

# Stellungnahme

## **Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. gegenüber der Clearing- stelle EEG zu folgender Frage (Verfahren 2012/21):**

Rechtsfolgen der Versetzung von Solarstromanlagen

Berlin, 20. November 2012

**Fragestellung:**

Rechtsfolgen der Versetzung von Solarstromanlagen

1. Was gilt nach dem EEG 2009 bzw. dem EEG 2012 hinsichtlich des Inbetriebnahmezeitpunktes, des Vergütungsanspruchs und des Vergütungszeitraums für PV-Anlagen (Module), die von einer bestehenden Installation an einen anderen Standort versetzt werden, ohne dort andere Module innerhalb einer bestehenden Installation zu ersetzen,
  - (a) wenn dabei kein Wechsel des Vergütungstatbestandes stattfindet (z. B. Wechsel von Dach zu Dach oder von baulicher Anlage hin zu Fläche längs einer Autobahn), bzw.
  - (b) wenn dabei ein Wechsel des Vergütungstatbestandes stattfindet (z. B. Wechsel von Dach zu Konversionsfläche)?
2. Wenn versetzte PV-Anlagen (Module) an einem neuen Netzverknüpfungspunkt an das Netz für die allgemeine Versorgung angeschlossen werden, gelten dann für die Ausführung des Anschlusses gemäß § 7 Abs. 2 EEG 2009 bzw. EEG 2012 die aktuellen oder die im Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebnahme der Anlagen geltenden technischen Anforderungen?
3. Ist eine Versetzung hinsichtlich der Einhaltung der technischen Vorgaben gemäß § 6 Abs. 1 bis 3 EEG 2012 (i.V. m. § 66 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EEG 2012) relevant ?

**Stellungnahme:**

Der BDEW stimmt dem Hinweistwurf der Clearingstelle EEG vom 25. Oktober 2012 grundsätzlich sowohl in der Herleitung als auch im Ergebnis zu. Er teilt aber nicht die Rechtsansicht der Clearingstelle EEG unter Nr. 4 der Entscheidung im engeren Sinne und unter Rdn. 19 bis 40 der Entscheidung im weiteren Sinne. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

**A - Entscheidung im engeren Sinne**

Während aus der Verfahrensfrage noch klar ersichtlich ist, dass sich der Hinweis nur auf Versetzungen von Solarstromanlagen im zeitlichen Anwendungsbereich des EEG 2009 und EEG 2012 erstreckt, d.h. auf Versetzungen ab dem 1. Januar 2009, erscheint dieser Hinweis nicht in der Entscheidung im engeren Sinne (vgl. auch die Einleitung von Rdn. 8 der Entscheidung im weiteren Sinne). Speziell die Bezugnahme auf das EEG 2009/2012 in Nr. 4 der Entscheidung im engeren Sinne wäre dann missverständlich, wenn es sich um Versetzungsvorgänge im Rahmen des zeitlichen Anwendungsbereichs des EEG 2004 oder des EEG 2000 handeln könnte. Der BDEW regt deshalb an, der Entscheidung im engeren Sinne eine Einleitung voranzustellen, dass der Hinweis nur für Versetzungen von Solarstromanlagen im zeitlichen Anwendungsbereich des EEG 2009 und EEG 2012 gilt, d.h. für Versetzungen ab dem 1. Januar 2009, aber unabhängig von der Inbetriebnahme der betreffenden Anlage. Für vorange-

gangene Versetzungszeitpunkte kann dann auf die Feststellungen des BGH in seinem Urteil vom 9. Februar 2011, Az. VIII ZR 35/10, verwiesen werden.

Der BDEW teilt allerdings nicht die Rechtsansicht, die die Clearingstelle EEG unter Nr. 4 der Entscheidung im engeren Sinne des Hinweistwurfes darstellt. Nach Ansicht des BDEW ist auch für die Bestimmung des Vergütungsanspruchs im Falle der Versetzung der Anlage ausschließlich die Fassung des EEG maßgeblich, die zum erstmaligen Erstinbetriebnahmezeitpunkt der Anlage gegolten hat. Dies ergibt sich aus den Ausführungen unter nachfolgender Nr. 2 zu Rdn. 19 ff. des Hinweistwurfs.

## **B - Entscheidung im weiteren Sinne**

### **1. Versetzen ohne Wechsel der Vergütungskategorie**

Der BDEW teilt die Rechtsansichten der Clearingstelle EEG in Rdn. 1 bis 18 des Hinweistwurfs. Unter Rdn. 14 sollte allerdings klargestellt werden, dass das Gebäude, auf dem die Anlagen ursprünglich angebracht gewesen waren, und das, auf das die Anlagen daraufhin versetzt worden sind, jeweils die Definition des „Gebäudes“ in § 33 Abs. 3 EEG 2009/2012 (alt) bzw. § 33 Abs. 4 EEG 2012 (neu) erfüllen müssen. Der Begriff „Hausdach“ ist hier missverständlich.

