



**Clearingstelle EEG | KWKG
Charlottenstraße 65
10117 Berlin**

Dresden, den 21. September 2021

Hinweisverfahren 2021/10-V „Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen - Eintritt der Rechtsfolgen“ Stellungnahme des Wasserkraftverbandes Mitteldeutschland e.V.

Sehr geehrter Herr Dr. Winkler,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Gelegenheit, zu den im Hinweisverfahren 2021/10-V „Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen – Eintritt der Rechtsfolgen“ aufgeworfenen Fragen Stellung zu beziehen. Der Wasserkraftverband Mitteldeutschland e.V. beantwortet die Fragen aus dem Einleitungsbeschluss vom 04.08.2021 wie folgt:

- 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?**

§ 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 bewirkt lediglich eine Privilegierung von Anlagenbetreibern, ohne in deren Rechte einzugreifen. Die Anlagenbetreiber haben vielmehr im Fall der Durchführung einer Ertüchtigungsmaßnahme mit Erhöhung des Leistungsvermögens der Anlage ein Wahlrecht, ob weiterhin der bisherige Vergütungsanspruch für die verbleibende Restlaufzeit in Anspruch genommen werden soll, oder ob die Anlage als neu in Betrieb genommen mit einem neuen Vergütungsanspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 gelten soll.

1. Wortlaut

Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm. Dort heißt es in § 40 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017/2021:

„Der Anspruch nach § 19 Absatz 1 besteht auch für Strom aus Anlagen, [...]“

Die Norm gewährt demnach zunächst einen Anspruch des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber, im Fall der Ertüchtigung der Wasserkraftanlage einen bestimmten Zahlungsanspruch geltend machen zu können. Ausweislich der Legaldefinition in § 194 Abs. 1 BGB handelt es sich bei einem „Anspruch“ um das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Daraus folgt zweierlei:

Zum einen handelt sich bei einem Anspruch um ein Recht und gerade nicht um eine Pflicht des Anlagenbetreibers. Zum anderen ist der Legaldefinition des Anspruchs immanent, dass dieser nicht kraft Gesetzes Rechtsfolgen entfaltet, sondern durch den Anspruchsinhaber geltend gemacht werden muss – im Sinne des „Verlangens“ dem Anspruchsgegner gegenüber.

Infolgedessen trifft § 40 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017/2021 lediglich eine Regelung dazu, dass der Anlagenbetreiber im Falle von Ertüchtigungsmaßnahmen das Recht hat, vom Netzbetreiber eine Vergütung nach Maßgabe von §§ 19 Abs. 1, 40 Abs. 1 EEG 2017/2021 zu verlangen. Eine Regelung dazu, dass der Anlagenbetreiber seines ursprünglichen Vergütungsanspruchs verlustig geht, auch wenn er den Anspruch aus §§ 19 Abs. 1, 40 Abs. 1 EEG 2017/2021 nicht aktiv gegenüber dem Netzbetreiber geltend macht, ist dagegen dem Wortlaut der Norm – der zugleich die Grenze der Auslegung ist – nicht zu entnehmen.

Etwas Abweichendes ergibt sich auch nicht aus § 40 Abs. 1 Satz 3 EEG 2017/2021, wo es heißt:

„Anlagen nach den Sätzen 1 oder 2 gelten mit dem Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme als neu in Betrieb genommen.“

Diese Regelung dient vielmehr allein dazu, die rechtlichen Anforderungen und Rechtsfolgen zu definieren, falls ein Anspruch nach Satz 1 oder 2 geltend gemacht wird. Dass hiermit – quasi automatisch – ein Wegfall des bisherigen Vergütungsanspruchs verbunden sein sollte, lässt sich dem Wortlaut der Norm dagegen nicht entnehmen.

2. Systematik

Dieses Auslegungsergebnis wird durch die systematische Auslegung bestätigt. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das EEG keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz kennt, wonach im Fall einer Neuinbetriebnahme ein etwaiger bisheriger Vergütungsanspruch entfiel. Dies folgt bereits daraus, dass die erneute Inbetriebnahme einer bereits in Betrieb genommenen Anlage im absoluten Regelfall nicht möglich ist.

