

2017/52

27. November 2017

Votum

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

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchsteller –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens-Cronemeyer sowie die Mitglieder Dr. Mutlak und Dr. Winkler auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren am 27. November 2017 einstimmig folgendes Votum:

Die Anlage des Anspruchstellers unterfällt nicht der verpflichtenden Direktvermarktung gemäß § 37 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2014. Es besteht für den in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom weiterhin ein Anspruch auf die Einspeisevergütung

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle EEG:

Wenn und soweit die Anspruchsgegnerin geringere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Votums ergibt, so liegen hinsichtlich darauf beruhender Zahlungen der Anspruchsgegnerin an den Anspruchsteller die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017¹ vor.

¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Förderung von Mieterstrom und

I Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Wasserkraftanlage des Anspruchstellers nach einer Ertüchtigung der verpflichtenden Direktvermarktung unterfällt.
- 2 Der Anspruchsteller betreibt in [...] eine Wasserkraftanlage („Zentrale [...]“) mit einer installierten Leistung von 110 kW. Die ursprüngliche Wasserkraftanlage wurde in den 1960er Jahren stillgelegt und 1985 vollständig abgebrochen; 1997 wurde die Anlage neu errichtet und im Dezember 1997 in Betrieb genommen. Im Jahr 2016 ertüchtigte der Anspruchsteller die Wasserkraftanlage durch den Austausch des Feinrechens. Hierfür erteilte die Untere Wasserbehörde des Landratsamtes [...] mit Bescheid vom [...] – Az. [...] – die wasserrechtliche Genehmigung. Im Zuge des Austauschs des Feinrechens wurde das Leistungsvermögen durch eine Verbesserung des Anlagengesamtwirkungsgrades gesteigert, ohne die installierte Leistung zu verändern. Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass durch die Ertüchtigung die Voraussetzungen von § 40 Abs. 2 EEG 2014² erfüllt sind.
- 3 Klärungsbedürftig ist, ob die Wasserkraftanlage im Zuge der Ertüchtigung neu in Betrieb genommen worden ist und daher der Anspruchsteller gemäß § 37 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2014 zur Direktvermarktung des ins Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Stroms verpflichtet ist, um eine Förderung in Anspruch nehmen zu können.
- 4 Die Anspruchsgegnerin zahlt die monatlichen Abrechnungen unter dem Vorbehalt der Rückforderung.
- 5 **Der Anspruchsteller** ist der Auffassung, er habe weiterhin einen Anspruch auf die gesetzliche Einspeisevergütung. Die Ertüchtigung habe nicht zu einer neuen Inbetriebnahme geführt, so dass für den Strom aus seiner Anlage keine Pflicht zur Direktvermarktung gemäß § 37 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2014 bestehe.
- 6 **Die Anspruchsgegnerin** meint, infolge der Ertüchtigung sei die Anlage 2016 möglicherweise neu in Betrieb genommen worden, so dass bei einer installierten Leistung von mehr als 100 kW der Anspruch auf Einspeisevergütung nach § 37 Abs. 2 Nr. 2

zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2532), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

²Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

EEG 2014 nicht mehr bestehe, sondern nur der Anspruch auf die Marktprämie in der geförderten Direktvermarktung. Durch die Modernisierung habe die Anlage den Status einer Neuanlage erhalten, so dass auch die sonstigen Vergütungsvoraussetzungen des EEG 2014 anzuwenden seien. Für den eingespeisten Strom könne daher – solange die gesetzlichen Voraussetzungen der geförderten Direktvermarktung nicht erfüllt sind – zunächst nur die um 20 % abgesenkte Einspeisevergütung in Ausnahmefällen gemäß § 38 EEG 2014 ausgezahlt werden.

- 7 Mit Beschluss vom 7. November 2017 hat die Clearingstelle EEG das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)³ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautet:

Unterfällt die Wasserkraftanlage des Anspruchstellers „Zentrale [...]“, [...] der verpflichtenden Direktvermarktung oder besteht gemäß § 37 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2014 weiterhin ein Anspruch auf Einspeisevergütung, nachdem die Anlage nach § 40 Abs. 2 Satz 1 EEG 2014 ertüchtigt worden ist?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 8 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 5 VerfO. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da alle Parteien und die Clearingstelle EEG dem zustimmten, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler erstellt.

2.2 Würdigung

- 9 Die Anlage des Anspruchstellers unterfällt nicht der verpflichtenden Direktvermarktung gemäß § 37 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2014. Es besteht für den in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom weiterhin ein Anspruch auf die Einspeisevergütung für Bestandsanlagen, weil die Ertüchtigung der Anlage nicht zu einer neuen Inbetriebnahme im Sinne des EEG geführt hat.

³Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung v. 04.08.2015, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/downloads>.

