



Wasserwirtschaftsverband
Baden-Württemberg e. V. (WBW)

Geschäftsstelle:
c/o Fichtner Water & Transportation GmbH
Sarweystr. 3, 70191 Stuttgart
Tel.: 0711/8995-736
Fax: 0711/8995-666
E-Mail: sekretariat@wbw-ev.de

Geschäftsführer:
Prof. Dr.-Ing. Stephan Heimerl
Tel.: 0711/8995-737
E-Mail: gf@wbw-ev.de

20. September 2021

Zeichen: WBW_20210920_
Clearingstelle_Hinweisverfahren_2021-10-V

WBW e. V. - c/o Fichtner - Sarweystr. 3 - 70191 Stuttgart

Clearingstelle EEG|KWKG
Charlottenstraße 65

10117 Berlin

Hinweisverfahren 2021/10-V, Beschluss vom 08.08.2021
- Stellungnahme des WBW

Sehr geehrte Damen und Herren!

wir bedanken uns seitens des Wasserwirtschaftsverbandes Baden-Württemberg e. V. (WBW) für die Gelegenheit, die folgende Stellungnahme zum Hinweisverfahren 2021/10-V abgeben zu können.

1 Fragestellung 1

Gibt § 40 Abs. 2 EEG2017/EEG 2021 den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern einen Anspruch auf (erhöhte) Vergütung gegen den Netzbetreiber (Privilegierung von Anlagenbetreibern) oder greift § 40 Abs. 2 EEG2017/EEG 2021 auch in Rechte der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ein, mit der Folge, dass aufgrund einer nach dem 31. Dezember 2016 abgeschlossenen Erhöhung des Leistungsvermögens einer Wasserkraftanlage der bis zur Erhöhung des Leistungsvermögens geltende Vergütungsanspruch entfällt?

2 Stellungnahme 1

Diese gestellte Frage bezieht sich im Hinblick auf mögliche Konflikte ausschließlich auf die Wasserkraftanlagen, die im Rahmen einer Erhöhung des Leistungsvermögens nach § 23 Abs. 2 EEG 2017/2021 eine dann geringere Vergütung erhalten als vor Durchführung der Maßnahme der leistungserhöhenden Maßnahme.

2.1 Teil 1

Der Begriff der Modernisierung, der auch der jetzigen Regelung des § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 als Ertüchtigungsmaßnahme zugrunde liegt, hat in den vorangegangenen Fassungen des EEG inhaltliche Veränderungen erfahren. Die deutlichste Zäsur bestand mit dem Inkrafttreten des EEG 2014, wo erstmals die ökologischen Anforderungen nach der Wasserrahmenrichtlinie und den darauf aufbauenden nationalen Regelungen des Wasserhaushaltsgesetzes nicht mehr ausdrücklich Gegenstand bzw. Bestandteil des Modernisierungsbegriffes waren, sondern lediglich die ökologischen Anforderungen sozusagen inhärent bei wasserrechtlich zugelassenen Ertüchtigungsmaßnahmen mitgedacht wurden. Sowohl § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG

Vorstand:

Prof. Dr.-Ing. Dr. h. c. mult. Franz Nestmann, Karlsruhe (Präsident)
Dr.-Ing. Nicolaus Römer, Laufenburg (Stellv. Präsident)
Dipl.-Ing. Matthias Weiß, Stuttgart (Stellv. Präsident)

Bankverbindung:

Baden-Württembergische Bank AG
IBAN: DE35 6005 0101 7495 5074 89
BIC: SOLADEST

2004 als auch § 23 Abs. 2 i. V. m. Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 und später § 23 Abs. 2 i. V. m. Abs. 4 EEG 2012 verknüpfte die Modernisierung immer mit einer Verbesserung des ökologischen Zustandes. Die Gesetzesbegründung, Bundestag Drs. 16/8148, S. 53, zu § 23 Abs. 2 EEG 2009 enthält im Hinblick auf die Modernisierung folgende Begründung:

Absatz 2 betrifft die Modernisierung von bestehenden kleinen Wasserkraftanlagen nach Inkrafttreten dieses Gesetzes. Damit die mit der Modernisierung zu erreichende Verbesserung der Gewässerökologie gefördert und wirtschaftlich abgebildet werden kann, ist wie bisher eine erhöhte Vergütung vorgesehen. Gegenüber dem EEG 2004 erfolgt eine geringe Erhöhung der Vergütung, die aufgrund der Verkürzung des Vergütungszeitraums von 30 auf 20 Jahre für modernisierte Anlagen erforderlich ist. Bestehende Anlagen können stärkere Auswirkungen auf die Umgebungsökologie haben, als es bei heute neu zu genehmigenden Anlagen der Fall ist. Durch eine Modernisierung wird dieser Zustand auf das derzeit einzuhaltende Niveau angehoben. Die Regelung schreibt mithin die bisher in § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 enthaltene Modernisierungsvorschrift fort

Danach wird zunächst deutlich, dass sich der Anreiz für die Erhöhung der Vergütung ausschließlich auf die Kompensation der zugleich damit verbundenen gewässerökologischen Maßnahmen bezog. Das EEG 2012 führt diese Begründung fort (vgl. Bundestag Drs. 17/6071, S. 69).

Das EEG 2014 entflieht die gewässerökologischen Vorgaben von den Förderregeln des EEG grundsätzlich und im Übrigen auch zutreffend. In der Gesetzesbegründung, Bundestag Drs. 18/1304, S. 140, heißt es dazu:

Die Förderung des Stroms aus Wasserkraft im EEG 2014 steht naturgemäß im Spannungsfeld zwischen Klimaschutz und Ressourcenschonung auf der einen und dem Natur- und Gewässerschutz auf der anderen Seite. Bau und Betrieb von Wasserkraftanlagen können zum Teil erhebliche Eingriffe in die Gewässerökologie bewirken. Der Konflikt zwischen den sich zum Teil widersprechenden Zielstellungen ist bislang und auch künftig dahingehend aufzulösen, dass die Nutzung des Stroms aus Wasserkraft nur dann durch das EEG gefördert wird, wenn die maßgeblichen gewässerökologischen Anforderungen eingehalten werden. Umgekehrt ist auszuschließen, dass im Rahmen des EEG 2014 eine finanzielle Förderung für Strom aus Anlagen gewährt wird, deren Errichtung oder Betrieb im Widerspruch zu den einschlägigen gesetzlichen Vorgaben steht. In der historischen Entwicklung des EEG wurde dies - auch mangels hinreichender Vorgaben im Fachrecht - durch die Regelung gewässerökologisch motivierter Fördervoraussetzungen umgesetzt. Mit dem Wasserhaushaltsgesetz 2009 (Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585) sind jedoch die maßgeblichen fachrechtlichen Anforderungen, die von Gewässernutzungen wie der Wasserkraft einzuhalten sind, bundesweit einheitlich geregelt. Diese Normen gewährleisten, dass keine Wasserkraftanlagen errichtet und betrieben werden, die im Widerspruch zu gewässerökologischen Vorgaben stehen. Vor diesem Hintergrund wird im Sinne der Konsistenz des EEG 2014 und der klaren Abgrenzung zwischen der rechtlichen Ausgestaltung des Förderregimes und den ordnungsrechtlichen Anforderungen der Fördertatbestand an das Vorliegen der wasserrechtlichen Zulassung für die Ertüchtigungsmaßnahme geknüpft, und es werden die Absätze 4 bis 6 des § 23 EEG 2012 aufgehoben. Die bisherige Regelung in § 23 Absatz 5 EEG 2012 wird in das Wasserhaushaltsgesetz überführt (siehe Artikel 12). Dies vermeidet redundante Regelungen zum Fachrecht im EEG 2014, ohne dass der Grundsatz berührt wird, dass nur gewässerökologisch vertretbare Wasserkraftanlagen durch das EEG 2014 gefördert werden sollen.

Im Zwischenergebnis ist hier zunächst festzustellen, dass mit der Erhöhung der Vergütung bis zum EEG 2012 die Verbesserung der Gewässerökologie gefördert werden sollte. Erst ab dem EEG 2014 bezieht sich die Erhöhung der Vergütung ausschließlich auf eine solitäre Steigerung des Leistungsvermögens.

