



RA Joachim Held, Mag. rer. publ.  
Rödl GmbH Rechtsanwalts-  
gesellschaft Steuerberatungs-  
gesellschaft, Nürnberg und  
Köln.

# Kür oder Willkür?

## Die Rechtsprechungswende zur EEG-Umlageentlastung bei der Umstrukturierung stromkostenintensiver Unternehmen

Joachim Held und Sarah Bohne\*



RA'in Sarah Bohne  
Rödl GmbH Rechtsanwalts-  
gesellschaft Steuerberatungs-  
gesellschaft, Nürnberg und  
Köln.

Das Verwaltungsgericht Frankfurt a. M. hat mit seiner Rechtsprechung zum Begriff des neugegründeten Unternehmens (§ 64 Abs. 6 Nr. 2a EEG 2021) eine praktikable Lösung für die EEG-Umlageentlastung stromkostenintensiver Unternehmen in der Umstrukturierung gefunden. Umstrukturierungen, insbesondere auch übertragende Sanierungen insolventer Unternehmen, werden hierdurch zukünftig vereinfacht. Dabei kann die Lösung des Verwaltungsgerichts dogmatisch aber nur wenig überzeugen. Da der Instanzenzug noch lange nicht ausgeschöpft ist, bleibt deshalb zu hoffen, dass die Rechtsprechung des VG Frankfurt a. M. noch korrigiert wird.

### I. Neue BesAR-EEG-Rechtsprechung des VG Frankfurt a. M.

Das VG Frankfurt a. M. hat in zwei aktuellen Entscheidungen<sup>1</sup> seine schon ältere Spruchpraxis<sup>2</sup> zur Umstrukturierung stromkostenintensiver Unternehmen fortgesetzt und damit einen grundlegenden Paradigmenwechsel in der Verwaltungspraxis des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhr (BAFA) herbeigeführt. Dieses hatte in ständiger Verwaltungspraxis<sup>3</sup> vertreten, dass neu geschaffenes Betriebsvermögen im Sinne des Neuunternehmensbegriffs nach § 64 Absatz 6 Nummer 2a EEG 2017/2021 nur vorläge, wenn ein Unternehmen ohne Sachanlagevermögen fabrikneues Sachanlagevermögen erwerbe oder schaffe. Geleaste oder gepachtete Betriebsmittel seien dagegen nicht als neues Betriebsvermögen anzuerkennen. Erfolgte die Gründung eines Unternehmens auf Basis des Betriebsvermögens eines oder mehrerer bereits bestehender Unternehmen, lag nach der Auslegung des BAFA keine Neugründung im Sinne des EEG vor.

Nicht zu den Neugründungen gehörten nach Auffassung des BAFA deshalb sämtliche Änderungen bereits bestehender Konstruktionen, sei es durch Verkauf oder andere Überlassung von Unternehmensteilen, Ausgliederungen von Unternehmensteilen an Dritte und Ähnliches, denn in diesen Konstellationen sei gerade kein neues Betriebsvermögen entstanden. Demnach galt in der

Verwaltungspraxis insbesondere die Entstehung eines neuen Unternehmens im Wege der Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge bzw. durch Übernahme eines in Insolvenz befindlichen Unternehmens im Rahmen eines Asset Deals durch einen Investor nicht als Neugründung im Sinne der Besonderen Ausgleichsregelung. Bildlich gesprochen forderte das BAFA die Entstehung eines Unternehmens auf der grünen Wiese.

Dieser Verwaltungspraxis hat das VG Frankfurt eine grundlegende Absage erteilt – das BAFA hat seine Verwaltungspraxis bereits an die neue Rechtsprechung angepasst und keine Revision gegen die Entscheidungen eingelegt, sodass diese bereits rechtskräftig geworden sind.

### II. Volks- und betriebswirtschaftlicher Kontext der Entscheidungen

Jenseits populistischer Neiddebatten<sup>4</sup> ist das Erfordernis einer Entlastung stromkostenintensiver Produktionsunternehmen, die in internationale Handels- und Produktionsketten eingebunden sind, wettbewerbs- und wirtschaftspolitisch zur Vermeidung von Verlagerungseffekten grundsätzlich anerkannt<sup>5</sup> und bereits seit 2003 als sog. „Härtefallregelung“ oder „Besondere Ausgleichsregelung“ (BesAR) ständiger Bestandteil des Erneuerbaren Energien Gesetzes (EEG).<sup>6</sup> Die Entlastung stromkostenintensiver Unternehmen von

\* Dieser Beitrag gibt ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder.

