

Oberlandesgericht Stuttgart 3. Zivilsenat – 3 U 384/20

Urteil v. 26.10.2022

ECLI:DE:OLGSTUT:2022:1026.3U384.20.00

§ 23 Abs. 2 EEG 2009, § 23 Abs. 5 EEG 2009, § 781 BGB, § 305 InsO

## **Nachweis der Voraussetzungen der erhöhten Einspeisevergütung**

### **Leitsatz**

1. Im Rahmen eines Rechtsstreits über die erhöhte Einspeisevergütung nach § 23 Abs. 5 EEG in der Fassung vom 11. August 2010 unterliegt das Gutachten eines Umweltgutachters zum Vorliegen der Voraussetzungen keiner gerichtlichen Plausibilitätskontrolle (entgegen OLG Hamm, Beschluss vom 26. September 2018 - I-30 U 4/18; OLG Dresden, Urteil vom 3. Juli 2012 - 9 U 1568/11; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 2. September 2010 - 1 U 37/10; OLG München, Urteil vom 25. April 2012 - 3 U 891/11; OLG Karlsruhe, Urteil vom 11. November 2020 - 4 U 18/20 und OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. Juli 2021 - 4 U 219/20; Anschluss BGH, Urteil vom 24. Februar 2022 - IX ZB 5/21). (Rn. 70, 72)

2. Bestehen anfänglich zwischen Netzbetreiber und Kraftwerksbetreiber keine Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten über das Vorliegen der Voraussetzungen einer erhöhten Einspeisevergütung, so stellt die vorbehaltlose Zahlung des Netzbetreibers auch auf ein Anschreiben des Kraftwerksbetreibers mit der Bitte um Prüfung und Zahlung der erhöhten Vergütung kein konkludentes deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar. (Rn. 51, 53)

### **Verfahren**

vorgehend LG Stuttgart, 12. November 2020, 12 O 454/19

### **Tenor**

I. Auf die Berufung der Klägerin und des Streithelfers wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 12.11.2020, Az. 12 O 454/19, abgeändert:

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin für den aus der Wasserkraftanlage in G., J.-Straße, Anlagennummer ... eingespeisten Strom bis zu einer Bemessungsleistung von 500 kW einen Einspeisepreis von € 0,11670/kWh bis zum 31.12.2031 zu vergüten.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

II. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Nebenintervention.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung der Klägerin abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

IV. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 83.425,85 € festgesetzt (Klage 56.000,00 €; Widerklage 27.425,85 €).

## Gründe

I.

1.

- 1 Die Parteien streiten um eine erhöhte Einspeisevergütung nach § 23 Abs. 5 EEG in der Fassung vom 11.8.2010 (im Folgenden: § 23 EEG 2009).
- 2 Die Klägerin betreibt die Wasserkraftanlage in der J.-Straße in G. mit der Anlagennummer... Das Wasserkraftwerk ... wurde vor dem 01.01.2009 in Betrieb genommen. Die Klägerin baute 2011 am Hauptwehr einen Mindestwasserabfluss ein. Hierfür wurde eine vier-eckige Öffnung mit einer Breite von 1 m und einer Mindestüberfallhöhe von 38 cm hergestellt.
- 3 2017 speiste die Klägerin 458.662 kWh, 2018 345.088 kWh und bis Februar 2019 85.829 kWh in das Netz der Beklagten ein und erhielt dafür zusätzlich zur Vergütung von 7,67 Cent/kWh eine weitere Vergütung in Höhe von 4 Cent/kWh, was 11,67 Cent/kWh entspricht.
- 4 Mit dem „Gutachten zur Prüfung der Voraussetzungen zur Stromvergütung gemäß § 23 EEG 2009“ vom April 2011 zum Stichtag 23.02.2011 (Anlage K 1) bestätigte der Streithelfer, dass mit der Herstellung des Mindestwasserabflusses eine wesentliche ökologische Verbesserung eingetreten sei. Die Klägerin übersandte diese Gutachten mit Schreiben vom 21.04.2011 (Anlage K 2) an die Rechtsvorgängerin der Beklagten mit der Bitte um „Prüfung und Anerkennung der erhöhten Einspeisevergütung ab 24.02.2011“. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten bezahlte daraufhin ab dem 24.02.2011 die erhöhte Einspeisevergütung.
- 5 Mit Schreiben vom 16.01.2019 (Anlage K 3) teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass infolge einer Information des Landesnaturschutzverbandes Baden-Württemberg das Gutachten vom 23.02.2011 nicht den fachlichen Mindestanforderungen entspreche. Mit Schreiben

über ihre Muttergesellschaft ... AG vom 14.10.2019 (Anlage K 5) kündigte die Beklagte an, ab Oktober 2019 die Einspeisevergütung auf 7,67 Cent/kWh zu reduzieren.

- 6 Die Klägerin erhob Klage zum Landgericht Stuttgart, mit welcher sie die Feststellung der Beklagten zur Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung bis zum 31.12.2031 beehrte.
- 7 Sie ist der Auffassung, die Beklagte habe durch vorbehaltlose Zahlung der erhöhten Vergütung diese rechtsverbindlich anerkannt, jedenfalls sei die erhöhte Vergütung rechtsgeschäftlich bindend vereinbart worden. Ferner sei die Beklagte an die Einschätzung des Streithelfers gebunden und habe kein eigenes Prüfungsrecht. Ein etwaiges Prüfungsrecht wäre im Übrigen zwischenzeitlich verwirkt aufgrund der langen Dauer der vorbehaltlosen Zahlung. Ein etwaiger Rückforderungsanspruch sei nach § 814 BGB ausgeschlossen. Im Übrigen sei durch die Modernisierungsmaßnahme tatsächlich eine wesentliche ökologische Verbesserung eingetreten.
- 8 Die Beklagte verlangte widerklagend die Rückzahlung der seit 2017 an die Klägerin bezahlten erhöhten Einspeisevergütung in Höhe von insgesamt EUR 27.425,85.
- 9 Sie ist der Auffassung, ihr stehe ein eigenes Prüfungsrecht zu. Der Streithelfer sei wegen Vorbefassung befangen; seine Bescheinigung sei inhaltlich ungeeignet, die wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes zu belegen. Eine solche liege nicht vor, weil ein hinreichender Fischschutz fehle. Das Gutachten enthalte keine aussagekräftige Beschreibung und Bewertung des Ist-Zustandes, seine Ergebnisse seien nicht nachvollziehbar.
- 10 Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens reichte der Streithelfer zwei im April und September 2020 überarbeitete Fassungen einer „Bescheinigung zur Prüfung der Voraussetzungen der Stromvergütung gemäß § 23 EEG 2009“ vom April 2011 zum Stichtag 23.02.2011 zur Akte.
- 11 Hinsichtlich der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens und der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils verwiesen.  
2.
- 12 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage hin die Klägerin antragsgemäß zur Rückzahlung der erhöhten Einspeisevergütung verurteilt.
- 13 Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Feststellung eines erhöhten Einspeiseentgelts, weil sie den Nachweis für eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands in Gestalt einer wesentlichen Verbesserung des Mindestwasserabflusses an ihrer Wasserkraftanlage gemäß § 23 Abs. 2 und 5 Nr. 2c EEG 2009 nicht mittels einer ausreichenden Bescheinigung gemäß § 23 Abs. 5 letzter Satz Nr. 2 EEG 2009 geführt habe.
- 14 Ein Anerkenntnis der höheren Einspeisevergütung durch die Beklagte oder deren Rechtsvorgängerin liege nicht vor. Offenbleiben könne, ob eine solche Vereinbarung nicht gegen § 4 Abs. 2 EEG 2009 i.V.m. § 134 BGB verstoße. In der bloßen vorbehaltlosen Zahlung der

erhöhten Einspeisevergütung sei auch unter Berücksichtigung der Aufforderung der Klägerin zur Prüfung und Anerkennung im Schreiben vom 21.04.2011 (Anl. K2) weder ein abstraktes noch ein deklaratorisches Schuldanerkennnis zu sehen.

- 15 Die Modernisierungsmaßnahme - Einbau einer Mindestwasseröffnung - berechtige nicht zur Anhebung der Vergütung auf 11,67 ct/kWh, weil durch die Bescheinigung des Streithelfers der Nachweis nicht erbracht worden sei, dass sich die Sicherstellung eines Mindestwasserabflusses wesentlich positiv auf den ökologischen Zustand des ... auswirke. Dem Netzbetreiber komme insoweit kein eigenes Prüfungsrecht hinsichtlich der vom Betreiber der Wasserkraftanlage vorgelegten Bescheinigung der Wasserbehörde oder eines Umweltgutachters i.S.d. § 23 Abs. 5 S. 3 EEG zu; allerdings bleibe es Sache des erkennenden Gerichts, das zum Zwecke des Nachweises vorgelegte Umweltgutachten auf Plausibilität, Vollständigkeit und Überzeugungskraft hin zu überprüfen und zu würdigen. Erweise sich die von dem Umweltgutachter getroffene Bewertung als falsch oder nicht nachvollziehbar, so sei der Nachweis durch das Umweltgutachten nicht geführt. Eine vollständige gerichtliche Überprüfung z. B. durch eine Beweisaufnahme, ob die Modernisierungsmaßnahme tatsächlich zu einer wesentlichen ökologischen Verbesserung geführt hat, finde nicht statt. Die Parteien und auch das Gericht seien an die Bescheinigung des Umweltgutachters gebunden. Dies ergebe sich aus der Formulierung des § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009, der mit der Formulierung „gilt“ eine gesetzliche Fiktion normiere. Daraus folge, dass der Nachweis nur durch die Bescheinigung des Umweltgutachters geführt werden und nicht mehr im Gerichtsverfahren nachgeholt werden könne.
- 16 Die Bescheinigung des Streithelfers erfülle die inhaltlichen Mindestanforderungen derartiger Bescheinigungen nicht, auch nicht in der jeweils nachgebesserten Form. Es fehle die Erhebung und Darstellung des Ist-Zustandes vor und nach der Modernisierungsmaßnahme sowie des Vergleichs beider Zustände, außerdem eine plausible Begründung, warum der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden sei. Es genüge nicht irgendeine graduelle Verbesserung eines ursprünglich ökologisch schlechten Zustandes, sondern es müsse tatsächlich ein „guter ökologischer Zustand“ erreicht werden. Dass dies vorliegend der Fall sei, gehe aus der Bescheinigung nicht hinreichend hervor. Hinsichtlich der Einzelheiten hierzu wird auf S. 10 ff. der Urteilsgründe verwiesen.
- 17 Es könne dahinstehen, ob die Vorlage der überarbeiteten Bescheinigungen vom April und September 2020 zulässig sei und, falls ja, ob dies dann zu einem Anspruch der Klägerin erst ab der Übersendung der Bescheinigungen an die Beklagte führe. Ferner könne dahinstehen, ob der Mindestdurchfluss tatsächlich nur ca. 100 l/s betrage und die Bescheinigung insoweit von falschen Tatsachen ausgehe, wie die Beklagte behaupte.
- 18 Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die ausführliche Begründung des angegriffenen Urteils Bezug genommen.

3.

- 19 Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Klageziel sowie den Abweisungsantrag hinsichtlich der Widerklage vollumfänglich weiterverfolgt. Der Streithelfer unterstützt mit seiner Berufung die klägerischen Anträge vollumfänglich. Die Berufungsbegründungen enthalten inhaltlich ähnliche Ausführungen.
- 20 Die Klägerin und der Streithelfer verweisen zur Begründung ihrer Auffassung auf das Urteil des OLG Stuttgart vom 05. Februar 2021 - 5 U 183/20 -, welches zu einem inhaltlich fast völlig gleich gelagerten Sachverhalt ergangen sei.
- 21 Der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart habe die Bescheinigung des Umweltgutachters als inhaltlich völlig ausreichend und plausibel angesehen und außerdem jedenfalls ein Einvernehmen mit rechtsgeschäftlicher Bindungswirkung über die Vergütungsvoraussetzungen angenommen. Das Landgericht habe sich vorliegend mit den Voraussetzungen einer solchen Bindungswirkung nicht befasst. Die Klägerin habe der Beklagten die Bescheinigung vorgelegt und ausdrücklich um „Prüfung und Anerkennung der erhöhten Einspeisevergütung“ gebeten. Wenn, wie in dem vom 5. Senat entschiedenen Fall, Bedenken gegen die Plausibilität des Gutachtens zunächst geltend gemacht und sodann durch einen Hinweis des Anlagenbetreibers ausgeräumt würden und dies dann als rechtsgeschäftlich bindende Vereinbarung ausgelegt werde, so müsse ein solcher Schluss erst recht gezogen werden, wenn wie hier, keinerlei Bedenken geltend gemacht würden, sondern die verlangte Vergütung vorbehaltlos gezahlt werde.
- 22 Einer solchen Vereinbarung stehe § 4 Abs. 2 EEG 2009 nicht entgegen.
- 23 Der Streithelfer betont, dass nach dem Wortlaut des § 23 Abs. 5 Nr. 2 S. 2 EEG 2009 eine Regelvermutung vorliege. Soweit auch nur eine („oder“) der genannten Maßnahmen umgesetzt worden sei, bestehe die Vermutung, dass dadurch eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes erreicht werde. Die Klägerin müsse also nur nachweisen, dass sie eine der genannten Maßnahmen umgesetzt habe, nicht auch, dass hierdurch ein guter ökologischer Zustand erreicht werde. Dies werde im Falle der Erfüllung des Regelbeispiels gesetzlich vermutet. Diese Regelvermutung habe das Landgericht fehlerhaft nicht berücksichtigt.
- 24 Die Klägerin und der Streithelfer halten an ihrer Auffassung fest, dass dem Gericht (und auch der Beklagten als Netzbetreiberin) keine eigene Prüfungsbefugnis zustehe. Die fehlende Überprüfbarkeit ergebe sich aus der gewählten gesetzlichen Formulierung, die eine unwiderlegliche Vermutung begründe. Ein derartiges Prüfungsrecht bestehe schon deshalb nicht, weil der Gesetzeswortlaut des § 23 Abs. 5 EEG 2009 gerade kein Umweltgutachten, sondern lediglich eine Bescheinigung verlange. An eine solche Bescheinigung könne schon nicht der Anspruch gestellt werden, dass die komplette Herleitung des Ergebnisses darin in einer für fachfremde Leser nachvollziehbaren Weise enthalten sein müsse, was für die genannte Prüfung erforderlich wäre.
- 25 Die Klägerin und der Streithelfer halten - eine gerichtliche Prüfungsbefugnis unterstellt - die Bescheinigung des Streithelfers für inhaltlich völlig ausreichend und plausibel, um

den Nachweis der Voraussetzungen einer erhöhten Einspeisevergütung zu führen. Das LG habe die inhaltlichen Anforderungen an eine solche Bescheinigung überspannt. Es handele sich gerade nicht um ein Gutachten, sondern um eine Bescheinigung (im Sinne von „Attest“, „Bestätigung“, „Zeugnis“), welche lediglich das Ergebnis eines Prüfprozesses, nicht jedoch die einzelnen Stadien der Prüfung wiedergeben müsse. Dies ergebe sich aus Wortlaut, Systematik, Historie und Zweck der gesetzlichen Regelung. Der Gesetzgeber habe einen einfachen und praktikablen Weg des Nachweises schaffen wollen.

- 26 Auch wenn im Ergebnis nach der Modernisierung ein guter ökologischer Zustand noch nicht vollständig erreicht sei, ändere dies nichts daran, dass der vorherige (schlechte) Zustand durch die Steigerung des Mindestwasserabflusses maßgeblich verbessert worden sei. Diese Anforderungen seien vorliegend sowohl in der Realität als auch in der als Nachweis dienenden Bescheinigung erfüllt. Eine gerichtliche Überprüfung sei diesbezüglich nur als Plausibilitätsprüfung aus Sicht eines „kundigen Laien“ (z.B. eines Sachbearbeiters des Netzbetreibers ohne ökologische Spezialkenntnisse) möglich. Bestätige die Bescheinigung des Umweltgutachters, dass das Gewässer vor dem Einbau eines Mindestwasserabflusses über einen Großteil des Jahres trockengefallen sei, so liege die wesentliche Verbesserung zutage, wenn nach der Modernisierung eine gesicherte Mindestwasserabgabe diese Austrocknung verhindere.
- 27 Die Klägerin meint weiter, dass die nachgebesserten Bescheinigungen im Rahmen des Rechtsstreits noch zu berücksichtigen seien. Wenn der Netzbetreiber auch nach Jahren noch Einwendungen erheben könne, müsse dem Anlagenbetreiber umgekehrt die Möglichkeit gegeben werden, diese Einwendungen durch Vorlage einer nachgebesserten Bescheinigung zu entkräften. Dies habe die Klägerin vorliegend getan.
- 28 Schlussendlich müsse, wenn die Bescheinigungen nicht als Nachweis akzeptiert würden, der Klägerin zumindest mit den Mitteln der ZPO ein nachträglicher Nachweis im Prozess ermöglicht werden. Die gesetzliche Fiktion des § 23 Abs. 5 S. 2 EEG 2009 schließe andere Formen des Nachweises gerade nicht aus.
- 29 Außerdem habe das Landgericht § 814 BGB fehlerhaft angewandt sowie das Vorliegen der Verwirkung und des rechtsmissbräuchlichen Handelns der Beklagten verkannt. Auch das hilfsweise Vorliegen eines Schadensersatzanspruchs habe das Landgericht unzutreffend verneint.
- 30 Die Klägerin führt abschließend aus, sie habe ihren Antrag dahingehend konkretisiert, dass der eingespeiste Strom bis zur Bemessungsleistung von 500 kW zu vergüten sei. Diese Präzisierung erfolge im Hinblick auf Einwendungen der Beklagtenseite in anderen Verfahren. Eine Klagänderung sei damit nicht verbunden.
- 31 Die Klägerin und der Streithelfer beantragen:
- 32 1. Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 12.11.2020 - 12 O 454/19 - zugestellt am 19.11.2020 wird im Kostenpunkt aufgehoben und im übrigen abgeändert.

- 33 2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin für den aus der Wasserkraftanlage in G., J.-Straße, 2 Anlagen-Nr. ... eingespeisten Strom bis zu einer Bemessungsleistung von 500 kW einen Einspeisepreis von € 0,11670/kWh bis zum 31.12.2031 zu vergüten.
- 34 3. Die Widerklage wird abgewiesen.
- 35 Die Beklagte beantragt,
- 36 die Berufung zurückzuweisen.
- 37 Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil als richtig.
- 38 Es fehle bereits an einem Vertragsschluss für eine erhöhte Einspeisevergütung, der Anspruch ergebe sich aus dem Gesetz. Die Beklagte hätte dementsprechend auch niemals eine (bestätigende oder gar abweichende) vertragliche Vereinbarung schließen wollen auf die Gefahr hin, trotz fehlender Erstattungsmöglichkeit nach § 35 Abs. 1 EEG 2009 entsprechende Beträge der Klägerin zu schulden. Ein Vertrag mit der Verpflichtung, für den Strom aus der Wasserkraftanlage unabhängig von der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen die erhöhte EEG-Vergütung auszuzahlen, wäre nach § 4 Abs. 2 EEG 2009 ohnehin nichtig. Auch wenn der Gesetzgeber die genauen Anforderungen an die Bescheinigung nicht geregelt habe, seien keine Vereinbarungen über die Anforderungen oder die Voraussetzungen der erhöhten Vergütung zulässig. Das Ziel des § 4 Abs. 2 EEG 2009, die Stromverbraucher vor einer unnötigen Belastung zu bewahren, würde andernfalls konterkariert.
- 39 Das Schreiben der Klägerin könne daher nur als eine Bitte um Erfüllung des gesetzlichen Anspruchs auf erhöhte EEG-Vergütung verstanden werden. Die Beklagte habe das Schreiben auch entsprechend verstanden, ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille könne nicht angenommen werden. Der von der Klägerin aus der Entscheidung des 5. Zivilsenats des OLG Stuttgart abgeleitete Erst-recht-Schluss komme nicht in Betracht, weil es vorliegend gerade an jeglichen Anhaltspunkten für einen Rechtsbindungswillen der Beklagten fehle. Ein Anerkenntnis komme mangels Vorliegen der Voraussetzungen ebenfalls nicht in Betracht.
- 40 Ein gesetzlicher Anspruch nach § 23 EEG 2009 scheitere an den Anforderungen an die umweltgutachterlichen Bescheinigungen, die vorliegend nicht erfüllt seien. Dies habe das Landgericht zutreffend ausgeführt. Die Bescheinigungen unterlägen einer richterlichen Plausibilitätsprüfung; die vorliegende Bescheinigung halte dieser Prüfung nicht stand. Die Beklagte hält es für zweifelhaft, dass mit diesen Regelbeispielen eine widerlegliche Vermutung verbunden sein solle. Vielmehr handele es sich nur um eine Konkretisierung des Begriffs der „wesentlichen ökologischen Verbesserung“, die trotz Verwirklichung einer als Regelbeispiel genannten Maßnahme nachzuweisen sei. Eine wesentliche Verbesserung könne z.B. auch erst durch das Zusammenspiel mehrerer Maßnahmen entstehen, wenn einzelne Maßnahmen unzureichend seien.
- 41 Das Urteil des 5. Zivilsenats des OLG Stuttgart sei für den vorliegenden Fall keine „Leit-

schnur“, weil das dortige Gutachten im Gegensatz zum hier vorliegenden Gutachten des Streithelfers die konkreten Bewirtschaftungsziele keineswegs unberücksichtigt gelassen habe. Vorliegend seien alle drei Bescheinigungen unplausibel. Eine alternative Beweisführung sei unzulässig.

42 Zu Recht habe das Landgericht ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten sowie die Verwirkung, die Anwendung des §§ 814 BGB und einen Schadensersatzanspruch verneint.

43 Auf die gewechselten Schriftsätze im Berufungsverfahren wird hinsichtlich der Einzelheiten verwiesen. Die Parteien haben ihr Vorbringen in Replik und Duplik jeweils weiter ergänzt und vertieft.

II.

1.

44 Die Berufungen der Klägerin und des Streithelfers sind zulässig. Die Berufungen sind jeweils form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der (verlängerten) Begründungsfrist entsprechend den Vorgaben des § 520 Abs. 3 ZPO begründet worden. Der Streithelfer be gibt sich mit seinen Anträgen nicht in Widerspruch zur unterstützten Partei.

2.

45 Die Berufungen der Klägerin und des Streithelfers sind begründet.

a)

46 Die Klage ist zulässig.

47 Die Klägerin hat ein besonderes Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 Abs. 2 ZPO, da die erhöhte Einspeisevergütung – sofern der Anspruch besteht – nach § 23 Abs. 2 S. 2 EEG 2009 für die Dauer von 20 Jahren geschuldet ist. Durch eine Leistungsklage könnte die Klägerin lediglich die Zahlung der bis jetzt fälligen Vergütungen erreichen, ohne eine rechtskräftige Entscheidung über künftige Ansprüche zu erlangen. Da die genaue Höhe der jeweiligen jährlichen Vergütung von der Einspeisemenge abhängt, kann die Klägerin ihre künftigen Ansprüche noch nicht beziffern, so dass eine Klage nach § 259 ZPO allenfalls dahingehend möglich wäre, die Beklagte zu verurteilen, künftig eine Vergütung von 11,67 ct je eingespeister kWh an die Klägerin zu bezahlen. Eine solche Möglichkeit hindert aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht das Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 ZPO (BGH, Urteil vom 7. Februar 1986 - V ZR 201/84 -, juris; BGH, Urteil vom 21. Januar 2004 - VIII ZR 99/03 -, juris; OLG Hamm, Beschluss vom 26. September 2018 - I-30 U 4/18 -, juris). Es besteht daher ein rechtliches Interesse an der Feststellung, ob ein Anspruch auf die erhöhte Einspeisevergütung besteht.

b)

48 Die Klage ist auch begründet.

- 49 Der Klägerin steht ein Anspruch auf die erhöhte Einspeisevergütung in Höhe von 11,67 ct/kWh gemäß § 23 Abs. 2, 5 EEG 2009 gegen die Beklagte zu.
- aa)
- 50 Dabei ergibt sich ein solcher Anspruch entgegen der Auffassung der Klägerin nicht bereits aus einem deklaratorischen Schuldanerkenntnis.
- 51 Das Landgericht hat das Vorliegen eines solchen Anerkenntnisses zu Recht verneint. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die vorbehaltlose Zahlung einer Rechnung kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis darstellt (vgl. die Nachweise bei Bork in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 781 BGB - Stand: 01.02.2020 -, z.B. BGH, Urteil vom 28. Mai 2014 - XII ZR 6/13 -, juris; BGH, Urteil vom 11. November 2008 - VIII ZR 265/07 -, juris; Urteil vom 11. Januar 2007 - VII ZR 165/05 -, juris). Der Bundesgerichtshof betont: „Für die Bezahlung einer Rechnung ohne Erhebung von Einwendungen ist hiervon keine Ausnahme zu machen. Der Umstand, dass eine Rechnung vorbehaltlos beglichen wird, enthält über seinen Charakter als Erfüllungshandlung (§ 363 BGB) hinaus keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen. Das gilt auch für die tatsächlichen Grundlagen der einzelnen Anspruchsmerkmale. Zwar wird es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht als ausgeschlossen angesehen, der vorbehaltlosen Begleichung einer Rechnung zugleich eine Anerkenntniswirkung hinsichtlich der zu Grunde liegenden Forderung beizumessen. Dies erfordert aber stets ein Vorliegen weiterer Umstände, die geeignet sind, eine derartige Wertung zu tragen. Solche Umstände sind hier nicht festgestellt. Für sich genommen rechtfertigt die Bezahlung der Rechnung nicht die Annahme eines Anerkenntnisses“ (BGH, Urteil vom 11. November 2008 - VIII ZR 265/07 -, juris, Rn. 12). Vorliegend herrschte zwischen den Parteien kein Streit und keine Ungewissheit über die Berechtigung der Einspeisevergütung. Insoweit verfängt die Argumentation der Klägerin nicht, dass hier ein „Erst-recht-Schluss“ gezogen werden müsse. Wenn es keine Anhaltspunkte im Verhalten der Beklagten dafür gibt, dass sie die Rechnung überhaupt geprüft hat (z.B. indem sie Vorbehalte gegenüber dem Gutachten äußert), so kann dies gerade nicht als Indiz dafür herangezogen werden, dass die Beklagte vorliegend gegenüber der Klägerin durch ein Anerkenntnis eine Unsicherheit über die Berechtigung der erhöhten Einspeisevergütung beseitigen wollte (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. Juli 2021 - 4 U 219/20 -, juris, Rn. 15).
- 52 Der Grundsatz gilt auch bei wiederkehrenden Zahlungen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 2008 - XI ZR 256/07 -, juris, Rn. 16). So kann der Erbringung laufender Zins- und Tilgungsleistungen auf ein Darlehen der Erklärungswert eines Anerkenntnisses nur dann zukommen, wenn die Beteiligten einen nachvollziehbaren Anlass für ein Schuldanerkenntnis haben, insbesondere wenn Streit oder zumindest Ungewissheit über das Bestehen der Schuld oder über einzelne Einwendungen herrscht (so auch OLG Karlsruhe a.a.O.).
- 53 Die Klägerin meint, ein Anhaltspunkt für ein Anerkenntnis ergebe sich aus ihrem An-

schreiben zur Übersendung des Gutachtens, in welchem sie die Beklagte um „Prüfung und Anerkennung der erhöhten Einspeisevergütung ab 24.02.2011“ gebeten habe (Anl. K2, Bl. 55 d.A.). Folgte man dieser Auffassung, so hätte es der Gläubiger durch Wahl einer entsprechenden Formulierung einseitig in der Hand, die Rechtsfolge eines Anerkenntnisses herbeizuführen, wenn der Schuldner nicht ausdrücklich widerspricht bzw. sofort Einwendungen erhebt. Dies lässt sich nicht mit dem Grundsatz vereinbaren, dass Schweigen im Rechtsverkehr nicht als Zustimmung gilt. Der BGH hat in der oben genannten Entscheidung ausgeführt, dass „die Bezahlung einer Schuld, auch wenn diese nach gründlicher Prüfung erfolgt, [...] für sich genommen kein deklaratorisches Schuldanerkennnis der getilgten Verbindlichkeit [begründet].“ (BGH, Urteil vom 21. Oktober 2008 - XI ZR 256/07 -, juris, Rn. 16; vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - VII ZR 165/05 -, juris). Im Bau-recht führt im Allgemeinen die Zahlung einer geprüften Schlussrechnung ebenfalls nicht dazu, dass der Auftraggeber später mit sämtlichen Einwendungen ausgeschlossen wäre (z.B. OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. November 2014 - I-23 U 33/14 -, juris; BGH, Urteil vom 6. Dezember 2001 - VII ZR 241/00 -, juris; BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - VII ZR 165/05 -, juris). Das Anschreiben der Klägerin begründet deshalb vorliegend keinen besonderen Umstand dahingehend, dass der vorbehaltlosen Zahlung der Vergütung deshalb der Erklärungswert eines Anerkenntnisses zukäme. Die Argumentation der Klägerin ist zumindest auch in sich widersprüchlich, als sie einerseits jegliches Prüfungsrecht des Netzbetreibers bezüglich der Bescheinigung in Abrede stellt, andererseits aufgrund ihres Schreibens „mit der Bitte um Prüfung“ jedoch eine Prüfungspflicht und die Konsequenzen eines Anerkenntnisses zu Lasten des Netzbetreibers für den Fall, dass dieser keine Prüfung vornimmt, herbeiführen will.

bb)

- 54 Ein Anspruch der Klägerin ergibt sich auch nicht aufgrund rechtsgeschäftlicher Zustimmung der Beklagten durch vorbehaltlose Zahlung der erhöhten Vergütung.
- 55 Entgegen der Auffassung der Klägerin haben die Parteien nicht durch die vorbehaltlose Zahlung stillschweigend mit rechtsgeschäftlicher Bindungswirkung Einvernehmen über das in der Bescheinigung bestätigte Vorliegen der Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 EEG 2009 erzielt. Die Klägerin beruft sich in diesem Zusammenhang auf das als Anlage BK1 zur Berufungsbegründung vom 16.02.2021 vorgelegte Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart - 5 U 183/20 - vom 05. Februar 2021. Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt unterscheidet sich jedoch von dem hier zu beurteilenden maßgeblich darin, dass zwischen den dortigen Parteien zuvor eine Korrespondenz über die Beurteilung der wesentlichen ökologischen Verbesserung geführt wurde; die Beklagte hatte die ausreichende Erhöhung der Mindestwasserabgabe angezweifelt. Nach einer Stellungnahme der dortigen Klägerin hatte die Beklagte sodann ausdrücklich geschrieben: „Unter Berücksichtigung der darin gemachten Ausführungen und Erläuterungen in Verbindung mit dem Umweltgutachten vom 22.04.2011 sind wir zu dem Ergebnis gekommen, dass die Anforderungen gemäß § 23 Abs. 2 i.V.m. Abs. 6 EEG ab dem 07.06.2011 mit Ab-

schluss der Modernisierung am 21.04.2011 erfüllt sind. Ihre Wasserkraftanlage gilt demnach ab dem 22.4.2011 als nach § 23 Abs. 2 EEG modernisiert“ (OLG Stuttgart, Urteil vom 05. Februar 2021 - 5 U 183/20 -, S. 23/24), so dass eine ausdrückliche Erklärung vorlag, die man in Zusammenschau mit einer sodann folgenden jahrelangen vorbehaltlosen Zahlung der erhöhten Vergütung zwanglos als eine solche rechtsgeschäftliche Erklärung auslegen kann. Vorliegend fehlt es, wie ausgeführt, an jeglicher weitergehenden Korrespondenz. Die Beklagte hat auf das Schreiben der Klägerin hin geschwiegen und gezahlt. Es bestand anfangs gerade kein Streit. Der von der Klägerin gezogene Erst-recht-Schluss greift auch für diese Frage nicht. Vielmehr kann im Umkehrschluss gesagt werden, dass bei Fehlen von Streit oder Ungewissheit es bei dem Grundsatz verbleibt, dass dem bloßen Schweigen – auch in Verbindung mit der Vornahme einer reinen Erfüllungshandlung – kein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukommt.

56 Auf die Frage, ob § 4 Abs. 2 EEG einer solchen Vereinbarung entgegenstünde, kommt es daher nicht an.

cc)

57 Der Anspruch der Klägerin ergibt sich jedoch aus § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 5 S. 2 lit. c) EEG 2009.

(1)

58 Unstreitig liegen die Voraussetzungen für die erhöhte Einspeisevergütung nach § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EEG 2009 in zeitlicher Hinsicht (Inbetriebnahme der Anlage vor dem 01.01.2009, Modernisierung nach dem 31.12.2008) und hinsichtlich der Kapazität der Anlage (bis 5 MW) vor. Die Vergütung beträgt daher, weil die Leistung unter 500 kW lag, nach dieser Vorschrift 11,67 ct/kWh. Gemäß § 23 Abs. 2 S. 2 EEG 2009 besteht der Anspruch für die Dauer von 20 Jahren zuzüglich des Jahres, in dem die Modernisierung abgeschlossen ist. Die Modernisierung wurde am 23.02.2011 abgeschlossen. Die Klägerin könnte eine etwaige erhöhte Einspeisevergütung bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen demnach bis zum 31.12.2031 – also wie beantragt – verlangen. Die Beschränkung des Antrags in der Berufung auf die erhöhte Vergütung nur für eine Bemessungsleistung bis zu 500 kW stellt lediglich eine Klarstellung entsprechend der gesetzlichen Regelung und keine teilweise Klagrücknahme oder Klagänderung dar. Es ist nicht ersichtlich, dass die Leistung der Anlage der Klägerin mehr als 500 kW betrage oder dass die Klägerin jemals den erhöhten Betrag für eine höhere Bemessungsleistung verlangt hätte.

(2)

59 Die Klägerin hat durch Vorlage des „Gutachten[s] zur Prüfung der Voraussetzungen zur Stromvergütung gemäß § 23 / Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG 2009)“ von April 2011 zum Stichtag 23.02.2011 nebst den Ergänzungsgutachten von April und September 2020 nachgewiesen, dass durch den Einbau der Öffnung für den Mindestwasserabfluss eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands i.S.d. § 23 Abs. 5 S. 2 lit. c) EEG 2009

eingetreten ist.

- 60 § 23 Abs. 5 EEG 2009 sieht vor, dass die erhöhte Einspeisevergütung nach Abs. 2 nur dann gilt, wenn nach der Errichtung oder Modernisierung der Anlage nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist. Eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes liegt nach Abs. 5 S. 2 in der Regel vor, wenn
- 61 a) die Stauraumbewirtschaftung,  
62 b) die biologische Durchgängigkeit,  
63 c) der Mindestwasserabfluss,  
64 d) die Feststoffbewirtschaftung oder  
65 e) die Uferstruktur
- 66 wesentlich verbessert worden oder Flachwasserzonen angelegt oder Gewässeralt- oder Seitenarme angebunden worden sind, soweit die betreffenden Maßnahmen einzeln oder in Kombination unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele erforderlich sind, um einen guten ökologischen Zustand zu erreichen.
- 67 Als Nachweis gilt gemäß S. 3 für die streitgegenständliche - modernisierte, nicht neu zugelassene - Anlage die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde oder einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft.
- 68 Die Klägerin hat eine Mindestwasserabflussöffnung in der Größe von 100 x 38 cm in der Wehrkrone angelegt, die einen Mindestwasserabfluss von 300 l/sec sicherstellen soll. Eine solche Maßnahme ist als Regelbeispiel unter lit. c) der Vorschrift aufgeführt. Weitere Maßnahmen, z.B. eine Fischaufstiegsanlage, wurden im hier maßgeblichen Zeitraum nicht ausgeführt.
- 69 Der Senat teilt nicht die Auffassung des Landgerichts, dass die durchgeführte Maßnahme keine Modernisierung darstelle, die zu der begehrten Anhebung des Vergütungssatzes auf 11,67 ct/kWh führe.
- 70 Zwar entspricht diese Auffassung der von mehreren Obergerichten vertretenen Ansicht, dass einerseits dem Netzbetreiber kein eigenes Prüfungsrecht in Ansehung der Bewirtschaftungsziele zukomme, sondern der Umweltgutachter (bzw. die Wasserbehörde) über das Ausmaß der ökologischen Verbesserungen zu entscheiden habe, wobei ihm ein weiter Beurteilungsspielraum zustehe (Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 2. September 2010 - 1 U 37/10 -, juris, Rn. 52 m.w.N.; OLG Stuttgart, Urteil vom 05. Februar 2021 - 5 U 183/20, S. 19); dass aber andererseits unabhängig von der Frage, ob die Regelbeispiele des § 23 Abs. 5 S. 2 EEG 2009 eine widerlegliche Vermutung dafür begründen, dass der ökologische Zustand durch die Maßnahme verbessert wird (so z.B. Clearingstelle EEG, Votum 2013/21 vom 10.06.2013, Rn. 45 - abrufbar unter [12](http://www.clearingstelle-</a></p></div><div data-bbox=)

eeg-kwkg.de/sites/default/files/Votum\_2013\_21.pdf der Nachweis nicht durch irgendeine Bescheinigung erbracht werden könne. Vielmehr unterliege diese einer eingeschränkten gerichtlichen Plausibilitätsprüfung dahingehend, ob sie objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und vollständig ist sowie gutachterlich die Umstände darlegt, aus denen sich eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes im Vergleich zum vorherigen Zustand ergibt (OLG Hamm, Beschluss vom 26. September 2018 - I-30 U 4/18 -, juris; OLG Dresden, Urteil vom 3. Juli 2012 - 9 U 1568/11 -, juris Rn. 17; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 2. September 2010 - 1 U 37/10 -, juris; OLG München, Urteil vom 25. April 2012 - 3 U 891/11 -, juris, juris Rn. 23; OLG Karlsruhe, Urteil vom 11. November 2020 - 4 U 18/20 -, juris, Rn. 37; OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. Juli 2021 - 4 U 219/20 -, juris, Rn. 17). Der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart hat diese Frage in seiner Entscheidung letztlich offengelassen, aber für den Fall einer Überprüfbarkeit diese jedenfalls nur eingeschränkt im Sinne einer Plausibilitätsprüfung bejaht (OLG Stuttgart, Urteil vom 05. Februar 2021 - 5 U 183/20 -, S. 19). Zu der Prüfung, ob die Bescheinigungen des Umweltgutachters gemäß § 23 Abs. 5 EEG 2009 die Mindestanforderungen einhalten, soll auch der Netzbetreiber befugt bzw. nach Auffassung der Clearingstelle EEG angehalten sein (Votum 2013/21 vom 10.06.2021, Rn. 45).

- 71 Die Klägerin führt aus, eine „Bescheinigung“ erfordere schon begrifflich weniger als ein Gutachten, da „Bescheinigungen“ im Sinne von „Zeugnissen“, „Attesten“ o.Ä. lediglich das Ergebnis eines Prüfungsprozesses, nicht aber den Ablauf der Prüfung als solcher enthalten müssten. Hierzu haben sich die Gerichte überwiegend so positioniert, dass die Anforderungen, die rechtlich an eine Bescheinigung zu stellen sind, im Fall des § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 gleichwohl den an ein Gutachten zu stellenden Anforderungen angenähert seien. Die Bescheinigung i.S.d. EEG 2009 setze zumindest stillschweigend eine gutachterliche Prüfung durch die Person, die die Bescheinigung ausstellt, voraus. Daraus folge, dass eine Bescheinigung, an die das Gesetz besondere Folgen knüpft, erkennen lassen müsse, dass sie aufgrund einer gutachterlichen Untersuchung erstellt wurde (OLG Dresden, Urteil vom 3. Juli 2012 - 9 U 1568/11 -, juris; OLG Hamm, Beschluss vom 26. September 2018 - I-30 U 4/18 -, juris). Diese Einschätzung entspricht auch dem Votum der Clearingstelle EEG 2010/18 vom 12.09.2011, vorgelegt als Anl. K9 (AS 160, dort Rn. 76, Bl. 189 d.A.).
- 72 Der erkennende Senat vermag sich dieser Auffassung mit Blick auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 24. Februar 2022 - IX ZB 5/21 - (juris) nicht anzuschließen.
- 73 In dieser zu § 305 InsO ergangenen Entscheidung verneint der BGH ein gerichtliches Prüfungsrecht in Bezug auf die vom Schuldner vorgelegte Bescheinigung über das Scheitern des außergerichtlichen Einigungsversuchs. Gegen eine inhaltliche Prüfung der Bescheinigung nach § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO durch das Insolvenzgericht spreche der Umstand, dass diese nur durch geeignete Personen oder Stellen ausgestellt werden kann. Der Gesetzgeber habe es zur Vermeidung von Gefälligkeitsbescheinigungen als ausreichend erachtet, die Erteilung der Bescheinigung in die Hände von geeigneten Personen oder Stellen zu legen. Dabei habe er Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater kraft ihres Berufs und wegen

des bestehenden Berufs- und Standesrechts, welches eine verantwortungsbewusste Tätigkeit sichere, für grundsätzlich geeignet angesehen (BT-Drucks. 12/7302, S. 190). Aus dem Wortlaut des § 305 InsO ergebe sich keine inhaltliche Prüfungsbefugnis des Insolvenzgerichts.

- 74 Diese Erwägungen lassen sich auf § 23 EEG 2009 übertragen. Der Gesetzgeber hat die Erstellung von Bescheinigungen hier in die Hände der unteren Wasserbehörden sowie zugelassener Umweltgutachter und damit in die Hände von Stellen gelegt, die er aufgrund ihrer Fachkunde und Unabhängigkeit als grundsätzlich geeignet für diese Tätigkeit erachtet. Die Umweltgutachter unterliegen der Aufsicht durch die zuständigen Ingenieurskammern bzw. die DAU sowie einer Reihe fachlicher Qualifikations- und Fortbildungspflichten. Ihre Zuverlässigkeit erachtet der Gesetzgeber als gleichwertig wie diejenige der unteren Wasserbehörde als Genehmigungs- und Überwachungsbehörde für Wasserkraftanlagen.
- 75 Die Formulierung in § 23 Abs. 5 S. 3 EEG „Als Nachweis der Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 gilt“ bezieht sich dabei nicht allein auf die Verwirklichung der in lit. a) bis e) aufgezählten Regelbeispiele, sondern ausdrücklich auf die gesamten Voraussetzungen der Erreichung eines guten ökologischen Zustands oder der wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands. Dem Gutachter kommt damit nicht allein die Aufgabe zu, zu prüfen, ob die Maßnahme eines der Regelbeispiele erfüllt, sondern auch die letztlich nur aufgrund spezieller Fachkenntnisse mögliche Beurteilung, ob hierdurch der ökologische Zustand des Kraftwerks bzw. des von ihm betroffenen Gewässers wesentlich verbessert wurde.
- 76 Ähnlich wie Rechtsanwälte und Steuerberater unterliegen die Umweltgutachter nicht nur einer standesrechtlichen und berufsaufsichtlichen Kontrolle, sondern auch Schadensersatzpflichten im Falle einer Schlechtleistung, z.B. in Form schuldhaft falsch erstellter Bescheinigungen.
- 77 Eine gerichtliche Überprüfung der von einem solchen, vom Gesetzgeber grundsätzlich als geeignet und zuverlässig angesehenen Umweltgutachter ausgestellten Bescheinigungen ist aufgrund eigener Fachkunde des Gerichts nicht möglich, nach Auffassung des Senats nicht einmal in Bezug auf die Plausibilität, weil die zugrunde liegenden technischen Feststellungen und die beschriebenen ökologischen Auswirkungen ohne Hinzuziehung eines gerichtlichen Sachverständigen kaum beurteilt werden können. Es spricht aufgrund der Formulierung in § 23 Abs. 5 S. 3 EEG vieles dafür, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Bescheinigung eine Vereinfachung und Entbürokratisierung erreichen sowie Parteien und Gerichte von Streitigkeiten über den Nachweis der Voraussetzungen einer erhöhten Einspeisevergütung entbinden wollte. Gegenüber dem Rechtszustand von 2004 war eine weitere Vereinfachung des Nachweises beabsichtigt (vgl. BT-Drs. 16/8148: „Wie im alten Recht ist dieser Nachweis grundsätzlich über die wasserrechtliche Zulassung der Wasserkraftnutzung zu führen. Bei Modernisierungen genügt hingegen auch eine Bescheinigung der zuständigen Behörde oder einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters“).

- 78 Demnach hat die Klägerin vorliegend durch Vorlage der Bescheinigung des Streithelfers die Voraussetzungen für die erhöhte Einspeisevergütung nachgewiesen.
- (3)
- 79 Für den Fall, dass man mit der wohl überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung eine gerichtliche Plausibilitätskontrolle für erforderlich hält, erachtet der Senat den Anspruch der Klägerin nach § 23 Abs. 5 EEG ebenfalls als gegeben.
- 80 Das streitgegenständliche Wasserkraftwerk wies im Zustand vor der Modernisierung ganz offensichtlich einen schlechten ökologischen Zustand auf. So verfügte es über keinen Mindestwasserablauf; von den in §§ 33 bis 35 WHG und der EWRRl festgesetzten Maßnahmen waren im vorliegenden Fall keine verwirklicht (Bl. 32 d.A.). Deshalb war der Ist-Zustand vor der Maßnahme dadurch gekennzeichnet, dass keinerlei gesicherte Mindestwasserabgabe bestand und der Flusslauf des ... jeweils auf einer Strecke von einigen hundert Metern über ca. 2/3 des Jahres trockenfiel. Damit liegt auf der Hand, dass das trockengefallene Flussbett keinerlei Lebensraum für Fische und sonstige Wasserlebewesen einschließlich der sog. Benthosfauna (Kleinlebewesen) über einen Großteil des Jahres bieten konnte. Insoweit kann die Erstellung einer Mindestwasseröffnung, die zu einer gesicherten Mindestwasserabgabe – hier in der Größenordnung von 300 l/sec – führt, im Vergleich zum vorherigen Zustand durchaus eine wesentliche Verbesserung darstellen, selbst wenn das Endergebnis von einem „guten ökologischen Zustand“ i.S.d. § 23 Abs. 5 EEG 2009 insgesamt noch entfernt ist. So hat der Streithelfer vorliegend kritisch angemerkt, dass auch nach der Modernisierung keine Fischaufstiegsanlagen vorhanden sind und dass die ökologische Durchgängigkeit am Standort derzeit nicht vorhanden ist (Bl. 33 d.A.). Diese wären für eine Durchgängigkeit des ... von wesentlicher Bedeutung. Dennoch hält der Streithelfer im Vergleich der beiden Zustände vor und nach der Modernisierung allein aufgrund der nunmehr gesicherten Mindestabgabe eine wesentliche Verbesserung für gegeben. Da der Regelbeispielskatalog des § 23 Abs. 5 S. 2 EEG 2009 alternativ formuliert ist („oder“), kann bereits die Umsetzung einer der genannten Maßnahmen genügen, sofern hierdurch bereits eine wesentliche Verbesserung erreicht wird.
- 81 In Übereinstimmung mit dem 5. Zivilsenat des OLG Stuttgart hält der erkennende Senat eine solche Verbesserung für wesentlich, weil dem Anlagenbetreiber der finanzielle Anreiz durch die erhöhte Vergütung auch dann zugutekommen soll, wenn ein ökologisch guter Zustand aufgrund der Maßnahme letztlich (noch) nicht erreicht wird (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 05. Februar 2021 - 5 U 183/20 -, Anl. BK1). Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass die Wasserbehörde im streitgegenständlichen Zeitraum offenbar davon abgesehen hat, die Nachrüstung von Fischaufstiegs- oder -abstiegsanlagen verwaltungsrechtlich anzuordnen.
- 82 Zumindest in der zweiten nachgebesserten Version des Gutachtens hat der Sachverständige Angaben zum Zustand vor der Modernisierung, zur Bedeutung der Maßnahme für die Leitfischarten und zu den Bewirtschaftungszielen nach dem Bewirtschaftungsplan zur

Umsetzung der WRRL (Stand: 26.11.2009, vorgelegt als Anlagenkonvolut B6, Bl. 122 d.A.), eingearbeitet. Im Maßnahmenprogramm werden die Durchgängigkeit und die Wasserkraft (Ausleitung) gleichermaßen genannt (Bl. 124 d.A.). Ziel des Teilbearbeitungsgebiets... - ... -, zu dem auch das hier streitgegenständliche Gebiet... gehört, ist ausweislich der TBG-Begleitdokumentation (Bl. 128 d.A.) die „Reduktion Auswirkung Wasserentnahme Ausleitung“. Wenn der Sachverständige nun feststellt, dass durch den Einbau einer Mindestwasseröffnung die Auswirkungen der Wasserentnahme/Ausleitung erheblich verringert – nämlich das bisherige Trockenfallen des Mutterbettes über längere Zeiträume verhindert und so ein ganzjähriger Lebensraum für die Wasserfauna überhaupt erst geschaffen wird –, so ist dies für den Senat durchaus plausibel und nachvollziehbar. Der Streithelfer hat angemerkt, dass es sich hier nur um den ersten Schritt handele; er gehe davon aus, dass bis 2015 weitere Verbesserungen – wohl bezogen auf die fehlenden Fischaufstiegsanlagen – erreicht werden könnten. Diese Einschätzung hat sich letztlich nicht bestätigt, jedenfalls hat die Klägerin offenbar keine weiteren Maßnahmen (abgesehen von Investitionen in eine neue Turbine etc., vgl. AS 537) in ökologischer Hinsicht verwirklicht. Die Fischauf- und -abstiege wurden nach Angaben der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erst nach dem hier streitgegenständlichen Zeitraum erstellt. Dies kann aber aus der ex-ante-Sicht des Streithelfers zum Stichtag 23.02.2011 nicht beachtlich sein.

- 83 Nach alledem hält der Senat das Gutachten des Streithelfers einschließlich seiner Nachbesserungen nicht für so defizitär, dass es völlig unplausibel und nicht nachvollziehbar wäre. Zu berücksichtigen ist bei der Bewertung, dass der zu beurteilende Sachverhalt im vorliegenden Fall weniger komplex erscheint als die Maßnahmen, welche der Streithelfer in anderen obergerichtlichen Entscheidungen zugrundeliegenden Fällen zu begutachten hatte (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 11. November 2020 - 4 U 18/20 -, juris und OLG München, Urteil vom 25. April 2012 - 3 U 891/11 -, juris: Einlaufrechen mit geringerem Stababstand; OLG Dresden, Urteil vom 3. Juli 2012 - 9 U 1568/11 -, juris: behördlich angeordnete Auflage einer Aufstiegsanlage nicht erfüllt; OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. Juli 2021 - 4 U 219/20 -, juris: nachrangige Abstiegsanlage als wesentliche Verbesserung; OLG Hamm, Beschluss vom 26. September 2018 - I-30 U 4/18 -, juris: Bypässe lediglich für Aale).

(4)

- 84 Die Vorlage der Bescheinigung führt zu einer erhöhten Vergütung von Anfang an und nicht erst ab dem Zeitpunkt der Übermittlung der Nachbesserungen an die Beklagte.
- 85 Geht man von einer gerichtlichen Überprüfbarkeit aus, so sind jedenfalls auch etwaige Nachbesserungen der Bescheinigung im Prozess zu berücksichtigen (a.A. OLG Dresden, Urteil vom 3. Juli 2012 - 9 U 1568/11 -, juris; OLG München, Urteil vom 25. April 2012 - 3 U 891/11 -, juris). Erhebt die Beklagte nach Jahren der Akzeptanz Einwendungen gegen die Bescheinigung, so entspricht es der prozessualen und materiellen Fairness, der Klägerin und dem Gutachter die Möglichkeit der Nachbesserung einzuräumen. Die Nachbesserung führt dazu, dass der Anspruch von Anfang an besteht, denn es handelt sich ja lediglich um

die Nachbesserung des Nachweises. Der bescheinigte Zustand besteht in diesen Fällen bereits seit der Modernisierung. Diese Auffassung vertritt auch die Clearingstelle unter Hinweis darauf, dass das EEG 2009 an die Vorlage des Nachweises keine Frist knüpft und diese nicht zur Vergütungsvoraussetzung erhebt (Votum der Clearingstelle EEG vom 12.09.2011 - 2010/18, AS 192; a.A. OLG Dresden, Urteil vom 3. Juli 2012 - 9 U 1568/11 -, juris). Die Clearingstelle geht vielmehr von einer Fälligkeitsvoraussetzung aus (Votum 2013/21 vom 10.06.2013, Rn. 37), was der Senat für überzeugend hält.

(5)

- 86 Durch die Vorlage des (plausiblen und nachvollziehbaren) Gutachtens hat die Klägerin die Voraussetzungen der erhöhten Einspeisevergütung nachgewiesen, ohne dass der Beklagten insoweit ein Gegenbeweis offensteht. Der Senat geht, wie oben ausgeführt, davon aus, dass die Bescheinigung insgesamt einer gerichtlichen Nachprüfbarkeit entzogen ist. Jedenfalls aber - wollte man eine Plausibilitätsprüfung bejahen - führt die Vorlage einer solchen Bescheinigung zu der unwiderleglichen Vermutung, dass eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes tatsächlich eingetreten ist. Hierfür spricht die gesetzgeberische Formulierung „als Nachweis der Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 gilt“, die sich nicht nur auf die Erfüllung eines Regelbeispiels als solche, sondern ausdrücklich auch auf die wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands bezieht. Die Beurteilung, ob entweder ein Regelbeispiel erfüllt und deshalb der ökologische Zustand verbessert wird, oder ob trotz Erfüllung eines oder mehrerer Regelbeispiele im Ausnahmefall keine wesentliche Verbesserung bzw. kein guter ökologischer Zustand erreicht wird, oder ob trotz Erfüllung keines der Regelbeispiele ein solcher Zustand vorliegt, obliegt der fachlichen Beurteilung des Sachverständigen. Die Regelbeispiele wenden sich insoweit nicht an die Gerichte, welche die Voraussetzungen ihrerseits nur unter Zuhilfenahme sachverständiger Fachkunde beurteilen könnten. Eine solche Doppelung war nach Auffassung des Senats vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt, sondern sollte durch die Einführung einer Bescheinigung, die „als Nachweis gilt“, gerade vermieden werden.

c)

- 87 Die Widerklage der Beklagten auf Rückzahlung vermeintlich überzahlter Einspeisevergütung ist dementsprechend unbegründet. Auf die Berufungen der Klägerin und des Streit Helfers war die Widerklage abzuweisen.

III.

- 88 Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 101 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 89 Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen, da der Bundesgerichtshof über den Umfang der gerichtlichen Überprüfung von Bescheinigungen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 noch nicht entschieden hat und der Senat von Entscheidungen anderer Obergerichte abweicht.