

Stellungnahme

Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. gegenüber der Clearingstelle EEG im Hinweisverfahren 2015/7

Modulaustausch nach „technischem Defekt“

Berlin, 13. Mai 2015

Verfahrensfrage

1. Was ist ein „technischer Defekt“ i. S. d. Austauschregelung? Insbesondere:

- Ist ein technischer Defekt erst bei Überschreitung einer bestimmten Schwelle („Mindestminderleistung“) anzunehmen?
- Ist die unsachgemäße Montage einer PV-Anlage ein „technischer Defekt“?

2. Ist das Ersetzen von PV-Anlagen gemäß der Austauschregelung in § 32 Abs. 5 EEG 2012 bzw. § 51 Abs. 4 EEG 2014

- der Bundesnetzagentur zu melden und
- dem zuständigen Netzbetreiber mitzuteilen? Bejahendenfalls: Ist hierzu ein neues Inbetriebnahmeprotokoll erforderlich?

Stellungnahme:

Der BDEW begrüßt die Klärung der in praktischer Hinsicht ausgesprochen relevanten Frage, wann nach der „Modulaustauschregelung“ im EEG 2012 (alt), EEG 2012 (neu) und EEG 2014 ein „technischer Defekt“ vorliegt.

A – Leitsätze

Der BDEW regt an, sowohl in den Leitsätzen als auch in der Entscheidungsbegründung den Begriff „Austauschregelung“ zu überdenken. Dieser Begriff wurde von der Clearingstelle EEG bereits in der Entscheidung 2012/19 für § 21 Abs. 3 Satz 2 EEG 2009, § 3 Nr. 5, 3. HS, EEG 2012 (neu) und § 5 Nr. 21, 3. HS, EEG 2014 verwendet. Insbesondere stehen die beiden „Austauschregelungen“ im EEG 2012 und 2014 nebeneinander und können sich im Rahmen eines Spezialitätsverhältnisses bedingen. Zur Vermeidung von Missverständnissen wäre es deshalb sinnvoll, hier zumindest von einer „PV-Austauschregelung“, „PV-Ersetzungsregelung“ o.ä. zu sprechen.

Leitsatz 1 Satz 1 sollte wie folgt ergänzt werden:

„... zu erwartende Leistung, auch mit Rücksicht auf eine altersbedingt zu erwartende Leistungsreduktion, unterschreitet.“

Diese altersbedingte Leistungsreduktion kommt in Leitsatz 5 für den Leser relativ überraschend, weshalb sie im Eingangs-Leitsatz zur Klarstellung noch erwähnt werden sollte. Eine entsprechende Ergänzung wäre dann auch in Rdn. 17 des Hinweistwurfs sinnvoll.

Außerdem könnte unter Leitsatz 1 und unter Rdn. 18 bzw. 23 ff. der Entscheidung ergänzt werden, dass die hersteller- oder vertreiberseitige Mängelgewährleistung oder ein freiwilliger Austausch der Module durch den Hersteller oder Vertreiber als Indiz für einen technischen Defekt angesehen werden könnten.

Die Folgeleitsätze wären nach Maßgabe der nachfolgend unter B vertretenen Ansichten ebenfalls anzupassen.

B - Entscheidungsbegründung

Soweit nachfolgend nicht auf einzelne Randnummern eingegangen wird, teilt der BDEW die Darstellungen der Clearingstelle EEG. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Meldepflichten unter Rdn. 53 ff. des Hinweisentwurfs.

Rdn. 6:

Hier ist zu beachten, dass § 66 Abs. 1 Nr. 12 i.V. mit § 32 Abs. 3 EEG 2012 (alt) für Modulaustauschvorgänge zwischen dem 1. Januar und dem 31. März 2012 weiter gilt (§ 100 Abs. 1 Nr. 4, 9 und 10 i.V. mit § 66 Abs. 18 Satz 1 EEG 2012 (neu)). Dementsprechend gilt bei Modulaustauschmaßnahmen innerhalb des Zeitfensters 1. Januar bis 31. März 2012 weiterhin und auch im Rahmen des EEG 2014, dass ein mglw. austauschbedingtes Leistungsdelta nicht als neu in Betrieb genommen zu gelten hat. Dies ist auch im Rahmen von Rdn. 53 ff., speziell Rdn. 59, zu berücksichtigen.