1 VG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.04.2021 – 5 K 243/19.F; Urt. v. 11.05.2021 – 5 K 2097/18.F.

2 VG Frankfurt a. M., Urt. v. 19.09.2018 – 5 K 8076/17.F, juris Rn. 13.

3 BAFA, Merkblatt Stromkostenintensive Unternehmen 2021, Stand: 10.03.2021, Ziffer 7 Nr. 1, S. 73; Merkblatt für Unternehmen des produzierenden Gewerbes – Darlegung der gesetzlichen Regelungen nach §§ 40 ff. Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 für Unternehmen des produzierenden Gewerbes, Stand: 09.03.2012, Ziffer II.A., S. 19.

4 Vgl. z. B. Alt, BUND fordert Kostendämpfung durch Abschaffung teurer Industrieprivilegien, Online-Veröffentlichung v. 13.08.2013, abrufbar unter <https://www.sonnenseite.com/de/politik/politik-muss-eeg-angriffe-stoppen/>. Sämtliche Internetquellen in diesem Beitrag wurden zuletzt abgerufen am 17.08.2021.

5 Schuster, in: BeckOK EEG, Greb/Boewe, 11. Ed., Stand: 16.11.2020 § 63 EEG Rn. 5 ff.

6 Säcker, in: Säcker, BerlKom EnR, Bd. 6, 4. Aufl. 2017, § 63 EEG Rn. 4 ff.

der EEG-Umlage erreicht in der Regel einen 5–7 stelligen EUR-Betrag pro Kalenderjahr und Unternehmen.<sup>7</sup> Damit ist sie ein wesentlicher Faktor für die Wirtschaftlichkeit eines produzierenden Unternehmens. Insofern ist eine unterbrechungsfreie Gewährung der EEG-Umlage-Entlastung bei einer Umstrukturierung unerlässliche Bedingung dafür, dass die Umstrukturierung überhaupt umgesetzt werden kann. In der besonderen Situation der Insolvenz besteht bezüglich des „Ob“ einer Umstrukturierung in der Regel keine Wahlfreiheit mehr. Hier kann der Insolvenzverwalter als maßgeblicher Akteur nur noch versuchen, das Unternehmen durch eine übertragende Sanierung in der materiellen Substanz zu erhalten oder im Rahmen einer sog. „Zerschlagung“ durch Einzelverwertung der Bestandteile zu liquidieren. Dabei ist die Zerschlagung regelmäßig mit hohen volkswirtschaftlichen Verlusten verbunden, da z. B. Arbeitsplätze und ideelle Vermögenswerte verloren gehen und die Vermögenswerte unter dem tatsächlichen Wert, man spricht umgangssprachlich auch vom „Schrottwert“, veräußert werden müssen. Es besteht deshalb ein breiter wirtschaftspolitischer Konsens, dass die Rechtsordnung Umstrukturierungen einfach ermöglichen soll und Zerschlagungen möglichst vermieden werden sollten.<sup>8</sup> Dabei ist die EEG-Umlageentlastung auch ein maßgeblicher Faktor, der mit über die Unternehmensrettung oder Zerschlagung entscheidet. Gelingt die unterbrechungsfreie EEG-Umlagebefreiung nicht, so besteht im Insolvenzverfahren immerhin die Möglichkeit, die fehlende EEG-Umlageentlastung mindernd vom Unternehmenskaufpreis abzusetzen und damit mittelbar die Insolvenzgläubiger die Lasten einer Unterbrechung der EEG-Umlageentlastung tragen zu lassen. Die in der Literatur<sup>9</sup> als willkürliche Gesetzeserweiterung gezeigte Rechtsprechung des VG Frankfurt wollte entgegen der oben dargestellten allgemeinen wirtschaftspolitischen Zielsetzungen gerade diesen Effekt durch die BesAR EEG verwirklicht wissen.<sup>10</sup> Mit den Zielen des Insolvenzrechts, dem gesetzgeberischen Willen zum Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Besonderen Ausgleichsregelung EEG und dem Gleichbehandlungsgebot von wirtschaftlich gesunden und sanierungsbedürftigen Unternehmen ist dies kaum vereinbar.

