

## Schwerer Schlag für Vertrauensschutz und Investitionssicherheit bei erneuerbaren Energien

**Mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 18. Februar 2009 dürfte die Rechts- und Investitionssicherheit zumindest auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien, wenn nicht sogar darüber hinaus, weitgehend verloren sein. Die Brisanz des Themas - gerade im Hinblick auf erneuerbare Energieinvestitionen - wird sich im Zeitverlauf zeigen, wenn u.a. Kreditgeber beginnen sich mit der Problematik intensiver auseinandersetzen.**

Nach dem Maßstab des BVerfG ist eine Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) auch rückwirkend für Bestandsanlagen gerechtfertigt, wenn bei einer in Übereinstimmung mit dem Wortlaut und dem Regelungszusammenhang des Gesetzes getätigten Investition der Wille des Gesetzgebers (hier: EEG 2004) nicht unbestritten feststand und es vereinzelt Diskussion in der Literatur hinsichtlich der dem Gesetz unterliegenden Intention des Gesetzgebers gab. Da dies auf sehr viele Gesetzesvorschriften, zu deren Auslegung es gegenläufige Auffassungen gibt, zutrifft, kann man gemäß BVerfG - jedenfalls für die Zukunft - nicht darauf vertrauen, dass das Gesetz (EEG) nicht geändert wird. Dies gilt auch dann, wenn man Investitionen im Rahmen des Wortlautes und der Gesetzesbegründung vorgenommen hat, da keine Sicherheit besteht, dass der Gesetzgeber entgegen dem Wortlaut einer Vorschrift diese nicht anders gemeint haben könnte. Der Vertrauensschutz für getätigte Investitionen wird somit weitgehend dem (künftigen) Belieben des Gesetzgebers überantwortet.

Biogaspark Klarsee an der A 11 Ausfahrt Penkun



**Dies gilt selbst dann, wenn – wie das BVerfG ausführt – das zögerliche Vorgehen des Gesetzgebers zur Klarstellung wie im Urteilsfall zwar unverständlich erscheint und auch unabhängig davon, ob die Erstreckung der nunmehr getroffenen Regelung für Bestandsanlagen mit Blick auf die Zielsetzung des EEG 2009 rechts- und umweltpolitisch sinnvoll ist.**

Am 18. Februar 2009 hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz für den Biogaspark Penkun knapp mit 5 gegen 3 Stimmen abgelehnt. Die Beschwerdeführer hatten geltend gemacht, den durch Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes fehlenden Bestandsschutz einstweilen außer Kraft zu setzen, so dass die technisch selbstständigen Biogasanlagen weiterhin - wie im EEG 2004 - als Einzelanlagen und nicht gemäß dem geänderten EEG 2009 vergütet werden. Die geänderte Vorschrift im EEG 2009 führt zu einer deutlich verringerten Einspeisevergütung, wodurch die Biogasanlagen gegenwärtig nicht mehr kostendeckend betrieben werden können. Die gesamte Problematik dürfte auch die die Entscheidung nicht tragende Minderheit des Senats gesehen haben.

Die technisch selbstständigen Einzelanlagen im Biogaspark waren nach Baugenehmigung Anfang 2006 errichtet und einzeln nacheinander in Betrieb genommen worden und stellten dem Wortlaut und Regelungszusammenhang des EEG 2004 zufolge Einzelanlagen dar. Auch das BVerfG führt aus, dass die Beschwerdeführer ihr Verständnis mit beachtlichen Argumenten auf den Wortlaut und Regelungszusammenhang des EEG 2004 stützen können. Diese Auslegung wird zudem auch - durch die Gesetzesbegründung zum EEG 2004 aus dem Jahre 2004 - gedeckt. Die Errichtung der Biogasanlagen in Penkun ist daher weder als missbräuchlich noch als Umgehung des EEG 2004 zu werten, sondern fand ihre Berechtigung im EEG 2004.

Das gutachterlich unterlegte Verständnis der Beschwerdeführer wurde auch bei einer Vielzahl anderer Biogasanlagen (der Fachverband Biogas hat 750 Anlagen an 300 Standorten, bei denen die nunmehr „schädliche“ räumliche Nähe gegeben ist, ermittelt) sowohl von den Betreibern bzw. Eigentümern, den Stromversorgern bzw. Netzbetreibern und den kreditfinanzierenden Banken geteilt. Daher spricht der Fachverband davon, dass es nicht nur um Penkun geht, sondern um alle anderen betroffenen Investitionen und um



die Erschütterung eines der wichtigsten Grundpfeile des EEG, nämlich die Investitionssicherheit.

