

HINWEIS

2021/10-V

5. Mai 2022

Die Clearingstelle EEG | KWKG gibt folgenden Hinweis zur Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen – Eintritt der Rechtsfolgen:

- 1. Die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/ EEG 2021 tritt bei einer nach dem 31. Dezember 2016 abgeschlossenen Ertüchtigungsmaßnahme i. S. d. § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 nicht automatisch ein. Die Rechtsfolgen der Neuinbetriebnahme treten nur dann ein, wenn die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber den Anspruch nach § 40 Abs. 2 Satz 1 bzw. 2 EEG 2017/EEG 2021 geltend macht.**
- 2. Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, die Ertüchtigungsmaßnahmen durchgeführt haben, die zu einer Erhöhung des Leistungsvermögens ihrer Anlage geführt haben, sind gemäß §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021 (bzw. Vorgängerregelung) verpflichtet, dies dem Netzbetreiber zu melden, wenn**
 - (a) sie den Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/ EEG 2021 geltend machen oder**
 - (b) die Ertüchtigungs- bzw. Modernisierungsmaßnahmen zu einer Erhöhung der installierten Leistung gemäß § 3 Nr. 31 EEG 2017/EEG 2021 (bzw. Vorgängerregelung) dergestalt geführt hat/haben, dass eine Vergütungsschwelle gemäß § 40 Abs. 1 EEG 2017/EEG 2021 überschritten wurde (s. Abschnitt 2.2).**
- 3. Lediglich aus dem Verstoß gegen §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021 ergeben sich für ertüchtigte Wasserkraftanlagen keine Vergütungsanktionen (s. Abschnitt 2.3.1).**
- 4. Der jeweilige Zahlungsanspruch verringert sich für Wasserkraftanlagen, bei denen es infolge einer Ertüchtigung zu einer Erhöhung der installierten Leistung gekommen ist, für die eingespeiste Strommenge, die der erhöhten installierten Leistung zuzuordnen ist, auf null,**

- solange Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die zur Meldung einer Erhöhung der installierten Leistung der Anlage (§ 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017/EEG 2021) erforderlichen Angaben nicht an das Register übermittelt haben,
- *wenn zusätzlich* ein Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 71 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 vorliegt.

Dies gilt unabhängig von der Frage, ob der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 geltend gemacht wurde (s. Abschnitt 2.3.2).

5. Der Zahlungsanspruch verringert sich für Wasserkraftanlagen,
- bei denen es infolge einer Ertüchtigung *nicht* zu einer Erhöhung der installierten Leistung gekommen ist,
 - für die der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 geltend gemacht wurde und entsprechend ein neues Inbetriebnahmedatum gilt,
 - *wenn zusätzlich* ein Verstoß gegen die Meldepflicht gegenüber dem Netzbetreiber gemäß § 71 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 vorliegt,
- für den gesamten in der Wasserkraftanlage erzeugten Strom gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 nur dann auf null, wenn und solange die Wasserkraftanlage noch nicht im Marktstammdatenregister registriert ist. Denn § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 betrifft nur die erstmalige Registrierungspflicht bei Inbetriebnahme (s. Abschnitt 2.3.3, Rn. 62 ff.).
6. Der Zahlungsanspruch verringert sich für Wasserkraftanlagen *nicht* gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 auf null,
- bei denen es infolge einer Ertüchtigung *nicht* zu einer Erhöhung der installierten Leistung gekommen ist und
 - für die der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 *nicht* geltend gemacht wurde und entsprechend das ursprüngliche Inbetriebnahmedatum beibehalten wird,
 - *auch wenn zusätzlich* ein Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 71 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 vorliegt (s. Abschnitt 2.3.3, Rn 82 ff.).

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	4
2	Herleitung	5
2.1	Kein Eintritt der Rechtsfolge ohne Geltendmachung des Anspruchs nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021	5
2.1.1	Wortlaut	6
2.1.2	Systematik	8
2.1.3	Gesetzesmaterialien	13
2.1.4	Historie	14
2.1.5	Sinn und Zweck	15
2.2	Pflicht zur Meldung von Ertüchtigungsmaßnahmen an Netzbetreiber gemäß §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021	17
2.3	Rechtsfolgen bei Meldepflichtverstößen gemäß § 71 EEG 2017/EEG 2021 . .	18
2.3.1	Lediglich Verstoß gegen §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021	19
2.3.2	Ertüchtigung mit Erhöhung der installierten Leistung und doppelter Meldeverstoß	19
2.3.3	Ertüchtigung ohne Erhöhung der installierten Leistung und doppelter Meldeverstoß	21

1 Einleitung des Verfahrens

1 Die Clearingstelle hat am 4. August 2021 durch ihre Mitglieder Koch, Dr. Mutlak sowie Wolter beschlossen, zu folgenden Fragen ein Hinweisverfahren einzuleiten:

1. Gibt § 40 Abs. 2 EEG 2017¹/EEG 2021² den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern einen Anspruch auf (erhöhte) Vergütung gegen den Netzbetreiber (Privilegierung von Anlagenbetreibern) oder greift § 40 Abs. 2 EEG 2017/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. Sind Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gemäß §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021 verpflichtet, Ertüchtigungs- bzw. Modernisierungsmaßnahmen, die eine Auswirkung auf das Leistungsvermögen gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 ihrer Anlagen haben können, dem Netzbetreiber zu melden? Bejahendenfalls: Welche Rechtsfolge tritt ein, wenn diese Meldepflicht nicht erfüllt wird?

2 Es handelt sich dabei um abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfragen, für deren Beantwortung der Clearingstelle die Durchführung eines Empfehlungsverfahrens nicht geboten erscheint.

3 Der Einleitung voraus ging das Ersuchen des Landgerichts Hildesheim an die Clearingstelle, eine Stellungnahme zu verschiedenen Anwendungsfragen des § 40 Abs. 2

¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 14.08.2020 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparerechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728) sowie Art. 6 des Gesetzes zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1818), rückwirkend geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

²Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.01.2021 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht v. 16.07.2021 (BGBl. I S. 3026), nachfolgend bezeichnet als EEG 2021. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2021/arbeitsausgabe>.

EEG 2017 abzugeben.³ Die Clearingstelle hat gemäß § 29a Abs. 4 Verfahrensvorschriften der Clearingstelle (VerfO)⁴ die grundsätzliche Bedeutung der Verfahrensfragen 2.i und 2.ii des gerichtlichen Stellungnahmeersuchens festgestellt und zu diesen Fragen gemäß § 29a Abs. 4 Nr. 2 VerfO das vorliegende Hinweisverfahren 2021/10-V eingeleitet.

- 4 Die von der Clearingstelle nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 2 VerfO registrierten öffentlichen Stellen erhielten gemäß § 25b Abs. 2 VerfO bis zum 22. September 2021 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme.
- 5 Die Stellungnahmen des Wasserwirtschaftsverbandes Baden-Württemberg e. V. (WBW), der Arbeitsgemeinschaft Wasserwerke NRW e. V. (AGW), der Interessengemeinschaft Wasserkraft Baden-Württemberg e. V. (IGW), des BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (BDEW), des Bundesverbandes Deutscher Wasserkraftwerke e. V. (BDW) und des Wasserkraftverbandes Mitteldeutschland e. V. (WKV)⁵ sind fristgemäß eingegangen und wurden bei der Beratung und Beschlussfassung berücksichtigt. Die Beschlussvorlage haben gemäß § 25b Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerfO die Mitglieder Dr. Mutlak, Koch und Richter erstellt.

2 Herleitung

2.1 Kein Eintritt der Rechtsfolge ohne Geltendmachung des Anspruchs nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021

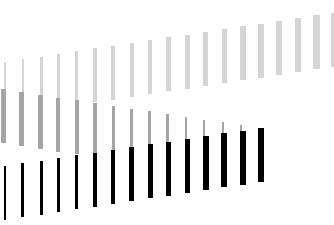
- 6 § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 führt nicht dazu, dass aufgrund einer nach dem 31. Dezember 2016 abgeschlossenen Ertüchtigungsmaßnahme i. S. v. § 40 Abs. 2 Satz 1 bzw. Satz 2 EEG 2017/EEG 2021 gegen den Willen des Anlagenbetreibers/der Anlagenbetreiberin die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme gemäß § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021 eintritt und damit der zuvor (nach alter Rechtslage) bestehende Vergütungsanspruch entfällt, wenn der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 nicht explizit geltend gemacht wurde.⁶

³Vgl. *Clearingstelle*, Stellungnahme v. 07.10.2021 – 2021/5-V, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/stellungnv/2021/5-V>.

⁴Verfahrensvorschriften der Clearingstelle v. 01.10.2007 in der Fassung v. 27.07.2021, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>, nachfolgend bezeichnet als VerfO.

⁵Alle Stellungnahmen sind unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinww/2021/10-V> abrufbar.

⁶Ebenso Stellungnahmen des BDEW, des WKV, der AGW, des BDW, der IGW. Ebenso für Anwendungsfälle, bei denen zuvor eine ökologische Modernisierung gemäß § 23 EEG 2009/EEG 2012 durchgeführt wurde, Stellungnahme des WBW.

