



Oberlandesgericht
Dresden

Zivilabteilung

Aktenzeichen: **9 U 1568/11**
Landgericht Chemnitz 7 O 404/10

Verkündet am: 03.07.2012

B.
Justizhauptsekretärin

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

B. S.,

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt

gegen

M. mbH,
vertreten durch die Geschäftsführer

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

wegen Forderung

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch
Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht B.,
Richter am Oberlandesgericht R. und
Richterin am Oberlandesgericht S.

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19.06.2012 am 03.07.2012

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 23.09.2011, Az. 7 O 404/10, aufgehoben und die Klage abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen trägt die Klägerin.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Streitwert: 6.581,40 EUR.

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Vergütung für Energie nach dem Gesetz über erneuerbare Energien.

Die Klägerin betreibt an der Z. am B. eine Wasserkraftanlage zur Herstellung von Strom, den sie in das Netz der Beklagten einspeist. Die Vergütung erfolgt auf der Basis des Erneuerbare-Energien-Gesetz - EEG 2009. Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin eine erhöhte Vergütung für den Monat Mai 2009 i.H.v. 6.581,40 EUR geltend.

Das Landgericht Chemnitz hat der Klage mit Urteil vom 23.09.2011, Az.: 7 O 404/10,

stattgegeben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Klägerin könne gem. § 23 Abs. 2 EEG 2009 eine erhöhte Einspeisevergütung verlangen, da die von ihr durchgeführten Modernisierungsmaßnahmen, insbesondere die Gewährleistung der Mindestwasserabflussmenge, unabhängig von der Höhe des Investitionsaufwandes die Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr.2 EEG 2009 erfüllten.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die ihren erstinstanzlichen Vortrag wiederholt, die von der Klägerin vorgelegten Gutachten seien zum Nachweis der ökologischen Verbesserung nicht geeignet. Im Übrigen sei die von der Klägerin durchgeführte Maßnahme keine Modernisierung im Sinne des § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009, da sie mit keinen finanziellen Aufwendungen verbunden gewesen sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 23. September 2011, Az.: 7 O 404/10, aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung und beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil und die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie den Akteninhalt im Übrigen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist begründet und führt zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Abweisung der Klage.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung nach § 23 Abs. 2 EEG 2009. Dahinstehen kann, ob die Klägerin ihre Wasserkraftanlage, die unstreitig eine Leistung bis einschließlich 5 Megawatt aufweist und vor dem 01. Januar 2009 in Betrieb genommen wurde, nach dem 31. Dezember 2008 i.S.d. § 23 Abs. 2 EEG 2009 modernisiert hat. Jedenfalls hat die Klägerin den gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr.2 EEG 2009 erforderlichen Nachweis nicht erbracht, dass durch die von ihr behaupteten Maßnahmen der ökologische Zustand i.S.d. § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 wesentlich verbessert wurde.

Die Klägerin war zwar grundsätzlich berechtigt, den Nachweis durch eine Bescheinigung eines Umweltgutachters zu führen (unten 1). Jedoch sind die vorgelegten Gutachten nicht geeignet, eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes im streitgegenständlichen Monat Mai 2009 nachzuweisen (unten 2).

1.

Nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 steht es der Klägerin frei, den Nachweis durch die Vorlage einer Bescheinigung eines Umweltgutachters zu führen.

Dahinstehen kann, ob die von der Klägerin behauptete Modernisierung eine neue Zulassung der Wasserkraftnutzung i.S.d. § 23 Abs. 5 Satz 3 Ziffer 2 HS 2 EEG 2009 erforderlich machte. In diesem Fall würde die Zulassung zwar als Nachweis gelten; gleichwohl wäre es der Klägerin nicht verwehrt, den Nachweis alternativ auch durch die in § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 HS 1 EEG 2009 genannten Bescheinigungen der zuständigen Wasserbehörde oder eines Umweltgutachters zu führen. Dies ergibt sich aus der amtlichen Begründung des § 23 EEG 2009, ausweislich derer die neue Zulassung genutzt werden "kann" und gerade nicht genutzt werden muss.

