

STELLUNGNAHME

2021/27-V/Stn

11. Februar 2022

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

Auf Ersuchen des Amtsgerichts Mainz in der rechtshängigen Sache [...], Aktenzeichen [...], gibt die Clearingstelle EEG|KWKG¹ gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 EEG 2021², § 29a VerfO³ folgende Stellungnahme ab:

Das vom Sachverständigen [...] zum Stichtag 9. Dezember 2011 erstellte Gutachten für die Wasserkraftanlage „[...] Mühle [...]“ ist nicht als Nachweis im Sinne des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 geeignet. Es erfüllt nicht die Mindestanforderungen an Nachweise i. S. d. § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009.

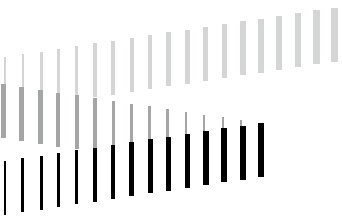
Inhaltsverzeichnis

1 Verfahren	2
2 Begründung	3
2.1 Prüfungsmaßstab	4
2.2 Beschreibung des Ist-Zustandes	6
2.3 Darstellung der durchgeführten Modernisierungsmaßnahme(n)	11

¹Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern im Folgenden auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

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

³Verfahrensvorschriften der Clearingstelle (VerfO) i. d. F. v. 27.07.2021, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>, im Folgenden: VerfO.



2.4	Benennung der angelegten fachlichen Maßstäbe	11
2.5	Wesentlichkeitsbetrachtung	12
2.6	Weitere vorgetragene Mängel der Klägerin	14

1 Verfahren

- 1 Das Gericht hat die Clearingstelle mit Schreiben vom 9. Juni 2021 zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 EEG 2021 zu folgender Frage ersucht:

Ist das vom Sachverständigen [...] im Dezember 2011 zum Stichtag 9. Dezember 2011 erstattete Gutachten als Nachweis im Sinne des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG geeignet? Insbesondere: Liegen folgende, von der Klägerin vorgetragene Mängel am Gutachten vor?

- Es lasse den unparteiischen Charakter vermissen.
 - Es weise nicht die notwendigen Inhalte auf.
 - Die Beschreibung der Wasserkraftanlage und der rechtlichen Grundlagen sei ungenügend.
 - Es sei keine eigene Ermittlungstätigkeit des Umweltgutachters ersichtlich.
 - Die Beschreibung des gewässerökologischen Ist-Zustandes am Standort der Wasserkraftanlage vor der Modernisierung sei unzureichend.
 - Es erfolge nur eine unzureichende Darstellung der Bewirtschaftungsziele.
 - Die Wesentlichkeitsbetrachtung einschließlich der Frage der Überschreitung der Bagatellgrenze sei nicht nachvollziehbar.
- 2 Die Clearingstelle hat das Stellungnahmeverfahren durch Beschluss vom 17. November 2021 angenommen.
- 3 Die Clearingstelle ist gemäß § 29a Abs. 1 VerfO mit dem Mitglied Dr. Mutlak als Vorsitzender sowie den Mitgliedern Koch und Wolter besetzt. Die Beschlussvorlage haben die Mitglieder Wolter und Koch erstellt.
- 4 Die Clearingstelle ist gemäß § 29a VerfO zur Abgabe der ersuchten Stellungnahme berufen, da diese die Anwendung von Rechtsvorschriften betrifft, für deren Auslegung die Clearingstelle zuständig ist und das beim Gericht rechtshängige Verfahren von Verfahrensparteien im Sinne von § 81 Abs. 4 Satz 3 EEG 2021 geführt wird. 2

2 Begründung

- 5 Das vom Sachverständigen [...] (im Folgenden: Sachverständiger) zum Stichtag 9. Dezember 2011 erstellte Gutachten für die Wasserkraftanlage „[...] Mühle [...]“ (im Folgenden: „Gutachten“) ist nicht als Nachweis i. S. d. § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009⁴ geeignet, da es nicht die Mindestanforderungen an Nachweise i. S. d. § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 erfüllt.
- 6 Das Gutachten legt nicht schlüssig und nachvollziehbar dar, dass die Errichtung einer Fischabstiegsanlage sowie der Austausch des Rechens für die streitgegenständliche Wasserkraftanlage zu einer wesentlichen Verbesserung gemäß § 23 Abs. 5 EEG 2009 geführt haben. Dies ergibt sich aus folgenden, u. a. von der Klägerin vorgetragene(n) Gründen:
- Die Beschreibung des Ist-Zustandes ist insgesamt unzureichend und lückenhaft (s. Abschnitt 2.2). So ist die Beschreibung der Wasserkraftanlage ungenügend (s. Rn. 16 f.). Zudem ist die Beschreibung des gewässerökologischen Ist-Zustandes am Standort der Wasserkraftanlage vor der Modernisierung (s. Rn. 18 ff.) ebenso wie die Darstellung des ökologischen Potentials (s. Rn. 25 f.) unvollständig. Die Bewirtschaftungsziele werden lückenhaft dargestellt (s. Rn. 28 ff.).
 - In dem Gutachten werden die angelegten fachlichen Maßstäbe nicht benannt (s. Abschnitt 2.4).
 - Die Wesentlichkeitsbetrachtung ist nicht nachvollziehbar und nicht hinreichend substantiiert (s. Abschnitt 2.4).
- 7 Die übrigen von der Klägerin vorgetragene(n) Mängel konnten nicht festgestellt werden (s. Abschnitt 2.6).

