

Berlin, 20. September 2021

**BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.**

Reinhardtstraße 32
10117 Berlin

www.bdeu.de

Stellungnahme

zum Hinweisverfahren 2021/10-V der Clearingstelle EEG | KWKG

Eintritt der Rechtsfolgen bei Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten über 1.900 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu überregionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 90 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland.

Verfahrensfragen:

1. Gibt § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern einen Anspruch auf (erhöhte) Vergütung gegen den Netzbetreiber (Privilegierung von Anlagenbetreibern) oder greift § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 auch in Rechte der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ein, mit der Folge, dass aufgrund einer nach dem 31. Dezember 2016 abgeschlossenen Erhöhung des Leistungsvermögens einer Wasserkraftanlage der bis zur Erhöhung des Leistungsvermögens geltende Vergütungsanspruch entfällt?

2. Sind Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gemäß §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021 verpflichtet, Ertüchtigungs- bzw. Modernisierungsmaßnahmen, die eine Auswirkung auf das Leistungsvermögen gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 ihrer Anlagen haben können, dem Netzbetreiber zu melden? Bejahendenfalls: Welche Rechtsfolge tritt ein, wenn diese Meldepflicht nicht erfüllt wird?

Stellungnahme

Der BDEW bedankt sich für die Möglichkeit der Stellungnahme zu diesem Verfahren. Nach Ansicht des BDEW bewirkt eine Erhöhung des Leistungsvermögens einer Wasserkraftanlage, die die Voraussetzungen von § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 erfüllt, nicht automatisch eine Förderänderung für die betreffende Anlage, sondern nur, wenn der Anlagenbetreiber diese Förderänderung als solche auch geltend macht. Wenn der Anlagenbetreiber die Vornahme entsprechender Maßnahmen gegenüber dem Netzbetreiber nicht mitteilt, also die neue Förderung nicht geltend macht, ändert sich auch sein Förderanspruch insoweit nicht. Er kann folglich auch nicht von Gesetzes wegen entfallen.

Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

1 Verfahrensfrage 1

a) Wortlaut von § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021

Gemäß dem insoweit wortgleichen § 40 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017/2021 besteht der Anspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2017/2021 auch für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, wenn nach dem 31. Dezember 2016 durch eine wasserrechtlich zugelassene Ertüchtigungsmaßnahme das Leistungsvermögen der Anlage erhöht wurde. Diese Regelung ist nach Satz 2 der Bestimmung auf nicht zulassungspflichtige Ertüchtigungsmaßnahmen anzuwenden, wenn das Leistungsvermögen um mindestens 10 Prozent erhöht

wurde. Anlagen nach diesen Sätzen gelten mit dem Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme als neu in Betrieb genommen.

Voraussetzung der Regelungen ist daher die Vornahme einer entsprechenden Ertüchtigungsmaßnahme. Die Maßnahme selber sowie der Grad der Erhöhung des Leistungsvermögens müssen vom Anlagenbetreiber gemäß der ständigen Rechtsprechung und der Spruchpraxis der Clearingstelle EEG/KWKG zumindest schlüssig glaubhaft gemacht werden, s. die Entscheidung im [Verfahren 2012/24](#). Wenn aber eine Tatbestandsvoraussetzung an ihre glaubhafte Darlegung gebunden ist, weil der Netzbetreiber diese Sachverhaltsinformationen nicht von sich aus kennen kann, kann die Rechtsfolge der Regelung rechtstechnisch nicht automatisch eintreten, sondern erst nach entsprechender Glaubhaftmachung bzw. eventuell des Nachweises der Tatbestandsvoraussetzungen.

Außerdem ist dem konkreten Wortlaut von § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 nicht entnehmbar, dass seine Rechtsfolge automatisch ohne eine entsprechende Geltendmachung eintreten soll. Vielmehr „besteht“ hiernach „der Anspruch nach § 19 Absatz 1 (...) auch für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, wenn nach dem 31. Dezember 2016 durch eine wasserrechtlich zugelassene Ertüchtigungsmaßnahme das Leistungsvermögen der Anlage erhöht wurde“. Es wird aber gesetzestechnisch nicht angeordnet, dass der Anspruch aus einer Vorgängerfassung des EEG 2017/2021 ipso iure in einen Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 übergeht, wenn die Voraussetzungen der Regelungen zutreffen. Vielmehr stellt die Verwendung des Begriffes „besteht“ nach BDEW-Auffassung klar, dass der Anspruch bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen „besteht“, aber insoweit vom Anlagenbetreiber auch geltend gemacht werden muss.

