

2020/20-V

23. Juni 2020

## Votum

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

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG|KWKG<sup>1</sup> durch ihre Mitglieder Dr. Mutlak, Sobotka und die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Krumrey auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren am 23. Juni 2020 einstimmig folgendes Votum:

---

<sup>1</sup>Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern im Folgenden auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin gemäß § 40 Abs. 2 und 3 i. V. m. §§ 19 Abs. 1, 23 Abs. 1, 25, 40 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017<sup>2</sup> einen Vergütungsanspruch in Höhe von 12,40 Cent/kWh für den im Laufwasserkraftwerk [...] erzeugten Strom, soweit die Erzeugung auf einer erhöhten Bemessungsleistung basiert, die infolge der wasserrechtlich nicht zulassungspflichtigen Ertüchtigungsmaßnahme aus dem Jahr 2017 geschaffen wurde, sofern die zusätzliche Bemessungsleistung 500 kW nicht überschreitet.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle:

Ergeben sich aus diesem Votum nachträgliche Korrekturen am bundesweiten Ausgleich hinsichtlich der abzurechnenden Strommengen oder Vergütungs- bzw. Prämienzahlungen (finanzielle Förderung), sind diese Korrekturen gemäß § 62 Absatz 1 Nummer 4 EEG 2017 bei der nächsten Abrechnung zu berücksichtigen.

## I Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist streitig, in welcher Höhe der Anspruchstellerin ein Vergütungsanspruch nach dem EEG für den Strom zusteht, der in ihrer Laufwasserkraftanlage (im Folgenden WKA) aufgrund der durchgeführten Ertüchtigung zusätzlich erzeugt wird.
- 2 Die Anspruchstellerin betreibt seit 1958 eine WKA in [...] mit einer installierten elektrischen Leistung von [ca.7 000]kW. Für den in der verfahrensgegenständlichen WKA erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom bestand bis zum Jahr 2017 kein Vergütungsanspruch nach dem EEG.

<sup>2</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der vom 14.08.2020 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze vom 08.08.2020 (BGBl. I. S. 1728) sowie Artikel 6 des Gesetzes zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) vom 08.08.2020 (BGBl. I. S. 1818), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

- 3 Im Jahr 2017 verbesserte die Anspruchstellerin das Leistungsvermögen der WKA durch wasserrechtlich nicht zulassungspflichtige Ertüchtigungsmaßnahmen nach § 40 Abs. 2 EEG 2017, u. a.:
- Automatisierung der Turbinenregelung,
  - Modernisierung der Mittelspannungsanlage,
  - Optimierung der Oberwasserstandsregelung,
  - Automatisierung der Be- und Entlüftung im Krafthaus,
  - Automatisierung der Evakuierungseinrichtung der Maschinen.
- 4 Die durchschnittlich zu erwartende Jahreserzeugung erhöhte sich dabei von 39 704 513 kWh auf 43 943 364 kWh, mithin um 4 238 851 kWh. Die durchschnittliche Bemessungsleistung gemäß § 3 Nr. 6 EEG 2017 belief sich bisher auf 4 532 kW (39 704 513 kWh/8 760 h) und erhöhte sich durch die Ertüchtigung auf 5 016 kW (43 943 364 kWh/8 760 h). Dies entspricht einer Erhöhung des Leistungsvermögens um 483,887 kW, folglich um mehr als 10 Prozent. Für die Einzelheiten der Ertüchtigungsmaßnahmen und deren Auswirkungen auf das Leistungsvermögen der WKA wird auf das zur Akte gereichte Gutachten des Sachverständigenbüros für Wasserwirtschaft verwiesen.<sup>3</sup>
- 5 Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die Voraussetzungen des § 40 Abs. 2, 3 EEG 2017 eingehalten wurden und ein Anspruch auf Vergütung für den infolge der Ertüchtigung zusätzlich erzeugten Strom aus § 40 Abs. 1 bis 3 i. V. m. §§ 19, 23 EEG 2017 besteht. Ebenso ist unstrittig zwischen den Parteien, dass der im zur Akte gereichten Gutachten des Sachverständigenbüros für Wasserwirtschaft errechnete Wert für die durchschnittliche Jahresstromproduktion der Anlage vor der Modernisierung von 39 704 513 kWh zugrunde zulegen ist. Darauf basierend errechnet sich die der Modernisierung zuzuordnende Strommenge in einem Kalenderjahr wie folgt:

In einem Kalenderjahr erzeugte Strommenge + Ausfallarbeit (bei  
Einspeisemanagementmaßnahmen) - 39 704 513 kWh

<sup>3</sup>Sachverständigenbüro für Wasserwirtschaft, Gutachten „Nachweis der technischen Modernisierung mit Leistungserhöhung gemäß § 40 EEG 2017, Wasserkraftanlage [...]“ v. 31.01.2018.