2.2 Teil 2

Mit Blick auf den Modernisierungsbegriff spielt es danach eine Rolle, ob der Betreiber einer Wasserkraftanlage, der eine Ertüchtigungsmaßnahme nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 durchführt, auf einen Teil einer Vergütung nach dem EEG 2004 bis 2012 verzichten müsste oder ob dieser Verzicht ausschließlich in der degressiven Ausgestaltung der EEG-Vergütung ab dem EEG 2014 geschuldet ist.

Soweit hier auf einen Teil der Vergütung verzichtet werden müsste, obwohl hier ökologische Anforderungen in den unterschiedlichen Ausgestaltungen des EEG 2004 bis 2012 umgesetzt wurden und damit gerade die Verbesserung der Gewässerökologie wirtschaftlich in Form der Höhervergütung abgebildet werden sollte, stellt die Verminderung der Vergütung durch eine nachfolgende Ertüchtigungsmaßnahme nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff dar, weil es in diesen Konstellationen nicht um die Marktpreisbildung von Strom aus Wasserkraft geht, sondern um die wirtschaftliche Amortisation von gewässerökologischen Maßnahmen. Würde hier durch eine nachfolgende Leistungserhöhung die Vergütung bspw. auf jetzt 12,15 ct/kWh bei einer Wasserkraftanlage mit einer Bemessungsleistung gesenkt, würde die Marktpreisbildung des Stroms nicht nur die vormals ökologische Anreizsetzung überlagern, sondern auch die vollständige wirtschaftliche Amortisation der durchgeführten gewässerökologischen Maßnahmen verhindern, obwohl der Betreiber der Wasserkraftanlage Vertrauensschutz genießt im Hinblick auf das Behaltendürfen dieser Höhervergütung, allein schon deswegen, weil er die gewässerökologischen Maßnahmen abschließend umgesetzt hat. Dieser Vertrauensschutz kann auch nicht dadurch kompensiert werden, dass mit dem Wechsel in das EEG 2017/2021 der Vergütungsanspruch nach § 25 Abs. 1 EEG 2017/2021 wiederrum für die Dauer von 20 Jahren gewährt werden, weil damit eine Benachteiligung eintritt gegenüber all denjenigen die den 20jährigen Vergütungsanspruch allein aufgrund einer technischen Modernisierung begründen können.

Der Gesetzgeber des EEG 2014 und der nachfolgenden gesetzlichen Regelungen hat nicht berücksichtigt, dass mit der Entflechtung des Modernisierungsbegriffes von den ökologischen Anforderungen ab dem EEG 2014 auch eine Umsteuerung im Hinblick auf die Anreizwirkung und Anreizsetzung eingetreten ist. In praktischer Sicht führt das bei den betroffenen Wasserkraftanlagen zu einem Modernisierungstau, weil damit der Verlust von EEG-Vergütung verbunden ist bzw. der Modernisierung im Bereich von weniger als 10 Prozent der Erhöhung des Leistungsvermögens bei wasserrechtlich nicht zulassungspflichtigen Maßnahmen.

Soweit die Verminderung der Vergütung nach einer Ertüchtigungsmaßnahme nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 allein deswegen eintritt, weil hier die Degression zu einer Verringerung der Vergütung ab dem EEG 2014 führt, muss der Betreiber die Verringerung der Vergütung nach § 40 Abs. 2 EEG hinnehmen, denn der Betreiber genießt insoweit keinen Vertrauensschutz, weil mit der Degression allein keine Änderung des Vergütungsanreizes und der Zielsetzung des Vergütungsanspruches an sich eingetreten ist.

Als weiteres Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine Unterscheidung dahingehend stattzufinden hat, ob es sich um eine Modernisierung handelt, die mit der Erfüllung gewässerökologischer Anforderungen nach den EEG 2004 bis 2012 verbunden war oder um eine lediglich weitere technische Modernisierung nach dem EEG 2014 und

nachfolgenden Fassungen. In der ersten Konstellation hat der Anlagenbetreiber ein berechtigtes Interesse an das Behaltendürfen der höheren Vergütung auch bei nachfolgenden technischen Modernisierungen, weil sich die Anreizwirkung der Modernisierungen des EEG 2004 bis EEG 2012 auch auf die zeitgleiche Umsetzung von gewässerökologischen Maßnahmen bezog und die Höhervergütung diese wirtschaftlich abbilden sollte.

