

2010/18

12. September 2011

Votum

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

Leitsätze:

1. Als Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des § 23 Abs. 2 EEG 2009 kommen neben baulichen oder technischen auch betrieblich-organisatorische Maßnahmen in Betracht.
2. (a) Die Vorlage einer Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters begründet die widerlegliche Vermutung, dass nach der Modernisierung der gute ökologische Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist.
 - (b) Die Vermutungswirkung tritt nur ein, wenn die Bescheinigung formalen Mindestanforderungen genügt. Dies ist der Fall, wenn sie
 - von einer Umweltgutachterin oder einem Umweltgutachter mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft (§ 3 Nr. 12 EEG 2009) erstellt worden ist *und*
 - geeignet ist, nachzuweisen, dass nach der Errichtung oder Modernisierung der Anlage nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist.
 - (c) Eine Bescheinigung ist dann zum Nachweis geeignet, wenn sie objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und schlüssig ist. Dies ist der Fall,

- *entweder*, wenn die Bescheinigung bei Umfang, Aufbau und Prüfungsmaßstab den für die Umweltgutachterinnen und -gutachter verbindlichen Vorgaben der DAU – Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mbH folgt
 - *oder* – solange es für Bescheinigungen nach § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 noch keine solche verbindlichen Vorgaben der DAU gibt – wenn die Bescheinigung mindestens
 - eine Beschreibung des Ist-Zustandes (Anlage; Gewässer gemäß Kriterien der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL), insbesondere des ökologischen Zustands und Potentials; für den Gewässerabschnitt einschlägige Bewirtschaftungsziele) vor der Modernisierungsmaßnahme enthält,
 - die durchgeführte(n) Modernisierungsmaßnahme(n) darstellt *und*
 - die fachlichen Maßstäbe benennt, anhand derer die Umweltgutachterin bzw. der Umweltgutachter zu der Einschätzung kommt, dass nach 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. (a) Netzbetreibern (oder im förmlichen Verfahren der Clearingstelle EEG) steht es nicht zu, eigene fachliche Feststellungen und Bewertungen in Bezug auf den ökologischen Zustand und die wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands nach einer Modernisierung zu treffen und diese an die Stelle der fachlichen Feststellungen und Bewertungen einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters zu setzen.

- (b) Sofern Netzbetreiber Zweifel an der objektiven Nachvollziehbarkeit, Widerspruchsfreiheit oder Schlüssigkeit einer Bescheinigung haben, rät die Clearingstelle EEG den Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, im Einvernehmen mit dem Netzbetreiber die Nachbesserung durch eine ergänzende Bescheinigung einer Umweltgutachterin bzw. eines Umweltgutachters zu erreichen.
4. Es bleibt Netzbetreibern unbenommen, bei Zweifeln an der Zuverlässigkeit, Unabhängigkeit oder Fachkunde einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters ein Anlassaufsichtsverfahren bei der DAU anzuregen.

In dem Votumsverfahren

[... GbR], rechtsanwaltlich vertreten durch [...]

– Anspruchstellerin –

[... GmbH],

in Beistand der Herren [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, die ständigen Beisitzer Reußenweber und Dr. Winkler sowie die nichtständigen Beisitzer Reitter und Weißborn aufgrund der mündlichen Erörterung vom 17. März 2011 am 12. September 2011 mehrheitlich folgendes Votum:

Für den in der Wasserkraftanlage „P...-Mühle“ an der [F...], [...]
[L...], erzeugten und in das von der Anspruchsgegnerin betriebene Netz für die allgemeine Versorgung eingespeisten Strom hat die Anspruchstellerin nicht hinreichend nachgewiesen, dass die für den Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 23 Abs. 2 EEG 2009 erforderliche wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands infolge der Modernisierung der Anlage eingetreten ist.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	4
2	Begründung	13
2.1	Verfahren	13
2.2	Würdigung	14
2.2.1	Prüfungsmaßstab	14
2.2.2	Modernisierung der Anlage, § 23 Abs. 2 EEG 2009	15
2.2.3	Nachweis einer wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands, § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009	18
2.3	Unparteilichkeit des Umweltgutachters und Aufsichtsverfahren bei der DAU	33

I Tatbestand

- I Die Anspruchstellerin betreibt auf Grundlage einer 1997 erteilten wasserrechtlichen Genehmigung eine Wasserkraftanlage an der [F. . .] beim Fluss-Kilometer [14] („P. . . -Mühle“). Die Anlage hat eine installierte elektrische Leistung von 500 kW. Der in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeiste Strom wird gemäß § 66 Abs. 1, § 16 Abs. 1 EEG 2009¹ i. V. m. § 6 Abs. 1 EEG 2004² vergütet.