2.

Die Klägerin hat den gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 erforderlichen Nachweis, dass durch die von ihr behaupteten Maßnahmen der ökologische Zustand i.S.d. § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 im streitgegenständlichen Monat Mai 2009 wesentlich verbessert worden war, weder durch die Bescheinigung des Umweltgutachters Dipl.-Ing. R. (unten a) noch durch die Bescheinigung des Umweltgutachters Dipl.-Ing. Dr. V. der I. GmbH (unten b) erbracht.

a) Die Bescheinigung des Dipl.-Ing. R. entspricht nicht den allgemein anerkannten Anforderungen an eine nachweisführende Bescheinigung i.S.d. § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009, weil sich ihr nicht schlüssig die Umstände entnehmen lassen, aus denen sich eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes ergibt.

(aa)

Die rechtliche Wirkung des Nachweises nach § 23 Abs. 5 S. 3 Nr. 2 EEG 2009 ist umstritten: Zum Teil wird angenommen, dass bei der Vorlage einer Bescheinigung der Netzbetreiber und/oder das Gericht kein eigenständiges Prüfungsrecht mehr habe (vgl. LG Konstanz, Urteil vom 25.09.2006 - 5 O 253/06 zu § 6 Abs. 3 EEG 2004; wohl auch OLG Naumburg, Urteil vom 02.09.2010, Az.: 1 U 37/10; Kahle in: Reshöft, Erneuerbare-Energien-Gesetz, 3. Aufl.

2009, § 23 Rdr. 34; Schomerus in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 23 EEG, Rdn. 58), zum Teil wird vertreten, dass eine Bescheinigung der vollen Nachprüfbarkeit unterläge, zum Teil wird davon ausgegangen, dass die Vorlage einer Bescheinigung eine widerlegliche Vermutung begründe (vgl. zur Diskussion Votum der Clearingstelle EEG vom 12. September 2011, Az.: 2010/18, Rdn. 42 ff.). Jedoch besteht Einigkeit darüber, dass nicht bereits die Vorlage irgendeiner Bescheinigung genügt. Vielmehr muss die Bescheinigung (auch nach der zuerst genannten Auffassung, vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 02.09.2010, Az.: 1 U 37/10) bestimmten Mindestanforderungen genügen, insbesondere muss sie objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und vollständig sein sowie gutachterlich die Umstände darlegen, aus denen sich eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes im Vergleich zum vorherigen Zustand ergibt.

Der Senat verkennt nicht, dass § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 den Begriff "Bescheinigung" verwendet und nicht den Begriff "Gutachten". Obgleich begrifflich eine Bescheinigung weniger anspruchsvoll zu sein scheint als ein Gutachten, sind die Anforderungen, die rechtlich an eine Bescheinigung zu stellen sind, im Fall des § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 gleichwohl denen eines Gutachtens angenähert. Die Bescheinigung i.S.d. EEG 2009 setzt zumindest stillschweigend eine gutachterliche Prüfung durch die Person, die die Bescheinigung ausstellt, voraus. Daraus folgt, dass eine Bescheinigung, an die das Gesetz besondere Folgen knüpft, erkennen lassen muss, dass es aufgrund einer gutachterlichen Untersuchung erstellt wurde (vgl. Votum der Clearingstelle EEG vom 12. September 2011, Az.: 2010/11).

(bb)

Diese Mindestanforderungen an eine nachweisführende Bescheinigung i.S.d. § 23 Abs. 5 S. 3 Nr. 2 EEG 2009 erfüllt die von dem Umweltgutachter Dipl.-Ing. R. erstellte Bescheinigung nicht.

