

# **EEG-VERGÜTUNG: VERTRAUENSCHUTZ BEI KÜNFTIGEN ÄNDERUNGEN DER RECHTSLAGE?**

**ERÖRTERUNG UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER ENTSCHEIDUNG  
DES BVERFG ZUM SOG. ANLAGENSPLITTING 2009**

**- RECHTSGUTACHTEN -**

**ZUGLEICH AKTUALISIERTE UND ÜBERARBEITETE FASSUNG DES  
GLEICHNAMIGEN GUTACHTENS VOM 23. AUGUST 2005**

**IM AUFTRAG DES BUNDESMINISTERIUMS FÜR UMWELT, NATURSCHUTZ UND  
REAKTORSICHERHEIT (BMU )**

**Berlin, 8. Mai 2009**

# Inhalt

<b>1</b>	<b>Aufgabenstellung – zur Überarbeitung 2009</b>	<b>4</b>
1.1	Fokus 2005: Wechsel zu einem Quotensystem?	4
1.2	Fokus 2009: Konsequenzen aus der BVerfG-Entscheidung zum „Anlagensplitting“	5
1.3	Konkrete Fragestellungen	6
1.4	Aufbau der Untersuchung	7
<b>2</b>	<b>Der Vertrauenstatbestand: Was garantiert das EEG?</b>	<b>8</b>
2.1	Der Abnahme- und Vergütungsanspruch als Vertrauenstatbestand	8
2.2	Wesentliche Rechtsänderungen durch das EEG 2009	11
2.2.1	Vergütungsrechtliche Fiktion einer einheitlichen Anlage (§ 19 Abs. 1 EEG 2009)	11
2.2.2	Einbeziehung von Bestandsanlagen ins Einspeisemanagement (§§ 6, 11, 16 Abs. 6 und 66 Abs. 1 EEG 2009)	13
<b>3</b>	<b>Vereinbarkeit anspruchverkürzender Neuregelungen mit dem verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot</b>	<b>16</b>
3.1	„Echte“ und „unechte“ Rückwirkung von Gesetzen – Verbot der „echten Rückwirkung“	16
3.2	Einordnung von Änderungen der EEG-Ansprüche als „echte Rückwirkung“?	18
3.3	Zwischenergebnis	19
<b>4</b>	<b>Vereinbarkeit anspruchverkürzender Neuregelungen mit den Grundrechten: Prüfungsmaßstäbe</b>	<b>20</b>
4.1	Beeinträchtigung des Schutzbereichs von Grundrechten	20
4.1.1	Beeinträchtigung des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 Abs. 1 GG)	20
4.1.2	Beeinträchtigung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	23
4.1.3	Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	24
4.1.4	Zwischenergebnis	25
4.2	Rechtfertigung von Grundrechtsbeeinträchtigungen	25
4.2.1	Rechtfertigungsgründe und Verhältnismäßigkeit im Allgemeinen	25
4.2.2	Sonderfall: Qualifizierter Vertrauenstatbestand	28
4.3	Zwischenergebnis	29

<b>5</b>	<b>Anwendung der Maßstäbe auf anspruchverkürzende Rechtsänderungen</b>	<b>30</b>
5.1	Grundlegende Änderungen am Förderinstrumentarium	30
5.2	Fiktion einer einheitlichen Anlage (§ 19 Abs. 1 EEG 2009)	32
5.2.1	§ 19 Abs. 1 EEG 2009 im Lichte des Vertrauensschutzes	32
5.2.2	„Unmittelbare räumliche Nähe“ und „Eigentumsverhältnisse“	34
5.3	Einbeziehung von Bestandsanlagen ins Einspeisemanagement (§§ 6, 11, 16 Abs. 6 und 66 Abs. 1 EEG 2009)	38
<b>6</b>	<b>Weitergehende Einzelaspekte</b>	<b>40</b>
6.1	Zeitlicher Anknüpfungspunkt für den Fortfall des Vertrauensschutzes	40
6.2	Erstreckung des Vertrauensschutzes auf noch nicht in Betrieb genommene Anlagen	42
6.3	Verbleibende Spielräume des Gesetzgebers für Modifikationen	45
<b>7</b>	<b>Ergebnisse</b>	<b>46</b>
<b>8</b>	<b>Literatur</b>	<b>49</b>

**Haftungshinweis:**

Diese Ausarbeitung trägt rein rechtswissenschaftlichen Charakter. Sie gibt allein die Rechtsauffassung des Autors wieder. Die Begutachtung dient nicht der Beratung von Einzelnen. Der Autor übernimmt keine Haftung.

# 1 Aufgabenstellung – zur Überarbeitung 2009

Der Verfasser hat dem BMU im Jahr 2005 ein Rechtgutachten<sup>1</sup> zur der Frage erstattet, ob und ggf. inwieweit die Betreiber von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien auf Grundlage des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) darauf vertrauen können, dass sie den im Gesetz ausgesprochenen Abnahme- und Vergütungsanspruch für den gesamten dort festgelegten Zeitraum innehaben. Mit der vorliegenden Ausarbeitung soll das Gutachten unter Würdigung der inzwischen eingetretenen Änderungen der Rechtslage und der Rechtsprechung aktualisiert werden.

## 1.1 Fokus 2005: Wechsel zu einem Quotensystem?

Hintergrund der Fragstellung waren im Jahr 2005 Diskussionen über einen möglicherweise bevorstehenden **Wechsel** vom EEG-System zu einem **anderen Steuerungsinstrument** zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien (EE). Konkret stand der Vorschlag des Verbands der Elektrizitätswirtschaft e. V. (VDEW) im Raum, zu einem Quoten-/Zertifikatmodell überzugehen. Danach sollten an die Stelle des Abnahme- und Vergütungsanspruches Regelungen treten, nach denen die Strom vertreibenden Unternehmen dazu verpflichtet werden, einen bestimmten Anteil des von ihnen veräußerten Stroms aus EE bereit zu stellen<sup>2</sup>. Dies hätte zu einem deutlichen Verlust an Investitionssicherheit für die Anlagenbetreiber geführt, wahrscheinlich auch die Wirksamkeit der EE-Förderung insgesamt stark herabgesetzt.<sup>3</sup> Ein vergleichbarer Systemwechsel hat jedoch nicht stattgefunden und steht aktuell auch nicht an.

Der Förderansatz des EEG stellt sich politisch und rechtlich heute robuster dar als im Jahr 2005. Auf EU-Ebene wurde soeben ein Bündel von neuen Richtlinien zum Klimaschutz verabschiedet, zu denen unter anderem eine neue **Richtlinie zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen** zählt<sup>4</sup> (**EE-Richtlinie 2009**). Die Richtlinie gibt den Mitgliedstaaten ausdrücklich Raum für Förderregelungen, die auf einem Abnahme- und Vergütungsanspruch für die Einspeisung von EE-Strom basieren. Sie überlässt es ihnen dabei, selbst zu entscheiden, in welchem Umfang von dem jeweiligen Förderinstrument auch die Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen in anderen Mitgliedstaaten erfasst werden

---

<sup>1</sup> Klinski: EEG-Vergütung: Vertrauensschutz bei künftigen Änderungen der Rechtslage. Gutachten im Auftrag des BMU, Berlin 2005.

<sup>2</sup> Vgl. Verband der Elektrizitätswirtschaft (VDEW): Diskussionsvorschlag zur künftigen Förderung Erneuerbarer Energien: „Ausbauziele effizient erreichen“, Berlin, Juni 2005.

<sup>3</sup> Vgl. Bundesverband Erneuerbare Energien (BEE): Der VDEW-Vorschlag: Ineffizienz statt Effizienz (Positionspapier), Paderborn, Juni 2005. Vgl. auch EU-Kommission: Mitteilung „Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen“, Drucksache KOM(2005) 627 endg.; ferner Ragwitz u. a.: Monitoring and evaluation of policy instruments to support renewable electricity in EU Member States, Karlsruhe 2006.

<sup>4</sup> Die Veröffentlichung der beschlossenen Richtlinie im Amtsblatt der EU steht unmittelbar bevor. Download des nichtamtlichen Beschlusstextes am 07.05.2009 unter: <http://www.clearingstelle-eeg.de/filemanager/active?fid=655>.

soll (vgl. Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Buchstabe k) der EE-Richtlinie 2009). Die Wahrscheinlichkeit, dass es in Deutschland zu einem grundlegenden Instrumentenwechsel bei der Förderung des EE-Ausbaus im Strombereich kommt, erscheint daher auf absehbare Zeit eher gering. Völlig ausgeschlossen ist aber nicht, dass eine entsprechende Debatte wieder aufflammt.

## 1.2 Fokus 2009: Konsequenzen aus der BVerfG-Entscheidung zum „Anlagensplitting“

Die Frage nach der Reichweite des Vertrauens auf den dauerhaften Bestand des Anspruchs auf EEG-Vergütung ist vor dem Hintergrund des zwischenzeitlich novellierten EEG 2009 in einem anderen Zusammenhang virulent geworden: Das Bundesverfassungsgericht hatte im Februar 2009 in einem Eilverfahren über die Bestimmungen des EEG 2009 zum sog. **Anlagensplitting** zu befinden.<sup>5</sup> Die Entscheidung gibt Anlass, über die Reichweite des Vertrauensschutzes erneut nachzudenken, denn sie fiel im Ergebnis dahin aus, dass die betreffenden Anlagenbetreiber eine wesentliche Herabsetzung der ihnen vor der Rechtsänderung gezahlten Vergütungssätze hinnehmen mussten.

Hinter der Entscheidung des BVerfG stand ein Fall, in dem sich ein Investorenkonsortium<sup>6</sup> auf Grundlage des EEG 2004 entschieden hatte, an Stelle einer sehr leistungsstarken Einzelanlage eine größere Anzahl von kleineren Anlagen zu errichten, um so den für kleinere Anlagen günstigeren Vergütungssatz erlangen zu können. Dieses Ansinnen stieß beim BMU von Anfang an auf sachliche Kritik und auf Zweifel, ob es durch die zugrunde liegenden Rechtsvorschriften gedeckt war. Gleichwohl ließen sich die Investoren unter Berufung auf den Wortlaut der Vorschriften im EEG 2004 nicht davon abhalten, es wie geplant zu verwirklichen. Mit der Novelle des EEG 2009 entschied sich der Gesetzgeber jedoch dazu, für solcherart Fälle ausdrücklich eine Vergütung nach der Gesamtleistung aller Einzelanlagen vorzusehen und die betreffende Regelung auch für bestehende Anlagen für anwendbar zu erklären. Damit ergab sich für das konkrete Projekt ab dem Inkrafttreten der Neuregelungen praktisch eine wesentliche Minderung der zu erlangenden Vergütung. Aus der Sicht der Anlagenbetreiber stellte das einen Bruch des Vertrauensschutzprinzips dar.<sup>7</sup>

Erneut steht deshalb die Frage im Raum, inwieweit sich die Betreiber bestehender oder geplanter Anlagen darauf verlassen können, dass der im jeweils aktuell geltenden EEG verankerte Vergütungsanspruch auf Dauer Bestand haben wird – oder von der anderen Seite betrachtet, welche Spielräume der Gesetzgeber hat, für bestehende Anlagen nachträglich Änderungen der Rechtslage zu Lasten der Anlagenbetreiber herbeizuführen. Einen zusätzlichen Akzent bekommt die Fragestellung dadurch, dass das EEG 2009 einzelne Bestimmungen enthält, die zu einer Reduzierung der bisher erhaltenen Vergütung führen und deshalb als

<sup>5</sup> BVerfG, Beschl. v. 18. Februar 2009 – 1 BvR 3076/08 –, ZNER 2009, 27.

<sup>6</sup> Beschwerdeführerinnen waren zwei GmbHs als Partner eines Leasingvertrages (Leasingnehmerin und Leasinggeberin) für „vierzig einzelne Biomasseanlagen und dazugehörige Infrastruktur“, vgl. BVerfG 1 BvR 3076/08 (Fn. 5), Rz. 27.

<sup>7</sup> Vgl. die Zusammenfassung der Position der Beschwerdeführerinnen in der Entscheidung BVerfG 1 BvR 3076/08 (Fn. 5), Rz. 29-31, insb. 30.

anspruchsverkürzend verstanden werden können. Zu diesen gehört insbesondere, aber nicht nur die Bestimmung des § 19 Abs. 1 EEG 2009, die Gegenstand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum sog. Anlagensplitting war.

### 1.3 Konkrete Fragestellungen

Das folgende Gutachten soll diesem Fragenkomplex im Einzelnen nachgehen. Die Basis bildet dabei das Gutachten des Verfassers aus dem Jahr 2005. Ergänzend wird auf die Änderungen der Rechtslage im Zuge des EEG 2009 eingegangen.

Mit Blick auf die praktischen Konsequenzen lässt sich im Einzelnen zwischen folgenden Untersuchungsebenen bzw. Unterfragen differenzieren:

1. Können die Betreiber bestehender EE-Anlagen grundsätzlich darauf vertrauen, dass nachträgliche Korrekturen des Abnahme- und Vergütungsanspruches aus den bisher jeweils maßgebenden Fassungen des EEG zu ihren Lasten im Zuge künftiger Rechtsänderungen unterbleiben?
2. Worauf erstreckt sich der Vertrauensschutz: nur auf die Vergütung, auch auf die vorrangige Abnahme oder weitergehend auch auf den dauerhaften Erhalt bestimmter konkreter Abnahmekonditionen und die Übertragung im Netz bis zum Endverbraucher?
3. Unter welchen Voraussetzungen bzw. für welche Zwecke kann der Vertrauensschutz vom Gesetzgeber durchbrochen werden? Welche Konsequenzen sind insofern aus der Entscheidung des BVerfG zum Anlagensplitting zu ziehen?
4. Welche Spielräume verbleiben dem Gesetzgeber, unter Wahrung des gegebenen Vertrauensschutzes gesetzliche Änderungen vorzunehmen, die sich auf die geschützten Ansprüche modifizierend auswirken?
5. Von welchem Zeitpunkt ab entfällt ggf. der Vertrauensschutz: erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes oder zu welchem früheren Zeitpunkt?
6. Wer kann sich auf den Vertrauensschutz ggf. berufen: nur die Betreiber von zu dem maßgebenden Zeitpunkt bereits in Betrieb befindlichen Anlagen oder auch die Betreiber solcher Anlagen, die noch im Bau, lediglich genehmigt sind oder sich erst im Genehmigungsverfahren befinden?
7. Können die im EEG 2009 vorgenommenen Rechtsänderungen mit anspruchsverkürzenden Wirkungen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes verfassungsrechtlich als zulässig erachtet werden?

## 1.4 Aufbau der Untersuchung

Aufbautechnisch wird für die Untersuchung aus rechtlich-systematischen Gründen ein abweichendes Vorgehen gewählt:

- In Kapitel 2 wird zunächst danach gefragt, welche Regelungen es eigentlich sind, deren Fortexistenz die Anlagenbetreiber möglicherweise für sich beanspruchen können. Dabei wird auch auf einige wesentliche Rechtsänderungen des EEG 2009 eingegangen. Diese sind in doppelter Hinsicht von Bedeutung: zum einen, weil sie den Anspruch für Strom aus *neuen* Anlagen konkret ausformen, zum anderen, weil sie zugleich anspruchsbegrenzende Wirkungen für bereits *bestehende* Anlagen entfalten und damit selbst zum Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsprüfung werden.
- Sodann wird untersucht, ob etwaige Verschlechterungen der bisherigen Rechtslage für existierende EE-Anlagen in der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Rechtsdogmatik der (grundsätzlich unzulässigen) „echten“ oder der (grundsätzlich nicht unzulässigen) „unechten“ Rückwirkung zuzuordnen sind (Kap 3).
- In Kapitel 4 geht es um die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Verletzung von Grundrechten (Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG) vorliegt, wenn der Gesetzgeber das Vertrauen der Anlagenbetreiber auf Abnahme und gesetzliche Vergütung des von ihnen produzierten EE-Stroms für die im EEG vorgesehene Dauer enttäuscht.
- In dem in der überarbeiteten Fassung des Gutachtens zusätzlich eingefügten Kapitel 5 werden die entwickelten Maßstäbe konkret angewandt, und zwar einerseits auf die denkbare Option eines Systemwechsels zu einem anderen Förderinstrumentarium und andererseits auf bestimmte durch das EEG 2009 eingeführte Neuregelungen, denen eine partiell anspruchverkürzende Wirkung zukommen kann. Im Mittelpunkt steht dabei die Würdigung der Entscheidung des BVerfG zum sog. Anlagensplitting.
- Im sechsten Kapitel wendet sich die Betrachtung schließlich einigen ergänzenden Fragestellungen hinsichtlich der maßgebenden Zeitpunkte, der unterschiedlichen Begünstigten- und der verbleibenden Regelungsspielräume des Gesetzgebers zu.
- Schließlich werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst dargestellt.

## 2 Der Vertrauenstatbestand: Was garantiert das EEG?

### 2.1 Der Abnahme- und Vergütungsanspruch als Vertrauenstatbestand

Im Mittelpunkt der Befürchtungen hinsichtlich möglicher Verschlechterungen der Rechtslage steht der Vergütungsanspruch des EEG. Zu beachten ist jedoch, dass der **Vergütungsanspruch** nach dem System des Gesetzes untrennbar mit dem Anspruch auf **Abnahme** des erzeugten Stroms verbunden ist. Ohne gesicherte Abnahme würde der Vergütungsanspruch als solcher ins Leere gehen oder jedenfalls gehen können. Investitionssicherheit ließe sich allein durch den Vergütungsanspruch nicht gewinnen. Von daher griffe es zu kurz, als mögliche Rechtsverschlechterung ausschließlich einen Verlust oder eine Verminderung des Vergütungsanspruchs zu diskutieren.

Gleichwohl stellt der **Vergütungsanspruch** den logischen Ausgangspunkt der Untersuchung dar. Denn speziell im Hinblick auf den Vergütungsanspruch finden sich sowohl im ersten EEG aus dem Jahr 2000 (im Folgenden: EEG 2000) als auch in der 2004 novellierten Fassung (EEG 2004) ausdrückliche Regelungen über den zeitlichen Bestand des Anspruches. So hieß es in § 9 Abs. 1 Satz 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.“

Im EEG 2004 befand sich die entsprechende Regelung in § 12 Abs. 3. Sie lautet dort, etwas differenzierter:

„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.“

Im EEG 2009 ist die betreffende Vorschrift in § 21 Abs. 2 platziert. Sie lautet:

„Die Vergütungen sind jeweils für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen. Abweichend von Satz 1 sind die Vergütungen für Strom aus Anlagen nach § 23 Abs. 3 für die Dauer von 15 Jahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen. Beginn der Frist nach Satz 1 oder 2 ist der Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Generators, unabhängig davon, ob er mit Erneuerbaren Energien, Grubengas oder sonstigen Energieträgern in Betrieb genommen wurde.“

Alle drei gesetzlichen Regelungen sprechen demnach eine an die Netzbetreiber gerichtete Verpflichtung aus, die Vergütung über einen bestimmten Zeitraum zu zahlen. Sie sind für die in ihrem jeweiligen Anwendungszeitraum in Betrieb genommenen Anlagen sämtlich gegenwärtig noch aktuell, da in den Übergangsbestimmungen der novellierten Fassungen nichts anderes bestimmt ist (vgl. § 21 EEG 2004, § 66 EEG 2009).

Nicht ganz eindeutig ist nach dem Wortlaut der Vorschriften, ob die Bestimmung der Zeiträume zugleich dem Schutz der Anlagenbetreiber (Investoren) dienen oder ausschließlich eine objektive Verpflichtung der Netzbetreiber aussprechen sollen.

Nach dem Sinn und Zweck der Regelungen steht aber außer Frage, dass die Bestimmungen dazu dienen sollen, auch und insbesondere den begünstigten Anlagenbetreibern **Planungs- und Investitionssicherheit** zu geben. Die Mindestvergütungssätze sind nämlich bewusst darauf hin konzipiert, eine Amortisation der Anlagen innerhalb der in Bezug genommenen Zeiträume für durchschnittliche Verhältnisse sicher zu stellen.<sup>8</sup> Dass dies so ist, bestätigen ausdrücklich die Gesetzesbegründungen.<sup>9</sup> In der Entwurfsbegründung zum EEG 2009 ist darüber hinaus explizit davon die Rede, dass die Vorschrift den Investoren Planungssicherheit schaffen soll.<sup>10</sup>

Demnach kann sich die Funktion der Zeitraumbestimmungen nicht darin erschöpfen, objektive Verpflichtungen der Netzbetreiber auszuspoken. Ihre Aufgabe liegt vielmehr auch und insbesondere darin, die **subjektivrechtliche Position** der Anlagenbetreiber innerhalb des zivilrechtlichen Anspruchssystems des EEG in spezifischer – nämlich zeitlicher – Hinsicht konkret auszuformen. Ihnen kommt damit eine anspruchsgestaltende Rolle zu. Das erschließt sich ohne weiteres aus ihrem Sinnzusammenhang mit dem Abnahme- und Vergütungsanspruch.