- 
- 7 Die Rechtsfolge tritt nur ein, wenn die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber eine Ertüchtigung nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 geltend macht und die weiteren Anspruchsvoraussetzungen dargelegt werden. Macht die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber den Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 geltend und sind dessen Voraussetzungen erfüllt, entfällt der Vergütungsanspruch nach altem Recht mit Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme nach § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021, da die Anlage danach als neu in Betrieb genommen gilt. Sie erhält ein neues Inbetriebnahmedatum sowie einen neue Vergütungssatz.
- 8 Dass die Rechtsfolge des § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021 nicht automatisch (also *ipso iure*) eintritt, sondern erst dann, wenn der Anspruch geltend gemacht wird, ergibt sich in der Gesamtschau aus der systematischen Stellung des § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 innerhalb des EEG 2017/EEG 2021 im Allgemeinen (Rn. 15 ff.), aus der Binnensystematik innerhalb des § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 (Rn. 21 ff.), der Systematik der Regelungen zur Inbetriebnahme (Rn. 23), der allgemeinen Darlegungssystematik von Ansprüchen im EEG (Rn. 24) sowie dem Sinn und Zweck der Regelung (Rn. 38 ff.).
- 9 § 40 Abs. 2 EEG 17/EEG 2021 lautet:

„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.“

2.1.1 Wortlaut

- 10 Der Wortlaut von § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 spricht weder eindeutig für noch gegen das (automatische) Eintreten der Rechtsfolge von § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021 kraft Gesetzes bei Erfüllen der Anspruchsvoraussetzungen von Satz 1 bzw. Satz 2 gegen den Willen der Anlagenbetreiber, mithin bei Nichtgeltendmachen des Anspruchs nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021.
- 11 Der Wortsinn von „besteht“ ein „Anspruch“ in § 40 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017/EEG 2021 deutet zunächst darauf hin, dass dieser Anspruch erst (aktiv) geltend gemacht werden muss,

um die entsprechende Vergütung erhalten zu können.⁷ So ist in § 194 Satz 1 BGB⁸ der Anspruch definiert als „[d]as Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.“

- 12 Aus der Formulierung „[d]er Anspruch ... besteht ..., wenn“ in Satz 1 lässt sich jedenfalls schließen, dass *dem Grunde nach* bei Vorliegen der in Satz 1 und 2 genannten Voraussetzungen der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 besteht. Daraus folgt jedoch nicht zwingend, dass der alte Vergütungsanspruch der ertüchtigten Anlage⁹ durch das Bestehen eines neuen Vergütungsanspruchs dem Grunde nach automatisch entfällt (dazu auch Rn. 28).
- 13 Der Wortlaut „[d]er Anspruch ... besteht ..., wenn“ spricht gegen das Vorliegen eines Gestaltungsrechts, das seinem Inhaber die Macht verleiht, durch einseitiges Rechtsgeschäft ein Rechtsverhältnis zu begründen bzw. direkt zu einer Rechtsveränderung zu seinen Gunsten. Denn weder ist der Wortlaut wie ein Gestaltungsrecht formuliert (z. B. „Der Anlagenbetreiber kann ... verlangen, wenn ...“), noch enthält er Formerfordernisse oder sonstige Ausübungsmodalitäten eines Gestaltungsrechts.¹⁰
- 14 Unklar ist jedoch das Verhältnis von Satz 3 (Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme) zu Satz 1 bzw. Satz 2 des § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021. Nach Satz 3 gelten „Anlagen nach Satz 1 oder Satz 2“, mithin Anlagen, für die die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind, mit Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahmen als neu in Betrieb genommen. Dass der Wortlaut von Satz 3 hier auf die ertüchtigte Anlage nach Satz 1 oder Satz 2 abstellt (und nicht auf das Geltendmachen des Anspruchs für die ertüchtigte Anlage), spricht dafür, dass diese Rechtsfolge unabhängig von der Frage eintritt, ob der Anspruch geltend gemacht wurde oder nicht. Gleichwohl erscheint es dem Wortlaut nach auch nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsfolge nur bei Geltendmachen des Anspruchs eintreten soll. Denn eine eindeutige Formulierung für das automatische Eintreten der Rechtsfolge läge dann vor, wenn der Wortlaut des Satzes 3 lautete: „Mit Abschluss der Modernisierungsmaßnahme gilt die Anlage als neu in Betrieb genommen.“ Da der Wortlaut nicht eindeutig ist, ist eine weitere Auslegung erforderlich.

⁷Ebenso Stellungnahmen des WKV, S. 2, des BDW, S. 2, der AGW, S. 3 und des BDEW, S. 3.

⁸Bürgerliches Gesetzbuch (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) in der Fassung der Bekanntmachung v. 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts und zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes v. 16.07.2021 (BGBl. I S. 2947).

⁹Anspruch nach EEG 2004 oder EEG 2000, da eine der Anspruchsvoraussetzungen von § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 die Inbetriebnahme vor dem 01.01.2009 ist.

¹⁰Dazu im Einzelnen *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, Abschnitt 2.2.2.

2.1.2 Systematik

- 15 Die systematische Auslegung spricht dagegen, dass die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme gemäß § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021 eintritt, wenn der Anlagenbetreiber bzw. die Anlagenbetreiberin den Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 nicht geltend gemacht hat.
- 16 **Vergleich mit § 3 Abs. 4 EEG 2004** Eine ähnliche Frage, nämlich ob sich das Inbetriebnahmedatum automatisch (ipso iure) ohne Geltendmachung ändert, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 Alternative 2 EEG 2004¹¹ vorliegen, hat die Clearingstelle in ihrem Votum 2020/62-IV¹² bejaht. Dieses Ergebnis lässt sich jedoch nicht auf § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 übertragen. Dagegen spricht die systematisch unterschiedliche Stellung der beiden Regelungen.
- 17 § 3 Abs. 4 EEG 2004 lautet:

„Inbetriebnahme ist die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft oder nach ihrer Erneuerung, sofern die Kosten der Erneuerung mindestens 50 Prozent der Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen betragen.“¹³

- 18 Ein Unterschied zwischen den Regelungen ist, dass es sich bei § 3 Abs. 4 EEG 2004 um eine Legaldefinition handelt, während § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021 mit einer gesetzlichen Fiktion arbeitet. So verwendet § 3 Abs. 2 Alternative 2 EEG 2004 hinsichtlich des Eintritts der Neuinbetriebnahme die Formulierung „ist“ und knüpft damit an das tatsächliche Vorliegen der Voraussetzungen einer Neuinbetriebnahme an, während § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021 eine sog. gesetzliche Fiktion verwendet („gelten“), also das Vorliegen dieser Umstände nur als gegeben behandelt, obgleich sie tatsächlich nicht vorliegen. Dies allein gibt jedoch noch keinen weiteren Aufschluss, da sich beide Formulierungen hinsichtlich der eintretenden Rechtsfolgen nicht unterscheiden.

¹¹ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.12.2006 an geltenden Fassung, 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.

¹² Clearingstelle, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, u. a. Abschnitt 2.2.2.2.

¹³ Hervorhebungen nicht im Original.

- 19 Ein weiterer, entscheidender Unterschied zwischen den beiden Regelungen ist die verschiedenartige systematische Stellung der Normen. Denn § 3 EEG 2004 steht am Anfang des Gesetzestextes im allgemeinen Teil und enthält die übergeordneten „Begriffsbestimmungen“ bzw. Legaldefinitionen. § 3 Abs. 4 EEG 2004 enthält die Legaldefinition der Inbetriebnahme und damit eine der grundlegenden Regelungen des EEG, da diese über den Beginn des (im Grundsatz auf 20 Jahre) begrenzten Vergütungszeitraums sowie über die einschlägige EEG-Fassung bestimmt, mithin über die Vorschriften zur Ermittlung der Vergütungshöhe sowie darüber, welche Rechte und Ansprüche (u. a. durch die jeweiligen Vorschriften zur Ermittlung der Vergütungshöhe) sowie welche Pflichten (u. a. Meldepflichten und Pflichten zum Vorhalten technischer Einrichtungen) Anlagenbetreiberinnen und -betreiber haben.
- 20 In Abgrenzung dazu findet sich die Fiktion der Inbetriebnahme nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 in Abschnitt 4 (Gesetzliche Bestimmung der Zahlung), Unterabschnitt 1 (Anzulegende Werte) und ist insoweit der Inbetriebnahmedefinition in den allgemeinen Begriffsbestimmungen gemäß § 3 EEG 2017/EEG 2021 nachgelagert. Die Anordnung der Neuinbetriebnahme nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 befindet sich zudem innerhalb der Regelung eines bestimmten Vergütungsanspruchs. Dies spricht dafür, dass die Neuinbetriebnahme auch nur für diesen Vergütungsanspruch gelten soll.
- 21 **Binnensystematik von § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021** Auch die Reihenfolge und das Verhältnis der einzelnen Sätze in § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 sprechen dafür, dass die in Satz 3 geregelte Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme als rechtlicher Reflex nur dann eintreten soll, wenn der nach Satz 1 oder 2 bestehende Förderanspruch auch zum Tragen kommt – also wenn er geltend gemacht wird, alle seine Voraussetzungen erfüllt sind und daher die nach Satz 1 bzw. 2 zu zahlende Förderung an die Stelle der bisher (gemäß der Anspruchsgrundlage in einer anderen EEG-Fassung) gezahlten Förderung tritt.
- 22 Insofern kehrt die Spezialregelung in § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 die dem EEG sonst zugrundeliegende Regelungssystematik um, nach der zunächst das Inbetriebnahmedatum zu bestimmen ist und dieses über die anzuwendenden Anspruchsgrundlagen bestimmt.
- 23 **Systematik und Historie der Inbetriebnahme** Gegen das automatische Eintreten der Neuinbetriebnahme bei Bestehen eines Anspruchs gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 EEG 2017/EEG 2021 dem Grunde nach (ohne Geltendmachen durch die Anlagenbetreiberin bzw. den

-betreiber) sprechen zudem auch folgende Erwägungen: Die Inbetriebnahme ist ein im Grundsatz unveränderliches Datum. Seit Inkrafttreten des EEG 2009¹⁴, mithin seit der Abschaffung der Erneuerungsklausel in der Inbetriebnahmedefinition des EEG 2004, kommt es nur bei einem vollständigen Austausch bzw. Ersetzen der Anlage zu einer Veränderung des Inbetriebnahmedatums („Neuinbetriebnahme“).¹⁵ Mit § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021¹⁶ wurde nun wieder eine spezielle, energieträgerspezifische Neuinbetriebnahme(-fiktion) in das EEG-Regelungssystem aufgenommen. Nicht überzeugend ist jedoch angesichts der zuvor beschriebenen Argumente, dass hierdurch eine grundsätzliche Erneuerungsregelung (so wie in § 3 Abs. 4 Alternative 2 des EEG 2004) und eine automatisch bzw. *ipso iure* eintretende Neuinbetriebnahme wieder eingeführt werden sollte.

