

Stellungnahme

zum Hinweisverfahren 2017/22 der Clearingstelle EEG

„750-kW-Grenze bei PV“

Berlin, 25. Oktober 2017

Verfahrensfragen:

1. Unter welchen Voraussetzungen können zu PV-Installationen bis maximal 750 kW_p weitere Solaranlagen hinzugebaut werden, ohne dass die Ausschreibungspflicht gemäß § 22 Abs. 3 EEG 2017 entsteht?
2. Wenn unter Erfüllung der Voraussetzungen aus § 24 Abs. 1 EEG 2017 Solarmodule zu einer 750-kW-Installation hinzugebaut werden: Gilt die Ausschreibungspflicht für die gesamte Installation?
3. Gilt vor dem Hintergrund des Mieterstromgesetzes § 24 Abs. 1 oder Abs. 2 EEG 2017 für Freiflächenanlagen?

Stellungnahme:

Der BDEW begrüßt die Durchführung des Hinweisverfahrens 2017/22. Die in dem Hinweisentwurf aufgeworfenen Fragen zur 750-kW-Grenze sind für die Beurteilung einer Ausschreibungspflicht von EEG-Anlagen von hoher praktischer Relevanz.

Der BDEW nimmt wie folgt zum Hinweisentwurf vom 4. Oktober 2017 Stellung. Ausführungen in dem Hinweisentwurf, die nachfolgend nicht behandelt werden, werden vom BDEW mitgetragen.

A. Leitsatz 1 und Verfahrensfrage 1

Der BDEW teilt die Auffassung der Clearingstelle EEG in Leitsatz 1 zu Verfahrensfrage 1, dass für die Berechnung der 750-kW-Grenze in § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 Anlagen,

- die vor dem 1. Januar 2017 in Betrieb genommen worden sind, sowie
- deren Inbetriebnahme länger als zwölf aufeinanderfolgende Kalendermonate auseinander liegt,

gemäß § 24 Abs. 1 EEG 2017 nicht mit weiteren Anlagen zusammenzufassen sind. Zur Klarstellung, dass sich die Leitsätze auf Solaranlagen beziehen, sollte allerdings „Anlagen“ in Leitsatz 1, Einleitungshalbsatz, in „Solaranlagen“ geändert werden. In dem den Leitsätzen vorangestellten Text wird zwar klargestellt, dass sich das Verfahren nur auf die 750 kW-Grenze bei Solaranlagen bezieht. Gerade durch die Hervorhebung der Leitsätze gegenüber diesem vorangestellten Text ergibt sich der Anwendungsbereich der Aussagen in den Leitsätzen aber nicht.

In Rdn. 13 sollte außerdem klargestellt werden, dass die vorliegende Entscheidung keine Aussagen darüber trifft, ob Anlagen nach dem EEG 2014, auf die gemäß den Überleitungsregelungen weiterhin § 32 EEG 2014 anzuwenden ist, nicht zum Zwecke der Leistungsgrenzen für

- die verpflichtende Direktvermarktung,
- die Förderzonung sowie
- die 10 kW-Grenze z.B. in § 61 Abs. 2 EEG 2014 bzw. § 61a Nr. 4 EEG 2017

mit Anlagen nach dem EEG 2017 zusammengefasst werden müssten. Die derzeitigen Aussagen in Rdn. 13 sind dahingehend unpräzise, als sie teilweise eine Zusammenfassung zu jeglichen anderen Zwecken gänzlich ausschließen, teilweise den Ausschluss aber auch nur auf die Ausschreibungsschwellen beschränken.