Auch in der Rechtsliteratur wird diese Funktion der Zeitraumbestimmungen nicht in Frage gestellt. Zwar stellt im Speziellen *Salje* in seinen Kommentaren zum EEG 2000 und zum EEG 2004 die betreffende Regelung unter Verwendung des Begriffs „Förderhöchstdauer“ zugleich in einen Zusammenhang mit dem Ziel, mögliche Überförderungen zu vermeiden.<sup>11</sup> Auch er erkennt aber ausdrücklich an, dass die im Gesetz ausgesprochene Förderdauer „auch der Absicherung von Investoren“ diene, „die an einer Amortisation ihrer Anlage hohes Interesse haben müssen“.<sup>12</sup> In einem Aufsatz aus dem Jahr 2005 stellt *Salje* sogar besonders heraus, die Vorschriften des EEG dienen zu dem Zweck, „durch Herstellung von Investitionssicherheit zugunsten von Anlagenbetreibern den der EU-Kommission versprochenen Anteil an der Stromerzeugung durch erneuerbare Energien beträchtlich zu erhöhen“.<sup>13</sup>

Die verschiedenen Gesetzesfassungen des EEG stellen den Bestand des Vergütungsanspruchs bis zum Ende der sich aus den Vorschriften ergebenden Dauer nicht unter den Vorbehalt einer möglichen Änderung der Rechtslage. Der Vergütungsanspruch wird demnach mit Wirkung für den **gesamten** sich aus den genannten Vorschriften ergebenden **Zeitraum** in dem Moment rechtsverbindlich begründet, in dem er erstmals entsteht, d.h. mit dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage. In der Folgezeit ist er dann lediglich von der fortlaufenden tatsächlichen Leistung unter Einhaltung der im EEG gesetzten Randbedingungen abhängig (namentlich von der Einhaltung des Ausschließlichkeitsprinzips). Bietet der Anlagenbetreiber

<sup>8</sup> Vgl. Brandt/ Reshöft/ Steiner, EEG, 1. Aufl. 2001, § 9, Rn. 1.; Bönning, ZNER 2000, 268 ff.

<sup>9</sup> Für das EEG 2000 siehe BT-Drs. 14/2776, 124; für das EEG 2004 BT-Drs. 15/2864, 46; für das EEG 2009 BT-Drs. 16/8148, 52.

<sup>10</sup> So BT-Drs. 16/8148, 52.

<sup>11</sup> Vgl. Salje, EEG, 2. Aufl. 2000, § 9 Rdnr. 4 ff.; ferner 3. Aufl. 2005, § 12 Rdnr. 105 ff.

<sup>12</sup> Salje, EEG, 2. Aufl. 2000, § 9 Rdnr. 4 sowie (identisch) 3. Aufl. 2005, Rdnr. 105.

<sup>13</sup> So Salje, RdE 2005, 60/65.

entsprechenden Strom an, so muss dieser von den Netzbetreibern über die Gesamtdauer des sich aus den Vorschriften ergebenden Zeitraums nach Maßgabe des Gesetzes abgenommen und vergütet werden.

Von entsprechenden Überlegungen geht auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zum **Anlagensplitting** aus. Das Gericht stellt zwar fest: „§ 12 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 statuiert keinen uneingeschränkten Anspruch der Anlagenbetreiber auf Aufrechterhaltung des vergütungsrechtlichen Status quo“. <sup>14</sup> Die Betonung liegt dabei jedoch auf dem Wort „uneingeschränkt“. Das Gericht stellt nicht in Frage, dass den Vergütungsvorschriften vom Ansatz her eine Vertrauensschutzfunktion zukommt, sondern spricht nach eingehender Erörterung der konkreten Reichweite des Vertrauensschutzes lediglich aus, dass aus ihm für den entschiedenen Fall des Anlagensplitting kein Anspruch auf Erhalt der bisherigen Vergütung hergeleitet werden könne. <sup>15</sup>

Mit Blick auf den festgestellten Sinn und Zweck der Regelungen, den Anlagenbetreibern Planungs- und Investitionssicherheit zu verschaffen, verbietet es sich, den Vergütungsanspruch von dem mit ihm korrespondierenden Anspruch auf **vorrangige Abnahme** zu isolieren. Zwar spricht das Gesetz in seinen drei Fassungen nicht auch für den Abnahmeanspruch eine ausdrückliche zeitliche Gewähr aus. Dass die Regelungen hierzu in ihrem Kern aber nicht anders gemeint sein können, ergibt sich aus ihrer Funktionslogik: Soll mit den Bestimmungen über die Dauer des Vergütungsanspruches Planungs- und Investitionssicherheit ausgestrahlt werden, so kann diese Funktion nur erfüllt werden, wenn der betreffende Strom auch über den entsprechenden Zeitraum abgenommen wird.

Demnach ist zu schließen, dass die Anlagenbetreiber für den sich aus § 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000, § 12 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 21 Abs. 2 EEG 2009 ergebenden Zeitraum vom Ansatz her nicht nur eine den jeweiligen gesetzlichen Vorgaben entsprechende Vergütung verlangen können, sondern nach Maßgabe der beiden Gesetze grundsätzlich auch die vollständige Abnahme des von ihnen hergestellten Stroms. Das Gesetz begründet somit auf Seiten der Anlagenbetreiber einen **Vertrauenstatbestand**, der sich sowohl auf die Abnahme als auch auf die im Gesetz festgelegte Vergütung richtet, und zwar für den gesamten sich aus den genannten Vorschriften ergebenden Zeitraum.

Damit ist allerdings weder geklärt, inwieweit sich der Vertrauensschutz auf bestimmte (sonstige) **Einzelregelungen** der jeweiligen Gesetzesfassung erstreckt, noch ausgesprochen, unter welchen Voraussetzungen und ggf. mit welcher Reichweite der Gesetzgeber schutzwürdige Rechtspositionen im Nachhinein **beschneiden** oder **modifizieren** darf. Das wird noch näher zu prüfen sein.

Klar geworden ist aber, dass *jede* sich auf die Amortisationsbedingungen für die Anlage negativ auswirkende Veränderung der geltenden Rechtslage als eine nachträgliche Beeinträchtigung vom Staat gewährter Rechte anzusehen ist. Als eine solche bedarf jede Verschlechterung der Rechtslage für die durch das EEG Begünstigten einer spezifischen Rechtfertigung, die sich in der Abwägung gegenüber dem durch das geltende Recht geschützten Amortisationsinteresse der Anlagenbetreiber als gewichtiger erweisen muss. Das gilt nicht nur für den denkbaren Fall eines grundlegenden Wechsels des Förderinstrumentariums oder im Spezial-

<sup>14</sup> BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5), Rz. 71.

len für eine Einschränkung des Vergütungsanspruches, sondern auch für sonstige Rechtsänderungen, durch welche die von den bisherigen Regelungen geschützte Amortisationsaussicht negativ beeinflusst werden kann.

## 2.2 Wesentliche Rechtsänderungen durch das EEG 2009

Interessant und wichtig ist dieser rechtliche Ausgangspunkt insbesondere für drei Regelungen bzw. Regelungskomplexe des EEG 2009, mit denen auf unterschiedliche Weise auf den vorherigen Rechtszustand eingewirkt wird:

- die Neuregelung des § 19 Abs. 1 EEG 2009, nach der **mehrere Anlagen** vergütungsrechtlich unter bestimmten Voraussetzungen als **eine Anlage** gelten und die nach den Übergangsbestimmungen des Gesetzes auch auf bestehende Anlagen Anwendung findet (diese Vorschrift war Gegenstand der BVerfG-Entscheidung vom 18. Februar 2009<sup>15</sup>),
- die Berechtigung des Netzbetreibers zur (Ab-) Regelung von EE-Anlagen im Rahmen des sog. **Einspeisemanagements** nach Maßgabe von § 11 EEG 2009 sowie – hiermit zusammenhängend –
- die Verpflichtung zur nachträglichen Ausstattung von EE-Anlagen mit technischen oder betrieblichen Einrichtungen zur **ferngesteuerten Regelung** der Anlage nach Maßgabe von § 6 Nr. 1 EEG 2009 (die für bestehende Anlagen gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 ab dem 1. Januar 2011 eingehalten werden muss und bei deren Nichterfüllung nach § 16 Abs. 6 EEG 2009 der Vergütungsanspruch entfällt).

Mit diesen (Neu-) Regelungen stehen die Betreiber von vor dem Inkrafttreten des Gesetzes 2009 in Betrieb genommenen Anlagen partiell schlechter da als nach vorherigem Recht. Von daher stellt sich die Frage nach der Reichweite des Vertrauensschutzes nunmehr nicht nur auf der theoretischen Ebene, sondern ist bereits praktisch relevant geworden. Folglich wird sich dieses Gutachten nicht zuletzt auch konkret damit befassen müssen, wie die beschriebenen Einschränkungen der zuvor bestehenden Ansprüche aus dem Blickwinkel des Grundrechtsschutzes zu würdigen sind (siehe dazu unten, Kap 5.2 und 5.3).

Im ersten Schritt sollen dazu die betreffenden Regelungen kurz besprochen werden:

### 2.2.1 Vergütungsrechtliche Fiktion einer einheitlichen Anlage (§ 19 Abs. 1 EEG 2009)

Die Bestimmung des § 19 Abs. 1 EEG hat folgenden Wortlaut:

„(1) 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,

---

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5), Rz. 62 ff.

<sup>16</sup> BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5).

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 aufeinander folgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind.“

§ 19 Abs. 1 EEG stellt eine gesetzliche Fiktion auf. Das bedeutet, dass bei Erfüllung der aufgeführten Tatbestandsmerkmale **zwingend** davon auszugehen ist, dass die Anlagen im Hinblick auf den jeweils maßgebenden Vergütungssatz als eine Anlage zu behandeln sind. Eine Ausnahme hiervon gibt es nicht.<sup>17</sup> Die Vorschrift weicht insofern speziell für den Bereich der Vergütungshöhe bewusst („künstlich“<sup>18</sup>) von dem allgemein geltenden, in § 3 Nr. 1 EEG 2009 geregelten Anlagenbegriff des ab.<sup>19</sup>

§ 19 Abs. 1 EEG zielt darauf, das aus der Sicht der Bundesregierung rechtsmissbräuchliche sog. **Anlagensplitting** zu verhindern, bei dem an Stelle einer oder mehrerer großer Anlagen eine Vielzahl kleinerer Anlagen errichtet wird, um die höheren Vergütungen und Boni der jeweils niedrigeren Leistungsklassen zu erhalten.<sup>20</sup> Ein solches Vorgehen wird angereizt durch die im Gesetz an mehreren Stellen angewandte Schwellenwertmethode, nach der leistungsschwächere Anlagen höher vergütet werden, um den höheren Stromgestehungskosten Rechnung tragen zu können (vgl. § 18 EEG 2009, zuvor § 12 Abs. 2 EEG 2004). Teilt ein Investor seine an sich größere Anlageninvestition zur Erreichung relativ höherer Vergütungssätze auf kleinere Einzelanlagen auf, so führt das volkswirtschaftlich zu höheren Kosten und wird deshalb vom Gesetzgeber als Verstoß gegen die schutzwürdigen Interessen des zuständigen Netzbetreibers und der Stromverbraucher eingestuft, dem von Gesetzes wegen ein Riegel vorgeschoben werden soll.<sup>21</sup>

In den **Übergangsregelungen** des § 66 Abs. 1 EEG 2009 werden für verschiedene Regelungen des neuen Gesetzes Ausnahmen vorgesehen, bei denen es auf Dauer oder vorübergehend weiterhin zur Anwendung des früheren Rechts kommt. Im Hinblick auf § 19 Abs. 1 EEG 2009 ist eine entsprechende Ausnahmeregelung indessen nicht vorgesehen. Daraus ist zu schließen, dass § 19 Abs. 1 EEG 2009 uneingeschränkt auch für Bestandsanlagen zur Anwendung kommen soll.<sup>22</sup>

Die Bundesregierung hebt als Antragstellerin der Neufassung des EEG 2009 hervor, bei § 19 Abs. 1 EEG 2009 handele es sich lediglich um eine Klarstellung der Rechtslage, da das Anlagensplitting nach ihrer Rechtsauffassung schon auf Basis des EEG 2004 rechtsmissbräuchlich und damit rechtswidrig gewesen sei.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> Entsprechend Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 19 Rdnr. 23.

<sup>18</sup> So Salje, a.a.O. Rdnr. 23.

<sup>19</sup> Vgl. auch Altrock/Lehnert, ZNER 2008, 118, 119; ferner Loibl, Anlagenbegriff, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow, Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 48 ff.

<sup>20</sup> BT-Drs. 16/8148, 50 (allgem. Begründung zu § 19).

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

<sup>22</sup> So auch das BVerfG in seiner Entsch. zum Anlagensplitting, ZNER 2009, 27 (Fn. 5), Rz. 23.

<sup>23</sup> Vgl. BT-Drs. 16/8148, 50 unter Bezugnahme auf BT-Drs. 16/2455 (Gegenäußerung der Bundesregierung zu einem Änderungswunsch des Bundesrates im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004), dort S. 13/14.

Maßgebend ist insofern der Anlagenbegriff des § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004, nach dem mehrere Arten zur Erzeugung von Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energien als eine Anlage galten, wenn sie „mit gemeinsamen für den Betrieb technisch erforderlichen Einrichtungen oder baulichen Anlagen unmittelbar verbunden waren“, sofern sich aus weiteren Bestimmungen des Gesetzes nichts anderes ergab. § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 erforderte seinem Wortlaut nach also eine technische oder bauliche Verbindung der Anlagen. Hierauf stützten mehrere Äußerungen in der Rechtsliteratur die Auffassung, bei Fehlen einer solchen Verbindung sei zwingend von mehreren Einzelanlagen auszugehen, die folglich vergütungstechnisch getrennt zu behandeln seien.<sup>24</sup> Demgegenüber wurde von anderer Seite die Auffassung vertreten, es sei auch ohne gemeinsame technische oder bauliche Einrichtungen von einer Anlage auszugehen, wenn sie in räumlichem und wirtschaftlichem Zusammenhang betrieben werde.<sup>25</sup> Einer weiteren Auffassung zufolge sollte in besonders krassen Fällen der Umgehung der Leistungsstufenregelungen von einem Rechtsmissbrauch ausgegangen werden, der zur Wertung als einheitliche Anlage führe.<sup>26</sup> Der damalige Gesetzesantrag zum EEG 2004 äußerte sich zu dieser Frage nicht explizit, gab aber deutlich zu erkennen, dass die Regelung (auch) dazu diene, „die dem Gesetzeszweck widersprechende Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten zu verhindern“.<sup>27</sup>

Das Bundesverfassungsgericht lässt die Frage, wie § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 auszulegen war, in seiner Entscheidung zum Anlagensplitting ausdrücklich offen, weil es aus seiner Sicht darauf nicht ankam.<sup>28</sup> Als von tragender Bedeutung wertet es demgegenüber, dass die Auslegung von § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 im Schrifttum schon vor Errichtung des Anlagenparks stark umstritten gewesen und das Anlagensplitting der erklärten gesetzgeberischen Intention zuwider gelaufen sei.<sup>29</sup>

### **2.2.2 Einbeziehung von Bestandsanlagen ins Einspeisemanagement (§§ 6, 11, 16 Abs. 6 und 66 Abs. 1 EEG 2009)**

Wesentliche Änderungen hat das EEG 2009 im Vergleich zum EEG 2004 durch Einfügung bestimmter netzbezogener Bestimmungen Erfahrungen. Mit im Zentrum dieser Bestimmungen steht das in § 11 EEG angesprochene „Einspeisemanagement“. Absatz 1 der Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

„(1) Netzbetreiber sind unbeschadet ihrer Pflicht nach § 9 ausnahmsweise berechtigt, an ihr Netz angeschlossene Anlagen mit einer Leistung über 100 Kilowatt zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien, Kraft-Wärme-Kopplung oder Grubengas zu regeln, soweit

<sup>24</sup> Eingehend Loibl, Anlagenbegriff, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow, Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 126. (weitere systematische Argumente Rdnr. 50 ff.); im gleichen Sinne Reshöft, in: Reshöft/ Steiner/ Dreher, EEG, 2. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 9; Wedemeyer, NuR 2009, 24/29 f.; ähnlich auch Altröck/ Lehnert, ZNER 2008, 118/119.

<sup>25</sup> Vgl. Salje, EEG, 4. Aufl. 2007, § 3 Rdnr. 63.

<sup>26</sup> Vgl. Oschmann, in: Altröck/ Oschmann/ Theobald, EEG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rdnr. 42.

<sup>27</sup> BT-Drs. 15/2864,30.

<sup>28</sup> BVerfG, ZNER 2009, 27 (Fn. 5), Rz. 48 ff./54.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfG, ZNER 2009, 27 (Fn. 5), Rz. 48 ff., insb. Rz. 54, 69 und 70.

1. andernfalls die Netzkapazität im jeweiligen Netzbereich durch diesen Strom überlastet wäre,
2. sie sichergestellt haben, dass insgesamt die größtmögliche Strommenge aus Erneuerbaren Energien und aus Kraft-Wärme-Kopplung abgenommen wird, und
3. sie die Daten über die Ist-Einspeisung in der jeweiligen Netzregion abgerufen haben.

Die Regelung der Anlagen nach Satz 1 darf nur während einer Übergangszeit bis zum Abschluss von Maßnahmen im Sinne des § 9 erfolgen.“

Hinter der neuen Regelung steht das Ziel, die Integration der großenteils schwankenden Einspeisemengen an EE-Strom in die Elektrizitätsnetze zu ermöglichen und zu erleichtern.<sup>30</sup> Die Bestimmung steht in untrennbarem Zusammenhang mit der in § 9 EEG 2009 statuierten Verpflichtung der Netzbetreiber auf Sicherstellung einer ausreichenden Übertragungskapazität sowie der Bestimmung zum Schadensersatz bei Nichteinhaltung dieser Verpflichtung (§ 10 EEG 2009) sowie dem an § 11 EEG 2009 anknüpfenden Anspruch auf Zahlung eines Ausfallentgelts bei Anwendung des Einspeisemanagements.<sup>31</sup>

Die Bestimmungen zum Einspeisemanagement **schränken** den an sich gegebenen **Vorrang** der Abnahme von EEG-Strom ins jeweilige Netz **partiell ein**. Sie führen praktisch dazu, dass der Netzbetreiber die Einspeisemenge ferngesteuert regulieren kann, wenn das Netz andernfalls durch EEG-Strom überlastet würde, so dass zeitweise weniger EEG-Stroms ins Netz abgenommen als angeboten wird. Diesen Nachteil gleicht das Gesetz durch die Ansprüche aus §§ 9, 10 und 12 EEG 2009 aus. Zu beachten ist, dass über die (Ab-) Regelung der Einspeisemenge nach dem EEG hinaus im Falle eines Netzengpasses, der nicht allein durch die von § 11 EEG erfassten Strommengen bedingt ist, eine Abschaltung der Einspeisung nach Maßgabe von § 13 Abs. 2 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) möglich ist. Die Wahrnehmung des § 13 Abs. 2 EnWG ist aber nur zulässig, soweit die Anwendung des EEG-Einspeisemanagements nicht ausreicht, um den Engpass zu vermeiden bzw. zu beheben.<sup>32</sup>

Die Bestimmungen des EEG 2009 zum Einspeisemanagement knüpfen an das in der **Vorgängerregelung** des § 4 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004 angelegte sog. Erzeugungsmanagement an. In § 4 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004 war geregelt, dass die Pflicht zur vorrangigen *Abnahme* des Stroms nur besteht, soweit das Netz oder der Netzbereich „nicht durch Strom aus zeitlich vor diesen Anlagen angeschlossenen Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas vollständig ausgelastet ist (...)“.

§ 4 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004 statuierte damit eine Rangfolge des Einspeisungsanspruchs nach dem Zeitpunkt des Erst-Anschlusses der dem EEG unterfallenden Anlagen (Prioritätsprinzip), deren Angemessenheit zum Zeit in Frage gestellt wurde<sup>33</sup>, deren inhaltliche Klarheit jedoch nicht ernstlich in Frage zu stellen war<sup>34</sup>. Sie reflektierte, dass ältere Anlagen nicht mit einer für die Regelung der Leistungsabgabe notwendigen Steuerungseinrichtung ausgerüstet

<sup>30</sup> Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs in BT-Drs. 16/8148, 46.

<sup>31</sup> Eingehend zum Ganzen Müller: Einspeisemanagement, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow: Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 1 ff. (S. 193 ff.).

<sup>32</sup> So auch Müller: Einspeisemanagement, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow: Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 37 ff./39.

