

2012/24

22. März 2013

Hinweis

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung des § 23 Abs. 2 EEG 2012¹:

1. **Der Anspruch auf die erhöhte Vergütung gem. § 23 Abs. 2 EEG 2012 setzt bei Anlagen an oberirdischen Gewässern neben der Erfüllung der in § 23 Abs. 2 EEG 2012 genannten Anforderung voraus, dass die Wasserkraftnutzung den Anforderungen nach den §§ 33 bis 35 und 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 2 des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG)² entspricht (§ 23 Abs. 4 EEG 2012).**
2. **Eine Erhöhung der installierten Leistung i. S. v. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 EEG 2012 liegt vor, wenn nach der Durchführung geeigneter Maßnahmen die installierte Leistung i. S. d. § 3 Nr. 6 EEG 2012, mithin die „elektrische Wirkleistung, die die Anlage bei bestimmungsgemäßigem Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann“, höher ist als zuvor (Rn. 8 ff.).**
3. **Geeignete Maßnahmen zur Erhöhung der installierten Leistung sind solche, die zu einer Erhöhung des Ausbaudurchflusses, der Fallhöhe oder des Anlagenwirkungsgrades führen und sich infolgedessen erhöhend auf die maximal von der Wasserkraftanlage dauerhaft erzielbare Leistung auswirken (Rn. 11). In Betracht kommen insbesondere:**

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien v. 17.08.2012 (BGBl. I S. 1754), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

²Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) v. 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585), zuletzt geändert durch Artikel 5 Absatz 9 des Gesetzes vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212).

- der Austausch älterer Generatoren, des Getriebes, der Turbinen oder der Laufräder,
 - technisch-bauliche Maßnahmen zur Erhöhung der Fallhöhe und/oder des Ausbaudurchflusses.
4. Eine Erhöhung des Leistungsvermögens i. S. d. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 EEG 2012 liegt immer dann vor, wenn aktive Maßnahmen ergriffen wurden, die die technische Funktionsfähigkeit der Anlage dergestalt verbessern, dass sie zu einer erhöhten Stromausbeute (Jahresarbeitsvermögen in Kilowattstunden pro Jahr) der Wasserkraftanlage führen können (Rn. 14). Dazu gehören insbesondere:
- die automatische Wasserstandsregelung,
 - die automatische Rechenreinigung,
 - bei Kraftwerken mit mehreren Turbinen die automatische Einsatzoptimierung,
 - der Einsatz permanenterregter Generatoren und
 - die Verbesserung der Zu- und Abströmung (Reduktion der hydraulischen Verluste bei Turbinenzuströmung, Ober- und Unterwasserkanal).
5. Keine Maßnahmen zur Erhöhung des Leistungsvermögens oder der installierten Leistung liegen vor, wenn Wartungs- und Instandsetzungsmaßnahmen durchgeführt werden, die der Erhaltung der zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme bestehenden Leistung bzw. Leistungsfähigkeit der Wasserkraftanlage dienen (Rn. 14, 24). Auch die Erhöhung des Jahresertrags aufgrund eines günstigen Wasserjahres fällt nicht unter die Erhöhung des Leistungsvermögens im Sinne der Regelung (Rn. 21 ff.).
6. Anlagenbetreiberinnen und -betreiber haben gegenüber dem Netzbetreiber nachvollziehbar darzulegen, dass es sich bei den von ihnen ergriffenen Maßnahmen um Maßnahmen zur Erhöhung der installierten Leistung bzw. des Leistungsvermögens ihrer Anlage handelt. Eine geeignete Darlegung muss objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und schlüssig sein. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Darlegung folgende Angaben enthält (Rn. 34):

- eine Beschreibung der Wasserkraftanlage (hydrologische Parameter, Ertrags- und Leistungsparameter) zum Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebnahme bzw. nach Durchführung der letzten Anlagenmodernisierung,
 - die Darstellung der durchgeführten Maßnahmen zur Erhöhung der installierten Leistung bzw. des Leistungsvermögens – beispielsweise eine oder mehrere der unter Nr. 3 oder 4 aufgeführten Maßnahmen (Rn. 28) – z. B. mittels Herstellerunterlagen, technischen Datenblättern, der Rechnung der die Maßnahmen durchführenden Unternehmung, Lichtbildern etc. sowie
 - eine schriftliche Darlegung, inwiefern diese Maßnahmen zu einer Erhöhung der installierten Leistung bzw. des Leistungsvermögens führen. Dies umfasst die auf den Einzelfall abstellende – hydrologisch und technisch – begründete Angabe der erwarteten Auswirkungen auf das Jahresarbeitsvermögen der Wasserkraftanlage ggf. unter Berücksichtigung von Ertragseinbußen aufgrund ökologischer Anpassungsmaßnahmen (Rn. 34 ff.).
7. Für die Darlegung ist es im Regelfall nicht erforderlich, basierend auf Erzeugungsdaten auf die tatsächliche Erhöhung der Jahreserzeugung nach Durchführung der Maßnahmen abzustellen. Im Streitfall können die Erzeugungsdaten vor und nach Durchführung der jeweiligen Maßnahmen – jeweils für einen Normabfluss und unter Berücksichtigung etwaiger Einbußen aufgrund ökologischer Anpassungsmaßnahmen – verglichen werden. Eine auf diese Weise nachgewiesene Erhöhung der Jahreserzeugung kann als Indiz für die Erhöhung des Leistungsvermögens bzw. der installierten Leistung der betreffenden Wasserkraftanlage herangezogen werden (Rn. 37 ff.).
8. Der Anspruch auf die erhöhte Vergütung gem. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 kann für Strom aus Anlagen sowohl mit einer installierten Leistung ab als auch bis zu 100 kW geltend gemacht werden, wenn diese Anlagen nach dem 31. Dezember 2011 erstmals mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung nachgerüstet worden sind (Abschnitt 2.2).

9. Sofern wasserrechtliche oder andere rechtliche Vorgaben einer im Zuge des Einspeisemanagements vorzunehmenden Anlagenregelung nach § 11 Abs. 1 EEG 2012 widersprechen (§ 66 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 EEG 2012), besteht für Wasserkraftanlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden, auch dann kein Anspruch auf die Vergütung nach § 23 Abs. 1 EEG 2012, wenn sie gem. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 nach dem 31. Dezember 2011 erstmals mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung nachgerüstet wurden (Rn. 63 ff.).

