



Dr. Christoph Richter
Rechtsanwalt,

Ein schmaler Grat

Möglichkeiten und Grenzen der Förderung von PV-Anlagen größer 750 kW ohne Ausschreibung

Dr. Christoph Richter und Dr. Manuela Herms



Dr. Manuela Herms
Rechtsanwältin,

Spätestens seit Inkrafttreten des EEG 2017¹ ist es dem Grunde nach nicht mehr möglich, für PV-Anlagen² mit einer Gesamtleistung von mehr als 750 kW eine Förderung nach dem EEG ohne erfolgreiche Teilnahme an der Ausschreibung zu erhalten³. Weil eine Solaranlage nach der zwischenzeitlichen Klarstellung des Gesetzgebers aber lediglich das einzelne Modul ist (vgl. § 3 Nr. 1, 2. TS EEG 2017), ist zur Beantwortung der Frage, ob eine PV-Anlage die Ausschreibungsgrenze von 750 kW überschreitet oder nicht, maßgeblich auf die Zusammenfassungsvorschriften in § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2017 zu schauen. Das Verhältnis dieser Vorschriften zueinander sowie die zahlreichen Zusammenfassungsvoraussetzungen der beiden Normen lassen die Beurteilung der Frage, welche PV-Module wann zu addieren sind, aber zu einer hoch komplexen rechtlichen Bewertung geraten⁴, an deren Ende die Erkenntnis steht, dass in Sachen Zusammenfassungsvermeidung bei weitem nicht alles, aber durchaus einiges möglich ist. Gerade hier setzen in jüngster Zeit verschiedentliche Konzepte der Kombination von Freiflächen- und Gebäude-PV-Anlagen sowie Solaranlagen auf baulichen Anlagen mit vorrangig anderem Nutzungszweck als der Stromerzeugung an, mit denen zumindest die Ausschreibungsfreigrenze von 750 kW mehrfach ausgeschöpft werden soll. Ziel des hiesigen Beitrags ist es daher, denkbare Gestaltungsmöglichkeiten auf ihre rechtliche Belastbarkeit hin einmal genauer zu untersuchen.

I. Rechtlicher Rahmen

Im Ausgangspunkt der rechtlichen Erwägungen steht dabei der in § 22 Abs. 3 Satz 1 EEG 2017 normierte Grundsatz, dass ein Förderanspruch nach dem Gesetz für (ab dem 01.01.2017 neu in Betrieb genommene) Solaranlagen⁵ grundsätzlich nur besteht, solange und soweit eine von der Bundesnetzagentur ausgestellte Zahlungsberechtigung für die Anlage wirksam ist. Von der hierdurch im Gesetz verankerten Pflicht zur Teilnahme an der Ausschreibung sind gemäß § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 nur Anlagen mit einer installierten Leistung bis einschließlich 750 kW ausgenommen. Anders als etwa für Windenergieanlagen an Land oder Bio-

masseanlagen sieht das Gesetz keine Sondervorschrift für sog. Übergangsanlagen⁶ vor, die bereits vor dem 01.01.2017 genehmigt und noch bis zum 31.12.2018 in Betrieb genommen worden sind.

Daneben gilt für Freiflächenanlagen, welche die vorgenannte Leistungsgrenze überschreiten, also verpflichtend an der Ausschreibung teilnehmen müssen, gemäß §§ 37 Abs. 3, 38a Abs. 1 Nr. 5a EEG 2017 außerdem eine Höchstgrenze von 10 MW, bei deren Überschreiten die gesamte Anlage nicht mehr förderfähig ist. Eine vergleichbare Vorschrift enthielten bereits § 51 Abs. 1 EEG 2014⁷ sowie § 6 Abs. 2 FFAV⁸. Hintergrund der Regelung war die Intention des Gesetzgebers, eine räumliche Ballung von Frei-

1 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zul. geänd. durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17.07.2017 (BGBl. I S. 2532).

2 Im hier verwendeten Sinne soll der Begriff die räumlich geballte, einheitlich konzipierte und betriebene Ansammlung mehrerer PV-Module bezeichnen.

3 Vgl. § 22 Abs. 3 Satz 1 EEG 2017.

4 Allein die Clearingstelle EEG|KWKG hat hierzu bislang bereits weit mehr als 50 Einzelentscheidungen veröffentlicht, abrufbar im Internet unter <http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de>.

5 Nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 41 EEG 2017 ist hierunter jede Anlage zu Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie zu verstehen.

6 Siehe hierzu auch *Leutritz/Herms/Richter*, in: Maslaton (Hrsg.) *Windenergieanlagen*, 2. Aufl. 2018, S. 348 ff.

7 Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), das am 24.07.2014 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde.

8 Verordnung zur Einführung von Ausschreibungen der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen (Freiflächenausschreibungsverordnung – FFAV) vom 06.02.2015 (BGBl. I 2015, S. 108), außer Kraft getreten am 01.01.2017.

flächenanlagen zu verhindern, um insbesondere auch den Interessen von Landwirtschaft und Naturschutz gerecht zu werden.⁹ Dabei ist als Rechtsfolge des Überschreitens dieser Maximalgröße von Gesetzes wegen der Ausschluss eines entsprechenden Gebots im Rahmen der Ausschreibung (vgl. § 33 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017) und damit letztlich der Ausschluss der gesamten Anlage von der Förderung nach dem EEG vorgesehen.

1. Anlagenbegriff

Wie so oft im EEG steht damit im Zentrum der rechtlichen Beurteilung zunächst der Begriff der Anlage¹⁰, wobei nach § 3 Nr. 1, 2. TS EEG 2017 in Abweichung vom sonst eher „weiten“ Anlagenbegriff im EEG¹¹ das einzelne Modul die Anlage darstellt. Die Sonderregelung zu PV-Modulen ist dabei die Reaktion des Gesetzgebers¹² auf die von der Literatur zu Recht heftig kritisierte¹³ Rechtsprechung des BGH, wonach seinerzeit basierend auf der Grunddefinition der Anlage in § 3 Nr. 1 EEG 2009 bei Solaranlagen sämtliche PV-Module, die aus Sicht eines objektiven Betrachters in der Position eines vernünftigen Anlagenbetreibers (an einem Standort) funktional zusammenwirken, eine einheitliche Anlage („Solarkraftwerk“) bilden sollten.¹⁴ Weil aber in der Praxis einzelne PV-Module mit einer Peak-Leistung von mehreren Kilowatt nicht verfügbar sind¹⁵, würde die Leistungsgrenze, ab der eine PV-Anlage der Ausschreibungspflicht unterliegt, faktisch nie überschritten. Nicht zuletzt mit Blick auf diesen Umstand hat der Gesetzgeber in § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2017 angeordnet, dass die dort verankerten Vorschriften für die leistungsseitige Addition mehrerer PV-Module insbesondere auch im Hinblick auf die für die Ausschreibung geltenden Leistungsgrenzen anzuwenden sind.¹⁶