<sup>33</sup> Krit. Salje: EEG-Vorrangprinzip und Netzanpassungsmanagement, in: RdE 2005, 250 ff.

<sup>34</sup> Ausdrücklich LG Itzehoe, Urt. v. 23.12.2005, ZUR 2006. 270./271.

werden mussten und folgte damit dem verbreiteten Prinzip, den Bestandsanlagen einen möglichst weitreichenden Schutz zu gewähren.

Demgegenüber ergibt sich für die Betreiber von älteren Bestandsanlagen eine Schlechterstellung, weil ihnen nunmehr nach der **Übergangsbestimmung** des § 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 auferlegt wird, bis zum 1. Januar **2011** die Vorgaben aus § 6 Nr. 1 EEG 2009 einzuhalten.

**§ 6 Nr. 1 EEG 2009** schreibt seinerseits vor:

„Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sind verpflichtet,

1. Anlagen, deren Leistung 100 Kilowatt übersteigt, mit einer technischen oder betrieblichen Einrichtung
  - a) zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung bei Netzüberlastung und
  - b) zur Abrufung der jeweiligen Ist-Einspeisung auszustatten, auf die der Netzbetreiber zugreifen darf (...)

Als Rechtsfolge für den Fall der Nichteinhaltung sieht **§ 16 Abs. 6 EEG 2009** vor:

„(6) Solange eine Anlagenbetreiberin oder ein Anlagenbetreiber die Verpflichtungen nach § 6 nicht erfüllt, besteht kein Anspruch auf Vergütung.“

Die Betreiber älterer Bestandsanlagen mit einer Leistung von mehr als 100 kW werden also im Vergleich zum vorangegangenen Recht mehrfach mit Nachteilen belegt:

- Sie müssen ihre Anlagen bis Anfang 2011 mit technischen Einrichtungen zur Abregelbarkeit ausstatten,
- Sie werden von diesem Zeitpunkt an in das Einspeisemanagement einbezogen und damit zugleich nicht mehr durch das bisherige „Prioritätsprinzip“ privilegiert, und
- sie verlieren den Vergütungsanspruch, solange sie ihrer Verpflichtung zur Nachrüstung mit der geforderten Regeltechnik nicht nachkommen.<sup>35</sup>

Das gilt nicht nur für Anlagen, die auf Grundlage des EEG 2004 in Betrieb genommen wurden, sondern uneingeschränkt auch für noch ältere EEG-Anlagen.

Somit wohnt den Bestimmungen zum Einspeisemanagement ein die vorherige Rechtslage nachteilig veränderter Regelungsgehalt inne, der einer verfassungsrechtlichen Prüfung im Hinblick auf die Wahrung des Vertrauensschutzes bedarf.

---

<sup>35</sup> Aus dem Begriff „solange“ ist zu schließen, dass sie vom Zeitpunkt der nachträglichen Erfüllung an wieder vergütungsberechtigt sind, ihren Anspruch also nicht endgültig verlieren und auch nicht den Verlust des Anschluss- oder des Abnahmeanspruchs zu befürchten haben; eingehend zum Ganzen Bönning: Netzanschluss, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow: Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 2 ff. (S. 213 ff.).

### 3 Vereinbarkeit anspruchverkürzender Neuregelungen mit dem verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot

#### 3.1 „Echte“ und „unechte“ Rückwirkung von Gesetzen – Verbot der „echten Rückwirkung“

Aus rechtlichem Blickwinkel stellt sich die Thematik als eine Frage der Reichweite des Vertrauensschutzes dar, also des Vertrauens der betroffenen Bürger in den Fortbestand der für sie bislang günstigen Rechtslage.

Der Gesetzgeber (und nach Maßgabe der Gesetze auch der Ordnungsgeber) ist grundsätzlich nicht daran gehindert, die Rechtslage für die Zukunft zu ändern. Er darf aber andererseits grundsätzlich keine belastenden Rechtsänderungen vornehmen, die in die Vergangenheit hinein wirken (Verbot der Rückwirkung von Gesetzen).

Das Thema Vertrauensschutz wird in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) an zwei verschiedenen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkten erörtert: zum einen am **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 20 Abs. 3 GG) als rechtsdogmatischem Ausgangspunkt des Rückwirkungsverbots und zum anderem in Bezug auf die Prüfung möglicher **Grundrechtsverletzungen** im Kontext der **Verhältnismäßigkeitsprüfung**.

Zu beachten ist dabei, dass nicht jede Regelung, die an Sachverhalte anknüpft, die sich in der Vergangenheit abgespielt oder begonnen haben, eine „echte“ Rückwirkung darstellt. Eine „echte Rückwirkung“ wird nur angenommen, wenn eine Regelung in bereits **abgewickelte Tatbestände** nachträglich eingreift, mithin wenn sie Rechtsfolgen für die Vergangenheit selbst festlegt. Das BVerfG spricht insoweit auch – dogmatisch präziser – von der „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“.<sup>36</sup> Demgegenüber wird von einer „unechten Rückwirkung“ gesprochen, wenn für Vorgänge, die in der Vergangenheit liegen oder dort begonnen haben, nachteilige Rechtsfolgen für die Zukunft ausgesprochen werden.<sup>37</sup> Das BVerfG bezeichnet dies mittlerweile auch als „tatbestandliche Rückanknüpfung“.<sup>38</sup> In seiner Entscheidung zum Anlagensplitting ist es zu der in der Praxis geläufigeren Terminologie von der „echten“ und der „unechten Rückwirkung“ zurückgekehrt.<sup>39</sup>

Das strenge rechtsstaatliche **Rückwirkungsverbot** gilt als solches nur für die Rückbewirkung von Rechtsfolgen („echte“ Rückwirkung). Das Verbot der „echten“ Rückwirkung kann nur unter sehr engen Voraussetzungen **durchbrochen** werden. Hierzu hat das BVerfG eine nach eigenem Bekunden nicht erschöpfende Kasuistik entwickelt.<sup>40</sup> Im deren Mittelpunkt steht der Gedanke, dass „allein zwingende Gründe des gemeinen Wohls oder ein nicht – oder nicht mehr – vorhandenes schutzbedürftiges Vertrauen des Einzelnen eine Durchbrechung des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbots zugunsten der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

<sup>36</sup> Grundlegend BVerfGE 72, 200/242.

<sup>37</sup> Eingehend BVerfGE 51, 356/362.

<sup>38</sup> BVerfGE 72, 200/242.

<sup>39</sup> Vgl. BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5) Rz. 65 f.

<sup>40</sup> Eingehend BVerfGE 72, 200/258 ff.

rechtfertigen oder gar erfordern können“.<sup>41</sup> Zu den erfassten Fallgruppen zählt das Gericht<sup>42</sup> solche, in denen eine „unklare oder verworrene Rechtslage“ bestand, bei denen es um die Schließung einer „verfassungswidrigen Gesetzeslücke“ ging oder in denen der Schutz des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes vor einem missbräuchlichen Unterlaufen im Vordergrund stand.<sup>43</sup> Abgesehen hiervon spielt in der Rechtsprechung noch der sog. Bagatellvorbehalt für „unerhebliche“ Nachteile eine gewisse Rolle.<sup>44</sup>

In seiner Entscheidung zu § 19 Abs. 1 EEG 2009 („Anlagensplitting“) präzisiert das Gericht mit dem Blick auf die dort entscheidende Frage, ob das Vertrauen in den Fortbestand der Rechtslage als schutzwürdig einzustufen ist:<sup>45</sup>

„Auch in diesem Fall gibt es aber Ausnahmen. Das Rückwirkungsverbot findet im Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht nur seinen Grund, sondern auch seine Grenze (vgl. BVerfGE 88, 384 <404>). 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 (vgl. BVerfGE 13, 261 <272>; 101, 239 <263 f.>; stRspr).“

Hingegen wird die tatbestandliche Rückanknüpfung („**unechte Rückwirkung**“) dogmatisch als „normale“ **Grundrechtsbeeinträchtigung** erachtet, deren Zulässigkeit im Einzelfall davon abhängt, ob für die konkrete Belastung hinreichende Rechtfertigungsgründe vorliegen und insoweit das Verhältnismäßigkeitsgebot beachtet ist.<sup>46</sup> In die Bewertung fließen dann Gesichtspunkte des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgrundsatzes mit ein.<sup>47</sup> Der Tatsache, ob das Vertrauen in den Fortbestand der früheren Rechtslage **schutzwürdig** war, kann auch hier ein besonderes Gewicht zukommen.<sup>48</sup> Insoweit muss – wie bei der „echten Rückwirkung“ – genau geprüft werden, bis zu welchem Zeitpunkt, in welchem Umfang und in welcher Ausprägung ein schutzwürdiges Vertrauen bestand. Nur wenn sich die Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes gegenüber den Beweggründen der Rechtsänderung konkret in der Abwägung als gewichtiger erweisen, ist die „unechte Rückwirkung“ unzulässig.<sup>49</sup> Unter Umständen kann wegen des gebildeten Vertrauens in den Fortbestand der alten Regelungen die Schaffung von Übergangsregelungen geboten sein.<sup>50</sup>

---

<sup>41</sup> BVerfGE 72, 200/258.

<sup>42</sup> Siehe im Einzelnen BVerfGE 72, 200/258 ff. m.w.N.

<sup>43</sup> BVerfGE 97, 67/82.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 30, 367/389.

<sup>45</sup> BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5) Rz. 66.

<sup>46</sup> Vgl. BVerfGE 72, 200/242 ff. m.w.N.

<sup>47</sup> BVerfGE 72, 200/242 f.; vgl. auch BVerfGE 102, 68/96.

<sup>48</sup> Vgl. BVerfGE 68, 287/307.

<sup>49</sup> BVerfGE 72, 175/196 m.w.N.

<sup>50</sup> Vgl. zum Ganzen BVerfGE 68, 287/307.

### 3.2 Einordnung von Änderungen der EEG-Ansprüche als „echte Rückwirkung“?

Ob denkbare Änderungen der Rechtslage zu Lasten der durch das EEG vermittelten Ansprüche von Betreibern bestehender EE-Anlagen als eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen („echte Rückwirkung“) anzusehen sind, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anhand des Kriteriums zu prüfen, ob der **Sachverhalt**, auf den mit einer Rechtsfolge eingewirkt wird, bereits **abgeschlossen** ist oder nicht.<sup>51</sup>

In seinem Beschluss zum Anlagensplitting hat das Bundesverfassungsgericht offen gelassen, ob nachträgliche Verkürzungen des EEG-Vergütungsanspruches als „echte Rückwirkung“ anzusehen sind, weil es hierauf für die Entscheidung nicht ankam. Das Gericht ist vielmehr zu dem Ergebnis gelangt, dass sich aus den betreffenden Vorschriften selbst dann keine Verstöße gegen verfassungsrechtliche Gebote ableiten ließen, wenn man annimmt, ihnen komme eine „echte Rückwirkung“ zu, weil es von vornherein an der Bildung von schutzwürdigem Vertrauen gefehlt habe.<sup>52</sup>

Abgeschlossen ist bei nachträglichen Verkürzungen des EEG-Vergütungsanspruches der aus wirtschaftlicher Perspektive entscheidende Vorgang der Aufnahme einer Investition. Gerade für die Vornahme von Investitionen sollen die Abnahme- und Vergütungsregelungen des EEG einen Anreiz bieten. Gedanklich liegt es deshalb durchaus nicht fern, eine „echte Rückwirkung“ anzunehmen, denn die mit der Anreizwirkung intendierte Aufnahme einer Investition liegt als abgeschlossener Vorgang in der Vergangenheit.

Auf der anderen Seite ist aber zu bedenken, dass sich die Abnahme- und Vergütungsregelungen nicht in ihrem Anreiz für eine (einmalige) Investition erschöpfen. Ihre Inanspruchnahme setzt vielmehr auch und insbesondere voraus, dass die Anlage fortlaufend etwas leistet: nämlich EE-Strom zur Einspeisung ins Netz liefert. Die Abnahme des Stroms und die regelmäßige Zahlung der Vergütung sind Vorgänge, die rechtlich unter keinem Gesichtspunkt als abgeschlossen betrachtet und der Vergangenheit zugewiesen werden können, solange sie nicht tatsächlich in der Vergangenheit liegen. Wie oben aufgezeigt, ist der Anspruch auf (künftige) Abnahme und Vergütung zwar dem Grunde nach für den gesamten im Gesetz festgelegten Zeitraum bereits in dem Zeitpunkt der (ersten) Inbetriebnahme angelegt. Das ändert aber nichts daran, dass die Realisierung des Anspruches nur möglich ist, wenn und soweit in der Zukunft tatsächlich EE-Strom zur Einspeisung geliefert wird.

Von einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen („echte Rückwirkung“) könnte daher allenfalls für solche Rechtsänderungen die Rede sein, mit denen für bereits abgeschlossene Einspeisevorgänge nachträglich Belastungen ausgesprochen würden (denkbar etwa in Gestalt von Rückzahlungspflichten). Realistisch sind derartige Eingriffe durch den Gesetzgeber aber nicht zu erwarten.

Außerhalb derartiger Sonderfälle kann somit nach hiesiger Rechtsauffassung nicht davon ausgegangen werden, dass etwaige Verschlechterungen der Rechtsposition der Anlagenbetreiber als Rückbewirkung von Rechtsfolgen zu qualifizieren sind. Neuregelungen wie eine sachliche oder zeitliche Begrenzung des Abnahmeanspruches, eine Reduzierung oder ein

<sup>51</sup> BVerfGE 72, 200/242 f.; BVerfGE 97, 67/79.

<sup>52</sup> Vgl. BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5) Rz. 68 und 71.

Verlust des Vergütungsanspruches oder eine Verpflichtung, sich vorzeitig einem anderen Förderinstrumentarium zu unterwerfen (z.B. einem Quotenmodell), tragen nicht den Charakter „echter“ Rückwirkungen, auch wenn sie sich auf die bisherigen Rechtspositionen gravierend negativ auswirken sollten.

Deutlich wird aber auch, dass solche gesetzgeberische Eingriffe einen ganz erheblichen, in der Sache durchaus eine der „echten Rückwirkung“ nahe kommende Tragweite haben können, wenn sie so ausgestaltet werden sollten, dass sie den in der Vergangenheit gelegenen Investitionen den wirtschaftlichen Boden entziehen oder insoweit eine Gefährdungslage entstehen lassen sollten. Inwieweit sie aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel dann noch zulässig sein können, ist aber nach der vom BVerfG entwickelten Dogmatik keine Frage des Rückwirkungsverbotens als solchem, sondern Gegenstand der Grundrechtsprüfung, insbesondere im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit.<sup>53</sup> Je schwerer die von solch Maßnahmen ausgehende Belastungswirkung ist, desto stärker müssen insofern die Gründe sein, die den Gesetzgeber zu diesen bewogen haben.

### 3.3 Zwischenergebnis

Das EEG spricht den Anlagenbetreibern für den sich aus § 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000, § 12 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 21 Abs. 2 EEG 2009 ergebenden Gesamtzeitraum verbindlich einen Anspruch auf Abnahme und Vergütung des von ihnen erzeugten EE-Stroms zu. Damit begründet das Gesetz bis zum Ablauf des sich ergebenden Zeitraumes **Vertrauen** in den Bestand des kombinierten Anspruches auf Abnahme und Vergütung.

Nachträgliche Einschränkungen dieses Anspruches, die sich lediglich auf in der Zukunft liegende Vorgänge der Einspeisung auswirken, sind nach hiesiger Rechtsauffassung verfassungsrechtlich **nicht** als **echte Rückwirkung** (Rückbewirkung von Rechtsfolgen) anzusehen. Sie unterliegen daher nicht von vornherein einem verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot. Ihre Zulässigkeit hängt vielmehr im Einzelfall davon ab, ob sie sich als noch **verhältnismäßige Grundrechtsbeeinträchtigungen** darstellen.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum sog. *Anlagensplitting* steht diesem Verständnis nicht entgegen. Das BVerfG hat in dieser Entscheidung offen gelassen, ob § 19 Abs. 1 EEG 2009 eine „echte Rückwirkung“ zukommt, weil es darauf in dem betrachteten Zusammenhang nicht ankam. Wesentlich war in diesem Zusammenhang jedoch die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen im konkret betrachteten Fall überhaupt **schutzwürdiges** Vertrauen in den Fortbestand der Rechtslage bilden konnten.<sup>54</sup> Darauf wird weiter unten zurückzukommen sein (siehe Kap. 5.2).

---

<sup>53</sup> Vgl. BVerfGE 102, 68/96 f.

<sup>54</sup> Vgl. BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5) Rz. 68 und 71.

## 4 Vereinbarkeit anspruchsverkürzender Neuregelungen mit den Grundrechten: Prüfungsmaßstäbe

### 4.1 Beeinträchtigung des Schutzbereichs von Grundrechten

Da das BVerfG die konkrete Bewertung des Vertrauensschutzes außerhalb von Fallgestaltungen der Rückbewirkung von Rechtsfolgen bei der Grundrechtsprüfung ansiedelt, stellt sich im Weiteren zunächst die Frage, inwieweit der Anspruch auf Abnahme und Vergütung vom Schutzbereich eines oder mehrerer Grundrechte erfasst wird. Je nachdem, welche Grundrechte betroffen sind, können sich unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe ergeben.

Allerdings wird sich – dies sei bereits vorab erwähnt – im späteren Verlauf der Prüfung zeigen, dass die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Grundrechten für die vorliegende Untersuchung nur von begrenzter Relevanz ist, weil das Bundesverfassungsgericht auf dem Standpunkt steht, dass ungeachtet der Zuordnung des Eingriffs zu einem bestimmten Grundrecht spezifische Maßstäbe anzuwenden sind, wenn der Gesetzgeber einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hat (siehe dazu unter 4.2.2).

#### 4.1.1 Beeinträchtigung des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 Abs. 1 GG)

Unter den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG fallen grundsätzlich alle vom Gesetzgeber gewährten (konkreten) vermögenswerten Rechte. Das Grundrecht schützt demnach nicht das Vermögen als solches<sup>55</sup>, sondern *Rechtspositionen*, denen ein Vermögenswert zukommt oder auf deren Basis Vermögen gebildet werden kann (vermögenswerte Rechtspositionen).

Zu den vermögenswerten und daher **eigentumskräftigen Rechtspositionen** werden gemeinhin insbesondere vom Gesetzgeber gewährte **privatrechtliche Positionen** gezählt, die dem Berechtigten ausschließlich wie Eigentum an einer Sache zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet sind.<sup>56</sup> Erfasst ist damit nicht nur die privatrechtliche Eigentümerstellung im Sinne des BGB als solche. Als eigentumskräftig geschützt gelten vielmehr auch bürgerlich-rechtliche Ansprüche und Forderungen<sup>57</sup> (wie etwa der Kaufpreisanspruch<sup>58</sup>), jedenfalls sofern sie nicht jederzeit kündbar sind.<sup>59</sup> Entsprechendes gilt für öffentlich-rechtliche Positionen, sofern diese dem Einzelnen eine Rechtsposition verleihen, die derjenigen eines Eigentümers gleichkommt (z.B. Bau- oder Anlagenehmigungen).<sup>60</sup>

Vom Ansatz her spricht somit viel dafür, auch den Abnahme- und Vergütungsanspruch aus dem EEG als eigentumskräftige Rechtsposition zu betrachten. Denn es handelt sich um eine durch Gesetz geschaffene privatrechtliche Position, bei der es – anders als beispielsweise bei der Erteilung einer behördlichen Genehmigung – nicht um die Gewähr einer Anspruchspositi-

<sup>55</sup> Vgl. nur BVerfGE 72, 175/195 m.w.N.; BVerfGE 95, 267/300.

<sup>56</sup> BVerfGE 78, 58/71 m.w.N.

<sup>57</sup> Vgl. BVerfGE 68, 193/222; BVerfGE 83, 201/208 f.

<sup>58</sup> BVerfGE 45, 142/179.

<sup>59</sup> So BGHZ 123, 166/169.

<sup>60</sup> BVerfGE 18, 392/397; BVerfGE 53, 257/289; BVerfGE 72, 175/193.

on gegenüber dem Staat oder der Allgemeinheit geht, sondern um die Schaffung eines (nicht einseitig kündbaren) zivilrechtlichen Leistungsanspruches.

