

2008/27

27. November 2008

Votum

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

Leitsätze:

1. Die Vorlage eines wasserrechtlichen Zulassungsbescheids gilt jedenfalls dann nicht gemäß § 6 Abs. 3 EEG 2004 als Nachweis der Erreichung eines guten ökologischen Zustands oder der wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands gegenüber dem vorherigen Zustand, wenn der Bescheid vor dem 25. Juni 2002 erlassen wurde.
2. Die Modernisierungsmaßnahme im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 war frühestens mit Inkrafttreten des EEG 2004 am 1. August 2004 abzuschließen.

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchsteller –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, die Mitglieder Lucha und Puke sowie die nichtständigen Beisitzer Uphoff und Weißenborn aufgrund der mündlichen Erörterung vom 20. November 2008 am 27. November 2008 folgendes Votum:

Der Anspruchsteller hat gegen die Anspruchsgegnerin keinen Anspruch gemäß §§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 5 Abs. 1 EEG 2004 i. V. m. § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 auf Vergütung für den Strom, der in der Stau- und Triebwerksanlage des Anspruchstellers am [K...-Kanal] in [A...] gewonnen und von der Anspruchsgegnerin abgenommen wird.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	3
2	Begründung	6
2.1	Verfahren	6
2.2	Würdigung	6
2.2.1	Systematische Auslegung	8
2.2.2	Historische Auslegung	9
2.2.3	Genetische Auslegung	9
2.2.4	Teleologische Auslegung	14
2.2.5	Bedeutung der landesrechtlichen Umsetzung der WRRL	15
2.2.6	Ergebnis und Anwendung auf den Sachverhalt	16

I Tatbestand

- 1 Der Anspruchsteller betreibt am [K...-Kanal] in [...] [A...] eine Wasserkraftanlage in Form einer Stau- und Triebwerksanlage (nachfolgend Anlage) mit einer Leistung von 50 kW. Der erzeugte Strom wird in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist.
- 2 Das Landratsamt [I...] erteilte erstmals mit Bescheid vom 26. März 1962 die Bewilligung zur Benutzung des aus der [I...] in den [A...] Kanal bzw. [K...-Kanal] abgeleiteten Wassers. Die bis zum 31. Dezember 1991 befristete Bewilligung gewährte das Recht zum Betrieb einer Stauanlage und damit verbunden zum Absenken des Unterwassers der Triebwerksanlage am [K...-Kanal] in [A...].
- 3 Mit Bescheid vom 18. Dezember 1991 verlängerte das nunmehr zuständige Landratsamt [N...] die vorgenannte Bewilligung bis zum 31. Dezember 2001.
- 4 Der Anspruchsteller beantragte mit Schreiben vom 10. April 2001 die unbefristete Verlängerung der erteilten Bewilligung.
- 5 Mit Bescheid vom 6. Dezember 2001 verlängerte das Landratsamt [N...] die Bewilligung erneut, nunmehr bis zum 31. Dezember 2031. Der Bescheid erging auf Grundlage von § 8 WHG¹ und wurde u. a. mit folgenden Auflagen versehen:
- 6 „Die lichte Stabweite (Stababstand) des Turbinenrechens darf höchstens 20 mm betragen. Der Schutzrechen ist ordnungsgemäß zu unterhalten. Der Umbau des Turbinenrechens ist bis spätestens zum 31. Dezember 2006 durchzuführen. Der Umbau ist dem Landratsamt [N...] schriftlich mitzuteilen.“
- 7 Mit Schreiben vom 5. November 2007 und 5. Dezember 2007 teilte der Anspruchsteller der Anspruchsgegnerin mit, er habe Umbaumaßnahmen am Turbinenrechen seiner Anlage durchführen lassen und zeigte der Anspruchsgegnerin die Bauabnahme an. In diesem Zusammenhang beantragte der Anspruchsteller bei der Anspruchsgegnerin die Einstufung der Anlage als neu in Betrieb genommen i. S. v. § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004². Zum Nachweis der Verbesserung des ökologischen Zustands ge-

¹Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz – WHG) v. 27.07.1957 (BGBl. I S. 1110, 1386), zum Zeitpunkt des Bescheiderlasses in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz (UVPuaEGRLUmsG) v. 27.07.2001 (BGBl. I S. 1950).

²Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 Erneuerbare-Energien-Neuregelungsgesetz v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), in Kraft getreten

genüber dem vorherigen Zustand legte der Anspruchsteller der Anspruchsgegnerin den Bescheid vom 6. Dezember 2001 vor.

