

HERAUSGEBER

RA Prof. Dr. Christian Theobald, Mag. rer. publ., Becker Büttner Held, Berlin/Honorarprofessor an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer – Prof. Dr. Carsten Becker, Direktor beim Bundeskartellamt, Bonn/Honorarprofessor an der Johannes Gutenberg-Universität, Mainz – Peter Franke, Vizepräsident der Bundesnetzagentur, Bonn – RA Dr. Kai Uwe Pritzsche, LL.M., Linklaters LLP, Berlin – Dr. Winfried Rasbach, Thüga Aktiengesellschaft, München – Dr. Reinhard Ruge, LL.M., 50Hertz Transmission GmbH, Berlin

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Prof. Dr. Thorsten Beckers, Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik (WIP), Technische Universität Berlin – Prof. Dr. Martin Burgi, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht, Ludwig-Maximilians-Universität, München – Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Institut für Energierecht, Universität zu Köln – Prof. Dr. Jörg Gundel, Geschäftsführender Direktor der Forschungsstelle für Energierecht/Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Universität Bayreuth – Prof. Dr. Johannes Hellermann, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht, Universität Bielefeld – Prof. Dr. Bernd Holznapel, Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster – Prof. Dr. Mario Martini, Lehrstuhl für Verwaltungswissenschaft, Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer – Prof. Dr. Joachim Müller-Kirchenbauer, Institut für Technologie und Management, Technische Universität Berlin – Prof. Dr. Michael Rodi, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht, Ernst-Moritz-Arndt-Universität, Greifswald/Vorsitzender und geschäftsführender Direktor des Instituts für Klimaschutz, Energie und Mobilität – Recht, Ökonomie und Politik e.V., Berlin/Greifswald – Prof. Dr. Jens-Peter Schneider, Direktor des Instituts für Medien- und Informationsrecht, Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg

REDAKTION

RA Prof. Dr. Christian Theobald,
Mag. rer. publ., Chefredakteur
RA Dr. Peter Gussone, stellvertretender Chefredakteur
Susanne Kitzmann, Redaktionsassistentin
Ramona Bauer, Redaktionsassistentin
Magazinstraße 15–16
10179 Berlin

Zur Auflösung unklarer Rechtslagen in der rasanten Energiewende-Welt

Über die Zukunft der Energiewende wird derzeit intensiv gerungen, der Rechtsrahmen ist erneut in heftiger Bewegung. Mit dem Strommarktgesetz, dem Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende und der EEG-Novelle sind gleich mehrere Gesetzgebungsverfahren im Gange, die auch Grundpfeiler der bisherigen Energierechts-Architektur berühren. Andere Novellen – wie die des KWKG – sind gerade erst abgeschlossen, neue Entwicklungslinien – wie ein Kohleausstieg in Form

eines Kohlekonsenses – zeichnen sich zunehmend konkreter ab. Die Veränderungsdynamik ist ungebrochen hoch und wird dies auch vorerst bleiben. Für alle am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Akteure und die Normadressaten stellt die hohe Änderungsfrequenz eine erhebliche Herausforderung dar: Für die konzeptionelle Erarbeitung der Neuregelungen und die Formulierung der Normen bleibt kaum Zeit. Der zum Teil hausgemachte, zum Teil auch durch die *EU-Kommission* erzwungene Zeitdruck führt zu sehr kompromitierten Gesetzgebungsverfahren ohne Denk- und Atempausen. Immer neue regulatorische Vorgaben verlangen von den Anwendern ein hohes Lerntempo und eine große Anpassungsfähigkeit.



THORSTEN MÜLLER

Dies alles ist im Grundsatz – nicht aber in der konkreten Erscheinungsform – vermutlich unvermeidbar, um einen tiefgreifenden Transformationsprozess wie den der Energiewende mit seinen unzählbaren Einzel-elementen zu steuern. Weil die Energiewende kein evolutiver Prozess ist, der aus sich selbst heraus allmählich zu einer neuen Ausgestaltung der Energiewirtschaft führt, müssen die erforderlichen Veränderungen gesetzlich mittelbar induziert oder unmittelbar angeordnet werden. Dass staatliche Steuerung erforderlich ist, ist auch keine neue Erkenntnis, denn „markets are constructed“, sie entstehen nicht durch Geisterhand, sondern durch soziale oder eben gesetzgeberische Prägung. Daher ist die Forderung nach „weniger Staat/Gesetzen/Regulierung“ in vielen Fällen ein Missverständnis, wenn damit nicht ohnehin nur eine nicht konkret ausgesprochene Zieldivergenz gemeint ist, weil die Energiewende als solche in Frage gestellt wird. Allen Appellen wie Unkenrufen zum Trotz wird es tendenziell jedenfalls vorerst mehr und vermutlich nicht einfachere Gesetze geben, um die Ziele der Energiewende zu erreichen, die noch erhebliche Veränderungen erfordern.