Allerdings ist zu beachten, dass das BVerfG nach seiner gefestigten Rechtsprechung solche Anspruchspositionen aus dem Eigentumsbegriff ausnimmt, die „nicht durch Einsatz von Kapital und Arbeit erworben“ sind.<sup>61</sup> Als entscheidend sieht es das Gericht in dieser Hinsicht an, inwieweit sich die Rechtsstellung „als Äquivalent eigener Leistung erweist oder auf staatlicher Gewährung beruht“.<sup>62</sup> Aus diesem Blickwinkel erkennt das Gericht namentlich gesetzlich verbürgte Ansprüche auf Subventionen nicht als eigentumsfähig an.<sup>63</sup> Das soll auch dann gelten, wenn die Subvention ausdrücklich an das Vorliegen einer Eigenleistung geknüpft wird, weil die Eigenleistung dort nur die Voraussetzung der Subvention sei, die Subvention selbst aber durch den Eigenbeitrag nicht „erworben“ werde.<sup>64</sup>

Aus dieser Perspektive stellt sich die Frage, ob auch die – in der Öffentlichkeit oft ungenau ebenfalls als Subvention bezeichnete – EEG-Vergütung als außerhalb des Eigentumsrechts stehend betrachtet werden muss, weil sie zwar an eine eigene Leistung – die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien – anknüpft, aber hinsichtlich des über den Marktwert hinausgehenden Vergütungsbetrages subventionsähnliche Wirkungen entfaltet.

Diese Gedankenführung geht jedoch, so nachvollziehbar sie auf den ersten Blick scheint, in ihrem Kern an der Sache vorbei. Von einer schlichten Subvention unterscheidet sich der Abnahme- und Vergütungsanspruch der Anlagenbetreiber nach dem EEG grundlegend:

- Anders als im Falle der Subvention geht es hier schon nicht um die Gewähr einer staatlichen Leistung, sondern um die Schaffung und Ausgestaltung eines privatrechtlichen Austauschverhältnisses. Die EEG-Vergütung steht außerhalb des Bereichs der Ansprüche auf Gewähr staatlicher Leistungen oder vergleichbarer öffentlich-rechtlicher Vorteilspositionen, auf den sich die oben zusammengefasste Rechtsprechung des BVerfG bezieht.<sup>65</sup>
- Die Sachlage stellt sich hier auch nicht so dar, dass auf die „Eigenleistung“ der Begünstigten – die ihrerseits auf dem Einsatz eigenen Kapitals und eigener Arbeit beruht – lediglich ein Zusatzbetrag „draufgelegt“ wird. Vielmehr geht es darum, dass der Staat die Eigenleistung der Herstellung von EE-Strom im Rahmen des EEG in bestimmter Weise für den Markt verbindlich bewertet. Aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit – nämlich dem Interesse an dem Aufbau von nachhaltigen Strukturen der Energieversorgung – legt der Staat fest, dass die Preise ein bestimmtes Mindestniveau haben müssen und – nicht weniger bedeutsam –, dass die am Markt tätigen Privatrechtssubjekte den produzierten Strom auch abzunehmen haben. Damit greift er auf Grundlage einer spezifischen Bewertung der Leistungen der Anlagenbetreiber gestaltend in privatrechtliche Austauschverhältnisse ein und verteilt nicht lediglich einseitig „Geschenke“.

<sup>61</sup> Ausdrücklich BVerfGE 97, 67/83 unter Berufung auf BVerfGE 18, 392/397.

<sup>62</sup> BVerfGE 72, 175/193.

<sup>63</sup> Eingehend BVerfGE 72, 175/193 ff.; ebenso BVerfGE 97, 67/83.

<sup>64</sup> Vgl. BVerfGE 72, 175/195.

<sup>65</sup> Vgl. BVerfGE 72, 175/194 (Subventionen); BVerfGE 16, 94/113 (Fürsorgeleistungen); BVerfGE 18, 392/397 (öffentlich-rechtliche Beurkundungsbefugnis); BVerfGE 69, 272/300 (sozialversicherungsrechtliche Leistungsansprüche, sofern sie nicht auf einer Eigenleistung beruhen).

Gewisse Zweifel an der Einschlägigkeit des Eigentumsgrundrechts sind noch unter einem anderen Aspekt denkbar. Das Bundesverfassungsgericht grenzt nämlich die beiden Grundrechte aus **Art. 14 GG** (Eigentumsgrundrecht) und **Art. 12 GG** (Berufsfreiheit) danach ab, dass es beim Eigentumsgrundrecht um den Schutz des „Erworbenen“ geht, während das Grundrecht der Berufsfreiheit den Schutz des (künftigen) „Erwerbs“ im Auge habe.<sup>66</sup> Die Schutzwirkung des Art. 14 GG richtet sich danach nur auf den vorhandenen Bestand der vermögenswerten Rechte, nicht auf die mit ihrer Nutzung verbundenen Chancen, Hoffnungen und (Gewinn-) Erwartungen.<sup>67</sup> Der reine „Erwerbsschutz“ ist seinerseits Gegenstand der auch für die unternehmerische Betätigung geltenden Berufsfreiheit.<sup>68</sup> Die Schmälerung des Gewinns durch vom Staat ausgesprochene Belastungen (z.B. in Gestalt von Verhaltenspflichten, etwa der Pflicht der Netzbetreiber zur Abnahme und Vergütung) berührt lediglich den Schutzbereich des Art. 12 GG, nicht denjenigen des Art. 14 GG.

Für die Zuordnung der an die Anlagenbetreiber gerichteten Gewährungen des EEG erscheint es vom Denkansatz her vertretbar, diese allein als von Art. 12 GG, nicht aber vom Eigentumsgrundrecht erfasst anzusehen. Denn in der Sache geht es hier um den Schutz von in der Zukunft liegenden, sich aus künftiger Erwerbstätigkeit ergebenden wirtschaftlichen Erträgen. Andererseits unterscheiden sich die Gewährungen des EEG von markttypischen Chancen, Hoffnungen und Erwartungen gerade dadurch, dass das Gesetz die wirtschaftlichen Chancen, Hoffnungen und Erwartungen im Umfang des Abnahme- und Vergütungsanspruchs aus dem tendenziell unwägbareren Bereich unternehmerischen Risikos herausnimmt. Das Gesetz wandelt im Umfang seiner Gewährleistungen eine im Ansatz unsichere Erwartung in einen verbindlichen gesetzlichen Anspruch um. Rechtsdogmatisch schlägt der Charakter des geschützten Gegenstands damit von einer bloßen Erwartung in einen konkreten, wenn auch erst in der Zukunft realisierbaren Rechtsbestand um.

Zwar betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass Art. 14 GG nur den „vorhandenen Bestand“ an Rechten schützt<sup>69</sup>, mithin nur solche Rechtspositionen, die „dem Rechtssubjekt bereits zustehen“<sup>70</sup>. Zu betonen ist jedoch, dass auf die Zukunft gerichtete Aussichten nach der Logik dieser Herangehensweise durchaus vom Eigentumsgrundrecht geschützt sind, wenn und soweit auf ihre Verwirklichung ein rechtlich gesicherter Anspruch besteht.<sup>71</sup> Denn soweit sie rechtlich in die Zukunft hinein gesichert sind, stehen sie dem Berechtigten bereits mit dem Zeitpunkt ihrer Begründung zu.

Im vorliegenden Fall kommt es mithin darauf an, inwieweit der Abnahme- und Vergütungsanspruch zum Zeitpunkt der nachträglichen Rechtsänderung bereits im Sinne eines **erworbenen Rechtsbestands** durch das Gesetz verbindlich gesichert ist. Das Gesetz garantiert, wie oben dargelegt (Kap. 1), die Abnahme und Vergütung nach Maßgabe des § 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000, des § 12 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 21 Abs. 2 EEG 2009 für einen bestimmten Zeit-

<sup>66</sup> Klarstellend BVerfGE 95, 173/187 f. m.w.N.

<sup>67</sup> BVerfGE 28, 119/142; BVerfGE 30, 292/335; BVerfGE 68, 193/222.

<sup>68</sup> Vor diesem Hintergrund ist der Streit in der Rechtswissenschaft, ob auch das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ zum Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne zählt (so BGHZ 92, 34/37), weitgehend bedeutungslos (vgl. auch BVerwGE 95, 341/405).

<sup>69</sup> Grundlegend BVerfGE 20, 31/34.

<sup>70</sup> BVerfGE 78, 205/211.

<sup>71</sup> Ausdrücklich BGHZ 125, 293/299.

raum. Der Anspruch wird für diesen Zeitraum mit der Inbetriebnahme der Anlage begründet, praktisch also mit dem Beginn der Einspeisung von EE-Strom. In der nachfolgenden Zeitspanne hängt die Realisierung des Anspruchs – auch hinsichtlich der Vergütungssumme – davon ab, ob und welche Mengen an EE-Strom geliefert werden. Insoweit, aber eben auch nur insoweit wird der Anspruch von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht. Hinsichtlich der Abnahme als solcher und der preislichen Konditionen spricht das Gesetz jedoch eine Art Garantie aus. Folglich gewinnt der Anlagenbetreiber mit der Inbetriebnahme seiner Anlage eine rechtsverbindliche Anspruchsposition, die ihm durch Dritte (insbesondere den Netzbetreiber) nicht mehr nachträglich genommen werden können soll.

Im Resultat spricht somit Überwiegendes dafür, die Gewährleistungen des EEG als durch das **Eigentumsgrundrecht** geschützt anzusehen, soweit den Anlagenbetreibern für den sich aus § 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000, § 12 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 21 Abs. 2 EEG 2009 ergebenden Zeitraum ein Anspruch auf Abnahme von EE-Strom und dessen Vergütung zuerkannt wird.

Aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 19 Abs. 1 EEG 2009 („Anlagen-splitting“) ergibt sich keine nähere Klärung der Frage, ob der Abnahme- und Vergütungsanspruch aus dem EEG vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG umfasst ist. Zwar prüft das Gericht anhand der Maßstäbe des Art. 14 Abs. 1 GG. Die Prüfung erfolgt aber nach Art einer unterstellenden Annahme: Das Gericht nimmt zugunsten der Beschwerdeführerinnen an, dass Art. 14 Abs. 1 GG einschlägig ist, kann dies aber letztlich dahinstehen lassen, weil es im Ergebnis jedenfalls keinen unverhältnismäßigen Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG erkennt.<sup>72</sup>

#### 4.1.2 Beeinträchtigung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Das BVerfG betrachtet als „Beruf“ jede auf Erwerb gerichtete Beschäftigung, die sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft.<sup>73</sup> Dabei soll es nicht darauf ankommen, ob die Beschäftigung durch eine einzelne natürliche Person oder durch eine juristische Person (Unternehmen) ausgeübt wird.<sup>74</sup> Unerheblich ist auch, ob sie selbständig oder unselbständig ausgeführt wird.

Staatliche Reglementierungen und steuernde Einflussnahmen auf die Berufstätigkeit stellen sich nach Auffassung des BVerfG als Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit dar, sofern ihnen eine „objektiv berufsregelnde Tendenz“ innewohnt. Das soll auch für mittelbare Einwirkungen gelten, wenn sie die betreffenden Personen spezifisch in ihrer Berufstätigkeit treffen und insoweit nicht nur von geringer Intensität sind.<sup>75</sup>

Die Beeinträchtigungswirkung kann sich auch auf den Wettbewerb beziehen. Art. 12 Abs. 1 GG schützt zwar den einzelnen Wettbewerbsteilnehmer nicht vor Konkurrenz.<sup>76</sup> Staatliche Maßnahmen der Wettbewerbsregulierung beeinflussen jedoch die Möglichkeiten der Berufsausübung und sind deshalb als Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit zu erachten.<sup>77</sup> Das

<sup>72</sup> Vgl. BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5) Rz. 54 ff.

<sup>73</sup> BVerfGE 97, 228/253.

<sup>74</sup> Vgl. BVerfGE 97, 228/253.

<sup>75</sup> Vgl. BVerfGE 97, 228/254; BVerfGE 47, 1/21.

<sup>76</sup> Vgl. schon BVerfGE 34, 252/256.

<sup>77</sup> Vgl. BVerfGE 32, 311/317, BVerfGE 46, 120/137 f.

gilt namentlich auch für die im EEG geregelte Abnahme- und Vergütungspflicht der Netzbetreiber (die der BGH aus Gründen des Gemeinwohls als hinreichend gerechtfertigt eingestuft hat).<sup>78</sup>

Demnach ist auch die Rücknahme einer bislang durch ein regulatives Gesetz – wie das EEG – gewährten besonderen Position im Marktgeschehen grundsätzlich als ein Eingriff in die Berufsfreiheit der bislang Begünstigten anzusehen. Jede gesetzliche Änderung, die zu einer weniger günstigen Position im betroffenen Markt führt, hat objektiv berufsregelnde Tendenz und trägt den Charakter einer Beeinträchtigung der Berufsfreiheit, soweit sie einzelne am Markt Tätige in ihrer Wettbewerbsposition nachteilig trifft. Das muss auch für den Fall gelten, dass der Markt zunächst in bestimmter und später in anderer Weise reguliert (oder „dereguliert“) wird. Denn auch hier geht es um Maßnahmen, mit denen „das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb“ rechtlich normiert wird.<sup>79</sup>

Je nachdem, wie der Gesetzgeber das künftige Recht im Einzelnen ausgestaltet, kann es daher zu Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit kommen. In Abgrenzung zum Eigentumsgrundrecht ist allerdings zu beachten, dass Art. 12 GG in den Hintergrund tritt, soweit sich die gesetzliche Maßnahme als eine Beeinträchtigung des Eigentumsgrundrechts darstellt, weil sie auf den Bestand einer eigentumskräftigen Rechtsposition einwirkt.<sup>80</sup> Speziell im Hinblick auf mögliche Einschränkungen des Abnahme- und Vergütungsanspruches ist deshalb nach hiesiger Auffassung davon auszugehen, dass Art. 14 GG und nicht Art. 12 GG als das einschlägige Schutzgrundrecht zu betrachten ist. Soweit dieser Auffassung nicht gefolgt wird, wäre aber jedenfalls ein Eingriff in die Berufsfreiheit anzunehmen.

#### **4.1.3 Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)**

Aus der von Art. 2 Abs. 1 GG ausgesprochenen „freien Entfaltung der Persönlichkeit“ leitet das BVerfG das Grundrecht der „allgemeinen Handlungsfreiheit“ ab. Es stellt jedes menschliche Tun oder Unterlassen unter Schutz, sofern es nicht vom Schutzbereich eines anderen Grundrechts erfasst wird.<sup>81</sup> Damit schützt es auch vor der Belastung mit Nachteilen aller Art, die nicht anderweitig grundrechtlich geschützt sind, etwa vor Zahlungspflichten gegenüber dem Staat in Gestalt von Steuern oder anderen Abgaben.<sup>82</sup>

Rechtsdogmatisch hat das Grundrecht den Status eines Auffanggrundrechts. Es ist gegenüber anderen Grundrechten subsidiär. Das bedeutet, dass es immer dann (und nur dann) wirksam wird, wenn nicht der Schutzbereich eines spezielleren Grundrechts berührt ist.<sup>83</sup> Soweit beispielsweise der Schutzbereich der Eigentums- oder Berufsfreiheit betroffen ist, wird sich die betreffende Person nicht (zusätzlich) auf das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit stützen können. Ist der Schutzbereich des Eigentums- oder Berufsgrundrechts zwar berührt, liegt aber keine Verletzung dieses Grundrechts vor, weil sich die Grundrechtsbeein-

<sup>78</sup> BGH ZUR 2003, 411/411 f.

<sup>79</sup> So die Formulierung in BVerfGE 46, 120, 137.

<sup>80</sup> Vgl. BVerfGE 95, 173/ 187 f.; BVerfGE 78, 205/211.

<sup>81</sup> Vgl. bereits BVerfGE 6, 32/37.

<sup>82</sup> Vgl. BVerfGE 91, 207/221.

<sup>83</sup> Grundlegend BVerfGE 6, 32/37.

trächtigung als verhältnismäßig darstellt, so kann sich die Person nicht hilfsweise auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Ist der Schutzbereich des Art. 14 oder des Art. 12 GG aber erst gar nicht berührt, so kommt Art. 2 Abs. 1 GG zur Anwendung.

Im vorliegenden Fall kann Art. 2 Abs. 1 GG daher nur zum Tragen kommen, wenn und soweit nicht bereits Art. 14 oder Art. 12 GG in ihrer Schutzfunktion greifen – was hier hinsichtlich möglicher Einschränkungen des Abnahme- und Vergütungsanspruches jedoch angenommen wird.

#### 4.1.4 Zwischenergebnis

Der Abnahme- und Vergütungsanspruch aus dem EEG ist grundrechtlich geschützt. Überwiegendes spricht dafür, ihn als eigentumskräftig geschützte Rechtsposition im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG zu begreifen. Allerdings ist diese Qualifizierung auf Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG nicht ganz sicher, weil die Konstruktion des EEG insofern neuartige Fragen aufwirft. Möglicherweise liegt der Eingriffsschwerpunkt auch bei Art. 12 Abs. 1 GG. Eher unwahrscheinlich ist, dass – in der Funktion des Auffanggrundrechts – lediglich Art. 2 Abs. 1 GG zum Tragen kommt.

## 4.2 Rechtfertigung von Grundrechtsbeeinträchtigungen

### 4.2.1 Rechtfertigungsgründe und Verhältnismäßigkeit im Allgemeinen

Nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung können Einschränkungen des Grundrechts auf **Eigentum**, die sich nicht als „Enteignung“ im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG darstellen, grundsätzlich auf jegliche vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gestützt werden.<sup>84</sup>

Eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG ist demgegenüber nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig. Unter einer Enteignung in diesem Sinne versteht das BVerfG jedoch ausschließlich Eingriffe des Staates, die „auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Eigentumspositionen (...) zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gerichtet“ sind<sup>85</sup>. Gemeint sind also Fälle des staatlichen Zugriffs auf individuelles Eigentum zu dem Zweck, mit dem Eigentum eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen (wie es beispielsweise bei der Inanspruchnahme eines Grundstückes für die Verwirklichung einer Planung der Fall ist). Sonstige das Eigentum in seiner Wertigkeit beeinträchtigende Maßnahmen sind keine Enteignung im Sinne des Grundgesetzes. Über die spezifischen Anforderungen für die Enteignung muss im vorliegenden Zusammenhang daher nicht näher nachgedacht werden.

Hinsichtlich der erforderlichen Rechtfertigung für Eingriffe in die **Berufsfreiheit** differenziert das BVerfG zwischen beeinträchtigenden Regelungen, welche die *Berufswahl* betreffen, und solchen, die sich (lediglich) auf die *Berufsausübung* beziehen. Während für Eingriffe in die Berufswahl strengere Maßstäbe zur Anwendung zu bringen sind,<sup>86</sup> kann sich der Gesetzge-

<sup>84</sup> Vgl. schon BVerfGE 8, 71/80.

<sup>85</sup> BVerfGE 70, 191/199 f.

<sup>86</sup> Vgl. BVerfGE 75, 284/296.

ber für objektive Regelungen hinsichtlich der Berufsausübung grundsätzlich ebenfalls auf jede Art vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls berufen.<sup>87</sup>

Sowohl hinsichtlich von Einschränkungen des Eigentums<sup>88</sup> als auch im Hinblick auf Beeinträchtigungen der Berufsausübung<sup>89</sup> spricht das BVerfG dem Gesetzgeber bei alledem einen relativ weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu.

Gründe wie das Ziel, die Endenergie im Interesse der Verbraucher oder bestimmter Verbrauchergruppen preisgünstiger zu machen, oder die Überlegung, das Förderinstrumentarium für erneuerbare Energien stärker auf die Möglichkeit des grenzüberschreitenden Stromtransports im EU-Binnenmarkt hin zuschneiden zu wollen, erscheinen im Rahmen der gesetzgeberischen Spielräume vom Ansatz her durchaus geeignet, Änderungen am bisherigen gesetzlichen System verfassungsrechtlich zu legitimieren.

Im Einzelnen hängt die Zulässigkeit der jeweiligen Maßnahme allerdings davon ab, ob und inwieweit sich die jeweilige Maßnahme im Hinblick einerseits auf die Erwägungen des Gesetzgebers und andererseits auf die von ihr ausgehenden Beeinträchtigungswirkungen auch als verhältnismäßig erweist.

In der **Verhältnismäßigkeitsprüfung** wird gefragt, ob die Beweggründe ausreichen, um die konkrete Beeinträchtigungswirkung als akzeptabel werten zu können. Das ist der Fall, wenn die belastende Maßnahme „geeignet“, „erforderlich“ und „angemessen“ ist:<sup>90</sup>

- *Geeignet* ist die Maßnahme, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es darf also nicht völlig ausgeschlossen erscheinen, dass sie zur Erreichung des verfolgten Zieles einen Beitrag leisten kann. Der Gesetzgeber hat hier einen weiten Einschätzungsspielraum, da er eine Prognose treffen muss.
- Die *Erforderlichkeit* ist zu bejahen, wenn kein anderes Mittel vergleichbarer Wirkung und Wirksamkeit ersichtlich ist, welches das betreffende Grundrecht weniger stark beeinträchtigt. Zu beachten ist dabei, dass das verglichene mildere Mittel in seiner Effektivität nicht zurückstehen darf.
- Bei der Prüfung der auch als „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“, „Übermaßverbot“ oder „Proportionalität“ bezeichneten *Angemessenheit* wird gefragt, ob der erreichbare Nutzen noch in einem angemessenen bzw. zumutbaren Verhältnis zur konkreten Beeinträchtigungswirkung steht. Hier findet daher eine Abwägung statt, in der die Zweck-Mittel-Relation wertend betrachtet wird.<sup>91</sup>

Unverhältnismäßige Belastungen kann der Gesetzgeber durch Ausgleichs- oder Übergangsregelungen vermeiden.<sup>92</sup> Dabei kommt sachlichen Ausgleichs- und Übergangsregelungen gegenüber solchen rein finanzieller Art grundsätzlich der Vorrang zu.<sup>93</sup>

<sup>87</sup> BVerfGE 70, 1/28; BVerfGE 95, 173/183.

