

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 U 37/10 OLG Naumburg
11 O 2241/09 LG Magdeburg

verkündet am: 02.09.2010
gez. Solty, JAuge
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

...

hat der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg durch den Richter am Oberlandesgericht Dr. Tiemann als Vorsitzenden, den Richter am Oberlandesgericht Grimm und die Richterin am Oberlandesgericht Göbel auf die mündliche Verhandlung vom 19. August 2010 für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin zu 1) gegen das am 18. März 2010 verkündete Urteil des Einzelrichters der 11. Zivilkammer des Landgerichts Magdeburg wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu 1) zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer der Klägerin zu 1) übersteigt 20.000,- Euro nicht.

Die Revision wird nicht zugelassen.

und beschlossen:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 17.439,07 Euro festgesetzt.

Gründe:

A.

Die Parteien streiten über die Höhe der Vergütung, die der Klägerin zu 1) (im Folgenden: Klägerin) nach angeblicher ökologischer Modernisierung der von ihr betriebenen Wasserkraftanlage auf Grund der Einspeisung des erzeugten Stroms in das Netz der Beklagten zusteht.

Die Klägerin betreibt die am Oberlauf der ... in B. belegene Laufwasserkraftanlage (ehemals Papierfabrik), die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes für den Vorrang erneuerbaren Energien vom 29. März 2000 (im Folgenden: EEG 2000) in Betrieb genommen wurde und deren maximale Leistung unterhalb von 5 Megawatt verbleibt. Die Beklagte ist die regionale Netzbetreiberin im Sinne des EEG und als solche zur Abnahme, Übertragung und Vergütung des von der Klägerin eingespeisten Stroms verpflichtet.

Im Jahre 2004 errichtete die Klägerin an der Wasserkraftanlage eine sogenannte Fischaufstiegstreppe in Form eines Mäanderpasses, die fischereifachlich untersucht und beprobt wurde. Die Beklagte anerkannte diese Modernisierungsmaßnahme und zahlte nach Abschluss der Baumaßnahme und Vorlage entsprechender Nachweise über den guten ökologischen Zustand der Anlage gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der erneuerbaren Energien im Strombereich vom 31. Juli 2004 (BGBl. I, S. 2250, im Folgenden: EEG 2004) in Verb. mit § 6 EEG 2004 für den aus der Laufwasserkraftanlage produzierten und eingespeisten Strom die erhöhten Vergütungssätze.

Da wegen der geringen Strömung im Kanal der Fischaufstiegsanlage im Laufe der Zeit eine Versandung und Verschlammung des Wasserlaufes eintrat, die die Funktionsfähigkeit der Fischaufstiegstreppe zu beeinträchtigen drohte, baute die Klägerin im Jahr 2009 eine zusätzliche Spüleinrichtung im Bereich der Zuleitung des Mäanderpasses ein. Mittels eines parallel zum Einlauf der Aufstiegsanlage verlegten Bypass sollte die Strömungsgeschwindigkeit im Kanal temporär während der Hochwasserperiode erhöht werden, um die Versandung und Verschlammung auszuspülen. Der Gesamtinvestitionsaufwand für die im April 2009 abgeschlossene Umbaumaßnahme belief sich auf rund 17.000,00 EUR.

Die Klägerin hält den zusätzlichen Einbau der Spüleinrichtung für eine förderungswürdige Modernisierungsmaßnahme im Sinne des § 23 Abs. 2 EEG 2009. Sie beansprucht daher von der Beklagten einen auf der Grundlage des § 23 Abs. 2 EEG 2009 berechneten erhöhten Vergütungssatz und legt als Nachweis für den guten ökologischen Zustand der Anlage ein Umweltgutachten des Umweltgutachters Dipl.-Ing. R. vom 19. April 2009 sowie dessen ergänzende gutachterliche Stellungnahme vom 25. April 2009 vor.

Die Beklagte lehnte die Vergütungserhöhung mit Schreiben vom 20. Juli 2009 unter Hinweis darauf ab, dass es sich bei der in Rede stehenden Baumaßnahme nicht um eine Modernisierung der Anlage, sondern lediglich um laufende Reparatur- und Wartungsarbeiten gehandelt habe, die der periodischen Beseitigung von Ablagerungen gedient hätten.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Voraussetzungen für eine Höhervergütung nach Maßgabe des § 23 Abs. 2 EEG 2009 würden seit Einbau der Spülvorrichtung, mit dem der vorhandene Zulaufgraben „M. graben“ angeschlossen worden sei, vorliegen. Der parallel zum Einlauf der Aufstiegsanlage gelegte Bypass stelle nicht bloß eine Reparaturmaßnahme an der bereits im Jahre 2004 fertiggestellten Fischaufstiegsanlage dar, sondern es handele sich um eine bedeutsame Modernisierung, mit der einer zukünftigen Versandung des Kanals wirkungsvoll begegnet werden könne. Sie hat behauptet, dass durch die Umbaumaßnahme die ökologische Durchlässigkeit der Fischtreppe ganz wesentlich gesteigert worden sei. Der

Einbau der Spüleinrichtung habe dementsprechend zu einer erheblichen Verbesserung des ökologischen Zustandes der Gesamtanlage beigetragen. Sie ist daher der Meinung gewesen, dass die Beklagte ihr den Differenzbetrag zwischen der von ihr nach § 23 Abs. 2 EEG 2009 berechneten Vergütung und dem von der Beklagten auf der Grundlage des EEG 2007 gezahlten Strompreises zu vergüten habe. Sie könne von der Beklagten wegen des eingetretenen Zahlungsverzuges überdies ihre außergerichtlichen Anwaltskosten für die vorprozessuale Einschaltung ihrer Rechtsanwälte zur Anspruchsdurchsetzung aus einem Gegenstandswert von 17.439,07 EUR unter Berücksichtigung einer Gebührenerhöhung um 0,9 wegen der insgesamt vier Auftraggeber erstattet verlangen.