10 Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2014. § 40 Abs. 2 EEG 2014 lautet:

„¹Der Anspruch auf finanzielle Förderung besteht auch für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurden, wenn nach dem 31. Juli 2014 durch eine wasserrechtlich zugelassene Ertüchtigungsmaßnahme das Leistungsvermögen der Anlage erhöht wurde. ²... ³Der Anspruch nach Satz 1 oder 2 besteht ab dem Abschluss der Maßnahme für die Dauer von 20 Jahren zuzüglich des restlich verbleibenden Teils des Jahres, in dem die Ertüchtigungsmaßnahme abgeschlossen worden ist.“⁴

11 § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2014 führt damit ausdrücklich nicht zu einer neuen Inbetriebnahme, sondern allein zu einem neuen Vergütungszeitraum. Die Höhe des neuen Vergütungssatzes wiederum wird durch § 40 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 EEG 2014 bestimmt. Dabei hat der Gesetzgeber bewusst zwischen einer neuen Inbetriebnahme und einem neuen Vergütungszeitraum unterschieden. Wie sich aus § 22 EEG 2014 ergibt, beginnt der gesetzliche Vergütungszeitraum grundsätzlich mit der Inbetriebnahme der Anlage, soweit sich aus den nachfolgenden Bestimmungen nicht etwas anderes ergibt. Etwas anderes ergibt sich aus § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2014, denn dort wird der Beginn des 20jährigen Vergütungszeitraums ausdrücklich nicht an die Inbetriebnahme geknüpft, sondern an den Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme.

12 Der Abschluss der Ertüchtigung kann auch nicht mit einer „neuen“ Inbetriebnahme gleichgesetzt werden. Denn die Inbetriebnahme ist in § 5 Nr. 21 EEG 2014 definiert als die

„*erstmalige* Inbetriebsetzung der Anlage ...“

13 Daraus folgt, dass unter der Geltung des EEG 2014 eine Anlage, die bereits in Betrieb gesetzt worden ist, nicht „neu“ in Betrieb gesetzt werden kann, auch wenn die Anlage zwischenzeitlich grundlegend überholt oder modernisiert worden ist, denn auch in diesem Fall bleibt es dabei, dass die „erstmalige“ Inbetriebsetzung bereits *vor* dem Umbau der Anlage erfolgt ist. Somit wird eine Wasserkraftanlage nur dann i. S. v. § 5 Nr. 21 EEG 2014 „neu“ in Betrieb genommen werden, wenn eine alte Anlage komplett demontiert und an ihrer Stelle eine völlig neue Anlage errichtet wird;

⁴Satznummerierung und Auslassung nicht im Original.

es handelt sich dann aber nicht um eine „Neuinbetriebnahme“ einer alten Anlage, sondern um die „normale“ Inbetriebnahme einer neuen Anlage.⁵

- 14 Die historische Auslegung stützt dieses Ergebnis: In den Vorgängerfassungen des EEG 2014 waren bereits Modernisierungsregelungen enthalten, bei denen der Gesetzgeber eindeutig zwischen der Fiktion einer neuen Inbetriebnahme und dem Beginn eines neuen Vergütungszeitraums unterschied. So regelte einerseits § 21 Nr. 1 EEG 2004⁶ ausdrücklich, dass modernisierte Wasserkraftanlagen „mit Abschluss der Modernisierung als neu in Betrieb genommen gelten“.⁷ Andererseits enthielten sowohl § 23 Abs. 2 Satz 2 EEG 2009⁸ als auch § 23 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012⁹ jeweils mit § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2014 inhaltlich identische Regelungen, in denen ausdrücklich keine neue Inbetriebnahme fingiert, sondern (nur) der Beginn eines neuen Vergü-

⁵Clearingstelle EEG, Votum v. 09.08.2012 – 2012/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/votv/2012/17>. Dieses Votum erging zwar zum EEG 2012, die Rechtslage ist aber unter dem EEG 2014 in dieser Hinsicht die gleiche.

⁶Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-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. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004.

⁷Inhaltlich ähnlich nunmehr auch § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017, s. Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Förderung von Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2532), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2017/arbeitsausgabe>. Eine ausdrückliche Regelung für eine Neuinbetriebnahme enthielt ferner § 3 Abs. 4 Halbsatz 2 EEG 2004 für den Fall einer umfassenden Anlagenerneuerung.

⁸Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/arbeitsausgabe>.

⁹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2012/arbeitsausgabe>.

tungszeitraums angeordnet wurde. Hätte der Gesetzgeber des EEG 2014 gewollt, dass ertüchtigte Wasserkraftanlagen vollständig wie Neuanlagen behandelt werden sollen, so wäre dies durch die Fiktion einer neuen Inbetriebnahme zu regeln gewesen.

Dr. Lovens-Cronemeyer

Dr. Mutlak

Dr. Winkler