

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Umwelt,
Naturschutz u. Reaktorsicherheit

Ausschussdrucksache
17(16)510-F

öffentliche Anhörung - 21.03.2012

20.03.2012

BELECTRIC Solarkraftwerke GmbH
Wadenbrunner Str. 10
97509 Kolitzheim, Germany

BELECTRIC Solarkraftwerke GmbH • Wadenbrunner Str. 10 • 97509 Kolitzheim

An die
Vorsitzende des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und
Reaktorsicherheit im Deutschen Bundestag
Frau Eva Bulling-Schröter, MdB

11011 Berlin

Ansprechpartner: Herr Martin Zembsch
Geschäftsführer / CSO
☎ +49 9385 9804 -5104
✉ +49 9385 9804 -59104
martin.zembsch@belectric.com

20.03.2012

Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der Erneuerbaren Energien“ (BT-Drs. 17/8877)

Zum vorliegenden Gesetzesentwurf tragen wir folgende Änderungsvorschläge vor:

- 1. Angemessene Übergangsfristen für Freiflächen-Solarkraftwerke zur Gewährleistung von Planungs- und Investitionssicherheit (1. März Aufstellungsbeschluss; 31. Dezember Inbetriebnahme) – Berechenbarkeit der Politik**
- 2. Keine Begrenzung der Anlagengröße – Vergütung von systemstabilisierenden Funktionen von Solarkraftwerken**
- 3. Anpassung der Vergütungsabsenkung für Freiflächen-Solarkraftwerke in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen**

Diese Vorschläge erlauben wir uns wie folgt zu erläutern:

- 1. Angemessene Übergangsfristen für Freiflächen-Solarkraftwerke zur Gewährleistung von Planungs- und Investitionssicherheit (1. März Aufstellungsbeschluss; 31. Dezember Inbetriebnahme) – Berechenbarkeit der Politik**

PV-Großkraftwerke haben mehrjährige Vorlaufzeiten und setzen umfangreiche kommunale Prüf- und Genehmigungsverfahren über Aufstellung und Annahme von Bebauungsplänen voraus. Das Baugesetzbuch verpflichtet den Vorhabensträger nach dem Aufstellungsbeschluss zur Beteiligung der Träger öffentlicher Belange. Diese Auslegung dauert insgesamt unter Berücksichtigung von Ladungsfristen mindestens drei Monate, oftmals sogar länger. Anschließend fällt der jeweilige Stadt- bzw. Gemeinderat den Satzungsbeschluss und es beginnt das Baugenehmigungsverfahren. Selbst bei optimalem Verlauf vergeht hier ab dem Aufstellungsbeschluss ein Zeitraum von mindestens vier Monaten. Dies gilt insbesondere für Anlagen auf Konversionsflächen, deren Errichtung mit Dekontaminierungsarbeiten verbunden ist, was im Interesse der öffentlichen Hand geschieht. Im Vertrauen auf die

bisherigen regulatorischen Rahmenbedingungen wurden bereits erhebliche Investitionen getätigt, die nach den aktuellen Vorschlägen ohne Ersatz abgeschrieben werden müssten. Teilweise wurden im Vertrauen auf die Beständigkeit der aktuellen Regelungen Konversionsflächen von der öffentlichen Hand gekauft oder gepachtet bzw. Beräumungen vorgenommen. Auf den Kosten dieser Maßnahmen bleibt der Investor sitzen, wenn die Anlage nicht noch bis Ende des Jahres fertig gebaut und angeschlossen werden kann. In der Regel sind mehr als 12 Monate zwischen Aufstellungsbeschluss und Netzanschluss nötig. Der 30. Juni als Datum für die Inbetriebnahme ist technisch somit nicht umsetzbar. Die vorgeschlagene Frist hebt daher den Vertrauensschutz entscheidend aus.

Durch eine Anpassung sind keine Vorzieheffekte oder gar ein „Freiflächen-Boom“ zu erwarten, da der Aufstellungsschluss als Grundvoraussetzung bereits einen fortgeschrittenen Planungsprozess und erhebliche Investitionen voraussetzt. Diese öffentliche Handlung der kommunalen Gremien kann nicht im Nachhinein noch eingeholt werden, sodass der Bestandsschutz nur bei bereits begonnenen Projekten greift.

Diese vorgenannten Ausführungen werden auch durch ein umfassendes Rechtsgutachten zur Frage einer verfassungswidrigen Rückwirkung bestätigt (Professor Dr. Anna Leisner-Egensperger, „Rechtsfragen des Gesetzes(antrags) zur Änderung des Gesetzes für den Vorrang erneuerbarer Energien vom März 2012- insbesondere zur Frage einer verfassungswidrigen Rückwirkung und der Einstellung der Förderung großer Anlagen“, Jena, März 2012)

Nachfolgend der entsprechende Auszug aus dem Gutachten (Seite 71):

Die geplante Novelle zum EEG ist wegen „echter“ Rückwirkung verfassungswidrig, soweit sie bereits durch ein Inkrafttreten vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens die Durchführung angelaufener Projekte zur Herstellung größerer Solaranlagen unmöglich macht. Die vorgesehenen Fristen, wonach die Anlage nach § 66 Absatz 18 und 18 a des EEG-Entwurfs zwischen dem 01. April 2012 und dem 30. Juni 2012 in Betrieb genommen, und der Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan vor dem 01. März 2012 gefasst worden sein muß, sind so kurz bemessen, dass sie keine wirksame Übergangsregelung darstellen.

Das geplante Entfallen von Stromvergütungen für größere Solaranlagen ist, auch wenn es erst nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens wirksam wird, wegen „unechter“ Rückwirkung verfassungswidrig; die Belange des Vertrauensschutzes der Betroffenen überwiegen deutlich die Regelungsinteressen des Gesetzgebers.

Weiterhin wird in dem Gutachten Folgendes ausgeführt:

Bei der noch notwendigen Korrektur des Gesetzentwurfs zum EEG ist folgendes zu beachten: Aus einer Gesamtschau der nach dem Baugesetzbuch erforderlichen Schritte folgt: Mindestens ein Jahr ist für die Durchführung solcher Projekte erforderlich, beginnend mit den ersten und meist besonders kostenaufwändigen Vorbereitungshandlungen bis zu deren Abschluss.

Daher muss § 66 Absatz 18 EEG-Entwurf, wonach förderungswürdige Anlagen vor dem 1. Juli 2012 in Betrieb genommen worden sein mussten, dahingehend korrigiert werden, dass begonnene Projekte abgeschlossen werden können.

Bei der insoweit notwendigen Korrektur des Gesetzentwurfs zum EEG ist folgendes zu beachten: Aus einer Gesamtschau der nach dem Baugesetzbuch erforderlichen Schritte folgt: Mindestens ein Jahr ist für die Durchführung solcher Projekte erforderlich, beginnend mit den ersten und meist besonders kostenaufwändigen Vorbereitungshandlungen bis zu deren Abschluss.

Das von ihm selbst im Baugesetzbuch gesetzte Verfahren muss der Gesetzgeber auch bei einer Novellierung des EEG im Auge behalten, insbesondere also die im BauGB genannten Fristen beachten. Bei der bisherigen Fassung des Gesetzentwurfs zum EEG verstrickt sich der parlamentarische Gesetzgeber in einen Selbstwiderspruch: Er zwingt den Unternehmer mit dem erhobenen Zeigefinger der rechten Hand per BauGB dazu, bestimmte Verfahrensschritte und deren Fristen einzuhalten, um ihn mit der linken Hand des EEG daran zu hindern, eben diese baurechtlichen Vorgaben zu beachten. Dies aber verstößt gegen das vom Bundesverfassungsgericht seit längerem in ständiger Rechtsprechung betonte Prinzip der Folgerichtigkeit staatlichen Handelns und ist damit verfassungswidrig.

Hieraus folgt, dass das Datum der letztmöglichen Inbetriebnahme vom 30. Juni 2012 auf einen wesentlich späteren Zeitpunkt verschoben werden muss. Als frühestmöglicher Zeitpunkt kommt insoweit der 31.12.2012 in Betracht.

Abschließend verweisen wir auf die Zusammenfassung der Ergebnisse des beigelegten Rechtsgutachtens (ab Seite 65). Die vorgenannten Ausführungen werden auch durch ein Kurzgutachten von Herrn Dr. Jörg Ritter, Partner der Kanzlei Orrick nochmals ausdrücklich bestätigt. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt der **Bundesverfassungsgericht-Präsident a.D. Herr Prof. Hans-Jürgen Papier in seiner vorläufigen Beurteilung des aktuellen EEG-Gesetzentwurfs (EuWID, 7.3.2012, in Anlage beigelegt)**. Beide Gutachten sind dieser Stellungnahme ebenfalls in der Anlage beigelegt.

Vorschlag:

- **Der von den Koalitionsfraktionen vorgeschlagene Stichtag 1. März für das Vorliegen eines Aufstellungsbeschlusses ist akzeptabel. Allerdings sollten alle Anlagen, die noch vor dem 31. Dezember 2012 in Betrieb gehen, nach aktuell geltendem EEG vergütet werden. Selbstverständlich ist die Absenkung in Höhe von 15 % für Inbetriebnahmen ab dem 1. Juli 2012 zu berücksichtigen.**

- 2. **Keine Begrenzung der Anlagengröße – Vergütung von systemstabilisierenden Funktionen von Solarkraftwerken**

Mit den vorgeschlagenen massiven Einschnitten in das PV-Großanlagensegment bliebe der dringend notwendige weitere Ausbau der netzstabilisierenden Funktion von PV-Großkraftwerken ungenutzt. Solarkraftwerke übernehmen bereits heute Aufgaben der Netzstabilisierung. Die Erbringung von Systemdienstleistungen durch PV-Anlagen ist Stand der Technik und zur schrittweisen Ersetzung von Must-Run-Kapazitäten konventioneller Kraftwerke durch Wind- und Solarkraftwerke unverzichtbar. Durch die Investition in moderne Wechselrichter wird eine aktive Bereitstellung von Blindleistung unabhängig der aktuellen Leistung ermöglicht und die Spannung im Netz stabilisiert.

Die mit dem EEG 2010 umgesetzten und u.a. im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und FDP beschlossenen Anreize für die Errichtung von PV-Anlagen auf vorbelasteten Flächen wären nach den aktuellen Vorschlägen der Bundesregierung nicht mehr gegeben. Damit entfallen die seitens der Kommunen dringend benötigten finanziellen Mittel zur Durchführung von Dekontaminierungsarbeiten der Konversionsflächen. Außerdem ist es im Interesse der Kommunen, die Potenziale der Dekontaminierung bestehender vorbelasteter Flächen voll auszuschöpfen. Eine Größenbegrenzung stünde diesen kommunalen und ökologischen Interessen entgegen.

Durch die Einführung einer Größenbeschränkung würde das erklärte Ziel der Politik die Energiewende voranzutreiben ganz klar unterlaufen. Es ist zunächst richtig, dass auch PV-Dachanlagen zunächst die Energieversorgung der jeweiligen Gebäudeeigentümer unterstützen können; jedoch gibt es nach wie vor eine Vielzahl von anderen Verbrauchern wie Industriebetriebe oder Wohngebäude in Ballungszentren, die aus technischen Gründen nicht die Möglichkeit der „Eigenversorgung“ über ein PV-Dachsystem haben. Um auch hier die Energieversorgung darzustellen, bedarf es des Ausbaus von PV-Großkraftwerken, um vor allem auch der Industrie und den Verbrauchern eine kostengünstigere Lösung anzubieten. Dies gilt vor allem für die Zeiten, wenn nicht ausreichend Windenergie zur Verfügung steht.

Aus den genannten Gründen können Freiflächen-Solarkraftwerke zu einer deutlichen Reduzierung des notwendigen Netzausbaus beitragen.

Wir unterstützen daher auch die Forderung von Herrn Josef Göppel, MdB, für Solarkraftwerke eine Vergütung in Höhe von 1ct/kWh für die Bereitstellung von Systemdienstleistungen (in Form der Bereitstellung von Blindleistung tagsüber und nachts) zu zahlen. Hierfür sind keine wesentlichen Mehrinvestitionen beim Bau eines Solarkraftwerkes erforderlich. Jedoch entstehen bei der Bereitstellung von Blindleistung in den Wechselrichtern Verluste. Ebenso erhöht die Bereitstellung den Standby-Verbrauch, da die Wechselrichter nachts nicht mehr vom Netz getrennt werden können. Der Betrag von 1Cent/kWh wird hier als fair angesehen, jedoch ist die zeitliche Beschränkung auf 2013 zu kurzfristig gedacht.

Abschließend erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass das beigefügte Gutachten von Frau Prof. Leisner-Egensperger ebenfalls zur Einführung der 10 MW_p Grenze wie folgt verfassungsrechtliche Bedenken anmeldet:

Die Beendigung der Stromvergütung für größere Solaranlagen wirft, unabhängig von der Rückwirkungsproblematik, Verfassungsfragen auf im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot (Art 3 Abs. 1 GG). Der Gesetzgeber kann zwar Kategorien von Förderungsempfängern bilden und diesen unterschiedliche Leistungen im Wege der Stromvergütung erbringen. Er muss sich dabei aber an sein eigenes Gesamtkonzept der Solarstromförderung halten. Daher hat er Förderungsunterschiede in ihren Auswirkungen näher darzustellen und sodann zu begründen. Daran fehlt es bei der Novelle. Unsachliche Differenzierungen, etwa politischer Art, nach der Zahl der „Betroffenen“, rechtfertigen sich schon deshalb nicht, weil bei diesem Begriff auch die Gefahren für Arbeitsplätze im Herstellerbereich und für die unternehmerisch-industrielle Struktur in Deutschland zu berücksichtigen sind. Die Novelle begegnet also auch unter diesem Gesichtspunkt, unabhängig von der Rückwirkung, erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Aus den vorgenannten Ausführungen ergeben sich somit folgende Vorschläge:

- **Erhaltung der Vergütungsfähigkeit von PV-Anlagen über 10 MW**
- **Volle Vergütung des erzeugten Stroms, um Anreize für die Bereitstellung netzstabilisierender Leistungen zu schaffen**

3. Anpassung der Vergütungsabsenkung für Freiflächen-Solarkraftwerke in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen

→ Mit den gemäß EEG 2012 erreichten 15 Cent/kWh bewegen sich PV-Anlagen auf Freiflächen bereits am Rande der Wirtschaftlichkeit

→ Die Absenkung sollte weiterhin prozentual erfolgen, um große Anlagen nicht überproportional zu belasten

→ Nicht vergüteter Strom sollte jederzeit handelbar sein (nicht wie aktuell rein auf Monatsbasis)

Die vorgeschlagene Einmal-Absenkung ist deutlich zu hoch und würde dazu führen, dass PV-Großkraftwerke über 1 MW nicht mehr wirtschaftlich darstellbar wären. Bereits ohne weitere Vergütungsabsenkung hätten Freiflächenanlagen in diesem Jahr Vergütungssätze von 15 Cent/kWh erreicht und befänden sich somit bereits am Rande der Wirtschaftlichkeit. Sie sind die mit Abstand kostengünstigste solare Erzeugungstechnologie und wirken sich kostendämpfend auf die EEG-Umlage aus.

Darüber hinaus würden PV-Großkraftwerke durch den Vorschlag eines fixen monatlichen Abschlags von 0,15 Cent/kWh zusätzlich gegenüber kleineren Anlagen schlechter gestellt.

Die Verpflichtung der Anlagenbetreiber, 10% des produzierten PV-Stroms über die Börse direkt zu vermarkten, reduziert die Wirtschaftlichkeit dieser Anlagen zusätzlich. Der nicht vergütete Stromanteil kann nicht wie bei Dachanlagen zu attraktiven wirtschaftlichen Bedingungen selbst genutzt werden, sondern muss zu Börsenpreisen am Markt verkauft werden. Der aktuelle Mechanismus, das EEG nur auf monatlicher Basis zu verlassen und in die Direktvermarktung zu wechseln, steht einem freien Marktzugang allerdings entgegen. Noch dazu verfügt die Stromwirtschaft nicht über geeignete Infrastrukturen um eine freie Vermarktung des Stroms abzurechnen

Nur PV-Großkraftwerke werden nach Ablauf des Vergütungszeitraums und nach dem Repowering zu Marktpreisen langfristig günstigen Strom über die Strombörse bereitstellen und so die Verbraucher zukünftig deutlich entlasten (siehe Graphik).

Vorschläge:

- **100% Vergütung bei Großanlagen ohne Eigenverbrauchsmöglichkeit**
- **Beibehaltung des prozentualen Degressionsmechanismus und Einführung einer monatlichen Degression von 0,5%/Monat ausgehend von einer Vergütung von 15 Cent/kWh**
- **Schaffung der freiwilligen Möglichkeit bei der Direktvermarktung, das EEG im Viertelstundentakt zu verlassen, um sich somit dem Takt des freien Strommarktes anzupassen**

Papier kritisiert „schonungslos abrupte Radikalität“ der geplanten Solarkürzungen

BVerfG-Präsident a.D. beleuchtet auf Konferenz Zielkonflikte der Energiepolitik

Die Kürzung der Solarförderung in der aktuell diskutierten Form wirft verfassungsrechtliche Fragen auf. „Auch wenn nach Lage der Dinge niemand auf die Dauerhaftigkeit der staatlichen Förderung vertrauen kann - die schonungslos abrupte Radikalität der jetzt geplanten Änderung erscheint mir verfassungsrechtlich nicht in jeder Hinsicht unproblematisch“, sagte der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Prof. Hans-Jürgen Papier, im Rahmen der Jahrestagung des Forums Contracting in der vergangenen Woche in Frankfurt am Main. Papier betonte gleichwohl, dass eine endgültige verfassungsrechtliche Beurteilung derzeit nicht möglich sei, da das Gesetzgebungsverfahren gerade erst angelaufen sei.

Papier beleuchtete den Zielkonflikt zwischen dem Vertrauensschutz für den privaten Investor und dem Interesse des Staates, den Rechtsrahmen für erneuerbare Energien fortzuentwickeln. Vor allem im Bereich der erneuerbaren Energien stelle sich vermehrt die Frage des Investitionsschutzes, sagte Papier. Private Investoren könnten sich grundsätzlich auf den Schutz des Vertrauens in den Fortbestand des Rechts stützen.

Die Ankündigung der Bundesregierung, die Förderung von Solaranlagen bereits ab dem 9. März 2012 einmalig deutlich stärker als bislang vorgesehen zu kürzen, stellte Papier als aktuelles Beispiel für einen entsprechenden Zielkonflikt dar. Laut Papier berührten die geplanten Maßnahmen die grundrechtlich geschützten Interessen von Anlagenbetreibern, die im Vorfeld der geplanten Kürzungen Investitionen im Vertrauen auf den Fortbestand der Einspeisevergütung getätigt hätten. Der Geschäftsführer eines ostdeutschen Unternehmens verdeutlichte diese Problematik.

Sein Unternehmen sei seit 15 Monaten mit der Planung eines 30-Mio.-€-Solarparks beschäftigt. Die Errichtung soll im Mai/Juni abgeschlossen sein, ein erster Anlagenteil soll im April ans Netz. Beides fällt indes zeitlich hinter den Stichtag 9. März, nach dem laut Gesetzentwurf Solarparks mit einer Leistung ab 10 MW keine Vergütung mehr erhalten sollen.

Papier forderte bei der Gestaltung der gesetzlichen Regelung eine Lösung mit Augenmaß. Dabei könnten Übergangs- und Härtefallregelungen eine Rolle spielen. Dazu gebe es von Seiten der Fraktionen und Bundesländer entsprechende Signale, wengleich Bundesumwelt- und Bundeswirtschaftsministerium in ihrem Entwurf zur Verwunderung vieler Beobachter auf entsprechende Instrumente verzichtet haben.

Bei der Bewertung der ‚Schutzwürdigkeit‘ des Vertrauens der Anlagenbetreiber müsse allerdings auch der besondere Charakter der Förderung im Bereich der erneuerbaren Energien berücksichtigt werden. Im EEG selbst sei die Zielsetzung festgehalten, der zufolge die erneuerbaren Energien mittel- und langfristig Wettbewerbsfähigkeit auf dem Energiemarkt erreichen und sich ohne finanzielle Förderung auf dem Markt behaupten sollen. Dass der Gesetzgeber zur Erreichung dieses Ziels den Kostendruck auf die Stromproduzenten regelmäßig erhöhen müsse, sei somit für die privaten Investoren zu erwarten gewesen, sagte Papier. „Letztlich wird die notwendige Abwägung dieser gegenläufigen Belange freilich nach einer Lösung mit Augenmaß verlangen, die sich weder einseitig auf den Schutz des Vertrauens von Investoren beruft noch ausschließlich auf die energiepolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers pocht.“ □

Anhörung zum hessischen Energiezukunftsgesetz eröffnet

Das Kabinett der hessischen Landesregierung hat die Anhörung der Verbände zu einem neuen „Energiezukunftsgesetz“ beschlossen und damit das Gesetz auf den Weg gebracht. Das teilte das Landesumweltministerium in Wiesbaden mit. „Mit dem Gesetz schreiben wir die im Energiegipfel vereinbarten Ziele für das Land fest“, sagte Umweltministerin Lucia Puttrich (CDU). Das sei ein wichtiger Schritt für eine sichere, bezahlbare, umweltfreundliche und gesellschaftlich akzeptierte Energieversorgung bis 2050.

Das Gesetz nennt als Ziele die Deckung der Energieversorgung zu möglichst 100 Prozent bis zum Jahr 2050 aus erneuerbaren Energien. Zudem soll die Sanierungsrate im Gebäudebestand auf mindestens 2,5 bis 3 Prozent steigen. Darüber hinaus strebt das Gesetz Windvorrangflächen in einer Größenordnung von 2 Prozent der Landesfläche an. Nach Angaben des Ministeriums soll der Entwurf nach Anhörung der Verbände und einer zweiten Befassung im Kabinett voraussichtlich Ende Mai in den Landtag eingebracht werden.

