

Clearingstelle EEG
Dr. Sebastian Lovens-Cronemeyer
Charlottenstr. 65
10117 Berlin

Berlin, Dortmund, Bayreuth, Stuttgart, 25.10.2017

Stellungnahme zu dem Hinweisverfahren 2017/22

750-kW-Grenze bei PV

Die ÜNB begrüßen die rechtliche Klärung der Frage der Ausschreibungspflicht hinsichtlich der 750-kW-Grenze bei Solar-Anlagen in einem Hinweisverfahren, um für alle Beteiligten, d. h. Anlagenbetreiber, Anschlussnetzbetreiber und Übertragungsnetzbetreiber, die notwendige Rechtssicherheit zu geben.

Die PG HoBA beantwortet die im Beschluss zum Hinweisverfahren aufgeworfenen Fragen wie folgt:

1. Zu einer bestehenden PV-Installation von bis zu 750 kW installierter Peak-Leistung können PV-Module bis zu einer Gesamtleistung gemäß § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2017 von 750 kW ohne Zahlungsberechtigung hinzugebaut und in Höhe der gesetzlichen Vergütung vergütet werden. Mithin sind für den Leistungsanteil über 750 kW ein Zuschlag im Ausschreibungsverfahren und daher auch eine vorherige Beteiligung am Ausschreibungsverfahren erforderlich. Diesem zwingenden Erfordernis steht auch die Mindestgebotsgröße von 750 kW (§ 30 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017) nicht entgegen. Bei der Berechnung der installierten Leistung nach § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2017 sind mit Einschränkung des Punktes 3 auch Anlagen einzubeziehen, die vor dem 01.01.2017 in Betrieb genommen worden sind, soweit die zeitlichen Fristen von 12 bzw. 24 Kalendermonaten eingehalten sind.
2. Bestehende PV-Installationen von bis zu 750 kW sind von der wettbewerblichen Bestimmung des anzulegenden Wertes ausgenommen, wenn durch einen nachträglichen Zubau die Grenze von 750 kW überschritten wird. Eine eventuell bereits vor dem 01.01.2017 bestehende Ausschreibungspflicht gemäß FFAV bleibt davon unberührt.
3. Bei Freiflächenanlagen erfolgt eine Zusammenfassung sowohl nach § 24 Abs. 1 als auch Abs. 2 EEG 2017. § 100 Abs. 9 EEG 2017 schränkt die Zusammenfassung zur Prüfung der maximalen Leistung gemäß § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 dahingehend ein, dass für Inbetriebnahmen vor dem 01.07.2018 nur § 24 Abs. 1 EEG 2017 anzuwenden ist. Mithin ist eine vor dem 01.07.2018 in Betrieb gehende Freiflächenanlagen nur dann mit zuvor in Betrieb genommenen PV-Anlagen zusammenzufassen, wenn sie binnen 12 Kalendermonaten auf dem gleichen Grundstück, Gebäude, Betriebsgelände oder in sonstiger unmittelbarer Nähe in Betrieb genommen worden sind. Dies gilt jedoch nur hinsichtlich der Ausschreibungspflicht und nicht hinsichtlich der Vergütungsfähigkeit (10-MW-Grenze) und Direktvermarktungspflicht an sich, für die die Zusammenfassung nach Abs. 2 EEG 2017 nicht eingeschränkt ist.

Begründung

1. § 24 EEG 2017 gilt ausdrücklich nur „... für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator ...“. Dem Vertrauensschutzaspekt der Anlagenbetreiber bzw. Bestandsschutz für bestehende Anlagen, die dem EEG innewohnen, wird durch diese Regelung auch dann vollends Genüge getan, wenn bei der Zusammenfassung auch solche Anlagen als „Vorbelastung“ der Leistung einbezogen werden, die vor Inkrafttreten der Regelung in Betrieb genommen worden sind, weil weder deren Vergütung (§ 19 Abs. 1), noch die Direktvermarktungspflicht (§ 21 Abs. 1) noch die Pflicht zur wettbewerblichen Bestimmung des anzulegenden Wertes (§ 22 Abs. 3 Satz 2) durch die spätere Inbetriebnahme weiterer PV-Anlagen berührt wird. Dementsprechend wurde im Empfehlungsverfahren 2009/5 auch festgestellt, dass auch dann Anlagen bei der Zusammenfassung als „Vorbelastung“ einzubeziehen sind, wenn sie unter einer vorherigen Version des EEG in Betrieb genommen worden sind, soweit deren Inbetriebnahme im Rahmen der zeitlichen Frist erfolgt ist.
2. Hinsichtlich der Leistungsgrenze von 750 kW sind die Regelungen der fiktiven Leistungszusammenfassung zu beachten. Dies ergibt sich zwingend aus dem Bezug auf § 22 EEG 2017 in § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2017. Soll z. B. zu einer bestehenden 740-kW-Anlage eine weitere Anlage von 20 kW errichtet werden und wären diese Anlagen gemäß § 24 Abs. 1 oder 2 EEG 2017 leistungsmäßig zusammenzufassen, unterläge die 20-kW-Anlage – zumindest für den Leistungsanteil über 750 kW – der Ausschreibungspflicht gemäß § 22 Abs. 3 EEG 2017.
3. Anlagen mit einer Inbetriebnahme vor dem 01.01.2017 sind bei der Berechnung der Leistung im Sinne des § 24 EEG 2017 im Rahmen der zeitlichen Fristen zu berücksichtigen, unterliegen jedoch selbst nicht der Ausschreibungspflicht des § 22 Abs. 3 EEG 2017. Eine eventuell bereits vor dem 01.01.2017 bestehende Ausschreibungspflicht gemäß FFAV bleibt davon unberührt.
4. Die von der Clearingstelle im Hinweis-Entwurf vertretene Auffassung, dass Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2017 bei der Berechnung der installierten Leistung nach § 24 EEG 2017 nicht zu berücksichtigen seien, ist nicht haltbar. Vielmehr sind wie im Empfehlungsverfahren 2009/5 begründet für die fiktive Leistungszusammenfassung alle Anlagen innerhalb der zeitlichen Frist zu berücksichtigen, unabhängig unter welcher Version des EEG diese Anlagen in Betrieb genommen worden sind. Im Fall von § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 ergibt sich dies zwingend aus zwei Gründen:
 - (1) Hätte der Gesetzgeber eine andere Regelung als unter 2. oder 3. beschrieben treffen wollen, hätte er in § 48 Abs. 2 EEG 2017 einen gesetzlichen Vergütungsanspruch für den Leistungsanteil über 750 kW festlegen müssen. Da er dies unterlassen hat, ist der Leistungsanteil über 750 kW nicht vergütungsfähig, sofern nicht eine Zahlungsberechtigung vorliegt. Die Zahlungsberechtigung setzt aber einen Zuschlag in einem Ausschreibungsverfahren zwingend voraus.
 - (2) Wenn der Gesetzgeber die Zusammenfassung mit Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2017 hätte vermeiden wollen, hätte er entsprechende Übergangsvorschriften vorgesehen. In der Tat hat der Gesetzgeber eine solche Einschränkung durch § 100 Abs. 9 EEG 2017 vorgenommen. Die Existenz dieser Einschränkung lässt für eine darüber hinausgehende Einschränkung unter der Annahme einer planwidrigen Regelungslücke keinen Raum, zumal diese Regelung als Gesetzeskorrektur erst nachträglich durch das MietStrFG