### **2. Versetzen mit Wechsel der Vergütungskategorie**

Der BDEW kann jedoch den Ausführungen der Clearingstelle EEG in Rdn. 19 bis 40 der Entscheidung im engeren Sinne dahingehend nicht folgen, dass bei einer Anlagenversetzung, die zu einer Änderung der tatbestandlichen Vergütungsgrundlage führen würde, nur dann ein Vergütungsanspruch des Anlagenbetreibers besteht, wenn die zum Zeitpunkt der Versetzung der Anlage geltende Fassung des EEG 2009 oder 2012 diese Vergütungsgrundlage überhaupt gewährt. Nach Auffassung des BDEW wird hier die Bestimmung des Vergütungssatzes und der gesetzlichen Förderdauer unzulässigerweise einerseits in die Vergütungsgrundlage (Abstellung auf den Versetzungszeitpunkt) und andererseits in die Vergütungshöhe und die gesetzliche Förderdauer (Abstellung auf den Zeitpunkt der Erstinbetriebnahme der Anlage) aufgespalten. Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

#### **a) Herleitung aus dem Gesetzeswortlaut**

##### **aa) EEG 2009**

§ 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 EEG 2009 legt fest, dass sich die konkrete Vergütungshöhe mit Rücksicht auf eine eventuell durchzuführende Degression nach dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage bestimmt. Da die Vergütungshöhe untrennbar auch mit der Vergütungsgrundlage zusammenhängt, gilt auch für die Anwendung der Vergütungsgrundlage, also hier § 33 Abs. 1 oder § 32 Abs. 1 oder 2 EEG 2009, der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage.

§ 66 Abs. 1 EEG 2009 nimmt § 20 Abs. 1 EEG 2009 nicht von der Anwendung auf Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009 aus, weshalb § 20 Abs. 1 EEG 2009 auch für diese Anlagen gilt, soweit das EEG 2009 in zeitlicher Hinsicht anwendbar ist, d.h. bei Versetzungen ab dem 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2011.

Gleiches gilt im Ergebnis auch hinsichtlich der Bestimmung der gesetzlichen Förderdauer nach § 21 Abs. 2 EEG 2009. Der Beginn der Frist für die Bestimmung der gesetzlichen Förderdauer nach § 21 Abs. 2 Satz 1 oder 2 EEG 2009 ist gemäß Satz 3 der Regelung der „Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Generators, unabhängig davon, ob er mit Erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb genommen wurde.“ § 21 Abs. 2 EEG 2009 gilt zwar gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 nicht für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009. An seine Stelle tritt aber § 12 Abs. 3 EEG 2004

*„Die Mindestvergütungen sind vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme an jeweils für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen. Abweichend von Satz 1 sind die Mindestvergütungen für Strom aus Anlagen nach § 6 Abs. 1 für die Dauer von 30 Jahren und für Strom aus Anlagen nach § 6 Abs. 2 für die Dauer von 15 Jahren jeweils zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen.“*

bzw. über § 21 Abs. 1 EEG 2004 § 9 Abs. 1 EEG 2000

*„Die Mindestvergütungen nach §§ 4 bis 8 sind für neu in Betrieb genommene Anlagen jeweils für die Dauer von 20 Jahren ohne Berücksichtigung des Inbetriebnahmejahres zu zahlen, soweit es sich nicht um Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Wasserkraft handelt. Für Anlagen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes in Betrieb genommen worden sind, gilt als Inbetriebnahmejahr das Jahr 2000.“*

Beide Regelungen knüpfen die Bestimmung der gesetzlichen Förderdauer wie § 21 Abs. 2 EEG 2009 an den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage. Es war auch vom Gesetzgeber des EEG 2004 nicht intendiert, diese Bewertung im Falle einer Versetzung der Anlage zu ändern. So wird § 3 Abs. 4 EEG 2004 im Fraktionsentwurf<sup>1</sup> des EEG 2004 noch wie folgt begründet:

*„Unerheblich für die Bestimmung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme ist, ob die Anlage zu einem späteren Zeitpunkt an einen anderen Ort versetzt wird. Für die Dauer und Höhe des Vergütungsanspruchs ist auch nach einer Versetzung das Datum der erstmaligen Inbetriebnahme maßgeblich.“*

Die gleiche Passage findet sich in der Begründung der Beschlussempfehlung des Umweltausschusses des Deutschen Bundestages zu diesem Gesetzentwurf<sup>2</sup>.

## **bb) EEG 2012**

Auch § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 EEG 2012 regelt, dass sich die konkrete Vergütungshöhe mit Rücksicht auf eine eventuell durchzuführende Degression nach dem Zeitpunkt der Inbetrieb-

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 15/2327, S. 22 zu § 3 Abs. 4.

<sup>2</sup> BT-Drs. 15/2864, S. 30 zu § 3 Abs. 4.

nahme der Anlage bestimmt. Auch hier hängt die Vergütungshöhe untrennbar mit der Vergütungsgrundlage zusammen, weshalb auch für die Anwendung der Vergütungsgrundlage, also hier § 33 Abs. 1 oder § 32 Abs. 1 oder 2 EEG 2009, der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage gilt.