- 8 Unter dem 15. Oktober 2007 fertigte der Dipl.-Ing. (FH) [F...], eine mit „Bauabnahme gemäß Art. 69 BayWG³ Abnahmeniederschrift“ bezeichnete schriftliche Erklärung. Hierin wird als Abnahmetermin der 2. Oktober 2007 genannt. Zum Sachverhalt wird u. a. ausgeführt, dass beim Ortstermin der Rechenabstand mit exakt 20 mm gemessen wurde. Zusammenfassend heißt es in der Erklärung: „Der Einbau des Rechens wurde entsprechend den im wasserrechtlichen Bewilligungsbescheid festgesetzten Auflagen durchgeführt.“
- 9 Der Anspruchsteller begehrt von der Anspruchsgegnerin die Vergütung des eingespeisten Stroms mit 9,67 Cent pro Kilowattstunde gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004. Er ist der Auffassung, er habe aufgrund der durchgeführten Maßnahmen unter Einhaltung der erteilten Auflagen einen Anspruch auf Zahlung dieser im Vergleich zur Vergütung nach § 4 Satz 1 EEG 2000⁴ um 2 Cent je Kilowattstunde erhöhten Vergütung. Insbesondere ist er der Auffassung, dass für den Beginn der zu gewährenden höheren Vergütung nicht auf den Zeitpunkt der Genehmigung, sondern auf den Zeitpunkt der Bauabnahme 2007 abzustellen sei. Er beruft sich hierfür auf den vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit herausgegebenen „Leitfaden für die Vergütung von Strom aus Wasserkraft nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz für die Neuerrichtung und Modernisierung von Wasserkraftanlagen“⁵ sowie auf Kommentarliteratur und Rechtsprechung. Zu beachten sei insofern, dass der Bescheid vom 6. Dezember 2001 den Umbau des Turbinenrechens bis spätestens zum 31. Dezember 2006 gefordert habe und zu diesem Zeitpunkt das EEG 2004 in Geltung war. Der Bescheid sei von der Anspruchsgegnerin nicht daraufhin zu prüfen, ob er eine ökologische Verbesserung der Anlage vorsehe; eine solche Prüfung sei gesetzlich nicht vorgesehen.

am 01.08.2004, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 23.10.2008 (BGBl. I S. 2074), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004.

³Bayerisches Wassergesetz (BayWG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 19.07.1994 (GVBl S. 822), zur Umsetzung der Richtlinie 2000/60/EG novelliert durch das Gesetz zur Änderung des Bayerischen Wassergesetzes v. 24.07.2003 (GVBl S. 482).

⁴Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 Erneuerbare-EnergienG-Einführungsg v. 29.03.2000 (BGBl. I S. 305), aufgehoben durch Art. 4 Satz 2 Erneuerbare-Energien-Neuregelungsgesetz v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), nachfolgend bezeichnet als EEG 2000.

⁵Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/398>.

- 10 Die Anspruchsgegnerin ist der Auffassung, dass der Bescheid vom 6. Dezember 2001 nicht als Nachweis i. S. v. § 6 Abs. 3 EEG 2004 für eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands gewertet werden kann. Zwar sehe § 21 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 6 Abs. 3 EEG 2004 als Nachweis der Erreichung eines guten ökologischen Zustandes oder der wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustandes gegenüber dem vorherigen Zustand die Vorlage der behördlichen wasserrechtlichen Zulassung der Anlage vor. Die wasserrechtliche Zulassung müsse jedoch auf der Grundlage von Landesrecht ergangen sein, das die Regelungen der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG⁶ umgesetzt habe. Die Umsetzung der WRRL sei im Freistaat Bayern mit der Bayerischen Gewässerzustandsverordnung vom 1. März 2004⁷ abgeschlossen, die die fachlichen Anhänge II und V der WRRL umgesetzt habe. Ferner ist die Anspruchsgegnerin der Auffassung, dass für eine behördliche wasserrechtliche Zulassung i. S. v. § 6 Abs. 3 EEG 2004 jedenfalls die Einhaltung von § 25a Abs. 1 Nr. 2 WHG⁸, das am 21. August 2002⁹ in Kraft trat, maßgeblich sei. Da der in Rede stehende Bescheid bereits am 6. Dezember 2001 erlassen wurde, seien die §§ 25a und 25b WHG unberücksichtigt geblieben.
- 11 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 28. August 2008 und vom 8. September 2008 haben sich der Anspruchsteller und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG¹⁰ durchzuführen. Der Anspruchsteller und die Anspruchsgegnerin wünschten die Hinzuziehung je einer nichtständigen Beisitzerin bzw. eines nichtständigen Beisitzers aus dem Bundesverband Deutscher Wasserkraftwerke e. V. bzw. aus dem BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.
- 12 Mit Beschluss vom 30. September 2008 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

⁶Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik (ABl. EG Nr. L 327 v. 22.12.2000, S. 1), abrufbar unter <http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/wasserrichtlinie.pdf>, zuletzt abgerufen am 17.01.2011, nachfolgend: WRRL.

⁷BayGVBl. S. 42.

⁸Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz – WHG), in der Fassung der Bekanntmachung v. 19.08.2002 (BGBl. I S. 3245).

⁹Das in der Aktennotiz der Anspruchsgegnerin vom 12.09.2008 Datum „19.08.2002“ beruht offenbar auf einem Schreibversehen, ohne dass dies entscheidungserheblich wäre.

¹⁰In der Fassung vom 12.12.2007, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>, nachfolgend bezeichnet als VerFO.

