

2018/31

Berlin, den 12. September 2018

Schiedsspruch

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

In dem schiedsrichterlichen Verfahren

1. [...]

– Schiedsklägerin zu 1–

2. [...]

– Schiedsklägerin zu 2–

3. [...]

– Schiedskläger zu 3–

4. [...]

– Schiedsbeklagte –

erlässt das Schiedsgericht durch die Schiedsrichter Dr. Lovens-Cronemeyer sowie Dr. Mutlak und Dr. Winkler aufgrund der fernmündlichen Verhandlung vom 6. September 2018 am 12. September 2018 folgenden Schiedsspruch:

Die Schiedskläger haben gegen die Schiedsbeklagte seit dem 10. September 2018 einen Vergütungsanspruch für den jeweils in ihren Wasserkraftanlagen erzeugten und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeisten Strom gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017¹.

¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Dritten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 21.06.2018 (BGBl. I S. 862), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

Ergänzender Hinweis des Schiedsgerichts:

Wenn und soweit die Schiedsbeklagte geringere oder höhere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Schiedsspruchs ergibt, so liegen hinsichtlich darauf beruhender Zahlungen oder Forderungen der Schiedsbeklagten an die Schiedskläger die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017 vor.

I Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Schiedskläger ihre Wasserkraftanlagen² (im Folgenden: WKA) ertüchtigt haben.
- 2 Die Schiedskläger betreiben in [...] am [...] kanal] jeweils eine WKA. Die ca. 1925 in Betrieb genommene WKA des Schiedsklägers zu 3 hat eine installierte Leistung von 65 kW. Die beiden anderen WKA der Schiedsklägerinnen zu 1 und zu 2 verfügen über eine installierte Leistung von jeweils durchschnittlich 25 kW. Sie wurden bereits in der Zeit vor dem 2. Weltkrieg zur Stromproduktion genutzt. Teilweise wurden die Wasserkraftanlagen vor 2012 ökologisch durch den gemeinsamen Bau einer Fischtreppe modernisiert. Die WKA der Schiedskläger werden in Überschuss-einspeisung betrieben, weisen variierende, nicht separat gemessene Eigenverbräuche (u. a. Mühlenbetrieb sowie Heizung) auf und werden u. a. hinsichtlich der Rechenreinigung unterschiedlich gefahren.
- 3 Im Jahr 2016 ließen die Schiedskläger als Betreibergemeinschaft kanalaufwärts „vor“ ihren Wasserkraftanlagen am Teilungswehr [...], welches aus der [...] Wasser in den [...] kanal] leitet, eine Wasserkraftschnecke mit einer installierten Leistung von 45 kW zur Restwassernutzung errichten. Zudem wurden automatisch gesteuerte Schütze installiert. Die Schütze regulieren sowohl den Zulauf zu den Bestandsanlagen als auch zur Wasserkraftschnecke der Schiedskläger und wirken insoweit auf beide. Die Regulierung der Schütze wird über eine gemeinsame Steuerung (automatische Wasserstandsregulierung) sichergestellt, indem über redundante Messsonden der Wasserstand im Zustrom gemessen und daraufhin die Wasserdotation festgelegt wird. Dabei wird nach Abzug des erhöhten verpflichtenden Restwassers die Ausleitung zu den WKA priorisiert. Die Wasserkraftschnecke nutzt die Wasserkraft des am gemeinsamen Teilungswehr abfließenden Restwassers. Schütze und Wasserkraftschnecke werden online überwacht und gesteuert.
- 4 Der Einbau der Wasserkraftschnecke und deren Inbetriebnahme erfolgte im Februar 2016. Mit dem Einbau der Schütze und der automatischen Steuerung wurde Anfang 2016 begonnen. Das Abnahmeprotokoll zur Fertigstellung der Schütze stammt vom 3. August 2016, zu diesem Zeitpunkt gingen sie in Betrieb, wurden jedoch noch manuell gesteuert. Als Leistungsumfang wurde in dem Abnahmeprotokoll vermerkt „Hochwasserschütz mit Bauleistung, Montage und Antrieb“. Für die automatische

²Soweit im Folgenden von Wasserkraftanlagen die Rede ist, bezieht sich dies auf die Bestandswasserkraftanlagen der Schiedskläger und nicht auf die 2016 in Betrieb genommene Wasserkraftschnecke.

