

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

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

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.

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)¹ die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgenden Fragen beschlossen:

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?

Insbesondere: Wie verhält es sich im Hinblick auf § 11 Abs. 6² EEG 2004 und § 19 Abs. 1 EEG 2009 beim Jahreswechsel 2008/2009?

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.

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

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

² 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

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 2004³ 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_p installiert und am 1. März 2007 an oder auf demselben Gebäude weitere 20 kW_p, dann wurden die hinzugekommenen Anlagen so behandelt, als gäbe es eine Anlage mit 45 kW_p. Von den 20 kW_p waren folglich anteilig 5 kW_p nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004, die übrigen 15 kW_p aber nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2004 zu vergüten. Kamen am 1. August 2007 weitere 10 kW_p hinzu, so waren diese vergütungsrechtlich mit den im März installierten 20 kW_p zusammenzufassen, was für die Anlagenbetreiberinnen bzw. den Anlagenbetreiber allerdings wegen der Einhaltung

³Erneuerbare-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_p (siehe § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004) keine nachteiligen Folgen gehabt hätte. Die 10-kW_p-Anlage wäre hingegen nicht mit den im Januar installierten 25 kW_p zusammengefasst worden, weil die Inbetriebnahme dieser beiden Anlagen nicht innerhalb von sechs aufeinander folgenden Kalendermonaten erfolgte.

§ 19 Abs. 1 EEG 2009⁴ 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 2009.⁵

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).

⁴Gesetz 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.

⁵Für 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.⁶

1. Die Stellungnahme des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit lässt sich wie folgt zusammenfassen:
 - 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 2009⁷ 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.
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.

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.

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

⁷Die Nennung von § 3 Abs. 2 EEG 2009 wird als Schreibversehen behandelt.

- 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.

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.

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.

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.

Bei jeder Inbetriebnahme weiterer Module ist der Zeitraum von zwölf Kalendermonaten für das zuletzt in Betrieb gesetzte Modul jeweils neu zu berechnen.

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

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.⁸ 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.⁹ 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.

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.¹⁰ Der Umstand, dass die Mo-

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

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

¹⁰BT-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 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

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 2009¹¹ 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.

¹¹ 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.¹² 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

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.¹³ 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 2008¹⁴, 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,

¹²Ebenso 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.

¹³Demgegenüber 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-eeg.de/EmpfV/2008/51>.

¹⁴BGBI. 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.

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 zugrunde zu legen 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?

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.

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.

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.

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“

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.

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.¹⁵ 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.

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.

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

¹⁵Siehe 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 bekannt¹⁶ war.¹⁷ 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.¹⁸

4.4 Inbetriebnahme, Vergütungsdegression und -dauer

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.

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

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

¹⁷Siehe 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-eeg.de/EmpfV/2008/49>.

¹⁸Vgl. 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.¹⁹ Nach Erkenntnissen der Clearingstelle EEG wird diese Vorgehensweise in der Praxis zum Teil angewandt.²⁰ 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.

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. Ersteinspeisezeitpunktes vorzunehmen.²¹

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

§ 11 Abs. 6 ordnet die rechnerische Anlagenzusammenfassung

„... 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

¹⁹Stellungnahme 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.

²⁰Ebenso Binder, ZNER 2006, 122, 123.

²¹So 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: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 86. Die Frage, ob an den Inbetriebnahme- oder den Ersteinspeisezeitpunkt 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.²²

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 auszuschöpfen²³ und andererseits Mitnahmeeffekte bei Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern aufgrund sinkender Kosten zu verhindern, indem mit jedem neuen Inbetriebnahmejahr 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

§ 19 Abs. 1 EEG 2009 ordnet die rechnerische Anlagenzusammenfassung

„... 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 Inbezugnahme 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

²²Ebenso *Müller*, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungsflg. 2006, § 11 Rn. 69 und 72.

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

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.

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 (Vergütungsbeziehung) dafür, § 19 EEG 2009 als eine auf § 18 EEG 2009, also auf die Berechnung der Vergütungshöhe, bezogene Vorschrift zu begreifen.

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;²⁴ 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 Fiktionswirkung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 zu unterwerfen.

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-

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

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

Weißenborn