- 6 **Die Anspruchstellerin** vertritt die Auffassung, dass der anzulegende Wert für die Stromproduktion, die den zusätzlichen 483,887 kW Bemessungsleistung zuzuordnen ist, ausschließlich nach § 40 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 zu bestimmen sei. Die Vergütungsstufen des § 40 Abs. 1 EEG 2017 seien „von unten beginnend“ anzuwenden, wobei die bereits vorhandene, nicht förderfähige Bestandsleistung unberücksichtigt bleiben müsse. Diese Auslegung ergebe sich bereits aus dem Wortlaut von § 40 Abs. 2 und 3 EEG 2017 und den von diesen mittelbar in Bezug genommenen §§ 19, 23 EEG 2017. Nach §§ 19 Abs. 1, 23 Abs. 1 EEG 2017 bestimme sich die Höhe des Vergütungsanspruchs nach dem hierfür als Berechnungsgrundlage heranzuziehenden anzulegenden Wert. Für WKA werde dies in § 40 EEG 2017 geregelt, der zunächst nur für neue Anlagen gelte. In § 40 Abs. 2 und 3 EEG 2017 werde für den Vergütungsanspruch für ertüchtigte WKA auf § 19 Abs. 1 Bezug genommen. Eingeschränkt sei der Vergütungsanspruch für Anlagen, die vor der Ertüchtigung eine installierte Leistung von mehr als 5 MW aufwiesen, dahingehend, als dass dieser nur für den der Leistungserhöhung zuzuordnenden Strom gelte. Daraus ergebe sich bereits, dass der Strom aus der „Bestands-“Leistung, der nicht förderfähig sei, auch keine Relevanz für die Ermittlung der Vergütungshöhe des förderfähigen Stroms haben könne. Daraus folge, dass die Leistungsschwellen des § 40 Abs. 1 EEG 2017 auch nur auf die zusätzliche Bemessungsleistung angewendet werden könnten. Diese Auslegung werde auch in der Literatur sowie den einschlägigen Kommentaren vertreten.<sup>4</sup>
- 7 Die Berechnung anhand einer anteilig gesteigerten Bemessungsleistung lasse sich auch nicht aus der Gesetzeshistorie ableiten. Vielmehr spreche diese dafür, dass die zusätzlich geschaffene Bemessungsleistung ohne Berücksichtigung der Bestands-Bemessungsleistung beginnend mit der ersten Stufe (500 kW) zu vergüten sei. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Ursprungsfassung der Regelung in § 6 Abs. 2 Satz 4 und 5 EEG 2004<sup>5</sup>, der eine spezielle Vergütungsregelung für die auf die Leistungserhöhung entfallende Stromproduktion enthalte.

<sup>4</sup>Die Anspruchstellerin beruft sich dazu u. a. auf *Keuneke*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar, EEG, § 40 Rn. 21 f.; *Kahle*, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2014, § 23 Rn. 35; *Wustlich*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 23 Rn. 41 ff.; *Fischerbauer*, in: Danner/Theobald, EEG 2017, EL 98, 2018, § 40 Rn. 111.

<sup>5</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Artikel 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich vom 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), außer Kraft gesetzt durch Artikel 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004.

8 § 6 Abs. 2 Satz 4 und 5 EEG 2004 lautet:

„Vergütet wird nur die zusätzliche Strommenge, die der Erneuerung zuzurechnen ist. Die Vergütung beträgt

1. bis einschließlich einer Leistungserhöhung von 500 Kilowatt mindestens 7,67 Cent pro Kilowattstunde“

9 Der eindeutige Wortlaut werde zudem durch die Gesetzesbegründung zu § 6 EEG 2004 gestützt:

„Weil die **Investitionskosten je zusätzlichem Kilowatt Leistung für einen Neubau und eine Erweiterung** nach Untersuchungen im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit **in der Regel gleich hoch sind**, wird auch der Strom aus einer Erweiterung wie Strom aus einer neuen Anlage vergütet, **sodass der Strom, der der bisherigen Leistung zuzurechnen ist, bei der zu vergütenden Strommenge nicht berücksichtigt wird. Der Strom, der den ersten 500 Kilowatt neue zugebauter Leistung zugerechnet werden kann, wird also mit mindestens 7,67 Cent pro Kilowattstunde vergütet.**“<sup>6</sup>

10 Mit dem EEG 2009<sup>7</sup> habe es umfassende Veränderungen bei der Förderung von WKA gegeben, so sei nun auch erstmals ein Vergütungstatbestand für neue WKA mit einer installierten Leistung von mehr als 5 MW aufgenommen worden, weshalb der 1. Januar 2009 auch in § 40 EEG 2017 in Bezug genommen werde. § 23 Abs. 1 EEG 2009 regle die Förderung für die drei Leistungsstufen bis 500 kW, bis 2 MW und bis 5 MW, während die Förderung von Neuanlagen über 5 MW in § 23 Abs. 3

<sup>6</sup>BT-Drs. 15/2327, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/278>, S. 28, Hervorhebungen durch die Anspruchstellerin.

<sup>7</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Artikel 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vom 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), außer Kraft gesetzt durch Artikel 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009, Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

EEG 2009 vorgesehen war. Die Förderung für modernisierte bzw. ertüchtigte WKA sei in § 23 Abs. 2 (bis 5 MW) und Abs. 4 (über 5 MW) geregelt worden.

11 § 23 Abs. 4 EEG 2009 lautet:

„Für Strom aus Wasserkraft, der in Anlagen mit einer Leistung über 5 Megawatt erzeugt wird, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen und nach dem 31. Dezember 2008 modernisiert worden sind und nach der Modernisierung eine höhere Leistung aufweisen, **gelten Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 entsprechend für den Strom, der der Leistungserhöhung zuzurechnen ist.** Wenn die Anlage vor dem 1. Januar 2009 eine Leistung bis einschließlich 5 Megawatt aufwies, besteht für den Strom, der diesem Leistungsanteil entspricht, weiterhin Anspruch auf Vergütung nach der bislang geltenden Regelung.“<sup>8</sup>

12 Damit sei die separate Vergütungsregelung für Leistungssteigerungen bei WKA ab 5 MW aus dem EEG 2004 durch einen Verweis auf die Vergütungsregelung für Neuanlagen ersetzt worden. Damit habe sich die verfahrensgegenständliche Frage bereits unter dem EEG 2009 gestellt. In der Gesetzesbegründung zum EEG 2009 sei jedoch klargestellt worden, dass damit keine inhaltliche Änderung verbunden gewesen sei, weshalb die ersten 500 kW der zusätzlichen Leistung genauso zu vergüten seien, wie die ersten 500 kW einer Neuanlage.

13 Die Begründung zu § 23 Abs. 4 EEG 2009 lautet:

„Absatz 4 regelt die Modernisierung bestehender großer Wasserkraftanlagen. Er **entspricht dem bisherigen § 6 Abs. 2 EEG 2004** und soll einen Anreiz setzen, diese Wasserkraftanlagen zu modernisieren. Da der Vergütungszeitraum auf 20 Jahre verlängert wird, wird – wie in Absatz 3 – im Gegenzug die Vergütungshöhe gegenüber dem bislang geltenden EEG leicht verringert.

