, die eine Besserstellung der Bestandsanlagen ohne BImSchG-Genehmigung gegenüber den Neuanlagen ohne eine solche Genehmigung rechtfertigen, könnten u. U. darin bestehen, dass bei Neuanlagen der technische Fortschritt ohnehin zu einer Emissionsminimierung geführt hat, wohingegen bei immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftigen Bestandsanlagen ein besonderes Bedürfnis bestehen könnte, die Senkung der vom Gesetzgeber als zu hoch empfundenen Formaldehydemissionen zusätzlich anzureizen.

- 31 **Technische Überlegungen**, die dem vorstehenden *zwingend* entgegenstehen, vermag die Clearingstelle EEG nicht zu erkennen.<sup>20</sup>

Der VDMA Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e. V. hat in seiner Stellungnahme ausgeführt:<sup>21</sup>

(...) nicht genehmigungsbedürftige Bestandsanlagen (...) unterliegen nicht unmittelbar den Anforderungen der TA Luft und müssen keine NO<sub>x</sub>-, CO- und Formaldehydgrenzwerte gleichzeitig einhalten. Nicht genehmigungsbedürftige Anlagen werden daher in der Regel keine zusätzliche Anlagentechnik benötigen, um die Formaldehydemissionen (...) einzuhalten. Eine Grundlage für eine Vergütungserhöhung ist somit nicht gegeben.

- 32 Selbst wenn (Bestands-)Anlagen, die keiner BImSchG-Genehmigung bedürfen, *in der Regel* keine zusätzliche Anlagentechnik benötigen, um die momentan anzuwendenden Formaldehydgrenzwerte einzuhalten, so kann sich dies aufgrund einer dynamischen Anpassung der dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Grenzwerte in Zukunft ändern.<sup>22</sup> Letztlich kann aber dahingestellt bleiben, ob und ggf. welche zusätzliche Anlagentechnik Betreiberinnen und Betreiber von nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen benötigen, um dem

<sup>20</sup>Für einen Überblick über technische und wirtschaftliche Aspekte der Formaldehyd-Minderungstechnik s. C.A.R.M.E.N. e. V., Fachgespräch Formaldehyd – Minderungstechnik, Ökologie, EEG und Wirtschaftlichkeit, 24.06.2009, Vortragsfolien abrufbar unter <http://www.carmen-ev.de/dt/portrait/sonstiges/formaldehyd/formaldehyd09.html>, zuletzt besucht am 26.11.2009.

<sup>21</sup>Abgerufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/HinwV/2009/7>.

<sup>22</sup>Vgl. dazu Beschluss der Bund/Länderarbeitsgruppe Immissionsschutz (LAI), 116. Sitzung vom 17./18.09.2008, Anlage 1 zu TOP 9.2.1, unter Nr. 2, wonach der „Wert für die Gewährung der zusätzlichen Förderungen 1 Jahr nach Inkrafttreten des EEG überprüft und ggf. fortgeschrieben werden“ soll, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/520>.

Emissionsminimierungsgebot der TA Luft zu genügen, weil es dem Gesetzgeber freisteht, im Rahmen einer generalisierenden, typisierenden und pauschalierenden Regelung eine Förderungsbedürftigkeit bei solchen Anlagen anzunehmen.<sup>23</sup> Dass es Bestandsanlagen gibt, bei denen eine zusätzliche Anlagentechnik benötigt wird, um die Anforderungen der TA Luft einzuhalten, wird auch in der Stellungnahme des VDMA anerkannt. Jedoch handelt es sich nach Einschätzung des Gesetzgebers nicht – wie offenbar vom VDMA angenommen – um Ausnahmefälle, sondern um den typischerweise anzutreffenden Regelfall. Offenbar geht auch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit in seiner Stellungnahme davon aus, dass bei immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen zusätzliche Technik zur Emissionsminderung eher die Regel denn die Ausnahme ist. Die Einschätzung des Ministeriums, dass

für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen (...) die Wirtschaftlichkeit zusätzlicher Einrichtungen emissionsmindernder Technik fraglich

sei, enthält jedenfalls die implizite Feststellung, dass es überhaupt *zusätzlicher Einrichtungen* bedarf.

### 3.3 Nachweisfragen

- 33 Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber, die für ihre Bestandsanlagen den Emissionsminimierungsbonus geltend machen wollen, benötigen hierfür nach dem Wortlaut des § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 als Nachweis eine Bescheinigung der zuständigen Behörde.
- 34 Nach Auffassung der Clearingstelle EEG handelt es sich bei dieser Behörde auch dann nicht um die Bauordnungsbehörde, wenn die Anlage nach Bauordnungs-, nicht aber nach Immissionsschutzrecht genehmigt worden ist. Dies ergibt sich aus den vorgenannten §§ 22 ff. BImSchG, denen zufolge schädliche Umwelteinwirkungen, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, zu verhindern und nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß zu beschränken sind. Dies zu kontrollieren, ist Aufgabe der Immissionsschutz-, nicht der Bauordnungsbehörden.

<sup>23</sup>Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, Rn. 60 mit weiteren Nachweisen, abrufbar unter <http://www.bverfg.de/>, zuletzt besucht am 24.11.2009.

## CLEARINGSTELLE EEG

- 35 Die Clearingstelle EEG ist indes nicht dazu berufen, den zuständigen Immissionsschutzbehörden Hinweise zu geben. Auch kann sie aufgrund ihres gesetzlichen Auftrags, Streitigkeiten und Anwendungsfragen des EEG zu klären, nicht darüber befinden, ob § 66 Abs. 1 Nr. 4 a EEG 2009 den Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern ein subjektiv-öffentliches Recht gegenüber den Immissionsschutzbehörden vermittelt, die Einhaltung der o. g. Grenzwerte zu bescheinigen.
- 36 Die Clearingstelle EEG regt daher lediglich an, dass die Nachweisführung auf folgendem Wege vorgenommen wird: Zunächst sollten Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber von einer fachkundigen Stelle (§ 26 BImSchG) Emissionsmessungen vornehmen lassen. Die Messergebnisse sollten dann die nach dem EEG 2009 zum Nachweis verpflichteten Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber der zuständigen Behörde vorlegen, verbunden mit dem Antrag zu bescheinigen, ob aufgrund der Messergebnisse die dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte im jeweiligen Fall eingehalten werden. Bescheinigt die Behörde dies antragsgemäß, können die Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber die von der Behörde erteilte Bescheinigung dem Netzbetreiber als Nachweis vorlegen.
- 37 Detaillierte Anforderungen insbesondere an die Messung und Einzelheiten zur Erteilung der Bescheinigung enthält der Beschluss der Bund/Länderarbeitsgruppe Immissionsschutz (LAI), 116. Sitzung vom 17./18. September 2008<sup>24</sup>, auf den die Clearingstelle EEG hinweist, ohne sich diesen hierdurch zu eigen zu machen.
- 38 Nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist die Frage, bei Einhaltung welches Grenzwertes eine Bestandsanlage dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechende Formaldehydemissionen aufweist. Dabei handelt es sich um eine immissionsschutzrechtliche Frage, zu deren Beantwortung die Clearingstelle EEG nicht berufen ist. Die LAI hat hierzu beschlossen, dass für „alte und neue Verbrennungsmotorenanlagen, die Biogas als Brennstoff einsetzen“, die Einhaltung eines Emissionswerts von 40 mg/m<sup>3</sup> i.N. gefordert werden müsse.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup>Beschluss auf Anlage 1 zu TOP 9.2.1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/520>.

<sup>25</sup>Beschluss der Bund/Länderarbeitsgruppe Immissionsschutz (LAI), 116. Sitzung vom 17./18.09.2008, Anlage 1 zu TOP 9.2.1, unter Nr. 4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/520>.

## Beschluss

Der Hinweis wurde einstimmig angenommen.

Gemäß §§ 25 c, 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme des Hinweises beendet.

Dr. Lovens

Lucha

Dr. Winkler  
(i. V. für Puke)

## 9 Voten aus dem Jahr 2009

Die Clearingstelle EEG hat im Jahr 2009 folgende Voten erlassen:

1. Votum 2008/23 – Modernisierung einer Wasserkraftanlage  
Den vollen Wortlaut des Votums finden Sie ab Seite 298.
2. Votum 2008/43 – Fotovoltaikanlagen auf Grünflächen im Sinne des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009  
Den vollen Wortlaut des Votums finden Sie ab Seite 317.
3. Votum 2008/9 – Anspruch auf Fassadenbonus für eine PV-Anlage mit Hinterlüftung  
Das Votum ist ab Seite 333 vollständig abgedruckt.
4. Votum 2008/24 – Netzausbau durch Verlegung eines Kabels als Ersatz für bestehende Anschlussleitung  
Der volle Wortlaut des Votums ist ab Seite 342 zu finden.
5. Votum 2008/53 – § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 steht dem Vergütungsanspruch gemäß § 8 Abs. 2 EEG 2009 nicht entgegen  
Ab Seite 353 finden Sie das Votum in ganzer Länge.
6. Votum 2008/1 – Gebäudebegriff im EEG 2004  
Den vollen Wortlaut des Votums finden Sie ab Seite 360.

2008/23

27. November 2008

## Votum

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

Leitsatz:

**Eine Modernisierung im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 erfordert einen räumlich-betrieblichen Zusammenhang zwischen der Modernisierungsmaßnahme und der Modernisierung der Anlage im engeren Sinne. Die Modernisierungsmaßnahme muss nicht notwendigerweise unmittelbar am Standort der Wasserkraftanlage erfolgen.**

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchsteller –

2. [...]

– Anspruchsgegner –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, die Mitglieder Lucha und Puke sowie die nichtständigen Beisitzer Reitter und Weißenborn aufgrund der mündlichen Erörterung vom 20. November 2008 am 20. November 2008 durch Mehrheitsbeschluss folgendes Votum:

Die Modernisierung des Ausleitungswehres am [I...]kanal bei [I...] im Jahre 2004 ist als eine Modernisierung der durch die [W...] ebenfalls am [I...]kanal betriebenen beiden Wasserkraftanlagen im Sinne des § 21 Abs 1 Nr. 2 EEG 2004 anzusehen.

---

<sup>I</sup>  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/VotV/2008/23> können Sie dieses Dokument herunterladen.

## I Tatbestand

- 1 Der Anspruchsteller, ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes, betreibt zwei Laufwasserkraftanlagen, die vor dem 31. Juli 2004 in Betrieb genommen wurden und eine Leistung von ca. 480 bzw. 360 kW<sub>el</sub> aufweisen. Beide Anlagen befinden sich auf dem Werksgelände des Anspruchstellers. Angetrieben werden die Anlagen durch Laufwasser des [I...]kanals. Dieser Kanal dient u. a. dazu, überschüssiges Wasser vom Betriebsgelände wie auch aus der Stadt [V...] kanalabwärts des Werksgeländes aufzunehmen und in die [I...] abzuleiten. Reguliert wird der Wasserstand des Kanals über ein ebenfalls kanalabwärts des Werkes gelegenes, von den Anlagen ca. 2,7 km entferntes Entlastungswehr<sup>1</sup>. Ein Hochwasser zu Pfingsten 1999 zeigte, dass das Entlastungswehr seiner Aufgabe nicht mehr gerecht wurde, so dass es 2004 grundlegend durch einen Neubau und den Abriss des alten Wehres umgestaltet wurde.
- 2 Mit Bescheid vom 20. Juni 2003<sup>2</sup> erteilte das Landratsamt [N...] der Stadt [V...] die Plangenehmigung für den „Abbruch und Neubau des Entlastungswehres am [I...]kanal auf den Grundstücken Fl. Nrn. [...], [...] und [...] ... einschließlich Anbindung des Wehres an den vorhandenen Hochwasserschutzdeich auf den Grundstücken Fl. Nrn. [...] und [...]...“ Im Bescheid wurden u. a. als Zwecke des Vorhabens genannt:

„...“

- Stau- bzw. Abflussregulierung ...
- Abschlag des [I...]kanals bei einem Gesamtabfluss von mehr als 12 cbm/s bzw. 16 cbm/s
- Ableitung von Entlastungsabflüssen bzw. Regenwasserabflüssen aus den Kanaleinleitungen ... der [W...]
- Erfüllung der n-1 Regel
- Hochwasserschutz für den Stadtteil [I...]...“

Unter Ziffer [...] und [...] des Bescheides wurden u. a. folgende Auflagen erteilt:

„Das neue Entlastungsbauwerk ist an den ... bestehenden Hochwasserschutzdeich mittels Spundwand dicht anzuschließen. Das Gleiche gilt

<sup>1</sup>Synonym auch als Ausleitungswehr bezeichnet.

<sup>2</sup>Az. [...].

für den Anschluss ... an den neu zu erstellenden Deich mit Spundwandinnendichtung (Deichlückenschluss)... Die Errichtung des Hochwasserdeiches auf den Flurstücken Fl. Nrn. [...] und [...] ... (Deichlückenschluss) ist in die Ausführungsplanung mit aufzunehmen...“

- 3 Ziffer [...] des Bescheides enthielt folgenden „Hinweis auf ergänzende technische Anforderungen an das Bauwerk“:

„Über das Entlastungswehr soll künftig ständig eine noch näher zu bestimmende Wassermenge (1,5 – 2 m<sup>3</sup>/s) in den Entlastungskanal zur [...] abgeschlagen werden...“

- 4 Das Vorhaben wurde anteilig von der Stadt [...], dem Anspruchsteller und dem [...]kanalverband, dem der Anspruchsteller angehört, finanziert. Beim [...]kanalverband handelt es sich um einen Interessenzusammenschluss der Anlagenbetreiber am [...]kanal. Der Verband hat die Aufgabe, Unterhalt und Betrieb des Kanals sicherzustellen; er ist Eigentümer des Wehres. Die Mitgliedschaft im Verband hat keinen öffentlich-rechtlichen Zwangscharakter. Die Gesamtkosten des Vorhabens wurden zunächst im Verhältnis 75 % zu 25 % zwischen der Stadt [...] und dem [...]kanalverband geteilt. Der Kostenanteil, der auf die einzelnen Mitglieder des [...]kanalverbandes entfiel, wurde über einen anhand des jeweiligen Gefälles bzw. der elektrischen Leistungsfähigkeit der Wasserkraftanlagen festgelegten Schlüssel berechnet; auf den Anspruchsteller entfiel ein Anteil von 30,9 % der vom [...]kanalverband zu tragenden Kosten. Von den 75 %, die nach der ursprünglichen Kostenteilung von der Stadt [...] zu tragen waren, übernahm der Anspruchsteller aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung 30,65 % (ca. 300 000 €). Im Ergebnis trug der Anspruchsteller somit rund 31 % der Gesamtkosten des Vorhabens.
- 5 Das neue Wehr wurde [im] Oktober 2004 offiziell in Betrieb genommen.

Mit einem weiteren Bescheid vom 18. Mai 2005<sup>3</sup> erteilte das Landratsamt [...] dem Wasserwirtschaftsamt [...] die Planfeststellung zum Neubau eines Hochwasserdeiches zwischen dem Stadtteil [...] und dem Betriebsgelände des Anspruchstellers sowie zum Ableiten von bis zu 500 l/s Wasser aus dem [...]kanal in eine Altwassergrinne<sup>4</sup> des [...]walds. Im Abschnitt „Planrechtfertigung“<sup>5</sup> heißt es u. a.:

<sup>3</sup>Az. [...].

<sup>4</sup>Nachfolgend auch als „Altwasserarm“ bezeichnet.

<sup>5</sup>S. 25 des Bescheides.

## CLEARINGSTELLE EEG

„Durch die Wiederherstellung eines Fließgewässers wird ein Zustand geschaffen, der der natürlichen Entwicklung des Auwalds dienlich sein wird. Das Lebensraumangebot für Tiere und Pflanzen wird sich im und am neuen Auwaldgewässer deutlich verbessern.“

- 6 Die ursprünglichen wasserrechtlichen Genehmigungen aus den Jahren 1903, 1904 und 1937 sahen vor, die Wasserführung im [I..]kanal ab [I..] auf 12 m<sup>3</sup>/s zu begrenzen. Durch Bescheid vom 6. September 2005<sup>6</sup> erteilte das Landratsamt [N..] dem [I..]kanalverband die wasserrechtliche Erlaubnis

„zur Erhöhung der Wasserführung im [I..]kanal zwischen [I..] und [N..] von 12 m<sup>3</sup>/s Wasser auf bis zu 16 m<sup>3</sup>/s Wasser.“

Zum Zweck heißt es unter Ziff. 2 des Bescheides:

„Durch die Erhöhung der Wasserführung ... wird die Energieerzeugung der am [I..]kanal liegenden Wasserkraftwerke erhöht.“

Unter Ziff. 4 „Beschreibung der Benutzungsanlagen“ heißt es:

„Die Benutzungsanlagen bestehen im Wesentlichen aus:

- dem Triebwerkskanal ...
- 6 Wasserkraftanlagen“

Der Bescheid verpflichtete den [I..]kanalverband unter Ziff. 6.2.2, „entschädigungslos zu dulden, dass aus dem [I..]kanal 500 l/s Wasser ... in eine Altwasserrinne des Auwalds abgeleitet werden“. Ferner verfügte Ziff. 6.3:

„Über das Regulierbauwerk [I..] sind ständig und unabhängig von der jeweiligen Wasserführung des [I..]kanals die nachstehend genannten Wassermengen in das Abschlagsgerinne (Eiskanal) zur [I..] abzuleiten:

- im Zeitraum 1. November bis 30. April 1,0 m<sup>3</sup>/s Wasser
- im Zeitraum 1. Mai bis 31. Oktober 1,5 m<sup>3</sup>/s Wasser“

- 7 Die Parteien haben jeweils Übersichtskarten zur Akte gereicht; aus diesen ergeben

<sup>6</sup>Az. [..]; die Bescheide vom 18. Mai und vom 6. September 2005 tragen dasselbe Aktenzeichen.

sich die räumliche Lage der streitgegenständlichen Anlage, des Entlastungswehres, des [I..]auwaldes, der Stadt [V..], der näheren Umgebung sowie der Verlauf des [I..]kanals.

- 8 Der Anspruchsgegner vergütet den in den Laufwasserkraftanlagen des Anspruchstellers produzierten und in sein Netz eingespeisten Strom auf Grundlage von § 4 EEG 2000<sup>7</sup> für jede Anlage einzeln mit 7,67 ct/kWh.
- 9 Der Anspruchsteller begehrt vom Anspruchsgegner die Vergütung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004 i.H.v. 9,67 ct/kWh. Sie ist der Auffassung, dass die Modernisierung des Ausleitungswehres am [I..]kanal als Modernisierung seiner Laufwasserkraftanlagen zu werten ist. Durch den Bau des Entlastungswehres habe sich der ökologische Zustand des [I..]kanals gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert. Die Modernisierung sei nicht nur aus Gründen des Hochwasserschutzes erfolgt, sondern sei auch technisch für den Betrieb der am Kanal gelegenen Wasserkraftanlagen erforderlich gewesen, da andernfalls die kanalaufwärts befindlichen Anlagen nur mit einer erheblichen Leistungsminderung hätten betrieben werden können; der Neubau des Wehres habe es ermöglicht, die Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers unabhängig von den kanalabwärts gelegenen Anlagen zu betreiben, und insbesondere während des Abschlags dieser Anlagen in seinen beiden Anlagen weiter Strom zu erzeugen. Ein Rangverhältnis zwischen Hochwasserschutz und Effizienzverbesserung sei nicht herstellbar. Des Weiteren sei der Neubau auch aus ökologischen Gründen erfolgt, da bei einem Rückstau ohne Bau und Ertüchtigung des Entlastungswehres eine Überflutung des Werksgeländes gedroht habe, wodurch Öle und Säuren in umliegende Ortschaften und die [I..]auen, die teilweise Naturschutzgebiet seien, hätten gespült werden können.

Zum Aspekt der Verbesserung des ökologischen Zustands des [I..]kanals hat der Anspruchsteller eine „Gutachterliche Stellungnahme zur technischen Notwendigkeit des Entlastungswehres bei [I..] für die Erzeugung von erneuerbarem Strom durch die Wasserkraftanlagen der [W..]“ bei Prof. Dr. [J..] [J..], öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Energiewirtschaft, [K..] am [R..], in Auftrag gegeben. Dieser kam im Juni 2008 zu dem Ergebnis,

„dass der Neubau des Entlastungswehres ... in direktem Zusammenhang mit dem Betrieb und der Stromerzeugung durch Wasserkraft der

<sup>7</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien v. 29.03.2000, BGBl. I S. 305, aufgehoben mit Wirkung vom 01.08.2004 durch Art. 4 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtes der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004, BGBl. I S. 1918.

## CLEARINGSTELLE EEG

[W...] steht... Die Modernisierung ... stellt für den effektiven Betrieb mit der jetzigen erzeugten Strommenge der Wasserkraftanlagen der [W...] eine technische Notwendigkeit dar.“

Dies wird u. a. damit begründet, dass durch die verbesserte Regulierung der Wassermenge die hydraulische Leistungsfähigkeit des [I...]kanals nicht mehr überschritten werde und die kanalaufwärts liegenden Kraftwerke nicht aus Gründen der Kapazitätsvorhaltung für Regenwasserabflussmengen mit einer verminderten Wasserführung betrieben werden müssten. Ebenso könne durch die Vermeidung eines Rückstaus die Leistung konstant gehalten werden. Durch die erstmalige Erfüllung der (n-1)-Regel werde auch die Betriebssicherheit der Wasserkraftanlagen erhöht.