Das Gesetz sei ein wichtiger Bestandteil des Umsetzungskonzeptes der Landesregierung, so Puttrich. Es passe die Fördertatbestände an die modernen Formen der Energieversorgung an und sehe die Förderung von Maßnahmen zur Steigerung der Akzeptanz und der Informationsvermittlung vor. „Mit Anreizen und nicht mit Regulierungen zum Ausbau der erneuerbaren Energien oder zum Energiesparen werden wir die Energiewende schaffen“, so Puttrich. Außerdem werde ein Monitoring eingerichtet, das die Energiewende in Hessen begleitet und überwacht. Insgesamt 80 Mio. € stünden für Maßnahmen zur Verfügung, die in diesem Jahr starten.

Im November hatte der überparteiliche Energiegipfel Ziele für die Zeit nach dem Ausstieg aus der Atomenergie festgelegt (EUWID 27/2011), SPD und Grüne äußerten sich skeptisch zum nun vorgelegten Entwurf. „Ein großer Wurf sieht anders aus“, sagte der SPD-Abgeordnete Timon Gremmels. „Wir werden prüfen, ob der vorgelegte Gesetzentwurf die für Hessen dringend notwendige Energiewende endlich in Gang setzen wird“, teilte die Grünen-Abgeordnete Ursula Hammann mit. Mitte Februar hatte bereits der Verband der Südwestdeutschen Wohnungswirtschaft (VDW Südwest) das Umsetzungskonzept des hessischen Energiegipfels als unzureichend kritisiert. Viele geplante Schritte seien nicht zielführend oder nicht neu und die Haushaltsmittel viel zu knapp bemessen, so der Verbandsdirektor des VdW Südwest, Rudolf Ridinger. □

AUS DEN LÄNDERN

Die Landesregierungen in **Niedersachsen** und **Bremen** wollen ihr Engagement für die Energiewende ausweiten und sich gemeinsam für ihre Interessen beim Ausbau der Offshore-Windenergie, bei der Hafenenwicklung und dem Bahnausbau einsetzen. „Wir müssen leider zur Kenntnis nehmen, dass der Ausbau der Offshore-Windenergie stockt“, sagte Bremens Bürgermeister Jens Böhrnsen (SPD) bei einem gemeinsamen Treffen in Bremen vergangene Woche. Die Förderprogramme der KfW-Bank müssten auf den Bau von Hafenanlagen und Spezialschiffen ausgeweitet werden, forderten die Regierungen.

Thüringens Wirtschaftsminister Matthias Machnig (SPD) hat das 1.000-Dächer-Solarprogramm des

Landes gegen Kritik verteidigt. Mit dem Programm werden seit Mitte 2010 vor allem kommunale Solarprojekte gefördert. 2011 seien 87 solcher Projekte unterstützt worden. Dabei gab es 1,36 Mio. € Zuschuss vom Land. „Mit einem Euro Förderung werden mehr als 11 € Investitionen angestoßen“, erklärte Machnig. „Effizienter kann Förderung nicht sein.“ Damit wehrte er sich gegen einen Prüfbericht des Rechnungshofes, wonach die Förderung zu Mitnahmeeffekten führe und der Zuschuss des Landes kein Entscheidungskriterium sei. Nach Darstellung Machnigs erfülle das Programm den Zweck, kommunale Investitionen in erneuerbare Energien anzuregen, „in hervorragender Weise“.

Herrn Geschäftsführer
Martin Zembsch
BELECTRIC Solarkraftwerke GmbH
Wadenbrunner Str. 10
97509 Kolitzheim

Dr. Jörg Ritter
Rechtsanwalt • Partner
Fachanwalt für Steuerrecht
jritter@orrick.com

Assistentin • Assistant:
Anja Schubert
aschubert@orrick.com

10. März 2012

Fehlende Verfassungskonformität der Übergangsregelungen zur geplanten Änderung des EEG

Sehr geehrter Herr Zembsch,

Sie haben uns gebeten, kurz zur Frage der Verfassungskonformität der Pläne der Bundesregierung Stellung zu nehmen, das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien („**EEG**“) zu ändern. Dabei beziehen wir uns im Folgenden auf das Ergebnis unserer verfassungsrechtlichen Prüfung des letzten Gesetzesantrags der Bundesregierung vom 23.02.2012, gebilligt am 02.03.2012, basierend auf einem Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und FDP („**EEG-Entwurf**“):

1. Der EEG-Entwurf sieht in Art. 7 das (ggfs. rückwirkende) Inkrafttreten der Änderungen des EEG zum 01.04.2012 vor. Mit der Änderung sollen u.a.
 - der Anteil von (Freiflächen-)Anlagen der eine Leistung von 10 MW übersteigt, überhaupt nicht mehr gefördert,
 - der Inbetriebnahmebegriff (§ 3 Nr. 5 EEG-Entwurf) geändert und
 - die Einspeisevergütung einmalig und im Folgenden kontinuierlich erheblich abgesenkt werden.

Die Übergangsregelung nach § 66 Abs. 18, 18a EEG-Entwurf besagt, dass die neuen, abgesenkten Sätze der Einspeisevergütung zwar auch noch für den Leistungsanteil von Freiflächenkraftwerken über 10 MW gewährt werden, soweit der Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan vor dem 01.04.2012 und die Inbetriebnahme bis zum 30.06.2012 erfolgt. Jedoch ist diese Übergangsregelung in keiner Weise ge-

eignet, den bereits in Umsetzung befindlichen Freiflächenanlagen mit einer Kapazität von über 10 MW eine angemessene Übergangsfrist zu gewähren, da mit einer Planungszeit unter Berücksichtigung der baurechtlichen Vorgaben von mehr als 8 Monaten und einer Bauzeit von über 5 Monaten gerechnet werden muss. Zudem verlängert sich die Zeitspanne bis zur Inbetriebnahme durch die geplante Definitionsänderung im EEG-Entwurf. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass diese Freiflächenanlagen nahe ausschließlich auf sog. Konversionsflächen i.S.d. § 32 EEG errichtet werden können, also auf meist erheblich (mit Altlasten) verunreinigten Flächen.

2. Grundsätzlich kann zwar die Einspeisevergütung als staatliche Subvention jederzeit durch Gesetz geändert, abgesenkt oder aufgegeben werden; dabei sind jedoch die verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen der Begünstigten zu beachten.
3. Die Art, wie die Änderungen gesetzlich erreicht werden sollen, insbesondere der kurzfristige Eintritt der Rechtsfolgen der Neuregelung, verstößt jedoch nach unserer Prüfung gegen grundrechtsgeschützte Rechtspositionen vor allem der Hersteller von Solaranlagen. Insbesondere der grundrechtlich garantierte Vertrauensschutz der Hersteller (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG) und damit zugleich deren Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufs- und Gewerbefreiheit) sowie Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG (Schutz des Privateigentums) werden schwerwiegend und evident verletzt:
 - a. Zum einen beinhaltet die beabsichtigte Neuregelung eine **unzulässige echte Rückwirkung**, da sie – wie in dem EEG-Entwurf eingeräumt – bereits vor dem grundgesetzlich vorgesehenen Zeitpunkt in Kraft treten soll (Art. 7). Dies verstößt gegen das grundsätzliche Verbot der echten Rückwirkung. (vgl. nur von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Auflage 2010, Art. 20 Rn. 294 ff. m.w.N.).
 - b. Zum anderen entfaltet der EEG-Entwurf **eine unechte Rückwirkung**. Das Vertrauen der Anlagenersteller in einen Fortbestand der bisherigen Subventionsregelung hindert zwar grundsätzlich nicht deren Änderung für die Zukunft, soweit diese unter Beachtung einer angemessenen Übergangsregelung nach Inkrafttreten der Änderungen wirksam werden. Konkrete Rechtspositionen dieser Betroffenen dürfen jedoch keinesfalls entwertet werden (dazu ausführlich BVerfG NJW 2010, 3634 (3636 f.)). Dies wäre hier jedoch in einer unzumutbar belastenden Weise der Fall; es wird das von den Betroffenen durch wirtschaftliche Dispositionen bereits betätigte Vertrauen in die bisherige Subventionsgestaltung verletzt. Die ursprüngliche Förderung wollte Anreize zur

Produktion und Betrieb von Solarkraftwerken schaffen; dieses Motiv wurde, gerade durch das Verhalten der Betroffenen, realisiert. Die Anlagenersteller haben Grundstücke erworben, Bauplanungsverfahren angestoßen, Bauanträge gestellt, Einspeiseverträge u.ä. geschlossen und die notwendigen Anlagen, insbesondere Solarmodule, erworben und Mitarbeiter eingestellt, um – mit Hilfe der Subventionen – wirtschaftlich handeln und diese Investitionen sinnvoll nutzen zu können. Jede Subventionsänderung muss also – mindestens – in einer Weise erfolgen, dass die Betroffenen diese Aufwendungen nicht nutzlos getätigt haben. Andernfalls werden ihre getätigten Dispositionen rückwirkend sinnlos und ihr wirtschaftlich erfolgreicher Einsatz unmöglich gemacht. Dies stellt eine Verletzung ihrer Berufs-/Gewerbefreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) dar. Ihr Eigentum an den bereits dazu angeschafften Betriebsmitteln wird – auch im Einzelnen – entwertet; dies verletzt sie in ihrem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.

4. Es bestehen **keine Rechtfertigungsgründe**, die dem Vertrauensschutz ausnahmsweise vorgehen würden, da etwaige vorrangige öffentliche Belange nicht vorliegen (vgl. BVerfGE 101, 239 (263 f.); 122, 374 (394 f.)):
 - a. Erstens mussten Betroffene nach der Geltungsdauer der bisherigen Subventionsregelung, die inhaltlich längerfristig angelegt war, nicht mit derart kurzfristiger, schwerwiegender Absenkung und so engen Fristsetzungen rechnen.
 - b. Zweitens reicht das Motiv, staatliche Mehreinkünfte zu erzielen, als Begründung verfassungsrechtlich nicht aus (BVerfGE 105, 17 (45); BVerfG NJW 2010, 3634 (3637)). Eine „Korrektur offensichtlicher Fehlsubventionierung“ war in solcher Übereilung nicht geboten; dieses Interesse wirkt hier jedenfalls nicht schwerer als das Vertrauen der Betroffenen. Dasselbe gilt für einen Versuch, einem etwaigen „Missbrauch durch rasche Erfüllung bisheriger Subventionsbedingungen“ zu begegnen. Letzteres ist nicht Missbrauch, sondern Ausnutzung von durch ein Gesetz gewährten Vorteilen. Bei großen Anlagen kommt ein Missbrauch in diesem Sinne im Hinblick auf die Langfristigkeit entsprechender Dispositionen ohnehin nicht in Betracht. Für die Zukunft kann es – unter ausreichender Fristsetzung – geändert werden, nicht aber in einem übereilten, nicht einmal das verfassungsrechtlich geforderte Inkrafttreten des Gesetzes einhaltenden Verfahren.
6. Die Verfassungsverletzungen des Vertrauensschutzes lassen sich nur vermeiden, wenn ein – etwa erforderliches – Änderungsgesetz ausreichende Übergangsperioden

zum Auslaufen der bisherigen Subventionierung vorsieht. Den betroffenen Anlagen-erstellern muss es insbesondere möglich sein, Grundstücke, die sie im Vertrauen auf die Subventionierung erworben haben, noch wirtschaftlich sinnvoll einzusetzen. Die in den (baurechtlichen) Fachgesetzen vorgesehenen (Mindest-) Fristen für die Bauleitplanung und das Genehmigungsverfahren an sich können weder rechtlich noch technisch in der Zeitspanne der Übergangsregelung nach dem EEG-Entwurf bis zum 30.06.2012 gewahrt werden; sie kann daher nur verfassungswidrig sein.

7. Der EEG-Entwurf lässt die Realisierungswirklichkeit seiner Subventionen völlig außer Acht und wird offensichtlich von politischen und fiskalischen Erwägungen getragen. Solche profiskalischen Motive können jedoch nur unter Beachtung angemessener (Übergangs-) Fristen, die den rechtlichen und technischen Erfordernissen der Anlagen-erstellung und Inbetriebnahme Rechnung trägt, erreicht werden. Wenn dies zu gewissen Haushaltsbelastungen führt, sind diese als Folgen des Vertrauensschutzes hinzunehmen.
8. Die Begründung des EEG-Entwurfs trägt offensichtlich der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur notwendigen Folgerichtigkeit als Gebot für die Gesetzgebung (z.B. BVerfG, 2 BvL 1/07 vom 9.12.2008) nicht ausreichend Rechnung. Denn der Gesetzgeber muss Grundentscheidungen, die er für ein bestimmtes Rechtsgebiet getroffen hat, bei dessen näherer Ausgestaltung beachten und durchhalten; er darf sich dabei nicht mit seinem eigenen (früheren) Verhalten in Widerspruch setzen. Andernfalls gerät die Einheit der Rechtsordnung in ihren verfassungsrechtlich zu wahrenden Grundzügen in Gefahr. Die baurechtlichen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorgaben stehen dabei im Widerspruch zu den kurzen Übergangsregelungen.
9. Die Kappung der Einspeisevergütung für Freiflächenanlagen ab einer Leistung von 10 MW verstößt, unabhängig von der Rückwirkungsproblematik, gegen das Gleichbehandlungsgebot (Art 3 Abs. 1 GG). Das Gesetz kann zwar Kategorien von Begünstigten bilden und diesen unterschiedliche Leistungen im Wege der Einspeisevergütung gewähren. Dabei muss sich der Gesetzgeber aber an sein eigenes Gesamtkonzept der Solarstromförderung halten. Eine verfassungskonforme Unterscheidung zwischen Anlagen bis zu einer Kapazität von 10 MW und darüber lässt sich nicht erkennen.
10. Das Bundesverfassungsgericht könnte, wenn es zum Schutz vorbezeichneter Rechte von Betroffenen erforderlich ist, durch Einstweilige Anordnung (§ 32 Abs. 1, 6 BVerfGG) die Fortsetzung des Gesetzgebungsverfahrens verbieten. Sollte das Ge-

setz bereits in Kraft getreten sein, kann das Gericht seine Anwendung untersagen, bis es eine Entscheidung über eine entsprechende Verfassungsbeschwerde von Betroffenen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a i.V.m. §§ 90 ff. BVerfGG) getroffen hat.

Die vorgenannten Ergebnisse werden auch getragen von dem durch Frau Professor Dr. Anna Leisner-Egensperger, Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, erstellten Gutachten vom 9. März 2012 zur Frage einer verfassungswidrigen Rückwirkung und der Einstellung der Förderung großer Anlagen .

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung und verbleiben

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Jörg Ritter
Rechtsanwalt

Thomas Strassner
Rechtsanwalt

**Rechtsfragen des Gesetzes(antrags) zur
Änderung des Gesetzes für den Vorrang
Erneuerbarer Energien
(Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG)
vom März 2012**

**Insbesondere zur Frage einer verfassungswidrigen
Rückwirkung und der Einstellung der Förderung
großer Anlagen**

von

Professor Dr. Anna Leisner-Egensperger,
Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und
Steuerrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Carl-Zeiss-Strasse 3

07 743 Jena

INHALTSVERZEICHNIS

| | Seite |
|--|-------|
| A <u>Sachverhalt, Fragestellung</u> | 5 |
| I. Die geplante EEG-Novelle | 5 |
| 1. Der Gesetzesentwurf (GE) | 5 |
| 2. Auswirkungen auf die Anlagenherstellung | 7 |
| II. Die Auswirkungen der Novellierung auf die Anlagenhersteller | 8 |
| 1. Der Ablauf der Anlagenherstellung | 8 |
| 2. Die engen Fristen für begonnene Anlagenprojekte nach der geplanten Novelle | 10 |
| 3. Andere Anlagenhersteller | 11 |
| 4. Das Beispiel der solarhybrid AG | 12 |
| 5. Schlußfolgerungen | 13 |
| III. Die (Verfassungs-)Rechtlichen Rechtsfragen | 15 |
| | |
| B <u>Rückwirkung der geplanten Novelle zum EEG</u> | 17 |
| I. Echte – unechte Rückwirkung | 17 |
| 1. Rückwirkung | 17 |
| 2. Echte – unechte Rückwirkung | 19 |
| 3. Enttäushtes Vertrauen als Voraussetzung | 20 |
| 4. Abwägung der öffentlichen Belange und derjenigen der Betroffenen | 22 |
| II. Das enttäuschte Vertrauen der Anlagenhersteller – durch die Novelle beeinträchtigte private Belange | 23 |
| 1. Verletzung grundrechtlicher Schutzbereiche | 23 |
| 2. Der Verlust durch die Novellierung – die beeinträchtigten Rechtspositionen der Anlagenhersteller | 25 |

| | |
|--|-----------|
| 3. Die vertrauensschaffenden Dispositionen | 27 |
| 4. Vergleich des Falles der Rückwirkung der EEG-Novelle mit bisher entschiedenen Fällen | 29 |
| III. Gesetzgeberisches Änderungsrecht – öffentliche Belange | 32 |
| 1. Der gesetzgeberische Einschätzungsspielraum – Allgemeines | 32 |
| 2. Allgemeine Änderungsbefugnis des Gesetzgebers – Folgerichtigkeit | 33 |
| 3. Finanzielle Haushaltsgründe für die Novellierung? | 36 |
| 4. Effektivitätssicherung der Förderung – Missbrauchsverhütung, Allgemeines | 38 |
| IV. Ankündigung der Gesetzesänderung und Rückwirkung | 43 |
| 1. Die Fragestellung | 43 |
| 2. Ausschaltung des Gesetzesvertrauens durch Ankündigung der Gesetzesänderung? | 43 |
| 3. Bedenken gegen diese Vertrauensschwächung durch Ankündigung | 45 |
| 4. Der „Ankündigungseffekt“ im vorliegenden Fall | 47 |
| V. Die Ergebnisse der Überprüfung der Novelle im Hinblick auf „echte“ und „unechte“ Rückwirkung | 49 |
| 1. Verfassungswidrigkeit wegen „echter“ Rückwirkung | 49 |
| 2. Verfassungswidrigkeit wegen unechter Rückwirkung | 50 |

| | |
|---|----|
| C. <u>Die Absenkung der Stromvergütung bei größeren Solaranlagen: Gleichheitsproblematik</u> | 51 |
| I. Fragestellung | 51 |
| II. Kriterium der Förderung und Gleichheitsgebot | 53 |
| 1. Die fehlende Begründung für Differenzierungen nach Anlagengröße | 53 |
| 2. Unsachliche Erwägungen | 54 |
| | |
| D <u>Rechtsbehelfe der Auftraggeberin gegen die Novellierung</u> | 56 |
| I. Verfassungsbeschwerde | 56 |
| II. Einstweilige Anordnung (§ 32 BVerfGG) | 57 |
| | |
| Anhang | 60 |
| I. Neueste Entwicklungen | 60 |
| II. Leitlinien für eine künftige Regelung des Gegenstandes der Begutachtung | 61 |
| | |
| Gesamtergebnis | 63 |
| | |
| Ergebnisübersicht 1 bis 16 und Gesamtergebnis | 65 |

Die Solarkraftwerke GmbH, Wadenbrunnerstraße 10, 97509 Kolitzheim hat um die Erstattung eines Rechtsgutachtens gebeten, in dem die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzesantrags der Bundesregierung (BMWi/BMU vom 23.02.2012) geprüft werden soll. Dieser hat eine durchgreifende Änderung des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes (EEG) zum Gegenstand. Die Novellierung betrifft tiefgreifende Änderungen der Gesamtkonzeption der Förderung der Gewinnung von Solarenergie, wie auch zahlreiche und weitreichende Änderungen des EEG im Einzelnen.

A. Sachverhalt, Fragestellung

I. Die geplante EEG-Novelle

1. Der Gesetzesentwurf (GE)

a.) Der Referentenentwurf vom BMWi und BMU ist inzwischen am 02. März 2012 von der Bundesregierung gebilligt und verabschiedet worden, er soll in diesen Tagen ins Gesetzgebungsverfahren eingebracht werden.