Rdn. 13:

Mit dem Satz

„Eine modulscharfe Betrachtung wäre nur dann erforderlich, wenn der Wortlaut auf die einzelne Anlage abstellte (z. B. „Eine Anlage ..., die eine Anlage ... ersetzt, gilt ...“)“

unterstellt die Clearingstelle EEG, dass eine solche Wortwahl zwingend eine 1:1-Ersetzung bedeuten würde. Demgegenüber kann diese Wortwahl aber auch als deskriptive, abstrakte Bezeichnung von Anlagen angesehen werden¹.

In der Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages² zur EEG-Novelle 2014 finden sich hinsichtlich der Vorgabe der Ersetzung von Bestandsanlagen nach § 100 Abs. 2 Satz 3 und 4 EEG 2014 demzufolge auch die Ausführungen, dass Leistungen einer Bestandsanlage auf mehrere Neuanlagen aufgeteilt werden können³:

„Wenn dabei die stillgelegte Anlage eine höhere installierte Leistung hatte, erscheint es angemessen, dass der überschießende Teil, der nicht für die Anlage nach Satz 2 „verbraucht“ wurde, für eine andere Anlage verwendet werden kann, die ebenfalls von der Regelung in Satz 2 Gebrauch machen möchte.“

Dies kann aus dem Wortlaut von § 100 Abs. 2 Satz 3 und 4 EEG 2014 herausgelesen werden, wenn man die dortige Aufzählung nicht enumerativ sondern deskriptiv versteht. Eine

¹ Aufzählende „eins“ versus unbestimmter Artikel, s. Handbuch der Rechtsförmlichkeit vom 22. September 2008, Rdn. 126.

² BT-Drucksache 18/1891, S. 220 f. zu § 100 Abs. 2 Satz 3 EEG 2014.

³ So auch Wustlich, NVwZ 2014, S. 1113, 1119; Antoni/Probst/Geipel, ER Sonderheft 01/14, S. 15, 19.

Teilbarkeit der Leistung der stillzulegenden Anlage wird auch in der Begründung der Anlagenregisterverordnung⁴ genannt:

„So kann die Bundesnetzagentur den stillgelegten Anlagen eine entsprechende installierte Leistung der geförderten Anlagen zuordnen. Für andere Netzbetreiber wiederum ist dann aus dem Anlagenregister ersichtlich, ob eine ihnen zu Nachweiszwecken als stillgelegt registrierte Anlage bereits ganz oder teilweise „verbraucht“ ist.“

Die Darstellung in Rdn. 13 des Hinweistwurfes würde demgegenüber implizieren, dass auch im Falle von § 100 Abs. 2 Satz 3 und 4 EEG 2014 stets nur eine 1:1-Ersetzung möglich wäre. Dies würde aber den vorstehend dargestellten Passagen in der Begründung des EEG 2014 und der Anlagenregisterverordnung widersprechen.

Rdn. 15:

Der BDEW teilt insbesondere die Ausführungen der Clearingstelle EEG, dass eine Bagatellgrenze, unterhalb derer eine austauschbedingte Leistungserhöhung nicht zu einer Neuinbetriebnahme des „Leistungsdeltas“ führt, im EEG nicht vorgesehen ist. Hiergegen spräche insbesondere, dass der Gesetzgeber von § 32 Abs. 3 EEG 2012 (alt) zu § 32 Abs. 5 EEG 2012 (neu) hin die Vorgabe der Neuinbetriebnahme des Leistungsdeltas ausdrücklich und auch mit Wirkung für alle vor dem 1. Januar 2012 durchgeführten Modulaustauschmaßnahmen⁵ eingeführt hatte.

Es wäre zwar sowohl für den Anlagen- als auch für den Netzbetreiber aus Praktikabilitätsgründen sinnvoll, eine solche Bagatellgrenze einzuführen. Allerdings könnte nicht von vornherein zwischen Fällen der konstruktionsbedingt unausweichlichen Leistungserhöhung und solchen der bewusst herbeigeführten Leistungserhöhung unterschieden werden.

Rdn. 17:

Hier sollte in Zeile 3 zur Abgrenzung gegenüber anderen Leistungsabfällen „aufgrund von Fehlern, die dem Modul immanent sind“ ergänzt werden, wie dies in Leitsatz 1 steht.

Rdn. 24 ff.:

Der BDEW begrüßt die Darstellungen insbesondere in Rdn. 24 ff., dass zeitbedingte Leistungsminderungen der Module, die die vom Hersteller angegebenen oder – wenn Herstellerangaben nicht feststellbar sind – die üblichen Werte nicht überschreiten, keine technischen Defekte im Sinne der „PV-Austauschregelungen“ sind. Wenn eine Mängelgewährleistung nicht greift, kann auch kein entsprechender Defekt angenommen werden.