- 10 Der Anspruchsgegner macht geltend, dass der Neubau des Entlastungswehres keine Modernisierung im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 sei. Zwar müsse es sich nicht zwingend um eine Modernisierung der Anlage i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 handeln, eine Verbesserung der Umgebungsökologie reiche aus. Insofern liege eine Verbesserung des ökologischen Zustands hinsichtlich des Auwalds vor. Jedoch müsse ein betrieblicher Zusammenhang zwischen der Modernisierungsmaßnahme und der Anlage bestehen. Ein solcher sei hier nicht gegeben, da die Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers kanalaufwärts liegen, der wasserrechtliche Bescheid des Landratsamtes vom 6. September 2005 sich jedoch nur auf die sechs kanalabwärts gelegenen Anlagen beziehe. Auch sei die Maßnahme ursächlich wegen des Hochwasserschutzes durchgeführt worden, eventuelle Auswirkungen auf die Anlagen des Anspruchstellers seien allenfalls ein positiver Nebeneffekt. Er ist der Auffassung, dass sich zwar die Modernisierung nicht auf die wasserbauliche Anlage bzw. die Anlage nach § 3 EEG 2004 beschränken müsse, die erhöhte Vergütung jedoch Nachteile ausgleichen solle, z. B. aufgrund eines verringerten Durchflusses, welche hier – was unstrittig ist – kanalaufwärts nicht gegeben seien.
- 11 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 14. Mai 2008 haben sich Anspruchsteller und Anspruchsgegner an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG<sup>8</sup> (VerfO) durchzuführen. Anspruchsteller und Anspruchsgegner wünschten die Hinzuziehung je einer nichtständigen Beisitzerin bzw. eines nichtständigen Beisitzers aus der Arbeitsgemeinschaft Wasserkraftwerke in Deutschland bzw. aus dem BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

<sup>8</sup>Abrufbar über <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

- 12 Mit Beschluss vom 20. Mai 2008 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:
- 13 Ist die Modernisierung des Ausleitungswehres am [I..]kanal bei [I..] im Jahre 2004 als eine Modernisierung der durch die [W...] ebenfalls am [I..]kanal betriebenen beiden Wasserkraftanlagen im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 anzusehen?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 14 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerFO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 15 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerFO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 16 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 2 Satz 1, 26 Abs. 1 Satz 1, 2 Abs. 1 Satz 1 VerFO. Gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 VerFO ist die Clearingstelle EEG grundsätzlich als Kammer, d. h. gemäß § 2 Abs. 5 VerFO mit ihren Mitgliedern und zwei nichtständigen Beisitzerinnen bzw. Beisitzern besetzt. Die Parteien machten von der Möglichkeit, gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 VerFO eine nichtständige Beisitzerin oder einen nichtständigen Beisitzer zu dem Verfahren hinzuziehen, Gebrauch.
- 17 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerFO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 2 VerFO hat die Clearingstelle EEG einen Termin zur mündlichen Erörterung für den 20. November 2008 bestimmt. Berichterstatter war gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerFO der Vorsitzende der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens.

### 2.2 Würdigung

- 18 Der Anspruchssteller hat einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004 für den in seinen Wasserkraftanlagen erzeugten Strom, weil seine Laufwasserkraftanlagen vor dem 1. August 2004 eine Leistung bis einschließlich 5 MW aufwiesen (siehe unter 2.2.1), eine Modernisierung i. S. v. § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 stattfand, die zu einer wesentlichen Ver-

7

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-ee.de/VotV/2008/23> können Sie dieses Dokument herunterladen.

## CLEARINGSTELLE EEG

besserung des ökologischen Zustands geführt hat (2.2.2) und weil diese als Modernisierung der Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers zu werten ist (2.2.3).<sup>9</sup>

### 2.2.1 Anwendungsbereich von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004

- 19 Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass es sich bei den Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers um Laufwasserkraftanlagen handelt, die bis zum 31. Juli 2004 in Betrieb genommen worden sind und vor dem 1. August 2004 eine Leistung von bis zu 5 MW aufwiesen.

### 2.2.2 Modernisierung und Verbesserung des ökologischen Zustands

- 20 Ebenfalls unstreitig ist, dass eine Modernisierungsmaßnahme stattgefunden hat, durch die der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert wurde. Die Parteien knüpfen dies an die Verbesserung des ökologischen Zustands im [I...]auwald infolge des Deichlückenschlusses und des dabei erfolgten Abschlags von 0,5 m<sup>3</sup>/s Wasser in den zuvor verlandeten Altwasserarm der [I...]. Ferner verbesserte sich der ökologische Zustand auch durch den Neubau des Entlastungswehres und den dadurch ermöglichten konstanten Abschlag von 1,0 m<sup>3</sup>/s Wasser im Winterhalbjahr bzw. 1,5 m<sup>3</sup>/s Wasser im Sommerhalbjahr in den Eiskanal. Der insoweit gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 i. V. m. § 6 Abs. 3 EEG 2004 zu erbringende Nachweis liegt unstreitig in Gestalt der Bescheide des Landratsamtes [N...] vom 20. Juni 2003, 18. Mai 2005 und 6. Juni 2005 vor. Aus der Zusammenschau der Bescheide ergibt sich, dass der Neubau des Entlastungswehres, die Erhöhung der Wasserführung im Eiskanal, der Deichlückenschluss und die Reaktivierung des Fließgewässers im Auwald wasserwirtschaftlich aufeinander abgestimmt waren und insgesamt – neben der Verbesserung des Hochwasserschutzes – auch dazu dienten, den ökologischen Zustand zu verbessern.
- 21 Dabei wurden auch die Bewirtschaftungsziele der §§ 25a, 25b WHG beachtet. Dies ergibt sich bereits daraus, dass hier die wasserrechtliche Genehmigung gemäß § 31 WHG geprüft und erteilt wurde. § 31 Abs. 1 Satz 3 WHG ordnet an, dass sich Ausbaumaßnahmen – also auch der Gewässerausbau i. S. d. § 31 Abs. 2 WHG – an den Bewirtschaftungszielen der §§ 25a bis 25d WHG ausrichten müssen. Es muss also davon ausgegangen werden, dass die Bewirtschaftungsziele den zuständigen Behör-

<sup>9</sup>Die Clearingstelle EEG weist darauf hin, dass sich dieses Votum ausschließlich auf die Rechtslage gemäß dem EEG 2004 in der Fassung gültig bis zum 31.12.2008 bezieht.

den bekannt sind und im Rahmen von Genehmigungsverfahren nach § 31 WHG beachtet werden; hiervon geht offenbar auch der Gesetzgeber des EEG 2004 aus, weil andernfalls das Gesetz in § 6 Abs. EEG 2004 nicht explizit den Genehmigungsbescheid als Nachweis für die Erreichung eines guten ökologischen Zustands gelten ließe. Da der Bescheid vom 20. Juni 2003, durch den der Neubau des Entlastungswehres genehmigt wurde, ausdrücklich als Gewässerausbau bezeichnet und auf § 31 Abs. 2 WHG gestützt wurde (Ziff. II. 2 des Bescheides), waren somit die Bewirtschaftungsziele bei der Gesamtmaßnahme zu beachten. Die umstrittene Frage, inwieweit Bescheide auf §§ 25a, 25b WHG Bezug nehmen müssen, um als Nachweis i. S. v. § 6 Abs. 3 EEG 2004 zu gelten, bedarf daher vorliegend keiner Entscheidung.

- 22 Die Clearingstelle EEG teilt die Auffassung der Parteien, dass es unschädlich ist, wenn die Modernisierung auch aus anderen Gründen – z. B. des Hochwasserschutzes – erfolgt, weil sich dem Gesetz nicht entnehmen lässt, dass die Modernisierung ausschließlich oder überwiegend dazu dienen müsse, der Erreichung eines guten oder der Verbesserung des ökologischen Zustands zu dienen. Hinreichend, aber auch notwendig ist lediglich, dass der gute ökologische Zustand *nach* der Modernisierung erreicht bzw. der ökologische Zustand danach wesentlich verbessert ist.
- 23 Im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden ist, ob eine Modernisierung auch dann vorliegt, wenn die Maßnahme ausschließlich oder überwiegend aus Gründen der Gefahrenabwehr erfolgt. Zwar mögen im vorliegenden Fall Gedanken der Gefahrenprävention eine Rolle gespielt haben, weil bei einem Rückstau Öle und Säuren vom Werksgelände des Anspruchstellers in die Umgebung hätten gelangen können. Indes gab es weder eine entsprechende polizeiliche Verfügung noch Anzeichen für eine konkrete Gefahr, so dass hier freiwillige *Vorsorge* gegen potentiell drohende zukünftige Gefahren getroffen wurde. Modernisierungsmaßnahmen, die der Vorsorge gegen potentiell drohende zukünftige Gefahren dienen, erfolgen nach Ansicht der Clearingstelle EEG nicht im Widerspruch zur Modernisierung im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004.

### 2.2.3 Zusammenhang zwischen Modernisierungsmaßnahme und Wasserkraftanlage

- 24 Streitig ist zwischen den Parteien, ob die Modernisierungsmaßnahme als Modernisierung der Anlage des Anspruchstellers i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 zu werten ist oder dieser Anlage zumindest zugerechnet werden kann.

## CLEARINGSTELLE EEG

25 Die Frage, welcher Bezug zwischen der Modernisierungsmaßnahme und der Anlage i. S. d. § 3 Abs. 2 EEG 2004<sup>10</sup> bestehen muss, ist umstritten:

26 Im Leitfaden für die Vergütung von Strom aus Wasserkraft<sup>11</sup> heißt es hierzu:

„Maßgeblich für die Modernisierung ist die Verbesserung des Zustandes der Gewässerökologie und der begleitenden Aue. Dies bedeutet, dass Maßnahmen, die ausschließlich der Ökologie dienen, als Modernisierung einer Wasserkraftanlage betrachtet werden können.“<sup>12</sup>

In der Literatur wird einerseits vertreten, dass der Modernisierungsbegriff nur bauliche Veränderungen der Anlage umfasse; sonstige Maßnahmen unabhängig von der Anlage seien keine Modernisierung, selbst wenn damit ökologische Verbesserungen verbunden sind.<sup>13</sup> Andererseits wird – zumindest bei künstlichen Wasserbauwerken – auch eine weiter von der EEG-Anlage entfernt vorgenommene Maßnahme für ausreichend erachtet, sofern sie „die Beeinträchtigung des Gewässers durch die Wasserkraftnutzung abzumildern hilft und damit zum Erreichen eines guten ökologischen Zustandes des jeweiligen Gewässerabschnittes beiträgt“, wie beispielsweise eine Fischtreppe.<sup>14</sup> In der Rechtsprechung gibt es – soweit ersichtlich – nur eine einschlägige Entscheidung, die allerdings nicht rechtskräftig geworden ist, weil der zunächst erfolgreiche Kläger die Klage in der Berufungsinstanz zurücknahm. Danach sei der Neubau eines Entlastungswehres selbst dann der Wasserkraftanlage zuzurechnen, wenn ein Abstand von 10 km zwischen Wehr und Anlage besteht.<sup>15</sup>

27 Nach dem **Wortlaut** des § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 kommt es darauf an, dass „die Anlage“ modernisiert wurde. Dies legt nahe, dass es sich um die Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 handeln muss. Aus dem bloßen Wort „Anlage“ selbst lässt sich dies jedoch nicht sicher ableiten, wie sich auch aus der Verwendung der Begriffe der „baulichen Anlage“ in § 3 Abs. 4 und § 11 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 und Abs. 6 EEG 2004, der „Anschlussanlagen“

<sup>10</sup>Nachfolgend auch als „EEG-Anlage“ bezeichnet.

<sup>11</sup>*Naumann/Igel/u.a.*, Leitfaden für die Vergütung von Strom aus Wasserkraft nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz für die Neuerrichtung und Modernisierung von Wasserkraftanlagen, hrsg. v. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Juli 2005, abrufbar unter <http://www.erneuerbare-energien.de/inhalt/37531/4592/>, zuletzt besucht am 04.03.2009; nachfolgend zitiert als „Leitfaden“.

<sup>12</sup>Leitfaden, S. 11.

<sup>13</sup>Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53, Ergänzungsflg. 2006, § 6 Rn. 47.

<sup>14</sup>Schulte-Middelich, Anmerkungen zu LG Augsburg, Urt. v. 15.02.2007 – 10 O 3363/06, ZNER 2007, 219.

<sup>15</sup>LG Augsburg, Urt. v. 15.02.2007 – 10 O 3363/06, ZNER 2007, 218.

in § 4 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 und der „Wehranlage“ in § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 ergibt. Die Begriffe „modernisieren“ und „Modernisierung“ beschreiben in erster Linie den Prozess, etwas modern zu machen oder zu erneuern, z. B. etwas mit den neuesten wissenschaftlichen, technischen Errungenschaften auszustatten oder etwas nach den neuesten Erkenntnissen umzubauen, umzuändern.<sup>16</sup> Somit ist die Regelung ihrem Wortlaut nach nicht bereits aus sich heraus verständlich, sondern auslegungsbedürftig.

- 28 **Systematisch** ist der Begriff der Anlage – wie sich aus der vorstehenden Aufzählung unterschiedlicher Verwendungen dieses Begriffes im EEG 2004 ergibt – im jeweiligen Regelungszusammenhang zu deuten.
- 29 Im unmittelbaren Zusammenhang von § 21 Abs. 1 Nr. 2 **Satz 1** EEG 2004 ließe sich argumentieren, dass „Anlage“ als Kurzform des eingangs der Regelung verwendeten Begriffes der „Laufwasserkraftanlage“ zu verstehen ist.<sup>17</sup> Hierfür spricht, dass das Wort „Anlagen“ in § 21 Abs. 1 Nr. 2 **Satz 4** EEG 2004 als Kurzform von „Laufwasserkraftanlagen“ verwendet wird: Die Formulierung, dass „diese Anlagen“ abweichend von § 3 Abs. 4 EEG 2004 mit dem Abschluss der Modernisierung als neu in Betrieb genommen gelten, kann sich nur auf die stromerzeugende Anlage i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 beziehen. Die in Satz 4 geregelte Neuinbetriebnahme lässt somit nur den Schluss zu, dass es sich bei der „Anlage“ i. S. v. § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 letztlich um die Anlage gemäß der Begriffsbestimmung des § 3 Abs. 2 EEG 2004 handeln muss. Das hat zur Folge, dass allein Maßnahmen zur Verbesserung der Gewässer- morphologie beispielsweise durch Uferrenaturierungen dann nicht als Modernisierung der Anlage i. S. v. § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 gelten können, wenn sie *keinen* Bezug zum Anlagenbetrieb aufweisen;<sup>18</sup> anderes gilt freilich, wenn die Modernisierungsmaßnahme sich unmittelbar auf Teile der Wasserkraftanlage bezieht, also beispielsweise auf technisch für den Betrieb erforderliche Uferbauwerke, weil dann der räumlich-betriebliche Zusammenhang schon allein dadurch gegeben ist, dass die Modernisierungsmaßnahme an der Wasserkraftanlage selber ansetzt.
- 30 Aus dem Kontext der Norm ergibt sich jedoch, dass die „Modernisierung der Anlage“ noch keine hinreichende Bedingung für die erhöhte Vergütung ist. Als weitere

<sup>16</sup>Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache (WDG), zitiert nach: Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, <http://www.dwds.de/?kompakt=1&sh=1&qu=Modernisierung>, zuletzt besucht am 19.11.2008.

<sup>17</sup>So im Ergebnis Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungslfg. 2006, § 6 Rn. 47.

<sup>18</sup>Wie der Bezug zwischen Anlagenbetrieb und Modernisierungsmaßnahme im weiteren Sinne ausgestaltet sein muss, dazu siehe unter 2.2.3.

Voraussetzung kommt vielmehr hinzu, dass „nach der Modernisierung“ ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand wesentlich verbessert sein muss. Somit besteht systematisch ein enger Bezug zwischen dem Begriff der Anlage und den nachfolgenden Begriffen der Modernisierung und des Erreichens eines guten ökologischen Zustands bzw. der Verbesserung dieses Zustands. Der Begriff des „ökologischen Zustands“ bezieht sich aber denkotwendig auf etwas außerhalb der Anlage i. S. d. § 3 Abs. 2 EEG 2004, weil diese als solche keinen „ökologischen Zustand“ haben kann. Dies wiederum legt zumindest nahe, dass die Modernisierung der Anlage aus einer Maßnahme bestehen kann, die außerhalb der stromerzeugenden Anlage stattfindet. Letztlich ist somit zwischen der Modernisierung der Anlage im engeren Sinne und der Modernisierungsmaßnahme im weiteren Sinne zu unterscheiden: Erstere betrifft unmittelbar die Anlage i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004, letztere kann auch außerhalb dieser stattfinden.

In Betracht kommt schließlich, § 6 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 zur systematischen Auslegung heranzuziehen. Danach besteht für Laufwasserkraftanlagen mit einer Leistung von bis zu 500 kW, die nach dem 31. Dezember 2007 genehmigt worden sind, nur dann ein Vergütungsanspruch,

„wenn sie

1. im räumlichen Zusammenhang mit einer ganz oder teilweise bereits bestehenden oder vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus Wasserkraft neu errichteten Staustufe oder Wehranlage oder
2. ohne durchgehende Querverbauung

errichtet worden sind und dadurch nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist.“

Die Anforderungen, die § 6 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 an die ökologische Modernisierung stellt, gelten indes nur für Neuanlagen, nicht jedoch für Bestandsanlagen i. S. v. § 21 EEG 2004. Der daher gänzlich unterschiedliche Regelungszusammenhang erlaubt somit keine Rückschlüsse von § 6 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 auf die Auslegung von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004.

- 31 Im Rahmen der **historisch-genetischen Auslegung** des § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 kann – dem Charakter einer Übergangsbestimmung entsprechend – kein sinnvoller

Bezug zu einer Vorgängernorm hergestellt werden. Aus dem Gesetzgebungsverfahren selbst – also der „Genese“ des § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 – ergibt sich, dass erst mit der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit<sup>19</sup> die jetzige Nr. 2 des § 21 Abs. 1 EEG 2004 in den Gesetzestext eingefügt wurde. Dies begründete der Ausschuss damit, dass damit ein Anreiz gesetzt werden solle,

„... bestehende Wasserkraftanlagen zu modernisieren. Diese können stärkere Auswirkungen auf die Umgebungsökologie haben, als dies bei heute neu zu genehmigenden Anlagen der Fall ist. Durch eine zulassungspflichtige Modernisierung wird dieser Zustand verbessert. Der Anlagenbetreiber bekommt im Gegenzug für die Modernisierungskosten die neuen Vergütungsregelungen inklusive der um 2 Cent pro Kilowatt erhöhten Mindestvergütung für Anlagen mit einer Leistung bis 500 kW.“<sup>20</sup>

- 32 Die vorstehende Gesetzesbegründung ist im Rahmen der **teleologischen Auslegung** heranzuziehen, um Sinn und Zweck der Norm näher zu bestimmen. Wie sich aus den vorgenannten Ausführungen ergibt, sollen durch § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 die Auswirkungen bestehender Laufwasserkraftanlagen auf die Umgebungsökologie verbessert werden. Hintergrund dessen sind die gerade durch kleine Wasserkraftanlagen bewirkten Eingriffe in die Gewässerökologie und dadurch aufgetretenen Konflikte mit Belangen des Naturschutzes.<sup>21</sup> Um diese Konflikte und daraus möglicherweise resultierende Akzeptanzprobleme zu vermindern, hat der Gesetzgeber einen Anreiz für „zulassungspflichtige Modernisierungen“ gesetzt, um den Zustand der Umgebungsökologie zu verbessern; die dadurch dem Anlagenbetreiber entstehenden Mehrkosten sollen durch die erhöhte Mindestvergütung ausgeglichen werden.<sup>22</sup>
- 33 Vorrangiges Ziel der Norm ist somit, die Gewässerökologie durch eine „zulassungspflichtige Modernisierung“ „bestehender Wasserkraftanlagen“<sup>23</sup> zu verbessern. Hieraus ergibt sich letztlich, dass zur Erlangung der erhöhten Vergütung von 9,67 ct/kWh nicht eine Modernisierung irgendeiner wasserbaulichen Anlage oder eine bloße Verbesserung der Umgebungsökologie ohne Bezug zum Anlagenbetrieb aus-

<sup>19</sup>BT-Drs. 15/2845, S. 12; BT-Drs. 15/2864, S. 12 (Antrag Nr. 19).

<sup>20</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 19.

<sup>21</sup>Vgl. BT-Drs. 15/2327, S. 27.

<sup>22</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 19; insoweit sind die Ziele des Gesetzgebers, die der Vergütungsvorschrift des § 6 EEG 2004 zugrunde liegend sind, vgl. dazu BT-Drs. 15/2327, S. 27.

<sup>23</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 19.

reicht, sondern dass ein Bezug zwischen Modernisierungsmaßnahme und Wasserkraftanlage bestehen muss.

- 34 Nicht beantwortet ist damit aber die Frage, wie dieser Bezug genau ausgestaltet sein muss und ob insbesondere die Modernisierungsmaßnahme unmittelbar am Ort der Wasserkraftanlage stattfinden muss. Dies lässt sich aus dem Vorstehenden nicht zweifelsfrei ableiten, weil der Begriff der Modernisierung nicht voraussetzt, dass die Modernisierungsmaßnahme unmittelbar an der EEG-Anlage ansetzt.<sup>24</sup> Vielmehr kann diese begrifflich auch durch eine Maßnahme modernisiert werden, die zunächst außerhalb des engen Anlagenbegriffs ansetzt, die sich aber als Modernisierung der Anlage auswirkt. Entscheidend ist somit, *dass* die Anlage modernisiert wird, nicht *wo* diese Modernisierung baulich umgesetzt wird. Für eine solche räumliche Erweiterung spricht insbesondere, dass so dem Sinn und Zweck der Vorschrift besonders entsprochen werden kann: Eine Beschränkung auf eine Modernisierung allein der Anlage i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 wird dem Ziel des Gesetzgebers kaum gerecht, weil sich in vielen Fällen die nachteiligen Auswirkungen auf die Gewässerökologie nicht aus der Wasserkraftanlage im engeren Sinne ergeben, sondern aus nicht für den Betrieb technisch erforderlichen sonstigen Einrichtungen, wie beispielsweise angeschlossenen Schleusen, Hochwasserschutzbauwerken, Uferbefestigungen, vor- oder nachfolgenden Querverbauungen, Nebenanlagen usw. Darüber hinaus sind Maßnahmen denkbar, die von vornherein nicht an der EEG-Anlage ansetzen, wie beispielsweise die Errichtung von Fischtreppen oder die Veränderung des Wasserabflusses in Nebengewässer oder Auen. Dies hebt auch der Leitfaden für die Vergütung von Strom aus Wasserkraft hervor, wonach es im Rahmen der Modernisierung einer Wasserkraftanlage

„... vor allem möglich (ist), auf die Zusammensetzung und Artenhäufigkeit der aquatischen Pflanzen und Tiere, den Wasserhaushalt, die Durchgängigkeit, die Vernetzung von Wasser und Land und die Hydromorphologie, also auf Teilbereiche der biologischen und hydromorphologischen Qualitätskomponenten Einfluss zu nehmen.“<sup>25</sup>

<sup>24</sup>So aber Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. ErgänzungsJg. 2006, § 6 Rn. 47: „Modernisierungsbegriff (umfasst) nur bauliche Veränderungen der Anlage“; zugleich verweist Müller auf die vom Gesetzgeber gewollte Verbesserung der Umgebungsökologie, ohne jedoch der Frage nachzugehen, wie bauliche Veränderungen nur der Anlage überhaupt zu derartigen Verbesserungen führen können.

<sup>25</sup>Leitfaden, S. 21.

Kämen als Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des Gesetzes nur Maßnahmen unmittelbar an der EEG-Anlage in Betracht, so wären damit viele der vorgenannten Möglichkeiten zur Verbesserung der Gewässerökologie nicht als Modernisierung im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 anzusehen. Dies aber würde dem Ziel des Gesetzes widersprechen.

