

ZNER

25/1
2021

Zeitschrift für Neues Energierecht

Aus dem Inhalt:

Prof. Dr. Christian Buchmüller/Dr. Maximilian Hemmert-Halswick
Zur Verfassungskonformität einer (landes-)gesetzlichen Solarpflicht

Theresa Rath/Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt
Kommunale Wärmewende: Bau- und kommunalrechtliche Handlungsoptionen

Dr. Martin Altrock/Prof. Dr. Stephan Heimerl/Marcel Dalibor
Zur Erweiterung von Pumpspeicherkraftwerken um EEG-Laufwasserkraftwerke

Maximilian Schmidt
Die Störung von Drehfunkfeuern durch Windenergieanlagen

Dr. Martin Riedel/Dr. Philipp Boos
Peter Becker: Ein energischer Kämpfer für Frieden, Freiheit und Gerechtigkeit mit viel Energie auch für den Klima- und Umweltschutz – Eine anwaltliche Erfolgsstory

BVerfG
Zum Inkrafttreten eines Gesetzes unter einer Bedingung

BGH
Antrag auf Ausstellung einer Förderberechtigung für Freiflächen-Photovoltaikanlagen: Wahrung der Antragsfrist bei Missachtung von Formatvorgaben der Bundesnetzagentur; gesetzliches Schriftformerfordernis – Formular-Unterschriftsfeld

OLG Düsseldorf
Die Zuständigkeit zur Überwachung der Entflechtung gem. § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG richtet sich nach § 54 EnWG

LG Mainz
Zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte in Rechtstreitigkeiten über Ansprüche nach dem EEG

BVerwG
Begründungsfrist für einen Normenkontrollantrag

BVerwG
Zur Reichweite des Einwendungsausschlusses bei fingiertem gemeindlichen Einvernehmen

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Gabriele Britz
Heinz-Peter Dicks
Prof. Dr. Martin Eifert
Peter Franke
Anne-Christin Frister
Dr. Stephan Gatz
Prof. em. Dr. Reinhard Hendler
Prof. Dr. Georg Hermes
Dr. Volker Hoppenbrock
Prof. Dr. Lorenz Jarass
Prof. Dr. Claudia Kemfert
Dr. Wolfgang Kirchhoff
Prof. Dr. H.-J. Koch
Prof. Dr. Silke R. Laskowski
Prof. Dr. Uwe Leprich
Prof. Dr. Kurt Markert
Prof. Dr. Bernhard Nagel
Prof. Dr. Alexander Roßnagel
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. F. J. Säcker
Prof. Dr. Sabine Schlacke
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski
Prof. Dr. Joachim Wieland

Redaktion

RA Dr. Peter Becker (Schriftleiter)
RA Dr. Martin Altrock
Prof. Dr. Edmund Brandt
RA Dr. Hartwig von Bredow
RA Dr. Wieland Lehnert
Dr. Volker Oschmann
RAin Dr. Heidrun Schalle
Dr. Nina Scheer, MdB
RA Franz-Josef Tigges

ZNER · Jahrgang 25 · Nr. 1
Februar 2020 · S. 1 – 116
ISSN: 1434-3339

RA Dr. *Martin Altrock*, Mag.rer.publ./Prof. Dr. *Stephan Heimerl*/RA *Marcel Dalibor**

Zur Erweiterung von Pumpspeicherkraftwerken um EEG-Laufwasserkraftwerke

A. Problemstellung: Laufwasserkraftwerke an Speicherkraftwerken als EEG-Anlage

In Deutschland existieren rund 30 Pumpspeicherkraftwerke mit einer Netto-Turbinenleistung von 6,23 GW, wobei derzeit drei Anlagen außer Betrieb sind.¹ Pumpspeicherkraftwerke gewinnen ihren hohen Wirkungsgrad regelmäßig erst dadurch, dass neben dem hochgepumpten Wasser auch Wasser aus natürlichen Wasserzläufen genutzt wird. Tatsächlich stellen sich die Pumpspeicherkraftwerke regelmäßig zugleich als Wasserkraftwerke (Laufwasserkraftwerke und ggf. auch Speicherkraftwerke) dar. Das Wasser aus den natürlichen Zuflüssen wird zusammen mit dem Pumpwasser über das Pumpspeicherkraftwerk abgeleitet und zur Stromerzeugung genutzt.²

In der letzten Zeit sehen sich die Betreiber der Pumpspeicherkraftwerke mit höheren wasserrechtlichen Anforderungen konfrontiert. Insbesondere erteilen die zuständigen Wasserbehörden neue wasserrechtliche Zulassungen für den Fortbetrieb der Anlagen oft nur noch unter der Auflage, dass permanent eine Mindestwassermenge abzugeben ist. Die konkrete Mindestwassermenge richtet sich dabei in der Regel nach der Menge des natürlichen Zuflusses.

Üblicherweise muss das Mindestwasser außerhalb der Leitungen des bestehenden Pumpspeicherkraftwerks bereits am Oberbecken abgeleitet werden. Wenn es dadurch nun zu einem kontinuierlichen natürlichen Abfluss am Pumpspeicherkraftwerk vorbei kommt, spricht alles dafür, das permanent abzugebende Mindestwasser durch ein zusätzliches Laufwasserkraftwerk zur Stromerzeugung zu nutzen, um den bedeutenden Erzeugungsverlust im Pumpspeicherkraftwerk mit seinen hochwertigen Maschinen und vor allem einer deutlich größeren Fallhöhe gegenüber der geringen am Oberbecken zumindest in Ansätzen zu kompensieren. Die mit diesem zusätzlichen Laufwasserkraftwerk verbundenen Kosten für Bau und Betrieb lassen sich meist nur erwirtschaften, wenn für den Strom aus dem Laufwasserkraftwerk die Förderung nach dem EEG beansprucht werden kann.

Für einen Anspruch auf Zahlung einer Förderung nach § 19 Abs. 1 EEG³ müssen u. a. die Voraussetzungen nach § 40 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 EEG vorliegen. Danach muss es sich zum einen um Strom aus Wasserkraft handeln (§ 40 Abs. 1 i. V. m. § 3 Nr. 21 lit. a EEG). Zum anderen muss die Anlage im räumlichen Zusammenhang mit einer ganz oder teilweise bereits bestehenden oder einer vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus Wasserkraft neu zu errichtenden Stauanlage (§ 40 Abs. 4 Nr. 1 EEG) oder ohne durchgehende Querverbauung (§ 40 Abs. 4 Nr. 2 EEG) errichtet worden sein. Da zusätzliche Laufwasserkraftwerke regelmäßig an

der bestehenden Querverbauung errichtet werden, liegt diese besondere Voraussetzung in den üblichen Fällen vor.