Steuerung wurde eine Software speziell entwickelt, um den besonderen Sicherheitsanforderungen zur Umsetzung eines Hochwassersicherungskonzeptes als Teil des Pflichtenheftes durch die Marktgemeinde Rechnung zu tragen. Bestelldatum für die Software war ursprünglich der 9. Juni 2016. Die Sicherheitsanforderungen wurden danach über kommunale Vorgaben spezifiziert und führten zur Verzögerung dieses Teilprojektes. Die automatische Steuerung mit der neuen Software ersetzt die Software, die die Wasserkraftschnecke vorher unabhängig geregelt hat. Ein zusammenhängender Probetrieb erfolgte im Jahr 2017 phasenweise, seit Jahresbeginn 2018 weitgehend kontinuierlich. Die Abnahme der Steuerung unter Beteiligung der Gemeinde (Hochwassersicherheit) fand am 10. September 2018 statt. Im Abnahmeprotokoll wurden einige, bis zum 8. Oktober 2018 zu erledigende Arbeiten festgehalten, u. a. Beschriftungen der Klemmen am Schaltschrank, Anbringung diverser (Typen-) Schilder, Risikobewertung der gesamten Wehranlage, Erstellung bzw. Ergänzung der Betriebsanleitung für Steuerung und Gesamtwehranlage sowie Nachrüstung einer regelmäßigen Funktionsprüfung der Schützenbewegung. In 2018 sind die WKA trotz des überdurchschnittlich wasserarmen Jahres durchgelaufen.

- 5 Vor der Errichtung der Wasserkraftschnecke wurde die Ausleitung aus der [...] in den [...] kanal] manuell durch das Stecken von wasserabweisenden Brettern gesteuert und war insofern vergleichsweise träge. Durch die Errichtung der Wasserkraftschnecke und der Schütze wird ein gleichmäßig hoher Zufluss in den [...] kanal] erreicht, so dass die Wasserkraftanlagen ihr Jahresarbeitsvermögen um mehr als 10 % erhöhen können. In der technischen Stellungnahme vom 30. August 2018 (im Folgenden: Technisches Kurzgutachten) des für die Planung und Umsetzung der Wasserkraftschnecke zuständigen Ingenieurs [...] wird dazu ausgeführt:

„Zunächst wurde die vorhandene Situation analysiert und aufgrund fehlender hydrologischer Daten über Erfahrungswerte und die Wasserspiegellagen in den entsprechenden Zeiträumen die Abflüsse am Ausleitungswehr in der [...] und in den Mühlkanal festgestellt. Als wesentliche Problematik wurde dabei festgestellt, dass sobald die max. Wasserentnahme der vorhandenen Wasserkraftanlagen erreicht wurde, der Wasserstand am Ausleitungswehr entsprechend ansteigt und neben dem Abfluss über das Wehr eben auch einen deutlich erhöhten Abfluss in den Mühlkanal zu Folge hatte.

Der erhöhte Wasserstand im Mühlkanal machte die Öffnung der Leerschussschütze an den Wasserkraftanlagen erforderlich, auch um inner-

örtliche Überschwemmungen zu vermeiden. Damit verbunden waren erhebliche Unterwasseranstiege nach den Wasserkraftanlagen schon ab ca. 25 cm Oberwasseranstieg mit erheblichen Leistungseinbußen an mind. 90 Tagen im Jahr sowie die notwendige vollständige Außerbetriebsetzung der Wasserkraftanlagen ab ca. 50 cm Oberwasseranstieg an ca. 30 Tagen im Jahr. Die Leistungsminderung der vorhandenen Wasserkraftanlagen durch Oberwasserspiegelschwankungen betrug dadurch stark schwankend 10- 25 % pro Jahr.

Zielsetzung der Planung war deshalb, den Zulauf in den Mühlkanal möglichst ganzjährig konstant zu halten ... Die Dotation der Wasserkraftschnecke wird dabei über den Oberwasserstand automatisch gesteuert womit der Oberwasserstand am Ausleitungswehr über einen längeren Zeitraum konstant gehalten werden kann und dadurch auch die Leistung der vorhandenen Wasserkraftanlagen entsprechend erhöht. Bei Wasserzulauf über die Regelfähigkeit der Wasserkraftschnecke (bis ca. 25 cm Oberwasseranstieg) steigt deren Schluckvermögen um weitere 1200 l/s und reduziert auch damit nochmals den Oberwasseranstieg ...