Der GE soll der Verwirklichung der Ziele der EU-Effizienzrichtlinie dienen (Referentenentwurf S. 1 f.), einer hohen Flexibilität von staatlichen Förderungsmaßnahmen zur Steigerung der Gewinnung und des Einsatzes erkennbarer Energien, insbesondere der Solarenergie. Dies sollte schon mit dem bisher geltenden EEG erreicht werden, auf der Grundlage eines längerfristigen staatlichen Förderkonzepts. In verhältnismäßig langen Zeiträumen sollte dieses sicherstellen

- steigende Einsatzmöglichkeit erneuerbarer Energien,
- bei gleichzeitigem Abbau der, zu Beginn erheblichen, staatlichen Förderung.

b.) Diese staatliche Förderung wird vor allem im Wege der Vergütung von Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie gewährt. Sie wird den Erzeugern gezahlt, welche Solaranlagen betreiben, im Wege einer Umlage, welche auf den Strompreis erhoben und damit letztlich von den Stromverbrauchern getragen wird. Gewährt wird sie aber aus staatlichen Haushaltsmitteln – damit, letztlich, vom Steuerzahler. Die Vergütung schafft den Betreibern Anreize zu Bestellung und Einsatz von Solarstromanlagen und begünstigt daher das Angebot – damit die Anbieter – solcher Anlagen.

c.) Aus vielen Gründen, aber auch in Folge dieser Förderung, ist es in letzter Zeit, vor allem im Laufe des Jahres 2011, zu einer Entwicklung beim Zubau neuer Solaranlagen gekommen, in welcher der „Zubaukorridor“ erheblich überschritten wurde. Die Folge war eine bedeutsame Preissenkung bei Anlagen, die rascher fortschritt als die vorgesehene Absenkung der Förderung (vgl. GE S. 22, 39), und damit eine steigende Förderbelastung wegen erhöhtem Anlageneinsatz.

d.) Diese Entwicklung führte am Ende des Jahres 2012 zu einem erheblichen und raschen Anwachsen des Anlageneinsatzes, verursacht durch das wirtschaftlich rationale Bestreben, sich für Stromerzeugung noch die günstigeren, 2012 nach der bisherigen Rechtslage absinkenden Förderungsbedingungen zu sichern. Da eine Solarstromerzeugung die Folge war, welche nach Auffassung der Bundesregierung nicht mehr marktkonform wirkte, sah diese hier eine „Überförderung“ des Solarstroms, als Konsequenz von „Mitnahmeeffekten“, welche nach ihrer Meinung das Förderkonzept des EEG „unterlaufen“. Die Bundesregierung will daher nun mit dem GE gegensteuern, insbesondere den Zubau von Solaranlagen einschränken. Dies soll geschehen durch eine deutliche Absenkung der zu bezuschussenden Menge des jeweils erzeugten Solarstroms, sowie durch Maßnahmen, welche deren marktkonformen Einsatz zur Folge haben (sollen): Eigenverbrauch, Vermarktung. Dies wird wohl zu einer geringeren Förderbelastung führen.

e.) Die Novelle soll den Abbau der Vergünstigungen insbesondere bewirken durch eine *Neugestaltung der Kategorien* der möglichen Förderungsempfänger. Aus dem vorgesehenen § 32 Abs. 2 des GE ergibt sich, dass Solarstrom nur mehr vergütet werden soll, wenn er aus drei Kategorien kleinerer Solaranlagen kommt, die bis 10 KW, bis 1 MegaW und bis 10 MegaW produzieren. Größere Anlagen, insbesondere solche auf Freiflächen, vornehmlich auf Konversionsflächen, wird dagegen Vergütung nur mehr bis 10 MW geleistet, also nur für einen meist geringen Bruchteil des von diesen Anlagen erzeugten Stromes.

Dies wird zwar – bezeichnenderweise – nicht im GE besonders betont, ergibt sich aber aus der inhaltlichen Übersicht (S. 24 GE), sowie aus den neuen Regelungen hinsichtlich der Förderungsempfänger. Dies ist ein praktisch sehr bedeutsamer, wirtschaftlich weit über die Auswirkungen der konzeptuellen Absenkung der Förderung hinausgehender, tiefer Einschnitt.

2. Auswirkungen auf die Anlagenherstellung

Dass diese forcierte Drosselung des Einsatzes der Solarenergie Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Interessen der Hersteller von Solaranlagen haben wird, liegt auf der Hand und bedarf keiner näheren Belege: Wenn weniger Anlagen zugebaut werden sollen, weil die Anreize zum Stromeinsatz vermindert werden, so führt dies nicht nur zur Begrenzung des Anreizes, neue Anlagen einzurichten; der Wettbewerb in der Anlagenherstellung verschärft sich, Gewinnmargen/-erwartungen müssen darunter, in diesem Gewerbebereich – unter Umständen erheblich – leiden. Diese Effekte werden alle, mit wirtschaftlicher Notwendigkeit, eintreten, sie sind bereits absehbar und voraussichtlich mit erheblichen Nachteilen für Produzenten von Anlagen verbunden. Sie führen kausal auf die veränderten Förderbedingungen zurück und erweisen diese als einen *staatlichen Eingriff* in das außerstaatliche Wirtschaftsgeschehen.

Dass dieser Eingriff seinerseits wieder auf einer größeren Wirtschaftsentwicklung auf dem Strommarkt beruht, den der (Förder-) Staat seinerseits nur begrenzt beeinflussen kann, nimmt der Novellierung des EEG nicht den unstreitigen rechtlichen Eingriffscharakter, dessen Verfassungsmäßigkeit Gegenstand der nachfolgenden rechtlichen Überprüfung ist. Dass sich der GE mit diesen Auswirkungen nicht näher auseinandersetzt, sie sachlich eher zu minimieren sucht (vgl. GE S. 29/30), ändert an einem Sachverhalt nichts, der schon ganz allgemein eindeutig dafür spricht, dass hier mit erheblichen negativen Auswirkungen auf die betroffenen Anlagenhersteller zu rechnen ist.

II. Die Auswirkungen der Novellierung auf die Anlagenhersteller

1. Der Ablauf der Anlagenherstellung

a.) Die Auftraggeberin ist Herstellerin von Anlagen zur Erzeugung von Solarstrom. Sie ist ein deutsches Unternehmen, das gegenwärtig und bereits seit einiger Zeit eine bedeutsame Stellung auf dem Markt für Solaranlagen einnimmt. Es stellt derartige Anlagen in jeder Größenordnung her und beschäftigt mehr als 2.000 Mitarbeiter in Inland. Der Schwerpunkt ihrer Aktivitäten liegt jedoch auf Produktion, Bau und Einrichtung von Anlagen auf großen Freiflächen. Diese entstehen häufig auf Konversionsflächen. Sie erwirbt das Unternehmen weithin von öffentlichen Trägern, etwa frühere Flughafengelände.

b.) Um die Anlagen errichten und sodann vermarkten zu können, muss das Unternehmen hohe Summen aufwenden,

- um sich entsprechende Rechte auf den erforderlichen Flächen zu sichern, etwa durch deren Ankauf, dem Vorkaufsrechte der Gemeinde nicht im Wege stehen dürfen (§§ 24 ff. BauGB),

- um die entsprechenden Sanierungsmaßnahmen dort durchzuführen, vor allem um auf früher militärisch genutzten Flächen entsprechende Altlasten zu beseitigen; dazu muss sich das Unternehmen rechtlich verpflichten.

c.) Erst dann können die erforderlichen baurechtlichen Schritte zur Genehmigung des Baues der Anlage eingeleitet werden. Es muss das gesamte Bauleitplanungsverfahren nach §§ 1 ff. BauGB durchgeführt sein: vom Aufstellungsbeschluss (§ 2 BauGB) über die Beteiligung der Öffentlichkeit (§ 3 BauGB) und von Behörden und sonstigen Trägern öffentlicher Belange (§ 4 BauGB). Das Verfahren(sergebnis) ist unter Umständen durch Veränderungssperren abzusichern (§§ 14 ff. BauGB). Teilungen von Grundstücken können erforderlich sein (§§ 19 ff. BauGB). Unter Umständen sind Entscheidungen über Änderungen des Flächennutzungsplans zu treffen (§§ 5 ff. BauGB).

Am Ende dieses kostenträchtigen, vor allem aber langwierigen Verfahrens, mit einer Dauer von nicht selten vielen Monaten, insbesondere wegen Einwendungen Betroffener und der Notwendigkeit wiederholter Auslegung, steht der für den Beginn der Einrichtungsarbeiten erforderliche *Satzungsbeschluss* der Gemeinde (§§ 8 ff. BauGB).

Der Ablauf dieses Verfahrens kann, wie praktische Erfahrungen zeigen, in seiner zeitlichen Dimension kaum vorhergesehen werden; er nimmt häufig 12 bis 14 Monate in Anspruch.

d.) Erst nach Beendigung des Bauplanungsverfahrens kann mit dem technischen Bau der Solarstromanlage begonnen werden. Er nimmt jedenfalls bei Großanlagen mehrere Monate in Anspruch, wobei Witterungsbedingungen eine Rolle spielen sollen.

Insgesamt muss also der Hersteller solcher größerer Anlagen mit Zeiträumen mit ein bis zwei Jahren rechnen. Erst dann kann das Produkt finanziell wirksam vermarktet werden.

2. Die engen Fristen für begonnene Anlagenprojekte nach der geplanten Novelle

a.) Die Novelle sieht eine Leistung von Vergütungen für größere Anlagen nur mehr unter überaus engen Fristsetzungen vor: Die Anlage muss nach § 66 Absatz 18 und 18 a des EEG-Entwurfs zwischen dem 01. April 2012 und dem 30. Juni 2012 in Betrieb genommen werden. Der Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan muss vor dem 01. März 2012 gefasst worden sein. Die Größenbegrenzung auf 10 MW gilt nur unter diesen Voraussetzungen für diese Anlagen nicht (vgl. S. 62 der Begründung).

b.) Die Auftraggeberin hat in der zweiten Hälfte 2011 umfangreiche Vorbereitungen für größere Anlagen getroffen. Selbst wenn es ihr möglich wäre, die erforderlichen Satzungsbeschlüsse rechtzeitig herbeizuführen – die Inbetriebnahme könnte sie sicher nicht durchführen. Sie benötigt jedenfalls weit längere Zeit vom Aufstellungsbeschluss bis zur Inbetriebnahme. Frühestens Ende 2012 könnte sie die Voraussetzungen dafür erfüllen, dass sie für diese unter der Geltung des bisherigen EEG-Rechts begonnenen Vorhaben die nach der geplanten Novellierung grundsätzlich vorgesehenen Voraussetzungen dafür erfüllen kann, dass sie weiterhin Förderung durch Stromvergütungen erhält.

c.) Die Auftraggeberin sieht sich also nach der geplanten Neuregelung durch tatsächliche Unmöglichkeit gehindert, für diese größeren Anlagen die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer Förderung zu schaffen, die sie nach bisherigem Recht mit Sicherheit bekommen hätte. Sie ist daher der Meinung, ihr begründetes Vertrauen auf bisherige

Förderung werde durch die engen Fristsetzungen schwerwiegend enttäuscht, da sich die nach bisherigem Recht begründeten Erwartungen einer Förderung nun tatsächlich nicht erfüllen könnten. Sie sieht sich auch völlig außerstande, durch eigenes Verhalten dem Eintritt dieser nachteiligen Rechtsfolgen entgegen zu wirken.

d.) Die Auftraggeberin muss in Folge dessen mit einem Verlust aus Nicht-Realisierbarkeit getroffener Vermögensdispositionen in erheblicher 2-stelliger Millionenhöhe rechnen. Sie sieht darin verfassungsrechtlich unzulässige Auswirkungen einer *Rückwirkung* der Gesetzesnovelle, weil diese engen Fristsetzungen sogar schon vor Beendigung des Gesetzgebungsverfahrens in Kraft treten sollen, jedenfalls aber zur Nichtdurchführbarkeit der begonnenen Projekte führen; für diese Produktionen werden ja Stromvergütungen nicht mehr bezahlt, die Anlagen können daher nicht mehr wirtschaftlich eingesetzt werden.

e.) Für die Zukunft wird die vorgesehene Kappung der Vergütung für Produktion aus größeren Anlagen mit Sicherheit die Auftraggeberin dazu zwingen, ihre bisherige Geschäftstätigkeit radikal umzustellen. Dies wird längerfristige Planungen, auf der Grundlage bereits getätigter Investitionen, entwerten und muss zur Entlassung von Mitarbeitern im größeren Umfang führen. Auch insoweit sieht sich die Auftraggeberin in einem durch die bisherige Gesetzgebung begründeten Vertrauen enttäuscht, mit schwerwiegenden finanziellen Auswirkungen in der Zukunft.

3. Andere Anlagenhersteller

Nach den der Antragstellerin bekannten Gegebenheiten in der Herstellerbranche von Solaranlagen werden solche negativen Wirkungen auch bei zahlreichen anderen Betrieben mit Sicherheit auftreten. In nicht wenigen Fällen werden vor allem mittelständische Unternehmen zur

Einstellung ihres Betriebes gezwungen oder gar in die Insolvenz gedrängt. Dadurch wird es nach Auffassung der Auftraggeberin zu schwer absehbaren Auswirkungen auf die technologische Entwicklung der Solarbranche und auf dem Arbeitsmarkt kommen.

4. Das Beispiel der solarhybrid AG

Beispielhaft hier genannt sei die solarhybrid AG. Nach deren Ad hoc News vom 7. März 2012 haben aus Sicht des Vorstandes die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen folgende gravierende Auswirkungen auf die Ertragslage der solarhybrid AG. Im Einzelnen heißt es dazu ebenda:

„> Keine Möglichkeit der Realisierung des Großprojektes Neuhardenberg mit einer geplanten Leistung von 150 MWp, da die Leistung über 10 MWp beträgt. Zwar datiert der Aufstellungsbeschluss des Bebauungsplans auf den 16. Dezember 2011, jedoch ist die Dauer eines Bebauungsplan- und Genehmigungsverfahrens von mindestens 7 Monaten anzusetzen, so dass der Baustart für Mitte 2012 und eine Fertigstellung für Ende 2012 geplant war. Somit würde die EEG-Vergütungsfähigkeit entfallen. Dies wäre gleichbedeutend mit einem Verlust der bisher in dieses Projekt getätigten Investitionen in Höhe von ca. EUR 7,5 Mio.

> Beschränkte Möglichkeit der Realisierung des Projektes Allstedt II mit einer Leistung von unter 10 MWp.

> Keine EEG-konforme Realisierungsmöglichkeit mehr für die Projekte Belling, Allstedt III und Fürstenwalde II, Verlust der in diese Projekte getätigten Investitionen von ca. EUR 4 Mio.

> Insgesamt ist das gesamte Geschäftsmodell der solarhybrid in Deutschland in Frage gestellt, da solarhybrid aktuell ausnahmslos auf die

Projektentwicklung und –realisierung von Solarstrom-Kraftwerken mit einer Leistung von mindestens 10 MWp ausgerichtet ist.

Die vorgängig aufgeführten Auswirkungen haben weitere Auswirkungen auf die Finanzlage der solarhybrid AG wie z.B. Wegfall der Möglichkeit von Finanzierung durch Kapitalmarktmaßnahmen (Aktienkapitalerhöhungen und Ausgabe von Anleihen) oder der Möglichkeit von Finanzierungen durch Bankkredite, Reduzierung oder Verlust des Credit Ratings etc.

Diese Auswirkungen haben sich wegen der völlig unvorhersehbar drastischen und kurzfristig umzusetzenden Gesetzgebungsvorschläge der beiden Minister bereits heute (*d.h. am 7.3.2012, Einf. der Verf.*), vor der letztendlichen, nach Abschluss des Gesetzgebungsprozesses über die EEG-Novelle, für die solarhybrid AG materialisiert.

Insbesondere erachtet der Vorstand die Umsetzung einer für die Unternehmung bedeutenden und bei Bekanntgabe des Ministerentwurfes weit fortgeschrittenen Finanzierungsmaßnahme nunmehr als gefährdet.“

Basierend auf dieser Ad-hoc-Mitteilung hat das Ratingkomitee der Creditreform Rating Agentur laut Ad-hoc-Mitteilung der solarhybrid AG vom 8.3.2012 an diesem Tag deren Rating ausgesetzt (not rated, n.r.).

5. Schlußfolgerungen

Die Auftraggeberin dieses Rechtsgutachtens ist daher der Auffassung, dass

- die Fristsetzungen (März, für den Satzungsbeschluss, Juni für die Inbetriebnahme der Anlage) in der geplanten Novellierung

wegen Verletzung des Rückwirkungsverbots verfassungswidrig sind, und dass

- der weitestgehenden Beendigung der Solarstromvergütung bei größeren Anlagen ebenfalls erhebliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Rückwirkung, aber auch wegen Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebots (Art. 3 Abs. 1 GG) entgegenstehen.

Ergebnis 1:

Die geplante EEG-Novelle soll die Förderung der Stromgewinnung aus Solarenergie erheblich einschränken, durch Absenkung der Vergütungssätze und Begrenzung der zu vergütenden Strommengen. Dadurch soll eine „Überförderung“ des Solarstroms insgesamt verhindert werden. Insbesondere soll die Förderung von größeren Solarstromanlagen weitestgehend eingestellt werden.

Diese Änderungen sollen sehr bald, unter engen Fristsetzungen, in Kraft treten. Deshalb ist ein Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelung bereits erheblich vor deren Verkündung vorgesehen. Zwar ist langfristige Absenkung der Förderung absehbar, nicht aber ein derartiger Eingriff.

Die Neuregelung hat schwerwiegende negative Auswirkungen auf Betreiber und vor allem auch auf Produzenten von Solarstromanlagen. Größere, bereits begonnene Projekte werden mangels Vergütung undurchführbar, dafür bereits getätigte Investitionen sind verloren. Betriebsorganisatorische Vorbereitungen werden entwertet, Arbeitsplätze gefährdet.

Hersteller größerer Solaranlagen sind daher der Ansicht, hier liege eine verfassungswidrige Rückwirkung vor; überdies sei die

gravierende Ungleichbehandlung von kleineren und größeren Anlagen nicht zu rechtfertigen.

III. Die (Verfassungs-)Rechtlichen Rechtsfragen

Dieser Sachverhalt wirft, aus der Sicht der Auftraggeberin wie auch anderer vergleichbar durch das Novellierungsvorhaben Betroffener, insbesondere folgende Fragen auf:

1. Liegt hier ein Verstoß gegen den Verfassungsgrundsatz des Vertrauensschutzes vor, der sich aus dem höchstrangigen Verfassungsprinzip der Rechtsstaatlichkeit ergibt (Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. auch Art. 79 Abs. 3 GG)? Der Vertrauensschutz könnte durch („echte“ oder „unechte“) Rückwirkung der EEG-Novelle verletzt sein (vgl. i. Folg. B I.).

2. Bei einer solchen Prüfung sind die Belange der betroffenen Privaten und die vom Gesetzgeber zu sichernden öffentlichen Belange gegenüberzustellen und gegeneinander abzuwägen.
 - Bei den privaten Belangen ist deren Begriff zu bestimmen und ihr „Vertrauens-Gewicht“ zu ermitteln (i. Folg. II.).

 - Hinsichtlich der öffentlichen Belange geht es um deren allgemeine Begründung, vor allem auch um ihre Rechtfertigungsgründe im Einzelnen, in ihrem Gewicht, welches ein Vertrauen der Betroffenen abschwächen kann (i. Folg. III.).

 - Besonderes Augenmerk ist einer Wirkung von – vorgängigen – „Ankündigungen“ der Wirkungen der Novellierung zu widmen, welche ein etwaiges Vertrauen der Betroffenen verhindern oder doch wesentlich abschwächen könnten (i. Folg. IV.).

3. Ob nun eine „echte“ oder eine „unechte“ Rückwirkung vorliegt, ist sodann im Lichte der Ergebnisse zu 2. zu entscheiden, und es sind im Einzelnen deren Wirkungen zu bestimmen (i. Folg. V.).
4. Zu überprüfen ist ferner, ob die Einstellung der Förderung für Solarerzeugung auf größeren Flächen, insbesondere im Freilandbereich, als solche zulässig, ob sie nicht insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) unzulässig ist (i. Folg. C).
5. Schließlich ist darzustellen, welche verfassungsrechtlichen Rechtsbehelfe Betroffenen zur Verfügung stehen, um einen etwa verletzten Vertrauensschutz zu gewährleisten (i. Folg. D). Hierbei ist besonders auf die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde einzugehen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG), sowie auf die Möglichkeit, einstweiligen Rechtsschutz nach § 32 BVerfGG in Anspruch zu nehmen.

Die Prüfung all dieser Fragen ist stets zu konzentrieren auf das Grundproblem der *Enttäuschung eines Vertrauens der Anlagenhersteller durch eine neue Gesetzgebung*. Die Möglichkeit einer solchen ist grundsätzlich unbestritten, ebenso ist es die Grundkonzeption einer Förderung der Solarenergie, wie sie bereits in der bisher geltenden Form des EEG zum Ausdruck gekommen ist. Es geht lediglich um die Verfassungsmäßigkeit der vorstehend angesprochenen Änderungswirkungen.

B. Rückwirkung der geplanten Novelle zum EEG

I. Echte – unechte Rückwirkung

1. Rückwirkung

a.) Eine Rückwirkung der Novelle liegt dann vor, wenn sie – d. h. ihr Inkrafttreten nach Art. 82 Abs. 1 S. 2 GG, also mit Verkündung des Gesetzes – *rechtliche Folgen* auslöst, die über diesen Zeitpunkt der Verkündung hinweg in die Vergangenheit wirken. Grundsätzlich ist es dabei gleichgültig, welcher Art und Schwere diese Wirkungen sind, und in welchen Formen sie im Einzelnen auftreten. Rechtlich relevante Wirkungen liegen auch in Wertveränderungen von Vermögensgegenständen i. w. S., weil sich die Werte tatsächlich stets unter gewissen rechtlichen Voraussetzungen bilden, durch deren Veränderung sie daher modifiziert werden.

b.) Diese Rückwirkung erfolgt in der Weise, dass die rechtlichen Wirkungen des Gesetzgebungsaktes, die sich ja begrifflich *erst mit dessen Inkrafttreten* entfalten können, also seine Rechtsfolgen, als solche nicht nur für die Zukunft, sondern bereits *für die Vergangenheit* eintreten sollen, meist ab einem bestimmten Zeitpunkt oder gar soweit ihre Effekte inhaltlich reichen können (Rückbewirkung von Rechtsfolgen).

Man kann die Rückwirkung aber auch dogmatisch darin sehen, dass eine Anknüpfung der Rechtsfolgen an in der Vergangenheit liegende Sachverhalte stattfinden soll (sog. tatbestandliche Rückanknüpfung von Rechtsfolgen).

Beide dogmatischen Konstruktionen sind in ihren Beurteilungen von den Senaten des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt worden¹. Etwaige Unterschiede zwischen ihnen spielen aber im folgenden Zusammenhang keine Rolle: Rechtsfolgen nach der Novelle (Einstellung der Förderung für größere Flächen) sollen bereits für die Projektvorbereitungen vor Inkrafttreten des Gesetzes (März 2012) eintreten – bzw. an diese tatbestandlichen Voraussetzungen anknüpfen. Die Rechtswirkung ist jeweils dieselbe: Entwertung der Projektdispositionen.

c.) Rückwirkung zeitigt *jedenfalls rechtliche, nicht nur tatsächliche Wirkungen*. Sie verändert rechtliche Rahmendaten der Nutzbarkeit tatsächlicher (Vermögens-)Lagen. Ob Betroffene – hier die Anlagenhersteller – (nachher) diesen Effekten entgegenwirken, sie abschwächen oder beseitigen können, hat mit der Rückwirkung als solcher nichts zu tun.