⁴Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.01.2009 an geltenden Fassung, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009 a. F. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

2.1 Prüfungsmaßstab

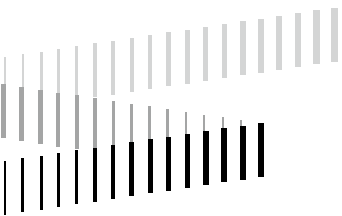
- 8 Eine Bescheinigung im Sinne des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 ist dann zum Nachweis geeignet, wenn sie objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und schlüssig ist.⁵
- 9 Die Clearingstelle hat in ihrem Votum 2010/18⁶ hinsichtlich der Mindestanforderungen an Nachweise i. S. d. § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 ausgeführt:

„Eine Bescheinigung ist dann zum Nachweis geeignet, wenn sie objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und schlüssig ist. Dies ist der Fall,

- *entweder*, wenn die Bescheinigung bei Umfang, Aufbau und Prüfungsmaßstab den für die Umweltgutachterinnen und -gutachter verbindlichen Vorgaben der DAU – Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mbH folgt
- *oder* – solange es für Bescheinigungen nach § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 noch keine solche verbindlichen Vorgaben der DAU gibt – wenn die Bescheinigung mindestens
 - eine Beschreibung des Ist-Zustandes (Anlage; Gewässer gemäß Kriterien der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL), insbesondere des ökologischen Zustands und Potentials; für den Gewässerabschnitt einschlägige Bewirtschaftungsziele) vor der Modernisierungsmaßnahme enthält,
 - die durchgeführte(n) Modernisierungsmaßnahme(n) darstellt *und*
 - die fachlichen Maßstäbe benennt, anhand derer die Umweltgutachterin bzw. der Umweltgutachter zu der Einschätzung kommt, dass nach

⁵So auch *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 17.06.2021–4 U 219/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6130>, S.6; *OLG Hamm*, Beschl. v. 26.09.2018–30 U 4/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4704>, Rn.33. m.w.N.; ebenso vorinstanzlich *LG Münster*, Ur. v. 04.12.2017–11 O 15/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4705>, Rn.20; *OLG Dresden*, Ur. v. 03.07.2012–9 U 1568/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2154>, S.4f.; *OLG München*, Ur. v. 25.04.2012–3 U 891/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2173>, S.5f.; *OLG Naumburg*, Ur. v. 02.09.2010–1 U 37/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1401>, S.13f.; *Clearingstelle*, Votum v. 12.09.2011–2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Leitsatz 2 Buchstabe c. Wobei die genannten gerichtlichen Entscheidungen etwas abweichend darauf abstellen, ob die Bescheinigung objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und vollständig ist sowie gutachterlich die Umstände darlegt, aus denen sich eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes im Vergleich zu vorher ergibt, bzw. auf die Überzeugungskraft des Gutachtens abstellen. A. A. *OLG Stuttgart*, Ur. v. 05.02.2021–5 U 183/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5926>, S.16f.; *LG Deggendorf*, Ur. v. 13.07.2021–31 O 78/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6128>, S.4f.; *LG Konstanz*, Ur. v. 18.12.2020–7 O 33/19 KfH, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5988>, S.7f.

⁶*Clearingstelle*, Votum v. 12.09.2011–2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>.



der Modernisierung unter Berücksichtigung der jeweils einschlägigen Bewirtschaftungsziele und der Regelbeispiele in § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 der gute ökologische Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen wesentlich verbessert worden ist.“⁷

- 10 Das vorliegende, zum Stichtag 9. Dezember 2011 erstattete Gutachten wurde vor dem 26. April 2012 und damit vor dem Bekanntwerden der verbindlichen Vorgaben der Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsstelle für Umweltgutachter mbH (im Folgenden: DAU)⁸ verfasst. Demnach muss das verfahrensgegenständliche Gutachten die Mindestanforderungen unter Punkt 2 in Rn. 9 erfüllen.
- 11 Vorliegend wurden als Modernisierungsmaßnahmen eine neue Fischabstiegsanlage errichtet sowie die Rechenanlage getauscht.⁹ Diese Maßnahmen sind als Regelbeispiele nach § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 einzuordnen, da sie die biologische Durchgängigkeit betreffen.¹⁰
- 12 Handelt es sich bei der durchgeführten Modernisierungsmaßnahme um eines der Regelbeispiele in § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009, so gilt eine privilegierte Nachweispflicht.¹¹ Dazu hat die Clearingstelle in dem Votum 2013/21 wie folgt ausgeführt:

„Damit privilegiert § 23 Abs. 5 EEG 2009 Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, die eine (oder mehrere) Verbesserungsmaßnahme(n) nach Buchstabe a) bis e) durchführen oder Flachwasserzonen anlegen oder Gewässeralt- oder Seitenarme anbinden, indem in diesen Fällen nicht mehr die wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes nachgewiesen werden muss, sondern lediglich

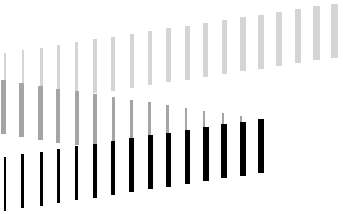
⁷ Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Leitsatz 2 c).

⁸ Die DAU hat mit Datum vom 26.04.2012 das Rundschreiben 01/2012 (Informationen für Umweltgutachter – Wasserkraftanlagen) an die zugelassenen Umweltgutachterinnen, Umweltgutachter, Umweltgutachterorganisationen und Fachkenntnisbescheinigungsinhaberinnen und -inhaber versendet. Abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/sonstiges/1909>.

⁹ Gutachten, S. 20.

¹⁰ „Unter dem Begriff der biologischen Durchgängigkeit wird die Gewährleistung der artspezifischen Wanderungen der naturraumtypischen Gewässerorganismen zusammengefasst.“ Neumann/Igel (BMU), Leitfaden für die Neuerichtung und Modernisierung von Wasserkraftanlagen, Juli 2005, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/politisches-programm/398>, S. 26, 30.

¹¹ Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 68 – 70.



1. die Wesentlichkeit der Verbesserungsmaßnahme nach Buchstabe a) bis e) oder die Durchführung der anderen in Satz 2 genannten Maßnahmen und
2. die Erforderlichkeit der betreffenden Maßnahmen, um – unter Beachtung der Bewirtschaftungsziele – einen guten ökologischen Zustand zu erreichen.“¹²

13 Mithin folgt allein aus der Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme gemäß § 23 Abs. 2 EEG 2009 nicht zwingend, dass diese auch eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands gemäß § 23 Abs. 5 Nr. 2 Satz 2 EEG 2009 herbeigeführt hat.¹³ Ebenso wenig ergibt sich dies aus der bloßen Behauptung, dass eine solche Maßnahme stattgefunden hat.

2.2 Beschreibung des Ist-Zustandes

14 Das vorliegende Gutachten beschreibt den Ist-Zustand vor der Modernisierungsmaßnahme nur unzureichend und weist große Lücken auf.

15 Die Beschreibung des Ist-Zustandes vor der Modernisierungsmaßnahme in einem Gutachten i. S. d. § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 muss mindestens

- eine Beschreibung der Wasserkraftanlage selbst,
- eine Beschreibung des von der Wasserkraftanlage genutzten Gewässers gemäß den Kriterien der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL)¹⁴, insbesondere des ökologischen Zustands und Potentials und
- eine Beschreibung der für den Gewässerabschnitt einschlägigen Bewirtschaftungsziele

enthalten.¹⁵

¹² Clearingstelle, Votum v. 10.06.2013 – 2013/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/21>, Rn. 48.

¹³ Clearingstelle, Votum v. 10.06.2013 – 2013/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/21>, Rn. 71.

¹⁴ Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. L 327 v. 22.12.2000, S. 1.

¹⁵ Siehe dazu Rn. 9.