aufgenommen worden ist und selbst diese einschränkende Regelung eine Zusammenfassung mit Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2017 im Rahmen der kürzeren Frist von 12 Kalendermonaten immer noch erfordert.

5. § 30 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 sieht ein Mindestgebot für Solar-Anlagen von 750 kW vor. Dies könnte zwar als Indiz gesehen werden, dass für die 20-kW-Anlage des Beispiels kein Zuschlag im Ausschreibungsverfahren erforderlich wäre, doch ergäbe sich aus dem unter 4.1 genannten Grund dennoch kein gesetzlicher Vergütungsanspruch für den Leistungsanteil über 750 kW. Außerdem besteht für den Anlagenbetreiber im Rahmen von § 38a EEG 2017 die Möglichkeit, unter Inkaufnahme von Pönalen gemäß § 54 EEG 2017 auch ausschreibungspflichtige Anlagen unter 750 kW zu realisieren oder durch eine spätere Inbetriebnahme der Anlage die Frist des § 24 Abs. 1 oder 2 EEG 2017 verstreichen zu lassen. Folglich erschwert, aber verhindert die Mindestgebotsgröße nicht die Erweiterung um eine weitere Anlage bis 750 kW.
6. Wie unter 1. begründet, bezieht sich § 100 Abs. 9 EEG 2017 ausschließlich auf Freiflächenanlagen, die nach dem 31.12.2016 und vor dem 01.07.2018 in Betrieb gehen. Diese sind gemäß § 24 Abs. 1 EEG 2017 mit allen zuvor in Betrieb genommenen PV-Anlagen zusammenzufassen, wenn sie binnen 12 Kalendermonaten auf dem gleichen Grundstück, Gebäude, Betriebsgelände oder in sonstiger unmittelbarer Nähe in Betrieb genommen worden sind. Bei einer Inbetriebnahme der Freiflächenanlage ab dem 01.07.2018 ist zusätzlich die Zusammenfassung nach § 24 Abs. 2 EEG 2017 mit jenen Freiflächenanlagen vorzunehmen, die innerhalb der räumlichen Grenzen binnen 24 Kalendermonate in Betrieb genommen worden sind. In beiden Fällen sind damit auch Bestandsanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2017 grundsätzlich eingeschlossen, soweit die Inbetriebnahme binnen 12 bzw. 24 Kalendermonaten erfolgte.

Sonstige Anmerkungen zum Hinweis-Entwurf

1. Die in Kapitel 2.2 des Hinweis-Entwurfs geschilderten Schwierigkeiten in der Planungsphase sind korrekt, können jedoch nicht zu einer abweichenden rechtlichen Wertung führen; dies noch weniger, da diese Problematik hinsichtlich der Vergütungshöhe (Leistungsstufen) seit Jahren besteht. Allenfalls lässt sich hier eine Anregung ableiten, dass Gesetz dahingehend abzuändern, das Ausschreibungsverfahren auch auf bestehende Solaranlagen ohne Vergütungsanspruch auszudehnen.
2. Die Randnummer 22 ist nicht nachvollziehbar, da sich der Regelungszweck nicht auf die Vergütung selbst sondern auf die Abhängigkeit von der Leistung bzw. Bemessungsleistung bezieht. Der Nichteinschluss von Anlagen in sogenannter Sonstiger Direktvermarktung würde – da diese Vermarktungsform kalendermonatlich geändert werden kann – Missbrauch Tür und Tor öffnen. Da diese Anlagen grundsätzlich nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 vergütungsfähig sind, müssen diese auch bei § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2017 einbezogen werden.
3. Die Nummer 3 des Hinweis-Entwurfs sollte hinsichtlich der Formulierung klarer gefasst werden, weil die derzeitige Formulierung dahingehend missverstanden werden könnte, der Anlagenbetreiber könnte für die ersten 750 kW statt dem Zuschlagswert der erfolgreichen Ausschreibung auch die (in der Praxis) höhere Festvergütung in Anspruch nehmen und nur für den Leistungsanteil oberhalb der 750 kW den Zuschlagswert.