Ergebnis 2:

Unzulässige Rückwirkung könnte eine Verfassungswidrigkeit der Novelle begründen. Rückwirkung bedeutet hier, dass mit deren Inkrafttreten Rechtswirkungen – nicht tatsächliche Effekte – eintreten, welche die Recht- und Pflichtenlage zwischen betroffenen Anlagenherstellern und der Fördergewalt verändern wie sie vor dem Inkrafttreten bestand. Diese Rückwirkung kann auch darin liegen, dass wirtschaftlich wertbildende rechtliche Rahmendaten verändert werden und dies zu Wertverlusten führt.

¹ Bei der „echten“ Rückwirkung, vgl. *Sommermann, K.-P.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG, 6. A. 2010 Art 20 RN 294. Doch bei der gebotenen Weite der Fassung des Begriffs der rechtlichen Folgen (a.) gilt dies auch für die „unechte“ Rückwirkung (s. i. Folg. 2.).

2. Echte – unechte Rückwirkung

Das Bundesverfassungsgericht und mit ihm die ganze herrschende Lehre, geht in ständiger Rechtsprechung² von zwei Formen der Rückwirkung aus: *echter und unechter Rückwirkung*³.

a.) Echte Rückwirkung liegt vor, „wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift“.

Das ist hier der Fall. Die Novelle verändert rechtlich Voraussetzungen, an deren Erfüllung bisher Leistungen an die Anlagenhersteller geknüpft waren: Nach bisherigem EEG-Recht wären Stromvergütungen für Anlagen bezahlt worden, die als Projekte bereits begonnen und aufwändig (anfangs-) finanziert waren. Nach der geplanten Novellierung kann es zu einer Vergütung hier nicht mehr kommen, weil die Projekte in den enger gefassten Fristen des Gesetzes nicht mehr realisiert werden können (vgl. oben A II.). Der Vergütungsanspruch entfällt also mit Wirkung bereits vom 01.04., damit *vor Inkrafttreten der Novelle*, weil seine Voraussetzungen unerfüllbar (geworden) sind. Die Rechtsposition der Anlagenhersteller wird damit förderungsmäßig tiefgreifend verändert. Der Entwurf selbst erkennt hier eine echte Rückwirkung ausdrücklich an (vgl. S. 32).

b.) Eine *unechte Rückwirkung* liegt vor⁴, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt, damit aber zugleich die betroffene in der Vergangenheit entstandene Rechtsposition entwertet. Im hier zu prüfenden Fall wird die Stromvergütung für die Zukunft eingestellt. Dies wirkt sich auf die Aufwendungen entwertend aus, welche die Hersteller bereits getätigt haben (vgl. oben A II.) – sie sind

² Vgl. für viele BVerfG E 95, 64 (86); 101, 239 (263); 122, 374 (394 f.).

³ Vgl. BVerfG E 122, 374 (394 f.) m. Hinw. auf E 11, 139 (145 f.). Siehe aus dem neueren Schrifttum für viele *Desens, M., StuW 2011, 113 m.w.N.*

⁴ BVerfG FN 3.

wirtschaftlich schlechthin verloren; denn sie sind nunmehr ohne jeden ökonomischen Nutzen – der Hersteller bleibt auf ihnen sitzen.

Dies gilt auch insoweit, als (bis zu 10 MW) noch mit Stromvergütung zu rechnen ist. Denn wenn die Anlagen im Ganzen nicht mehr wirtschaftlich nutzbringend einsatzfähig sind, können sie auch nicht mehr vom Hersteller als solche sinnvoll vermarktet werden, er wird also keinerlei Vergütung mehr in Anspruch nehmen.

Ergebnis 3:

Zu unterscheiden sind echte und unechte Rückwirkung. Erstere verändert den Normgeltungszustand für die Vergangenheit, letztere für die Zukunft, aber mit Auswirkungen auf die Effekte auch der Normgeltung vor Inkrafttreten des rückwirkenden Gesetzes. Die Novellierung der Regelung der Gewinnung von Solarenergie entfaltet beide Rückwirkungen: echte durch Inkraftsetzung der Novelle vor dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens (Art. 82 GG), unechte durch Rechtsfolgen, die zwar nach Inkrafttreten der Novelle eintreten sollen, bestimmte Daten für Dispositionen der betroffenen Anlagehersteller nach der früheren Rechtslage aber ebenfalls verändern und damit zu Verlusten für sie führen.

3. Enttäushtes Vertrauen als Voraussetzung

a.) *Die echte Rückwirkung ist grundsätzlich unzulässig, die unechte grundsätzlich zulässig.*⁵ In beiden Fallgestaltungen muss zum Tatbestand der Rückwirkung noch der des durch sie *enttäuschten Vertrauens der Betroffenen* hinzukommen, hier der Anlagenhersteller. Nur das jeweils erforderliche *Maß des Vertrauens* begründet verfassungsrechtliche Ansprüche der Betroffenen auf Aufhebung oder Abänderung der rückwirkenden gesetzlichen Bestimmungen. Dieser *Vertrauensschutz*

⁵ BVerfG in st. Rspr. seit E 11, 139 (145 f.).

findet seine Rechtsgrundlage in der *Rechtsstaatlichkeit* (Art. 20 Abs. 3 GG). Sie bindet den Gesetzeserlass an die verfassungsmäßige Ordnung; zu ihr gehört die grundsätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung des Inkrafttretens der Norm, hier eines Bundesgesetzes, nach Art. 82 Abs. 1 GG. Zugleich verbietet dieselbe Rechtsstaatlichkeit eine *unverhältnismäßige Gesetzeswirkung*; eine solche liegt auch dann vor, wenn der Betroffene die Rechtswirkungen nicht rechtzeitig erkennen, sein Verhalten also nicht danach ausrichten kann. Dies ist ihm aber erst möglich, wenn er sie, in all ihrer möglichen Rechtswirksamkeit, zur Kenntnis nehmen kann. Vorher ist ihm die Kenntnisnahme nicht möglich, daher auch unzumutbar – rechtstaatswidrig.

b.) Entscheidend kommt es also auf das *jeweilige Ausmaß des rechtlichen Vertrauens in die bisherige Gesetzgebung an*, das durch die neue – hier die Novellierung – enttäuscht wird.

Für die *echte Rückwirkung*, welche das Gesetz grundsätzlich verfassungswidrig werden lässt, ist lediglich erforderlich:

- Ein schützenswertes Vertrauen muss überhaupt (haben) entstehen können⁶.
- Dem Schutz dürfe nicht *überragende Gemeinwohlbelange* entgegenstehen, wobei dies im Sinne des Apothekenurteils des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen ist⁷

Die erstere Alternative ist hier unzweifelhaft nicht gegeben: Die betroffenen Anlagenhersteller hätten ja völlig unsinnig, weil unwirtschaftlich gehandelt, hätten sie nicht die Stromvergütungen in ihr Kalkül einbezogen, ja sie zu seiner Grundlage gemacht. Der Gesetzgeber wollte sie ja gerade zu einem solchen Verhalten anreizen;

⁶ BVerfG E 95, 64 (86 f.); 101, 239 (263 f.); 122, 374 (394).

⁷ BVerfG E 7, 377.

es kann also nicht angenommen werden, er habe mit einem Vertrauen ihrerseits nicht gerechnet, das Motiv für ihr Handeln war.

Die *zweite Alternative* verlangt eine eingehende Überprüfung etwaiger Gründe, die selbst das so rasche Inkrafttreten der Novellierung begründen könnten (vgl. i. Folg. III.).

b.) Eine *unechte*, grundsätzlich zwar zulässige, Rückwirkung kann ebenfalls durch Verletzung eines Vertrauens verfassungswidrig werden, dass einen besonders intensiven Schutz verlangt⁸. Es kommt also auch hier auf dessen spezifische Begründung(smöglichkeiten) an (i. Folg. II.).

4. Abwägung der öffentlichen Belange und der der Betroffenen

Wenn das jeweilige Gewicht der sich gegenüberstehenden Belange festgestellt ist (i. Folg. II. III./IV.), hat eine *Abwägung* stattzufinden⁹. Hierbei ist in einer gewissen *Globalbetrachtung* der jeweils insgesamt zu betrachtenden Interessen zu verfahren.

Angesichts dieser Kriterien der verfassungsrechtlichen Beurteilung der abzuwägenden Belange muss i. Folg. jeweils im Einzelnen geprüft werden, welches Gesamtgewicht sich unter einer Reihe von Gesichtspunkten für das schutzwürdige Vertrauen Betroffener ergibt (i. Folg. II. bis IV.). Daraus sind dann abschließende Folgerungen für oder gegen die Annahme einer echten oder einer unechten Rückwirkung zu ziehen (i. Folg. V.).

⁸ BVerfG E 105, 17 (44); 109, 96 (122); BVerfG NJW 2010, 3629 (3636 f.).

⁹ BVerfG E 76, 256 (356); 97, 378 (398); 101, 239 (263); 103, 292 (403); 105, 17 (44).

Ergebnis 4:

Echte Rückwirkung ist grundsätzlich unzulässig, unechte grundsätzlich zulässig. Entscheidend ist die jeweilige Schwere der Verletzung des Schutzes des Vertrauens in die bisherige Normlage. Seine Grundlage ist das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG), welche nicht vorhersehbare Rechtsänderungen verbietet. Für echte wie unechte Rückwirkung kommt es auf das jeweilige Gewicht der Enttäuschung des Vertrauens Betroffener an. Dies ist im Einzelnen nach bestimmten Kriterien zu ermitteln und zu bewerten. Dabei sind öffentliche Belange, welche der Gesetzgeber verfolgen darf, denen der betroffenen Normadressaten gegenüber zustellen und in einer gewissen Globalität abzuwägen.

II. Das enttäuschte Vertrauen der Anlagenhersteller – Durch die Novelle beeinträchtigte private Belange

1. Verletzung grundrechtlicher Schutzbereiche

a.) Die Anlagenhersteller sind Private, welche ein Gewerbe betreiben. Sie sind darin gegenüber allen Eingriffen der Staatsgewalt grundrechtlich geschützt durch Art. 12 Abs. 1 GG (Berufs- und Gewerbefreiheit). Dieser Schutz steht hier auch dem Auftraggeber als einer inländischen Juristischen Person des Privatrechts zu (Art. 19 Abs. 3 GG). Der Schutzbereich des Grundrechts umfasst alle Dispositionen der Anlagenhersteller, welche zur Ausübung dieses Berufs erforderlich sind¹⁰ und seinem – wie immer näher zu bestimmenden – Berufsbild¹¹ zuzuordnen sind.

¹⁰ S. dazu m. Nachw. *Manssen, G.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG 6. A. 2010 Art. 12 RN 66 ff.

¹¹ *Manssen* RN 37 ff. 45 ff.

Die hier vom Auftraggeber bereits im Jahre 2011 getroffenen Dispositionen halten sich unzweifelhaft in diesem Rahmen. Wenn nun diese Projekte nicht mehr wirtschaftlich sinnvoll sind und daher nicht durchgeführt werden können, so bedeutet die Vergütungsreduktion in diesem Falle einen *Eingriff in seine Berufsausübungsfreiheit als Anlagenhersteller*: Dispositionen werden völlig wertlos. Dies lässt einen solchen Eingriff als besonders schwerwiegend erscheinen, weil dem durch kein Verhalten des Betroffenen entgegengewirkt werden kann. Die Mittel sind schlechthin verloren, buchstäblich „in den Sand gesetzt“. Die Wirkung ist die gleiche wie wenn die Mittel dem Betroffenen durch Hoheitsakt entzogen worden wären.

b.) Dem Betroffenen entsteht durch die weitestgehende Beseitigung der Stromvergütung für Großanlagen der Solarenergiegewinnung ein *schwerer Eigentumsschaden*: Die Grundstücke, welche er im Vertrauen auf den Fortbestand der Vergütungsregelung angeschafft hat, kann er zu dem Zweck wirtschaftlich nicht mehr nutzen, zu welchem er sie erworben hat. Damit wirkt sich die Novellierung als eine *rückwirkende Nutzungssperre* aus, die zugleich einen schwerwiegenden Wertverlust bringt. Dadurch ist der Anlagenhersteller in seinem Eigentumsrecht an für sein Unternehmen wesentlichen Betriebsmitteln verletzt (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG). Selbst wenn man davon ausgeht, dass es ein verfassungsgeschütztes *Eigentum am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht gibt*¹², so schließt dies nur ein Eigentum an der „Zusammenfassung der Betriebsmittel im Betrieb“ aus, nicht die mögliche Verfassungswidrigkeit von Eingriffen in das Eigentum an einzelnen Betriebsmitteln. Der Anlagenunternehmer ist insoweit hier in seinem Eigentumsgrundrecht verletzt.

c.) Diese beiden Grundrechte (Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) sichern für den Betroffenen einen Schutzbereich, dessen Verletzung er

¹² Vgl. dazu BVerfG E 58, 300 (353); s. auch E 96, 175 sowie BVerfG (K) NJW 2005, 589 (590).

verfassungsgerichtlich geltend machen kann¹³. Damit ist zugleich deutlich, dass es sich im vorliegenden Fall bei den Rechtspositionen der durch eine Vertrauensverletzung Betroffenen um *hochrangige Belange* handelt, nicht um irgendwelche marginalen Interessen an der rechtzeitigen Erkennbarkeit normativer Regelungen.

Ergebnis 5:

Die Anlagenhersteller sind durch die weitgehende Beendigung der Stromvergütung für Größere Solaranlagen in ihrem grundrechtlichen Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG verletzt, da wesentliche betriebliche Dispositionen ihrerseits rückwirkend nicht mehr über Projektrealisierung zum Erfolg führen können. Betroffen sind sie auch in ihrem eigentumsrechtlichen Schutzbereich: wichtige Betriebsmittel, insbesondere für den Anlagenbau angeschaffte Grundstücke, können nicht mehr genutzt werden. Mit dieser Nutzungssperre geht ein massiver Wertverlust einher. Dies zeigt den hohen normativen (Grundrechts-)Rang der privaten Belange, welche den Vertrauensschutz der Betroffenen tragen.

2. Der Verlust durch die Novellierung – die beeinträchtigten Rechtspositionen der Anlagenhersteller

a.) Die geplante Novellierung greift in „*konkret verfestigte Vermögenspositionen*“ der Anlagenhersteller ein, sie beeinträchtigt nicht nur mehr oder weniger unsichere Gewinnchancen, *Möglichkeiten der Gewinnerzielung* durch sie. Die Hersteller hatten *vollkonkretisierte Projekte* bereits auf den Weg gebracht, die sie nun nicht mehr durchführen können, und zwar ausschließlich wegen des staatlichen Eingriffs in die bisherige Vergütungsregelung für größere Anlagen. Damit betrifft die Änderung, die nun derart vorgezogen werden soll, eine sogenannte „*konkret verfestigte Vermögensposition*“, welche ein

¹³ Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG – Verfassungsbeschwerde; vgl. unten D.

schutzwürdiges Vertrauen begründet¹⁴; durch diesen Begriff werden die „privaten Belange“ deutlicher, aber auch fester bestimmt als bisher. Die Anbindung des Vertrauensschutzes an bereits getätigte Grundstücksdispositionen, damit besonders eindeutig bestimmbare Vermögensgegenstände, zeigt das spezielle, eben konkretisierte Vertrauensgewicht der Verletzungen, welche die Antragssteller durch die Novelle zu erwarten haben.

b.) Diese Beeinträchtigung ist *objektiv feststellbar* und sie tritt allein als Gesetzesfolge ein, nicht als Ergebnis irgendwelcher subjektiver Verhaltensweisen, Beurteilungen und Bewertungen der Betroffenen. Seitdem die entsprechenden Dispositionen getroffen wurden, ist dieser Nachteil in seinen weiteren Wirkungen *unabhängig von Motivationen*, Absichten, aber auch Einflussnahmemöglichkeiten der Anlagenhersteller¹⁵. Diese können durch ihr subjektives Verhalten, keinerlei Einfluss, auf den Gegenstand und den Umfang ihres Vertrauensverlustes nehmen. Aus welchen Motivationen sie ursprünglich diese Vermögensgegenstände angeschafft haben, damit die privaten Belange entstanden sind, spielt nun keine Rolle mehr für die Beurteilung des Vertrauensschutzes. Jedenfalls waren dies Überlegungen, die sich durchaus im Rahmen gesetzlicher Förderungsmotivationen hielten, welche ja gerade zu ihnen anreizen sollten.

c.) Die konkreten Vermögenspositionen der Anlagenhersteller, welche den Gegenstand ihres Vertrauens in die bisherige Rechtslage darstellen, sind auch nicht etwa maßgeblich durch *staatliche Beiträge erst entstanden*¹⁶. Sie sind vielmehr Ergebnis freier privater Entscheidung in einer Marktwirtschaft und dürfen nicht beliebig durch Veränderung der Förderungslage rückwirkend entzogen werden. Die staatliche Fördergewalt kann sich jedenfalls darauf nicht berufen; nachdem sie

¹⁴ So die neueste Rechtsprechung des BVerfG NJW. 2010, 3634 (3636).

¹⁵ Vgl. FN 13.

¹⁶ Vgl. dazu BVerfG E 95, 64 (92), unter Hinw. auf E 48, 403 (416).

selbst zu diesem privaten Verhalten Anreize geboten hat, würde sie schwerwiegend gegen das rechtsstaatliche Prinzip der Folgerichtigkeit (vgl. unten III., 3., 2) verstoßen, wenn sie nun ihr, das entgegenstehende Vertrauen verletzendes Verhalten auf diesem Weg rechtfertigen wollte.

Ergebnis 6:

Der durch die Novellierung drohende Verlust bezieht sich auf eine „greifbare Vermögensdisposition“ der Anlagenhersteller, welche in den begonnenen Projekten bereits „konkret verfestigt“ war, wie es die neueste Verfassungsrechtsprechung verlangt. Dies alles ist objektiv feststellbar. Frühere Motivationen der Anlagenhersteller spielen keine Rolle mehr und waren übrigens gesetzeskonform, ja vom Gesetzgeber sogar gewünscht. Die Positionen sind auch nicht durch „Zutun der Fördergewalt“ entstanden, sondern Ergebnis freier privater Entscheidung in einer Marktwirtschaft.

3. Die vertrauensschaffenden Dispositionen

a.) Die Anschaffungen, Sanierungsaufwendungen und die übrigen Projektvorbereitungen der Antragssteller stellen wirtschaftlich gesehen *Investitionen* in ihre Geschäftstätigkeit, in ihren Betrieb als Grundlage derselben dar. Sie betreffen nicht ein „allgemeines gewinnorientiertes Verhalten“, sondern konkrete Geschäftstätigkeiten. Ihrer Art nach handelt es sich also nicht um ein *allgemeines*, durch die Förderung ermöglichtes oder begünstigtes Verhalten der Anlagenhersteller¹⁷, sondern um eindeutig *vertrauensbegründete* und *vertrauensrealisierende* Dispositionen, also um „Vertrauensbetätigung“ – betätigtes Vertrauen.

b.) Die Dispositionen haben hier einen *großen finanziellen Umfang* erreicht, sodass die Aufhebung ihrer Wirksamkeit von betroffenen Betrieben nicht leicht, möglicherweise gar nicht „verkräftet“ werden kann.

¹⁷ Wie etwa im Fall der Sozialversicherung, BVerfG E 97, 378 (389).

Der Umfang mag, für sich genommen, die Intensität des dadurch betätigten Vertrauens noch nicht rechtfertigen¹⁸; auch kann eine Bagatelldisposition gewiss bedeutsame Vertrauensschutzfolgen nicht begründen¹⁹. Immerhin sind aber Größenordnung und entsprechende Wirkung der Dispositionen ein wichtiges Element der Beurteilung im vorliegenden Fall: Sie sprechen deutlich für eine erhebliche vertrauensschaffende Intensität.

c.) Die Dispositionen können auch durch die in ihrem Vertrauen Verletzten *nicht mehr rückgängig gemacht werden*²⁰. Die Anlagenhersteller sind durch Kauf- und Beschaffungsverträge gebunden, die sie in einem begründeten Vertrauen auf die Durchführbarkeit der Projekte geschlossen haben. In ihrer rechtlichen Verantwortungssphäre können sie nichts tun, um negativen Folgen der drohenden Beendigung der Stromvergütung für größere Anlagen entgegenzuwirken.

Ergebnis 7:

Die Anlagenhersteller haben ihr Vertrauen durch investive Dispositionen betätigt. Diese betreffen nicht allgemeine Geschäftspraxis, sondern konkrete Projekte. Ihr Umfang ist erheblich, dies spricht für ein beachtenswertes Gewicht des durch sie belegten Vertrauens. Die Unternehmer können diese Disposition auch nicht mehr rückgängig machen, den negativen Folgen der Vertrauensverletzung durch Einstellung der Förderung also nicht entgegenwirken.

¹⁸ BVerfG E 105, 17 (44).

¹⁹ BVerfG E 95, 64 (94).

²⁰ Anderes als etwa Beeinträchtigung durch Änderung von Stichtagen für Bezügegewährleistung, durch Umstellung der Lebensführung, vgl. BVerfG E 76, 256 (361).