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	4
2	Herleitung	6
2.1	§ 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012	6
2.1.1	Erhöhung der „installierten Leistung“	6
2.1.2	Erhöhung des „Leistungsvermögens der Anlage“	8
2.1.3	Darlegungsfragen	14
2.2	§ 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012	17

1 Einleitung des Verfahrens

1 Die Clearingstelle EEG hat am 10. Dezember 2012 durch das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler in der Funktion des Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke und die technische Koordinatorin der Clearingstelle EEG Mutlak beschlossen, zu folgenden Fragen ein Hinweisverfahren einzuleiten:

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?
- 2 Es handelt sich dabei um abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfragen, für deren Beantwortung der Clearingstelle EEG die Durchführung eines Empfehlungsverfahrens nicht geboten erscheint.
 - 3 Der Einleitung voraus gingen an die Clearingstelle EEG gerichtete Anregungen, ein Hinweisverfahren zur Auslegung von § 23 Abs. 2 EEG 2012³ einzuleiten. Insbesondere herrsche in der Praxis große Unsicherheit darüber, unter welchen Voraussetzungen die installierte Leistung bzw. das Leistungsvermögen der Wasserkraftanlage i. S. d. § 23 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2012 erhöht worden und wie dies nachzuweisen sei.
 - 4 Die von der Clearingstelle EEG nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerFO⁴ akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerFO registrierten öffentlichen Stellen haben gem. § 25b Abs. 2 VerFO bis zum 21. Januar 2013 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme erhalten.
 - 5 Die Stellungnahmen der Arbeitsgemeinschaft Wasserkraftwerke Baden-Württemberg e. V. (AWK), des Bundesverbandes Deutscher Wasserkraftwerke e. V. (BDW) und des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (BDEW)⁵ sind fristgemäß eingegangen und wurden bei der Beratung und Beschlussfassung berücksichtigt. Die Beschlussvorlage hat gemäß § 25b Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerFO die technische Koordinatorin der Clearingstelle EEG Mutlak erstellt.⁶

³Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien v. 17.08.2012 (BGBl. I S. 1754), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

⁴Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung v. 07.12.2012, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

⁵Alle Stellungnahmen sind unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2012/24> abrufbar.

⁶Die zur Stellungnahme an die ausgewählten Verbände übersandte Entwurfsfassung dieses Hinweises ist ebenfalls unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2012/24> abrufbar.

2 Herleitung

6 § 23 Abs. 2 EEG 2012 lautet:

„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.“

7 Auch wenn sich dieser Hinweis ausschließlich den Anwendungsfragen des § 23 Abs. 2 EEG 2012 widmet, weist die Clearingstelle EEG darauf hin, dass der Anspruch auf die erhöhte Vergütung gem. § 23 Abs. 2 EEG 2012 für Anlagen an oberirdischen Gewässern – auch bei Erfüllen der Anforderungen nach Absatz 2 – nur dann besteht, wenn die Wasserkraftnutzung den Anforderungen der §§ 33 bis 35 und 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 2 des Wasserhaushaltsgesetzes entspricht (§ 23 Abs. 4 EEG 2012).⁷

2.1 § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012

2.1.1 Erhöhung der „installierten Leistung“

8 Eine Erhöhung der installierten Leistung gem. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 EEG 2012 liegt immer dann vor, wenn nach der Durchführung geeigneter Maßnahmen die installierte Leistung, mithin die „elektrische Wirkleistung, die die Anlage bei bestimmungsgemäßem Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann“ (§ 3 Nr. 5

⁷Zu Anwendungsfragen des § 23 Abs. 4 EEG 2012 wird die Clearingstelle EEG voraussichtlich ein weiteres Hinweisverfahren einleiten.

EEG 2012), höher ist als vor der Durchführung der Maßnahmen. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut:

9 Die „installierte Leistung“ ist in § 3 Nr. 5 EEG 2012 legaldefiniert als

„die elektrische Wirkleistung, die die Anlage bei bestimmungsgemäßem Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann.“

- 10 Im Falle der Wasserkraft beschreibt die elektrische Leistung den Zusammenhang zwischen Durchflussmenge⁸, Fallhöhe und dem Gesamtwirkungsgrad der Wasserkraftanlage. Bei Wasserkraftanlagen wird dabei die Nennleistung⁹ üblicherweise für einzelne Maschinensätze – bestehend aus Turbine und Generator – angegeben und bringt die höchste Dauerleistung zum Ausdruck, die diese – unter Berücksichtigung der genehmigten Durchflussmenge – erbringen können.¹⁰
- 11 Geeignete Maßnahmen zur Erhöhung der installierten Leistung sind damit solche, die zu einer Erhöhung des Ausbaudurchflusses, der Fallhöhe sowie des Anlagenwirkungsgrades führen und sich infolgedessen erhöhend auf die maximal von der Wasserkraftanlage dauerhaft erzielbare Leistung auswirken. Als Maßnahmen kommen insbesondere der Austausch des Maschinensatzes oder einzelner Komponenten (etwa der Austausch älterer Generatoren, des Getriebes, der Turbinen¹¹ bzw. der Laufräder) sowie technisch-bauliche Maßnahmen zur Erhöhung der Fallhöhe (Stauerhöhung) in Betracht.
- 12 Maßnahmen, die zu einer Wahrung bzw. Wiederherstellung des zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme bestehenden Status quo der Wasserkraftanlage führen, stellen hingegen keine Erhöhung der installierten Leistung dar.

⁸Durchflussmenge Q [m^3/s].

⁹Die Begriffe „Nennleistung“ und „installierte Leistung“ werden in der einschlägigen Literatur und auch im Folgenden als Synonyme verwendet.

¹⁰Giesecke/Mosonyi/Heimerl, Wasserkraftanlagen, 5. Aufl. 2009, S. 27, so auch *Ingenieurbüro Floecksmühle/ IHS (Universität Stuttgart)/ Hydrotec/ Fichtner*, Potentialermittlung für den Ausbau der Wasserkraftnutzung in Deutschland als Grundlage für die Entwicklung einer geeigneten Ausbaustrategie – Schlussbericht, Gutachten im Auftrag des BMU, September 2012, S. 173, abrufbar unter http://www.bmu.de/erneuerbare_energien/downloads/doc/47027.php, zuletzt abgerufen am 25.11.2012.

¹¹Außer Turbinen gehören auch Wasserräder, Wasserkraftschnecken und Staudruckmaschinen zu den Wasserkraftmaschinen.