Fraglich ist aber, ob es sich bei dem Laufwasserkraftwerk um eine Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG handelt (dazu unter B.) und ob der im Laufwasserkraftwerk erzeugte Strom ausschließlich aus erneuerbaren Energien i. S. d. § 3 Nr. 21 lit. a EEG erzeugt wird (dazu unter C.). Zum Teil werden Bedenken hinsichtlich des Bestehens eines Förderanspruchs laut. So wird vertreten, dass zusätzliche Laufwasserkraftwerke Teil des bereits bestehenden Pumpspeicherkraftwerks seien, in dem bereits jetzt auch Wasser aus natürlichem Zufluss zum Einsatz komme. Eine „Gesamtanlage“ aus Pumpspeicherkraftwerk und Wasserkraftwerk werde schon deshalb nicht ausschließlich mit erneuerbaren Energien betrieben und sei daher auch in ihrem Wasserkraftanlageanteil (betrieben mit Wasser aus natürlichem Zufluss) nicht nach dem EEG vergütungsfähig. Selbst wenn man unterstellen würde, dass die Wasserkraftwerke jeweils selbständige EEG-Anlage seien, könne eingewandt werden, dass aufgrund der Vermischung von „Pumpwasser“ und Wasser aus natürlichem Zufluss im Becken nicht ausschließlich erneuerbare Energien eingesetzt würden. Infolgedessen werde das Ausschließlichkeitsprinzip nach § 19 Abs. 1 EEG nicht erfüllt.

B. Neues Laufwasserkraftwerk als eigenständige EEG-Anlage

Ein „zusätzliches“ Laufwasserkraftwerk müsste sich als Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG darstellen. Nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 1 EEG ist eine „Anlage“ jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas; als Anlage gelten auch Einrichtungen, die zwischengespeicherte Energie, die ausschließlich aus erneuerbaren Energien oder Grubengas stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandeln. Als erneuerbare Energie gilt dabei insbesondere die Wasserkraft, worunter auch die Nutzung von Strömungsenergie zählt (§ 3 Nr. 21 lit. a EEG). Voraussetzung ist in diesem Zusammenhang die Nutzung eines natürlichen Gefälles, wobei die kinetische Energie genutzt wird.⁴ Laufwasserkraftwerke nutzen die aus dem natürlichen Gefälle resultierende kinetische Energie des abströmenden Wassers. Dies spricht zunächst dafür, dass es sich hierbei also im Ergebnis um Anlagen i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG handelt. Möglicherweise ergibt sich jedoch aufgrund des räumlichen Zusammenhangs mit einem Pumpspeicherkraftwerk etwas anderes.

I. Anlagenbegriff: Muss Wasserkraftanlage zum ausschließlichen und dauerhaften Laufwasserbetrieb geeignet sein?

Zunächst stellt sich die Frage, ob das Pumpspeicherkraftwerk selbst eine Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG darstellt. Dagegen spricht, dass Pumpspeicherkraftwerke im Rahmen des § 3 Nr. 21 lit. a EEG nicht angesprochen, sondern nur in § 118 Abs. 6 S. 2 EnWG erwähnt werden. Auch werde, so wird vorgebracht, das Pumpspeicherkraftwerk i. d. R. nicht ausschließlich mit erneuerbaren Energien betrieben und könne somit für den Strom aus dieser Anlage keine EEG-Förderung

* Die Autoren danken Frau RAin Nurelia Kather für ihre lektorierende Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

1 www.speicherbranche.de/ausbau/pumpspeicherkraftwerke [letzter Abruf: 21.09.2020]; Heimerl/Kohler, *WasserWirtschaft* 2017, 77 f.

2 Zur Funktionsweise von Pumpspeicherkraftwerken vgl. Giesecke/Heimerl/Mosonyi, *Wasserkraftanlagen – Planung, Bau und Betrieb*. 6. Aufl. 2014; www.verbund.com/de-de/ueber-verbund/kraftwerke/kraftwerkstypen/pumpspeicherkraftwerk [letzter Abruf: 07.12.2020].

3 Soweit nicht anders angegeben: Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes vom 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) geändert worden ist (EEG 2021).

4 Vgl. Henning/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, *EEG*, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 127 ff.

beansprucht werden könne.⁵ Insoweit sei es im Ergebnis auch nicht fernliegend, dass das Pumpspeicherkraftwerk bereits keine Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG darstelle. Denn wenn eine Anlage im Sinne des EEG jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas sei, so setze dies konsequenterweise auch voraus, dass die Anlage in technischer Hinsicht prinzipiell für einen dauerhaften Betrieb ausschließlich mit erneuerbaren Energien geeignet sei. Dazu müsse der bestimmungsgemäße Gebrauch gerade auf den ausschließlichen Einsatz von erneuerbaren Energien ausgerichtet sein. Für die Annahme *einer* Anlage ließe sich auch anführen, dass § 3 Nr. 1 Hs. 2 EEG diese Ausschließlichkeit für Stromspeicher gerade hervorhebe.⁶ Im Gegensatz dazu war in früheren EEG-Fassungen unter bestimmten Umständen der Einsatz von fossilen Energieträgern – so etwa bei Zünd- und Stützfeuerungen – zulässig. Gleichwohl musste auch in diesen Fällen die Anlage technisch auf den dauerhaften Betrieb mit erneuerbaren Energien ausgerichtet gewesen sein.⁷ Im EEG 2021 gebe es diese Ausnahme jedoch gerade nicht mehr, was für den strengen Maßstab spreche, wonach EEG-Anlagen auf einen dauerhaften Betrieb mit erneuerbaren Energien ausgelegt sein müssten.⁸ Bereits der Definition nach könne daher ein Pumpspeicherkraftwerk keine EEG-Anlage darstellen. Darüber hinaus sei ein Pumpspeicherkraftwerk darauf ausgerichtet, dass das gepumpte Wasser genutzt werde. Damit handele es sich um einen Energiespeicher und nicht um einen Stromspeicher nach § 3 Nr. 1 Hs. 2 EEG. Ferner seien Pumpspeicherkraftwerke regelmäßig technisch so aufgebaut, dass der für die Pumpvorgänge notwendige Strom aus dem Netz für die allgemeine Versorgung entnommen werde. Hierbei handele es sich um sogenannten „Graustrom“, so dass die Pumpspeicherkraftwerke sich regelmäßig nicht dauerhaft ausschließlich mit erneuerbaren Energien betreiben ließen. Wenn das Pumpspeicherkraftwerk bereits keine EEG-Anlage sei, könnte das Laufwasserkraftwerk nicht dessen Teil werden.