### III. EEG-rechtliche Problemlage der Umlageentlastung in Umstrukturierungsprozessen

Die Systematik der EEG-Entlastungsantragstellung sieht einen zeitlich gestreckten Prozess vor, der sich über den Referenzzeitraum von drei Geschäftsjahren für maßgebliche Energieverbrauchsdaten, das Kalenderjahr der Antragstellung und Bescheidung bis zu dem anschließenden Entlastungsjahr der tatsächlichen Entlastung von der EEG-Umlage hinzieht. Da EEG-Anträgen, zur Glättung kurzfristiger Schwankungen, die Daten aus den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Antragstellung zugrunde gelegt werden müssen,<sup>11</sup> benötigt ein neugegründetes stromkostenintensives Unternehmen deshalb bis zu 3 Jahre Vorlauf, bis

eine ausreichende Datenlage besteht, um erstmals einen Entlastungsantrag stellen zu können und unter Hinzunahme des Antrags- und Bescheidungsjahres bis zu 4 Jahre, bis es erstmals von der EEG-Umlage entlastet wird. Der Gesetzgeber hatte zur Beseitigung der hierdurch bestehenden Starthürden für neu gegründete Unternehmen bereits 2012 eine Privilegierungsvorschrift für neu gegründete Unternehmen eingeführt (§ 41 Abs. 2a EEG 2012, in § 64 Abs. 4 EEG 2021 fortgeführt), nach welcher der Nachweiszeitraum für neu gegründete Unternehmen auf ein Rumpfgeschäftsjahr verkürzt wird.<sup>12</sup> Diese Privilegierungsregelung wurde in der EEG-Novelle 2017 u. a. durch eine eigene Definition des Begriffs des neugegründeten Unternehmens (§ 64 Abs. 6 Nr. 2a EEG 2017/2021) ergänzt.<sup>13</sup> Darin wurde die Einstufung als neugegründetes Unternehmen an die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit mit neuen Betriebsmitteln geknüpft. Diese Voraussetzung wurde weiter durch die Forderung des Erwerbs oder der Schaffung neuen Sachanlagevermögens durch ein Unternehmen ohne Sachanlagevermögen präzisiert. Das BAFA, auf dessen Beteiligung im Gesetzgebungsverfahren die Anpassung vermutlich zurückgeht, konnte seine Auslegung damit seit dem EEG 2017 zum Teil auf die neue gesetzliche Definition stützen.

Der Gesetzgeber wollte mit dem in der EEG-Novelle 2014 eingeführten und in der EEG-Novelle 2017 angepassten § 67 EEG 2017 (§ 67 EEG 2021) Umstrukturierungen, insbesondere im Rahmen der Insolvenzsanierung, ermöglichen.<sup>14</sup> Die restriktive und weitgehend unvorhersehbare Gesetzesauslegung des § 67 EEG 2017/2021 in der Verwaltungspraxis des BAFA<sup>15</sup> und deren Bestätigung durch das VG Frankfurt<sup>16</sup> hatte dagegen die Umstrukturierung stromkostenintensiver Unternehmen mit unkalkulierbaren Risiken belastet. Hinzu kamen die EEG-rechtlich nicht mehr zu begründenden Nachweisanforderungen des BAFA, die Umstrukturierungen mit hohen Bürokratiekosten und tatsächlichen Nachweisrisiken belasteten.

### IV. Restrukturierung als Neugründung im Sinne des EEG

Umso erfreulicher, dass das VG Frankfurt mit seinen aktuellen Urteilen eine dogmatisch zwar kaum nachvollziehbare, aber immerhin die umstrukturierungs- und sanierungsfeindliche Verwaltungspraxis des BAFA korrigierende Lösung eröffnet hat.<sup>17</sup>

Das VG Frankfurt ist der Forderung fabrikneuen Sachanlagevermögens bereits in seiner 2018er-Entscheidung entgegengetreten. Dabei hatte das Verwaltungsgericht noch vorsichtig und ohne eine umfassendere Begründung formuliert, dass „neu geschaffenes Betriebsvermögen“ im Sinne von § 64 Abs. 4 Satz 6 EEG 2014 nicht dahin zu verstehen sei, „dass die Produktionsanlagen ausschließlich neu errichtet und betrieben sein müssten.“ Darüber