Mit ihrer Klage macht die Klägerin zunächst für den Monat Mai 2009 den Differenzbetrag zwischen der auf der Grundlage des § 23 Abs. 2 EEG 2009 berechneten Vergütung und der von Beklagtenseite tatsächlich geleisteten Zahlung geltend und hat insoweit beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger als Gesamtgläubiger 17.439,07 EUR nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 15. Juni 2009 zu zahlen;
2. die Beklagte ferner zu verurteilen, an die Kläger Schadensersatz aus außergerichtlicher anwaltlicher Tätigkeit in Höhe von 1.610,31 EUR nebst 8 % Zinsen über dem Basiszins der EZB seit Klagezustellung zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, dass der Einbau der sog. Spülvorrichtung keine die Mehrvergütung nach § 23 Abs. 2 EEG 2009 rechtfertigende Modernisierung darstelle. Die Umbaumaßnahme habe vielmehr ausschließlich der Instandhaltung und Reparatur der vorhandenen Fischaufstiegstreppe gedient. Wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergebe, seien unter Modernisierung im Sinne der Vorschriften nur solche Baumaßnahmen zu verstehen, mit denen das Gesetzesziel der Verbesserung der Gewässerökologie gefördert werden könne. An dem Merkmal der Verbesserung der Gewässerökologie fehle es hingegen, wenn es allein um die Aufrechterhaltung und Sicherung eines bereits zuvor erreichten guten ökologischen Niveaus gehe. Es müssten vielmehr von der Maßnahme weitere positive Effekte auf die Umgebungsökologie ausgehen. Durch die im Jahr 2009 zusätzlich eingebaute Spüleinrichtung sei die Funktionalität der Fischaufstiegstreppe aber lediglich wiederhergestellt worden, ohne die bereits zuvor auf Grund der Baumaßnahme aus dem Jahre 2004 gewährleistete ökologische Durchgängigkeit weiterhin wesentlich zu steigern. Von einer Modernisierung könne in-

soweit nicht die Rede sein. Dementsprechend seien auch die weiteren Förderungsvoraussetzungen des § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG durch den Einbau der Spüleinrichtung nicht erfüllt. Soweit nämlich bereits durch die Errichtung der Fischaufstiegstreppe im Jahr 2004 ein guter ökologischer Zustand erreicht worden sei, sei gegenüber diesem ökologischen Idealzustand eine weitergehende Verbesserung nicht mehr zu erzielen und zusätzliche Instandhaltungsmaßnahmen der Anlage folglich auch nicht als förderungswürdig einzustufen. Sie ist zudem der Meinung gewesen, dass die von Klägerseite vorgelegten Umweltgutachten des Dipl.-Ing. R. nicht als Nachweis für eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes im Sinne des § 23 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 EEG 2009 dienen könnten, da sie die erforderlichen Feststellungen zu den wesentlichen Prüfungspunkten des § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG vermissen ließen. Der relativ geringe Investitionskostenaufwand für die Anfertigung der Spüleinrichtung würde überdies den über eine Dauer von 20 Jahren von dem Netzbetreiber an den Anlagenbetreiber zu entrichtenden erhöhten Vergütungssatz nach § 23 Abs. 2 EEG 2009 in keiner Weise rechtfertigen. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal setze § 23 Abs. 2 EEG 2009 nämlich nach dessen Sinn und Zweck voraus, dass die Investitionssumme für die Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu der Vergütungserhöhung, die der Netzbetreiber im Gegenzug für die Modernisierungskosten über die Dauer von 20 Jahren zu entrichten habe, stünde und dementsprechend einen gewissen Mindestbetrag überschreite. Die insoweit nach dem Sinn und Zweck der Regelung geforderte Bagatellegrenze würde der Investitionsaufwand der Klägerin hier indessen nicht erreichen, was sich ohne weiteres daraus ergebe, dass die mit der Klage für Mai 2009 geltend gemachte Vergütungsdifferenz bereits allein ausreichen würde, um den Investitionsaufwand der Klägerin vollständig zu kompensieren.

Das Landgericht hat mit dem am 18. März 2010 verkündeten Urteil die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der im April 2009 abgeschlossene Umbau des Zuleitungssystems zur Fischaufstiegsanlage keine Modernisierung im Sinne von § 23 Abs. 2 EEG 2009 darstelle. Die Arbeiten hätten vielmehr im Wesentlichen der Erhaltung und Wiederherstellung der Funktionalität der ursprünglichen Modernisierungsmaßnahmen aus dem Jahre 2004, nämlich dem Einbau der Fischaufstiegsanlage, gedient, ohne jedoch selbst zu einer zusätzlichen Verbesserung des ökologischen Zustandes der Anlage gegenüber dem bisherigen guten Zustand, der durch den Einbau der Fischaufstiegsanlage im Jahre 2004 bereits erreicht worden sei, geführt zu haben. Die durch die Fischaufstiegstreppe gewährleistete biologische Durchlässigkeit habe keine zusätzliche Optimierung erfahren. Die von Klägerseite vorgelegten Umweltgutachten bzw. gutachterlichen Stellungnahmen des Umweltgutachters Dipl.-Ing. R. hätten der Kammer keine Veranlassung zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes geboten. Die nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 geforderten Nachweise, die allein tatsächliche Feststellungen des Umweltgutachters

zum Gegenstand hätten, würden das erkennende Gericht in seiner rechtlichen Würdigung nicht binden. Der Einräumung eines Schriftsatznachlasses auf die Klageerwiderung der Beklagten vom 22. Februar 2010 habe es nicht bedurft, da der Sachverhalt in tatsächlicher Hinsicht unstrittig sei und der Klägerin im Übrigen unbenommen bliebe, bis zum Verkündungstermin Rechtsausführungen zu machen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlichen Klageanträge weiter verfolgt.

Unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens trägt sie vor, dass das Landgericht das für eine Vergütungserhöhung nach § 23 Abs. 2 EEG 2009 maßgebliche Tatbestandsmerkmal der „Modernisierung“ verkannt habe. Der von der Förderung bislang nicht umfasste Anlagenteil („M. graben“) sei mit einer zusätzlichen Spülanlage versehen worden, was zu einer erheblichen Verbesserung der biologischen Durchgängigkeit der Gesamtanlage geführt habe. Mit dem Einbau einer Spülanlage würden die Anforderungen der neuen Richtlinien technisch sogar noch übertroffen. Der Umweltgutachter Dipl.-Ing. R. habe deshalb die Modernisierung und Verbesserung der ökologischen Durchlässigkeit im Sinne von § 23 Abs. 5 EEG 2009 bejaht. Die Klägerin rügt zudem eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs, da das Landgericht ihr den beantragten Schriftsatznachlass für eine Replik auf die der Klägerin am 01. März 2010 im Original zugestellte Klageerwiderung versagt habe.