- 35 Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass unter systematischen Gesichtspunkten wie auch nach Sinn und Zweck zwar eine Modernisierung der Laufwasserkraftanlage im Sinne von § 3 Abs. 2 EEG 2004 erfolgen muss, die Modernisierungsmaßnahme aber nicht notwendigerweise baulich an der Wasserkraftanlage bzw. am Ort der Wasserkraftanlage selbst stattfinden muss.<sup>26</sup>
- 36 Jedoch bedarf es eines Zusammenhangs zwischen der Modernisierungsmaßnahme – hier in Gestalt des Neubaus des Errichtungswehres, der dadurch ermöglichten Erhöhung der Abflussmenge in den Eiskanal und des Deichlückenschlusses mit der Reaktivierung des Altwasserarmes der [I. . .] – und der Wasserkraftanlage, für die die höhere Vergütung geltend gemacht wird. Dies ergibt sich aus zwei Überlegungen: Zum einen kann eine Anlage nicht modernisiert werden, wenn die Modernisierungsmaßnahme im weiteren Sinne ohne Auswirkung auf die Anlage ist. Zum anderen ist sicherzustellen, dass nur Betreiber von Wasserkraftanlagen, die zur Modernisierungsmaßnahme einen signifikanten Bezug haben, in den Genuss der als Kompensation gedachten höheren Vergütung kommen. Es bedarf somit
1. eines räumlich-betrieblichen Zusammenhangs (dazu unter a) und
  2. einer Zurechenbarkeit der Modernisierungskosten zum anspruchstellenden Anlagenbetreiber (dazu unter b).
- 37 (a) Die Modernisierung einer Wasserkraftanlage durch eine räumlich entfernte Maßnahme setzt voraus, dass Auswirkungen der Maßnahme (noch) an der Wasserkraftanlage nachzuweisen sind. Die Maßnahme muss sich somit kausal auf den Anlagenbetrieb auswirken. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Auswirkungen die Effizienz der Anlage erhöhen oder senken; zwar dürfte im Regelfall der Stromertrag durch ökologisch motivierte Modernisierungsmaßnahmen sinken,<sup>27</sup> doch wäre es mit dem Ziel des EEG, den Anteil Erneuerbarer Energieträger zu erhöhen, nicht

<sup>26</sup>A.A. Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungsflg. 2006, § 6 Rn. 47.

<sup>27</sup>Dies gilt bspw. für bauliche Maßnahmen, die den Mindestwasserabfluss erhöhen, vgl. dazu *Leitfaden*, S. 31 ff.

## CLEARINGSTELLE EEG

vereinbar, Anlagenbetreiber, die eine Modernisierung durchführen und dadurch die Stromproduktion steigern können, von vornherein von der erhöhten Vergütung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 auszuschließen. Darüber hinaus kann der Gesetzesbegründung entnommen werden, dass die Modernisierung sich auf die „Umgebungsökologie“ positiv auswirken muss, es bedarf also eines räumlichen Zusammenhangs zwischen der Modernisierungsmaßnahme und der EEG-Anlage. Ob dieser gegeben ist, ist eine Einzelfallentscheidung, die in Abhängigkeit von den jeweiligen topographischen und gewässerökologischen Gegebenheiten wie auch vom Typus der konkreten Wasserkraftanlage zu treffen ist.

38 Mögliche Anhaltspunkte für den räumlich-betrieblichen Zusammenhang können z. B. sein,

- dass die Modernisierungsmaßnahmen am Anlagenstandort deutlich zu spüren sind, indem sie sich bspw. auf den Anlagenbetrieb auswirken und
- dass die Verbesserung des ökologischen Zustands bzw. die Erreichung des guten ökologischen Zustands auch (noch) am Anlagenstandort und in dessen unmittelbaren Umfeld nachweisbar ist.

39 Der räumlich-betriebliche Zusammenhang führt indes nicht notwendigerweise zur Verklammerung mehrerer Wasserkraftanlagen gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004. Danach gelten mehrere Anlagen dann als eine Anlage, wenn sie mit gemeinsamen für den Betrieb technisch erforderlichen Einrichtungen oder baulichen Anlagen unmittelbar verbunden sind. Allein aus dem Umstand, dass eine wasserbauliche Anlage nach den vorgenannten Erwägungen in einem räumlich-betrieblichen Zusammenhang mit mehreren Wasserkraftanlagen steht, ergibt sich nicht zwangsläufig, dass jene für den Betrieb der Wasserkraftanlagen technisch erforderlich ist. Andernfalls würde jedes Wehr, welches sich auf den Anlagenbetrieb mehrerer Wasserkraftanlagen auswirkt, diese zu einer Anlage verbinden. Der technische Bezug zwischen einer Einrichtung und dem Anlagenbetrieb ist zwar eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung, um zu einer Verklammerung nach § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 zu gelangen. Ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen, ist allerdings stets im Einzelfall zu prüfen.

40 Bereits in der Gesetzesbegründung<sup>28</sup> hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass die erhöhte Vergütung als Kompensation für die Modernisierungskosten gewährt wird.

---

<sup>28</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 19.

Kosten der Modernisierung sind indes nicht nur unmittelbare geldwerte Beiträge des Anlagenbetreibers zur Modernisierungsmaßnahme, sondern auch finanzielle Einbußen, die der Anlagenbetreiber z. B. durch geringere Stromerträge erleidet.

### 2.2.4 Anwendung auf den Einzelfall

- 41 Auf den zu begutachtenden Sachverhalt angewendet liegen die auf Seite 9 ff. herausgearbeiteten Kriterien vor:
- 42 Ein **räumlich-betrieblicher Zusammenhang** zwischen der Wasserkraftanlage und der Modernisierungsmaßnahme ist gegeben: Zwar liegt das Entlastungswehr 2,7 km vom Werk des Anspruchstellers und ihren Laufwasserkraftanlagen entfernt – und befindet sich damit jedenfalls nicht in deren unmittelbarer Nachbarschaft. Jedoch besteht hier ein die Entfernung überbrückender, räumlich-betrieblicher Zusammenhang, weil sich die Modernisierungsmaßnahme kausal auf den Anlagenbetrieb auswirkt. Dies ergibt sich – entgegen der Ansicht des Anspruchsgegners – bereits aus einer Zusammenschau der Bescheide des Landratsamtes [N...]. Zwar erwähnt der Bescheid vom 6. September 2005 die Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers nicht; mit den unter Ziff. 4 des Bescheides genannten „6 Wasserkraftanlagen“ dürften in der Tat die kanalabwärts gelegenen Anlagen gemeint sein. Dem Bescheid lässt sich indes nicht entnehmen, dass damit die Anlagen des Anspruchstellers ausdrücklich ausgeschlossen werden sollen, weil einschränkend formuliert ist: „Die Benutzungsanlagen bestehen *im Wesentlichen* aus ... 6 Wasserkraftanlagen.“<sup>29</sup> Zudem schränkt Ziff. 2 des Bescheides, wonach durch die Erhöhung der Wasserführung die Energieerzeugung der am [I... ]kanal liegenden Wasserkraftwerke erhöht werden solle, dies nicht auf die kanalabwärts gelegenen Kraftwerke ein. Darüber hinaus bezieht sich der Bescheid auf Seite 8 ausdrücklich auf die Erlaubnis vom 18. Mai 2005 zum Bau des Deichlückenschlusses und zur Ableitung von Wasser in den [I... ]altarm. Ferner wurde der Anspruchsteller bei der Erteilung der Plangenehmigung zum Neubau des Entlastungswehres vom 20. Juni 2003 namentlich genannt. Auch wurden die Auswirkungen der Maßnahme kanalaufwärts bis zum Betriebsgelände des Anspruchstellers in die Planung einbezogen: Dies zeigt sich u. a. an dem Zweck „Ableitung von Entlastungsabflüssen ... der [W... ]“ (Ziff. 2 des Bescheides). Des Weiteren wurde die später mit dem Bescheid vom 6. September 2005 genehmigte Erhöhung der Abflussmenge bereits im Bescheid vom 20. Juni 2003 vorbedacht, da als ein weiterer Zweck der „Abschlag des [I... ]kanals bei einem Gesamtabfluss von mehr als 12 cbm/s *bzw.*

<sup>29</sup>Hervorhebung nicht im Original.

## CLEARINGSTELLE EEG

16 cbm/s<sup>30</sup> aufgeführt wurde; dies folgt auch aus Ziff. 5 des Bescheides, wonach die Planungen, später über das Entlastungswehr eine noch näher zu bestimmende Wassermenge (1,5 – 2 m<sup>3</sup>/s) in den Entlastungskanal zur [I. . .] abzuschlagen, bereits offen gelegt wurden. Der betriebliche Zusammenhang zwischen der durch den Neubau des Entlastungswehres ermöglichten Erhöhung des Gesamtabflusses des [I. . .]kanals und den am [I. . .]kanal gelegenen Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers ist aus Sicht der Clearingstelle EEG somit hergestellt. Bestätigt wird diese Einschätzung durch die gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. [J. . .], der die Rückwirkungen des Neubaus auf den Betrieb der Wasserkraftanlagen anhand verschiedener, ebenfalls im Bescheid vom 20. Juni 2003 genannter Punkte – z. B. Erfüllung der (n-1)-Regel; Stau- und Abflussregulierung; Hochwasserschutz – näher beschreibt. Der Anspruchsgegner ist den gutachterlichen Ausführungen nicht substantiiert entgegengetreten. Die Clearingstelle EEG sieht keinen Anlass, die nachvollziehbaren und schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen. Ein räumlicher Zusammenhang besteht auch im Hinblick auf die Verbesserung der Umgebungsökologie. Unstreitig kam es durch die Reaktivierung eines [I. . .]altarms zu einer Verbesserung des ökologischen Zustands im [I. . .]auwald, der sich – wie einer zur Akte gereichten Karte zu entnehmen ist – bis in die unmittelbare Nachbarschaft des Werksgeländes des Anspruchstellers erstreckt.

- 43 Das Entlastungswehr bewirkt keine technische Anlagenzusammenfassung der beiden Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Wehr für den Betrieb der Anlagen technisch erforderlich ist und die Anlagen mit dem Wehr unmittelbar verbunden sind; Rechtsfolge wäre, dass die Leistungen der Anlagen zusammenzurechnen und bei der Bestimmung der Vergütungsschwellenwerte nach § 6 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 die Summe der Anlagenleistungen zu berücksichtigen wären. Hier fehlt es an der technischen Erforderlichkeit, denn technisch erforderlich sind Einrichtungen oder bauliche Anlagen nur, wenn ohne sie die EEG-Anlage gar keinen Strom erzeugen könnte.<sup>31</sup> Zwar können die Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers durch das erneuerte Wehr *besser* Strom erzeugen; dass sie ohne das Wehr *keinen* Strom erzeugen könnten, ist hier indes weder vom Anspruchsgegner geltend gemacht worden noch sonst ersichtlich.

<sup>30</sup>Ziff. 2 des Bescheides; Hervorhebung nicht im Original. – Die bereits im Bescheid von 2003 erwähnte Erhöhung auf 16 m<sup>3</sup>/s bezog also die erst 2005 gestattete Erhöhung der Abflussmenge gedanklich in die Planung und Genehmigung des Entlastungswehres ein.

<sup>31</sup>Vgl. *Oschmann*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 42; *Reshöft*, in: Reshöft/Steiner/Dreher, EEG Handkommentar, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 15.

- 44 Auch die **Zurechenbarkeit der Modernisierungskosten** zum Anspruchsteller ist hier gegeben: Unstreitig hat der Anspruchsteller knapp ein Drittel der Kosten für den Abbruch und Neubau des Entlastungswehres getragen. Dieser Anteil ist schon per se erheblich, so dass eine Zurechenbarkeit nahe liegt. Hinzu kommt, dass der Anspruchsteller von den rund 31 % der Gesamtkosten rund ein Viertel aufgrund seiner Zugehörigkeit zum [I..]kanalverband, rund drei Viertel aufgrund der freiwilligen Kostenübernahme gegenüber der Stadt [V..] getragen hat. Der Anspruchsteller hat somit nicht nur – nach der Stadt [V..] – den zweithöchsten Kostenanteil der Modernisierungsmaßnahme getragen, sondern zudem den größten Teil seines Beitrags überobligatorisch erbracht. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und ggf. auf welcher Rechtsgrundlage er aufgrund seiner Mitgliedschaft im [I..]kanalverband zur dortigen anteiligen Kostenübernahme verpflichtet gewesen ist. Aufgrund des absolut und relativ hohen Anteils der Kostenübernahme sowie aufgrund der absolut und relativ erheblich überobligatorischen Kostentragung durch den Anspruchsteller ist die Modernisierungsmaßnahme ihm zurechenbar. Ob die Kosten des anspruchstellenden Anlagenbetreibers eine Bagatellgrenze überschreiten müssen, um in den Genuss der erhöhten Vergütung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 zu kommen, braucht hier angesichts des signifikanten Beitrags der Anspruchstellerin nicht entschieden zu werden.

Dr. Lovens

Lucha

Puke

Reitter

Weißborn

2008/43

19. Januar 2009

## Votum

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

Leitsätze:

1. Die Empfehlung 2008/6 der Clearingstelle EEG ist für die Auslegung und Anwendung von § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 zugrundezulegen.
2. Im Einzelfall kann eine natur- und bodenschutzfachliche Begutachtung von Flächen, die länger als ein Jahr stillgelegt und danach wieder ackerbaulich genutzt wurden, entbehrlich sein, wenn der Anlagenbetreiber auf andere Weise nachzuweisen vermag, dass sich die ökologische Werthaltigkeit der Fläche während der Stilllegung nicht der einer Grünfläche angenähert hat. Ist ein gutachterlicher oder anderweitiger Nachweis nicht mehr möglich, hat der Anlagenbetreiber nachzuweisen, dass die Wiederaufnahme der ackerbaulichen Nutzung nach einer zwischenzeitlichen Stilllegung nicht nur zu dem Zweck erfolgt, eine Einspeisevergütung für zur Errichtung auf dieser Fläche geplante Fotovoltaikanlagen zu erhalten.

## CLEARINGSTELLE EEG

In dem Votumsverfahren

1. ...

– Anspruchsteller –

2. ...

– Anspruchsgegner –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, das Mitglied Lucha und den rechtswissenschaftlichen Koordinator Dr. Winkler am 19. Januar 2009 folgendes Votum:

1. Der Anspruchsteller hat gegen der Anspruchsgegner einen Anspruch auf Vergütung des in den geplanten Fotovoltaikanlagen in der Gemarkung T., auf den Flächen mit den Flurnummern [1], [2], [3] und [4] erzeugten und in das Netz des Anspruchsgegners eingespeisten Stroms gemäß § 32 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009 ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der geplanten Anlagen und des Inkrafttretens des Bebauungsplanes „Sondergebiet Fotovoltaik“ der Gemeinde T.
2. Für die Flurnummer [5] mit der Gesamtfläche von ca. 3,29 ha gilt Ziffer 1 mit folgenden Maßgaben:
  - (a) Es besteht kein Vergütungsanspruch für Strom aus Fotovoltaikanlagen, die errichtet werden
    - auf der Teilfläche von ca. 0,42 ha, für die laut Schreiben des Amtes für Landwirtschaft und Forsten F. vom 05.09.2008 eine landwirtschaftliche Nutzung nicht bestätigt wurde,
    - auf der Teilfläche von ca. 0,26 ha, die im vorgenannten Schreiben als „sonstige nicht landwirtschaftlich genutzte Fläche“ bezeichnet wird,
    - auf der Teilfläche von ca. 1,47 ha, die im vorgenannten Bebauungsplan als Fläche für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Natur und Landschaft („Ausgleichsfläche“) vorgesehen ist.

## CLEARINGSTELLE EEG

- (b) Für Strom aus Fotovoltaikanlagen, die auf der Teilfläche von ca. 0,79 ha, welche gemäß Schreiben des Amtes für Landwirtschaft und Forsten F. vom 05.09.2008 in den Jahren 2006 sowie 2007 stillgelegt und ferner 2008 aus der Erzeugung genommen wurden, errichtet werden, besteht ein Vergütungsanspruch nur, wenn sich die ökologische Werthaltigkeit der Teilfläche bis zum Zeitpunkt der Aufstellung des Bebauungsplanes nicht bereits wesentlich der einer Grünfläche angenähert hat; dies ist durch den Anspruchsteller durch ein entsprechendes Gutachten mit natur- und bodenschutzfachlichem Schwerpunkt nachzuweisen.
- (c) Im Übrigen gilt Ziffer 1 uneingeschränkt für die Teilfläche von ca. 1,82 ha, für die das Amt für Landwirtschaft und Forsten F. mit Schreiben vom 05.09.2008 eine Nutzung durch Anbau von Klee gras (2005), Acker gras (2007) und Winterweizen (2008) bestätigt hat.

### 1 Tatbestand

- 1 Der Anspruchsteller plant, in der Gemarkung T. auf Freiflächen Fotovoltaikanlagen zu errichten und den Strom in das Netz des Anspruchsgegners einzuspeisen. Die Anlagen sollen auf den Flächen mit den Flurnummern [1], [2], [3], [4] und [5] errichtet werden, für die die Gemeinde T. am 15.10.2008 den Bebauungsplan „Sondergebiet Fotovoltaik“ beschlossen hat; der Bebauungsplan ist noch nicht in Kraft getreten. Ein Teil der beplanten Fläche der Flurnummer [5] ist als Ausgleichsfläche für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Natur und Landschaft vorgesehen. Die gegenwärtig rechtswirksame Flächennutzungsplanung stellt die Flurstücke als Flächen für die Landwirtschaft dar. Im Zuge des Planungsverfahrens wurde ein Umweltbericht nach §§ 2 Abs. 4, 2a BauGB<sup>1</sup> erstellt.<sup>2</sup>
- 2 Die Flächen wurden in der Vergangenheit wie in Tabelle 1 dargestellt genutzt. Die Nutzungen sowie die jeweilige Größe der Katasterflächen hat das Amt für Land-

<sup>1</sup>Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.2004, BGBl. I, S. 2414, zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 24.12.2008, BGBl. I, S. 3018.

<sup>2</sup>Anlage 1 zum Bebauungsplan „Sondergebiet Fotovoltaik“ der Gemeinde T.

## CLEARINGSTELLE EEG

Flur	Jahr (Größe)	2005	2006	2007	2008
[1]	(2,98 ha)	StgmN	Winterweizen	Wintergerste	AadEg
[2]	(1,82 ha)	Winterweizen	AadEg		Kleegras
[3]	(0,40 ha)	Dinkel			
	(0,47 ha)	Kleegras	Klee	Klee	SN
[4]	(1,65 ha)	Kleegras	StgoN	Winterweizen	Wintergerste
[5]	(1,82 ha)	Kleegras		Ackergras	Winterweizen
	(0,79 ha)	Kleegras		StgoN	AadEg
	(0,26 ha)	sonstige nicht landwirtschaftliche Nutzung			
	(0,42 ha)	landwirtschaftliche Nutzung nicht bestätigt			

AadEg: Ackerland aus der Erzeugung genommen

SN: Sonstige nicht landwirtschaftliche Nutzung

StgmN: Stilllegung mit NawaRo-Anbau

StgoN: Stilllegung ohne NawaRo-Anbau

Tabelle 1: Übersicht zur Flächennutzung

wirtschaft und Forsten F.<sup>3</sup> an den Anspruchsteller mit Schreiben vom 13.06.2008, 03.09.2008, 05.09.2008, 09.09.2008<sup>4</sup> bzw. 23.10.2008 bestätigt. Der Anspruchsteller hat in das in Kopie an die Clearingstelle EEG übermittelte Schreiben vom 05.09.2008 bzw. in eine ebenfalls zur Akte gereichte Kopie der Planzeichnung des Bebauungsplanentwurfs ergänzende handschriftliche Bemerkungen eingefügt, aus denen die Größe der jeweiligen Teilflächen, die jährlichen Nutzungen sowie in Bezug auf eine Teilfläche deren künftige Verwendung als Ausgleichsfläche hervorgehen. Ferner hat der Anspruchsteller ein an ihn adressiertes Schreiben des Landschaftsarchitekten Dipl.-Ing. B. vom 30.10.2008 übermittelt, in dem es in Bezug auf die Flurnummer [2] heißt: „...eine Besichtigung am 29. Oktober 2008 hat ergeben, dass auf der genannten Flurnummer keine wiesen- oder grünflächenähnlichen Strukturen festgestellt werden konnten. Die Fläche wurde im Zuge der Bewirtschaftung geackert.“ Die Bestätigungen des Landwirtschaftsamtes und die ergänzenden Darstellungen des Anspruchstellers sind vom Anspruchsgegner nicht bestritten worden.

- 3 Der Anspruchsteller ist der Meinung, dass alle zur Bebauung mit Fotovoltaikanlagen vorgesehenen Flächen die Voraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 erfüllen

<sup>3</sup>Nachfolgend auch als „Landwirtschaftsamt“ bezeichnet.

<sup>4</sup>Im Original „2009“, wobei es sich offensichtlich um ein Schreibversehen handelt.

und somit ein Vergütungsanspruch ab Inbetriebnahme der Fotovoltaikanlagen besteht.

- 4 Der Anspruchsgegner bezweifelt wegen der 2006 und 2007 erfolgten Stilllegung der Ackerflächen auf der Flurnummer [2] die Vergütungsfähigkeit der auf dieser Fläche zur Errichtung vorgesehenen Fotovoltaikanlagen und beruft sich hierbei insbesondere auf die Empfehlung 2008/6 der Clearingstelle EEG<sup>5</sup>.
- 5 Mit Anträgen vom 10.11.2008 und 27.11.2008 haben sich der Anspruchsteller bzw. der Anspruchsgegner an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG<sup>6</sup> (VerfO) durchzuführen. Der Anspruchsteller wünschte im Gegensatz zum Anspruchsgegner keine Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers von einer der im Anhang, Teil A, der Verfahrensordnung genannten Interessengruppe. Die Parteien wünschten übereinstimmend ein schriftliches Verfahren.
- 6 Mit Beschluss vom 17.12.2008 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:
  - 7 Hat der Anspruchsteller gegen den Anspruchsgegner einen Anspruch auf Vergütung des in den geplanten Fotovoltaikanlagen, Gemarkung T., Flurnummern [1], [2], [3], [4] und [5], erzeugten und in das Netz des Anspruchsgegners eingespeisten Stroms gemäß § 32 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009 ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme i. S. v. § 3 Nr. 5 EEG 2009?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 8 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 9 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 10 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 2, 26 Abs. 1 i. V. m. § 22

<sup>5</sup> Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>.