12 Appel/Vollstädt, BB 2012, 1398 (1402).

13 Bachert, ER 2017, 62 (64); krit. Große/Panknin, EnWZ 2016, 435 (439).

14 BT-Drs. 18/1891, S. 200.

15 BAFA, a.a.O., Fn. 3, Ziffer VII. Nr. 2, S. 74 ff.

16 OVG Kassel, Urt. v. 23.03.2017 – 6 A 414/15; OVG Kassel, Urt. v. 27.04.2017 – 6 A 1584/15; VG Frankfurt a.M., Urt. v. 08.08.2018 – 5 K 4453/16.F; Urt. v. 05.09.2018 – 5 K 291/18.F; Urt. v. 18.10.2018 – 5 K 2992/16.F; Urt. v. 16.01.2019 – 5 K 4780/17.F; Urt. v. 09.07.2019 – 5 K 2362/16.F; Beschl. v. 27.11.2019 – 5 L 3108/19.F; Urt. v. 13.08.2020 – 5 K 3859/18.F; Urt. v. 24.11.2020 – 5 K 4255/18.F; Urt. v. 18.02.2021 – 5 K 5025/18.F; Urt. v. 03.03.2021 – 5 K 2673/19.F; Urt. v. 03.03.2021 – 5 K 2672/19.F; Urt. v. 07.04.2021 – 5 K 922/18.F; Urt. v. 21.04.2021 – 5 K 3858/18.F.

17 Ausschließlich befürwortend: Abdelghany/Wiegand, Anmerkung zu VG Frankfurt a.M., Urt. v. 21.04.2021 – 5 K 243/19.F, IR 2021, 179 (180).

7 Koepf/Weinert/Schalle, Erfahrungsbericht gemäß § 97 EEG, Teilvorhaben IV: Evaluierung der BesAR EEG [...]; Februar 2018, Tabelle 8, S. 44, abrufbar unter [https://www.erneuerbare-energien.de/EE/Redaktion/DE/Downloads/bmw\\_de/bericht-eeg-9-besondere-ausgleichsregelung.pdf](https://www.erneuerbare-energien.de/EE/Redaktion/DE/Downloads/bmw_de/bericht-eeg-9-besondere-ausgleichsregelung.pdf).

8 Vgl. Rupp, Restrukturierungsprozesse in Betrieben und Unternehmen, 2012, S. 20 ff., abrufbar unter [https://www.boeckler.de/pdf/mbf\\_bvd\\_restruktierungsprozesse\\_in\\_betrieben\\_und\\_unternehmen.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/mbf_bvd_restruktierungsprozesse_in_betrieben_und_unternehmen.pdf).

9 Panknin/Große, EnWZ 2020, 210 (216); Becker-Boley/Ebert, NZI 2019, 475.

10 VG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.02.2019 – 5 K 9722/17.F; Urt. v. 08.08.2018 – 5 K 4453/16.F.

11 § 103 Abs. 1 EEG 2021 sieht pandemiebedingt für die Begrenzungsjahre 2022 bis 2025 ausnahmsweise eine Verkürzung auf 2 Jahre vor.

hinaus hatte es immer noch einschränkend gefordert, dass „die erstmalige Aufnahme der Unternehmens- oder Betriebstätigkeit unter Abstützung auch auf die neuen Ressourcen erfolgen“ müsse,<sup>18</sup> wobei offen bleiben konnte, ob es damit nur fabrikneue Ressourcen gemeint hat oder aber auch gebrauchtes, aber neu erworbenes Sachanlagenvermögen bereits unter den Begriff des „neuen Sachanlagevermögens“ subsumiert hat.

Mit seinen beiden neuen Entscheidungen hat das VG Frankfurt diese Unsicherheit nun ausgeräumt und auch die Frage des gepachteten und geleasteten Vermögens geklärt:

*„Der Umstand, dass bei äußerlicher Betrachtung die Klägerin die Produktionsanlagen von der C-Bank gepachtet hat und deren Betrieb unverändert fortführt, ändert hieran nichts. Ein Erfordernis, dass insbesondere die Sachanlagen „fabrikneu“ hergestellt sein müssten, ist nicht normiert. [...] Von dieser bilanzrechtlich geprägten Sicht ausgehend kommt es indes für die Frage, was „neu“ sei, nicht darauf an, ob noch etwa planmäßige Abschreibungen vorzunehmen wären, sondern ist darauf abzustellen, was für die Klägerin „neu“ ist. Das sind die in der Eröffnungsbilanz nach § 242 Abs. 1 HGB enthaltenen Positionen, mit denen die – neugegründete – Klägerin erstmalig ihre Unternehmenstätigkeit unter Abstützung auch auf die – für sie, nicht die C-Bank – neuen Ressourcen aufnahm.“<sup>19</sup>*