4. Vergleich des Falles der Rückwirkung der EEG-Novelle mit bisher entschiedenen Fällen

a.) In einer Reihe von Fällen, in denen es in der Regel um unechte, zum Teil aber auch um echte Rückwirkung ging, hat das Bundesverfassungsgericht dem Vertrauensschutz keine gegenüber dem Recht des Gesetzgebers zur Änderung der Rechtslage durchschlagende Bedeutung zuerkannt. Sie sind jedoch hinsichtlich des Gegenstands der rückwirkenden Regelungen wie des vertrauensschaffenden Gewichts mit der vorliegenden Konstellation nicht vergleichbar. Deshalb konnte auch dem Vertrauensschutz in diesen Fällen nicht die erforderliche Intensität zuerkannt werden, wogegen sie hier gegeben ist.

b.) Vor allem gilt das für Fälle, in denen rückwirkend einzelne Leistungen in *Berufs- oder Beschäftigungsverhältnissen* verändert wurden, wie etwa bei einer *Urlaubsverkürzung*²¹. Nicht anders stand es um die *Umgestaltung des Krankengeldes*²². Hier ging es um Leistungen, die grundsätzlich für eine unbestimmte Zeit gewährt wurden – anders als im vorliegenden Fall; auf sie konnte sich schon deshalb der Begünstigte nicht konkret einstellen, deshalb aber auch keine hinreichend konkrete Rechtsposition für sich schaffen.

c.) In einer Reihe von Fällen ging es um sozialrechtliche Regelung i. w. S. Vertrauensschutz wurde etwa hinsichtlich von *Versorgungsbezügen* geltend gemacht, was aber nicht ein Vertrauen in der hierfür erforderlichen Intensität rechtfertigen konnte. So lag es im Fall der *Hinterbliebenenrente*²³: der Sozialleistungen bei *Arbeitsunfähigkeit*²⁴,

²¹ BVerfG E 103, 292 (303): Hier betrafen die Rück-Wirkungen nur ein Element, das den „Wert“ der Rechtsstellung der Beschäftigung für die Betroffenen in seinem sozialen Gewicht prägte, aber nicht in entscheidender Intensität.

²² BVerfG E 97, 378 (389).

²³ BVerfG E 97, 271 (286).

²⁴ BVerfG E 97, 378 (398).

aber auch, allgemeiner, im Fall der *Kürzung von Versorgungsbezügen*²⁵, oder der *Pflichtversicherung zur Alterssicherung der Landwirte*²⁶. In all diesen sozialrechtlichen Rückwirkungsfällen stand die Beurteilung bereits unter einem für diesen Rechtsbereich allgemein geltenden Grundsatz: Im Sozialversicherungsrecht ist in besonderem Maße auf die *Gesamtbelange der Versicherten*, eben auf die der Versichertengemeinschaft Rücksicht zu nehmen. Insbesondere gilt das in der Krankenversicherung, wo das *Gesamtsystem*²⁷ laufend vielen unterschiedlichen Einflüssen unterworfen ist. Dies steht – wie das Sozialversicherungsrecht insgesamt – der Ausbildung fester, vertrauensgeschützter Rechtspositionen schon allgemein häufig im Wege. Dem gegenüber handelt es sich bei der EEG-Förderung um weit enger umgrenzte, klar umschriebene Rechtspositionen.

Nicht zuletzt ist aber auch im Sozialrecht die *Langzeitdimension* der Wirkungen einer Änderung, damit auch die der Rückwirkung, weitaus bedeutender als im Falle der EEG-Förderung. Daher kann sich der Betroffene, allgemein wie im Einzelfall, viel weitergehend auf etwaige Folgen auch rückwirkender Umgestaltung von Leistungen einstellen. Es ist ihm möglich, sich in seiner Lebensführung insbesondere auf die (unecht rückwirkend) veränderte Gesetzeslage einzurichten²⁸ – eine Möglichkeit, welche Betroffenen in der vorliegenden Konstellation nicht eröffnet ist. *Konkrete Dispositionen* werden in jenen Fällen durch die Rückwirkung nicht beeinträchtigt.

d.) Ähnlich steht es, hinsichtlich des Gegenstands der Rückwirkung wie der Möglichkeit der Betroffenen, auf diese zu reagieren, im Falle von gesetzgeberischen Umgestaltungen, welche *soziale Bezüge* aufweisen. Dies traf etwa auf die Umgestaltung des Wohnungs(bau)recht zur. Hier müssen Eigentümer und Erwerber von Sozialwohnungen wegen deren

²⁵ BVerfG E 76, 256 (353ff.).

²⁶ BVerfG E 109, 96 (122).

²⁷ S. BVerfG E 97, 378 (384).

²⁸ BVerfG E 76, 256 (361).

sozialem Bezug in besonderem Maß mit veränderten staatlichen Regelungen aufgrund der von Entwicklungen wirtschaftlicher und sozialer Verhältnisse rechnen²⁹. Im EEG-Fall dagegen hatte das Förderungsrecht eine klare Langzeitperspektive den nunmehr Betroffenen eröffnet. Gerade dies hat ihr Vertrauen darauf unterstützt, dass es zu derart unvorhersehbaren und tiefgreifenden Einschnitten nicht kommen werde, wie sie nun mit der Novelle geplant sind. Diese wirkt, sogar umgekehrt, insoweit unsozial, als sie Unternehmer dazu zwingt, durch ihr Verhalten wie es die Novelle erzwingt Arbeitsplätze zu gefährden.

e.) Insgesamt zeigt also ein Vergleich mit zahlreichen bisher verfassungsgerichtlich entschiedenen Fällen, dass der *vorliegende insoweit besonders gelagert* ist, als eben *weit deutlicher „konkret verfestigte Rechtspositionen“* hier betroffen sind, hinsichtlich derer sich die Anlagenhersteller nicht auf eine veränderte Gesetzeslage einstellen können. Insoweit ist der vorliegende Fall vielmehr ähnlich dem des steuerlichen Rückgriffs auf bereits entstandene Rechtspositionen im gesellschaftlichen Beteiligungsrecht³⁰. Dort wurde eben jener Rechtsbegriff zur Grundlage einer vertrauensschützenden Entscheidung.

Ergebnis 8:

Ein Vergleich bisher entschiedener Vertrauensschutz-Fälle mit dem vorliegenden zeigt: Das Vertrauen muss zurücktreten, wenn nur einzelne Komplexe in Beschäftigungsverhältnissen, bei sozialrechtlichen Regelungsgegenständen, allgemeiner bei solchen mit sozialen Bezügen, Gegenstand der Änderung sind. Auch muss berücksichtigt werden, wie weitgehend sich Betroffene (auch) auf (rückwirkende) Veränderungen einstellen können. Dies alles rechtfertigt im EEG-Fall eine derart einschneidende Rückwirkung nicht. Hier stehen die neuerdings in der Verfassungsjudikatur betonten „konkret verfestigten Rechtspositionen“ im Mittelpunkt, die

²⁹ BVerfG E 95, 64 (92).

³⁰ BVerfG NJW 2010, 3636.

in den Fällen der bisherigen Rechtsprechung meist nicht in entsprechender Weise geltend gemachten werden konnten.

III. Gesetzgeberisches Änderungsrecht – öffentliche Belange

1. Der gesetzgeberische Einschätzungsspielraum – Allgemeines

a.) Mit der Novelle will der Gesetzgeber ersichtlich im Rahmen *seines Einschätzungsspielraums* handeln. Einen solchen eröffnet ihm grundsätzlich auch jene *Rechtsstaatlichkeit*, welche umgekehrt dessen Grenzen bestimmt. Der Gesetzgeber darf nicht nur die Notwendigkeiten einer Wirkung von Gesetzesänderungen für die Zukunft, sondern auch die für eine Rückwirkung, echter oder unechter Art, im Rahmen eines weiten Einschätzungsspielraums bestimmen³¹. In diesem Rahmen sind seine Entscheidungen den Betroffenen dann zumutbar.

b.) Wesentlicher Gegenstand dieses Beurteilungsermessens sind die *öffentlichen Belange*, welche der Gesetzgeber wahrzunehmen hat, ja von Verfassungswegen sichern muss. Dies ist allerdings ein sehr weiter Begriff, der im Rückwirkungsrecht nach gewissen Kriterien näher zu bestimmen ist, wie sie im Folgenden Grundlage der Überprüfung sind (i. Folg. 2. ff.). Immerhin ist aber davon auszugehen, dass diese öffentlichen Belange – ebenso das ihnen gegenüber abzuwägende Vertrauen der Betroffenen – einer *Stufung nach Intensitätsgraden* zugänglich ist. Es kann sich ihr Gewicht bis zu einer überragenden Bedeutung steigern, welche jede Berufung auf entgegenstehendes Vertrauen ausschließt, auch gegenüber einer echten Rückwirkung³². In der Verfassungsrechtsprechung ist der Begriff der öffentlichen Belange quantitativ wie qualitativ extensiv bestimmt worden: Der Gesetzgeber dürfe – ganz allgemein – *neuen Entwicklungen* und dem Wechsel

³¹ BVerfG E 95, 64 (89).

³² Vgl. etwa BVerfG E 101, 239 (363 f.), 122, 374 (394 f.).

öffentlicher Interessenlagen Rechnung tragen³³: „Wechselnde Lagen“, tatsächlicher wie rechtlicher Art, darf der Gesetzgeber also in seine Beurteilung einbeziehen³⁴, ja die Bedeutung der beabsichtigten Änderungen „für das Gemeinwohl“³⁵ – eine im Licht der Rechtstaatlichkeit allerdings wenig klare und nicht unbedingt weite Gestattung, die immerhin in letzter Zeit nicht unerheblich eingeengt worden ist³⁶. Gerade wenn allgemein das Gestaltungsermessen des Gesetzgebers verständlicherweise weit gefasst, wenn ihm gestattet wird, allen möglichen *Wandlungen* Rechnung zu tragen, muss umgekehrt die Vorhersehbarkeit der Regelungen für den Bürger allgemein, für die Betroffenen im Besonderen, gestärkt werden.

2. Allgemeine Änderungsbefugnis des Gesetzgebers – Folgerichtigkeit

a.) In der Demokratie allgemein und in der grundrechtlichen Ordnung im Besonderen ist von einer generellen Entwicklungsdynamik der Gesetzgebung auszugehen, welche auf Vorstellungen von der Volkssouveränität beruht. Das grundsätzliche und allgemeine Änderungsrecht der Rechtsordnung steht dem Gesetzgeber prinzipiell zu, bis an die äußersten Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG. Dennoch hat er einen allgemeinen Verfassungsgrundsatz der *Kontinuität* im Verfassungsrecht zu wahren, was auch, ja gerade im Rückwirkungsverbot seinen Ausdruck findet³⁷.

Dies begrenzt seinen Rückwirkungsspielraum sogar grundsätzlich im Steuerrecht³⁸, für welches doch eine „Rückwirkungsoffenheit“ vor allem

³³ BVerfG E 72, 175 (199).

³⁴ BVerfG E 76, 256 (356).

³⁵ BVerfG E 105, 17 (44 m. Rv.).

³⁶ BVerfG NJW 2010, 3634.

³⁷ Vgl. dazu *Leisner, A.*, Kontinuität als Rechtsprinzip, 2002, insb. zur Rückwirkung bei Gesetzesänderungen, S. 476 ff.

³⁸ Vgl. *Leisner, A.*, FN 36 S. 543 ff.

betont wird³⁹. In einem so „konkreten“ Fall wie dem der EEG-Förderung sind daher an die *Kontinuitätswahrung in der Gesetzgebung erhöhte Anforderungen* zu stellen, was umgekehrt den Vertrauensschutz Betroffener grundsätzlich verstärkt. Zu vermeiden sind jedenfalls abrupte, unvorhersehbar tiefe Änderungen.

b.) Eine konkrete Ausformung hat dies in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur notwendigen *Folgerichtigkeit* als Gebot für die Gesetzgebung⁴⁰ gefunden. Der Gesetzgeber muss Grundentscheidungen, die er für ein bestimmtes Rechtsgebiet getroffen hat, bei dessen näherer Ausgestaltung beachten und „durchhalten“; er darf sich dabei nicht mit seinem eigenen (früheren) Verhalten in Widerspruch setzen. Andernfalls gerät die *Einheit der Rechtsordnung* in ihren verfassungsrechtlich zu wahren Grundzügen in Gefahr. Dieser Grundsatz prägt insbesondere neuere Entwicklungen zur Anerkennung eines „objektiven Nettoprinzip“ im Steuerrecht⁴¹.

Diese *Folgerichtigkeit* führt dazu, dass eine *gesetzgeberische Grundkonzeption*, insbesondere dann, wenn sie längerfristig angelegt ist, möglichst konsequent durchgehalten werden muss, dass sie also nicht durch Änderungen tiefgreifend verändert werden darf, vor allem nicht rückwirkend. Dabei geht es ja zentral um Vertrauensschutz, eine solche tiefgreifende Änderung ist aber im vorliegenden Fall das Ergebnis der geplanten Novellierung.

Die Empfänger von EEG-Förderung wussten zwar, dass dieses laufend längerfristig abgesenkt werden würde, und dass sie zu einem späte(re)n Zeitpunkt entfallen würde. Darauf konnten und mussten sie sich

³⁹ Vgl. etwa BVerfG 105, 17 (44); s. auch BFHE 199, 566 (570 ff.).

⁴⁰ BVerfG, 2 BvL 1/07 vom 9.12.2008; zur Problematik bereits *Leisner-Egensperger, A.*, BB 2007, 639 ff.

⁴¹ Zum häuslichen Arbeitszimmer vgl. *Leisner-Egensperger, A.*, FR 2006, 1018 ff.; zur Abgrenzung privater Lebensführung und beruflich bedeutsamer Aufwendungen *dies.* DStZ 2010, 185; zu Bewirtungskosten *dies.* DStZ 2010, 673 ff.

einstellen. Die Anlagenhersteller ziehen dies auch keineswegs in Zweifel; sie haben so disponiert und werden dies weiterhin tun. Sie werden auch gewisse Änderungen hinnehmen, welche insgesamt im Rahmen dieser *Grundregel(ung)*⁴² bleiben, die ihnen ja hinreichend frühzeitig bekannt war. Dies gilt etwa für eine Umstellung der Förderabsenkungen von einem halbjährigen auf einen monatlichen Rhythmus.

Gerade weil sie aber diese – durchaus flexibilisierende – Grundregelung kannten, sich darauf einstellen konnten und dies getan haben, ist auch für sie ein „*Vertrauensschutz*“ dahin entstanden, dass sich der Gesetzgeber an diese Konzeption insgesamt doch halten werde. Durch das Entfallen der Förderung für Größere Projekte ist aber gerade dieses Konzept schlechthin durchbrochen, in einem entscheidenden Punkt, daher dieses Vertrauen in einem verfassungsrechtlichen schutzwürdigen Umfang aufgehoben worden.

Der Gesetzgeber hat erst Vertrauen aufgebaut – um es dann zu enttäuschen, beides in der Regelung konkreter Erwartungen. Sein Änderungsrecht ist damit, im Verhältnis zum Vertrauensschutz, entscheidend geschwächt worden – und zwar von ihm selbst.

Ergebnis 9

Dem Gesetzgeber steht allgemein, und auch hier, ein weitreichendes Einschätzungsrecht hinsichtlich der Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit (Zumutbarkeit) und damit der Beschränkbarkeit des Vertrauensschutzes zu. Die von ihm zu wahren öffentlichen Belange können einen Rang erreichen, der auch bedeutsamem Vertrauensschutz vorgeht. Diese Belange beinhalten einen sehr weiten Bereich von Gemeinschaftsinteressen.

Der Gesetzgeber muss aber einen Verfassungsgrundsatz der Kontinuität wahren. Dieser setzt vor allem der Rückwirkung

⁴² BVerfG E 95, 64 (90).

gesetzlicher Bestimmungen Grenzen: Abrupte tiefgreifende Änderungen sind zu vermeiden.

Insbesondere muss der Gesetzgeber das neuerdings in der Verfassungsrechtsprechung entwickelte Folgerichtigkeitsgebot achten. Mit seinen eigenen Grundregelungen und systemtragenden Entscheidungen, mit seinen eigenen Konzeptionen darf er sich nicht durch unvorhersehbare Einzelregelungen in Widerspruch setzen. Dies aber geschieht eindeutig und spektakulär im Falle der EEG-Novelle: Die Anlagenhersteller hatten sich auch für größere Projekte auf längerfristige Absenkungen eingestellt; die abrupte Änderung der Förderung(sbedingungen) verletzt ein Vertrauen ihrerseits, das der Gesetzgeber selbst geschaffen hat. Gegen längerfristige und, wie ursprünglich geplant, moderate Absenkungen wird kein Vertrauensschutz geltend gemacht – gerade deshalb aber gegenüber der rückwirkenden Novelle.

3. Finanzielle Haushaltsgründe für die Novellierung?

a.) Finanzpolitische Erwägungen haben den Gesetzgeber mit Sicherheit bei der Entscheidung für die Novellierung geleitet, und zwar in erheblichem Maß. Dies ist zwar in der Begründung nicht vorrangig, ja nicht einmal deutlich zum Ausdruck gekommen. Es liegt aber in der allgemeinen gegenwärtigen finanzpolitischen Lage auf der Hand. Die öffentlichen Haushalte müssen sich auf völlig unabsehbare Milliardenbelastungen im Rahmen der EU gefasst machen. Dies ist zunehmend unpopulär, politisch soll daher durch rigide Haushaltspolitik, auch in kleinen und – verhältnismäßig – kleinsten Einsparungen, „gegengesteuert“ werden. Da diese Belastungen letztlich „auf die Steuerzahler zukommen“, ist ein Bemühen gerade um deren Entlastung verständlich, wie es im EEG-Fall die Folge wäre: Die Stromvergütungen,

am Ende die Strompreise, sollen sinken, jedenfalls nicht steigen, damit der Verbraucher entlastet werde.

b.) Dass also am Ende Einsparungen aufgrund der rückwirkenden Änderungen bei den *staatlichen Haushalten* verbleiben, ist kaum anzunehmen⁴³. Auch kann und wird sich der Gesetzgeber hier wohl nicht zur Rechtfertigung seiner Novelle auf allgemeine haushaltsrechtliche Vorsorgeverpflichtungen berufen, wie sie im Zusammenhang mit der beamtenrechtlichen Versorgungsregelung eine Rolle spielten⁴⁴. Eine *angespannte Haushaltslage* mag zwar gegenwärtig in einer besonders intensiven und sogar gefährlichen Erscheinungsform gegeben sein. Doch das *Mehreinnahmeninteresse der Haushalte* kann jedenfalls, für sich betrachtet, eine finanzpolitische Eingriffsverschärfung durch die rückwirkende Novelle grundsätzlich nicht rechtfertigen⁴⁵. Dies gilt auch insoweit, als dadurch eine Gegenfinanzierung für Ausgabenbelastungen sichergestellt werden soll⁴⁶.

Durch eine abgesenkte Solarstromvergütung wird der Haushalt entlastet, was auch zu einer Entlastung der Verbraucher, damit weithin der Steuerpflichtigen führen kann. Diese Umschichtungen entlasten „den Staat“ als solchen, in dem sie für ihn den Zwang lockern, sich – und damit die Solarwirtschaft – durch höhere Belastungen der Bürger „zu refinanzieren“ – für diese und andere Zwecke (Einheit des Haushalts). Diese allgemeine Haushaltsbedeutung der Novelle liefert aber keinesfalls eine wie immer geartete Rechtfertigung für rückwirkende Enttäuschung des Vertrauens einer Gruppe von Bürgern, hier der Anlagenhersteller.

c.) Erst recht kann im vorliegenden Fall nicht von einer „*akuten Notlage*“ die Rede sein⁴⁷. Die Entwicklung der Solarenergie(förderung), welcher

⁴³ Vgl. dazu für die Rückwirkungsproblematik BVerfG E 95, 64 (92).

⁴⁴ Vgl. die grundsätzlichen Ausführungen in BVerfG E 76, 256 (357 ff.).

⁴⁵ So in deutlichen Formulierungen BVerfG NJW 2010, 3634 (3637, RN 59).

⁴⁶ BVerfG a.a.O. RN 60.

⁴⁷ S. BVerfG E 95, 64 (89).

hier entgegengewirkt werden soll, hat sich nicht nur bereits seit längerem angekündigt. Der Gesetzgeber hatte mit „Mitnahmeeffekten“, Versuchen, kurz vor einem zu erwartenden Einschnitt dessen Auswirkungen zu entgehen, von Anfang an rechnen können und daher müssen. Wenn er hier Marktentwicklungen und das durchaus legale Reagieren der Begünstigten auf diese unrichtig eingeschätzt hat, so schafft dies keinesfalls eine „akute“ Notlage, in welcher öffentliche Belange nur durch Rückwirkung „gesichert“ werden könnten.

d.) Was übrigens die in der Begründung der Novelle besonders angesprochene „wirtschaftliche Inbetriebnahme“, als Mittel für ein Unterlaufen gesetzgeberischer Absichten anlangt, so ist anzumerken, dass eine solche, etwa durch Anschließen von Glühbirnen an eine Anlage, bei größeren, insbesondere bei Freiflächenanlagen von vorne herein schon technisch nicht in Betracht kommen kann.

Ergebnis 10

Finanzpolitische Gründe mögen den Gesetzgeber zu der Novellierung gedrängt haben, das Bestreben, auch durch verhältnismäßig kleinere Einsparungen Stromverbraucher, letztlich Steuerbürger, zu entlasten. Staatliches Mehreinnahmen-/Minderausgaben-Interesse zur Entlastung der Haushalte, rechtfertigt aber jedenfalls die Enttäuschung des Vertrauens einer Gruppe von Bürgern durch Rückwirkung nicht. Von einer „akuten Notlage“ kann keinesfalls gesprochen werden.

4. Effektivitätssicherung der Förderung – Missbrauchsverhütung, Allgemeines

a.) Die Begründung der Novelle beruft sich, in tragenden Ausführungen zur Rechtfertigung gegenüber Verfassungsbedenken (s. 34 ff.), darauf,

dass eine solche Absenkung der Förderung erforderlich (gewesen) sei, um die *Effektivität der gesamten Gesetzgebung* über diese Form der erneuerbaren Energien sicherzustellen. Die Effektivität werde durch „Vorzieheffekte“ beeinträchtigt, wie sie sich durch forcierten Anlagenzubau gerade Ende des Jahres 2011 gezeigt hätten; mit ihm habe die anstehende Absenkung der Vergütung „unterlaufen“ werden sollen, und dies sei in der Tat geschehen. Zu diesem Zweck habe auch die Gestaltungsform einer Rückwirkung gewählt werden müssen.