Die Klägerin zu 1) beantragt,

das Urteil des Einzelrichters der 11. Zivilkammer des Landgerichts Magdeburg vom 18. März 2010 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin zu 1) 17.439,07 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hierauf seit dem 15. Juni 2009 sowie Schadensersatz aus außergerichtlicher anwaltlicher Tätigkeit in Höhe von 1.610,31 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 19. Januar 2010 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Ergänzend trägt sie vor, dass bereits im Zusammenhang mit der unter der Geltung des EEG 2004 erfolgten Förderung der Fischaufstiegsanlage die Zuleitung über den M. graben berücksichtigt worden sei. Der Einbau der Fischtreppe im Jahr 2004 sei nämlich

mit einer veränderten Nutzung der Zuleitung durch den M. graben einhergegangen. Die bereits im Jahre 2004 durchgeführte Maßnahme zur Modernisierung der Anlage habe dementsprechend neben dem Bau der Fischtreppe auch die veränderte Nutzung des M. grabens erfasst.

Wegen des weitergehenden Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Das Landgericht hat einen Anspruch der Klägerin nach § 23 Abs. 2, Abs. 5 EEG 2009 auf eine erhöhte Vergütung für den im Mai 2009 in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom mit Recht verneint.

Der Klägerin steht die für den Abrechnungszeitraum Mai 2009 mit der Klage geltend gemachte Vergütungsdifferenz nicht auf der Grundlage des § 23 Abs. 2, Abs. 5 EEG 2009 zu.

I.

Gemäß § 23 Abs. 2 Ziffer 2 EEG 2009 beträgt die Vergütung für Strom aus Wasserkraft, der in Anlagen mit einer Leistung bis einschließlich 5 Megawatt erzeugt wird, die vor dem 01. Januar 2009 in Betrieb genommen und nach dem 31. Dezember 2008 modernisiert worden sind, bis einschließlich einer Leistung von 5 Megawatt 8,65 Cent pro Kilowattstunde, sofern die Modernisierung die weiteren Förderungsvoraussetzungen des § 23 Abs. 5 EEG 2009 erfüllt, nämlich durch die Maßnahme nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht bzw. der ökologische Zustand der Anlage gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist.

Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 23 Abs. 2, Abs. 5 EEG 2009 liegen hier indessen nicht vor. Die im April 2009 fertig gestellte Spülvorrichtung, die einer Versandung und Verschlammung der Wasserzuführung in der Fischaufstiegsanlage entgegen wirken soll, stellt keine Modernisierungsmaßnahme der Wasserkraftanlage dar, die zu der begehrten Anhebung des Vergütungssatzes auf 8,65 Cent pro Kilowattstunde berechtigen könnte.

1. Bei dem Laufwasserkraftwerk der Klägerin handelt es sich um eine Anlage, die schon weit vor dem 01. Januar 2009 in Betrieb genommen wurde. Die Anlage überschreitet nach dem

beiderseitigen unstreitigen Vorbringen der Parteien nicht die Leistungsgrenze von 5 Megawatt (kleine Wasserkraft).

2. Durch die Anbindung des M. grabens mittels eines Bypass parallel zum Einlauf der Fischaufstiegsanlage mag die bereits im Jahre 2004 errichtete Fischtreppe zwar durchaus im engeren bautechnischen Sinne modernisiert worden sein.

Eine Modernisierung von Anlagen der kleinen Wasserkraft im Sinne des § 23 Abs. 2 EEG 2009 liegt vor, wenn eine Veränderung und Umgestaltung der Anlage stattgefunden hat, die diese technisch auf den neusten Stand bringt und dementsprechend deren Zustand auf das derzeit einzuhaltende technische Niveau anhebt (vgl. Salje, EEG 2009, 5. Aufl., Bearbeitung 2009, § 23 EEG 2009 Rdn. 18 m.w.N.; Oschmann in Danner/Theobald, Energierecht, Bd. II, Bearbeitung Mai 2007, zu § 21 EEG 2004, Rdn. 28). Einer Modernisierungsmaßnahme ist dabei in der Regel immanent, dass der Wert des Objektes durch die Maßnahme nachhaltig erhöht und dessen Funktionalität wesentlich und dauerhaft verbessert wird.

a) Dass die hier in Rede stehende Umbaumaßnahme, nämlich die Errichtung einer Spülvorrichtung mittels der Verlegung eines Bypass parallel zum Einlauf der Aufstiegsanlage, nicht unmittelbar zu einer Effizienzsteigerung der Wasserkraftanlage, nämlich einer Erhöhung der Energieproduktion, beigetragen hat, sondern ausschließlich die Wiederherstellung und Erhaltung der Funktionalität der Fischaufstiegstreppe als Nebenanlage bezweckte, steht der Qualifizierung als Modernisierungsmaßnahme dabei nicht schon entgegen.

Soweit in der Kommentarliteratur aus dem Wortlaut der Vorschrift dagegen teilweise abgeleitet wird, dass sich die Modernisierungsmaßnahme unmittelbar auf das Wasserkraftwerk selbst beziehen müsste, nämlich auf die selbständige technische Einrichtung zur Stromerzeugung, d. h. die Turbine und der mit ihr verbundene Generator, und überdies eine Leistungserhöhung der Anlage voraussetze (vgl. Oschmann in Danner/Theobald, Energierecht, Bd. II, Bearbeitung Mai 2007, zu § 21 EEG 2004, Rdn. 28), kann der Senat dieser Ansicht nicht folgen.

Dass mit der Baumaßnahme eine Leistungssteigerung der Wasserkraftanlage verbunden sein muss, ist keine Anforderung, die der Gesetzgeber in § 23 Abs. 2 EEG 2009 aufgestellt hat (vgl. Salje, EEG 2009, 5. Aufl., Bearbeitung 2009, § 23 EEG 2009 Rdn. 21, FN 35; Votum der Clearingstelle EEG vom 27. November 2008, 2008/23).