Dies gilt auch für Solarstromanlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. April 2012, wenn das EEG 2012 (neu) auf diese Anlagen Anwendung findet, da § 20b Abs. 11 EEG 2012 (neu) § 20 Abs. 1 Satz 3 und Absatz 3 EEG 2012 (neu) entsprechende Anwendung auf diese Anlagen finden lässt.

Auch hinsichtlich der gesetzlichen Förderdauer entspricht die Rechtslage des EEG 2012 der des EEG 2009, EEG 2004 und EEG 2000, da § 21 Abs. 1 und 2 EEG 2012 den Beginn der gesetzlichen Förderdauer vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlagen abhängig macht, soweit sich aus den §§ 22 ff. EEG 2012 nichts anderes ergibt. Für Solarstromanlagen existiert – anders als bei Wasserkraftanlagen nach § 23 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012 – keine hiervon abweichende Regelung.

Zu beachten ist allerdings, dass aufgrund von § 66 Abs. 1 EEG 2012 (alt) wie (neu) die §§ 20 und 21 EEG 2012 (alt) und (neu) gar keine Anwendung auf Solarstromanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012 finden lassen. Folglich gilt für diese Anlagen auch im Falle einer Versetzung § 20 Abs. 1 und § 21 Abs. 2 EEG 2009 bzw. die gemäß vorstehendem Buchstaben a) geltende Regelung des EEG 2004 oder EEG 2000 weiter.

## **b) Anwendung auf den Fall der Versetzung der Anlage**

Gemäß den vorstehenden Feststellungen knüpft das EEG 2000, das EEG 2004, das EEG 2009 und das EEG 2012 die Anwendung der Vergütungsregelung dem Grunde wie der Höhe nach sowie die gesetzliche Förderdauer an den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Begründungen des EEG 2004<sup>3</sup> und des EEG 2009<sup>4</sup> stets betont, dass eine Versetzung einer Solarstromanlage den Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme nicht verändert.

Dementsprechend ist im Falle einer Versetzung einer Solarstromanlage die für die Anlage anwendbare Vergütungsregelung stets nach Maßgabe der Gesetzesfassung des EEG zu bestimmen, die zum Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme maßgeblich gewesen ist, nicht nach der Gesetzesfassung, die zum Zeitpunkt ihrer Versetzung maßgeblich gewesen ist. Dies gilt

- für die Vergütungsregelung als solche,
- für die Höhe der anwendbaren Vergütung und
- für die gesetzliche Förderdauer.

Anhaltspunkte, nach denen der Gesetzgeber speziell im Falle eines späteren Wegfalls einer Vergütungsmöglichkeit eine Änderung der Rechtslage auch für Bestandsanlagen intendiert hätte, lassen sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Gesetzesbegründung ent-

---

<sup>3</sup> BT-Drs. 15/2327, S. 22 zu § 3 Abs. 4, und BT-Drs. 15/2864, S. 30 zu § 3 Abs. 4.

<sup>4</sup> BT-Drs. 16/8148, S. 39 zu § 3 Nr. 5

nehmen. Vielmehr ging der Gesetzgeber ausweislich der vorstehenden Ausführungen davon aus, dass sich die Vergütungsgrundlage und die gesetzliche Förderdauer für diese Anlagen im Falle einer Versetzung gerade nicht ändern.

### c) **Gesetzsystematische Parallelbetrachtung zu anderen EE-Erzeugungsarten**

Würde die Wertung der Clearingstelle EEG auf andere EE-Erzeugungsarten übertragen werden, würde dies bedeuten, dass bei einer Versetzung der betreffenden Anlagen an einen neuen Standort auch dann geprüft werden müsste, ob die Anlagen zum Zeitpunkt der Versetzung den gleichen Vergütungsanspruch nach der jeweils zum Versetzungszeitpunkt geltenden Fassung des EEG 2009 oder 2012 in Anspruch nehmen könnten. Auch hier müssten Wertungen des Gesetzgebers, wonach er ursprünglich bestehende Vergütungs- oder Bonusansprüche z.B. aufgrund von Fehlallokationen oder Fehlentwicklungen für neu in Betrieb genommene Anlagen reduziert oder gestrichen hat, auf Bestandsanlagen übertragen werden.

Eine **Biomasseanlage** im zeitlichen Anwendungsbereich des EEG 2004 könnte bei einer Versetzung ab dem 1. Januar 2009 dann keinen „Trockenfermentationsbonus“ nach § 8 Abs. 4 EEG 2004 mehr in Anspruch nehmen, weil das EEG 2009 und das EEG 2012 diesen Bonus nicht mehr vorsehen. Gleiches gilt hinsichtlich des „Technologiebonus“ nach § 8 Abs. 4 EEG 2004 bei Versetzung einer Anlage ab dem 1. Januar 2012, da Anlage 1 EEG 2012 nur noch einen „Gasaufbereitungsbonus“ gewährt, aber nicht wie noch Anlage 1 EEG 2009 einen „Technologiebonus“.