...

Darüber hinaus müssen jetzt auch dann Vergütungen gewährt werden, wenn das elektrische Arbeitsvermögen um weniger als 15 Prozent erhöht worden ist. Diese Änderung ist durch das oft nur geringe Leistungserhöhungspotenzial begründet. **Auch besteht durch die Streichung**

<sup>8</sup>Hervorhebungen durch die Anspruchstellerin.

**der Klausel keine Gefahr von Mitnahmeeffekten, da die Vergütung nur für den hinzugewonnenen Leistungsanteil gewährt wird.**

Daneben wurde die Obergrenze von 150 Megawatt aus Gründen der Übersichtlichkeit und angesichts der Tatsache, dass in absehbarer Zeit Kraftwerke dieser Größenordnung in Deutschland ohnehin nicht realisiert werden können, gestrichen.

**Wie im bisherigen Recht wird auch weiterhin nur der durch die Modernisierung zusätzlich gewonnene Strom vergütet. Der Strom, der der bisherigen Leistung zuzurechnen ist, wird bei der zu vergütenden Strommenge also nicht berücksichtigt. Der Strom, der den ersten 500 Kilowatt neuer zugebauter Leistung zugerechnet werden kann, wird also mit mindestens 6,79 Cent pro Kilowattstunde vergütet.“<sup>9</sup>**

- 14 Seit dem EEG 2009 sei diese Vorschrift nur noch redaktionell, nicht aber inhaltlich verändert worden, so dass die Gesetzesbegründung zum EEG 2009 weiterhin auch zum § 40 EEG 2017 maßgeblich bleibe.
- 15 Dieses Ergebnis werde auch durch die teleologische Auslegung gestützt. Denn nach Sinn und Zweck sei die Bereitstellung zusätzlicher Leistung ebenso zu fördern wie Neuanlagen unter Vermeidung von Überförderungen.<sup>10</sup> Dies werde erreicht, indem der Gesetzgeber bereits wirtschaftlich arbeitenden Bestandsanlagen nicht extra fördere.<sup>11</sup> Zudem zeigten Untersuchungen, dass die Investitionskosten für einen Zubau vergleichbar seien mit denen für einen Neubau.<sup>12</sup> Eine Auslegung im Sinne der Anspruchsgegnerin würde deshalb dazu führen, dass der Zubau nicht kostendeckend realisiert werden könne. Auch neuere Untersuchungen zeigten, dass sich hier keine Veränderungen in der Kostenstruktur ergeben hätten.<sup>13</sup>

<sup>9</sup>BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/933> S. 53 f. Hervorhebungen und Auslassungen durch die Anspruchstellerin.

<sup>10</sup>Dazu nimmt die Anspruchstellerin Bezug auf BT-Drs. 18/8860, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3253/material>, S. 181, 234 und 256.

<sup>11</sup>Dazu nimmt die Anspruchstellerin Bezug auf BT-Drs. 15/2327, S. 27

<sup>12</sup>Die Anspruchstellerin nimmt dazu Bezug auf BT-Drs. 15/2327, S. 28.

<sup>13</sup>Die Anspruchstellerin nimmt dazu Bezug auf das im Mai 2018 im Auftrag des BMWi zur Vorbereitung und Begleitung bei der Erstellung eines Erfahrungsberichtes gemäß § 97 Erneuerbare-Energien-Gesetz erstellte Teilvorhaben IId: Wasserkraft des Ingenieurbüros Floecksmühle, Kapitel 6.3, S. 99 ff.

- 16 Für die Ansicht der Anspruchstellerin spreche ebenso die systematische Auslegung. Denn diese beruhe darauf, dass die Rechtsordnung als Ganzes widerspruchsfrei auszulegen sei. Gegen die Auffassung der Anspruchstellerin könne allenfalls § 23c EEG 2017 angeführt werden, wonach sich bei WKA der Anspruch „jeweils anteilig nach der Bemessungsleistung der Anlage“ bestimme. Dies könne so verstanden werden, dass die Gesamtbemessungsleistung für die Vergütungsberechnung nach § 40 EEG 2017 heranzuziehen sei. Jedoch bestehe im vorliegenden Fall der Vergütungsanspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 nicht für den gesamten in der Anlage erzeugten Strom, sondern lediglich für den der Leistungserhöhung zuzuordnenden Strom. Insoweit müsse dies auch für § 23c EEG 2017 gelten. § 40 Abs. 3 Satz 1 EEG 2017 sei damit letztlich *lex specialis* zu § 23c EEG 2017. Schon aus diesem Grund könne auch nicht – wie von der Anspruchsgegnerin vorgebracht – das Votum 2013/56<sup>14</sup> gegen die Rechtsauffassung der Anspruchstellerin herangezogen werden, denn gemäß § 40 Abs. 3 Satz 1 EEG 2017 bestehe nur für einen Teil der Gesamtstrommenge ein Vergütungsanspruch. Bei dem dem Votum zugrundelegenden Fall bestand dagegen für die gesamte Strommenge ein Anspruch auf Grundvergütung. Insbesondere seien die Anwendungsfälle nicht miteinander vergleichbar.
- 17 Schließlich könne dagegen auch nicht angeführt werden, dass bei Befolgung der Auslegung der Anspruchstellerin die oberen Leistungsklassen des § 40 Abs. 1 EEG 2017 stets unbesetzt blieben. Denn § 40 Abs. 1 EEG 2017 gelte im Grundsatz für Neuanlagen, bei denen durchaus so große installierte Leistungen möglich seien.
- 18 Da vorliegend durch die Ertüchtigung eine zusätzliche Bemessungsleistung von 483,887 kW (d. h. weniger als 5 MW) geschaffen wurde, falle diese vollständig in die unterste Leistungsstufe des § 40 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017. Für die daraus resultierende Stromproduktion sei daher ein Wert von 12,40 Cent/kWh anzulegen.
- 19 **Die Anspruchsgegnerin** ist der Auffassung, dass bei der Berechnung der Höhe der Vergütung für die zusätzlich nach der Modernisierung erzeugten Strommengen nach den Vergütungsstufen des § 40 Abs. 1 EEG 2017 die sog. „anteilige gesteigerte Bemessungsleistung“ zu berücksichtigen sei, mithin grundsätzlich eine Verteilung der vorgenannten Strommengen auf die jeweiligen Leistungszonen entsprechend der Bemessungsleistung vorzunehmen sei. Dazu sei das Verhältnis zwischen der Steigerung der Bemessungsleistung durch die Ertüchtigung und der (neuen) Gesamtbemessungsleistung der Anlage zu ermitteln. Sodann sei der sich aus diesem Verhältnis ergebende