Das überzeugt im Ergebnis allerdings nicht. Vielmehr sind Pumpspeicherkraftwerke, die neben dem Pumpwasser auch Wasser aus natürlichen Zuflüssen nutzen, als EEG-Anlagen i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG einzuordnen,⁹ die lediglich keinen förderfähigen Strom erzeugen. Der Wortlaut gibt bereits für eine andere Auslegung nichts her. Zudem spricht § 100 Abs. 3 S. 1 EEG 2017 (i. V. m. § 100 Abs. 1 EEG 2021) dafür, dass auch ein Pumpspeicherkraftwerk, das zu keinem Zeitpunkt ausschließlich mit Wasser aus natürlichem Zufluss betrieben wurde, eine EEG-Anlage ist. § 100 Abs. 3 S. 1 EEG 2017 regelt, dass EEG-Anlagen, die vor dem 01.08.2014 zu keinem Zeitpunkt ausschließlich mit erneuerbaren Energien betrieben wurden, abweichend vom Inbetriebnahmebegriff des EEG 2009/2012,¹⁰ erst als EEG-Anlage in Betrieb genommen gelten, wenn sie erstmals ausschließlich mit erneuerbaren Energien in Betrieb genommen wurden.¹¹ Aber ein Pumpspeicherkraftwerk kann rein theoretisch als Laufwasserkraftwerk genutzt werden: indem es für eine Zeit ausschließlich mit Laufwasser aus natürlichem Zufluss betrieben wird. Danach wäre es EEG-Anlage.

Weitere systematische Erwägungen zeigen, dass eine Einordnung als EEG-Anlage nicht voraussetzt, dass die Anlage technisch auf den dauerhaften Betrieb mit erneuerbaren Energien ausgerichtet ist. So regelt bspw. § 1 Abs. 3 KWKG¹², dass KWK-Strom, der nach dem EEG finanziell gefördert wird, nicht in den Anwendungsbereich dieses KWKG fällt. Dem Anlagenbetreiber steht die Möglichkeit offen, zwischen beiden Fördergesetzen zu wechseln.¹³ Das Gesetz geht davon aus, dass eine (ggf. mit fossilen Energieträgern betriebene) KWK-Anlage auch zugleich eine EEG-Anlage sein kann, wenn sie denn ausschließlich mit erneuerbaren Energieträgern betrieben wird. Dies setzt voraus, dass die technische Eignung für einen *dauerhaften Betrieb* ausschließlich mit erneuerbaren Energien *keine* Voraussetzung für die Anlageneigenschaft ist. Mithin kann auch eine Anlage, die nicht dauerhaft ausschließlich mit erneuerbaren Energien betrieben wird, dann allerdings insoweit eine nicht förderfähige EEG-Anlage sein. Bei einer anderen Sicht wäre zudem auch das Ausschließlichkeitsprinzip überflüssig. Zudem zeigt die Verortung des Ausschließlichkeitsprinzips in § 19 Abs. 1 EEG, dass es sich um eine allgemeine Fördervoraussetzung handelt und nicht – dem bereits dogmatisch noch vorgelagert – den Anwendungsbereich des EEG einschränkt.¹⁴ Dies belegt auch die vormalige Regelung zur zulässigen Zünd- und Stützfeuerungen in § 8 Abs. 6 S. 2 EEG 2004. Denn diese fand sich als besondere Regelung innerhalb der speziellen Fördervoraussetzungen, d. h. als Ausnahme von der allgemeinen Fördervoraussetzung „Ausschließlichkeitsprinzip“ in § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2004. Fossil betriebene Anlagen können auch EEG-Anlagen sein, die zwar keinen nach dem EEG, aber ggf. nach dem KWKG förderfähigen Strom erzeugen; auch kann dieser Strom als Grünstrom im Wege der sonstigen Direktvermarktung vermarktet werden. Denn soweit vorliegend Laufwasser zur Stromerzeugung eingesetzt wurde, besteht kein Zweifel an der regenerativen Natur dieses Stromes.

Zudem ist in rechtspraktischer Hinsicht zu bedenken, dass sich eine Eignung einer Anlage zu einem ausschließlichen und dauerhaften Betrieb mit erneuerbaren Energien – hier mit Laufwasser oder sonst etwa mit Biomasse oder Biogas – anstelle von sonstigen Brennstoffen faktisch kaum rechtssicher feststellen ließe und auch keinen Mehrwert hat.

Überdies verlangt auch das Europäische Unionsrecht keinen engeren Anlagenbegriff. Vielmehr hält der EuGH fest, dass nur Strom aus Pumpspeicherkraftwerken, der aus zuvor hochgepumpten Wasser erzeugt wird, nicht aus erneuerbaren Energien stammt. Damit liegt aber sehr nahe, dass aus Sicht des EuGH Strom aus natürlichen Zuflüssen grüner Strom ist und somit in einem Pumpspeicherkraftwerk erneuerbare Energien eingesetzt und erneuerbarer Strom erzeugt werden kann, soweit eben Laufwasser eingesetzt wird. Im Ergebnis kann deshalb eine Wasserkraftanlage, die meistens im Pumpspeicherbetrieb arbeitet, zuweilen aber auch Laufwasser verstromt, eine EEG-Anlage sein.¹⁵

5 Vgl. Erwägungsgrund (30) der Richtlinie 2009/28.

6 Vgl. Henning/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 31.

7 Oschmann/Vollprecht, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EGG, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 37 ff.

8 Henning/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 7.

9 Vgl. Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EGG, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 68.

10 Vgl. Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EGG, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 81 ff.; 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 107 ff.

11 Vgl. Henning/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 178.

12 Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 21.12.2015 (BGBl. I S. 2498), das zuletzt durch Art. 17 des Gesetzes vom 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) geändert worden ist (KWKG 2021).

13 Vgl. zu § 1 Abs. 3 KWKG: Fricke, in: Säcker, KWKG, 4. Aufl. 2018, § 1 Rn. 45 ff., 48 ff.; Peiffer, in: Assmann/Peiffer, KWKG, 2018, § 1 Rn. 30 ff.

14 BGH, Urt. v. 06.11.2013 – VIII ZR 194/12; BT-Drs. 16/8148, S. 48; vgl. dazu auch Salje, EEG, 8. Aufl. 2018, § 19 Rn. 4 ff.; Lehnert/Thomas, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 16 Rn. 20 ff.; Hennig/Ekart, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 19 Rn. 9 ff.

15 EuGH, Urt. v. 02.03.2017 – C-4/16, Rn. 30, auch künstliches Gefälle kann genutzt werden.

II. Neues Laufwasserkraftwerk oder bloßer Teil des bestehenden Pumpspeicherkraftwerks?

Fraglich ist weiter, ob ein Laufwasserkraftwerk an einem Pumpspeicherkraftwerk als eigenständiges Kraftwerk oder nur als Teil des Pumpspeicherkraftwerks anzusehen ist und deshalb nur Teil einer EEG-Anlage wäre, in der nicht ausschließlich erneuerbare Energien eingesetzt werden. Da Pumpspeicherkraftwerke regelmäßig nicht ausschließlich mit EEG-Strom betrieben (§ 3 Nr. 1 Hs. 2 EEG) werden, sondern „Graustrom“ zum Hochpumpen des Wassers einsetzen, würde auch der Strom aus den Laufwasserkraftwerken – als Teil des Pumpspeicherkraftwerks – keinen förderfähigen Strom darstellen. Entscheidend ist daher in diesem Zusammenhang die Reichweite des Anlagenbegriffs.