2. Anlagenaddition

Damit werden die Absätze 1 und 2 des § 24 EEG 2017 aber zu den zentralen Vorschriften, wenn es darum geht zu bestimmen, wann welche PV-Module mit anderen zusammenzufassen sind und in welchen Fällen deshalb die Teilnahme an der Ausschreibung notwendig bzw. in welchen Fällen eine Förderung wegen Überschreitens der Maximalgröße generell ausgeschlossen ist.

a) § 24 Abs. 1 EEG 2017

Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 sind mehrere (Solar-)Anlagen zum Zweck der Ermittlung der Anlagengröße – unter anderem i.S.d. § 22 EEG 2017 – unabhängig von den Eigentumsverhältnissen leistungsseitig zu addieren, wenn die Zusammenfassungsvoraussetzungen der Nrn. 1 bis 4 kumulativ gegeben sind. Fehlt es in Bezug auf die zu betrachtenden Anlagen auch an nur einer der Voraussetzungen, kommt eine Anlagenzusammenfassung schlech-

terdings nicht in Betracht.¹⁷ Bei PV-Modulen dürfte zumindest die Voraussetzung der Nummer 2 (Erzeugung von Strom aus gleichartigen erneuerbaren Energien) bei der Zusammenfassung mehrerer PV-Module stets unproblematisch gegeben sein. Auch hinsichtlich der Nummer 3 (der Anspruch auf Förderung nach dem EEG besteht nur in Abhängigkeit von der installierten Leistung) ergeben sich bei Solaranlagen letztlich keine Probleme. Zwar werden Solaranlagen nur im Fall von gesetzlich geförderten sog. Gebäudeanlagen im Sinne von § 48 Abs. 2 EEG 2017 nach Leistungsklassen vergütet, so dass sich die Frage, welche konkrete, von der installierten Leistung abhängige Vergütungshöhe eine Solaranlage beanspruchen kann, nur noch in sehr eng begrenzten (Ausnahme-)Fällen stellt. Daneben hängt aber der Förderanspruch sowohl im Hinblick auf die 10-Megawatt-Grenze als auch im Hinblick auf die Frage der Notwendigkeit einer Teilnahme an der Ausschreibung (750-Kilowatt-Grenze) ebenfalls vom Überschreiten bestimmter Leistungsgrenzen ab. Gerade also das „Ob“ der Förderung ist für sämtliche Solaranlagen an deren installierte Leistung geknüpft.

aa) Räumlicher Zusammenhang

Problematisch bzw. klärungsbedürftig sind damit regelmäßig allein die Nummern 1 und 4 der Vorschrift, also der räumliche und der zeitliche Zusammenhang von Errichtung und Inbetriebnahme der Solaranlagen. Eine leistungsseitige Addition mehrerer Einzelanlagen (hier: PV-Module) erfolgt demnach generell nur für solche Anlagen, die sich „auf demselben Grundstück, demselben Gebäude, demselben Betriebsgelände oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden“.¹⁸ Dabei ist der Begriff der „sonstigen unmittelbaren räumlichen Nähe“ der weitestgehende räumliche Bezug und bildet den Auffangtatbestand gegenüber den anderen Kriterien.¹⁹ Folglich geht der Begriff der „räumlichen Nähe“ über die Grenze des Grundstücks oder Betriebsgeländes hinaus. Soweit das Gesetz im Übrigen auf die Belegenheit auf demselben Grundstück oder Betriebsgelände abstellt, liegt der Formulierung von § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 dabei offenbar die gesetzgeberische Annahme zugrunde, dass die Belegenheit mehrerer PV-Module auf demselben Grundstück oder Betriebsgelände gleichsam als unwiderlegliche Vermutung²⁰ für das Vorliegen eines die Anlagenaddition ermöglichenden hinreichenden räumlichen Zusammenhangs streitet. Für das EEG wird dabei mehrheitlich vertreten, dass hinsichtlich des Grundstücksbegriffs auf das bürgerlich-rechtliche Grundverständnis abzustellen ist.²¹

Sofern indes – was in der weit überwiegenden Zahl der Konstellationen der Fall sein wird – nicht alle maßgeblichen PV-Module auf demselben Flurstück belegen sind, stellt sich regelmäßig die Frage, ob nicht zumindest eine unmittelbare räumliche Nähe gegeben ist. Da es sich bei dem Tatbestandsmerkmal „sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ um einen unbestimmten Rechtsbe-

9 Vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 221 sowie ausführlich zu § 6 Abs. 2 FFAV Leutritz/Herms/Richter, in: Frenz (Hrsg.), EEG II – Anlagen und Verordnungen, FFAV, § 6 Rn. 5.

10 Umfassend und ausführlich hierzu Richter, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, S. 1 ff., 117 ff.

11 Vgl. hierzu BT-Drs. 16/8148, S. 50; BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, ER 2014, 28 ff. sowie Herms/Richter, ER 2016, 62 ff. m.w.N.

12 BT-Drs. 18/8860, S. 182.

13 von Bredow, REE 2015, 216 ff.; Herms/Richter, ER 2016, 62 ff. m.w.N.

14 BGH, Urt. v. 04.11.2015 – VIII ZR 244/14, ER 2016, S. 41 ff.; Herms/Richter, ER 2016, 62 ff. m.w.N.

15 Vgl. Clearingstelle EEG, Hinweis 2009/14 vom 23.09.2010, Rn. 37. Aktuell sind am Markt Module mit einer Peak-Leistung von etwa 300–400 Watt verfügbar.

16 Vgl. insoweit BT-Drs. 18/8860, S. 200 f.

17 Einhellige Meinung, statt vieler: Hennig/von Bredow, in: Frenz/Müggelborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 1.

18 Vgl. § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017.

19 Vgl. auch Hennig/von Bredow, in: Frenz/Müggelborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 25.

20 Richter, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, S. 139; a.A. OLG Naumburg, Urt. v. 18.12.2014 – 2 U 53/14, das zumindest für den Fall eines gemeinsamen Betriebsgeländes von einer widerleglichen Vermutung ausgeht.