⁴ Einzelbegründung zu § 8 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 AnlRegV, Link: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/V/verordnung-anlagenregister.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de.rwb=true.pdf>.

⁵ § 66 Abs. 1 Nr. 12 EEG 2012 (neu).

Rdn. 29:

Hier sollte „Möglichkeit“ durch „für ihn förderseitig mit Nachteilen verbundene Möglichkeit“ ergänzt werden. Jeder Austausch stellt per se eine Möglichkeit dar, die allerdings ökonomisch für den Anlagenbetreiber nur bei Anwendbarkeit der „PV-Austauschregelungen“ nicht mit Nachteilen verbunden ist.

Rdn. 30:

Der BDEW bittet hinsichtlich der Begründung, dass Installateure nicht durch hohe Schadenersatzforderungen betroffen werden sollen, wenn bei der Installation der Module ein technischer Defekt an den Modulen hergestellt worden ist, um Berücksichtigung, dass eine Verlagerung entsprechender volkswirtschaftlicher Schäden von den Installateuren und deren Berufshaftpflichtversicherungen auf die Stromkunden nicht gerechtfertigt erscheint. Gewährleistungs- oder Schadenersatzforderungen gegenüber Installateuren wegen installationsbedingter Beschädigung der Module werden üblicherweise durch deren Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt. Wurde von Installateuren keine entsprechende Versicherung abgeschlossen, tragen diese das Risiko dieser Beschädigungen selber. Dementsprechend besteht nach Auffassung des BDEW hier keine gesteigerte Schutzwürdigkeit der Installateure.

Die Inanspruchnahme entsprechender Gewährleistungs- oder Schadenersatzforderungen als Begründung für die Vorlage eines Defektes würde außerdem jegliche Grundsätze des Schadenersatzrechtes bzw. der Rechtes der Sekundäransprüche verletzen. Eine solche gesteigerte Schutzwürdigkeit von Unternehmern ist dem BDEW auch nicht aus anderen Branchen bekannt.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die Installationsfehler erst dann entdeckt werden, wenn entsprechende Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche verjährt sind und/oder nicht mehr durchsetzbar sind, weil der Installationsbetrieb nicht mehr existiert. Dies müsste dann allerdings jeweils vom Anlagenbetreiber nachgewiesen werden.

Rdn. 32:

Der BDEW begrüßt ausdrücklich die Ausführungen unter dieser Randnummer. Angesichts von häufig kurz vor Eintreten eines Degressionsschrittes erst fertig gestellten PV-Anlagen können eine solche überhastete Installation und dadurch verursachte Mängel an den Modulen keine Privilegierung durch die „PV-Austauschregelungen“ bedingen. Allerdings müssten dann die Ausführungen unter Rdn. 30 entsprechend unter Vorbehalt der Ausführungen in Rdn. 32 gesetzt werden, wenn die Clearingstelle EEG an den Ausführungen unter Rdn. 30 festhält.

Rdn. 36:

Hier sollte ergänzt werden, dass – wie an anderem Ort im Hinweistwurf dargestellt – witterungsbedingte Ertragsschwankungen der Module keine Annahme eines entsprechenden technischen Defektes rechtfertigen. Insoweit ist der tatsächliche Jahresertrag einer Anlage nicht notwendigerweise ein belastbares Kriterium für die Darlegung einer übermäßigen Leistungsdegradation.

Rdn. 40 bis 52:

Das Argument, dass eine Ersetzung nach der „PV-Austauschregelung“ nicht modulscharf erfolgen müsse, verfängt nach Auffassung des BDEW nicht hinsichtlich der Frage, ob ein modulscharfer Nachweis des technischen Defektes notwendig ist. Die jeweiligen „PV-Austauschregelungen“ sind nur auf

„Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie auf Grund eines technischen Defekts, einer Beschädigung oder eines Diebstahls an demselben Standort ersetzen, ...“

anwendbar. Wie die Clearingstelle EEG korrekt festgestellt hat, ist in jeglichen verfahrensgegenständlichen Fassungen des EEG die Anlage bei Solarstromanlagen jeweils als das einzelne Modul definiert⁶. Dementsprechend sind die „PV-Austauschregelungen“ ohnehin nur auf solche Module anwendbar, die technisch defekt, beschädigt oder gestohlen worden sind. Andere Module, die diese Eigenschaften nicht aufweisen, unterfallen dieser Regelung gar nicht erst. Die Möglichkeit der Ersetzung von vier defekten Modulen durch fünf nicht defekte ermöglicht daher nicht, dass auch nicht-defekte Module dem Wortlaut nach ersetzt werden dürfen.

