

2018/30

16. November 2018

Votum

Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.

Leitsätze:

1. Anlagenbetreiberinnen und -betreiber haben gegen den Netzbetreiber einen Anspruch darauf, dass der Strom aus zuerst in Betrieb genommenen Solaranlagen mit einer installierten Leistung von nicht mehr als 750 kW_p auch dann mit der gesetzlich bestimmten Marktprämie im Wege der geförderten Direktvermarktung nach §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 20, 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 vergütet wird, wenn durch den Zubau von weiteren, zeitlich versetzt in Betrieb genommenen Solaranlagen und die Anwendung von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 die Leistungsschwelle von 750 kW_p (§ 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017) überschritten wird.
2. Die Rechtsfolge dieser Überschreitung betrifft nur die jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generatoren („Windhundprinzip“).
3. Leitsatz 4 und Abschnitt 2.5.2 des Hinweises 2017/22 beschreiben hingegen allein den Fall, dass nicht mehr nachweisbar ist, welche Solaranlagen *zuletzt* in Betrieb gesetzt worden sind, z. B. weil alle Solaranlagen eines Solarparks an demselben Tag in Betrieb genommen worden sind. In diesem Fall ist es ausgeschlossen, die Gesamtheit der Solaranlagen *virtuell* oder *fiktiv* in eine 750-kW_p-Installation und eine ausschreibungspflichtige Installation zu unterteilen.

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG|KWKG¹ durch den Vorsitzenden Dr. Lovens-Cronemeyer sowie die Mitglieder Dr. Mutlak und Dr. Winkler auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren am 16. November 2018 einstimmig folgendes Votum:

1. **Die geplanten Solaranlagen der Anspruchstellerin, die in der Stadt [...], Gemarkung [...], Flurstück [...]** errichtet werden sollen, sind gemeinsam als eine Anlage im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 anzusehen.
2. **Die Anwendung von § 24 Abs. 1 EEG 2017 führt für die zuerst in Betrieb gesetzten Solaranlagen mit einer installierten Leistung von 749 kW_p auch dann nicht zu einer Einschränkung der Zahlungsansprüche nach dem EEG 2017, wenn zeitlich nachfolgend weitere Solaranlagen errichtet und in Betrieb genommen werden, welche gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 mit den zuerst in Betrieb gesetzten Solaranlagen als eine Anlage anzusehen sind.**
3. **Die Pflicht zur Teilnahme an einer Ausschreibung gemäß §§ 22 Abs. 3 Satz 1, 37 ff. EEG 2017 erstreckt sich nicht auf die zuerst in Betrieb genommenen Solaranlagen mit einer Leistung von 749 kW_p.**

¹Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern im Folgenden auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien sind uneins, ob die geplanten Solaranlagen der Anspruchstellerin, die zeitlich versetzt in Betrieb genommen werden sollen, als eine Anlage im Sinne des § 24 EEG 2017 anzusehen sind, mit der Folge, dass für *alle* Solaranlagen ein Zuschlag gemäß § 22 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. §§ 37 ff. EEG 2017 Fördervoraussetzung ist.
- 2 Die Anspruchstellerin beabsichtigt, zunächst Solaranlagen mit einer installierten Leistung von insgesamt 749 kW_p zu errichten und in Betrieb zu nehmen. Zeitlich versetzt – maximal sechs Monate später – sollen Solaranlagen mit einer installierten Leistung von insgesamt 850,50 kW_p errichtet und in Betrieb genommen werden. Die erstgenannten Solaranlagen sollen auf einer nördlichen Teilfläche der Vorhabensfläche in acht parallel angeordneten Modulreihen errichtet werden, die letztgenannten Solaranlagen auf der südlichen Teilfläche auf neun weiteren Modulreihen. Zwischen den Teilflächen ist keine räumliche Zäsur oder sonstige bauliche Trennung geplant.
- 3 Bei der Vorhabensfläche handelt es sich um eine frühere Bauschutt- bzw. Hausmülldeponie der Stadt [...], Gemarkung [...], Flurstück [...]. Die Vorhabensfläche ist rund 4,77 ha groß und befindet sich im Geltungsbereich des künftigen vorhabenbezogenen Bebauungsplanes „[...]“ der Stadt [...].
- 4 Die Solaranlagen wurden von demselben Projektierer geplant und sie sollen von der Anspruchstellerin errichtet und betrieben werden.
- 5 Die Anspruchstellerin plant, für die zuerst in Betrieb genommenen Solaranlagen (bis 749 kW_p) die geförderte Direktvermarktung nach §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 20, 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 in Anspruch zu nehmen. Für die später in Betrieb genommenen Solaranlagen soll ein Zuschlag nach §§ 37 ff. EEG 2017 erlangt werden.
- 6 Geplant ist ferner, dass alle Solaranlagen gemeinsame Infrastruktureinrichtungen wie bspw. Zentralwechselrichter nutzen. Es ist eine gemeinsame Messeinrichtung im Sinne des § 24 Abs. 3 EEG 2017 vorgesehen, die Abrechnung soll anteilig nach der Leistung der Anlagen erfolgen. Um eine Anlagenzusammenfassung zu vermeiden, ist die Anspruchstellerin auch bereit, gesonderte Messeinrichtungen zu errichten.
- 7 Beide Parteien gehen davon aus, dass die Voraussetzungen der Anlagenzusammenfassung nach § 24 Abs. 1 EEG 2017 für alle Solaranlagen erfüllt sind. Klärungsbedürftig ist allein, welche Rechtsfolgen sich aus der Anlagenzusammenfassung für die zeitlich zuerst in Betrieb genommenen Solaranlagen mit einer Leistung von 749 kW_p ergeben.