Die Bescheinigung des Umweltgutachters Dipl.-Ing. R. begegnet bereits wegen der Person des Gutachters Bedenken. Die deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mbH - DAU hat mit Schreiben vom 25.08.2011 im Rahmen des bei ihr durchgeführten Anlassaufsichtsverfahrens mitgeteilt, dass sie die nach § 15 Abs. 6 Nr. 3 UAG erforderliche Unparteilichkeit des Gutachters R. nicht als gewährleistet ansieht. Darüber hinaus wurde der Gutachter R. mit (wohl noch nicht rechtskräftigem, aber dem Inhalt nach durch das Bundesverwaltungsamt als Widerspruchsbehörde mit Schreiben vom 12.03.2012 bestätigten) Bescheid der DAU vom 23. August 2010 verpflichtet, das streitgegenständliche

Gutachten für ungültig zu erklären.

Im Übrigen ist die Bescheinigung des Umweltgutachters Dipl.-Ing. R. auch inhaltlich nicht geeignet, den nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 erforderlichen Nachweis zu erbringen. Neben Ausführungen zum von der Klägerin behaupteten Einbau eines Feinrechens fehlen insbesondere auch Feststellungen zum ökologischen Zustand und Potenzial vor der Modernisierungsmaßnahme sowie zu den für diesen Gewässerabschnitt einschlägigen Bewirtschaftungszielen und zu den fachlichen Maßstäben des Gutachters. Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, wie der Gutachter zu seiner Einschätzung gelangt, obwohl die Anlage nur unter der (bis heute nicht erfüllten) Auflage der Errichtung einer Fischaufstiegsanlage genehmigt wurde. Soweit der Gutachter davon ausgegangen ist, dass die fehlende "FAH kein Ausschlusskriterium" sei und die Anlage auch ohne Fischaufstiegsanlage bereits schon im Mai 2009 die Kriterien des § 23 Abs. 5 S.1 Nr. 2 EEG 2009 erfülle, fehlt es an einer schlüssigen Begründung. Mit seiner plakativen Feststellung, dass "die Anlage die Voraussetzungen an eine heutige ökologisch definierte Wasserkraftnutzung" erfülle und "ansonsten ... keine neue wasserrechtliche Zulassung [hätte] erteilt werden dürfen", verkennt der Gutachter Dipl.-Ing. R., dass die Anlage nur mit Auflagen zugelassen wurde.

b) Die Bescheinigung des Umweltgutachters Dr. V. ist bereits im Ansatz nicht geeignet, den Nachweis einer wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustandes zu führen, der für eine erhöhte Einspeisevergütung im hier streitgegenständlichen Monat Mai 2009 erforderlich wäre. Dieses Gutachten wurde nämlich erst im September 2010 erstellt und kann daher Vergütungsansprüchen für den Monat Mai 2009 nicht zugrunde gelegt werden. Dies ergibt sich aus der Regelung des § 23 Abs. 5 EEG 2009, nach der erforderlich ist, dass die Anlage nach der Modernisierung nachweislich einen guten/verbesserten Zustand erreicht. Mithin knüpft die Gewährung einer höheren Vergütung an zwei Tatbestandsvoraussetzungen an, die kumulativ vorliegen müssen: Zum einen muss nach der Modernisierung ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand wesentlich verbessert worden sein, zum anderen muss hierüber der Nachweis geführt werden. Erst ab dem Zeitpunkt, in dem ein geeigneter Nachweis vorliegt, kann die erhöhte Vergütung verlangt werden; eine Rückwirkung der Bescheinigung ist ausgeschlossen.

III.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Gemäß § 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO war das Urteil des Senats ohne Sicherheitsleistung und ohne Abwendungsbefugnis für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Die Revision war nicht zuzulassen. Gründe, die die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Im Hinblick darauf, dass die Entscheidung einen Einzelfall betrifft, ohne von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

B.
Vorsitzender Richter am
Oberlandesgericht

R.
Richter am
Oberlandesgericht

S.
Richterin am
Oberlandesgericht