Die Legaldefinition der Inbetriebnahme in § 3 Nr. 30 EEG 2017/2021 bezieht sich lediglich auf die erstmalige Inbetriebsetzung und regelt im 3. Halbsatz ausdrücklich, dass eine nachträgliche Änderung der Anlage (z.B. durch einen Austausch des Generators oder sonstiger technischer oder baulicher Teile) gerade nicht zu einer Änderung des Inbetriebnahmezeitpunkts führt. Dem EEG wohnt damit der Grundgedanke inne, dass nachträgliche Änderungen an der Anlage deren einmal (durch die erstmalige Inbetriebnahme) erworbenes Vergütungsregime unangetastet lassen.

Folgerichtig ergibt sich aus den jeweiligen Übergangsvorschriften – konkret etwa § 100 Abs. 1 und 2 EEG 2017/2021, dass für vor dem 01.01.2017 bzw. 01.01.2021 in Betrieb genommene Anlagen jeweils die bisherigen Vorschriften fortgelten.

Lediglich an zwei Stellen sieht das Gesetz die Fiktion einer Neuinbetriebnahme vor – nämlich zum einen im hier verfahrensgegenständlichen § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/2021 und zum anderen im Rahmen der Anschlussförderung von Biomasseanlagen in § 39f Abs. 3 Satz 1 EEG 2017/§ 39g Abs. 3 Satz 1 EEG 2021. Gerade der systematische Vergleich zu § 39f EEG 2017/§ 39g EEG 2021 belegt dabei, dass im Rahmen der Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen der bisherige Vergütungsanspruch im Grundsatz unangetastet bleibt. Denn für Biomasseanlagen in der Anschlussförderung trifft das Gesetz in § 39f Abs. 2 EEG 2017/§ 39g Abs. 2 EEG 2021 – zusätzlich zur Fiktion einer Neuinbetriebnahme in § 39f Abs. 3 Satz 1 EEG 2017/§ 39g Abs. 3 Satz 1 EEG 2021 – folgende ausdrückliche Regelungen zum Verhältnis zwischen dem alten und dem neuen Vergütungsanspruch:

„Erteilt die Bundesnetzagentur nach Absatz 1 einer bestehenden Biomasseanlage einen Zuschlag, tritt der Anspruch nach § 19 Absatz 1 ab dem ersten Tag eines durch den Anlagenbetreiber zu bestimmenden Kalendermonats für die Zukunft an die Stelle aller bisherigen Ansprüche nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in der für die Anlage maßgeblichen Fassung. Der Anlagenbetreiber muss dem Netzbetreiber einen Kalendermonat mitteilen, der nicht vor dem dritten und nicht nach dem sechsunddreißigsten Kalendermonat liegt, der auf die öffentliche Bekanntgabe des Zuschlags folgt. [...] Wenn der Anlagenbetreiber keine Mitteilung nach Satz 2 macht, tritt der neue Anspruch am ersten Tag des siebenunddreißigsten Kalendermonats, der auf die öffentliche Bekanntgabe des Zuschlags folgt, an die Stelle der bisherigen Ansprüche. [...]“

Das Gesetz ordnet hier also ausdrücklich als Rechtsfolge an, dass der bisherige Vergütungsanspruch erlischt, sobald der neue Vergütungsanspruch entsteht – der Anspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2017/2021 tritt für die Zukunft an die Stelle aller bisherigen Ansprüche. Dem Anlagenbetreiber wird lediglich hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem diese Rechtsfolge eintreten soll, ein (eingeschränktes) Wahlrecht eingeräumt.

Hieraus wird zweierlei deutlich: Zum einen hat der Gesetzgeber für die Biomasse ein Bedürfnis gesehen, das Verhältnis zwischen bisherigem und neuem Vergütungsanspruch ausdrücklich zu regeln. Einer solchen Regelung bedarf es denknotwendig nur, wenn das Entstehen eines neuen (zusätzlichen) Vergütungsanspruchs nicht bereits per se zum Erlöschen eines bestehenden Förderanspruchs führt. Hiervon geht auch der Gesetzgeber im Grundsatz aus, so dass es für das vorzeitige Erlöschen eines einmal entstandenen Förderanspruchs einer expliziten gesetzlichen Regelung bedarf – nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der Übergangsregelungen in § 100 Abs. 1 und 2 EEG 2017/2021. Im Rahmen

der Anschlussförderung für Biomasse hat er sich insoweit für die ausdrückliche Regelung entschieden, dass der neue Vergütungsanspruch an die Stelle des alten treten solle.