24 **Grundlegende Darlegungssystematik** Dafür, dass bei Bestehen eines Anspruchs gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 dem Grunde nach die Rechtsfolgen dieses Anspruchs nur dann eintreten, wenn die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber diesen auch geltend macht und entsprechend nachweist, spricht auch die grundlegende Darlegungssystematik des EEG. Nach dieser müssen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen mit Geltendmachung des jeweiligen Anspruchs – sowohl für die jeweilige Grundvergütung als auch für erhöhte Vergütungen (wie z. B. beim KWK-Bonus oder Technologie-Bonus des EEG 2009) – plausibel und nachvollziehbar dargelegen. Andernfalls – also sei es, dass der Anspruch nicht geltend gemacht wird,

¹⁴Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.09.2011 an geltenden Fassung, 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.), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), 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 abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

¹⁵Dazu Clearingstelle, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2012/19> sowie für Wasserkraftanlagen Clearingstelle Votum v. 09.08.2012 – 2012/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2012/17>.

¹⁶Ebenfalls eine Neuinbetriebnahmefiktion findet sich in § 39f Abs. 3 Satz 1 EEG 2017/§ 39g Abs. 3 Satz 1 EEG 2021. Allerdings lassen sich daraus nicht ohne Weiteres Rückschlüsse auf das Verhältnis zwischen Satz 3 und den Sätzen 1 und 2 des § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 ziehen, denn das explizite Benennen der Rechtsfolgen einer Neuinbetriebnahme kann auch der Klarstellung dienen, und muss nicht daher rühren, dass die Rechtsfolgen bei nicht ausdrücklicher Benennung – wie in § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 – eben nicht automatisch greifen. Auch ist eine Vergleichbarkeit schon deshalb nicht gegeben, da es hier um Biomasseanlagen geht, die an einem Ausschreibungsverfahren teilnehmen. Die Rechtsfolge der fiktiven Neuinbetriebnahme nehmen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber dann willentlich in Kauf, wenn sie an einer Ausschreibung teilnehmen. Dagegen kommt bei Wasserkraftanlagen durchaus in Frage, dass Maßnahmen an der Wasserkraftanlage durchgeführt werden, da dies technisch geboten ist (z. B. aufgrund technischer Defekte), ohne dass dies auf die neue Vergütungsoption des § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 abzielt. A. A. Stellungnahme des WKV, S. 3 f.

oder sei es, dass die Voraussetzungen nicht erfüllt sind bzw. diese nicht plausibel dargelegt wurden – besteht der Anspruch nicht bzw. besteht dieser zwar dem Grunde nach, es wird aber die Leistung nicht fällig. Dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, wenn sie ihre jeweiligen Ansprüche nicht geltend machen wollen, darlegen müssen, dass die Anspruchsvoraussetzungen *nicht* erfüllt sind, entspricht dagegen nicht der grundlegenden Darlegungssystematik des EEG.¹⁷

- 25 Genau dies wäre aber erforderlich, käme man zu dem Ergebnis, dass immer dann, wenn die Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 erfüllt sind, auch bei Nichtgeltendmachen des Anspruchs die Rechtsfolge von Satz 3 automatisch (ipso iure) einträte, mithin dass die Anlage automatisch als neu in Betrieb genommen gelten würde und der alte Anspruch entsprechend nicht mehr bestünde. Da es dann nur noch den neuen Anspruch gäbe, müssten Anlagenbetreiberinnen und -betreiber entsprechend das Erfüllen aller Voraussetzungen des neuen Anspruchs nachweisen, um (überhaupt) eine EEG-Förderung zu bekommen.
- 26 Dies würde wiederum im Umkehrschluss bedeuten, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, um weiterhin ihre bisherigen Förderansprüche nach einer älteren EEG-Fassung erhalten zu können, darlegen und nachweisen müssten, dass trotz Durchführung von Ertüchtigungsmaßnahme(n) an ihrer Wasserkraftanlage die Anspruchsvoraussetzungen hinsichtlich der Erhöhung des Leistungsvermögens gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 *nicht* erfüllt sind.
- 27 Angesichts der Tatsache, dass die Anforderungen an den Nachweis über die Erhöhung des Leistungsvermögens nicht unerhebliche Fachkenntnisse voraussetzen¹⁸ und der Nachweis nicht selten von Netzbetreibern bezweifelt und streitig gestellt wird¹⁹, erscheint die Darlegung hinsichtlich des Nicht-Erfüllens von Anspruchsvoraussetzungen nicht nur dem EEG systemfremd, sondern dürfte auch zu volkswirtschaftlich nicht sinnvollen Kosten führen. Denn der (bürokratische) Aufwand sowohl bei Anlagenbetreibern als auch bei Netzbetreibern würde sich durch die erhöhten Darlegungs- und

¹⁷Siehe zur glaubhaften Darlegung der Tatbestandsvoraussetzungen auch Stellungnahme des BDEW, S. 5.

¹⁸Zu den Nachweisfragen siehe *Clearingstelle*, Hinweis v. 22.03.2013 – 2012/24, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinww/2012/24>.

¹⁹Vgl. *Clearingstelle*, Hinweis v. 10.11.2016 – 2016/19, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinww/2016/19>, *Clearingstelle*, Votum v. 04.10.2016 – 2016/35, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/35>, *Clearingstelle*, Schiedsspruch v. 12.09.2018 – 2018/31, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2018/31>, *Clearingstelle*, Votum v. 23.10.2020 – 2020/38-V, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/38-V>, *Clearingstelle*, Stellungnahme v. 07.10.2021 – 2021/5-V, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/stellungnv/2021/5-V>.

Prüfungsaufwände sowie den Zuwachs an potenziellen Streitfällen vervielfachen.²⁰ In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass nahezu jegliche Arbeiten an Wasserkraftanlagen potenziell dazu geeignet sein können, sich vorteilhaft auf den Anlagenbetrieb und damit auf die erzielbare Jahresarbeit auszuwirken.²¹ Eine Verpflichtung der Anlagenbetreiber, bei jeglichen Arbeiten an ihrer Wasserkraftanlage darzulegen, dass keine Erhöhung des Leistungsvermögens stattgefunden hat, erscheint vor diesem Hintergrund auch nicht zumutbar.

- 28 **Bestehen mehrerer Vergütungsansprüche** Dagegen, dass es für den Eintritt der Neuinbetriebnahme nach § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021 auf das Geltendmachen des Anspruchs und nicht auf das Bestehen des Anspruchs dem Grunde nach ankommt, spricht auch nicht, dass dadurch dem Grunde nach sowohl der Vergütungsanspruch nach einer älteren EEG-Fassung (entsprechend Inbetriebnahmedatum bzw. entsprechend bereits erfolgter Modernisierung nach älterer EEG-Fassung) als auch der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 parallel nebeneinander bestehen.
- 29 So können beispielsweise auch Biomasseanlagen, die in Kraft-Wärme-Kopplung betrieben werden, dem Grunde nach Ansprüche sowohl aus dem EEG als auch aus dem KWKG²² haben. Es steht Anlagenbetreiberinnen und -betreibern somit frei, z. B. anhand ökonomischer Erwägungen zu entscheiden, welchen der Ansprüche sie geltend machen wollen.
- 30 Auch dem EEG ist das Bestehen mehrerer Ansprüche dem Grunde nach nicht fremd. So besteht gemäß der Übergangsregelung § 102 Nr. 3 EEG 2014²³ trotz der gemäß § 2 Abs. 5 EEG 2014 spätestens bis 2017 einzuführenden Ausschreibungspflicht „auch oh-

²⁰ Anders stellt sich die Nachweisfrage im Fall der (Neu-)Inbetriebnahme nach § 3 Abs. 4 EEG 2004 dar. Hier muss die Inbetriebnahme in jedem Fall dargelegt werden. Zudem wurde diese Regelung (Erneuerungs-Option in Inbetriebnahme-Legaldefinition) mit dem EEG 2009 aufgehoben und wurde seitdem auch nicht wieder aufgegriffen.