Wie sich aus § 1 EEG 2009 ergibt, bezweckt das Gesetz neben der Steigerung des Anteils erneuerbarer Energien an der Energieversorgung im Interesse der Sicherung endlicher fossi-

ler Energieressourcen in erster Linie die Verbesserung des Klima- und Umweltschutzes. Da der Klima- und Umweltschutz eine zentrale Bedeutung in dem Regelungswerk einnimmt, ist er dementsprechend auch für die Auslegung der Einzelbestimmungen unter teleologischen Gesichtspunkten maßgebend. Diesem Gesetzeszweck entspricht es aber, dass unter dem Begriff der Modernisierung nicht nur solche Maßnahmen subsumiert werden, die zu einer Optimierung der Energieproduktion selbst führen, sondern auch solche, die allein eine Verbesserung der Ökologie zum Ziel haben, ohne dabei die Effizienz der Anlage zur Stromerzeugung wesentlich zu steigern (vgl. zu § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004: LG Hagen, Urteil vom 26. November 2009, 10 O 57/09 zitiert nach juris). Dass sich der Begriff der Modernisierung nach dem Willen des Gesetzgebers nicht ausschließlich an Leistungseffizienzgesichtspunkten, sondern insbesondere auch an ökologischen Zielen ausrichtet, lässt sich zudem den Gesetzesmaterialien zu § 23 EEG 2009 (vgl. BT-Drs 16/148, S. 53) entnehmen. In der Gesetzesbegründung zu § 23 Abs. 2 EEG 2009 wird hervor gehoben, dass eine erhöhte Vergütung gerade deshalb vorgesehen sei, um die mit der Modernisierung zu erreichende Verbesserung der Gewässerökologie durch finanzielle Anreize zu fördern und wirtschaftlich abzubilden. Vorrangiges gesetzgeberisches Ziel des § 23 Abs. 2 EEG 2009 ist mithin, die Auswirkungen bestehender Altanlagen auf die Umgebungsökologie durch eine Modernisierung zu verbessern. Eine Beschränkung auf eine bauliche Modernisierung allein der Wasserkraftanlage im engeren Sinne würde diesem Ziel aber kaum gerecht werden können, weil sich in vielen Fällen die nachteiligen Auswirkungen auf die Gewässerökologie nicht aus dem Betrieb der Wasserkraftanlage selbst ergeben, sondern aus nicht für den eigentlichen Betrieb technisch erforderliche sonstige Einrichtungen, wie beispielsweise angeschlossene Schleusen, Hochwasserschutzbauwerke, Uferbefestigungen, Querverbauungen, Nebenanlagen. Darüber hinaus sind Maßnahmen denkbar, die – wie etwa hier die Errichtung der Fischaufstiegstreppe – von vorne herein nicht an der EEG-Anlage selbst ansetzen (vgl. Votum der Clearingstelle EEG, Berlin, vom 27. November 2008, 2008/23). Dies bedeutet aber, dass Maßnahmen, die der Ökologie dienen und einen Bezug zum Anlagenbetrieb aufweisen, ebenfalls als Modernisierung der Wasserkraftanlage gewertet werden können.

Auch im Rahmen einer gesetzessystematischen Auslegung muss man zu dem Ergebnis gelangen, dass der Gesetzgeber eine Modernisierung nicht zwingend mit einer Effizienzsteigerung der Anlage zur Erhöhung der Stromproduktion gleich gesetzt hat. Ein Vergleich mit Absatz 4 Satz 1 des § 23 EEG 2009 zeigt nämlich, dass dort Modernisierung und Leistungserhöhung als zwei durchaus unterschiedliche Kriterien gewertet werden (vgl. ebenso: Salje, EEG 2009, 5. Aufl., Bearbeitung 2009, § 23 EEG 2009 Rdn. 21, FN 35).

Die Modernisierungsmaßnahme kann nach alledem durchaus auch eine Einrichtung zur Verbesserung der Gewässerökologie betreffen, auch wenn sich dies auf den Ertrag der Stromprodukt nicht auszuwirken vermag.

Dementsprechend kann es keinen Zweifeln begegnen, dass die Errichtung der Fischaufstiegsanlage aus dem Jahre 2004 eine förderungswürdige Modernisierung im Sinne der Vorschrift darstellte (vgl. ebenso: LG Hagen, Urteil vom 26. November 2009, 10 O 57/09 zitiert nach juris), da sie die insoweit gebotenen ökologischen Kriterien der Verbesserung des Niveaus der Umgebungsökologie zu erfüllen vermochte.

b) Da diese unstreitig als Modernisierung zu qualifizierende Baumaßnahme jedoch bereits im Jahre 2004 abgeschlossen worden ist, fällt sie nicht in den von § 23 Abs. 2 EEG 2009 vorgesehenen Zeitkorridor (Modernisierung nach dem 31. Dezember 2008). Streitentscheidend ist vielmehr allein, ob der im Jahr 2009 abgeschlossene zusätzliche Einbau einer sog. Spüleinrichtung parallel zum Einlauf der Fischaufstiegsanlage ebenfalls als eine Modernisierung der Anlage gelten kann, die die Klägerin in den Genuß einer Zusatzvergütung bringt.

Der Klägerin ist insofern darin beizupflichten, dass das Verlegen einer zusätzlichen Anbindung des Kanals der Fischaufstiegsanlage zum M. graben in der Sache über eine bloße Reparatur- bzw. Instandsetzungsmaßnahme hinausgeht. Die Arbeiten zum Einbau einer Spüleinrichtung haben zwar nicht eine grundlegende Erneuerung der Fischaufstiegsanlage bewirkt. Es kann auch nicht verkannt werden, dass die Maßnahme in erster Linie bezweckte, die Funktionsfähigkeit der Fischaufstiegstreppe wieder herzustellen und zu erhalten und damit hauptsächlich der Erhaltung des status quo ante dient. Mit dem Einbau der Spülvorrichtung hat aber eine bauliche Veränderung der Nebenanlage „Fischaufstiegstreppe“ stattgefunden, die diese in einen technisch neuen Stand versetzte. Durch die hier streitbefangene Umbaumaßnahme ist die Nebenanlage mit einem neuen Anlagenteil, nämlich der Spülvorrichtung, zusätzlich ausgestattet worden, die den Betrieb der Fischtreppe, nämlich deren Wasserzufluss, auf einem bestimmten Niveau dauerhaft sichern und damit die Funktionsfähigkeit der Anlage insgesamt gewährleisten soll.