Mit der ausgeführten Maßnahme wurden also mehrere Ziele gleichzeitig erreicht:

- Energetische Nutzung des behördlich vorgeschriebenen Mindestwasserabflusses.
- Energetische Nutzung von über dem bisherigen Ausbaudurchfluss liegenden Abflüssen.
- Leistungssteigerung und Betriebszeitverlängerung der vorhandenen Wasserkraftanlagen.
- Hochwasserschutz.

Auf die energetischen Vorteile für die vorhandenen Wasserkraftanlagen wurde weder im Genehmigungsantrag noch im Genehmigungsbescheid eingegangen, weil diese nur als (beabsichtige) Nebenwirkung gewünscht waren aber keine Genehmigungsrelevanz aufwiesen.

Die deutliche Leistungssteigerung und erhöhte Anlagenverfügbarkeit der vorhandenen Wasserkraftanlagen könnte sicherlich durch ein entsprechendes Gutachten nachgewiesen werden.“³

³Auslassungen nicht im Original.

- 6 Es wurde eine wasserrechtliche Bewilligung für die Errichtung einer Wasserschnecke am [... wehr] des Landkreises [...] vom 13. Februar 2015 (im Folgenden: Bewilligung) erteilt. In der Bewilligung wird auszugsweise aufgeführt:

„Die bisher zulässige Stauhöhe wird nicht verändert. Der Betrieb der geplanten Wasserschnecke erfolgt unter Einhaltung des Oberwasserspiegels auf Höhe der Dammkrone und bei einer Nutzfallhöhe von 2,96 m mit einer Wassernutzung von 2,4 m³/s. Der Oberwasserspiegel wird über die Regulierung der Schneckendrehzahl konstant gehalten. Die geforderte Restwasserabgabe im Unterwasser beträgt in Summe 500 l/s, davon werden 300 l/s über die Fischtreppe und 200 l/s über die Wasserkraftanlage abgegeben. Die erforderliche Abgabe durch die Wasserkraftanlage wird durch die frequenzumrichtergergelte Mindestdrehzahl der Schnecke sichergestellt.

... Die Unternehmerin hat auf ihre Kosten zur Bezeichnung der zulässigen Stauhöhe einen Eichpfahl zu erstellen.

... Beginn und Vollendung der Bauarbeiten sind dem Landratsamt [...] und dem Wasserwirtschaftsamt [...] sowie dem Fischereiberechtigten ... mindestens 14 Tage vor Baubeginn anzuzeigen.

... Nach Errichtung der Wasserschnecke sind Maßnahmen zur Verbesserung der Leitströmung im Unterwasser der Wanderhilfe umzusetzen ...“⁴

- 7 Wegen der weiteren technischen und rechtlichen Einzelheiten wird auf die zur Akte gereichte Bewilligung Bezug genommen.
- 8 **Die Schiedskläger** sind der Auffassung, durch die Errichtung der Wasserschnecke und den Einbau des automatisch gesteuerten Schützes seien ihre Wasserkraftanlagen im Sinne von § 40 Abs. 2 EEG 2014 ertüchtigt worden. Den Schiedsklägern stehe daher ab Februar 2016 für den in ihren Wasserkraftanlagen erzeugten und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeisten Strom ein Vergütungsanspruch i. H. v. 12,26 Cent je kWh bis 2036 zu.
- 9 Die Inbetriebnahme der Wasserschnecke zur Restwassernutzung und der Schütze stellen eine zusammenhängende Maßnahme dar, die als Ganzes gedacht und geplant worden und die mit Fertigstellung der Steuerung in 2018 abgeschlossen sei.

⁴Auslassungen nicht im Original.