- 8 **Die Anspruchstellerin** meint, dass die Solaranlagen zum Zweck der Ermittlung des Anspruchs nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 und zur Bestimmung der Größe der Anlage nach § 21 oder § 22 EEG 2017 *nur* für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator – also nur für die jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Solaranlagen – als eine Anlage anzusehen sind.
- 9 Die Rechtsfolge der Anlagenzusammenfassung trete damit auch nur für die jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Solaranlagen ein, hier also für die Solaranlagen mit einer installierten Leistung von 850,50 kW_p. Daher wirke sich die Anlagenzusammenfassung auch nur auf den Zahlungsanspruch für diese zuletzt in Betrieb genommenen Solaranlagen aus, so dass nur für diese die Pflicht zur Teilnahme an einer Ausschreibung greife.
- 10 Die zeitlich vorher in Betrieb genommenen Solaranlagen (749 kW_p) seien nach dem Wortlaut von § 24 Abs. 1 EEG 2017 nicht mit den später in Betrieb genommenen Solaranlagen zusammenzufassen. Daher werde die 750 kW_p-Grenze des § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 nicht überschritten und der Zahlungsanspruch nach § 19 EEG 2017 entfalle nicht.
- 11 Dabei komme es nach § 24 EEG 2017 allein auf die Inbetriebnahme an. Unerheblich sei, ob die Solaranlagen bereits von Anfang an zeitgleich geplant und errichtet wurden bzw. werden sollen.
- 12 Die Anspruchstellerin beruft sich auf den Hinweis der Clearingstelle 2017/22², insbesondere auf die Ausführungen in dem Abschnitt 2.5.1 und Rn. 48 f. Der Abschnitt 2.5.2 des Hinweises sei hingegen missverständlich, ändere jedoch im Ergebnis nichts daran, dass der spätere Zubau von weiteren Solaranlagen keine Auswirkungen auf die Förderfähigkeit der früher in Betrieb genommenen Solaranlagen habe.
- 13 Dafür spreche auch der FAQ der Clearingstelle „Behält eine 750-kW-PV-Installation den Anspruch auf die gesetzliche Marktprämie, wenn später eine PV-Installation größer 750 kW zugebaut wird und die Voraussetzungen der Anlagenzusammenfassung vorliegen?“ unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/beitrag/4179>.
- 14 Die Anspruchstellerin regt an, dass die Clearingstelle in dem vorliegenden Votumverfahren die Unklarheiten, die durch den Leitsatz 4 und Abschnitt 2.5.2 des Hinweises 2017/22 aufgekomen sind, ausräumt.
- 15 **Die Anspruchsgegnerin** meint, dass unsicher sei, ob in einem Fall der zeitversetzten Inbetriebnahme auf zwei Teilflächen einer Vorhabensfläche für *alle* Solaranlagen die

²Clearingstelle, Hinweis v. 27.03.2018–2017/22, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2017/22>.

Ausschreibungspflicht gelte. Der Passus „für den jeweils zuletzt in Betrieb genommenen Generator“ in § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 habe keine Auswirkungen, da er sich lediglich auf Leistungszonungen beziehe. Dies habe die Clearingstelle bereits in den Verfahren 2011/2/1³, 2012/30⁴ und 2014/31⁵ zu den Leistungsschwellen in §§ 33 Abs. 2 EEG 2009⁶/EEG 2012⁷ und § 61 Abs. 2 Nr. 4 EEG 2014⁸ so entschieden.