21 Clearingstelle EEG, Empfehlung 2008/49 v. 14.04.2009; in diese Richtung ganz offensichtlich auch Salje (Hrsg.), EEG, 8. Aufl. 2018, § 24 a.F. Rn. 7; ähnlich auch Wiemer, in: Greb/Boewe (Hrsg.), EEG, § 24 Rn. 11 ff. m.w.N.

griff handelt, bedarf er der näheren Auslegung. Der Gesetzeswortlaut selbst ist dabei eher unergiebig. Aus der Formulierung „*oder in sonst unmittelbar räumlicher Nähe*“ ergibt sich lediglich, dass eine ähnliche räumliche Belegenheit der Anlagen zueinander zu fordern ist, wie bei den anderen Varianten des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017. Die Verwendung des Adjektivs „*unmittelbar*“ legt nach allgemeinem Sprachverständnis nahe, dass eine direkte, nicht durch einen kleinen räumlichen Abstand getrennte Nähebeziehung erforderlich ist, d. h. nur eine geringe räumliche Entfernung bestehen darf.²² Es sprechen somit gute Gründe dafür, dass „*unmittelbar*“ bedeutet, dass bei mehreren Grundstücken die Nähebeziehung dann zu bejahen ist, wenn sie durch eine gemeinsame Grundstücksgrenze miteinander verbunden sind.²³

Zwingend ist dies indes nicht, wie eine Entscheidung des OLG Nürnberg zeigt. Das Gericht nahm für mehrere PV-Gebäudeanlagen, die durch einen 30 m breiten Grundstücksstreifen getrennt waren, noch eine „*unmittelbare räumliche Nähe*“ an.²⁴ Die Gesetzessystematik liefert insofern keine näheren Erkenntnisse. Zwar wird die Formulierung „*räumliche Nähe*“ auch an anderer Stelle des Gesetzes verwendet, ist dort aber ebenso unbestimmt. Auch in der Gesetzesbegründung zur ursprünglichen Ausgangsvorschrift (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009) benennt der Gesetzgeber lediglich Indizien, die für eine räumliche Nähe sprechen sollen. Für das Vorliegen einer solchen Nähe streite demnach unter anderem die Verbindungen der Anlagen durch für den Betrieb technisch erforderliche Einrichtungen oder sonstige Infrastruktureinrichtungen. Darüber hinaus kann eine räumliche Nähe aber auch ohne diese direkten Verbindungen bestehen und sich insbesondere auch aus einer wertenden Gesamtbetrachtung des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Normzwecks ergeben.²⁵ Sinn und Zweck der hier maßgeblichen Vorschrift ist es, eine dem Gesetzeswerk widersprechende Umgehung der Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Anlagen zu verhindern.²⁶ Dies gilt nunmehr – wie sich aus dem Wortlaut von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 ergibt – auch für die Ermittlung der Leistungsschwellen zur Bestimmung der Ausschreibungspflicht.²⁷ Die Anwendung und Auslegung des Begriffs „*oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe*“ hat sich deshalb auch nach Sinn und Zweck der Regelung maßgeblich daran zu orientieren, ein „*künstliches*“ Anlagensplitting zu vermeiden. Entscheidend für die Beurteilung im Einzelfall ist daher, ob unter Berücksichtigung aller Umstände davon auszugehen ist, dass ein vernünftiger, die gesamtwirtschaftlichen Folgekosten bedenkender Anlagenbetreiber am fraglichen Standort und in der konkreten räumlichen Konstellation statt vieler kleiner Anlagen bzw. Anlagenkomplexe lediglich eine große Anlage errichtet hätte.²⁸

In der Literatur werden in diesem Zusammenhang offenbar im Bemühen um eine weitestgehende Verobjektivierung der Einzelfallfrage pauschale Entfernungsobergrenzen befürwortet, bei deren Überschreiten das Tatbestandsmerkmal des unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs ausgeschlossen sein soll. Namentlich Salje plädiert hier für eine Höchstentfernung von 500 m.²⁹

Für eine derartige Entfernungsobergrenze – die soweit ersichtlich in der Praxis weitgehende Akzeptanz gefunden hat – lassen sich allerdings keine Anhaltspunkte im Gesetz finden, so dass eine derart pauschalierende Sichtweise nicht zu Unrecht auf Kritik gestoßen ist.³⁰

Den räumlichen Zusammenhang zu unterbrechen, dürfte im Einzelfall häufig schwierig sein. Denkbar sind aber beispielsweise Anwendungsfälle im Bereich bestehender Bebauungspläne, die bereits vor dem 01.01.2010 auf der Standortfläche ein Gewerbe- oder Industriegebiet ausgewiesen haben.³¹ Hier kommt es durchaus häufiger vor, dass in einem solchen Gewerbe- oder Industriegebiet verschiedene Parzellen noch unbebaut sind. Grenzen diese nicht unmittelbar aneinander an und liegen idealerweise öffentliche Straßen und andere bebaute Grundstücke als trennende Elemente dazwischen, kann es im Einzelfall an einer unmittelbaren räumlichen Nähe fehlen. In diesem Fall wäre es bei isolierter Betrachtung von § 24 Abs. 1 EEG 2017 denkbar, zwei oder – abhängig von den räumlichen Gegebenheiten – sogar mehrere kleine Solaranlagen mit einer installierten Leistung von max. 750 kW mehr oder weniger zeitgleich in Betrieb zu nehmen, ohne dass die Ausschreibungspflicht ausgelöst wird. Bedeutung erlangte dies vor allem für Solaranlagen, die noch bis zum 30.06.2018 in Betrieb genommen worden sind. Für diese findet nämlich aufgrund einer Übergangsbestimmung in § 100 Abs. 9 EEG 2017 die Additionsvorschrift des § 24 Abs. 2 EEG 2017 jedenfalls für die Ermittlung der ausschreibungsrelevanten Leistungsgrenze von 750 kW keine Anwendung. Für Freiflächenanlagen mit Inbetriebnahme ab 01.07.2018 werden derartige Gestaltungsoptionen indes durch § 24 Abs. 2 EEG 2017 beschränkt.³²

