

Stellungnahme

Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu folgender Frage (Verfahren 2012/24):

1. Welche Anforderungen müssen erfüllt sein, damit „die installierte Leistung oder das Leistungsvermögen der Anlage“ i. S. d. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 „erhöht“ wurde? Wie ist jeweils der Nachweis darüber zu führen?
2. Erfüllen Wasserkraftanlagen mit einer installierten Leistung von weniger als 100 kW, die „mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung nach § 6 Absatz 1 Nummer 1 erstmals nachgerüstet werden“, die Anforderung des § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012?

Berlin, 21. Januar 2013

Fragestellungen:

1. Welche Anforderungen müssen erfüllt sein, damit „die installierte Leistung oder das Leistungsvermögen der Anlage“ i. S. d. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 „erhöht“ wurde? Wie ist jeweils der Nachweis darüber zu führen?
2. Erfüllen Wasserkraftanlagen mit einer installierten Leistung von weniger als 100 kW, die „mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung nach § 6 Absatz 1 Nummer 1 erstmals nachgerüstet werden“, die Anforderung des § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012?

Stellungnahme:

Grundsätzlich regt der BDEW an, dass in den Leitsätzen und der Begründung der Entscheidung klargestellt wird, dass die Ausübung des Rechtes nach § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 oder 2 EEG 2012 auch davon abhängig ist, dass die Anlage die Voraussetzungen nach § 23 Abs. 4 bis 6 EEG 2012 einhält, insbesondere die wasserrechtlichen Anforderungen nach § 23 Abs. 4 EEG 2012. Dies ergibt sich bereits aus den Begriffen „Der Anspruch auf Vergütung nach den Absätzen 1 und 2 besteht für Anlagen an oberirdischen Gewässern nur, wenn (...)“ im Einleitungssatz von § 23 Abs. 4 EEG 2012. In diesem Zusammenhang sollte auch auf die Entscheidung der Clearingstelle EEG im Verfahren 2010/18 sowie die hinsichtlich der Beschaffenheit eines Umweltgutachtens nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 ergangenen Urteile des OLG Naumburg vom 2. September 2010 (Az. 1 U 37/10), OLG Dresden vom 3. Juli 2012 (Az. 9 U 1568/11) und OLG München vom 25. April 2012 (Az. 3 U 891/11) hingewiesen werden. Derzeit ist jedenfalls wahrzunehmen, dass zahlreiche Wasserkraftanlagenbetreiber die Vorgaben nach § 23 Abs. 4 bis 6 EEG 2012 bei der „Modernisierung“ ihrer Anlagen nach § 23 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 nicht beachten.

Im Übrigen nimmt der BDEW wie folgt zu dem Hinweistwurf Stellung:

A - Entscheidung im engeren Sinne

Der BDEW teilt die Feststellungen der Clearingstelle EEG in den Leitsätzen 1, 2, 3, 4, 5 und 6 des Hinweisturfs grundsätzlich, sieht jedoch den Zubau einer Turbine oder eines Maschinensatzes (Generator oder Turbine) nicht als Fall der Erhöhung der installierten Leistung oder des Leistungsvermögens der Anlage nach § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 sondern als einen Anlagenzubau im Sinne der Anlagenerweiterung an, der zu keiner Vergütungsänderung für den Bestandsgenerator bzw. die Bestandsturbine führt.

Der BDEW teilt auch nicht die Rechtsansicht der Clearingstelle EEG im Leitsatz 7 des Hinweisturfs, dass eine „Modernisierung“ der Anlagen durch erstmalige Nachrüstung einer „technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung nach § 6 Absatz 1 Nummer 1“ EEG 2012 gemäß § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 auch für Wasser-

kraftanlagen mit einer installierten elektrischen Leistung von bis zu 100 kW zu einer entsprechenden Vergütungserhöhung führen kann.

Die Rechtsansicht der Clearingstelle EEG in Leitsatz 8 des Hinweisentwurfs wäre jedoch bei Befolgung der Inhalte des Leitsatzes 7 konsequent.

Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

B - Entscheidung im weiteren Sinne

1. Gesetzeswortlaut

§ 6 Technische Vorgaben

(1) Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber sowie Betreiberinnen und Betreiber von KWK-Anlagen müssen ihre Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 100 Kilowatt mit technischen Einrichtungen ausstatten, mit denen der Netzbetreiber jederzeit

1. die Einspeiseleistung bei Netzüberlastung ferngesteuert reduzieren kann und
2. die jeweilige Ist-Einspeisung abrufen kann.

§ 11 Einspeisemanagement

(1) Netzbetreiber sind unbeschadet ihrer Pflicht nach § 9 ausnahmsweise berechtigt, an ihr Netz unmittelbar oder mittelbar angeschlossene Anlagen und KWK-Anlagen, die mit einer Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung bei Netzüberlastung im Sinne von § 6 Absatz 1 Nummer 1, Absatz 2 Nummer 1 oder 2 Buchstabe a ausgestattet sind, zu regeln, soweit

1. andernfalls im jeweiligen Netzbereich einschließlich des vorgelagerten Netzes ein Netzengpass entstünde,
2. der Vorrang für Strom aus erneuerbaren Energien, Grubengas und Kraft-Wärme-Kopplung gewahrt wird, soweit nicht sonstige Anlagen zur Stromerzeugung am Netz bleiben müssen, um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten, und
3. sie die verfügbaren Daten über die Ist-Einspeisung in der jeweiligen Netzregion abgerufen haben.