Aufgabe der Schütze sei die Regelung/Drosselung des Wasserzuflusses in den Ausleitungsarm, während die Wasserkraftschnecke für den Rückstau Sorge. Um gleichwohl die maximale Stauhöhe einzuhalten, sei in der Bewilligung der Maßnahme erstmalig das Vorhalten eines Eichpfahls vorgeschrieben worden. Insoweit sei die Gesamtmaßnahme als eine Einheit anzusehen, bei der der zentrale Teil der Maßnahme einer wasserrechtlichen Genehmigung bedurfte.

10 Inzwischen habe sich eine relativ gleichmäßige, situativ in Echtzeit angepasste Wasserdotation eingestellt. Ersten Erfahrungswerten nach sei mit einer Potenzialerhöhung von wenigstens 10 Prozent zu rechnen. Der Umstand, dass die WKA im laufenden Jahr 2018 trotz des sehr geringen Wasserdargebots durchgelaufen seien, werten die Schiedskläger als Indiz, dass die Ertüchtigungsmaßnahmen sinnvoll und zweckgerichtet sowie wirksam waren. Rückschlüsse auf das Leistungspotenzial anhand von tatsächlichen Messdaten seien generell nicht möglich, da diese Daten nur auf Jahresbasis erhoben würden und nur als Einspeisedaten existierten, ein zusammenhängender Probetrieb erst seit dem laufenden Kalenderjahr einigermaßen kontinuierlich laufe und dieses Jahr zudem wegen überdurchschnittlicher Wasserknappheit nicht repräsentativ sei, die Wasserkraftanlagen der Schiedskläger einen unterschiedlichen Eigenverbrauch aufwiesen, der messtechnisch nicht erfasst werde, die potenziellen Leistungssteigerungen durch die neue Restwasserregelung weitgehend kompensiert würden (ehemals Restwasser von 300 l/s in kritischen Wassermonaten im Sommer auf nun kontinuierlich 500 l/s) und schließlich der Vergleich zu vorher davon abhängige, wie gut der frühere manuelle Ausgleich zufallsbedingt ausgefallen sei. Die Erhöhung des Leistungsvermögens der einzelnen WKA der Schiedskläger sei an die Wasserdotation in den Mindelkanal geknüpft und damit für alle WKA gleich.

11 **Die Schiedsbeklagte** ist unsicher, ob die WKA durch den Bau der Wasserkraftschnecke, der Hochwasserschütze und der automatischen Steuerung im Sinne des EEG ertüchtigt worden sind. Klärungsbedürftig sei insbesondere, ob die Installation der Wasserkraftschnecke in räumlicher Entfernung zu den Wasserkraftanlagen (ohne „Verklammerung“ dieser Anlagen durch die Wasserkraftschnecke) als Maßnahme zur Erhöhung des Leistungsvermögens dieser Wasserkraftanlagen zu werten sei und ob hier konkret eine erhöhte Stromausbeute der Wasserkraftanlagen vorliege.

12 Dem schiedsrichterlichen Verfahren liegt folgende Frage zugrunde:

Haben die Schiedskläger gegen die Schiedsbeklagte einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2014 für den jeweils in

ihren Anlagen erzeugten und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeisten Strom?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 13 Das schiedsrichterliche Verfahren ist gemäß dem zwischen den Parteien und dem Schiedsgericht abgeschlossenen Schiedsvertrag (Schiedsvereinbarung und Schiedsrichtervertrag) durchgeführt worden. Beide Parteien hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

2.2 Würdigung

- 14 Die Schiedskläger haben gegen die Schiedsbeklagte seit dem 10. September 2018 einen Vergütungsanspruch für den jeweils in ihren WKA erzeugten und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeisten Strom gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017. Der Anspruch besteht nach dem EEG 2017 und nicht nach § 40 Abs. 2 EEG 2014, da die betreffende Ertüchtigungsmaßnahme erst nach dem 31. Dezember 2016 abgeschlossen wurde und damit in den Anwendungsbereich des EEG 2017 fällt (dazu im Einzelnen Abschnitt 2.2.1). Die Schiedskläger haben ihre WKA nach dem 31. Dezember 2016 ertüchtigt und dadurch das Leistungsvermögen ihrer WKA erhöht. Dies haben sie auch nachgewiesen (s. Abschnitt 2.2.2). Der Vergütungsbeginn nach § 40 Abs. 2 i. V. m. § 25 EEG 2017 ist der 10. September 2018, da an diesem Tag die Ertüchtigungsmaßnahme abgeschlossen wurde (s. Abschnitt 2.2.3).