bb) Zeitlicher Zusammenhang

Eine leistungsseitige Addition mehrerer Anlagen greift bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 EEG 2017 nur dann, wenn auch eine hinreichende zeitliche Nähebeziehung hinsichtlich der Inbetriebnahme der einzelnen PV-Module besteht. Daher fordert § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EEG 2017, dass die Anlagen innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen worden sind. Im Umkehrschluss besteht eine Unanwendbarkeit von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017, wenn dieser Zeitraum überschritten wird.³³ Für die Frage der Zusammenfassung mehrerer einzelner Anlagen ist damit der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der jeweiligen Anlagen i. S. d. § 3 Nr. 30 EEG 2017 von maßgeblicher Bedeutung. Dieser stellt den Bezugspunkt für die Bemessung der Zwölfmonatsfrist dar. Aus der Vorschrift geht indes nicht eindeutig hervor, wie die Zwölfmonatsfrist genau zu bemessen ist. Nach wohl – soweit ersichtlich – überwiegender Auffassung ist eine kalendermonatsbezogene Berechnung anzustellen, wobei der Inbetriebnahmemonat der vorletzten Anlage unabhängig von deren taggenauem Inbetriebnahmedatum vollständig mitzuzählen ist. Demgemäß ist eine zweite/weitere Anlage also nur dann „*innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten*“ in Betrieb gesetzt, wenn sie spätestens mit Ablauf des elften auf die Inbetriebnahme der ersten Anlage folgenden Kalendermonats in Betrieb genommen worden

22 Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, online abrufbar unter: <https://www.dwds.de/wb/unmittelbar> (letzter Abruf: 19.06.2018).

23 Clearingstelle EEG, Empfehlung 2008/49 v. 14.04.2009, S. 53.

24 OLG Nürnberg, Urt. v. 18.10.2013 – 12 U 795/13.

25 Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 51.

26 BT-Drs. 16/8148, S. 50.

27 BT-Drs. 18/8860, S. 200.

28 OLG Naumburg, Urt. v. 18.12.2014 – 2 U 53/14, Rn. 49.

29 Vgl. Salje (Hrsg.), EEG, 8. Aufl. 2018, § 24 a.F., Rn. 7 m.w.N.

30 Vgl. hierzu ausführlich Clearingstelle EEG, Empfehlung 2008/49 v. 14.04.2009, S. 2 f.; Richter, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, S. 141; Reshöft, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 3. Aufl. 2012, § 19 Rn. 23.

31 Vgl. § 48 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EEG 2017.

32 Dazu sogleich.

33 Vgl. Salje (Hrsg.), EEG 2017, 8. Aufl. 2018, § 24 a.F. Rn. 9.

ist.³⁴ Diese Fristberechnung führt jedoch dazu, dass die Frist je nach konkretem Inbetriebnahmezeitpunkt im Einzelfall zwischen etwas über elf Monaten und fast zwölf Monaten schwankt. Daher käme grundsätzlich auch die exakte rechnerische Bestimmung von 365 Tagen (bzw. im Schaltjahr 366 Tage) in Betracht.³⁵ Auch wenn sich scheinbar eine herrschende Meinung für die kalendermonatsbezogene Fristberechnung unter Berücksichtigung des Inbetriebnahmemonats ausspricht, ist gleichwohl die in der Vergangenheit eher restriktive Rechtsprechung vor allem des BGH zu bedenken, wenn es darum geht, einer missbräuchlichen Ausnutzung von gesetzlichen Gestaltungsspielräumen entgegenzutreten. Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt sich daher durchaus, eine möglichst großzügige Fristberechnung zugrunde zulegen, so dass ein zeitlicher Abstand von (mindestens) 365 Tagen zwischen den beiden Inbetriebnahmezeitpunkten ratsam erscheint.

Gerade der erforderliche zeitliche Zusammenhang eröffnet aber grundsätzlich die Möglichkeit, mehrere kleine Solaranlagen mit einer installierten Leistung von jeweils max. 750 kW in einem zeitlichen Abstand von mindestens 365 Tagen in Betrieb zu nehmen, ohne dass dies zur Ausschreibungspflicht der letzten Anlage führt. Auf die räumliche Nähe kommt es dann gerade nicht mehr an.

cc) Kombination von Freiflächenanlagen und sonstigen Anlagen

Mit Blick auf etwaige Gestaltungsmöglichkeiten zur Vermeidung einer Überschreitung der Ausschreibungsgrenze von 750 kW ist schließlich § 24 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 erwähnenswert: Danach hat abweichend von den in Satz 1 normierten Zusammenfassungskriterien eine Anlagenaddition von Freiflächenanlagen einerseits und Solaranlagen auf, in oder an Gebäuden und Lärmschutzwänden andererseits zu unterbleiben. Solaranlagen auf sonstigen baulichen Anlagen sind hiervon jedoch nicht erfasst, für diese bleibt es – bei Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 1 – bei einer Addition sowohl mit Freiflächenanlagen wie auch mit Gebäudeanlagen.

Dies eröffnet die Option, eine 750-kW-Freiflächenanlage und eine 750-kW-Gebäudeanlage in unmittelbarer räumlicher Nähe zeitgleich in Betrieb zu nehmen, ohne dass dadurch die Ausschreibungspflicht ausgelöst wird. Denkbar sind hier etwa Gewerbegebiete mit der Belegung bestehender Hallendächer einerseits und der Bebauung freier Parzellen mit einer Freiflächenanlage andererseits, oder eine Freiflächenanlage entlang einer Autobahn oder eines Schienenwegs in Kombination mit einer Solaranlage an einer dort befindlichen Lärmschutzwand. Da der Gesetzgeber dies ausdrücklich zulässt, dürfte insoweit der Vorwurf einer missbräuchlichen Umgehung von Leistungsgrenzen nicht im Raum stehen, so dass in dieser Konstellation sogar eine gemeinsame Planung und Errichtung unter Ausnutzung von Synergieeffekten zulässig sein dürfte.

b) § 24 Abs. 2 EEG 2017

Gemäß § 24 Abs. 2 EEG 2017 stehen mehrere Freiflächenanlagen unabhängig von den Eigentumsverhältnissen und unbeschadet der Vorgaben in Absatz 1 der Norm einer (gemeinsamen) Anlage gleich, „wenn sie innerhalb derselben Gemeinde, die für den Erlass eines Bebauungsplans zuständig ist oder gewesen wäre, errichtet und innerhalb von 24 aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in einem Abstand von bis zu 2 Kilometern Luftlinie, gemessen vom äußeren Rand der jeweiligen Anlage, in Betrieb genommen worden sind.“ Auch die Zusammenfassungsvoraussetzungen des Absatzes 2 müssen dabei – wie die Konjunktion „und“ deutlich macht – kumulativ vorliegen. Soweit es an einer der Voraussetzungen fehlt, scheidet eine Anlagenzusammenfassung nach § 24 Abs. 2 EEG 2017 aus. Wie sich weiter aus § 24 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2017 ergibt, sind nur Freiflächenanlagen, die innerhalb derselben Gemeinde belegen sind, zusammenzufassen.