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 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), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. – Arbeitsausgaben der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/arbeitsausgabe>.

²Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), 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), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, 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)..

- 2 In den Jahren 2003 bis 2005 verbreiterte die Anspruchstellerin einen an der Anlage bereits bestehenden Fischpass und erhöhte das Gefälle der Fischtreppe. Ferner veränderte sie den Mindestwasserabfluss und verkleinerte an dem bereits vorhandenen Feinrechen den Stababstand auf eine lichte Weite von max. 20 mm. Ebenfalls noch unter der Geltung des EEG 2004 – etwa 2005 – legte die Anspruchstellerin am Oberwasserkanal ein Feuchtbiotop an. Diese Maßnahmen wurden von der Anspruchsgewinnerin 2005 als Modernisierungsmaßnahmen anerkannt, die Anlage mit einem neuen Inbetriebnahmedatum versehen und in die 30jährige Vergütung übernommen.
- 3 An der Anlage – neben dem Wehr am ca. 5 bis 6 Meter breiten Einlaufgraben – befindet sich ein Grundablassschütz. Am Fuß des Einlaufgrabens liegt ein Betonsockel, an dem sich Sediment (Sand und Geschiebe) sammelt. Um dieses zu lösen, wird üblicherweise das Schütz gezogen. Ursprünglich wirkte das Schütz wie eine „Wand“, die nur mittels eines Zahnradgetriebes vertikal auf- und abgezogen werden konnte. Durch den Einbau von Scharnieren kann das Schütz nunmehr zusätzlich im oberen Drittel sowie im unteren Drittel geklappt werden.
- 4 Für das Grundablassschütz existiert eine „Bedienvorschrift“, die beinhaltet, dass
 - eine vollständige Öffnung des Grundablasses nur bei reichlicher Wehrüberströmung vorgenommen wird,
 - keine Öffnung des Grundablasses in der Fischschonzeit (1. Januar bis 30. Mai) vorgenommen wird,
 - die Bereitschaft zur zehnpromzentigen Öffnung bei vorkommender Aalabwanderung im Herbst besteht und
 - keine vollständige Öffnung des Grundablasses bei Gesamtabfluss unter $8,5 \text{ m}^3/\text{s}$ oder bei einer Wassertemperatur über $15 \text{ }^\circ\text{C}$ erfolgt,

um Fischschäden durch zu hohe Geschiebeeinträge und die damit verbundene Sauerstoffzehrung sowie durch Spülvorgänge zu vermeiden bzw. grundsätzlich auszuschließen.

- 5 Mit Datum vom 20. April 2009 erstellte der bei der Deutschen Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mbH (nachfolgend: DAU) unter der Zulassungsnummer DE-[...] mit Bescheid vom [...] April] 2009 zugelassene Umweltgutachter Dipl.-Ing [...] ein „Gutachten zur Prüfung der Voraussetzungen zur

Stromvergütung gemäß § 23 / Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2009)“ (nachfolgend: Gutachten).

6 Im Einzelnen führt das Gutachten u. a. aus:

» . . .

2 Beschreibung des Zustandes der Wasserkraftanlage

. . . Die Anlage wurde dann nach Erteilung der . . . Genehmigungen und Gestattungen komplett modernisiert, dabei wurden u. a. ein neues Turbinenhaus eingebaut, die Wehranlage und der Betriebsgraben saniert und ein Feuchtbio-top am rechten Ufer des Oberwasserkanals neu errichtet . . .

Im weiteren Verlauf des Betriebes . . . wurde einige Jahre später eine Fischaufstiegsanlage . . . errichtet und behördlich geprüft und abgenommen.

Weiterhin wurde eine amtliche Festlegung des ökologisch erforderlichen Mindestwasserabflusses . . . durchgeführt. Die Anlage hält auch die wasserrechtlich festgelegte Mindestbeaufschlagung des Mutterbettes der Ausleitungsstrecke ein. Diese wird über die Fischaufstiegsanlage sowie über den vorhandenen Grundablass am Wehr abgegeben. Damit ist die Durchgängigkeit des gesamten Flussabschnittes tatsächlich auch gewährleistet . . .