Denkbar ist, dass allein die Einrichtungen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien die Wasserkraftanlage im Sinne des EEG bilden. Nach dieser Auffassung wären dann jeweils die Turbine und der Generator als Anlage zu werten. Die Staumauer sei lediglich eine Voraussetzung für den Betrieb, nicht aber Teil der EEG-Anlage. Dies spreche im Ergebnis dagegen, dass eine weitere Turbinen-Generator-Einheit „vermittelt über die Staumauer“, die selbst nicht zur Anlage gehöre, dennoch Teil einer Anlage werden könne. Der räumliche Zusammenhang allein begründe noch keine solche „Gesamtanlage“.¹⁶

Indes widerspricht diese Auffassung dem von der Rechtsprechung vertretenen weiten Anlagenbegriff.¹⁷ Nach der Rechtsprechung gehören zur Anlage neben der Stromerzeugungseinrichtung alle in den Produktionsprozess eingebundenen, technisch und baulich notwendigen Installationen. Speziell für Wasserkraftanlagen wird dort nach dem weiten Anlagenbegriff angenommen: Wenn durch ein Stauwehr aufgestautes Flusswasser auf beiden Seiten des Flusses von jeweils einer Stromerzeugungseinheit zur Stromerzeugung genutzt werde, sei das Stauwehr Teil beider Stromerzeugungseinheiten, die dadurch eine Anlage bilden würden.¹⁸

Jedoch ist es fraglich, ob allein die Mitnutzung der Stauanlage des Pumpspeicherkraftwerks den Charakter der Laufwasserkraftwerke als eigenständige EEG-Anlagen entfallen lässt.

Bereits die Regelung zu den Standortkriterien für Speicherkraftwerke nach § 23 Abs. 6 EEG 2012 spricht gegen ein „Aufgehen“ der Laufwasserkraftwerke im Pumpspeicherkraftwerk. Zum einen zeigt die Regelung, dass ein Speicherkraftwerk eine selbständige Anlage bleibt, wenn es neben einem bestehenden Kraftwerk errichtet wird. Zum anderen zeigt die Regelung, dass an einer Stauanlage eine „förderfähige“ und eine „nicht förderfähige“ Anlage bestehen können. Dieses Verständnis hat der Gesetzgeber – soweit ersichtlich – in seinen nachfolgenden Regelungen nicht in Frage gestellt. § 40 Abs. 4 EEG zeigt, dass auch eine im räumlichen Zusammenhang mit einer bestehenden Stauanlage errichtete Anlage als eine separate Anlage einzuordnen ist. Dem Wortlaut nach erfolgen mehrere Verknüpfungen durch das Wort

„oder“. Dieses eröffnet mehrere Varianten: „[1] 1. im räumlichen Zusammenhang mit einer ganz oder teilweise bereits bestehenden oder [2] einer vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus Wasserkraft neu zu errichtenden Stauanlage oder [3] 2. ohne durchgehende Querverbauung“. § 40 Abs. 4 Nr. 1 – insbesondere Var. 1 – EEG zeigt, dass das Gesetz gerade davon ausgeht, dass die an eine Querverbauung hinzugebaute Turbinen-Generator-Einheit eine separate Anlage darstelle. Dahinter stehe die gesetzgeberische Zielrichtung, dass neue Wasserkraftanlagen aus ökologischen Gründen ohne neue, sondern vielmehr allein unter Nutzung bestehender Querverbauungen errichtet werden sollten.¹⁹

Aber auch § 40 Abs. 4 Nr. 1 Var. 2 EEG lässt sich – im Falle eines neu zu errichtenden Pumpspeicherkraftwerks – fruchtbar machen. Denn diese dienen nicht vorrangig der Stromerzeugung aus Wasserkraft (§ 3 Nr. 21 lit. a EEG), sondern setzen „Graustrom“ ein und speichern diesen. Es geht also vorrangig um die Erzeugung aus „Graustrom“.

Nur zur Klarstellung sei angemerkt, dass es vorliegend nicht um die Frage geht, ob mehrere EEG-Anlagen allein zum Zwecke der Ermittlung des Fördersatzes für die zuletzt in Betrieb genommene Anlage als eine EEG-Anlagen anzusehen sind (Verklammerung). Dies würde im ersten Schritt das Vorliegen mehrere Anlagen voraussetzen. Vielmehr ist an dieser Stelle zu klären, ob eine EEG-Anlage, kombiniert mit einer „fossilen“ Anlage, insgesamt eine EEG-Anlage, eine fossile Anlage oder zwei selbständige betrachtende Anlagen bilden.²⁰

Denkbar wäre auch eine Auslegung dahingehend, dass das Pumpspeicherkraftwerk keine EEG-Anlage ist und bei der Betrachtung des Laufwasserkraftwerks nicht zu berücksichtigen ist. Dann käme es im Ergebnis nicht auf das Pumpspeicherkraftwerk und dessen Einordnung an.

III. Speicherkraftwerk zulässig

Mit Blick auf zusätzliche Laufwasserkraftwerke an Pumpspeicherkraftwerken spricht gegen deren Einordnung als Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG schließlich auch nicht, dass das Wasser aus natürlichem Zufluss nur zeitverzögert (d. h. zwischengespeichert) in dem Wasserkraftwerk genutzt wird. Die vormalige, die Wasserkraft einschränkende Regelung in § 23 Abs. 5 S. 1 EEG 2009, wonach Strom aus Speicherkraftwerken nicht förderfähig war,²¹ finde sich im geltenden EEG nicht mehr. Bereits § 23 Abs. 6 EEG 2012 ließ Speicherkraftwerke ausdrücklich zu. An dieser gesetzgeberischen Intention hat sich nichts geändert.

Durch diese Regelung sind insbesondere sowohl am Ober- als auch am Unterbecken eines Pumpspeicherkraftwerks zusätzliche Laufwasserkraftwerke denkbar. Nach § 3 Nr. 1 Hs. 2 EEG gelten auch Einrichtungen als EEG-Anlage, die zwischenge-

16 Vgl. Clearingstelle, Votum v. 14.04.2016 – 2016/9, Rn. 12 ff.

17 Vgl. zum weiten Anlagebegriff BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12.

18 Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 25.05.2012 – 3 U 193/11: Der Senat bejaht einen einheitlichen Anlagebegriff in dem Fall, dass durch ein Stauwehr aufgestautes Flusswasser von jeweils einer Stromerzeugungseinheit auf jeder Flussseite zur Stromerzeugung genutzt wird. Das Stauwehr sei Teil beider Stromerzeugungseinheiten sei und sie dadurch zu einer Anlage verklammert würden; a. A. Henning/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 10, 24 ff. zu BGH, Urt. v. 04.11.2015 – VIII ZR 244/14, ZNER 2015, 526 ff. sowie Keunecke, in: BerlKommEnR, 4. Aufl. 2018, § 40 EEG 2017 Rn. 28, der von der Möglichkeit des Vorliegens mehrerer eigenständiger Anlagen an einer bestehenden Stauanlage ausgeht; vgl. auch die offen gelassene Vergütungsfähigkeit von „Mischwasser“, so Clearingstelle EEG, Empf. v. 29.09.2011 – 2008/18, Rn. 91 ff.