- 13 Hat der Anspruchsteller gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch gemäß §§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 5 Abs. 1 EEG 2004 i. V. m. § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 auf Vergütung für den Strom, der in der Stau- und Triebwerksanlage des Anspruchstellers am [K...-Kanal] in [A...] gewonnen und von der Anspruchsgegnerin abgenommen wird?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 14 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerFO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 15 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerFO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 16 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 1, 2 Abs. 3 VerFO. Die an der Beschlussfassung am 27. November 2008 beteiligten Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke sind zum 31. Dezember 2009 aus der Clearingstelle EEG ausgeschieden. Für die Abfassung der Begründung dieses Votums traten an ihre Stelle die Mitglieder der Clearingstelle EEG Dr. Pippke und Dr. Winkler.
- 17 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerFO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 2 VerFO hat die Clearingstelle EEG einen Termin zur mündlichen Erörterung für den 20. November 2008 bestimmt.
- 18 Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28 Abs. 1, 24 Abs. 5, 2 Abs. 3 VerFO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler erstellt.

2.2 Würdigung

- 19 Der Anspruchsteller hat keinen Anspruch auf Zahlung der Vergütung gemäß §§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 i. V. m. § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 für den Strom, der in seiner Stau- und Triebwerksanlage am [K...-Kanal] in [A...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird.
- 20 Der Anspruchsteller betreibt eine Wasserkraftanlage, die bis zum 31. Juli 2004 in Betrieb genommen wurde (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004) und vor dem 1. August 2004 eine Leistung bis einschließlich 5 Megawatt aufwies. Auf eine solche Anlage findet

§ 6 EEG 2004 Anwendung mit der Maßgabe, dass der Nachweis, ob nach einer Modernisierung ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert wurde, nach § 6 Abs. 3 EEG 2004 zu führen ist.

- 21 Auf die Frage, ob die Anlage des Anspruchstellers im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 modernisiert wurde, kommt es vorliegend nicht an, weil ein entsprechender Nachweis im Sinne von § 6 Abs. 3 EEG 2004 nicht vorliegt. Der Bescheid des Landratsamts [N. . .] vom 6. Dezember 2001 ist kein geeigneter Nachweis für die Erreichung eines guten ökologischen Zustands oder der wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands gegenüber dem vorherigen Zustand.
- 22 Zwar gilt gemäß § 6 Abs. 3 EEG 2004 die Vorlage der behördlichen wasserrechtlichen Zulassung der Anlage als Nachweis für das Erreichen eines guten ökologischen Zustands bzw. für eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands. Ob (und, wenn ja, inwieweit) der Netzbetreiber die Zulassung inhaltlich nachprüfen und ggf. ihre sachliche Richtigkeit bestreiten darf, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn jedenfalls muss die Zulassung formal den im EEG 2004 enthaltenen Kriterien genügen, die der Netzbetreiber prüfen darf. In formaler Hinsicht liegt eine Zulassung i. S. v. § 6 Abs. 3 EEG 2004 jedenfalls dann nicht vor, wenn sie vor dem 25. Juni 2002 – dem Tag des Inkrafttretens der 7. Novelle des WHG – erfolgt ist.
- 23 Dies ergibt sich nicht bereits aus dem **Wortlaut** des § 6 Abs. 3 EEG 2004. Denn dieser enthält über einen ggf. einzuhaltenden Zeitpunkt des Erlasses der wasserrechtlichen Zulassung keine Aussage. § 6 Abs. 3 EEG 2004 lautet:

„Als Nachweis der Erreichung eines guten ökologischen Zustands oder der wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands gegenüber dem vorherigen Zustand im Sinne von Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 gilt die Vorlage der behördlichen wasserrechtlichen Zulassung der Anlage.“

- 24 Dem Wortlaut lässt sich jedoch zweifelsfrei entnehmen, dass sich die Nachweiswirkung, die aus der Vorlage der behördlichen wasserrechtlichen Zulassung folgt, auf die Erreichung eines guten ökologischen Zustands oder auf die wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands¹¹ bezieht. Daraus folgt zum einen, dass die Nach-

¹¹Nachfolgend wird zur sprachlichen Vereinfachung und besseren Lesbarkeit auf die Nennung der Alternative „Erreichung eines guten ökologischen Zustands“ überwiegend verzichtet, ohne damit eine rechtliche Wertung zu verbinden.

weiswirkung des § 6 Abs. 3 EEG 2004 sich nicht auf andere Tatsachen – etwa die Anlagenleistung – bezieht. Zum anderen stellt die Formulierung einen Bezug zwischen der behördlichen Zulassung und der nachzuweisenden wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands her. Wie genau dieser Bezug ausgestaltet sein muss, lässt sich nur durch die Gesetzesauslegung ermitteln.

- 25 Gegenstand der nachfolgenden Auslegung ist allein die Frage, ob und ggf. welche formalen Anforderungen gemäß § 6 Abs. 3 EEG 2004 an die zum Nachweis vorgelegte behördliche Zulassung in zeitlicher Hinsicht zu stellen sind. Nicht hingegen geht die Auslegung darauf ein, was das Gesetz im Einzelnen unter „guter ökologischer Zustand“ bzw. dessen Verbesserung oder Erreichung versteht,¹² weil der Bescheid des Landratsamtes [N. . .] vom 6. Dezember 2001 den aus § 6 Abs. 3 EEG 2004 resultierenden Anforderungen in zeitlicher Hinsicht nicht genügt und eine materielle Prüfung daher entbehrlich war.