4. Die weiteren Förderungsvoraussetzungen des § 23 Abs. 5 EEG 2009 sind hier indessen nicht erfüllt.

a) Gemäß § 23 Abs. 5 S. 1 Ziffer 2 EEG 2009 kann die Klägerin nur dann in den Genuß einer zusätzlichen Förderung kommen, wenn gerade mit Abschluss der hier in Rede stehenden Umbauarbeiten aus dem Jahr 2009 ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der bisherige ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist. Damit knüpft § 23 Abs. 5 S. 1 Ziffer 2 EEG 2009 an die entsprechenden Formu-

lierungen der Wasserrahmenrichtlinie sowie des Wasserhaushaltsgesetzes in § 25 a und § 25 b WHG an. Diese zusätzlichen Anforderungen dienen dabei dem Zweck, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Zielen des § 1 EEG 2009, nämlich der Förderung erneuerbarer Energien, einerseits und den umweltrechtlichen Belangen der Gewässerökologie andererseits herzustellen. Die Umstellung der Energieversorgung im Sinne eines Nachhaltigkeitskonzeptes soll nämlich nicht auf Kosten der Umweltmedien gehen, sondern mit dem Umweltrecht in Einklang stehen (vgl. Salije, EEG 2009, 5. Aufl., Bearbeitung 2009, § 23 EEG 2009 Rdn. 47). Ein guter ökologischer Zustand liegt vor, wenn die Werte für die biologischen Qualitätserfordernisse zwar geringe anthropogene Abweichungen anzeigen, aber nur im geringen Maße von den Werten abweichen, die normaler Weise bei Abwesenheit störender Einflüsse mit dem betreffenden Oberflächenwassertyp einher gehen, wobei die biologischen Komponenten ihrerseits durch hydromorphologische und physikalisch-chemische Qualitätskomponenten beeinflusst werden (vgl. Müller in Danner/Theobald, Energierecht, Bearbeitung April 2006, § 6 EEG 2004, Rdn. 32 m.w.N.). Da nicht in jedem Fall ein guter ökologischer Zustand als theoretischer Idealzustand erreicht werden kann, soll alternativ eine wesentliche positive Veränderung gegenüber dem status quo ante genügen. Dabei ist allerdings nicht schon jede positive Veränderung ausreichend, erforderlich ist vielmehr eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem vorherigen Zustand (vgl. LG Hagen, Urteil vom 26. November 2009, 10 O 57/09, ZUR 2010, 162 - 163 zitiert nach juris; Müller in Danner/Theobald, Energierecht, Bearbeitung April 2006, § 6 EEG 2004, Rdn. 32 m.w.N.; Leitfaden für die Vergütung von Strom aus Wasserkraft des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Stand Juli 2005). Für den Nachweis gilt § 23 Abs. 5 S. 2 EEG 2009.

b) Der Senat vermag indessen im Streitfall nicht festzustellen, dass die hier streitbefangene Baumaßnahme aus April 2009 die Förderkriterien des § 23 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 EEG 2009 erfüllt.

aa) Dass die im Jahre 2004 errichtete Fischaufstiegsanlage den ökologischen Bedingungen des § 25 a WHG bzw. des § 25 b WHG entspricht und einen guten ökologischen Zustand der Anlage herbei geführt hat, steht zwischen den Parteien nicht in Streit.

Der von der Klägerin beauftragte Umweltgutachter Dipl. Ing. R. hat in seinem Umweltgutachten vom 19. April 2009 ebenfalls bestätigt, dass die Fischaufstiegstreppe den fachlichen Bewertungskriterien des § 23 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 EEG 2009 in vollem Umfang zu genügen vermag und sich die Wasserkraftanlage insoweit in einem guten ökologischen Zustand befinde. Insbesondere sei die ökologische Durchgängigkeit durch die Fischaufstiegsanlage gewährleistet. Mit Abschluss der Modernisierungsarbeiten aus dem Jahr 2004 ist mithin bereits ein guter ökologischer Zustand im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 in Verbindung

mit § 6 Abs. 1 EEG 2004 erreicht worden, den die Beklagte auch seinerzeit anerkannte und durch eine entsprechende Vergütungsanhebung förderte. Ob mit Errichtung der Fischaufstiegstreppe das ökologische Potenzial komplett erschöpft war, kann der Senat an dieser Stelle dahin gestellt sein lassen.

bb) Dass das im Jahr 2004 bereits erzielte ökologische Niveau durch den Einbau der Spülvorrichtung im Jahr 2009, d. h. hier durch das Verlegen eines Bypass zwischen M. Graben und Fischtreppe, eine weitere erhebliche Steigerung erfahren hat, ist hingegen nicht ersichtlich.

(1) Wie schon das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt hat, dient die Spülvorrichtung in erster Linie der Wiederherstellung und Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Fischtreppe, die mit der Zeit zu versanden drohte, und bezweckt damit vor allem die Sicherung des bereits durch den Einbau der Fischtreppe erreichten ökologischen Niveaus, nicht jedoch eine darüber hinaus gehende zusätzliche Verbesserung der Umgebungsökologie.

Zu der Funktionsweise der Spülvorrichtung hat der Geschäftsführer der Klägerin in dem Termin der mündlichen Verhandlung vom 19. August 2010 im einzelnen ergänzend erläutert, dass mittels einer temporären Erhöhung der Fließgeschwindigkeit des Wasserzulaufs des Kanals in Hochwasserphasen über den parallel zum Einlauf der Aufstiegsanlage angelegten Bypass Ablagerungen weggeschwemmt und damit die im Verlaufe des Betriebes der Anlage infolge der Verschlammung eingetretene Funktionseinschränkungen behoben werden könnten. Die Verschlammung des Kanals sei zuvor durch ein regelmäßiges Ausbaggern des Kanals beseitigt worden, was aber mit einer zeitweisen Absperrung des Mäanderpasses während der Baggararbeiten verbunden gewesen sei. Die durch die Baumaßnahme bewirkte wesentliche Verbesserung sei mithin darin zu erblicken, dass die Fischtreppe über das gesamte Jahr ohne Funktionseinschränkung betrieben werden könne und auf das vormals nach gewissen Zeitabständen erforderliche Ausbaggern der Fischaufstiegsanlage daher verzichtet werden könne.