- 13 **Anlagenbegriff bei Wasserkraftanlagen (§ 3 Nr. 1 EEG 2012)** Die Clearingstelle EEG weist informatorisch darauf hin, dass in den Fällen, in denen eine Wasserkraftinstallation über mehrere Maschinensätze (Turbine und Generator) verfügt, jeder Maschinensatz gemeinsam mit den weiteren mindestens erforderlichen Komponenten – beispielsweise einer gemeinsam genutzten Staumauer – eine eigene Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2012 darstellt.¹² Die Erhöhung der installierten Leistung und infolgedessen die Erfüllung der Anforderung des § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 bezieht sich im Fall des Austausches eines Maschinensatzes durch einen leistungsstärkeren Maschinensatz auf die betreffende Anlage, nicht aber auf die gesamte Wasserkraftinstallation.¹³

2.1.2 Erhöhung des „Leistungsvermögens der Anlage“

- 14 Eine Erhöhung des Leistungsvermögens im Sinne von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 EEG 2012 liegt immer dann vor, wenn aktive Maßnahmen ergriffen wurden, die die technische Funktionsfähigkeit der Anlage dergestalt verbessern, dass sie potentiell zu einer erhöhten Stromausbeute (Jahresarbeitsvermögen [kWh/a]) der Wasserkraftanlage führen. Die Erhöhung des Jahresarbeitsertrags aufgrund eines günstigen Wasserjahres fällt damit nicht unter die Erhöhung des Leistungsvermögens. Maßnahmen, die der Erhöhung der installierten Leistung dienen (s. Abschnitt 2.1.1), dienen auch der Erhöhung des Leistungsvermögens. Keine Maßnahmen zur Erhöhung des Leistungsvermögens liegen vor, wenn Wartungs- und Instandsetzungsmaßnahmen durchgeführt werden, die der Erhaltung der zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme bestehenden Leistung(sfähigkeit) dienen. Dies ergibt sich aus der Zusammenschau von Wortlaut und teleologischen Überlegungen:
- 15 **Wortlaut** Der Begriff des Leistungsvermögens wird im EEG 2012 – im Gegensatz zum Begriff der installierten Leistung (s. Abschnitt 2.1.1) – nicht legaldefiniert. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter Vermögen u. a. „die Fähigkeit zur Leistung auf einem bestimmten Gebiet, Können“¹⁴ verstanden. Dem Wortlaut lässt sich damit

¹²Fortführung der Empfehlung 2009/12, *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010–2009/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2009/12>.

¹³Anderer Ansicht *OLG Stuttgart*, Urt. v. 25.05.2012 – 3 U 193/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1923>.

¹⁴*Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.)*, Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, abrufbar unter <http://www.dwds.de/?qu=Verm%C3%B6gen>, zuletzt abgerufen am 10.10.2012.

entnehmen, dass durch die Erhöhung des Leistungsvermögens einer Wasserkraftanlage diese Wasserkraftanlage nach Durchführung einer geeigneten Maßnahme mehr Leistung erbringen *kann* als vorher. Dem Wortlaut nach ist es für eine Erhöhung des Leistungsvermögens jedoch nicht zwingend, dass die Wasserkraftanlage nach Durchführung der Maßnahme auch tatsächlich mehr Leistung erbringt.

- 16 Da Maßnahmen zur Erhöhung der installierten Leistung (s. Abschnitt 2.1.1) unzweifelhaft auch der Erhöhung des Leistungsvermögens dienen – denn die Anlage hat nach Durchführung der Maßnahmen jedenfalls die Möglichkeit, eine höhere Leistung zu erbringen als vorher –, stellen Maßnahmen zur Erhöhung der installierten Leistung gleichzeitig auch Maßnahmen zur Erhöhung des Leistungsvermögens dar.
- 17 Dem Wortlaut nach liegt eine Erhöhung des Leistungsvermögens damit immer dann vor, wenn nach Durchführung jedweder geeigneten Maßnahme die Wasserkraftanlage in der Lage ist, (potentiell) eine höhere Leistung zu erbringen als vorher. Weitere Einschränkungen oder Präzisierungen, beispielsweise welche Maßnahmen zur Erhöhung des Leistungsvermögens geeignet sind oder in welchem Umfang Leistungsvermögen zu erhöhen ist, lassen sich dem Wortlaut nicht entnehmen.
- 18 **Auch die systematische Betrachtung** ist insoweit unergiebig, als dass der Begriff des Leistungsvermögens an keiner anderen Stelle im EEG 2012 und der Begriff des „Vermögens“ ausschließlich in seiner Bedeutung als „Geld und Güter im Besitz einer Person oder eines Unternehmens“ Erwähnung findet (§ 41 Abs. 2a, § 57 Abs. 5 EEG 2012). Gleiches gilt für thematisch verwandte Gesetze wie das KWKG¹⁵, EnWG¹⁶ sowie EEWärmeG¹⁷.
- 19 **Historische und genetische Betrachtungen** liefern ebensowenig weitere Aufschlüsse für die Auslegung des Begriffs des Leistungsvermögens, da dieser erstmals im EEG 2012 aufgenommen wurde und zudem schon im § 23 Abs. 2 Nr. 1 Regie-

¹⁵Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz - KWKG) v. 19.03.2002 (BGBl. I S. 1092), zuletzt geändert durch das „Gesetz zur Änderung des Kraft-Wärmekopplungsgesetzes“ v. 12.07.2012 (BGBl. I S. 1494).

¹⁶Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) v. 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970 (3621)), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 16.01.2012 (BGBl. I S. 74).

¹⁷Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich (Erneuerbare-Energien-WärmeGesetz – EEWärmeG) v. 07.08.2008 (BGBl. I S. 1658), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634).

rungsentwurf (RegE) enthalten und seitdem im Gesetzgebungsverfahren keinen Änderungen unterzogen wurde.¹⁸

- 20 **Teleologische Erwägungen** präzisieren dagegen den Begriff der Erhöhung des Leistungsvermögens und schränken das weite Begriffsverständnis nach dem Wortlaut ein.
- 21 Bei der Neufassung der Regelung zur Vergütung von Strom aus Wasserkraft wurden laut Gesetzesbegründung zu § 23 EEG 2012 die Empfehlungen der wissenschaftlichen Berichte zum EEG-Erfahrungsbericht umgesetzt.¹⁹ Letzterem zufolge stellt Wasserkraft eine vergleichsweise kostengünstige erneuerbare Energie dar, weshalb die noch nicht erschlossenen Potenziale – insbesondere an vorhandenen Standorten und unter Berücksichtigung der gewässerökologischen Verträglichkeit der Wasserkraft – möglichst genutzt werden sollten. Ziel der Regelung des § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 ist also die Steigerung der Erzeugung von Strom aus Wasserkraft, mithin die Steigerung der Stromausbeute (Jahresarbeit bzw. Jahresarbeitsvermögen [kWh/a]). Dazu sind im Fall der Wasserkraft nicht nur Maßnahmen zur Erhöhung der installierten Leistung, sondern auch weitere Maßnahmen geeignet, die die Stromausbeute einer Wasserkraftanlage potentiell erhöhen. Dies betrifft insbesondere Maßnahmen, die der Erhöhung der Jahresvollbenutzungsstunden einer Wasserkraftanlage dienen. Damit kann die Erhöhung der Stromausbeute als Indiz für die Erhöhung des Leistungsvermögens einer Wasserkraftanlage gewertet werden. Gleichwohl ist hervorzuheben, dass die tatsächliche Erhöhung der Stromausbeute nicht als alleiniges Kriterium herangezogen werden kann. Denn einerseits unterliegt das Wasserdargebot natürlichen Schwankungen, so dass es durchaus möglich ist, aufgrund günstigen Dargebots auch ohne jegliche Maßnahmen zur Erhöhung des Leistungsvermögens eine im Vergleich zum Vorjahr erhöhte Jahreserzeugung zu haben. Andererseits führen die ggf. erhöhten ökologischen Anforderungen an Anpassungsmaßnahmen wie die Abgabe von Mindestabflüssen und die Beschickung von Fischaufstiegsanlagen zu einer Reduktion der Stromausbeute, so dass es trotz erfolgreicher Maßnahmen zur Steigerung des Leistungsvermögens zu einer im Vergleich zu Vorjahren reduzierten Stromausbeute kommen kann.