<sup>88</sup> Vgl. BVerfGE 8, 71/80.

<sup>89</sup> BVerfGE 39, 210/225 f. m.w.N.; vgl. zum Ganzen Tettinger in: Sachs, GG, Art. 12 Rdnr. 101 f.

<sup>90</sup> Zusammenfassend BVerfGE 67, 157/173 ff.

<sup>91</sup> Zum Ganzen im Überblick Jarass, in: Jarass/ Piroth, GG, Art. 20 Rdnr. 86 m.w.N.

<sup>92</sup> Vgl. BVerfGE 58, 300, 350 f. (zu Art. 14 GG); BVerfGE 64, 72/83 f. und BVerfGE 68, 265/309 f. (zu Art. 12 GG).

Für die hier betrachtete Konstellation einer Veränderung der Rechtslage, die sich für die Betreiber von bestehenden EE-Anlagen als – unter Umständen beträchtliche oder gar existenzielle – Verschlechterung ihrer Anspruchsposition gegenüber der bisherigen gesetzlichen Ausgangssituation darstellt, liegt der Problemschwerpunkt bei der *Erforderlichkeit* und der *Angemessenheit*.

Zu beachten ist dabei, dass insofern nicht lediglich danach zu fragen ist, ob dem Gesetzgeber ausreichende Gründe zur Seite stehen, um für die Zukunft eine andere Systementscheidung zu treffen oder für künftige Sachverhalte geänderte Rahmenbedingungen festzulegen. Im Hinblick auf die mit der Änderung einher gehenden belastenden Auswirkungen auf die durch das EEG gewonnenen Anspruchspositionen kommt es vielmehr darauf an, ob und inwieweit eine ausreichend tragfähige Rechtfertigung vorliegt, um diese spezielle, auf in der Vergangenheit entstandene Rechte bezogene Belastungswirkung zu legitimieren.

Anders ausgedrückt: Der Gesetzgeber mag einen relativ großen Spielraum dafür haben, auf Grundlage geänderter politischer Wertungen für die Zukunft neue Systementscheidungen zu treffen. So wird er möglicherweise Fragen des Endverbraucherpreises für Strom oder der Integration der erneuerbaren Energien in den Elektrizitätsbinnenmarkt anders werten und deshalb wesentliche Änderungen am System vornehmen können.<sup>94</sup> Damit allein lässt sich aber vor dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht ausreichend begründen, warum es notwendig sein soll, diese Änderungen so auszugestalten, dass die Betreiber bestehender Anlagen die ihnen durch die vorangegangene Rechtslage gewährte Anspruchsposition ganz oder teilweise verlieren sollen. An dieser Stelle wirkt sich der nach der Rechtsprechung des BVerfG bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung besonders zu beachtende Grundsatz des Vertrauensschutzes<sup>95</sup> für die Betroffenen in entscheidender Weise positiv aus – wobei ergänzend anzumerken ist, dass das nur gilt, soweit in der konkreten Fallkonstellation ein schutzwürdiges Vertrauen gebildet werden konnte<sup>96</sup>.

Bezogen auf die **Erforderlichkeit** stünde der künftige Gesetzgeber vor der Frage, ob es ein „milderes“ Mittel gibt, um den gewollten Übergang zu einem anderen instrumentellen System auszugestalten. Ein Systemwechsel ließe sich grundsätzlich auch bewerkstelligen, ohne die in der Vergangenheit begründeten Ansprüche der Anlagenbetreiber anzutasten. Damit würde der Systemwechsel zwar sicher langsamer vonstatten gehen, so dass er keine vergleichbar schnelle und/oder durchgreifende Wirkung entfalten könnte. Aber im Hinblick auf das Kriterium der **Angemessenheit** müsste sich der Gesetzgeber außerdem noch die weitergehende Frage stellen, ob die verfolgten Ziele so bedeutsam sind, dass sie es rechtfertigen, das Vertrauen der Anlagenbetreiber in den Bestand ihrer Anspruchsposition zu übergehen. Das kann nur angenommen werden, wenn es *spezifische* Gründe gibt, um auch für in der Vergangenheit begründete Ansprüche einen Systemwechsel herbeizuführen bzw. wesentliche Rechtsänderungen vorzunehmen.

---

<sup>93</sup> Vgl. BVerfGE 100, 226/245 f. (zu Art. 14 GG).

<sup>94</sup> Vgl. die Überlegungen aus dem VDEW, a.a.O. (Fn. 2), 2.

<sup>95</sup> Vgl. BVerfGE 68, 287/307; BVerfGE 72, 200/242 f.; BVerfGE 102, 68/96.

<sup>96</sup> Hieran fehlte es nach Ansicht des BVerfG bei der Verfassungsbeschwerde zum sog. Anlagensplitting, vgl. BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5) Rz. 71.

Speziell im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 GG hebt das BVerfG hervor, dass es dem Gesetzgeber zwar nicht generell verwehrt sei, individuelle Rechtspositionen „durch eine angemessene und zumutbare Überleitungsregelung“ umzugestalten.<sup>97</sup> Voraussetzung ist danach jedoch, dass „Gründe des Gemeinwohls vorliegen, die den Vorrang vor dem berechtigten – durch die Bestandsgarantie gesicherten – Vertrauen auf den Fortbestand eines wohl erworbenen Rechtes verdienen“.<sup>98</sup> Das Gericht sieht den Gesetzgeber auf Grund der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG gehalten, in erster Linie materiellrechtliche Vorkehrungen zu treffen, die eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers real vermeiden und die Privatnützigkeit des Eigentums so weit wie möglich erhalten.<sup>99</sup> Nur wo das nicht möglich ist, kommen rein finanzielle Ausgleichsregelungen in Betracht.

#### 4.2.2 Sonderfall: Qualifizierter Vertrauenstatbestand

Legt das Bundesverfassungsgericht demnach schon im Allgemeinen relativ strenge Maßstäbe an die Legitimation für nachträgliche Änderungen an vorhandenen Anspruchspositionen an, so ist zu beachten, dass das BVerfG an die Zulässigkeit von Eingriffen in **besondere Vertrauenstatbestände** noch einmal erhöhte Anforderungen knüpft: Solcherart Rechtsänderungen müssen daran gemessen werden, ob ohne sie „schwere Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter“ zu erwarten wären. Der Prüfungsmaßstab ist damit demjenigen bei der sog. echten Rückwirkung vergleichbar.

In seiner Entscheidung vom 15. März 2000 über die *Krankenversicherung der Rentner* hatte sich das BVerfG unter anderem mit der Frage auseinanderzusetzen, ob es dem Gesetzgeber gestattet ist, im Nachhinein einen Anspruch zu begrenzen, der durch ein vorangegangenes Gesetz ausdrücklich für einen bestimmten Zeitraum gewährt worden ist. Es verneinte diese Frage mit folgenden Ausführungen:<sup>100</sup>

„Es kann offen bleiben, ob ein Eingriff dieser Art den verfassungsrechtlichen Anforderungen einer echten Rückwirkung genügen muss (so Maurer, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 60 Rn. 57 ff.). Enttäuscht der Gesetzgeber das Vertrauen in den Fortbestand einer befristeten Übergangsvorschrift, die er aus Vertrauensschutzgründen erlassen hat, indem er sie vor Ablauf der ursprünglich vorgesehenen Frist zu Lasten der Berechtigten beseitigt, so ist dies jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes nur unter besonderen Anforderungen möglich. In einem solchen Fall geht es nicht allgemein um den Schutz des Vertrauens des Bürgers in den Fortbestand geltenden Rechts. Hier vertraut der Bürger vielmehr auf die Kontinuität einer Regelung, auf Grund deren altes Recht noch für eine bestimmte Zeit in Bezug auf einen eingegrenzten Personenkreis nach Prüfung der Vereinbarkeit der Fortgeltung mit dem öffentlichen Interesse aufrechterhalten wird. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen. Um einen solchen vorzeitig aufzuheben, genügt es nicht, dass sich die für den Erlass der Übergangsregelung ursprünglich maßgeblichen Umstände geändert haben. Es müssen darüber hinaus – vorausgesetzt, das Interesse der Betroffenen auf einen Fortbestand der Regelung ist schutzwürdig und hat hinreichendes Gewicht – schwere Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter zu erwarten sein, falls die geltende Übergangsregelung bestehen bleibt.“

<sup>97</sup> BVerfGE 58, 300/351.

<sup>98</sup> Ebenda.

<sup>99</sup> Ausdrücklich BVerfGE 100, 226/245.

<sup>100</sup> BVerfGE 102, 68/97 f.

Nach hiesiger Auffassung kann diese Gedankenführung grundsätzlich auf nachträgliche Verkürzungen des Abnahme- und Vergütungsanspruches aus dem EEG übertragen werden. Denn auch die Bestimmungen der §§ 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000, 12 Abs. 3 EEG 2004 und 21 Abs. 3 EEG 2009 sind – wie oben (Kap. 2.1) aufgezeigt – nicht zuletzt zu dem Zwecke geschaffen worden, bei den Investoren Vertrauen in den Bestand des Abnahme- und Vergütungsanspruches bis zum Ablauf des in Bezug genommenen Zeitraumes zu schaffen.

In seiner Entscheidung zum *EEG-Anlagensplitting* sieht auch das BVerfG, dass der EEG-Anspruch möglicherweise als besonderer Vertrauenstatbestand in diesem Sinne zu qualifizieren ist, lässt die Frage aber letztlich unbeantwortet:<sup>101</sup>

„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 (vgl. zu dem ähnlich gelagerten Fall der Aufhebung einer befristeten Übergangsvorschrift vor deren Ablauf BVerfGE 102, 68 <97> ). 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.“

### 4.3 Zwischenergebnis

Es spricht Überwiegendes dafür, dass der durch das EEG vermittelte Abnahme- und Vergütungsanspruch als durch das Eigentumsgrundrecht geschützt zu erachten ist. Änderungen der Rechtslage stellen sich rechtsdogmatisch als Einschränkungen des Eigentumsgrundrechts dar. Soweit das entgegen der hier vertretenen Ansicht zu verneinen sein sollte, wäre jedenfalls davon auszugehen, dass ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit vorliegt.

Bei der Prüfung, ob Grundrechtsbeeinträchtigungen (noch) verhältnismäßig sind, ist Erwägungen des Vertrauensschutzes besonders Rechnung zu tragen. Sofern der Gesetzgeber Änderungen der Rechtslage vornimmt, die sich auch auf bestehende Rechtsansprüche auswirken, muss er in spezifischer Weise begründen können, weshalb die Änderung auch eine Einbeziehung der „Altfälle“ erfordert.

Erschwerend kommt hinzu, dass das Bundesverfassungsgericht erhöhte Anforderungen an Rechtsänderungen stellt, mit denen der Gesetzgeber in durch ihn selbst geschaffene besondere Vertrauenstatbestände eingreift. So liegt es hier, da die Bestimmungen des EEG über die Vergütungshöhe darauf angelegt sind, für einen genau festgelegten Zeitraum Vertrauen in den rechtlichen Bestand der in Bezug genommenen Ansprüche zu schaffen. Eingriffe in solcherart qualifizierte Vertrauenstatbestände sind nur zulässig, wenn ohne sie „schwere Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter“ zu erwarten wären.

Bei alledem ist allerdings zu beachten, dass diese Maßstäbe nur dann und nur insoweit zum Tragen kommen, als das Vertrauen der Anlagenbetreiber in den Fortbestand der bisherigen Rechtslage im konkreten Fall als schutzwürdig einzustufen war (ist).

<sup>101</sup> BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5) Rz. 71.

## 5 Anwendung der Maßstäbe auf anspruchverkürzende Rechtsänderungen

### 5.1 Grundlegende Änderungen am Förderinstrumentarium

Im Kontext des **Gutachtens 2005** konnte die Frage, ob dem Gesetzgeber genügende Gründe für eine substanzielle Beschränkung des Abnahme- und Vergütungssystems zur Seite stehen würden, verneint werden. Das galt sowohl allgemein für eine wesentliche Senkung der Vergütungshöhe bei den Bestandsanlagen als auch für den damals diskutierten Wechsel zu einem grundlegend anderen Fördersystem für erneuerbare Energien. Allenfalls unter besonderen, damals wie heute nicht erkennbaren Umständen erscheint es vorstellbar, dass sich das Interesse an einer Einschränkung von auf Grund der bestehenden Rechtslage erworbenen Anspruchspositionen zu einem hinreichend gewichtigen Belang des Allgemeinwohls verdichten könnte.

Im Einzelnen kam das Gutachten 2005 insofern zu folgenden – auch heute noch tragfähigen – Wertungen:

- Eine **nachträgliche Senkung der Vergütungshöhe** dürfte sich allenfalls als den Betroffenen zumutbar darstellen, soweit sich (im Nachhinein) herausstellen sollte, dass die Vergütungshöhe *auffällig* oberhalb desjenigen Bereiches liegt, der erforderlich ist, um die Wirtschaftlichkeit der betreffenden Anlagen sicherzustellen und aufrecht zu erhalten. Hinsichtlich der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit wären dabei die verkehrsüblichen Renditerwartungen zu berücksichtigen. Denkbar wäre ein solcher Schritt etwa für Sondersituationen wie den Eintritt einer allgemeinen Deflation oder eines dauerhaft erheblichen Sinkens der Gestehungspreise für bestimmte Arten von EE-Strom (in bestehenden Anlagen). Die Legitimation für eine entsprechende Änderung wäre hier darin zu sehen, dass bei weit überhöhten Vergütungen das Gesamtsystem des EEG außer Balance geriete. Außerdem könnten sich die Betreiber bestehender Anlagen nicht darauf berufen, auf entsprechend hohe Gewinne kalkuliert oder gar vertraut zu haben. Soweit sich die Wirtschaftlichkeit der bestehenden Anlagen indes nicht gänzlich außerhalb der vom Gesetzgeber des EEG bei der Festlegung der Vergütungshöhen angenommenen Verhältnisse bewegt, erscheinen erhebliche nachträgliche Senkungen der Vergütungssätze für vom Vertrauensschutz erfasste Anlagen demgegenüber rechtlich ausgeschlossen.
- Für den 2005 vom VDEW ins Gespräch gebrachten Wechsel zu einem System des Handels mit „**Grünstrom-Zertifikaten**“<sup>102</sup> wäre es von erheblicher Bedeutung, auch diejenigen Mengen an EE-Strom in das neue System einbeziehen zu können, deren Erzeugung durch das Abnahme- und Vergütungssystem des EEG initiiert wurde. Es ist aber, sofern ein solcher Systemwechsel allein für die nationale Ebene angestrebt wird, praktisch schon nicht ersichtlich, dass genügend tragfähige Gründe vorhanden wären, um den Systemwechsel so auszugestalten, dass die Betreiber von EEG-Bestandsanlagen die ihnen gesetzlich garantierten Ansprüche verlieren. Denn welche „schweren Nachteile für das Ge-

<sup>102</sup> Vgl. VDEW, a.a.O. (Fn. 2), 1 ff.

meinwohl“ sollten es sein, die ein derartiges Vorgehen rechtfertigten? Zudem wäre hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitskriteriums der *Erforderlichkeit* zu bedenken, dass es für diesen Fall möglich wäre, die Betreiber bestehender Anlagen durch geeignete Anreize zu einem *freiwilligen* Umsteigen zu bewegen, statt die Teilnahme am neuen System durch die Entziehung von Rechtspositionen zu erzwingen. Von dieser Möglichkeit geht auch das VDEW-Diskussionspapier aus.<sup>103</sup> Folglich war (ist) nicht ersichtlich, dass der Systemübergang eine Enttäuschung des seitens der Anlagenbetreiber in das EEG gesetzten Vertrauens erforderlich machen würde.

- Das gilt grundsätzlich auch, wenn das Motiv für den Systemwechsel darin liegen sollte, ein Fördersystem aufzubauen, das sich für einen **grenzüberschreitenden Handel mit EE-Strom** innerhalb der EU eignet – anders als das nationale Fördersystem des EEG. Auch dabei wäre es denkbar, den Systemwechsel so auszugestalten, dass die Betreiber von EEG-Bestandsanlagen Anreize zur freiwilligen Teilnahme erhalten oder im neuen System so gestellt werden, dass sie keine substantziellen wirtschaftlichen Nachteile erleiden müssten.
- Für den Fall eines grundlegenden Wechsels zu einem europaweiten System des Handels mit Grünstrom-Zertifikaten lässt sich indessen eine **Sonderkonstellation** vorstellen, bei der es möglich erscheint, dass sich der Gesetzgeber hinsichtlich der Einschränkung bestehender EEG-Ansprüche auf die ansonsten bestehende Gefahr des Entstehens „schwerer Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter“ berufen könnte: nämlich sofern er anderenfalls gezwungen wäre, gegen bindendes EG-Recht zu verstoßen. Das erscheint denkbar, falls sich der europäische Gemeinschaftsgesetzgeber dazu entschließen sollte, ein europaweites System des Zertifikatehandels aufzubauen, ohne denjenigen Mitgliedstaaten, die auf nationaler Ebene andere Förderinstrumente entwickelt haben, genügend Freiraum für ein vorübergehendes Nebeneinander beider Systeme oder für auf Freiwilligkeitsanreizen beruhende Übergangsregelungen zu eröffnen.

Das Entstehen einer derartigen Sonderkonstellation kann im Hinblick auf die allgemeinen Regeln zum Verhältnis zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht nicht völlig ausgeschlossen werden. Denn die Rechtsbestimmungen der Nationalstaaten haben im Falle einer Kollision mit gemeinschaftlichen Vorgaben außerhalb von besonderen Ausnahmefällen zurückzutreten (vgl. Art 23 Abs. 1 GG).<sup>104</sup> Da das EG-Recht jedenfalls einen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet, geht das BVerfG in seiner Rechtsprechung davon aus, dass eine Prüfung von zwingendem EG-Recht an den Maßstäben der Grundrechte ausgeschlossen ist, solange die europäische Rechtsentwicklung nicht unter den erforderlichen Grundrechtsschutz abgesunken und der jeweils unabdingbare Grundrechtsschutz generell nicht mehr gewährleistet ist.<sup>105</sup> Das gilt auch, wie die Entscheidung des Gerichts vom 7. Juni 2000 über die *Bananenmarktordnung* erkennen lässt, im Hinblick auf Aspekte des Vertrauensschutzes.<sup>106</sup> Von daher ist davon auszugehen, dass für eine

<sup>103</sup> In diese Richtung geht auch der Diskussionsvorschlag für ein VDEW-Positionspapier, der ein Anreizinstrument für den freiwilligen Einstieg in das neue System vorsieht, a.a.O. (Fn. 2) 5.

<sup>104</sup> Grundlegend BVerfGE 73, 339/375 ff.; siehe ferner BVerfGE 89, 155/174 ff.

<sup>105</sup> BVerfGE 102, 147/164; anknüpfend an BVerfGE 73, 339/387.

<sup>106</sup> Vgl. den Vortrag der Verfahrensbeteiligten in BVerfGE 102, 147/157.

Anwendung des Vertrauensschutzgrundsatzes in der beschriebenen Konstellation nur Platz bliebe, soweit die betreffende EG-Richtlinie hierfür Spielräume belässt.

Zu betonen ist insofern aber, dass sich nach der gegenwärtigen Lage des EG-Rechts entsprechende Absichten nicht abzeichnen, zumal die Anfang 2009 beschlossene neue **Richtlinie zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen**<sup>107</sup> (**EE-Richtlinie 2009**) den Mitgliedstaaten ausdrücklich Spielräume für Förderregelungen gibt, die auf einem Abnahme- und Vergütungsanspruch für die Einspeisung von EE-Strom basieren, und ihnen dabei sogar explizit gestattet, selbst zu entscheiden, in welchem Umfang von dem jeweiligen Förderinstrument auch die Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen in anderen Mitgliedstaaten erfasst werden soll (vgl. Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Buchstabe k) der EE-Richtlinie 2009).