Danach ist auch gepachtetes oder geleastes Betriebsvermögen bei einer entsprechenden bilanzrechtlichen Zuordnung zum stromkostenintensiven Unternehmen geeignet, den Begriff des neuen Betriebsvermögens zu erfüllen. Ebenso sind auch die von einer Vorgängergesellschaft übernommenen, gebrauchten Produktionsanlagen geeignet, als für die neue Rechtseinheit neues Sachanlagevermögen die Einstufung als neu gegründetes Unternehmen zu begründen.

Mit seiner weiteren Entscheidung hat das Verwaltungsgericht seine Urteile bestätigt und unter Auseinandersetzung mit der Kommentarliteratur mit weiterer Argumentation gestützt:

*„Hieran hält das Gericht fest. Die normative Vorgabe in § 64 Abs. 4 Satz 6 EEG 2014 orientiert sich mit ihrer Anknüpfung an dem „Grund- und Stammkapital“ (als gezeichnetem Kapital Teil des Eigenkapitals) auf der Passivseite, über das hinaus auf der Aktivseite „weitere Vermögensgegenstände des Anlage- oder Umlaufvermögens erworben, gepachtet oder geleast“ worden sein müssten, erkennbar an Begrifflichkeiten aus dem Bilanzrecht (vgl. § 266 HGB) und spricht nicht vom steuerrechtlichen Gegenstück des Wirtschaftsguts. Bestätigung findet diese Sichtweise im Stichsatzprinzip des § 64 Abs. 7 EEG 2014,*

*(7) Für die Zuordnung eines Unternehmens zu den Branchen nach Anlage 4 ist der Zeitpunkt des Endes des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs maßgeblich.*

*bei dem es um ein bilanzielles Grundprinzip geht (vgl. Graf von Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, 3. Aufl. – 2014, Rn. 363). Von dieser bilanzrechtlich geprägten Sicht ausgehend kommt es indes für die Frage, was „neu“ sei, nicht darauf an, ob noch etwa planmäßige Abschreibungen vorzunehmen wären, sondern ist darauf abzustellen, was für die Klägerin „neu“ ist. Das sind die in der Eröffnungsbilanz nach § 242 Abs. 1 HGB enthaltenen Positionen, mit denen die – neugegründete – Klägerin erstmalig ihre Unternehmenstätigkeit unter Abstützung auch auf die – für sie, nicht die C-Bank – neuen Ressourcen aufnahm. Den Verben „erworben, gepachtet oder geleast“ ist nicht als konditionelle Voraussetzung das Adjektiv „neu“ vorangestellt, was die Sichtweise der Beklagten stützen könnte. Mit dem darüber hinaus erfolgenden Erwerb von*

*betriebsnotwendigen Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen mit einem Wert von rund 2,3 Millionen Euro wurde neues – da nicht mehr der C-Bank zugehöriges – Umlaufvermögen geschaffen.“<sup>20</sup>*

Dabei nimmt das Verwaltungsgericht mit seiner Auslegung aber der Umwandlungsregelung des § 67 Abs. 1 EEG 2021 nahezu jeden Anwendungsbereich. Wenn jeder Sachanlageerwerb – unabhängig ob ein Einheitserhalt besteht oder nicht – bereits eine Neugründung darstellt, bedarf es keiner Privilegierung mehr in Bezug auf die Fremddatenverwendung (§ 67 Abs. 1 Satz 1 EEG 2021) und keines Analogieverweises auf die Neugründungsprivilegierung (§ 67 Abs. 1 Satz 2 EEG 2021). Es ist aber nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine Regelung einführen wollte, die weitgehend ohne jede Funktion bleibt.