Hier ist zunächst zu unterscheiden:

- Es fragt sich, ob diese Maßnahme als Effektivitätssicherung überhaupt in Betracht kommt (i. Folg. b.).
- Sodann ist zu klären, ob ein „Missbrauch“ hier vorliegt (i. Folg. c.).
- Schließlich ist zu prüfen, ob einer solchen Entwicklung gerade mit der scharfen Reaktionsform der gesetzlichen *Rückwirkung* begegnet werden durfte, zur Ausschaltung von „Ankündigungseffekten“ (dazu i. Folg. IV.).

b.) Ein allgemeines Streben nach „*Effektivitätssicherung*“ der Wirkungen der Gesetzgebung ist nicht nur Recht, sondern verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers. Dies ergibt sich bereits aus dem Prinzip der *Rechtsstaatlichkeit* (Art. 20 Abs. 3 GG), welches Erforderlichkeit des staatlichen Handelns verlangt. Effektivität, herkömmlich meist als „Effizienz“ behandelt, ist allerdings ein sehr weiter und gerade unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht unproblematischer Ausdruck, der als ein „Verfassungsbegriff“ bisher noch längst nicht eine hinreichend präzise Ausformung gefunden hat⁴⁸.

⁴⁸ Vgl. dazu bereits *Leisner, W.*, Effizienz als Rechtsbegriff, 1971.

Selbst wenn man ihn aber hier als einen unbestimmten Rechtsbegriff zugrunde legt und hinsichtlich seiner Anforderungen den Überlegungen des Novellierungs-Gesetzgebers grundsätzlich folgt, so ist es doch nicht zulässig, aus ihm eine allgemeine Grundlage für eine Beschränkung des Gesetzesvertrauens des Bürgers zu gewinnen. Eine solche Folgerung aus dem Begriff der Effektivität ist gerade im Zusammenhang mit der Rückwirkung, soweit ersichtlich, bisher in der Verfassungsrechtsprechung nicht gezogen worden; sie würde den Vertrauensschutz auch grundsätzlich aushöhlen.

Im Ergebnis *beriefe sich der Gesetzgeber hier nur auf eigenes Unrecht*: Seine Aufgabe ist es, von Anfang an „effektive“ Gesetze zu erlassen; er kann sie nicht, unter Berufung auf fehlende Effektivität – d. h. auf mangelhafte Wirksamkeit – nachträglich beliebig ändern. Die Nachbesserungsnotwendigkeit bedarf, dem Gesetzesvertrauen des Bürgers gegenüber, sorgfältiger und eingehender Rechtfertigung. Marktentwicklungen, wie sie hier eingetreten sind, hätte der Gesetzgeber durchaus vorhersehen können, und dies hat er auch versucht, über die vorgesehene degressive Gestaltung der Vergütungen. Wenn sich deren Mechanismus als ungenügend erwiesen hatte, so konnte hier durchaus „nachjustiert“ werden. Dies hatte aber stets in sorgfältig-zurückhaltender Form zu geschehen und eben unter Rücksichtnahme auf vom Gesetzgeber selbst hervorgerufenen Vertrauen.

Dies ist aber im vorliegenden Fall nicht geschehen. Der Gesetzgeber hat – möglicherweise – schlecht geregelt und beruft sich nun darauf, besser regeln zu müssen, ohne Rücksicht auf entgegenstehendes Vertrauen, also auf eigene Fehler. In dieser Allgemeinheit widerspricht dies der Rechtsstaatlichkeit. *Effektivitätssicherung der Gesetzgebung ist kein Blanko für Vertrauensverletzung*. In der Begründung der Novelle fehlt es hierzu an jeder näheren Begründung oder gar Abwägung dieses Sicherungsinteresses der Gesetzgebung gegenüber dem der Rechtspositionen der Normadressaten.

c.) Spezieller ist die Rechtfertigungsmöglichkeit für den Gesetzgeber, welche einen Vertrauensschutz überwinden will, wenn er sich auf einen „Missbrauch“ der bisherigen Regelung beruft, welche eben deren Effektivität „unterlaufe“, gefährde oder gar aufhebe. Dieser Begriff taucht auch in der Rückwirkungsrechtsprechung immer wieder auf⁴⁹, insbesondere im Zusammenhang mit Ankündigungseffekten, die ihn ermöglichen sollen⁵⁰. „Missbrauch“⁵¹ darf aber im vorliegenden Zusammenhang grundsätzlich und von vorneherein nicht – missbraucht werden.

Allgemein ist zunächst festzustellen: Wenn der Gesetzgeber dem Normadressaten Regelungsinhalte vorgibt, so dürfen diese von allen Verhaltensweisen Gebrauch machen, welche gegen die Bestimmungen des Gesetzes nicht verstoßen. Dies gilt auch für *jede Art legaler Vermeidungsstrategien* und für alle Zeitkorridore, in welchen diese legal eingesetzt werden können.

Im vorliegenden Fall hatte der Gesetzgeber bisher Änderungs-/Reduktionsstufen der Solarenergievergütung vorgesehen und präzise zeitlich angekündigt. Dass sich daher die entsprechenden Anlagen-Anträge kurz vorher häuften, worauf sich die Begründung ausdrücklich bezieht (S. 32), hat mit einem „Missbrauch“ der bisherigen Gesetzgebung nichts zu tun. Hier wurden lediglich von einer völlig legalen, grundsätzlich vom Gesetzgeber sogar gewünschten, Möglichkeit Gebrauch gemacht⁵². Die pauschale Aussage, der Gesetzgeber müsse das Recht haben zu verhindern, dass „Dispositionen der Gesetzesadressaten die Neuregelung kurz vor ihrem Erlass durch Ausnutzung der bisherigen

⁴⁹ S. etwa BVerfG E 97, 67 (82); BFH E 199, 566 (570) – hier allerdings im Zusammenhang eines „Missstandes, der durch Verletzung der Belastungsgleichheit entstanden ist“.

⁵⁰ S. dazu näher unten IV.

⁵¹ Vgl. dazu eingehend, zu § 42 AO *Leisner-Egensperger, A.*, DStZ 2008, 358 ff.

⁵² Kritisch auch zu einem „Missbrauchs“-Einwand BVerfG NJW 2010, 3634 (3637).

Regelung unterlaufen können⁵³; ist in dieser Allgemeinheit bedenklich; jedenfalls kann sie sich nur auf „Missstände“ beziehen, welche dadurch aufrecht erhalten werden könnten. Von solchen kann im vorliegenden Fall aber nicht die Rede sein, jedenfalls nicht in einem die Effektivität der bisherigen Gesetzgebung bedrohenden Umfang. Dieser „Wettlauf“ zwischen Vergütungsänderung nach neuem und Vergütungsausnutzung nach bisherigem Recht ist lediglich eine legale Form der Ausnützung bisheriger, vom Gesetzesvertrauen getragener privater Verhaltensweisen. Die Massierung der Anträge gegen Jahresende ist vor allem eine in einer Marktwirtschaft selbstverständliche Folge der Werbeanstrengungen der legal Interessierten, darunter auch der Anlagenhersteller.

Der „Missbrauchs begriff“ hat also, schon als solcher, keinen Platz in der Diskussion um die Novelle.

Ergebnis 11:

„Effektivitätssicherung“ der Solarstromgesetzgebung ist Recht und Pflicht des Gesetzgebers; sie rechtfertigt aber nicht, als Blanko, beliebige Einschränkungen des Vertrauens der Normadressaten. Ein solcher Versuch wäre, seitens des Gesetzgebers, Berufung auf eigene Fehler: Er hätte eben so normieren müssen, dass seine Regelungen effektiv – wie gewollt – wirken.

Auf Verhütung eines Missbrauchs (Missstandes) kann sich die Novellierung nicht berufen. Die Normadressaten haben auch bei massierter Antragstellung vor der angekündigten Absenkung der Förderung lediglich von ihren gesetzlich vorgesehenen Rechten Gebrauch gemacht; die Massierung der Anträge ist Ergebnis einer ebenso legalen Werbung. Von „Mitnahmen“ i. S. eines Missbrauchs darf hier nicht gesprochen werden.

⁵³ BVerfG E 97, 67 (81f.).

IV. Ankündigung der Gesetzesänderung und Rückwirkung

1. Die Fragestellung

Die Novellierung soll in ihrer – sogar in ihrer „echten“ Rückwirkung damit gerechtfertigt werden, dass es gelte, damit ein „Unterlaufen“ der geplanten Änderung der Förderung der Solarenergie zu verhindern (Begründung S. 34 ff.). Das „normale Gesetzgebungsverfahren“ nehme eine gewisse Zeit in Anspruch. In dieser könne erneut die bisherige Regelung genutzt werden, wodurch die Wirkungen der Novellierung vereitelt würden⁵⁴. Deshalb habe hier das Inkrafttreten der Novelle vorverlegt werden müssen. Ziel ist es eindeutig, das Vertrauen in die bisherige Gesetzeslage für den Zeitabschnitt zwischen Bekanntwerden der Novellierungsabsicht und rechtlichem Wirksamwerden der Novelle aufzuheben.

Die Vorverlegung des Inkrafttretens, damit die zugegebenermaßen „echte“ Rückwirkung der Novelle soll dafür sorgen, dass ein Vertrauen auf die bisherige Gesetzeslage in diesem Zeitraum gar nicht (mehr) entstehen kann⁵⁵. Versucht wird also nun die Ausschaltung des Vertrauensschutzes durch einen Ankündigungseffekt der Novelle. Dieses Vorgehen unterliegt jedoch, schon allgemein-grundsätzlich, *entscheidenden verfassungsrechtlichen Bedenken*.

2. Ausschaltung des Gesetzesvertrauens durch Ankündigung der Gesetzesänderung?

a.) Diese Frage hat das Bundesverfassungsgericht bereits vor geraumer Zeit beschäftigt. In der Entscheidung über die vorzeitige Rückzahlung

⁵⁴ Vgl. BVerfG FN 50.

⁵⁵ S. BVerfG E 101, 239 (263 f.); 122, 374 (394).

von Fördermitteln im Sozialen Wohnungsbau⁵⁶ ging es um die Zulässigkeit der Bestimmung von Stichtagen im Gesetz für den Beginn von dessen Wirksamkeit. Hierzu wurde ausgesprochen, dem Gesetzesvertrauen derjenigen, welche eine günstigere Rückzahlung in Anspruch nehmen wollten, komme „dann weniger Gewicht zu, wenn es darum geht, einen Ankündigungseffekt zu vermeiden, der die beabsichtigte Wirkung ganz oder zum Teil zunichte zu machen droht“. „Bei der Beurteilung, ab welchem Zeitpunkt die Wirkung der Ankündigung einer Gesetzesänderung den Gesetzeszweck durchkreuzt, und bei der daran orientierten Festsetzung von Stichtagen, steht dem Gesetzgeber ein beträchtlicher Einschätzungsspielraum zu“. Jedenfalls könne bereits die Ankündigungswirkung das Vertrauen mindern oder beseitigen, sobald im parlamentarischen Verfahren unterbreitete Vorschläge „von den interessierten Kreisen zur Kenntnis genommen und intensiv diskutiert worden“ seien⁵⁷.

b.) In der Entscheidung über Abschreibungsmöglichkeiten im Schiffsbau⁵⁸ hatte die Bundesregierung ausdrücklich angekündigt, vor einem gewissen Stichtag werde diese Abschreibung nicht entfallen. Als dann kurz vorher noch davon Gebrauch gemacht wurde, ist der Stichtag durch Gesetz vorverlegt worden, um „Vorzieheffekte“ auszuschalten, welche den Gesetzeszweck der Abschaffung der Steuervergünstigung unterlaufen hätten. Damit sollte selbst das spezielle Verfassungsvertrauen ausgeschaltet werden, welches durch eine Mitteilung der Bundesregierung verstärkt worden war.

Dieser Judikatur hinsichtlich der Abschwächung des Vertrauensschutzes durch vorzeitige Ankündigung der Änderung wurde auch später aufgenommen, etwa in Erkenntnissen, welche ein Vertrauen mit Blick auf

⁵⁶ BVerfG E 95, 64 (86 ff.).

⁵⁷ BVerfG E 95, 64 (89).

⁵⁸ BVerfG E 97, 67 (81f.); vgl. dazu eingehend Leisner-Egensperger, A., StuW 1998, 254 ff.

eine „mehrfährige Diskussion“ abgeschwächt⁵⁹ oder den „Stand des Gesetzgebungsverfahrens“ bercksichtigt sehen wollten⁶⁰.

Im Ergebnis soll sich die Ankündigung damit auswirken als *Abschwächungsversuch des Vertrauens und damit Rechtfertigung sowohl einer echten wie einer unechten Rückwirkung gegenüber.*

Ergebnis 12:

Das Inkrafttreten der Novelle soll vorverlegt, damit sogar eine echte Rückwirkung gerechtfertigt werden, um zu verhindern, dass aufgrund vorzeitigen Bekanntwerdens der Änderungsabsichten des Gesetzgebers bereits begonnene Projekte noch durchgeführt, andere unter Vertrauensschutz noch eingeleitet werden können: Die Ankündigung soll damit das Gesetzesvertrauen in die bisherige Regelung abschwächen, wenn nicht ausschließen. Dadurch soll ein „Unterlaufen“ des Änderungszwecks durch „Mitnahmeeffekte“ verhindert werden. Derartige Überlegungen finden sich in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts.

3. Bedenken gegen diese Vertrauensabschwächung durch Ankündigung

Gegen diese Judikatur bestehen – und bestanden von ihren Ansätzen und Anfängen an – *durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken*, die in kritischen Stellungnahmen zum Ausdruck gekommen sind⁶¹. Sie sind hier nicht im Einzelnen, sondern nur in ihren Schwerpunkten zu behandeln.

⁵⁹ BVerfG E 109, 96 (122).

⁶⁰ BFH E 199, 566 (571).

⁶¹ Ausführlich und zusammenfassend *Leisner, A. FN 55*; s. u. a. auch die Kritik von *Hey, J., NJW 2007, 408 ff.*

a.) Völlig unklar bleibt, wie der *Begriff der „Ankündigung“* zu bestimmen ist. Soll es sich dabei um irgendwelche, mehr oder weniger unbestätigte, Medienberichte handeln dürfen? Welche betroffenen Kreise müssen die „Absichten“ einer Änderung „zur Kenntnis nehmen“, in welcher Form? Kann bereits eine längere (wie lange?) „Diskussion“ (welcher Art?) das Vertrauen abbauen? Sind Äußerungen amtlicher Stellen erforderlich – welche und in welcher Form? Muss ein zur Mitwirkung an künftiger Gesetzgebung berufenes Organ die Absicht geäußert haben? Muss das Gesetzgebungsverfahren eröffnet, wie weit muss es fortgeschritten sein?

Alle diese Fragen lassen sich überhaupt nicht in hinreichender Klarheit beantworten. Daher ist der vertrauensaufhebende Ankündigungseffekt mit der Rechtsstaatlichkeit unvereinbar, mit der Folge der Verfassungswidrigkeit nicht zu erwartender Änderungen.

b.) Der Ankündigungseffekt soll das Gesetzesvertrauen abschwächen, bis hin zu einem Entfallen seiner Wirkung bei einer Abwägung mit *den Gesetzgebungsinteressen*. *Wie stark diese aber im Einzelfall wirken*, lässt sich vorher, zum Zeitpunkt der Betätigung des Vertrauens, meist auch nicht ansatzweise feststellen. Damit bleibt der durch das Vertrauen zu Schützende völlig im Unklaren über das Ausmaß seines Schutzes. Beseitigt wird „sein Vertrauen in seinen Vertrauensschutz“.

c.) Selbst wenn die Wirkungsstärke der gesetzgeberischen Änderungsinteressen festzustellen wäre, bliebe unklar, wie die Schutzinteressen des Betroffenen zu gewichten seien. Konkret ist kaum zu ermitteln, was der Betroffene tun muss, um sich dennoch auf sein Vertrauen berufen zu können.

d.) Wenn auf das *(an)laufende Gesetzgebungsverfahren* zur Änderung der Gesetzeslage abzustellen ist, für die Wirkung der Ankündigung auf den Vertrauensschutz, so ist zu beachten, dass in keiner Weise sicher ist, mit welchem normativen Ergebnis dieses abgeschlossen werden

wird. Der Gegenstand, auf den sich der Vertrauensschutz und seine Abschwächung letztlich beziehen sollen, bleibt also bis *zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens völlig offen*. Dies ist Folge eines höchstrangigen, wohl sogar unabänderlichen (Art. 79 Abs. 3 GG) Grundprinzips der demokratischen Gesetzgebung: Sie erfolgt ergebnisoffen. Wollte man davon abgehen, so könnte eine Regierung den Vertrauensschutz durch Einbringung eines Gesetzesvorhabens, das keinerlei Chance auf Verwirklichung hätte – aus rechtlichen oder sogar politischen Gründen – für die Dauer des Gesetzgebungsverfahrens ausschließen. Möglicherweise für Monate, ja für Jahre würde von einem Gesetz, das nie abgeändert wird, nicht abgeändert werden kann, nicht Gebrauch gemacht werden können. Regierungsankündigungen könnten so den erklärten Normenwillen des Gesetzgebers unterlaufen, damit die Gewaltenteilung.

Ergebnis 13:

Gegen Vertrauensbeseitigung durch Ankündigung von Gesetzesänderungen bestehen grundsätzliche und durchgreifende Verfassungsbedenken. Welcher Art, Form, Intensität die Ankündigung sein muss, bleibt ebenso völlig unklar wie die Erforderlichkeit der vertrauensabschwächenden Wirkung. Das parlamentarische Verfahren muss in einer Demokratie unbedingt ergebnisoffen ablaufen. Bis zu seinem Abschluss kann es keine Abschwächung des Gesetzesvertrauens geben. Derartiges verbietet die Rechtsstaatlichkeit.

4. Der „Ankündigungseffekt“ im vorliegenden Fall

a.) Das EEG steht seit seinem Erlass in einer höchst intensiven Diskussion. Sie betrifft sein Gesamtkonzept wie zahlreiche Einzelheiten

seiner vielen Bestimmungen⁶². Die „Diskussion“, ihre Änderungsthemen und die Intensität wie die Qualität der vorgetragenen Änderungswünsche sind daher in keiner Weise mehr in auch nur ansatzweise rechtsstaatlicher Klarheit überschaubar. Den Anlagenherstellern war es also, selbst bei sorgfältigster juristischer Prüfung, völlig unmöglich festzustellen, ab wann eine „Diskussion“ ihr Vertrauen in die Geltung des bisherigen Rechts abschwächen würde.

b.) Die Auftraggeber des Gutachtens haben erst wenige Tage bevor diese Untersuchung in Auftrag gegeben wurde, aus einigermaßen sicheren Quellen erfahren, dass es überhaupt zu tiefergreifenden, derart vorgezogenen Änderungen kommen soll. Erst unmittelbar vorher haben sie einigermaßen sichere Informationen über den konkreten Inhalt der Novelle erlangt. Vor diesen Zeitpunkten kann von einem Ankündigungseffekt ihnen gegenüber daher nicht die Rede sein. Da diese „Kenntnis“ erst wenige Tage vor Ablauf der entscheidenden Fristsetzung in der Novellierung erlangt werden konnte, kann im Verhältnis zu ihnen von einer Übergangsfrist überhaupt nicht gesprochen werden.

c.) Wie weit entsprechende Informationen andere Betroffene bereits früher erhalten haben, entzieht sich der Kenntnis der Auftraggeberin. Es ist aber nicht damit zu rechnen, dass dies in wesentlich anderen zeitlichen Dimensionen erfolgt ist als ihr selbst gegenüber. Insgesamt kann also von einer Wirkung einer Ankündigung im vorliegenden Fall nicht die Rede sein. Übergangsfristen sind hier mithin nicht wirksam geworden.

Ergebnis 14:

Die Anlagenhersteller haben erst vor kurzem von den konkreten Plänen der Änderung der Gesetzgebung erfahren, welche sie in schwerwiegender Weise betreffen. Sie konnten ihr Verhalten

⁶² Allein Kuselit-Online zählt seither mehr als 98 Beiträge (!) auf.

demnach, insbesondere mit Blick auf die alsbald eintretenden Wirkungen der Novelle, in keiner Weise mehr modifizieren. Diese trifft sie daher im Ergebnis ohne jede Übergangsregelung.

V. Die Ergebnisse der Überprüfung der Novelle im Hinblick auf „echte“ und „unechte“ Rückwirkung

1. Verfassungswidrigkeit wegen „echter“ Rückwirkung

Eine im Entwurf selbst angenommene „echte“ Rückwirkung ist eindeutig in der Novelle beabsichtigt. Sie soll jedenfalls vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens in Kraft treten (Art. 7 der Novelle), damit wesentliche Gesetzgebungsdaten rückwirkend verändern, auf die sich bisher die Anlagenhersteller verlassen konnten und, wie ihr Verhalten zeigt, auch verlassen haben. Die Fristen, unter deren Einhaltung sie bisher mit Durchführbarkeit ihrer bereits angelaufenen Projekte rechnen konnten, sind so kurz bemessen, dass sie nunmehr nicht eingehalten werden können. Damit entfällt ihre Wirkung als rechtserhebliche Übergangsfristen⁶³ im Sinne der Rechtsstaatlichkeit.