Die Ausführungen der Clearingstelle EEG in den Rdn. 26 und 27, dass der Anlagenbetreiber keinen Vertrauensschutz hinsichtlich eines anderweitigen Einsatzes seiner Anlage genieße, vernachlässigen, dass es gerade bei Verbrennungsanlagen Einsatzstoffschwankungen geben kann, die z.B. zu einer Aufgabe des Betriebs der Anlage auf Basis des Bonus nach § 8 Abs. 2 EEG 2004 zwingen können. Dann muss dem Anlagenbetreiber ermöglicht werden, dass er seine Anlage nur noch auf Basis der Grundvergütung nach § 8 Abs. 1 EEG 2004 betreibt. Gleiches gilt umso mehr, wenn eine Anlage vom Betrieb mit Biomasse auf einen Betrieb mit anderen EE-Energieträgern umgerüstet werden würde, der gemäß dem Inbetriebnahmezeitpunkt der Anlage noch vergütungsfähig wäre, z.B. eine Umrüstung von Biomasse auf Grubengas oder Deponiegas. Der Umstand, dass die Vergütungssätze für diese Einsatzarten in der Zwischenzeit abgesenkt worden sind, kann nicht gegen eine entsprechende Einsatzmöglichkeit sprechen. Insbesondere kann dadurch nicht der Vertrauensschutz des Anlagenbetreibers darauf entfallen, dass er seine Anlage nicht entsprechend einsetzen darf.

Schließlich hat der Gesetzgeber gerade in § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EEG 2009 eine Regelung zum erstmaligen KWK-Betrieb einer Bestands-Biomasseanlage aufgenommen.

Eine **Biogasanlage** nach dem EEG 2000 oder 2004, für die der Anspruch nach § 8 Abs. 2 EEG 2004 ggf. auch im Zusammenhang mit § 21 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2004 geltend gemacht worden ist, dürfte während der zeitlichen Geltungsdauer des EEG 2009 nicht versetzt worden sein, weil ansonsten bei Nichteinhaltung von Anlage 2 Nr. I.4 EEG 2009 der Bonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 i.V. mit Anlage 2 EEG 2009 sofort entfallen worden wäre, obwohl § 66 Abs. 1 Nr.

2 a) EEG 2009 die Anlage 2 Nr. I.4 EEG 2009 ausdrücklich für diese Anlagen nicht gelten lässt. Gleiches gilt umso mehr für einen Versetzungsvorgang während der zeitlichen Geltungsdauer des EEG 2012, da § 6 Abs. 4 i.V. mit § 17 Abs. 1 EEG 2012 bei Nichteinhaltung des § 6 Abs. 4 EEG 2012 auch die Grundvergütung entfallen lassen. Auch hier bestimmt § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2012, dass § 6 Abs. 4 EEG 2012 für diese Anlagen gar nicht gilt.

Eine **Windenergieanlage** nach dem EEG 2000 könnte nicht mehr in ein Offshore-Naturschutzgebiet nach § 10 Abs. 7 EEG 2004 bzw. § 31 EEG 2009 oder § 31 Abs. 3 EEG 2012 versetzt werden, ohne dass der Vergütungsanspruch entfällt.

Demgegenüber steht, dass sich weder im Gesetzeswortlaut noch in der Gesetzesbegründung dieser Gesetze irgendein Anhaltspunkt dafür findet, dass diese Vergütungs- bzw. Bonusausschlüsse bei diesen Stromerzeugungsanlagen vom Gesetzgeber beabsichtigt worden sind. Vielmehr scheint der Gesetzgeber in Kenntnis der Versetzbarkeit dieser Anlagen toleriert zu haben, dass sich die Vergütungsvoraussetzungen am neuen Standort für diese Anlagen nicht ändern. Ansonsten hätte er die Übergangsregelungen dieser Gesetze entsprechend anders gestaltet.

#### **d) Fazit für eine Solarstromanlagenversetzung ab dem 1. Januar 2009**

Nimmt nun die Clearingstelle EEG an, dass sich die Vergütungsfähigkeit von Strom aus einem ab dem 1. Januar 2009 versetzten Solarstrommodul danach richtet, ob das EEG in der zum Versetzungszeitpunkt geltenden Fassung für den vergütungsbestimmenden Sachverhalt überhaupt noch eine Vergütung gewährt bzw. die Vergütung von bestimmten, vorher nicht erforderlichen Tatbestandsmerkmalen abhängig macht, wird sowohl der Gesetzeswortlaut jeweils in § 66 Abs. 1 EEG 2009 und 2012 verletzt, als auch die gesetzgeberische Absicht, dass sich bei einer Solarstromanlagenversetzung die Vergütungsparameter nicht ändern. Vielmehr wird entgegen § 66 Abs. 1 EEG 2009 und 2012 ein Tatbestandsmerkmal in die jeweils anwendbare Vergütungsregelung des EEG 2000 oder 2004 hineingelesen, das sich erst aus dem EEG 2009 oder EEG 2012 ergibt, obwohl diese Gesetze auf die betreffende Anlage gar nicht anwendbar sind.