Zum anderen sieht er diese Rechtsfolge nicht bereits mit der in § 39f Abs. 3 Satz 1 EEG 2017/§ 39g Abs. 3 Satz 1 EEG 2021 geregelten Fiktion einer Neuinbetriebnahme gegeben, denn anderenfalls wäre die umfassende Regelung der Rechtsfolgen für den alten Vergütungsanspruch in Absatz 2 der jeweiligen Normen nicht erforderlich gewesen.

Im systematischen Vergleich mit § 39f Abs. 2 und 3 EEG 2017/§ 39g Abs. 2 und 3 EEG 2021 ist nunmehr festzustellen, dass es in § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 an einer ausdrücklichen Regelung zum Wegfalls des bisherigen Vergütungsanspruchs fehlt. Dies lässt nach der Regelungssystematik des Gesetzes – in Einklang mit dem Wortlaut – allein den Schluss zu, dass der bisherige Förderanspruch der Wasserkraftanlage nicht bereits mit Abschluss der Modernisierungsmaßnahme verloren geht. Vielmehr entsteht mit diesem Zeitpunkt ein neuer (zusätzlicher) Förderanspruch des Anlagenbetreibers, den dieser – mit allen damit verbundenen Rechtsfolgen – geltend machen kann, aber nicht muss.

Es handelt sich damit um ein freies Wahlrecht des Anlagenbetreibers, in welchem Förderregime die Anlage weiterbetrieben werden soll. Erst wenn er dieses Wahlrecht im Sinne des neuen Förderanspruchs ausübt und dies dem Netzbetreiber entsprechend kommuniziert (zu den in diesem Zusammenhang bestehenden Meldepflichten vgl. Frage 2), greift die Fiktion nach § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/2021 und die Anlage gilt als neu in Betrieb genommen.

3. Verfassungskonforme Auslegung

Jedenfalls aber gebietet es die verfassungskonforme Auslegung, § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/2021 dergestalt auszulegen, dass damit kein Eingriff in Rechte des Anlagenbetreibers (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) verbunden ist.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das EEG in der jeweils bei erstmaliger Inbetriebnahme geltenden Fassung dem Anlagenbetreiber für 20 Jahre zzgl. des Inbetriebnahmejahres eine geschützte Rechtsposition vermittelt, nämlich einen Vergütungsanspruch für den erzeugten und eingespeisten Strom in gleichbleibender Höhe. Der Anlagenbetreiber genießt verfassungsrechtlich geschütztes Vertrauen darauf, dass sich an der Höhe und der Dauer des gesetzlichen Förderanspruchs wie auch an dessen wesentlichen Voraussetzungen nichts zu seinem Nachteil ändert. Dies wird durch die jeweiligen Übergangsvorschriften (u.a. in § 100 Abs. 1 und 2 EEG 2017/2021 in Verbindung mit den Übergangsvorschriften der jeweiligen Vorgängergesetze) gewährleistet.

Dieser Vertrauensschutz wird insbesondere auch für den Fall gewährt, dass während der 20-jährigen Förderdauer Änderungen an der Anlage vorgenommen werden. Denn § 3 Nr. 30 EEG 2017/2021 stellt ausdrücklich klar, dass sogar der Austausch des Generators (also der eigentlichen Stromerzeugungsanlage im Sinne des § 3 Nr. 43b EEG 2017/2021) oder sonstiger technischer oder baulicher Teile nicht zu einer Änderung des Inbetriebnahmezeitpunkts führt.

Der Anlagenbetreiber erwirbt damit bei erstmaliger Inbetriebnahme seiner Anlage für die Dauer des Förderanspruchs verfassungsrechtlich geschütztes Vertrauen darauf, dass sich – ungeachtet etwaiger Änderungen an der Anlage – an der Höhe des Vergütungsanspruchs und den wesentlichen Vergütungsvoraussetzungen nichts ändert. Der Förderanspruch erstarkt insoweit zu einer eigentumsähnlichen, verfassungsrechtlich geschützten Rechtsposition (vgl. Klinski, „EEG-Vergütung: Vertrauensschutz bei künftigen Änderungen der Rechtslage?“, Rechtsgutachten vom 08.05.2009, S. 23).