Das Vertrauen der Betroffenen in die Durchführbarkeit ihrer begonnenen Projekte ist voll schutzwürdig (vgl. oben II.); eine Rechtfertigung seiner Abschwächung durch Belange, welche der Gesetzgeber verfolgen darf/muss, ist nicht ersichtlich (vgl. oben III.). Dieses Vertrauen wird auch nicht durch einen Ankündigungseffekt aufgehoben oder auch nur abgeschwächt (vgl. oben IV.). Die erforderliche Abwägung (vgl. oben I., 3.) kann also nur zu einem Resultat führen: Die Bestimmung des Zeitpunkts des Inkrafttretens der Novelle i. V. m. den Festsetzungen zu den Voraussetzungen der Durchführung angelaufener Projekte ist wegen der Unzulässigkeit einer derartigen echten Rückwirkung

⁶³ S. dazu BVerfG E 76, 256 (359, 362).

verfassungswidrig. Das Vertrauen der Betroffenen überwiegt eindeutig alle Belange des Gesetzgebers.

2. Verfassungswidrigkeit wegen unechter Rückwirkung

Die Novelle soll eine Regelung bringen, welche bei größeren Solaranlagen eine Förderung durch Stromvergütung ausschließt. Diese Wirkungen sollen jedenfalls auch Anlagenprojekte betreffen, welche bei einem Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht voll verwirklicht und damit wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll genutzt werden können. Soweit ein derartiger Wirkungseintritt auch nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zum Tragen kommt, liegt eine „unechte“ Rückwirkung vor. Auch gegen sie sind die Anlagenhersteller durch Vertrauen in die bisherige Gesetzeslage geschützt. Ihre Belange sind in diesem Sinn von ganz erheblichem Gewicht (vgl. oben II.), nicht aber die des Gesetzgebers für eine Änderung der Rechtslage (vgl. oben III.). Auch hier rechtfertigt eine Ankündigung der Änderung nicht eine wesentliche Abschwächung oder gar Aufhebung ihres Vertrauensschutzes (vgl. oben IV.).

Obwohl grundsätzlich eine solche Rückwirkung verfassungsrechtlich zulässig ist, steht ihr im vorliegenden speziellen Fall bei sachgerechter Abwägung (vgl. oben I., 3.) der rechtsstaatliche Vertrauensschutz, damit das Rückwirkungsverbot entgegen. Ein Überwiegen der Vertrauensbelange ist daher selbst unter der Voraussetzung der Annahme einer Ausnahmesituation zu bejahen. Auch unter dem Gesichtspunkt der unechten Rückwirkung ist daher die Novelle insoweit verfassungswidrig, als die Stromvergütung für größere Anlagen als solche entfallen soll.

Ergebnis 15:

Die geplante Novelle zum EEG ist wegen „echter“ Rückwirkung verfassungswidrig, soweit bereits durch ein Inkrafttreten vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens die Durchführung angelaufener Projekte zur Herstellung größerer Solaranlagen unmöglich macht. Die vorgesehenen Fristen, wonach die Anlage nach § 66 Absatz 18 und 18 a des EEG-Entwurfs zwischen dem 01. April 2012 und dem 30. Juni 2012 in Betrieb genommen, und der Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan vor dem 01. März 2012 gefasst worden sein muß, sind so kurz bemessen, dass sie keine wirksame Übergangsregelung darstellen.

Das geplante Entfallen von Stromvergütungen für größere Solaranlagen ist, auch wenn es erst nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens wirksam wird, wegen „unechter“ Rückwirkung verfassungswidrig; die Belange des Vertrauensschutzes der Betroffenen überwiegen deutlich die Regelungsinteressen des Gesetzgebers.

C Die Absenkung der Stromvergütung bei größeren Solaranlagen: Gleichheitsproblematik**I. Fragestellung**

Jenseits der unter B behandelten Rückwirkungsproblematik stellt sich, angesichts des Gesetzesvorhabens, unabhängig von dessen konkreten Änderungsabsichten, die Frage, inwieweit die Förderung der Solarstromgewinnung durch eine so radikale Veränderung der Vergütung umgestaltet werden darf, wie sie mit der Novelle geplant ist. Im EEG hat der Gesetzgeber für diese Förderung ein längerfristiges Konzept entwickelt, welches sich an bestimmten Zielen orientiert. Deren

grundsätzliche Zulässigkeit wird hier unterstellt, ebenso das Recht des Gesetzgebers, die Förderung insgesamt auslaufen zu lassen. Die Wege zu diesem Ziel im Einzelnen, d. h. die Ausgestaltungsformen der Stromvergütung, sind Entscheidungsgegenstand der Gesetzgebung.

In diesem Rahmen kann der Gesetzgeber Kategorien von Förderungsempfängern bilden und diese auch umgestalten. Für jede von ihnen mag er dann spezielle Förderungsvoraussetzungen, insbesondere zu fördernde Strommengen, festsetzen. Dies muss aber unter Berücksichtigung sachlicher Vorgaben für die Erzeugung des Solarstroms *in der jeweiligen Anlagenkategorie* ausgestaltet werden. Jeweils ist überdies vom Gesetzgeber zu prüfen, welche Wirkungen im Rahmen des – aufrechterhaltenen oder abgeänderten – Gesamtkonzepts jeweils eine Gestaltung von Stromvergütungen hervorbringt.

Hier erhebt sich nun die Frage: Darf der Gesetzgeber die Stromvergütung in derart unterschiedlicher Weise bei kleineren und größeren Anlagen regeln, dass für letztere praktisch keinerlei Leistungen erfolgen und damit ihre Herstellung wie ihr Einsatz wirtschaftlich unrentabel, damit tatsächlich unmöglich wird. Dies wirft das Problem auf, ob bei der Förderung nicht jedenfalls die Gleichheit zu beachten ist (Art. 3 Abs. 1 GG), damit eine gewisse Gleichbehandlung aller Betreiber von derartigen Anlagen gewährleistet werden muss; eine solche wirkt sich dann selbstverständlich auch auf die Rechtspositionen der Anlagenhersteller aus. Es ist wohl davon auszugehen, dass diese Anlagen wenigsten teilweise, als größere wie als kleinere, von denselben Produzenten hergestellt werden; ihr Verbund kann dann, wird er in einem der Bereiche wesentlich verändert, tiefgreifende Wirkungen auf das jeweilige Gesamtunternehmen zeitigen. Eine gewisse Gleichbehandlung der Anlagen, ohne Rücksicht auf ihre Größenordnung, ist daher zumindest ein nicht unwesentlicher Verfassungsgesichtspunkt. Denn bei allen Leistungen, die, wie hier, im Ergebnis Subventionswirkungen

beinhalten, ist die Gleichheit der Gewährung der wichtigste verfassungsrechtliche Rahmen⁶⁴.

II. Kriterium der Förderung und Gleichheitsgebot

1. Die fehlende Begründung für Differenzierungen nach Anlagengröße

Die Kriterien, nach denen über eine Strompreisvergütung gefördert werden soll, bestimmt im Einzelnen der Gesetzgeber, auch hinsichtlich der Größenordnung der Förderungsempfänger. Entscheidend ist ihr jeweiliger Beitrag zur Verwirklichung des Gesamtkonzepts des EEG. Kleinere Unterschiede zwischen den Kategorien der Förderungsempfänger bedürfen hier keiner eingehenden Begründung, weder bisher noch bei zukünftigen Änderungsvorhaben.

Anders liegt es jedoch dort, wo, wie im Fall der Novelle von 2012, für eine bedeutsame Kategorie von Anlagen eben, welche über 10 MW Strom erzeugen, eine Stromvergütung überhaupt nicht mehr vorgesehen, die bisherige Gewährung damit also auch insgesamt radikal verändert wird. Dann muss eine Entscheidung jedenfalls näher begründet werden, welche eine solche unterschiedliche Behandlung bewirkt. Daran aber fehlt es in der Begründung der Novelle vollständig. Es wird dort nicht näher ausgeführt, welche Auswirkungen diese unterschiedliche Förderungseinschränkung überhaupt auf das Gesamtkonzept des EEG hat.

Auch fehlen Begründungen dafür, dass diese Effekte bei größeren Anlagen das Konzept als solches nicht wesentlich beeinflussen, oder dass, wie und warum es daher (nicht) als solches zu ändern ist. Auch

⁶⁴ Vgl. dazu *Leisner, W.*, Der Förderstaat, 2010, insb. S. 60 ff.

finden sich keinerlei Ausführungen über EEG-externe Gründe für eine solche radikale Änderung, etwa solche des Umweltschutzes, der sozialen Ausgewogenheit oder – was hier vor allem wichtig wäre – Überlegungen zur Industriepolitik und zur Arbeitsmarktpolitik in Deutschland, zugleich auch mit deren Auswirkungen in den internationalen Verflechtungen.

2. Unsachliche Erwägungen

a.) In dieser Lage drängt sich der Eindruck auf, es seien hier nicht nur sachliche, gegenüber dem Gleichheitsgebot rechtfertigende, Gründe maßgebend für gerade diese einschneidenden Kürzungen der Stromvergütung, sondern im weiteren Sinn politische, insbesondere parteipolitische Erwägungen: Die kleineren Erzeugungskategorien betreffen vor allem den Einsatz von Solaranlagen auf Dächern, damit eine große, wahlwirksame Zahl von Betreibern. Demgegenüber wirkt sich die Aufhebung der Vergütung für größere Anlagen vornehmlich auf Hersteller und Betreiber von Anlagen im industriellen Bereich aus.

b.) Es wäre aber unsachlich, Neuregelungen etwa vor allem an der Zahl „Betroffener“ auszurichten. Dieser Begriff böte nicht einmal unter allgemein-politischen, auch wahlwirksamen Gesichtspunkten ein überzeugendes Abgrenzungskriterium: Getroffen würde die Solar-Herstellerbranche insgesamt; damit könnte eine unübersehbare Zahl von Arbeitsplätzen akut gefährdet werden, was ebenfalls, wenn auch in einem anderen Sinn, zu „Betroffenheit“ durch diese Änderung führen würde. Überdies könnte dies unabsehbare Auswirkungen auf Kapazitäten und Entwicklungschancen der Solarenergie als solcher in Deutschland zeitigen, womit die Zahl von „Betroffenen“ – in einem noch weiteren Sinn – erst recht ins Unabsehbare steigen würde.

c.) Unter all diesen Gesichtspunkten ist hier, im Licht des Gleichheitsgebotes, eine derartige Unterscheidung, wenn sie denn ernstlich erwogen werden soll,

- näher und eingehend sachlich darzustellen, in all ihren Auswirkungen, und sodann
- rechtlich zu beurteilen, vor allem auch am Verfassungsmaßstab der Gleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG).

„Schnellschüsse“ des Gesetzgebers können hier zu völlig unsachlichen Differenzierungen führen, zu Selbstwidersprüchen der Förderergewalt, zwischen ihren Konzepten und solchen Einzelregelungen, damit aber schließlich zu einer Verletzung des Gleichheitssatzes. Dieser schützt sowohl Anlagenhersteller als auch Betreiber, soweit sie durch Förderungseinstellung bedeutsame Nachteile erleiden.

Ergebnis 16:

Die Beendigung der Stromvergütung für größere Solaranlagen wirft, unabhängig von der Rückwirkungsproblematik, Verfassungsfragen auf im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot (Art 3 Abs. 1 GG). Der Gesetzgeber kann zwar Kategorien von Förderungsempfängern bilden und diesen unterschiedliche Leistungen im Wege der Stromvergütung erbringen. Er muss sich dabei aber an sein eigenes Gesamtkonzept der Solarstromförderung halten. Daher hat er Förderungsunterschiede in ihren Auswirkungen näher darzustellen und sodann zu begründen. Daran fehlt es bei der Novelle. Unsachliche Differenzierungen, etwa politischer Art, nach der Zahl der „Betroffenen“, rechtfertigen sich schon deshalb nicht, weil bei diesem Begriff auch die Gefahren für Arbeitsplätze im Herstellerbereich und für die unternehmerisch-industrielle Struktur in Deutschland zu berücksichtigen sind. Die Novelle begegnet also auch unter diesem Gesichtspunkt, unabhängig von der Rückwirkung, erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

D Rechtsbehelfe der Auftraggeberin gegen die Novellierung

I. Verfassungsbeschwerde

1. Der Auftraggeberin steht, soweit sie in ihren grundrechtlichen Schutzbereichen verletzt wird (vgl. oben B, II., 1.), aber auch nach Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art 20 Abs. 3 GG – Rechtsstaatlichkeit, die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, §§ 90 ff. BVerfGG offen (Rechtssatzbeschwerde)⁶⁵. Die belastenden Wirkungen der Novelle treten nicht erst künftig, sondern sogleich ein⁶⁶. Das Gesetz muss allerdings verkündet, wenn auch noch nicht in Kraft getreten sein⁶⁷. Vorher ist der erforderliche Gegenstand der Verfassungsbeschwerde rechtlich noch nicht vorhanden. Nach einem – auch rückwirkenden – Inkrafttreten des Gesetzes, wie dies für die Novelle vorgesehen ist, kann Verfassungsbeschwerde jedenfalls sogleich erhoben werden.

2. Verfassungsbeschwerde ist, auch gegen eine gesetzliche Norm, grundsätzlich nur zulässig nach Erschöpfung des (fachgerichtlichen) Rechtswegs. Diese würde hier voraussetzen, da Stromvergütungen für größere Anlagen gegenüber Betreibern von solchen entfallen sollen, dass entsprechende Ablehnungsentscheidungen ergehen. Diese müssten sodann angefochten und es müsste ihre Rechts-(Verfassungs-)Widrigkeit unter Umständen in mehreren fachgerichtlichen Instanzen bestätigt werden. Erst dann stünde ja eindeutig fest, dass auch die Hersteller durch die Novelle, eben durch die Kürzungspraxis, in verfassungswidriger Weise benachteiligt würden. Ein solches Vorgehen würde aber für sie auf jeden Fall zu spät kommen, um die hier beschriebenen und begründeten Belastungen durch Vergütungseinschränkung zu

⁶⁵ S. dazu F. viele *Bethge, H.* in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Kommentar Stand: März 2010, § 90, insb. RN 402 ff.

⁶⁶ Bethge FN 62, RN 367.

⁶⁷ Bethge FN 63 RN 368.

verhindern. Die Hersteller müssten diese in einer langen Zwischenzeit bereits ihrem unternehmerischen Verhalten zugrunde legen; sie sähen sich gezwungen, ihre Betriebe radikal umzugestalten, vielleicht deren Weiterführung aufzugeben, Mitarbeiter in großer Zahl zu entlassen. Derartige Auswirkungen könnten, bei einer Entscheidung nach Erschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs, mit Sicherheit nicht mehr rückgängig gemacht werden.

Deshalb muss es den Herstellern gestattet sein, jedenfalls unverzüglich nach Inkrafttreten einer derartigen Kürzung, sei es mit der Rüge der Rückwirkung, sei es aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken gegen die Stromsenkung als solche, Verfassungsbeschwerde zu erheben. Im vorliegenden Fall wird daher das Bundesverfassungsgericht jedenfalls sogleich über die Verfassungsbeschwerde entscheiden, weil andernfalls der Auftraggeberin und vergleichbaren Unternehmen ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls sie zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würden (§ 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG). Sie könnten die begonnenen und weitere vergleichbare Projekte überhaupt nicht mehr durchführen, müssten daher ihre Betriebe völlig umstrukturieren, Entlassungen durchführen usw.

II. Einstweilige Anordnung (§ 32 BVerfGG)

1. Im vorliegenden Fall ist von einer besonderen Eilbedürftigkeit der verfassungsrechtlichen Überprüfung auszugehen (vgl. I., 2.). Daher muss Betroffenen, insbesondere der Auftraggeberin, auch die Möglichkeit offen stehen, beim Bundesverfassungsgericht eine Einstweilige Anordnung (§ 32 BVerfGG) zu beantragen, um negative, insbesondere vertrauensabbauende Wirkungen der geplanten Novelle zu vermeiden. Nach dem (vorgezogenen)

Inkrafttreten der Novelle kann daher sofort beantragt werden, dass das Bundesverfassungsgericht *die Anwendung des Gesetzes durch Einstweilige Anordnung untersagt*, ohne Rücksicht auf ein etwa noch weiterlaufendes Gesetzgebungsverfahren.

Die negativen Auswirkungen der Novelle auf den Hersteller wiegen so schwer – angesichts der laufenden Projekte – dass deren Durchführbarkeit nicht durch Gesetzes(vor)wirkungen bereits unmöglich gemacht werden darf. Derartige Effekte sind aber bereits eingetreten und weiterhin zu erwarten: Insbesondere im Kreditbereich wurde bereits und wird auch weiterhin sogleich reagiert, wenn durch auch nur mögliche Änderungen der Solarförderung die Durchführung von Projekten die Vermarktung von deren Ergebnissen gefährdet erscheint. Im Einstweiligen Rechtsschutz ist eine Abwägung durchzuführen, wie schwere Auswirkungen bei den durch die Novelle Betroffenen und für die Gesetzgebung jeweils bei Erfolg oder Nichterfolg der Verfassungsbeschwerde zu erwarten sind. Hier wiegen, bei der gebotenen Abwägung nach diesen Erfolgsaussichten, die Belange der Betroffenen eindeutig schwerer als ein gesetzgeberisches Interesse an einer sogleich wirksamen Verhinderung der Projekte.

2. Eine *Untersagung der Fortsetzung des Gesetzgebungsverfahrens* ist zwar grundsätzlich möglich, vor allem wenn diesem eine vertrauensabschwächende Wirkung zukommen soll (vgl. oben B, IV.), weil ja nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz dem Gericht eine ganz allgemeine Regelungs- und Gestaltungsfreiheit zuerkannt ist. Bei vorgezogenem Inkrafttreten der Novelle besteht dafür jedoch kein Rechtsschutzinteresse mehr, weil die Anwendung des bereits in Kraft getretenen Gesetzes jedenfalls einstweilen untersagt werden kann.

Nur für den Fall, dass auf ein derart vorgezogenes Inkrafttreten der Novelle verzichtet würde, könnte sich unter Umständen ein Rechtsschutzinteresse für eine Einstweilige Anordnung zur Untersagung der Fortsetzung des Gesetzgebungsverfahrens für Anlagenhersteller daraus ergeben, dass *allein schon die Fortsetzung des Verfahrens* der Durchführung der Projekte durch Vertrauensverlust unmöglich werden würde, weil etwa Kreditgeber und andere Partner die Mitwirkung einstellen würden, wegen eines sich verstärkenden Ankündigungseffektes. Dass dann die Regelung später aufgehoben würde, könnte den Herstellern insoweit nichts mehr nützen. Voraussetzung wäre allerdings, dass gerade und nur durch eine solche Einstweilige Anordnung diese schädigenden Auswirkungen (einer Aufhebung der Förderung ohne Übergangsbestimmungen) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bereits im Vorfeld vermieden werden könnten.

Anhang

Folgerungen für den Fall einer Verschiebung und/oder wesentlicher Änderung des überprüften Novellierungsvorhabens

I. Neueste Entwicklungen

Während der Abfassung des Rechtsgutachtens wurde durch zahlreiche Medienmeldungen bekannt, dass sich der politische Widerstand gegen das Novellierungsvorhaben, vor allem seitens von Verbänden, aber auch von Ländern und Abgeordneten des Bundestages, verstärkt. Ihre Kritik gründet sich unter anderem in mehr oder weniger allgemeiner Form, auf Überlegungen, welche auch den rechtlichen Schlussfolgerungen des Gutachtens zugrunde liegen. Diese liegen insoweit voll in der Tendenz dieser politischen Widerstände gegen die Novellierung.

Andererseits ist festzustellen, dass bisher die Bundesregierung offenbar an der Novellierung als solcher festhalten will, und dies gilt auch grundsätzlich wohl für die rechtlichen Formen von deren Ausgestaltung, einschließlich der Rückwirkungsproblematik. Die Rede ist bisher lediglich von einer geringfügigen zeitlichen Verschiebung, welche jedoch die Problematik des Rechtsgutachtens nicht berührt. Ferner wird erwogen, den Inhalt der Novelle nochmals zu überprüfen.

Wie sich dies weiter entwickeln wird, ist im Augenblick nicht abzusehen. Unklar ist, wie weit die hier überprüften Inhalte der Novelle (u. U. doch noch) Gesetz werden sollen. Dafür besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit.

Für ein (etwa) anstehendes Gesetzgebungsverfahren sind daher die Ergebnisse des Gutachtens in all den zentralen Punkten von Bedeutung, in welchen eine künftige Gesetzgebung von dem bisher vorliegenden

Entwurf ausgehen wird. Jedenfalls ergeben sich aber aus den bei der rechtlichen Überprüfung des Entwurfs erzielten Ergebnissen Leitlinien für jede künftige Regelung der überprüften Inhalte der Novelle.

II. Leitlinien für eine künftige Regelung des Gegenstandes der Begutachtung

Zu beachten ist, bei jeder Form zukünftiger gesetzlicher Regelung, insbesondere:

- a.) Eine Regelung darf nicht vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens in Kraft treten. Andernfalls besteht hohes Verfassungsrisiko wegen unzulässiger echter Rückwirkung.
- b.) Die Voraussetzungen für eine (Noch-)Gewährung bisheriger Solarstromvergütungen auch bei Einsatz großer Anlagen (über 10 MW) – insbesondere Satzungsbeschluss, Inbetriebnahme der Anlagen – dürfen in ihrer Erfüllungsnotwendigkeit nicht zeitlich so eng befristet werden, dass begonnene Projekte, welche Vertrauensschutz genießen, nicht mehr durchgeführt werden können.

Daher muß § 66 Absatz 18 EEG-Entwurf, wonach förderungswürdige Anlagen vor dem 1. Juli 2012 in Betrieb genommen worden sein mußten, dahingehend korrigiert werden, daß begonnene Projekte abgeschlossen werden können.

Bei der insoweit notwendigen Korrektur des Gesetzentwurfs zum EEG ist folgendes zu beachten: Aus einer Gesamtschau der nach dem Baugesetzbuch erforderlichen Schritte folgt: Mindestens ein Jahr ist für die Durchführung solcher Projekte erforderlich,

beginnend mit den ersten und meist besonders kostenaufwändigen Vorbereitungshandlungen bis zu deren Abschluß.