Bei der Regelung der Anlagen nach Satz 1 sind Anlagen im Sinne des § 6 Absatz 2 erst nachrangig gegenüber den übrigen Anlagen zu regeln. Im Übrigen müssen die Netzbetreiber sicherstellen, dass insgesamt die größtmögliche Strommenge aus erneuerbaren Energien und Kraft-Wärme-Kopplung abgenommen wird.

(2) und (3) (...)

§ 23 Wasserkraft

(1) Für Strom aus Wasserkraft beträgt die Vergütung

1. bis einschließlich einer Bemessungsleistung von 500 Kilowatt 12,7 Cent pro Kilowattstunde,
2. bis einschließlich einer Bemessungsleistung von 2 Megawatt 8,3 Cent pro Kilowattstunde,
3. bis einschließlich einer Bemessungsleistung von 5 Megawatt 6,3 Cent pro Kilowattstunde,
4. bis einschließlich einer Bemessungsleistung von 10 Megawatt 5,5 Cent pro Kilowattstunde,
5. bis einschließlich einer Bemessungsleistung von 20 Megawatt 5,3 Cent pro Kilowattstunde,
6. bis einschließlich einer Bemessungsleistung von 50 Megawatt 4,2 Cent pro Kilowattstunde und
7. ab einer Bemessungsleistung von mehr als 50 Megawatt 3,4 Cent pro Kilowattstunde.

(2) Der Anspruch auf die Vergütung nach Absatz 1 besteht auch für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden, wenn nach dem 31. Dezember 2011

1. die installierte Leistung oder das Leistungsvermögen der Anlage erhöht wurde oder
2. die Anlage mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung nach § 6 Absatz 1 Nummer 1 erstmals nachgerüstet wurde.

Der Anspruch auf die Vergütung nach Satz 1 besteht ab dem Abschluss der Maßnahme für die Dauer von 20 Jahren zuzüglich des restlich verbleibenden Teils des Jahres, in dem die Maßnahme nach Satz 1 abgeschlossen worden ist.

(3) Für Strom aus Wasserkraft, der in Anlagen nach Absatz 2 mit einer installierten Leistung von mehr als 5 Megawatt erzeugt wird, besteht der Anspruch auf Vergütung nach Absatz 1 nur für den Strom, der der Leistungserhöhung nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 zuzurechnen ist. Wenn die Anlage vor dem 1. Januar 2012 eine installierte Leistung bis einschließlich 5 Megawatt aufwies, besteht für den Strom, der diesem Leistungsanteil entspricht, der Vergütungsanspruch nach der bislang geltenden Regelung.

(4) Der Anspruch auf Vergütung nach den Absätzen 1 und 2 besteht für Anlagen an oberirdischen Gewässern nur, wenn die Wasserkraftnutzung den Anforderungen nach den §§ 33 bis 35 und 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 2 des Wasserhaushaltsgesetzes entspricht. Als Nachweis der Erfüllung der Voraussetzungen des Satzes 1 gilt für Anlagen nach Absatz 1 und, soweit im Rahmen der Maßnahmen nach Absatz 2 eine Neuzulassung der Wasserkraftnutzung erfolgt ist, für Anlagen nach Absatz 2 die Zulassung der Wasserkraftnutzung. Im Übrigen kann die Erfüllung der Voraussetzungen nach Satz 1 wie folgt nachgewiesen werden:

1. durch eine Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde oder
2. durch ein Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft, das der Bestätigung durch die zuständige Wasserbehörde bedarf; äußert sich die Behörde innerhalb von zwei Monaten

nach Vorlage des Gutachtens nicht, gilt die Bestätigung als erteilt; diese Bestätigung darf nur versagt werden, wenn die Behörde erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens hat.

(5) und (6) (...)

2. Beantwortung der Verfahrensfrage 1

Der BDEW teilt teilweise die Ansicht der Clearingstelle EEG zur Verfahrensfrage 1.

§ 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 ordnet die Anwendung der Vergütung nach § 23 Abs. 1 EEG 2012 u.a. dann an, „wenn (...) die installierte Leistung oder das Leistungsvermögen der Anlage erhöht wurde“.

a) Auslegung nach dem Gesetzeswortlaut

Dem Gesetzeswortlaut nach reicht hierfür jegliche technische oder betriebliche Maßnahme aus, die dazu führt, dass „die installierte Leistung oder das Leistungsvermögen der Anlage erhöht wurde“. Unklar ist allerdings das Verhältnis zwischen der Erhöhung der „installierten Leistung“ und des „Leistungsvermögens“ der Anlage einerseits, und die Auslegung dieser Begriffe andererseits.

Eine Erhöhung der installierten Leistung der Anlage kann dem Wortlaut nach sowohl durch einen Austausch eines bestehenden Generators oder einer bestehenden Turbine gegen einen leistungsstärkeren Generator bzw. eine Turbine erfolgen, als auch durch einen Einbau eines weiteren Generators bzw. einer Turbine.