Diese Funktionsbeschreibung bestätigt aber gerade, dass eigentliches Ziel der Maßnahme war, die biologischen Qualitätskomponenten, die mit dem Einbau der Fischaufstiegsanlage bereits erfüllt werden konnten, dauerhaft zu bewahren und zu sichern. Zusätzliche ökologische Qualitätskomponenten werden dagegen nicht erfüllt. Der Senat vermag insbesondere nicht festzustellen, dass die Anbindung des M. Grabens über einen sog. Bypass und dessen Verwendung als Spülvorrichtung einen zusätzlichen ökologischen Mehrwert gegenüber dem bisherigen guten Zustand schafft, der eine zusätzliche Förderung rechtfertigen könnte.

Eine weitere nachhaltige Optimierung des durch die Fischaufstiegstreppe bereits erreichten ökologischen Zustandes ist mit dem Einbau der Spülvorrichtung vielmehr ersichtlich nicht verbunden. Das wird von Klägerseite so auch nicht behauptet.

Wie bereits ausgeführt, knüpft § 23 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 EEG 2009 das Vergütungsprivileg für eine Modernisierungsmaßnahme an das Erreichen eines guten ökologischen Zustandes an, der hier aber schon seit dem Jahr 2004 mit dem Einbau der Fischaufstiegstreppe vorlag, oder in der zweiten Alternative an eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem früheren ökologischen Zustand. Auch wenn die im April 2009 abgeschlossene Baumaßnahme zu einer Optimierung der Funktionsfähigkeit der Fischtreppe beigetragen haben mag, wird hierdurch aber unstreitig lediglich der ökologische Zustand wieder hergestellt und dauerhaft bewahrt, der von der Anlage schon bei ihrer Errichtung ausging. Weder dem Gesetzeswortlaut noch dem Sinn und Zweck des Gesetzes lässt sich entnehmen, dass auch die bloße Sicherung und dauerhafte Erhaltung des bereits erreichten und geförderten Zustandes durch nachträglich ausgeführte Erhaltungsmaßnahmen einer eigenständigen Förderung unterliegen müssen.

(2) Die Klägerin hat zudem weder hinreichend substantiiert dargetan, noch den ihr nach § 23 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 EEG 2009 obliegenden Nachweis erbracht, dass der Einbau der Spülanlage das ökologische Potenzial der Anlage weiter ausgeschöpft und zusätzliche positive Effekte für die Umgebungsökologie erzeugt hat, die mit der Fördermaßnahme aus dem Jahr 2004 noch nicht abgedeckt waren.

Gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 EEG kann der Betreiber der Anlage die Fördervoraussetzungen entweder durch Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde oder einer Umweltgutachterin bzw. eines Umweltgutachters nach § 3 Nr. 12 EEG 2009 nachweisen. Die Klägerin hat zum Zwecke des Nachweises zwar ein Umweltgutachten des als Umweltgutachter im Sinne des § 3 Nr. 12 EEG 2009 zugelassenen Sachverständigen Dipl. Ing. R. vom 19. April 2009 (Band I Blatt 25 ff d. A.) sowie eine ergänzende gutachterliche Stellungnahme vom 25. April 2009 (Band II Blatt 42 ff d. A.) vorgelegt. Wie schon das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, vermag die Klägerin mit diesen Gutachten des Umweltgutachters Dipl. Ing. R. den nach § 23 Abs. 5 S. 2 EEG 2009 geforderten Nachweis für eine durch die Spülanlage bewirkte wesentliche Verbesserung des bereits erreichten guten ökologischen Zustandes nicht zu erbringen.

Der Senat verkennt dabei nicht, dass dem Netzbetreiber selbst kein Prüfungsrecht in Ansehung der Bewirtschaftungsziele zukommt. Über das Ausmaß der ökologischen Verbesserung

gen hat nach § 23 Abs. 5 S. 2 EEG 2009 vielmehr die Wasserbehörde oder aber der Umweltgutachter zu entscheiden, denen insoweit ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt (vgl. hierzu: LG Konstanz, Urteil vom 25. September 2006, 5 O 253/06, ZUR 2007, 101 - 102 zitiert nach juris; Salje, Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009, 5. Aufl., § 23 EEG 2009, Rdn. 45; Müller in Danner/Theobald, Energierecht, Bearbeitung April 2006, § 6 EEG 2009, Rdn. 50). Allerdings bleibt es Sache des erkennenden Gerichts, das zum Zwecke des Nachweises vorgelegte Umweltgutachten auf Plausibilität, Vollständigkeit und Überzeugungskraft hin zu überprüfen und zu würdigen. Erweist sich die von dem Umweltgutachter getroffene Bewertung als fehlsam oder nicht nachvollziehbar, so ist der Nachweis durch das Umweltgutachten nicht geführt (vgl. Salje, EEG 2009, 5. Aufl., § 23 EEG 2009 Rdn. 45). Davon ist das Landgericht hier zu Recht ausgegangen.

Der von der Klägerin beauftragte Sachverständige verfügt zwar ausweislich des zur Akte gereichten Zulassungsbescheides vom 17. April 2009 unstreitig über die notwendige Qualifikation als Umweltgutachter im Sinne des § 3 Nr. 12 EEG 2009.

Das Gutachten vom 19. April 2009 verhält sich allerdings nicht über die hier allein streitbefangene Umbaumaßnahme aus dem Jahr 2009, sondern ausschließlich über den ökologischen Zustand der Fischaufstiegsanlage aus dem Jahre 2004 und bescheinigt dieser eine gute gesamtökologische Durchgängigkeit. Die unter Förderungsgesichtspunkten hier allein noch in Rede stehende Baumaßnahme, nämlich die Verlegung des Bypass parallel zu dem Einlauf der Aufstiegsanlage, die von der bereits auf der Grundlage des EEG 2004 geförderten Fischtreppe abzugrenzen wäre, findet in dem Erstgutachten vom 19. April 2009 indessen überhaupt keine Erwähnung.

In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 25. April 2009 (Band I Blatt 42 ff d. A.) befasst sich der Umweltgutachter erstmals mit der neu eingebauten Spüleinrichtung. Er bestätigt insoweit zwar, dass die Anbindung an den M. graben den Betrieb der Fischaufstiegsanlage zu optimieren vermag. Seine Ausführungen beschränken sich allerdings im wesentlichen in einer Funktionsbeschreibung der Spüleinrichtung und der Feststellung, dass diese sich als notwendig erwies, um einer permanenten Versandung und Verschlammung der Fischtreppe effizient entgegen zu wirken. Eine Überprüfung des ökologischen Wertes dieser Baumaßnahme anhand der Bewertungskriterien des § 23 Abs. 5 S. 1 EEG 2009 in Verbindung mit §§ 25 a, 25 b WHG lässt aber auch das Ergänzungsgutachten vermissen. Mit dem Prüfungsprogramm des § 23 Abs. 5 EEG 2009 hat er sich in seiner ergänzenden Stellungnahme nicht ansatzweise auseinandergesetzt. Insbesondere ist an keiner Stelle erläutert, dass die Spülvorrichtung zu einer wesentlichen Verbesserung der ökologischen Durchgängigkeit der Anlage gegenüber dem früheren Zustand geführt hat.