2.2.1 Systematische Auslegung

- 26 Bei der systematischen Auslegung ist zunächst das EEG 2004 daraufhin zu untersuchen, ob es Anhaltspunkte für die Auslegung von § 6 Abs. 3 EEG 2004 enthält. Besondere Regelungen zur Nachweisführung enthält das EEG 2004 an verschiedenen Stellen, bspw. zur Vergütung in § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 8 Abs. 3, § 10 Abs. 4 i. V. m. Anlage zum EEG 2004. Diese Vorschriften unterscheiden sich jedoch von § 6 Abs. 3 EEG 2004 gerade darin, dass weder eine behördliche Zulassung als Nachweismittel genannt wird, noch dass ein bestimmtes Mittel als Nachweis „gilt“. Somit lässt sich aus dem EEG 2004 nichts zur Auslegung von § 6 Abs. 3 EEG 2004 entnehmen.
- 27 In der weiteren systematischen Auslegung werden andere Normen daraufhin untersucht, ob diese zur Auslegung beitragen. Soweit ersichtlich, enthalten „benachbarte“ Gesetze des Energierechts (wie bspw. das EnWG¹³ oder das KWKG¹⁴) keine vergleichbare Regelung, die für die Nachweisführung unter privatrechtlichen Parteien eine behördliche Zulassung in Bezug nimmt.
- 28 Mithin ist die systematische Auslegung unergiebig.

¹²Siehe dazu *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.11.2008 – 2008/23, unter 2.2.2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/23>.

¹³Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) v. 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970 (3621)), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes v. 04.11.2010 (BGBl. I S. 1483).

¹⁴Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung v. 19.03.2002 (BGBl. I S. 1092), zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.08.2009 (BGBl. I S. 2870).

2.2.2 Historische Auslegung

- 29 Die historische Auslegung nimmt Vorgängervorschriften in den Blick und versucht, diese für die Auslegung fruchtbar zu machen. Das EEG 2000 enthielt keine Vorschrift, die sich auf die Erreichung eines guten ökologischen Zustandes bezog und den Nachweis regelte; der Vergütungsanspruch nach § 4 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 bestand ohne vergleichbare, weitergehende Voraussetzungen. Mangels Vorgängervorschrift zu § 6 Abs. 3 EEG 2004 lässt sich aus dem EEG 2000 somit nichts herleiten.

2.2.3 Genetische Auslegung

- 30 Im Zuge der genetischen Auslegung ist die Gesetzgebungsgeschichte zu betrachten und zu untersuchen, ob sich aus dem Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens Schlüsse auf den Regelungsgehalt der Norm ziehen lassen; besonderes Augenmerk gilt dabei dem Inhalt der einschlägigen parlamentarischen Drucksachen.
- 31 Der ursprüngliche Gesetzentwurf der Regierungsfractionen von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (nachfolgend: „Fraktionsentwurf“) enthielt zunächst folgende Fassung des § 6 (Auszug):

„(1) ¹Für Strom aus Wasserkraftanlagen mit einer Leistung bis einschließlich 5 Megawatt beträgt die Vergütung . . . ²Satz 1 findet auf Laufwasserkraftanlagen mit einer Leistung von bis zu 500 Kilowatt, die nach dem 31. Dezember 2005 genehmigt worden sind, nur Anwendung, wenn sie im räumlichen Zusammenhang mit einer bereits bestehenden Staustufe oder Wehranlage errichtet worden sind und dadurch nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist.

(2) ¹Strom aus Wasserkraftanlagen mit einer Leistung ab 5 Megawatt bis einschließlich 150 Megawatt wird nach den Vorschriften dieses Gesetzes nur vergütet, wenn

1. die Anlage . . . erneuert worden ist,
2. . . .

3. nach der Erneuerung nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert ist.

² ...

- (3) ¹Die Voraussetzungen nach Abs. 1 Satz 2 sowie nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 hat der Anlagenbetreiber gegenüber dem Netzbetreiber nachzuweisen. ²Die Nachweise hat der Anlagenbetreiber auf Verlangen den nach § 59 des Bundesnaturschutzgesetzes oder auf Grund landesrechtlicher Vorschriften im Rahmen von § 60 des Bundesnaturschutzgesetzes anerkannten Vereinen sowie den gemäß § 3 des Unterlassungsklagengesetzes anspruchsberechtigten Stellen zur Einsicht zur Verfügung zu stellen.¹⁵

(4) ...“

32 Die Regelung des § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 war im Fraktionsentwurf noch nicht enthalten.

33 In den einleitenden Begründungen zum Fraktionsentwurf hieß es u. a.:

„Der weitere Ausbau der Wasserkraft zur Erschließung der noch vorhandenen Potenziale steht im Spannungsfeld zwischen Wirtschaftlichkeitserwägungen einerseits und Umweltaspekten andererseits. Um das verbleibende Potential der Wasserkraft in Deutschland zu erschließen, soll zukünftig auch Strom aus großen Wasserkraftanlagen ... einbezogen werden, wenn sie bis zum 31. Dezember 2012 erneuert werden ... Dabei soll jedoch die Erneuerung der Anlage nachweislich den ökologischen Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand verbessern. Denn insbesondere bei der Erweiterung oder dem Ersatz alter Anlagen lassen sich sowohl höhere Stromerträge als auch eine Verbesserung der ökologischen Situation erzielen ...