Aufgrund dieser unpräzisen Vorgaben des Gesetzeswortlauts muss die Regelung nach den weiteren Auslegungsgrundsätzen ausgelegt werden.

b) Auslegung unter Berücksichtigung teleologischer Erwägungen

Die **Begründung des Fraktionsentwurfs**¹ zum EEG 2012 enthält zu § 23 Abs. 2 EEG 2012 folgende Ausführungen:

„Absatz 2 regelt die Voraussetzungen, unter denen bestehende Anlagen in den Genuss der neuen Wasserkraftvergütung kommen. Inhaltlich handelt es sich um eine Regelung, die bisher unter dem Begriff Modernisierung im EEG verankert war. Da aber Rechtsunsicherheiten über den Begriff der Modernisierung bestanden, wird er in der Neufassung vermieden. An den Anlagen sollen entweder Maßnahmen zur Erhöhung der Leistung oder Stromausbeute erfolgen oder eine Nachrüstung mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung vorgenommen werden. Maßnahmen zur Erhöhung des Leistungsvermögens sind insbesondere: der Austausch älterer Generatoren, des Getriebes, der Turbinen oder der Laufräder, die Erweiterung der Anlage durch Erhöhung des Ausbaudurchflusses und/oder der Fallhöhe, die automati-

¹ BT-Drs. 17/6071, S. 69.

sche Wasserstandsregelung, die automatische Rechenreinigung, bei Kraftwerken mit mehreren Turbinen die automatische Einsatzoptimierung, der Einsatz permanent erregter Generatoren und die Verbesserung der Zu- und Abströmung (Hydraulik-Turbinenzuströmung, Ober und Unterwasserkanal). Sie sind nicht zwingend mit einer höheren Stromerzeugung verbunden, da insbesondere ökologische Anforderungen nach Absatz 4 die Stromerträge wieder reduzieren können.“

Dementsprechend beschreibt die Begründung des Fraktionsentwurfs zum EEG 2012 „Maßnahmen zur Erhöhung des Leistungsvermögens“ insbesondere als

- den Austausch älterer Generatoren, des Getriebes, der Turbinen oder der Laufräder,
- die Erweiterung der Anlage durch Erhöhung des Ausbaudurchflusses und/oder der Fallhöhe,
- die automatische Wasserstandsregelung,
- die automatische Rechenreinigung,
- bei Kraftwerken mit mehreren Turbinen die automatische Einsatzoptimierung, der Einsatz permanent erregter Generatoren und die Verbesserung der Zu- und Abströmung (Hydraulik-Turbinenzuströmung, Ober und Unterwasserkanal).

Maßnahmen zur Erhöhung der installierten Leistung der Anlage werden allerdings in der Begründung des Fraktionsentwurfs nicht näher beschrieben.

Der **Entwurf des Erfahrungsberichts nach § 65 EEG 2009²** enthält nur wenig weitergehende Ausführungen zu den Begriffen der Erhöhung der „installierten Leistung“ und des „Leistungsvermögens“ der Anlage. Allerdings werden auf Seite 48, vorletzter Absatz, des Erfahrungsberichts folgende Begriffe verwendet:

„Zubaumaßnahmen, insbesondere über die Modernisierung und den Ausbau bereits bestehender Anlagen oder den vereinzelt Neubau an bestehenden Querbauwerken“

Auf Seite 49 findet sich im ersten Absatz folgende Passage:

„Die Kostenstruktur für Bau und Betrieb entspricht überschlägig derjenigen von Laufwasserkraftwerken, die Erweiterungs- bzw. Modernisierungsmaßnahmen durchführen.“

Im zweiten Absatz auf Seite 49 werden folgende Begriffe verwendet:

„Dies ist ein Indiz dafür, dass die durch das EEG gesetzten Anreize für Modernisierung, Erweiterung und Neubau greifen.“

Darüber hinaus differenziert dieser Entwurf des Erfahrungsberichts auf S. 50 ff. zwischen den

- Stromgestehungskosten für den Neubau von Wasserkraftanlagen und den
- Stromgestehungskosten für die Modernisierung von Wasserkraftanlagen bis 5 MW bzw. den
- Stromgestehungskosten für die Modernisierung von Wasserkraftanlagen über 5 MW.

² Link: http://www.bmu.de/fileadmin/bmu-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/eeg_erfahrungsbericht_2011_entwurf.pdf.

Demzufolge differenziert der Entwurf des Erfahrungsberichts auf S. 57 für das EEG 2009 noch zwischen den Kategorien Neubau, Modernisierung und Neubau/Erweiterung, und hinsichtlich der Handlungsempfehlung für das EEG 2012 wie der letztendliche Erfahrungsbericht für das EEG 2012³ auf S. 7 zwischen den Kategorien Neubau/Modernisierung und Neubau/Erweiterung.

Hieraus lässt sich erkennen, dass das Bundesumweltministerium den Ausbau bereits bestehender Anlagen nicht als Modernisierung im Sinne von § 23 Abs. 2 und 4 EEG 2009 angesehen hatte. Die Erweiterung bestehender Anlagen um eine neue Turbine oder einen Generator, was als Ausbau zu verstehen wäre, wäre dementsprechend nicht als „Modernisierung“ nach § 23 Abs. 2 und 4 EEG 2009 anzusehen. Es ist aus diesen Dokumenten auch nicht erkennbar, dass das Ministerium hieran für das EEG 2012 etwas ändern wollte. Folglich spricht auch der Entwurf des Erfahrungsberichts zum EEG 2009 sowie der Erfahrungsbericht selber gegen die Auslegung der Clearingstelle EEG, wonach eine Erhöhung der „installierten Leistung“ und des „Leistungsvermögens“ der Anlage nach § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 auch durch einen Zubau einer Turbine oder eines Maschinensatzes (Generator oder Turbine) erreicht werden kann.