- 16 Fraglich sei insbesondere, ob die einheitliche Planung der Solaranlagen durch ein- und dieselbe Person dazu führe, dass die Anlagenzusammenfassung für *alle* Solaranlagen zu bejahen ist. Leitsatz 4 des Hinweises der Clearingstelle 2017/22 sei möglicherweise so zu verstehen, dass in einem solchen Fall für sämtliche Solaranlagen des konkreten Vorhabens ein Zuschlag (§ 22 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. §§ 37 ff. EEG 2017) erforderlich sei.

³ Clearingstelle, Empfehlung v. 29.09.2011 – 2011/2/1, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2011/2>.

⁴ Clearingstelle, Hinweis v. 21.03.2013 – 2012/30, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2012/30>.

⁵ Clearingstelle, Empfehlung vom 02.06.2015 – 2014/31, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2014/31>.

⁶ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

⁷ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

⁸ Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

17 Mit Beschluss vom 24. August 2018 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 ihrer Verfahrensordnung (VerfO)⁹ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle zu begutachtenden Fragen lauten:

1. Gelten die geplanten Solaranlagen der Anspruchstellerin, die auf einer bislang als Bauschuttdeponie genutzten Fläche der Stadt [...] auf Flurstück [...] der Gemarkung [...] errichtet werden sollen, gemeinsam als eine Anlage im Sinne des § 24 EEG 2017?
2. Bejahendenfalls: Führt die Anwendung des § 24 EEG 2017 zu einer Einschränkung der Zahlungsansprüche nach dem EEG, die die Betreiberin für eine oder beide Solaranlagen geltend machen könnte, wenn § 24 EEG 2017 keine Anwendung finden würde?
3. Bejahendenfalls: Welche der Solaranlagen ist von diesen Einschränkungen betroffen und in welcher Weise?

2 Begründung

2.1 Verfahren

18 Die Besetzung der Clearingstelle ergibt sich aus § 26 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 5 VerfO. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da alle Parteien und die Clearingstelle dem zustimmten, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle Dr. Winkler erstellt.

2.2 Würdigung

19 Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch darauf, dass der Strom aus den zuerst in Betrieb genommenen Solaranlagen mit einer installierten Leistung von insgesamt 749 kW_p auch dann mit der gesetzlich bestimmten Marktprämie im Wege der geförderten Direktvermarktung nach §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 20, 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 vergütet wird, wenn durch den Zubau von weiteren, zeitlich versetzt in Betrieb genommenen Solaranlagen und die Anwendung von

⁹Verfahrensordnung der Clearingstelle in der Fassung v. 17.10.2017, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

§ 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 die Leistungsschwelle von 750 kW_p (§ 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017) überschritten wird, denn die Rechtsfolge dieser Überschreitung betrifft nur die jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generatoren, hier diejenigen mit einer Leistung von insgesamt 850,50 kW_p.

2.2.1 Prüfungsmaßstab

20 § 3 Nr. 1 EEG 2017 definiert die Anlage als

„jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas, wobei im Fall von Solaranlagen jedes Modul eine eigenständige Anlage ist“.¹⁰

21 § 22 Abs. 3 EEG 2017 lautet:

„¹Bei Solaranlagen besteht der Anspruch nach § 19 Absatz 1 für den in der Anlage erzeugten Strom nur, solange und soweit eine von der Bundesnetzagentur ausgestellte Zahlungsberechtigung für die Anlage wirksam ist. ²Von diesem Erfordernis sind Solaranlagen mit einer installierten Leistung bis einschließlich 750 Kilowatt ausgenommen.“¹¹

22 § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 bestimmt:

„Mehrere Anlagen sind unabhängig von den Eigentumsverhältnissen zum Zweck der Ermittlung des Anspruchs nach § 19 Absatz 1 und zur Bestimmung der Größe der Anlage nach § 21 Absatz 1 oder § 22 für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage anzusehen, wenn

1. sie sich auf demselben Grundstück, demselben Gebäude, demselben Betriebsgelände oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden,
2. sie Strom aus gleichartigen erneuerbaren Energien erzeugen,
3. für den in ihnen erzeugten Strom der Anspruch nach § 19 Absatz 1 in Abhängigkeit von der Bemessungsleistung oder der installierten Leistung besteht und

¹⁰Hervorhebung nicht im Original.

¹¹Satznummerierung nicht im Original.