34 Demgegenüber soll Strom aus kleinen Wasserkraftanlagen ... grundsätzlich nur noch vergütet werden, wenn die betreffende Anlage bis zum 31. Dezember 2005 genehmigt oder aber im räumlichem Zusammenhang mit einer bestehenden Staustufe oder einem existierenden Wehr errichtet worden ist und dadurch nachweislich ein guter ökologischer

¹⁵BT-Drs. 15/2327, S. 4. – Satznummerierung nicht im Original.

Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist.“¹⁶

35 Konkret zu § 6 Abs. 1 führt die Begründung des Fraktionsentwurfes u. a. aus:

„Für neue Anlagen bis einschließlich 500 Kilowatt Leistung besteht zukünftig deshalb nur noch dann ein Vergütungsanspruch, wenn diese entweder bis zum 31. Dezember 2005 genehmigt worden sind oder in räumlichem Zusammenhang mit einer bereits bestehenden Stau- oder Wehranlage in Betrieb genommen werden und gleichzeitig ein guter ökologischer Zustand erreicht wird oder zumindest der ökologische Zustand wesentlich verbessert ist ... Voraussetzung für das Erreichen eines guten ökologischen Zustands ist unter Beachtung des jeweils aktuellen Stands von Wissenschaft und Technik insbesondere die Wahrung der Bewirtschaftungsziele und -anforderungen der §§ 25a und 25b WHG, die die Vorgaben der Richtlinie 2000/60/EG (Wasserrahmenrichtlinie – WRRL) umsetzen.“¹⁷

36 Die Begründung zu § 6 Abs. 2 des Fraktionsentwurfes verweist hinsichtlich „der für die Beurteilung des gewässerökologischen Zustands bzw. einer wesentlichen Verbesserung dieses Zustands relevanten Kriterien und des entsprechenden Nachweises“ auf die Begründung zu Abs. 1.¹⁸

37 Dem Fraktionsentwurf kann damit entnommen werden, dass der Gesetzgeber bei der Verwendung der Wortgruppen „guter ökologischer Zustand“ bzw. „wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands“ an die WRRL dachte.

38 In seiner Stellungnahme¹⁹ erklärte der Bundesrat, dass er die im Regierungsentwurf von § 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EEG 2004 enthaltenen ökologischen Anforderungen für „nicht geboten“ und der gesetzlichen Systematik widersprechend erachtete.²⁰ Dem schloss sich die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung nicht an.²¹ Dabei stand jedoch nur das „Ob“ besonderer ökologischer Anforderungen an die

¹⁶BT-Drs. 15/2327, S. 17.

¹⁷BT-Drs. 15/2327, S. 27.

¹⁸BT-Drs. 15/2327, S. 28.

¹⁹Zum Regierungsentwurf des EEG 2004, der mit BT-Drs. 15/2327 identisch war, vgl. BT-Drs. 15/2539, S. 5.

²⁰BT-Drs. 15/2539, S. 7f.

²¹BT-Drs. 15/2593, S. 2.

Wasserkraftnutzung im Mittelpunkt, nicht jedoch die Frage, „wie“ ggf. der Nachweis zu führen sei.

- 39 Die schließlich Gesetz gewordene Formulierung des § 6 Abs. 3 EEG 2004 wie auch § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 entstammen der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit.²² Im dazugehörigen Bericht des Ausschusses wurden die Ergänzungen u. a. wie folgt begründet:

„Nach Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 muss durch die Errichtung der Wasserkraftanlage nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden sein. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass dies bei allen Anlagen, die nach *neuem* Wasserrecht genehmigt werden, der Fall ist. Aus diesem Grund ist als Nachweis die Vorlage der wasserrechtlichen Zulassung ausreichend...“²³

- 40 Zugleich nimmt auch der Ausschussbericht ausdrücklich auf die WRRL Bezug, um die vorgeschlagene Erhöhung²⁴ der Grundvergütung nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004 wie folgt zu begründen:

„Die Erhöhung der Grundvergütung für Anlagen mit einer Leistung bis einschließlich 500 kW berücksichtigt höhere Kosten für die Errichtung von neuen Wasserkraftanlagen. Diese höheren Kosten fallen an, weil die wasserrechtlichen Auflagen infolge der Umsetzung der EG-Wasser-Rahmenrichtlinie zur Verbesserung des ökologischen Zustands der Gewässer erheblich verschärft wurden...“²⁵

- 41 Weiter heißt es in der „bereinigten Begründung“ des Gesetzentwurfes zu § 6 Abs. 1 EEG 2004:

„Die neu eingefügte Beschränkung des Satzes 2 trägt dem Spannungsfeld zwischen der Nutzung noch vorhandener aber eher geringer Energiepotenziale sowie Umwelt- und Naturschutzaspekten Rechnung. Kleine Wasserkraftwerke stellen in der Regel einen erheblichen Eingriff in

²²BT-Drs. 15/2845.