Die Ansicht der Clearingstelle EEG, dass auch Anlagen nicht hinzugerechnet werden müssten, die keinen Anspruch auf Zahlung nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 haben, also *bspw.* in reiner Eigenversorgung, als Inselanlage oder in sonstiger Direktvermarktung betrieben werden, muss nach Auffassung des BDEW weiter differenziert werden:

Die Anwendbarkeit von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 im Rahmen der 750 kW-Grenze nach § 33 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 hängt davon ab, ob für den in den Anlagen erzeugten Strom der Anspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 in Abhängigkeit von der Bemessungsleistung oder der installierten Leistung besteht. Dementsprechend ist die Feststellung der Clearingstelle EEG korrekt, dass die Regelung – auch im Zusammenspiel mit § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 – dann nicht anwendbar ist, wenn sich für eine EEG-Anlage gar kein Förderanspruch aus dem EEG und damit nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 ergibt und ergeben kann.

Der BDEW teilt allerdings nicht die Darstellung, dass dies zuträfe, wenn eine Anlage

- in reiner Eigenversorgung,
- als Inselanlage oder
- in sonstiger Direktvermarktung

betrieben wird. Ein Betrieb einer EEG-Anlage in reiner Eigenversorgung kann auch nur vorübergehender Natur sein, und – z.B. zur Umgehung der 750 kW-Schwellenwerte und des 12-Monats-Zeitfensters in § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 – nachträglich wieder auf eine Voll- oder Überschusseinspeisung umgestellt werden.

Gleiches gilt für die Errichtung einer EEG-Anlage als reine Inselanlage. Der Netzanschluss dieser Anlage und damit deren grundsätzliche Förderfähigkeit kann auch erst nach Verstreichen des 12-Monats-Zeitfensters hergestellt werden. Dann würde sich nachträglich für diese Anlage eine Ausschreibungspflichtigkeit ergeben.

Schließlich ist die Wahl der Vermarktungsform des Stroms dem Anlagenbetreiber überlassen. Wenn eine Anlage den Strom in der „sonstigen Direktvermarktung“ vermarktet, kann diese Vermarktungsform unter Berücksichtigung der Vorgaben des EEG und der MPES 2.0 zum Wechsel der Vermarktungsform jederzeit wieder in eine Vermarktungsform mit einer EEG-Förderung umgestellt werden.

Dementsprechend sollte bereits in Leitsatz 1 klargestellt werden, dass die vorstehenden Fälle einer Anlage

- in reiner Eigenversorgung,
- als Inselanlage oder
- in sonstiger Direktvermarktung

nur dann gelten, wenn für die Anlage bereits aus anderen Gründen eine Förderung nach dem EEG ausgeschlossen ist, z.B. wegen

- Nichteinhaltung der Förderanforderungen für „Freiflächenanlagen“ nach § 48 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 oder
- Ausschluss der EEG-Förderung wegen Inbetriebnahme der Anlage und fehlender vorangegangener Teilnahme an einem obligatorischen Ausschreibungsverfahren, wenn die Inbetriebnahme einer EEG-Anlage eine nachträgliche Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren ausschließt.

Dies wird auch dadurch gestützt, dass Anlagen, die nach dem EEG grundsätzlich förderfähig sind, einer oder mehreren Förderkategorien zugeordnet werden müssen. Dies gilt insbesondere für Anlagen, die angeblich in reiner Eigenversorgung betrieben werden sollen. Sehen diese Förderkategorien eine Differenzierung nach der Leistung der Anlage vor, wie die geordneten Förderkategorien nach § 48 Abs. 2 EEG 2017 für Aufdach-Solaranlagen sowie diejenigen für sonstige Solaranlagen nach § 48 Abs. 1 EEG 2017 hinsichtlich der 10 MW-Grenze, muss dies entsprechend auch im Rahmen von § 24 Abs. 1 EEG 2017 berücksichtigt werden, auch wenn – vorübergehend – kein förderfähiger Strom existiert.