#### **e) Kein Raum für eine teleologische Reduktion des § 66 Abs. 1 EEG 2009 oder EEG 2012**

Eine teleologische Reduktion einer Gesetzesnorm bewirkt gemäß ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>5</sup> und des Bundesgerichtshofs<sup>6</sup>, dass der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm beschränkt wird, damit Sachverhalte, die nach dem Wortlaut der Norm an sich erfasst wären, von der Anwendung ausgeschlossen werden, falls diese Sachverhalte der Zielsetzung des Gesetzes widersprechen. Die Annahme einer teleologischen Reduktion setzt damit eine planwidrige Regelungslücke und zwar in Form einer Ausnahme-

---

<sup>5</sup> BVerfGE 88, S. 145, 167; BVerfGE 35, S. 263, 279 f.

<sup>6</sup> BGHZ 4, S. 153, 157 ff.; BGHZ 13, S. 360; BGHZ 52, S. 316, 318; BGHZ 59, S. 109, 115; BGHZ 59, S. 236, 240.

regelung voraus<sup>7</sup>, wobei zu deren Feststellung von der in der Gesetzesbegründung niedergelegten gesetzgeberischen Absicht ausgegangen werden kann<sup>8</sup>. Da es sich hierbei aber um eine Auslegung gegen den Gesetzeswortlaut handelt, ist diese zumindest angesichts der vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretenen objektiven Auslegungstheorie nur sehr restriktiv möglich<sup>9</sup>.

Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine teleologische Reduktion angebracht ist, ist wie bei der teleologischen Auslegung der „erkennbare Normzweck“<sup>10</sup>. Es muss der Vorrang des Normzwecks gegenüber dem Wortlaut der Vorschrift *besonders augenfällig* sein<sup>11</sup>.

Eine solche besondere Augenfälligkeit des Normzwecks lässt sich aber weder aus dem Gesetzeswortlaut selber, noch aus der Gesetzessystematik noch aus dem in der Gesetzesbegründung dargelegten Willen des Gesetzgebers entnehmen.

### **aa) Gesetzeswortlaut**

Wie vorstehend dargestellt ist aus den Übergangsregelungen in § 66 EEG 2009 und 2012 gerade nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber eine ausdrücklich geänderte Rechtslage, die eigentlich auf Neuanlagen beschränkt sein soll, auch im Falle einer Versetzung auf Bestandsanlagen Anwendung finden lassen wollte. Hiergegen sprechen speziell die v.g. Äußerungen in den Begründungen des EEG 2004, 2009 und 2012, aber auch, dass der Gesetzgeber wie z.B. in § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 eine Verschärfung der Rechtslage für Bestandsanlagen ausdrücklich in den Übergangsregelungen der Folgefassung des Gesetzes genannt hatte.

Folgende Fälle einer Änderung oder eines Wegfalls der Vergütungsgrundlage sind bei einer Versetzung einer Solarstromanlage mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009, die ab dem 1. Januar 2009 stattfindet, denkbar:

- Änderung der Gebäudedefinition in § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 hin zur Definition in § 33 Abs. 3 EEG 2009 oder 2012 (alt) bzw. § 32 Abs. 4 EEG 2012 (neu) mit Rücksicht auf das Erfordernis der vorrangigen Bestimmung und des Wegfalls der bloßen Eignung oder Bestimmung des Schutzes von Menschen, Tieren oder Sachen,
- Wegfall der Vergütungsfähigkeit von Solarstrom aus Freiflächenanlagen auf „Grünflächen“ nach § 8 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2000, § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 und § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009/2010 nach Maßgabe des § 66 Abs. 7 EEG 2010,
- Wegfall des „Fassadenbonus“ nach § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 in § 33 EEG 2009, 2010 und 2012 und
- Vergütungsabsenkung für Anlagen auf Nicht-Wohngebäuden im Falle von § 32 Abs. 3 EEG 2012 (neu).

---

<sup>7</sup> BVerfGE 88, S. 145, 167; Sprau, in: Palandt, BGB, 71. Aufl., vor § 1 Rdn. 49.

<sup>8</sup> BGH, NJW 2009, S. 427.

<sup>9</sup> BGHZ 13, S. 360, 367 ff.; BGHZ 4, S. 153, 157: „ausnahmsweise“.

<sup>10</sup> Rüthers, Rechtstheorie, 2. Aufl., Rdn. 903.

<sup>11</sup> Rüthers, a.a.O.

Bei all diesen Regelungen hat der Gesetzgeber in § 66 Abs. 1 EEG 2009 und EEG 2012 vorgesehen, dass diese Regelung nur für Anlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2009 bzw. 1. Januar 2012 gelten. Speziell § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2010 sah vor, dass diese Vergütungsregelung nur galt, wenn die Anlage „vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen wurde“. Hätte der Gesetzgeber die Regelung nur auf solche Anlagen Anwendung finden lassen wollen, die vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen wurden und nicht ab dem 1. Januar 2011 auf eine Grünfläche nach § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2010 versetzt worden wären, hätte er – da der Fall der Anlagenversetzung ihm ausweislich der Gesetzesbegründungen bekannt gewesen war - § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2010 entsprechend ergänzt. Dies blieb jedoch aus.