<sup>14</sup>Clearingstelle, Votum v. 30.10.2013 – 2013/56, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/56>.

Faktor mit der maximal zu erreichenden Jahresarbeit der jeweiligen Stufen des § 40 Abs. 1 EEG 2017 zu multiplizieren. Das sich aus dieser Multiplikation ergebende Produkt sei die Strommenge, für die der Vergütungssatz der einschlägigen Stufe zu zahlen sei.

- 20 Der Rechenansatz sei angelehnt an die Berechnung des Förderanspruchs für Biogasanlagen, wenn lediglich für eine Teilmenge der förderfähigen Strommenge z. B. der KWK-Bonus gezahlt werde. Auch hier werde nach dem Proportionalitätsprinzip vorgegangen, wonach zunächst eine Bemessungsleistung berechnet werde, die die grundsätzliche Belegung der Leistungszonen vorgebe. Die Anspruchsgegnerin nimmt dazu Bezug auf das Votum 2013/56 der Clearingstelle.<sup>15</sup>
- 21 Dies ergebe sich aus folgenden Überlegungen: § 40 Abs. 3 Satz 1 EEG 2017 fordere die Feststellung einer der Leistungssteigerung zurechenbaren Strommenge. § 40 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 mache deutlich, welche Vergütungsregelungen für eine ggf. bereits förderberechtigte Strommenge nach Abschluss der Ertüchtigung zu gelten hätten. Dabei werde deutlich, dass eine nichteinheitliche Behandlung der Teilmengen möglich sein solle. Weiterhin regele § 23c EEG 2017 eindeutig, dass zur Berechnung der Förderung von Wasserkraftanlagen die Bemessungsleistung zu verwenden sei. Dazu sei die (gesamte) Erzeugung der Anlage maßgeblich und nicht nur Teilmengen, die einen erhöhten Förderanspruch hätten. Insbesondere sehe die Anspruchsgegnerin keinerlei Ausschlusskriterien für die Anwendung des § 23c EEG 2017 in Bezug auf ertüchtigte Wasserkraftanlagen.
- 22 Die Gesetzesbegründungen zum EEG 2004 und zum EEG 2009 lägen zeitlich vor dem in Bezug genommenen Votum 2013/53. Eine Klarstellung in den Begründungen zum EEG 2014 oder EEG 2017, wonach § 23c EEG 2017 in Bezug auf die Regelungen des § 40 Abs. 3 EEG 2014 abweichend angewendet werden solle, sei nicht erfolgt. Insbesondere spreche gegen eine Auffüllung der zusätzlich erzeugten Strommenge zunächst in der untersten Leistungsschwelle der Gesetzeszweck, bestehende Überförderungen abzubauen und in Anlehnung an die Stromgestehungskosten anforderungsgerecht zu fördern.
- 23 Auf den vorliegenden Fall übertragen ergebe sich bei einer anteilig gesteigerten Bemessungsleistung von 10 Prozent ein Faktor von (gerundet) 0,1 (Verhältnis von zusätzlicher Leistung durch Ertüchtigung i. H. v. 483,887 kW zu neuer gesamten Bemessungsleistung i. H. v. 5 016 kW). Dies bedeute:

<sup>15</sup>Clearingstelle, Votum v. 30.10.2013 – 2013/56, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/56>, Rn. 61 ff.

- Nach der ersten Stufe seien 438 000 kWh mit dem Vergütungssatz von 12,40 ct/kWh zu vergüten (§ 40 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017). Denn bei 8 760 h multipliziert mit 500 kW, als Schwelle der ersten Stufe, ergebe sich eine maximale Jahresarbeit von 4 380 000 kWh. Diese maximale Jahresarbeit multipliziert mit dem Faktor von 0,1 ergebe 438 000 kWh.
  - Nach der zweiten Stufe seien 1 314 000 kWh mit dem Vergütungssatz von 8,17 ct/kWh zu vergüten (§ 40 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017). Dies ergebe sich aus der Multiplikation von 1,5 MW (2 MW abzüglich der bereits in Stufe 1 berücksichtigten 500 kW), 8 760 h sowie dem Faktor 0,1.
  - Schließlich seien 2 628 000 kWh mit einem Vergütungssatz von 6,25 ct/kWh nach der dritten Stufe zu vergüten (§ 40 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017). Dies sei das Produkt aus 3 MW (5 MW abzüglich der bereits in Stufe 1 und 2 berücksichtigten 2 MW), 8 760 h und dem Faktor 0,1.
- 24 Insgesamt sei folglich die aufgrund der Ertüchtigungsmaßnahme zusätzlich erzeugte Strommenge von 4 380 000 kWh unter Berücksichtigung der Vergütungsstufen nach § 40 Abs. 1 EEG 2017 zu vergüten.
- 25 Mit Beschluss vom 9. Juni 2020 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 ihrer Verfahrensordnung (VerfO)<sup>16</sup> nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle zu begutachtende Frage lautet:

Hat die Anlagenbetreiberin gegen die Netzbetreiberin gemäß § 40 Abs. 2 und 3 i. V. m. §§ 19 Abs. 1, 23 Abs. 1, 40 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 einen Vergütungsanspruch in Höhe von 12,40 Cent/kWh für den im Laufwasserkraftwerk [...] erzeugten Strom, soweit die Erzeugung auf einer erhöhten Bemessungsleistung basiert und die zusätzliche Bemessungsleistung die Leistungsschwelle von 500 kW nicht überschreitet, die infolge der wasserrechtlich nicht zulassungspflichtigen Ertüchtigungsmaßnahme aus dem Jahr 2017 geschaffen wurde?