Soweit die Klägerin des weiteren ein Schreiben des Umweltgutachters vom 03. August 2009 zur Akte gereicht hat (Band I Blatt 23 d. A.), in dem dieser apodiktisch feststellt, dass „die durchgeführte Maßnahme (Einbau einer Spüleinrichtung) zu einer wesentlichen ökologischen Verbesserung führt und deshalb der Anspruch auf die nach dem EEG 2009 festgelegte Vergütung besteht“, erfüllt dieses Schreiben schon nicht die formalen Anforderungen an eine zum Zwecke des Nachweises vorzulegende Bescheinigung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 EEG 2009. Der Umweltgutachter beschränkt sich hierin im übrigen auf eine pauschale Aussage zur Förderungswürdigkeit des Einbaus der Spülvorrichtung, ohne diese auch nur im Ansatz zu begründen. Die hierfür relevanten biologischen Qualitätskomponenten werden nicht benannt. Das Prüfungsprogramm des § 23 Abs. 5 EEG bleibt in dem Schreiben vielmehr völlig unerwähnt, so dass der Senat anhand des Schreibens nicht nachzuvollziehen vermag, woraus der Umweltgutachter herleitet, dass die Spüleinrichtung zu einer gegenüber dem bisherigen ökologischen Zustand (Fischaufstiegstreppe) erheblichen Verbesserung geführt hat.

(3) Soweit die Klägerin in dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz eingegangenen, von dem Landgericht ihr nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 12. März 2010 für ihre Tatsachenbehauptung zusätzlich Beweis angeboten hat durch Benennung des Umweltgutachters Dipl. Ing. R. als sachverständigen Zeugen sowie durch Einholung eines Sachverständigengutachtens, hat der Senat von einer ergänzende Beweiserhebung absehen können.

(a) Dahin gestellt bleiben kann in diesem Zusammenhang, ob das Landgericht durch die Versagung einer Schriftsatzfrist das rechtliche Gehör der Klägerin unangemessen verkürzt hat und dementsprechend das Vorbringen der Klägerin mit dem Beweisantritt aus dem nicht nachgelassenen Schriftsatz zumindest im Berufungsrechtszug nach Maßgabe der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO Berücksichtigung finden muss, weil der Klägerin insoweit ein Novenrecht zusteht.

(b) Denn bereits nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin bedarf es zu diesem Punkt keiner Beweiserhebung.

Dem Sachvortrag der Klägerin ist nämlich schon nicht zu entnehmen, dass mit dem Einbau der Spülvorrichtung durch Anbindung des M. grabens eine wesentliche Verbesserung des bisherigen ökologischen Zustandes der gesamten Wasserkraftanlage im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 EEG 2009 einher gegangen ist. Wie der Geschäftsführer der Klägerin in dem Verhandlungstermin vom 19. August 2010 selbst erläutert hat, zielt die Baumaßnahme in

erster Linie auf die Wiederherstellung, Erhaltung und insbesondere dauerhafte Sicherung der Funktionsfähigkeit der Fischtreppe gegen eine fortschreitende Verschlammung und Versandung und lässt das zuvor in periodischen Zeitabständen notwendige Ausbaggern des Kanals entfallen. Auch wenn der Betrieb der Fischaufstiegsanlage hierdurch dauerhaft gegen die nachteiligen Effekte einer Verschlammung und Versandung gesichert werden kann, bildet die in ihrer Funktionstauglichkeit wieder hergestellte Fischtreppe letztlich aber auch das Maximum an ökologischer Durchgängigkeit ab, der mit der Spülvorrichtung erreicht werden kann. Denn diese stellt von ihrer Funktion her lediglich eine ergänzende Vorrichtung bzw. Nebenanlage für den Betrieb der Fischtreppe und damit ein bloßer Bestandteil der Anlage dar, deren ökologischer Wert aber nicht über den der von ihr unterstützten Hauptsache, nämlich die Fischaufstiegsanlage, hinaus gehen kann. Das ökologische Niveau der funktionsfähigen Fischtreppe hat aber bereits eine Förderung nach dem EEG 2004 erfahren. Dass mit der Spülvorrichtung ein gegenüber einer funktionierenden Fischtreppe eigenständiger ökologischer Mehrwert verbunden ist, wird von Klägerseite nicht behauptet und geht auch aus den vorgelegten Umweltgutachten des Umweltgutachters Dipl. Ing. R. nicht hervor. Die Klägerin ist vielmehr der Meinung, dass bereits die dauerhafte Sicherung der Funktionsfähigkeit der Fischtreppe eine wesentliche Verbesserung des bisherigen ökologischen Zustandes darstellen kann. Nach ihrer Ansicht liegt der positive Effekt der Spülvorrichtung insbesondere darin, dass auf das in periodischen Zeitabständen durchgeführte Ausbaggern des Kanals verzichtet und die Fischtreppe nunmehr ohne Funktionseinschränkung über das gesamte Jahr betrieben werden kann. Das Ausbaggern des Kanals zur Beseitigung der Verschlammungen stellt aber zweifellos eine bloße Wiederherstellungs- und Erhaltungsmaßnahme dar. Eben diese notwendigen Erhaltungsmaßnahmen hat der Einbau der sog. Spüleinrichtung entbehrlich werden lassen. Dass darüber hinaus ein ökologischer Mehrwert erzielt wird, behauptet die Klägerin dagegen schon nicht.