Darüber hinaus verbleibt eine Entlastungslücke zwischen Erstantragstellung und erstmaliger Entlastung, die frühestens erst im Folgejahr einsetzen kann. Zwar wollte der Gesetzgeber mit dem Institut der Übertragung des bestehenden Begrenzungsbescheids des Vorgängerunternehmens (§ 67 Abs. 3 EEG 2021) auch diese Lücke schließen. Insofern schließen sich aber die Privilegierung für neu gegründete Unternehmen und die Privilegierung für umgewandelte Unternehmen nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 64 Abs. 6 Nr. 2a EEG 2021 gegenseitig aus. Dies steht im systematischen Widerspruch zur Auslegung des VG Frankfurt, nach der jede Umwandlung im Sinne des § 3 Nr. 45 EEG 2021 gleichzeitig auch eine Neugründung im Sinne von § 64 Abs. 6 Nr. 2a EEG 2021 ist. Auch dies zeigt, dass der Lösungsansatz des VG Frankfurt weder vom Gesetzgeber gewollt war noch systematisch stimmig ist.

Gleichwohl besticht die Einfachheit und damit verbundene Rechtssicherheit der Lösung des VG Frankfurt. Dennoch werden sich neben den Verwaltungsjuristen des BAFA Heerscharen von hochspezialisierten Unternehmensberatern fragen lassen müssen, warum nach beinahe 10jähriger Anwendungspraxis auf einmal ohne eine Gesetzesänderung alles so einfach ist. Dem Vertrauen in das Rechtssystem hat das VG Frankfurt deshalb einen Bärendienst erwiesen.

Geradezu kafkaesk wirkt dabei das Ergebnis der Entscheidung des VG Frankfurt vom 11.05.2021, in der das Gericht zwar einen Entlastungsanspruch aufgrund eines Neugründungstatbestands in materieller Hinsicht anerkannt hat, diesen aber in formeller Hinsicht aufgrund der falschen Datengrundlage der Wirtschaftsprüferbescheinigung unter Verweis auf die materielle Präklusionsfrist des § 66 Abs. 3 EEG 2021 zurückgewiesen hat.<sup>21</sup> Dass das Gericht auch eine Überwindung der Präklusionsfrist<sup>22</sup> durch eine sog. „Nachsichtgewähr“<sup>23</sup> abgelehnt hat, zeugt von der fehlenden Praxisnähe des Gerichts: Das BAFA hat in allen Merkblättern zur Besonderen Ausgleichsregelung EEG vertreten, dass übertragende Umwandlungen und Miet- und Pachtgestaltungen keine Neugründungen im Sinne des EEG sein könnten und dies in Abstimmungsverfahren entsprechend an potentielle Antragsteller kommuniziert.<sup>24</sup> Diese haben regelmäßig auf die Aussage der Be-

20 VG Frankfurt a.M., Urt. v. 11.05.2021 – 5 K 2097/18.F, juris Rn. 23.

21 VG Frankfurt a.M., Urt. v. 21.04.2021 – 5 K 243/19.F, juris Rn. 29.

22 Vgl. hierzu die Erforderlichkeit grundsätzlich bezweifelnd: *Gotthardt/Fuchs*, DStR 2014, 1606.

23 OVG Kassel, Urt. v. 13.09.2016 – 6 A 53/15, juris Rn. 60 ff.; *König*, in: *Säcker, BerKom EnR*, Bd. 6, 4. Aufl. 2017, § 66 Rn. 10; *Posser/Altenschmidt*, in: *Frenz u. a.*, EEG, 5. Aufl. 2018, § 66 Rn. 36.

24 BAFA, Merkblatt Stromkostenintensive Unternehmen 2021, Stand: 10.03.2021, Ziffer 7 Nr. 1, S. 73; Merkblatt für Unternehmen des produzierenden Gewerbes – Darlegung der gesetzlichen Regelungen nach §§ 40 ff. Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 für Unternehmen des produzierenden Gewerbes, Stand: 09.03.2012, Ziffer II.A., S. 19.