¹⁸Regierungsentwurf vom 06.06.2011, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/eeg2012/urfassung/material>, S.17.

¹⁹BT-Drs. 17/6071, S.137.

22 Das ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung zu § 23 Abs. 2 EEG 2012:

„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 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). Sie sind nicht zwingend mit einer höheren Stromerzeugung verbunden, da insbesondere ökologische Anforderungen nach Absatz 4 die Stromerträge wieder reduzieren können.“²⁰

23 Eine Erhöhung des Leistungsvermögens liegt demnach immer dann vor, wenn (aktive) Maßnahmen ergriffen wurden, die die technische Funktionsfähigkeit der Anlage dergestalt verbessern, dass sie potentiell zu einer erhöhten Stromausbeute (Jahresertrag) der Wasserkraftanlage führen. Die Erhöhung des Jahresertrags aufgrund eines günstigen Jahresabflusses fällt damit nicht unter die Erhöhung des Leistungsvermögens im Sinne der Regelung § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012, weil diese nicht auf Maßnahmen der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber zurückzuführen sind.

24 Wartungs- und Instandsetzungsmaßnahmen sind keine Maßnahmen zur Erhöhung des Leistungsvermögens i. S. d. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012. Diese können zwar – aufgrund des fortschreitenden Leistungsabfalls von Wasserkraftanlagen mit zunehmendem Alter – zu einem im Vergleich zum Zustand vor Durchführung der Maßnahme erhöhten Leistungsvermögens der Anlage führen. Jedoch dienen sie ledig-

²⁰BT-Drs. 17/6071, S.138, seit Regierungsentwurf v. 06.06.2011, S.137, Hervorhebungen nicht im Original.

lich der Wiederherstellung des zum Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebnahme bestehenden Status quo. Der Gedanke, ohnehin notwendige bzw. jedenfalls sinnvolle Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten durch eine zusätzliche Vergütung zu privilegieren, ist dem EEG fremd. Es entspricht auch nicht dem – dem EEG immanenten – Prinzip der Vermeidung gesamtwirtschaftlich unnötiger Kosten, der guten Anlagenführung zugehörige Maßnahmen im selbem Maße zu „honorieren“ wie deutlich investitionsintensivere „Ausbau“-Maßnahmen. Ziel der Regelung des § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 ist das Heben vorhandener (Leistungs-)Potentiale insbesondere bei vorhandenen, teilweise schon mehrere Jahrzehnte alten Wasserkraftanlagen unter Berücksichtigung ökologischer Belange. Damit sind solche Verbesserungsmaßnahmen gemeint, die jedenfalls über den Status quo des Leistungsvermögens zum (teilweise mehrere Jahrzehnte zurückliegenden) Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebnahme hinausgehen.

25 In der Begründung zu § 23 Abs. 2 EEG 2012 werden potentiell geeignete Maßnahmen zur Erhöhung des Leistungsvermögens aufgeführt, die dem wissenschaftlichen Hintergrundbericht zum EEG-Erfahrungsbericht²¹ entnommen wurden. Dort wird angeführt, dass die „Optimierung der Turbinen- und der Generatorentechnik sowie der Betriebsführung von Wasserkraftanlagen“ zu folgenden Steigerungen der jährlichen Erzeugung führen könne:

- Austausch von Laufrädern älterer Turbinen: 1 – 10 %
- Austausch des Getriebes: 1 – 5 %
- Austausch von älteren Generatoren: 2 – 4 %
- Vergrößerung des nutzbaren Gefälles: 1 – 20 %
- Erhöhung des Ausbaudurchflusses: 1 – 30 %.

26 Weiter könnten bei älteren kleinen Wasserkraftanlagen, die bislang nicht automatisiert worden seien, weitere Steigerungen der jährlichen Erzeugung erzielt werden:

²¹Vgl. *Dumont/Keuneke*, Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG – Spartenspezifisches Vorhaben Wasserkraft – Endbericht, Juni 2011, im Auftrag des BMU, S. 72, abrufbar unter http://www.erneuerbare-energien.de/erneuerbare_energien/gesetze/eeg/forschungsvorhaben/doc/47459.php, zuletzt abgerufen am 27.11.2012.

- Einbau automatischer Steuerungen (v. a. kleine WKA): ca. 10 %
 - Einbau von Rechenreinigungsmaschinen: 10 – 15 %.
- 27 Dem stünden ggf. Mindererzeugungen durch ökologische Anpassungsmaßnahmen wie der Abgabe von Mindestabflüssen und der Beschickung von Fischaufstiegsanlagen gegenüber. Für größere WKA lägen diese im Bereich von 1 bis 3 %. Für kleine Anlagen, insbesondere für Ausleitungskraftwerke, seien Verluste von 5 bis 15 % der Jahreserzeugung zu erwarten.
- 28 Im Hintergrundbericht werden anschließend für die Steigerung der Jahreserzeugung folgende Maßnahmen beispielhaft aufgeführt,²² die fast wortgleich auch in die Begründung zu § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 Eingang gefunden haben:
- Austausch der Turbinen bzw. -laufräder
 - Austausch des Getriebes
 - Austausch des Generators
 - Erweiterung der Anlage z. B. durch Erhöhung des Ausbaudurchflusses und/oder der Fallhöhe
 - automatische Wasserstandsregelung
 - automatische Rechenreinigung
 - automatische Einsatzoptimierung bei Kraftwerken mit mehreren Turbinen
 - Einsatz permanenterregter Generatoren
 - Erneuerung und Optimierung der gesamten Automatik
 - Verbesserung der Zu- und Abströmung (Reduktion der hydraulischen Verluste bei Turbinenzuströmung, Ober- und Unterwasserkanal).