b) Sinn und Zweck der Regelung

Der Sinn der Regelung ist, wie bereits die Regelungen der Vorgängerfassungen des EEG 2017 und EEG 2021, dass Betreiber von Wasserkraftanlagen nach Vornahme entsprechender Ertüchtigungsmaßnahmen mit Erhöhungen des Leistungsvermögens eine erhöhte Förderung geltend machen dürfen. Allerdings ist zu beachten, dass seit dem EEG 2017 die betreffende Anlage dann auch mit Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme als neu in Betrieb genommen gilt, s. § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/2021. Dies hat dann vor allem folgende Rechtsfolgen:

- Anstelle einer noch unbefristeten Förderung nach dem EEG 2000 würde die Anlage eine auf 20 Jahre zzgl. des Jahres des Abschlusses der Ertüchtigungsmaßnahme befristete Förderung erhalten.
- Die Anlage würde der verpflichtenden Direktvermarktung unterfallen, wenn die installierte elektrische Leistung der Anlage oberhalb von 100 kW liegen würde.

- Auf die Anlage würden unabhängig von den für Bestandsanlagen geltenden Übergangsregelungen in § 100 EEG 2017 bzw. § 100 EEG 2021 sämtliche Regelungen des EEG 2017 und EEG 2021 anzuwenden sein, einschl. der Regelungen in § 9 EEG 2017 und § 9 EEG 2021.

Dies kann für Anlagenbetreiber trotz der Fördererhöhung zu einer Verschlechterung ihrer Rechtsposition führen, zumindest mittelfristig. Klar ist aufgrund der Übergangsregelungen im EEG 2014 auch, dass die verpflichtende Direktvermarktung grundsätzlich keine Bestandsanlagen treffen sollte. Wenn aber z.B.

- ein durch einen technischen Defekt beschädigter Generator oder
- eine durch Treibholz beschädigte Vorrichtung zur Rechenreinigung

durch eine jeweils neue Einrichtung ausgetauscht werden würde und dieser Austausch zu einer Erhöhung des Leistungsvermögens führen würde, wäre der Anlagenbetreiber gezwungen, wenn er die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme seiner Anlage vermeiden wollte, eine entsprechend technisch minderwertige Einrichtung einzubauen, um die Erhöhung des Leistungsvermögens zu verhindern. Ansonsten wäre automatisch § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 auf die Anlage anzuwenden, und diese würde als neu in Betrieb genommen gelten.

Auch aus der Begründung zu § 40 Abs. 2 EEG 2017 lässt sich nicht entnehmen, dass der Anspruch automatisch bei Vorlage der Tatbestandsvoraussetzungen der Regelung auf das Niveau der Regelung angehoben wird, sowie die weiteren Rechtsfolgen eintreten.¹ Vielmehr betont die dortige Gesetzesbegründung ausdrücklich den Verlust der Bestandsanlagen-Eigenschaft. Wenn aber ein Verlust einer bisherigen Rechtsposition Rechtsfolge der Regelung ist, ist es sinnvoll und nachvollziehbar, für diesen Verlust auch ein entsprechendes Willenselement des Anlagenbetreibers vorauszusetzen.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Anwendung des § 40 Abs. 2 EEG 2021 ausdrücklich in § 100 EEG 2021 mit aufzunehmen. Gleichermaßen sehen § 100 Abs. 1 EEG 2017 und § 100 Abs. 1 EEG 2021 die Fortgeltung bisheriger Regelungen für Bestandsanlagen vor. Damit kann dahingehend argumentiert werden, dass der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017 bzw. 2021 mit den damit verknüpften Rechtsfolgen gesondert geltend zu machen ist.

Hinzu kommt, dass die konkrete Ertüchtigungsmaßnahme und der Zeitpunkt ihrer Vornahme dem Netzbetreiber im Regelfall nicht bekannt sind. Gleiches gilt dann für die Frage, ob die

¹ BT-Drs. 18/8860, S. 226.