²¹ Das umfasst neben der Automatisierung der Rechenreinigung oder der Wasserstandsregelung (dazu *Clearingstelle*, Hinweis v. 22.03.2013 – 2012/24, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinww/2012/24>, Leit-satz 4.) potenziell auch jeglichen Tausch bzw. Ergänzung von Aggregaten wie z. B. Pumpen. Solche Maßnahmen werden nicht selten umgesetzt, ohne auf die Modernisierungs-/Ertüchtigungsregelung nach § 40 Abs. 2 EEG abzu-zielen, vgl. Stellungnahme des WKV, S. 5 f.

²² Gesetz zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetzes (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz – KWKG) in der v. 01.01.2021 an geltenden Fassung, verkündet als Art. 1 des Gesetzes für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung v. 21.12.2015 (BGBl. I, S. 2498), zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht v. 16.07.2021 (BGBl. I S. 3026), nachfolgend bezeichnet als KWKG 2020. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/kwkg2020/arbeitsausgabe>.

²³ Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 02.09.2016 an gel-tenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Än-derung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts 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

ne eine im Rahmen einer Ausschreibung erhaltene Förderberechtigung ein Anspruch nach § 19 Abs. 1“ und damit ein Anspruch auf eine gesetzlich festgelegte Förderung für Betreiber von „Anlagen, die nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftig sind oder für ihren Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen und vor dem 1. Januar 2017 genehmigt oder zugelassen und vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen worden sind“.²⁴ Der Anspruch auf die gesetzlich festgelegte Förderung, der bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach besteht, nimmt den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern jedoch nicht die Möglichkeit, auf den Schutz der Übergangsregelung zu verzichten und stattdessen an einer Ausschreibung teilzunehmen bzw. die damit verbundenen Förderansprüche wahrzunehmen.

2.1.3 Gesetzesmaterialien

- 31 Die Analyse der Gesetzesmaterialien spricht nicht gegen das Ergebnis, wonach die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme auch bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen nur eintritt, wenn Anlagenbetreiberinnen und -betreiber den Anspruch geltend machen.
- 32 Die Begründung zu § 40 EEG 2017 (im Gesetzentwurf noch als § 40 EEG 2016 bezeichnet) lautet:

„§ 40 EEG 2016 legt den anzulegenden Wert für Wasserkraftanlagen fest, deren anzulegender Wert gesetzlich bestimmt wird, *und regelt die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Anspruchs*. Die Bestimmung 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 2017 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 Sinn 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. Dies bedeutet insbesondere, dass*

bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

²⁴Dazu *Clearingstelle*, Empfehlung vom 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2014/27>.

die Anlagen bei entsprechender Größe unter die Pflicht zur Direktvermarktung fallen. Die Regelung hat hingegen keine Auswirkung auf die Frage, ob eine modernisierte Wasserkraftanlage im Sinn von anderen Gesetzen (wie dem Wasserhaushaltsgesetz) eine Neuanlage ist.“²⁵

- 33 Der Begründung lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber von der grundlegenden EEG-Systematik ausging, wonach, wenn bestimmte Voraussetzungen für einen Anspruch festgelegt werden, die Einhaltung dieser Voraussetzungen auch bei Geltendmachen des Anspruchs dargelegt werden müssen. Der Begründung lassen sich dagegen keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die (Nicht-)Einhaltung der Voraussetzungen auch dargelegt werden muss, wenn Anlagenbetreiber eine Förderung nach § 40 Abs. 2 nicht wünschen.²⁶
- 34 Zwar spricht die Ausführung in der Begründung, wonach für „modernisierte Anlagen“ ein neues Inbetriebnahmedatum gelten soll, im ersten Zugriff dafür, dass es schon genügt, dass die Anlage modernisiert wurde und nicht, dass der Anspruch auch geltend gemacht wird. Eindeutig ist dies jedoch nicht. Jedenfalls ist nicht ausgeschlossen, dass mit „modernisierten Anlagen“ solche modernisierte Anlagen gemeint sind, für die der Anlagenbetreiber auch die Modernisierungs-/Ertüchtigungsregelung nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 geltend machen will.

2.1.4 Historie

- 35 Auch die historische Betrachtung spricht nicht gegen das Ergebnis, dass die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme nach § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021 nur greift, wenn Anlagenbetreiber den entsprechenden Anspruch auch geltend machen.
- 36 In der historischen Betrachtung haben Regelungen zur Vergütung von Strom aus Wasserkraft, insbesondere hinsichtlich der Modernisierungsregelungen, deutliche inhaltliche Veränderungen erfahren. Während mit § 23 Abs. 2 i. V. m. Abs. 5 EEG 2009 ausschließlich ökologische Anforderungen an die Modernisierung gestellt wurden, wurde mit § 23 Abs. 2 EEG 2012 zusätzlich die Anforderung der Erhöhung des Leistungsvermögens infolge der Modernisierung/Ertüchtigung gestellt. Mit Inkrafttreten des EEG 2014 waren sodann die ökologischen Anforderungen nicht mehr

²⁵BR-Drs. 310/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3253/material>, S. 267 f., Hervorhebungen nicht im Original.

²⁶Der BDEW geht davon aus, dass das ausdrückliche Hinweisen auf den Verlust der Bestandsanlageneigenschaft für ein entsprechendes Willenselement des Anlagenbetreibers spricht, um die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme auszulösen, vgl. Stellungnahme des BDEW, S. 4.

ausdrücklich Gegenstand bzw. Bestandteil der Modernisierung/Ertüchtigung nach § 40 EEG 2014/EEG 2017/EEG 2021.²⁷ Auch in diesem Zusammenhang ist die Entwicklung der Vergütungssätze zu verstehen, die gegenüber der Vergütung nach § 23 EEG 2009/EEG 2012 ab dem EEG 2014 geringer ausfiel.²⁸

- 37 Daraus lassen sich jedoch nicht zwingend Rückschlüsse darauf ziehen, ob die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme nach § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021, die entsprechend auch zu einer Vergütungsverringerung führen kann, auch gegen den Willen der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber eintritt, wenn die Voraussetzungen nach Satz 1 und Satz 2 erfüllt sind.²⁹

2.1.5 Sinn und Zweck

- 38 Die Auslegung nach Sinn und Zweck spricht dagegen, dass die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme nach § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021 auch ohne Geltendmachen des Anspruchs eintritt.
- 39 Die Modernisierungs- bzw. Ertüchtigungsregelungen auch bei Wasserkraftanlagen im EEG waren (bzw. sind) als Privilegierungsregelungen gestaltet, zunächst durch die Möglichkeit, durch ökologische und später technische Modernisierungen/Ertüchtigungen eine (i. d. R.) höhere Vergütung in Anspruch zu nehmen, dafür jedoch aus dem unbegrenzten (§ 9 Abs. 1 EEG 2000³⁰) bzw. 30-jährigen (§ 12 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004) Vergütungszeitraum heraus- und dafür in den „EEG-üblichen“ 20-jährigen Vergütungszeitraum zu fallen.
- 40 Aufgrund der seit dem EEG 2014 bestehenden Direktvermarktungspflicht für Anlagen mit einer installierten Leistung über 100 kW sowie der im Vergleich zum EEG 2009/EEG 2012 verringerten Vergütung nach § 40 EEG 2017/EEG 2021 kann die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme bzw. die Neueinstufung der Vergütung trotz Beginn

²⁷ Dazu Stellungnahme des *WBW*, S. 1 ff.

²⁸ Vgl. Stellungnahmen der *AGW*, S. 3, des *BDW*, S. 2 und wohl auch, wenn auch nicht ausdrücklich, der *IGW*, S. 1 f.

²⁹ Dies wird aber vertreten in den Stellungnahmen der *AGW*, S. 3, des *BSW*, S. 2, der *IGW*, S. 1 f. sowie teilweise in der Stellungnahme des *WBW*, S. 3.

³⁰ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.01.2004 an geltenden Fassung, verkündet als Art. 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes v. 29.03.2000 (BGBl. I S. 305), zuletzt geändert durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 22.12.2003 (BGBl. I S. 3074), außer Kraft gesetzt durch Art. 4 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), nachfolgend bezeichnet als EEG 2000.

eines neuen 20-jährigen Vergütungszeitraums zu ökonomischen Problemen für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber führen.³¹

- 41 Wie bereits ausgeführt, würde das automatische Eintreten der Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme bei Erfüllen der Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 eine Abkehr von der üblichen grundlegenden EEG-Darlegungssystematik darstellen (vgl. Rn. 24 ff.). Insbesondere in Zusammenschau mit der oben genannten Folgeschwere bei einem ipso iure Eintreten der Rechtsfolge für die Investitions- und Rechtssicherheit der Anlagenbetreiber ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese Rechtsfolge jedenfalls in den Gesetzesmaterialien deutlich zum Ausdruck gebracht hätte, wenn er dies hätte bezwecken wollen. Dies ist aber nicht der Fall.
- 42 Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Gesetzgeber mit der Aufnahme des Kriteriums „Erhöhung des Leistungsvermögens“ das Ziel verfolgte, die Potenziale der Wasserkraft auszuschöpfen, mithin mehr Strom durch die bestehenden Wasserkraftanlagen zu erzeugen³², zumal nur noch wenige neue Standorte für die Wasserkraftnutzung erschlossen werden.
- 43 Es widerspräche dem gesetzgeberischen Ziel, Potentiale der Wasserkraft auszuschöpfen, wenn bei Erfüllen der Ertüchtigungsvoraussetzungen von § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 u. a. durch die Vergütungsverringerung in bestimmten Fällen der wirtschaftliche Anlagenbetrieb gefährdet und eine Stilllegung der Anlage zu befürchten ist,³³ oder wenn Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, um die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme zu vermeiden, beim ggf. notwendigen Austausch von Rechen, Getriebe, Generator oder Steuerung technisch minderwertige Komponenten einsetzen³⁴. Es ist auch nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber durch § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021 Ertüchtigungen/Modernisierungen an Wasserkraftanlagen hemmen wollte, indem er diese *in jedem Fall* an die erhöhten Nachweisanforderungen hinsichtlich der (Nicht-)Erhöhung des Leistungsvermögens knüpfte.³⁵

³¹Siehe Stellungnahmen des WBW, S. 3 f., des BDEW, S. 4, des BDW, S. 2, des WKV, S. 5, der IGW, S. 1 f. und der AGW, S. 2 f.; mithin alle Stellungnahmen.