Außerdem kann dieser Grundsatz auch dann nicht gelten, wenn die betreffende Installation alleine deshalb keinen Anspruch auf eine Förderung nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 hat, weil sie nach § 22 EEG 2017 einer Ausschreibungspflicht unterlegen wäre, aber nicht an einem Ausschreibungsverfahren teilgenommen hat, und trotzdem in Betrieb genommen worden ist. So ist der Fall denkbar, dass in Abständen von jeweils vier Monaten Solarstrom-Installationen von 750 kWp in Betrieb genommen werden. Die erste Installation wäre nicht ausschreibungspflichtig. Die zweite Installation kann nicht an einem Ausschreibungsverfahren teilnehmen, wenn sie vor Gebotsabgabe in Betrieb genommen worden ist, mglw. aber auch darauf angelegt worden ist, gar keine EEG-Förderung in Anspruch zu nehmen. Die dritte Installation müsste dann aber leistungsseitig mit den vorangegangenen beiden Installationen zusammengefasst werden. Bei einem Abstand von sechs Monaten zwischen den Installationen müsste die dritte Installation mit der zweiten Installation zusammengefasst werden. Dann kann es angesichts des Wortlauts von § 24 Abs. 1 EEG 2017 keinen Unterschied machen, ob die zweite Installation eine EEG-Förderung in Anspruch nimmt, oder mangels Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren nicht in Anspruch nehmen kann. Ansonsten würden Installationen, die ohne Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren und damit ohne Förderanspruch in Betrieb genommen worden sind, den Zeitstrahl in § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 durchbrechen.

B. Leitsatz 2 und Verfahrensfrage 2

Der Leitsatz 2 sollte zur Vermeidung von Missverständnissen in seinem Satz 1 um folgenden Teilsatz ergänzt werden:

„, ohne dass es für diese Installation einer erfolgreichen Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren bedurfte.“

Satz 3 des Leitsatzes 2 sollte wie folgt ergänzt werden:

„Die hinzugebaute 750-kW-Installation hingegen hat ohne einen ihr zugeordneten Zuschlag bzw. eine Zahlungsberechtigung weder einen Anspruch auf Zahlung nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 noch erfüllt sie die Größenvoraussetzung (mehr als 750kW_p) für die Teilnahme an einer Ausschreibung zur wettbewerblichen Ermittlung der Marktprämie (vgl. Abschnitt 2.5.1). Allerdings kann ein für eine andere Anlage ergangener Zuschlag unter Einhaltung der sonstigen Voraussetzungen des EEG 2017 und ggf. unter Aufteilung des Zuschlags dieser Anlage vor deren Inbetriebnahme zugewiesen werden.“

Der BDEW weist außerdem darauf hin, dass die Mindestgebotsmenge nach § 30 Abs. 2 EEG 2017 nicht „mehr als 750 kWp“ ist, sondern „mindestens 750 Kilowatt“, wenn das EEG 2017 nicht für bestimmte Energieträger hiervon abweichende Vorgaben festlegt, z.B. für Biomasse. Solarstromanlagen mit einer Leistung von 750 kW können somit an einem Ausschreibungsverfahren unter Einhaltung der Mindestgebotsmenge teilnehmen. Dementsprechend müssten Leitsatz 2 sowie die Ausführungen unter Abschnitt 2.5.1 entsprechend auf 749 kW/749 kWp hin angepasst werden.

Die Ausführungen in Rdn. 37 ff. des Hinweistwurfs sollten ebenfalls entsprechend um die Zuordnungsfähigkeit eines Teils eines für eine andere Anlage ausgestellten Zuschlags auf eine Anlage mit einer Leistung von 749 kWp sowie um die Mindestgebotsmenge von 750 kW ergänzt werden; Letzteres wird in Rdn. 41 dagegen korrekt dargestellt, aber unter Auslassung der Teilbarkeit eines vorhandenen Zuschlags.

Außerdem sollten die Hinweise in Rdn. 16 und 17 zu den Auskunftsmöglichkeiten von Anlagenbetreibern vor Errichtung der Anlagen in gekürzter Form in Leitsatz 2 integriert werden. Hierdurch wird erreicht, dass entsprechende Anlagenbetreiber bereits bei Lektüre der Leitsätze auf diese Auskunftsmöglichkeiten hingewiesen werden.