19 Das noch zum EEG 2009 ergangen Urteil des OLG Stuttgart v. 25.05.2012 – 3 U 193/11 beachtet dies nicht. Auch eine Deponie gehört nicht zur Anlage, da diese an und für sich notwendige Gaserzeugungseinrichtung aus anderen Gründen nicht zur EEG-Anlage hinzuzuzählen ist, Clearingstelle, Votum v. 14.04.2016 – 2016/9, ähnlich auch Votum v. 13.05.2019 – 2018/49. Zudem entbindet die Rechtsprechung nicht von der wertenden Betrachtung des Einzelfalls Clearingstelle, Hinweis v. 10.11.2016 – 2016/19, Rn. 24.

20 Bei Clearingstelle, Votum v. 14.04.2016 – 2016/9, Rn. 11 bspw. geht es um Verklammerung von EEG-Anlagen. In Rn. 12 heißt es: „Eine ‚Verklammerung‘ durch technische oder bauliche Einrichtungen setzt voraus, dass es sich bei den verklammernden Einrichtungen um Teile handelt, die begrifflich bereits Bestandteil der Anlage sind.“ Aber ob dies angesichts des weiten Anlagenbegriffs überzeugt, kann offenbleiben. Denn jedenfalls liegt mit § 40 Abs. 4 EEG spezielle Regelung vor. Zudem sieht die Clearingstelle Strom aus Speichern (Batterie) und solchen aus Erzeugungsanlagen nicht als gleichartig an, Clearingstelle, Empf. v. 23.01.2017 – 2016/12, Rn. 94.

21 Vgl. Wustlich, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EGG, 3. Aufl. 2011, § 23 Rn. 53 ff.

speicherte Energie, die ausschließlich aus erneuerbaren Energien stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandeln. Im Oberbecken soll das Wasser aus den natürlichen Zuflüssen zunächst gesammelt und dann gleichmäßig über das Jahr über das Wasserkraftwerk ins Unterbecken geleitet werden. Auch im Unterbecken wird u. a. das Wasser aus den natürlichen Zuflüssen zunächst gespeichert und dann weiter über das dortige Wasserkraftwerk abgeleitet werden. Wenn nur Wasser aus den natürlichen Zuflüssen (zeitverzögert, d. h. zwischengespeichert) in den Wasserkraftwerken genutzt werden soll, lassen sich die Anlagen trotz der Zwischenspeicherung im Ober- und Unterbecken als EEG-Anlagen i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG einordnen. Insoweit ist es unschädlich, wenn das Wasser aus natürlichem Zufluss auch saisonal eingespeichert und so zeitversetzt verstromt wird.

IV. Ergebnis zum Anlagenbegriff

Im Ergebnis bildet ein zusätzliches Laufwasserkraftwerk an einem bestehenden Pumpspeicherkraftwerk eine eigenständige EEG-Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG.

C. Ausschließlichkeit

Weiter besteht der Zahlungsanspruch nur, wenn der erzeugte Strom ausschließlich aus erneuerbaren Energien erzeugt worden ist (Ausschließlichkeitsprinzip aus § 19 Abs. 1 EEG).²² Die Laufwasserkraftwerke müssten ausschließlich durch Wasserkraft betrieben werden. Wasserkraft als erneuerbare Energie ist u. a. die Nutzung von Strömungsenergie (§ 3 Nr. 21 lit. a EEG). Voraussetzung ist die Nutzung des natürlichen Gefälles, d. h. die kinetische Energie wird genutzt.²³ Für Laufwasserkraftwerke soll die aus dem natürlichen Gefälle resultierende kinetische Energie des abströmenden Wassers genutzt werden.²⁴

Die Frage nach der Einhaltung des Ausschließlichkeitsprinzips (§ 19 Abs. 1 EEG) stellt sich deshalb, weil die Wassermenge im Oberbecken (und entsprechend im Unterbecken) eines Pumpspeicherkraftwerks sich aus Wasser aus natürlichem Zufluss und gepumptem Wasser (Pumpwasser) speist. Physikalisch ließen sich die Wassermengen nicht trennen. Dies könne als „Mischbetrieb“ angesehen werden, der bei einem Pumpspeicherkraftwerk wegen Nichterfüllung des Ausschließlichkeitsprinzips die Förderfähigkeit ausschließt. Jedoch schließt sich die Frage an, ob dem Ausschließlichkeitsprinzip nicht auch dann genügt wird, wenn die Gesamtwassermenge in eine Menge hochgepumptem Wasser für das Pumpspeicherkraftwerk und eine Menge aus natürlichem Zulauf für das zusätzliche Lauf-/Speicherwasserkraftwerk quasi gedanklich getrennt werden kann und insoweit für den Strom aus dem zusätzlichen Wasserkraftwerk ein Förderanspruch begehrt werden kann, was insbesondere dann denkbar ist, wenn die Menge an natürlichem Zufluss die Menge an „Pumpwasser“ um ein Vielfaches übersteigt. Auf der Nachweisebene setzt dies voraus, dass sich der natürliche Zufluss mit der Mindestabwasserabgabe deckt und dies auch (rechnerisch anhand der bekannten Wassermengen) belegt werden kann. In rechtlicher Hinsicht stellt sich also die Frage, ob ein ausschließlicher Einsatz erneuerbarer Energien bei Nutzung einer Stauanlage über-

haupt vorliegt (nachfolgend I.). In tatsächlicher Hinsicht stellt sich die Frage, wie der Einsatz von ausschließlich erneuerbarer Energien nachgewiesen werden kann (nachfolgend II.).