Der vorhandene Feinrechen am Hauptkraftwerk weist eine Stabweite auf, die den . . . Anforderungen entspricht . . . Insofern ist auch der Fischschutz gewährleistet.

Besondere Festlegungen zum Geschiebemanagement bzw. zur Stauraumbewirtschaftung bestehen nicht. Am Hauptwehr ist ein seitlicher Grundablass als Spülschutz vorhanden, der . . . bisher kaum verwendet wurde. Die Bedienung des Grundablasses erfolgte bisher eher sporadisch ohne genaue Vorgaben, . . .

3 Erfüllung der Kriterien gemäß § 23 EEG

. . . Grundsätzlich (muss) geprüft werden, ob die Gesamtheit der im EEG genannten gewässerökologisch relevanten Handlungsbereiche beurteilt und zu den Bewirtschaftungszielen ins Verhältnis gesetzt werden. Dies bedeutet grundsätzlich nicht zwingend, dass für alle o. g. fünf Punkte³ tatsächlich auch Maßnahmen notwendig sind. Daher sollen zunächst eine Analyse eventueller Defizite . . . und die Benennung von prioritär erforderlichen ökologischen Verbes-

³Anm. der Clearingstelle EEG: d. h. die Punkte a) bis e) in § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009.

serungsmaßnahmen erfolgen. Im vorliegenden Fall ist eine vorbildliche Wasserkraftanlage vorhanden, welche auch im BMU-Leitfaden so eingeschätzt wurde.

... **Stauraumbewirtschaftung** ... Im Stauraum hat sich Feststoff-bezogen in den vergangenen Jahren ein Gleichgewicht eingestellt.

Die **ökologische Durchgängigkeit** ... ist bereits durch die vorhandene Fischaufstiegsanlage gewährleistet ...

Der Fischschutz ist durch die vorhandene Stabweite ... ebenfalls gesichert.

Der **Mindestwasserabfluss** ist wasserrechtlich ... festgelegt. Er wird auch eingehalten ... Der beauftragte Mindestwasserabfluss wird durch den Betrieb des Restwasserkraftwerkes auf freiwilliger Basis sogar deutlich erhöht.

Die **Feststoffbewirtschaftung** umfasst ... Sortierung und Verbleib des Geschiebes sowie des Totholzes und organischen Schwemmgutes. Es wird angestrebt, eine Möglichkeit zu finden, das organische Material im Gewässer zu belassen ... Eine automatische Trennung ist ... technisch nicht wirklich möglich. Jedoch wird die Trennung ... zumindest manuell so betrieben, dass im vorhandenen Auffangbehälter vorhandenes nichtorganisches Material ... heraus genommen und entsorgt wird ...

Die [F...] kann als eher mäßig geschiebeführender Fluss betrachtet werden, weshalb keine besonderen Maßnahmen zu ergreifen sind ... Hinzuweisen ist auf die Tatsache, dass der Ober- und Unterwasserbereich seit Jahrhunderten auf die vorhandene Situation eingestellt ist und sich ein naturnahes Gleichgewicht eingestellt hat.

Jedoch war im Zuge dieser Prüfung die Bedienung des am Wehr vorhandenen Grundablasses zu prüfen. Dieser wurde bisher ohne genaue Anweisung betrieben. Dies war so im Sinne der angestrebten Verbesserung nicht hinnehmbar. Für die Bedienung war insbesondere zur Vermeidung von Fischschäden ... eine genaue Bedienvorschrift notwendig.

Insofern hat sich der Betreiber verpflichtet, ab sofort die folgenden Bedingungen zu beachten und auch die technischen Voraussetzungen im April 2009 geschaffen:

...⁴

⁴Anm. der Clearingstelle EEG: Es folgt die Aufzählung der oben in Rn. 4 genannten Punkte.

Mit diesen Maßnahmen wird eine Schädigung des Fischbestandes durch Spülvorgänge grundsätzlich ausgeschlossen.

... **Uferstruktur** ... Insofern bestehen hier keine weiteren Forderungen ...

Insgesamt ist erkennbar, dass die Anlage die Voraussetzungen an eine heutige ökologisch definierte Wasserkraftnutzung erfüllt und damit insbesondere auch den Bewirtschaftungszielen der Europäischen Wasserrahmenrichtlinie ... entspricht. Die bereits durchgeführten Maßnahmen sowie die neue Betriebsweise des Grundablasses haben den ökologischen Zustand wesentlich verbessert. Es ist festzustellen, dass die Anlage sich in einem guten ökologischen Zustand befindet und auch richtig betrieben wird.