- 15 § 40 Abs. 2 EEG 2017 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.“

2.2.1 Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme

- 16 Die Schiedskläger haben für ihre vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommene WKA eine zusammenhängende Ertüchtigungsmaßnahme (s. Rn. 17 f.) nach dem 31. Dezember 2016 (s. Rn. 19) umgesetzt.
- 17 **Eine Ertüchtigungsmaßnahme** Die Schiedskläger haben ihre WKA in dem Zeitraum von 2016 bis zum 10. September 2018 ertüchtigt. Es handelt sich bei der Ertüchtigung um *eine* zusammenhängende Ertüchtigungsmaßnahme der WKA der Schiedskläger, auch wenn diese sukzessiv durch verschiedene Maßnahmen (Wasserkraftschnecke, Schütze und automatische Steuerung) durchgeführt worden ist. Die Schiedskläger haben zur Überzeugung des Schiedsgerichts dargelegt, dass die einzelnen von ihnen durchgeführten Maßnahmen zusammen mit dem Ziel geplant wurden, insgesamt den Wasserzulauf in den [...] kanal] ganzjährig konstant zu halten.
- 18 Dagegen spricht auch nicht, dass zwischen Inbetriebnahme der Wasserkraftschnecke und der Schütze im Jahr 2016 und der Abnahme der automatischen Steuerung im September 2018 ein vergleichsweise langer Zeitraum lag. Denn die Abnahme der Steuerungssoftware war ebenfalls bereits für 2016 geplant gewesen (s. Rn. 4). Zudem wurde nachvollziehbar dargelegt, dass sich die Entwicklung der Software angesichts der erst im Nachgang von der zuständigen Stelle formulierten komplexen Anforderungen zum Hochwasserschutz als langwieriger erwies, als ursprünglich geplant. Der Umstand, dass seit 2017 ein zeitweiser und seit Beginn 2018 ein fast kontinuierlicher Probetrieb der automatischen Steuerung, die auf Schütze und Wasserkraftschnecke wirkt, läuft, spricht schließlich ebenfalls dafür, dass es sich bei den drei Maßnahmen um eine zusammen geplante und auch zusammenwirkende Gesamtmaßnahme handelt. Dies ist auch zwischen den Parteien unstrittig.

19 **Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme** Die Ertüchtigungsmaßnahme wurde gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017 nach dem 31. Dezember 2016 durchgeführt, da sie am 10. September 2018 abgeschlossen wurde. Die Maßstäbe dafür, wann eine Ertüchtigungsmaßnahme im Sinne des Gesetzes „abgeschlossen“ ist, ergeben sich aus dem Hinweis 2016/19 der Clearingstelle⁵. Leitsätze 1 und 2 des Hinweises 2016/19 lauten:

- „1. Eine Maßnahme im Sinne von § 40 Abs. 2 Satz 1 EEG 2014, § 23 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 ist ‚nach‘ dem 31. Dezember 2011 bzw. ‚nach‘ dem 31. Juli 2014 erfolgt, wenn die Maßnahme nach dem Stichtag abgeschlossen worden ist. Unerheblich ist, ob mit der Maßnahme bereits vor dem jeweiligen Stichtag begonnen wurde (s. Rn. 25 ff.).
2. Eine Maßnahme ist im Sinne von § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2014, § 23 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012 ‚abgeschlossen‘, wenn alle Handlungen vorgenommen worden sind, die aus Sicht einer sach- und fachkundigen Person erforderlich waren, um die Maßnahme erfolgreich auszuführen (s. Rn. 32 ff.).“⁶