- 16 **Die Beschreibung der Wasserkraftanlage** im Gutachten erfolgt überblicksartig¹⁶, jedoch fehlt es an grundlegenden Informationen zum ursprünglichen Rechen. Diese Angabe wäre nach Auffassung der Kammer für das Gutachten essentiell gewesen und ihr Fehlen ist daher ein gravierender Mangel des Gutachtens.
- 17 Bei der Begutachtung von Maßnahmen zur Modernisierung einer Wasserkraftanlage zur Verbesserung der biologischen Durchgängigkeit ist insbesondere in Hinblick auf die Verbesserung der stromabwärts gerichteten Fischwanderungen eine besonders sorgfältige Beschreibung der gewählten Maßnahme erforderlich. So sind Gefährdungsursachen für die abwandernde Fauna in Abhängigkeit von der standortspezifischen Situation u. a. am Einlaufrechen zu beurteilen. Vor diesem Hintergrund ist eine besonders ausführliche Beschreibung des vorhandenen Rechens vor der Umsetzung der Modernisierungsmaßnahme erforderlich, um beurteilen zu können, wie sich dies auf die biologische Durchgängigkeit ausgewirkt hat und dies vergleichen zu können mit den Veränderungen nach Austausch der Rechenanlage. Zwar wird im Gutachten festgestellt, dass der ursprüngliche Feinrechen einen „relativ große[n] lichte[n] Stababstand“¹⁷ aufwies und den wasserrechtlichen Vorgaben entsprochen habe.¹⁸ Es fehlt jedoch an Angaben zum genauen Stababstand. Auch welche Stabprofile hier – womöglich im Gegensatz zu den neuen „fischfreundlich ausgerundeten“¹⁹ Stabprofilen – vorhanden waren, lässt der Gutachter offen.
- 18 **Die Beschreibung des Gewässers** erfüllt nicht die Mindestanforderungen. Die Ausführungen zur Einordnung des Gewässers nach der WRRL sind weder vollständig noch nachvollziehbar. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Quellen der Sachverständige Informationen über das Gewässer ermittelt hat.
- 19 Der Sachverständige ordnet das Gewässer allgemein ein, er nennt bspw. die Nutzungsformen der Ufer der [...] und zählt verschiedene vorkommende Fischarten auf.²⁰ Zudem wird beschrieben, dass die Durchgängigkeit in Fließrichtung bislang nur bei hoher Wasserführung möglich und der Fischschutz aufgrund des „relativ großen lichten Stababstandes in Verbindung mit der hohen Anströmgeschwindigkeit“²¹ nicht ausreichend

¹⁶Gutachten, S. 6–9.

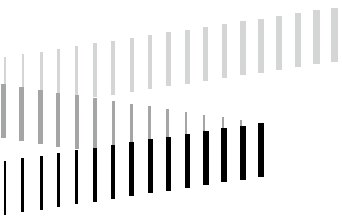
¹⁷Gutachten, S. 16.

¹⁸Gutachten, S. 18.

¹⁹Gutachten, S. 20.

²⁰Gutachten, S. 10–15.

²¹Gutachten, S. 16.



gesichert gewesen sei. Zudem sei der Fischabstieg vor der Modernisierungsmaßnahme nur eingeschränkt möglich gewesen.²²

- 20 Ferner hat der Sachverständige zwar die Einordnung des Gewässerabschnitts nach der WRRL nachvollziehbar beschrieben, allerdings hat er nur allgemein die relevanten Publikationen nach der WRRL aufgezählt und nicht die für den vorliegenden Wasserabschnitt konkret relevanten Dokumente benannt bzw. zitiert. So heißt es im Gutachten, dass die Einschätzung aufgrund der „verschiedenen Publikationen der zuständigen Behörden und des Ministeriums, welche im Rahmen der Erstellung der Bewirtschaftungspläne und Maßnahmenprogramme zur Umsetzung der EWRRRL erstellt wurden“ erfolgte.²³
- 21 Zudem ist in dem Gutachten nicht nachvollziehbar dargelegt, wie der Sachverständige zu der Einschätzung kommt, dass die Beurteilung der Fischfauna entsprechend der Feststellungen nach der WRRL für den verfahrensgegenständlichen Gewässerabschnitt nicht zutrefte. So führt er diesbezüglich aus:

„Hinsichtlich der biologischen Qualitätskomponente für die Fischfauna ist die Feststellung eines sehr guten Zustandes zumindest für den hier betrachteten Standort durchaus verwunderlich. Der Zustand war hier vor der Modernisierung nicht sehr gut, insofern muss einmal festgestellt werden, dass die Erhebung der EWRRRL oft nicht ausreichend detailliert sind.“²⁴

- 22 In diesem Sinne stellt der Sachverständige auch fest, dass die ihm vorliegenden Informationen über die [...] nicht konkret genug seien und er daher seine eigene Einschätzung trifft:

„Am hier betrachteten Standort kann das Fließgewässer auf Basis der vorliegenden Informationen der nicht für das konkrete Gewässer vorhandenen Bestandserfassungen, Maßnahmenprogramme und Bewirtschaftungspläne sowie der eigenen Untersuchungen wie folgt eingeschätzt werden (siehe nachfolgender Abschnitt).“²⁵

²²Gutachten, S. 14, 16.

²³Gutachten, S. 10. „EWRRRL“ in dem Gutachten steht für „Europäische Wasserrahmenrichtlinie“; siehe auch Rn. 28 ff.

²⁴Gutachten, S. 14.

²⁵Gutachten, S. 10.