²³BT-Drs. 15/2864, S. 15. – Hervorhebung nicht im Original.

²⁴Der ursprüngliche Entwurf sah eine Vergütung von 7,67 ct/kWh vor, im Zuge der Ausschussberatung wurde diese auf 9,67 ct/kWh erhöht.

²⁵BT-Drs. 15/2864, S. 15.

die Gewässerökologie dar ... Für neue Anlagen bis einschließlich 500 Kilowatt Leistung besteht zukünftig deshalb nur noch dann ein Vergütungsanspruch, wenn ... gleichzeitig ein guter ökologischer Zustand erreicht wird oder zumindest der ökologische Zustand wesentlich verbessert ist ...

Das Erreichen eines guten ökologischen Zustands wird bei der Zulassung der Anlage gem. der §§ 25a und 25b WHG, die die Vorgaben der Richtlinie 2000/60/EG (Wasserrahmenrichtlinie – WRRL) umsetzen, geprüft.“²⁶

42 Schließlich wird § 6 Abs. 3 EEG 2004 wie folgt begründet:

„Abs. 3 bestimmt, dass der Nachweis der Erreichung eines guten ökologischen Zustands oder der wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands gegenüber dem vorherigen Zustand in den Fällen des Absatzes 1 und des Absatzes 2 durch die Vorlage der wasserrechtlichen Zulassung der zuständigen Behörde geführt wird. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass diese Voraussetzungen bei allen Anlagen, die nach *neuem* Wasserrecht genehmigt werden, eingehalten werden. Aus diesem Grund ist als Nachweis die Vorlage der wasserrechtlichen Zulassung ausreichend. Dem Netzbetreiber kommt kein Prüfungsrecht hinsichtlich der Einhaltung dieser Voraussetzungen zu.“²⁷

43 Aus dem Gesetzgebungsprozess und den zitierten Drucksachen ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht irgendeinen „ökologischen Zustand“ meinte, sondern diesen im Sinne der WRRL²⁸ *und* der zur innerstaatlichen Umsetzung dieser Richtlinie vom

²⁶BT-Drs. 15/2864, S. 37.

²⁷BT-Drs. 15/2864, S. 38. Hervorhebung nicht im Original.

²⁸Art. 2 WRRL enthält dazu folgende Definitionen:

21. „ökologischer Zustand“: die Qualität von Struktur und Funktionsfähigkeit aquatischer, in Verbindung mit Oberflächengewässern stehender Ökosysteme gemäß der Einstufung nach Anhang V;
22. „guter ökologischer Zustand“: der Zustand eines entsprechenden Oberflächenwasserkörpers gemäß der Einstufung nach Anhang V;

...

deutschen Gesetzgeber in das WHG eingefügten §§ 25a, 25b verstanden wissen wollte.

44 Die §§ 25a, 25b WHG wurden durch die sog. 7. WHG-Novelle²⁹ in das Gesetz aufgenommen. Gemäß § 25a Abs. 1 WHG 2002³⁰ sind oberirdische Gewässer, „soweit sie nicht als künstlich oder erheblich verändert eingestuft werden, so zu bewirtschaften, dass

1. eine Verschlechterung ihres ökologischen und chemischen Zustands vermieden und
2. ein guter ökologischer und chemischer Zustand erhalten oder erreicht wird.“

45 Eine entsprechende Regelung enthielt § 25b Abs. 1 WHG 2002³¹ für künstliche oder erheblich veränderte oberirdische Gewässer.

46 Das WHG in der Fassung der 7. WHG-Novelle trat am Tag nach seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft,³² also am 25. Juni 2002.

47 Aus der genetischen Auslegung ergibt sich, dass der Gesetzgeber den Begriff der „behördlichen Zulassung“ i. S. v. § 6 Abs. 3 EEG 2004 so verstanden wissen wollte, dass darunter nur Zulassungen nach „neuem“ Wasserrecht fallen, also Zulassungen, die ab dem Inkrafttreten der 7. WHG-Novelle am 25. Juni 2002 erlassen worden sind.

2.2.4 Teleologische Auslegung

48 Dieser Befund wird gestützt durch die teleologische Auslegung, die Sinn und Zweck von § 6 Abs. 3 EEG 2004 in den Blick nimmt. § 6 Abs. 3 EEG 2004 bezweckt in formaler Hinsicht, den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern die Nachweisführung darüber, dass nach einer Modernisierung ein guter ökologischer Zustand erreicht oder dieser wesentlich verbessert wurde, zu erleichtern. Bereits dieser formale Gesetzeszweck würde verfehlt, wenn Anlagenbetreiberinnen und -betreiber behördliche

²⁹Siebtes Gesetz zur Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes (7. WHGÄndG) v. 18.06.2002 (BGBl. I S. 1914) – Fassung des WHG mit Inkrafttreten der Änderungen nachfolgend bezeichnet als WHG 2002. Die Neufassung des WHG 2002 wurde im Bundesgesetzblatt am 19.08.2002 bekanntgemacht (BGBl. I S. 3245).

³⁰Dem entspricht inhaltlich § 27 Abs. 1 Nr. 2 WHG v. 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585), zuletzt geändert durch Gesetz v. 11.08.2010 (BGBl. I S. 1163) – nachfolgend bezeichnet als WHG 2010.