29 Diese Aufzählung stellt dabei eine ausdrücklich beispielhafte Auflistung der üblichen angewendeten Maßnahmen dar und ist somit nicht abschließend. So können auch weitere Maßnahmen wie

²²Vgl. *Dumont/Keuneke*, Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG – Spartenspezifisches Vorhaben Wasserkraft – Endbericht, Juni 2011, im Auftrag des BMU, S. 73, abrufbar unter http://www.erneuerbare-energien.de/erneuerbare_energien/gesetze/eeg/forschungsvorhaben/doc/47459.php, zuletzt abgerufen am 27.11.2012.

- der Austausch des Transformators durch einen Transformator höherer Effizienz oder
- die Modernisierung des Maschinenreglers und/oder der Turbinensteuerung

zur Steigerung des Leistungsvermögens der Wasserkraftanlage geeignet sein.²³

2.1.3 Darlegungsfragen

- 30 Die Anforderungen an die Darlegung, dass aufgrund einer Maßnahme eine Erhöhung der installierten Leistung stattgefunden hat, sind identisch zu denen, die im Fall der Erhöhung des Leistungsvermögens anzulegen sind. Denn jegliche Maßnahme zur Erhöhung der installierten Leistung (s. Abschnitt 2.1.1) stellt auch eine Maßnahme zur Erhöhung des Leistungsvermögens (s. Abschnitt 2.1.2) dar.²⁴ Ziel ist in beiden Fällen grundsätzlich die Optimierung der Wasserkraftanlage zum Zwecke der erhöhten Jahreserzeugung. Auch die Rechtsfolge – das Einhalten der Anforderung des § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 – ist dieselbe. Insofern gelten für die Darlegung, dass es sich um eine Maßnahme zur Erhöhung der installierten Leistung oder um eine Maßnahme zur Erhöhung des Leistungsvermögens der Wasserkraftanlage handelt, dieselben, nachfolgend aufgeführten Anforderungen.
- 31 Anlagenbetreiberinnen und -betreiber haben gegenüber dem Netzbetreiber nachvollziehbar darzulegen, dass es sich bei den von ihnen ergriffenen Maßnahmen um Maßnahmen zur Steigerung der installierten Leistung bzw. des Leistungsvermögens ihrer Anlage handelt.
- 32 Dafür ist es jedoch nicht ausreichend, lediglich darzulegen, dass eine der in der Gesetzesbegründung genannten Maßnahmen durchgeführt wurde. Dagegen spricht schon, dass diese Maßnahmen nicht im Gesetzestext aufgeführt wurden.²⁵
- 33 Die jeweiligen Arbeitsbedingungen von Wasserkraftanlagen – wie bspw. Abflusswerte oder Fallhöhe – sind teilweise sehr unterschiedlich, was zu einer spezifischen Anlagenauslegung führt. Daher kann eine bestimmte Maßnahme bei einer Anlage zu einer Erhöhung des Leistungsvermögens führen, bei einer anderen Anlage aber mög-

²³Vgl. Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Wasserkraftwerke Baden-Württemberg, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2012/24>.

²⁴Jedoch ist umgekehrt nicht jede Maßnahme zur Erhöhung des Leistungsvermögens auch gleichzeitig eine Maßnahme zur Erhöhung der installierten Leistung.

²⁵A.A. Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Wasserkraftwerke Baden-Württemberg, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2012/24>, S. 3.

licherweise nicht.²⁶ Da sich aus der Durchführung einer Maßnahme also nicht zwingend eine Erhöhung des Leistungsvermögens ergibt, reicht deren einfache Darlegung nicht aus.

- 34 Eine geeignete Darlegung muss grundsätzlich objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und schlüssig sein.²⁷ Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Darlegung folgende Angaben enthält:
1. eine Beschreibung der Wasserkraftanlage (hydrologische Parameter, Ertrags- und Leistungsparameter) zum Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebnahme bzw. nach Durchführung der letzten Anlagenmodernisierung,²⁸
 2. die Darstellung der durchgeführten Maßnahmen zur Erhöhung der installierten Leistung bzw. des Leistungsvermögens – beispielsweise eine oder mehrere der in Rn. 28 aufgeführten Maßnahmen – (z. B. mittels Herstellerunterlagen, technische Datenblätter, die Rechnung der die Maßnahmen durchführenden Unternehmung, Lichtbilder etc.) sowie
 3. eine schriftliche Darlegung, inwiefern diese Maßnahmen zu einer Erhöhung der installierten Leistung bzw. des Leistungsvermögens führen. Dies umfasst die auf den Einzelfall abstellende – hydrologisch und technisch – begründete Angabe der Auswirkungen auf die Leistungs- und Ertragsparameter der Wasserkraftanlage ggf. unter Berücksichtigung von Ertragseinbußen aufgrund ökologischer Anpassungsmaßnahmen (Rn. 36).
- 35 Für den Fall, dass die Maßnahmen eine erneute wasserrechtliche Genehmigung erfordern, stellt diese dann einen geeigneten Nachweis dar, wenn in den entsprechenden Unterlagen Angaben zur durch die Maßnahme erwarteten Erhöhung des Jahresarbeitsvermögens bzw. der Nennleistung enthalten sind.

²⁶Vgl. auch die weite Spanne an Steigerungen der Jahreserzeugung, die im Hintergrundbericht für jeweils einen Maßnahmentyp angeführt wird, siehe Rn. 25.

²⁷Vgl. dazu auch *Clearingstelle EEG*, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2010/18>, Nr. 2 (c).

²⁸Es bietet sich – falls die Daten vorliegen – die Angabe des Jahresarbeitsvermögens (langjähriges Mittel, i. d. R. mindestens 20 Jahre) an. Damit kann den natürlichen Schwankungen im jährlichen Wasserdargebot Rechnung getragen werden.