Darüber hinaus weist der BDEW darauf hin, dass bei Anwendung der Rechtsansicht der Clearingstelle EEG zum Anlagenbegriff nach § 3 Nr. 1 EEG 2012/2009, die in der Entscheidung 2009/12 geäußert worden ist, eine „Erweiterung“ der Anlage, wie dies im Erfahrungsbericht zum EEG 2009 beschrieben worden ist, im Sinne der Clearingstelle EEG immer ein Neubau einer Neuanlage wäre. Eine Erhöhung der „installierten Leistung oder des Leistungsvermögens der Anlage“, d.h. der Ursprungsanlage, durch diese Maßnahme wäre dann ausgeschlossen, da diese Maßnahme nicht an derselben Anlage sondern an einer Neuanlage, die nach § 3 Nr. 1 EEG 2009/2012 für sich zu betrachten wäre, durchgeführt werden würde.

Außerdem ist für die rechtliche Einordnung einer Anlage gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009 bzw. 2012 der Inbetriebnahmezeitpunkt des Generators der Anlage maßgeblich. Wenn nicht ein bestehender Generator oder eine bestehende Turbine gegen einen neuen, leistungskräftigeren Generator ausgetauscht werden würde, sondern neben einen bestehenden Generator oder eine bestehende Turbine ein neuer Generator oder eine neue Turbine errichtet werden würde, wäre dies nach Ansicht der Clearingstelle EEG im Verfahren 2009/12, wie die Clearingstelle EEG unter Rdn. 10 des Hinweistwurfs feststellt, eine neue, selbständige Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2012.

Dementsprechend könnte dieser neue Generator oder die neue Turbine – wenn man die Rechtsansicht der Clearingstelle EEG im Verfahren 2009/12 konsequent fortführt – gar keine Erhöhung der Leistung der Bestandsanlage bewirken, sondern nur zur Errichtung einer neuen, EEG-rechtlich eigenständigen Anlage führen.

Außerdem weist der BDEW darauf hin, dass das von der Clearingstelle EEG in Rdn. 10 des Hinweistwurfs zitierte Urteil des OLG Stuttgart vom 25. Mai 2012⁴ mittlerweile rechtskräftig

³ BT-Drs. 17/6085, S. 7.

⁴ Az. 3 U 193/11, ZNER 2012, S. 493 f.

geworden ist. Eine Entscheidung des BGH kann daher innerhalb dieses Rechtsstreits nicht erwartet werden.

c) Auslegung nach der Gesetzeshistorie

Die Auslegung der Begriffe „wenn nach dem 31. Dezember 2011 (...) die installierte Leistung oder das Leistungsvermögen der Anlage erhöht wurde“ in § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 anhand der Gesetzeshistorie unter Rückgriff auf Vorgängerfassungen des EEG 2012 stützt das bisherige Ergebnis der Auslegung des BDEW.

§ 23 Abs. 2 und 4 EEG 2009 enthielt noch den Begriff „Modernisierung“ und in Absatz 4 Satz 1 der Regelung die Begriffe „und nach der Modernisierung eine höhere Leistung aufweisen“. Eine Modernisierung im Sinne dieser Regelung kann jedoch begriffslogisch nur eine Ersetzung einer Bestandseinrichtung durch eine Neueinrichtung oder eine sonstige Durchführung einer technischen oder betrieblichen Maßnahme im Rahmen des Anlagenbetriebes darstellen. Der Hinzubau einer neuen Turbine oder eines Generators zu einer Bestandsanlage wäre demnach keine entsprechende „Modernisierung“ im Sinne dieser Regelung. Für diese Ansicht sprechen auch die Befunde bei Auswertung des Erfahrungsberichts zum EEG 2009 unter vorstehendem Buchst. b). Ansonsten hätte bereits dieser Zubau als Modernisierungsmaßnahme nach § 23 Abs. 2 oder 4 EEG 2009 ausgereicht, um ggf. eine entsprechend erhöhte Vergütung in Anspruch zu nehmen. Das OLG Stuttgart hat im Falle des Hinzubaus einer neuen Turbine zu einer bestehenden Wasserkraftanlage aber gar nicht den Vergütungstatbestand nach § 23 Abs. 2 oder 4 EEG 2009 geprüft, sondern ist nur von einer Erweiterung der Bestandsanlage ausgegangen⁵. Dies spricht aus geschichtlicher Sicht gegen die Einbeziehung einer Anlagenerweiterung in § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012.

Darüber hinaus wurden in § 23 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 die Begriffe „nach der Modernisierung eine höhere Leistung aufweisen“ und in „Leistungserhöhung“ verwendet, jedoch beides nur bezüglich einer „Modernisierung“ der Anlage, die wie dargelegt keinen Anlagenzubau umfasste.

§ 23 Abs. 2 Satz 1 bis 3 EEG 2004 gewährte eine entsprechende Vergütung, wenn

- „1. die Anlage zwischen dem 01. August 2004 und dem 31. Dezember 2012 erneuert worden ist,*
 - 2. die Erneuerung zu einer Erhöhung des elektrischen Arbeitsvermögens um mindestens 15 Prozent geführt hat sowie*
 - 3. nach der Erneuerung nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert ist.*
- Abweichend von § 3 Abs. 4 gelten Wasserkraftanlagen mit einer Leistung ab 5 Megawatt mit Erfüllung der Voraussetzungen des Satz 1 als neu in Betrieb genommen. Als*

⁵ OLG Stuttgart, Urteil vom 25.5.2012, Az. 3 U 193/11, Link: http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&Art=en&sid=cf48e85d5db2397287d10405299f9d19&nr=15716&pos=4&anz=39.

Erneuerung im Sinn von Satz 1 gilt auch die erstmalige Inbetriebnahme einer Anlage im räumlichen Zusammenhang mit einer bereits bestehenden Staustufe oder Wehranlage. (...)

Zu beachten ist, dass nach § 23 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 die erstmalige Inbetriebnahme einer Anlage im räumlichen Zusammenhang mit einer bereits bestehenden Staustufe oder Wehranlage somit nur als „Erneuerung“ im Sinne dieser Regelung „gilt“. Diese Anordnung einer gesetzlichen Fiktion verdeutlicht, dass die Maßnahme als solche somit keine Erneuerung darstellte. Aufgrund vergleichbaren Sachverhaltes würde Gleiches dann auch für den Hinzubau einer Turbine oder eines Generators zu einer Bestands-Wasserkraftanlage gelten. Außerdem wurden in § 6 Abs. 2 EEG 2004 bereits die Begriffe „Erhöhung des elektrischen Arbeitsvermögens“ und „Leistungserhöhung“ im Rahmen einer „Erneuerung“ verwendet.

Aus § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 ist demgegenüber weder für die eine noch für die andere Ansicht eine Schlussfolgerung erkennbar.

Dementsprechend spricht die geschichtliche Auslegung eher dafür, dass die Begriffe „Erneuerung“ und „Modernisierung“ in § 23 EEG 2009 und § 6 EEG 2004 den Hinzubau einer Turbine oder eines Generators zu einer Bestands-Wasserkraftanlage nicht umfasst haben. Gleiches galt dann in der Folge im Rahmen der Verwendung der Begriffe „nach der Modernisierung eine höhere Leistung aufweisen“ und „Leistungserhöhung“ nach dem EEG 2009 und „Erhöhung des elektrischen Arbeitsvermögens“ und „Leistungserhöhung“ nach dem EEG 2004.

d) Auslegung nach der Gesetzessystematik

Die Auslegung nach der Gesetzessystematik liefert keine Anhaltspunkte für oder gegen die von der Clearingstelle EEG im Hinweistwurf vertretene Ansicht.

e) Fazit zu Verfahrensfrage 1

Dementsprechend fallen nach Auffassung des BDEW insbesondere folgende Maßnahmen unter die Begriffe der Erhöhung des „Leistungsvermögens der Anlage“:

- der Austausch älterer Generatoren, des Getriebes, der Turbinen oder der Laufräder,
- die Erweiterung der Anlage durch Erhöhung des Ausbaudurchflusses und/oder der Fallhöhe,
- die automatische Wasserstandsregelung,
- die automatische Rechenreinigung,
- bei Kraftwerken mit mehreren Turbinen die automatische Einsatzoptimierung, der Einsatz permanent erregter Generatoren und die Verbesserung der Zu- und Abströmung (Hydraulik-Turbinenzuströmung, Ober und Unterwasserkanal).

Da § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 es ausreichen lässt, dass das Leistungsvermögen der Anlage erhöht wird, d.h. die Anlage eine potentiell höhere Leistung erbringen kann, ist es nicht erforderlich, dass die Anlage nach Durchführung der Maßnahme tatsächlich und nach-

weislich eine höhere Leistung erbringt. Allerdings ist dies von denjenigen Fällen abzugrenzen, bei denen die Anlage aufgrund von ortsimmanenten Gründen zu keinem Zeitpunkt die potentielle Leistungserhöhung ausschöpfen könnte, weil z.B. bereits jetzt die Wasserführung in dem Gewässer zu keinem denkbaren Zeitpunkt für die Ausschöpfung der installierten Leistung der Anlage ausreicht. Dann stellt die Maßnahme eine nutzlose Optimierungsmaßnahme dar, die die Inanspruchnahme der erhöhten Vergütung nach § 23 Abs. 2 Satz 1 i.V. mit Abs. 1 EEG 2012 nach § 242 BGB nicht rechtfertigt⁶.

Unter die Begriffe der Erhöhung der „installierten Leistung der Anlage“ fällt insbesondere der Austausch eines Generators oder einer Turbine gegen einen leistungsstärkeren Generator oder eine leistungsstärkere Turbine, jedoch nicht die Errichtung eines neuen Generators oder einer neuen Turbine neben den/die Bestandsgenerator(en) bzw. Bestandsturbine(n).

Wartungs- und Instandsetzungsmaßnahmen an der Anlage können dagegen – wie die Clearingstelle EEG korrekt im Hinweistwurf darstellt – nicht zu einer Erhöhung des „Leistungsvermögens der Anlage“ oder der „installierten Leistung der Anlage“ führen, da die Anlage bereits vor Durchführung dieser Maßnahmen eine entsprechende installierte Leistung hatte. Aus dem gleichen Grunde kann auch die Erhöhung der Jahresdurchschnittsleistung oder –arbeit durch ein Jahr mit starkem Wasseranfall nicht zu einer Erhöhung des „Leistungsvermögens der Anlage“ oder der „installierten Leistung der Anlage“ führen.

Der BDEW teilt außerdem die Ausführungen der Clearingstelle EEG zu den Darlegungsanforderungen unter Rdn. 27 bis 36 des Hinweistwurfes, jedoch mit der Maßgabe, dass der Nachweis gerade bei einer Erhöhung des Leistungsvermögens auch widerspruchsfrei und substantiiert darlegen muss, ob die Anlage aufgrund von ortsimmanenten Gründen überhaupt die potentielle Leistungserhöhung zu irgendeinem Zeitpunkt ausschöpfen könnte, weil ansonsten diese Maßnahme nicht zur Rechtsfolge nach § 23 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 führen kann (s.o.).

3. Beantwortung der Verfahrensfrage 2

a) Mangelnde Notwendigkeit einer Kostenkompensation beim Anlagenbetreiber

Die Annahme, dass auch für Wasserkraft-Anlagen mit einer installierten elektrischen Leistung von bis zu 100 kW von der Modernisierungsregelung in § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 durch erstmalige Nachrüstung einer „technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung nach § 6 Absatz 1 Nummer 1“ EEG 2012 Gebrauch gemacht werden kann, setzt voraus, dass dem Anlagenbetreiber durch diese technische Maßnahme eine Vermögenseinbuße entstehen kann, die durch die Inanspruchnahme der erhöhten Einspeisungsvergütung nach § 23 Abs. 2 EEG 2012 ausgeglichen werden muss.

⁶ Vgl. insoweit auch OLG Dresden, Urteil vom 17. Juni 2008, Az. 9 U 426/08, wonach „Freiflächenunterstände“ mit Solarstromanlagen, die aufgrund der Örtlichkeit und des Anfahrweges gar nicht zu der vom Anlagenbetreiber vorgetragenen anderweitigen Nutzung geeignet sind, auch nicht hierzu nach § 33 Abs. 3 EEG 2009 „bestimmt“ sein können, bestätigt für Hauptsacheverfahren durch Urteil des OLG Dresden vom 10. Februar 2011, Az. 9 U 958/10 („Bärlauchunterstände“); so auch für Unterbauten von Solarstromanlagen, die konstruktionsbedingt gar nicht zu dem vom Anlagenbetreiber genannten vorrangigen Nutzungszweck geeignet sind: OLG Stuttgart, Urteil vom 4. Juli 2012, Az. 9 U 197/11 („Schafschuppen“).

Diese Vermögenseinbuße im Sinne von Einspeisungen, die aufgrund einer Anlagenregelung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V. mit § 11 EEG 2012 unterblieben sind, kann aber bei diesen Anlagen nicht eintreten, da Netzbetreiber nach § 11 Abs. 1 EEG 2012 wie nach § 11 Abs. 1 EEG 2009 nur Wasserkraft-Anlagen regeln dürfen, deren installierte elektrische Leistung die Grenze von 100 kW übersteigt. Dies ergibt sich nach § 11 Abs. 1 EEG 2009 aus dem Wortlaut der Regelung selber, nach § 11 Abs. 1 EEG 2012 aus der Bezugnahme auf § 6 Abs. 1 EEG 2012. Außerdem erfahren die Betreiber dieser Anlagen aufgrund von § 12 EEG 2009 und § 12 EEG 2012 eine weitestgehende Kompensation der entsprechenden Einbußen aufgrund möglicherweise nicht stattgefundener Einspeisung. Eine mögliche Anlagenregelung nach § 11 EEG 2009 bzw. 2012 liefert somit keinen hinreichenden Grund für die Annahme einer Kompensationsnotwendigkeit für den Anlagenbetreiber.

Gleiches gilt hinsichtlich möglicher Anlagenregelungen aufgrund von §§ 13 oder 14 EnWG. Hierunter können zwar auch im Einzelfall Wasserkraftanlagen mit einer installierten elektrischen Leistung von bis zu 100 kW fallen. Allerdings existiert bei Maßnahmen nach §§ 13 oder 14 EnWG bei Wasserkraftanlagen mit einer Leistung von bis zu 100 kW keine Entschädigungspflicht des Netzbetreibers wie nach § 12 EEG 2009 oder 2012⁷. Dementsprechend wäre es systemwidrig, wenn einer Wasserkraftanlage bis 100 kW Leistung aufgrund einer möglichen Regelung nach §§ 13 oder 14 EnWG für die Installation einer Regeleinrichtung eine Vergütungskompensation nach § 23 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 erhalten würde. Betreibern anderer EEG-Anlagen mit gleicher Leistung stünde diese Kompensationswirkung außerdem mangels entsprechender, für die Anlagen einschlägiger Vergütungsregelungen nicht zu.

Dementsprechend kann § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 nur auf Wasserkraft-Anlagen Anwendung finden, die ohnehin nach § 11 EEG 2009 bzw. 2012 vom zuständigen Netzbetreiber geregelt werden dürften, d.h. Anlagen mit einer Leistung von mehr als 100 kW. Dies lässt sich insoweit auch aus dem Wortlaut von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 entnehmen, als die Regelung Bezug nimmt auf eine „technische(n) Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung nach § 6 Absatz 1 Nummer 1“. Von § 6 Abs. 1 EEG 2012 werden aber nur Anlagen mit einer installierten elektrischen Leistung von mehr als 100 Kilowatt erfasst. Dementsprechend kann § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 auch nur diese Anlagen erfassen.

Auch die Ergebnisse der weiteren Auslegungsgrundsätze stützten dieses Resultat.

b) Teleologie und Gesetzeshistorie

Sowohl teleologische als auch gesetzeshistorische Erwägungen liefern keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 Wasserkraftanlagen mit einer Leistung von

⁷ Ausgenommen die Verpflichtung nach § 13 Abs. 1a Satz 1 EnWG zur Anpassung der Wirkleistungs- oder Blindleistungseinspeisung „gegen angemessene Vergütung“ bei Anlagen mit einer Nennleistung ab 50 Megawatt aufgrund entsprechender Inanspruchnahme durch den Übertragungsnetzbetreiber, was hier wegen der Leistungsgrenze nicht verfahrensgegenständlich ist. Gleiches gilt für Vergütungen auf Basis von Vereinbarungen nach § 13 Abs. 4a EnWG aufgrund der in Satz 3 der Regelung genannten Mindestanlagenleistung von 50 MW.

bis zu 100 kW erfassen soll. Weder in den Begründungen des Fraktionsentwurfs⁸ des EEG 2012 und der Beschlussempfehlung des Umweltausschusses des Deutschen Bundestages⁹ zu diesem Fraktionsentwurf, noch im Entwurf des Erfahrungsberichts des Bundesumweltministeriums¹⁰ und im letztlichen Erfahrungsbericht¹¹ nach § 65 EEG 2009 existieren irgendwelche Hinweise darauf, welche Anlagen mit welcher Leistung der Gesetzgeber im Anwendungsbereich von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 sehen wollte:

Die Begründung des Fraktionsentwurfs¹² zum EEG 2012 enthält hinsichtlich der Regelungsin-tention von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 nur folgende relevante Passagen:

„Absatz 2 regelt die Voraussetzungen, unter denen bestehende Anlagen in den Genuss der neuen Wasserkraftvergütung kommen. Inhaltlich handelt es sich um eine Regelung, die bisher unter dem Begriff Modernisierung im EEG verankert war. Da aber Rechtsunsicherheiten über den Begriff der Modernisierung bestanden, wird er in der Neufassung vermieden. An den Anlagen sollen entweder Maßnahmen zur Erhöhung der Leistung oder Stromausbeute erfolgen oder eine Nachrüstung mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung vorgenommen werden. (...)“

Die Begründung zum Einschub von § 66 Abs. 1 Nr. 5 b) EEG 2012 in der Beschlussempfehlung des Umweltausschusses des Deutschen Bundestages¹³ zu diesem Fraktionsentwurf lautet wie folgt:

„Außerdem wird durch die weiteren Änderungen sichergestellt, dass Wasserkraftanlagen, die nach § 23 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 EEG mit einer technischen Einrichtung nachgerüstet werden, auch in das Einspeisemanagement einbezogen werden.“

S. 49 des Entwurfs des EEG-Erfahrungsberichts nach § 65 EEG 2009 nennt zwar unverhältnismäßig hohe Kosten für die Nachrüstung einer betrieblichen oder technischen Einrichtung nach § 6 Nr. 1 EEG 2009 bei kleinen Wasserkraftanlagen. Der Berichtsentwurf leitet hieraus jedoch nicht ausdrücklich ab, dass dies für Wasserkraftanlagen mit einer Leistung von bis zu 100 kW und entsprechender Nachrüstung von Einrichtungen nach § 6 Abs. 1 EEG 2012 zu einem gesonderten Fördertatbestand führen muss, zumal er auf Seite 47 feststellt, dass „neue Wasserkraftanlagen und modernisierte Anlagen (...) seit 1.1.2009 und Bestandsanlagen seit 1.1.2011 von der Verpflichtung erfasst (sind), am Einspeisemanagement teilzunehmen“. Letzteres bedeutet gleichermaßen die Verpflichtung zur Aus- bzw. Nachrüstung der Anlagen mit Regeleinrichtungen nach § 6 Nr. 1 i.V. mit § 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 zu den genannten Stichtagen, ohne dass das EEG 2009 für diese Anlagen bei Durchführung dieser Aus- bzw. Nachrüstmaßnahmen eine entsprechende Vergütungserhöhung angeordnet hatte.

Schließlich stellt der Entwurf des Erfahrungsberichts auf S. 49 fest, dass „die 2009 registrierte, sehr geringe Anzahl an Einspeisemanagement-Anwendungen in Netzregionen mit hoher

⁸ BT-Drs. 17/6071, S. 69.

⁹ BT-Drs. 17/6363, S. 40.

¹⁰ Link: http://www.bmu.de/fileadmin/bmu-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/eeg_erfahrungsbericht_2011_entwurf.pdf

¹¹ BT-Drs. 17/6085, S. 7.

¹² BT-Drs. 17/6071, S. 69.

¹³ BT-Drs. 17/6363, S. 40.

Wasserkraftanlagendichte (...) die Wahrscheinlichkeit als sehr gering erscheinen (lässt), dass Wasserkraftanlagen in Zukunft in einem relevanten Maß vom Einspeisemanagement betroffen sein werden“. Auch diese vergleichsweise geringe Regel-Wahrscheinlichkeit für Wasserkraftanlagen spricht dagegen, dass § 23 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 EEG 2012 gerade Wasserkraftanlagen mit einer installierten elektrischen Leistung von bis zu 100 kW erfassen sollte, die von § 11 EEG 2012, also dem Grundfall der Anlagenregelung, gar nicht erfasst werden.

c) Gesetzssystematik

Auch gesetzessystematische Gründe sprechen für die vom BDEW vertretene Auslegung. In § 11 Abs. 1 Satz 1, Einleitungssatz, EEG 2012 werden Anlagen mit einer bestimmten Leistung wie folgt beschrieben:

„Anlagen und KWK-Anlagen, die mit einer Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung bei Netzüberlastung im Sinne von § 6 Absatz 1 Nummer 1, Absatz 2 Nummer 1 oder 2 Buchstabe a“.

§ 11 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012 enthält die Begriffe

„Anlagen im Sinne des § 6 Absatz 2“.

§ 11 Abs. 2 EEG 2012 enthält die Begriffe

„Anlagen nach § 6 Absatz 1“.

§ 11 Abs. 3 Satz 3 EEG 2012 enthält die Begriffe

„Anlagen nach § 6 Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 3“.