aa) Anwendbarkeit und Regelungshintergrund

Zu beachten ist zunächst, dass die Vorschrift tatbestandlich ausschließlich für Freiflächenanlagen gilt. Gemäß der Legaldefinition des § 3 Nr. 22 EEG 2017 handelt es sich bei einer Freiflächenanlage um eine Solaranlage, die nicht „auf, an oder in einem Gebäude oder einer sonstigen baulichen Anlage angebracht ist, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist.“ Hintergrund der Regelung, die in gleicher Form bereits seit dem EEG 2012 existiert, war die Absicht des Gesetzgebers, eine räumliche Ballung von Freiflächenanlagen zu verhindern, um insbesondere auch den Interessen von Landwirtschaft und Naturschutz gerecht zu werden.³⁶ Dabei stellt sich die Norm im Vergleich zu § 24 Abs. 1 EEG 2017 vor allem mit Blick auf den erweiterten zeitlichen Horizont sowie den erheblich ausgedehnten räumlichen Umkreis im Ausgangspunkt als eine Vorschrift dar, die die Möglichkeiten der Anlagenaddition erheblich ausdehnt.

Für die Leistungsbestimmung der Freiflächenanlagen nach § 24 Abs. 2 EEG 2017 sind indes dem insoweit eindeutigen Wortlaut nach Solaranlagen auf baulichen Anlagen oder Gebäudeanlagen außer Betracht zu lassen.³⁷ Damit eröffnen sich – § 24 Abs. 2 EEG 2017 isoliert betrachtet³⁸ – durchaus Gestaltungsspielräume, etwa dergestalt, dass mehrere Teilanlagen mit einer installierten Leistung von jeweils max. 750 kW innerhalb des räumlichen Umgriffs von § 24 Abs. 2 EEG 2017 teils als Gebäudeanlage/Anlage auf baulichen Anlagen und teils als Freiflächenanlage konzipiert und errichtet werden.³⁹ Auf diese Weise ließe sich die Leistungsgrenze des § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 mehrfach ausschöpfen. Interessant dürften dabei insbesondere solche Flächen sein, die sich auf ehemaligen Deponiegeländen⁴⁰ oder anderen

36 Vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 221 sowie ausführlich zu § 6 Abs. 2 FFAV Leutritz/Herms/Richter, in: Frenz (Hrsg.), EEG II – Anlagen und Verordnungen, FFAV, § 6 Rn. 5.

37 Vgl. Hennig/von Bredow, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 64.

38 Zur Wechselwirkung mit § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 sogleich.

39 Dazu sogleich.

40 Nach ganz überwiegender Auffassung handelt es sich bei einer Deponie um eine bauliche Anlage: vgl. nur etwa BT-Drs. 16/8148, S. 60; 15/2864, S. 44; 15/2327, S. 34; Clearingstelle EEG, Votum 2013/63 v. 13.02.2014, Rn. 47 ff., so dass für Solaranlagen auf Deponien zum einen das sonst generell geltende Planungserfordernis nicht zum Tragen kommt und überdies eine Addition mit Freiflächenanlagen nach § 24 Abs. 2 EEG 2017 ausgeschlossen ist.

34 Clearingstelle EEG, Hinweis 2009/13 v. 05.11.2009, dem folgend: Hennig/von Bredow, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 39; Wiemer, in: Greb/Boewe (Hrsg.), EEG, 6. Ed. (Stand: 07/2017), § 24 Rn. 35 ff.; Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2013, § 19 Rn. 50.

35 So Loibl, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 87; vgl. auch Wiemer, in: Greb/Boewe (Hrsg.), EEG, § 24 Rn. 24; Reshöft, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2014, § 19 Rn. 36 ff., der den Meinungsstreit letztlich offen lässt.

baulichen Anlagen, etwa einer Sportanlage oder einem (befestigten) Park- bzw. Stellplatz⁴¹ befinden.

bb) Räumlicher Umgriff

In räumlicher Hinsicht ist zunächst darauf hinzuweisen, dass § 24 Abs. 2 EEG 2017 in Abkehr zum Zusammenfassungskriterium nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 die Möglichkeiten der PV-Modulzusammenfassung erheblich ausweitet, indem dem Grunde nach sämtliche Freiflächen-Module innerhalb eines Radius von 2 km addiert werden können.⁴² Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich eine Moduladdition auf das Gebiet derselben Gemeinde beschränkt. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist im Hinblick auf den Gemeindebegriff insoweit auf das Gebiet der für den Erlass des Bebauungsplans zuständigen Gemeinde abzustellen.⁴³ Auch auf diesen Umstand gestützt kann es durchaus möglich sein, dass trotz Unterschreitung des in § 24 Abs. 2 EEG 2017 verankerten 2 km-Radius Solaranlagen nach dieser Norm nicht addiert werden, weil sie sich zwar auf direkt benachbarten, jedenfalls aber unterschiedlichen Gemeindegebieten befinden. Damit wäre es ohne weiteres denkbar, sogar mehrere Freiflächenanlagen in einem Abstand von weit weniger als 2 km zueinander zu errichten, ohne eine zwingende Anlagenzusammenfassung nach dieser Vorschrift befürchten zu müssen.

cc) Zeitlicher Zusammenhang

Eine Anlagenzusammenfassung kommt – ähnlich wie nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EEG 2017 – gemäß § 24 Abs. 2 EEG 2017 nur dann in Betracht, wenn die maßgeblichen PV-Module innerhalb von 24 aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen werden. Auch an dieser Stelle dehnt das Gesetz – sicher unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Errichtung von PV-Freiflächenanlagen zeitlich gesehen durchaus aufwendiger sein kann – die Möglichkeit der Anlagenzusammenfassung nicht unerheblich aus. Da die Vorschrift aber ersichtlich an § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EEG 2017 orientiert ist, dürften sich im Hinblick auf die Auslegung des 24-Monats-Zeitraums dieselben Fragen stellen wie bereits zur 12-Monats-Frist.