4. sie innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen worden sind.“

2.2.2 Voraussetzungen der Anlagenzusammenfassung

23 Die Voraussetzungen der Anlagenzusammenfassung nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 liegen vor:

1. Die geplanten Solaranlagen werden sich auf demselben Grundstück befinden, da grundbuchrechtlich ein Flurstück nicht zwei Grundstücken zugeordnet werden kann.
2. Die Anlagen werden auch Strom aus gleichartigen erneuerbaren Energien erzeugen.
3. Für den Strom, der in den zuerst in Betrieb genommenen Solaranlagen erzeugt wird, besteht ein Anspruch auf die geförderte Direktvermarktung in Abhängigkeit von der installierten Leistung, weil dieser Anspruch nur bis zu der 750-kW_p-Schwelle gemäß § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 gegeben ist. Für den Strom aus den später in Betrieb genommenen Solaranlagen, für die infolge des Ausschreibungsverfahrens eine Zahlungsberechtigung erlangt werden soll, gilt dies entsprechend hinsichtlich der 10-MW-Grenze in § 38a Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe a) EEG 2017.
4. Die geplanten Solaranlagen sollen spätestens innerhalb von sechs aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen werden.

2.2.3 Rechtsfolgen der Anlagenzusammenfassung

24 Rechtsfolge der Anlagenzusammenfassung ist, dass eine bestimmte Anzahl von einzelnen Solaranlagen „als eine Anlage anzusehen sind“. Diese Rechtsfolge betrifft jeweils nur die zuletzt in Betrieb gesetzten Solaranlagen, wobei dies aufgrund der besonderen Anlagendefinition (§ 3 Nr. 1 Halbsatz 2 EEG 2017) „modulscharf“ zu betrachten ist. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 (dazu Rn. 25 ff.). Frühere Verfahrensergebnisse der Clearingstelle, bei denen die Anlagenzusammenfassung abweichend zu einem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ führte, stehen dem nicht entgegen (s. Rn. 29 ff.). Entscheidend für die Frage, welche Solaranlagen von der Rechtsfolge der Anlagenzusammenfassung umfasst sind, sind allein die

Inbetriebnahmedaten der jeweiligen Anlagen. Andere Kriterien – wie bspw. eine einheitliche Planung der Solaranlagen – sind hingegen unbeachtlich (dazu Rn. 31 ff.). Auch der Hinweis 2017/22 ist in diesem Sinne zu verstehen (dazu Abschnitt 2.3 ff.).

- 25 **Aus dem Wortlaut** von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 ergibt sich das „Windhundprinzip“¹², weil die Anlagenzusammenfassung immer nur „für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator“ gilt. Es erfolgt daher grundsätzlich keine „beidseitige Verklammerung“ aller Anlagen, die als eine Anlage anzusehen sind, sondern die Anlagenzusammenfassung wirkt sich immer nur auf die zeitlich nachfolgend in Betrieb gesetzten Anlagen aus.
- 26 Lediglich in den Fällen, in denen nicht feststellbar ist, welche Anlagen später in Betrieb gesetzt worden sind, kann das Windhundprinzip nicht rechtssicher angewendet werden.¹³ In diesen Fällen sind *alle* Anlagen, die die Voraussetzungen von § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 EEG 2017 erfüllen, als zuletzt in Betrieb gesetzt anzusehen, so dass auch die Rechtsfolgen der Anlagenzusammenfassung für alle Anlagen gelten. Eine willkürliche Zuordnung von Anlagen, die „fiktiv“ als zuletzt in Betrieb gesetzt gelten sollen, sieht das EEG nicht vor.¹⁴
- 27 Die gesetzliche Anordnung des Windhundprinzips gilt für den gesamten Anwendungsbereich von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017, also sowohl für die Bestimmung der Leistungsschwellen bei der Förderung nach § 19 Abs. 1 EEG 2017, als auch bei der Anwendung der 100-kW_p-Grenze in § 21 Abs. 1 EEG 2017, als auch bei der 750-kW_p-Schwelle des § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017.
- 28 Denn der erste Halbsatz von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 ist grammatisch in folgende Wortgruppen zu unterteilen:

¹²BT-Drs. 18/8860, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 200. – Ebenso *Vollprecht/Lepke*, IR 2018, 153, 154 („Abgrenzungsansatz“); *Hennig/von Bredow*, in: *Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus* (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 44, 47.

¹³Ebenso *Vollprecht/Lepke*, IR 2018, 153, 156.

¹⁴Siehe auch den FAQ „Behält eine 750-kW-PV-Installation den Anspruch auf die gesetzliche Marktprämie, wenn später eine PV-Installation größer 750kW zugebaut wird und die Voraussetzungen der Anlagenzusammenfassung vorliegen?“ unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/beitrag/4179>.