20 Vorliegend wurde mit der Umsetzung der Ertüchtigungsmaßnahme zwar bereits 2016 und damit vor dem Stichtag (31. Dezember 2016) begonnen. Maßgeblich dafür, dass eine Maßnahme nach dem Stichtag i. S. d. § 40 Abs. 2 EEG 2017 stattgefunden hat, ist jedoch der Abschluss der Maßnahme. Die Gesamtertüchtigungsmaßnahme der Schiedskläger wurde vorliegend am 10. September 2018 abgeschlossen, an dem die automatische Steuerung von Schütze und Wasserkraftschnecke mit der speziell dafür entworfenen Software nach einem mehrmonatigen, quasi kontinuierlichem Probetrieb, abgenommen wurde. Dagegen spricht auch nicht, dass bei der Abnahme am 10. September 2018 einige noch bis zum 8. Oktober 2018 zu erledigende Nachbesserungen festgehalten wurden. Denn diese Nachbesserungen betrafen lediglich formale Anforderungen an den sicheren Anlagenbetrieb, ohne den erfolgreichen Abschluss der Maßnahmen hinsichtlich der technischen Funktionsfähigkeit zu gefährden.⁷

⁵ Clearingstelle, Hinweis v. 10.11.2016 – 2016/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2016/19>.

⁶ Clearingstelle, Hinweis v. 10.11.2016 – 2016/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2016/19>.

⁷ Vgl. Clearingstelle EEG, Hinweis v. 10.11.2016 – 2016/19, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2016/19>, Rn. 36.

Denn die Abnahme der Steuerung wurde ausdrücklich am 10. September 2018 erteilt.

2.2.2 Nachweis über Erhöhung des Leistungsvermögens

- 21 Durch die Gesamterüchtigungsmaßnahme haben die Schiedskläger das Leistungsvermögen der drei verfahrensgegenständlichen WKA erhöht und dies auch nachgewiesen. Im Hinweis 2012/24 der Clearingstelle wird in Leitsatz Nr. 6 ausgeführt:

„Anlagenbetreiberinnen und -betreiber haben gegenüber dem Netzbetreiber nachvollziehbar darzulegen, dass es sich bei den von ihnen ergriffenen Maßnahmen um Maßnahmen zur Erhöhung der installierten Leistung bzw. des Leistungsvermögens ihrer Anlage handelt. Eine geeignete Darlegung muss objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und schlüssig sein.“⁸

- 22 Die Erhöhung des Leistungsvermögens wurde durch die Schiedskläger u. a. durch das technische Kurzgutachten zur Überzeugung des Schiedsgerichts objektiv nachvollziehbar und in sich widerspruchsfrei dargelegt. Als Ausgangsproblematik wurde die diskontinuierliche, insbesondere zu hohe Wasserzufuhr in den [...kanal] genannt, mit der Folge, dass die Leerschütze u. a. aus Hochwasserschutzgründen an den einzelnen WKA geöffnet und es zu deutlichen Leistungseinbußen bis hin zu vollständigen Außerbetriebnahmen der WKA kam. Insgesamt wurde die Leistungsminderung der vorhandenen WKA durch Oberwasserspiegelschwankungen auf stark schwankend 10 – 25 % pro Jahr beziffert (s. Rn. 5).
- 23 Auch wurde zur Überzeugung des Schiedsgerichts plausibel dargelegt, dass die umgesetzten Maßnahmen in der Kombination aus Wasserkraftschnecke, Schütze und deren automatische Steuerung geeignet sind, den Zulauf in den [...kanal] ganzjährig gleichmäßig(er) zu halten. Dies erfolgt über die Wasserkraftschnecke selbst, die bis etwas über 25 cm Oberwasseranstieg den Oberwasserstand am Ausleitungswehr automatisch konstant hält. Des Weiteren wird der Anstieg des Wasserzufflusses in den [...kanal] aufgrund von Oberwasseranstieg am Ausleitungswehr nun durch die automatische Steuerung der Schütze geregelt, die im Vergleich zur zuvor manuellen Regelung deutlich reaktionsschneller und effektiver ist. Der positive Effekt der

⁸Clearingstelle, Hinweis v. 22.03.2013 – 2012/24, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2012/24>.

Vergleichmäßigung des Wasserzulaufs in den [...kanal] hat sich auch bereits im Kalenderjahr 2018, in dem die automatische Steuerung der Gesamtmaßnahme mehrmonatig im Probetrieb gelaufen ist, bemerkbar gemacht, indem die Wasserkraftanlagen trotz des ungewöhnlich geringen Wasserdargebots vergleichsweise konstant durchlaufen konnten.