³¹Nummehr sinngemäß in § 27 Abs. 2 WHG 2010.

³²Art. 4 7. WHGÄndG.

Zulassungen beliebigen Datums zur Nachweisführung verwenden könnten. Denn eine Zulassung, die vor dem 25. Juni 2002 erlassen worden ist, konnte mangels gesetzlicher Grundlage gar keine Aussagen zum ökologischen Zustand enthalten.

- 49 Dies gilt erst recht mit Blick auf den Sinn und Zweck des § 6 Abs. 3 EEG 2004 in materieller Hinsicht: § 6 Abs. 3 EEG 2004 bezweckt auch, bestimmte Wasserkraftanlagen nur noch nach einer Modernisierung zu vergüten, in deren Folge ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert wurde. Dies soll durch das Nachweiserfordernis in § 6 Abs. 3 EEG 2004 auch verfahrensmäßig abgesichert werden.³³ Dem aber würde nicht Genüge getan, wenn eine vor dem 25. Juni 2002 ausgestellte behördliche Zulassung ohne jeden Bezug zum ökologischen Zustand als Nachweis genüge.
- 50 Dabei kann für das vorliegende Votumsverfahren dahinstehen, ob sich eine andere Bewertung ergäbe, wenn die behördliche Zulassung zwar erstmals noch vor dem 25. Juni 2002 ausgestellt, im weiteren Verlaufe – zum Beispiel im Widerspruchsverfahren oder infolge einer gerichtlichen Überprüfung – dann jedoch nach diesem Datum geändert wurde, weil ein solcher Fall hier nach dem Parteivortrag nicht gegeben ist.

2.2.5 Bedeutung der landesrechtlichen Umsetzung der WRRL

- 51 Offen bleiben kann, ob über die Schaffung der §§ 25a, 25b WHG 2002 hinaus zur Nachweisführung gemäß § 6 Abs. 3 EEG 2004 auch erforderlich ist, dass die Vorgaben der WRRL ins Landesrecht des jeweiligen Bundeslandes – hier des Freistaates Bayern – umgesetzt wurden.
- 52 Dafür, dass es entscheidend auf den späteren Stichtag der landesrechtlichen Umsetzung ankommt, könnte sprechen, dass es sich nach dem seinerzeit geltenden Verfassungsrecht³⁴ beim WHG 2002 um ein „Rahmengesetz“ handelte, das es den Bundesländern überließ, ausfüllende und in Einzelheiten gehende landesrechtliche Regelungen zu treffen. So änderte beispielsweise 2004 der Freistaat Bayern das BayWG und erließ die Bayerische Gewässerbestandsaufnahme- und -zustandseinstufungsverord-

³³Vgl. auch *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.11.2008 – 2008/23, 2.2.2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/23>.

³⁴Art. 75 Abs. 1 Nr. 4 GG in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) (GGÄndG 2006) v. 28.08.2006 (BGBl I S. 2034) („Föderalismusreform“) geltenden Fassung, nachfolgend zitiert als GG a. F.

nung³⁵, die die WRRL und die §§ 25a, 25b WHG 2002 im Landesrecht konkretisierten. In der Genehmigungspraxis spielten die landesrechtlichen Umsetzungsakte eine gewichtige Rolle, wohingegen die §§ 25a, 25b WHG 2002 kein detailliertes Beurteilungs- und Entscheidungsprogramm für die Wasserbehörden enthielten und insbesondere den Begriff des „guten ökologischen Zustands“ nicht definierten.

- 53 Dagegen ließe sich einwenden, dass es auf die landesrechtliche Umsetzung nicht ankommt. Denn dies hätte zur Folge, dass das EEG 2004 als Bundesgesetz nicht bundeseinheitlich angewendet würde, weil es für den Nachweis nach § 6 Abs. 3 EEG 2004 darauf ankäme, wann der jeweilige Landesgesetzgeber die §§ 25a, 25b WHG 2002 umsetzte. Darüber hinaus waren §§ 25a Abs. 1 und 25b Abs. 1 WHG 2002 – die jeweils das Bewirtschaftungsziel enthalten, einen guten ökologischen Zustand zu erreichen oder diesen zu verbessern – als unmittelbar geltende Regelungen (Art. 75 Abs. 2 GG a.F.) ausgestaltet. Dies ergab sich bereits aus der Formulierung der beiden Absätze, die – anders als § 25a Abs. 2 und 3 sowie § 25b Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 WHG 2002 – keinen Konkretisierungsauftrag enthielten.³⁶ Unbeschadet der Möglichkeit, landesrechtliche Konkretisierungen vorzunehmen, waren die Landeswasserbehörden daher mit dem Inkrafttreten der WHG-Novelle am 25. Juni 2002 verpflichtet, die Bewirtschaftungsziele bei Zulassungsentscheidungen zu beachten. Dies aber spräche eher dafür, dass es bei der Auslegung und Anwendung von § 6 Abs. 3 EEG 2004 auf den Stichtag 25. Juni 2002 ankommt.
- 54 Dies kann hier indes dahinstehen, denn der verfahrensgegenständliche Bescheid entspricht schon nicht der weniger strengen Anforderung, *am oder irgendwann nach dem* Stichtag 25. Juni 2002 erlassen worden zu sein.