4 Zusammenfassung und Bestätigung

Die ... Wasserkraftanlage befindet sich in einem guten ökologischen Zustand gemäß § 23 EEG durch das inzwischen realisierte Bedienkonzept des Grundablasses ...

... **Die neue Vergütung ist demzufolge ab sofort bzw. ab dem 20.04.2009 zu bezahlen.**

...“

- 7 Mit Datum vom 22. März 2011 und Bezug nehmend auf das Protokoll der in diesem Votumsverfahren durchgeführten mündlichen Erörterung verfasste der Umweltgutachter ein an die anwaltliche Vertretung der Anspruchstellerin adressiertes Schreiben, dessen Existenz – wie die des Gutachtens – unstreitig ist. Im Betreff heißt es u. a.: „Ergänzende Stellungnahme zum Gutachten vom Mai⁵ 2009.“ Der Umweltgutachter führt in dem siebenseitigen Schriftstück (nachfolgend: „Nachtragsgutachten“) u. a. aus:

„... Ich habe auch im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens der DAU GmbH nunmehr regelmäßig einen genauen Vergleich zwischen Ist- und Neuzustand hinsichtlich der gewässerökologischen Randbedingungen inkludiert und auch eine Abstimmung mit den Zielen der Europäischen Wasserrahmenrichtlinie durchgeführt.

Zunächst ist dabei der gewässerökologische Zustand zum Zeitpunkt vor Durchführung der Modernisierungsmaßnahme zu betrachten. Die [F...]

⁵Anm. der Clearingstelle EEG: Gemeint ist offenbar „April“.

ist hydrologisch betrachtet der wichtigste rechte Nebenfluss der [G...] und mündet in der Stadt [F...] in die [G...], obwohl die [G...] am Standort hinsichtlich der Wasserführung größer ist als die [F...].

Ich möchte versuchen, das Gutachten in verschiedenen Punkten zu konkretisieren.

Die [F...] gehört im betroffenen Abschnitt fischereifachlich zur Äschenregion (Hauptfischart), ist aber auch durch eine durchaus gute Artenvielfalt mit Forellen, Groppe und anderen Arten... charakterisiert. Gerade die vorkommenden Salmoniden (Bachforelle, Regenbogenforelle) als Leitfische der oberhalb befindlichen Fischregion sind extrem empfindlich gegenüber einem zu hohen Schadstoffeintrag bzw. Eintrag von Schwemmstoffen, welcher dann regelmäßig zu einer zu hohen Sauerstoffzehrung führt.

Gerade dies wurde durch die bisher nicht vorhandene Regelung der Steuerung des Grundablassschützes in der Vergangenheit negativ bestätigt, da der Grundablass... auch gerade bei geringen Abflüssen und hoher Wassertemperatur geöffnet werden durfte.

Zu betonen ist außerdem..., dass es in diesem Fall nicht um die Erreichung eines guten ökologischen Zustandes, sondern allein um eine wesentliche ökologische Verbesserung geht, obwohl die Anlage bzw. der betroffene Gewässerabschnitt der [F...] sich aus meiner Sicht bereits in einem tatsächlich guten Zustand befindet. Diesbezüglich bestand jedoch zu der fachbehördlichen Einschätzung in der Bestandserfassung eine Differenz.

Da allein die Definition des „guten ökologischen Zustandes“ eher schwer fällt und andererseits die behördlich festgelegten Bewirtschaftungspläne und Maßnahmenprogramme in Sachsen keine hinreichend genaue und vor allem standortbezogenen Festlegungen dazu treffen, bleibt auch in diesem Fall nur eine Maßnahme übrig, welche mit einer wesentlichen ökologischen Verbesserung verbunden ist.

... Insofern entschied sich der Betreiber sinnvoller Weise für die Einführung des Geschiebemanagementsystems. Diese Modernisierung ist auch erforderlich und sinnvoll, da in der Vergangenheit durchaus Fischschäden bei unkontrollierten Spülvorgängen auftraten, einerseits durch zu

hohe hydraulische Belastung und andererseits durch zu starken Schlamm-
eintrag (verbunden mit einer hohen Sauerstoffzehrung im Gewässer)...

... aufgrund der vorbildlichen Bauweise und des gewissenhaften Betriebs
der Anlage... hatte der Anlagenbetreiber noch die Aufgabe zu erfüllen,
zur Verbesserung des ökologischen Zustandes einerseits die vorhandene
Flachwasserzone zu verbessern (durch offene Anbindung an den Ober-
wassergraben), sowie ein Geschiebemanagementsystem... zu installie-
ren.