In dem Zusammenhang sei zu erwähnen, dass gerade bei Aufdach-Anlagen eines größeren Gebäudekomplexes auch und vornehmlich der Grundstückseigentümer hinsichtlich der Verpachtung weiterer Flächen auf demselben Gebäude auskunftsfähig ist, und dies bereits vor dem Zeitpunkt, vor dem die zuständige Baubehörde und der Netzbetreiber vom Zubau einer PV-Anlage erfahren würden. Gleiches gilt auch für größere Flächen, die für Freiflächenanlagen mit Zubautranchen verschiedener Anlagenbetreiber genutzt werden könnten. Auch diese Auskunftsmöglichkeit sollte daher in Betracht gezogen werden.

C. Leitsatz 3 und Verfahrensfrage 2

Der BDEW teilt zwar grundsätzlich die Feststellung der Clearingstelle EEG, dass bei Hinzubau weiterer Anlagen zu einer Installation von 750 kW die bestehende Installation keiner Ausschreibungspflicht unterfällt (s. Leitsatz 2). Allerdings hat dies seine Grenze, wenn die Installation selber mehr als 750 kW Leistung umfasst, ohne dass es sich um einen Zubau-Fall handelt.

§ 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 legt fest, dass

„mehrere Anlagen (...) unabhängig von den Eigentumsverhältnissen zum Zweck der Ermittlung des Anspruchs nach § 19 Absatz 1 und zur Bestimmung der Größe der Anlage

nach § 21 Absatz 1 oder § 22 für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage anzusehen (sind), wenn

- 1. sie sich auf demselben Grundstück, demselben Gebäude, demselben Betriebsgelände oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden,*
- 2. sie Strom aus gleichartigen erneuerbaren Energien erzeugen,*
- 3. für den in ihnen erzeugten Strom der Anspruch nach § 19 Absatz 1 in Abhängigkeit von der Bemessungsleistung oder der installierten Leistung besteht und*
- 4. sie innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb genommen worden sind.“*

§ 24 Abs. 1 Satz 1, Einleitungssatz, EEG 2017 legt zwar fest, dass „mehrere Anlagen (...) zur Bestimmung der Größe der Anlage nach (...) § 22 für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage anzusehen“ sind. Führt die Zusammenfassung zu bestimmten Rechtsfolgen, auch nach § 22 EEG 2017, sollen diese daher nur den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator treffen.

Wird die gesamte Installation zum gleichen Inbetriebnahmezeitpunkt in Betrieb genommen, kann nicht mehr nach dem „jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator“ unterschieden werden. Dies wäre aber nicht nur für die Feststellung einer Teilnahmepflicht der Anlage bzw. bestimmter Generatoren an einem Ausschreibungsverfahren erforderlich, sondern auch

- für die Beurteilung der Anwendbarkeit einer verpflichtenden Direktvermarktung nach § 21 EEG 2017, auf den die Regelung ebenfalls verweist,
- für die Zuordnung der verschiedenen (zulässigen) Vermarktungsformen des EEG zu den einzelnen Anlagen bzw. Generatoren sowie
- für den Wechsel zwischen den (zulässigen) Vermarktungsformen hinsichtlich der einzelnen Anlagen bzw. Generatoren.

Dementsprechend bewirkt dies, dass sämtliche Generatoren, die zum selben Zeitpunkt in Betrieb genommen worden sind, auch nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 als eine einheitliche Anlage gelten. Eine Trennung zwischen den „ersten 750 kW“ und der überschießenden Leistung ist dann hinsichtlich der Ausschreibungspflicht nicht mehr möglich. Folglich unterläge dann die gesamte Installation der Ausschreibungspflicht.

Dies gilt auch dann, wenn differenzierte Inbetriebnahmezeitpunkte einzelner Generatoren einer Installation nicht feststellbar sind, z.B. weil die gesamte Installation an einem bestimmten Tag in Betrieb genommen worden ist. Dann könnte sowohl hinsichtlich der Ausschreibungspflicht als auch hinsichtlich der gesetzlich zulässigen Vermarktungsformen und deren Wechsel wiederum nicht zwischen den einzelnen Generatoren differenziert werden, mit der Wirkung, dass dann eine fiktive Gesamt-Zusammenfassung der Anlage angenommen werden müsste.