„Mehrere Anlagen sind

unabhängig von den Eigentumsverhältnissen

zum Zweck der Ermittlung des Anspruchs nach § 19 Absatz 1
und zur Bestimmung der Größe der Anlage nach § 21 Absatz
1 oder § 22

für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage
anzusehen,...

wobei

„Mehrere Anlagen sind für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Ge-
nerator als eine Anlage anzusehen“

die sprachliche Klammer bildet, die die übrigen Aussagen des Einleitungssatzes um-
schließt. Es ist grammatisch hingegen ausgeschlossen, die Wortgruppe „für den je-
weils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator“ nur auf „zum Zweck der Ermittlung
des Anspruchs nach § 19 Absatz 1“ zu beziehen, weil dann das Wort „und“ keine
Bedeutung hätte und der Satzbau insgesamt keinen Sinn ergäbe.

29 **Historische Auslegung** Dem stehen auch nicht die Auslegung und Anwendung
von Leistungsschwellen in älteren Fassungen des EEG und die hierzu ergangenen
Verfahrensergebnisse der Clearingstelle entgegen:

- In der Empfehlung 2011/2/1 hat die Clearingstelle entschieden, dass bei den
Leistungsschwellen des vergüteten Eigenverbrauchs (§ 33 Abs. 2 EEG 2009
bzw. EEG 2012 in der bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung) das
Alles-oder-Nichts-Prinzip gilt, obgleich § 19 Abs. 1 EEG 2009 ebenfalls die
Formulierung „für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator“ ent-
hielt.¹⁵ Dem lagen jedoch besondere teleologische und genetische Erwägungen
zugrunde, die dem besonderen Fördertatbestand des vergüteten Eigenver-
brauchs eigen waren und nicht auf die 750-kW_p-Schwelle des § 22 Abs. 3 Satz 2
EEG 2017 übertragbar sind.

¹⁵Clearingstelle, Empfehlung v. 29.09.2011 – 2011/2/1, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2011/2>, Leitsatz Nr. 3 und Rn. 27 ff.

- Gleiches gilt für den Hinweis 2012/30, in dem die Clearingstelle eine „anteilige“ Anwendung des sog. Marktintegrationsmodells (MIM, § 33 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung) abgelehnt und ebenfalls das Alles-oder-Nichts-Prinzip hergeleitet hat.¹⁶ Auch dort sprachen der Sinn und Zweck der Regelung sowie die Gesetzgebungsmaterialien dafür, dass der Gesetzgeber die Leistungsschwellen einheitlich auf die Gesamtheit der zusammenzufassenden Solaranlagen angewendet wissen wollte.
- Ebenso verhielt es sich bei der Empfehlung 2014/31. Dort war zu entscheiden, ob die De-minimis-Schwelle des § 61 Abs. 2 Nr. 4 EEG 2014 anteilig angewendet werden kann, wenn und soweit die installierte Leistung nach Anwendung der Anlagenzusammenfassungen 10 kW_p übersteigt. Auch dort ist die Clearingstelle aus teleologischen und genetischen Gründen zu dem Ergebnis gekommen, dass es sich um eine Alles-oder-Nichts-Regelung handelt.¹⁷ Darüber hinaus ordnete § 61 Abs. 2 Nr. 4 EEG 2014 nur eine „entsprechende“ Geltung der Anlagenzusammenfassungen an, wodurch eine nach Sinn und Zweck der Norm angepasste Anwendung von § 32 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 ausdrücklich ermöglicht worden ist.

30 In allen drei Verfahren waren Regelungen auszulegen, bei denen eine „anteilige“ Anwendung allein für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator zu rechtlichen und wirtschaftlichen Vor- oder Nachteilen geführt hätte, welche nach den Gesetzgebungsmaterialien ausdrücklich nicht gewollt waren. Beispielsweise hätte die „anteilige“ Anwendung des vergüteten Eigenverbrauchs nach § 33 Abs. 2 EEG 2009 bei Solaranlagen mit einer zusammengefassten installierten Leistung von mehr als 30 kW_p dazu geführt, dass die gewollte Privilegierung für Kleinanlagen praktisch allen Anlagen beliebiger Größe zumindest anteilig zugute gekommen wäre. Darüber hinaus würden sich bei allen drei Anwendungsfällen – vergüteter Eigenverbrauch, MIM, De-minimis-Regelung bei der Eigenversorgung – erhebliche praktische Probleme bei der korrekten Zuordnung der „anteiligen“ Strommengen ergeben. Aus all diesen Gründen war daher bei diesen drei Regelungen – abweichend vom Wortlaut der jeweils einschlägigen Paragraphen zur Anlagenzusammenfassung – ausnahmsweise die Rechtsfolge der Anlagenzusammenfassung auch auf die zuerst in Betrieb gesetzten Generatoren (im Sinne einer „beidseitigen Verklammerung“) zu erstrecken.