...

Weiterhin ist eine Gegenüberstellung des Ist- und des Neuzustandes er-
forderlich.

Eine solche Gegenüberstellung war zwar in meinem Kopf, nur habe ich
diese nicht ausdrücklich im Gutachten vermerkt. Dies möchte ich nun
schnellstens anhand der wesentlichen Kriterien des § 23 EEG 2009 in ta-
bellarischer Kurzform nachholen.

...

Die Beurteilung, inwiefern diese Verbesserungen wesentlich sind, hatte
ich bereits im Gutachten getroffen und kann diese auch hiermit noch-
mals bestätigen. Dies obliegt auch allein mir und eben nicht der Beurtei-
lung des Netzbetreibers.

...“

- 8 Ein von der Anspruchstellerin beauftragter Betriebsführer betreut die Anlage und sucht diese hierzu zweimal täglich auf.
- 9 Die Anspruchstellerin behauptet, dass im Februar 2009 zu dem Feuchtbiotop ein Zu- und Ablauf gelegt worden sei, damit es nicht austrockne.
- 10 Sie behauptet, dass die bauliche Veränderung am Schütz, d. h. der Einbau der o. g. Scharniere, im März 2009 erfolgte, und beruft sich auf die zur Akte gereichte Rechnungskopie des Schlossers [E...] vom 28. Juli 2009.
- 11 In Bezug auf die Betriebsweise der Anlage habe sie zum einen die unstrittig schon vor dem 1. Januar 2009 bestehende – „Feststoffbewirtschaftung“ 2009 geändert, indem am Einlaufbauwerk vom Rechen aufgehaltenes Festgut durch den Betriebsführer per Greifarm aus dem Wasser entnommen und in einem Auffangbehälter gesammelt

werde. Von dort werde nicht organisches Material herausgenommen und auf Kosten der Anspruchstellerin entsorgt, Totholz und anderes organisches Schwemmgut hingegen werde unterhalb der Anlage wieder ins Gewässer verbracht.

- 12 Zum anderen habe sie ab April 2009 in Abkehr von der bisherigen Praxis sich selbst bzw. den Betriebsführer verpflichtet, die „Bedienvorschrift“ (oben Rn. 4) bei der Bedienung des Grundablasses am Wehr einzuhalten. Diese Verpflichtung werde vom Betriebsführer auf Weisung der Anspruchstellerin umgesetzt.
- 13 Die Anspruchstellerin macht geltend, dass sich die Maßnahmen auf den Anlagenbetrieb auswirkten. Zum einen sei es von Vorteil, wenn die Anlage von Verunreinigungen entlastet werde. Zum anderen könne es sich nachteilig auswirken, wenn durch die veränderte Betriebsführung weniger Wasser die Turbinen durchströme; bei Niedrigwasser könne durch den veränderten Grundablass die Stromerzeugung zum Erliegen kommen.
- 14 Die Anspruchstellerin ist der Auffassung, dass die Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 EEG 2009 vorlägen und nach § 23 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 EEG 2009 der Nachweis hierüber durch das Gutachten erbracht sei. Der Anspruchsgegnerin stehe ein Prüfungsrecht insoweit nicht zu. Soweit sich aus dem Schreiben der DAU vom 25. August 2010 Zweifel an der Unparteilichkeit ergeben könnten, betreffen diese andere Anlagen; insbesondere habe der Umweltgutachter keine ingenieurtechnischen Beratungsleistungen für die Anspruchstellerin erbracht. Der Anspruch auf die erhöhte Vergütung bestehe ab dem 20. April 2009.
- 15 Die Anspruchsgegnerin ist in Bezug auf die von ihr mit Nichtwissen bestrittene Herstellung des Zu- und Ablaufs zum Feuchtbiotop der Auffassung, dass Maßnahmen, die dazu dienten, dass die Wirksamkeit einer bereits unter dem EEG 2004 anerkannten Modernisierungsmaßnahme gesichert werde, nicht unter dem EEG 2009 als Modernisierung vergütet werden dürften.
- 16 Sie erklärt sich mit Nichtwissen in Bezug auf die behauptete Umstellung der Feststoffbewirtschaftung im Jahre 2009.
- 17 Sie bestreitet, dass die baulichen Veränderungen am Schütz nach dem 31. Dezember 2008 erfolgten; die Bezahlung der von der Anspruchstellerin vorgelegten Rechnung sei nicht nachgewiesen.
- 18 Hinsichtlich der Bedienvorschrift für den Grundablass erklärt sie, dass deren Einhaltung nicht nachgewiesen und auch nicht nachprüfbar sei.