Würde man § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 dergestalt auslegen, dass aufgrund einer nach dem 31. Dezember 2016 abgeschlossenen Erhöhung des Leistungsvermögens einer Wasserkraftanlage der bis zur Erhöhung des Leistungsvermögens geltende Vergütungsanspruch entfällt, würde dies eine gravierende Verletzung dieser verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensposition darstellen. Es würde sich um einen Eingriff in eine eigentumsrechtliche Position und in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG) und damit um eine unzulässige Grundrechtsverletzung handeln.

Denn das Erlöschen des bis zur Erhöhung des Leistungsvermögens geltenden Vergütungsanspruchs ist für den Anlagenbetreiber nicht nur rechtlich vorteilhaft. Zwar hat der nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 neu entstehende Vergütungsanspruch den Vorteil, dass die Vergütung ab dem Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme wieder für 20 Jahre zzgl. des Jahres der Modernisierung gezahlt wird, und die Gesamtförderdauer dadurch verlängert werden kann. Gleichzeitig entstehen aber auch zusätzliche Vergütungsvoraussetzungen, allem voran die Direktvermarktungspflicht für Wasserkraftanlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 100 kW. Betroffene Anlagenbetreiber können dann den Strom nicht mehr an den Netzbetreiber liefern, sondern müssen einen Direktvermarktungsvertrag abschließen und insbesondere auch die Anforderungen der Fernsteuerbarkeit sicherstellen.

Auch die neue Vergütungshöhe kann – allein schon aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Degression – geringer als die ursprüngliche Vergütung ausfallen. Hinzu kommt, dass im zeitlichen Geltungsbereich des EEG 2017/2021 nach § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/2021 neu in Betrieb genommene (modernisierte) Wasserkraftanlagen mit einer installierten Leistung ab 500 kW der Verringerung des Zahlungsanspruchs bei negativen Strompreisen unterliegen. So verringert sich der anzulegende Wert und damit die Förderhöhe insgesamt auf null für Zeiträume, in denen der Spotmarktpreis für die Dauer von mindestens sechs (EEG 2017) bzw. vier (EEG 2021) aufeinanderfolgenden Stunden negativ ist. Im zeitlichen Geltungsbereich des EEG 2017 werden die damit verbundenen Vergütungseinbußen – anders als nach § 51a EEG 2021 – noch nicht einmal kompensiert.

Ein automatischer Wegfall des bisherigen Vergütungsanspruchs mit Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme kann damit im Einzelfall zu einer erheblichen Verschlechterung der Rechtsposition des Anlagenbetreibers führen. Dies stellt einen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff in eine eigentumsähnliche Rechtsposition und in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass Ertüchtigungsmaßnahmen an Wasserkraftanlagen häufig gar nicht mit der Intention durchgeführt werden, das Leistungsvermögen der Anlage bewusst zu steigern und dadurch irgendwelche EEG-relevanten Auswirkungen zu erzielen. Oft geht es lediglich darum, Alterungserscheinungen (technischer Verschleiß) auszugleichen und den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen, wobei

sich meist an der installierten Leistung der Wasserkraftanlage nichts ändert. Die Steigerung der Jahresarbeit –und damit die Erhöhung des Leistungsvermögens im Sinne des § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 – stellt sich in solchen Fällen lediglich als Reflex dar. Würde dies automatisch zu einem Wegfall des ursprünglichen Vergütungsanspruchs führen, wäre damit eine empfindliche Verletzung des verfassungsrechtlich geschützten Vertrauens des Anlagenbetreibers in den Fortbestand seines Vergütungsanspruchs verbunden.

Die einzige Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung, die sowohl vom Wortlaut als auch von der Gesetzessystematik getragen wird, besteht daher darin, § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 im Sinne eines freien Wahlrechts des Anlagenbetreibers auszulegen, nach welchem Förderregime die Anlage weiterbetrieben werden soll.

4. Zwischenergebnis Frage 1

Nach alledem ergeben sowohl die Wortlautauslegung als auch die systematische und die verfassungskonforme Auslegung, dass § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 lediglich eine Privilegierung von Anlagenbetreibern bewirkt, ohne in deren Rechte einzugreifen. Die Anlagenbetreiber haben vielmehr im Fall der Durchführung einer Ertüchtigungsmaßnahme mit Erhöhung des Leistungsvermögens der Anlage ein Wahlrecht, ob weiterhin der bisherige Vergütungsanspruch für die verbleibende Restlaufzeit in Anspruch genommen werden soll, oder ob die Anlage als neu in Betrieb genommen mit einem neuen Vergütungsanspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 gelten soll.