- 36 Hinsichtlich der schriftlichen Darlegung (Nr. 3) ist zu beachten, dass die Regelung des § 23 Abs. 2 EEG 2012 – anders als die des § 23 Abs. 4 EEG 2012 – *nicht* auf die Nachweisform eines Gutachtens einer Umweltgutachterin bzw. eines -gutachters abstellt. Daher sind die Anforderungen an den Nachweis nicht zu überspannen. Eine solche Darlegung kann grundsätzlich auch von Anlagenbetreiberinnen und -betreibern verfasst werden, wenn die hydrologischen bzw. technischen Zusammenhänge entsprechend dargestellt werden. Es ist davon auszugehen, dass Fachfirmen, an die der Auftrag zur Optimierung der Anlage mit dem Ziel der Erhöhung des Leistungsvermögens vergeben wurde, insbesondere wenn es sich um investitions- und arbeitsintensive Maßnahmen handelt, ohnehin zuvor vergleichsweise detaillierte Planungen zu den durch die Maßnahmen erzielbaren Steigerungen der Leistung bzw. des Jahresarbeitsvermögens vorgelegt haben.
- 37 Nicht erforderlich ist es für die Darlegung, basierend auf Erzeugungsdaten auf die tatsächliche Erhöhung der Jahreserzeugung nach Durchführung der Maßnahmen abzustellen. Kommt es zum Streit darüber, ob konkrete Maßnahmen zur Erhöhung der installierten Leistung bzw. des Leistungsvermögens geführt haben, so besteht die Möglichkeit, die Erzeugungsdaten vor und nach der Durchführung der Maßnahmen zu vergleichen. Da jedoch ökologische Anpassungsmaßnahmen die Jahreserzeugung verringern können und zudem die natürlichen Schwankungen im Abfluss die Aussagekraft des Vergleichs der reinen Jahreserzeugung (vor und nach Abschluss der Maßnahmen) einschränken, ist der Vergleich der Jahreserzeugung jeweils unter Berücksichtigung der natürlichen Schwankungen des Wasserdargebots sowie der ggf. durch ökologische Anpassungsmaßnahmen hervorgerufenen Einschränkungen der Stromerzeugung vorzunehmen. Eine auf diese Weise nachgewiesene Erhöhung der Jahreserzeugung kann als Indiz für die Erhöhung des Leistungsvermögens bzw. der installierten Leistung der betreffenden Wasserkraftanlage herangezogen werden.
- 38 Für den Fall, dass es sich um eine Wasserkraftanlage mit registrierender Leistungsmessung handelt und insofern viertelstündliche Erzeugungswerte vorliegen, kann in Zusammenschau mit den (wenn möglich ebenfalls viertelstündlichen) Abflusswerten eine anlagenspezifische Kennlinie vor und – ggf. unter Berücksichtigung der aufgrund ökologischer Anpassungsmaßnahmen verminderten Stromerzeugung – nach Durchführung der Maßnahme gebildet werden, anhand derer abzulesen ist, bei welchem Abfluss jeweils wieviel Strom erzeugt bzw. welche Leistung erbracht wurde.
- 39 Für den Fall, dass es sich nicht um eine Wasserkraftanlage mit registrierender Leistungsmessung handelt, kann die Darlegung anhand des Vergleichs der Jahreserzeu-

gung in Kilowattstunden pro Jahr vor und nach Durchführung der Maßnahmen geführt werden. Aufgrund der bereits ausgeführten Gründe ist der Vergleich der Jahreserzeugung vor und nach Durchführung der Maßnahmen zur Erhöhung des Leistungsvermögens jeweils unter Berücksichtigung des langjährigen mittleren Abflusses (MQ)²⁹, ggf. besonderer in dem betreffenden Zeitraum aufgetretener extrem trockener oder nasser Jahre und der ggf. durch ökologische Anpassungsmaßnahmen bedingten Einschränkungen der Stromerzeugung vorzunehmen.³⁰

2.2 § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012

40 Der Anspruch auf die erhöhte Vergütung gem. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 kann auch für Strom aus Anlagen mit einer installierten Leistung bis 100 kW geltend gemacht werden. Aus der Inbezugnahme von § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 folgt allein, dass die jeweiligen Anlagen nach dem 31. Dezember 2011 erstmals mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung nachgerüstet worden sein müssen, die den Anforderungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 genügt, nicht hingegen, dass nur Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 100 kW erfasst wären.³¹ Dies ergibt sich aus der Zusammenschau von Gesetzeswortlaut, Systematik, Genese sowie insbesondere teleologischen Erwägungen:

41 § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 lautet:

„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. ...

2. die Anlage mit einer **technischen Einrichtung** zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung **nach § 6 Absatz 1 Nummer 1** erstmals nachgerüstet wurde.“³²

²⁹Als mittleren Abfluss (MQ [m³/s]) bezeichnet man das arithmetische Mittel der Abflüsse (Q) eines Flusses, bemessen auf ein oder mehrere Abflussjahre.

³⁰Vgl. dazu beispielsweise *Dumont/Keuneke*, Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG – Spartenspezifisches Vorhaben Wasserkraft – Endbericht, Juni 2011, im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, S. 72.

³¹Ebenso: Stellungnahme des BDW S. 3 f., Stellungnahme der AWK, S. 3, anderer Ansicht: Stellungnahme des BDEW, S. 2, 10 ff., alle Stellungnahmen abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/binvw/2012/24>.

³²Hervorhebungen nicht im Original.

42 Die dort in Bezug genommene Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 lautet:

„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 nimmt insofern zwar nur Betreiberinnen und Betreiber von Wasserkraftanlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 100 kW in die Pflicht, jedoch kann daraus nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass es bei Wasserkraftanlagen kleiner 100 kW nicht möglich sein sollte, die in § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 formulierte Anforderung zu erfüllen.

43 **Den Gesetzesmaterialien** lässt sich eine solche Beschränkung nicht entnehmen. In der Begründung zu § 23 Abs. 2 EEG 2012 wird vielmehr allgemein formuliert, dass an „den Anlagen ... entweder Maßnahmen zur Erhöhung der Leistung oder Stromausbeute erfolgen oder eine Nachrüstung mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung vorgenommen werden“³³ sollen.

44 **Systematische Erwägungen** sprechen dafür, dass der Bezug in § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 auf § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 vielmehr der Erläuterung dient, um *was für eine Einrichtung* es sich handeln muss, mit der die betreffende Wasserkraftanlage erstmalig auszustatten ist. Durch die Beschränkung auf § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 wird deutlich gemacht, dass die hier geforderten technischen Einrichtungen lediglich dem Netzbetreiber die ferngesteuerte Reduzierung der Einspeiseleistung, nicht aber die Abrufung der jeweiligen Ist-Einspeisung (nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012) ermöglichen müssen.

45 Der Bezug auf § 6 Abs. 1 EEG 2012 dient der Qualifikation der technischen Einrichtung. Die 100-kW-Grenze im ersten Halbsatz von § 6 Abs. 1 EEG 2012 qualifiziert indes nicht die *Einrichtung* näher, sondern unterwirft lediglich die Betreiberinnen und Betreiber von Anlagen ab einer bestimmten Anlagengröße der Einbauverpflichtung.

46 Auch § 11 EEG 2012 differenziert zwischen der Bezugnahme auf *Einrichtungen* und der auf *Anlagen*:

³³BT-Drs. 17/6071 S. 138, Hervorhebung nicht im Original.