2.3 Teil 3

§ 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 knüpft die Höhe der Vergütung ausschließlich an die durchgeführte Ertüchtigungsmaßnahme. In wörtlicher Auslegung wird danach keine Unterscheidung dahingehend getroffen, welche Anreizwirkung mit der bisher an den Anlagenbetreiber gezahlten Vergütung verbunden war. Damit tritt eine Verminderung der Vergütung bereits dann ein, wenn ein Anlagenbetreiber, der zuvor eine Modernisierung nach § 23 Abs. 2, 4 EEG 2012 durchgeführt hatte, nach dem 31. Dezember 2016 eine Ertüchtigungsmaßnahme durchführt.

In zweckmäßiger Auslegung der Bestimmung nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 sollte die Vergütung, die an die Umsetzung ökologischer Anforderungen gekoppelt war und soweit diese höher ist als der Vergütungsanspruch nach § 40 Abs. 2, 1 EEG 2017/2021 bis zum Ende des Vergütungszeitraumes nach dem jeweiligen EEG gezahlt werden. In der Praxis dürfte dies Vergütungen nach dem EEG 2012 betreffen. Verwirklicht der Anlagenbetreiber nach dem 31. Dezember 2016 eine leistungserhöhende Ertüchtigungsmaßnahme, besteht der Vergütungsanspruch nach § 25 EEG 2017/2021 im gleichen Umfang und geht bis zum Ablauf des Vergütungszeitraums bspw. nach dem EEG 2012, in diesem auf und bildet zeitlich danach erst die alleinige Vergütungsgrundlage. Insoweit besteht in der derzeitigen Fassung des § 40 EEG 2017/2021 eine tatsächliche Regelungslücke, weil der Gesetzgeber nicht erkannt hat, dass hier ungleiche Sachverhalte, nämlich die Anreizwirkung gesetzlicher Vorgängerregelungen, nicht gleichbehandelt werden können. Mit dem alleinigen Fokus auf das Abschmelzen der EEG-Förderung und der Überführung des EEG-Förderregimes in den ausschließlich preisgebundenen Strommarkt enttäuscht der Gesetzgeber das Vertrauen derjenigen Anlagenbetreiber, die die Modernisierung von Wasserkraftanlagen unter gleichzeitiger Umsetzung ökologischer Maßnahmen realisiert haben, im Hinblick auf weitere ausschließlich technische Modernisierungsmaßnahmen und konterkariert so den Modernisierungs- und Ausbauzustand der Wasserkraft als unverzichtbarer Teil der Erneuerbaren Energien.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Regelung in § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 direkt in die Rechtspositionen der Anlagenbetreiber eingreift, die mit der Modernisierung ihrer Anlagen die Umsetzung ökologischer Maßnahmen verbunden haben und nun nach dem 31. Dezember 2016 durchgeführte Ertüchtigungsmaßnahmen zu einer unmittelbaren Reduzierung der Vergütungshöhe führen, obwohl die Reduzierung bis zum Ablauf des vormaligen Vergütungszeitraums nicht gerechtfertigt ist, weil die Vergütungshöhe die Umsetzung der ökologischen Maßnahmen wirtschaftlich abbilden sollte. In allen anderen Fällen hat sich die gesetzliche Intension der Anreizwirkung nicht verändert, so dass eine Verminderung der Vergütung lediglich als Folge der ausgestalteten Degression der Vergütung, die für alle Sparten der Erneuerbaren Energien gilt, keinen Eingriff in die Rechte von Anlagenbetreibern darstellt. In praktischer Hinsicht hat die Regelung des § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 bei nicht wenigen Anlagen zu einem Modernisierungstau geführt.

3 Fragestellung 2

Sind Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gemäß §§ 70, 71 EEG 2017/2021 verpflichtet, Ertüchtigungs- bzw. Modernisierungsmaßnahmen, die eine Auswirkung auf das Leistungsvermögen gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021 ihrer Anlagen haben können, dem Netzbetreiber zu melden? Bejahendenfalls: Welche Rechtsfolge tritt ein, wenn diese Meldepflicht nicht erfüllt wird?