<sup>6</sup> Verfahrensordnung vom 01.10.2007 in der Fassung vom 12.12.2007, abrufbar über <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

Abs. 3 VerfO. Der rechtswissenschaftliche Koordinator vertritt das Mitglied der Clearingstelle EEG Puke für das gesamte Verfahren gemäß § 2 Abs. 3 VerfO i. V. m. § 3 Abs. 1, § 7 Satz 2 des Geschäftsverteilungsplanes der Clearingstelle EEG. Gemäß § 26 Abs. 2 Sätze 1 und 4 VerfO kommt es nicht zur Hinzuziehung nichtständiger Beisitzerinnen bzw. nichtständiger Beisitzer.

- 11 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Ein schriftliches Verfahren wurde durchgeführt, da die Parteien dies wünschten, §§ 28, 20 Abs. 2 VerfO. Berichterstatter war gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO der rechtswissenschaftliche Koordinator der Clearingstelle EEG, Dr. Winkler.

## 2.2 Würdigung

### 2.2.1 Auslegung von § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009

- 12 Zwischen den Parteien klärungsbedürftig und für den Anspruch des Anspruchstellers entscheidungserheblich ist die Frage, wie Flächen beschaffen und in der Vergangenheit genutzt worden sein müssen, damit nach § 32 Abs. 3 Nr. 3 i. V. m. §§ 32 Abs. 1, 16 Abs. 1 EEG 2009 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074,<sup>7</sup> ein Vergütungsanspruch besteht. Danach besteht die Vergütungspflicht des Netzbetreibers für Strom aus einer Fotovoltaikanlage, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes errichtet wurde, der zumindest auch zu diesem Zweck nach dem 01.09.2003 aufgestellt oder geändert worden ist, nur, wenn sich die Anlage

auf Grünflächen befindet, die zur Errichtung dieser Anlage im Bebauungsplan ausgewiesen sind und zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung ... des Bebauungsplans in den drei vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt wurden.

- 13 Aus dem **Wortlaut** ergibt sich nicht unmittelbar, unter welchen Voraussetzungen von einer „Nutzung als Ackerland“ ausgegangen werden kann. Wie bereits im EEG 2004<sup>8</sup> sind die Begriffe „Ackerland“, „Nutzung als Ackerland“ und „Grünflä-

<sup>7</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074.

<sup>8</sup>Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21.07.2004, BGBl. I, S. 1918, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074.

## CLEARINGSTELLE EEG

che“ im EEG 2009 nicht definiert. Es kann daher auf die Ausführungen zur Wortlautanalyse in der Empfehlung der Clearingstelle EEG 2008/6, unter 4.1.1,<sup>9</sup> verwiesen werden.

- 14 Allein aus der Gesetzesformulierung, dass die Flächen „in den drei vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt“ worden sein müssen, folgt nicht, dass jedwede Stilllegung der Flächen zu einem Ausschluss der Vergütung führe, weil damit dem bloßen Wortlaut eine Bedeutung beigelegt würde, die dieser in Anbetracht der relativen Unbestimmtheit der Formulierung aus sich heraus nicht hat. Vielmehr ist hier die Norm weder ihrem Wortlaut noch ihrem Sinn nach so klar und eindeutig, dass ein Verständnis, nach der Stilllegungsflächen keine Ackerflächen sind, von vornherein ausgeschlossen wäre. Vielmehr bedarf es überhaupt erst der näheren Untersuchung insbesondere von Sinn und Zweck der Norm.<sup>10</sup>
- 15 **Systematisch** ist die Norm zunächst im Kontext des EEG 2009 zu betrachten. Im Vergleich zu § 11 EEG 2004 haben sich diesbezüglich keine relevanten Veränderungen ergeben,<sup>11</sup> so dass auch insoweit auf die Empfehlung der Clearingstelle EEG 2008/6, unter 4.1.1 (1), verwiesen werden kann. Gleiches gilt für die systematischen Betrachtungen von Normen außerhalb des EEG unter 4.1.1 (2) der Empfehlung.
- 16 Ein **historischer Vergleich** der Norm mit Vorgängerregelungen gibt darüber, welche Art der Nutzung erforderlich ist, keine Auskunft: Zwar ist der Gesetzeswortlaut mit der Neufassung des EEG zum 01.01.2009 um die Formulierung „in den drei vorangegangenen Jahren“ ergänzt worden. Dies gibt aber zunächst nur darüber Aufschluss, *wie lange* die Nutzung als Ackerland andauern musste. Auf die weitere Frage, wie diese Nutzung konkret ausgestaltet sein musste, gibt die neu eingefügte Wortgruppe keine Antwort.
- 17 Es stellt sich die Frage, ob sich **genetisch** – also aus dem Gesetzgebungsprozess – weitere Schlüsse ziehen lassen: Die Formulierung des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 war bereits im Regierungsentwurf enthalten und wurde unverändert bis zur Verabschiedung des Gesetzes beibehalten.
- 18 Zur Begründung heißt es:<sup>12</sup>
- 19 „Vergütet wird zudem Strom aus solchen Anlagen, die auf Flächen er-

<sup>9</sup>Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>.

<sup>10</sup>Dazu siehe unten S. 9 f.

<sup>11</sup>Die Aufteilung des Regelungsgehaltes von § 11 EEG 2004 auf nunmehr zwei Paragraphen in § 32 und § 33 EEG 2009 ist für die vorliegende Auslegungsfrage ohne Bedeutung.

<sup>12</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 61.

richtet werden, die zum Zweck der Errichtung dieser Anlagen aus Ackerlandflächen in Grünland umgewandelt worden sind. Damit wird die Beeinträchtigung von Natur und Landschaft möglichst gering gehalten. Der Begriff der Grünfläche ist untechnisch und unabhängig von § 32 BauGB zu verstehen. Eine Versiegelung der Fläche erfolgt durch die Installation aufgeständerter Solarmodule nicht. Sie ist z. B. als Weidefläche weiter eingeschränkt nutzbar. Die Umwandlung in Grünland trägt zur Verminderung der Bodenerosion und der Verbesserung der Aufnahmefähigkeit von Niederschlagswasser bei. Es muss vor der Inbetriebnahme eine tatsächliche Nutzung als Ackerland vorgelegen haben. Nicht ausreichend ist, wenn Grünland kurzfristig in Ackerland umgewandelt wurde. Von einer tatsächlichen Nutzung kann ausgegangen werden, wenn in den letzten drei Jahren ein aktiver Feldbau betrieben wurde. Ein aktiver Feldbau ist gegeben, wenn die betreffende Fläche zur Gewinnung von Feldfrüchten genutzt wird; wird Ackerland vorübergehend oder dauerhaft stillgelegt, ohne dass auf ihm Feldfrüchte gewonnen werden, liegt während dieser Zeit kein aktiver Feldbau vor.“

- 20 Im Gegensatz zur Begründung des EEG 2004<sup>13</sup>, die bis auf den letzten vorstehend zitierten Satz wortgleich mit der Begründung zum EEG 2009 ist, erwähnt diese nun ausdrücklich Stilllegungsflächen. Die Formulierung soll offenbar dazu dienen, den bereits in der früheren Gesetzesbegründung enthaltenen Begriff des „aktiven Feldbaus“ zu präzisieren, indem einerseits die unwiderlegliche Vermutung („ist gegeben“) aufgestellt wird, dass bei der Gewinnung von Feldfrüchten ein aktiver Feldbau vorliegt und andererseits ein solcher ausgeschlossen wird, wenn Ackerland vorübergehend oder dauerhaft stillgelegt wird, ohne dass auf ihm Feldfrüchte gewonnen werden. Dies könnte dafür zu sprechen, Stilllegungsflächen generell von der Qualifizierung als Ackerflächen auszuschließen. Einer solchen Schlussfolgerung in Bezug auf die Auslegung von § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Begründung nicht das Kriterium des „aktiven Feldbaus“ in den Mittelpunkt stellt, sondern in erster Linie eine „tatsächliche Nutzung als Ackerland“ fordert und hierauf bezogen – wie schon in der Begründung zum EEG 2004 – eine „Kann“-Formulierung verwendet wird; der Begründung kann demnach allein eine Regelvermutung entnommen werden, dass zu Zeiten „aktiven Feldbaus“ eine „tatsächliche Nutzung als Ackerland“ gegeben ist. Der Gesetzesbegründung lässt sich

<sup>13</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 45.

## CLEARINGSTELLE EEG

nicht entnehmen, dass es über den „aktiven Feldbau“ hinaus keine weiteren Fälle der „tatsächlichen Nutzung als Ackerland“ gibt; der Umkehrschluss – in dem Sinne, dass eine Fläche zwangsläufig aus dem Anwendungsbereich des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 herausfallen müsste, wenn darauf in den letzten drei Jahren kein „aktiver Feldbau“ betrieben wurde – lässt sich aus der Formulierung also nicht ziehen.<sup>14</sup> Vielmehr kann eine „tatsächliche Nutzung als Ackerland“ nach Ansicht der Clearingstelle EEG, wie bereits in der Empfehlung 2008/6 ausgeführt, auch im Falle einer zwischenzeitlichen Stilllegung gegeben sein. Im Übrigen kommt der Gesetzesbegründung für die Auslegung an dieser Stelle nur eingeschränkte Aussagekraft zu, weil die Begründung vom ausdrücklichen und stets vorrangigen Wortlaut des Gesetzes<sup>15</sup> abweicht, wenn es darin heißt, dass eine tatsächliche Nutzung als Ackerland „vor der Inbetriebnahme“ vorgelegen haben muss; demgegenüber muss nach dem Gesetz die Ackerlandnutzung „zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans“ vorgelegen haben. Eine Nutzung als Ackerland im Zeitraum nach dem Inkrafttreten des Bebauungsplans und vor der Inbetriebnahme wäre bauplanungsrechtlich gar nicht zulässig, weil durch den Bebauungsplan gerade die Umwidmung der Flächen in Grünlandflächen abgesichert werden muss, so dass die ackerbauliche Nutzung nur bis zum Inkrafttreten des Bebauungsplanes andauern kann.<sup>16</sup>

- 21 **Teleologische** Erwägungen bestätigen den Befund, dass eine zwischenzeitliche Flächenstilllegung nicht generell der Vergütung entgegensteht.<sup>17</sup> Die Ziele des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 stimmen mit den Zielen des § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 überein. In Übereinstimmung mit den Ausführungen unter 4.1.1 in der Empfehlung 2008/6 zur teleologischen Auslegung von § 11 Abs. 4 EEG 2004 geht die Clearingstelle EEG auch hinsichtlich der Auslegung von § 32 Abs. 3 Nrn. 1 bis 3 EEG 2009 davon aus, dass diese Vorschriften im Wesentlichen eine bessere Steuerung der Auswahl der un bebauten Flächen zur Errichtung von Fotovoltaikanlagen ermöglichen sollen. Es soll insbesondere sichergestellt werden, dass ökologisch sensible Flächen nicht überbaut werden und eine möglichst hohe Akzeptanz in der Bevölkerung vor

<sup>14</sup>Ebenso zur Begründung von § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 die Empfehlung der Clearingstelle EEG 2008/6, unter 4.1.1.

<sup>15</sup>Zum Vorrang des Wortlauts siehe *BVerfG*, Beschl. v. 23.10.1991 – 1 BvR 850/88, *BVerfGE* 85, 69, 73; Beschl. v. 22.10.1985 – 1 BvL 44/83, *BVerfGE* 71, 81, 105.

<sup>16</sup>Vgl. Empfehlung 2008/6, unter 4.1.2.

<sup>17</sup>Ähnlich *Salje*, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 32 Rn. 41, der die analoge Anwendung der Norm auf Stilllegungsflächen für gerechtfertigt erachtet.

Ort erreicht werden kann.<sup>18</sup> Mittels der flächenbezogenen Vorgaben des § 32 Abs. 3 EEG 2009 werden bereits versiegelte bzw. durch eine Vornutzung beeinträchtigte Flächen vorrangig als Errichtungsstandorte für Fotovoltaikanlagen herangezogen. Die Beeinträchtigung von Natur und Landschaft soll möglichst gering gehalten werden.<sup>19</sup>

- 22 Daraus ergibt sich, dass § 32 Abs. 3 Nr. 4 EEG 2009 darauf abzielt, einerseits solche Flächen vor einer Bebauung mit Fotovoltaikanlagen zu schützen, die (noch) nicht oder nicht vollständig die flächenbezogenen Voraussetzungen erfüllen. Andererseits kann den Bestimmungen des § 32 Abs. 3 EEG 2009 entnommen werden, dass sogar zu einer Verbesserung der Flächensituation beigetragen werden soll, indem durch eine Vornutzung stark negativ beeinträchtigte Flächen als Standorte für Fotovoltaikanlagen ausgewählt werden. Eine Nutzung als Errichtungs- und Betriebsort einer Fotovoltaikanlage kann hier im besten Fall (und je nach Ausgestaltung des Solarparks)<sup>20</sup> dazu beitragen, dass sich die Flächen erholen und ökologisch höherwertiger werden;<sup>21</sup> jedenfalls werden die Flächen durch die Installation von Fotovoltaikanlagen in der Regel nicht versiegelt.<sup>22</sup> Die Errichtung und der Betrieb der Fotovoltaikanlagen hat dann einen doppelten Nutzen – die Erzeugung von Strom ohne Freisetzung von CO<sub>2</sub>-Emissionen und die Leistung eines Beitrags zur Verbesserung der Flächensituation.
- 23 Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass die Empfehlung 2008/6 der Clearingstelle EEG für die Auslegung und Anwendung des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 heranzuziehen ist.<sup>23</sup> Somit führt auch unter der Geltung von § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 die zwischenzeitliche Stilllegung von Ackerflächen nicht generell zum Ausschluss

<sup>18</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 44; BT-Drs. 16/8148, S. 60.

<sup>19</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 45; BT-Drs. 16/8148, S. 61.

<sup>20</sup>Zur Berücksichtigung von Umweltbelangen in diesem Zusammenhang, z. B. im Hinblick auf die Gestaltung der Einzäunung, siehe auch *ARGE Monitoring PV-Anlagen* (Bearb.), Leitfaden zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Planung von PV-Freiflächenanlagen, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 2007, abrufbar unter <http://www.erneuerbare-energien.de/inhalt/35964>, zuletzt abgerufen am 19.01.2009.

<sup>21</sup>Vgl. hierzu auch BT-Drs. 16/8148, S. 61: „Die Umwandlung in Grünland trägt zur Verminderung der Bodenerosion und der Verbesserung der Aufnahmefähigkeit von Niederschlagswasser bei.“

<sup>22</sup>Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 61.

<sup>23</sup>Soweit nunmehr eine dreijährige Nutzung als Ackerfläche im Gesetz verankert ist, befindet sich die Empfehlung damit im Einklang, weil die Clearingstelle EEG bereits in der Empfehlung 2008/6 davon ausgegangen war, dass schon nach § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 regelmäßig eine dreijährige Nutzung als Ackerland erforderlich ist; siehe Empfehlung 2008/6, unter 4.1.1.

der Vergütung;<sup>24</sup> Stilllegungen, die ein Jahr überschreiten, erfordern in der Regel eine Begutachtung der betreffenden Fläche.<sup>25</sup>

### 2.2.2 Anwendung auf den Sachverhalt

- 24 Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, dass die Verfahrensfrage nach dem Bestehen des Anspruchs auf Vergütung nach § 32 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009 ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme, §§ 3 Abs. 5, 21 Abs. 1 EEG 2009, wie folgt zu beantworten ist:
- 25 Für die Fläche mit der **Flurnummer [1]** besteht ein Anspruch, weil diese in den drei Jahren vor dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurde. Die Flur ist gemäß Bestätigung des Amtes für Landwirtschaft und Forsten F. vom 09.09.2008 in den Jahren 2006 und 2007 mit Winterweizen bzw. Wintergerste bebaut worden. 2008 wurde die Fläche zwar aus der Erzeugung genommen, ist aber gleichwohl noch als „Ackerland“ verzeichnet. Die somit bis zum Zeitpunkt der Aufstellung des Bebauungsplans in etwa ein Jahr andauernde Herausnahme der Fläche aus der Erzeugung ist gemäß Empfehlung 2008/6 der Clearingstelle EEG im Hinblick auf die Vergütung unschädlich.
- 26 Für die Fläche mit der **Flurnummer [2]** besteht ebenfalls ein Anspruch, weil diese in den drei Jahren vor dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurde und der nach der zwischenzeitlichen Stilllegung in den Jahren 2006 und 2007 erfolgte Umbruch der Ackerfläche nicht den Zweck hatte, die Vergütungsvoraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 zu schaffen. Die Flur ist gemäß Bestätigung des Amtes für Landwirtschaft und Forsten F. vom 13.06.2008 zunächst im Jahre 2005 mit Winterweizen bebaut worden. 2006 und 2007 wurde die Fläche zwar aus der Erzeugung genommen, blieb aber gleichwohl noch als „Ackerland“ verzeichnet. 2008 wurde Klee gras angebaut, wobei das Landwirtschaftsamt in einem weiteren Schreiben vom 23.10.2008 bestätigt, dass es sich bei Klee gras um eine Ackerfrucht handelt. Somit liegt hier ein Fall einer mehr als ein Jahr andauernden Flächenstilllegung vor. Hierzu empfiehlt die Clearingstelle EEG, dass in der Regel eine Einzelfallprüfung zu erfolgen hat:<sup>26</sup> Der Anlagenbetreiber hat im Falle einer mehr als einjährigen Flächenstilllegung den Nachweis zu erbringen, dass sich

<sup>24</sup>Noch weitergehend *Salje*, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 32 Rn. 41, der für Stilllegungsflächen § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 analog anwendet.

<sup>25</sup>Im Einzelnen siehe Empfehlung 2008/6, Nr. 4.

<sup>26</sup>Empfehlung 2008/6, Nrn. 3 und 4.

die ökologische Werthaltigkeit der stillgelegten Fläche nicht bereits wesentlich einer Grünfläche angenähert hat. Dies ist im Regelfall durch ein entsprechendes Gutachten mit natur- und bodenschutzfachlichem Schwerpunkt nachzuweisen. Der Anspruchsteller kann nicht mehr exakt begutachten lassen, welchen naturschutz- und bodenschutzfachlichen Wert die Fläche im Laufe der Stilllegung angenommen hat, weil die Fläche 2008 wieder umgebrochen und mit Klee gras bebaut wurde.<sup>27</sup> In einem solchen Fall sind zunächst die im Rahmen der Bauleitplanung erstellten Planungsunterlagen, insbesondere der Umweltbericht gemäß §§ 2 Abs. 4, 2a BauGB, heranzuziehen, um Indizien dafür zu sammeln, inwieweit sich die Fläche im Laufe der Stilllegung einer Grünfläche angenähert haben könnte.<sup>28</sup> In der Begründung des Bebauungsplans finden sich zunächst Anhaltspunkte im Rahmen der Bestandsbewertung: Danach haben die Flächen für „Arten und Biotop e“ eine geringe Bedeutung, da es sich um einen struktur- und artenarmen, stark anthropogen geprägten Lebensraum handele; der Boden ist danach von mittlerer Bedeutung für Naturhaushalt und Landschaftsbild und wird beschrieben als anthropogen überprägt, mit verändertem Bodengefüge und gestörtem Gewässerhaushalt.<sup>29</sup> Im Umweltbericht heißt es unter Ziff. 2.4, dass die Flächen „derzeit intensiv landwirtschaftlich genutzt“ würden und diese „frei von wertgebenden Biotopstrukturen“ seien; die „artenarme und intensiv landwirtschaftlich genutzte Fläche“ weise „keine bedeutenden Funktionen für den Arten- und Biotopschutz auf.“ Diese Ausführungen lassen den Schluss zu, dass die beplanten Flächen für Flora und Fauna keine bedeutenden Lebensraumfunktionen haben.<sup>30</sup> Unter Ziff. 2.1 des Umweltberichts wird der Boden als vorwiegend sandig-kiesig bzw. schluffig-kiesig mit geringem Filtervermögen beschrieben. Für sandige Bodentypen gehen *Gekle/Zeddies/Kaule*<sup>31</sup> generalisierend davon aus, dass nach zweijähriger Stilllegung nur eine geringe bis mäßige Annäherung an Grünland eintritt.

<sup>27</sup>Das Schreiben des Landschaftsarchitekten B. vom 30.10.2008 ist daher von geringer Aussagekraft, weil bei dessen Begehung nicht mehr der Zustand der Fläche zum Ende der Stilllegungszeit festgestellt werden konnte.

<sup>28</sup>Zur Relevanz der bauplanungsrechtlichen Umweltprüfung siehe Empfehlung 2008/6, unter 4.1.1 (zur teleologischen Auslegung) und am Ende von 4.1.1.

<sup>29</sup>Ziff. 6.1, Teil C – Begründung – des Bebauungsplans „Sondergebiet Fotovoltaik“ der Gemeinde T.

<sup>30</sup>Zur Relevanz der genannten Funktionen als Indikatoren und Kriterien zur Ermittlung der ökologischen Werthaltigkeit eines Bodens siehe *Gekle/Zeddies/Kaule*, Auswirkungen einer Nutzungsänderung von Ackerland durch Stilllegung im Zusammenhang mit der Umwidmung von Flächen und Nutzung für Photovoltaikanlagen, Gutachten im Auftrag der Clearingstelle EEG, Februar 2008, S. 32 ff., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eege.de/empfv/2008/6>.

<sup>31</sup>Auswirkungen einer Nutzungsänderung von Ackerland durch Stilllegung im Zusammenhang mit der Umwidmung von Flächen und Nutzung für Photovoltaikanlagen, Gutachten im Auftrag der Clearingstelle EEG, Februar 2008, S. 36 ff.

Da sich der Zustand der Fläche nach dem Ende der zweijährigen Stilllegung wegen des neuerlichen Umbruchs und der nachfolgenden Aussaat hier nicht mehr *sicher* feststellen lässt und eine gutachterliche Untersuchung, inwieweit eine Annäherung an Grünland stattgefunden haben könnte, unmöglich geworden ist, kommt es entscheidend darauf an, ob der Umbruch im Rahmen der ordnungsgemäßen Landwirtschaft erfolgte oder allein den Zweck hatte, die Vergütungsvoraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 zu schaffen. Hierzu lassen die vorgelegten Unterlagen den Schluss zu, dass der Umbruch 2008 im Rahmen der ordnungsgemäßen Landwirtschaft erfolgte. Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass ausweislich der Bestätigungen des Landwirtschaftsamtes die an Flurstück [2] angrenzenden Flächen nach einer ein- oder zweijährigen Stilllegung wieder in die intensive Nutzung genommen wurden; zum anderen hält auch der Umweltbericht (Ziff. 3.1) fest, dass eine Extensivierung im Plangebiet nicht stattfindet und davon auszugehen sei, dass bei einer Nichtdurchführung des Vorhabens die Flächen weiterhin intensiv genutzt würden. Sonstige Anhaltspunkte, die darauf hindeuten, dass der Umbruch nur vorgenommen wurde, um eventuell bereits entstandenes Grünland kurzfristig wieder in Ackerland umzuwandeln und so die Vergütungsvoraussetzungen zu schaffen, liegen nicht vor.