¹⁶ Clearingstelle, Hinweis v. 21.03.2013 – 2012/30, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-kwkg.de/hinwv/2012/30>, Rn. 13 ff.

¹⁷ Clearingstelle, Empfehlung vom 02.06.2015 – 2014/31, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-kwkg.de/empfv/2014/31>, Rn. 55 ff.

- 31 **Sinn und Zweck** der Ausschreibungsregelungen sowie der 750-kW_p-Schwelle sprechen nicht dafür, § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 ebenfalls einschränkend im Sinne einer Alles-oder-Nichts-Regelung zu interpretieren (Rn. 32 f.) oder das Windhundprinzip daran zu knüpfen, dass neben einer zeitlich versetzten Inbetriebnahme weitere Abgrenzungsmerkmale erfüllt sein müssen (Rn. 34 ff.).
- 32 Die Ausschreibungen sollen u. a. dazu führen, dass die Vergütungen für eingespeisten Strom auf das betriebswirtschaftlich notwendige Maß sinken.¹⁸ Diesem Ziel wird durch das Windhundprinzip besser entsprochen als durch eine Alles-oder-Nichts-Betrachtung, weil die Anlagenbetreiber in Fällen wie dem vorliegenden durch eine Mischkalkulation aus gesetzlich fester und per Ausschreibung ermittelter Marktprämie niedrigere Werte in der Ausschreibung bieten *können*. Derartige für die Bieter vorteilhafte „Mischkalkulationen“ führen zu einer vom Gesetz gewünschten Preissenkung im Segment der „Volumenträger“¹⁹ (wie bspw. mehrere Megawatt Leistung umfassende Solarparks), so dass nicht zu erkennen ist, wieso dies eine vom Gesetzgeber missbilligte Umgehung sei. Da diese Option grundsätzlich allen Bietern offen steht, geht davon jedenfalls keine nennenswerte Wettbewerbsverzerrung im Ausschreibungssystem aus.
- 33 Die 750-kW_p-Schwelle dient ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien verschiedenen Zwecken:
- Ein Zweck besteht darin, Bürokratie für viele „kleine und mittlere Akteure“ zu vermeiden, indem nur die Betreiber „großer Solaranlagen“ den Aufwand des Ausschreibungsverfahrens bewältigen müssen.²⁰ Dieser Zweck wird durch das Windhundprinzip weder gefördert noch verfehlt, weil die Anzahl der Gebote und damit auch der bürokratische Aufwand, der durch die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren entsteht, im Wesentlichen gleich bleibt, wenn bspw. bei einer Leistung von 1 600 kW_p ein Gebot über 850 kW_p oder über 1 600 kW_p abgegeben wird. Das Windhundprinzip trägt jedoch individuell immer dann zur Verfahrenserleichterung bei, wenn die zuerst in Betrieb gesetzten Solaranlagen bis zur 750-kW_p-Schwelle und die später in Betrieb gesetzten Solaranlagen von unterschiedlichen Personen betrieben werden, weil der Bieter

¹⁸BT-Drs. 18/8860, S. 147, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/wfassung/material>.

¹⁹Vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 2, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/wfassung/material>.

²⁰Vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 2, 147, 148, 152, 198, 216, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/wfassung/material>.

nicht die zuerst in Betrieb gesetzten Solaranlagen in sein Gebot aufnehmen muss; andernfalls wäre der Bieter gezwungen, mit dem Betreiber der zuerst in Betrieb gesetzten Solaranlagen zu verhandeln, um ein gemeinsames Angebot zu ermöglichen.