## 5.2 Fiktion einer einheitlichen Anlage (§ 19 Abs. 1 EEG 2009)

### 5.2.1 § 19 Abs. 1 EEG 2009 im Lichte des Vertrauensschutzes

Wie oben (Kap. 2.2.1) näher beschrieben, stellt § 19 Abs. 1 EEG 2009 die gesetzliche Fiktion auf, aus mehreren Einzelanlagen bestehende Anlagenparks seien vergütungsrechtlich unter bestimmten Voraussetzungen als eine einheitliche Anlage zu betrachten. Anders als die Vorgängerregelung in § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 kommt es dafür nicht darauf an, ob die Anlagen mit gemeinsamen technischen oder baulichen Einrichtungen verbunden sind. Die Bestimmung lässt dafür vielmehr „unabhängig von den Eigentumsverhältnissen“ eine „unmittelbare räumliche“ Nähe genügen. Die Vorschrift findet, da in § 66 Abs. 1 EEG nichts anderes vorgesehen ist, uneingeschränkt auch auf bestehende Anlagen Anwendung.

Nimmt man mit dem (überwiegenden) Teil der Rechtsliteratur<sup>108</sup> an, dass nach der vorherigen Rechtslage dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 entsprechend eine Verbindung durch technische oder bauliche Einrichtungen zwingende Voraussetzung für die Annahme einer einheitlichen Anlage gewesen sei, so ergibt sich eine Diskrepanz zwischen der alten und der neuen Rechtslage, die sich für bestehende Anlagen ganz erheblich auf die Vergütungshöhe auswirkt. Diese Literaturlauffassung zugrunde legend, müsste man auf Grundlage der vorstehenden Überlegungen folgern, es liege jedenfalls für die Erstreckung des § 19 Abs. 1 EEG 2009 auf bestehende Anlagen eine Grundrechtsverletzung vor, weil keine hinreichend gewichtigen Gründe ersichtlich sind, um den Vertrauensschutz der Anlagenbetreiber zu durchbrechen.<sup>109</sup>

<sup>107</sup> Die Veröffentlichung der beschlossenen Richtlinie im Amtsblatt der EU steht unmittelbar bevor. Download des nichtamtlichen Beschlusstextes am 07.05.2009 unter: <http://www.clearingstelle-eeeg.de/filemanager/active?fid=655>.

<sup>108</sup> Vgl. Loibl, Anlagenbegriff, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow, Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 110 ff.); Reshöft, in: Reshöft/ Steiner/ Dreher, EEG, 2. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 9; Wedemeyer, NuR 2009, 24/29 f.; Altrock/ Lehnert, ZNER 2008, 118/119.

<sup>109</sup> So die Argumentation der Beschwerdeführerinnen im Verfahren „Anlagensplitting“ vor dem BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5), Rdnr. 29 ff.

Das **Bundesverfassungsgericht** geht in seiner Entscheidung über § 19 Abs. 1 EEG 2009 einen anderen Weg. Es legt zwar in aller Breite die rechtsdogmatischen Grundlagen des Vertrauensschutzes, des Rückwirkungsverbots und der Prüfung des Eigentumsgrundrechts dar<sup>110</sup>, lässt diese Ausführungen aber im Ergebnis dahinstehen, indem es die Sach- und Rechtslage dahin interpretiert, dass die Beschwerdeführerinnen schon auf Basis der früheren Rechtslage **kein schutzwürdiges Vertrauen** bilden konnten.<sup>111</sup> Es schließt dies daraus,

- dass der Gesetzgeber bereits im Entwurf des EEG 2004 zu erkennen gegeben habe, § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 diene (auch) dazu, „die dem Gesetzeszweck widersprechende Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten zu verhindern“,
- dass die Bundesregierung bereits vor der Inbetriebnahme der ersten Anlage seitens der Beschwerdeführerinnen 2006 signalisiert habe, sie halte das sog. Anlagensplitting für rechtsmissbräuchlich und daher rechtswidrig,
- und dass es in der Rechtsliteratur bereits vor Aufnahme der Anlagenplanung Stimmen gegeben habe, die im Rahmen des § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2009 abweichend vom Wortlaut eine bauliche oder technische Verbindung für die Annahme einer einheitlichen Anlage nicht als zwingend erachtet hätten.

Im **rechtsdogmatischen Kern** lässt das BVerfG den Antrag der Beschwerdeführerinnen daran scheitern, dass es von Anfang an eine **unsichere Rechtsgrundlage** gegeben habe, auf deren Basis sich ein schutzwürdiges Vertrauen auf den Fortbestand des § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 nicht habe bilden können, weil die Beschwerdeführerinnen im Hinblick auf die erklärten Regelungszwecke des Gesetzgebers mit einer künftigen Änderung der Rechtslage zum Anlagensplitting haben rechnen müssen.<sup>112</sup> Folglich kam es auf die Unterscheidung zwischen „echter“ und „unechter“ Rückwirkung, auf die Gewichtigkeit der Änderungsgründe und auf die Verhältnismäßigkeit im Ergebnis nicht an.

Mit diesem Argumentationsgang bewegt sich das Bundesverfassungsgericht durchaus in der Linie seiner vorangehenden Rechtsprechung zur Bedeutung einer unklaren Rechtslage und zur Würdigung von Systemwidrigkeiten innerhalb eines Gesetzes für den Vertrauensschutz (siehe dazu oben, Kap. 3.1)<sup>113</sup>, wenngleich es überraschen mag, dass das Gericht nicht selbst nach der Antwort darauf gesucht hat, wie die vorherige Rechtslage auf Grundlage des § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 *richtigerweise* zu interpretieren war. Wäre das BVerfG nämlich mit der überwiegenden Rechtsliteratur zu dem Ergebnis gekommen, nach altem Recht sei eine technische oder bauliche Verbindung zwingende Voraussetzung für die Annahme einer einheitlichen Anlage gewesen, so hätte es (wohl) zu einer anderen Gesamtwürdigung kommen müssen.

<sup>110</sup> Vgl. BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5), Rdnr. 38 ff.

<sup>111</sup> BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5), Rdnr. 68 ff.

<sup>112</sup> BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5), Rdnr. 69 f., insb. 70.

<sup>113</sup> Vgl. BVerfGE 97, 67/82; ferner BVerfGE 97, 378/389; BVerfG NVwZ 2007, 1168/1170 f.

## 5.2.2 „Unmittelbare räumliche Nähe“ und „Eigentumsverhältnisse“

Mit der Entscheidung des BVerfG vom 18. Februar 2009 sind allerdings durchaus noch nicht alle verfassungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit § 19 Abs. 1 EEG 2009 geklärt. Das Gericht musste sich namentlich mit zwei Elementen des gesetzlichen Tatbestands nicht befassen, die für manch anderes Projekt relevant werden können: mit dem Tatbestandsmerkmal der „**unmittelbaren Nähe**“ und mit der Formulierung „**unabhängig von den Eigentumsverhältnissen**“.

Dazu findet sich in der Entscheidung vom 18. Februar 2009 der folgende Satz:<sup>114</sup>

„Nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist demgegenüber etwa die Frage, ob einfachrechtlich von § 19 Abs. 1 EEG 2009 auch mehrere unabhängig voneinander errichtete Einzelhofanlagen verschiedener Betreiber erfasst werden und wie dieses verfassungsrechtlich zu beurteilen wäre.“

Eine genauere Auseinandersetzung mit der angesprochenen Problematik erübrigte sich für das BVerfG, weil im streitgegenständlichen Fall eindeutig war, dass die Anlagen in unmittelbarer räumlicher Nähe errichtet und von den Beschwerdeführerinnen als Gesamtheit in einheitlicher Eigentümerstellung errichtet und betrieben wurden. Zwar traten sie rechtlich getrennt in den Eigenschaften von Leasingnehmerin und Leasinggeberin auf. Auf beiden Seiten repräsentierten die Gesellschaften jedoch jeweils den gesamten Anlagenpark, nicht verschiedene Gesellschaften für jeweils einzelne Anlagen.<sup>115</sup>

Weniger einfach stellt sich die Rechtslage demgegenüber für Fallkonstellationen dar, in denen

- a) nicht eindeutig ist, ob das Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren räumlichen Nähe erfüllt ist oder
- b) von einer unmittelbaren Nähe auszugehen ist, die Eigentümerstellung jedoch auseinander fällt (z.B. bei zwei benachbarten Grundstücken).

Die Aufgabe, derartige Sachverhalte unter die Rechtsnorm zu subsumieren und die Vorschrift hierzu auszulegen, ist für sich genommen eine **einfachrechtliche** Angelegenheit (d.h. keine Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit). Gleichwohl kann, wie auch in dem Zitat des BVerfG angedeutet wird, eine verfassungsrechtliche Würdigung geboten sein. Insbesondere ist es denkbar, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen eine bestimmte Auslegung der gesetzlichen Vorschrift geboten ist („verfassungskonforme Auslegung“).<sup>116</sup>

Soweit die Problematik in der Rechtsliteratur angesprochen wird, wird erhebliche Kritik an der nur schwer greifbaren Formulierung der „**unmittelbaren räumlichen Nähe**“ geübt.<sup>117</sup> Salje schlägt dazu vor, sich in Anlehnung an eine Formulierung in einer früheren immissionsschutz-

<sup>114</sup> BVerfG ZNER 2009, 27 (Fn. 5), Rz. 39.

<sup>115</sup> Siehe Fn. 6.

<sup>116</sup> Zur verfassungskonformen Auslegung BVerfGE 88, 145/166: Lassen die üblichen Auslegungsmethoden „mehrere Deutungen zu, von denen eine zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt, so ist diese geboten“; st. Rspr. vgl. auch BVerfGE 110, 226/267; BVerfGE 112, 164/182 f.

<sup>117</sup> Vgl. einerseits Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 19 Rdnr. 11 ff., andererseits Loibl, Anlagenbegriff, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow, Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 28 ff.

rechtlichen Bestimmung an einer 500-Meter-Grenze zu orientieren.<sup>118</sup> *Loibl* hält diesen Ansatz vor dem Hintergrund sehr unterschiedlicher Fallsituationen in der Praxis des Biogasbereichs für zu starr und plädiert stattdessen für eine generell „sehr restriktive“ Auslegung des Begriffs nach Maßgabe des auf die Verhinderung von Missbrauchsfällen zielenden Normzwecks.<sup>119</sup>

Die Auslegungsprobleme sind in der Tat groß, weil der neue Gesetzestext im Unterschied zur Vorgängernorm nicht mehr auf eine technische oder bauliche Verbundenheit abstellt. Auch durch die Begründung des Gesetzentwurfs erhält das Tatbestandsmerkmal der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ keine in jeder Hinsicht klaren Konturen. Sofern sich eine unmittelbare räumliche Nähe nicht daraus herleiten lässt, dass die einzelnen Anlagen technisch oder betrieblich verbunden sind, soll es danach darauf ankommen, die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „in der Gesamtbetrachtung des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Normzwecks zu ermitteln“.<sup>120</sup>

Damit stellt die Gesetzentwurfsbegründung letztlich auf wertende Überlegungen ab, die dem allgemeinen gesetzlichen Ziel der Rechts- und Planungssicherheit im Wege stehen, weil Einzelfallklarheit nur durch abschließende Gerichtsentscheidungen erreicht werden kann.<sup>121</sup> Allerdings ist hiergegen zu bedenken, dass es jedenfalls insoweit einer Einzelfallbetrachtung zwingend bedarf, als unter „unmittelbarer räumlicher Nähe“ je nach Art der Anlage etwas gänzlich anderes verstanden werden kann (und muss): zum Beispiel im Vergleich zwischen Biogasanlagen einerseits und Fotovoltaikanlagen an einzelnen Gebäuden andererseits. Ohne auf diese Unterschiedlichkeit Rücksicht zu nehmen, wären auf direkt aneinander angrenzende Nachbargebäude angebrachte Fotovoltaikanlagen sonst regelmäßig wegen der geringen Entfernung von nur wenigen Metern als einheitliche Anlage zu bewerten. Das würde dem Förderzweck des Gesetzes zuwiderlaufen und kann – wie auch die Begründung des Gesetzentwurfs zu erkennen gibt, mit der Regelung nicht intendiert sein.<sup>122</sup>

Der Vorschlag, das Problem durch eine Anleihe an eine frühere Regelung in der 4. BImSchV mit einer pauschalen 500-Meter-Schwelle zu lösen, findet im Übrigen auch keine Stütze im Gesetzestext.<sup>123</sup> Hätte der Gesetzgeber Entsprechendes im Auge gehabt, so hätte er es ausdrücklich so regeln können und in der Begründung nicht auch noch das Gegenteil ausgesprochen. Der Vorschlag widerspricht zudem Sinn und Zweck der Rechtsnorm, weil auf diese Weise bei einer Vielzahl von Anlagenvorhaben unterschiedlicher Einzeleigentümer (vor allem im Biogas- und Fotovoltaikbereich) vergütungsrechtlich zwingend von einer einheitlichen Anlage ausgegangen werden müsste, obwohl überhaupt kein Missbrauch zu befürchten wäre. Das würde – worauf *Loibl* zu Recht hinweist<sup>124</sup> – sogar für Vorhaben unterschiedlicher Betrei-

---

<sup>118</sup> Vgl. Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 19 Rdnr. 10 und 12.

<sup>119</sup> Vgl. *Loibl*, Anlagenbegriff, in: *Loibl/ Maslaton/ von Bredow*, Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 30 ff.

<sup>120</sup> BT-Drs. 16/8148, 51.

<sup>121</sup> Zutreffend Salje, 5. Aufl. EEG 2009, § 19 Rdnr. 13.

<sup>122</sup> Vgl. BT-Drs. 16/8148, 51.

<sup>123</sup> Überzeugend *Loibl*, Anlagenbegriff, in: *Loibl/ Maslaton/ von Bredow*, Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 30 ff.

<sup>124</sup> Vgl. *Loibl*, Anlagenbegriff, in: *Loibl/ Maslaton/ von Bredow*, Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 38 f.

ber gelten, deren räumliche Nähe auf einer bauplanungsrechtlichen Vorgabe für eine Konzentration von EE-Anlagen in einem Eignungsgebiet zurückzuführen ist.

Den Schlüssel zu einer sachgemäßen Auslegung liefert daher auch nach Ansicht des Verfassers der gegen die missbräuchliche Aufteilung in kleinere Anlagen abzielende Sinn und Zweck der Bestimmung<sup>125</sup> – dies allerdings nicht isoliert, sondern in Verbindung mit einer verfassungskonformen Auslegung des weiteren, ebenfalls missverständlichen Tatbestandsmerkmals „**unabhängig von den Eigentumsverhältnissen**“.

Offenkundig versucht der Gesetzgeber, mit dieser Formulierung dem typischen Missbrauchsfall der bewussten Konstruktion gesellschaftsrechtlich getrennter Eigentümer- und Betreiberstellungen für einzelne Anlagen oder Grundstücke den Boden zu entziehen. Derartige unternehmensrechtliche Konstruktionen gab es im Zeitraum bis 2004 in einer nicht unerheblichen Zahl bei Windenergieanlagen, um dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungserfordernis aus dem Weg zu gehen; ihnen wurde zunächst durch das Bundesverwaltungsgericht<sup>126</sup> Einhalt geboten, dem dann eine Änderung der zugrunde liegenden immissionsschutzrechtlichen Bestimmungen folgte.<sup>127</sup> Vergleichbare Versuche wären zur Erlangung einer höheren EEG-Vergütung zu befürchten, wenn die speziellen Tatbestandsmerkmale der einheitlichen Anlage nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 nicht mit dem Zusatz verbunden wären, dies gelte unabhängig von den Eigentumsverhältnissen.

Damit ist jedoch noch nicht beantwortet, wie die Formel „unabhängig von den Eigentumsverhältnissen“ zu verstehen ist. Auf den ersten Blick scheint es so, dass die Eigentumsverhältnisse *völlig* gleichgültig wären. *Loibl* zeigt anhand diverser Beispiele jedoch auf, dass die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 19 Abs. 1 EEG 2009, wenn man die wirtschaftliche Betreiberstellung gänzlich unbeachtet lässt, dahin führen können, dass von einer einheitlichen Anlage auch dann ausgegangen werden muss, wenn zwei Anlagen direkt nebeneinander stehen, die Anlagenbetreiber aber wirtschaftlich *nichts* miteinander zu tun haben.<sup>128</sup> In Verbindung mit dem weiteren Tatbestandsmerkmal des § 19 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009, nach dem es insoweit (auch) darauf ankommt, ob die Anlagen innerhalb eines Zeitraums von 12 Monaten in Betrieb genommen werden, kann das bedeuten, dass zwei wirtschaftlich eigenständig agierende Investoren, die möglicherweise sogar individuell nichts miteinander zu tun haben *wollen*, die Anlagen auf ihren Grundstücken aber nur in einem sehr geringen Abstand zueinander platzieren *können*, in ihren Handlungsmöglichkeiten erheblich beschränkt werden:

- Entweder sie lassen sich beide auf eine insgesamt niedrigere Vergütung ein, als sie Dritten an anderer Stelle für eine gleichartige Anlage zustünde,
- oder einer der Investoren ist schneller fertig als der andere – mit der Folge, dass der zweite mindestens zwölf Monate abwarten muss, um sich nicht (ebenso wie dann der erste) mit einer niedrigeren Vergütung begnügen zu müssen. In diesem Falle allerdings würde er wegen der gesetzlich vorgesehenen Degression einen andersartigen Vergütungsnach-

<sup>125</sup> Ausdrücklich BT-Drs. 16/8148, 50.

<sup>126</sup> BVerwG, Urt. vom 30.06.2004 – 4 C 9.03 –, NVwZ 2004, 1235/1235 f.

<sup>127</sup> Eingehend zum Ganzen Wustlich, NVwZ 2005, 996 ff.

<sup>128</sup> Vgl. *Loibl*, Anlagenbegriff, in: *Loibl/ Maslaton/ von Bredow*, Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 38.

teil erleiden und deshalb wirtschaftlich doppelt im Nachteil sein gegenüber dem „Schnelleren“.

So verstanden, führt die Regelung zu einer erheblichen Schlechterstellung der Investoren im Falle entsprechend ungünstiger situativer Bedingungen auf ihren Grundstücken – und dies, obwohl von einem Missbrauch nicht die Rede sein kann, weil beide für sich genommen nichts anderes tun als Einzelinvestoren auf anderen Grundstücken und real überhaupt nicht die Chance besteht, statt zweier kleinerer Anlagen gemeinsam eine größere zu errichten und zu betreiben.

Damit wird der Schutzbereich des allgemeinen **Gleichheitsgrundsatzes** (Art. 3 Abs. 1 GG) in doppelter Weise berührt:<sup>129</sup> Einerseits liegt eine *Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem* darin, dass die Grundstücksnachbarn gegenüber nicht benachbarten Grundstückseigentümern schlechter gestellt werden, andererseits eine *Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem* darin, dass „unbescholtene“ Grundstücksnachbarn so behandelt werden, als würden sie die Regelungen zu den Vergütungsschwellen missbräuchlich umgehen wollen. Für diese an Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 12 und 14 GG zu messende Verfahrensweise gibt es aus der Sicht des Verfassers keine hinreichende Rechtfertigung, weil es ihrer zu dem gesetzlichen Ziel der Verhinderung von Missbräuchen nicht bedarf.<sup>130</sup>

Dem kann nicht mit Überzeugung entgegen gehalten werden, diese rechtliche Behandlung sei unvermeidlich, um den Missbrauchsgefahren hinreichend sicher begegnen zu können. So ließe sich argumentieren, wenn die Vorschrift zu diesem Zweck im Sinne einer gesetzlichen Fiktion allein auf pauschalierende und typisierende objektive Merkmale abstellen würde<sup>131</sup>, bei denen bestimmte Fallgestaltungen notwendigerweise „durchs Raster fallen“ würden. Die gesetzliche Vorschrift ist so aber nicht konstruiert. Vielmehr arbeitet sie an maßgebenden Stellen mit den beiden auslegungsbedürftigen Rechtsformeln der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ und „unabhängig von den Eigentumsverhältnissen“, deren Anwendung auf den Einzelfall eine konkrete Würdigung der individuellen Verhältnisse unter Berücksichtigung des Normzwecks erfordert. Insofern erfolgt also gerade keine Pauschalierung oder Typisierung. Mithin besteht Raum dafür, entsprechend dem Normzweck zu berücksichtigen, ob es wirtschaftlich eine gemeinsame Interessenlage der Betreiber gibt oder nicht.

In der Konsequenz ist die Formel „unabhängig von den Eigentumsverhältnissen“ nach hiesiger Ansicht deshalb **verfassungskonform** dahin auszulegen, dass es zwar auf die *formalen* Eigentumsverhältnisse als solche nicht ankommt, durchaus aber darauf, ob eine durch **ge-**

<sup>129</sup> Das BVerfG legt den Gleichheitsgrundsatz seit jeher dahin aus, dass „wesentlich Gleiches nicht willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches nicht willkürlich gleich behandelt werden darf“ (grundlegend BVerfGE 1, 14/52; vgl. auch BVerfGE 4, 144/155, BVerfGE 72, 141/150).