- „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,“ (§ 11 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012).
- „*Anlagen* im Sinne des § 6 Absatz 2“ (§ 11 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012).
- „*Anlagen* nach § 6 Absatz 1“ (§ 11 Abs. 2 EEG 2012).
- „*Anlagen* nach § 6 Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 3“ (§ 11 Abs. 3 Satz 3 EEG 2012).³⁴

- 47 Der Gesetzgeber hat also immer dann, wenn er sich auf Anlagen mit spezifischen Leistungen bezieht, den Begriff *Anlagen* gewählt. Kommt es aber nicht auf die Leistung, sondern auf die Qualifizierung der Einrichtung an, bediente der Gesetzgeber sich hingegen des Begriffs *Einrichtungen*.³⁵
- 48 In systematischer Hinsicht ist des Weiteren festzuhalten, dass § 6 Abs. 1 EEG 2012 zwar grundsätzlich nicht für Altanlagen gilt, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden.³⁶ Denn § 66 Abs. 1 EEG 2012 lautet:

„Für Strom aus Anlagen, die nach dem am 31. Dezember 2011 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, sind unbeschadet des § 23 Absatz 2 bis 4 die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 25. Oktober 2008 (...) in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung... anzuwenden: ...“

³⁴Hervorhebungen nicht im Original.

³⁵A.A. die Stellungnahme des BDEW, S. 13, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/binvw/2012/24>.

³⁶Anderes gilt gem. § 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 (allein) für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie.

49 § 66 Abs. 1 EEG 2009³⁷ wiederum regelt:

„Für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, sind anstelle der §§ 6, 20 Abs. 2, § 21 Abs. 2, § 23 Abs. 1 und 3, der §§ 24 bis 26 Abs. 1, der §§ 27, 28 Abs. 1, § 29 Abs. 1 und 2, der §§ 30, 32, 33 sowie der Anlagen 1 und 3 die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918) in der am 31. Dezember 2008 geltenden Fassung mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

1. Die technischen und betrieblichen Vorgaben des § 6 Nr. 1 müssen ab dem 1. Januar 2011 eingehalten werden.
2. ...“

50 § 6 EEG 2009, die Vorgängerregelung des § 6 Abs. 1 EEG 2012, lautet:

„Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sind verpflichtet,

1. Anlagen, deren Leistung 100 Kilowatt übersteigt, mit einer technischen oder betrieblichen Einrichtung
 - a) zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung bei Netzüberlastung und
 - b) zur Abrufung der jeweiligen Ist-Einspeisung auszustatten, auf die der Netzbetreiber zugreifen darf. . .“

51 Daraus folgt, dass Wasserkraftanlagen mit einer installierten Leistung größer 100 kW und mit einem Inbetriebnahmedatum vor dem 1. Januar 2009 seit dem 1. Januar 2011 ohnehin mit einer technischen oder betrieblichen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung bei Netzüberlastung auszustatten waren.

52 Der Anreiz, der in § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 für Bestandswasserkraftanlagen größer als 100 kW gesetzt wird, ist damit nur für einen vergleichsweise kleinen

³⁷Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung 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 Neuordnung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

Kreis von Anlagen wirksam. Er bezieht sich insbesondere auf solche Anlagen, die bislang die Anforderung gem. § 66 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 6 Nr. 1 EEG 2009 über eine *betriebliche* Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung³⁸ erfüllt haben und nun erstmals ihre Wasserkraftanlage mit einer *technischen* Einrichtung ausgestattet haben (s. Rn. 50).

- 53 Dagegen kann nicht angeführt werden, dass eine solche betriebliche Einrichtung einer technischen Einrichtung in funktionaler Hinsicht äquivalent ist.³⁹ Dies erschließt sich schon aus der Wortlautbetrachtung des § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012: Denn unabhängig von der Funktionalität einer „betrieblichen Einrichtung“ kann eine Wasserkraftanlage auch dann, wenn eine „betriebliche Einrichtung“ vorliegt, unzweifelhaft „erstmalig“ mit einer „technischen Einrichtung“ nachgerüstet werden.
- 54 Zudem reduzierte sich für Wasserkraftanlagen ab 100 kW installierter Leistung, wenn das Ersetzen einer betrieblichen Einrichtung durch eine technische Einrichtung nicht als erstmalige Ausstattung der Wasserkraftanlage mit einer technischen Einrichtung gälte, der Anwendungsbereich von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 noch weiter auf solche Wasserkraftanlagen, deren Betreiberinnen und Betreiber bislang regelwidrig ihrer Pflicht zur Nachrüstung ihrer Anlage mit einer betrieblichen oder technischen Einrichtung i. S. d. § 6 Abs. 1 EEG 2009 nicht nachgekommen sind. Es ist nicht ersichtlich, dass solch ein enger Anwendungsbereich vom Gesetzgeber gewollt ist.
- 55 **Teleologische Erwägungen** sprechen dafür, dass durch die Erfüllung der Anforderungen des § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 – nämlich die Anlagen erstmals mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung auszustatten – auch Anlagen bis 100 kW einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung haben.
- 56 Denn die Menge an Bestandswasserkraftanlagen bis 100 kW, die damit zur Installation von technischen Einrichtungen zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung angereizt werden kann, ist deutlich größer als die Zahl der Bestandswasserkraftanlagen größer 100 kW, da für erstere bislang noch keine diesbezügliche Pflicht

³⁸Vgl. hierzu *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 04.10.2010–2010/5, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/5>.

³⁹Vgl. hierzu *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 04.10.2010 – 2010/5, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/5>, Nr. 8.

besteht und zudem Wasserkraftanlagen in dieser Leistungsklasse in Deutschland zahlenmäßig am stärksten vertreten sind.⁴⁰

- 57 Mit der Regelung zu den technischen (und im EEG 2009 auch betrieblichen) Einrichtungen zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung hat der Gesetzgeber die Voraussetzung für die Einbeziehung der betreffenden Anlagen in das Einspeisemanagement geschaffen, damit Netzbetreiber im Bedarfsfall auf Netzüberlastungen reagieren können. Mit § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 wurde ein Anreiz gesetzt, um auch kleinere Wasserkraftanlagen in das Einspeisemanagement einbeziehen zu können.⁴¹
- 58 Hiergegen kann nicht angeführt werden, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreibern durch die Nachrüstung ihrer Wasserkraftanlage mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung keine Vermögenseinbußen entstünden, die es durch die erhöhte Vergütung nach § 23 Abs. 2 EEG 2012 zu kompensieren gelte.⁴²
- 59 Zwar trifft zu, dass gem. § 11 Abs. 1 EEG 2009 Netzbetreiber berechtigt sind, ausschließlich „an ihr Netz angeschlossene Anlagen mit einer Leistung über 100 Kilowatt zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien, Kraft-Wärme-Kopplung oder Grubengas zu regeln“. Dies ist aber für den Geltungsbereich des EEG 2012 nicht mehr der Fall. So wurde in § 11 Abs. 1 EEG 2012 auf die Beschränkung auf „Anlagen mit einer Leistung über 100 Kilowatt“ verzichtet. In der Begründung zu § 11 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs wird ausgeführt:

„Das Einspeisemanagement bezieht sich nach dem neuen Absatz 1 Satz 1 ausdrücklich auf Anlagen, die mit einer Einrichtung nach § 6 Absatz 1 und 2 ausgestattet sind. **Dabei können auch Anlagen einbezogen werden, die nicht nach § 6 Absatz 1 und 2 zur Installation solcher Einrichtungen verpflichtet sind, sondern auch solche, bei denen diese aus anderen Gründen installiert sind.** Neben Erneuerbare-Energien-

⁴⁰Dumont/Keuneke, Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG – Spartenspezifisches Vorhaben Wasserkraft – Endbericht, Juni 2011, im Auftrag des BMU, S. 28.