### **bb) Teleologische Erwägungen**

Außerdem hat der Gesetzgeber ausweislich der Begründungen zum EEG 2004, 2009 und 2012 auch dann an dem Rechtsgrundsatz festgehalten, dass sich im Falle einer Versetzung von Solarstromanlagen deren Vergütungsparameter nicht ändern, wenn sich der Vergütungssatz für diese Anlagen degressionsbedingt abgesenkt hat, d.h. insbesondere für Anlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2005 (§ 11 Abs. 5 EEG 2004). Hierdurch hat der Gesetzgeber den Willen zum Ausdruck gebracht, dass selbst bei einer vom EEG vorgesehenen Verschlechterung der Vergütungsparameter die Rechtslage für versetzte Bestandsanlagen gleich bleiben soll.

Darüber hinaus spricht auch gegen diese teleologische Reduktion, dass der Gesetzgeber in den Folgeänderungen des ab dem 1. Januar 2009 geltenden EEG 2009 nicht klargestellt hat, dass eventuell aus diesen Fassungen der Gesetze stammende Tatbestandsmerkmale auch im Falle der Versetzung von Solarstromanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009 heranzuziehen sind. Hierbei ist hervorzuheben, dass der Gesetzgeber im Rahmen des EEG durchaus auch Präzisierungen der Rechtslage vorgenommen hat, z.B. die Ersetzung des kaum durchführbaren § 13 EEG 2000 in der ab dem 1. Januar 2004 geltenden Fassung („PV-Vorschaltgesetz 2004“) durch § 21 Abs. 1 Nr. 7 und 8 EEG 2004. Prominentes Beispiel einer nachträglichen Korrektur einer Regelungslücke oder einer mglw. gesetzgeberisch nicht beabsichtigten Rechtsfolge ist aber insbesondere § 32 Abs. 3, § 33 Abs. 1 Satz 2 jeweils i.V. mit § 66 Abs. 1 Nr. 12 EEG 2012 (alt) einerseits und die nochmalige Korrektur der Regelungen durch § 32 Abs. 5 i.V. mit § 66 Abs. 1 Nr. 12 EEG 2012 (neu).

Schließlich sprechen auch die Äußerungen des Gesetzgebers in den Gesetzesbegründungen des EEG 2004, 2009 und 2012, dass für die Dauer und Höhe des Vergütungsanspruchs auch nach einer Versetzung das Datum der erstmaligen Inbetriebnahme maßgeblich ist, dafür, dass der Anlagenbetreiber es betriebswirtschaftlich selbst bestimmen kann, ob er seine Anlage, die vorher als „Dachanlage“ vergütet worden ist, hiernach nur noch als niedriger zu vergütende „Freiflächenanlage“ vergüten lassen möchte, indem er sie an einen anderen Standort mit anderen Vergütungsparametern versetzt. Hätte der Anlagenbetreiber diese Versetzung vor Inkrafttreten des EEG 2009 vorgenommen, bevor somit die Änderung des Gebäudebegriffes oder der Vergütungsvoraussetzungen für Freiflächenanlagen auf ehemaligen Ackerflächen auch die Vergütungsvoraussetzungen geändert hatten, wäre dies als rein betriebswirtschaftlich relevanter Vorgang des Anlagenbetreibers gewürdigt worden, der rechtlich nicht

relevant gewesen ist. Dieser Vorgang hätte auch den Bestand an bereits in Betrieb genommenen und vom EEG geförderten Solarstromanlagen nicht verändert. Dementsprechend muss unterstellt werden, dass der Gesetzgeber eine entsprechende „Vermehrungsmöglichkeit“ z.B. generell von Freiflächenanlagen oder speziell von Freiflächenanlagen auf ehemaligen Ackerflächen durch entsprechende Versetzung ehemaliger Gebäudeanlagen nicht ausgeschlossen hatte. Aufgrund der Pauschalität der gesetzgeberischen Äußerung, dass für die Dauer und Höhe des Vergütungsanspruchs auch nach einer Versetzung das Datum der erstmaligen Inbetriebnahme maßgeblich ist, ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber diese Äußerung nur als Versetzung von Gebäudemodulen auf ein anderes Gebäude verstanden hatte, was somit den Vergütungsanspruch auch dem Grunde nach nicht verändert hätte.