### Woher kam dieses kollektive Missverständnis in der gesamten Industrie?

Natürlich gab es – wie bei den meisten juristischen Fragen – zur Gesetzesauslegung des EEG 2004 abweichende Auffassungen. Professor Salje führte im Jahr 2005 aus, dass Anlagenparks zwar dem Wortlaut, aber nicht dem Gesetzeszweck entsprächen. Im Rahmen der kleinen EEG-Novelle im Jahr 2006 führte die Bundesregierung aus, dass sogenanntes „Anlagensplitting“ missbräuchlich sei; eine weitere Erläuterung, was genau unter Anlagensplitting zu verstehen ist, gab es nicht. Gleichzeitig wurde aber festgestellt, dass Änderungsbedarf am Wortlaut des EEG 2004 nicht bestand. In diesem Zusammenhang ist auch die Aussage des BVerfG zu verstehen, dass das zögerliche Vorgehen des Gesetzgebers bei Rechtsunsicherheiten und hinsichtlich einer bekannten und missbilligten Praxis unverständlich erscheinen mag. Die Tatsache, dass im Rahmen der EEG-Novelle 2006 die Thematik offensichtlich zwischen Bundesregierung und Bundesrat diskutiert wurde und man ausweislich der Äußerungen der Bundesregierung keinen Anlass zur Gesetzesänderung sah, ließ für alle Außenstehenden nur den Schluss zu, dass die Auslegung der Anlagenbetreiber vom Gesetzgeber geteilt wurde, zumal andere technische Möglichkeiten für eine andere Anlagenkonzeption für den Biogaspark in Penkun (weniger und dafür größere Fermenter und BHKW für den Biogasbetrieb) am Markt gar nicht verfügbar waren und auch bei Vorhandensein nicht wirtschaftlich hätten betrieben werden können. Dies bestätigt auch eine Herstellererhebung des Fachverbandes. Dass öffentliche Ämter bis hin zum Bundeswirtschaftsministerium insbesondere Penkun, trotz einer Missbilligung im Rahmen eines großen Missverständnisses, als Vorzeigeprojekt angepriesen haben, sei nur am Rande angemerkt. Kollektiv ging also die Bioenergiebranche gemeinsam mit den Netzbetreibern davon aus, dass räumliche Nähe und ein zeitlicher Zusammenhang bei der Inbetriebnahme nicht zu einer Zusammenfassung meh-

rerer Anlagen für Gebührenzwecke führte. Wie angedeutet wurden 750 Anlagen an 300 Standorten in dieser Form errichtet und auch bis zum 31. Dezember 2008 so abgerechnet.

### Wo kommt „Anlagensplitting“ her?

Der Begriff „Anlagensplitting“ wurde im Rahmen der kleinen EEG-Novelle im August 2006 undefiniert verwendet. Im Zuge der Beschlussfassung über das EEG 2004 hatte jedoch der Gesetzgeber den Begriff des „Anlagensplittings“ ganz anders verwendet, als dies das Bundesumweltministerium (BMU) heute auszulegen versucht. Anlagensplitting war nach damaligem Verständnis z. B. der Fall des Anschlusses zweier Blockheizkraftwerke (BHKW) an einen Fermenter; nicht gemeint aber waren mehrere selbstständige Anlagen in räumlicher Nähe. So ließ allein der Wortlaut des EEG 2004 gemeinsame Wege als unschädlich zu, was denknötterlich unbedingt räumliche Nähe voraussetzt. Dies galt für Windanlagen oder andere EEG-Anlagen, außer für Solaranlagen, da es für diese eine spezielle Regelung gab. Der verwendete technische Anlagenbegriff stellte eben darauf ab, dass jede Anlage jederzeit selbstständig betreibbar sein muss. D.h. beispielsweise zwei BHKW, die an einen Fermenter angeschlossen sind, erfüllten den Anlagenbegriff nicht und stellten nur eine Anlage und nicht zwei dar. Diese Frage war unter dem EEG 2000 noch umstritten gewesen. Die mit dem EEG 2004 erstrebte Klarstellung war insoweit auch logisch und praktisch einleuchtend: Zwei separate Biogasanlagen (2 BHKW mit je einem Fermenter) oder 2 Windräder kosten eben auch das Zweifache einer Anlage. Eine Ersparnis und damit ggf. Zusammenfassung kann nur dann erzielt werden, sofern die Anlagen so ausgestaltet sind, dass sie unselbstständig sind und so Synergien ent-



Windpark an der A11, Kreuz Uckermark

stehen. So wurde auch ausgeführt: „... ist es praktisch nicht vorstellbar, dass z. B. mehrere Windenergieanlagen eine Anlage darstellen, da es in aller Regel an gemeinsamen betriebstechnischen Einrichtungen fehlen wird.“ Entsprechendes gilt eben auch für einen Park aus selbstständigen Bioenergieanlagen, sofern diese technisch selbstständig sind. Die Frage, ob selbstständige Anlagen zusammenstehen oder 500 m voneinander entfernt errichtet werden, war nicht relevant oder thematisiert. Nicht umsonst wurden rd.

750 Anlagen an diversen Standorten nebeneinander gebaut. Und auch die großen Stromversorger haben diese Anlagen als Einzelanlagen – unter Zugrundelegung von entsprechenden Gutachten zur technischen Selbstständigkeit - vergütet. Hier fand nichts im Verborgenen statt, sondern eine Vielzahl von Parteien setzten sich mit der Frage der Anlagenselbstständigkeit auseinander und es ist nicht ein einziger Fall in der Bundesrepublik bekannt, bei dem nachweislich technisch selbstständige Anlagen bis zum 31. Dezember 2008 als eine Anlage vergütet wurden, nur weil sie beieinander standen.