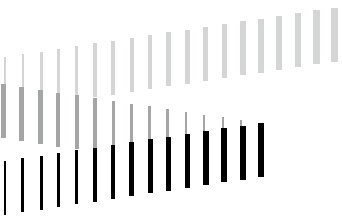
- 23 Anhaltspunkte dafür, wie der Sachverständige zu diesem Ergebnis kommt, ergeben sich nicht. Zwar wird dies an anderer Stelle im Gutachten angedeutet, in dem es heißt, dass die Fischfauna als „standortspezifisch zu bezeichnen [ist], es fehlen standortspezifische Arten.“²⁶ Allerdings wird diese Aussage nicht mit den Aussagen zu der Einschätzung zu der WRRL in Zusammenhang gebracht. Es bleibt daher offen, aufgrund welcher Fakten der Sachverständige die Einschätzung nach der WRRL anzweifelt, wann er mit welchen Methoden festgestellt hat, dass der Zustand vor der Modernisierung „nicht sehr gut“ war und wie er stattdessen einzuschätzen wäre.
- 24 Es lässt sich nur mutmaßen, dass sich diese Kritik sowie die Einordnung des Gewässerabschnittes auf den Bewirtschaftungsplan für [...] ²⁷ beziehen, das im Gutachten keinerlei Erwähnung findet. Um die nach wissenschaftlichen Methoden erstellten und bewerteten Daten der [...] zu widerlegen, braucht es jedoch – unabhängig davon, ob der Detailgrad im Bewirtschaftungsplan der [...] für die Praxis des Sachverständigen tatsächlich ausreichend oder nicht – mehr als einen feststellenden Satz des Sachverständigen.
- 25 **Ökologisches Potential** Ebenso fehlt es bei der Darstellung des ökologischen Potentials in dem Gutachten an grundlegenden Informationen. Der Sachverständige führt zur ökologischen Durchgängigkeit an verschiedenen Stellen des Gutachtens aus, dass diese in Fließrichtung nur eingeschränkt bestehe bzw. bestanden habe.²⁸ Zudem komme die Herstellung der Durchgängigkeit als eine Maßnahme – wohl zur Verbesserung des ökologischen Potentials – in Betracht, da die zuständige Wasserbehörde gegenüber dem Anlagenbetreiber diese (sowie den Mindestwasserabfluss) gefordert habe. Ein rechtskräftiger Bescheid sei aber bislang nicht ergangen.²⁹
- 26 Jedoch fehlt es in dem Gutachten an der Darstellung, welche konkreten Verbesserungen zur Herstellung dieser Durchgängigkeit in Betracht kommen und eine Abwägung gegenüber den Maßnahmen zur Herstellung des Mindestabflusses. So mangelt es an der Darstellung des Potentials des Gewässers, um die Effektivität der Maßnahmen zur Durchgängigkeit für den konkreten Standort beurteilen zu können. Insbesondere hätte hier eine Darstellung der Fischarten erfolgen müssen, für die bislang keine bzw. eine nur eingeschränkte Durchgängigkeit möglich ist, und wie sich die Durchgängigkeit aufgrund der vorgenommenen Maßnahmen verbessern könnte. So sind laut dem Umweltbundesmi-

²⁶ Gutachten, S. 13.

²⁷ [...], [...], zuletzt abgerufen am 28.01.2022.

²⁸ Gutachten, S. 14, 16, 18.

²⁹ Gutachten, S. 15.



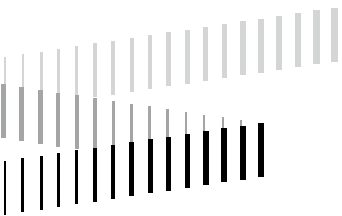
nisterium (BMU) je nach konkretem Standort verschiedene Maßnahmen zur Herstellung der Durchgängigkeit denkbar:

„Gefährdungsursachen für die abwandernde aquatische Fauna können daher in Abhängigkeit von der standortspezifischen Situation am Einlaufrechen von Wasserentnahmebauwerken an Kraftwerken und von Wasserkraftanlagen und durch die direkte Passage von Wasserkraftanlagen bestehen. Im Interesse der Verbesserung des ökologischen Zustands/Potentials der Gewässer sollten geeignete Maßnahmen ergriffen werden, um diese Gefährdungen auszuschließen oder zu minimieren... Wegen der vielfältigen standortspezifischen Eigenheiten von Wasserkraftanlagen können keine Standardlösungen für den Fischabstieg empfohlen werden... In der Entwicklung befindliche Verhaltensbarrieren wirken aufgrund des stark divergierenden artspezifischen Verhaltens und der zu hohen Anströmgeschwindigkeit oftmals nur selektiv. Es sollte daher jeweils in Abhängigkeit von den zu berücksichtigenden Fischarten entschieden werden, welche Fischschutz- oder Abstiegsvorrichtung geeignet ist und den Standortbedingungen sowie den Bewirtschaftungszielen für das Gewässer am besten gerecht wird...“³⁰