### **cc) Berücksichtigung von Vertrauensschutzgedanken der Anlagenbetreiber**

Darüber hinaus ist ausgesprochen fraglich, ob eine teleologische Reduktion einer Norm hier sogar zu Lasten eines Rechtssubjektes (Anlagenbetreiber) angewandt werden kann und ob dies dann – obwohl der Gesetzeswortlaut und die Gesetzesbegründung jeweils gegen diese teleologische Reduktion sprechen – mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes des Rechtsanwenders nach Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar ist. In den grundlegenden Entscheidungen zur „teleologischen Reduktion“ einer Gesetzesnorm hatte das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof eine Rechtsnorm nur deshalb in ihrer Geltung eingeschränkt, weil ansonsten – ohne Notwendigkeit – die Anwendung dieser Rechtsnorm auf das Rechtssubjekt zu Einschränkungen für das Rechtssubjekt geführt hätte, die sich aus dem Telos der Rechtsnorm gar nicht ergeben haben:

- Befriedigung des Konkursverwalters hinsichtlich angemessener Vergütung und Erstattung seiner Kosten außerhalb der Rangfolge des § 60 Abs. 1 KonkursO bei absehbaren massearmen Konkursen zur Gewährleistung der Arbeit des Konkursverwalters<sup>12</sup>,
- Nichtanwendung von § 181 BGB auf Geschäfte des Vertreters, die dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, bei denen die Interessenkollision folglich ausgeschlossen ist<sup>13</sup>,
- bei Rechtsgeschäften für denjenigen, den es angeht, wird entgegen § 164 BGB auf das Offenkundigkeitsprinzip bei der Vertretung verzichtet, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Vertragspartners nicht besteht<sup>14</sup>,
- die rückwirkende Nichtigkeit einer Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB wird bei vollzogenen Arbeitsverhältnissen gegen den Wortlaut zweckgerecht auf eine ex-nunc-Wirkung reduziert, weil die ex-tunc-Wirkung zu unbilligen Ergebnissen für den Arbeitnehmer führen würde<sup>15</sup>,

---

<sup>12</sup> BVerfGE 88, S. 145, 167 f.

<sup>13</sup> BGHZ 52, S. 316, 318; BGHZ 59, S. 236, 240.

<sup>14</sup> BGHZ 114, S. 74, 80.

<sup>15</sup> BAG, NJW 1958, S. 516; DB 1984, S. 2707.

- Nichtanwendbarkeit von § 400 BGB in den Fällen, in denen der Abtretende für die Abtretung unpfändbarer Forderungen mindestens gleichwertige Gegenleistungen erhält<sup>16</sup>,
- Nichtanwendbarkeit von §§ 211, 212 StGB auf eine versuchte Selbsttötung, da sich das Opfer als Täter hier selbst geschädigt hat<sup>17</sup>, und
- tatbestandliche Einengung des Mordmerkmals „sonst aus niedrigen Beweggründen“ auf eine restriktive Individualprüfung zum Schutz des Straftäters vor einer ansonsten generalisierenden, extensiven Betrachtung<sup>18</sup>.

Da die Wirkungsrichtung der Rechtsansicht der Clearingstelle EEG hier nicht zugunsten sondern zum Nachteil des Rechtsanwenders ist, kommt nach Auffassung des BDEW keine teleologische Reduktion sondern allenfalls eine Rechtsanalogie durch Heranziehung der restriktiven Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Regelungen des EEG 2009 und 2012 in Frage. Allerdings besteht nach Auffassung des BDEW auch für diese Analogie kein Anhaltspunkt einer *planwidrigen* Regelungslücke oder einer Regelungslücke als solcher.

Die Rechtsauffassung der Clearingstelle EEG begegnet deshalb auch insofern aus Vertrauensschutzgesichtspunkten Bedenken, als sie im Oktober 2012, also fast 4 Jahre nach Inkrafttreten des EEG 2009, das gegenüber dem EEG 2000 und dem EEG 2004 für Solarstromanlagen die ersten relevanten Vergütungstatbestandsänderungen enthalten hatte<sup>19</sup>, erstmals geäußert wird. Das unter Nr. 4 der Entscheidung im engeren Sinne und unter Rdn. 19 bis 40 der Entscheidung im weiteren Sinne dieses Hinweisentwurfes dargestellte Rechtsproblem war dem BDEW aus seiner Beratungspraxis zum EEG 2000, 2004, 2009 und 2012 nicht bekannt. Wenn die Clearingstelle EEG in den Rdn. 26 ff. ihre Rechtsansicht darauf stützt, dass der Gesetzgeber die Vergütungsregelungen in späteren EEG-Fassungen entsprechend geändert hat, dies aber nur für dann künftig neu in Betrieb genommene Anlagen erfolgt ist, verstößt die Clearingstelle EEG selbst in der Annahme einer teleologischen Reduktion gegen entsprechende Vertrauensschutzgesichtspunkte.

#### **dd) Logischer Argumentationsbruch im Falle der Eigenverbrauchsregelungen in § 33 Abs. 2 EEG 2009, 2010 und 2012 (alt)**

Konsequenterweise müsste die Clearingstelle EEG bei Versetzung einer Solarstromanlage, für die die Eigenverbrauchsvergütung nach § 33 Abs. 2 EEG 2009, 2010 und 2012 (alt) in Anspruch genommen wird oder werden könnte, an einen Standort auf ein Wohngebäude nach § 32 Abs. 4 EEG 2012 (neu), die ab dem 1. April 2012 erfolgt ist, annehmen, dass dort die Eigenverbrauchsvergütung nicht mehr in Anspruch genommen werden könne, weil das EEG 2012 (neu) diese nicht mehr vorsieht. Genau diese Rechtsansicht wird aber in Rdn. 40 nicht vertreten. Es bleibt deshalb unklar, ob die Clearingstelle EEG die in Rdn. 19 bis 40 des Hinweisentwurfes dargestellte Rechtsansicht nur auf die in Rdn. 39 dargestellten Fälle be-

---

<sup>16</sup> BGHZ 4, S. 153, 157; BGHZ 59, S. 109, 115.