<sup>130</sup> Nach der sog. Neuen Formel des BVerfG ist das allgemeine Gleichheitsgebot verletzt, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten“ (grundlegend BVerfGE 55, 72/88). Zur Feststellung führt das BVerfG eine gleichheitsbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung durch, bei der (insb.) Maß und Gewicht der bewirkten Ungleichbehandlung und des gesetzlichen Differenzierungsziels ins Verhältnis gesetzt werden. Hat die Ungleichbehandlung eine Bedeutung für die Ausübung von Grundrechten, so ist ein vergleichsweise strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerfG NJW 1999, 1535/1536).

<sup>131</sup> Grundlegend zur Vereinbarkeit von Pauschalisierungen und Typisierungen mit Art. 3 Abs. 1 GG BVerfGE 11, 115/137.

**meinsame wirtschaftliche Interessen** gekennzeichnete Betreiberstellung besteht. Ein solches gleich gerichtetes wirtschaftliches Interesse kann auch gegeben sein, wenn in einem Anlagenpark alle Einzelanlagen formal eigentumsrechtlich getrennt errichtet oder betrieben werden. Ein wichtiges Indiz für eine gemeinsame Betreiberstellung in diesem Sinne wird regelmäßig darin liegen, ob die einzelnen Betreiber zur operativen Durchführung der (Kern-)Betriebsgeschäfte gemeinsame bzw. identische Auftragnehmer (z.B. Geschäftsführer/Verwalter, Geschäftsführungs-/Verwaltungsgesellschaften) einsetzen, anstatt diese jeweils selbst durchzuführen.

Für ein solches Verständnis gibt der Wortlaut der Bestimmung durchaus Raum, weil er zwar davon spricht, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale „unabhängig von den Eigentumsverhältnissen“ anzuwenden sind, damit aber nicht zugleich ausgesagt ist, dass es auf die *wirtschaftlichen Nutzungsverhältnisse* insgesamt – also darauf, wer den wirtschaftlichen Nutzen zieht – nicht ankommen soll.

Nur, wo ein gleichgerichtetes wirtschaftliches Interesse zu bejahen ist, sind somit nach der hier vertretenen Auffassung die (formalen) Eigentumsverhältnisse gleichgültig, und es kommt im Weiteren darauf an, ob die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 19 Abs. 1 EEG 2009 erfüllt sind. Fehlt es an gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der Anlagenbetreiber, so findet § 19 Abs. 1 EEG 2009 in teleologischer (d.h. aus dem Sinn und Zweck der Norm hergeleiteter) und zugleich verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift keine Anwendung.

### 5.3 Einbeziehung von Bestandsanlagen ins Einspeisemanagement (§§ 6, 11, 16 Abs. 6 und 66 Abs. 1 EEG 2009)

Die Einbeziehung von Bestandsanlagen in das Einspeisemanagement nach § 11 EEG 2009 (siehe zum Regelungsinhalt oben, Kap. 2.2.2), begegnet im Ergebnis keinen verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Enttäuschung eines Vertrauens in den Fortbestand der vorherigen Rechtslage.

Zwar kann nicht bestritten werden, dass die Betreiber von Bestandsanlagen, die unter Geltung des EEG 2000, des EEG 2004 oder des früheren Stromeinspeisungsgesetzes (StrEG) in Betrieb genommen wurden, mit Ablauf des Jahres 2010 ihre bislang privilegierte Position eines *uneingeschränkten* Abnahmeanspruchs gegenüber den Netzbetreibern verlieren und damit im Vergleich zur bisherigen Rechtslage schlechter gestellt werden. Sie mussten auf Grund des geschriebenen Rechts auch nicht damit rechnen, dass eine entsprechende Rechtsänderung eintreten wird. Folglich ist davon auszugehen, dass sie schutzwürdiges Vertrauen bilden konnten, das durch den Gesetzgeber des EEG 2009 enttäuscht wurde.

Dieser Grundrechtseingriff wird jedoch nach Einschätzung des Verfassers in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG zur zulässigen Durchbrechung des Verbots echter Rückwirkung durch „überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen“ hinreichend legitimiert. Denn es ist von **überragender Bedeutung für das Gemeinwohl**, auf längere Sicht die Funktionsweise des Abnahme- und Vergütungssystems des EEG aufrechterhalten zu können. Hierzu ist es, wie in der Begründung des Gesetzesentwurfs zum EEG 2009 überzeugend dargelegt wird, angesichts zunehmender und großen-

teils diskontinuierlicher EE-Einspeisemengen notwendig, den Netzbetreibern die Möglichkeit zu geben, auf die Einspeisemengen aller mengenmäßig relevanten EE-Anlagen regelnd zugreifen zu können, um die Netzstabilität und damit die Versorgungssicherheit gewährleisten zu können.<sup>132</sup> Eine Herausnahme der älteren Bestandsanlagen aus dem Einspeisemanagement würde dieser Regulationsintention entgegenlaufen, weil es bedeutsame Regionen in Deutschland gibt, in denen das regionale Übertragungsnetz schon allein durch die auf Grundlage des EEG 2000, des EEG 2004 und des StrEG entstandenen EE-Anlagen sehr stark in Anspruch genommen wird.

Aus rechtsdogmatischer Sicht ist bei der Würdigung zu bedenken, dass die konkreten Verschlechterungen **nicht als „echte Rückwirkung“** qualifiziert werden können. Sie beeinflussen – anders als die Fiktion der einheitlichen Anlage nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 – die Wirtschaftlichkeit der zurückliegenden Investition nicht substantiell, weil § 11 EEG 2009 durch die Ansprüche aus §§ 9, 10 und 12 EEG 2009 flankiert und damit in seinen Belastungswirkungen wesentlich abgemildert wird. Besonders hervorzuheben ist insofern der Anspruch auf Ausfallentgelt nach der „Härtefallregelung“ des § 12 EEG 2009.<sup>133</sup> Vor diesem Hintergrund spricht Überwiegendes dafür, diese Art der rechtlichen Verschlechterung als eine „unechte“ Rückwirkung zu begreifen, zumal ihre belastenden Wirkungen wirtschaftlich nicht über den Rahmen derjenigen Unwägbarkeiten und Schwankungsbreiten hinausgehen, mit denen jeder Investor auch unter Geltung des Abnahme- und Vergütungsanspruches ohnehin rechnen musste.

Die für die sog. unechte Rückwirkung erforderliche **Verhältnismäßigkeitsprüfung** bestehen die gesetzlichen Änderungen ohne weiteres, einerseits weil die verfolgten gesetzlichen Ziele von ganz herausragender Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des Gesamtkonzepts des Erneuerbare-Energien-Gesetzes sind, andererseits weil die nach dem Gesetzeskonzept verbleibenden wirtschaftlichen Belastungen durch hierfür geeignete Regelungen in einem überschaubaren, insgesamt zumutbaren Rahmen gehalten werden.

---

<sup>132</sup> Vgl. BT-Drs. 16/8148, 46.

<sup>133</sup> Eingehend Müller: Einspeisemanagement, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow: Biogasanlagen im EEG 2009, Rdnr. 42 ff. (S. 193 ff.).

## 6 Weitergehende Einzelaspekte

### 6.1 Zeitlicher Anknüpfungspunkt für den Fortfall des Vertrauensschutzes

Kann mit den bisher gewonnenen Erkenntnissen davon ausgegangen werden, dass die Abnahme- und Vergütungsregelungen des EEG 2000, des EEG 2004 und des EEG 2009 für diejenigen berechtigterweise Vertrauen in den Fortbestand der Rechtslage begründen, die ihre Anlagen bereits in Betrieb genommen haben, so ist auf der nächsten Ebene zu prüfen, mit welchem Zeitpunkt bzw. aus welchem äußeren Anlass die Schutzwürdigkeit des Vertrauens wieder verloren geht. Davon hängt ab, bis zu welchem Zeitpunkt für in der Zukunft liegende Inbetriebnahmen neuer Anlagen noch darauf vertraut werden kann, dass die Abnahme- und Vergütungsregelungen des EEG in zeitlicher Hinsicht vollständig ausgeschöpft werden können.

Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens geht nach der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich mit dem Zeitpunkt verloren, zu dem der Adressat mit der betreffenden Rechtsänderung konkret rechnen musste. Als maßgebend erachtet das Gericht bei Bundesgesetzen hierfür in der Regel den Zeitpunkt des **endgültigen Gesetzesbeschlusses** des Bundestages über die normative Neuregelung.<sup>134</sup> Das Gericht hebt insofern ausdrücklich hervor, dass „das Bekanntwerden von Gesetzesinitiativen und die öffentliche Berichterstattung über die Vorbereitung einer Neuregelung durch die gesetzgebenden Körperschaften die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in die bisherige Rechtslage noch nicht entfallen lassen“.<sup>135</sup>

Im Einzelnen heißt es in der Entscheidung des BVerfG vom 14. Mai 1986 zum *Außensteuergesetz*.<sup>136</sup>

„Auch in den Fällen, in denen (...) die politische Lage den Erlaß der gesetzlichen Neuregelung bereits von vornherein als mit hoher Wahrscheinlichkeit absehbar erscheinen ließ, stellt der endgültige Gesetzesbeschluß des Bundestages einen wesentlichen Markstein auf dem Weg der Gesetzwerdung dar. Mit diesem Beschluß ist der wesentliche - wenn auch nicht der einzige und nicht der letzte - Unsicherheitsfaktor beseitigt, was das "Ob" und "Wie" der Neuregelung angeht. Das rechtfertigt und gebietet es, auch in derartigen Fällen den Vertrauensschutz nicht vor dem Gesetzesbeschluß enden zu lassen. Zugleich liegt von diesem Zeitpunkt an das Zwischenergebnis des Gesetzgebungsverfahrens offen zutage und kann von jedem zur Kenntnis genommen werden. Steht damit – schon wegen der Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates – auch weder der Inhalt des künftigen Gesetzes fest, noch daß es überhaupt endgültig zustandekommen wird, so läuft es gleichwohl dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten nicht zuwider, wenn von diesem Einschnitt an der Einzelne auf das künftige Fortbestehen der bisherigen Rechtslage jedenfalls nicht mehr vertrauen darf.“

Gelegentlich finden sich in der Rechtsliteratur Äußerungen, nach denen der für den Verlust des Vertrauensschutzes maßgebliche Zeitpunkt abweichend hiervon unter Umständen bereits

<sup>134</sup> Grundlegend BVerfGE 30, 272/287.

<sup>135</sup> BVerfGE 72, 200/261 unter Bezugnahme auf BVerfGE 30, 272/287.

<sup>136</sup> BVerfGE 72, 200/261.

bei dem Bekanntwerden von Gesetzesinitiativen liegen soll.<sup>137</sup> Diese Äußerungen beruhen jedoch auf einem Missverständnis der Entscheidung des BVerfG vom 3. Dezember 1997 zu den *Steuersubventionen für Schiffbauverträge*, in der das Gericht die nachträgliche Änderung der Rechtslage in Bezug auf einen vor dem Gesetzesbeschluss liegenden Zeitpunkt im Ergebnis für zulässig erachtete.<sup>138</sup> Zu beachten ist aber, dass das Gericht nicht den für den Verlust des Vertrauensschutzes maßgebenden Zeitpunkt vorverlegte, sondern die nachträgliche Durchbrechung des (echten) rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbots aus „zwingenden Gründen des gemeinen Wohls“ für gerechtfertigt ansah.<sup>139</sup>

In dieser Hinsicht – nicht in Bezug auf den Zeitpunkt des Wegfalls des Vertrauensschutzes – stellte das Gericht in seinem Beschluss tragend darauf ab, dass der Gesetzgeber befürchtete, im Falle eines Abstellens auf den Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses könne das gesetzgeberische Ziel unterlaufen werden, eine sich als unsinnig erwiesene Subvention abzuschaffen. Im „Wettlauf mit kurzfristigen Vertragsdispositionen“ würde anderenfalls die notwendige Effektivität des Gesetzgebungsverfahrens gefährdet.<sup>140</sup>

Eine vergleichbare Gefährdungslage besteht im vorliegenden Fall nicht, weil der hier diskutierte EEG-Anspruch anders als der Anspruch auf Subventionierung eines Schiffbauvertrages nach vormaligem Steuerrecht nicht durch eine kurzfristig realisierbare vertragliche Operation (sprich: einen schlichten Vertragsschluss) erlangt werden kann. Vielmehr liegt es hier so, dass der Abnahme- und Vergütungsanspruch erst nach Ablauf einer längeren Investitions- und Errichtungsphase zum Entstehen gebracht werden kann. Von einer Gefährdung des Gesetzeszweckes durch kurzfristig angelegte Versuche des Unterlaufens der gesetzgeberischen Intentionen kann deshalb hier nicht die Rede sein.

Schon vor der endgültigen Beschlussfassung des zuständigen Organs liegt der Zeitpunkt für den Wegfall des Vertrauensschutzes im Übrigen lediglich bei Verordnungen, soweit bereits aus der gesetzlichen Ermächtigung ersichtlich wird, dass mit einer Änderung der Rechtslage zu rechnen ist.<sup>141</sup> Auch dieser Sonderfall ist für den hier betrachteten Sachverhalt aber ohne Bedeutung.

Somit ist festzuhalten: Es besteht weder ein Bedürfnis, im Interesse des Gemeinwohls den für den Wegfall des Vertrauensschutzes maßgebenden Zeitpunkt vor das Datum des Gesetzesbeschlusses im Bundestag vorzuverlegen noch ein zwingender Grund, den Vertrauensschutz im Blick auf Gefährdungen der verfolgten gesetzgeberischen Ziele zu durchbrechen. Es bleibt auch hier bei dem Grundsatz, dass es auf den Zeitpunkt des Beschlusses des Bundestages ankommt.

---

<sup>137</sup> So etwa Jarass, in: Jarass/ Piero, GG. Art. 20 Rdnr. 72 unter Berufung auf BVerfGE 97, 67/82.

<sup>138</sup> Vgl. BVerfGE 97, 67/81 f.

<sup>139</sup> BVerfGE 96, 67/81.

<sup>140</sup> BVerfGE 97, 67/82.

<sup>141</sup> Vgl. BGHZ 100, 1/6 f.

## 6.2 Erstreckung des Vertrauensschutzes auf noch nicht in Betrieb genommene Anlagen

Eine andere, mit der vorangegangenen Thematik eng verknüpfte Frage ist, ob und inwieweit auch die Investoren von zum Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses noch nicht in Betrieb gegangenen Anlagen berechtigterweise darauf vertrauen können, dass sich die Rechtslage nicht zu ihren Ungunsten ändert. Verfassungsdogmatisch lässt sich auch dieses Thema als eines der Grundrechtsprüfung erörtern.

Da das Eigentumsgrundrecht nur den Bestand, nicht aber die bloße Aussicht auf Bildung von eigentumskräftigen Rechtspositionen sichert,<sup>142</sup> erscheint es nicht sicher, ob eine Investition in eine neue EE-Anlage im Vorfeld der förmlichen Entstehung eines Abnahme- und Vergütungsanspruches nach dem EEG bereits als durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt angesehen werden kann. Möglicherweise wird man in Anlehnung an das Bauplanungsrecht von einer durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten „eigentumskräftig verfestigten Anspruchsposition“ sprechen können. Diese Rechtsfigur wird im Baurecht auf Fälle angewandt, in denen es um den Schutz von Grundstücksnutzungen geht, die noch nicht verwirklicht wurden, aber ursprünglich zulässig waren und deren Verwirklichung sich geradezu aufdrängte.<sup>143</sup>

In Anbetracht dessen, dass die Bestimmungen des EEG darauf angelegt sind, zeitlich aufwändigere Prozesse der Investitionsplanung auszulösen, liegt es zumindest nahe, den hinter dieser Rechtsfigur stehenden Gedanken auch hier zur Anwendung zu bringen. Als sicher kann das jedoch nicht angenommen werden.

Letztlich dürfte es aber dahinstehen können, ob die Konstruktion der „eigentumskräftig verfestigten Anspruchsposition“ für die vorliegende Konstellation fruchtbar gemacht werden kann. Denn im zeitlichen Vorfeld der Entstehung von Abnahme- und Vergütungsansprüchen ist das Verhalten der Investoren grundrechtlich jedenfalls nicht völlig schutzlos gestellt. Soweit der Staat (um-) steuernd in die Wettbewerbsverhältnisse am Elektrizitätsmarkt eingreift, handelt es sich um eine den Wettbewerb regulierende Maßnahme mit berufsregelnder Tendenz, so dass der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG betroffen ist (siehe dazu bereits oben, Kap 4.1.2). Angesichts der prospektiv angelegten Investitionsanreize des EEG wird man unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzgrundsatzes davon ausgehen müssen, dass Art. 12 Abs. 1 GG bereits vor dem wirksamen Entstehen von Abnahme- und Vergütungsansprüchen schützende Vorwirkungen entfaltet. Verneint man die berufsregelnde Tendenz dieser Vorwirkungen, so wird man sie zumindest als von dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) erfasst anzusehen haben. Dieses Grundrecht schützt unter anderem die unternehmerische Handlungsfreiheit, soweit sie nicht im Speziellen durch ein anderes Grundrecht geschützt ist.<sup>144</sup>

Unter dem Eindruck des in Art. 20 Abs. 3 GG wurzelnden Vertrauensschutzgrundsatzes kann im Kontext der vorzunehmenden *Verhältnismäßigkeitsprüfung* nicht angenommen werden, dass es dem Gesetzgeber praktisch frei stünde, ein durch ihn selbst (in Gestalt des EEG) zielgerichtet herausgefordertes unternehmerisches Verhalten ohne weiteres ganz oder teil-

<sup>142</sup> Vgl. BVerfGE 28, 119/142; BVerfGE 30, 292/335; BVerfGE 68, 193/222.

<sup>143</sup> Grundlegend BVerfGE 67, 63/97; vgl. auch BGHZ 90, 17/25.

<sup>144</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290/366; BVerfGE 98, 218/259.

weise zu entwerfen. Er muss dem Umstand, dass er selbst den Einsatz privaten Kapitals durch Schaffung der bestehenden Rechtslage veranlasst hat, in der Verhältnismäßigkeitsprüfung in angemessener Weise Rechnung tragen.

Von wesentlicher Bedeutung ist insofern wiederum, dass die Regelungen des EEG über den Abnahme- und Vergütungsanspruch einen *besonderen* Vertrauenstatbestand begründen. Sie garantieren Abnahme und Vergütung nicht nur für einen bestimmten Gesamtzeitraum nach der Inbetriebnahme bestimmter Anlagen. Vielmehr schaffen sie bewusst auch einen in die Zukunft gerichteten Anreiz, im Vertrauen auf den Bestand der gesetzlichen Regelungen privates Vermögen einzusetzen. Das EEG signalisiert die Bereitschaft des Gesetzgebers, sich an seinen Regelungen über die Entstehung des Abnahme- und Vergütungsanspruches zumindest für die Dauer üblicher Investitions- und Errichtungszeiträume festhalten zu lassen. Ohne ein solches Signal fehlte es den gesetzlichen Bestimmungen an dem zur Verwirklichung des Gesetzeszweckes erforderlichen Mindestmaß an Verlässlichkeit. Als besonders qualifizierte Vertrauenstatbestände stellen sich die Bestimmungen zum Abnahme- und Vergütungsanspruch somit nicht nur hinsichtlich der (Gesamt-) Dauer des Vergütungszeitraumes dar, sondern auch im Hinblick auf die Aussicht, innerhalb üblicher Investitions- und Errichtungszeiträume das Entstehen des Anspruchs bewirken zu können.

Dass sich der Gesetzgeber dessen bewusst war, mit den Vergütungs- und Abnahmebestimmungen ein entsprechendes Signal des zeitlich **vorwirkenden Vertrauensschutzes** auszusenden, zeigt sich besonders deutlich an Regelungen wie den §§ 10 Abs. 3 und 11 Abs. 3 EEG 2004 sowie §§ 31 Abs. 2 und 32 Abs. 2 EEG 2009. Dort gewährt das Gesetz erhöhte Vergütungen für bestimmte Fälle von Investitionen, die bis zu bestimmten Zeitpunkten erfolgen, um einen besonderen Schubeffekt für diese Investitionen auszulösen (§ 10 Abs. 3 EEG 2004 und § 31 Abs. 2 EEG 2009 für die Offshore-Windenergienutzung, § 11 Abs. 3 EEG 2004 und § 32 Abs. 2 EEG 2009 für nicht gebäudegebundene Fotovoltaikanlagen). Die Fristen sind dabei bewusst so gewählt, dass den Investoren mehrjährige Planungs- und Errichtungszeiten für die vergleichsweise aufwändigen Investitionen zur Verfügung stehen.<sup>145</sup> Der Gesetzgeber setzt also geradezu darauf, dass die betreffenden Investoren in wirtschaftliche Vorleistung gehen. Hierzu stünde es in einem Sinnwiderspruch, wenn es dem Gesetzgeber möglich wäre, die maßgebenden gesetzlichen Rahmenbedingungen zwischenzeitlich – d.h. nach Aufnahme der durch das Gesetz initiierten Investition, aber vor Beginn der Einspeisung von EE-Strom – ohne weiteres zu Ungunsten der Investoren zu ändern.