<sup>16</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle in der Fassung v. 01.01.2018, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

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

### 2.2 Würdigung

- 27 Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin gemäß § 40 Abs. 2 und 3 i. V. m. §§ 19 Abs. 1, 23 Abs. 1, 40 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 einen Vergütungsanspruch in Höhe von 12,40 Cent/kWh für den in ihrer WKA erzeugten Strom, soweit die Erzeugung auf einer erhöhten Bemessungsleistung basiert, die infolge der wasserrechtlich nicht zulassungspflichtigen Ertüchtigungsmaßnahme aus dem Jahr 2017 geschaffen wurde, sofern die zusätzliche Bemessungsleistung 500 kW nicht überschreitet.
- 28 Die erste Leistungsschwelle von 500 kW ist für den Zubau durch Ertüchtigung in diesem Fall von „unten“ aufzufüllen; die bereits vorhandene, nicht förderfähige Bestandsleistung bleibt dabei unberücksichtigt. Dies ergibt sich nicht bereits aus dem Wortlaut, sondern insbesondere aus der historisch-genetischen sowie der teleologischen Auslegung.
- 29 **Wortlaut** Der Wortlaut der einschlägigen Regelungen ist hinsichtlich der zu entscheidenden Frage nicht eindeutig. § 40 Abs. 1 bis 3 EEG 2017 lautet:

„(1) Für Strom aus Wasserkraft beträgt der anzulegende Wert

1. bis einschließlich einer Bemessungsleistung von 500 Kilowatt 12,40 Cent pro Kilowattstunde,

2. ...

(2) Der Anspruch nach § 19 Absatz 1 besteht auch für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind,

wenn nach dem 31. Dezember 2016 durch eine wasserrechtlich zugelassene Ertüchtigungsmaßnahme das Leistungsvermögen der Anlage erhöht wurde. Satz 1 ist auf nicht zulassungspflichtige Ertüchtigungsmaßnahmen anzuwenden, wenn das Leistungsvermögen um mindestens 10 Prozent erhöht wurde. Anlagen nach den Sätzen 1 oder 2 gelten mit dem Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme als neu in Betrieb genommen.

(3) Für Strom aus Wasserkraft, der in Anlagen nach Absatz 2 mit einer installierten Leistung von mehr als 5 Megawatt erzeugt wird, *besteht ein Anspruch nach § 19 Absatz 1 nur für den Strom, der der Leistungserhöhung nach Absatz 2 Satz 1 oder Satz 2 zuzurechnen ist.* Wenn die Anlage vor dem 1. Januar 2017 eine installierte Leistung bis einschließlich 5 Megawatt aufwies, besteht für den Strom, der diesem Leistungsanteil entspricht, der Anspruch nach der bislang für die Anlage maßgeblichen Bestimmung.<sup>17</sup>

30 § 23c EEG 2017 lautet:

„Besteht für *Strom der Anspruch nach § 19 Absatz 1 in Abhängigkeit von der Bemessungsleistung oder der installierten Leistung*, bestimmt sich dieser

1. für Solaranlagen oder Windenergieanlagen jeweils anteilig nach der installierten Leistung der Anlage im Verhältnis zu dem jeweils anzuwendenden Schwellenwert und
2. in allen anderen Fällen jeweils anteilig nach der Bemessungsleistung der Anlage.“<sup>18</sup>

31 § 19 Abs. 1 EEG 2017 lautet:

„Betreiber von Anlagen, in denen ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas eingesetzt werden, haben für den in diesen Anlagen erzeugten Strom gegen den Netzbetreiber einen Anspruch auf

1. auf die Marktprämie nach § 20,

<sup>17</sup>Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>18</sup>Hervorhebungen nicht im Original.

2. auf eine Einspeisevergütung nach § 21 Absatz 1 und 2 oder
3. einen Mieterstromzuschlag nach § 21 Absatz 3.“

- 32 Der Wortlaut von § 40 Abs. 1 bis 3 EEG 2017 kann sowohl so verstanden werden, dass für Ertüchtigungen nach § 40 Abs. 3 EEG 2017, genau wie bei Anlagen nach § 40 Abs. 1 und 2 EEG 2017, die Bemessungsleistung der Gesamtanlage anzulegen ist. Dem Wortlaut naheliegend ist jedoch auch ein Verständnis, wonach zur Ermittlung des Vergütungsanspruchs für Ertüchtigungen nach § 40 Abs. 3 EEG 2017 ausschließlich die zusätzlich durch die Ertüchtigung gewonnene Bemessungsleistung zugrundegelegt ist, da ausweislich des § 40 Abs. 3 EEG 2017 für den bestehenden Leistungsanteil kein Anspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 besteht.<sup>19</sup>
- 33 Auch der Wortlaut von § 23c EEG 2017 ist in dieser Hinsicht nicht eindeutig. Zwar wird in § 23c Satz 1 Nr. 2 EEG 2017 eindeutig auf die Bemessungsleistung der „Anlage“ abgestellt, was zunächst dafür spricht, dass bei der Vergütung von WKA immer auf die Bemessungsleistung der Gesamtanlage anzustellen ist. Jedoch wird im Eingangssatz Bezug genommen auf Strom, für den ein Anspruch auf Vergütung gemäß § 19 Abs. 1 EEG 2017 besteht. Im Regelfall besteht für den gesamten in einer Anlage erzeugten und anschließend eingespeisten Strom ein Anspruch auf Vergütung nach § 19 Abs. 1 EEG 2017. Im speziellen Fall von § 40 Abs. 3 EEG 2017 betrifft dies aber ausdrücklich nur den durch Ertüchtigung zusätzlich erzeugten Strom.
- 34 Inwieweit sich das Zugrundelegen der Bemessungsleistung der Gesamtanlage für den Anwendungsfall des § 40 Abs. 3 EEG 2017 vertreten lässt, oder inwieweit es sich bei dem § 40 Abs. 3 EEG 2017 um die speziellere Regelung handelt, die der allgemeineren Regelung in § 23c EEG 2017 vorgeht, ist nicht ohne Weiteres ersichtlich und bedarf der weiteren Auslegung insbesondere des § 40 Abs. 3 EEG 2017.
- 35 **Keine Anwendbarkeit des Votums 2013/56 der Clearingstelle** Die Feststellungen der Clearingstelle in ihrem Votum 2013/56<sup>20</sup> sind nicht ohne Weiteres auf den vorliegenden Fall zu übertragen. In dem vorgenannten Votum war die Frage zu entscheiden, ob für die Anwendung der Leistungszonen zur Ermittlung der