- Soweit die 750-kW_p-Schwelle dazu dient, die Akteursvielfalt zu wahren, indem auch kleine und mittlere Akteure weiterhin ohne den Aufwand und das Risiko einer Ausschreibung im Segment bis 750 kW_p investieren,²¹ ergeben sich für die Auslegung keine wesentlichen Unterschiede, weil dieser Zweck bei Akteuren, die – wie im vorliegenden Fall – zusätzlich zur geförderten Direktvermarktung (für die ersten 750 kW_p) auch das Ausschreibungsverfahren (für die darüber hinausgehende Leistung) nutzen, von vornherein weder relevant ist noch die Investitionsmöglichkeiten der kleinen und mittleren Akteure berührt. Jedoch würde das Alles-oder-Nichts-Prinzip für kleine und mittlere Akteure zusätzliche Barrieren errichten. Denn für solche Akteure, die das wirtschaftliche Risiko einer Ausschreibung nicht tragen können und daher unter der 750-kW_p-Schwelle in der geförderten Direktvermarktung bleiben, entstünde ein unkalkulierbares Risiko, wenn der Zubau weiterer Solaranlagen in den Grenzen des § 24 Abs. 1 oder 2 EEG 2017 dazu führen würde, dass ihre Solaranlagen nachträglich aus der geförderten Direktvermarktung herausfallen.²²
- Den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber bei der 750-kW_p-Schwelle ausdrücklich an eine Umgehung der Pflicht zur Ausschreibung dachte. Wenn – wie im vorliegenden Fall – ein Anlagenbetreiber einen Solarpark mit einer Leistung von rund 1 600 kW_p plant und dann zunächst Solaranlagen bis zu einer Leistung von 750 kW_p in Betrieb nimmt, um mit diesen Solaranlagen die geförderte Direktvermarktung zu nutzen, während er formal getrennt mit der Leistung von 850 kW_p an einer Ausschreibung teilnimmt, dann ließe sich argumentieren, dass damit die Pflicht zur Teilnahme an der Ausschreibung für die Gesamtinstallation mit einer Leistung von 1 600 kW_p umgangen wird. Dies wäre jedoch zum einen zirkelschlüssig, weil die Frage, ob überhaupt für die „Gesamtinstallation“ von 1 600 kW_p eine Ausschreibungspflicht besteht, durch die Auslegung und Anwendung von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 zu beantworten ist und diese Antwort durch das

²¹BT-Drs. 18/8860, S. 4, 147, 148, 152 ff., 198, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeeg2017/urfassung/material>.

²²Hennig/von Bredow, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 47.

Verdikt der Umgehung bereits vorweggenommen würde. Zum anderen läge dieser Betrachtung ein falscher Anlagenbegriff zugrunde, weil „Solaranlage“ i. S. v. § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 nicht gleichbedeutend mit „Solarpark“, „Gesamtinstallation“ oder „Gesamtanlage“ ist, sondern aufgrund des gesetzlichen Anlagenbegriffs das einzelne „Modul“ meint (s. o. Rn. 20). Da aber kein Solarmodul eine Leistung von 750 kW_p erreicht, bedarf es der Anlagenzusammenfassung nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017²³, andernfalls wäre die 750-kW_p-Schwelle unanwendbar. Bei der Anwendung von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 seinerseits ist ebenfalls der gesetzliche Anlagenbegriff maßgeblich, so dass sich auch hier die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen stets nur auf Module beziehen können, nicht aber auf „Bauabschnitte“, „Teilinstallationen“ oder andere Synonyme für Teile einer im allgemeinen Sprachgebrauch als „Solarpark“ bezeichneten Ansammlung von Solaranlagen.

- 34 § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 knüpft die Rechtsfolgen der Anlagenzusammenfassung allein an den Zeitpunkt der „letzten“ *Inbetriebsetzung*.
- 35 Das Wort „zuletzt“ lässt seinem Wortlaut nach offen, welche zeitliche Zäsur zwischen den Inbetriebsetzungen mindestens vorliegen muss, so dass theoretisch auch eine Sekunde mit dem Wortlaut vereinbar wäre. Die Clearingstelle geht jedoch davon aus, dass der Gesetzgeber eine klare Unterscheidbarkeit der Inbetriebsetzungszeitpunkte beabsichtigt hat. Um einen eindeutigen Nachweis der unterschiedlichen Inbetriebsetzungszeitpunkte zu ermöglichen, rät die Clearingstelle, dass zwischen der Inbetriebsetzung der Solaranlagen bis zum Erreichen der 750-kW_p-Schwelle und der Inbetriebsetzung der „letzten“ Solaranlagen *mindestens* ein Tag vergehen sollte.²⁴ Als Nachweis hierüber empfiehlt die Clearingstelle, mindestens zwei Inbetriebnahmeprotokolle mit den jeweiligen Inbetriebnahmedaten anzufertigen, aus denen sich eine eindeutige Zuordnung ergibt, welche konkreten Solaranlagen (Module) an welchem Tag in Betrieb genommen worden sind. Ein eindeutiger Nachweis ist Voraussetzung für eine unterschiedliche Vergütung der Solaranlagen, da bspw. bei einem späteren Austausch defekter Module oder dem späteren Versetzen einzelner Solaranlagen der dem jeweiligen Modul zugeordnete anzulegende Wert und der jeweilige Vergütungszeitraum eindeutig erkennbar sein müssen.

²³Beziehungsweise nach § 24 Abs. 2 EEG 2017 im Fall von Freiflächenanlagen.

²⁴Ebenso *Vollprecht/Lepke*, IR 2018, 153, 156; *Hennig/von Bredow*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 49.