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?

Da es sich – wie zu Frage 1 dargestellt – bei § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 um einen zusätzlichen Förderanspruch handelt, den der Anlagenbetreiber geltend machen kann, aber nicht muss, ist auch die Durchführung von Ertüchtigungs- bzw. Modernisierungsmaßnahmen nicht per se nach §§ 70, 71 EEG 2017/2021 meldepflichtig. Vielmehr sind das Bestehen und der Umfang einer etwaigen Meldepflicht davon abhängig, in welchem Sinne der Anlagenbetreiber das ihm nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 zustehende Wahlrecht ausübt.

Nach § 71 Nr. 1 EEG 2017/2021 ist der Anlagenbetreiber verpflichtet, dem Netzbetreiber alle für die Endabrechnung des jeweils vorangegangenen Kalenderjahres erforderlichen Daten fristgerecht mitzuteilen. Entscheidet sich der Anlagenbetreiber dafür, den bisherigen Vergütungsanspruch zu behalten und den neuen Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 nicht geltend zu machen, ergibt sich damit aus § 71 Nr. 1 EEG 2017/2021 keine Meldepflicht hinsichtlich der Ertüchtigung. Denn in diesem Fall ist der Umstand, ob die Anlage ertüchtigt bzw. modernisiert wurde, für die Endabrechnung nicht entscheidend.

Entscheidet sich der Anlagenbetreiber dagegen für den neuen Vergütungsanspruch (als Neuanlage) nach § 40 Abs. 2 EEG, so besteht hinsichtlich der Durchführung der Ertüchtigung eine Meldepflicht nach § 71 Nr. 1 EEG bis zum 28.02. des Jahres, das auf den Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme folgt. Soweit es sich um eine nicht zulassungspflichtige Ertüchtigungsmaßnahme im Sinne von § 40 Abs. 2 Satz 2 EEG 2017/2021 handelt, ist dem Netzbetreiber zudem mitzuteilen, in welchem Umfang sich das Leistungsvermögen erhöht hat.

Nur für den letztgenannten Fall stellt sich sodann die Frage, welche Rechtsfolgen sich ergeben, falls der Anlagenbetreiber dieser Meldepflicht nicht oder verspätet nachkommt. Hierbei ist zu unterscheiden, ob die Ertüchtigungsmaßnahme zugleich mit einer Erhöhung der installierten Leistung einhergeht oder nicht:

Wird im Zuge der Ertüchtigung der Wasserkraftanlage die installierte Leistung erhöht, so ist die Leistungserhöhung an das Marktstammdatenregister zu melden. Unterbleibt dies und nimmt der Anlagenbetreiber auch die Meldung nach § 71 Nr. 1 EEG 2017/2021 nicht ordnungsgemäß vor, sieht § 52 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017/2021 eine Verringerung des anzulegenden Wertes auf null für die Dauer des Verstoßes – also bis zur ordnungsgemäßen Meldung – vor. Diese Sanktion knüpft allerdings vorrangig an einen Meldeverstoß nach Marktstammdatenregisterverordnung und erst nachrangig an ein Unterbleiben der Meldung nach §71 Nr. 1 EEG 2017/2021 an.

Ist die Ertüchtigung dagegen nicht mit einer Erhöhung der installierten Leistung verbunden, sieht § 52 EEG 2017/2021 keinerlei Vergütungssanktionen für die unterlassene oder verspätete Meldung nach § 71 EEG 2017/2021 vor. Insbesondere verliert der Anlagenbetreiber den neuen Vergütungsanspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 auch nicht dadurch, dass er ihn verzögert geltend macht. Es bleibt dem Anlagenbetreiber daher unbenommen, den neuen Förderanspruch auch später noch geltend zu machen und eine entsprechende Meldung nach § 71 EEG 2017/2021 nachzuholen, wobei zu berücksichtigen ist, dass dies dann – in den Grenzen der Verjährung – nach § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/2021 auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Ertüchtigungsmaßnahme zurückwirkt.



Martin Richter

Präsident Wasserkraftverband