- 24 **Erhöhung um mindestens 10 % nicht erforderlich** Vorliegend genügt der Nachweis, dass die Gesamtertüchtigungsmaßnahme zu einer Erhöhung des Leistungsvermögens der Bestandswasserkraftanlagen der Schiedskläger geführt hat. Eine Erhöhung des Leistungsvermögens um mindestens 10 % ist nicht notwendig.
- 25 Die von den Schiedsklägern durchgeführte Ertüchtigung setzt sich aus zulassungsfreien (insbesondere automatische Steuerung) und zulassungspflichtigen Ertüchtigungsmaßnahmen⁹ (insbesondere Wasserkraftschnecke) zusammen. Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 ist es für eine zulassungspflichtige Ertüchtigung ausreichend, wenn das Leistungsvermögen erhöht und dies nachgewiesen wurde. Die automatische Steuerung ist als zusätzliche Verbesserungsmaßnahme zur Installation der genehmigungspflichtigen Wasserkraftschnecke und der Schütze zu werten, weshalb als Maßstab für die Beurteilung der Erhöhung des Leistungsvermögens derjenige für die zulassungspflichtigen Maßnahmen anzulegen ist und insoweit ausreicht. Damit genügt der Nachweis, dass es überhaupt zu einer Steigerung des Leistungsvermögens gekommen ist.
- 26 Dafür spricht auch Sinn und Zweck des mit § 40 Abs. 2 EEG 2014 eingeführten 10-Prozent-Kriteriums, das in § 40 Abs. 2 EEG 2017 übernommen wurde. In der Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie wird zu § 40 Abs. 2 Satz 2 EEG 2014 ausgeführt:

„Mit dem neuen Satz 2 wird die Regelung zur Förderung der Ertüchtigung älterer Wasserkraftanlagen zudem um eine Förderung für nicht zulassungspflichtige Ertüchtigungsmaßnahmen ergänzt. Zulassungsfrei sind z. B. Maßnahmen, die keine Auswirkungen auf Art und Ausmaß

⁹Zur Unterscheidung zulassungsfreier von zulassungspflichtigen Maßnahmen siehe *Clearingstelle*, Votum v. 04.10.2016 – 2016/35, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/35>, Rn. 19; BT-Drs. 18/1891, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 206 zu § 40 Abs. 2 EEG 2014; *Clearingstelle*, Hinweis v. 22.03.2013 – 2012/24, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2012/24>, Rn. 14, 17 und 23 ff.

der Gewässernutzung haben, wie der reine Austausch von Generatoren oder die Ersetzung älterer Turbinen ohne Änderung des Ausbaudurchflusses. In diesen Fällen sieht der neue Satz 2 eine Förderung vor, wenn durch die Ertüchtigungsmaßnahme das Leistungsvermögen um zehn Prozent erhöht wurde. Nicht zulassungspflichtige Ertüchtigungen können je nach Fallgestaltung mit geringeren Kosten verbunden sein als zulassungspflichtige Maßnahmen wie etwa die Vergrößerung des nutzbaren Gefälles oder die Erhöhung des Ausbaudurchflusses. Soweit im Zusammenhang mit der Erhöhung des Leistungsvermögens auch Verbesserungen in gewässerökologischer Hinsicht bewirkt werden und daher in der Regel eine zulassungspflichtige Maßnahme nach Satz 1 vorliegt, ist ebenfalls von einem erhöhten investiven Aufwand im Vergleich zu Maßnahmen ohne Zulassungserfordernis auszugehen.

Vor diesem Hintergrund sollen nicht zulassungspflichtige Ertüchtigungen nur dann gefördert werden, wenn das Leistungsvermögen nach Abschluss der Maßnahme um zehn Prozent, also deutlich erhöht wird und die Maßnahme somit in besonderem Maße zum Ziel des § 1 Absatz 2 EEG 2014 beiträgt, die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien zu steigern. Der Wert von zehn Prozent kann je nach Anlagenkonstellation und -größe z. B. durch die Ersetzung der Laufräder älterer Turbinen erreicht werden, aber auch der Einbau moderner automatischer Steuerungstechnik kann bei kleineren Anlagen eine entsprechende Steigerung der Stromausbeute bewirken. Gegebenenfalls ist der vorgegebene Wert auch kumulativ durch mehrere Maßnahmen zu erreichen.“¹⁰

- 27 Bei der vorliegenden Gesamtmaßnahme handelt es sich unzweifelhaft um eine Maßnahme mit erhöhtem Investitionsaufwand, mit der u. a. eine erhöhte ökologische Anforderung hinsichtlich des Mindestwasserabflusses in die [...] verknüpft wurde. Es handelt sich nicht um eine genehmigungsfreie Maßnahme mit geringem investivem Aufwand, die der Gesetzgeber über das 10-Prozent-Kriterium regulieren wollte.