I. Steht die Vermischung von gepumptem und natürlichem zugeflossenem Wasser der Ausschließlichkeit entgegen?

Das Ausschließlichkeitsprinzip gilt nicht absolut. Im vorliegenden untersuchten Fall kommt es zu einer Vermischung von Wasser aus natürlichem Zufluss und Pumpwasser im Oberbecken, beide Wassermengen sind rein physikalisch nicht zu trennen. Übersteigt die Menge an Wasser aus natürlichem Zufluss aber die Mindestwasserabgabe um ein Vielfaches, ist selbst bei erheblichen jahreszeitlichen Schwankungen des natürlichen Zuflusses gewährleistet, dass zu jedem Zeitpunkt im Jahr eine ausreichende Menge Wasser aus natürlichem Zufluss im Staubecken vorhanden ist, um den Mindestwasserabfluss damit zu beschicken. Bildlich gesprochen: Würde man das Oberbecken (und entsprechend das Unterbecken) durch eine gedankliche „Plexiglasscheibe“ teilen, so dass in die linke Hälfte, aus dem das neue Wasserkraftwerk sein Wasser bezieht, nur Wasser aus natürlichem Zufluss strömt und das Pumpwasser allein in die rechte Hälfte gelangt, an der das Pumpspeicherkraftwerk angeschlossen wäre, würde die Trennbarkeit augenfällig. Wenn die Wassermenge aus natürlichem Zufluss so hoch ist, dass in der – vorgestellten – linken Hälfte des virtuell getrennten Beckens immer genug Wasser für den Betrieb der Laufwasserkraftanlage vorhanden ist, sollte die gesetzlich vorgesehene Ausschließlichkeit angenommen werden können: Das Laufwasserkraftwerk kann dann also ausschließlich mit natürlichem Zufluss (= erneuerbare Energie) betrieben angesehen werden. Auf die tatsächliche Vermischung kommt es angesichts der Mengenverhältnisse nicht an. Denn zu keinem Zeitpunkt würde Pumpwasser über die Plexiglasscheibe in die linke Beckenhälfte fließen und zur Stromerzeugung im Laufwasserkraftwerk genutzt werden. Der Pegel in der rechten Hälfte würde also zu keinem Zeitpunkt über den Rand der Plexiglasscheibe steigen. Damit ist, diesen Sachverhalt unterstellt, nicht nur ein (förderunschädlicher) alternierend-bivalenter Einsatz wechselnd ausschließlich von Wasser aus natürlichem Zufluss oder Pumpwasser,²⁵ sondern vor allem auch ein förderschädlicher, durchgehend anteiliger Einsatz auch von Pumpwasser (Mischbetrieb) ausgeschlossen.

Selbst wenn der zeitgleiche Zufluss von Wasser aus den natürlichen Zuläufen nicht für einen durchgängigen Betrieb des zusätzlichen Laufwasserkraftwerks über das ganze Jahr reichen würde, mag dies den Nachweis für die Einhaltung des Ausschließlichkeitsprinzips erschweren. Die Förderfähigkeit des Stroms für Wasser aus natürlichen Zuläufen stellt dies aber unter Umständen nicht in Frage:²⁶ Denn soweit sich im Speicher bereits vor der Errichtung der zusätzlichen Laufwasserkraftanlage natürliches Zuflusswasser befunden hat und das Speicherbecken nie gänzlich entleert wurde, befindet sich das zuvor zugeflossene Wasser aus den Fließgewässern noch im Speicherbecken und kann noch (als Wasservorrat) zur Verstromung zu EEG-Strom eingesetzt werden. Unterschreitet also der aktuelle Zufluss den aktuellen Ausfluss zur EEG-Anlage, ist dies unschädlich, bis ein etwaiger Speicher von Wasser aus natürlichem Zufluss aufgebraucht ist. Denn Strom auch

22 BGH, Urt. v. 06.11.2013 – VIII ZR 194/12; BT-Drs. 16/8148, S. 48; vgl. dazu auch Salje, EEG, 8. Aufl. 2018, § 19 Rn. 4 ff.; Lehnert/Thomas, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 16 Rn. 20 ff.; Hennig/Ekart, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 19 Rn. 9 ff.

23 Vgl. Henning/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 127 ff.

24 S. o.; unionsrechtlich genügt auch ein künstliches Gefälle, EuGH, Urt. v. 02.03.2017 – C-4/16, Rn. 30.

25 Der BGH vertritt (Urt. v. 06.11.2013 – VIII ZR 194/12) jedenfalls, dass der einmalige Einsatz von fossilem Heizöl über einen Zeitraum von wenigen Wochen unschädlich sei, lässt dies jedoch für einen mehrfachen Wechsel zwischen erneuerbaren und fossilen Energieträgern ausdrücklich offen, weiter Clearingstelle, Empf. v. 29.09.2011 – 2008/18, Rn. 91 f.

26 Vgl. Clearingstelle, Votum v. 15.05.2018 – 2018/11, wonach der Anspruch auf KWK-Bonus dem Grunde nach besteht, aber lediglich messtechnisch nicht nachweisbar ist.

aus Speicherkraftwerken ist seit dem EEG 2012 grundsätzlich förderfähig, wenn es zuvor ausreichenden Zufluss auf „natürlichen Wege“ gab. Die zeitversetzte Nutzung widerspricht dem EEG also nicht. Zudem wäre sogar eine alternierend-bivalente Fahrweise unschädlich. Dabei würde wechselnd ausschließlich Strom aus Wasser aus natürlichem Zufluss *oder* aus Pumpwasser erzeugt. Der BGH hat festgehalten, dass der Wortlaut des § 16 Abs. 1 EEG 2009 (entspricht § 19 EEG 2021) lediglich insoweit eindeutig ist, als danach Strom nur vergütet wird, der in Anlagen erzeugt wird, die ausschließlich erneuerbare Energien einsetzen. Problematisch und im Ergebnis einer Förderung nach dem EEG nicht zugänglich ist der gleichzeitigen (kumulativen) Nutzung von erneuerbaren und fossilen Energieträgern zur Stromerzeugung, also eine sog. Mischfeuerung, für die ein Vergütungsanspruch auch nicht anteilig besteht, sondern vollständig entfällt. Im Übrigen ist der zeitversetzte Einsatz unterschiedlicher Einsatzstoffe nach dem BGH aber unschädlich.²⁷

Weiterhin setzt auch § 40 Abs. 4 EEG (s. o.) voraus, dass Strom aus verschiedenen Turbinen-Generator-Einheiten an einer Stauanlage unterschiedlichen Fördersätzen zugewiesen ist oder sogar neben einem förderunfähigen – weil vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommenen Speicherkraftwerk – Turbinen-Generator-Einheit nunmehr eine neue förderfähige Turbinen-Generator-Einheit angebracht werden kann. Das Gesetz sieht es offenbar als unproblematisch an, wenn mehrere Turbinen-Generator-Einheiten an einer Stauanlage unterschiedlich rechtlich zu beurteilen sind. Da Wasserkraftanlagen nur noch an bereits bestehende Stauanlagen hinzugebaut werden dürfen, würde die Fördermöglichkeit für Wasserkraftwerke ansonsten faktisch kaum oder nie in Anspruch genommen werden können.

Auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, wie etwa bei dem „Massenbilanzsystem für den Gasabtausch“ (vgl. § 44b Abs. 5 EEG), ist eine Trennung der förderfähigen regenerativen Wassermengen aus natürlichem Zufluss von mit Graustrom zugepumpten Wasser aufgrund einer gedachten „Plexiglasscheibe“ deshalb rechtlich zulässig. Schließlich bedeutet auch das Wort „ausschließlich“ nur, dass die Stromerzeugung „vollständig auf dem Einsatz der genannten Energien“ beruhen muss.²⁸ Dies schließt eine gedankliche Trennung der Wassermengen nicht zwangsläufig aus.