- 19 Sie bestreitet, dass die Maßnahmen sich auf den Anlagenbetrieb auswirkten und verweist darauf, dass – was insoweit unstrittig ist – die [F...] ein mäßig geschiefbeführender Fluss ist.
- 20 Die Anspruchsgegnerin ist der Auffassung, dass das Gutachten keine nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 erforderlichen Feststellungen treffe. Das Gutachten enthalte Ausführungen zu bereits abgeschlossenen Maßnahmen, durch die schon vor dem 1. Januar 2009 ein guter ökologischer Zustand erreicht worden sei. Hinsichtlich späterer, die Betriebsführung betreffender Maßnahmen sei zweifelhaft, ob diese als Modernisierungsmaßnahmen im Sinne von § 23 Abs. 5 EEG 2009 gelten könnten; zudem enthalte das Gutachten keine Aussagen, wann diese Maßnahmen abgeschlossen worden seien.
- 21 Weiter hegt die Anspruchsgegnerin Zweifel an der Unparteilichkeit des Umweltgutachters und trägt hierzu Folgendes vor:
- 22 Da sie innerhalb weniger Tage rund 20 ähnliche und teilweise wortgleiche Gutachten desselben Umweltgutachters erhalten habe, wandte sie sich an die DAU. Diese erklärte – was unstrittig ist – mit Schreiben vom 25. August 2010:

» ...

Unsere eigene Recherche hat ergeben, dass in beiden Fällen über die Ingenieurgesellschaft [...] mbH, deren Geschäftsführer der Umweltgutachter ist, vor und im Zusammenhang mit der Bestätigung nach § 23 Abs. 5 EEG ingenieurtechnische Beratungsleistungen erbracht worden sind. Aufgrund des engen zeitlichen und fachlichen Zusammenhangs zur Begutachtung sehen wir die nach § 15 Abs. 6 Nr. 3 UAG erforderliche Unparteilichkeit als nicht gewährleistet an.

Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass wir Ihnen keine Einzelheiten über den Ausgang des Verfahrens mitteilen können.

... «

- 23 Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass sich das Schreiben der DAU nicht auf die verfahrensgegenständliche Wasserkraftanlage bezieht.
- 24 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 19. Januar 2010 und 5. Februar 2010 haben sich die Parteien an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)⁶ durchzuführen.

⁶In der Fassung vom 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

- 25 Die Clearingstelle EEG hat die grundsätzliche Bedeutung der Streitigkeit festgestellt. Die Anspruchstellerin wünschte die Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers von den Arbeitsgemeinschaften Wasserkraftwerke Deutschland (AWK-D). Die Anspruchsgegnerin wünschte die Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers vom BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.
- 26 Mit Beschluss vom 22. Dezember 2010 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Besteht für den in der Wasserkraftanlage [„P...-Mühle“] an der [F...], [...][L...], erzeugten und in das von der Anspruchsgegnerin betriebene Elektrizitätsnetz der öffentlichen Versorgung eingespeisten Strom ein Anspruch auf die erhöhte Vergütung gemäß § 23 Abs. 2 EEG 2009?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 27 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 28 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 29 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 2 Satz 1, 2 Abs. 5 VerfO.
- 30 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 2 VerfO hat die Clearingstelle EEG einen Termin zur mündlichen Erörterung bestimmt. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler erstellt.

2.2 Würdigung

31 Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin keinen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Vergütung nach § 23 Abs. 2 EEG 2009. Zwar wurde ihre Wasserkraftanlage im Sinne von § 23 Abs. 2 EEG 2009 modernisiert (siehe unter 2.2.2). Sie hat jedoch nicht den nach § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 erforderlichen Nachweis erbracht, dass hierdurch der ökologische Zustand wesentlich verbessert wurde (siehe unter 2.2.3).

2.2.1 Prüfungsmaßstab

32 Die für dieses Verfahren einschlägigen Abschnitte von § 23 Abs. 2 und 5 EEG 2009 lauten:

(2) ¹Für Strom aus Wasserkraft, der in Anlagen mit einer Leistung bis einschließlich 5 Megawatt erzeugt wird, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen und nach dem 31. Dezember 2008 modernisiert worden sind, beträgt die Vergütung ...