Für die genannten Bestimmungen erhellt sich die zeitlich vorgelagerte Anreizwirkung der Aussicht auf die EEG-Vergütung besonders deutlich. Für die übrigen im Gesetz geregelten Anwendungsfälle gilt sie vom Ansatz her aber nicht minder. Denn die beiden Vorschriften sind nicht als Ausnahmen von einer Regel konzipiert, sondern als besondere Ausprägungen eines allgemein geltenden *Funktionsprinzips* der Abnahme- und Vergütungsregelungen im EEG. Ohne die sichere Aussicht, nach Abschluss der Investition den erzeugten EE-Strom zu den Konditionen des geltenden Rechts abgenommen zu bekommen, wäre der Investitionsanreiz des Gesetzes dahin, und das Gesetz könnte seiner Aufgabe nicht gerecht werden. Folglich muss davon ausgegangen werden, dass die dem Gesetz immanente Vertrauensschutzwir-

---

<sup>145</sup> Ausdrücklich BT-Drs. 15/2864, 43 und 44.

kung in ihrer materiellen Substanz nicht erst mit der Inbetriebnahme der jeweiligen Anlage einsetzt, sondern schon in die Phase der konkreten Vorbereitungshandlungen hineinwirkt.

Ungeachtet der Frage, ob die Rechtsprechung des BVerfG zu den erhöhten Zulässigkeitsanforderungen für nachträgliche Rechtsbeeinträchtigungen bei „besonderen Vertrauenstatbeständen“<sup>146</sup> auch schon in Bezug auf *Vorwirkungen* gesetzlicher Anreizregelungen unmittelbar Anwendung finden kann, ist doch zumindest davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diesen besonderen Umständen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in spezifischer Weise Rechnung zu tragen hat. Er wird deshalb besondere Vorsicht walten lassen müssen, soweit es darum geht zu beurteilen, ob den Betroffenen trotz abgeschlossener bzw. während laufender investiver Vorhaben eine zu ihren Ungunsten veränderte Rechtslage zugemutet werden kann. Unter Beachtung der oben beschriebenen Kriterien für den Zeitpunkt des Wegfalls des Vertrauensschutzes (siehe Kap. 6.1) wird er dabei zu gewärtigen haben, dass von den Betroffenen vor dem Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses nicht erwartet werden konnte, ihr Verhalten auf die (zu diesem Zeitpunkt noch nicht sicher abschätzbare) neue Rechtslage einzustellen.<sup>147</sup>

Da die allgemeinen politischen Erwägungen für eine Veränderung der Rechtslage im Bereich der erneuerbaren Energien keinen gewichtigen Grund erkennen lassen, der es notwendig erscheinen ließe, auch die bereits angelaufenen Investitionen der künftigen Rechtslage zu unterwerfen, wird sich der Gesetzgeber nach hiesiger Einschätzung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung dafür entscheiden *müssen*, die betreffenden Unternehmen entweder im Rahmen großzügiger Übergangsregelungen noch in den Genuss des alten Rechts kommen zu lassen oder ihnen zumindest im Wege der Option eine entsprechende Alternative zu bieten. Jede gesetzliche Lösung, die den Unternehmen im Vergleich dazu substantielle Nachteile abverlangte, brächte den Gesetzgeber in einen Konflikt mit dem als Teilgebot der Verhältnismäßigkeit zu beachtenden Maßstab der *Angemessenheit*.

Hingewiesen sei zu diesem Aspekt abschließend darauf, dass es dem Gesetzgeber im Übrigen innerhalb seines Gestaltungsspielraumes grundsätzlich *nicht* verwehrt ist, im Rahmen von Übergangsbestimmungen gewisse typisierende bzw. pauschalierende Regelungen zu treffen. Solche könnten etwa an den üblichen Realisierungszeiträumen für die betreffenden Anlagen ansetzen (wobei relevante Unterschiede zwischen verschiedenen Anlagenarten berücksichtigt werden müssten<sup>148</sup>). Es könnten grundsätzlich ebenso feste Fristen vorgegeben werden, wie es etwa möglich wäre, die Inanspruchnahme des alten Rechts an die rechtzeitige Vornahme bestimmter förmlicher Schritte zu knüpfen (z.B. an die bereits erfolgte Einreichung von Genehmigungsunterlagen).

Bei alledem ist auf Grundlage der oben entwickelten Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit darauf zu achten, dass den Investoren von bereits vor dem Gesetzesbeschluss des Bundestages praktisch in die Wege geleiteten Projekten unter durchschnittlichen Verhältnissen ohne weiteres die Möglichkeit bleibt, noch in den Genuss der alten Rechtslage zu kommen. Maßgebend für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Übergangsregelungen ist nämlich ei-

---

<sup>146</sup> BVerfGE 102, 68/97 f.; siehe dazu oben, unter Kap. 4.2.2.

<sup>147</sup> Vgl. BVerfGE 72, 200/260.

<sup>148</sup> Typischerweise vorkommende Ungleichheiten dürfen vor Art. 3 Abs. 1 GG nicht unberücksichtigt bleiben, vgl. BVerfGE 30, 292/327.

ne Gesamtabwägung zwischen der Schwere des gesetzlichen Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe.<sup>149</sup> Ausgehend von der Annahme, dass dem Gesetzgeber keine bedeutsamen Nachteile erwachsen würden, wenn er den Kreis der in den Genuss der alten Rechtslage kommenden Investoren großzügig bemisst, ist nicht ersichtlich, wie eine tendenziell strenge Übergangsregelung in rechtlich tragfähiger Weise begründet werden sollte.

### 6.3 Verbleibende Spielräume des Gesetzgebers für Modifikationen

Hernach verbleiben dem Gesetzgeber nur noch verhältnismäßig geringe Spielräume für die Vornahme von Modifikationen am bestehenden Recht, die sich auf diejenigen Anlagenbetreiber negativ auswirken, die für sich selbst berechtigterweise auf die Anwendung und den Fortbestand der Abnahme- und Vergütungsbestimmungen des EEG vertrauen. Allenfalls könnte im Rahmen von (zurückhaltenden) Übergangsregelungen an gewisse Pauschalierungen gedacht werden, die sich im Einzelfall anspruchsbegrenzend auswirken können.

Nicht ausgeschlossen erscheint eine Senkung der Vergütungssätze – wie bereits unter Kap. 5.1 angesprochen –, soweit sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass die Vergütungshöhe auffällig oberhalb desjenigen Bereiches liegt, der erforderlich ist, um die Wirtschaftlichkeit der betreffenden Anlagen sicherzustellen.

Im Übrigen ist der Gesetzgeber grundsätzlich ohne weiteres darin frei, solche Regelungen des EEG zu ändern, die sich auf den Abnahme- und Vergütungsanspruch der berechtigt in dessen Fortexistenz Vertrauenden *nicht* oder im Sinne des vom BVerfG ausgesprochenen Bagatellvorbehalts<sup>150</sup> *nur unerheblich* nachteilig auswirken. Das betrifft zum Beispiel die vorrangige Übertragung des EE-Stroms im Netz und die gleichmäßige Verteilung der aus dem EEG resultierenden finanziellen Belastungen auf die Endverbraucher.

Das im EEG angelegte Ausgleichssystem zwischen den Netzbetreibern ist allerdings ebenfalls nur eingeschränkt Änderungen zugänglich, da sich anderenfalls möglicherweise nicht hinreichend gerechtfertigte Belastungssituationen für bestimmte Netzbetreiber ergeben könnten. Auch die auf dem EEG beruhenden Ausgleichsansprüche der Netzbetreiber unterliegen ihrerseits nämlich einem Vertrauensschutz.

---

<sup>149</sup> BVerfGE 67, 1/15; BVerfGE 43, 242/288.

<sup>150</sup> Vgl. BVerfGE 30, 367/389.

## 7 Ergebnisse

Die zentralen Ergebnisse der Untersuchung lassen sich auf Grundlage der ausgewerteten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus der Sicht des Autors wie folgt zusammenfassen:

1. Die Betreiber bestehender EEG-Anlagen genießen gegenüber nachteiligen Änderungen an ihrer auf die bisherigen Fassungen des EEG gestützten Anspruchsposition **Vertrauensschutz**. Der Vertrauensschutz erstreckt sich sowohl auf die **Vergütung** als auch auf die **Abnahme** des EE-Stroms, nicht aber auf die Übertragung im Netz bis zum Endverbraucher. In zeitlicher Hinsicht umfasst er die gesamte sich aus § 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000, § 12 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 21 Abs. 2 EEG 2009 ergebende Zeitspanne.
2. Der Abnahme- und Vergütungsanspruch aus dem EEG ist verfassungsrechtlich als durch das **Eigentumsgrundrecht** (Art. 14 Abs. 1 GG) geschützt anzusehen. Folgt man dieser Interpretation nicht, so ist jedenfalls davon auszugehen, dass das Grundrecht der **Berufsfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 GG) einschlägig ist.
3. Im Hinblick auf die Anforderungen des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** können den Inhabern von auf Grundlage des EEG erworbenen Anspruchspositionen Einschränkungen nur zugemutet werden, soweit dem Gesetzgeber Gemeinwohlinteressen zur Seite stehen, mit denen sich in **spezifischer Weise** begründen lässt, dass es für das von ihm verfolgte Konzept erforderlich ist, auch die Betreiber **bestehender Anlagen** verpflichtend einzubeziehen. Diese Gemeinwohlinteressen müssen von hinreichendem Gewicht sein, um sich gegenüber dem verfassungsrechtlich als hochrangig eingestuften Interesse der Betroffenen am Vertrauensschutz als vorrangig durchsetzen zu können. Ist den Gemeinwohlinteressen der Vorrang einzuräumen, so sind angemessene Abfederungs- oder Übergangsregelungen zu schaffen, mit denen die den Betroffenen verbleibenden Nachteile auf angemessene Weise minimiert oder zum Ausgleich gebracht werden.
4. Dem Gesetzgeber werden Änderungen am bestehenden System zu Lasten der Inhaber berechtigterweise erworbener Ansprüche des Weiteren dadurch erschwert, dass er im EEG einen **besonderen Vertrauenstatbestand** statuiert hat, mit dem den Anlagenbetreibern eine für sie günstige Rechtslage für einen bestimmten Zeitraum garantiert wird. Für solcherart Fälle qualifizierter Vertrauenstatbestände nimmt das Bundesverfassungsgericht an, dass Einschränkungen nur zulässig sind, wenn sie durch „überragende Gemeinwohlinteressen“ legitimiert werden oder anderenfalls „schwere Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter“ zu erwarten wären.
5. Auf Grundlage dieser Maßstäbe ist nicht ersichtlich, dass für eine wesentliche Beschneidung der Vergütungssätze bei bestehenden Anlagen oder für einen Entzug des vorrangigen Abnahme- und Vergütungsanspruches im Zuge einer Neuordnung des EE-Förderinstrumentariums hinreichende Gründe gegeben wären:
  - Erwägungen über die Sinnhaftigkeit einer nachträglichen **Senkung** einzelner mutmaßlich zu hoher **Vergütungssätze** sind – von derzeit nicht relevanten Sondersituationen abgesehen – nicht von ausreichendem Gewicht, um einen Vorrang gegenüber dem Vertrauensschutz zu begründen.

- Sofern dem Gesetzgeber im Zuge einer grundlegenden **Neuordnung des Rechtsgebiets** (etwa in Richtung eines Handels mit „Grünstrom-Zertifikaten“) daran gelegen sein sollte, die auf Grundlage des EEG erworbenen Ansprüche in das neue System zu überführen, stünde ihm hierfür die Möglichkeit offen, den Inhabern bestehender Ansprüche durch geeignete Regelungen einen Anreiz zur *freiwilligen* Teilnahme am neuen System zu bieten, so dass es einer Einschränkung von Rechtspositionen für den Rechtsübergang nicht bedürfte. Außerhalb freiwilliger Übergangsmodelle wäre dem Gesetzgeber ein vorübergehendes Aufrechterhalten der „alten“ EEG-Ansprüche zur Wahrung des Vertrauensschutzes zuzumuten.

Die einzige Konstellation von grundsätzlicher Bedeutung, in der die Inhaber bestehender EEG-Ansprüche mit substantiellen Anspruchsverkürzungen rechnen müssten, ist der denkbare (aber derzeit nicht aktuelle) Erlass einer **EG-Richtlinie**, die Deutschland zu einer vorzeitigen Beendigung des EEG-Systems **zwingen würde**, *ohne* hierbei ausreichende Spielräume für angemessene Überleitungs- bzw. Übergangsregelungen zu enthalten. Der Vertrauensschutz müsste dann insoweit vorrangigem EG-Recht weichen.

6. Aus dem im Februar 2009 ergangenen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Fiktion einer einheitlichen Anlage nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 („**Anlagensplitting**“) ergibt sich keine andere Wertung:

- Das BVerfG hat in dieser Entscheidung nicht in Frage gestellt, dass der Abnahme- und Vergütungsanspruch aus dem EEG Vertrauensschutz vermittelt. Es hat in dem Beschluss auch nicht zu erkennen gegeben, dass der Gesetzgeber diesen Vertrauensschutz auf relativ einfache Weise überwinden könne.
- Vielmehr ging es in dem Verfahren vor dem BVerfG einzig darum, ob die Betreiber eines aus mehreren Einzelanlagen bestehenden **Anlagenparks** speziell darauf vertrauen konnten, dass die Vergütung für in Anlagenparks erzeugten Strom dauerhaft auf die einzelnen Anlagen bezogen zu ermitteln ist, wie es die Beschwerdeführerinnen aus dem in § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 niedergelegten früheren Anlagenbegriff ableiteten (während der neue § 19 Abs. 1 EEG 2009 eine Ermittlung auf Grundlage der Gesamtleistung des Anlagenparks vorsieht). Allein *diese* Frage hat das Gericht verneint.
- Im Mittelpunkt der gerichtlichen Begründung steht, dass es nach Auffassung des BVerfG hinsichtlich des **Anlagenbegriffs** des EEG 2004 von Anfang an eine **unsichere Rechtsgrundlage** gegeben habe, auf deren Basis sich ein schutzwürdiges Vertrauen auf den Fortbestand der vorangehenden Gesetzesfassung nicht habe bilden können. Die Beschwerdeführerinnen hätten, so das Gericht, von Anfang an mit einer künftigen Änderung der Rechtslage zum Anlagensplitting rechnen müssen, weil schon der Gesetzgeber der früheren Regelung erklärt hatte, mit der betreffenden Vorschrift eine Aufteilung von Anlagenvorhaben in mehrere kleinere Einheiten zur Erlangung einer höheren Vergütung verhindern zu wollen und in der Rechtsliteratur Uneinigkeit darüber geherrscht habe, wie die Bestimmung insofern auszulegen sei.

7. Offen geblieben ist in der Entscheidung des BVerfG zum Anlagensplitting die weitere Frage, wie in § 19 Abs. 1 EEG 2009 das Tatbestandsmerkmal der „**unmittelbaren räumlichen Nähe**“ und die Formulierung „**unabhängig von den Eigentumsverhältnissen**“ ver-

fassungsrechtlich zu würdigen sind. Nach hiesiger Auffassung spricht Überwiegendes dafür, dass die Bestimmung nach ihrem Sinn und Zweck – der Missbrauchsbekämpfung – und zugleich verfassungskonform dahin ausgelegt werden muss, dass es bei mehreren in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander liegenden Anlagen darauf ankommt, ob eine durch **gemeinsame wirtschaftliche Interessen** gekennzeichnete Betreiberstellung besteht. Fehlt es an gleichgerichteten wirtschaftlichen Interessen der Betreiber, so ist hier nach für eine Anwendung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 kein Raum.

8. Die Betreiber von EEG-Bestandsanlagen erfahren durch die im neuen Gesetz angelegte **Einbeziehung in das Einspeisemanagement** eine Verschlechterung ihrer Rechtsposition (vgl. §§ 6, 11, 16 Abs. 6 und 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009). Diese ist nach den hier entwickelten Überlegungen nur zulässig, wenn hinreichend gewichtige Gründe für den Eingriff in den Vertrauensschutz gegeben sind. Das ist im Ergebnis zu bejahen. Denn sowohl das Einspeisemanagement als solches als auch speziell die Einbeziehung der Bestandsanlagen in dieses System ist von **überragender Bedeutung für das Gemeinwohl**, um auf längere Sicht die Funktionsweise des Abnahme- und Vergütungssystems des EEG aufrechterhalten und die notwendige Netzintegration des EE-Stroms sicherstellen zu können. Zudem ist bei der Bewertung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen, dass die effektiven Nachteilwirkungen durch verschiedene flankierende Regelungen wesentlich verringert werden, so dass die verbleibenden Belastungen als zumutbar zu erachten sind.

## 8 Literatur

- Altrock, Martin/ Lehnert, Wieland: Die EEG-Novelle 2009, in: Zeitschrift für neues Energierecht (ZNER) 2008. S. 118-123.
- Altrock, Martin/ Oschmann, Volker/ Theobald, Christian: EEG – Erneuerbare Energien-Gesetz. Kommentar, 1. Aufl. München 2006.
- Altrock, Martin/ Oschmann, Volker/ Theobald, Christian: EEG – Erneuerbare Energien-Gesetz. Kommentar, 2. Aufl. München 2008.
- Bönning, Christina: Investitionssicherheit für Betreiber einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz? in: ZNER 2000, S. 268-271.
- Bönning, Christina: Netzanschluss, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow (Hrsg.): Biogasanlagen im EEG 2009, Berlin 2009, S. 213-224.
- Brandt, Edmund/ Reshöft, Jan / Steiner, Sascha: Erneuerbare-Energien-Gesetz (Handkommentar), 1. Aufl. Baden Baden 2001.
- Bundesverband Erneuerbare Energien (BEE): Der VDEW-Vorschlag: Ineffizienz statt Effizienz (Positionspapier), Paderborn, Juni 2005.
- EU-Kommission: Mitteilung „Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen“, Drucksache KOM(2005) 627 endg.
- Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar. 9 Aufl. München 2007.
- Klinski, Stefan: EEG und Binnenmarkt – Zur Vereinbarkeit des EEG mit den aktuellen Bestimmungen zum Elektrizitätsbinnenmarkt und mit der Warenverkehrsfreiheit, Gutachten im Auftrag des BMU, Berlin 2005.
- Klinski: EEG-Vergütung: Vertrauensschutz bei künftigen Änderungen der Rechtslage. Gutachten im Auftrag des BMU, Berlin 2005.
- Loibl, Helmuth: Der Anlagenbegriff des EEG 2009 und seine Auswirkungen, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow (Hrsg.): Biogasanlagen im EEG 2009, Berlin 2009, S. 21-56.
- Müller: Einspeisemanagement im EEG 2009, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow (Hrsg.): Biogasanlagen im EEG 2009, Berlin 2009, S. 193-212.
- Ragwitz, Mario u. a.: Monitoring and evaluation of policy instruments to support renewable electricity in EU Member States, Karlsruhe 2006.
- Reshöft, Jan / Steiner, Sascha / Dreher, Jörg: Erneuerbare-Energien-Gesetz (Handkommentar), 2. Aufl. Baden Baden 2005.
- Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz (GG). Kommentar. 3. Aufl. München 2003.
- Salje, Peter: EEG-Vorrangprinzip und Netzanpassungsmanagement - Zur Ausgestaltung von Beschränkungen der gesetzlichen Verpflichtung zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien bei Netzengpässen, in: RdE 2005, S. 250-256.

Salje, Peter: Energiewirtschaftsgesetz (EnWG). Kommentar. München 2006.

Salje, Peter: Erneuerbare-Energien-Gesetz – Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (EEG), 2. Aufl. Köln/München 2000.

Salje, Peter: Erneuerbare-Energien-Gesetz – Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (EEG), 3. Aufl. Köln/München 2005.

Salje, Peter: Erneuerbare-Energien-Gesetz – Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (EEG), 4. Aufl. Köln/München 2007.

Salje, Peter: Erneuerbare-Energien-Gesetz – Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (EEG), 5. Aufl. Köln/München 2009.

Verband der Elektrizitätswirtschaft (VDEW): Diskussionsvorschlag zur künftigen Förderung Erneuerbarer Energien: „Ausbauziele effizient erreichen“, Berlin, Juni 2005.

Wedemeyer, Harald: Das novellierte "EEG 09" unter besonderer Berücksichtigung der Biomasseanlagen, in: NuR 2009, S. 24-32.

Wustlich, Guido: Die Änderungen im Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen, NVwZ 2005, S. 996-998.