2.2.6 Ergebnis und Anwendung auf den Sachverhalt

- 55 Eine behördliche Zulassung gilt jedenfalls dann nicht als Nachweis im Sinne von § 6 Abs. 3 EEG 2004, wenn sie vor dem 25. Juni 2002 erteilt wurde.³⁷
- 56 Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass hier die Anlage möglicherweise nach dem 31. Juli 2004 modernisiert bzw. die Modernisierung nach diesem Datum

³⁵BayGewZustVO v. 01.03.2004 (BayGVBl S. 42).

³⁶So auch die Gesetzesbegründung der 7. WHG-Novelle, BT-Drs. 14/7755, S. 17 f.

³⁷Vgl. *LG Hagen*, Urt. v. 26.11.2009 – 10 O 57/09, Rn. 26 ff., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/787>; *LG Konstanz*, Urt. v. 25.09.2006 – 5 O 253/06 M, 5 O 253/06, Rn. 20, zitiert nach *juris*; *LG Halle*, Urt. v. 28.07.2005 – 12 O 56/05, Rn. 20, zitiert nach *juris*; *Altrock/Wustlich*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 6 Rn. 41; *Loibl/Schulte-Middelich*, ZNER 2006, 229, 231.

abgeschlossen wurde. Als Modernisierungsmaßnahmen im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 kommen ohnehin nur solche Maßnahmen in Betracht, die frühestens mit Inkrafttreten des EEG 2004 am 1. August 2004 abgeschlossen worden sind, weil für Modernisierungsmaßnahmen, die bereits vor Inkrafttreten des EEG 2004 abgeschlossen waren, § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 nicht anwendbar ist. Dass eine Erneuerung der Anlage zwischen dem 1. August 2004 und dem 31. Dezember 2012 stattgefunden haben muss, ist zwar nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004 eine Vergütungsvoraussetzung für Wasserkraftanlagen mit einer Leistung ab 5 Megawatt. Gegenstand der Nachweisregelung in § 6 Abs. 3 EEG 2004 sind aber nicht die Erneuerung und deren Zeitpunkt,³⁸ sondern vielmehr das nachweisliche Erreichen eines guten ökologischen Zustandes bzw. dessen Verbesserung im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EEG 2004.

- 57 Ebensowenig ist von Belang, über welchen Zeitraum hinweg mit der behördlichen Zulassung verbundene Auflagen zu erfüllen sind. Auch wenn die Zulassung – was bei wasserrechtlichen Bescheiden üblich ist – längere, teilweise mehrjährige Fristen einräumt, innerhalb derer eine behördliche Auflage umgesetzt werden muss, so lässt dies die Notwendigkeit, dass die behördliche Zulassung nicht vor dem 25. Juni 2002 ergangen sein darf, nicht entfallen, weil auch eine mehrjährige Ausführungsfrist für behördliche Auflagen an der fehlenden Berücksichtigung von §§ 25a, 25b WHG 2002 im vorher ergangenen Bescheid nichts ändert.
- 58 Die behördliche Zulassung des Landratsamtes [N...], die der Anspruchsteller der Anspruchsgegnerin als Nachweis im Sinne von § 6 Abs. 3 EEG 2004 vorgelegt hat, datiert vom 6. Dezember 2001. Somit kann dieser Bescheid nicht als Nachweis i. S. v. § 6 Abs. 3 EEG 2004 gelten.
- 59 Ob Anlagenbetreiberinnen und -betreibern neben bzw. anstelle einer behördlichen Zulassung auch weitere Nachweismöglichkeiten offenstehen³⁹ – etwa gutachterliche Einschätzungen von Sachverständigen – braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, weil der Anspruchsteller eine andere Art der Nachweisführung nicht geltend gemacht hat. Die Abnahmeniederschrift zur Bauabnahme durch Dipl.-Ing. (FH) [F...] vom 15. Oktober 2007 enthält keinerlei gutachterliche Aussage darüber,

³⁸Ob und, wenn ja, inwieweit der Netzbetreiber die Zulassung inhaltlich nachprüfen und ggf. ihre sachliche Richtigkeit bestreiten kann, braucht hier nicht entschieden zu werden, s. Rn. 22.

³⁹So *LG Hagen*, Urt. v. 26.11.2009 – 10 O 57/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/787>; *Müller*, in: *Danner/Theobald, Energierecht*, Band 2, Stand: 53, Ergänzungsflg. 2006, § 6 Rn. 52; *Altrock/Wustlich*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar*, 2. Aufl. 2008, § 6 Rn. 43.

ob durch die Umbaumaßnahme ein guter ökologischer Zustand erreicht oder dieser verbessert wurde. Weder taucht der Begriff „ökologischer Zustand“ überhaupt in der Bauabnahme auf noch lässt die Abnahmeniederschrift sonst erkennen, dass der die Abnahme durchführende Sachverständige über die bloße Abnahme hinaus gutachterlich prüfend tätig geworden ist.

Dr. Lovens

Dr. Pippke

Dr. Winkler

Uphoff

Weißborn