- 27 In dem Gutachten werden allerdings nur die verschiedenen Maßnahmen nach den Regelbeispielen des § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 miteinander verglichen.³¹ Es fehlt an einer zusammenhängenden Darstellung, warum die gewählten Modernisierungsmaßnahmen für die spezifische Wasserkraftanlage an dem spezifischen Standort geeignet waren, um die biologische Durchgängigkeit in Hinblick auf die stromabwärts gerichtete Fischwanderungen zu verbessern, bzw. dass ein entsprechendes ökologisches Potential besteht bzw. bestand.
- 28 **Die Beschreibung der Bewirtschaftungsziele** Die Bewirtschaftungsziele werden nicht hinreichend im Gutachten dargestellt.

³⁰ Neumann/Igel (BMU), Leitfaden für die Neuerrichtung und Modernisierung von Wasserkraftanlagen, Juli 2005. abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/politisches-programm/398>, S. 30. Auslassungen nicht im Original.

³¹ Gutachten, S. 16 – 19.



- 29 Zu den Bewirtschaftungszielen für den verfahrensgegenständlichen Gewässerabschnitt wird ausgeführt, dass die zuständige Wasserbehörde „im Rahmen der Umsetzung der EWRRL vor einiger Zeit nach entsprechenden Voruntersuchungen auf die Betreiberin zu[ging] mit entsprechenden Forderungen hinsichtlich des Mindestwasserabflusses und der Herstellung der Durchgängigkeit.“ Ein rechtskräftiger Verwaltungsakt sei bislang allerdings noch nicht ergangen.³²
- 30 Darüber hinaus stellt der Sachverständige fest:
- „Die Anlage erfüllt die Voraussetzungen an eine heutige ökologisch definierte Wasserkraftnutzung bereits weitgehend, entspricht aber den Bewirtschaftungszielen der Europäischen Wasserrahmenrichtlinie (EWRRL) noch nicht vollständig.“³³
- 31 Welchen Bewirtschaftungszielen bislang nicht entsprochen wird, bleibt allerdings offen. Ebenso werden die konkreten Quellen, aus denen sich das ergibt, nicht genannt.

2.3 Darstellung der durchgeführten Modernisierungsmaßnahme(n)

- 32 Die durchgeführten Maßnahmen – neuer Fischabstieg und Umbau des Feinrechens – werden nachvollziehbar beschrieben, ebenso wird der Umbau selbst beschrieben.³⁴

2.4 Benennung der angelegten fachlichen Maßstäbe

- 33 Im gesamten Gutachten erfolgt keine Benennung der angelegten fachlichen Maßstäbe. Das Gutachten bleibt insgesamt beschreibend und unspezifisch. Insbesondere fehlt es an einem Verweis auf die hier konkret einschlägigen Bewirtschaftungspläne und Maßnahmenprogrammen, so dürfte nach Recherche der Clearingstelle der Bewirtschaftungsplan für [...] ³⁵ hier einschlägig sein. Der Sachverständige gibt lediglich an, bei „einer ausführlichen Ortsbesichtigung“ die wesentlichen Aspekte zum Anlagenbetrieb begutachtet zu haben.³⁶ Im Anhang zu dem Gutachten finden sich Fotografien als Dokumentation der Ortsbesichtigung.³⁷ Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, welche Kriterien bzw. Maß-

³²Gutachten, S. 15.

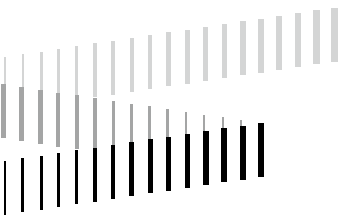
³³Gutachten, S. 22.

³⁴Gutachten, S. 20.

³⁵[...] Rn. 24. [...], [...], [...], zuletzt abgerufen am 28.01.2022.

³⁶Gutachten, S. 17.

³⁷Gutachten, S. 26 ff.



stäbe der Sachverständige seiner Prüfung, insbesondere des ökologischen Potentials sowie der Bewertung der wesentlichen Verbesserung der ökologischen Situation infolge der Modernisierungsmaßnahme zugrundegelegt hat.