- 27 Für die Fläche mit der **Flurnummer** [3] mit insgesamt 0,87 ha besteht ebenfalls ein Anspruch, weil diese in den drei Jahren vor dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurde. Die Flur ist gemäß der Bestätigung des Amtes für Landwirtschaft und Forsten F. vom 03.09.2008 auf einer Teilfläche von 0,40 ha durchgängig mit Dinkel bebaut worden. Zwar hat das Landwirtschaftsamtsamt eine Teilfläche von 0,47 ha, die von 2005 bis 2007 mit Klee gras bestellt wurde, für das Jahr 2008 als „sonstige, nicht landwirtschaftlich genutzte Fläche“ eingestuft, so dass fraglich sein könnte, ob diese Teilfläche in allen drei Jahren vor der Aufstellung des Bebauungsplans als „Ackerfläche“ im Sinne von § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 anzusehen war. In entsprechender Anwendung der Empfehlung der Clearingstelle EEG zum Umgang mit Flächen, die nicht länger als ein Jahr stillgelegt wurden, ist auch hier von einer Vergütungsfähigkeit auszugehen, weil in Anbetracht der intensiven Vornutzung davon auszugehen ist, dass diese Teilfläche trotz der im Jahr 2008 unterbliebenen landwirtschaftlichen Nutzung noch weitgehend den natur- und bodenschutzfachlichen Wert einer Ackerfläche hat und damit als vergütungsfähige Ackerfläche i. S. v. § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 gelten kann.
- 28 Auch für die Fläche mit der **Flurnummer** [4] besteht ein Anspruch, weil diese in den

## CLEARINGSTELLE EEG

drei Jahren vor dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurde. Zwar hat das Landwirtschaftsamt in der Bescheinigung vom 05.09.2008 ausgeführt, dass diese von 2005 bis 2008 als ein gemeinsames Feldstück mit der Flurnummer [5] geführt worden sei, so dass eine Zuordnung einer einzelnen Nutzung zu einer Flurnummer nicht möglich sei. Jedoch gibt dasselbe Schreiben für diese Flurnummer eine Katasterfläche von 1,6487 ha an, und für die Jahre 2007 und 2008 wird für eine Teilfläche von 1,65 ha die Nutzung „Winterweizen“ bzw. „Wintergerste“ vermerkt; in einer handschriftlichen Notiz hat der Anspruchsteller diese Nutzungen der Flurnummer [4] zugeordnet. Die Clearingstelle EEG geht daher davon aus, dass diese Nutzungen die Flurnummer [4] betreffen. Für 2005 wird für beide Fluren mit den Nummern [4] und [5] der Anbau von Klee gras bestätigt, für 2006 für beide Flächen die Stilllegung ohne nachwachsende Rohstoffe. Die zwischenzeitliche, einjährige Stilllegung ist – wie bei Flurnummer [1] – für die Vergütung unschädlich, so dass insgesamt die Vergütungsfähigkeit für dieses Flurstück zu bejahen ist.

- 29 Für die Fläche mit der **Flurnummer** [5] ist gemäß dem Schreiben des Landwirtschaftsamtes vom 05.09.2008 wie folgt flächenanteilig zu differenzieren:
- Für eine Teilfläche von 1,82 ha besteht der Vergütungsanspruch, weil diese in den drei Jahren vor dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurde. Das Landwirtschaftsamt bestätigt für zwei Teilflächen von 1,82 ha und 0,79 ha im vorgenannten Schreiben, dass auf beiden Teilflächen 2005 Klee gras angebaut wurde und 2006 eine Stilllegung ohne nachwachsende Rohstoffe erfolgte. Für die Jahre 2007 und 2008 vermerkt die Bestätigung für 1,82 ha die Nutzung „Acker gras“ bzw. „Wintergerste“ und für 0,79 ha „Stilllegung ohne nachwachsende Rohstoffe“ bzw. „Ackerland aus der Erzeugung genommen“. Daraus folgt, dass auf einem Flächenanteil von 1,82 ha nur eine einjährige Stilllegung im Jahre 2006 erfolgte, die vergütungsunschädlich ist. Für den Flächenanteil von 0,79 ha liegt über einen Zeitraum von drei Jahren – von 2006 bis einschließlich 2008 – keine aktive Gewinnung von Feldfrüchten vor. Da diese Teilfläche auch noch nicht erneut umgebrochen wurde, ist gemäß der von der Clearingstelle EEG ausgesprochenen Empfehlung 2008/6 die ökologische Werthaltigkeit der aus der Erzeugung genommenen Flächen gutachterlich zu untersuchen. Auf der Basis der Ergebnisse des Gutachtens ist dann zu entscheiden, ob der Vergütungsanspruch besteht.
  - Eine Teilfläche von 0,26 ha wurde durchgängig von 2005 bis 2008 als „sonstige nicht landwirtschaftlich genutzte Fläche“ geführt. Insoweit ist nicht erkenn-

## CLEARINGSTELLE EEG

bar, dass diese Teilfläche überhaupt zu einem früheren Zeitpunkt als Ackerfläche zu charakterisieren gewesen wäre und dass eine solche frühere Nutzung der Fläche noch ihr Gepräge geben könnte. Diese Teilfläche erfüllt daher nicht die Voraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009.

- Für eine Teilfläche von 0,42 ha vermerkt das Amt für Landwirtschaft und Forsten F. im Schreiben vom 05.09.2008, dass für diese eine landwirtschaftliche Nutzung nicht bestätigt werden könne. Diese Fläche ist daher wie die vorgenannte Teilfläche zu behandeln; die Vergütungsvoraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 sind nicht erfüllt.
- Da die Verfahrensfrage sich auf das gesamte Flurstück [5] bezieht, ist auch die Teilfläche von reichlich 15 000 m<sup>2</sup> (ca. 1,5 ha), die für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen vorgesehen ist und auf denen offenkundig keine Fotovoltaikanlagen errichtet werden sollen, als nicht vergütungsfähig zu deklarieren, weil diese Fläche planungsrechtlich nicht für die Errichtung der Anlagen vorgesehen ist.
- Handschriftliche Eintragungen des Anspruchstellers in die Planzeichnung des Bebauungsplans wie auch der Umstand, dass sich aus der Addition der drei fraglichen Teilflächen (0,79 ha + 0,26 ha + 0,42 ha = 1,47 ha) annähernd die als Ausgleichsfläche vorgesehene Größe von ca. 15 000 m<sup>2</sup> ergibt, legen nahe, dass die fraglichen Teilflächen vollständig von der Ausgleichfläche umschlossen werden. Dies hätte zur Folge, dass für die Flurnummer [5] letztlich nur zwei Teilflächen zu unterscheiden wären: einerseits die Teilfläche von ca. 1,82 ha, die vergütungsfähig ist und auf der Fotovoltaikanlagen errichtet werden sollen, sowie andererseits die Teilfläche von ca. 1,47 ha, die nicht bzw. teilweise nur nach vorheriger Begutachtung vergütungsfähig ist, was unterbleiben kann, wenn dort keine Fotovoltaikanlagen errichtet werden sollen.

30 Die Anforderungen, die § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 an den Bebauungsplan stellt, sind hier – sobald der Plan in Kraft getreten ist (§ 10 Abs. 3 BauGB) – erfüllt: Der Bebauungsplan ist zu dem Zwecke aufgestellt worden, in seinem Geltungsbereich Fotovoltaikanlagen i. S. d. § 32 Abs. 2 EEG 2009 zu errichten. Aus den Festsetzungen<sup>32</sup> des Bebauungsplans zur Art der baulichen Nutzung ergibt sich, dass die geplanten Fotovoltaikanlagen auf Flächen errichtet werden, die gerade hierfür aus-

<sup>32</sup>Siehe Ziff. 2.1 in Teil B – Satzungstext – des Bebauungsplans „Sondergebiet Fotovoltaik“ der Gemeinde T. in der Fassung von 15.10.2008.

## CLEARINGSTELLE EEG

---

gewiesen sind. Schließlich werden die Flächen nach den Vorgaben des Bebauungsplans zu Grünflächen i. S. v. § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 umgewidmet, weil in den textlichen Festsetzungen des Planes<sup>33</sup> festgeschrieben ist, dass die Flächen unter den Fotovoltaik-Modulen als Grünland zu entwickeln und zu erhalten sind.

Dr. Lovens

Lucha

Dr. Winkler

---

<sup>33</sup>Ebenda.

2008/9

16. Februar 2009

## Votum

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

Leitsatz:

**Eine Fotovoltaikanlage kann auch dann wesentlicher Bestandteil des Gebäudes im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 sein, wenn zur Hinterlüftung ein Zwischenraum zwischen der Fotovoltaikanlage und der Außenwand des Gebäudes besteht.**

In dem Votumsverfahren

1. ...

– Anspruchstellerin –

2. ...

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, das Mitglied Lucha und den rechtswissenschaftlichen Koordinator Dr. Winkler aufgrund der mündlichen Erörterung vom 5. Februar 2009 am 16. Februar 2009 folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Vergütung aus § 11 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. §§ 11 Abs. 2 Satz 1, 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 für den aus der Fotovoltaikanlage der Anspruchstellerin in [F...], [...], abgenommen und ins Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom.

---

<sup>I</sup>  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/VotV/2008/9> können Sie dieses Dokument herunterladen.

## I Tatbestand

- 1 Die Anspruchstellerin betreibt einen elektrotechnischen Großhandel. Im Zuge der Erweiterung ihrer Großlagerhalle durch einen Anbau, mit deren Projektierung sie die in diesem Verfahren auftretende Vertreterin beauftragte, wurden an der südlichen Außenwand des Erweiterungsbaus Fotovoltaikanlagen angebracht. Die Errichtung der Anlagen erfolgte zeitgleich mit dem Bau der Erweiterung der Lagerhalle. Ihre Projektierung war von Anbeginn der Planungen an Teil des Bauvorhabens. Nach den Erläuterungen der Vertreterin der Anspruchstellerin insbesondere in der mündlichen Erörterung am 5. Februar 2009 sowie anhand der zur Akte gereichten Lichtbilder und Planzeichnungen stellt sich die Verbindung der Anlagen mit dem Gebäude wie folgt dar: Die Halle wurde als Industriebau in Skelettbauweise mit einer Fassadenkonstruktion aus einer Stahlkassettenunderkonstruktion mit eingelegter Wärmedämmung und außenseitig angebrachter Profilierung aus Trapezblechen errichtet. In der mehrschaligen Fassade befindet sich die Tragkonstruktion für die Fotovoltaikmodule; diese besteht vor allem aus horizontalen Hutprofilen, die auf die äußere Schalung angebracht wurden und mit diesen durch Schrauben verbundenen vertikalen Z-Profilen, die die Fotovoltaikmodule bzw. deren Halterungen tragen. Zwischen dem Trapezprofil und der Rückseite der Fotovoltaikmodule besteht ein Zwischenraum von ca. 40 mm (Hochsicke) und ca. 80 mm (Tiefsicke). Vereinfacht lässt sich der Aufbau der Fassade wie folgt darstellen:



Abbildung 1: Aufbau der Fassade (vereinfacht, nicht maßstäblich)

## CLEARINGSTELLE EEG

- 2 Die Module und deren Tragkonstruktion sichern die Aussteifung der Fassade, dienen der Aufnahme der Windlast und übernehmen eine Verschattungs- und Wetzerschuttfunktion. Die durch die Z-Profile ermöglichte Hinterlüftung trägt dazu bei, den Wirkungsgrad der Fotovoltaikanlagen zu erhalten und zu optimieren.
- 3 Die Module bedecken mehr als 50% der Oberfläche der südlichen Außenwand. Es existieren keine weiteren Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie an oder auf dem Dach oder an anderer Stelle auf dem Gebäude. Eine Nachführung der Anlagen ist nicht installiert und nicht vorgesehen.
- 4 Durch die weithin sichtbaren Anlagen soll auch das Engagement der Anspruchstellerin für neue Technologien und insbesondere für nachhaltige Energietechnik Dritten anschaulich gemacht werden.
- 5 Die Anlagen wurden in der zweiten Jahreshälfte 2007 in Betrieb genommen; der erzeugte Strom wird seitdem in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist.
- 6 Die Anspruchstellerin ist der Auffassung, dass für den in den Anlagen erzeugten Strom ein Anspruch auf den sogenannten Fassadenbonus besteht, weil die Anlagen integraler Bestandteil des Gebäudes seien.
- 7 Die Anspruchsgegnerin hegt – ohne den Ausführungen der Anspruchstellerin im Allgemeinen und zum konstruktiven Aufbau der Fassade im Besonderen zu widersprechen – vor allem im Hinblick auf die Hinterlüftung Zweifel, ob ein Anspruch auf die erhöhte Vergütung besteht und verweist auf die Gesetzesbegründung sowie auf zur Akte gereichte Auslegungshinweise des Verbandes der Netzbetreiber e. V.<sup>1</sup>
- 8 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 13. Oktober und 3. November 2008 haben sich die Anspruchstellerin bzw. die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG<sup>2</sup> (VerfO) durchzuführen. Die Anspruchstellerin und die Anspruchsgegnerin wünschten keine Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers von im Anhang, Teil A, der Verfahrensordnung genannten Interessengruppen. Die Anspruchstellerin stimmte einem schriftlichen Verfahren nicht zu.

---

<sup>1</sup>Jetzt: BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

<sup>2</sup>In der Fassung der Änderung vom 12.12.2007, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

9 Mit Beschluss vom 10. November 2008 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

10 Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Vergütung aus § 11 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. §§ 11 Abs. 2 Satz 1, 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 für den aus der Fotovoltaikanlage der Anspruchstellerin in [F...], [...], abgenommenen Strom?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

11 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerFO zustandegekommen und durchgeführt worden.

12 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerFO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.

13 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 2, 26 Abs. 1 i. V. m. § 22 Abs. 3 VerFO. Der rechtswissenschaftliche Koordinator vertritt das Mitglied der Clearingstelle EEG Puke für das gesamte Verfahren, § 2 Abs. 3 VerFO i. V. m. § 3 Abs. 1, § 7 Satz 2 des Geschäftsverteilungsplanes der Clearingstelle EEG. Gemäß § 26 Abs. 2 Sätze 1 und 4 VerFO kommt es nicht zur Hinzuziehung nichtständiger Beisitzerinnen bzw. nichtständiger Beisitzer.

14 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerFO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Nach §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 2 VerFO hat die Clearingstelle EEG einen Termin zur mündlichen Erörterung bestimmt. Diesen hat die Anspruchstellerin durch ihre rechtsgeschäftliche Vertreterin, diese wiederum durch ihren Geschäftsführer [...], im Beisein von [...] als Beistand, wahrgenommen. Berichterstatter i. S. v. §§ 28, 24 Abs. 5 VerFO war der rechtswissenschaftliche Koordinator der Clearingstelle EEG, Dr. Winkler.

## 2.2 Würdigung

- 15 Die Anspruchstellerin hat einen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Vergütung gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 i. V. m. §§ 11 Abs. 2 Satz 1, 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 für den in ihren Fotovoltaikanlagen erzeugten und von der Anspruchsgegnerin abgenommenen Strom, weil es sich bei den Anlagen um einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudes i. S. v. § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 handelt.
- 16 Zu den Voraussetzungen, unter denen eine Fotovoltaikanlage wesentlicher Bestandteil eines Gebäudes i. S. v. §§ 93, 94 Abs. 2 BGB<sup>3</sup> und damit auch i. S. v. § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 ist, hat die Clearingstelle EEG im Votum vom 27. Mai 2008 – 2008/11 – unter 2.2.1 ausgeführt:<sup>4</sup>

»[...]

- 17 Maßgebliches Kriterium ist, dass eine Sache dauerhaft „zur Herstellung“ in ein Gebäude eingefügt wurde – nur dann handelt es sich um einen wesentlichen Bestandteil. [...] Ein solches Einfügen liegt zum einen typischerweise vor, wenn das Gebäude erst durch die Fotovoltaikanlage „fertig“ hergestellt ist. Einen Beitrag zur Herstellung des fertigen Gebäudes kann die Anlage beispielsweise leisten, indem sie „fehlende“ Teile oder Funktionen der Gebäudehülle ersetzt. Zum anderen liegt ein Einfügen vor, wenn aufgrund der Eigenart des jeweiligen Gebäudes und aufgrund der besonderen Anpassung der Anlage an das Gebäude diese eine Einheit bilden. Umgekehrt liegt kein wesentlicher Bestandteil vor, wenn das Gebäude auch ohne die Fotovoltaikanlage objektiv und unter Berücksichtigung seiner Eigenart als „fertiggestellt“ anzusehen ist.

Es lassen sich somit eine subjektive Voraussetzung – die Fotovoltaikanlage muss willentlich auf Dauer in das Gebäude eingefügt sein – sowie eine objektive Voraussetzung – ohne die Fotovoltaikanlage wäre das Gebäude nach der Verkehrsanschauung noch nicht fertiggestellt – festhalten.

Fälle, in denen ein Gebäude ohne die Fotovoltaikanlage aus primär technisch-bauphysikalischer Sicht noch nicht fertiggestellt ist, können *unter*

<sup>3</sup>Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002, BGBl. 2002 I, S. 42, 2909; 2003 I, S. 738, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10.12.2008, BGBl. I S. 2399.

<sup>4</sup>Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>, dort mit Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung.

*anderem* vorliegen, wenn die Anlage folgende Funktionen ganz oder teilweise übernimmt:

- raum-/gebäudeabschließende Funktion,
- statische Funktion,
- Wärmeschutz und -regulierung,
- Luftzirkulation,
- Kühlung,
- Windschutz,
- wasserableitende Funktion,
- Tageslichtregulation (Steuerung der Lichtwirkung im Innenraum),
- Sonnenschutz (Verschattung).

Dass die Anlage ein Bauteil, welches ansonsten eine technisch notwendige Funktion übernehmen würde, ersetzt, ist dabei eine hinreichende, nicht aber eine notwendige Bedingung.

Die Fälle, in denen ein Gebäude ohne die Fotovoltaikanlage aus primär gestalterischer oder ästhetischer Sicht noch nicht fertiggestellt ist, sind naturgemäß schwer typisierbar und im Einzelfall anhand des Gebäudezweckes und der jeweiligen Gestaltung zu entscheiden.

Insbesondere in Fällen, in denen sich nicht oder nur schwer feststellen lässt, ob die Fotovoltaikanlage eine Funktion für das Gebäude übernimmt, können im Hinblick auf § 94 Abs. 2 BGB weitere Indizien gewichtige, im Einzelfall aber auch widerlegliche Anhaltspunkte bieten. Für (bzw. in der jeweiligen Negation gegen) den Charakter einer Fotovoltaikanlage als wesentlichem Bestandteil können danach *unter anderem* sprechen:

- die Berücksichtigung der Fotovoltaikanlage während der gesamten Planungsphase des Gebäudes,
- eine über die bloße Anbringung hinausgehende Bearbeitung oder Vorbereitung der Fassade,
- eine auf die konkreten Eigenheiten des Gebäudes abgestimmte oder sogar „maßgeschneiderte“ Fotovoltaikanlage,

## CLEARINGSTELLE EEG

- erhebliche Folgekosten für die Wiederherrichtung der Fassade bzw. Gebäudehülle im Falle des Abbaus der Fotovoltaikanlage,
- keine oder nur sehr eingeschränkte Verwendbarkeit der Fotovoltaikanlage an anderer Stelle,
- Gesamtkosten der Trennung übersteigen den Wert der Fotovoltaikanlage nach ihrem Abbau,
- erkennbares Einfügen der Fotovoltaikanlage in das architektonische Konzept des Baus bzw. Ausdruck eines architektonischen Gesamtkonzeptes,
- Bedeckung der gesamten Fassadenfläche oder für den jeweiligen Nutzungszweck maßgeblicher Teile der Fassade durch die Fotovoltaikanlage.

Als regelmäßig unerheblich können *unter anderem* gelten:

- der bloße Zeitpunkt der Anbringung der Fotovoltaikanlage an das Gebäude,
- der bloße Wille des Grundeigentümers bzw. des Eigentümers des Gebäudes,
- ob die Fotovoltaikanlage voll fassadenintegriert oder mit Hinterlüftung aufgeständert angebracht ist.

[...]«

- 18 Im vorliegenden Fall handelt es sich um Fotovoltaikanlagen, die nach den überzeugenden und von der Anspruchsgegnerin auch nicht in Zweifel gezogenen Ausführungen der Vertreterin der Anspruchstellerin wichtige Funktionen für das Gebäude übernehmen, die ohne die Anlagen anderweitig hätten sichergestellt werden müssen. Dies betrifft insbesondere die Aussteifung der Südfassade, die ohne die Fotovoltaikmodule völlig anders hätte konstruiert und errichtet werden müssen: Durch die Module und deren Halterung wird die Fassade statisch stabilisiert, was andernfalls durch stärkere Trapezprofile mit anderer Spannweite hätte sichergestellt werden müssen. Des Weiteren hat die Vertreterin der Anspruchstellerin nachvollziehbar dargelegt, dass die Module funktionell zur Aufnahme der Windlast beitragen und eine Verschattungs- und Wetterschutzfunktion übernehmen; die Verschattung bewirke,

---

7  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/VotV/2008/9> können Sie dieses Dokument herunterladen.

dass der Lagerraum insbesondere in den Sommermonaten weniger stark gekühlt werden müsse.