(5) ¹Die Absätze 1 bis 4 gelten nur, wenn

1. ...

2. nach der Errichtung oder Modernisierung der Anlage nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist. ²Eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes liegt in der Regel vor, wenn

- a) die Stauraumbewirtschaftung,
- b) die biologische Durchgängigkeit,
- c) der Mindestwasserabfluss,
- d) die Feststoffbewirtschaftung oder
- e) die Uferstruktur

wesentlich verbessert worden oder Flachwasserzonen angelegt oder Gewässeralt- oder Seitenarme angebunden worden sind, soweit die betreffenden Maßnahmen einzeln oder in Kombination unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele erforderlich sind, um einen guten ökologischen Zustand zu erreichen.

³ Als Nachweis der Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 gilt

1. ...

2. für Anlagen nach den Absätzen 2 und 4 die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde oder einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft; machte die Modernisierung eine neue Zulassung der Wasserkraftnutzung erforderlich, gilt diese als Nachweis.

2.2.2 Modernisierung der Anlage, § 23 Abs. 2 EEG 2009

- 33 Die Anlage der Anspruchsgegnerin weist eine Leistung bis einschließlich 5 MW auf, sie wurde vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen und durch die baulichen Veränderungen am Schütz sowie die veränderte Betriebsführung nach dem 31. Dezember 2008 modernisiert.
- 34 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.⁷

⁷Ebenso *OLG Naumburg*, Urt. v. 02.09.2010 – 1 U 37/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/1401>, S. 8 f.; unklar *Kable*, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Handkommentar, 3. Aufl. 2009, § 23 Rn. 24, 25 einerseits und Rn. 27 andererseits; eher a. A. *Wustlich*, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 23 Rn. 37; zur Rechtslage unter dem EEG 2004: *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.11.2008 – 2008/23, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/23>, Leitsatz und Rn. 24 ff.; *Loibl/Schulte-Middelich*, ZNER 2006, 229 (229).

- 35 Diesen Anforderungen genügen die in Betracht kommenden Maßnahmen – Umbau des Schützes und Veränderung der Betriebsführung des Grundablasses –, weil die Anspruchstellerin der Clearingstelle EEG in der mündlichen Erörterung plausibel dargelegt hat, dass sich diese Maßnahmen auf die Anlage auswirken können. Insbesondere ist schlüssig und nachvollziehbar, dass hierdurch die Anlage betrieblich beeinflusst werden kann, weil Wasser, das durch den Grundablass geführt wird, nicht der Stromerzeugung zur Verfügung steht.⁸
- 36 Als Modernisierungsmaßnahmen kommen nicht nur bauliche oder technische Maßnahmen in Betracht, sondern auch betrieblich-organisatorische.⁹ Weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck der Vorschrift lässt sich entnehmen, dass eine Modernisierung zwingend durch bauliche Veränderungen erfolgen müsse. Vielmehr spricht der systematische Zusammenhang mit den Regelbeispielen in § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 dafür, auch betrieblich-organisatorische Maßnahmen genügen zu lassen: Insbesondere die Feststoffbewirtschaftung, der Mindestwasserabfluss und die Stauraumbewirtschaftung sind nicht notwendigerweise durch bauliche Maßnahmen zu verbessern. Vielmehr können auch veränderte Betriebsabläufe zu einer wesentlichen Verbesserung dieser Kriterien und damit zu einer wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands beitragen: Bei der Feststoffbewirtschaftung beispielsweise wird die wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands bewirkt, indem der organische „Anteil des Schwemmguts, der eine hohe Bedeutung für die Ausprägung der Gewässergestalt und die dynamische Gewässerentwicklung hat, mit der fließenden Welle in das Unterwasser einer Wasserkraftanlage“ weitergegeben wird.¹⁰ Auch bei der Stauraumbewirtschaftung kann durch die „Änderung der Betriebsführung“ die ökologische Situation verbessert werden.¹¹ Es ist aber dem Gesetz kein Anhaltspunkt zu entnehmen, dass wesentliche Verbesserungen bspw. der Stauraum- oder Feststoffbewirtschaftung oder des Mindestwasserabflusses, die allein

⁸ Giesecke/Mosonyi/Heimerl, Wasserkraftanlagen: Planung, Bau und Betrieb, 5. Aufl. 2009, S. 148 ff., 423 ff., Gerster/Rey, Ökologische Folgen von Stauraumspülungen, Schriftenreihe Umwelt Nr. 219, hrsg. v. Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft, 1994, S. 7.