Dieser Sicht steht auch nicht die aktuelle Spruchpraxis der Clearingstelle entgegen. Zwar hatte sich diese in der Empfehlung 2008/18²⁹ mit der Frage befasst, ob und unter welchen Voraussetzungen „Wasserkraft“ im Sinne des EEG 2004 vorliegt, wenn das Wasser seine kinetische Energie ganz oder teilweise aus Pumpvorgängen erhalten hat. Die Clearingstelle hielt fest, dass keine Wasserkraft vorliege, wenn das Wasser kinetische bzw. potenzielle Energie ganz oder teilweise durch Pumpvorgänge erlangt. Auf den inzwischen nicht mehr im EEG enthaltenen Ausschluss von Speicherkraftwerken in § 6 Abs. 5 EEG 2004 geht die Empfehlung in den Rn. 42–44 ein, wobei dort in erster Linie der Ausschluss von Pumpspeicherkraftwerken thematisiert wird. Die Frage, ob bei einem „gemischten“ Einsatz von Wasser sowohl aus natürlichen als auch aus „hochgepumpten“ Zuflüssen anteilig EEG-Strom gegeben sein kann, wird im Abschnitt 4.4.1 der Empfehlung betrachtet. Zum Anlagenbegriff und zum Ausschließlichkeitsprinzip enthält die Empfehlung keine Aussagen. Ebenso trifft die Empfehlung keine Bewertung für die Frage der

„bilanziellen Durchleitung“ oder „Zwischenspeicherung“ des natürlichen Zuflusswassers „durch den“ oder „in den“ Stausee zum Einsatz in den geplanten Turbinen. Damit steht diese ältere Entscheidung dem vorliegend verfolgten Ansatz zumindest nicht entgegen.

Ferner ist zu beachten, dass zeitlich nach der Empfehlung 2008/18 der EuGH in seinem Urteil vom 02.03.2017³⁰ Aussagen zum Begriff der Wasserkraft i. S. v. Art. 2 Unterabs. 2 lit. a der Richtlinie 2009/28 getroffen hat. Das Gericht musste im Fall eines polnischen Wasserkraftwerkes ohne Pumpfunktion entscheiden: Ist unter dem Begriff *Energie aus Wasserkraft als erneuerbarer Energiequelle* ausschließlich Energie zu verstehen, die durch Wasserkraftwerke unter Ausnutzung des Gefälles von Binnenoberflächengewässern, darunter des Gefälles von Flüssen, erzeugt wurde? Oder fällt darunter auch solche Energie, die in einem an Einleitungen von Industrieabwässern eines anderen Betriebs gelegenen Wasserkraftwerk erzeugt wurde? Der EuGH entschied, dass maßgeblich für die Einordnung als Wasserkraft allein sei, dass das Wasser nicht aus Pumpvorgängen stamme. Auf den vorliegenden Fall übertragen, wäre dies bei einer bilanziellen Betrachtung der Wassermengen aber durchgängig gewährleistet.³¹

Damit gilt: Solange sich in einem Speicherbecken neben Wasser aus den natürlichen Zuflüssen auch Pumpwasser befindet, ist dies für die Annahme der Ausschließlichkeit der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien in einem Laufwasserkraftwerk unproblematisch, soweit sich im Wasserspeicher genug Wasser befand, um das Laufwasserkraftwerk damit zu betreiben. Dies gilt auch, wenn sich zudem im Speicher gepumptes Wasser befindet, das aber mengenbilanziell im Pumpspeicherkraftwerk eingesetzt wird. Denn nach der Spruchpraxis der Clearingstelle ist bei Wasserkraft eine bilanzielle Betrachtung nicht per se ausgeschlossen. Auch ein alternierender Einsatz von Wasser natürlichen Ursprungs und von Pumpwasser verstößt nicht gegen das Ausschließlichkeitsprinzip. Förderschädlich ist aber nach der gegenwärtigen allgemeinen Auffassung lediglich ein durchgehender anteiliger Einsatz von (unterstellt mit Graustrom gepumptem) Pumpwasser, der hier nicht vorliegt.

Die strenge Handhabung des Ausschließlichkeitsprinzips und damit die Förderschädlichkeit eines Mischbetriebs soll hier unterstellt bleiben, ist aber unionsrechtlich nicht gefordert und nicht gerechtfertigt.³² Das Unionsrecht steht einem Förderanspruch für den Stromanteil bei Pumpspeicherkraftwerken, der auf natürlichen Zuflüsse beruht, nicht entgegen.

Eine physikalische Trennung von Pumpwasser und Wasser aus natürlichem Zufluss ist also nicht erforderlich. Ausreichend ist, dass beide Mengen rechnerisch voneinander abgegrenzt werden können. Damit ist sichergestellt, dass durchgängig genug Wasser aus natürlichem Zufluss in den beiden virtuell getrennten Seen vorhanden ist, so dass der Strom in den Wasserkraftwerken immer als Wasser aus natürlichem Zufluss erzeugt gilt. Auf die physische Nämlichkeit, also darauf, dass die Wasser physisch getrennt würden (reale „Plexiglasscheibe“), kommt es dagegen nicht an.

II. Nachweisführung für den Einsatz von ausschließlich erneuerbaren Energien

In der Praxis ist entscheidend, ob sich die virtuelle Trennung der Wassermengen auch anhand der tatsächlichen Angaben zur An-

27 BGH, Urt. v. 06.11.2013 – VIII ZR 194/12, Rn. 19.

28 Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 48; vgl. dazu auch *Salje*, EEG, 8. Aufl. 2018, § 19 Rn. 4 ff., auch mit Nachweis zu Pumpspeicherkraftwerken; *Lehner/Thomas*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 16 Rn. 20 ff.; *Hennig/Ekardt*, in: *Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus*, EEG, 5. Aufl. 2018, § 19 Rn. 9 ff.

29 Clearingstelle, Empf. v. 29.09.2011 – 2008/18.

30 Vgl. EuGH, Urt. v. 02.03.2017 – C-4/16.

31 Ob und ggf. inwieweit diese Aussagen dazu führen, dass das enge Verständnis der Empfehlung 2008/18 überholt bzw. unionsrechtskonform zu erweitern ist, ist von der Clearingstelle noch nicht geklärt worden.

32 EuGH, Urt. v. 02.03.2017 – C-4/16.

lage belegen lässt. Zwar lässt sich aus der Erfahrung in vielen Fällen sagen, dass über das Jahr gesehen immer genug Wasser aus natürlichem Zufluss im See ist, um daraus den Mindestwasserabfluss zu bedienen. Jedoch ist – etwa im Sommer – denkbar, dass in einer konkreten Viertelstunde weniger Wasser aus natürlichen Zuflüssen zufließt als über das Laufwasserkraftwerk abfließt. Auch ein temporärer Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip durch einen Mischbetrieb von natürlichem Zuflusswasser und Pumpwasser ist förderschädlich. Eine solche Situation wäre nur dann unschädlich, wenn nachweisbar noch genug natürlich zugeflossenes Wasser im Becken vorhanden war, um die Perioden mit geringeren zeitgleichen natürlichen Zuflüssen zu überbrücken. Da aber regelmäßig die natürlichen Zuflüsse nicht vollständig messtechnisch erfasst werden können, ist der Nachweis nur rechnerisch möglich.