³²So Begründung zu § 23 Abs. 2 EEG 2012, mit dem erstmals die Modernisierung/Ertüchtigung an die Erhöhung des Leistungsvermögens der Anlage geknüpft wurde, vgl. BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/1423/material>, S. 69.

³³So Stellungnahme der AGW, S. 2 und des WBW, S. 4.

³⁴Stellungnahme der AGW, S. 3.

³⁵Der WBW weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass bereits bei Wasserkraftanlagen ein Modernisierungsstau zu verzeichnen ist, vgl. Stellungnahme des WBW, S. 4.

2.2 Pflicht zur Meldung von Ertüchtigungsmaßnahmen an Netzbetreiber gemäß §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021

- 44 **Geltendmachung des Anspruchs** Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, die den Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/ EEG 2021 geltend machen und dafür geeignete Ertüchtigungsmaßnahmen durchgeführt haben, sind gemäß §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021 verpflichtet, dies dem Netzbetreiber zu melden.³⁶ Denn das (erfolgreiche) Geltendmachen des Anspruchs nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 führt zu einem neuen Inbetriebnahmedatum, einer neuen Vergütungshöhe sowie einem neuen Vergütungszeitraum. Dies sind für den bundesweiten Ausgleich (§ 70 EEG 2017/EEG 2021) bzw. die Endabrechnung (§ 71 EEG 2017/EEG 2021) erforderliche Daten.
- 45 **Nicht-Geltendmachung des Anspruchs** Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreiber, die eine Ertüchtigung durchführen, den Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 jedoch nicht geltend machen wollen, sind nur dann nach §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021 gegenüber dem Netzbetreiber meldepflichtig, wenn die Ertüchtigung zu einer veränderten installierten Leistung gemäß § 3 Nr. 31 EEG 2017/EEG 2021 führt.
- 46 Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021. Gemäß § 70 EEG 2017/EEG 2021 müssen Anlagenbetreiber die für den bundesweiten Ausgleich nach den §§ 56 bis 62 EEG 2017/EEG 2021 jeweils erforderlichen Daten, insbesondere die in den §§ 71 bis 74a EEG 2017/EEG 2021 genannten Daten, unverzüglich zur Verfügung stellen. Gemäß § 71 EEG 2017/EEG 2021 müssen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber bis zum 28. Februar eines Jahres alle für die Endabrechnung des vorangegangenen Kalenderjahres erforderlichen Daten anlagenscharf zur Verfügung stellen.
- 47 Wenn Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber den Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 nicht geltend machen und sich infolge der Ertüchtigung auch keine Veränderung der installierten Leistung ergibt, kommt es zu keinerlei Veränderung hinsichtlich des bereits bestehenden Vergütungsanspruchs – weder der Höhe nach noch hinsichtlich der Vergütungsdauer. Insoweit stellt eine Ertüchtigung unter den vorgenannten Bedingungen kein Datum dar, dass für den bundesweiten Ausgleich (§ 70 EEG 2017/EEG 2021) bzw. die Endabrechnung (§ 71 EEG 2017/EEG 2021) erforderlich ist und muss auch nicht mitgeteilt werden.

³⁶Ebenso Stellungnahmen des BDEW, des WKV, der AGW, S. 4, des BDW, S. 3, a. A. Stellungnahme des WBW, demzufolge die Entstehung des Vergütungsanspruches konstitutiv an die Umsetzung der Ertüchtigungsmaßnahme gekoppelt ist und nicht an die Geltendmachung des Anspruches gegenüber dem Netzbetreiber, S. 5.

- 48 **Exkurs – Direktvermarktungspflicht bei Geltendmachung des Anspruchs** Die Regelung des § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 kann – auch wenn der Wunsch der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber besteht, den Anspruch geltend zu machen – angesichts der nicht trivialen Nachweisproblematik zu teilweise erheblichen Verzögerungen führen, bis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber geklärt ist, dass alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind und die entsprechenden Förderzahlungen rückwirkend angepasst werden können. Da bei Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 100 kW gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 kein uneingeschränkter gesetzlicher Festvergütungsanspruch besteht, mithin die Pflicht zur Direktvermarktung mit entsprechenden Vergütungssanktionen bei Verstoß gegen die Direktvermarktungspflicht greift,³⁷ muss grundsätzlich bereits zum Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme (Stichtag für Neuinbetriebnahmefiktion nach § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017/EEG 2021) mit der Direktvermarktung begonnen werden, auch wenn noch nicht abschließend geklärt ist, ob die Voraussetzungen in Hinblick auf die Ertüchtigung erfüllt sind oder nicht.
- 49 Solange der Gesetzgeber hier keine andere Regelung trifft, rät die Clearingstelle Anlagenbetreiberinnen und -betreibern, die § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 in Anspruch nehmen wollen, sich bereits bei Planung der jeweiligen Ertüchtigungsmaßnahmen an ihren zuständigen Netzbetreiber zu wenden und die Unterlagen so weit wie möglich bereits im Vorfeld einzureichen, um den Prüfungszeitraum nach Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahmen und damit das Risiko finanzieller Einbußen zu minimieren und Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen.

2.3 Rechtsfolgen bei Meldepflichtverstößen gemäß § 71 EEG 2017/EEG 2021

- 50 Liegt lediglich ein Verstoß gegen §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021 vor, ergeben sich keine Vergütungssanktionen (Abschnitt 2.3.1). Kommt es hingegen zu einem Doppelverstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 71 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 einerseits und gegen die Registrierungspflicht an das Register der Bundesnetzagentur (im Folgenden: BNetzA) gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 (Abschnitt 2.3.3) oder gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017/EEG 2021 (Abschnitt 2.3.2) andererseits, verringert sich der jeweilige Zahlungsanspruch solange auf null, bis die erforderliche Meldung nachgeholt wird.

³⁷Vgl. dazu bei einer Biomasseanlage, die gegen die Pflicht zur Direktvermarktung verstoßen hatte, *Clearingstelle*, Votum v. 12.01.2021 – 2020/12-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/12-IV>, Nr. 3, 4.

2.3.1 Lediglich Verstoß gegen §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021

- 51 Liegt lediglich ein Verstoß gegen §§ 70, 71 EEG 2017/EEG 2021 vor, ergeben sich keine Vergütungssanktionen.
- 52 Eine verspätete Meldung gemäß § 71 EEG 2017/EEG 2021 führt nicht dazu, dass der Anspruch gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 (auch künftig) nicht mehr geltend gemacht werden kann.³⁸ Jedoch können Ansprüche auf Nachzahlung oder Rückforderung von Vergütungszahlungen, die aufgrund der Neuinbetriebnahme entstanden sind, verjährt oder verwirkt sein. Dies ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen.³⁹
- 53 Im Übrigen haben Anlagenbetreiberinnen und -betreiber dem Netzbetreiber gemäß § 10 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 Änderungen an ihren Erzeugungsanlagen mitzuteilen, die zu einer wesentlichen Veränderung der elektrischen Eigenschaften am Netzverknüpfungspunkt führen.⁴⁰

2.3.2 Ertüchtigung mit Erhöhung der installierten Leistung und doppelter Meldeverstoß

- 54 Der jeweilige Zahlungsanspruch verringert sich für Wasserkraftanlagen, bei denen es infolge einer Ertüchtigung zu einer Erhöhung der installierten Leistung gekommen ist, für die eingespeiste Strommenge, die der erhöhten installierten Leistung zuzuordnen ist, auf null, solange Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die zur Meldung einer Erhöhung der installierten Leistung der Anlage (§ 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017/EEG 2021) erforderlichen Angaben nicht an das Register übermittelt haben und zusätzlich ein Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 71 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 (dazu Abschnitt 2.2) vorliegt.⁴¹ Dies gilt unabhängig von der Frage, ob der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 geltend gemacht wurde.
- 55 Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut. § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017/EEG 2021 lautet:

„Der anzulegende Wert verringert sich auf null,

³⁸ Insbesondere für die Gegenwart und Zukunft können Ansprüche noch geltend gemacht werden. Für in der Vergangenheit liegende Zeiträume ist ggf. eine nachträgliche Korrektur gemäß § 62 EEG 2021 bzw. der jeweils anzuwendenden Vorgängervorschrift möglich, soweit die Ansprüche noch nicht verjährt oder verwirkt sind.

