

2008/23

27. November 2008

## Votum

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

Leitsatz:

**Eine Modernisierung im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 erfordert einen räumlich-betrieblichen Zusammenhang zwischen der Modernisierungsmaßnahme und der Modernisierung der Anlage im engeren Sinne. Die Modernisierungsmaßnahme muss nicht notwendigerweise unmittelbar am Standort der Wasserkraftanlage erfolgen.**

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchsteller –

2. [...]

– Anspruchsgegner –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, die Mitglieder Lucha und Puke sowie die nichtständigen Beisitzer Reitter und Weißenborn aufgrund der mündlichen Erörterung vom 20. November 2008 am 20. November 2008 durch Mehrheitsbeschluss folgendes Votum:

Die Modernisierung des Ausleitungswehres am [I...]kanal bei [I...] im Jahre 2004 ist als eine Modernisierung der durch die [W...] ebenfalls am [I...]kanal betriebenen beiden Wasserkraftanlagen im Sinne des § 21 Abs 1 Nr. 2 EEG 2004 anzusehen.

## I Tatbestand

Der Anspruchsteller, ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes, betreibt zwei Laufwasserkraftanlagen, die vor dem 31. Juli 2004 in Betrieb genommen wurden und eine Leistung von ca. 480 bzw. 360 kW<sub>el</sub> aufweisen. Beide Anlagen befinden sich auf dem Werksgelände des Anspruchstellers. Angetrieben werden die Anlagen durch Laufwasser des [I... ]kanals. Dieser Kanal dient u. a. dazu, überschüssiges Wasser vom Betriebsgelände wie auch aus der Stadt [V... ] kanalabwärts des Werksgeländes aufzunehmen und in die [I... ] abzuleiten. Reguliert wird der Wasserstand des Kanals über ein ebenfalls kanalabwärts des Werkes gelegenes, von den Anlagen ca. 2,7 km entferntes Entlastungswehr<sup>1</sup>. Ein Hochwasser zu Pfingsten 1999 zeigte, dass das Entlastungswehr seiner Aufgabe nicht mehr gerecht wurde, so dass es 2004 grundlegend durch einen Neubau und den Abriss des alten Wehres umgestaltet wurde.

Mit Bescheid vom 20. Juni 2003<sup>2</sup> erteilte das Landratsamt [N... ] der Stadt [V... ] die Plangenehmigung für den „Abbruch und Neubau des Entlastungswehres am [I... ]kanal auf den Grundstücken Fl. Nrn. [...], [...] und [...] ... einschließlich Anbindung des Wehres an den vorhandenen Hochwasserschutzdeich auf den Grundstücken Fl. Nrn. [...] und [...]...“ Im Bescheid wurden u. a. als Zwecke des Vorhabens genannt:

„...“

- Stau- bzw. Abflussregulierung ...
- Abschlag des [I... ]kanals bei einem Gesamtabfluss von mehr als 12 cbm/s bzw. 16 cbm/s
- Ableitung von Entlastungsabflüssen bzw. Regenwasserabflüssen aus den Kanaleinleitungen ... der [W... ]
- Erfüllung der n-1 Regel
- Hochwasserschutz für den Stadtteil [I... ]...“

Unter Ziffer [...] und [...] des Bescheides wurden u. a. folgende Auflagen erteilt:

„Das neue Entlastungsbauwerk ist an den ... bestehenden Hochwasserschutzdeich mittels Spundwand dicht anzuschließen. Das Gleiche gilt

<sup>1</sup>Synonym auch als Ausleitungswehr bezeichnet.

<sup>2</sup>Az. [...].

für den Anschluss ... an den neu zu erstellenden Deich mit Spundwandinnendichtung (Deichlückenschluss)... Die Errichtung des Hochwasserdeiches auf den Flurstücken Fl. Nrn. [...] und [...] ... (Deichlückenschluss) ist in die Ausführungsplanung mit aufzunehmen...“

Ziffer [...] des Bescheides enthielt folgenden „Hinweis auf ergänzende technische Anforderungen an das Bauwerk“:

„Über das Entlastungswehr soll künftig ständig eine noch näher zu bestimmende Wassermenge (1,5 – 2 m<sup>3</sup>/s) in den Entlastungskanal zur [...] abgeschlagen werden...“

Das Vorhaben wurde anteilig von der Stadt [...], dem Anspruchsteller und dem [...]kanalverband, dem der Anspruchsteller angehört, finanziert. Beim [...]kanalverband handelt es sich um einen Interessenzusammenschluss der Anlagenbetreiber am [...]kanal. Der Verband hat die Aufgabe, Unterhalt und Betrieb des Kanals sicherzustellen; er ist Eigentümer des Wehres. Die Mitgliedschaft im Verband hat keinen öffentlich-rechtlichen Zwangscharakter. Die Gesamtkosten des Vorhabens wurden zunächst im Verhältnis 75 % zu 25 % zwischen der Stadt [...] und dem [...]kanalverband geteilt. Der Kostenanteil, der auf die einzelnen Mitglieder des [...]kanalverbandes entfiel, wurde über einen anhand des jeweiligen Gefälles bzw. der elektrischen Leistungsfähigkeit der Wasserkraftanlagen festgelegten Schlüssel berechnet; auf den Anspruchsteller entfiel ein Anteil von 30,9 % der vom [...]kanalverband zu tragenden Kosten. Von den 75 %, die nach der ursprünglichen Kostenteilung von der Stadt [...] zu tragen waren, übernahm der Anspruchsteller aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung 30,65 % (ca. 300 000 €). Im Ergebnis trug der Anspruchsteller somit rund 31 % der Gesamtkosten des Vorhabens.

Das neue Wehr wurde [im] Oktober 2004 offiziell in Betrieb genommen.

Mit einem weiteren Bescheid vom 18. Mai 2005<sup>3</sup> erteilte das Landratsamt [...] dem Wasserwirtschaftsamt [...] die Planfeststellung zum Neubau eines Hochwasserdeiches zwischen dem Stadtteil [...] und dem Betriebsgelände des Anspruchstellers sowie zum Ableiten von bis zu 500 l/s Wasser aus dem [...]kanal in eine Altwassergraben<sup>4</sup> des [...]auwalds. Im Abschnitt „Planrechtfertigung“<sup>5</sup> heißt es u. a.:

<sup>3</sup>Az. [...].

<sup>4</sup>Nachfolgend auch als „Altwasserarm“ bezeichnet.

<sup>5</sup>S. 25 des Bescheides.

„Durch die Wiederherstellung eines Fließgewässers wird ein Zustand geschaffen, der der natürlichen Entwicklung des Auwalds dienlich sein wird. Das Lebensraumangebot für Tiere und Pflanzen wird sich im und am neuen Auwaldgewässer deutlich verbessern.“

Die ursprünglichen wasserrechtlichen Genehmigungen aus den Jahren 1903, 1904 und 1937 sahen vor, die Wasserführung im [I..]kanal ab [I..] auf 12 m<sup>3</sup>/s zu begrenzen. Durch Bescheid vom 6. September 2005<sup>6</sup> erteilte das Landratsamt [N...] dem [I..]kanalverband die wasserrechtliche Erlaubnis

„zur Erhöhung der Wasserführung im [I..]kanal zwischen [I..] und [N...] von 12 m<sup>3</sup>/s Wasser auf bis zu 16 m<sup>3</sup>/s Wasser.“

Zum Zweck heißt es unter Ziff. 2 des Bescheides:

„Durch die Erhöhung der Wasserführung ... wird die Energieerzeugung der am [I..]kanal liegenden Wasserkraftwerke erhöht.“

Unter Ziff. 4 „Beschreibung der Benutzungsanlagen“ heißt es:

„Die Benutzungsanlagen bestehen im Wesentlichen aus:

- dem Triebwerkskanal ...
- 6 Wasserkraftanlagen“

Der Bescheid verpflichtete den [I..]kanalverband unter Ziff. 6.2.2, „entschädigungslos zu dulden, dass aus dem [I..]kanal 500 l/s Wasser ... in eine Altwasserrinne des Auwalds abgeleitet werden“. Ferner verfügte Ziff. 6.3:

„Über das Regulierbauwerk [I..] sind ständig und unabhängig von der jeweiligen Wasserführung des [I..]kanals die nachstehend genannten Wassermengen in das Abschlagsgerinne (Eiskanal) zur [I..] abzuleiten:

- im Zeitraum 1. November bis 30. April 1,0 m<sup>3</sup>/s Wasser
- im Zeitraum 1. Mai bis 31. Oktober 1,5 m<sup>3</sup>/s Wasser“

<sup>6</sup>Az. [...]; die Bescheide vom 18. Mai und vom 6. September 2005 tragen dasselbe Aktenzeichen.

Die Parteien haben jeweils Übersichtskarten zur Akte gereicht; aus diesen ergeben sich die räumliche Lage der streitgegenständlichen Anlage, des Entlastungswehres, des [I..]auwaldes, der Stadt [V..], der näheren Umgebung sowie der Verlauf des [I..]kanals.

Der Anspruchsgegner vergütet den in den Laufwasserkraftanlagen des Anspruchstellers produzierten und in sein Netz eingespeisten Strom auf Grundlage von § 4 EEG 2000<sup>7</sup> für jede Anlage einzeln mit 7,67 ct/kWh.

Der Anspruchsteller begehrt vom Anspruchsgegner die Vergütung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004 i.H.v. 9,67 ct/kWh. Sie ist der Auffassung, dass die Modernisierung des Ausleitungswehres am [I..]kanal als Modernisierung seiner Laufwasserkraftanlagen zu werten ist. Durch den Bau des Entlastungswehres habe sich der ökologische Zustand des [I..]kanals gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert. Die Modernisierung sei nicht nur aus Gründen des Hochwasserschutzes erfolgt, sondern sei auch technisch für den Betrieb der am Kanal gelegenen Wasserkraftanlagen erforderlich gewesen, da andernfalls die kanalaufwärts befindlichen Anlagen nur mit einer erheblichen Leistungsminderung hätten betrieben werden können; der Neubau des Wehres habe es ermöglicht, die Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers unabhängig von den kanalabwärts gelegenen Anlagen zu betreiben, und insbesondere während des Abschlags dieser Anlagen in seinen beiden Anlagen weiter Strom zu erzeugen. Ein Rangverhältnis zwischen Hochwasserschutz und Effizienzverbesserung sei nicht herstellbar. Des Weiteren sei der Neubau auch aus ökologischen Gründen erfolgt, da bei einem Rückstau ohne Bau und Ertüchtigung des Entlastungswehres eine Überflutung des Werksgeländes gedroht habe, wodurch Öle und Säuren in umliegende Ortschaften und die [I..]auen, die teilweise Naturschutzgebiet seien, hätten gespült werden können.

Zum Aspekt der Verbesserung des ökologischen Zustands des [I..]kanals hat der Anspruchsteller eine „Gutachterliche Stellungnahme zur technischen Notwendigkeit des Entlastungswehres bei [I..] für die Erzeugung von erneuerbarem Strom durch die Wasserkraftanlagen der [W...]“ bei Prof. Dr. [J..] [J..], öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Energiewirtschaft, [K..] am [R..], in Auftrag gegeben. Dieser kam im Juni 2008 zu dem Ergebnis,

„dass der Neubau des Entlastungswehres ... in direktem Zusammenhang

<sup>7</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien v. 29.03.2000, BGBl. I S. 305, aufgehoben mit Wirkung vom 01.08.2004 durch Art. 4 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtes der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004, BGBl. I S. 1918.

mit dem Betrieb und der Stromerzeugung durch Wasserkraft der [W...] steht... Die Modernisierung ... stellt für den effektiven Betrieb mit der jetzigen erzeugten Strommenge der Wasserkraftanlagen der [W...] eine technische Notwendigkeit dar.“

Dies wird u. a. damit begründet, dass durch die verbesserte Regulierung der Wassermenge die hydraulische Leistungsfähigkeit des [I...]kanals nicht mehr überschritten werde und die kanalaufwärts liegenden Kraftwerke nicht aus Gründen der Kapazitätsvorhaltung für Regenwasserabflussmengen mit einer verminderten Wasserführung betrieben werden müssten. Ebenso könne durch die Vermeidung eines Rückstaus die Leistung konstant gehalten werden. Durch die erstmalige Erfüllung der (n-1)-Regel werde auch die Betriebssicherheit der Wasserkraftanlagen erhöht.

Der Anspruchsgegner macht geltend, dass der Neubau des Entlastungswehres keine Modernisierung im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 sei. Zwar müsse es sich nicht zwingend um eine Modernisierung der Anlage i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 handeln, eine Verbesserung der Umgebungsökologie reiche aus. Insofern liege eine Verbesserung des ökologischen Zustands hinsichtlich des Auwalds vor. Jedoch müsse ein betrieblicher Zusammenhang zwischen der Modernisierungsmaßnahme und der Anlage bestehen. Ein solcher sei hier nicht gegeben, da die Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers kanalaufwärts liegen, der wasserrechtliche Bescheid des Landratsamtes vom 6. September 2005 sich jedoch nur auf die sechs kanalabwärts gelegenen Anlagen beziehe. Auch sei die Maßnahme ursächlich wegen des Hochwasserschutzes durchgeführt worden, eventuelle Auswirkungen auf die Anlagen des Anspruchstellers seien allenfalls ein positiver Nebeneffekt. Er ist der Auffassung, dass sich zwar die Modernisierung nicht auf die wasserbauliche Anlage bzw. die Anlage nach § 3 EEG 2004 beschränken müsse, die erhöhte Vergütung jedoch Nachteile ausgleichen solle, z. B. aufgrund eines verringerten Durchflusses, welche hier – was unstrittig ist – kanalaufwärts nicht gegeben seien.

Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 14. Mai 2008 haben sich Anspruchsteller und Anspruchsgegner an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG<sup>8</sup> (VerfO) durchzuführen. Anspruchsteller und Anspruchsgegner wünschten die Hinzuziehung je einer nichtständigen Beisitzerin bzw. eines nichtständigen Beisitzers aus der Arbeitsgemeinschaft Wasserkraftwerke in Deutschland bzw. aus dem BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

<sup>8</sup>Abrufbar über <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

Mit Beschluss vom 20. Mai 2008 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Ist die Modernisierung des Ausleitungswehres am [I..]kanal bei [I..] im Jahre 2004 als eine Modernisierung der durch die [W...] ebenfalls am [I..]kanal betriebenen beiden Wasserkraftanlagen im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 anzusehen?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.

Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.

Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 2 Satz 1, 26 Abs. 1 Satz 1, 2 Abs. 1 Satz 1 VerfO. Gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 VerfO ist die Clearingstelle EEG grundsätzlich als Kammer, d. h. gemäß § 2 Abs. 5 VerfO mit ihren Mitgliedern und zwei nichtständigen Beisitzerinnen bzw. Beisitzern besetzt. Die Parteien machten von der Möglichkeit, gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 VerfO eine nichtständige Beisitzerin oder einen nichtständigen Beisitzer zu dem Verfahren hinzuziehen, Gebrauch.

Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 2 VerfO hat die Clearingstelle EEG einen Termin zur mündlichen Erörterung für den 20. November 2008 bestimmt. Berichterstatter war gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO der Vorsitzende der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens.

### 2.2 Würdigung

Der Anspruchsteller hat einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2004 für den in seinen Wasserkraftanlagen erzeugten Strom, weil seine Laufwasserkraftanlagen vor dem 1. August 2004 eine Leistung bis einschließlich 5 MW aufwiesen (siehe unter 2.2.1), eine Modernisierung i. S. v. § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 stattfand, die zu einer wesentlichen Ver-

besserung des ökologischen Zustands geführt hat (2.2.2) und weil diese als Modernisierung der Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers zu werten ist (2.2.3).<sup>9</sup>

#### 2.2.1 Anwendungsbereich von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass es sich bei den Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers um Laufwasserkraftanlagen handelt, die bis zum 31. Juli 2004 in Betrieb genommen worden sind und vor dem 1. August 2004 eine Leistung von bis zu 5 MW aufwiesen.

#### 2.2.2 Modernisierung und Verbesserung des ökologischen Zustands

Ebenfalls unstreitig ist, dass eine Modernisierungsmaßnahme stattgefunden hat, durch die der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert wurde. Die Parteien knüpfen dies an die Verbesserung des ökologischen Zustands im [I..]auwald infolge des Deichlückenschlusses und des dabei erfolgten Abschlags von 0,5 m<sup>3</sup>/s Wasser in den zuvor verlandeten Altwasserarm der [I..]. Ferner verbesserte sich der ökologische Zustand auch durch den Neubau des Entlastungswehres und den dadurch ermöglichten konstanten Abschlag von 1,0 m<sup>3</sup>/s Wasser im Winterhalbjahr bzw. 1,5 m<sup>3</sup>/s Wasser im Sommerhalbjahr in den Eiskanal. Der insoweit gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 i. V. m. § 6 Abs. 3 EEG 2004 zu erbringende Nachweis liegt unstreitig in Gestalt der Bescheide des Landratsamtes [N...] vom 20. Juni 2003, 18. Mai 2005 und 6. Juni 2005 vor. Aus der Zusammenschau der Bescheide ergibt sich, dass der Neubau des Entlastungswehres, die Erhöhung der Wasserführung im Eiskanal, der Deichlückenschluss und die Reaktivierung des Fließgewässers im Auwald wasserwirtschaftlich aufeinander abgestimmt waren und insgesamt – neben der Verbesserung des Hochwasserschutzes – auch dazu dienten, den ökologischen Zustand zu verbessern.

Dabei wurden auch die Bewirtschaftungsziele der §§ 25a, 25b WHG beachtet. Dies ergibt sich bereits daraus, dass hier die wasserrechtliche Genehmigung gemäß § 31 WHG geprüft und erteilt wurde. § 31 Abs. 1 Satz 3 WHG ordnet an, dass sich Ausbaumaßnahmen – also auch der Gewässerausbau i. S. d. § 31 Abs. 2 WHG – an den Bewirtschaftungszielen der §§ 25a bis 25d WHG ausrichten müssen. Es muss also davon ausgegangen werden, dass die Bewirtschaftungsziele den zuständigen Behör-

<sup>9</sup>Die Clearingstelle EEG weist darauf hin, dass sich dieses Votum ausschließlich auf die Rechtslage gemäß dem EEG 2004 in der Fassung gültig bis zum 31.12.2008 bezieht.

den bekannt sind und im Rahmen von Genehmigungsverfahren nach § 31 WHG beachtet werden; hiervon geht offenbar auch der Gesetzgeber des EEG 2004 aus, weil andernfalls das Gesetz in § 6 Abs. EEG 2004 nicht explizit den Genehmigungsbescheid als Nachweis für die Erreichung eines guten ökologischen Zustands gelten ließe. Da der Bescheid vom 20. Juni 2003, durch den der Neubau des Entlastungswehres genehmigt wurde, ausdrücklich als Gewässerausbau bezeichnet und auf § 31 Abs. 2 WHG gestützt wurde (Ziff. II. 2 des Bescheides), waren somit die Bewirtschaftungsziele bei der Gesamtmaßnahme zu beachten. Die umstrittene Frage, inwieweit Bescheide auf §§ 25a, 25b WHG Bezug nehmen müssen, um als Nachweis i. S. v. § 6 Abs. 3 EEG 2004 zu gelten, bedarf daher vorliegend keiner Entscheidung.

Die Clearingstelle EEG teilt die Auffassung der Parteien, dass es unschädlich ist, wenn die Modernisierung auch aus anderen Gründen – z. B. des Hochwasserschutzes – erfolgt, weil sich dem Gesetz nicht entnehmen lässt, dass die Modernisierung ausschließlich oder überwiegend dazu dienen müsse, der Erreichung eines guten oder der Verbesserung des ökologischen Zustands zu dienen. Hinreichend, aber auch notwendig ist lediglich, dass der gute ökologische Zustand *nach* der Modernisierung erreicht bzw. der ökologische Zustand danach wesentlich verbessert ist.

Im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden ist, ob eine Modernisierung auch dann vorliegt, wenn die Maßnahme ausschließlich oder überwiegend aus Gründen der Gefahrenabwehr erfolgt. Zwar mögen im vorliegenden Fall Gedanken der Gefahrenprävention eine Rolle gespielt haben, weil bei einem Rückstau Öle und Säuren vom Werksgelände des Anspruchstellers in die Umgebung hätten gelangen können. Indes gab es weder eine entsprechende polizeiliche Verfügung noch Anzeichen für eine konkrete Gefahr, so dass hier freiwillige *Vorsorge* gegen potentiell drohende zukünftige Gefahren getroffen wurde. Modernisierungsmaßnahmen, die der Vorsorge gegen potentiell drohende zukünftige Gefahren dienen, erfolgen nach Ansicht der Clearingstelle EEG nicht im Widerspruch zur Modernisierung im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004.

### 2.2.3 Zusammenhang zwischen Modernisierungsmaßnahme und Wasserkraftanlage

Streitig ist zwischen den Parteien, ob die Modernisierungsmaßnahme als Modernisierung der Anlage des Anspruchstellers i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 zu werten ist oder dieser Anlage zumindest zugerechnet werden kann.

Die Frage, welcher Bezug zwischen der Modernisierungsmaßnahme und der Anlage i. S. d. § 3 Abs. 2 EEG 2004<sup>10</sup> bestehen muss, ist umstritten:

Im Leitfaden für die Vergütung von Strom aus Wasserkraft<sup>11</sup> heißt es hierzu:

„Maßgeblich für die Modernisierung ist die Verbesserung des Zustandes der Gewässerökologie und der begleitenden Aue. Dies bedeutet, dass Maßnahmen, die ausschließlich der Ökologie dienen, als Modernisierung einer Wasserkraftanlage betrachtet werden können.“<sup>12</sup>

In der Literatur wird einerseits vertreten, dass der Modernisierungsbegriff nur bauliche Veränderungen der Anlage umfasse; sonstige Maßnahmen unabhängig von der Anlage seien keine Modernisierung, selbst wenn damit ökologische Verbesserungen verbunden sind.<sup>13</sup> Andererseits wird – zumindest bei künstlichen Wasserbauwerken – auch eine weiter von der EEG-Anlage entfernt vorgenommene Maßnahme für ausreichend erachtet, sofern sie „die Beeinträchtigung des Gewässers durch die Wasserkraftnutzung abzumildern hilft und damit zum Erreichen eines guten ökologischen Zustandes des jeweiligen Gewässerabschnittes beiträgt“, wie beispielsweise eine Fischtreppe.<sup>14</sup> In der Rechtsprechung gibt es – soweit ersichtlich – nur eine einschlägige Entscheidung, die allerdings nicht rechtskräftig geworden ist, weil der zunächst erfolgreiche Kläger die Klage in der Berufungsinstanz zurücknahm. Danach sei der Neubau eines Entlastungswehres selbst dann der Wasserkraftanlage zuzurechnen, wenn ein Abstand von 10 km zwischen Wehr und Anlage besteht.<sup>15</sup>

Nach dem **Wortlaut** des § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 kommt es darauf an, dass „die Anlage“ modernisiert wurde. Dies legt nahe, dass es sich um die Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 handeln muss. Aus dem bloßen Wort „Anlage“ selbst lässt sich dies jedoch nicht sicher ableiten, wie sich auch aus der Verwendung der Begriffe der „baulichen Anlage“ in § 3 Abs. 4 und § 11 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 und Abs. 6 EEG 2004, der „Anschlussanlagen“

<sup>10</sup>Nachfolgend auch als „EEG-Anlage“ bezeichnet.

<sup>11</sup>*Naumann/Igel/u.a.*, Leitfaden für die Vergütung von Strom aus Wasserkraft nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz für die Neuerrichtung und Modernisierung von Wasserkraftanlagen, hrsg. v. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Juli 2005, abrufbar unter <http://www.erneuerbare-energien.de/inhalt/37531/4592/>, zuletzt besucht am 04.03.2009; nachfolgend zitiert als „Leitfaden“.

<sup>12</sup>Leitfaden, S. 11.

<sup>13</sup>Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungsflg. 2006, § 6 Rn. 47.

<sup>14</sup>Schulte-Middelich, Anmerkungen zu LG Augsburg, Urt. v. 15.02.2007 – 10 O 3363/06, ZNER 2007, 219.

<sup>15</sup>LG Augsburg, Urt. v. 15.02.2007 – 10 O 3363/06, ZNER 2007, 218.

in § 4 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004 und der „Wehranlage“ in § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 ergibt. Die Begriffe „modernisieren“ und „Modernisierung“ beschreiben in erster Linie den Prozess, etwas modern zu machen oder zu erneuern, z. B. etwas mit den neuesten wissenschaftlichen, technischen Errungenschaften auszustatten oder etwas nach den neuesten Erkenntnissen umzubauen, umzuändern.<sup>16</sup> Somit ist die Regelung ihrem Wortlaut nach nicht bereits aus sich heraus verständlich, sondern auslegungsbedürftig.

**Systematisch** ist der Begriff der Anlage – wie sich aus der vorstehenden Aufzählung unterschiedlicher Verwendungen dieses Begriffes im EEG 2004 ergibt – im jeweiligen Regelungszusammenhang zu deuten.

Im unmittelbaren Zusammenhang von § 21 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 EEG 2004 ließe sich argumentieren, dass „Anlage“ als Kurzform des eingangs der Regelung verwendeten Begriffes der „Laufwasserkraftanlage“ zu verstehen ist.<sup>17</sup> Hierfür spricht, dass das Wort „Anlagen“ in § 21 Abs. 1 Nr. 2 Satz 4 EEG 2004 als Kurzform von „Laufwasserkraftanlagen“ verwendet wird: Die Formulierung, dass „diese Anlagen“ abweichend von § 3 Abs. 4 EEG 2004 mit dem Abschluss der Modernisierung als neu in Betrieb genommen gelten, kann sich nur auf die stromerzeugende Anlage i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 beziehen. Die in Satz 4 geregelte Neuinbetriebnahme lässt somit nur den Schluss zu, dass es sich bei der „Anlage“ i. S. v. § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 letztlich um die Anlage gemäß der Begriffsbestimmung des § 3 Abs. 2 EEG 2004 handeln muss. Das hat zur Folge, dass allein Maßnahmen zur Verbesserung der Gewässer- morphologie beispielsweise durch Uferrenaturierungen dann nicht als Modernisierung der Anlage i. S. v. § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 gelten können, wenn sie *keinen* Bezug zum Anlagenbetrieb aufweisen;<sup>18</sup> anderes gilt freilich, wenn die Modernisierungsmaßnahme sich unmittelbar auf Teile der Wasserkraftanlage bezieht, also beispielsweise auf technisch für den Betrieb erforderliche Uferbauwerke, weil dann der räumlich-betriebliche Zusammenhang schon allein dadurch gegeben ist, dass die Modernisierungsmaßnahme an der Wasserkraftanlage selber ansetzt.

Aus dem Kontext der Norm ergibt sich jedoch, dass die „Modernisierung der Anlage“ noch keine hinreichende Bedingung für die erhöhte Vergütung ist. Als weitere

<sup>16</sup>Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache (WDG), zitiert nach: Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, <http://www.dwds.de/?kompakt=1&sh=1&qu=Modernisierung>, zuletzt besucht am 19.11.2008.

<sup>17</sup>So im Ergebnis Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungsflg. 2006, § 6 Rn. 47.

<sup>18</sup>Wie der Bezug zwischen Anlagenbetrieb und Modernisierungsmaßnahme im weiteren Sinne ausgestaltet sein muss, dazu siehe unter 2.2.3.

Voraussetzung kommt vielmehr hinzu, dass „nach der Modernisierung“ ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand wesentlich verbessert sein muss. Somit besteht systematisch ein enger Bezug zwischen dem Begriff der Anlage und den nachfolgenden Begriffen der Modernisierung und des Erreichens eines guten ökologischen Zustands bzw. der Verbesserung dieses Zustands. Der Begriff des „ökologischen Zustands“ bezieht sich aber denkotwendig auf etwas außerhalb der Anlage i. S. d. § 3 Abs. 2 EEG 2004, weil diese als solche keinen „ökologischen Zustand“ haben kann. Dies wiederum legt zumindest nahe, dass die Modernisierung der Anlage aus einer Maßnahme bestehen kann, die außerhalb der stromerzeugenden Anlage stattfindet. Letztlich ist somit zwischen der Modernisierung der Anlage im engeren Sinne und der Modernisierungsmaßnahme im weiteren Sinne zu unterscheiden: Erstere betrifft unmittelbar die Anlage i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004, letztere kann auch außerhalb dieser stattfinden.

In Betracht kommt schließlich, § 6 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 zur systematischen Auslegung heranzuziehen. Danach besteht für Laufwasserkraftanlagen mit einer Leistung von bis zu 500 kW, die nach dem 31. Dezember 2007 genehmigt worden sind, nur dann ein Vergütungsanspruch,

„wenn sie

1. im räumlichen Zusammenhang mit einer ganz oder teilweise bereits bestehenden oder vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus Wasserkraft neu errichteten Staustufe oder Wehranlage oder
2. ohne durchgehende Querverbauung

errichtet worden sind und dadurch nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist.“

Die Anforderungen, die § 6 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 an die ökologische Modernisierung stellt, gelten indes nur für Neuanlagen, nicht jedoch für Bestandsanlagen i. S. v. § 21 EEG 2004. Der daher gänzlich unterschiedliche Regelungszusammenhang erlaubt somit keine Rückschlüsse von § 6 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 auf die Auslegung von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004.

Im Rahmen der **historisch-genetischen Auslegung** des § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 kann – dem Charakter einer Übergangsbestimmung entsprechend – kein sinnvoller

Bezug zu einer Vorgängernorm hergestellt werden. Aus dem Gesetzgebungsverfahren selbst – also der „Genese“ des § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 – ergibt sich, dass erst mit der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit<sup>19</sup> die jetzige Nr. 2 des § 21 Abs. 1 EEG 2004 in den Gesetzestext eingefügt wurde. Dies begründete der Ausschuss damit, dass damit ein Anreiz gesetzt werden solle,

„... bestehende Wasserkraftanlagen zu modernisieren. Diese können stärkere Auswirkungen auf die Umgebungsökologie haben, als dies bei heute neu zu genehmigenden Anlagen der Fall ist. Durch eine zulassungspflichtige Modernisierung wird dieser Zustand verbessert. Der Anlagenbetreiber bekommt im Gegenzug für die Modernisierungskosten die neuen Vergütungsregelungen inklusive der um 2 Cent pro Kilowatt erhöhten Mindestvergütung für Anlagen mit einer Leistung bis 500 kW.“<sup>20</sup>

Die vorstehende Gesetzesbegründung ist im Rahmen der **teleologischen Auslegung** heranzuziehen, um Sinn und Zweck der Norm näher zu bestimmen. Wie sich aus den vorgenannten Ausführungen ergibt, sollen durch § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 die Auswirkungen bestehender Laufwasserkraftanlagen auf die Umgebungsökologie verbessert werden. Hintergrund dessen sind die gerade durch kleine Wasserkraftanlagen bewirkten Eingriffe in die Gewässerökologie und dadurch aufgetretenen Konflikte mit Belangen des Naturschutzes.<sup>21</sup> Um diese Konflikte und daraus möglicherweise resultierende Akzeptanzprobleme zu vermindern, hat der Gesetzgeber einen Anreiz für „zulassungspflichtige Modernisierungen“ gesetzt, um den Zustand der Umgebungsökologie zu verbessern; die dadurch dem Anlagenbetreiber entstehenden Mehrkosten sollen durch die erhöhte Mindestvergütung ausgeglichen werden.<sup>22</sup>

Vorrangiges Ziel der Norm ist somit, die Gewässerökologie durch eine „zulassungspflichtige Modernisierung“ „bestehender Wasserkraftanlagen“<sup>23</sup> zu verbessern. Hieraus ergibt sich letztlich, dass zur Erlangung der erhöhten Vergütung von 9,67 ct/kWh nicht eine Modernisierung irgendeiner wasserbaulichen Anlage oder eine bloße Verbesserung der Umgebungsökologie ohne Bezug zum Anlagenbetrieb aus-

<sup>19</sup>BT-Drs. 15/2845, S. 12; BT-Drs. 15/2864, S. 12 (Antrag Nr. 19).

<sup>20</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 19.

<sup>21</sup>Vgl. BT-Drs. 15/2327, S. 27.

<sup>22</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 19; insoweit sind die Ziele des Gesetzgebers, die der Vergütungsvorschrift des § 6 EEG 2004 zugrunde liegend, vgl. dazu BT-Drs. 15/2327, S. 27.

<sup>23</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 19.

reicht, sondern dass ein Bezug zwischen Modernisierungsmaßnahme und Wasserkraftanlage bestehen muss.

Nicht beantwortet ist damit aber die Frage, wie dieser Bezug genau ausgestaltet sein muss und ob insbesondere die Modernisierungsmaßnahme unmittelbar am Ort der Wasserkraftanlage stattfinden muss. Dies lässt sich aus dem Vorstehenden nicht zweifelsfrei ableiten, weil der Begriff der Modernisierung nicht voraussetzt, dass die Modernisierungsmaßnahme unmittelbar an der EEG-Anlage ansetzt.<sup>24</sup> Vielmehr kann diese begrifflich auch durch eine Maßnahme modernisiert werden, die zunächst außerhalb des engen Anlagenbegriffs ansetzt, die sich aber als Modernisierung der Anlage auswirkt. Entscheidend ist somit, dass die Anlage modernisiert wird, nicht wo diese Modernisierung baulich umgesetzt wird. Für eine solche räumliche Erweiterung spricht insbesondere, dass so dem Sinn und Zweck der Vorschrift besonders entsprochen werden kann: Eine Beschränkung auf eine Modernisierung allein der Anlage i. S. v. § 3 Abs. 2 EEG 2004 wird dem Ziel des Gesetzgebers kaum gerecht, weil sich in vielen Fällen die nachteiligen Auswirkungen auf die Gewässerökologie nicht aus der Wasserkraftanlage im engeren Sinne ergeben, sondern aus nicht für den Betrieb technisch erforderlichen sonstigen Einrichtungen, wie beispielsweise angeschlossenen Schleusen, Hochwasserschutzbauwerken, Uferbefestigungen, vor- oder nachfolgenden Querverbauungen, Nebenanlagen usw. Darüber hinaus sind Maßnahmen denkbar, die von vornherein nicht an der EEG-Anlage ansetzen, wie beispielsweise die Errichtung von Fischtreppen oder die Veränderung des Wasserabflusses in Nebengewässer oder Auen. Dies hebt auch der Leitfaden für die Vergütung von Strom aus Wasserkraft hervor, wonach es im Rahmen der Modernisierung einer Wasserkraftanlage

„... vor allem möglich (ist), auf die Zusammensetzung und Artenhäufigkeit der aquatischen Pflanzen und Tiere, den Wasserhaushalt, die Durchgängigkeit, die Vernetzung von Wasser und Land und die Hydromorphologie, also auf Teilbereiche der biologischen und hydromorphologischen Qualitätskomponenten Einfluss zu nehmen.“<sup>25</sup>

<sup>24</sup>So aber Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungsfg. 2006, § 6 Rn. 47: „Modernisierungsbegriff (umfasst) nur bauliche Veränderungen der Anlage“; zugleich verweist Müller auf die vom Gesetzgeber gewollte Verbesserung der Umgebungsökologie, ohne jedoch der Frage nachzugehen, wie bauliche Veränderungen nur der Anlage überhaupt zu derartigen Verbesserungen führen können.

<sup>25</sup>Leitfaden, S. 21.

Kämen als Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des Gesetzes nur Maßnahmen unmittelbar an der EEG-Anlage in Betracht, so wären damit viele der vorgenannten Möglichkeiten zur Verbesserung der Gewässerökologie nicht als Modernisierung im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 anzusehen. Dies aber würde dem Ziel des Gesetzes widersprechen.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass unter systematischen Gesichtspunkten wie auch nach Sinn und Zweck zwar eine Modernisierung der Laufwasserkraftanlage im Sinne von § 3 Abs. 2 EEG 2004 erfolgen muss, die Modernisierungsmaßnahme aber nicht notwendigerweise baulich an der Wasserkraftanlage bzw. am Ort der Wasserkraftanlage selbst stattfinden muss.<sup>26</sup>

Jedoch bedarf es eines Zusammenhangs zwischen der Modernisierungsmaßnahme – hier in Gestalt des Neubaus des Errichtungswehres, der dadurch ermöglichten Erhöhung der Abflussmenge in den Eiskanal und des Deichlückenschlusses mit der Reaktivierung des Altwasserarmes der [I. . .] – und der Wasserkraftanlage, für die die höhere Vergütung geltend gemacht wird. Dies ergibt sich aus zwei Überlegungen: Zum einen kann eine Anlage nicht modernisiert werden, wenn die Modernisierungsmaßnahme im weiteren Sinne ohne Auswirkung auf die Anlage ist. Zum anderen ist sicherzustellen, dass nur Betreiber von Wasserkraftanlagen, die zur Modernisierungsmaßnahme einen signifikanten Bezug haben, in den Genuss der als Kompensation gedachten höheren Vergütung kommen. Es bedarf somit

1. eines räumlich-betrieblichen Zusammenhangs (dazu unter a) und
2. einer Zurechenbarkeit der Modernisierungskosten zum anspruchstellenden Anlagenbetreiber (dazu unter b).

(a) Die Modernisierung einer Wasserkraftanlage durch eine räumlich entfernte Maßnahme setzt voraus, dass Auswirkungen der Maßnahme (noch) an der Wasserkraftanlage nachzuweisen sind. Die Maßnahme muss sich somit kausal auf den Anlagenbetrieb auswirken. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Auswirkungen die Effizienz der Anlage erhöhen oder senken; zwar dürfte im Regelfall der Stromertrag durch ökologisch motivierte Modernisierungsmaßnahmen sinken,<sup>27</sup> doch wäre es mit dem Ziel des EEG, den Anteil Erneuerbarer Energieträger zu erhöhen, nicht

<sup>26</sup>A.A. Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungsfg. 2006, § 6 Rn. 47.

<sup>27</sup>Dies gilt bspw. für bauliche Maßnahmen, die den Mindestwasserabfluss erhöhen, vgl. dazu *Leitfäden*, S. 31 ff.

vereinbar, Anlagenbetreiber, die eine Modernisierung durchführen und dadurch die Stromproduktion steigern können, von vornherein von der erhöhten Vergütung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 auszuschließen. Darüber hinaus kann der Gesetzesbegründung entnommen werden, dass die Modernisierung sich auf die „Umgebungsökologie“ positiv auswirken muss, es bedarf also eines räumlichen Zusammenhangs zwischen der Modernisierungsmaßnahme und der EEG-Anlage. Ob dieser gegeben ist, ist eine Einzelfallentscheidung, die in Abhängigkeit von den jeweiligen topographischen und gewässerökologischen Gegebenheiten wie auch vom Typus der konkreten Wasserkraftanlage zu treffen ist.

Mögliche Anhaltspunkte für den räumlich-betrieblichen Zusammenhang können z. B. sein,

- dass die Modernisierungsmaßnahmen am Anlagenstandort deutlich zu spüren sind, indem sie sich bspw. auf den Anlagenbetrieb auswirken und
- dass die Verbesserung des ökologischen Zustands bzw. die Erreichung des guten ökologischen Zustands auch (noch) am Anlagenstandort und in dessen unmittelbaren Umfeld nachweisbar ist.

Der räumlich-betriebliche Zusammenhang führt indes nicht notwendigerweise zur Verklammerung mehrerer Wasserkraftanlagen gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004. Danach gelten mehrere Anlagen dann als eine Anlage, wenn sie mit gemeinsamen für den Betrieb technischen Einrichtungen oder baulichen Anlagen unmittelbar verbunden sind. Allein aus dem Umstand, dass eine wasserbauliche Anlage nach den vorgenannten Erwägungen in einem räumlich-betrieblichen Zusammenhang mit mehreren Wasserkraftanlagen steht, ergibt sich nicht zwangsläufig, dass jene für den Betrieb der Wasserkraftanlagen technisch erforderlich ist. Andernfalls würde jedes Wehr, welches sich auf den Anlagenbetrieb mehrerer Wasserkraftanlagen auswirkt, diese zu einer Anlage verbinden. Der technische Bezug zwischen einer Einrichtung und dem Anlagenbetrieb ist zwar eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung, um zu einer Verklammerung nach § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 zu gelangen. Ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen, ist allerdings stets im Einzelfall zu prüfen.

Bereits in der Gesetzesbegründung<sup>28</sup> hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass die erhöhte Vergütung als Kompensation für die Modernisierungskosten gewährt wird.

---

<sup>28</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 19.

Kosten der Modernisierung sind indes nicht nur unmittelbare geldwerte Beiträge des Anlagenbetreibers zur Modernisierungsmaßnahme, sondern auch finanzielle Einbußen, die der Anlagenbetreiber z. B. durch geringere Stromerträge erleidet.

#### 2.2.4 Anwendung auf den Einzelfall

Auf den zu begutachtenden Sachverhalt angewendet liegen die auf Seite 9 ff. herausgearbeiteten Kriterien vor:

Ein **räumlich-betrieblicher Zusammenhang** zwischen der Wasserkraftanlage und der Modernisierungsmaßnahme ist gegeben: Zwar liegt das Entlastungswehr 2,7 km vom Werk des Anspruchstellers und ihren Laufwasserkraftanlagen entfernt – und befindet sich damit jedenfalls nicht in deren unmittelbarer Nachbarschaft. Jedoch besteht hier ein die Entfernung überbrückender, räumlich-betrieblicher Zusammenhang, weil sich die Modernisierungsmaßnahme kausal auf den Anlagenbetrieb auswirkt. Dies ergibt sich – entgegen der Ansicht des Anspruchsgegners – bereits aus einer Zusammenschau der Bescheide des Landratsamtes [N...]. Zwar erwähnt der Bescheid vom 6. September 2005 die Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers nicht; mit den unter Ziff. 4 des Bescheides genannten „6 Wasserkraftanlagen“ dürften in der Tat die kanalabwärts gelegenen Anlagen gemeint sein. Dem Bescheid lässt sich indes nicht entnehmen, dass damit die Anlagen des Anspruchstellers ausdrücklich ausgeschlossen werden sollen, weil einschränkend formuliert ist: „Die Benutzungsanlagen bestehen *im Wesentlichen* aus ... 6 Wasserkraftanlagen.“<sup>29</sup> Zudem schränkt Ziff. 2 des Bescheides, wonach durch die Erhöhung der Wasserführung die Energieerzeugung der am [I...]kanal liegenden Wasserkraftwerke erhöht werden sollte, dies nicht auf die kanalabwärts gelegenen Kraftwerke ein. Darüber hinaus bezieht sich der Bescheid auf Seite 8 ausdrücklich auf die Erlaubnis vom 18. Mai 2005 zum Bau des Deichlückenschlusses und zur Ableitung von Wasser in den [I...]altarm. Ferner wurde der Anspruchsteller bei der Erteilung der Plangenehmigung zum Neubau des Entlastungswehres vom 20. Juni 2003 namentlich genannt. Auch wurden die Auswirkungen der Maßnahme kanalaufwärts bis zum Betriebsgelände des Anspruchstellers in die Planung einbezogen: Dies zeigt sich u. a. an dem Zweck „Ableitung von Entlastungsabflüssen ... der [W...]“ (Ziff. 2 des Bescheides). Des Weiteren wurde die später mit dem Bescheid vom 6. September 2005 genehmigte Erhöhung der Abflussmenge bereits im Bescheid vom 20. Juni 2003 vorbedacht, da als ein weiterer Zweck der „Abschlag des [I...]kanals bei einem Gesamtabfluss von mehr als 12 cbm/s bzw.

<sup>29</sup>Hervorhebung nicht im Original.

16 cbm/s<sup>30</sup> aufgeführt wurde; dies folgt auch aus Ziff. 5 des Bescheides, wonach die Planungen, später über das Entlastungswehr eine noch näher zu bestimmende Wassermenge (1,5 – 2 m<sup>3</sup>/s) in den Entlastungskanal zur [I. . .] abzuschlagen, bereits offen gelegt wurden. Der betriebliche Zusammenhang zwischen der durch den Neubau des Entlastungswehres ermöglichten Erhöhung des Gesamtabflusses des [I. . .]kanals und den am [I. . .]kanal gelegenen Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers ist aus Sicht der Clearingstelle EEG somit hergestellt. Bestätigt wird diese Einschätzung durch die gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. [J. . .], der die Rückwirkungen des Neubaus auf den Betrieb der Wasserkraftanlagen anhand verschiedener, ebenfalls im Bescheid vom 20. Juni 2003 genannter Punkte – z. B. Erfüllung der (n-1)-Regel; Stau- und Abflussregulierung; Hochwasserschutz – näher beschreibt. Der Anspruchsgegner ist den gutachterlichen Ausführungen nicht substantiiert entgegengetreten. Die Clearingstelle EEG sieht keinen Anlass, die nachvollziehbaren und schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen. Ein räumlicher Zusammenhang besteht auch im Hinblick auf die Verbesserung der Umgebungsökologie. Unstreitig kam es durch die Reaktivierung eines [I. . .]altarms zu einer Verbesserung des ökologischen Zustands im [I. . .]auwald, der sich – wie einer zur Akte gereichten Karte zu entnehmen ist – bis in die unmittelbare Nachbarschaft des Werksgeländes des Anspruchstellers erstreckt.

Das Entlastungswehr bewirkt keine technische Anlagenzusammenfassung der beiden Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Wehr für den Betrieb der Anlagen technisch erforderlich ist und die Anlagen mit dem Wehr unmittelbar verbunden sind; Rechtsfolge wäre, dass die Leistungen der Anlagen zusammenzurechnen und bei der Bestimmung der Vergütungsschwellenwerte nach § 6 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 die Summe der Anlagenleistungen zu berücksichtigen wären. Hier fehlt es an der technischen Erforderlichkeit, denn technisch erforderlich sind Einrichtungen oder bauliche Anlagen nur, wenn ohne sie die EEG-Anlage gar keinen Strom erzeugen könnte.<sup>31</sup> Zwar können die Wasserkraftanlagen des Anspruchstellers durch das erneuerte Wehr *besser* Strom erzeugen; dass sie ohne das Wehr *keinen* Strom erzeugen könnten, ist hier indes weder vom Anspruchsgegner geltend gemacht worden noch sonst ersichtlich.

<sup>30</sup>Ziff. 2 des Bescheides; Hervorhebung nicht im Original. – Die bereits im Bescheid von 2003 erwähnte Erhöhung auf 16 m<sup>3</sup>/s bezog also die erst 2005 gestattete Erhöhung der Abflussmenge gedanklich in die Planung und Genehmigung des Entlastungswehres ein.

<sup>31</sup>Vgl. *Oschmann*, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 42; *Reshöft*, in: Reshöft/Steiner/Dreher, EEG Handkommentar, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 15.

Auch die **Zurechenbarkeit der Modernisierungskosten** zum Anspruchsteller ist hier gegeben: Unstreitig hat der Anspruchsteller knapp ein Drittel der Kosten für den Abbruch und Neubau des Entlastungswehres getragen. Dieser Anteil ist schon per se erheblich, so dass eine Zurechenbarkeit nahe liegt. Hinzu kommt, dass der Anspruchsteller von den rund 31 % der Gesamtkosten rund ein Viertel aufgrund seiner Zugehörigkeit zum [I..]kanalverband, rund drei Viertel aufgrund der freiwilligen Kostenübernahme gegenüber der Stadt [V...] getragen hat. Der Anspruchsteller hat somit nicht nur – nach der Stadt [V...] – den zweithöchsten Kostenanteil der Modernisierungsmaßnahme getragen, sondern zudem den größten Teil seines Beitrags überobligatorisch erbracht. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und ggf. auf welcher Rechtsgrundlage er aufgrund seiner Mitgliedschaft im [I..]kanalverband zur dortigen anteiligen Kostenübernahme verpflichtet gewesen ist. Aufgrund des absolut und relativ hohen Anteils der Kostenübernahme sowie aufgrund der absolut und relativ erheblich überobligatorischen Kostentragung durch den Anspruchsteller ist die Modernisierungsmaßnahme ihm zurechenbar. Ob die Kosten des anspruchstellenden Anlagenbetreibers eine Bagatellgrenze überschreiten müssen, um in den Genuss der erhöhten Vergütung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 zu kommen, braucht hier angesichts des signifikanten Beitrags der Anspruchstellerin nicht entschieden zu werden.

Dr. Lovens

Lucha

Puke

Reitter

Weißborn