Eine „juristische Teilbarkeit“ der Installation in einen Leistungsanteil bis 750 kW und einen überschießenden Leistungsanteil lehnt der BDEW daher aus den vorstehenden Gründen ab. Eine solche Auffassung würde auch dem auf das Solarmodul beschränkten Anlagenbegriff des EEG 2017 widersprechen: Dieser Anlagenbegriff setzt voraus, dass anlagenscharf, d.h.

modulscharf, bestimmt werden kann, wann dieses Modul in Betrieb genommen worden ist, und ob dieses Modul deshalb als früher in Betrieb genommene Anlage nicht der Ausschreibungspflicht unterfallen würde, oder als „zuletzt in Betrieb genommene Anlage“ doch der Ausschreibungspflicht unterfällt. Insoweit müssten auch die Ausführungen in Rdn. 39 f. entsprechend angepasst werden.

Dies ist auch insoweit von Relevanz, als die Teilnahmepflicht an einem Ausschreibungsverfahren bei Solaranlagen bereits vor deren Inbetriebnahme bestimmt werden muss, da eine nachträgliche Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren nach § 38a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 ausgeschlossen ist. Bereits vor Inbetriebnahme der jeweiligen Module muss daher feststehen, welche Module unter die Ausschreibungspflicht fallen, und welche nicht. Dieses Charakteristikum haftet den Modulen mit ihrer Inbetriebnahme somit dauerhaft an.

Einer virtuellen Aufteilung einer Gesamtinstallation steht entgegen, dass Module aus dieser Installation später herausgelöst werden könnten. Für diese müsste dann modulweise determiniert sein, ob sie ausschreibungspflichtig waren und erfolgreich an einem Ausschreibungsverfahren teilgenommen haben. Bei Versetzung könnten sie dann einen auf sie bezogenen Zuschlag samt Förderhöhe auch an dem neuen Standort in Anspruch nehmen. Bei fehlender Teilnahmepflicht an einem Ausschreibungsverfahren würden sie an dem neuen Standort der Förderung in der gesetzlichen Höhe unterliegen. Anders als bei den gezonten Fördersätzen lässt sich eine nachträgliche Neuaufteilung der Leistungen hinsichtlich der Ausschreibungspflicht für die dann vorliegenden, beiden Standorte bei solchen Versetzungsvorgängen nicht mehr vornehmen.

Dies gilt umso mehr, wenn aus einer Gesamtinstallation anteilig eine Eigenversorgung betrieben werden soll, ein Teil dieser Gesamtinstallation aber erfolgreich an einem Ausschreibungsverfahren teilgenommen hat und deshalb nach § 27a EEG 2017 nicht für eine Eigenversorgung eingesetzt werden darf. Wird hiergegen verstoßen, würde der Strom aus der betreffenden Anlage, d.h. aus dem betreffenden Modul, für das gesamte Kalenderjahr des Verstoßes mit einem anzulegenden Wert von null vergütet werden (§ 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EEG 2017). Eine „virtuelle Aufteilung“ der Strommengen aus dieser Gesamtinstallation in Einspeisung und Eigenversorgung ist gemäß dem Urteil des BGH vom 4. März 2015¹ aber gerade nicht zulässig. Auch hier müsste daher modulweise vor deren Inbetriebnahme klargestellt worden sein, welche Module dem Ausschreibungszuschlag zugeordnet werden, und welche nicht. Hinzu kommt, dass die Strommengen aus den beiden Teilen der Installation dann vierstundenscharf erfasst und abgegrenzt werden müssten (§ 61h Abs. 2 EEG 2017). Dies erfordert ggf. einen separaten, auf bestimmte Module bezogenen Messaufbau.