3. Rechtsfolgen

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2017 greift die in den Normen angeordnete Rechtsfolge der Anlagenaddition jeweils nur für den zuletzt in Betrieb genommenen Generator. Der Begriff des Generators wurde mit dem EEG 2009 in das Gesetz aufgenommen und ist nunmehr – inhaltlich unverändert – in § 3 Nr. 27 EEG 2017 definiert als „jede technische Einrichtung, die mechanische, chemische, thermische oder elektromagnetische Energie direkt in elektrische Energie umwandelt“. Im Bereich der Stromerzeugung aus solarer Strahlungsenergie wird durch die Solarzelle die Strahlungsenergie (elektromagnetische Energie) direkt in elektrische Energie umgewandelt. Damit ist die

Solarzelle die stromerzeugende Einheit, also der Generator.⁴⁴ Da jedoch in der Praxis jeweils aus einer Vielzahl von Solarzellen bestehende PV-Module installiert und auch als solche in Betrieb genommen werden, bietet es sich an, für die weitere Betrachtung nicht auf die einzelne Solarzelle, sondern das jeweilige PV-Modul abzustellen.⁴⁵ So gelesen trifft die angeordnete Rechtsfolge grundsätzlich nur diejenigen PV-Module, die bei zeitlich nachfolgender Inbetriebnahme die Leistungsgrenze überschreiten. Hingegen werden bereits zuvor in Betrieb genommene Module, die die Leistungsgrenze noch nicht berühren, nicht nachträglich in die jeweilige Rechtsfolge „mitgerissen“.⁴⁶ Werden hingegen alle Module zum selben Zeitpunkt in Betrieb genommen, sind alle als zuletzt in Betrieb gesetzte Generatoren anzusehen; eine (fiktive/gewillkürte) Aufteilung kommt dann nicht in Betracht.⁴⁷

Hinsichtlich der nach § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 für die Ausschreibungspflicht maßgeblichen Leistungsgrenze von 750 kW bedeutet dies konkret, dass für eine bereits in Betrieb genommene PV-Installation von maximal 750 kW durch den späteren Zubau weiterer PV-Module auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 oder 2 EEG 2017 nachträglich keine Ausschreibungspflicht entstehen würde.⁴⁸ Demnach könnte durch eine zeitlich versetzte bzw. vorgezogene Inbetriebnahme einzelner Teile der PV-Anlage unter Umständen erreicht werden, dass diese Teile nicht von der Ausschreibungspflicht erfasst werden. Es fragt sich jedoch – insbesondere auch im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Vorschrift –, ob dies auch dann gelten kann, wenn von vornherein auf Basis einer einheitlichen Konzeption die Errichtung einer PV-Installation mit mehr als 750 kW installierter Leistung geplant ist und der zeitliche Versatz bei der Inbetriebnahme der Teilanlagen nur deshalb gewählt wird, um die Rechtsfolgen der Anlagenzusammenfassung nach § 24 Abs. 2 EEG 2017 zu umgehen. In der einschlägigen Literatur wird in diesem Zusammenhang zum Teil vertreten, dass bei Solaranlagen stets Module mit einer Gesamtleistung von bis zu 750 kW ohne Teilnahme an einer Ausschreibung in Betrieb genommen werden können, selbst wenn unmittelbar danach weitere Module am Standort in Betrieb genommen werden. Die Ausschreibungspflicht gelte insofern nur für die PV-Module, die die Leistungsgrenze von 750 kW überschreiten. Erforderlich im Sinne der Nachweisführung sei lediglich, dass eindeutig erkennbar ist, in welcher Reihenfolge die Module in Betrieb genommen wurden.⁴⁹ Die 750-kW-Schwelle wird insofern als generelle Freigrenze verstanden. Es ist aber fraglich, ob dies nicht dem Gesetzeszweck zuwiderläuft: Die Teilnahme an der Ausschreibung ist – wie bereits erwähnt – der gesetzliche Regelfall, um eine Förderung nach dem EEG 2017 zu erhalten. Lediglich in Ausnahmefällen soll eine Förderung auch ohne Ausschreibung gewährt werden.⁵⁰

Die Vorschriften in § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2017 sollen gerade die Aufteilung größerer Projekte in mehrere kleinere oder „Bagatellanlagen“ zur Umgehung der Größengrenze und folglich der Ausschreibungspflicht verhindern und haben damit eindeutig

41 Für eine Sportanlage (Innenraum einer Galopprennbahn) sowie für einen geschotterten Lagerplatz hat der BGH die Eigenschaft als bauliche Anlage im Sinne des EEG bereits ausdrücklich bejaht: BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VII ZR 308/12 (Galopprennbahn); BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10 (geschotterter Lagerplatz).

42 Ausführlich zur Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals *Assion/Götze*, REE 2013, 16 ff.

43 BT-Drs. 18/1304, S. 136; *Leutritz/Herms/Richter*, in: Frenz (Hrsg.), EEG II, FFAV, § 2 Rn. 36; *Wiemer*, in: Greb/Boewe (Hrsg.), EEG, § 24 Rn. 55 ff.; *Hennig/von Bredow*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 65.

44 Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 39.

45 Vgl. so auch Clearingstelle EEG, Empfehlung 2009/5 v. 10.06.2009, S. 10; Clearingstelle EEG/KWKG, Hinweis 2017/22 v. 27.03.2018, Rn. 48, ähnlich *Richter*, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, S. 126 f.

46 So auch *Hennig/von Bredow*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 68.

47 Vgl. Clearingstelle EEG/KWKG, Hinweis 2017/22 v. 27.03.2018, Rn. 71.

48 Vgl. Clearingstelle EEG/KWKG, Hinweis 2017/22 v. 27.03.2018, Rn. 50, 57.

49 So etwa *Hennig/von Bredow*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 49.

50 BT-Drs. 18/8860, S. 1.

eine rechtsmissbrauchsorientierte Ausrichtung.⁵¹ Die Clearingstelle EEG geht daher in ihrem Hinweis 2017/22 davon aus, dass bei noch nicht in Betrieb genommenen PV-Installationen, die eine Gesamtgröße von mehr als 750 kW aufweisen, die Notwendigkeit besteht, mit der Gesamtleistung an der Ausschreibung teilzunehmen. Eine virtuelle Aufteilung der Anlage in einen von der Ausschreibung befreiten 750-kW-Leistungsanteil und einen der Ausschreibungspflicht unterliegenden überschießenden Leistungsanteil sei demgegenüber nicht möglich, insbesondere da die Teilnahmepflicht an einem Ausschreibungsverfahren bei Solaranlagen bereits vor Inbetriebnahme bestimmt werden muss. Mithin erstreckt sich die Ausschreibungspflicht auf die gesamte PV-Installation, auch wenn mehrere Inbetriebnahmezeiträume im Raum stünden.⁵² Dies überzeugt indes – nicht nur aufgrund mangelnder Belege für dies Rechtsauffassung – nur bedingt. Denn eine nach Auffassung der Clearingstelle rechtlich zu konstruierende „sukzessive Inbetriebnahme“⁵³ kennt das Gesetz nicht.

