

2019/54

19. Dezember 2019

Votum

Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.

In dem Votumsverfahren

1. ...

– Anspruchsteller –

2. ...

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG|KWKG¹ durch ihre Mitglieder Dr. Mutlak und Wolter sowie den Wissenschaftlichen Leiter Dr. Winkler auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren am 19. Dezember 2019 einstimmig folgendes Votum:

- 1. Der Anspruchsteller hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch darauf, dass der Strom, der in seiner Wasserkraftanlage in [...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, ab dem Abschluss der Maßnahme mit der erhöhten Vergütung gemäß § 23 Abs. 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 2 EEG 2009² vergütet wird.**

¹Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern im Folgenden auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

²Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

2. **Hinsichtlich der Maßnahme zur Erhöhung des Mindestwasserabflusses i. S. v. § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe c) EEG 2009 aus dem Jahr 2010 sind die Voraussetzungen einer ökologischen Modernisierung gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 nachgewiesen.**

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle:

Ergeben sich aus diesem Votum nachträgliche Korrekturen am bundesweiten Ausgleich hinsichtlich der abzurechnenden Strommengen oder Vergütungs- bzw. Prämienzahlungen (finanzielle Förderung), sind diese Korrekturen gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017³ bei der nächsten Abrechnung zu berücksichtigen.

I Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist klärungsbedürftig, ob der Anspruchsteller Anspruch auf die erhöhte Vergütung für die Modernisierung seiner Wasserkraftanlage hat.
- 2 Der Anspruchsteller betreibt in [...] eine am [...] August 1990 reaktivierte Wasserkraftanlage („[...]“) mit einer installierten Leistung von [ca. 15] kW.
- 3 Mit Bescheid der Bezirksregierung [...] vom 11. Dezember 1995 erhielt der Anspruchsteller die wasserrechtliche Genehmigung, im Zuge der Reaktivierung der Wasserkraftanlage einen Raugerinne-Beckenpass (nachfolgend: Fischaufstiegsanlage) zu errichten. Über diese zu errichtende Fischaufstiegsanlage sollte ursprünglich eine Dotationswassermenge von mindestens 131 l/s in der Ausleitungsstrecke erreicht werden. Die Fischaufstiegsanlage wurde im Oktober 1999 beanstandungsfrei abgenommen.
- 4 Im Jahr 2010 verbreiterte der Anspruchsteller – auf Anregung des damals zuständigen Sachbearbeiters Bauoberamtsrat [...] – durch die Entnahme eines Riegelsteins

³Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Energiedienstleistungen und andere Energieeffizienzmaßnahmen vom 20. November 2019 (BGBl. I S. 1719), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

den Einlauf der Fischaufstiegsanlage. Dies führte zu einer Erhöhung der Dotationsmenge innerhalb der Fischaufstiegsanlage. Diese Maßnahme wurde Ende April 2010 abgeschlossen.

- 5 Bei einer 2012 erfolgten Messung des Abflusswassers stellte [...] (nachfolgend: Genehmigungsbehörde) fest, dass über die Fischaufstiegsanlage 281 l/s abfließen.
- 6 In einem Schreiben der [Genehmigungsbehörde] vom 6. November 2018 an den Anspruchsteller heißt es hierzu:

„Damit lag dieser ab dem Jahr 2010 abgegebene Mindestabfluss deutlich über dem per Bescheid aus dem Jahr 1995 festgesetzten Mindestabfluss in Höhe von 131 l/s.

Die Erhöhung des Mindestabflusses von 131 l/s auf 281 l/s ab dem Jahr 2010 stellt eine nicht unerhebliche Verbesserung der gewässerökologischen Eigenschaften des Glans als Lebensraum für Fische und die Wirbellosenfauna dar.“

- 7 Auf die weiteren Inhalte dieses Schreibens nebst dessen Anlagen wird Bezug genommen.
- 8 Von November 2013 bis März 2014 wurde eine neue Fischtreppe gebaut, um den strengeren Anforderungen des DWA-Merkblattes M-509 zu entsprechen. Dabei wurde der Mindestabfluss auf 350 l/s festgesetzt. Der Bau der Fischtreppe war am 27. März 2014 abgeschlossen.
- 9 Die Anspruchsgegnerin vergütet den in ihr Netz eingespeisten Strom gegenwärtig mit 7,67 Cent je Kilowattstunde.
- 10 **Der Anspruchsteller** ist der Auffassung, ihm stehe bereits für die Errichtung der Fischaufstiegsanlage 1999 die erhöhte Vergütung zu, da es sich hierbei um eine besonders gute ökologische Lösung gehandelt habe.
- 11 Zudem ist er der Meinung, dass seine Anlage durch die 2010 vorgenommene Maßnahme ökologisch modernisiert worden sei.
- 12 Jedenfalls stehe ihm die erhöhte Vergütung für den Bau der neuen Fischtreppe 2013/14 zu. Er habe keinen Einfluss darauf gehabt, dass der Bau erst 2014 abgeschlossen werden konnte, da die Aufnahme der Fischtreppe in das Maßnahmenprogramm der [Genehmigungsbehörde] drei Jahre dauerte.
- 13 **Die Anspruchsgegnerin** ist der Auffassung, dass eine ökologische Modernisierung

durch den 1999 abgeschlossenen Bau der Fischaufstiegsanlage nicht nachgewiesen sei.

14 Sie hält es nunmehr für möglich, dass in Bezug auf die 2010 durchgeführte Maßnahme dieser Nachweis durch das Schreiben der [Genehmigungsbehörde] geführt ist.

15 Jedenfalls komme wegen der Stichtagsregelung in § 66 Abs. 14 EEG 2012⁴ eine erhöhte Vergütung durch den 2014 abgeschlossenen Einbau der Fischtreppe nicht in Betracht.

16 Mit Beschluss vom 1. November 2019 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 ihrer Verfahrensordnung (VerfO)⁵ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle zu begutachtenden Fragen lauten:

1. Hat der Anspruchsteller gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch darauf, dass der Strom, der in seiner Wasserkraftanlage in [...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, mit der erhöhten Vergütung gemäß § 23 Abs. 5 EEG 2009 vergütet wird?

Insbesondere: Liegen hinsichtlich der Maßnahme zur Erhöhung des Mindestwasserabflusses aus dem Jahr 2010 die Voraussetzungen einer ökologischen Modernisierung vor?

2. Verneinendenfalls: Hat der Anspruchsteller gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch darauf, dass der Strom mit der erhöhten Vergütung gemäß § 23 Abs. 5 EEG 2009 i. V. m. § 66 Abs. 14 EEG 2012 vergütet wird?

Insbesondere: Liegen hinsichtlich des 2013 begonnenen Baus einer Fischaufstiegsanlage in zeitlicher Hinsicht die Voraussetzungen einer ökologischen Modernisierung vor?

⁴Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

⁵Verfahrensordnung der Clearingstelle in der Fassung v. 01.01.2019, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 17 Die Besetzung der Clearingstelle ergibt sich aus § 26 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 5 VerfO. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da alle Parteien und die Clearingstelle dem zugestimmt haben, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO der Wissenschaftliche Leiter Dr. Winkler erstellt.

2.2 Würdigung

- 18 Die Wasserkraftanlage des Anspruchstellers wurde durch die Entnahme des Riegelsteins im Jahr 2010 ökologisch modernisiert, weil hierbei der Mindestabfluss erhöht wurde und insoweit seit Ende April 2010 eines der Regelbeispiele einer ökologischen Modernisierung – § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe c) EEG 2009 – erfüllt ist.

- 19 § 23 Abs. 5 EEG 2009 lautet:

„¹ Die Absätze 1 bis 4 gelten nur, wenn

1. ...

2. nach der Errichtung oder Modernisierung der Anlage nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist. ²Eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes liegt in der Regel vor, wenn

- a) die Stauraumbewirtschaftung,
- b) die biologische Durchgängigkeit,
- c) der Mindestwasserabfluss,
- d) die Feststoffbewirtschaftung oder
- e) die Uferstruktur

wesentlich verbessert worden oder Flachwasserzonen angelegt oder Gewässeralt- oder Seitenarme angebunden worden sind, soweit die betreffenden Maßnahmen einzeln oder in Kombination unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele erforderlich sind, um einen guten ökologischen Zustand zu erreichen.

³ Als Nachweis der Voraussetzungen des Satzes 1 Nummer 2 in Verbindung mit Satz 2 gilt

1. ...

2. für Anlagen nach den Absätzen 2 und 4 die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde oder einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft; ...⁶

20 Die ökologische Modernisierung der Wasserkraftanlage des Anspruchstellers wurde durch das Schreiben der [Genehmigungsbehörde] vom 6. November 2018 an den Anspruchsteller gemäß § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 Alternative 1 EEG 2009 nachgewiesen.

21 Dieses Schreiben erfüllt zwar nicht die Anforderungen, die die Clearingstelle an den Nachweis der ökologischen Modernisierung durch ein Umweltgutachten gestellt hat.⁷

22 An eine behördliche Bescheinigung sind aber nicht die gleichen Maßstäbe anzulegen, wie an ein privatrechtlich vom Anlagenbetreiber an einen Umweltgutachter in Auftrag gegebenes Umweltgutachten. Denn wenn die zuständige Behörde erklärt, dass eine Maßnahme zu einer wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands an der Anlage geführt hat, dann ist davon auszugehen, dass die Behörde von Amts wegen die ökologischen Gegebenheiten vor und nach der Maßnahme hinreichend genau kannte. Weiter kann unterstellt werden, dass bei der Behörde aufgrund ihrer Ortskenntnis und aufgrund des vorhandenen Fachwissens sicher eingeschätzt werden kann, ob es durch die Maßnahme zu einer *wesentlichen* Verbesserung des ökologischen Zustands kommen kann. Schließlich greift aufgrund der Bindung der Behörde an Recht und Gesetz die Vermutung, dass die gegenüber dem Anlagenbetreiber getroffene Feststellung den Tatsachen entspricht.

23 Ob hiervon Ausnahmen zu machen sind bzw. diese Vermutung widerlegt werden kann, wenn die behördliche Bescheinigung offenkundige formale oder inhaltliche Fehler aufweist, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu klären. Denn es ist weder von

⁶Auslassungen und Satznummerierungen nicht im Original.

⁷Hierzu siehe *Clearingstelle*, Votum v. 12.09.2011–2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>; *Clearingstelle*, Votum v. 10.06.2013–2013/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/21> und *Clearingstelle*, Stellungnahme v. 04.08.2015–2015/19/Stn, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/stellungnv/2015/19>.

der Anspruchsgegnerin vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die Bescheinigung an solchen Fehlern leidet.

- 24 Im Ergebnis hat der Anspruchsteller einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung i. S. v. § 23 Abs. 2 i. V. m. Abs. 5 Satz 3 Buchstabe c) EEG 2009 seit dem Abschluss der Maßnahme Ende April 2010.
- 25 Hingegen besteht kein Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 i. V. m. § 66 Abs. 14 EEG 2012 für den 2013 begonnenen Bau der Fischtreppe. Denn § 66 Abs. 14 EEG 2012 verlangt den Abschluss der Maßnahme vor dem 1. Januar 2014. Hier ist der Neubau der Fischtreppe jedoch erst im März 2014 abgeschlossen worden. Für diese Stichtagsregelung ist es nicht entscheidend, aus welchen Gründen die Maßnahme erst nach dem Stichtag abgeschlossen werden konnte. Verzögerungen, die von Dritten zu verantworten sind, könnten allenfalls zu Schadensersatzansprüchen des Anlagenbetreibers führen, nicht aber zu einer Verschiebung des gesetzlichen Stichtags.

Dr. Mutlak

Dr. Winkler

Wolter