Außerdem sieht der BDEW die Möglichkeit, bei unverhältnismäßigem wirtschaftlichen Aufwand auch Module auszutauschen, die nicht technisch defekt sind, aus mehreren Gründen kritisch:

Zum einen ist das Kriterium der wirtschaftlichen Zumutbarkeit des Nachweises des technischen Defektes eines Moduls in dem Hinweistwurf nicht hinreichend beschrieben. Ab einer gewissen Größe einer PV-Gesamtinstallation könnte der Anlagenbetreiber daher befugt sein, alleine aufgrund des erforderlichen Prüfungsaufwandes sämtliche Module der Gesamtinstallation auszutauschen, obwohl nur eine vergleichsweise geringe Anzahl technisch defekt ist. Diese Denkweise hätte zumindest dann ihre Grenze, wenn der technische Defekt nicht aus einer übermäßigen Leistungsdegradation herrühren würde, sondern aus einem offensichtlichen technischen Defekt wie bei einer Beschädigung durch Hagelschlag. Zumindest dies

⁶ OLG Schleswig, ZNER 2012, S. 281; OLG Saarbrücken, Urteil vom 2. Februar 2011, Az. 1 U 31/10; OLG Nürnberg, Urteil vom 19. August 2014, Az. 1 U 440/14; OLG Naumburg, REE 2013, S. 175; Clearingstelle EEG, Verfahren 2009/5, 2011/11; dass insoweit die Rechtsprechung zum PV-Anlagenbegriff aus der Vergangenheit weiter gelten soll, hat der Gesetzgeber auch in BT-Drs. 18/1304, S. 112 zu § 5 EEG 2014, so klargestellt.

wäre in Rdn. 42 noch entsprechend als Grenze zu ergänzen, wie es in Rdn. 46 aufgeführt wird.

Zum zweiten wird beim Austausch ganzer Stränge oder der Gesamtheit von Modulen einer Installation auch nicht angegeben, ab welchem Befund der Erzeugungsleistung die gesamten Module der Installation/des Strings ausgetauscht werden dürften. Unklar bleibt insoweit, ob eine Leistungsunterschreitung äquivalent zu 10% der defekten Module bereits wirtschaftlich zumutbar sein kann, oder ob die Leistungsunterschreitung äquivalent zu mehr als 50% der defekten Module sein müsste.

Der BDEW begrüßt insoweit die unter Rdn. 48 dargestellte Möglichkeit, dass nicht defekte Alt-Module aus verschiedenen Strings in einem neuen String neu zusammengeschlossen werden bzw. dass Alt-Module durch Versetzung innerhalb derselben Installation technisch defekte Module in einem Altmodul-String ersetzen.

Schließlich gibt der BDEW zu bedenken, dass der Anlagenbetreiber durch die Ersetzung von technisch defekten Modulen durch neue Module zwar nicht die Förderlaufzeit der Gesamtinstallation verlängert. Es wird jedoch hinsichtlich der ersetzten Module die Gesamt-Lebensdauer der Installation und damit die Fähigkeit der Stromerzeugung verlängert.

Ein Vollaustausch der Module einer 10-MW-Installation zur Mitte ihrer gesetzlichen Förderdauer würde daher die Gesamt-Lebensdauer und damit die Nutzbarkeit der Installation um weitere zehn Jahre verlängern, obwohl mglw. nur 10% der Module der Gesamtinstallation technisch defekt gewesen waren. Da der Gesetzgeber davon ausging, dass sich diese Module nach 20 Jahren zzgl. Inbetriebnahmejahr betriebswirtschaftlich amortisiert haben, würde die Gesamtinstallation zu deutlich längerer Zeit jenseits der gesetzlichen Förderdauer eine Vergütung realisieren können, als es mit der Installation im Ursprungszustand möglich gewesen wäre. Dieser wirtschaftliche Vorteil des Anlagenbetreibers müsste daher im Rahmen einer möglichen wirtschaftlichen Zumutbarkeit des Austausches von Einzelmodulen ebenfalls Beachtung finden.

In jedem Falle sollte Leitsatz 6 der Klarstellung halber um die in Rdn. 45 und 46 genannten Aussagen erweitert werden, bei denen eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit nach Ansicht der Clearingstelle EEG nicht angenommen werden kann.