- 19 Somit steht fest, dass das Gebäude in seiner konkreten Form ohne die Fotovoltaikanlagen sowohl subjektiv als auch objektiv nicht als fertiggestellt anzusehen wäre.
- 20 Darüber hinaus sind hier auch mehrere der oben genannten Indizien erfüllt: Die Fotovoltaikanlagen wurden während der gesamten Planungsphase des Gebäudes berücksichtigt und sind Ausdruck eines architektonischen Gesamtkonzeptes. Hierzu hat die Vertreterin der Anspruchstellerin überzeugend ausgeführt, dass die Nutzung der Fotovoltaik auch Ausdruck eines mit ihrer Tätigkeit als Großhändlerin für Elektrotechnik verbundenen Willens ist, durch die architektonische Gestaltung des Erweiterungsbaus moderne und innovative Technik zu präsentieren. Darüber hinaus erfolgte eine über die bloße Anbringung hinausgehende Bearbeitung oder Vorbereitung der Fassade, insbesondere durch die Verwendung der Hutprofile und die Montage schwächer dimensionierter und mit größeren Spannweiten ausgestatteter Trapezprofile. Schließlich würde eine dauerhafte Trennung der Anlagen von der Fassade zu erheblichen Folgekosten für die Wiederherrichtung der Fassade insbesondere zur Gewährleistung der Aussteifung führen.
- 21 Entgegen entsprechenden Bedenken der Anspruchsgegnerin führt die Hinterlüftung der Anlagen – also der Umstand, dass diese nicht flächenbündig in die Fassade integriert sind – nicht dazu, dass diese Anlagen nicht wesentlicher Bestandteil geworden sind. Hintergrund dieser Bedenken ist die in der Praxis häufige Verwendung von Begriffen wie „Fassadenintegration“, „Gebäudeintegration“ usw. für die Fälle des § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004, die auch in der Gesetzesbegründung zu finden ist.<sup>5</sup> Dies lässt sich so deuten, dass der Gesetzgeber im „Idealfall“ eine vollständige Integration der Fotovoltaikanlagen in das Gebäude erreichen wollte – z. B. durch den Einbau von speziellen Fenstern mit integrierten („semitransparenten“) Solarzellen, durch eine nur aus speziell angefertigten Fotovoltaikmodulen bestehende Fassade oder durch den Einbau markisenähnlicher Elemente als Ersatz für herkömmliche Sonnenschutzsysteme insbesondere bei Bürobauten. Jedoch lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen, dass der sogenannte Fassadenbonus *nur* für die Fälle der vollständigen Integration gewährt werden soll. Vielmehr ergibt sich bei systematischer Auslegung des Gesetzestextes, dass es nur darauf ankommt, dass die Anlage wesentlicher Bestandteil ist, ohne dass an die Art der Anbringung weitere Anforder-

<sup>5</sup>Vgl. BT-Drs. 15/2327, S. 33: „gebäudeintegrierte Fassadenanlagen“.

rungen gestellt werden.<sup>6</sup> Auch das Ziel des Gesetzgebers, das besonders große Potential der Fassaden zur solaren Stromerzeugung zu nutzen,<sup>7</sup> spricht dafür, dass die Hinterlüftung der erhöhten Vergütung nicht entgegensteht: Zum einen bewirkt eine Erwärmung der Anlagen einen Energieverlust, dem entgegengewirkt werden kann, indem Luftzirkulation zur Kühlung der Module beiträgt,<sup>8</sup> so dass im Einklang mit den Zielen des Gesetzgebers durch die Hinterlüftung die Menge des eingespeisten Stroms erhöht wird. Zum anderen wäre das Potential von Industriebauten für die Nutzung zur Solarstromgewinnung ansonsten praktisch weitgehend ausgeschlossen: Wie die Vertreterin der Anspruchstellerin plausibel gemacht hat, würde eine vollständig flächenbündige Anbringung der Module an die Trapezprofile der Außenhaut dazu führen, dass die Wetterschutzfunktion der Außenhaut nur mit aufwändigen zusätzlichen Abdichtungen der „Nahtstellen“ zwischen Modul und Außenwand zu erreichen wäre, so dass die häufig mit Trapezprofilen verkleideten Fassaden von Industriebauten nicht oder nur in sehr geringem Maße zur Anbringung von Fotovoltaikanlagen genutzt werden könnten, was der Intention des Gesetzgebers, verstärkt das Potential von Fassaden zur solaren Stromgewinnung zu nutzen, entgegenlaufen würde.

- 22 Anhaltspunkte dafür, dass die Fotovoltaikanlagen der Anspruchstellerin nur zu einem vorübergehenden Zweck in das Gebäude eingefügt worden sind, mit der Folge, dass sie gemäß § 95 Abs. 2 BGB nicht zu den wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes gehörten (sogenannte „Scheinbestandteile“),<sup>9</sup> sind weder vorgetragen worden noch ersichtlich.

Dr. Lovens

Lucha

Dr. Winkler

<sup>6</sup>Vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum vom 27.05.2008 – 2008/11, unter 2.2.1 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung zu §§ 93f. BGB in Fußnote 21, <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>; siehe ferner *Clearingstelle EEG*, Votum vom 20.10.2008 – 2008/25, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/25> zu den Abstufungen der „Anbringung“ in § 11 Abs. 2 EEG 2004.

<sup>7</sup>BT-Drs. 15/2327, S. 34.

<sup>8</sup>*Kaltschmitt/Sauer/Rau/Preiser/Roth*, in: *Kaltschmitt/Streicher/Wiese* (Hrsg.), *Erneuerbare Energien: Systemtechnik, Wirtschaftlichkeit, Umweltaspekte*, 4. Aufl. 2006, Kap. 5 Photovoltaische Stromerzeugung, S. 239: bei vollständiger Fassadenintegration Verluste von 7 bis 10% gegenüber freistehendem Generator.

<sup>9</sup>Näher dazu *Clearingstelle EEG*, Votum vom 27.05.2008 – 2008/11, unter 2.2.1, <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>

2008/24

9. April 2009

## Votum

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

Leitsatz:

Die Verlegung einer neuen Leitung zur Anbindung einer Anlage i. S. d. EEG 2004 an das Netz des anschluss- und abnahmeverpflichteten Netzbetreibers kann sich dann als Netzausbaumaßnahme darstellen, wenn der Netzverknüpfungspunkt am Grundstück des Anlagenbetreibers liegt und die neue Leitung die Funktion einer zuvor bestehenden, im Zuge der Netzanbindung stillgelegten Leitung zur allgemeinen Versorgung übernimmt.

In dem Votumsverfahren

1. ...

– Anspruchstellerin –

2. ...

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens und die Mitglieder Lucha und Puke am 9. April 2009 folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Erstattung der Kosten i. H. v. [12 000,00 €] (netto), welche ihr im Zusammenhang mit dem Anschluss der in [S...], [...], errichteten Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie an das Netz der Anspruchsgegnerin entstanden sind.

---

<sup>I</sup>  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/VotV/2008/24> können Sie dieses Dokument herunterladen.

## I Tatbestand

- 1 Die Anspruchstellerin betreibt seit 2006 eine Fotovoltaikanlage in [S...], [...], mit einer Leistung von 48 kWp. Vor dem Anschluss der Anlage wandte sich die Anspruchstellerin an die Anspruchsgegnerin und bat um die Erstellung eines Angebotes für den Anschluss der Anlage an das Niederspannungsnetz der Anspruchsgegnerin. Diese teilte der Anspruchstellerin mit Schreiben vom 8. August 2006 mit, dass ein Anschluss am Hausanschluss [R... 5] aus netztechnischen Gründen entsprechend den „Richtlinien für den Parallelbetrieb von Eigenerzeugungsanlagen mit dem Niederspannungsnetz des Elektrizitätsversorgungsunternehmens (4. Ausgabe 2001)“ nicht möglich sei. Ergänzend hat die Anspruchsgegnerin im Schreiben vom 1. Oktober 2008 an die Clearingstelle EEG ausgeführt, dass eine Verstärkung des Leiterquerschnitts der bestehenden Niederspannungsfreileitung über den Dachständer des Hauses [R... 6] aus statischen Gründen nicht möglich sei. Die Anspruchstellerin ist dem nicht entgegengetreten. Die Anlage müsse, so die Anspruchsgegnerin im Schreiben vom 8. August 2006 weiter, ab der geplanten Mastabführung am Tragmast Nr. 21 des Niederspannungsortsnetzes [...] bei [S...] über ein ca. 165 m langes Erdkabel („4 x 150 mm<sup>2</sup> AL“<sup>1</sup>) angeschlossen werden. Hierzu unterbreitete die Anspruchsgegnerin der Anspruchstellerin mit gleichem Schreiben ein Angebot über [12 000,00 €] (netto), in dem es u. a. hieß:

„Abweichend von § 13 Abs. 1 EEG vereinbaren wir, dass unabhängig vom Eigentum und der Lage des Verknüpfungspunktes die Anschlusskosten von Ihnen zu tragen sind.“

Die Anspruchstellerin erklärte mit Schreiben vom 25. August 2006, dass sie mit einer vollumfänglichen Kostenübernahme nicht einverstanden sei. Mit gleichen Schreiben unterbreitete die Anspruchstellerin der Anspruchsgegnerin ein Angebot, wonach sie die Kosten ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zunächst als Darlehen tragen wolle und die Anspruchsgegnerin diese nach Klärung der Rechtslage unter angemessener Verzinsung ggf. zurückzuerstatten habe. Dieses Angebot lehnte die Anspruchsgegnerin mit Schreiben vom 18. September 2006 ab und unterbreitete zugleich ein neues Angebot mit drei Anschlussvarianten. Mit Datum vom 25. September 2006 nahm die Anspruchstellerin das Angebot in der Variante 1 an (nachfolgend auch bezeichnet als „Anschlussvertrag“). Unter anderem heißt es in der Beschreibung der vereinbarten Variante 1:

<sup>1</sup>Gemeint ist offenbar: „Al“.

„Erstellung eines neuen Hausanschlusses ... über Niederspannungserd-kabel 1 x 4 x 150 mm<sup>2</sup> ab der geplanten Mastabführung im Ortsnetz [...] bei [S...] inklusive Hausanschlusskasten 2 x 3 x NHOO und Sicherungen. Im Gegenzug wird der bestehende Freileitungsanschluss ... stillgelegt. Bis zu den kundenseitigen Klemmen des Hausanschlusskastens wird die Anschlussanlage von uns erstellt und nach Inbetriebnahme in unser unterhaltspflichtiges Eigentum übernommen. Kommen laut § 10 Abs. 6 AVBEltV innerhalb von 5 Jahren nach Herstellung des Hausanschlusses weitere Anschlüsse hinzu und wird der Hausanschluss dadurch zum Bestandteil des Verteilungsnetzes, werden wir die Kosten neu aufteilen und Ihnen die Anschlusskosten anteilig ... erstatten. ... Da sich der Verknüpfungspunkt und der Ort der Zählung auf Ihrem Anwesen befindet, kann auf die Erhebung eines Verlustabschlages verzichtet werden. ... Als Eigentumsgrenze gelten die abgangsseitigen Klemmen der Hausanschlusskästen...“

Die Kosten wurden – wie im Angebot vom 8. August 2006 – mit [12 000,00 €] (netto) beziffert. Im Angebot vom 18. September 2006 wurde die noch im Angebot vom 8. August 2006 enthaltene Formulierung, wonach abweichend von § 13 Abs. 1 EEG 2004 unabhängig vom Eigentum und von der Lage des Verknüpfungspunktes die Anspruchstellerin die Kosten zu tragen habe, gestrichen.

- 2 Mit Schreiben vom 10. Oktober 2006 erklärte die Anspruchstellerin gegenüber der Anspruchsgegnerin:

„Das Angebot vom 18. September 2006 mit der Variante 1, ohne den verwendeten Zusatz »Abweichend von § 13 Abs. 1 EEG vereinbaren wir, dass unabhängig vom Eigentum und der Lage des Verknüpfungspunktes die Anschlusskosten von Ihnen zu tragen sind.« nimmt der unterzeichnende Kunde an, verpflichtet sich zur Zahlung unter Vorbehalt der Nachprüfung der Anschlusskosten und erteilt somit der [Anspruchsgegnerin] den Auftrag, die Anschlussanlage zu erstellen.“

Der Passus

„unter Vorbehalt der Nachprüfung“

wurde durch die Anspruchstellerin handschriftlich ergänzt. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2006 erklärte die Anspruchstellerin, den o. g. Betrag zzgl. Umsatzsteuer „ge-

---

3  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeq.de/VotV/2008/24> können Sie dieses Dokument herunterladen.

## CLEARINGSTELLE EEG

mäß unserer Abmachung vom 10. Oktober 2006 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung“ überwiesen zu haben.

- 3 Die Anspruchsgegnerin führte den Anschluss in der Variante 1 durch.
- 4 Die Anspruchstellerin ist der Ansicht, dass es sich um Kosten des Netzausbaus handele, für die die Anspruchsgegnerin aufzukommen habe und verweist u. a. auf Rechtsprechung des *BGH* und des *OLG Hamm*.
- 5 Die Anspruchsgegnerin ist der Meinung, dass die Kosten als Netzanschlusskosten von der Anspruchstellerin zu tragen seien. Technisch und wirtschaftlich günstigster Netzverknüpfungspunkt sei der Tragmast Nr. 21. Die Leitung zwischen dem Anwesen der Anspruchstellerin und diesem Netzverknüpfungspunkt diene dem Netzanschluss.

Hinsichtlich der Kosten der verschiedenen Netzverknüpfungsvarianten machte die Anspruchsgegnerin zunächst im Schreiben vom 1. Oktober 2008 an die Clearingstelle EEG geltend, dass die Variante 1 die teuerste Verknüpfung dargestellt habe, diese aber von der Anspruchstellerin gewählt worden sei. Dem trat die Anspruchstellerin im Schreiben vom 31. Oktober 2008 an die Clearingstelle EEG entgegen; Variante 1 habe keine Mehrkosten verursacht und sei im Übrigen von Anfang an von der Anspruchsgegnerin als die technisch günstigste Verknüpfung angeboten worden. Hierauf erwiderte die Anspruchsgegnerin mit Schreiben vom 12. November 2008 an die Clearingstelle EEG, dass einerseits zwar Variante 1 die „teuerste Lösung“ gewesen sei, andererseits aber erklärte die Anspruchsgegnerin, dass Variante 1 „unter dem Aspekt einer technisch guten und schnellen Realisierung des Anschlusses gewählt“ wurde. Weiter heißt es:

- 6 „Zu berücksichtigen ist, dass Variante 2 und 3 ... noch weitere, umfangreiche Kosten hervorgerufen hätte. Diese zusätzlichen Kosten, die die Anspruchstellerin zu tragen gehabt hätte, können wir nicht beurteilen. Wir gehen davon aus, dass aus einer Gesamtkostenbetrachtung dennoch der Anschluss über Variante 1 den technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt darstellt.“

Die Anspruchstellerin widersprach dem nicht.

- 7 Mit inhaltsgleichen Anträgen jeweils vom 1. September 2008 haben sich die Anspruchstellerin und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und

4

---

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/VotV/2008/24> können Sie dieses Dokument herunterladen.

beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. VerfO<sup>2</sup> durchzuführen. Beide Parteien wünschten keine Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers von einer der im Anhang, Teil A, der VerfO genannten Interessengruppen. Beide Parteien stimmten einem schriftlichen Verfahren zu.

- 8 Mit Beschluss vom 19. September 2008 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:
- 9 Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Erstattung der Kosten i. H. v. [12 000,00 €] (netto), welche ihr im Zusammenhang mit dem Anschluss der in [S...], [...], errichteten Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie an das Netz der Anspruchsgegnerin entstanden sind?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 10 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO der Clearingstelle EEG zustande gekommen und durchgeführt worden.
- 11 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien auf Einleitung eines Votumsverfahrens angenommen.
- 12 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 2 Sätze 1 und 4, 26 Abs. 1 Satz 1, 2 Abs. 1 Satz 1 VerfO. Gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 VerfO ist die Clearingstelle EEG zwar grundsätzlich als Kammer, d. h. gemäß § 2 Abs. 5 VerfO mit ihren Mitgliedern und zwei nichtständigen Beisitzerinnen bzw. Beisitzern besetzt. Die Parteien machten von der Möglichkeit, gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 VerfO eine nichtständige Beisitzerin oder einen nichtständigen Beisitzer zu dem Verfahren hinzuziehen, keinen Gebrauch, so dass es gemäß § 26 Abs. 2 Sätze 1 und 4 VerfO nicht zur Hinzuziehung von nichtständigen Beisitzerinnen oder Beisitzern gekommen ist. Die Clearingstelle EEG ist daher mit dem Vorsitzenden und den zwei ständigen Beisitzern besetzt.

<sup>2</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG v. 1. Oktober 2007, in der Fassung der Änderung vom 12.12.2007, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

- 13 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Sie wünschten ein schriftliches Verfahren, §§ 28, 20 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage für das vorliegende Votum hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO i. V. m. dem Geschäftsverteilungsplan der Clearingstelle EEG der Vorsitzende der Clearingstelle EEG Dr. Lovens erstellt.

## 2.2 Würdigung

- 14 Die Anspruchstellerin kann die geleistete Zahlung für das verlegte Erdkabel nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB<sup>3</sup>, von der Anspruchsgegnerin zurückfordern, weil die Leistung ohne Rechtsgrund erfolgte. Die Anspruchsgegnerin hat gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 die notwendigen Kosten in Höhe von [12 000,00 €], die durch den Anschluss der Fotovoltaikanlage der Anspruchstellerin entstanden sind, zu tragen, weil es sich bei der Verlegung des Erdkabels um einen nur infolge des Neuanschlusses der Anlage erforderlichen Netzausbau im Sinne von § 4 Abs. 2 EEG 2004 handelt.
- 15 Die Anspruchsvoraussetzungen für den Ausbau des Netzes – im Einzelnen, dass
1. die Verknüpfung zwischen Anlage und Netz im Netz der Anspruchsgegnerin zu erfolgen hat (§ 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004),
  2. das Ausbaubegehren sich auf Einrichtungen des Netzes (§ 3 Abs. 6 EEG 2004), nicht aber auf Anschlusseinrichtungen, welche gem. § 13 Abs. 1 EEG 2004 vom Anlagenbetreiber zu tragen sind, bezieht,
  3. das Netz erst nach einen Ausbau für die Abnahme des Stroms technisch geeignet ist,
  4. der Netzausbau wirtschaftlich zumutbar ist –

lagen vor (dazu unter 2.2.1). Eine von der gesetzlichen Kostentragung abweichende vertragliche Vereinbarung bestand nicht (dazu unter 2.2.2). Die Anspruchsgrundlage für die Rückforderung ergibt sich aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB (dazu unter 2.2.3).

---

<sup>3</sup>Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002, BGBl. 2002 I, S. 42, 2909; 2003 I, S. 738, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10.12.2008, BGBl. I S. 2399.

2.2.1 Zu den einzelnen Anspruchsvoraussetzungen

- 16 Unstreitig kommt hier nur das **Netz der Anspruchsgegnerin** zur Netzverknüpfung in Betracht. Unstreitig ist ferner, dass die realisierte Variante 1 die technisch und wirtschaftlich günstigste Verknüpfungsmöglichkeit darstellte. Die Behauptung der Anspruchsgegnerin, Variante 1 sei die „teuerste“ Verknüpfung, bezieht sich offenkundig nur auf die *ih*r entstehenden Kosten; wie die Anspruchsgegnerin selbst in ihrem Schreiben vom 12. November 2008 festgestellt hat, wären durch die Varianten 2 und 3 weitere Kosten bei der Anspruchstellerin entstanden, so dass bei einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung unter Einbeziehung der Kosten sowohl von Anlagen- als auch Netzbetreiber<sup>4</sup> die Variante 1 die gesamtwirtschaftlich günstigste Variante war. Dass diese Verknüpfung auch die technisch günstigste Möglichkeit zur Netzanbindung darstellte, war stets unstreitig.
- 17 Die Variante 1 stellt sich als Maßnahme des Netzausbaus im Sinne von §§ 13 Abs. 2 Satz 1, 4 Abs. 2 EEG 2004 dar, weil Netzverknüpfungspunkt hier der Hausanschluss der Anspruchstellerin ist, so dass das neuverlegte Erdkabel zwischen dem Hausanschluss und der Maststation 21 Teil des Netzes ist, welches nur infolge der neu angeschlossenen Anlage der Anspruchstellerin ausgebaut wurde.

Die **Abgrenzung von Netzanschluss und Netzausbau** ergibt sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetz. Aus § 4 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 lässt sich entnehmen, dass es sich zumindest dann um Netzausbau handelt, wenn die Maßnahme „für den Betrieb des Netzes notwendige technische Einrichtungen“ betrifft. Im Umkehrschluss daraus wie auch aus § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 ergibt sich, dass Netzanschluss vorliegt, wenn es sich um Einrichtungen zwischen der Anlage und dem Verknüpfungspunkt der Anlage mit dem Netz – also grundsätzlich um Maßnahmen außerhalb des Netzes des Netzbetreibers – handelt. Vereinfacht gesagt, gehören also Maßnahmen, die *vor* dem Netzverknüpfungspunkt durchgeführt werden, zu dem vom Anlagenbetreiber zu tragenden Netzanschluss, Maßnahmen, die *hinter* dem Netzverknüpfungspunkt erfolge, zu dem vom Netzbetreiber zu tragenden Netzausbau.<sup>5</sup> Die umstrittene Frage, wie Maßnahmen unmittelbar *am* Netzverknüpfungspunkt einzuordnen sind, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Anhaltspunkte für die Unterscheidung Netzanschluss und Netzausbau können nach dem § 4 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 zu-

<sup>4</sup>Zur Einbeziehung aller Kosten in die gesamtwirtschaftliche Betrachtung siehe *BGH*, Urt. v. 10.11.2004 – VIII ZR 391/03, <http://www.bundesgerichtshof.de>, zuletzt besucht am 22.10.2008, S. 13 f.  
<sup>5</sup>Vgl. *BGH*, Urt. v. 18.07.2007 – VIII ZR 288/05, Rn. 34, <http://www.bundesgerichtshof.de>, zuletzt besucht am 22.10.2008.

## CLEARINGSTELLE EEG

grundlegenden Rechtsgedanken die Eigentumsverhältnisse an den neu zu schaffenden Anlagen bieten: Gehören Einrichtungen dem Netzbetreiber, kann dies darauf hindeuten, dass es sich um Netzausbau handelt; gehören sie dem Anlagenbetreiber, kann dies für Netzanschluss sprechen.<sup>6</sup> Für die Beantwortung der Frage, ob es sich um Maßnahmen *im* Netz oder *davor* handelt, ist gemäß der Definition in § 3 Abs. 6 EEG 2004, wonach das Netz

„... die Gesamtheit der miteinander verbundenen technischen Einrichtungen zur Übertragung und Verteilung von Elektrizität für die allgemeine Versorgung“

ist, eine funktionale Betrachtung vorzunehmen. Hat demnach die Maßnahme allein die Funktion, den Strom aus der Anlage zum Netz zu leiten, handelt es sich um Netzanschluss; dient die Maßnahme dazu, den Strom im Netz zu verteilen, handelt es sich um Netzausbau.