¹⁰Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/1891 v. 26.06.2014, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/urfassung/material>, S. 206.

28 **Einzelnachweis nicht notwendig** Der Nachweis über die Erhöhung des Leistungsvermögens infolge der Gesamtertüchtigungsmaßnahme musste vorliegend auch nicht einzeln für jede WKA der Schiedskläger geführt werden. Denn die Schiedskläger haben u. a. durch das technische Kurzgutachten plausibel und nachvollziehbar dargelegt, dass der Umstand, der in der Vergangenheit zu Einbußen beim Leistungsvermögen geführt hatte, sich auf alle im [...kanal] befindlichen WKA auswirkt. Das Leistungsvermögen einer Wasserkraftanlage wird maßgeblich durch Wasserdargebot und Fallhöhe bestimmt.¹¹ Diese Bedingungen wirken sich durch den (dis-)kontinuierlichen Zufluss in den [...kanal] am Ausleitungswehr auf alle WKA der Schiedskläger aus. Im Umkehrschluss ist auch davon auszugehen, dass sich die Ertüchtigungsmaßnahme zur Verstetigung des Zuflusses in den [...kanal] im Grundsatz in gleichem Maße auf alle im [...kanal] befindlichen WKA vorteilhaft auswirkt. Ob es zwischen den drei WKA möglicherweise aufgrund der Belegenheit oder aufgrund der spezifischen technischen Leistungsfähigkeit der einzelnen Anlagen geringfügige Unterschiede hinsichtlich der tatsächlichen Erhöhung des Leistungsvermögens geben wird, kann hier offen bleiben. Denn es ist davon auszugehen, dass die Ertüchtigungsmaßnahme jedenfalls bei allen drei WKA der Schiedskläger zur Erhöhung des Leistungsvermögens führt (s. Rn. 22 f.).

2.2.3 Vergütungsbeginn nach EEG 2017

- 29 Der Anspruch gemäß § 40 Abs. 2 EEG 2017 für den in den WKA der Schiedskläger erzeugten und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeisten Strom besteht seit dem 10. September 2018. Denn an diesem Tag wurde die Ertüchtigungsmaßnahme abgeschlossen (s. Rn. 19).
- 30 Dies ergibt sich unmittelbar aus § 40 Abs. 2 Satz 3 EEG 2017 – wonach ertüchtigte Wasserkraftanlagen mit dem Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme als neu in Betrieb genommen gelten – i. V. m. § 25 EEG 2017.
- 31 § 25 EEG 2017 (Beginn, Dauer und Beendigung des Anspruchs) lautet:

„Marktprämien, Einspeisevergütungen oder Mieterstromzuschläge sind jeweils für die Dauer von 20 Jahren zu zahlen. Bei Anlagen, deren anzulegender Wert gesetzlich bestimmt wird, verlängert sich dieser Zeitraum

¹¹ Clearingstelle, Hinweis v. 22.03.2013 – 2012/24, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2012/24>, Rn. 10 f.; Clearingstelle, Votum v. 19.11.2016 – 2016/44, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/44>.

bis zum 31. Dezember des zwanzigsten Jahres der Zahlung. Beginn der Frist nach Satz 1 ist, soweit sich aus den Bestimmungen dieses Gesetzes nichts anderes ergibt, der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage.“

- 32 Die verfahrensgegenständlichen WKA der Schiedskläger wurden somit mit Abschluss der Ertüchtigungsmaßnahme am 10. September 2018 neu in Betrieb genommen. Der Vergütungsanspruch nach § 40 Abs. 1 EEG 2017 beginnt damit ab dem 10. September 2018 und endet am 31. Dezember des darauf folgenden zwanzigsten Jahres.

Dr. Lovens-Cronemeyer

Dr. Mutlak

Dr. Winkler