Im Rahmen der kleinen EEG-Novelle im August 2006 wurde zwar von Missbilligung des Anlagensplittings gesprochen, der Anlagenbegriff aber nicht geändert. Vielmehr wurde von Seiten der Bundesregierung ausdrücklich festgestellt, eine Änderung sei nicht erforderlich. Zu diesem Zeitpunkt war insbesondere der in Penkun errichtete Park allgemein bestens bekannt. Wäre man daher im Rahmen der kleinen EEG-Novelle tatsächlich der Auffassung gewesen, dass die Errichtung selbstständiger Anlagen in räumlicher Nähe entgegen dem Gesetzwortlaut nicht dem Gesetz entsprachen, wäre eine Änderung wie sie mit § 19 EEG 2009 erfolgt ist, die logische Antwort gewesen. Dies erfolgte jedoch nicht, sondern es wurde ausdrücklich mangelnder Änderungsbedarf festgestellt. So haben es auch die Stromversorger und Netzbetreiber gesehen und eben die Einzelanlagen als solche vergütet. Ministerien und Ämter haben das Vorzeigeprojekt Penkun bis in die jüngere Vergangenheit weltweit vermarktet.

Wie das BVerfG ausgeführt hat, ist der Gesetzgeber zur Richtigstellung seiner Absichten für die Zukunft befugt. D.h. der Gesetzgeber ist berechtigt, von ihm nachträglich empfundene "Fehler" im Gesetz mit Wirkung für die Zukunft zu korrigieren, sofern die Rechtslage verworren und die Intention des Gesetzgebers nicht zweifelsfrei geklärt war.

Als Ironie könnte man bezeichnen, dass Professor Salje jüngst in einer Veröffentlichung zu § 19 EEG 2009 von seiner vormalig veröffentlichten Auffassung, die dem BVerfG als Indiz dafür diente, dass die Gesetzesintention seinerzeit letztendlich nicht ganz klar war, abgerückt ist. Auch er bestätigt nunmehr, dass § 19 EEG 2009 keine Klarstellung zum EEG 2004 darstellt, sondern eine Änderung der Rechtslage beinhaltet.

## Was passiert politisch?

Der Bundesrat – unter Beteiligung der SPD regierten Länder – hat im November 2008 einen Gesetzentwurf eingebracht mit dem der Bestandsschutz wieder hergestellt werden soll.

In der Begründung geht der Bundesrat davon aus, dass der Anlagenbegriff im EEG 2009 „neu definiert“ und „entgegen der bisherigen Rechtslage“ ist. Auch die FDP hat einen entsprechenden Gesetzentwurf eingebracht. Die Fraktionen der FDP, die CDU/CSU und auch Bündnis 90/Die Grünen (d.h. die Regierungskoalitionspartei bei Verabschiedung des EEG 2004) fordern die Einführung des Bestandsschutzes unter

entsprechender Abänderung des EEG 2009. Vehement stemmt sich eine „Clique“ in der SPD mit ihrer Mindermeinung dagegen und blockiert somit die Union im Zuge des Koalitionsvertrages und dadurch die eigentlich vorhandene Mehrheit im Bundestag. Inwieweit Wahlkampf oder die Verbundenheit beispielsweise zur Solarenergie hier eine Rolle spielt, sei dahingestellt.

Zutreffend wurde dies auch in einer FDP-Pressemitteilung am 18. März 2009 zusammengefasst: „Während die Union den Fehler im neuen EEG einsieht, verteidigt die SPD ihre Fehlentscheidung. Sie zerstört damit Investitionen in erneuerbare Energien.“ Um ihren – mittlerweile von fast allen als unsinnig erkannten - Standpunkt dennoch weiterhin verteidigen zu können, argumentiert die SPD, § 19 EEG 2009 sei keine Neuregelung, sondern nur Klarstellung. Auch das BVerfG führt jedoch aus, dass es sich bei § 19 EEG um eine „nachträgliche Änderung der Vergütungsvorschriften“ handelt. Würde die SPD aber eingestehen, dass § 19 EEG eine Änderung darstellt, fiel auch gleichzeitig die Missbrauchsargumentation in sich zusammen, da zugestanden würde, dass das EEG 2004 eben eine andere Regelung war, die Anlagenparks zuließ.

**Die Tatsache, dass der Biogaspark in Penkun nun Opfer einer nachträglichen Beseitigung eines als nicht (mehr) gewollt artikulierten Umstandes wird, war nicht vorhersehbar. Es besteht noch Optimismus, dass in einer Demokratie nicht einige Wenige die große politische Mehrheit auf Dauer als Geisel halten können. Politische Fehlerbeseitigung kann nicht auf dem Rücken von Arbeitnehmern oder Investoren ausgetragen werden.**

Offenbach, 30.03.2009

Überreicht durch:

Doric Asset Finance & Verwaltungs GmbH  
Berliner Straße 114  
63065 Offenbach  
Tel. +49 69 247559-0  
Fax +49 69 247559-89  
www.doricassetfinance.com