- 18 Nach diesen Maßstäben handelt es sich hier um eine Maßnahme zum Ausbau des Netzes der Anspruchsgegnerin, weil der Netzverknüpfungspunkt auf dem Grundstück der Anspruchstellerin lag und das neuverlegte Kabel nicht nur dazu diente, den Strom aus der Fotovoltaikanlage der Anspruchstellerin aufzunehmen, sondern auch dazu, über den Ersatz für den ursprünglich bereits bestehenden Hausanschluss das Anwesen mit Strom zu versorgen. Dies ergibt sich bereits aus dem Anschlussvertrag, in dem es ausdrücklich heißt, dass „sich der Verknüpfungspunkt und der Ort der Zählung auf Ihrem Grundstück [d. h. auf dem der Anspruchstellerin] befindet.“ Zwar handelt es sich hier um den Neubau einer Leitung, was auf den ersten Blick dafür sprechen könnte, dass es sich gar nicht um den Ausbau eines bestehenden Netzes handelt, weil „Ausbau“ begrifflich voraussetzt, dass etwas Vorhandenes verändert wird. Jedoch besteht im vorliegenden Fall die Besonderheit, dass das neuverlegte Kabel die bestehende Niederspannungsleitung, welche im Zuge der Netzanbindung der Fotovoltaikanlage stillgelegt wurde und welche bis dahin zur allgemeinen Versorgung genutzt wurde, ersetzt. *Funktional* handelt es sich somit bei dem Erdkabel um einen Ersatz für die stillgelegte Versorgungsleitung und folglich um eine Maßnahme *im* Netz der Anspruchsgegnerin. Der Sachverhalt ist letztlich nicht anders zu

---

<sup>6</sup>Einschränkend *BGH*, Urt. v. 01.10.2008 – VIII ZR 21/07, <http://www.bundesgerichtshof.de>, zuletzt besucht am 22.10.2008, wonach dem Eigentum jedenfalls dann keine maßgebliche Bedeutung zukommt, wenn der Netzbetreiber das Eigentum nicht beansprucht hat, ihm dieses vielmehr ungewollt zugefallen ist. Hier hat die Anspruchsgegnerin indes das Eigentum vertraglich für sich beansprucht, so dass die vorgenannte Einschränkung des *BGH* nicht zum Tragen kommt.

## CLEARINGSTELLE EEG

beurteilen, als wenn – angenommen, dies wäre technisch und wirtschaftlich günstiger gewesen – die Parteien vereinbart hätten, die bestehende Freileitung zu verstärken, was unstrittig – wie sich u. a. aus den Angebotsvarianten 2 und 3 ergibt – als Netzausbau einzustufen gewesen wäre. Dafür spricht ferner die freiwillige vertragliche Übernahme des Eigentums und der Unterhaltslast für die neuerrichtete Leitung durch die Anspruchsgegnerin. Dies deutet darauf hin, dass die Anspruchsgegnerin sich zumindest die Möglichkeit offenhalten will, auch andere Anschlussnehmer niederspannungsseitig über das neuverlegte Kabel anzuschließen und andere Anschlussnutzer darüber zu versorgen. Dementsprechend hat sich die Anspruchsgegnerin in der Beschreibung der Variante 1 auch ausdrücklich vorbehalten, dass „nach Herstellung des Hausanschlusses weitere Anschlüsse“ hinzukommen können. Zwar wird gemäß § 10 Abs. 6 AVBELtV<sup>7</sup> – auf den die Anspruchsgegnerin in diesem Zusammenhang verweist – erst nach dem Hinzukommen weiterer Anschlussnehmer die Leitung zum Bestandteil des Verteilungsnetzes im Sinne der AVBELtV, doch hat dies auf die Bestimmung des Netzes der allgemeinen Versorgung im Sinne des EEG keinen Einfluss.<sup>8</sup> Vielmehr handelte es sich hier sowohl bei der stillgelegten Leitung als auch bei dem diese Leitung ersetzenden Erdkabel um zum Netz der allgemeinen Versorgung gehörende Stickleitungen, deren Ausbau dem Netzausbau zuzurechnen ist.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup>Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden vom 21.06.1979, BGBl. I S. 684, mit Wirkung vom 08.11.2006 außer Kraft gesetzt durch Art. 4 der Verordnung zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck vom 01.11.2006, BGBl. I S. 2477.

<sup>8</sup>So ausdrücklich *BGH*, Urt. v. 10.11.2004 – VIII ZR 391/03, <http://www.bundesgerichtshof.de>, S. 10 f., zuletzt besucht am 01.04.2009.

<sup>9</sup>Vgl. *OLG Celle*, Urt. v. 12.01.2006 – 20 U 34/05, S. 5, <http://app.olg-ol.niedersachsen.de/efundus/volltext.php4?id=4156&ident=>, *BGH*, Urt. v. 10.11.2004 – VIII ZR 391/03, Leitsätze 1 und 2 und S. 8 ff., <http://www.bundesgerichtshof.de>; *BGH*, Urt. v. 28.03.2007 – VIII ZR 42/06, <http://www.bundesgerichtshof.de>, jeweils zuletzt besucht am 22.10.2008. – Zur Abgrenzung von Netzanschluss und Netzausbau bei der Verstärkung einer vorhandenen Stickleitung siehe auch *Clearingstelle EEG*, Votum v. 19.09.2008 – 2008/14, <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/14>.

## CLEARINGSTELLE EEG

- 19 Unstreitig ist die **technische Eignung** des Netzes für die Abnahme des Stroms erst durch den Neubau der Leitung erreicht geworden.
- 20 Dass der Netzausbau vorliegend **wirtschaftlich unzumutbar** ist, ist von der Anspruchsgegnerin nicht vorgetragen worden. Zwar handelt es sich bei der wirtschaftlichen Zumutbarkeit um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vollumfänglich der Überprüfung zugänglich ist.<sup>10</sup> Jedoch gilt auch insoweit der Beibringungsgrundsatz, als die Parteien die wirtschaftliche (Un-)Zumutbarkeit zumindest geltend machen und den wesentlichen Tatsachenstoff, der aus ihrer Sicht zur (Un-)Zumutbarkeit führe, darlegen und ggf. beweisen müssen.

### 2.2.2 Vertragliche Kostentragungsvereinbarung

- 21 Eine vertragliche Vereinbarung, wonach hier – abweichend von der gesetzlichen Regel des § 13 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 – die Anspruchstellerin die Kosten des Netzausbaus zu tragen hätte, liegt nicht vor.<sup>11</sup> Die in dem ersten Angebot der Anspruchsgegnerin enthaltene Kostentragungsvereinbarung war unstreitig nicht Gegenstand des schließlich geschlossenen Vertrages. Auch kommt nicht in Betracht, eine konkludente Kostenübernahmevereinbarung in der Zahlung der Anspruchstellerin zu sehen, weil diese ausdrücklich unter den Vorbehalt der Nachprüfung gestellt wurde. Zwar reagierte die Anspruchsgegnerin nicht mehr ausdrücklich auf diesen erst von der Anspruchstellerin handschriftlich ergänzten Vorbehalt, was als neues Angebot der Anspruchstellerin zu werten ist (§ 150 Abs. 2 BGB); jedoch nahm die Anspruchsgegnerin das neue Angebot der Anspruchstellerin – inklusive Vorbehalt – den Umständen nach durch die Verlegung des Kabels an (§ 151 BGB), so dass wirksam vereinbart wurde, die Kostentragung nachträglich prüfen zu lassen.

### 2.2.3 Bereicherungsrechtliche Abwicklung

- 22 Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Erstattung der geleisteten Zahlung i. H. v. [12 000,00 €], weil nach dem Vorstehenden die Anspruchsgegnerin zur Kostentragung verpflichtet ist und die Anspruchstellerin somit ohne rechtlichen Grund gezahlt hat, § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Gründe,

<sup>10</sup>Vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 19.09.2008 – 2008/14, <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/14>.

<sup>11</sup>Unter Geltung des EEG 2004 konnte von der Kostenregelung des § 13 EEG 2004 durch individualvertragliche Vereinbarung abgewichen werden, s. *BGH*, Urt. v. 27.06.2007 – VIII ZR 149/06, <http://www.bundesgerichtshof.de>, zuletzt besucht am 01.04.2009.

die hier gegen die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung sprechen könnten, sind weder vorgetragen worden noch ersichtlich.

## Beschluss

Gemäß § 29 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit dem Votum der Clearingstelle EEG beendet.

Dr. Lovens

Lucha

Puke

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

- 1 Die Anspruchstellerin plant, auf dem Dach einer Cargo-Halle auf dem Gelände des [F...] Fotovoltaikanlagen mit einer Leistung von 300 kW<sub>p</sub> 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 Energiewirtschaftsgesetz<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>
- 2 Der Verbrauchsstrom im Objektnetz des Beistands der Anspruchstellerin wird zu

<sup>1</sup>Energiewirtschaftsgesetz 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.

<sup>2</sup>Hinweis 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-eeeg.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.

## CLEARINGSTELLE EEG

einem Anteil von ca. 30–50 % durch ein nahe gelegenes Kraftwerk<sup>3</sup>, 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.

- 3 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.
- 4 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.
- 5 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 9. März 2009 und 12. März 2009 haben sich die

<sup>3</sup>Nach 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.

Anspruchstellerin bzw. die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG<sup>4</sup> (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.

- 6 Mit Beschluss vom 25. März 2009 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:
- 7 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

- 8 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.
- 9 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.

### 2.2 Würdigung

- 10 § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009<sup>5</sup> steht dem Vergütungsanspruch der Anspruchstellerin, die den in ihren geplanten Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren

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

<sup>5</sup>Verkündet 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.

## CLEARINGSTELLE EEG

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:

- 11 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.
- 12 Verfahrensgegenständlich war allein die Frage, ob § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 dem potenziellen Vergütungsanspruch der Anspruchstellerin entgegensteht.
- 13 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.
- 14 Es liegt bereits kein Fall des § 16 Abs. 4 lit. c) EEG 2009 vor. Ob es sich bei Objektnetzen i. S. d. EnWG 2005 um Netze der allgemeinen Versorgung i. S. d. EEG 2009 handelt<sup>6</sup> 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 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

---

<sup>6</sup>Dafür, 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.

§ 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 soll<sup>7</sup> 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.

- 15 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 verklagen<sup>8</sup>. 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*, 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) Vergütungsan-

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

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

## CLEARINGSTELLE EEG

---

spruch besteht,

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

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

---

<sup>9</sup>Hervorhebung nicht im Original.

2008/1

24. Juli 2009

## Votum

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

Leitsätze:

1. Der Begriff „Gebäude“ in § 11 Abs. 2 Satz 3 sowie in § 11 Abs. 6 EEG 2004 orientiert sich am bauordnungsrechtlichen Gebäudebegriff, ist jedoch eigenständig auszulegen.
2. Entscheidendes Kriterium zur Beantwortung der Frage, ob ein oder mehrere Gebäude im Sinne des § 11 EEG 2004 vorliegen, ist die selbstständige Benutzbarkeit der jeweiligen Raumeinheiten.
3. Das Vorhandensein von Wänden ist kein notwendiges Kriterium für die Annahme eines Gebäudes im Sinne des EEG 2004.

In dem Votumsverfahren

1. [...]
2. [...]
3. [...]

– Anspruchsteller –

4. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens und die Mitglieder Lucha und Puke im schriftlichen Verfahren am 24. Juli 2009 folgendes Votum:

---

<sup>I</sup>  
Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/VotV/2008/1> können Sie dieses Dokument herunterladen.

## CLEARINGSTELLE EEG

Die Anspruchsteller zu 1) bis 3) haben Anspruch darauf, dass die PV-Installation auf dem Dach der in der [G...]straße [...] in [...] [D...] belegenen Halle im Hinblick auf § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004 als drei einzelne Anlagen behandelt werden. Es handelt sich zum Zwecke der Ermittlung der Vergütungshöhe nicht um eine Anlage.

### I Tatbestand

- 1 Die Anspruchsteller sind als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) Eigentümer einer in der [G...]straße [...] in [...] [D...] belegenen Halle. Die Halle ist baulich in drei nahezu gleich große Abschnitte eingeteilt. Die Abschnitte sind durch mit Spanplatten verkleidete, 24 cm starke Holzbauwände über die gesamte Breite von jeweils 19,5 m voneinander getrennt. Brandschutzfunktion kommt diesen Wänden nicht zu. Den Abschnitten entsprechen jeweils gleich große Dachflächen. Abschnitte und Dachflächen sind, von Südwesten aus in nordöstlicher Richtung beschrieben, jeweils dem Anspruchsteller zu 2), dem Anspruchsteller zu 1) und dem Anspruchsteller zu 3) zugeordnet. Die drei Hallenabschnitte sind von nordwestlicher Richtung aus durch jeweils 3 Tore zugänglich; im jeweils mittleren Tor befindet sich zudem eine Tür. Von südöstlicher Seite sind alle drei Hallenabschnitte durch jeweils eine Tür zugänglich. An der südöstlichen Seite der Halle befinden sich Sanitär- und Sozialräume. Diese sind vom Abschnitt 1 der Halle durch eine Wand getrennt und nur von außen zugänglich. Diese Angaben ergeben sich im Wesentlichen aus dem Grundriss des Ingenieurbüros [C...] [H...] zum Bauvorhaben „Errichtung einer Halle“ vom Juni 2007 sowie aus den Angaben der Anspruchsteller aufgrund eines Auszugs aus der Liegenschaftskarte des Amtes für Bodenmanagement [F...] zum Flur [...], Flurstück [...], vom 11. Mai 2007. Das Hallendach hat durchweg eine gleichbleibende Höhe. Die Außenwände sind mit Alu-Trapezblech verkleidet und ebenfalls 24 cm stark.
- 2 Auf dem Dach der Halle sind Fotovoltaikmodule installiert. Die Anspruchsteller ordnen diese Fotovoltaikmodule entsprechend der oben genannten Zuordnung der Hallenabschnitten entsprechenden Dachflächen einander zu. In einer an die Clearingstelle EEG gerichteten elektronischen Post des Anspruchstellers zu 1) vom 2. November 2007 heißt es wörtlich: „... wir wollen mit drei Personen 3 Photovoltaikanlagen auf unserer Halle errichten.“ Die Fotovoltaikmodule sind im Jahr 2007

2

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Lucha. Unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/VotV/2008/1> können Sie dieses Dokument herunterladen.

in Betrieb genommen worden. Für die Gesamtheit der auf dem jeweiligen Dachabschnitt vorhandenen Fotovoltaikmodule ist jeweils ein eigener Zähler installiert worden.

- 3 Die Anspruchsteller behaupten, die Gesamtheit der installierten Fotovoltaikmodule habe eine installierte elektrische Leistung von 84 kW<sub>p</sub>. Sie sind der Ansicht, es handle sich dabei um drei eigenständige Anlagen, die zum Zwecke der Vergütung durch die Anspruchsgegnerin jeweils gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004 mit der Folge zu behandeln wären, dass § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2004 nicht angewendet und mithin nicht bloß die verringerte Mindestvergütung gezahlt würde.
- 4 Die Anspruchsgegnerin behauptet, die Gesamtleistung der installierten Fotovoltaikmodule betrage 82,11 kW<sub>p</sub>. Sie ist der Auffassung, die Gesamtheit der installierten Fotovoltaikmodule sei gemäß § 11 Abs. 6 EEG 2004 zum Zwecke der Vergütung als eine Anlage zu behandeln. Bei der Halle handle es sich „nach allgemeiner Verkehrsauffassung“ um „ein Gebäude“. Sie meint, das bloße Setzen von Trennwänden könne nicht verhindern, dass die Rechtsfolge des § 11 Abs. 6 EEG 2004 ausgelöst werde. Der Gesetzgeber des EEG 2004 habe eine Zusammenfassung zum Zwecke der Vergütung auf der Basis eines Gebäudes und im Zeitraum von 6 Kalendermonaten vorgesehen, um die günstigeren Konditionen bei der Anschaffung größerer zeitlich zusammenhängender Investitionen zu berücksichtigen. Separate Anlagen seien allenfalls anzunehmen, wenn die Trennwände tragend seien, Brandschutzfunktion übernehmen und somit gesichert wäre, dass im Brand- oder Abrissfall eines Gebäudeteils die anderen ihre Funktion weiterhin erfüllen könnten. Dies sei aufgrund der Konstruktion mit Spanplatten verkleideter Holzbauwände hier nicht der Fall.
- 5 Die Parteien haben die Clearingstelle EEG mit unter dem 2. Februar 2008 und 13. März 2008 unterzeichnetem gemeinsamen Antrag um Durchführung eines Votumsverfahrens gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)<sup>1</sup> ersucht. Die Anspruchsteller haben keine der im Anhang, Teil A, genannten Interessengruppen ausgewählt, eine nichtständige Beisitzerin oder einen nichtständigen Beisitzer zu stellen. Die Antragsgegnerin hat den BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. als Interessengruppe ausgewählt.
- 6 Mit Beschluss vom 11. April 2008 hat die Clearingstelle EEG gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

<sup>1</sup> Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/Verfahrensordnung>.

- 7 Haben die Anspruchsteller zu 1) bis 3) einen Anspruch darauf, dass die auf dem Dach der in der [G... ]straße [...] in [...] [D...] belegenen Halle installierte(n) Fotovoltaikanlage(n) im Hinblick auf § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG als drei einzelne Anlagen behandelt werden oder handelt es sich zum Zwecke der Ermittlung der Vergütungshöhe um eine Anlage?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 8 Das Verfahren ist nach den Vorschriften der VerfO zustande gekommen und durchgeführt worden.
- 9 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 2 Satz 4, 26 Abs. 1 Satz 1, 2 Abs. 1 Satz 1 VerfO. Nichtständige Beisitzerinnen oder Beisitzer waren nicht hinzuzuziehen. Gemäß § 26 Abs. 2 Satz 4 VerfO kommt es nicht zur Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers der einen Seite, wenn es nicht zur Auswahl durch die andere Seite kommt. Die Anspruchsteller haben keinen Interessenverband ausgewählt. Daher kam es auch nicht zur Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers vom BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. Die Clearingstelle EEG ist somit mit dem Vorsitzenden und den zwei ständigen Beisitzern besetzt. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO der Vorsitzende der Clearingstelle EEG Dr. Lovens erstellt.
- 10 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
- 11 Die Parteien haben gemäß § 28 i. V. m. § 20 Abs. 2 Satz 1 VerfO die Zustimmung erteilt, dass die Clearingstelle EEG das Verfahren schriftlich führt.

### 2.2 Würdigung

- 12 Bei den auf dem Dach in der [G... ]straße [...] in [...] [D...] belegenen Halle installierten Fotovoltaikmodulen handelt es sich zum Zwecke der Ermittlung der Vergütungshöhe gemäß § 11 Abs. 6 um drei Anlagen im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004. Die Anspruchsteller haben daher Anspruch darauf, dass der Strom aus den Fotovoltaikmodulen als aus drei einzelnen Anlagen stammend abgerechnet wird.

- 13 Gemäß § 11 Abs. 6 EEG 2004 gelten abweichend von § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 mehrere Fotovoltaikanlagen, die sich entweder an oder auf demselben Gebäude befinden und innerhalb von sechs aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen worden sind, zum Zweck der Ermittlung der Vergütungshöhe nach Abs. 2 für die jeweils zuletzt in Betrieb genommene Anlage auch dann als eine Anlage, wenn sie nicht mit gemeinsam für den Betrieb technisch erforderlichen Einrichtungen oder baulichen Anlagen unmittelbar verbunden sind.
- 14 Zwar liegt der 6-Monatszeitraum vor: Am 2. November 2007 formulierte der Anspruchsteller zu 1, „wir *wollen* ... 3 Photovoltaikanlagen auf unserer Halle errichten“<sup>2</sup>. Diese Formulierung drückt aus, dass die Fotovoltaikmodule am 2. November 2007 noch nicht installiert waren, die Anspruchsteller dies vielmehr noch planten. Da die Fotovoltaikmodule noch im Jahr 2007 in Betrieb genommen worden sind und zwischen dem 2. November 2007 und dem Jahresende 2007 weniger als 6 Monate lagen, ist der 6-Monatszeitraum des § 11 Abs. 6 EEG 2004 eingehalten.
- 15 Die Fotovoltaikmodule befinden sich jedoch nicht auf demselben Gebäude i. S. d. § 11 Abs. 6 EEG 2004.
- 16 Die Eigenschaft der streitgegenständlichen Halle als *ein* Gebäude ergibt sich nicht schon aus dem Auszug aus der Liegenschaftskarte des Amts für Bodenmanagement [F...], Flur [...], Flurstück [...], vom 11. Mai 2007, das die Halle liegenschaftsfachlich als *ein* Gebäude ausweist. Zwar können liegenschaftsfachliche Angaben Indizien für die Bestimmung der Gebäudeeigenschaft nach § 11 Abs. 6 EEG 2004 sein, sie sind hierfür jedoch nicht entscheidend, da das EEG insofern nicht verwaltungsakzessorisch ist.<sup>3</sup> Erst recht gilt dies für die Angabe im Grundriss des Ingenieurbüros [C... ] [H... ], der das Bauvorhaben als „Errichtung *einer* Halle“<sup>4</sup> bezeichnet. Hierbei handelt es sich um eine ingenieurfachliche Bezeichnung, der lediglich Indizwirkung für die Frage zukommt, ob es sich bei der streitgegenständlichen Halle um ein oder mehrere Gebäude im Sinne des § 11 Abs. 6 EEG 2004 handelt.

---

<sup>2</sup>Hervorhebung nicht im Original.

<sup>3</sup>An dieser Stelle kann daher dahingestellt bleiben, ob es sich bei dem Auszug aus der Liegenschaftskarte des Amts für Bodenmanagement [F... ] um einen öffentlich-rechtlichen Rechtsakt handelt, der für und wider jedermann wirkt.

<sup>4</sup>Hervorhebungen nicht im Original.

## CLEARINGSTELLE EEG

Was unter einem „Gebäude“ zu verstehen ist, ist nicht eindeutig anhand des **Wortlauts** zu definieren.

17 So definiert etwa die offene Internet-Enzyklopädie *Wikipedia*<sup>5</sup> ein Gebäude als ein

...Bauwerk, das Räume umschließt, betreten werden kann und zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen dient.

Es besitze

18 nicht zwingend Wände oder einen Keller, jedoch immer ein Dach.<sup>6</sup>

19 Die *Brockhaus Enzyklopädie* definiert ein Gebäude als ein „Bauwerk“<sup>7</sup>, dieses wiederum als ein „Erzeugnis der Architektur“<sup>8</sup>

20 Während die liegenschafts- und die ingenieurfachlichen Angaben von der gesamten Halle als *einem* Gebäude ausgehen, setzt die o. g. Definition nicht einmal zwingend Wände für ein Gebäude voraus. Aufgrund dieser Abweichungen bleibt insbesondere unklar, welche Rolle das Vorhandensein und die Qualität von Wänden dabei spielt, ein Bauwerk als Gebäude i. S. d. EEG 2004 zu definieren. Die Auslegung des insoweit nicht eindeutigen Begriffes „Gebäude“ unter diesem Blickwinkel ist daher streitentscheidend und also geboten.

### 2.2.1 Systematik

21 Die systematische Auslegung untersucht zunächst den Bedeutungsgehalt des Begriffes „Gebäude“ in anderen Normen – zunächst denen des EEG, sodann außerhalb des Gesetzes.

22 **Innerhalb des EEG 2004** Innerhalb des EEG 2004 wird der Begriff „Gebäude“ in § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 legaldefiniert. Demnach sind Gebäude

23 selbstständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Men-

---

<sup>5</sup>Deren Heranziehung im Rahmen der Wortlautanalyse insbesondere deshalb geboten ist, da sich in den dort abrufbaren Texten aufgrund der Beteiligung vieler Benutzerinnen und Benutzer ein allgemeines, jedenfalls eben nicht zwingend fachspezifisches Begriffsverständnis niederschlägt.