Der BDEW sieht hier zwar eine Missbrauchsgefahr dahingehend, dass eine Installation mit 750 kW an einem Tag und mit weiteren Modulen/Generatoren am Folgetag in Betrieb genommen wird. Dann unterlägen nach der Auffassung der Clearingstelle EEG nur die am Folgetag in Betrieb genommenen Module/Generatoren der Ausschreibungspflicht. Dies ist allerdings bereits in § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2017 sowie in den Vorgängerregelungen der Bestim-

¹ Az. VIII ZR 110/14, Link: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=64efa916bf1b6b65d2cfca5e2157a916&nr=70632&pos=28&anz=151>.

mung angelegt gewesen, indem die Wirkungen der Regelung immer nur für den „jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator“ eintreten sollen. Wollte der Gesetzgeber diesen Umstand beheben, müsste eine neue Zusammenfassungsregelung für die Ausschreibungspflicht wie in § 9 Abs. 3 EEG 2017 geschaffen werden, die auch Bestandsanlagen bei nachträglicher Überschreitung der Leistungsgrenzen der neuen Rechtsfolge unterwirft. Insoweit ist die Nutzung entsprechender Gestaltungsmöglichkeiten bei ausdrücklicher Unterscheidbarkeit der entsprechenden Inbetriebnahmehandlungen als vom Gesetzgeber erkannt sowie gebilligt und somit als gesetzlich zulässig anzusehen.

Dies gilt selbst und gerade für den Fall, dass ein Erst-Anlagenbetreiber mit einer Installation von nicht mehr als 750 kW von einem späteren Zubau „überrascht“ wird, und die Gesamtleistung der zusammengefassten Installationen dann wegen Anwendbarkeit von § 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 die 750 kW-Schwelle übersteigt. Der Erst-Anlagenbetreiber ist dann aufgrund früherer Inbetriebnahme nicht von der Rechtsfolge der Ausschreibungspflicht betroffen, der Folge-Anlagenbetreiber jedoch schon, soweit die Gesamtleistung wegen späterer Inbetriebnahme die Schwelle von 750 kW überschreitet. Die unterschiedlichen Inbetriebnahmedaten sind in der Folge nach § 6 EEG 2017 durch Registrierung der entsprechenden Anlagen im Anlagenregister bzw. im Marktstammdatenregister tatsächengemäß festzuhalten.

Damit in diesen Fällen die Folge-Anlage an einer Ausschreibung teilnehmen könnte, müsste sie mindestens eine Leistung von 750 kW aufweisen, wenn die Vor-Anlage ihrerseits auch eine Leistung von 750 kW hat (§ 30 Abs. 2 EEG 2017). Dies bedingt, dass die Zubau-Anlage bei Unterschreitung von 750 kW nicht förderfähig ist, wenn die Vor-Anlage bereits die 750 kW-Grenze vollständig ausgeschöpft hat, und der Zubau-Anlage kein auf ihre Leistung beschränkter Teil-Zuschlag aus einem anderen Projekt zugeordnet wird. Insoweit wird dann durch die Rechtsfolge von §§ 22 und 24 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 das Ziel erreicht, dass die Umgehung des Ausschreibungsschwellenwertes verhindert wird. Hierdurch wird einer missbräuchlichen Aufteilung von Anlagen jedenfalls unterhalb des Zweifachen des Ausschreibungswertes entgegen gewirkt.

D. Leitsatz 4 und Verfahrensfrage 3

Bei Leitsatz 4 sollte klargestellt werden, dass § 24 Abs. 2 EEG 2017 dann auch nur auf „Freiflächenanlagen“ im Sinne von § 3 Nr. 22 EEG 2017 anwendbar ist, die ab dem 1. Juli 2018 *in Betrieb genommen worden sind*. Dementsprechend kann die Regelung für die Berechnung der Anlagenleistung keine Anlagen umfassen, die vor dem 1. Juli 2018 in Betrieb genommen worden sind, bei denen aber ab dem 1. Juli 2018 im zeitlich-räumlichen Betrachtungshorizont der Regelung weitere Anlagen hinzu gebaut worden sind.

Ansprechpartner:

Ass. iur. Christoph Weißenborn
Telefon: +49 30 300199-1514
christoph.weissenborn@bdew.de