⁴¹Ähnlich wie bei PV-Anlagen bis 30 kW, vgl. § 6 Abs. 2 EEG 2012.

⁴²So aber mit der Argumentation, dass Netzbetreiber Anlagen bis zu 100 kW nach § 11 Abs. 1 EEG 2012 sowie § 11 Abs. 1 EEG 2009 gar nicht abregeln dürften und Anlagenbetreiberinnen und -betreiber solcher Anlagen durch § 12 EEG 2009 und EEG 2012 schon eine weitestgehende Kompensation der entsprechenden Einbußen erführen, die Stellungnahme des BDEW, S. 10 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinww/2012/24>.

und Grubengasanlagen werden – wie bei § 6 – auch KWK-Anlagen in die Regelung mit einbezogen. Im Rahmen der Übergangsregelung können nach § 11 Absatz 1 darüber hinaus alle Anlagen geregelt werden, die bereits nach dem EEG 2009 mit einer technischen oder betrieblichen Einrichtung zur ferngesteuerten Regelung der Anlage ausgestattet werden mussten.“⁴³

- 60 Insofern wird deutlich, dass hier nicht der Regelungsgehalt des § 11 Abs. 1 EEG 2009 fortgeführt werden sollte, sondern ausdrücklich auch nicht zur Ausstattung mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung verpflichtete Anlagen vom Einspeisemanagement erfasst werden können sollen.
- 61 Zudem lässt sich weder dem Gesetzeswortlaut, der Gesetzssystematik noch der Gesetzesbegründung entnehmen, dass mit der erhöhten Vergütung gem. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 bezweckt wird, Anlagenbetreiberinnen und -betreiber dafür zu kompensieren, dass ihnen aufgrund von Abregelungen Vergütungszahlungen entgangen sind. Denn diesem Zweck dient die Regelung des § 12 EEG 2009 bzw. EEG 2012.
- 62 Schließlich spricht auch die Tatsache, dass Wasserkraftanlagen bis zu 100 kW mit Inbetriebnahmedatum vor dem 1. Januar 2009 über § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 Anspruch auf erhöhte Vergütungszahlungen geltend machen können, nicht aber Wasserkraftanlagen bis zu 100 kW mit Inbetriebnahmedatum nach dem 1. Januar 2009, nicht dagegen, dass § 23 Abs. 2 EEG 2012 auch für Wasserkraftanlagen bis zu 100 kW in Anspruch genommen werden kann. Denn eine entsprechende – vom Inbetriebnahmedatum abhängige – Differenzierung ergibt sich auch für Wasserkraftanlagen größer als 100 kW und ist damit in der gesetzlichen Regelung selbst angelegt.⁴⁴
- 63 **§ 66 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 EEG 2012** Sofern wasserrechtliche oder andere rechtliche Vorgaben einer im Zuge des Einspeisemanagements vorzunehmenden Anlagenregelung nach § 11 Abs. 1 EEG 2012 entgegenstehen, besteht für Betreiberinnen und Betreiber von Wasserkraftanlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden, auch dann kein Anspruch auf die Vergütung nach § 23 Abs. 1 EEG 2012,

⁴³Hervorhebungen nicht im Original. BT-Drs. 17/6071 v. 06.06.2011, S.128.

⁴⁴Zur unterschiedlichen Behandlung von Wasserkraftanlagen mit Inbetriebnahmedatum vor bzw. nach dem 01.01.2009, hier allerdings hinsichtlich des Anwendungsbereichs des § 11 EEG 2009 bzw. EEG 2012, vgl. Stellungnahme des BDEW, S. 14, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/binvw/2012/24>.

wenn sie gem. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 nach dem 31. Dezember 2011 erstmals mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung nachgerüstet wurden. Dies ergibt sich im Wege der teleologischen Reduktion des § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012. Denn eine uneingeschränkte Anwendung des § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 widerspräche in diesen Fällen dem Sinn und Zweck des § 23 Abs. 2, wie er sich aus dem systematischen Zusammenspiel mit § 66 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 EEG 2012 ergibt.

64 § 66 Abs. 1 Nr. 5 EEG 2012 lautet:

„§ 11 ist entsprechend auf Anlagen anzuwenden, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind,

- a) wenn für diese Anlagen eine Verpflichtung zur Ausrüstung mit einer technischen oder betrieblichen Einrichtung nach § 6 Nummer 1 Buchstabe a des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung bestand,
- b) sobald sie nach § 23 Absatz 2 Nummer 2 mit einer technischen Einrichtung zur Reduzierung der Einspeiseleistung ausgestattet sind oder
- c) ...

§ 11 Absatz 1 gilt nicht, soweit die Regelung einer Wasserkraftanlage wasserrechtlichen oder anderen rechtlichen Vorgaben widersprechen würde.“

65 Nach § 66 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 EEG 2012 unterliegen somit Wasserkraftanlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden, dann nicht dem Einspeisemanagement nach § 11 Abs. 1 EEG 2012, wenn die Regelung der Anlagen wasserrechtlichen oder anderen rechtlichen Vorgaben widerspricht. In diesen Fällen würde das Einspeisemanagement nach § 11 Abs. 1 EEG 2012 trotz Vorhaltens einer technischen Einrichtung, die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber in Übereinstimmung mit § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 nach dem 31. Dezember 2011 einbauen, wegen entgegenstehender rechtlicher Vorgaben leerlaufen.

66 Mit § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 wollte der Gesetzgeber einen Anreiz setzen, um auch bislang noch nicht mit technischen Einrichtungen regelbare Wasserkraftanlagen in das Einspeisemanagement nach § 11 Abs. 1 EEG 2012 einbeziehen zu können (s. Rn. 56). Fernliegend erscheint es dagegen, dass der Gesetzgeber dazu anreizen

wollte, technische Einrichtungen einzubauen, die per gesetzlicher Vorgabe nicht zur Anwendung kommen können und dies zudem durch erhöhte Vergütungszahlungen zu honorieren.

Beschluss

Der Hinweis wurde einstimmig angenommen.

Gemäß § 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme des Hinweises beendet.

Dr. Lovens

Mutlak

Dr. Winkler