18 VG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.09.2018 – 5 K 8076/17.F, juris Rn. 13.

19 VG Frankfurt a.M., Urt. v. 21.04.2021 – 5 K 243/19.F, juris Rn. 17.

hörde vertraut, die Transaktionsrahmenbedingungen entsprechend gestaltet und entsprechende Entlastungsanträge nach § 67 Abs. 1 EEG 2021 gestellt. Wenn ein Adressat einer Verfügung nur deshalb eine Präklusionsfrist nicht eingehalten hat, weil die Behörde ihm eine rechtlich unrichtige Auskunft erteilt hat, würde es eine unzumutbare Härte bedeuten, ihm eine Heilung seines Antragsfehlers durch einen korrigierenden Antrag zu verweigern. Soweit es sich nicht um eine offensichtlich gesetzeswidrige oder tatsächlich falsche Auskunft handelt,<sup>25</sup> darf er auf die Richtigkeit behördlicher Auskünfte vertrauen. Eine in einem im Internet veröffentlichten Merkblatt dargestellte Rechtsauffassung begründet jedenfalls einen entsprechenden Vertrauensschutz. Denn die Merkblätter des BAFA haben den Charakter einer Verwaltungsanweisung. Eine rechtswidrige Rechtsauffassung in einer Verwaltungsanweisung ist jedoch ein Fall staatlichen Fehlverhaltens.<sup>26</sup> Insofern ist es unverständlich, dass das VG Frankfurt diese in der BesAR-Praxis allgemein bekannte Tatsache nicht bereits von Amts wegen berücksichtigt hat und im entschiedenen Fall eine Nachsichtgewähr verweigert hat.

## V. Auswirkungen auf die Umstrukturierungspraxis

Die Urteile des VG Frankfurt sind bereits rechtskräftig geworden und das BAFA hat in allen weiteren anhängigen Verfahren zum Neuunternehmensbegriff des § 64 Abs. 4 Satz 5 und 6 EEG 2014 Verfahrensbeendigungen durch Abhilfe angeboten. Danach scheint durch die Urteile bereits eine Wende der Verwaltungspraxis eingeleitet worden zu sein, wenn auch neben der Frage der Übertragbarkeit der Urteile auf den Neuunternehmensbegriff des § 64 Abs. 6 Nr. 2a EEG 2017/2021 vor allem die weitere Klärung der Rechtsfrage in den höheren Instanzen durchaus noch spannend bleiben dürfte.

Insofern bietet die neue Rechtsprechung nur eingeschränkte Rechtssicherheit. Es bleibt deshalb zu erwägen, sich durch Hilfsanträge gegen eine erneute Wende der oberinstanzlichen Rechtsprechung, gegen die Pflicht des BAFA zur rückwirkenden Aufhebung von Bescheiden (§ 68 EEG 2021) und die materielle Präklusion von Heilungsanträgen (§ 66 Abs. 1 EEG 2021) abzusichern. Insbesondere müssen Unternehmen bei einer zeitlich ungünstigen Lage des Umwandlungsstichtags abwägen, ob sie für die relative Sicherheit der Neugründungslösung die Entlastungslücke aus einem fehlenden Übertragungsanspruch für neugegründete Unternehmen (§ 67 Abs. 3 EEG 2021) aufgeben. Die vermutlich gescholtenen und als Überbringer der transaktionshindernden Botschaft ungeliebten Berater werden deshalb wohl auch zukünftig bei der Gestaltung, Abstimmung und Umsetzung der Transaktionsstruktur unentbehrlich bleiben. Von einer Kür der EEG-Rechtsprechung kann deshalb wohl kaum gesprochen werden.

Im Gegenteil: Das Verwaltungsgericht Frankfurt hat noch in unmittelbarer zeitlicher Nähe vergleichbare Klagen zurückgewiesen,<sup>27</sup> ohne auch nur einen Hinweis auf die grundlegende Änderung seiner Rechtsprechung zu geben. Dabei ist vollkommen widersprüchlich, dass das VG Frankfurt noch im Februar 2021 eine Berufung auf die uneinheitliche Anwendung des Neugründungsbegriffs in der Verwaltungspraxis des BAFA als rechtswidrig nach dem Grundsatz „keine Gleichbehandlung im Unrecht“ zu-

rückgewiesen hat,<sup>28</sup> um dann bereits im Mai 2021, knapp nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, genau diese Verwaltungspraxis als rechtmäßig einzustufen.