Für den im Rahmen des § 23 Abs. 5 EEG 2009 geforderten Vergleich zwischen dem aktuellen ökologischen Niveau und dem bisherigen biologischen Ist-Zustand war – wie das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat – auf eine funktionsfähige Fischaufstiegsanlage abzustellen, da diese den bisherigen status quo ante abbildet, der bereits Gegenstand einer Förderung gewesen war. Legt man bei der ökologischen Betrachtung aber eine funktionsgerechte Fischtreppe zugrunde, so muss man jedoch feststellen, dass sich der zusätzliche Einbau der Spülvorrichtung auf die ökologische Bilanz nicht weiter positiv ausgewirkt hat. Zusätzliche positive Effekte auf die Umgebungsökologie sind hiervon jedoch nicht ausgegangen. Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass die Spülvorrichtung unabhängig von dem jeweiligen Erhaltungszustand der Fischtreppe das ökologische Gewässerniveau nachhaltig anheben könnte, weil sie zusätzliche biologische Qualitätskomponenten erfüllt. Wie bereits ausgeführt, ist die Spülvorrichtung nach dem eigenen Vortrag der Klä-

gerin vielmehr allein auf eine nachhaltige Optimierung des Durchflusses der Fischtreppe angelegt, ein darüber hinaus gehendes ökologisches Ziel verfolgt die Maßnahme nicht.

Nach alledem ist die Umbaumaßnahme aus dem Jahr 2009 nicht nach § 23 Abs. 2, Abs. 5 EEG 2009 förderungswürdig.

5. Da bereits die anspruchsbegründenden Voraussetzungen für eine höhere Einspeisevergütung nach § 23 Abs. 2, Abs. 5 EEG 2009 nicht vorliegen, bedarf es keiner abschließenden Entscheidung des Senates zu der zwischen den Parteien des weiteren streitigen Frage, ob die Vorschrift des § 23 Abs. 2 EEG 2004 einer zusätzlichen tatbestandsimmanenten Schranke unterliegt und nach deren Sinn und Zweck – als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal – an das zusätzliche Erfordernis geknüpft ist, dass der Anlagenbetreiber nur dann in den Genuß einer über 20 Jahre andauernden Vergütungsprivilegierung kommen kann, wenn der für die Modernisierung geleistete Investitionskostenaufwand eine Bagatellgrenze überschreitet und insgesamt in einem angemessenen Verhältnis zu der erhöhten Vergütung steht. Der Beklagten ist in diesem Zusammenhang allerdings zuzustimmen, dass aus den Gesetzesmaterialien hervor geht, dass die nach § 23 Abs. 2 EEG 2009 wegen einer Modernisierungsmaßnahme erhöhte Vergütung als eine Kompensation für die Modernisierungskosten verstanden wird. In der Gesetzesbegründung zu § 23 Abs. 2 EEG 2009 heißt es hierzu, dass die erhöhten Entgelte vorgesehen seien, damit die mit der Modernisierung zu erreichende Verbesserung der Gewässerökologie gefördert und wirtschaftlich abgebildet werden kann (vgl. BT-Drucksache 16/8148, S.53). Der Kompensationsgedanke hat dabei auch schon in der Gesetzesbegründung zu § 21 EEG 2004 Eingang gefunden. Der Gesetzgeber hat insoweit deutlich hervor gehoben, dass der Anlagenbetreiber die neue Vergütungsregelungen im Gegenzug zu den Modernisierungskosten inklusive der Mindestvergütung für Anlagen mit einer Leistung bis 500 kW erlangt (vgl. BT-Drucksache 15/2864, S. 54 und Seite 19). Auch wenn eine Förderung von Wasserkraftanlagen nur dann sinnvoll ist, wenn der Betreiber unter Berücksichtigung der Förderung letztlich mehr als die Betriebs- und Investitionskosten erwirtschaften kann, kann im Hinblick auf den der Förderung zugrunde liegenden Kompensationszweck jedoch nicht geleugnet werden, dass der Investitionsaufwand zumindest einen gewissen Rahmen überschreiten muss (Bagatellgrenze), um eine über die Dauer von 20 Jahren zu gewährende Vergütungserhöhung als einen angemessenen Ausgleich gerechtfertigt erscheinen zu lassen (diese Frage ebenfalls offenlassend: Clearingstelle EEG in ihrem Votum vom 27. November 2008, 23/2008)

Wollte man eine derartige Bagatellgrenze als tatbestandsimmanente Förderungsschranke im Rahmen des § 23 Abs. 2 EEG 2009 anerkennen, wäre diese im Streitfall in jedem Fall nicht überschritten. Die Beklagte hat nämlich zutreffend darauf hingewiesen, dass bereits die mit

der Klage allein für den Monat Mai 2009 geltend gemachte Vergütungsdifferenz zwischen dem von der Klägerin berechneten Stromentgelt und dem von der Beklagten für die Einspeisung des Stromes auf der Grundlage des EEG 2007 entrichteten Strompreises ausreichen würde, um die Modernisierungskosten, die die Klägerin mit 17.000,- Euro angesetzt hat, insgesamt auszugleichen. Der Investitionskostenaufwand wäre danach bereits durch die Mehrvergütung eines einzigen Monats kompensiert. Dies aber zeigt, dass die von der Klägerin für die Dauer von 20 Jahren beanspruchte Preisprivilegierung außer Verhältnis steht zu dem von ihr für die Modernisierung tatsächlich aufgewandten Kosten.

Da der Anspruch bereits aus einem anderen Grunde scheitert, kann der Senat die Frage, ob die Vergütungsprivilegierung des § 23 Abs. 2 EEG 2009 einer weiteren tatbestandsimmanenten Schranke unterliegt, aber letztlich dahin gestellt sein lassen.

II.

Ein Anspruch der Klägerin auf Erstattung der vorprozessualen Anwaltskosten aus §§ 280 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB scheidet aus dem genannten Grunde gleichfalls aus, denn mangels eines auf Zahlung der Vergütungsdifferenz aus § 23 Abs. 2 EEG 2009 gerichteten Hauptanspruches konnte die Beklagte mit dem Ausgleich der Forderung auch nicht in Schuldnerverzug nach § 286 Abs. 1 BGB geraten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Die Revision wird nicht nach § 543 Abs. 1 ZPO zugelassen, da der Rechtssache weder eine grundsätzliche Bedeutung beigemessen werden kann (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

Die Entscheidung über die Festsetzung des Streitwertes für die Berufungsinstanz ergibt sich aus §§ 47 Abs. 1 S. 1, 48 Abs. 1 GKG in Verbindung mit § 3 ZPO.

RiOLG Dr. Tiemann

gez. Grimm

gez. Göbel

ist wegen seines Jahresurlaubs an der
Unterzeichnung des Urteils gehindert.

gez. Grimm