<sup>19</sup>So vertreten von *Keuncke*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar, EEG, § 40 Rn. 21 f.; *Kable*, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2014, § 23 Rn. 35; *Wustlich* in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2013, § 23 Rn. 41 ff.; *Fischerbauer*, in: Danner/Theobald, EEG 2017, EL 98 2018, § 40 Rn. 111.

<sup>20</sup>Clearingstelle, Votum v. 30.10.2013 – 2013/56, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/56>.

erhöhten Vergütung (KWK-Bonus) gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 EEG 2009 die Bemessungsleistung der Anlage i. S. d. § 18 Abs. 2 EEG 2009 oder die sog. KWK-Bemessungsleistung zugrunde zu legen war. In diesem Fall kam die Clearingstelle zu dem Ergebnis, dass die Bemessungsleistung der Gesamtanlage und nicht die KWK-Bemessungsleistung maßgeblich zur Vergütungsermittlung ist.

- 36 Der dem Votum 2013/56 zugrundeliegende Fall ist jedoch nicht mit dem vorliegend zu entscheidenden Fall vergleichbar. Denn im Fall des KWK-Bonus besteht für den gesamten erzeugten und sodann eingespeisten Strom (im Grundsatz) ein Vergütungsanspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 (hier: Grundvergütung für Strom aus Biogas). Das Anlegen eines anderen Leistungsbegriffs für die erhöhte Vergütung (u. a. KWK-Bonus) wurde von der Clearingstelle verneint.
- 37 Im hier zu entscheidenden Fall besteht jedoch schon kein Vergütungsanspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 für die Bestandsanlage, sondern lediglich für den ertüchtigten Leistungsanteil nach § 40 Abs. 3 EEG 2017.

38 **Historie und Genese** Die historische und genetische Auslegung sprechen dafür, dass es für die Anwendung der Leistungsschwellen nach § 40 Abs. 1 EEG 2017 lediglich auf die Bemessungsleistung des zusätzlich infolge der Ertüchtigungsmaßnahme erzeugten Stroms ankommt und die Bemessungsleistung der Bestandsanlage unberücksichtigt bleibt.

39 So findet sich die Ursprungsfassung der Modernisierungsregelung für die große Wasserkraft in § 6 Abs. 2 Sätze 4 und 5 EEG 2004, der eine spezielle Vergütungsregelung für die auf die Leistungserhöhung entfallende Stromproduktion enthielt. Dieser lautet:

„Vergütet wird nur die zusätzliche Strommenge, die der Erneuerung zuzurechnen ist. Die Vergütung beträgt

1. bis einschließlich einer Leistungserhöhung von 500 Kilowatt mindestens 7,67 Cent pro Kilowattstunde“

40 Der insoweit eindeutige Wortlaut wird durch die Gesetzesbegründung zu § 6 EEG 2004 gestützt, die lautet:

„Weil die *Investitionskosten je zusätzlichem Kilowatt Leistung für einen Neubau und eine Erweiterung* nach Untersuchungen im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit **in der**

**Regel gleich hoch sind**, wird auch der Strom aus einer Erweiterung wie Strom aus einer neuen Anlage vergütet, *sodass der Strom, der der bisherigen Leistung zuzurechnen ist, bei der zu vergütenden Strommenge nicht berücksichtigt wird. Der Strom, der den ersten 500 Kilowatt neue zugebaute Leistung zugerechnet werden kann, wird also mit mindestens 7,67 Cent pro Kilowattstunde vergütet.*<sup>21</sup>

41 Mit dem EEG 2009 wurden die Regelungen zur Förderung von WKA umstrukturiert. So wurde nun erstmals ein Vergütungstatbestand für neue WKA mit einer installierten Leistung von mehr als 5 MW aufgenommen. § 23 Abs. 1 EEG 2009 regelt die Förderung für die drei Leistungsstufen bis 500 kW, bis 2 MW und bis 5 MW, während die Förderung von Neuanlagen über 5 MW in § 23 Abs. 3 EEG 2009 vorgesehen war. Die Förderung für modernisierte bzw. ertüchtigte WKA wiederum wurde in § 23 Abs. 2 (bis 5 MW) und Abs. 4 (über 5 MW) geregelt. § 23 Abs. 4 EEG 2009 lautet:

„Für Strom aus Wasserkraft, der in Anlagen mit einer Leistung über 5 Megawatt erzeugt wird, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen und nach dem 31. Dezember 2008 modernisiert worden sind und nach der Modernisierung eine höhere Leistung aufweisen, *gelten Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 entsprechend für den Strom, der der Leistungserhöhung zuzurechnen ist.* Wenn die Anlage vor dem 1. Januar 2009 eine Leistung bis einschließlich 5 Megawatt aufwies, besteht für den Strom, der diesem Leistungsanteil entspricht, weiterhin Anspruch auf Vergütung nach der bislang geltenden Regelung.“<sup>22</sup>