<sup>17</sup> BGHSt 32, S. 262, 371; BGHSt 24, S. 343 m.w.N.

<sup>18</sup> BVerfGE 45, S. 187.

<sup>19</sup> Wegfall des „Fassadenbonus“ nach § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 und Änderung des Gebäudebegriffs zum Ausschluss bestimmter „baulicher Anlagen“.

schränkt sieht, oder ob auch andere Fälle, z.B. die Änderung des Gebäudebegriffs von § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 hin zu § 33 Abs. 3 EEG 2009, oder generell jede Rechtsänderung, mit Ausnahme der in Rdn. 40 dargestellten Streichung der Eigenverbrauchsvergütung nach § 33 Abs. 2 EEG 2009, 2010 und 2012 (alt), zu einer solchen Rechtsfolge führen sollen. Für die grundsätzliche Annahme dieser Rechtsfolge sprechen jedenfalls Nr. 4 der Entscheidung im engeren Sinne und die eher generellen Ausführungen unter Rdn. 19 bis 39 der Entscheidung im weiteren Sinne.

#### **f) Fazit**

Aus diesen Gründen verbietet sich nach BDEW-Auffassung die Anwendung der zum Zeitpunkt der Versetzung der Solarstromanlagen geltenden Vergütungsregelungen des EEG 2009 und EEG 2012, sowohl vollständig, als auch auszugshalber. Anhaltspunkte dafür, dass §§ 66 Abs. 1 EEG 2009 und 2012 entsprechend teleologisch reduziert werden müssten, ergeben sich nach BDEW-Auffassung gerade nicht. Es ist ggf. Sache der für die öffentlich-rechtlichen Maßgaben zuständigen Behörden, etwa für Neuanlagen in neueren Fassungen des EEG relevant gewordene geänderte Schutzvorstellungen in bauplanungsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen und ggf. gegenüber dem Anlagenbetreiber durchzusetzen. Sollte der Gesetzgeber diese Vorgaben, z.B. zur Vermeidung einer Umgehung der Einschränkung der Förderung von PV-Anlagen auf Solarstadeln oder in Naturschutzgebieten, auch im Rahmen einer Umsetzung für erforderlich halten, so ist es dem Gesetzgeber unbenommen, diese Vorgaben seinerseits in den Maßgabenkatalog des § 66 Abs. 1 EEG 2012 für Umsetzungen aufzunehmen.

### **3. Keine Vergütungsdegression nach Versetzung**

Der BDEW unterstützt die Ausführungen unter Rdn. 41 bis 46. Er rät aber insbesondere dazu, in Rdn. 42 darzustellen, dass die Anlagenversetzung, die der BGH in dem dort genannten Urteil behandelt hatte, im Jahre 2008 stattgefunden hatte (vgl. Rdn. 27 des Urteils), d.h. vor Inkrafttreten des EEG 2009. Anderenfalls würde sich die Clearingstelle EEG in ihren Folgeausführungen, die nur eine Versetzung ab dem 1. Januar 2009 behandeln, in Widerspruch zu den Wertungen des BGH setzen.

Rdn. 46 sollte außerdem zur Klarstellung mit den Worten „Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebnahme“ schließen.

### **4. Technische Anforderungen an die Ausführung des Anschlusses versetzter Anlagen**

Der BDEW unterstützt auch die Ausführungen unter Rdn. 47 bis 57 des Hinweistwurfes. Hierbei sollte allerdings nicht nur auf § 49 EnWG 2005 sondern auch auf § 49 EnWG 2011 Bezug genommen werden, der für Netzanschlussvorgänge ab dem 4. August 2011 gilt.

## **5. Folgen für die Anforderungen nach § 6 Abs. 1 bis 3 EEG 2012**

Der BDEW teilt auch die Auffassungen unter den Rdn. 58 bis 60, da § 66 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EEG 2012 ausdrücklich auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der jeweiligen Module abstellt. Allerdings sollte unter Rdn. 59 des Hinweisentwurfs darauf hingewiesen werden, dass durch Versetzung von Modulen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012 an einen Standort, an dem sich bereits Solarstrom-Module befinden, auch die Leistungsgrenzen nach § 6 EEG 2012 durch eine entsprechende Leistungsmehrung nach § 6 Abs. 3 EEG 2012 überschritten werden können, wenn die dortigen Parameter (Grundstück, unmittelbare räumliche Nähe, zwölf aufeinanderfolgende Kalendermonate) eine entsprechende leistungsseitige Zusammenfassung mit den Bestandsmodulen erfordern.

Ansprechpartner:

Ass. iur. Christoph Weißenborn

Telefon: +49 30 300199-1514

[christoph.weissenborn@bdew.de](mailto:christoph.weissenborn@bdew.de)