2.5 Wesentlichkeitsbetrachtung

- 34 In dem Gutachten wird eine wesentliche Verbesserung der biologischen Durchgängigkeit durch die Errichtung der Fischabstiegsanlage und dem Einbau neuer Rechenfelder nicht schlüssig und nachvollziehbar dargelegt.³⁸ Ebenso wenig genügt das Gutachten den erleichterten Nachweispflichten für die Darlegung eines Regelbeispiels nach § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009, da auch die Erforderlichkeit des Austausches des Rechens sowie der Installation der Fischabstiegsanlage nicht objektiv nachvollziehbar anhand der Bewirtschaftungsziele im Gutachten dargelegt wurde.
- 35 Es fehlt bereits an der hinreichenden Beschreibung des Ist-Zustandes vor der Maßnahme (s. Abschnitt 2.2 ff.), sodass eine schlüssige Darstellung der Erforderlichkeit und der Verbesserung durch die Modernisierung in Form eines Vorher-Nachher-Vergleichs gar nicht möglich war (§ 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009).
- 36 So ist schon fraglich, ob der Einbau neuer Feinrechenfelder überhaupt erforderlich war. Denn dem Gutachten kann nicht entnommen werden, um wie viele Millimeter sich der Abstand der Stäbe des Feinrechens durch die Modernisierungsmaßnahme verringert hat, da diese Angabe bei der Beschreibung des Ist-Zustands der Wasserkraftanlage fehlt. Auch wird nicht beschrieben, wie viele und welche Fischarten die Wasserkraftanlagen vorher passieren konnten und seit Durchführung der Maßnahme passieren können. Dies wäre aber notwendig, um den ökologischen Nutzen des neuen Feinrechens beurteilen zu können.³⁹ Das Gutachten lässt offen, ob überhaupt eine Verbesserung für die Fischfauna eingetreten ist. So heißt es im Gutachten nur:

„Der Fischschutz ist durch die vorhandene Feinrechenanlage unter Berücksichtigung der Anströmgeschwindigkeit zwar grundsätzlich gegeben. Der Rechenstababstand entspricht auch den wasserrechtlichen Vorgaben. Jedoch war es erforderlich, die lichte Weite der vorhandenen Rechenfelder an die

³⁸Die – wie vom Gericht bzw. im Klägervortrag benannte – Bagatellgrenze zur Erforderlichkeit bzw. Wesentlichkeit wurde mithin nicht überschritten.

³⁹Vgl. *LG Waldshut-Tiengen*, Urte. v. 19.12.2019–1 O 259/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6240>, S. 6 f.

neusten Erkenntnisse hinsichtlich des Fischschutzes anzupassen (siehe Punkt 5).⁴⁰

- 37 Es wird nicht (auch nicht in Punkt 5 des Gutachtens) begründet, warum es erforderlich war, trotz bereits gegebenem Fischschutz und Erfüllung der wasserrechtlichen Vorgaben den Rechenstababstand zu verkleinern und was sich dadurch für welche Fischarten verbessert haben soll.
- 38 Im Hinblick auf die Modernisierung durch die Installation eines Fischabstiegs heißt es in dem Gutachten zwar, dass dieser bislang in Fließrichtung nicht möglich bzw. nur eingeschränkt möglich war,⁴¹ sodass die Schaffung einer Fischabstiegsanlage grundsätzlich als Verbesserung zu bewerten ist. Allerdings ergibt sich kein objektiv nachvollziehbares Bild, warum diese Maßnahme erforderlich war. Es fehlt insoweit auch hier an einer konkreten Darstellung der Verbesserung für den Standort und die dort vorkommenden Fischarten anhand eines Abgleichs des Zustands vor und nach der Modernisierung.
- 39 Die abschließende Einschätzung des Sachverständigen, dass die durchgeführte Modernisierung den Standort in ökologischer Sicht erheblich aufgewertet habe,⁴² wird nicht begründet. Es wird lediglich erklärt, dass die Erheblichkeit der Maßnahme darin bestehe, dass nun eine „gesamtökologische Durchgängigkeit in Fließrichtung“ vorhanden sei. Welche Arten davon ggf. profitieren und inwiefern dies eine wesentliche ökologische Verbesserung darstellt, bleibt fraglich. Es wäre zu erwarten gewesen, dass im Gutachten dargestellt wird, dass die Durchgängigkeit der Anlage nun durch die Maßnahme tatsächlich gegeben ist und woran sich das zeigt. Es hätte ebenfalls im Gutachten geprüft werden müssen, inwiefern dies mit den Bewirtschaftungszielen übereinstimmt.
- 40 Schließlich fehlt es an einer besonderen Begründung, dass hier trotz des bereits bestehenden sehr guten biologischen Zustandes der Fischfauna – der sich für das Gewässer bzw. den Gewässerabschnitt aus den vom Sachverständigen herangezogenen Quellen nach der WRRL ergibt –⁴³ durch die Modernisierungsmaßnahme noch einmal eine über diesen sehr guten Zustand hinausgehende wesentliche Verbesserung ergeben hat. Denn liegt bereits ein guter bzw. sehr guter ökologischer Zustand vor, so ergibt sich dadurch ein erhöhter Begründungsaufwand, um darzulegen, dass sich durch die Modernisierung ein darüber hinausgehender sehr guter Zustand ergeben hat.⁴⁴ Stattdessen zweifelt der

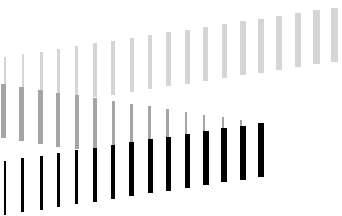
⁴⁰ Gutachten, S. 18.