Dies kann etwa auf folgende Art und Weise erfolgen: Bekannt sind regelmäßig die täglichen Pegelstände,³³ die täglich *gepumpten* Wassermengen³⁴ sowie das abgeflossene Wasser einschließlich Verluste. Auf dieser Basis lässt sich mit hinreichender Sicherheit ermitteln, dass sich in jeder Viertelstunde bzw. an jedem Tag über das Jahr genügend Wasser noch immer aus *natürlichem Zufluss* im Oberbecken befindet, um die Wasserkraftanlage damit ausschließlich zu betreiben. Gleiches gilt in Bezug auf das Unterbecken der Pumpspeicheranlage, soweit auch dort eine zusätzliche Wasserkraftanlage installiert wird. Zugleich wird damit ermittelbar, dass zu keinem Zeitpunkt im Jahr Pumpwasser über das EEG-Laufwasserkraftwerk abgeleitet und dort zur Stromerzeugung genutzt werde. Auf Basis der vorhandenen Mess- und Pegeldata ist eine zumindest taggenaue Bilanzierung regelmäßig möglich. Weist die „Wasserbilanz“ mit Blick auf den natürlichen Zufluss einen positiven Saldo auf, ist der Nachweis geführt.

Ass. iur. Maximilian Schmidt, Würzburg*

Die Störung von Drehfunkfeuern durch Windenergieanlagen

Unter den Hindernissen, welche der Nutzung von wirtschaftlich geeigneten Windenergiestandorten entgegenstehen, hat sich der Anlagenschutz von sogenannten Drehfunkfeuern als besonders gewichtig herauskristallisiert¹. Dieser kann bereits auf Ebene der Flächenplanung den Umfang für die Windenergie geeigneter Bereiche erheblich verringern, insbesondere aber bei der Genehmigung konkreter Windenergieanlagen zum Problem werden². Der Beitrag legt zunächst knapp die technischen und rechtlichen Grundlagen der Thematik dar (A.), bevor auf einzelne, materiell-rechtliche Voraussetzungen genauer eingegangen wird (B.). Abschließend werden Ansatzpunkte aufgezeigt, mit denen der bestehende Konflikt zwischen Windenergie und Flugsicherung im Wege der Gesetzgebung entschärft werden könnte (C.).

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Stiftung Umweltenergierecht. Der Beitrag entstand im Rahmen des vom Bundeswirtschaftsministerium geförderten Forschungsprojekts „NeuPlan Wind“ unter Mitarbeit von Ass. iur. Erik Dietrich und Ass. iur. Frank Sailer und basiert auf Schmidt, Abbau von luftverkehrsrechtlichen Hemmnissen beim Windenergieausbau, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 51 vom 28.10.2020. Herrn Rechtsanwalt Dr. Sittig Behm (prometheus Rechtsanwalts-gesellschaft mbH) und Herrn Gregor Sichel (juwi AG) sei für wertvolle Hinweise und praktische Einblicke gedankt.

1 Siehe etwa Quentin, Hemmnisse beim Ausbau der Windenergie in Deutschland, 2019, S. 17 (Branchenumfrage, nach der die Belange von Drehfunkfeuern der Realisierung von 1.140 Standorten für Windenergieanlagen mit einem Leistungspotential von knapp 4.800 MW entgegen gehalten werden).

2 Federwisch/Dinter, Windenergieanlagen im Störfeld der Flugsicherung, NVwZ 2014, S. 403; Kümper, Flugsicherungseinrichtungen versus Windkraftanlagen, ZfBR 2016, S. 739.

D. Ergebnis

Werden an bestehenden Stauwerken von Pumpspeicherkraftwerken zusätzliche Stromerzeugungsanlagen installiert, um aus dem natürlichen Zufluss, das als Mindestabfluss am Pumpspeicherkraftwerk vorbeigeleitet wird, Strom zu erzeugen, können diese Anlagen dem EEG unterfallen und entsprechend gefördert werden. Eine solche Laufwasserkraftanlage bildet eine eigenständige Wasserkraftanlage im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG. Der Anlagenbegriff im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG wird durch § 40 Abs. 4 EEG modifiziert. In diesen eigenständigen Wasserkraftanlagen kann Strom unter Einsatz von ausschließlich erneuerbaren Energien erzeugt werden, wenn über das zu implementierende Nachweissystem sichergestellt wird, dass die Summe aus gleichzeitigem und vorherigem natürlichem Zuflusswasser ausreicht, um die Laufwasserkraftanlage durchgängig damit zu betreiben. Selbst ein zwischenzeitlicher Betrieb ausschließlich mit Pumpspeicherwasser wäre für einen anschließenden ausschließlichen Betrieb dann wieder mit natürlichem Zufluss unschädlich, und damit für die EEG-Förderung. Auf diese Weise können bestehende Stauanlagen besser genutzt werden und die Mengen an Strom aus erneuerbaren Energien im System erhöht werden.

33 Vgl. beispielhaft dafür die minutiöse Dokumentierung durch die Talsperrren-Meldeanlage der Stauanlage TS Lichtenberg, abrufbar unter: www.ltv.sachsen.de/tmz/pegel/302.html [letzter Abruf: 07.12.2020].

34 Vgl. beispielhaft dafür Angaben zum Pumpspeicherkraftwerk Herdecke, abrufbar unter: www.group.rwe/unsere-portfolio-leistungen/betriebsstandorte-finden/pumpspeicherkraftwerk-herdecke [letzter Abruf: 07.12.2020].

A. Grundlagen

I. Technischer Hintergrund

Drehfunkfeuer (VOR³) sind technische Einrichtungen am Boden, welche der Navigation von Luftfahrzeugen dienen⁴. Aufgrund unterschiedlicher Funktionsweisen wird zwischen konventionellen (CVOR oder VOR) und den neueren, gegenüber Störungen wesentlich unempfindlicheren⁵ Doppler-Drehfunkfeuern (DVOR⁶) unterschieden⁷. Vereinfacht dargestellt, sen-

3 Very High Frequency Omnidirectional Radio Range.

4 Meyer/Wysk, in: Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, 17. EL 2013, § 18a Rn. 7; Behrend, Wissenschaftliches Hintergrunddokument zum Einfluss von Windenergieanlagen auf den Flugbetrieb mit UKW-Drehfunkfeuer, 2019, S. 9.

5 Nickel, Kontroversen um Flugsicherung und Windkraft – Von Störfunkfeuern und anderen Irrtümern, UPR 2016, S. 405 (408).

6 Doppler Very High Frequency Omnidirectional Radio Range.

7 Während diese Zweiteilung (konventionelle/Doppler-Drehfunkfeuer) einheitlich vorgenommen wird, bestehen Unterschiede in der Verwendung der Abkürzung für konventionelle Drehfunkfeuer. Meist werden diese mit „VOR“ abgekürzt (etwa Bons et al., Bericht an: