

## STELLUNGNAHME

## 2020/31-V/Stn

18. November 2021

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

Auf Ersuchen des Landgerichts Görlitz in der rechtshängigen Sache [...], Aktenzeichen [...], gibt die Clearingstelle EEG|KWKG<sup>1</sup> gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2021<sup>2</sup>, § 29a Abs. 1 VerFO<sup>3</sup> am 18. November 2021 folgende Stellungnahme ab:

- 1. Das Umweltgutachten des Umweltgutachters [...] vom 8. Juni 2010 für die Wasserkraftanlage [...] in [...] („Umweltgutachten 2010“) genügt nicht den Anforderungen an eine Bescheinigung gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009<sup>4</sup> (s. Abschnitt 2.2.2).**
- 2. Für die Erstellung einer Umweltbescheinigung i. S. v. § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 im Juni 2010 galten die folgenden Vorgaben (s. Abschnitt 2.2.1):**
  - Beschreibung des Ist-Zustandes (Anlage; Gewässer gemäß Kriterien der Wasserrahmenrichtlinie [„WRRL“]<sup>5</sup>, insbesondere des**

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

<sup>2</sup>Gesetz 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>.

<sup>3</sup>Verfahrensvorschriften der Clearingstelle (VerFO) in d. F. v. 01.10.2019, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/downloads>, im Folgenden: VerFO.

<sup>4</sup>Gesetz 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.), rückwirkend geändert durch Art. 12 des Gesetzes zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums v. 22.12.2009 (BGBl. I S. 3950), 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>.

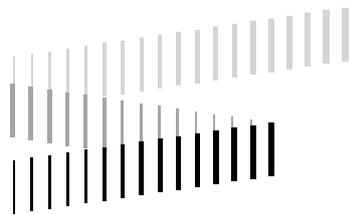
<sup>5</sup>Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. 10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABI. L 327 v. 22.12.2000, S. 1.

ökologischen Zustands und Potentials; für den Gewässerabschnitt einschlägige Bewirtschaftungsziele) vor der Modernisierungsmaßnahme,

- Darstellung der durchgeführte(n) Modernisierungsmaßnahme(n) und
  - Benennung der fachlichen Maßstäbe, anhand derer die Umweltgutachterin bzw. der Umweltgutachter zu der Einschätzung kommt, dass nach 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.
3. Die Nachbesserung des Umweltgutachtens 2010 durch das als Anlage K 9 vorgelegte Gutachten aus dem Juni 2019 („Umweltgutachten 2019“) ist grundsätzlich möglich. Die Rechtsfolgen eines nachgebesserten Gutachtens treten mit Abschluss der Modernisierungsmaßnahme ein, wenn alle Anforderungen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 erfüllt sind (s. Abschnitt 2.3.1).
  4. Im Jahr 2019 galten für die Erstellung eines Umweltgutachtens nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 die Anforderungen der DAU. Diese Anforderungen galten auch für ein Ergänzungsgutachten, wenn das ursprüngliche Umweltgutachten am 8. Juni 2010 erstellt wurde (s. Abschnitt 2.3.2).
  5. Das Umweltgutachten 2019 genügt nicht den Anforderungen an eine Bescheinigung gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 (s. Abschnitt 2.3.3). Ebenso wenig erfüllen das streitgegenständliche Umweltgutachten 2010 und das Umweltgutachten 2019 zusammen („die Umweltgutachten“) die Anforderungen des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 (s. Abschnitt 2.4).
  6. Die Frage, ob der Gutachter [...] die Umweltgutachten parteilich erstellt hat, kann nicht durch die Clearingstelle beantwortet werden (s. Abschnitt 2.5).

7. a) Gemäß § 3 Nr. 1 EEG 2009 gehören alle Einrichtungen zur *Anlage*, die der Stromerzeugung dienen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist „unter einer Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen zu verstehen“ (s. Abschnitt 2.8.1).
  - b) Erfolgt eine Modernisierungsmaßnahme nicht an der Wasserkraftanlage selbst, so liegt nur dann eine Modernisierungsmaßnahme gemäß § 23 Abs. 5 EEG 2009 vor, wenn zwischen der Modernisierungsmaßnahme und der Wasserkraftanlage ein räumlich-betrieblicher Zusammenhang besteht (s. Abschnitt 2.8.2).
8. Bei der angelegten Flachwasserzone der Wasserkraftanlage [...] handelt es sich unter Zugrundelegung des klägerischen Vortrags nicht um einen Anlagenteil gemäß dem Anlagenbegriff in § 3 Nr. 1 EEG 2009 (Rn. 51 f.).
9. Nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 gilt grundsätzlich ein weiter Anlagenbegriff, so dass alle Einrichtungen, die der Stromerzeugung dienen, zur Anlage gehören. Eine Flachwasserzone dient nicht der Stromerzeugung, so dass diese – ungeachtet der räumlichen Entfernung zur Wasserkraftanlage – nicht dem Anlagenbegriff unterfällt (s. Rn. 52). Eine Antwort auf die Frage, bei welcher räumlichen Entfernung eine unzweifelhafte Anlagenzugehörigkeit bestehen würde, kann nicht gegeben werden (s. Rn. 50).
10. Es ist nicht erforderlich, dass mehrere Maßnahmen nach dem Katalog des § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 umgesetzt werden, sondern es genügt die Durchführung einer Maßnahme. Entscheidend ist, dass die weiteren Anforderungen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 vorliegen. Die Frage, ob die Flachwasserzone unter Zugrundelegung des klägerischen Vortrags eine wesentliche Verbesserung darstellt, kann von der Clearingstelle nicht beantwortet werden (s. Abschnitt 2.7).

- 11. Netzbetreiber sind zur Prüfung der Mindestanforderungen der vorgelegten Bescheinigung(en) verpflichtet. Aus dem Umstand, dass über einige Jahre eine höhere Vergütung gezahlt wurde, als gesetzlich geschuldet war, ergibt sich nicht automatisch, dass kein Rückforderungsanspruch besteht. Es gilt das allgemeine Zivilrecht (u. a. Verjährung und Verwirkung, s. Abschnitt 2.6).**
- 12. Der Bescheid des Landratsamts [...] vom [...] 2018, in der Gerichtsakte als Anlage K 11 vorgelegt, erfüllt die Voraussetzungen an eine Nachweisbescheinigung gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 (s. Abschnitt 2.9).**



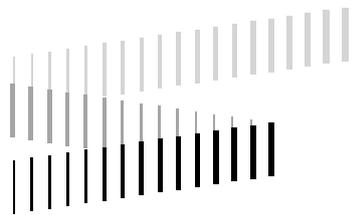
## Gliederung

<b>1 Verfahren</b>	<b>6</b>
<b>2 Begründung</b>	<b>8</b>
2.1 Prüfungsmaßstab nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 . . . . .	9
2.2 Umweltgutachten 2010 . . . . .	9
2.2.1 Anforderungen an den Nachweis . . . . .	9
2.2.2 (Nicht-)Erfüllung der Voraussetzungen durch das Umweltgutachten 2010 . . . . .	14
2.3 Umweltgutachten 2019 . . . . .	15
2.3.1 Zulässigkeit eines Nachtragsgutachtens . . . . .	15
2.3.2 Anforderungen an den Nachweis . . . . .	16
2.3.3 (Nicht-)Erfüllung der Voraussetzungen durch das Umweltgutachten 2019 . . . . .	16
2.4 Umweltgutachten 2010 und 2019 zusammen genommen . . . . .	20
2.5 Parteilichkeit . . . . .	20
2.6 Prüfungspflicht der Netzbetreiberin (Beklagten) . . . . .	21
2.7 Einzelmaßnahme und wesentliche Verbesserung . . . . .	21
2.8 Räumlich-betrieblicher Zusammenhang . . . . .	22
2.8.1 Anlagenbegriff des EEG 2009 . . . . .	22
2.8.2 Modernisierungsmaßnahme . . . . .	24
2.9 Bescheid des Landratsamts . . . . .	25

## 1 Verfahren

1 Das oben genannte Gericht hat die Clearingstelle mit Schreiben vom 18. Juni 2020 zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2021 zu folgenden Fragen ersucht:

1. Sind in dem Gutachten des Umweltgutachters [...] aus dem Juli 2010 (Anlage K 2) die Anforderungen an eine Bescheinigung gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 (Fassung v. 29.12.2009) erfüllt?
2. Welche Vorgaben, bzw. Anforderungen galten für die Erstellung einer Umweltbescheinigung im Sinne von § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 (Fassung v. 29.12.2009) im Juni 2010?
3. Wäre es nach Maßgabe des EEG möglich, diese Bescheinigung in Form des als Anlage K 9 vorgelegten Gutachtens aus 2019 „nachzubessern“? Mit welchen Rechtsfolgen wäre die Nachbesserung verbunden?
4. Welche Anforderungen galten im Jahr 2019 für die Erstellung einer Umweltbescheinigung, wenn es sich um eine Ergänzung einer Bescheinigung handelt, die unter dem 08.06.2010 erstellt wurde?
5. Genügen die Bescheinigungen die durch den Umweltgutachter erstellt wurden (jeweils einzeln, aber auch zusammen) den Anforderungen des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009?
6. Ist anhand der Gutachten oder aus sonstigen Indizien ersichtlich, dass der Gutachter [...] das Gutachten nicht neutral, mithin parteilich erstellt hat?
7. Ist dem Anlagenbegriff des EEG 2009 ein räumlich-betrieblicher Zusammenhang zugrunde zu legen, oder sind Teile der Anlage nur Einrichtungen, die der Stromerzeugung dienen?
8. Handelt es sich bei Zugrundelegung des klägerischen Vortrags bei der angelegten Flachwasserzone um einen Anlagenteil der Wasserkraftanlage [...], gemäß des Anlagenbegriffs in § 3 Nr. 1 EEG 2009, bzw. 2017?
9. Ist als Anlage gem. § 3 Nr. 1 EEG 2009 nur jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder Grubengas zu verstehen, oder ist der Anlagenbegriff des § 3 Nr. 1 EEG 2009 weiter gefasst? Würde die Flachwasserzone auch bei einiger räumlicher Entfernung dem An-



lagenbegriff unterfallen? Welche räumliche Entfernung würde eine unzweifelhafte Anlagenzugehörigkeit bedeuten?

10. Stellt die nach klägerischem Vortrag erfolgte Errichtung einer Flachwasserzone eine den Maßstäben des § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 S. 2 EEG 2009 (in der Fassung vom 29.12.2009) genügende wesentliche Verbesserung dar? Dies auch unter Zugrundelegung der Prämisse, dass es sich um eine Einzelmaßnahme handelt? Wäre hier eine Kombination von Maßnahmen erforderlich gewesen, um die Anforderungen des § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 S. 2 EEG 2009 zu erfüllen?
11. Inwieweit besteht eine Nachprüfungspflicht der Netzbetreiberin und wie ist dabei der Umstand zu würdigen, dass über einige Jahre die höhere Vergütung gezahlt wurde?
12. Erfüllt der Bescheid des Landratsamts [...] vom [...]2018, in der Gerichtsakte als Anlage K 11 vorgelegt, die Voraussetzungen an eine Nachweisbescheinigung gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009?

- 2 Die Clearingstelle hat das Stellungnahmeverfahren durch Beschluss vom 19. November 2020 angenommen.
- 3 Die Clearingstelle ist gemäß § 29a Abs. 1 VerfO mit den Mitgliedern Koch, Dr. Mutlak sowie der rechtswissenschaftlichen Koordinatorin Krumrey besetzt. Die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Krumrey war bei der Beschlussfassung der Kammer verhindert und ist nach dem Geschäftsverteilungsplan der Clearingstelle gemäß § 33 VerfO durch das Mitglied Kaps vertreten worden.<sup>6</sup> Die Beschlussvorlage hat das Mitglied 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.

<sup>6</sup>Geschäftsverteilungsplan der Clearingstelle in der Fassung vom 01.11.2020, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

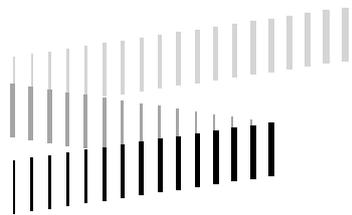
## 2 Begründung

- 5 Der Bescheid des Landratsamts [...] vom [...] 2018<sup>7</sup> stellt einen geeigneten Nachweis nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 dar, so dass der Kläger den erforderlichen Nachweis, dass durch die Modernisierungsmaßnahme der ökologische Zustand wesentlich verbessert wurde, erbracht hat (s. Abschnitt 2.9).
- 6 Sowohl das Gutachten des Umweltgutachters [...] vom 8. Juni 2010 (im Folgenden: Umweltgutachten 2010)<sup>8</sup> (s. Abschnitt 2.2) als auch das nachgereichte Gutachten desselben Gutachters vom Juni 2019 (im Folgenden: Umweltgutachten 2019)<sup>9</sup> (s. Abschnitt 2.3) sowie beide Umweltgutachten zusammen (s. Abschnitt 2.4) genügen den Anforderungen gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 nicht.
- 7 Es genügt gemäß § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009, wenn *eine* Modernisierungsmaßnahme nach den Regelbeispielen durchgeführt wurde. Es ist nicht erforderlich, dass mehrere Maßnahmen durchgeführt worden sind (s. Abschnitt 2.7).
- 8 Unerheblich ist, ob es sich bei der Modernisierungsmaßnahme um eine Modernisierung der Anlage selbst handelt, es muss jedoch zwischen der Modernisierungsmaßnahme und der Wasserkraftanlage ein räumlich-betrieblicher Zusammenhang bestehen. Ob ein räumlich-betrieblicher Zusammenhang zwischen der Flachwasserzone und der Wasserkraftanlage [...] (im Folgenden: WKA [...]) in dem vorliegenden Fall besteht, ist nicht Teil der vom Gericht vorgelegten Fragen und damit nicht von der Clearingstelle zu prüfen (s. Abschnitt 2.8.2).

<sup>7</sup>Schriftsatz des Klägers v. 05.12.2019, K 11, Bl. 100 ff. d. A.

<sup>8</sup>Schriftsatz des Klägers v. 05.12.2019, K 2, Bl. 11 ff. d. A.

<sup>9</sup>Schriftsatz des Klägers v. 05.12.2019, K 9, Bl. 47 ff. d. A.



## 2.1 Prüfungsmaßstab nach § 23 Abs. 5 EEG 2009

- 9 Voraussetzung für die Inanspruchnahme der erhöhten Vergütung gemäß § 23 Abs. 2 EEG 2009<sup>10</sup> ist u. a. gemäß § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009, dass

„nach der Errichtung oder Modernisierung der Anlage *nachweislich* ein guter ökologischer erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist.“<sup>11</sup>

Eine wesentliche Verbesserung in diesem Sinne liegt insbesondere dann vor, wenn eines der Regelbeispiele nach § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 erfüllt ist,

„soweit die betreffenden Maßnahmen einzeln oder in Kombination unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele erforderlich sind, um einen guten ökologischen Zustand zu erreichen.“

- 10 Als Nachweis einer diesen Anforderungen entsprechenden Modernisierungsmaßnahme gilt gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009

„die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde oder einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft“.

## 2.2 Umweltgutachten 2010

- 11 Das Umweltgutachten 2010 genügt nicht den Anforderungen an eine Bescheinigung gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009.

### 2.2.1 Anforderungen an den Nachweis

- 12 Grundsätzlich ist eine Bescheinigung im Sinne des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 dann zum Nachweis geeignet, wenn sie objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und

<sup>10</sup>Die gegenständliche WKA [...] ist mit einer installierten Leistung von 80 kW kleiner als 50 MW und wurde vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen.

<sup>11</sup>Hervorhebung nicht im Original.

schlüssig ist.<sup>12</sup> Wird der Nachweis nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 durch eine Bescheinigung eines Umweltgutachters erbracht, die vor dem 26. April 2012 erstellt wurde, mithin vor Veröffentlichung der verbindlichen Vorgaben (im Folgenden: Informationsblatt)<sup>13</sup> der Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mbH (im Folgenden: DAU), so ist das Gutachten geeignet, wenn es:

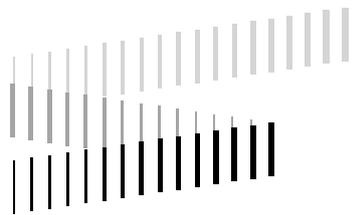
„ [...]

- 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 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.“<sup>14</sup>

**13 Durchführung einer Maßnahme nach den Regelbeispielen** Handelt es sich bei der durchgeführten Modernisierungsmaßnahme um eines der Regelbeispiele in § 23 Abs. 5 Satz 2

<sup>12</sup>So 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. 4 f.; *OLG München*, Ur. v. 25.04.2012–3 U 891/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2173>, S. 5 f.; *OLG Naumburg*, Ur. v. 02.09.2010–1 U 37/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1401>, S. 13 f.; *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. 16 f.; *LG Deggendorf*, Ur. v. 13.07.2021–31 O 78/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6128>, S. 4 f.; *LG Konstanz*, Ur. v. 18.12.2020–7 O 33/19 KfH, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5988>, S. 7 f. Siehe zur Auseinandersetzung mit der Gegenansicht ausführlich Rn. 16 ff.

<sup>13</sup>Die DAU hat am 26.04.2012 die Veröffentlichung „Informationen für Umweltgutachter 1/2012 Erneuerbaren-Energien-Gesetz 2009: Anforderungen an die Begutachtung von Wasserkraftanlagen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009“



EEG 2009, so gilt eine privilegierte Nachweispflicht. Dazu hat die Clearingstelle in dem Votum 2010/18 wie folgt ausgeführt:

„Bereits der Wortlaut von Satz 2 verdeutlicht, dass das Gesetz eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands nur unter zwei kumulativen Voraussetzungen (,wenn‘ und ,soweit‘) regelmäßig als gegeben ansieht:

1. Die im Katalog genannten Aspekte müssen *wesentlich verbessert* (oder die beiden nach dem Katalog genannten Maßnahmen durchgeführt) worden sein.
2. Die betreffenden Maßnahmen müssen einzeln oder in Kombination *unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele erforderlich sein, um einen guten ökologischen Zustand zu erreichen.*<sup>15</sup>

- 14 Folglich bedeutet die Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme nach dem Katalog in § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 nicht, dass allein deren Durchführung bzw. die Aussage, dass eine solche durchgeführt worden sei, dazu führt, dass damit bereits eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands vorliegt bzw. zwingend zur Folge hat.<sup>16</sup>
- 15 Diese Anforderungen ergeben sich aus der Konkretisierung des unbestimmten Begriffs „Nachweis“ in § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 und mussten dem Gutachter aufgrund der üblichen Sorgfalt bereits im Jahr 2010 bei Erstellung des Gutachtens bekannt gewesen sein.<sup>17</sup>
- 16 **Überprüfungsrecht** Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass es in § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 „Bescheinigung“ heißt und nicht „Gutachten“.
- 17 So hat jüngst das *LG Konstanz* geurteilt, dass eine Bescheinigung schon dem Wortlaut nach keiner Begründung oder ausführlichen gutachterlichen Herleitung des gefundenen Ergebnisses bedürfe.<sup>18</sup> Eine Bescheinigung durch einen Umweltgutachter sei mit

---

an die zugelassenen Umweltgutachter, Umweltgutachterorganisationen und Fachkenntnisbescheinigungsinhaber versendet, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/sonstiges/1909>.

<sup>14</sup> Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Leitsatz 2 Buchstabe c Unterpunkt 2. Auslassung nicht im Original.

<sup>15</sup> Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 69.

<sup>16</sup> Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 71.

<sup>17</sup> Clearingstelle, Stellungnahme v. 04.08.2015 – 2015/19/Stn, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/stellungnv/2015/19>, Rn. 11.

<sup>18</sup> *LG Konstanz*, Urte. v. 18.12.2020 – 7 O 33/19 KfH, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5988>, S. 8 f.

einer Behördenbescheinigung gleichzustellen, da diese nicht durch irgendeinen beliebigen Umweltgutachter ausgestellt werden könne, sondern nach dem Gesetz einen von der DAU zugelassenen Umweltgutachter als Verfasser erfordert. Aus diesem Erfordernis ergebe sich ein Gleichlauf des Vertrauens.<sup>19</sup> Des Weiteren handele es sich bei der Nachweispflicht um eine Entlastung für die Parteien, so dass diese sich auf die Gültigkeit der Bescheinigung verlassen müssen dürften. Denn die Parteien könnten die Voraussetzungen nicht oder zumindest nur sehr eingeschränkt selber prüfen und eine Nachprüfung zu einem späteren Zeitpunkt sei schwierig – zumindest in zivilprozessualer Hinsicht für die Beweisführung.<sup>20</sup>

18 Das *OLG Stuttgart* hat mit Urteil vom 15. Januar 2021 entschieden, dass zwar eine Plausibilitätsprüfung durch das Gericht stattfinden könne, allerdings dem Gutachter ein weiter Beurteilungs- und somit auch Darstellungsspielraum zukomme. Somit müsse der Gutachter beispielsweise nicht die Verbesserung aus den Bewirtschaftungsplänen herleiten, da dies die Vorgängerregelung zum § 23 Abs. 5 EEG 2009 auch nicht vorgesehen habe.<sup>21</sup>

19 Diese Entscheidungen überzeugen nicht.<sup>22</sup> In dem Votum 2010/18 hat die Clearingstelle bereits ausgeführt:

„Die Clearingstelle EEG verkennt nicht, dass § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 ‚Bescheinigung‘ verwendet und nicht ‚Gutachten‘. Zwar scheint begrifflich eine Bescheinigung weniger anspruchsvoll zu sein als ein Gutachten. Die Anforderungen, die rechtlich an eine ‚Bescheinigung‘ zu stellen sind, sind im Falle des § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 gleichwohl denen eines Gutachtens angenähert. Dies ergibt sich bereits bei einer systematischen Betrachtung des Begriffes der Bescheinigung, der im EEG 2009 an verschiedenen Stellen verwendet wird. Insbesondere §§ 41 Abs. 2, 27 Abs. 5 Satz 1, 66 Abs. 1 Nr. 4a, Anlage 3 Nr. II.1 Satz 2 EEG 2009 und § 59 BioSt-NachV [...] verwenden ‚Bescheinigung‘ in Zusammenhängen, in denen das Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend eine gutachterliche Prüfung durch die Person, die die Bescheinigung ausstellt, voraussetzt. Daraus folgt, dass eine Bescheinigung, an die das Gesetz besondere

<sup>19</sup> LG Konstanz, Urte. v. 18.12.2020–7 O 33/19 KfH, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5988>, S. 9 f.

<sup>20</sup> LG Deggendorf, Urte. v. 13.07.2021–31 O 78/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6128>, S. 5; LG Konstanz, Urte. v. 18.12.2020–7 O 33/19 KfH, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5988>, S. 9 f.; OLG Hamm, Beschl. v. 26.09.2018–30 U 4/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4704>, Rn. 41 ff.

<sup>21</sup> OLG Stuttgart, Urte. v. 05.02.2021–5 U 183/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5926>, S. 18.

<sup>22</sup> So auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.06.2021–4 U 219/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6130>, S. 6.

Erfordernisse knüpft, erkennen lassen muss, dass [sie] aufgrund einer gutachterlichen Untersuchung erstellt wurde. Insbesondere § 59 Abs. 2 BioSt-NachV zeigt, dass eine Bescheinigung nicht zwingend bereits dann vorliegt, wenn ohne weitere Erläuterungen ein Umstand gleichsam nur ‚quittiert‘ wird. Dass an die Bescheinigung i. S. v. § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 höhere Anforderungen zu stellen sind, ergibt sich auch aus der funktionalen Gleichstellung mit einer behördlichen Zulassung. Wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) werden behördliche Zulassungen nur und erst aufgrund einer gründlichen Prüfung der gesetzlichen und tatsächlichen Gegebenheiten ausgestellt. Hinter diesem Anforderungsniveau dürfen Bescheinigungen nicht zurückbleiben, weil andernfalls die funktionale Gleichstellung von Zulassung und Bescheinigung unbegründet wäre.

Unberührt hiervon bleibt das Recht der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, den Nachweis auf andere Weise zu führen, bspw. durch das Gutachten von sonstigen Sachverständigen. [...] Einem solchen Nachweis kommt indes nicht die Wirkung der widerleglichen Vermutung nach § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 zu, so dass es insoweit bei den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln bleibt, d. h. im Falle des substantiierten Bestreitens durch den Netzbetreiber bliebe die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber vollumfänglich beweisbelastet und die Beweislast würde nicht auf den Netzbetreiber verschoben.“<sup>23</sup>

- 20 Ergänzend zu diesen Ausführungen ist im Hinblick auf die Argumentation des *LG Konstanz* darauf hinzuweisen, dass es nach strenger Lesart der Ansicht des Landgerichts keine Korrekturmöglichkeiten bzw. Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die „Bescheinigung“ eines Umweltgutachters geben würde. Darüber hinaus gilt nach § 286 Abs. 1 ZPO<sup>24</sup> der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, welcher voraussetzt, dass das Gericht die Beweise kritisch und individuell beurteilt, so dass u. a. Gutachten, deren Schlussfolgerungen erhebliche Zweifel aufwerfen, nicht gefolgt werden kann.<sup>25</sup> Ein Ausschluss der gerichtlichen Überprüfbarkeit ist daher nicht möglich.

<sup>23</sup> *Clearingstelle*, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 76 f.

<sup>24</sup> Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung – ZPO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 05.12.2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 05.10.2021 (BGBl. I S. 2363).

<sup>25</sup> *Greger*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 286, Rn. 13a; *Saenger*, Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2021, § 286 Rn. 4.

- 21 Im Hinblick auf das Urteil des *OLG Stuttgart* ist anzumerken, dass die Vorgängerregelung des § 23 Abs. 5 EEG 2009, nämlich § 6 Abs. 1 Satz 2 EEG 2004 ebenso wie die Übergangsbestimmung in § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004<sup>26</sup> schon dem Wortlaut nach nicht auf die Bewirtschaftungsziele abstellte. Im Gegensatz dazu verlangt allerdings § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 ausdrücklich, dass die Modernisierungsmaßnahme „unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele erforderlich sind, um einen guten ökologischen Zustand zu erreichen.“ Es ist daher explizit im Gesetz vorgesehen, dass sich die Modernisierungsmaßnahme an diesen Zielen orientieren muss.<sup>27</sup> Ein Grund, weshalb auf ein ausdrücklich genanntes gesetzliches Tatbestandsmerkmal ohne Weiteres verzichtet werden kann, ist nicht ersichtlich.
- 22 Darüber hinaus erfolgt nach dem in Abschnitt 2.2.1 dargelegten Maßstäben keine inhaltliche Überprüfung, sondern es werden nach der ständigen Rechtsprechung sowie der Entscheidungspraxis der Clearingstelle lediglich die formalen Anforderungen sowie die Schlüssigkeit, Widerspruchsfreiheit und objektive Nachvollziehbarkeit geprüft.

### 2.2.2 (Nicht-)Erfüllung der Voraussetzungen durch das Umweltgutachten 2010

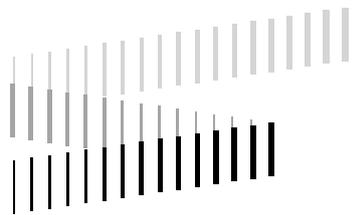
- 23 Das Umweltgutachten 2010 entspricht nicht den Anforderungen nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009. Zwar handelt es sich vorliegend um die Durchführung einer der in den Regelbeispielen des § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 aufgeführten Maßnahmen (Anlegen einer Flachwasserzone), allerdings ist auch bei dem Vorliegen einer solchen Maßnahme die Beachtung der Bewirtschaftungsziele sowie der Erforderlichkeit der Maßnahme zur Erreichung eines guten ökologischen Zustands gerade vor dem Hintergrund eben jener Bewirtschaftungsziele notwendig.<sup>28</sup> Voraussetzung ist demnach, dass in dem Gutachten jedenfalls die Bewirtschaftungsziele dargestellt werden.<sup>29</sup>
- 24 In dem Umweltgutachten 2010 fehlt es schon an der Darstellung der einschlägigen Bewirtschaftungsziele für den gegenständlichen Wasserabschnitt. Dementsprechend findet sodann auch keine Bewertung in dem Umweltgutachten 2010 statt, ob das Anlegen

<sup>26</sup> Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.12.2006 an geltenden Fassung, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004.

<sup>27</sup> BT-Drs. 16/9477, S. 25, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/933>.

<sup>28</sup> Siehe Rn. 13 f.

<sup>29</sup> *Clearingstelle*, Votum v. 10.06.2013 – 2013/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/21>, Rn. 51.



der Flachwasserzone erforderlich war, um unter Beachtung eben jener Bewirtschaftungsziele einen guten ökologischen Zustand zu erreichen. Zudem mangelt es an der Beschreibung des Gewässers sowie der Darstellung dessen ökologischen Zustands und Potenzials. Es sind keine fachlichen Maßstäbe erkennbar, die zur Beurteilung des Gewässers durch den Umweltgutachter geführt haben. Auch fehlt es an der fachlichen Begutachtung der betroffenen Fauna. Nicht einmal die Modernisierungsmaßnahme selbst wurde konkret beschrieben. So wird die Erforderlichkeit des Anlegens einer Flachwasserzone, um einen guten ökologischen Zustand zu erreichen, nicht dargestellt, nicht einmal die genauen Ausmaße und die Lage der Flachwasserzone werden im Umweltgutachten 2010 erwähnt.

### 2.3 Umweltgutachten 2019

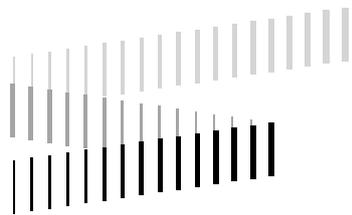
- 25 Auch das Umweltgutachten 2019 erfüllt nicht die verbindlichen Vorgaben der DAU und ist daher nicht zum Nachweis gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 geeignet.

#### 2.3.1 Zulässigkeit eines Nachtragsgutachtens

- 26 Grundsätzlich ist eine Korrektur des ursprünglichen Gutachtens bzw. eine Neubegutachtung zu einem späteren Zeitpunkt zur Vorlage gegenüber dem Netzbetreiber zulässig.<sup>30</sup> In einem solchen Fall besteht der Anspruch des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber auf die Vergütung nach § 23 EEG 2009 seit dem Abschluss der Modernisierungsmaßnahme und nicht erst mit der Vorlage des neuen Gutachtens.<sup>31</sup> Im Übrigen kann der

<sup>30</sup> 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; 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. Offen gelassen von OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.06.2021 – 4 U 219/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6130>, S. 8.

<sup>31</sup> Clearingstelle, Schiedsspruch v. 27.06.2018 – 2018/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2018/21>, Rn. 71; Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 84. A.A. OLG Dresden, Urt. v. 03.07.2012 – 9 U 1568/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2154>, S. 7 f. Vergütungsansprüche können jedoch verjähren, vgl. dazu Clearingstelle, Votum v. 24.11.2008 – 2008/7, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/EmpfV/2008/7>, Rn. 84.



Nachweis gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 auch durch andere Beweismittel erbracht werden, beispielsweise durch das Gutachten eines Sachverständigen.<sup>32</sup>

### 2.3.2 Anforderungen an den Nachweis

27 Das Umweltgutachten 2019 hat den Anforderungen des Informationsblatts der DAU zu entsprechen.<sup>33</sup> Bescheinigungen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009, die nach dem 26. April 2012 erstellt wurden, sind dann zum Nachweis geeignet, wenn diese objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und schlüssig sind. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn die Bescheinigung in Umfang, Aufbau und Prüfungsmaßstab den für die Umweltgutachterinnen und -gutachter verbindlichen Vorgaben der DAU folgt.<sup>34</sup>

### 2.3.3 (Nicht-)Erfüllung der Voraussetzungen durch das Umweltgutachten 2019

28 Das Umweltgutachten 2019 ist nicht als Nachweis geeignet, da es weder den Anforderungen der DAU genügt (s. Rn. 29 ff.) noch substantiiert die ökologische Verbesserung anhand der Bewirtschaftungsziele für den konkreten Fall gutachterlich darstellt (s. Rn. 39 ff.).

29 In dem Umweltgutachten 2019 fehlen indessen wesentliche Inhalte im Hinblick auf die Vorgaben der DAU zur

- Beschreibung des gewässerökologischen Ist-Zustandes (s. unten Rn. 30),
- der Beschreibung der Bewirtschaftungsziele anhand der vorhandenen Dokumente (s. unten Rn. 31),
- der Beschreibung des guten ökologischen Zustands bzw. Potentials (Sanierungspotential) nach der Definition in der WRRL und Gesamtheit der möglichen Verbesserungsmaßnahmen (Soll-Zustand) im Hinblick auf die Erfüllung der wasserrechtlichen Bewirtschaftungsziele (s. unten Rn. 33),

<sup>32</sup> Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 77. A.A. OLG Hamm, Beschl. v. 26.09.2018–30 U 4/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4704>, S. 9 ff.

<sup>33</sup> Die DAU hat am 26.04.2012 die Veröffentlichung „Informationen für Umweltgutachter 1/2012 Erneuerbaren-Energien-Gesetz 2009: Anforderungen an die Begutachtung von Wasserkraftanlagen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009“ an die zugelassenen Umweltgutachter, Umweltgutachterorganisationen und Fachkenntnisbescheinigungsinhaber versendet, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/sonstiges/1909>.

<sup>34</sup> Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Leitsatz 2 Buchstabe c.

- Beschreibung der Modernisierungsmaßnahme (s. unten Rn. 35) und
- der Wesentlichkeitsbetrachtung (s. unten Rn. 36).

- 30 **Beschreibung des gewässerökologischen Ist-Zustandes** Die Beschreibung des gewässerökologischen Zustands erfolgt in Abschnitt 3.2. des Umweltgutachtens 2019 (S. 16–19). Die Beschreibung ist insoweit unzureichend, als dass zwar die vorkommenden Fischarten kurz in einem Abschnitt aufgezählt werden (S. 18), allerdings finden sich keine Aussagen zu den Mindestwasseransprüchen der vorhandenen Fischfauna. Zudem fehlen Angaben zu den Wanderungs- und Durchgängigkeitsansprüchen der vorkommenden Fischarten. Dies ist jedoch nach den Vorgaben der DAU erforderlich.<sup>35</sup>
- 31 **Beschreibung der Bewirtschaftungsziele anhand der vorhandenen Dokumente** Die Beschreibung der Bewirtschaftungsziele erfolgt in Abschnitt „3.3 Verfügbare Informationen nach der Wasserrahmenrichtlinie Stand 2010“ (S. 20 f.). Es wird auf die WRRL Bezug genommen (S. 20) und es werden zwei weitere Quellen angegeben.<sup>36</sup> Im weiteren werden die aufgrund des Ist-Zustands entwickelten und katalogisierten Maßnahmen beschrieben (S. 20).
- 32 Die Darstellung ist vor allem im Hinblick auf die Angabe der Quellen ungenügend, da die Quellen nur beispielhaft angegeben werden und im weiteren Text nicht auf diese in nachvollziehbarer Weise Bezug genommen wird. So ist unklar, aus welchem Dokument die aufgeführten Maßnahmen für den Oberflächenwasserkörper [...] (im Folgenden: „OWK-[...]“) abgeleitet wurden. Zudem bleibt offen, ob weitere rechtliche Regelungen bzw. Auflagen an dem Standort einzuhalten sind. Die Darstellung der einschlägigen Bewirtschaftungsziele und Programme erfolgt nur oberflächlich und ist daher insgesamt unzureichend (S. 20 f.).<sup>37</sup>

<sup>35</sup>Siehe zu den Anforderungen: DAU, Informationsblatt 1/2012, S. 4, abrufbar unter: <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/sonstiges/1909>.

<sup>36</sup>So werden genannt: „Bericht zum Zustand der sächsischen Wasserkörper / LfILG 2009; Beiträge zu den Maßnahmenprogrammen der FGs Elbe und Oder vom Sächsischen Umweltministerium“.

<sup>37</sup>Siehe zu den Anforderungen: DAU, Informationsblatt 1/2012, S. 4, abrufbar unter: <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/sonstiges/1909>.

33

**Beschreibung des guten ökologischen Zustands / Potentials (Sanierungspotential) nach der Definition in der WRRL und Darstellung / Beschreibung der Gesamtheit der möglichen Verbesserungsmaßnahmen (Soll-Zustand) im Hinblick auf die Erfüllung der wasserrechtlichen Bewirtschaftungsziele** Zwar erfolgt eine Beschreibung der Handlungsmöglichkeiten zur ökologischen Verbesserung für den Standort für weitere Maßnahmen nach den Regelbeispielen in § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 in dem Abschnitt „4.1 Bewertung der einzelnen Anforderungen nach § 23 EEG“ (S. 21 – 25). Allerdings fehlt es an einer Inbezugsetzung der möglichen Maßnahmen zu den Zielen der WRRL sowie der Bewirtschaftungsziele. An dieser mangelhaften Darstellung ändern auch die Ausführungen im Abschnitt 3.3 des Gutachtens nichts (S. 20 f.), da die dortigen kurzen Ausführungen zur WRRL und den Bewirtschaftungszielen nicht ins Verhältnis zu den konkreten Verbesserungsmaßnahmen gesetzt wurden. Ungeachtet dessen, fehlt es in beiden Abschnitten an einer Darstellung des Soll-Zustands. Zudem fehlt es an einer Gewichtung der möglichen Maßnahmen. So wäre hier ausweislich der Vorgaben der DAU insbesondere angezeigt gewesen, die Maßnahme der Verbesserung der Uferstruktur gegenüber dem Anlegen einer Flachwasserzone zu evaluieren.<sup>38</sup> Stattdessen stellt der Gutachter im Gutachten lediglich fest:

„Aufgrund der vorstehenden Rahmenbedingungen ist für den Kraftwerksbetreiber nur eine sinnvolle und realistische Möglichkeit vorhanden, das Gewässer ökologisch wirklich zu verbessern. Dabei handelt es sich um eine Verbesserung der Uferstruktur im Staubereich. Dadurch können u. a. eine strukturelle Vielfalt, die Herstellung eines Rückzugsgebietes, die Schaffung eines (ungestörten) Laichplatzes und ein neuer Lebensraum, erreicht werden.“<sup>39</sup>

34

Es ist an dieser Stelle sowie in den weiteren Ausführungen des Umweltgutachtens 2019<sup>40</sup> schon fraglich, ob dem Gutachter die Unterscheidung zwischen den Regelbeispielen „Verbesserung der Uferstruktur“ gemäß § 23 Abs. 5 Satz 2 Buchstabe e EEG 2009 und dem „Anlegen einer Flachwasserzone“ nach § 23 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 EEG 2009 bewusst war. Darüber hinaus ist der Umstand, dass nur eine Möglichkeit zur ökologischen Verbesserung vorhanden war unerheblich für die Frage, welche Maßnahmen im Hinblick auf die Bewirtschaftungsziele erforderlich sind.

<sup>38</sup>Siehe zu den Anforderungen: DAU, Informationsblatt 1/2012, S. 4 f., abrufbar unter: <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/sonstiges/1909>.

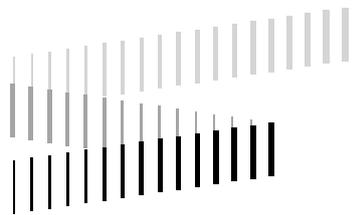
<sup>39</sup>Schriftsatz des Klägers v. 05.12.2019, K9, Bl. 47 ff. d. A.; Umweltgutachten 2019, S. 25.

<sup>40</sup>Siehe dazu vor allem die Ausführungen im Gutachten zur Wesentlichkeit: Schriftsatz des Klägers v. 05.12.2019, K9, Bl. 47 ff. d. A.; Umweltgutachten 2019, S. 34.

- 35 **Beschreibung der Modernisierungsmaßnahme** Die Beschreibung der Modernisierungsmaßnahme erfolgt in Abschnitt „5.1 Beschreibung der Modernisierung“ (S. 25 – 30) und ist durch Fotografien belegt. Es fehlen jedoch insoweit Aussagen zu dem dauerhaften Bestand der Flachwasserzone. Zudem fehlt es an Informationen dazu, ob die Maßnahme nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik und nach ökologischen Kriterien geplant und durchgeführt worden ist.<sup>41</sup>
- 36 **Wesentlichkeitsbetrachtung** Sodann wird in dem Abschnitt „5.2 Bewertung des ökologischen Zustandes nach Abschluss der Modernisierung“ (S. 31 – 36) ausgeführt, dass durch die Maßnahme des Betreibers die Maßnahme Nr. 73 (Verbesserung von Habitaten im Uferbereich) umgesetzt worden sei (S. 31 f.) und im Weiteren finden sich Ausführungen zur Wesentlichkeit (S. 34 f.).
- 37 Nach den Vorgaben der DAU bedarf es bei der Wesentlichkeitsprüfung einer fachlich fundierten Begründung der Wesentlichkeit der Verbesserung. Hierbei handele es sich um das Kernstück des Gutachtens. Denn nicht jede Verbesserung sei eine wesentliche Verbesserung. Es bedürfe daher nach den Vorgaben der DAU einer nachvollziehbaren Begründung der Abwägung, inwiefern die Modernisierungsmaßnahme hinsichtlich des Zielzustandes erforderlich war, um einen guten ökologischen Zustand zu erreichen. Eingeschlossen von einer solchen Begründung sei die Bewertung der Funktionsfähigkeit.<sup>42</sup>
- 38 Im vorliegenden Fall ist die Begründung des Gutachters zwar nachvollziehbar und die Wesentlichkeit der Maßnahme zur Verbesserung des ökologischen Zustands wird explizit adressiert, allerdings fehlt es sowohl an einer Abwägung als auch an einer konkreten Darstellung der Verhältnisse vor Ort. So handelt es sich bei den Aussagen zur Verbesserung um allgemeine Aussagen, für die aber kein Bezug zu dem konkreten Standort hergestellt wird. Aufgrund dieser fehlenden Angaben wird auch nicht deutlich, warum es sich um eine *wesentliche* Verbesserung des bisherigen ökologischen Zustands der OWK[...] handeln soll.
- 39 Insgesamt fehlt es ferner an einer substantiierten und schlüssigen Darlegung, dass das Anlegen der Flachwasserzone im Hinblick auf die wasserökologische Ausgangslage eine *wesentliche* ökologische Verbesserung darstellt. Es genügt insoweit nicht, lediglich zu statuieren, dass es an Ausbuchtungen und Rückzugsorten fehle (S. 19) und durch das Anlegen einer Flachwasserzone die für den Wasserabschnitt festgelegte Maßnahme Nr. 73

<sup>41</sup>Siehe zu den Anforderungen: DAU, Informationsblatt 1/2012, S. 5, abrufbar hier: <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/sonstiges/1909>.

<sup>42</sup>DAU, Informationsblatt, S. 5 f., abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/sonstiges/1909>.



zur Verbesserung von Habitaten im Uferbereich umgesetzt wurde (S. 76), so dass eine wesentliche ökologische Verbesserung erfolgt sei. Für die Darlegung bedarf es vielmehr einer ausführlichen Beschreibung der Sachlage, die insbesondere die durch die Modernisierungsmaßnahme zu behebenden Missstände beschreibt. Zudem bedarf es im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer Beschreibung von eventuellen weiteren Modernisierungsmöglichkeiten sowie einer Abwägung und Priorisierung derselben.

- 40 Schließlich ist in dem Umweltgutachten 2019 nicht die Erforderlichkeit des Anlegens der Flachwasserzone unter Beachtung der einschlägigen Bewirtschaftungsziele dargestellt. Es fehlt hier an der Auseinandersetzung mit der Verknüpfung der Darlegung der Wesentlichkeit und der Bewirtschaftungsziele. Eine solche Auseinandersetzung konnte aufgrund der oberflächlichen Beschreibung des Ist-Zustandes vor der Modernisierungsmaßnahme im Hinblick auf die Lage der Fischfauna sowie der fehlenden Darstellung eines Soll-Zustandes schon gar nicht erfolgen. Denn nur durch den Vergleich des durch die entsprechenden Quellen nachgewiesenen Ausgangs- und Zielzustandes kann die Wesentlichkeit der Maßnahme schlüssig dargestellt werden.<sup>43</sup>

## 2.4 Umweltgutachten 2010 und 2019 zusammen genommen

- 41 Die Geeignetheit der Umweltgutachten 2010 und 2019 ergibt sich auch nicht aus beiden zusammen. Denn das größte Defizit beider Umweltgutachten stellt die fehlende Inbezugnahme der Bewirtschaftungsziele sowie der Vergleich zwischen dem Ist- und Soll-Zustand dar. Da dieser Aspekt jedoch in keinem der beiden Umweltgutachten ausreichend Berücksichtigung findet, sind die Umweltgutachten auch nicht zusammen genommen als Nachweis nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 geeignet.

## 2.5 Parteilichkeit

- 42 Die Frage, ob der Gutachter die Umweltgutachten 2010 und 2019 parteilich erstellt hat, ist durch die DAU und/oder die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu klären.<sup>44</sup> Es handelt sich daher nicht um eine Auslegungsfrage des EEG. Eine Beurteilung durch die Clearingstelle ist daher ausgeschlossen.

<sup>43</sup> Clearingstelle, Votum v. 10.06.2013 – 2013/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/21>, Rn. 65.

<sup>44</sup> Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 85 ff.

## 2.6 Prüfungspflicht der Netzbetreiberin (Beklagten)

- 43 Netzbetreiber sind dazu angehalten zu prüfen, ob die Bescheinigung des Umweltgutachters nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 die Mindestanforderungen erfüllt. Netzbetreiber sind folglich also nicht bloß zur Prüfung berechtigt, sondern vielmehr im Hinblick auf die Einhaltung der Mindestanforderungen zur Prüfung verpflichtet.<sup>45</sup> Allerdings steht es dem Netzbetreiber nicht zu, eigene fachliche Feststellungen oder Bewertungen zu treffen zu der Frage, ob die durchgeführte Maßnahme die Voraussetzungen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 erfüllt, und diese anstelle der Ergebnisse des Gutachtens zugrunde zu legen.<sup>46</sup>
- 44 Zwar trifft den Netzbetreiber die beschriebene Pflicht zur Überprüfung, allerdings führt der Umstand, dass über einige Jahre eine erhöhte Vergütung ausgezahlt und der Prüfpflicht erst nach Ablauf einiger Jahre nachgekommen wurde, nicht automatisch zum Ausschluss der Rückforderung beispielsweise wegen eines Schuldanerkenntnisses.<sup>47</sup> Es gelten insoweit die zivilrechtlichen Grundsätze der Verjährung und Verwirkung.<sup>48</sup>

## 2.7 Einzelmaßnahme und wesentliche Verbesserung

- 45 Nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 ist es nicht notwendig, dass mehrere Modernisierungsmaßnahmen nach den Regelbeispielen umgesetzt wurden. Es genügt vielmehr, dass *eine* der dort aufgeführten Maßnahmen oder aber auch eine gänzlich andere Maßnahme durchgeführt worden ist, soweit die weiteren Voraussetzungen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 gegeben sind (s. Abschnitte 2.2.1 und 2.3.2).<sup>49</sup>

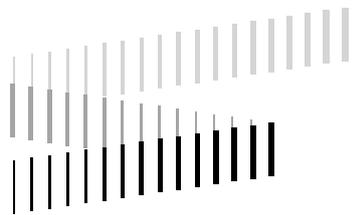
<sup>45</sup> Clearingstelle, Votum v. 10.06.2013 – 2013/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/21>, Rn. 45. Siehe zu den Mindestanforderungen zudem Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 65 ff.

<sup>46</sup> Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Leitsatz 3a; Clearingstelle, Votum v. 10.06.2013 – 2013/21, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/21>, Rn. 45.

<sup>47</sup> Siehe dazu OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.06.2021 – 4 U 219/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6130>, S. 5. Siehe zu der Wirkung eines Bestätigungsschreibens in diesem Sinne auch OLG Stuttgart, Urte. v. 05.02.2021 – 5 U 183/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5926>, S. 22 f.

<sup>48</sup> Siehe zum Ausschluss der Rückforderung nach § 814 BGB und der Verwirkung (beides abgelehnt): OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.06.2021 – 4 U 219/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6130>, S. 9 ff.; in der Vorinstanz bejaht LG Freiburg im Breisgau, Urte. v. 14.09.2020 – 6 O 190/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6118>, S. 6 ff.

<sup>49</sup> Clearingstelle, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 72; OLG Hamm, Beschl. v. 26.09.2018 – 30 U 4/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4704>, S. 8. Auf den Anlagenbegriff nach dem EEG 2017 (s. Frage 8 des Gerichts) kommt es vorliegend nicht an, da es auf den Begriff der Anlage nicht ankommt für eine Modernisierungsmaßnahme nach § 23 Abs. 5 EEG 2009.



46 Die in diesem Zusammenhang vom Gericht vorgelegte Frage, ob die nach klägerischem Vortrag erfolgte Errichtung einer Flachwasserzone eine den Maßstäben des § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 EEG 2009 genügende wesentliche Verbesserung darstelle, kann nicht durch die Clearingstelle beantwortet werden, da dieser zum einen die Informationen fehlen, um dies zu beurteilen,<sup>50</sup> und zum anderen die Expertise in der Gewässerökologie. Die Clearingstelle kann folglich lediglich die juristische Verwertbarkeit von vorgelegten Beweisen überprüfen ähnlich einem Gericht. Eigene fachliche Bewertungen können nicht vorgenommen werden, da dieser sowohl die einer solchen Beurteilung zugrunde zu legenden Informationen als auch die zertifizierte Fachkunde im Bereich der Gewässerökologie fehlen.

## 2.8 Räumlich-betrieblicher Zusammenhang

47 Die von dem Kläger errichtete Flachwasserzone stellt keinen Teil der Anlage im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009 dar. Teil der Anlage in diesem Sinne sind nur solche Einrichtungen, die der Stromerzeugung dienen (s. Abschnitt 2.8.1). Für das Vorliegen einer wirksamen Modernisierungsmaßnahme nach § 23 Abs. 2, 5 EEG 2009 ist es nicht erforderlich, dass die Maßnahme an der Anlage (i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2009) durchgeführt wird. Es genügt, wenn diese im räumlich-betrieblichen Zusammenhang mit der Wasserkraftanlage steht (s. Abschnitt 2.8.2). Ob ein solcher in dem vorliegenden Fall gegeben ist, ist nicht Gegenstand der vorgelegten Frage und ist somit nicht durch die Clearingstelle zu entscheiden.

### 2.8.1 Anlagenbegriff des EEG 2009

48 Der Anlagenbegriff des EEG 2009 selbst setzt einen räumlichen-betrieblichen Zusammenhang in dem Sinne voraus, dass nach der Rechtsprechung des BGH „unter einer Anlage nach § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen zu verstehen“ ist.<sup>51</sup>

49 Eine Anlage ist gemäß § 3 Nr. 1 EEG 2009 jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas.<sup>52</sup> Dem Wortlaut nach kommt es für das

<sup>50</sup>So fehlen u. a. Informationen zum Ist-Zustand, s. Rn. 31 und 40.

<sup>51</sup>BGH, Urt. v. 23.10.2013–VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2363>, Leitsatz 1; ebenso vorinstanzlich OLG Brandenburg, Urt. v. 17.07.2012–6 U 50/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/1987>, S. 8 f.

<sup>52</sup>Als Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas gelten auch solche Einrichtungen, die zwischengespeicherte Energie, die ausschließlich aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandeln, vgl. § 3 Nr. 1 Satz 2 EEG 2009.

Vorliegen einer „Anlage“ darauf an, dass die Einrichtung der Erzeugung von Strom dient. Der Gesetzgeber führte mit dem EEG 2009 einen weiten Anlagenbegriff ein. So umfasse § 3 Nr. 1 Satz 1 EEG 2009 ausweislich der Gesetzesbegründung zunächst *jede* Einrichtung, die es technisch und baulich bedarf, um Strom zu erzeugen, ohne alleine auf die erzeugende Einrichtung abzustellen. Beispielsweise sei ein Gärrestlager mindestens aus dem Fachrecht zwingend erforderlich für den Betrieb der Biogasanlage und eine Staumauer diene insoweit der Stromerzeugung durch Wasserkraft, als dass sich die Stromerzeugung der Anlage unter anderem damit steuern lässt. Ein Verwaltungsgebäude diene der Anlage zwar mittelbar, um deren Betrieb zu überwachen, werde jedoch ausdrücklich nicht vom Anlagenbegriff umfasst.<sup>53</sup>

50 Die vom Gericht vorgelegte Frage 9, welche räumliche Entfernung einer Einrichtung eine unzweifelhafte Anlagenzugehörigkeit bedeuten würde, kann daher nicht beantwortet werden, da Voraussetzung für die Zugehörigkeit einer Einrichtung zur Anlage im Sinne des EEG deren Eigenschaft der Stromerzeugung ist sowie das Kriterium der technischen Funktionalität sowie deren bauliche Notwendigkeit (s. Rn. 48). Unabhängig davon handelt es sich allerdings bei einer Flachwasserzone nicht um einen Teil der Anlage, da eine Flachwasserzone nicht der Stromerzeugung dient (s. Rn. 52).

51 **Flachwasserzone als Teil der WKA [...]** Aus dem Vortrag des Klägers ergibt sich nicht, dass es sich bei der Flachwasserzone um einen Teil der WKA [...] handelt. So trägt der Kläger vor, dass es unerheblich sei, ob es sich bei der angelegten Flachwasserzone um einen Teil der Wasserkraftanlage handele.<sup>54</sup> Bereits aus dieser Aussage ergibt sich aus Sicht der Clearingstelle, dass der Kläger selbst die Flachwasserzone nicht als Anlagenteil ansieht.

52 Ungeachtet dessen ist die streitgegenständliche Flachwasserzone nicht Teil der Anlage, da sie weder unmittelbar noch mittelbar der Stromerzeugung aus Wasserkraft dient. Auch nach der Rechtsprechung des BGH ergibt sich keine andere Bewertung, da es sich bei der Flachwasserzone nicht um eine technisch und baulich *notwendige* Einrichtung zur Stromerzeugung handelt. Nach dem Vortrag des Klägers liegt die Flachwasserzone oberstrom der Wehranlage im Staubereich der WKA [...] und ist an das Hauptgewässer angebunden. Die Flachwasserzone bietet nach dem Vortrag des Klägers dauerhaft geschaffenen Lebensraum für Amphibien sowie Laichplätze und Rückzugsorte für Fische im Hochwasserfall.<sup>55</sup> Die Flachwasserzone ist mithin kein zwingender oder mittelbarer Bestandteil zur Stromerzeugung aus Wasserkraft.

<sup>53</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 38, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/933>.

<sup>54</sup>Siehe Schriftsatz des Klägers v. 15.05.2020, Bl. 175 d. A.

<sup>55</sup>Siehe Schriftsatz des Klägers v. 05.12.2019, Bl. 4 d. A.

## 2.8.2 Modernisierungsmaßnahme

53 Allerdings setzt eine Modernisierung nach § 23 Abs. 2 und 5 EEG 2009 nicht voraus, dass eine Modernisierung der Anlage (nach § 3 Nr. 1 EEG 2009) erfolgt, sondern es genügt, wenn eine Modernisierung im räumlich-betrieblichen Zusammenhang mit der Anlage vorgenommen wird.<sup>56</sup> So hat die Clearingstelle im Votum 2010/18 ausgeführt:

„Der Begriff der Modernisierung ist im EEG 2009 nicht definiert. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der Gesetzgeber den Begriff ‚Modernisierung‘ im EEG 2009 anders verstanden wissen will als unter Geltung des EEG 2004. Wie bereits bei § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 setzt eine Modernisierung im Sinne von § 23 Abs. 2 EEG 2009 voraus, dass ein räumlich-betrieblicher Zusammenhang zwischen der Modernisierungsmaßnahme und der Modernisierung der Anlage im engeren Sinne besteht. Die Modernisierungsmaßnahme muss sich zwar auf den Anlagenbetrieb auswirken (sonst läge keine Modernisierung der Anlage vor), sie muss hingegen nicht unmittelbar an der Wasserkraftanlage erfolgen. Dies ergibt sich unmittelbar aus den in § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 genannten Modernisierungsmaßnahmen, von denen einige – z. B. wesentliche Verbesserung der Uferstruktur; Anlage von Flachwasserzonen; Anbindung von Gewässeralt- oder Seitenarmen – jedenfalls zum Teil keine bauliche Veränderungen an der Anlage selbst erfordern; bauliche Maßnahmen an der Anlage sind mithin nicht zwingend.[...]“<sup>57</sup>

54 Ob ein räumlich-betrieblicher Zusammenhang zwischen der Flachwasserzone und der WKA [...] in dem vorliegenden Fall besteht, ist nicht Teil der vom Gericht vorgelegten Fragen und war daher nicht von der Clearingstelle in dieser Stellungnahme zu beantworten.

<sup>56</sup> *OLG Naumburg*, Urt. v. 02.09.2010 – 1 U 37/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1401>, S. 8 ff.

<sup>57</sup> *Clearingstelle*, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/18>, Rn. 34 m. w. N.

## 2.9 Bescheid des Landratsamts

55 Der Bescheid des Landratsamts [...] vom 29. August 2018<sup>58</sup> erfüllt die Voraussetzungen an einen Nachweis gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009. Durch diesen Bescheid wurde die wesentliche ökologische Verbesserung der Modernisierung der WKA [...] nachgewiesen.

56 **Anforderung an Behördenbescheid** Der Nachweis einer wesentlichen Verbesserung kann gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 auch durch die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde erfolgen. Es ist insoweit unerheblich, dass der Bescheid des Landratsamts Bautzen nicht den oben genannten Anforderungen entspricht (s. Abschnitt 2.2.1), da an einen Behördenbescheid nicht die selben Anforderungen zu stellen sind wie an ein Gutachten bzw. Bescheinigung durch einen Umweltgutachter (s. dazu Abschnitt 2.2 und 2.3.2). Die Clearingstelle hat bereits in ihrem Votum 2019/54 dazu ausgeführt:

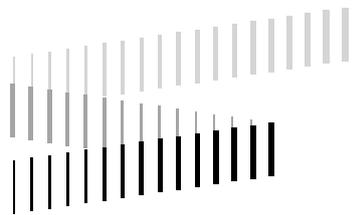
„An eine behördliche Bescheinigung sind aber nicht die gleichen Maßstäbe anzulegen, wie an ein privatrechtlich vom Anlagenbetreiber an einen Umweltgutachter in Auftrag gegebenes Umweltgutachten. Denn wenn die zuständige Behörde erklärt, dass eine Maßnahme zu einer wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands an der Anlage geführt hat, dann ist davon auszugehen, dass die Behörde von Amts wegen die ökologischen Gegebenheiten vor und nach der Maßnahme hinreichend genau kannte. Weiter kann unterstellt werden, dass bei der Behörde aufgrund ihrer Ortskenntnis und aufgrund des vorhandenen Fachwissens sicher eingeschätzt werden kann, ob es durch die Maßnahme zu einer *wesentlichen* Verbesserung des ökologischen Zustands kommen kann. Schließlich greift aufgrund der Bindung der Behörde an Recht und Gesetz die Vermutung, dass die gegenüber dem Anlagenbetreiber getroffene Feststellung den Tatsachen entspricht.“<sup>59</sup>

57 Eine Ausnahme kann sich gegebenenfalls dann ergeben, wenn der Bescheid der Behörde an offenkundigen formalen oder inhaltlichen Fehlern leidet.<sup>60</sup> Für einen solchen Fall

<sup>58</sup>Schriftsatz des Klägers v. 05.12.2019, K11, Bl. 100 ff. d. A.

<sup>59</sup>Clearingstelle, Votum v. 19.12.2019 – 2019/54, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/54>, Rn. 22.

<sup>60</sup>Clearingstelle, Votum v. 19.12.2019 – 2019/54, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/54>, Rn. 23. In diesem Votum von der Clearingstelle nicht zu entscheiden und deshalb offen gelassen.



gibt es vorliegend jedoch keine Anhaltspunkte, so dass diese Frage an dieser Stelle keiner Beantwortung bedarf.

- 58 **Nachweis der ökologischen Verbesserung durch den Bescheid** Der Bescheid enthält unter anderem folgende Feststellungen:

„[...]

Eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit oder erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für andere Grundstücke, Bauten oder sonstige Anlagen, die durch Bedingungen oder Auflagen weder verhütet noch ausgeglichen ‚werden‘ können, sind nicht zu erwarten. Die Versagungsstatbestände nach § 26 Abs. 4 S. 1 SächsWG oder § 26 Abs. 4 S. 2 SächsWG (fehlende Zustimmung des Eigentümers des Gewässers, oder Ufergrundstücks) sind nicht gegeben oder bekannt. Die wasserrechtliche Genehmigung wurde daher erteilt. Sie richtet sich an den Bewirtschaftungszielen nach §§ 27 bis 31 und 47 WHG aus und steht der fristgerechten Erreichung dieser Ziele nicht entgegen. Zudem entspricht sie den gestellten Anforderungen des jeweiligen Maßnahmenprogramms nach § 84 WHG.

[...]“<sup>61</sup>

- 59 Aus dem Bescheid des Landratsamts ergibt sich insbesondere, dass durch die Maßnahme die Bewirtschaftungsziele beachtet wurden<sup>62</sup> und dass die wesentliche ökologische Verbesserung aufgrund der Modernisierungsmaßnahme erreicht wurde.<sup>63</sup> Zwar wird in dem Bescheid nicht die Formulierung des § 23 Abs. 5 EEG 2009 („wesentliche ökologische Verbesserung“) aufgegriffen, allerdings ergibt sich die Erfüllung dieser Voraussetzung aus der dem Bescheid zugrunde liegenden Prüfung des Wasserhaushaltsgesetzes (im Folgenden: WHG)<sup>64</sup>. Denn im vorliegenden Fall hat das Landratsamt in dem Bescheid

<sup>61</sup> Bescheid des Landratsamts [...] v. 29.08.2018, S. 3; Schriftsatz des Klägers v. 05.12.2019, K11, Bl. 102 d. A.

<sup>62</sup> Clearingstelle, Votum v. 27.11.2008 – 2008/23, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2008/23>, S. 8.

<sup>63</sup> Siehe zu dem Erfordernis, dass der Bescheid sich inhaltlich auf die ökologischen Anforderungen beziehen muss Clearingstelle, Votum v. 27.11.2008 – 2008/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2008/27>, Rn. 24. Die dortigen Ausführungen beziehen sich auf die Rechtslage nach dem EEG 2004.

<sup>64</sup> Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz – WHG) v. 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung) für Zulassungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, dem Wasserhaushaltsgesetz und dem Bundeswasserstraßengesetz v. 18.08.2021 (BGBl. I S. 3901).

festgestellt, dass sich die Maßnahme an den Bewirtschaftungszielen der §§ 27 bis 31 und § 47 WHG ausrichte und der fristgerechten Erreichung dieser Ziele nicht entgegenstehe. Zudem werde den Anforderungen des jeweiligen Maßnahmenprogramms entsprochen.<sup>65</sup> Mithin hat die Behörde festgestellt, dass durch die Maßnahme ein „guter ökologischer und ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht“ wird gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 WHG.

- 60 Diese Feststellung genügt den Anforderungen nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009. Zwar unterscheiden sich insoweit die Terminologien in § 27 WHG („guter ökologischer Zustand“) und in § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 („wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes“), allerdings handelt es sich bei der Formulierung in § 27 WHG um den Oberbegriff mit den höheren Anforderungen. Das in § 27 WHG formulierte Tatbestandsmerkmal stellt das höchste Anforderungsniveau im Hinblick auf Ökologie im Wasserrecht dar und gilt als „maßgebliche Leitvorschrift“ für die Gewässerbewirtschaftung.<sup>66</sup> Stellt die zuständige Wasserbehörde folglich fest, dass die Voraussetzungen des § 27 WHG gegeben sind, so liegt stets auch eine wesentliche Verbesserung nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 vor.
- 61 Anknüpfend daran ist ferner festzuhalten, dass die Wasserbehörde aufgrund ihrer Zuständigkeit nur die Voraussetzungen nach dem Wasserrecht prüfen kann; eine Feststellung, dass die Voraussetzungen nach dem EEG vorliegen, kann bereits aus Zuständigkeitsgründen nicht erfolgen. Bei der Prüfung, ob die Wasserbehörde festgestellt hat, dass eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands durch die Maßnahme erfolgt ist, ist folglich auf die entsprechenden Terminologien im Wasserrecht zurückzugreifen.
- 62 Darüber hinaus gilt nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 die Bescheinigung einer Wasserrechtsbehörde als geeigneter Nachweis, so dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sein muss, dass die Einhaltung des wasserrechtlichen Standards beim Vorliegen einer solchen zur Bejahung einer wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands nach § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 genüge getan ist.

Kaps

Koch

Dr. Mutlak

<sup>65</sup> Landratsamt [...], Bescheid vom 29.08.2018, Bl. 102 d. A.

<sup>66</sup> Durner, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Kommentar, Bd. I, 94. Ergänzungsflg. 2021, WHG, § 27 Rn. 1; Kloepfer, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 14 Gewässerschutz, Rn. 117f. Siehe zum Verhältnis zwischen § 23 Abs. 5 EEG 2009 und dem WHG auch *OLG Naumburg*, Urf. v. 02.09.2010 – 1 U 37/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1401>, S. 10 f.