⁴¹ Gutachten, S. 14, 16.

⁴² Gutachten, S. 21.

⁴³ Gutachten, S. 14.

⁴⁴ Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 81.



Sachverständige ohne nähere Begründung die Einstufung der Fischfauna als „sehr gut“ an und führt weiterhin wie folgt aus:

„In den allgemeinen Forderungen der EWRRRL sind keine an diesem Standort zwingend durchzuführenden Maßnahmen erkennbar, konkrete Forderungen sind nicht bekannt. Es sind lediglich strukturelle Verbesserungen oder eine punktuelle Einzelmaßnahme möglich ...

Insofern hatte der Betreiber aufgrund seiner eigenen Kenntnisse des Standortes eine gewisse Auswahl, welche Maßnahme sinnvoll ist.“⁴⁵

- 41 An einer nachvollziehbaren Darstellung, inwiefern die getroffenen Maßnahmen „sinnvoll“ waren, mangelt es jedoch, wie bereits ausgeführt, im Gutachten.

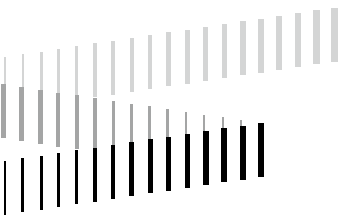
2.6 Weitere vorgetragene Mängel der Klägerin

- 42 Unerheblich ist, ob der Sachverständige in dem Gutachten die rechtlichen Grundlagen (un)genügend beschrieben hat, denn Inhalt einer Bescheinigung nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 Alt. 2 EEG 2009 soll die Bewertung des ökologischen Zustandes nach der Modernisierungsmaßnahme sein. Auf rechtliche Ausführungen in der Bescheinigung kommt es demnach nicht an.
- 43 Ob der Sachverständige das vorliegende Gutachten parteiisch erstellt hat, kann nicht von der Clearingstelle beurteilt werden, da dies nicht im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags gemäß § 81 Abs. 2 EEG 2021 liegt. Die Frage ist durch die DAU und/oder die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu klären.⁴⁶
- 44 Die Frage des Gerichts, ob eine eigene Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen ersichtlich sei, kann von der Kammer nicht abschließend beantwortet werden. Zwar hat der Sachverständige angeführt, im Rahmen der gutachterlichen Tätigkeit eine Ortsbegehung durchgeführt zu haben. Näheres ist aber nicht bekannt und kann entsprechend nicht beurteilt werden. Insbesondere kann die Kammer nach Aktenlagen nicht beurteilen, ob es an einer eigenen Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen mangelte. Die Clearingstelle kann lediglich prüfen, ob das Gutachten schlüssig, in sich widerspruchsfrei und nachvollziehbar ist und ob die Mindestanforderungen an ein Gutachten nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 vorliegen.⁴⁷ Wie bereits ausgeführt, mangelt es in dem Gutachten an der Dar-

⁴⁵Gutachten, S. 14. Auslassung nicht im Original.

⁴⁶Vgl. die Ausführungen in *Clearingstelle*, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Abschnitt 2.3.

⁴⁷Siehe dazu Rn. 9.



stellung von wesentlichen Inhalten mit der Folge, dass dieses weder objektiv nachvollziehbar noch schlüssig ist.

- 45 Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass gemäß der Frage des Gerichts ausschließlich das zum Stichtag 9. Dezember 2011 erstattete Gutachten beurteilt wurde, nicht jedoch das im Juli 2019 ergänzte Gutachten.⁴⁸

Koch

Dr. Mutlak

Wolter

⁴⁸Vgl. zur Zulässigkeit eines Nachtragsgutachtens: *Clearingstelle*, Votum v. 12.09.2011–2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 75; *Clearingstelle*, Schiedsspruch v. 10.06.2013–2013/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/21>, Rn. 71; *Clearingstelle*, Schiedsspruch v. 27.06.2018–2018/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsdrv/2018/21>; so wohl auch *OLG München*, Urt. v. 25.04.2012–3 U 891/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2173>, S. 7 f. A. A. *OLG Hamm*, Beschl. v. 26.09.2018–30 U 4/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4704>, S. 10 ff., ebenso vorinstanzlich *LG Münster*, Urt. v. 04.12.2017–11 O 15/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4705>; *OLG Dresden*, Urt. v. 03.07.2012–9 U 1568/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2154>, S. 6.