Ertüchtigungsmaßnahme wasserrechtlich zulassungspflichtig ist oder nicht, da letzteres vom konkreten Inhalt der Maßnahme abhängt, nämlich dem Eingriff in das Gewässer. Ohne eine entsprechende Mitteilung des Anlagenbetreibers an den Netzbetreiber kann daher der Netzbetreiber den Eintritt der Rechtsfolgen auch gar nicht nachvollziehen. Darüber hinaus ist gerade bei Modernisierungen, Ertüchtigungen oder Erneuerungen von Wasserkraftanlagen eine konkrete widerspruchsfreie und plausible Darlegung der Tatsachen durch den Anlagenbetreiber von erheblicher Relevanz.²

Dies gilt gerade bei Maßnahmen nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 hinsichtlich der Frage, ob mehrgliedrige Maßnahmen noch zur selben Ertüchtigung gehören und dementsprechend die 10%-Schwelle überschritten wird, oder ob sie nicht zusammenhängende, jeweils für sich zu sehende Maßnahmen sind und dementsprechend die Schwelle nicht überschritten wird. Insofern ist auch zu beachten, dass bloße Wartungs- und Instandsetzungsmaßnahmen an der Anlage, mithin auch Reparaturen, die Rechtsfolge des § 40 Abs. 2 EEG 2014/2017/2021 nicht auslösen können.³ Welchen Charakter die Maßnahme hat, kann der Netzbetreiber aber nicht ohne entsprechenden Vortrag des Anlagenbetreibers prüfen.

Knüpft die bisherige Rechtsprechung zu § 23 Abs. 2 und 5 EEG 2009/EEG 2012⁴ den Eintritt der Rechtsfolge an die Plausibilität des Vortrags des Anlagenbetreibers über die konkrete Maßnahme, kann nichts anderes im Rahmen der dem § 40 Abs. 2 EEG 2012/2017/2021 zugrunde liegenden Tatsachen gelten. Insofern verweist der BDEW auch auf die Darstellungen in Leitsatz 6 und Rdn. 28 und 34 ff. der Entscheidung im Verfahren 2012/24 der Clearingstelle EEG, wonach dem Anlagenbetreiber ausdrücklich eine entsprechende Darlegungslast über Inhalte und Auswirkungen der Maßnahme obliegt. § 23 Abs. 2 EEG 2012, zu dem die Entscheidung ergangen ist, entspricht inhaltlich weitestgehend dem § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021. Insbesondere hat der Gesetzgeber bereits in § 23 Abs. 2 EEG 2012 gegenüber den Vorgängerfassungen der

² Vgl. zuletzt OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. Juli 2021, Az. 4 U 219/20, veröffentlicht bei juris: <https://www.juris.de/perma?d=KORE228772021>.

³ Vgl. Clearingstelle EEG, [Verfahren 2012/24](#), Leitsatz 5.

⁴ OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. Juli 2021, Az. 4 U 219/20, a.a.O.; OLG Dresden, Urteil vom 3. Juli 2012, Az. 9 U 1568/11; OLG Hamm, Beschluss vom 26. September 2018, Az. I-30 U 4/18; OLG München, Urteil vom 25. April 2012, Az. 3 U 891/11; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 2. September 2010, Az. 1 U 37/10.

Regelung auf die Vorlage eines qualifizierten Nachweises verzichtet, z.B. eine behördliche Bescheinigung oder ein Umweltgutachten.

Da weder der Gesetzeswortlaut noch Sinn und Zweck der Regelung auf eine automatische Anwendung der Rechtslage nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 schließen lassen, geht der BDEW davon aus, dass diese nur bei einer entsprechenden Geltendmachung durch den Anlagenbetreiber anzuwenden ist. Ein Entfallen des bisherigen Förderanspruchs findet bei fehlender Geltendmachung des Förderanspruchs nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 daher nicht statt.

2 Verfahrensfrage 2

Folgt man der vorstehend zur Verfahrensfrage 1 dargestellten Rechtsansicht des BDEW, hat eine Erhöhung des Leistungsvermögens der Wasserkraftanlage durch eine Ertüchtigung, wenn hierdurch die Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 erfüllt werden, dann keine Auswirkungen auf die Förderung der Anlage, wenn der Anlagenbetreiber die insoweit angehoebene Förderung des EEG 2017/2021 nicht geltend macht, sondern auf der bisherigen Förderung beharrt. Dann sind Anlagenbetreiber gemäß §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021 auch nicht verpflichtet, Ertüchtigungs- bzw. Modernisierungsmaßnahmen, die eine Auswirkung auf das Leistungsvermögen gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 ihrer Anlagen haben können, dem Netzbetreiber aufgrund dieser Regelungen zu melden. Die Informationen zu der Ertüchtigung und der Erhöhung des Leistungsvermögens sind dann

- weder für den bundesweiten Ausgleich nach den §§ 56 bis 62 EEG jeweils erforderliche Daten nach § 70 EEG 2017/2021,
- noch für die Endabrechnung des jeweils vorangegangenen Kalenderjahres erforderliche Daten.

In beiden Fällen hat die Ertüchtigungsmaßnahme bzw. die hierdurch bedingte Erhöhung des Leistungsvermögens der Anlage keine Auswirkungen auf die Förderung der Anlage, da die Förderung auf dem bisherigen Niveau weiterhin bestehen bleibt, wenn der Anlagenbetreiber diese Förderung trotz der Maßnahmen weiterhin geltend macht.

Ein Betreiber einer Wasserkraftanlage muss Veränderungen an seiner Anlage, die sich auf die Leistung der Anlage auswirken, aber alleine aus netztechnischen Gründen an den Netzbetreiber melden. Insoweit verweist der BDEW auf die Darstellungen in der Entscheidung der Clearingstelle EEG/KWKG im Verfahren [2015/7](#), Leitsatz 8.

Unabhängig davon ist allerdings darauf hinzuweisen, dass sich eine Mitteilungspflicht des Anlagenbetreibers auch aus den vertraglichen Vereinbarungen ergeben kann, die er mit dem Netzbetreiber geschlossen hat, oder aus allgemeinen Geschäftsbedingungen, die für den Betrieb einer Anlage am Netz des Netzbetreibers einzuhalten sind. Hieraus kann sich ergeben, dass die Erhöhung der Anlagenleistung dem Netzbetreiber in jedem Fall anzuzeigen ist, wenn

dies zu einer höheren Einspeiseleistung führt und sich dadurch Auswirkungen auf den Netzanschluss ergeben. In vielen Fällen sehen z.B. technische Anschlussbedingungen oder technische Mindestanforderungen der Netzbetreiber vor, dass Netzbetreiber über jede Änderung einer an ihrem Netz angeschlossenen Anlage Kenntnis haben müssen, weil dies Auswirkungen auf die Netz- und Systemsicherheit haben kann und diese Parameter vom Netzbetreiber zu beachten sind.

Der BDEW hält eine solchen Mitteilungspflicht auch nicht für unwirksam. Sie ist letztlich auch als allgemeiner Grundsatz für Stromerzeugungsanlagen (Eigenanlagen) innerhalb von Kundenanlagen in § 19 NAV enthalten. § 1 Abs. 1 Satz 4 NAV bestimmt zwar, dass die NAV nicht für den Netzanschluss von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien und aus Grubengas gilt. Ein Bestehen dieser Mitteilungspflicht hatte die Clearingstelle aber bereits in der v.g. Entscheidung im Verfahren 2015/7 für Solaranlagen festgestellt.

Höchst hilfsweise weist der BDEW darauf hin, dass dann, wenn § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 automatisch bei Vorliegen der Voraussetzungen anwendbar sein sollte, die Rechtsprechung und die Clearingstelle nicht zu einer Ausschlusswirkung gekommen sind, wenn der Anlagenbetreiber den Eintritt der Rechtsfolgen der Regelung dem Netzbetreiber nicht nach §§ 70 und 71 EEG 2017/2021 mitgeteilt hatte.⁵ Insoweit muss der Anlagenbetreiber dann ein Verfahren nach § 62 EEG 2017/2021 auf seine Kosten beschreiten, um für die Vergangenheit bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der Maßnahme rückwirkend wieder einen erhöhten Förderanspruch zu haben.

⁵ Vgl. nur OVG Münster, REE 2014, S. 50 ff; OLG Naumburg, Urteil vom 22. Dezember 2011, Az. [2 U 89/11](#), Rdn. 49 ff.; Clearingstelle EEG, [Verfahren 2015/20](#), Rdn. 32 ff; Clearingstelle EEG, [Verfahren 2014/17](#), Rdn. 34 ff.

Ansprechpartner:

BDEW

Christoph Weißenborn

Abteilung Recht/Fachgebietsleiter

Telefon: +49 30 300 199 - 1514

christoph.weissenborn@bdew.de