³⁹ Dazu auch *Clearingstelle*, Votum v. 01.07.2021 – 2020/62-IV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2020/62-IV>, Abschnitte 2.2.5 und 2.2.6; in diesem Sinne auch Stellungnahme des WKV, S. 7. Siehe zu der Wirkung der Meldung im Hinblick auf die Anspruchsvoraussetzungen auch Stellungnahme des WBW, S. 5.

⁴⁰ Ebenso Stellungnahme des BDEW, S. 6 f. mit Verweis auf *Clearingstelle*, Hinweis v. 16.06.2015 – 2015/7, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2015/7>, Rn. 70 ff.

⁴¹ Ebenso Stellungnahme des WKV, S. 6 f. und des WBW, S. 5 f.

1. ...
2. solange und soweit Betreiber von im Register registrierten Anlagen die zur Meldung einer Erhöhung der installierten Leistung der Anlage erforderlichen Angaben nicht an das Register übermittelt haben und die Meldung nach § 71 Nummer 1 noch nicht erfolgt ist“

- 56 Sofern es im Rahmen der Ertüchtigung zu einer Erhöhung der installierten Leistung gekommen ist und diese Erhöhung der installierten Leistung nicht im Marktstammdatenregister der BNetzA registriert wurde, reduziert sich der gesetzliche Zahlungsanspruch nur für die eingespeiste Strommenge, die der erhöhten installierten Leistung zuzuordnen ist.
- 57 In diesem Sinne wurde in der Empfehlung 2016/32⁴² der Clearingstelle in Leitsatz 6 ausgeführt:

„Melden Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber von registrierten Anlagen die Erhöhung der installierten Leistung nicht, so reduziert sich der gesetzliche Zahlungsanspruch nur für die eingespeiste Strommenge, die der erhöhten installierten Leistung zuzuordnen ist“.⁴³

- 58 Zwar erging die Empfehlung 2016/32 zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach der Anlagenregisterverordnung⁴⁴ sowie dem EEG 2014. Jedoch lässt sich das Ergebnis ohne Weiteres auch auf das EEG 2017/EEG 2021 übertragen. Denn die maßgebliche Begründung basierte auf dem Wortlaut von § 25 EEG 2014, der die Vergütungssanktion lediglich „soweit“ anordnet, was „in dem Maße, wie“ bedeutet, und ging auch unmittelbar aus der Gesetzesbegründung zu § 25 EEG 2014 hervor.⁴⁵ Dies lässt sich auch auf § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017/EEG 2021 übertragen, dessen Wortlaut in der Hinsicht unverändert geblieben ist.

⁴² Clearingstelle, Empfehlung v. 31.08.2017 – 2016/32, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2016/32>.

⁴³ Clearingstelle, Empfehlung v. 31.08.2017 – 2016/32, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2016/32>, Leitsatz Nr. 6.

⁴⁴ Verordnung über ein Register für Anlagen zur Erzeugung v. Strom aus erneuerbaren Energien und Grubengas (Anlagenregisterverordnung – AnlRegV) v. 01.08.2014 (BGBl. I S. 1320), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes v. 22.12.2016 (BGBl. I S. 3106), außer Kraft getreten am 01.09.2017 gemäß Art. 2 der Verordnung über die Registrierung energiewirtschaftlicher Daten v. 10.04.2017 (BGBl. I, S. 842).

⁴⁵ Clearingstelle, Empfehlung v. 31.08.2017 – 2016/32, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2016/32>, Rn. 53 ff.

59 Die vorgenannte Rechtsfolge greift dabei unabhängig von der Frage, ob der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 geltend gemacht wurde und damit eine Neuinbetriebnahme stattgefunden hat oder nicht. Denn die Sanktion bei Nichtmeldung der Erhöhung der installierten Leistung greift sowohl für Neu- als auch für Bestandsanlagen.⁴⁶

2.3.3 Ertüchtigung ohne Erhöhung der installierten Leistung und doppelter Meldeverstoß

60 Bei Ertüchtigungen ohne Erhöhung der installierten Leistung, für die der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 geltend gemacht wurde *und zusätzlich* ein Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 71 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 vorliegt, verringert sich der Zahlungsanspruch für den gesamten in der Wasserkraftanlage erzeugten Strom gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 nur dann auf null, wenn und solange die Wasserkraftanlage noch nicht im Marktstammdatenregister registriert ist; unerheblich ist hierfür mithin, ob die Ertüchtigung bereits eingetragen wurde (Rn. 62 ff.).

61 Bei Ertüchtigungen ohne Erhöhung der installierten Leistung, für die der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 *nicht* geltend gemacht wurde, verringert sich der Zahlungsanspruch für den gesamten, in der Wasserkraftanlage erzeugten Strom gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 *auch dann nicht* auf null, wenn ein Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 71 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 vorliegt (Rn. 82 ff.).

62 **Anlagen mit Geltendmachen von § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021** Der Zahlungsanspruch verringert sich für Wasserkraftanlagen,

- bei denen es infolge einer Ertüchtigung *nicht* zu einer Erhöhung der installierten Leistung gekommen ist,
- für die der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 geltend gemacht wurde und entsprechend ein neues Inbetriebnahmedatum gilt,

⁴⁶So ist § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017 (i. V. m. § 100 Abs. 1 EEG 2021) insbesondere auch für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.01.2017 anwendbar gemäß § 100 Abs. 1 Satz 5 EEG 2017 sowie § 100 Abs. 2 Satz 2 EEG 2017. Folglich verringert sich der anzulegende Wert nur dann auf null, wenn ein „doppelter Meldeverstoß“ vorliegt gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017 (Nichtregistrierung der Leistungserhöhung im Register der BNetzA und Nichtmeldung der Leistungserhöhung an den Netzbetreiber) und nicht schon bei einem „einfachen Meldeverstoß“ (lediglich Nichtregistrierung der Leistungserhöhung im Register der BNetzA) gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014, der auch für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.08.2014 Anwendung fand. Gemäß § 100 Abs. 1 Satz 6 i. V. m. § 52 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2017 ergibt sich für diese Anlagen allerdings nunmehr bei einem einfachen Meldeverstoß eine Verringerung des anzulegenden Werts um 20 Prozent. Vgl. dazu auch *Clearingstelle*, Schiedsspruch v. 13.05.2019 – 2019/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2019/11> und *Clearingstelle*, Schiedsspruch v. 25.06.2019 – 2019/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2019/15>.

- *wenn zusätzlich* ein Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 71 Nr. 1 EEG 2017/ EEG 2021 vorliegt,

für den gesamten in der Wasserkraftanlage erzeugten Strom gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 nur dann auf null, wenn und solange die gemäß § 5 MaStRV⁴⁷ zur erstmaligen Registrierung der Anlage erforderlichen Angaben überhaupt nicht an das Marktstammdatenregister übermittelt wurden.⁴⁸

- 63 In diesem Fall greift auch nicht § 100 Abs. 6 Nr. 2 EEG 2021, wonach für Wasserkraftanlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden und nicht gemäß § 6 AnlRegV⁴⁹ registrierungspflichtig waren, die Vergütungssanktion des § 52 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021 nicht anzuwenden ist.⁵⁰ Denn durch das Geltendmachen des § 40 Abs. 2 EEG 2021 erhält die Wasserkraftanlage gerade ein neues Inbetriebnahmedatum und ist demnach nicht mehr „vor dem 1. August 2014“ in Betrieb genommen worden.
- 64 Die Vergütungssanktion nach § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 tritt immer dann ein, wenn zusätzlich zum Verstoß gegen die Meldepflicht nach § 71 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 die Anlage nicht *erstmalig* im Marktstammdatenregister der Bundesnetzagentur registriert wurde. Sofern die Wasserkraftanlage bereits gemäß § 5 Abs. 5 MaStRV im Marktstammdatenregister der BNetzA gemeldet ist, liegt kein Anwendungsfall von § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 mit entsprechender Vergütungssanktion vor, auch wenn die Ertüchtigung nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 nicht gemäß § 18 Abs. 6 MaStRV im Marktstammdatenregister eingetragen wurde. Dies ergibt sich insbesondere aus der historischen und teleologischen Auslegung.

- 65 **Wortlaut** Der Wortlaut ist hier nicht eindeutig. § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 lautet:

⁴⁷Verordnung über das zentrale elektronische Verzeichnis energiewirtschaftlicher Daten (Marktstammdatenregisterverordnung – MaStRV) v. 10.04.2017 (BGBl. I, S. 842), zuletzt geändert durch Art. 9a des Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht v. 16.07.2021 (BGBl. I S. 3026), alle Fassungen abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/mastrv>.

⁴⁸Ebenso Stellungnahme des WKV, S. 6 f. und des WBW, S. 5 f.

⁴⁹Vor der Registrierungspflicht an das Marktstammdatenregister gemäß MaStRV bestand die Registrierungspflicht an das Anlagenregister gemäß Verordnung über ein Register für Anlagen zur Erzeugung v. Strom aus erneuerbaren Energien und Grubengas (Anlagenregisterverordnung – AnlRegV) v. 01.08.2014 (BGBl. I S. 1320), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes v. 22.12.2016 (BGBl. I S. 3106), außer Kraft getreten am 01.09.2017 gemäß Art. 2 der Verordnung über die Registrierung energiewirtschaftlicher Daten v. 10.04.2017 (BGBl. I, S. 842).. Nach § 6 AnlReG waren u.a. Wasserkraftanlagen zur Registrierung verpflichtet, deren installierte Leistung sich erhöht oder verringert hatte. Gemäß Art. 2 der MaStRV i. d. Fassung v. 10.04.2017 (BGBl. I S. 842), die durch Art. 5 des Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2532) geändert worden ist, trat die AnlRegV am 01.09.2017 außer Kraft.

⁵⁰Vgl. zum Regelungsinhalt von § 6 AnlRegV Rn. 84.

„Der anzulegende Wert verringert sich auf null,

1. solange Anlagenbetreiber die zur Registrierung der Anlage erforderlichen Angaben nicht an das Register übermittelt haben und die Meldung nach § 71 Nummer 1 noch nicht erfolgt ist, ...“

- 66 Die Formulierung „die zur Registrierung der Anlage erforderlichen Angaben“ legt dabei nahe, dass es im Kern um die (erstmalige) Registrierung der Anlage im Register der BNetzA gehen soll und die hierfür erforderlichen Angaben zu übermitteln sind. Nicht abschließend klar wird jedoch aus dem Wortlaut, ob die Mitteilung über erfolgte Ertüchtigungen der Anlage gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021, die ebenfalls an das Register zu melden sind, auch zu den „zur Registrierung der Anlage erforderlichen Angaben“ gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 gehört, wenn die Anlage jedenfalls bereits (erstmalig) an das Register gemeldet wurde, und inwieweit hier die Vergütungssanktion auf null greifen soll. Deshalb ist die weitere Auslegung erforderlich.
- 67 **Systematik** Die systematische Betrachtung von § 52 Abs. 1 EEG 2017/EEG 2021 in Zusammenschau mit der MaStRV spricht weder eindeutig dafür noch eindeutig dagegen, dass mit der „Registrierung der Anlage“ gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 die erstmalige Registrierung in das Marktstammdatenregister der BNetzA gemeint ist und nicht die (nachträgliche) Mitteilung über die erfolgte Ertüchtigung.
- 68 So finden sich in der MaStRV in Abschnitt 2 („Registrierungen“) die Regelungen zur „Registrierung“ von Marktakteuren (§ 3), Behörden (§ 4), von Einheiten und von EEG- und KWK-Anlagen (§ 5), sowie „Erforderliche Daten zur Registrierung“ (§ 6) und zur „Registrierung von Änderungen“ (§ 7). Dass § 5 MaStRV die „Registrierung von Einheiten und von EEG- und KWK-Anlagen“ adressiert und hier die Pflicht zur (erstmaligen) Registrierung der Anlage im Marktstammdatenregister festschreibt, spricht zunächst dafür, dass § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 insbesondere die „erstmalige“ Registrierung der Anlage als Anwendungsfall adressiert – und nicht die (nachträgliche) Ertüchtigung umfasst.
- 69 So gilt gemäß § 5 Abs. 5 MaStRV hinsichtlich der Pflicht von Anlagenbetreiberinnen und -betreibern zur Registrierung ihrer Anlagen im Marktstammdatenregister Folgendes:

„Registrierungen nach Absatz 1 Satz 1 müssen im Fall von Einheiten und EEG-Anlagen innerhalb eines Monats nach der Inbetriebnahme erfolgen, im Fall

von KWK-Anlagen innerhalb eines Monats nach der Aufnahme des Dauerbetriebs oder im Fall einer Modernisierung von KWK-Anlagen nach der Wiederaufnahme des Dauerbetriebs erfolgen. Abweichend von Satz 1 müssen Registrierungen von Einheiten, EEG- und KWK-Anlagen, die vor dem 1. Juli 2017 in Betrieb genommen wurden oder den Dauerbetrieb aufgenommen oder im Fall einer Modernisierung wiederaufgenommen haben, bis zum 30. September 2021 erfolgen.“

- 70 In Abschnitt 5 der MaStRV wird dagegen nicht von „Registrierungen“, sondern von „Meldepflichten und Veröffentlichungen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz“ gesprochen. Insbesondere ist dabei § 18 MaStRV zu nennen, der „zusätzliche Meldepflichten“ adressiert und in seinem Absatz 6 ausdrücklich die Meldung von Ertüchtigungen gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 regelt. § 18 Abs. 6 MaStRV lautet:

„Betreiber von Wasserkraftanlagen müssen vorgenommene Ertüchtigungen im Sinne von § 40 Absatz 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes nach Maßgabe der Anlage zu dieser Verordnung innerhalb eines Monats nach der Inbetriebnahme der ertüchtigten Anlage eintragen.“

- 71 Aus der gewählten Formulierung „müssen eintragen“ und der systematischen Einordnung als „Meldepflichten“ bzw. „zusätzliche Meldepflichten“ kann wiederum gefolgert werden, dass die Mitteilung über die Ertüchtigung nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 gerade nicht Teil der (erstmaligen) Registrierung im Marktstammdatenregister i. S. d. § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 ist.
- 72 Aus der Anlage zur MaStRV („Im Marktstammregister zu erfassende Daten“), Tabelle II Nr. II.2.6 („Zusätzliche Daten zu Ertüchtigungsmaßnahmen an Wasserkraft-Anlagen“) ergibt sich zudem, dass bei der Meldung über die Ertüchtigung auch das „Datum der Ertüchtigungsmaßnahme“ einzutragen ist. Auch dies scheint in systematischer Hinsicht nicht von der eigentlichen „Registrierung“ umfasst zu sein.
- 73 Auf der anderen Seite sprechen jedoch die §§ 6, 7 MaStRV dafür, dass auch die Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen als Teil der zur Registrierung von Anlagen erforderlichen Daten zu sehen ist. So müssen gemäß § 6 MaStRV (Erforderliche Daten zur Registrierung) bei „jeder Registrierung ... die Daten eingetragen werden, die nach der Anlage zu dieser Verordnung erforderlich sind.“ Weiter haben die jeweils Verantwortlichen nach § 7 Abs. 1 MaStRV (Registrierung von Änderungen) „Änderungen, die die im Marktstammdatenregister eingetragenen Daten betreffen, ... innerhalb eines Monats nach ihrem Ein-

tritt im Marktstammdatenregister [zu] registrieren.“ Hierzu dürfte auch die Änderung des Inbetriebnahmedatums der Wasserkraftanlage nach Abschluss einer Ertüchtigung gehören.⁵¹

- 74 Da durch Ertüchtigungen gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 die Rechtsfolge der Neuinbetriebnahme (als jedenfalls meldepflichtiges Datum nach MaStrV) ausgelöst wird, die Ertüchtigungen nach § 18 Abs. 6 MaStRV jedenfalls eingetragen werden müssen und zudem in der Anlage zur MaStRV ausdrücklich Daten zur Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen genannt sind, kann auch vertreten werden, dass die Meldung über die Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen gemäß § 18 Abs. 6 MaStRV sowie die Meldung des geänderten Inbetriebnahmedatums gemäß § 7 Abs. 1 MaStRV zu den „zur Registrierung von Anlagen erforderlichen Daten“ i. S. v. § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 gehören. Die systematische Auslegung führt insoweit nicht zu einem eindeutigen Ergebnis.
- 75 **Historie und Genese** Die Betrachtung der Vorgängerregelungen zu § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 spricht dafür, dass die Vergütungssanktion sich auf einen Verstoß gegen die (erstmalige) Registrierung bezieht und nicht auf den Verstoß gegen die Mitteilungspflicht nachträglicher Änderungen wie der Ertüchtigung von Wasserkraftanlagen.
- 76 So lautete § 24 Abs. 1 EEG 2014, mit der die Vergütungssanktion auf null bei Meldeverstößen erstmalig eingeführt wurde und die sich im Grundsatz wortgleich in § 52 Abs. 1 EEG 2017/EEG 2021 wiederfindet:

„Der anzulegende Wert nach § 23 Absatz 1 Satz 2 verringert sich auf null,

1. solange Anlagenbetreiber die zur Registrierung der Anlage erforderlichen Angaben nicht nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach § 90 an das Anlagenregister übermittelt haben,
2. solange und soweit Anlagenbetreiber einer nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach § 90 registrierten Anlage eine Erhöhung der installier-

⁵¹ So auch *BNetzA*, Häufig gestellte Fragen (FAQ) unter <https://www.marktstammdatenregister.de/MaStrHilfe/subpages/faq.html>, zuletzt abgerufen am 12.03.2022; dort heißt es zur Frage: „Meine EEG-Anlage/KWK-Anlage hat ein neues Inbetriebnahmedatum zugewiesen bekommen. Wie registriere ich das?“: „Die gesetzlichen Regelungen des EEG und des KWKG sehen vor, dass EEG-Anlagen (Biomasse, Wasserkraft) und KWK-Anlagen unter bestimmten Bedingungen nachträglich ein neues Inbetriebnahmedatum zugewiesen bekommen. In der Regel dient dies dazu, den Förderzeitraum neu zu starten. In diesen Fällen ist folgendermaßen vorzugehen: ... 2. Als Datum der Inbetriebnahme der EEG-Anlage bzw. der KWK-Anlage ist das neu zugewiesene Inbetriebnahmedatum einzutragen.“ Auslassungen nicht im Original.

ten Leistung der Anlage nicht nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach § 90 an das Anlagenregister übermittelt haben.“

77 Die Gesetzesbegründung zu § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2014 lautet:

„Absatz 1 greift die Vorgängerregelung in § 17 Absatz 2 Nummer 1 und 2 EEG 2012 auf und bündelt diese in Nummer 1. Im Unterschied zur bisherigen Rechtslage wird die fehlende Registrierung der Anlage im Anlagenregister mit einer Reduzierung des Förderanspruchs auf null sanktioniert. Dies ist erforderlich, damit umfassend und zeitnah sämtliche Anlagen, die eine Förderung in Anspruch nehmen, im Anlagenregister erfasst werden und so eine hohe Datenqualität erreicht wird. Die Förderung wird nicht reduziert, wenn der Anlagenbetreiber die nach der Anlagenregisterverordnung anzugebenden Daten fristgemäß übermittelt hat. Die Regelung ist wie Nummer 2 auch anwendbar, wenn Anlagen auf Grund der nach § 6 Absatz 3 vorgezeichneten Übertragung des Anlagenregisters auf das Gesamtanlagenregister nach § 53b EnWG künftig im Gesamtanlagenregister registriert werden müssen.