Ausgehend vom Wortlaut der § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2017 sowie im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen erfordert die Aufteilung einer PV-Installation in einen Leistungsanteil von maximal 750 kW und einen darüber hinausgehenden Leistungsanteil damit aber in jedem Fall eine zeitliche Zäsur bei der Inbetriebnahme. Ein genau bestimmter zeitlicher Mindestabstand, der zwischen den Inbetriebnahmen der Module bis 750 kW und den weiteren Modulen liegen muss, ist dem Gesetz dabei allerdings nicht zu entnehmen. Da die Legaldefinition der Inbetriebnahme in § 3 Nr. 30 EEG 2017 gerade am Ende der Norm letztlich auf einen ganz konkreten Zeitpunkt der Inbetriebsetzung abstellt, dürfte bei streng formal-juristischer Betrachtung dem Grunde nach jegliche zeitliche Verzögerung der Inbetriebnahme verschiedener Module genügen. Im Hinblick auf eine möglichst eindeutige Protokollierung der Inbetriebnahme(n) und ihrer Reihenfolge wird in der Literatur ein Abstand von mindestens einem Kalendertag gefordert.⁵⁴ Doch auch bei unterschiedlichen Inbetriebnahmezeitpunkten steht – gerade wenn sie zeitlich sehr eng beieinander liegen – weiterhin der Einwand der rechtsmissbräuchlichen Umgehung der Leistungsschwelle im Raum. Eine rechtsmissbräuchliche Umgehung nimmt der Gesetzgeber nämlich grundsätzlich bereits dann an, wenn ein vernünftiger Anlagenbetreiber, der die gesamtwirtschaftlichen Folgekosten bedenkt, die Anlage anders konzipiert oder in Betrieb genommen hätte.⁵⁵ Insofern spielt im Zusammenhang mit der Frage, ob es sich um eine rechtsmissbräuchliche Aufteilung handelt, unter anderem auch die Nutzung von Synergieeffekten eine nicht unerhebliche Rolle.⁵⁶ 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 kön-

nen und dass Synergieeffekte bei der Planung und Errichtung weitestgehend vermieden worden sind.

4. Verhältnis der Additionsvorschriften zueinander und Wechselwirkungen

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass die Frage, wann bzw. ob PV-Module leistungsseitig zusammenzufassen sind, aufgrund der zum Teil erheblich voneinander abweichenden Tatbestandsvoraussetzungen nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 völlig anders beurteilt werden kann als dies nach § 24 Abs. 2 EEG 2017 der Fall ist. Zwar dürfte § 24 Abs. 2 EEG 2017 aufgrund seiner Spezialität der wesentlich engeren Zusammenfassungsnorm nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 zunächst vorgehen. Wie sich allerdings aus dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 EEG 2017 („*unbeschadet*“) ergibt, bleibt § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 daneben stets weiterhin anwendbar.⁵⁷ Damit wiederum gehen nicht unerhebliche Einschränkungen der vorstehend aufgezeigten Gestaltungsmöglichkeiten einher:

Denn § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 ist weder beschränkt auf Freiflächenanlagen noch auf das Gebiet einer bestimmten Gemeinde. Vor diesem Hintergrund ist stets, selbst wenn eine Modulzusammenfassung nach § 24 Abs. 2 EEG 2017 ausscheidet – etwa weil sich die aneinander grenzenden Teile einer (einheitlich geplanten) PV-Anlage auf unterschiedlichen Gemeindegebieten befinden – zu prüfen, ob nicht unter Umständen eine Zusammenfassung nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 in Betracht kommt. Unproblematisch dürfte dies stets dann sein, wenn schon die in § 24 Abs. 2 EEG 2017 verankerten räumlichen und/oder zeitlichen Distanzen überschritten werden, denn insoweit sind die Tatbestandsmerkmale dieser Norm – wie bereits ausführlich dargelegt – weiter als jene in Absatz 1.

Beim Vergleich der beiden Zusammenfassungsvorschriften fällt zudem auf, dass § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 anders als § 24 Abs. 2 EEG 2017 die in § 38a Abs. 1 Nr. 5 EEG 2017 enthaltene Maximalgröße (10 MW) nicht in Bezug nimmt. Rein dem Wortlaut nach spricht daher einiges dafür, dass es hinsichtlich dieser Leistungsgrenze bei dem zu § 24 Abs. 2 EEG 2017 gefundenen rechtlichen Ergebnis verbleibt, so dass eine Zusammenfassung der PV-Module in dieser Hinsicht jeweils nur gemeindegebietsbezogen erfolgen kann und darüber hinaus eine räumliche Nähe im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 irrelevant ist. Im Extremfall wäre damit sogar denkbar, dass auf direkt aneinander grenzenden Gemeindegebieten in nur geringstem Abstand zueinander zwei Freiflächenanlagen mit einer maximalen Leistung von jeweils 10 MW errichtet und nach EEG gefördert werden könnten. Es fragt sich allerdings, ob dies vom Gesetzgeber tatsächlich gewollt war oder es sich hierbei nicht lediglich um ein Versehen handelt. Denn aus der Gesetzesbegründung zu § 24 Abs. 2 EEG 2017 wird deutlich, dass der Gesetzgeber „aus Gründen des Landschafts- und Naturschutzes“ Freiflächenanlagen zur Berechnung ihrer Anlagengröße zusammenfassen und letztlich Ballungen von Freiflächenanlagen mit einer installierten Leistung von über 10 MW jedenfalls aus Fördersicht vermeiden wollte.⁵⁸ Warum dann eine Ansammlung von PV-Modulen größer 10 MW möglich sein soll, wenn jeweils Teile der Anlagen kleiner 10 MW auf dem Gebiet verschiedener Gemeinden belegen sind, vermag angesichts des vom Gesetzgeber intendierten Ziels nicht einzuleuchten. Denn

51 Vgl. BT-Drs. 18/12988, S. 37.

52 Vgl. Clearingstelle EEG/KWKG, Hinweis 2017/22 v. 27.03.2018, Rn. 75.

53 Bereits mehrfach vertreten, etwa in Clearingstelle EEG, Empfehlung 2012/19 v. 02.07.2014, Rn. 136 ff.

54 So etwa Hennig/von Bredow, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 49.

55 In diese Richtung: BT-Drs. 16/8148, S. 50; vom BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12 aufgegriffen.

56 Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 17.12.2015 – 2 U 268/14, Rn. 52 [zitiert nach juris]; OLG Nürnberg, Urt. v. 18.07.2017 – 6 U 1705/16, Rn. 52 [zitiert nach juris]; Clearingstelle EEG, Empfehlung 2008/49 v. 14.04.2009, S. 50.

57 Hennig/von Bredow, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 65; Salje (Hrsg.), EEG, 8. Aufl. 2018, § 24 a.F. Rn. 15.

58 Vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 200 f.

die Auswirkungen auf das Landschaftsbild und auf den Naturschutz hängen im Ergebnis nicht davon ab, ob eine Anlage von einer äußerlich ohnehin nicht wahrnehmbaren Gemeindegebietsgrenze durchzogen ist. Auf der anderen Seite wird man auch zu konstatieren haben, dass seit Inkrafttreten der „Urfassung“⁵⁹ des EEG 2017 zum 01.01.2017 bereits eine Korrektur des § 24 Abs. 2 EEG 2017 durch den Gesetzgeber stattgefunden hat. Ursprünglich nahm § 24 Abs. 2 EEG 2017 nämlich ausschließlich die 10-MW-Grenze des § 38a Abs. 1 Nr. 5 EEG 2017 in Bezug.⁶⁰ Im Rahmen des Mieterstromgesetzes korrigierte der Gesetzgeber diesen „Fehler“⁶¹ und ordnete an, dass § 24 Abs. 2 EEG 2017 auch für die 750-kW-Grenze in der Ausschreibung gelten soll. Vor diesem Hintergrund wäre zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber gleichzeitig auch den Bezug auf die 10-MW-Grenze in § 24 Abs. 1 EEG 2017 aufgenommen hätte, wenn er der Auffassung gewesen wäre, dass es sich hierbei ebenfalls um ein gesetzgeberisches Versehen handelte. Da dies nicht geschehen ist, wird eine unbewusste Regelungslücke ausscheiden müssen. Gerade mit Blick auf den doch recht eindeutigen Gesetzeswortlaut und die Gesetzgebungshistorie sprechen daher die überwiegenden Argumente dafür, dass eine Anlagenzusammenfassung nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 für die 10-MW-Grenze ohne Bedeutung ist.

II. Zusammenfassung

Es bleibt festzuhalten, dass jedenfalls bei Solaranlagen mit Inbetriebnahme ab dem 01.07.2018 für Fragen der Anlagenzusammenfassung und damit auch für die Bestimmung eines Überschreitens der Ausschreibungsgrenze zwingend die beiden Normen des § 24 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2017 in den Blick zu nehmen sind. Gerade bei gemeindegebietsübergreifenden PV-Installationen werfen die Wechselwirkungen dieser beiden Additionstatbestände durchaus komplexe rechtliche Fragestellungen auf. Insgesamt sind dadurch die Möglichkeiten einer (mehrfachen) Ausschöpfung der

ausschreibungsrelevanten 750-kW-Grenze durch Errichtung kleiner, ausschreibungsfreier Solaranlagen stark eingeengt. Nichts desto trotz verbleiben Gestaltungsspielräume: So erscheinen insbesondere Kombinationen von Freiflächenanlagen mit Solaranlagen auf Gebäuden als interessante Option. Aber auch die zeitgleiche Inbetriebnahme mehrerer kleiner Freiflächenanlagen ist denkbar, solange sie sich auf unterschiedlichen Gemeindegebieten und nicht in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden. Jedenfalls aber besteht stets die Möglichkeit, bis zur nächsten Inbetriebnahme zwölf Kalendermonate zuzuwarten, um so sukzessive mehrere kleine Solaranlagen bis 750 kW ausschreibungsfrei errichten zu können.

Bei Errichtung von größeren Freiflächenanlagen wird sich die Teilnahme an der Ausschreibung dagegen nie ganz vermeiden lassen. Nichts desto trotz bieten die Additionsvorschriften auch hier Ansatzpunkte, um zumindest einen Anlagenteil bis 750 kW außerhalb der Ausschreibung zu gesetzlichen Fördersätzen umzusetzen und so die Förderung insgesamt zu optimieren. Gerade über das zeitliche Moment lassen sich mit Blick auf die Rechtsfolge der Additionsvorschriften, welche stets nur den zuletzt in Betrieb genommenen Generator betrifft, durchaus Gestaltungsspielräume ausschöpfen, in dem etwa ein erster Anlagenteil vorab errichtet und in Betrieb genommen und der restliche Teil der PV-Anlage erst zeitlich versetzt in Betrieb gesetzt wird. Die Frage, wieviel Zeit hier vergehen muss, lässt sich dabei nicht ohne weiteres rechtssicher beantworten, sondern dürfte vielfach eine solche des Einzelfalls sein. Dem reinen Gesetzeswortlaut nach dürfte an sich bereits eine logische Sekunde zwischen den Inbetriebnahmen der einzelnen Anlagenteile genügen. Aus Gründen der Rechtssicherheit sind aber möglichst großzügige Abstände von idealerweise mehr als einem Monat dringend anzuraten; wobei auch darauf geachtet werden sollte, dass der äußere Anschein einer Anlageneinheitlichkeit (etwa durch Nutzung derselben Infrastruktur und eine zeitgleiche Errichtung) vermieden wird.

Zudem lassen sich bei geschickter Anlagengestaltung – insbesondere bei Integration von Gebäudeanlagen oder bei gemeindegebietsübergreifenden Anlagenkomplexen – sogar Fälle denken, in denen die Ausschreibungsgrenze von 750 kW gleich mehrfach ausgeschöpft werden kann. Über alldem schwebt jedoch stets der potenzielle Vorwurf einer missbräuchlichen Umgehung der Leistungsschwellen, den es mit Blick auf jede einzelne Anlagenkonstellation zu vermeiden gilt. Pauschale Aussagen, welche Gestaltungsoptionen funktionieren und welche nicht, verbieten sich daher. Denn wie man es auch dreht und wendet – es bleibt ein schmaler Grat.

59 Gesetz zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus Erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien vom 13.10.2016, BGBl. I S. 2258 (2268 f.).

60 In der Ursprungsfassung enthielt § 24 Abs. 2 EEG 2017 zudem einen Verweis auf § 48 Abs. 2 EEG 2017, der jedoch ins Leere ging und als ein Redaktionsversehen bereits im Rahmen der 1. Korrekturnovelle gestrichen wurde, vgl. BT-Drs. 18/10209, S. 107.

61 So ausdrücklich BT-Drs. 18/12355, S. 21.