Konkrete Leistungsgrenzen sind in § 11 EEG 2012 entgegen § 11 Absatz 1 Satz 1 EEG 2009 („mit einer Leistung über 100 Kilowatt“) nicht mehr enthalten. Der Gesetzgeber definiert Anlagen mit bestimmter Leistung demnach insbesondere hinsichtlich der „Technischen Einrichtungen“ nach § 6 EEG 2012 durch Bezugnahme auf einen bestimmten Absatz innerhalb des § 6 EEG 2012, nicht durch eine konkrete Leistungsangabe.

So bezeichnet der Gesetzgeber „modernisierte Anlagen“ in § 23 Abs. 3 EEG 2012 auch als „Anlagen nach Absatz 2“. Eine vergleichbare, leistungsbezogene Bezeichnung fand sich z. B auch in § 28 Abs. 1a EEG 2009.

Dementsprechend geht der BDEW aufgrund des Gesetzeswortlauts, der Gesetzessystematik und dem Sinn und Zweck der Regelung davon aus, dass der Gesetzgeber mit § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 nur Wasserkraftanlagen mit einer Leistung von mehr als 100 kW, nämlich eben solche nach „§ 6 Abs. 1 Nr. 1“ EEG 2012, wie in § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 formuliert, erfassen wollte.

d) Konsequenz der Auffassung der Clearingstelle EEG

Bleibe die Clearingstelle EEG bei ihrer Auffassung zu § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012, hieße das in Anwendung von § 66 Abs. 1 Nr. 5 b) EEG 2012, dass Wasserkraft-Anlagen mit

Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009 und einer installierten elektrischen Leistung von bis zu 100 kW von Netzbetreibern nach § 11 EEG 2012 geregelt werden dürften, „sobald sie nach § 23 Absatz 2 Nummer 2 mit einer technischen Einrichtung zur Reduzierung der Einspeiseleistung ausgestattet sind“, obwohl diese Anlagen eigentlich aufgrund ihrer Leistung gar nicht nach § 11 EEG 2012 geregelt werden dürften. Hierbei ist allerdings festzuhalten, dass eine eventuelle Regelungsbefugnis der Netzbetreiber nach § 66 Abs. 1 Nr. 5 b) i.V. mit § 11 EEG 2012 keine Rückschlüsse auf § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 zulässt, da § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 bereits in Regierungsentwurf des EEG 2012 enthalten war, während § 66 Abs. 1 Nr. 5 b) EEG 2012 erst durch Beschluss des Deutschen Bundestages in den Regierungsentwurf eingefügt worden ist. Die Konnexität zwischen § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und § 66 Abs. 1 Nr. 5 b) EEG 2012 ist daher nicht zwingend.

In diesem Zusammenhang verwundert aber, dass der Gesetzgeber dann Wasserkraftanlagen mit einer Leistung von bis zu 100 kW und Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009 über § 66 Abs. 1 Nr. 5b EEG 2012 in den Anwendungsbereich von § 11 EEG 2012 hineingezogen hätte, aber nicht Wasserkraftanlagen gleicher Leistung mit Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2009. Sogar Wasserkraftanlagen mit einer Leistung von bis zu 100 kW und Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2012 fallen nicht in den Anwendungsbereich von § 11 EEG 2012. Auch diese offensichtliche Ungleichbehandlung spricht gegen das Ergebnis der Clearingstelle EEG.

Dennoch wäre unter Zugrundelegung der Auffassung der Clearingstelle EEG eine entsprechende Einengung des Anwendungsbereichs von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 für den Fall anzunehmen, dass der Netzbetreiber eine Anlage nach § 11 Absatz 1 EEG 2012 gar nicht regeln dürfte, „soweit die Regelung einer Wasserkraftanlage wasserrechtlichen oder anderen rechtlichen Vorgaben widersprechen würde“ (§ 66 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 EEG 2012). Dieses kann dann als teleologische Reduktion von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 oder als gesetzesimmanente Schranke im Sinne einer „praktische Konkordanz“ zwischen § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 und § 66 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 EEG 2012 angenommen werden.

Entgegen der Verwendung des Begriffes „soweit“ in § 66 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 EEG 2012 dürfte dann eine „Modernisierung“ nach § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 gar nicht angenommen werden können, wenn der Anlagenbetreiber aufgrund von wasserrechtlichen oder anderen rechtlichen Vorgaben eine Regelung seiner Anlage auch nur in bestimmten Fällen mit bestimmtem Regelungsumfang nicht zulassen dürfte¹⁴. Dies fußt darin, dass zwar bei Regemaßnahmen nach § 11 Abs. 1 EEG 2012 theoretisch zwischen verschiedenen Eingriffsstärken differenziert werden könnte, jedoch nicht bei der Gewährung einer Vergütung nach § 23 Abs. 2 EEG 2012. Bei Letzterem ist nur eine generelle und keine differenzierende Rechtsfolge möglich. Folglich obläge es dem Anlagenbetreiber im Rahmen von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 nachzuweisen, dass seine Anlage durch den Netzbetreiber frei von „wasserrechtlichen oder anderen rechtlichen Vorgaben“ geregelt werden dürfe, um die Vergütungserhöhung geltend machen zu können.

¹⁴ So leitet die Clearingstelle EEG Leitsatz 8 und Rdn. 48 des Hinweistwurfes jeweils mit dem Begriff „sofern“ ein, nicht mit dem Begriff „soweit“.

Ansprechpartner:

Ass. iur. Christoph Weißenborn

Telefon: +49 30 300199-1514

christoph.weissenborn@bdew.de