Da es an einem geeigneten Vorbild oder gar einem Masterplan fehlt, ja angesichts des Umstandes, dass aufgrund der offenen Perspektive für technische Entwicklungen nicht einmal alle für den Transformationsprozess zur Verfügung stehenden Lösungen bekannt sind, sind Fehler auf diesem Weg unvermeidbar. Das fängt bei „technischen“ Fehlern im Gesetzgebungsverfahren an, die in der Vergangenheit bereits zu einer ganzen Reihe von manchmal eiligen Korrekturgesetzen geführt haben. Es betrifft aber vor allen Dingen gesetzgeberische Fehleinschätzungen, die dann etwa aufgrund der

hervorgerufenen Entwicklungen manchmal nur mit hohem Aufwand korrigiert werden können. Die Realität ist immer vielschichtiger als es der Gesetzgeber im Vorfeld erahnen kann. Bei fast jeder gesetzgeberischen Entscheidung stehen selbst bei gründlicher Vorbereitung nur begrenzte Informationen zur Verfügung, so dass bei der Festlegung von Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen bestimmte Fälle nicht oder nur unzureichend erfasst werden. Dadurch entwickelt sich die Realität nicht so, wie es ursprünglich intendiert war, nicht zuletzt auch aufgrund der Kreativität im Aufspüren von Regelungslücken und Grenzbereichen.

Fehler sind jedoch nicht per se ein Problem, denn sie sind in der Regel korrigierbar. Dafür bedarf es aber einer genauen Evaluation der Regelungen und eines politischen Willens zur schnellen und konsequenten Fehlerkorrektur. Selbst wenn diese Voraussetzungen stets vorlägen, schmälern aber jedenfalls häufige Korrekturen die Vorhersehbarkeit des weiteren Verlaufs für die Adressaten. Sie können sich immer weniger auf die zukünftigen Gegebenheiten einstellen und verlassen. Doch Planbarkeit ist neben Rechtssicherheit ein hohes Gut, um einen kostengünstigen Transformationspfad beschreiten zu können, denn Unsicherheit hat einen nicht zu unterschätzenden Preis.

Eine weitere, in der nun aufgetretenen Dimension noch nicht dagewesene Unsicherheitsquelle ist jüngst durch das *BGH*-Urteil vom 4.11.2015 zum sog. Glühlampentest für PV-Anlagen deutlich geworden. Dessen Begründung und Ergebnis stehen nicht nur in Widerspruch zum – soweit auf den ersten Blick ersichtlich – kompletten rechtswissenschaftlichen und anwaltlichen Schrifttum, das der *BGH* umfassend als andere Ansicht zitiert, sowie der Begründung des Gesetzgebers zu mehreren EEG-Änderungen, sondern auch – und hier liegt der neuartige Kern des Problems – zur *Clearingstelle EEG*. Diese hatte in einem Hinweis vom 25.6.2010 die u. a. für den Beginn der Förderdauer und damit für die Förderhöhe relevante Inbetriebnahme für jedes PV-Modul getrennt ermöglicht. Dafür war lediglich erforderlich, dass nach Kauf und Abschluss des Vertriebsprozesses Strom produziert worden sei, was man u. a. etwa durch den Betrieb einer Glühlampe nachweisen könne. Der *BGH* hat dies nun letztinstanzlich anders entschieden und sich dabei nicht nur wie erste Oberlandesgerichte auf ein davon abweichendes Verständnis des Inbetriebnahmezeitpunkts festgelegt, sondern den Anlagenbegriff anders ausgelegt. Die Folgen sind nicht nur für die betroffenen Investoren beachtlich, sondern werfen im Hinblick auf viele weitere mit dem Anlagenbegriff zusammenhängende Aspekte des EEG völlig neue Auslegungsfragen auf, die sich möglicherweise nicht ohne Brüche in ein Gesamtbild einfügen lassen.

Nun ist es nicht ungewöhnlich, dass sich das Verständnis einer Norm erst nach und nach durch eine Reihe von Urteilen herausbildet und am Ende des Instanzenzuges ein anderes Ergebnis steht, als dies das Schrifttum und erste Gerichtsurteile zunächst gesehen haben. Es stellen sich im Hinblick auf das EEG und damit einen zentralen Rechtsbereich der Energiewende aber zwei Besonderheiten als durchaus problembeladen heraus:

Zum einen verläuft die Rechtsentwicklung angesichts der hohen Änderungsfrequenz zu schnell und zuweilen in Sprüngen oder Brüchen. Die Urteile des *BGH* zum EEG ergehen regelmäßig zu bereits durch grundlegende Novellen geänderten Normen, so dass sich für die Zukunft daraus keine verlässlichen Schlüsse mehr für die zwischenzeitlich neugefassten Vorschriften ableiten lassen. Die ansonsten typische Arbeitsteilung zwischen Legislative und Judikative wird so partiell suspendiert. Während der Gesetzgeber abstrakt-generelle Normen zur Regelung einer unübersehbaren Vielzahl unterschiedlicher Konstellationen schafft und daher eine gewisse Unschärfe hinnehmen muss, kann die Rechtsprechung diesen Rahmen dann anhand vielfältiger Fallkonstellationen nach und nach immer konkreter fassen und sich dabei langsam an den Kern der Auslegung herantasten. Durch die sich immer wieder in kurzen Abständen ändernden Normen wird der Prozess des Herantastens unterbrochen und der Prozess zur Freilegung des Auslegungskerns zurück „auf null“ gesetzt. Den Glühlampentest-Fall hatte übrigens auch der Gesetzgeber zum 1.1.2012 schon so geregelt, wie es nun der *BGH* auch für die vorher in Betrieb genommenen Anlagen entschieden hat. Allerdings hat der Gesetzgeber dazu nicht den Anlagenbegriff im EEG neugefasst, sondern durch eine Klarstellung allein des Inbetriebnahmebegriffs speziell für PV-Anlagen eine chirurgisch-präzise Lösung gefunden.

Zum anderen ist dieses Herantasten an den Kern des EEG nicht allein den Gerichten überlassen. Denn daneben steht seit der Novelle 2004 die *Clearingstelle EEG*, deren gesetzlicher Auftrag in der Vermeidung oder Beilegung von Streitigkeiten zum EEG liegt und die mit dem Motiv geschaffen wurde, mit einer spezialisierten, unabhängigen Einrichtung eine schnelle Klärung offener Rechtsfragen zu erreichen, um so die Anwendbarkeit des EEG zu erleichtern. Nun vermeidet aber ein von den unverbindlichen Ergebnissen der *Clearingstelle* abweichendes Urteil des *BGH* Streitigkeiten nur temporär. Sie flammen vielmehr in Folge des *BGH*-Urteils teilweise auch mit Wirkung für die Vergangenheit wieder auf, so dass bei genauem Hinsehen die *Clearingstelle* nur einen scheinbar stabilen Rechtszustand schaffen konnte.

Welche Schlüsse der Gesetzgeber im konkreten Fall des Glühlampentests daraus ziehen wird, ist derzeit noch nicht absehbar. Ganz generell steht der Fall aber exemplarisch für den Umgang mit Fehlern und Fehlerfolgen im Zuge der Energiewende. Dieser Aspekt ist nicht zu unterschätzen, weil er zu Verunsicherung bei Investoren führen kann, die wiederum in Form von Risikoaufschlägen bei der Finanzierung zukünftiger Schritte des Transformationsprozesses eine volkswirtschaftliche Relevanz erlangen können. Dies ist angesichts des Umstandes, dass der Löwenanteil der für die Energiewende erforderlichen Investitionen noch zu tätigen sein wird, nicht zu unterschätzen.

Dabei scheint es einfach zu sein, den Gesetzgeber „haftbar“ zu machen, wenn er eine ursprüngliche Entscheidung revidiert, um hier die Investoren nicht im Regen stehen zu lassen, die dem gesetzlichen Steuerungsprogramm vertraut haben. Komplexer ist die Situation, in der Unternehmen in der Kenntnis einer nicht abschließend geklärten und damit unsicheren Situation eine Investitionsentscheidung treffen und sich im Nachhinein herausstellt, dass die zugrunde gelegte Rechtsansicht nicht zutreffend war. Denn hier ist die Verantwortung für die Fehlinvestition nicht dem Gesetzgeber zuzurechnen. Will der Gesetzgeber aber einen lähmenden Attentismus aufgrund einer unzureichenden Rechtssicherheit verhindern, wird er auch für diese Fallgestaltung Antworten finden müssen. Er kann dazu entweder schneller als bisher ein höheres Maß an Rechtssicherheit ermöglichen oder mit einer vorhersehbar hohen Wahrscheinlichkeit eine Auffanglösung für solche Investoren sicherstellen, die sich auf eine belastbare und nicht nur singuläre Auffassung stützen. Angesichts einer vermutlich zunehmenden Komplexität der Rechtsentwicklung durch weitere Schritte des Transformationsprozesses erscheint es erforderlich, dass der Gesetzgeber schnell eine klare Lösung für diese Unsicherheit findet.

THORSTEN MÜLLER
ist Wissenschaftlicher Leiter und Vorsitzender des Stiftungsvorstandes der Stiftung Umweltenergie recht, Würzburg.