Nummer 2 ist eine Neuregelung, die im Zusammenhang mit dem Erlass der Anlagenregisterverordnung steht. Nach § 5 sowie § 16 Absatz 4 des Entwurfs der Anlagenregisterverordnung müssen auch bestimmte Änderungen anlagenbezogener Daten mitgeteilt werden. Diese Vorgabe betrifft insbesondere die nachträgliche Erweiterung von Anlagen, die zu einer höheren installierten Leistung führt. Die Angabe über Änderungen der installierten Leistung ist erforderlich, um diese über die gesamte Lebenszeit einer Anlage korrekt zu erfassen und damit insbesondere auch den Absenkungen der anzulegenden Werte nach den §§ 27 bis 29 EEG 2014 die tatsächlich richtigen Werte zugrunde zu legen.“⁵²

78 Der Begründung lässt sich damit entnehmen, dass die Übermittlungspflicht nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2014 sich nicht auf nachträgliche Änderungen beziehen sollte, sondern auf das (erstmalige) Registrieren der Anlage – damals noch im Anlagenregister der BNetzA. Denn nachträgliche Änderungen sollten ausweislich des Wortlauts und der Begründung durch § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2014 adressiert werden⁵³ (dazu Ab-

⁵²BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/2564/material>, S. 129 f.

⁵³Ebenso *Clearingstelle*, Empfehlung v. 31.08.2017 – 2016/32, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2016/32>, Rn. 15.

schnitt 2.3.2). Aufgrund des im Grundsatz unveränderten Wortlauts lässt sich dieses Ergebnis auch auf § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 übertragen.

79 Dafür spricht ebenso die Gesetzesbegründung zu § 100 Abs. 6 EEG 2021:

„... Diejenigen Anlagen, die noch nie gemeldet wurden, weil sie nach dem EEG in den verschiedenen Fassungen i. V. mit der Anlagenregisterverordnung oder der Marktstammdatenregisterverordnung noch keine Meldepflicht traf, unterliegen hingegen erstmals der Meldepflicht des § 5 MaStRV und könnten damit von einer der Sanktionen § 52 Absatz 1 Nummer 1 und Absatz 3 Nummer 1 EEG 2021 erfasst sein. Die neue Vorschrift verhindert demnach, dass diese Sanktion greift. Die Fälligkeitsregel § 23 MaStRV und deren Verschiebungen bleiben davon unberührt.“⁵⁴

80 Daraus ergibt sich, dass die von § 100 Abs. 6 EEG 2021 erfassten Anlagen, die nun erstmalig der Meldepflicht unterliegen, nicht von der Sanktion für die erstmalige Meldung nach § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2021 (vorher § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017) betroffen sein sollen.

81 **Sinn und Zweck** Für dieses Ergebnis spricht auch die Auslegung nach Sinn und Zweck der Regelung. So lässt sich der Begründung zu § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2014 entnehmen, dass durch die strenge Sanktion insbesondere die grundsätzliche Erfassung aller Anlagen im Anlagenregister angereizt und insoweit eine hohe Datenqualität erreicht werden sollte.⁵⁵ Eine so strenge Sanktion – hier die Reduktion der Vergütung des gesamten in der Anlage erzeugten Stroms auf null – bei der Nichtmeldung einer nachträglichen Änderung, wenn aber die Anlage bereits im (Anlagen-)Register der BNetzA registriert wurde – erscheint daher nicht angemessen und kann vom Gesetzgeber auch nicht gewollt sein. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber mit § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2014 (und später § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017/EEG 2021) eine Regelung für nachträgliche Änderungen (hier: Erhöhung der installierten Leistung) geschaffen hat, mit einer weniger einschneidenden Rechtsfolge (dazu Abschnitt 2.3.2).

82 **Anlagen ohne Geltendmachen von § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021** Der Zahlungsanspruch verringert sich für Wasserkraftanlagen *nicht* gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 auf null,

⁵⁴BT-Drs. 19/25326, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2021/material>, S. 35.

⁵⁵BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/2564/material>, S. 129 f.

- bei Ertüchtigungen *ohne* Erhöhung der installierten Leistung,
- für die der Anspruch nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 *nicht* geltend gemacht wurde und entsprechend das ursprüngliche Inbetriebnahmedatum beibehalten wird,
- *auch wenn zusätzlich* ein Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 71 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 vorliegt.

83 Denn für Zeiträume ab dem 1. Januar 2021 greift die Übergangsbestimmung des § 100 Abs. 6 Nr. 2 EEG 2021, wonach die Sanktion des § 52 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021 nicht für Wasserkraftanlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden, anzuwenden ist. Dies ist stets der Fall, wenn der § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 in Rede steht (tatbestandliche Voraussetzung ist, dass die Wasserkraftanlage vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen wurde), aber nicht geltend gemacht wird und entsprechend das alte Inbetriebnahmedatum (vor dem 1. August 2014) beibehalten wird.

84 Für Zeiträume vor dem 1. Januar 2021 greift zwar nicht § 100 Abs. 6 Nr. 2 EEG 2021, da dieser erst mit dem EEG 2021 eingeführt wurde und deshalb erst für Zeiträume ab dem 1. Januar 2021 gilt. Jedoch gab es für die Zeit vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2020 (Geltungszeitraum des EEG 2017) für die erstmalige Registrierungspflicht im Marktstammdatenregister eine Übergangsfrist gemäß § 25 Abs. 2 MaStR a.F.⁵⁶, wonach Bestandsanlagen die erstmalige Meldung erst bis zum 31. Januar 2021 vorzunehmen hatten.⁵⁷ Vor der Registrierungspflicht an das Marktstammdatenregister gemäß MaStRV bestand zwar bereits eine Registrierungspflicht an das Anlagenregister gemäß AnlRegV. Nach § 6 AnlRegV waren jedoch Wasserkraftanlagen nur dann zur Registrierung verpflichtet, wenn deren installierte Leistung sich erhöht oder verringert hatte. Wenn es also durch die Ertüchtigung *nicht* zu einer Erhöhung der installierten Leistung, sondern

⁵⁶Vgl. §§ 5, 25 Marktstammdatenregisterverordnung v. 10.04.2017 (BGBl. I S. 842), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung v. 15.11.2018 (BGBl. I S. 1891) sowie Marktstammdatenregisterverordnung v. 10.04.2017 (BGBl. I S. 842), zuletzt geändert durch Art. 4 der Verordnung v. 20.01.2020 (BGBl. I S. 106) sowie Marktstammdatenregisterverordnung v. 10.04.2017 (BGBl. I S. 842), zuletzt geändert durch Art. 9 d. Gesetzes v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728). Zuvor galten §§ 2 Nr. 1, 12 Marktstammdatenregisterverordnung v. 10.04.2017 (BGBl. I S. 842) und Marktstammdatenregisterverordnung v. 10.04.2017 (BGBl. I S. 842), zuletzt geändert durch Art. 5 d. Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2532). Die verschiedenen Fassungen der MaStRV sind abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/mastrv>.

⁵⁷Mit der Änderung der MaStRV durch Art. 2 d. Gesetzes v. 14.07.2021 (BGBl. I S. 2860) mit Inkrafttreten am 20.07.2021 wurde die Frist zur Registrierung im Marktstammdatenregister für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 01.07.2017 auf den 30.09.2021 verlängert, § 5 Abs. 5 Satz 2 MaStRV.

lediglich zu einer Erhöhung des Leistungsvermögens gekommen ist, bestand auch hier keine erstmalige Registrierungspflicht.⁵⁸

- 85 Die Clearingstelle weist im Übrigen darauf hin, dass, auch wenn eine versäumte Meldung der Ertüchtigung nach § 40 Abs. 2 EEG 2017/EEG 2021 an das Marktstammdatenregister der BNetzA bei zuvor vorgenommener Registrierung der Anlage nicht die Rechtsfolge nach § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017/EEG 2021 (Vergütungsreduktion für den gesamten Strom der Anlage auf null) auslöst, gleichwohl Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die zusätzliche Meldepflicht gemäß § 18 Abs. 6 MaStRV einzuhalten haben.

Beschluss

Der Hinweis wurde einstimmig angenommen.

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

Koch

Dr. Mutlak

Wolter

⁵⁸ Gemäß Art. 2 der MaStrV i. d. Fassung v. 10.04.2017 (BGBl. I S. 842), die durch Art. 5 des Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2532) geändert worden ist, trat die AnlRegV am 01.09.2017 außer Kraft.