<sup>6</sup>[Http://de.wikipedia.org/wiki/Gebäude](http://de.wikipedia.org/wiki/Gebäude), zuletzt abgerufen am 20.04.2009.

<sup>7</sup>*Brockhaus Enzyklopädie*, Sechster Band F – GEB, 17. Auflage 1968, S. 817.

<sup>8</sup>*Brockhaus Enzyklopädie*, Zweiter Band ATF – BLIS, 17. Auflage 1967, S. 408.

schen betreten werden können und geeignet oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen.

- 24 Der enge systematische Zusammenhang – die Legaldefinition aus § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 befindet sich im gleichen Paragraphen wie die streitentscheidende Norm des § 11 Abs. 6 EEG 2004 – legt sehr nahe, diese Gebäudedefinition auch auf § 11 Abs. 6 EEG 2004 anzuwenden. Hinsichtlich der Bedeutung des Vorhandenseins und der Qualität von Wänden trifft die Legaldefinition jedoch keine Aussage. Zwar verlangt sie ein Dach („überdeckte bauliche Anlage“)<sup>9</sup>, aber nicht zwingend eine oder mehrere Wände.<sup>10</sup> Sie beinhaltet jedoch das Kriterium der selbstständigen Benutzbarkeit.
- 25 **Bauordnungsrecht** § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 entspricht wörtlich § 2 Abs. 2 der Musterbauordnung<sup>11</sup>. § 2 Abs. 3 Satz 1 MBO, der die Definition des § 2 Abs. 2 MBO konkretisiert, lautet:
- 26 Gebäude werden in folgende Gebäudeklassen eingeteilt:
1. Gebäudeklasse 1:
    - (a) freistehende Gebäude mit einer Höhe bis zu 7 m und nicht mehr als zwei Nutzungseinheiten von insgesamt nicht mehr als 400 m<sup>2</sup> und
    - (b) freistehende land- oder forstwirtschaftlich genutzte Gebäude,
  2. Gebäudeklasse 2:

Gebäude mit einer Höhe bis zu 7 m und nicht mehr als zwei Nutzungseinheiten von insgesamt nicht mehr als 400 m<sup>2</sup>,
  3. Gebäudeklasse 3:

sonstige Gebäude mit einer Höhe bis zu 7 m,
  4. Gebäudeklasse 4:

Gebäude mit einer Höhe bis zu 13 m und Nutzungseinheiten mit jeweils nicht mehr als 400 m<sup>2</sup>,

<sup>9</sup>Hervorhebung nicht im Original.

<sup>10</sup>Vgl. *Oschmann*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 47 m. w. N., demzufolge auch Carports, Viehunterstände oder Tankstellenüberdachungen in aller Regel Gebäude im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 sind.

<sup>11</sup>Vgl. <http://www.is-ergebaut.de>, zuletzt abgerufen am 20.04.2009, im Folgenden MBO.

## 5. Gebäudeklasse 5:

sonstige Gebäude einschließlich unterirdischer Gebäude.

- 27 Aus dem Zusammenhang von § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 mit den Nrn. 2 – 5 MBO ergibt sich, dass ein „Gebäude“ im Sinne der Musterbauordnung nicht zwangsläufig ein „freistehendes“ Gebäude sein muss – denn das Kriterium des „Freistehens“ ist nur in § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, nicht aber in den Nrn. 2 – 5 genannt. Ein Gebäude, das nicht „freisteht“, weist indessen bauliche Verbindungen mit anderen Gebäuden (im Sinne der MBO) auf. Diese bauliche Verbindungen erfolgen regelmäßig durch gemeinsame Wände, da ohne eine gemeinsame Wand zwei Gebäude „freistehend“ wären.
- 28 Die Wortgleichheit von § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 mit § 2 Abs. 2 MBO legt eine Auslegung anhand bauordnungsrechtlicher Kriterien nahe.<sup>12</sup> Hieraus folgt, dass das Vorhandensein von Wänden als solche für die Annahme eines „Gebäudes“ im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 nicht zwingend ist.

### 2.2.2 Genese

- 29 Die genetische Auslegung, die die Entstehungsgeschichte einer Norm untersucht, führt zu keinem (anderen) Ergebnis. Insbesondere enthält die Gesetzesbegründung zu § 11 Abs. 6 EEG 2004<sup>13</sup> keine Aussage darüber, welche Bedeutung dem Vorhandensein und der Qualität von Wänden bei der Definition des Gebäudebegriffs zukommen soll.

### 2.2.3 Historie

- 30 Die ursprüngliche Regelung – § 8 Abs. 2 EEG 2000 in der Urfassung<sup>14</sup> – enthielt eine bundesweite Mengenbegrenzung (350 Megawatt<sup>15</sup>). Die Begrenzung von vergütungsfähigem Strom aus Anlagen zur Erzeugung von solarer Strahlungsenergie stellt sich gegenüber einer (ungedeckelten) rechnerischen Anlagenzusammenfassung

<sup>12</sup>Vgl. *Oschmann*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 46.

<sup>13</sup>Vgl. *BT-Drs. 15/2327*, S. 63.

<sup>14</sup>Artikel 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes vom 29.03.2000, *BGBI. I S. 305*.

<sup>15</sup>Angehoben auf 1000 Megawatt durch Artikel 7 des Gesetzes zur Änderung des Mineralölsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 23.07.2002, *BGBI. I 2778, 2780*.

als hinreichend unterschiedliche Regelung dar, um zur genetischen Auslegung nicht herangezogen zu werden.

- 31 Erst das Zweite Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes<sup>16</sup> regelte die Begrenzung der Vergütung von Strom aus Anlagen zur Erzeugung von solarer Strahlungsenergie neu und abweichend von der bisherigen Deckelung im Sinne der rechnerischen Anlagenzusammenfassung, § 8 Abs. 6 EEG 2000 (in der ab dem 1. Januar 2004 geltenden Fassung). Indes ergab sich auch bei der Anwendung und Auslegung von § 8 Abs. 6 EEG 2000 (in der ab dem 1. Januar 2004 geltenden Fassung) keine Klarheit hinsichtlich der streitentscheidenden Frage, welche Bedeutung dem Vorhandensein und der Qualität von Wänden bei der Bestimmung zukommt, ob es sich um ein „Gebäude“ handelt.

## 2.2.4 Teleologische Auslegung

- 32 Die teleologische Auslegung untersucht den Zweck und das Ziel einer gesetzlichen Regelung. Die Gesetzesbegründung zu § 11 Abs. 6 EEG 2004<sup>17</sup> führt hierzu aus:
- 33 Die Vorschrift enthält eine Sonderregelung zu § 3 Abs. 2 Satz 2. Dadurch soll die Umgehung der Differenzierung nach Größenklassen in Abs. 2 verhindert werden.<sup>18</sup>
- 34 Wann eine solche „Umgehung“ vorliegt, erläutert die Gesetzesbegründung indes nicht. Insbesondere enthält sie keine Aussage zur Frage, welche Bedeutung dem Vorhandensein und der Qualität von Wänden zur Beurteilung einer etwaigen „Umgehung“ zukommen soll.
- 35 Wann eine „Umgehung“ anzunehmen ist, ist daher anhand des Zwecks und des Ziels der gesetzlichen Regelung zu ermitteln. Dabei sind nach Überzeugung der Clearingstelle EEG zwei Aspekte hinsichtlich der streitentscheidenden Auslegung von § 11 Abs. 6 EEG 2004 maßgeblich:
- 36 1. Eine Umgehung kann insbesondere dann angenommen werden, wenn der

<sup>16</sup>Vom 22.12.2003, BGBl. I S. 3074, sog. Photovoltaik-Vorschaltgesetz.

<sup>17</sup>BT-Drs. 15/2327, S. 35.

<sup>18</sup>Teilidentisch die Begründung zu § 8 Abs. 6 EEG 2000 in der Fassung geltend ab dem 01.01.2004: „Die Vorschrift soll die Umgehung der Differenzierung nach Größenklassen in Abs. 2 verhindern“, BT-Drs. 15/1974, S. 5.

selbe faktische Betreiber<sup>19</sup> mehrere PV-Anlagen auf einer baulichen Anlage<sup>20</sup> errichtet und – ohne rechnerische Zusammenfassung – hierdurch die Vergütungsschwellen aus § 11 Abs. 2 EEG 2004 mehrfach ausgeschöpft würden. Dies gilt insbesondere dann, wenn derselbe faktische Betreiber durch die – ggf. zeitversetzte – Installation mehrere PV-Anlagen auf einer baulichen Anlage installiert, dadurch ökonomische Synergieeffekte (v.a. im Einkauf und hinsichtlich der Kosten der Installation durch Dritte) realisiert, potentielle abrechnungstechnische Probleme aufgrund der konkreten Siedlungsstruktur (hierzu sonach) jedoch nicht zu gewärtigen sind.

2. § 11 Abs. 6 EEG 2004 verfolgt einen weiteren Zweck, indem er die Zusammenrechnung auf solche Fotovoltaikanlagen, die sich entweder an oder auf demselben Gebäude befinden und innerhalb von sechs aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen worden sind, beschränkt. Der räumlichen Bezugsgröße kommt dabei besondere Bedeutung zu. Indem § 11 Abs. 6 EEG 2004 die Verhinderung der Umgehung der Vergütungsschwellen bezüglich an oder auf einem Gebäude befindlicher PV-Anlagen beschränkt, trägt die Norm der besonderen Situation von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie Rechnung. PV-Anlagen können sich aufgrund ihrer technischen Eigenart (Möglichkeit von nahezu beliebig stückelbaren Kleinanlagen, geringe Masse etc.) in die vorhandene Siedlungsstruktur einfügen. Diesem Umstand entsprach der Gesetzgeber des EEG 2004 beispielsweise durch einen Zuschlag für Strom aus solchen Anlagen, die nicht auf dem Dach oder als Dach des Gebäudes angebracht sind und einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudes bilden<sup>21</sup>. Die Beschränkung der rechnerischen Anlagenzusammenfassung nach § 11 Abs. 6 EEG 2004 nimmt somit Rücksicht auf die konkrete Siedlungsstruktur. Eine großräumigere rechnerische Anlagenzusammenfassung hätte u. U. zu einer Investitionszurückhaltung v. a. zeitlich nachfolgender potentieller Kleinanlagenbetreiber geführt. Diese hätten sich nicht nur einer geringeren Vergütung des in ihren Anlagen erzeugten PV-Stroms, sondern –

<sup>19</sup>Zur Definition des sog. Anlagensplittings hinsichtlich des im energieträgerbezogenen und räumlichen Hinblick auf die betroffenen Anlagen verschiedenen § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009, insoweit aber vergleichbarer Definition des „faktischen Betreibers“ vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung vom 14.04.2009 – 2008/49, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/2008/49>.

<sup>20</sup>Zu denen auch Gebäude zählen, vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum vom 09.04.2008 – 2007/4, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/VotV/2007/4>.

<sup>21</sup>„Fassadenbonus“, vgl. hierzu ausführlich *Clearingstelle EEG*, Votum vom 26.06.2008 – 2008/11, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/11>.

unter der Voraussetzung, diese nicht widerspruchslos dulden zu wollen – darüber hinaus ggf. auch der Auseinandersetzung mit den ihnen räumlich (und ggf. sozial, etwa bei mehreren auf einem Grundstück errichteten Einfamilienhäusern) verbundenen Erstanlagenbetreibern gegenübergestellt gesehen. § 11 Abs. 6 EEG 2004 dient somit nicht nur dem Zweck, der Umgehung der Vergütungsschwellen im PV-Bereich entgegenzuwirken – ihm kommt auch eine Befriedungsfunktion gegenüber und zwischen (potentiellen) Anlagenbetreibern unter Berücksichtigung der konkreten Siedlungsstruktur zu. Ob und inwiefern Wände, die Gebäudeabschnitte voneinander trennen, überhaupt vorhanden sind oder gar Brandschutzfunktion übernehmen<sup>22</sup>, ist dabei unerheblich. Entscheidend ist vielmehr die Selbstständigkeit der Benutzbarkeit<sup>23</sup>. Dies ergibt sich aus den vorgenannten Überlegungen: Ein (potentieller) PV-Anlagenbetreiber, der eine bauliche Anlage selbstständig, d. h. ohne insbesondere bau-, miet- bzw. pachtrechtliche Rücksichtnahme, zu nutzen berechtigt und in der Lage ist, wird unter Geltung des EEG 2004 regelmäßig erwarten dürfen, dass eine PV-Anlage, die sich insofern auf „seinem Gebäude“ befindet, als eigenständige Anlage abgerechnet wird. Wenn und soweit die Betreiberin bzw. der Betreiber dem bauordnungsrechtlichen Rücksichtnahmegebot nur in eingeschränkter Weise unterliegt, ist es aufgrund der bauordnungsrechtlich geprägten Gebäudedefinition aus § 11 EEG 2004 naheliegend, ihn vergütungsrechtlich denselben Maßstäben zu unterwerfen. Dies gilt im Hinblick auf die vergütungsrechtlichen Folgen des § 11 Abs. 6 EEG 2004 in besonderem Maße. § 11 Abs. 6 EEG 2004 kommt die Funktion sozialer Befriedung zwischen den Nutzungsberechtigten funktional selbstständiger Gebäude insofern zu, als diese sich bezüglich der Verteilung der Vergütung keinen anderen als den Maßstäben unterwerfen müssen, die hinsichtlich der selbstständigen Benutzbarkeit der von ihnen besessenen Gebäude anzuwenden sind.

Unter teleologischen Gesichtspunkten kommt der Auslegung des Begriffs „Gebäude“ in § 11 Abs. 6 EEG 2004 daher eine ergänzende Funktion zum Begriff des Gebäudes im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 zu: Während § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 die Abgrenzung von „Gebäuden“ zu „Nicht-Gebäuden“ v. a. zur Bestimmung der Vergütungsvoraussetzungen des „Fassaden-Zuschlags“ i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 bezweckt, dient die in § 11 Abs. 6 EEG 2004

<sup>22</sup>Für dieses (Indiz-)Kriterium *Oschmann*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 88.

<sup>23</sup>Vgl. *Oschmann*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 88.

## CLEARINGSTELLE EEG

vorgeschriebene Abgrenzung zwischen PV-Anlagen, die sich „an oder auf demselben Gebäude“ befinden und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, der Funktion sozialer Befriedung unter Rücksichtnahme auf die konkrete Siedlungsstruktur.

### 2.2.5 Fazit zur Auslegung

37 Hinsichtlich der entscheidungserheblichen Frage, welche Bedeutung das Vorhandensein und die Qualität von Wänden zur Definition von „Gebäuden“ im Sinne des § 11 Abs. 6 EEG 2004 hat, ergibt die Auslegung folgende Ergebnisse:

- Weder der allgemeine Sprachgebrauch noch die systematische Betrachtung, insbesondere unter Berücksichtigung der Musterbauordnung, legen nahe, dass Wände zur Unterscheidung eines „Gebäudes“ von einem anderen „Gebäude“ überhaupt vorhanden sein müssen. Beide Zugänge zum Bedeutungsgehalt legen indes nahe, der selbstständigen Benutzbarkeit der zu prüfenden (baulichen) Anlagen besonderes Gewicht einzuräumen.
- Der sozialen Dimension einer konkreten Siedlungsstruktur kommt unter Berücksichtigung der konkreten Befriedungsfunktion besonderer Stellenwert zu.

### 2.2.6 Anwendung auf den zugrundeliegenden Fall

38 Dass die verfahrensgegenständliche Halle von Menschen betreten werden kann und geeignet oder bestimmt ist, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen, ist zwischen den Parteien unstrittig. Es handelt sich insofern um unstrittige Tatbestandsmerkmale, die die Clearingstelle EEG ihrer Entscheidung zugrunde legt.

39 Das Vorhandensein und die Qualität der Wände der Halle sind für die Beurteilung, ob es sich um eine oder mehrere Anlagen im Sinne der rechnerischen Anlagenzusammenfassung nach § 11 Abs. 6 EEG 2004 von allenfalls indizieller Aussagekraft. Zwar sind die Hallenabschnitte nur mit Holzbauwänden voneinander getrennt und hat das Hallendach durchweg eine gleichbleibende Höhe. Auch betreiben die Anspruchsteller die Halle als GbR. Hieraus ist indes nicht zu folgern, dass die von ihnen betriebenen Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie gem. § 11 Abs. 6 EEG 2004 zusammenzufassen sind.

40 Insbesondere ist der Argumentation der Anspruchsgegnerin, die Trennwände müss-

ten tragend sein und Brandschutzfunktion erfüllen, nicht zu folgen. Wenn sich aufgrund der Auslegung von § 11 Abs. 6 EEG 2004 schon kein Bedürfnis ergibt, dass „Gebäude“ i. S. d. § 11 Abs. 6 EEG 2004 überhaupt Wände haben, wäre es nicht folgerichtig, an die Qualität der Wände besondere Anforderungen zu stellen. Dem EEG 2004 lässt sich nicht entnehmen, dass statische Erwägungen und/oder potentielle katastrophale Entwicklungen (etwaiger Abbrand eines Gebäudes i. S. d. § 11 Abs. 6 EEG 2004) Auswirkungen auf die Vergütung haben sollen. Entscheidend ist stattdessen die Frage der selbstständigen Benutzbarkeit der baulichen Anlagen.

- 41 Vorliegend sind die Hallenabschnitte jeweils einzeln selbstständig benutzbar. Jeder Abschnitt ist von nordwestlicher Richtung einzeln durch jeweils 3 Tore und die sich jeweils im mittleren Tor befindliche Einzeltür zugänglich. Die drei Abschnitte weisen darüber hinaus jeweils eine Zugangsmöglichkeit von südöstlicher Richtung auf. Die Hallenabschnitte sind durch Wände voneinander getrennt, die keine Durchgänge ausweisen.
- 42 Gegen den Befund einzelner Gebäude spricht nicht, dass das Hallendach ein einheitliches Höhenniveau aufweist. Für die Frage der selbstständigen Benutzbarkeit der Abschnitte der verfahrensgegenständlichen Halle ist dies ohne Bedeutung, da die selbstständige Benutzbarkeit auf den separaten Zugängen sowie darauf beruht, dass die Hallenabschnitte intern nicht miteinander verbunden sind.
- 43 Der Annahme selbstständiger Benutzbarkeit aller drei Hallenabschnitte steht zudem nicht entgegen, dass sich die Sanitär- und Sozialräume in südöstlicher Richtung an den Abschnitt 1 anschließen und nur einmal vorhanden sind. Die Hallenabschnitte sind unterschiedslos nicht mit den Sanitär- und Sozialräumen verbunden, auch vom Abschnitt 1 führt keine Tür zu ihnen. Benutzerinnen und Benutzer der drei Hallenabschnitte, die die Sanitär- und Sozialräume aufsuchen wollen, müssen die jeweiligen Hallenabschnitte zunächst nach außen verlassen. Auch die Benutzerinnen und Benutzer der Hallenabschnitte 2 und 3 können dies tun, ohne den Abschnitt 1 betreten zu müssen. Die selbstständige Benutzbarkeit der Abschnitte 2 und 3 wird somit nicht dadurch tangiert, dass die Sanitär- und Sozialräume an den Hallenabschnitt 1 angelagert sind – im Gegenteil wird sie dadurch unterstrichen.
- 44 Etwas anderes ergibt sich nicht dadurch, dass die Anspruchsteller die Halle in Form einer GbR betreiben. Denn die eigentumsrechtliche Zuordnung der Gebäude oder der baulichen Anlagen, auf oder an denen Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie angebracht sind, ist ausweislich des Wortlauts von § 11 Abs. 6 EEG 2004 ohne Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob und inwiefern das

## CLEARINGSTELLE EEG

Vorhandensein von Wänden und deren Qualität entscheidend für die rechnerische Anlagenzusammenfassung nach § 11 Abs. 6 EEG 2004 ist.

- 45 Der Befund, demzufolge es sich um drei Anlagen im Sinne des § 11 Abs. 6 EEG 2004 handelt, wird dadurch gestützt, dass für jeden mit den Hallenabschnitten korrespondierenden Dachabschnitt bzw. für die dort installierten PV-Module ein eigener Zähler installiert ist. Zwar sind gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz EEG 2004 Messeinrichtungen nicht i. S. d. § 3 Abs. 2 Satz 2 1. Halbsatz EEG 2004 für den Betrieb technisch erforderlich. § 11 Abs. 6 EEG 2004 statuiert jedoch zum Zwecke der Ermittlung der Vergütungshöhe nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 von § 3 Abs. 2 EEG 2004 abweichende Tatbestandsvoraussetzungen. Das Vorhandensein separater Zähler kann somit nicht – quasi im Umkehrschluss – dahingehend gedeutet werden, dass es bedeutungslos ist, ob jeweils eigene Zähler vorhanden sind. Dieser Aspekt ist vielmehr eigenständig und insbesondere unter Berücksichtigung des Wortlauts („Gebäude“) zu werten.
- 46 Die Wertung ergibt, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Modulen in ihrer jeweiligen, der Zuordnung entsprechenden Zusammenfassung um (je) eigene Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie handelt.
- 47 Die streitigen Angaben über die installierte elektrische Leistung sind im Hinblick auf die Beantwortung der Verfahrensfrage nicht relevant. Insbesondere ergibt sich auch unter Annahme der (von den Anspruchstellern) behaupteten höheren installierten elektrischen Leistung keine andere Bewertung der Sach- und Rechtslage im Hinblick auf die Verfahrensfrage.

### Beschluss

Gemäß § 29 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit dem Votum der Clearingstelle EEG beendet.

Dr. Lovens

Dr. Winkler  
(i. V. für Lucha)

Puke



Herausgeberin: Clearingstelle EEG – nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH (GF: Christine Lucha) ohne eigene Rechtspersönlichkeit.

V. i. S. d. P.: Dr. Sebastian Lovens

Kontorhaus Hefter

Charlottenstraße 65

10117 Berlin

Telefon 030 206 14 16-0

Telefax 030 206 14 16-79

post@clearingstelle-eeq.de

www.clearingstelle-eeq.de

Clearingstelle  
Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)

Charlottenstraße 65  
10117 Berlin

Telefon 030 206 14 16-0

Telefax 030 206 14 16-79

[post@clearingstelle-eeg.de](mailto:post@clearingstelle-eeg.de)

[www.clearingstelle-eeg.de](http://www.clearingstelle-eeg.de)

Clearingstelle EEG – neutrale Einrichtung zur  
Klärung von Streitigkeiten und Anwendungsfragen  
des EEG, errichtet durch das Bundesministerium  
für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit

Trägerin:

RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht  
der Erneuerbaren Energien mbH

GF: Christine Kruczynski  
AG Charlottenburg HRB 107788 B  
USt-IdNr. DE255468643