Rdn. 62 und Rdn. 67ff.:

Hier muss zwischen einer technisch bedingten Vorlage des Inbetriebnahmeprotokolls und einer Vorlage zur Glaubhaftmachung des Inbetriebnahmezeitpunktes der neuen Module unterschieden werden:

In der Praxis sind Inbetriebnahmeprotokolle ein wesentliches Mittel für die Glaubhaftmachung eines konkreten Inbetriebnahmezeitpunktes. Dies hatte die Clearingstelle EEG in ihrer Entscheidung im Verfahren 2010/1, Rdn. 128, bereits dargestellt. Gleiches gilt dann auch im Falle eines Modulaustausches und einer Inbetriebnahme der neuen Module.

Da die Glaubhaftmachung des Inbetriebnahmedatums der ersetzenden Module bei Vorlage eines Leistungsdeltas gegenüber der Installation im ursprünglichen Zustand eine wesentliche

Vergütungsvoraussetzung ist, hat der Anlagenbetreiber diese Vergütungsvoraussetzung entsprechend nachzuweisen. Kommt kein anderer tauglicher Nachweis als ein Inbetriebnahmeprotokoll in Frage, ist der Netzbetreiber befugt, die Vorlage eines solchen als Voraussetzung zur Auszahlung der gesetzlichen Förderung für das Leistungsdelta zu verlangen. Anderenfalls wäre allenthalben eine Förderung zum degressionsbedingt nächstniedrigeren Fördersatz möglich⁷. Die Aussage in Rdn. 76 des Hinweistentwurfs

„In keinem Fall dürfen Netzbetreiber die Auszahlung der Vergütung bzw. gesetzlichen Förderung von der Vorlage eines Inbetriebnahmeprotokolls abhängig machen.“

ist daher aus Darlegungsgründen nur bedingt zutreffend.

Darüber hinaus widerspricht die Aussage der Clearingstelle EEG in Rdn. 69

„Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass bei einer schon an das Netz angeschlossenen PV-Installation die Ausführung des Anschlusses gemäß den einschlägigen technischen Regelwerken vorgenommen wurde und dass der Austausch von Modulen – bspw. aufgrund eines technischen Defektes – keine neue „Ausführung des Anschlusses“ i. S. d. Regelung darstellt.“

vielfach der Praxis. Aufgrund der dort zitierten Gesetzeslage müsste davon auszugehen sein, dass grundsätzlich die EEG-Netzanschlüsse sowie entsprechende Anlagen den Vorgaben der allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Dies lässt sich allerdings nur dann mit Sicherheit bestätigen, wenn die Erzeugungs- und Anschlussanlage vom Netzbetreiber abgenommen worden ist. Da dies aber vom Gesetzgeber nicht als Inbetriebnahmevoraussetzung angesehen wird und es bereits in zahlreichen Fällen zu schadhafte Anschlüssen⁸ oder gar nicht dem Netzbetreiber gemeldeten „Schwarz-Anschlüssen“ gerade von Solarstromanlagen gekommen ist, muss die Aussage entsprechend abgeändert werden.

Der BDEW regt außerdem an, dass die Clearingstelle EEG in dieser oder einer Folgeentscheidung die Problematik behandelt, wann Module „am gleichen Standort“ nach den „PV-Austauschregelungen“ ersetzt werden. Derzeit scheint teilweise vertreten zu werden, dass bei Vernichtung von Bestandsmodulen, z.B. durch Brand des „Unterbaus“, die Errichtung neuer Module an einem anderen Standort noch von diesen „PV-Austauschregelungen“ umfasst sei.

Außerdem ist die Vorlage einer „Beschädigung“ oder eines „Diebstahls“ von Modulen im Sinne der „PV-Austauschregelungen“ in der Praxis ebenfalls hinsichtlich der Prüfungstiefe und der vorzulegenden Nachweise umstritten. Auch diesbezüglich wird eine Ausweitung dieses Verfahrens oder die Durchführung eines weiteren Verfahrens angeregt.

⁷ So LG Frankfurt (Oder) IR 2004, S. 110.

⁸ Z.B. fehlerhafte/fehlende Erdschlusskompensation oder sonstige technische Fehler.

Ansprechpartner:

Christoph Weissenborn
Geschäftsbereich
Recht und Betriebswirtschaft
Telefon: +49 30 300199-1514
christoph.weissenborn@bdew.de