4 Stellungnahme 2

Die 1. Frage zu diesem Themenkomplex bedarf der Präzisierung. Eine Meldepflicht im Rahmen des § 40 Abs. 2 EEG kann nur dann in Betracht kommen, wenn eine wasserrechtlich zugelassene Ertüchtigungsmaßnahme das Leistungsvermögen der Anlage erhöht hat oder durch eine nicht zulassungspflichtige Maßnahme das Leistungsvermögen der Anlage um mind. 10 % erhöht wurde.

Die gesetzliche Regelung weist hier bei der Klassifizierung der wasserrechtlich zugelassenen Ertüchtigungsmaßnahme eine gewisse Unschärfe auf, da aus der gesetzlichen Regelung nicht hervorgeht, worauf sich die wasserrechtliche Zulassung bezieht bzw. beziehen soll. Infrage kommen hier sowohl wasserrechtliche Gewässerbenutzungstatbestände als auch wasserrechtliche bauliche Maßnahmen nach § 36 WHG bzw. §§ 67 ff. WHG. Ungeklärt ist weiterhin, worauf sich die Zulassung eigentlich beziehen muss, auch hier gibt es die Alternative entweder auf die gesamte Anlage oder solitär die Ertüchtigungsmaßnahme, die nicht zwingend mit der Neuzulassung der gesamten Anlage verbunden sein muss.

Gem. § 71 Nr. 1 EEG 2017/2021 müssen Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber bis zum 28. Februar eines Jahres alle für die Endabrechnung des jeweils vorangegangenen Kalenderjahres erforderlichen Daten anlagenscharf zur Verfügung stellen. Das betrifft auch die vorgenannten Ertüchtigungsmaßnahmen nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/2021, weil die Entstehung des Vergütungsanspruches konstitutiv an die Umsetzung der Ertüchtigungsmaßnahme gekoppelt ist und nicht an die Geltendmachung des Anspruches gegenüber dem Netzbetreiber. Darüber hinaus gelten die ertüchtigten Anlagen mit dem Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme als neu in Betrieb genommen.

Die Rechtsfolge bestimmt sich nach § 52 Abs. 1 Nr. 1 und N. 2 EEG 2021 bzw. § 52 Abs. 3 EEG 2021.

In praktischer Hinsicht wird darauf hingewiesen, dass das Modernisierungspotenzial der Wasserkraftanlagen, die bislang eine höhere Vergütung erhalten als nach § 40 EEG 2021, nicht mehr ausgeschöpft wird, um unter der 10-%-Grenze für nicht zulassungspflichtige Ertüchtigungsmaßnahmen zu bleiben und auch den Bestandsschutz für die Anlage selbst nach § 61 e und § 61 f EEG 2021 nicht aufgeben zu müssen. Auch in dieser Hinsicht ist die Regelung des § 40 Abs. 2 EEG 2021 missglückt, weil die gesetzgeberische Intension, sukzessive alle Stromerzeugungsanlagen in den Wälzungsmechanismus der EEG-Umlage einzubeziehen, so nicht zweckmäßig umgesetzt werden kann und im Übrigen gerade auch für die Betreiber von kleinen Stromerzeugungseinheiten generell zu einer Überforderung führt.

Im Ergebnis ist hier festzuhalten, dass eine durchgeführte Ertüchtigungsmaßnahme, die entweder wasserrechtlich zulassungspflichtig oder als nicht wasserrechtlich zulassungspflichtig zu einer Erhöhung des Leistungsvermögens der Anlage um mind. 10 % führt, der Meldepflicht des § 71 Nr. 1 EEG 2017/2021 unterliegt. Ein Verstoß gegen diese



Meldeverpflichtung führt in den jeweiligen Konstellationen zu Sanktionen nach § 52 Abs. 1 Nr. 1 und N. 2 EEG 2021 bzw. § 52 Abs.3 EEG 2021.

Für weitere Rückfragen stehe ich Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Heimerl', written in a cursive style.

Heimerl