36 Unerheblich für die *Rechtsfolgen*²⁵ der Anlagenzusammenfassung nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 sind andere äußere Umstände der Planung, Errichtung oder des Betriebs der Solaranlagen, wie bspw.

- die Errichtungszeiträume,
- die gemeinsame oder getrennte Planung der „früheren“ und der „späteren“ Solaranlagen,
- gemeinsame oder getrennte Anmeldungen zum Netzanschluss,
- gemeinsame oder getrennte Netzanschlussbegehren,
- identische oder unterschiedliche Betreiber,
- gemeinsam genutzte Infrastruktureinrichtungen wie bspw. Messeinrichtungen, Trafo- und Übergabestationen,
- eine räumliche Zäsur zwischen den „früheren“ und den „späteren“ Solaranlagen oder
- ob sich die Solaranlagen auf einem oder mehreren Grundstücken, Betriebsgeländen oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden.

37 Diese Kriterien mögen nach der allgemeinen Verkehrsanschauung Indizien dafür sein, ob es sich um ein oder mehrere „Projekte“ oder „Solarparks“ handelt. Doch weder der Projektbegriff noch der „Solarpark“ finden sich in § 22 Abs. 3 EEG 2017 oder auf der Rechtsfolgenseite von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017. Anders als auf der Tatbestandsseite – mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der unmittelbaren räumlichen Nähe – fehlt es auf der Rechtsfolgenseite von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 an einem „Einfallstor“, um den Projekt- bzw. Solarparksbegriff oder die vorgenannten äußeren Umstände als rechtsfolgendgestaltende Kriterien hineinzulesen.²⁶ Was die Begriffe Grundstück, Betriebsgelände oder die sonstige unmittelbare räumliche Nähe angeht, so sind diese zwar in § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 als Tatbestandsmerkmale der Anlagenzusammenfassung enthalten. Diese Begriffe betreffen jedoch die

²⁵Im Gegensatz zu dem unbestimmten Rechtsbegriff der sonstigen unmittelbaren räumlichen Nähe, welche eine *Voraussetzung* der Anlagenzusammenfassung ist, vgl. dazu *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 14.04.2009 – 2008/49, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfo/2008/49>.

²⁶So im Ergebnis auch *Vollprecht/Lepke*, IR 2018, 153, 156.

Voraussetzungen der Anlagenzusammenfassung, während die *Rechtsfolgen* der Anlagenzusammenfassung im Einleitungssatz von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 geregelt sind.²⁷

2.3 Zum Hinweis 2017/22

- 38 Die Clearingstelle bedauert, dass der Leitsatz 4 sowie Abschnitt 2.5.2 des Hinweises 2017/22 zu Missverständnissen geführt haben.
- 39 Leitsatz 4 und Abschnitt 2.5.2 des Hinweises 2017/22 sollten allein den Fall beschreiben, dass nicht mehr nachweisbar ist, welche Solaranlagen *zuletzt* in Betrieb gesetzt worden sind, z. B. weil alle Solaranlagen eines Solarparks an demselben Tag in Betrieb genommen worden sind. In diesem Fall ist es ausgeschlossen, die Gesamtheit der Solaranlagen *virtuell* oder *fiktiv* in eine 750-kW_p-Installation und eine ausschreibungspflichtige Installation zu unterteilen. Vielmehr trifft die Rechtsfolge des § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 dann *alle* Solaranlagen, weil *alle* als zuletzt in Betrieb gesetzt worden anzusehen sind.²⁸
- 40 Mit „Installation“ ist dabei nichts anderes gemeint als die gedankliche Zusammenfassung einer Vielzahl individuell bestimmbarer Solaranlagen mit einer bestimmten installierten Leistung.

Dr. Lovens-Cronemeyer

Dr. Mutlak

Dr. Winkler

²⁷Anderer Ansicht *Richter/Herms*, ER 2018, 145, 150: „Gerade bei einer nur geringen zeitlichen Zäsur zwischen den einzelnen Inbetriebnahmen erscheint es daher geboten, dass jedenfalls durch die äußeren Umstände (etwa einen separaten Netzanschluss, separate Planungen, getrennte infrastrukturelle Erschließung, unterschiedliche Technik o. ä.) dokumentiert wird, dass die einzelnen PV-Installationen jeweils für sich betrachtet und unabhängig voneinander in der Lage sind, dauerhaft Strom erzeugen und einspeisen zu können und dass Synergieeffekte bei der Planung und Errichtung weitestgehend vermieden werden.“

²⁸So auch *Clearingstelle*, Hinweis v. 27.03.2018 – 2017/22, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2017/22>, Abschnitt 2.5.1, insbesondere Rn. 70 f.