Das von ihm selbst im Baugesetzbuch gesetzte Verfahren muß der Gesetzgeber auch bei einer Novellierung des EEG im Auge behalten, insbesondere also die im BauGB genannten Fristen beachten. Bei der bisherigen Fassung des Gesetzentwurfs zum EEG verstrickt sich der parlamentarische Gesetzgeber in einen Selbstwiderspruch: Er zwingt den Unternehmer mit dem erhobenen Zeigefinger der rechten Hand per BauGB dazu, bestimmte Verfahrensschritte und deren Fristen einzuhalten, um ihn mit der linken Hand des EEG daran zu hindern, eben diese baurechtlichen Vorgaben zu beachten. Dies aber verstößt gegen das vom Bundesverfassungsgericht seit längerem in ständiger Rechtsprechung betonte Prinzip der Folgerichtigkeit staatlichen Handelns und ist damit verfassungswidrig.

Hieraus folgt, daß das Datum der letztmöglichen Inbetriebnahme vom 30. Juni 2012 auf einen wesentlich späteren Zeitpunkt verschoben werden muß. Als frühestmöglicher Zeitpunkt kommt der 31.12.2012 in Betracht.

- c.) Der Gesetzgeber darf nicht davon ausgehen, dass seinen Novellierungswirkungen entgegenstehendes Vertrauen Betroffener in die bisherige Rechtslage sich durch „Ankündigungseffekte“ der Änderungen wesentlich abschwächen lässt.

- d.) Eine so radikale Differenzierung zwischen kleineren und größeren Solaranlagen, wie sie die Novelle vorsieht, ist unter Gleichheitsgesichtspunkten bedenklich und bedarf jedenfalls eingehender und überzeugender Begründung, welche über die Ausführungen zum bisherigen Novellierungsentwurf weit hinausgeht.

Gesamtergebnis

I.

Regelungen der geplanten EEG-Novelle (Stand: Ende Februar 2012) sind wegen Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot verfassungswidrig und verletzen die Hersteller von Solarenergie-Anlagen über 10 MW Leistungsfähigkeit in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG, sowie Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatlichkeit). Dies gilt für das geplante Inkrafttreten der Novelle vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens, für die Fristbestimmungen zur Erfüllung von Voraussetzungen einer Stromvergütung, verbunden mit deren Beendigung dieser Förderung (§ 32 Gesetzesentwurf). Die Beschränkung der Vergütung auf drei Kategorien kleinerer Anlagen ist im Hinblick auf das Gleichheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) bedenklich.

II.

Diese Verletzungen ihres Gesetzgebungsvertrauens können Hersteller von größeren Solaranlagen im Wege der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG i. V. m. §§ 90 BVerfGG) geltend machen. Eine Erschöpfung des Rechtsweges ist nicht erforderlich. Eine Einstweilige Anordnung des Verfassungsgerichts kann nach § 32 BVerfGG beantragt werden, durch welche die Anwendung eines bereits in Kraft getretenen Gesetzes untersagt wird.

III.

Bei der noch notwendigen Korrektur des Gesetzentwurfs zum EEG ist folgendes zu beachten: Aus einer Gesamtschau der nach dem Baugesetzbuch erforderlichen Schritte folgt: Mindestens ein Jahr ist für die Durchführung solcher Projekte erforderlich, beginnend mit

den ersten und meist besonders kostenaufwändigen Vorbereitungshandlungen bis zu deren Abschluß.

Daher muß § 66 Absatz 18 EEG-Entwurf, wonach förderungswürdige Anlagen vor dem 1. Juli 2012 in Betrieb genommen worden sein mußten, dahingehend korrigiert werden, daß begonnene Projekte abgeschlossen werden können.

Bei der insoweit notwendigen Korrektur des Gesetzentwurfs zum EEG ist folgendes zu beachten: Aus einer Gesamtschau der nach dem Baugesetzbuch erforderlichen Schritte folgt: Mindestens ein Jahr ist für die Durchführung solcher Projekte erforderlich, beginnend mit den ersten und meist besonders kostenaufwändigen Vorbereitungshandlungen bis zu deren Abschluß.

Das von ihm selbst im Baugesetzbuch gesetzte Verfahren muß der Gesetzgeber auch bei einer Novellierung des EEG im Auge behalten, insbesondere also die im BauGB genannten Fristen beachten. Bei der bisherigen Fassung des Gesetzentwurfs zum EEG verstrickt sich der parlamentarische Gesetzgeber in einen Selbstwiderspruch: Er zwingt den Unternehmer mit dem erhobenen Zeigefinger der rechten Hand per BauGB dazu, bestimmte Verfahrensschritte und deren Fristen einzuhalten, um ihn mit der linken Hand des EEG daran zu hindern, eben diese baurechtlichen Vorgaben zu beachten. Dies aber verstößt gegen das vom Bundesverfassungsgericht seit längerem in ständiger Rechtsprechung betonte Prinzip der Folgerichtigkeit staatlichen Handelns und ist damit verfassungswidrig.

Hieraus folgt, daß das Datum der letztmöglichen Inbetriebnahme vom 30. Juni 2012 auf einen wesentlich späteren Zeitpunkt verschoben werden muß. Als frühestmöglicher Zeitpunkt kommt insoweit der 31.12.2012 in Betracht.

Ergebnisübersicht 1 bis 16

Ergebnis 1:

Die geplante EEG-Novelle soll die Förderung der Stromgewinnung aus Solarenergie erheblich einschränken, durch Absenkung der Vergütungssätze und Begrenzung der zu vergütenden Strommengen. Dadurch soll eine „Überförderung“ des Solarstroms insgesamt verhindert werden. Insbesondere soll die Förderung von größeren Solarstromanlagen weitestgehend eingestellt werden.

Diese Änderungen sollen sehr bald, unter engen Fristsetzungen, in Kraft treten. Deshalb ist ein Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelung bereits erheblich vor deren Verkündung vorgesehen. Zwar ist langfristige Absenkung der Förderung absehbar, nicht aber ein derartiger Eingriff.

Die Neuregelung hat schwerwiegende negative Auswirkungen auf Betreiber und vor allem auch auf Produzenten von Solarstromanlagen. Größere, bereits begonnene Projekte werden mangels Vergütung undurchführbar, dafür bereits getätigte Investitionen sind verloren. Betriebsorganisatorische Vorbereitungen werden entwertet, Arbeitsplätze gefährdet.

Hersteller größerer Solaranlagen sind daher der Ansicht, hier liege eine verfassungswidrige Rückwirkung vor; überdies sei die gravierende Ungleichbehandlung von kleineren und größeren Anlagen nicht zu rechtfertigen.

Ergebnis 2:

Unzulässige Rückwirkung könnte eine Verfassungswidrigkeit der Novelle begründen. Rückwirkung bedeutet hier, dass mit deren Inkrafttreten Rechtswirkungen – nicht tatsächliche Effekte –

eintreten, welche die Rechte/Pflichtenlage zwischen betroffenen Anlagenherstellern und der Fördergewalt verändern wie sie vor dem Inkrafttreten bestand. Diese Rückwirkung kann auch darin liegen, dass wirtschaftlich wertbildende rechtliche Rahmendaten verändert werden und dies zu Wertverlusten führt.

Ergebnis 3:

Zu unterscheiden sind echte und unechte Rückwirkung. Erstere verändert den Normgeltungszustand für die Vergangenheit, letztere für die Zukunft, aber mit Auswirkungen auf die Effekte auch der Normgeltung vor Inkrafttreten des rückwirkenden Gesetzes. Die Novellierung der Regelung der Gewinnung von Solarenergie entfaltet beide Rückwirkungen: echte durch Inkraftsetzung der Novelle vor dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens (Art. 82 GG), unechte durch Rechtsfolgen, die zwar nach Inkrafttreten der Novelle eintreten sollen, bestimmte Daten für Dispositionen der betroffenen Anlagehersteller nach der früheren Rechtslage aber ebenfalls verändern und damit zu Verlusten für sie führen.

Ergebnis 4:

Echte Rückwirkung ist grundsätzlich unzulässig, unechte grundsätzlich zulässig. Entscheidend ist die jeweilige Schwere der Verletzung des Schutzes des Vertrauens in die bisherige Normlage. Seine Grundlage ist die Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 3 GG), welche nicht vorhersehbare Rechtsänderungen verbietet. Für echte wie unechte Rückwirkung kommt es auf das jeweilige Gewicht der Enttäuschung des Vertrauens Betroffener an. Dies ist im Einzelnen nach bestimmten Kriterien zu ermitteln und zu bewerten. Dabei sind öffentliche Belange, welche der Gesetzgeber verfolgen darf, denen der betroffenen Normadressaten gegenüber zustellen und in einer gewissen Globalität abzuwägen.

Ergebnis 5:

Die Anlagenhersteller sind durch die weitgehende Beendigung der Stromvergütung für Größere Solaranlagen in ihrem grundrechtlichen Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG verletzt, da wesentliche betriebliche Dispositionen ihrerseits rückwirkend nicht mehr über Projektrealisierung zum Erfolg führen können. Betroffen sind sie auch in ihrem eigentumsrechtlichen Schutzbereich: wichtige Betriebsmittel, insbesondere für den Anlagenbau angeschaffte Grundstücke, können nicht mehr genutzt werden. Mit dieser Nutzungssperre geht ein massiver Wertverlust einher. Dies zeigt den hohen normativen (Grundrechts-)Rang der privaten Belange, welche den Vertrauensschutz der Betroffenen tragen.

Ergebnis 6:

Der durch die Novellierung drohende Verlust bezieht sich auf eine „greifbare Vermögensdisposition“ der Anlagenhersteller, welche in den begonnenen Projekten bereits „konkret verfestigt“ war, wie es die neueste Verfassungsrechtsprechung verlangt. Dies alles ist objektiv feststellbar. Frühere Motivationen der Anlagenhersteller spielen keine Rolle mehr und waren übrigens gesetzeskonform, ja vom Gesetzgeber sogar gewünscht. Die Positionen sind auch nicht durch „Zutun der Fördergewalt“ entstanden, sondern Ergebnis freier privater Entscheidung in einer Marktwirtschaft.

Ergebnis 7:

Die Anlagenhersteller haben ihr Vertrauen durch investive Dispositionen betätigt. Diese betreffen nicht allgemeine Geschäftspraxis, sondern konkrete Projekte. Ihr Umfang ist erheblich, dies spricht für ein beachtenswertes Gewicht des durch sie belegten Vertrauens. Die Unternehmer können diese Disposition auch nicht mehr rückgängig machen, den negativen Folgen der Vertrauensverletzung durch Einstellung der Förderung also nicht entgegenwirken.

Ergebnis 8:

Ein Vergleich bisher entschiedener Vertrauensschutz-Fälle mit dem vorliegenden zeigt: Das Vertrauen muss zurücktreten, wenn nur einzelne Komplexe in Beschäftigungsverhältnissen, bei sozialrechtlichen Regelungsgegenständen, allgemeiner bei solchen mit sozialen Bezügen, Gegenstand der Änderung sind. Auch muss berücksichtigt werden, wie weitgehend sich Betroffene (auch) auf (rückwirkende) Veränderungen einstellen können. Dies alles rechtfertigt im EEG-Fall eine derart einschneidende Rückwirkung nicht. Hier stehen die neuerdings in der Verfassungsjudikatur betonten „konkret verfestigten Rechtspositionen“ im Mittelpunkt, die in den Fällen der bisherigen Rechtsprechung meist nicht in entsprechender Weise geltend gemachten werden konnten.

Ergebnis 9

Dem Gesetzgeber steht allgemein, und auch hier, ein weitreichendes Einschätzungsrecht hinsichtlich der Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit (Zumutbarkeit) und damit der Beschränkbarkeit des Vertrauensschutzes zu. Die von ihm zu wahren öffentlichen Belange können einen Rang erreichen, der auch bedeutsamem Vertrauensschutz vorgeht. Diese Belange beinhalten einen sehr weiten Bereich von Gemeinschaftsinteressen.

Der Gesetzgeber muss aber einen Verfassungsgrundsatz der Kontinuität wahren. Dieser setzt vor allem der Rückwirkung gesetzlicher Bestimmungen Grenzen: Abrupte tiefgreifende Änderungen sind zu vermeiden.

Insbesondere muss der Gesetzgeber das neuerdings in der Verfassungsrechtsprechung entwickelte Folgerichtigkeitsgebot achten. Mit seinen eigenen Grundregelungen und systemtragenden Entscheidungen, mit seinen eigenen Konzeptionen darf er sich nicht durch unvorhersehbare Einzelregelungen in Widerspruch setzen.

Dies aber geschieht eindeutig und spektakulär im Falle der EEG-Novelle: Die Anlagenhersteller hatten sich auch für Größere Projekte auf längerfristige Absenkungen eingestellt; die abrupte Änderung der Förderung(sbedingungen) verletzt ein Vertrauen ihrerseits, dass der Gesetzgeber selbst geschaffen hat. Gegen längerfristige und, wie ursprünglich geplant, moderate Absenkungen wird kein Vertrauensschutz geltend gemacht – gerade deshalb aber gegenüber der rückwirkenden Novelle.

Ergebnis 10

Finanzpolitische Gründe mögen den Gesetzgeber zu der Novellierung gedrängt haben, das Bestreben, auch durch verhältnismäßig kleinere Einsparungen Stromverbraucher, letztlich Steuerbürger, zu entlasten. Staatliches Mehreinnahmen-/Minderausgaben-Interesse zur Entlastung der Haushalte, rechtfertigt aber jedenfalls die Enttäuschung des Vertrauens einer Gruppe von Bürgern durch Rückwirkung nicht. Von einer „akuten Notlage“ kann keinesfalls gesprochen werden.

Ergebnis 11:

„Effektivitätssicherung“ der Solarstromgesetzgebung ist Recht und Pflicht des Gesetzgebers; sie rechtfertigt aber nicht, als Blanko, beliebige Einschränkungen des Vertrauens der Normadressaten. Ein solcher Versuch wäre, seitens des Gesetzgebers, Berufung auf eigene Fehler: Er hätte eben so normieren müssen, dass seine Regelungen effektiv – wie gewollt – wirken.

Auf Verhütung eines Missbrauchs (Missstandes) kann sich die Novellierung nicht berufen. Die Normadressaten haben auch bei massierter Antragstellung vor der angekündigten Absenkung der Förderung lediglich von ihren gesetzlich vorgesehenen Rechten Gebrauch gemacht; die Massierung der Anträge ist Ergebnis einer

ebenso legalen Werbung. Von „Mitnahmen“ i. S. eines Missbrauchs darf hier nicht gesprochen werden.

Ergebnis 12:

Das Inkrafttreten der Novelle soll vorverlegt, damit sogar eine echte Rückwirkung gerechtfertigt werden, um zu verhindern, dass aufgrund vorzeitigen Bekanntwerdens der Änderungsabsichten des Gesetzgebers bereits begonnene Projekte noch durchgeführt, andere unter Vertrauensschutz noch eingeleitet werden können: Die Ankündigung soll damit das Gesetzesvertrauen in die bisherige Regelung abschwächen, wenn nicht ausschließen. Dadurch soll ein „Unterlaufen“ des Änderungszwecks durch „Mitnahmeeffekte“ verhindert werden. Derartige Überlegungen finden sich in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts.

Ergebnis 13:

Gegen Vertrauensbeseitigung durch Ankündigung von Gesetzesänderungen bestehen grundsätzliche und durchgreifende Verfassungsbedenken. Welcher Art, Form, Intensität die Ankündigung sein muss, bleibt ebenso völlig unklar wie die Erforderlichkeit der vertrauensabschwächenden Wirkung. Das parlamentarische Verfahren muss in einer Demokratie unbedingt ergebnisoffen ablaufen. Bis zu seinem Abschluss kann es keine Abschwächung des Gesetzesvertrauens geben. Derartiges verbietet die Rechtsstaatlichkeit.

Ergebnis 14:

Die Anlagenhersteller haben erst vor kurzem von den konkreten Plänen der Änderung der Gesetzgebung erfahren, welche sie in schwerwiegender Weise betreffen. Sie konnten ihr Verhalten demnach, insbesondere mit Blick auf die alsbald eintretenden

Wirkungen der Novelle, in keiner Weise mehr modifizieren. Diese trifft sie daher im Ergebnis ohne jede Übergangsregelung

Ergebnis 15:

Die geplante Novelle zum EEG ist wegen „echter“ Rückwirkung verfassungswidrig, soweit sie bereits durch ein Inkrafttreten vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens die Durchführung angelaufener Projekte zur Herstellung größerer Solaranlagen unmöglich macht. Die vorgesehenen Fristen, wonach die Anlage nach § 66 Absatz 18 und 18 a des EEG-Entwurfs zwischen dem 01. April 2012 und dem 30. Juni 2012 in Betrieb genommen, und der Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan vor dem 01. März 2012 gefasst worden sein muß, sind so kurz bemessen, dass sie keine wirksame Übergangsregelung darstellen.

Das geplante Entfallen von Stromvergütungen für größere Solaranlagen ist, auch wenn es erst nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens wirksam wird, wegen „unechter“ Rückwirkung verfassungswidrig; die Belange des Vertrauensschutzes der Betroffenen überwiegen deutlich die Regelungsinteressen des Gesetzgebers.

Ergebnis 16:

Die Beendigung der Stromvergütung für größere Solaranlagen wirft, unabhängig von der Rückwirkungsproblematik, Verfassungsfragen auf im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot (Art 3 Abs. 1 GG). Der Gesetzgeber kann zwar Kategorien von Förderungsempfängern bilden und diesen unterschiedliche Leistungen im Wege der Stromvergütung erbringen. Er muss sich dabei aber an sein eigenes Gesamtkonzept der Solarstromförderung halten. Daher hat er Förderungsunterschiede in ihren Auswirkungen näher darzustellen und sodann zu begründen. Daran fehlt es bei der Novelle.

Unsachliche Differenzierungen, etwa politischer Art, nach der Zahl der „Betroffenen“, rechtfertigen sich schon deshalb nicht, weil bei diesem Begriff auch die Gefahren für Arbeitsplätze im Herstellerbereich und für die unternehmerisch-industrielle Struktur in Deutschland zu berücksichtigen sind. Die Novelle begegnet also auch unter diesem Gesichtspunkt, unabhängig von der Rückwirkung, erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Gesamtergebnis

I.

Regelungen der geplanten EEG-Novelle (Stand: Ende Februar 2012) sind wegen Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot verfassungswidrig und verletzen die Hersteller von Solarenergie-Anlagen über 10 MW Leistungsfähigkeit in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG, sowie Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatlichkeit). Dies gilt für das geplante Inkrafttreten der Novelle vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens, für die Fristbestimmungen zur Erfüllung von Voraussetzungen einer Stromvergütung, verbunden mit deren Beendigung dieser Förderung (§ 32 Gesetzesentwurf). Die Beschränkung der Vergütung auf drei Kategorien kleinerer Anlagen ist im Hinblick auf das Gleichheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) bedenklich.

II.

Diese Verletzungen ihres Gesetzgebungsvertrauens können Hersteller von größeren Solaranlagen im Wege der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG i. V. m. §§ 90 BVerfGG) geltend machen. Eine Erschöpfung des Rechtsweges ist

nicht erforderlich. Eine Einstweilige Anordnung des Verfassungsgerichts kann nach § 32 BVerfGG beantragt werden, durch welche die Anwendung eines bereits in Kraft getretenen Gesetzes untersagt wird.

III.

Bei der noch notwendigen Korrektur des Gesetzentwurfs zum EEG ist folgendes zu beachten: Aus einer Gesamtschau der nach dem Baugesetzbuch erforderlichen Schritte folgt: Mindestens ein Jahr ist für die Durchführung solcher Projekte erforderlich, beginnend mit den ersten und meist besonders kostenaufwändigen Vorbereitungshandlungen bis zu deren Abschluß.

Daher muß § 66 Absatz 18 EEG-Entwurf, wonach förderungswürdige Anlagen vor dem 1. Juli 2012 in Betrieb genommen worden sein mußten, dahingehend korrigiert werden, daß begonnene Projekte abgeschlossen werden können.

Bei der insoweit notwendigen Korrektur des Gesetzentwurfs zum EEG ist folgendes zu beachten: Aus einer Gesamtschau der nach dem Baugesetzbuch erforderlichen Schritte folgt: Mindestens ein Jahr ist für die Durchführung solcher Projekte erforderlich, beginnend mit den ersten und meist besonders kostenaufwändigen Vorbereitungshandlungen bis zu deren Abschluß.

Das von ihm selbst im Baugesetzbuch gesetzte Verfahren muß der Gesetzgeber auch bei einer Novellierung des EEG im Auge behalten, insbesondere also die im BauGB genannten Fristen beachten. Bei der bisherigen Fassung des Gesetzentwurfs zum EEG verstrickt sich der parlamentarische Gesetzgeber in einen Selbstwiderspruch: Er zwingt den Unternehmer mit dem erhobenen Zeigefinger der rechten Hand per BauGB dazu, bestimmte Verfahrensschritte und deren Fristen einzuhalten, um ihn mit der

linken Hand des EEG daran zu hindern, eben diese baurechtlichen Vorgaben zu beachten. Dies aber verstößt gegen das vom Bundesverfassungsgericht seit längerem in ständiger Rechtsprechung betonte Prinzip der Folgerichtigkeit staatlichen Handelns und ist damit verfassungswidrig.

Hieraus folgt, daß das Datum der letztmöglichen Inbetriebnahme vom 30. Juni 2012 auf einen wesentlich späteren Zeitpunkt verschoben werden muß. Als frühestmöglicher Zeitpunkt kommt insoweit der 31.12.2012 in Betracht.

Jena, den 9. März 2012

Professor Dr. Anna Leisner-Egensperger