42 Damit wurde die eigene Vergütungsregelung unter Nennung des entsprechenden Vergütungssatzes für Leistungssteigerungen bei WKA ab 5 MW aus dem EEG 2004 durch einen Verweis auf die Vergütungsregelung für Neuanlagen ersetzt. Die vorliegend für das EEG 2017 zu klärende Frage hat sich damit bereits unter dem EEG 2009 gestellt. Der Gesetzesbegründung zum EEG 2009 lässt sich jedoch eindeutig entnehmen, dass mit der Änderung des Wortlauts keine inhaltliche Änderung verbunden gewesen sei sollte. Die Begründung zu § 23 Abs. 4 EEG 2009 lautet:

„Absatz 4 regelt die Modernisierung bestehender großer Wasserkraftanlagen. Er *entspricht dem bisherigen § 6 Abs. 2 EEG 2004* und soll einen

<sup>21</sup>BT-Drs. 15/2327, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/278>, S. 28, Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>22</sup>Hervorhebungen nicht im Original.

Anreiz setzen, diese Wasserkraftanlagen zu modernisieren. Da der Vergütungszeitraum auf 20 Jahre verlängert wird, wird – wie in Absatz 3 – im Gegenzug die Vergütungshöhe gegenüber dem bislang geltenden EEG leicht verringert.

...

Darüber hinaus müssen jetzt auch dann Vergütungen gewährt werden, wenn das elektrische Arbeitsvermögen um weniger als 15 Prozent erhöht worden ist. Diese Änderung ist durch das oft nur geringe Leistungserhöhungspotenzial begründet. *Auch besteht durch die Streichung der Klausel keine Gefahr von Mitnahmeeffekten, da die Vergütung nur für den hinzugewonnenen Leistungsanteil gewährt wird.*

Daneben wurde die Obergrenze von 150 Megawatt aus Gründen der Übersichtlichkeit und angesichts der Tatsache, dass in absehbarer Zeit Kraftwerke dieser Größenordnung in Deutschland ohnehin nicht realisiert werden können, gestrichen.

*Wie im bisherigen Recht wird auch weiterhin nur der durch die Modernisierung zusätzlich gewonnene Strom vergütet. Der Strom, der der bisherigen Leistung zuzurechnen ist, wird bei der zu vergütenden Strommenge also nicht berücksichtigt. Der Strom, der den ersten 500 Kilowatt neuer zugebauter Leistung zugerechnet werden kann, wird also mit mindestens 6,79 Cent pro Kilowattstunde vergütet.“<sup>23</sup>*

- 43 Dem lässt sich entnehmen, dass auch mit der Neuregelung für Strom aus WKA bei modernisierten WKA über 5 MW die ersten 500 kW der zusätzlichen Leistung genauso wie die ersten 500 kW einer Neuanlage zu vergüten sind.
- 44 Seit dem EEG 2009 haben sich die Vergütungsregelungen für WKA nur noch redaktionell geringfügig verändert. Insoweit ist die Gesetzesbegründung zum EEG 2009 auch weiterhin für § 40 EEG 2017 maßgeblich.
- 45 So lautet die Begründung zu § 40 EEG 2017:

„§ 40 EEG 2016 legt den anzulegenden Wert für Wasserkraftanlagen fest, deren anzulegender Wert gesetzlich bestimmt wird, und regelt die Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs. Die Bestimmung

<sup>23</sup>BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/933> S. 53 f. Auslassungen und Hervorhebungen nicht im Original.

ist im Kern gegenüber § 40 EEG 2014 unverändert. Die anzulegenden Werte sind allerdings aufgrund der Degression abgesenkt und geben das Niveau wieder, das am 1. Januar 2016 gilt. Absatz 2 Satz 3 wurde angepasst: Für modernisierte Anlagen soll nicht nur der Vergütungsanspruch neu zu laufen beginnen (wie schon bisher in Satz 3 geregelt), vielmehr sollen diese Anlagen im Sinne des EEG 2016 als neu in Betrieb genommen behandelt werden. In der Folge unterliegen die Vergütungssätze der Degression und die Anlagen müssen alle Anforderungen erfüllen, die an Neuanlagen gestellt werden. Die Regelung hat hingegen keine Auswirkung auf die Frage, ob eine modernisierte Wasserkraftanlage im Sinne von anderen Gesetzen (wie dem Wasserhaushaltsgesetz) eine Neuanlage ist.“<sup>24</sup>

46 Die Begründung zu § 40 Abs. 3 EEG 2014 lautet:

„Die Bestimmung ist bis auf die Anpassung des für die Ertüchtigungsmaßnahme maßgeblichen Zeitpunkts an das Inkrafttreten des Gesetzes in Satz 2 identisch mit § 23 Absatz 3 EEG 2012.“<sup>25</sup>

47 Die Begründung zu § 23 Abs. 3 EEG 2012 lautet:

„In § 23 werden die Bestimmungen zur Vergütung von Strom aus Wasserkraft neu gefasst und hiermit die entsprechenden Empfehlungen der wissenschaftlichen Berichte zum EEG-Erfahrungsbericht umgesetzt. Mit den Änderungen in Absatz 1 werden einheitliche Vergütungen für Anlagen mit einer installierten Leistung von unter bzw. über 5 Megawatt festgelegt, da die derzeit an dieser Schwelle bestehende Ungleichbehandlung nicht durch entsprechend unterschiedliche Stromgestehungskosten zu begründen ist. Deutlich wird dieser Unterschied bei Gegenüberstellung der durchschnittlichen Vergütung einer Neuanlage mit einer installierten Leistung von knapp unter 5 Megawatt und einer Neuanlage von knapp über 5 Megawatt. So würde beispielsweise eine Neuanlage mit 4,9 Megawatt mit durchschnittlich etwa 9,06 Cent

<sup>24</sup>Referentenentwurf zur Urfassung des EEG 2017 v. 14.04.2016, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3253/material> S. 194.