Soweit die älteren Urteile des VG Frankfurt zu Umstrukturierungstatbeständen rechtskräftig geworden sind, besteht nach dem zivilprozessualen Grundsatz der nur in besonderen Ausnahmefällen möglichen Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 579, 580 ZPO) keine Möglichkeit, der Rechtsprechungsänderung Rechnung zu tragen. Eine Änderung der Rechtsprechung begründet keine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtskrafterstreckung.<sup>29</sup> Nur soweit die Rechtsprechungsänderung<sup>30</sup> noch innerhalb der Rechtsmittelfrist ergangen ist, könnte der Verstoß gegen die verfassungsrechtlich garantierte richterliche Hinweispflicht (Art. 103 Abs. 1 GG)<sup>31</sup> eine Rechtskraftdurchbrechung im Wege der Verfassungsbeschwerde begründen. In der Praxis wurden teilweise bei dem Verkauf der einzelnen Produktionsstandorte desselben Konzerns oder Unternehmens an unterschiedliche Käufer trotz der zeitlichen und sachverhaltlichen Nähe sowohl in der Bescheidungspraxis als auch in der Rechtsprechung des VG Frankfurt Verkaufsfälle je nach anwaltlicher Vorbereitung einerseits als Neugründung und andererseits als Umwandlung eingestuft.<sup>32</sup> Auch wenn dies in der Regel weder verfassungs-, straf- oder zivilprozessrechtlich justitabel ist, mag es dennoch nicht verwundern, wenn dies in der juristischen Laiensphäre als willkürlich eingestuft wird. Vor allem ist es ein Indiz dafür, dass der Gesetzgeber, Vollzugsbehörden und Gerichte mit der Komplexität spezialgesetzlicher Regelungen und den diesen zugrundeliegenden Sachverhalten der Lebenswirklichkeit überfordert sind. Diese Überforderung lässt sich nur durch eine entsprechende Spezialisierung der Institutionen überwinden. Die Gründung und der Erfolg der Clearingstelle EEG/KWKG sind ein Indiz dafür, dass der Staat mit einer Reorganisation des Gerichtswesens hier eine entsprechende Reaktion auf den Bedarf in der Energiewirtschaft verpasst hat. Dabei wäre es angesichts der durch Behördensitzzuständigkeit des VG Frankfurt ohnehin schon bestehenden Zuständigkeitskonzentration naheliegend, hier eine EEG-BesAR-Kammer einzurichten. Ebenso wäre es wünschenswert, die geschlossenen Karrierebahnen der Verwaltungsbeamten- und Richterlaufbahnen durch Quereinsteiger-Einstellungen zu durchbrechen, um fach- und branchenspezifisches Know-How aus der Anwendungspraxis des Gesetzes zu erschließen. Auch hier ist die Clearingstelle EEG/KWKG ein Beispiel, wie trotz der hohen Komplexität und technischen und wirtschaftlichen Dynamik eines Rechtsgebiets Rechtsprechung auf hohem fachlichen und rechtswissenschaftlichen Niveau verlässliche Investitions- und Wirtschaftsbedingungen sicherstellen kann.

Insofern bleibt für den Gesetzgeber noch genug zu tun, um diese, dem Rechtslaien kaum noch zu vermittelnde EEG-rechtliche Lage, durch eine einfache und klare gesetzliche Regelung aufzulösen und die strukturellen Ursachen für die an Willkür grenzende Verwaltungsrechtsprechung zum EEG und damit für eine Abwanderung stromkostenintensiver Unternehmen zu beseitigen.

28 VG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.02.2021 – 5 K 5025/18.F, juris Rn. 54.

29 Vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 7 – 3000 – 244/18 (15.11.2018), S. 3, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/85642/250f9034ca8f4c2998234077c134d91b/WD-7-244-18-pdf-data.pdf>.

30 Grundlegend zum Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderungen: Brocker, NJW 2012, 2996 ff.

31 BGH, Beschl. v. 10.07.2012 – II ZR 212/10; Urt. v. 15.02.2018 – I ZR 243/16; Beschl. v. 12.05.2020 – VIII ZR 171/19; BVerfG, Beschl. v. 01.08.2017 – 2 BvR 3068/14.

32 VG Frankfurt a.M., Urt. v. 07.04.2021 – 5 K 922/18.F; Urt. v. 18.02.2021 – 5 K 5025/18.F, juris Rn. 52.

25 VG Frankfurt a.M., Urt. v. 02.07.2019 – 5 K 6023/17.F.

26 BVerwG, Urt. v. 28.03.1996 – 7 C 28.95, Urt. v. 14.04.2005 – 7 C 16/04, Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 31 Rn. 10.

27 VG Frankfurt a.M., Urt. v. 07.04.2021 – 5 K 922/18.F; Urt. v. 18.02.2021 – 5 K 5025/18.F.