<sup>25</sup>Referentenentwurf des BMWi, v. 31.03.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/2564/material>, S. 82.

pro Kilowattstunde vergütet, während eine 5,1 MW-Anlage lediglich eine Vergütung von etwa 6,29 Cent pro Kilowattstunde für den erzeugten Strom erhalten würde. Es ist ein ungewünschter Anreiz, am jeweiligen Standort nicht das volle zur Verfügung stehende Potenzial zu nutzen. Daher werden alle Vergütungsgruppen zusammengeführt und einheitlich behandelt. Dies bedeutet eine kontinuierliche Reduzierung der Vergütungshöhe entsprechend dem kontinuierlichen Absinken der Stromgestehungskosten bei steigender installierter Leistung.

...

*Absatz 3 entspricht grundsätzlich § 23 Absatz 4 EEG 2009; es werden lediglich redaktionelle Anpassungen an die neuen Absätze 1 und 2 vorgenommen.“<sup>26</sup>*

- 48 Dies spricht dafür, dass die insoweit eindeutige Begründung zu § 23 Abs. 3 EEG 2009 auch für die nachfolgenden Regelungen für die Modernisierung der Großwasserkraft – einschließlich des § 40 Abs. 3 EEG 2017 – heranzuziehen ist.
- 49 **Teleologie** Auch die Auslegung nach Sinn und Zweck der Regelung spricht dafür, dass bei der Modernisierung nach § 40 Abs. 3 EEG 2017 lediglich die zusätzliche Bemessungsleistung den Vergütungsschwellen zugrunde zu legen ist. Denn nach dem Sinn und Zweck der Regelung ist die Bereitstellung zusätzlicher Leistung ebenso zu fördern wie Neuanlagen unter Vermeidung von Überförderungen.<sup>27</sup> Insgesamt hat sich dabei bei der großen Wasserkraft gezeigt, dass eine etwaige Überförderung im EEG 2017 durch eine Absenkung der Förderung insgesamt erreicht wurde.<sup>28</sup> Bei der Novellierung des EEG 2014 wurde vollumfänglich auf die Regelung zum EEG 2012 verwiesen. Hintergrund der WKA-Regelung des EEG 2012 wiederum war, dass Anpassungen bei der Höhe der Vergütung vorgenommen wurden, da die vormaligen unterschiedlichen Vergütungssätze für Anlagen mit einer installierten Leistung un-

<sup>26</sup>BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/1423/material>, S. 68 f., Auslassungen und Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>27</sup>Vgl. BT-Drs. 18/8860, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3253/material>, S. 181, 234 und 256.

<sup>28</sup>Referentenentwurf zur Urfassung des EEG 2017 v. 14.04.2016, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3253/material>, S. 194.

ter bzw. über 5 MW nicht durch die jeweiligen Stromgestehungskosten gerechtfertigt waren.<sup>29</sup>

- 50 Auch neuere Untersuchungen zeigen, dass sich hier keine wesentlichen Veränderungen in der Kostenstruktur im Vergleich von Neubau und Modernisierungen der Großen WKA ergeben haben. So wird in einer Studie in Vorbereitung auf den Erfahrungsbericht zum EEG 2017 ausgeführt:

„Wie in Kapitel 6.1.1.3 erläutert, ist die Berechnung der Stromgestehungskosten für die Modernisierung von Wasserkraftanlagen > 5 MW aus verschiedenen Gründen mit großen Unsicherheiten verbunden. Zum einen ist die Datengrundlage sehr schlecht, da kaum Modernisierungen durchgeführt worden sind. Zum anderen sind die Kosten in Abhängigkeit der absoluten Leistungssteigerung darzustellen, die je nach Größe der Anlage aber zu unterschiedlichen Kosten führen.

... Aus diesen Gründen wurde auf eine tabellarische Darstellung verzichtet. Die Berechnung der Stromgestehungskosten bei Leistungssteigerung der Wasserkraftanlage führt je nach Maßnahme bzw. Maßnahmenkombination zu Stromgestehungskosten, die im Bereich der durchschnittlichen Förderung nach EEG 2017 (z. B. nur Steuerung oder nur Dotierturbine) oder deutlich darüber liegen.“<sup>30</sup>

- 51 Eine Überförderung aufgrund einer Auslegung, nach der für die Ermittlung der Vergütungshöhe bei Ertüchtigungen nach § 40 Abs. 3 EEG 2017 lediglich die Bemessungsleistung der Ertüchtigung zugrundegelegt ist, ist damit nicht zu befürchten.
- 52 **Gesamtschau** In der Gesamtschau ergibt die Auslegung des § 40 Abs. 3 EEG 2017, dass insbesondere aufgrund der historisch-genetischen und teleologischen Auslegung für die Ermittlung der Vergütungshöhe bei der verfahrensgegenständlichen Ertüchtigungsmaßnahme gemäß § 40 Abs. 3 EEG 2017 die Bemessungsleistung lediglich der Ertüchtigung und nicht die der Gesamtanlage zugrundegelegt ist.

<sup>29</sup>BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/1423/material>, S. 68 f.

<sup>30</sup>Vgl. das im Mai 2018 im Auftrag des BMWi zur Vorbereitung und Begleitung bei der Erstellung eines Erfahrungsberichtes gemäß § 97 Erneuerbare-Energien-Gesetz erstellte Teilvorhaben IID: Wasserkraft des Ingenieurbüros Floecksmühle, Kapitel 6.3, S. 102 f., Auslassungen nicht im Original.

53 Dem steht auch nicht der § 23c EEG 2017 entgegen, da § 40 Abs. 3 EEG 2017 diesbezüglich die speziellere Regelung darstellt und damit der allgemeinen Regelung in § 23c EEG 2017 vorgeht.

Krumrey

Dr. Mutlak

Sobotta