⁹ Anderer Ansicht Kahle, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Handkommentar, 3. Aufl. 2009, § 23 Rn. 24; wie hier (für § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004): Loibl/Schulte-Middelich, ZNER 2006, 229 (229).

¹⁰ Naumann/Igel/u. a., Leitfaden für die Vergütung von Strom aus Wasserkraft nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz für die Neuerrichtung und Modernisierung von Wasserkraftanlagen, hrsg. v. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Juli 2005, S. 32, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/398>; nachfolgend zitiert als „BMU (Hrsg.), Leitfaden Wasserkraft“.

¹¹ BMU (Hrsg.), Leitfaden Wasserkraft, S. 36.

durch betrieblich-organisatorische Maßnahmen erreicht werden, anders zu behandeln sind als Verbesserungen infolge baulicher Veränderungen.

- 37 Die Clearingstelle EEG verkennt nicht, dass betrieblich-organisatorische Maßnahmen im Einzelfall schwieriger darzulegen und zu beweisen sind. Darlegungsfragen entscheiden jedoch nicht darüber, was als Modernisierungsmaßnahme in Betracht kommt. Es obliegt in jedem Fall der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber, plausibel darzulegen und ggf. zu beweisen, ob und wie die geltend gemachte betrieblich-organisatorische Maßnahme tatsächlich umgesetzt wird. Im vorliegenden Fall hat die Anspruchstellerin zur Überzeugung der Clearingstelle EEG in der mündlichen Erörterung hinreichend plausibel dargelegt, dass dem von ihr beauftragten Betriebsführer die veränderte Bedienvorschrift des Grundablasses verbindlich vorgegeben worden ist. Die Erklärung mit Nichtwissen der Anspruchsgegnerin ist insoweit unsubstantiiert.
- 38 Die Modernisierungsmaßnahmen sind der Anspruchstellerin auch zurechenbar, insbesondere hat sie hinreichend substantiiert dargelegt, dass allein sie die Kosten der Maßnahmen trägt.
- 39 Als Modernisierungsmaßnahme kommen indes nicht die Herstellung des Zu- und Ablaufs zu dem Feuchtbiotop in Betracht, weil es sich dabei um Maßnahmen handelt, die sich in erster Linie funktional als Reparatur- und Instandsetzungsmaßnahme für eine bereits nach dem EEG 2004 vergütete Modernisierungsmaßnahme darstellt. Die Anspruchstellerin erhielt unter anderem dafür, dass bis 2005 am Oberwasserkanal ein Feuchtbiotop angelegt wurde, nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 bereits eine erhöhte Vergütung. Die Anspruchstellerin hat in der mündlichen Erörterung erklärt, dass der neuhergestellte Zu- und Ablauf das Austrocknen des Feuchtbiotops verhindern sollte. Daraus ergibt sich, dass diese Maßnahme allein dazu diene, die Wirksamkeit der bereits durchgeführten Modernisierungsmaßnahme sicher- oder wiederherzustellen. Es ist weder von der Anspruchstellerin erklärt worden noch ersichtlich, dass hierdurch eine ökologische Verbesserung erreicht wird oder werden kann, die über die mit der Schaffung des Feuchtbiotops bereits verfolgten und erreichten Verbesserungen wesentlich hinaus geht. Selbst wenn dies als eigenständige Modernisierung gewertet würde, die funktional über die bloße Instandsetzung des Feuchtbiotops hinausginge, so fehlte es insoweit an einem Nachweis, dass hierdurch der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert

worden ist;¹² das Gutachten geht nicht, das Nachtragsgutachten nur in wenigen Sätzen auf das Feuchtbiotop ein. Wann der Zu- und Ablauf eingerichtet wurde, kann damit offen bleiben.

- 40 Der bloße Umstand hingegen, dass die Anlage bereits unter Geltung des EEG 2004 modernisiert wurde, schließt die Anwendung von § 23 Abs. 2 EEG 2009 nicht von vornherein aus; auch eine bereits modernisierte Anlage kann durch weitere, funktional von früheren Modernisierungsmaßnahmen abgrenzbare Maßnahmen erneut und weitergehend modernisiert werden.¹³ Ob hiervon eine Ausnahme zu machen ist, wenn infolge der früheren Modernisierung ein guter ökologischer Zustand in der Umgebung der Wasserkraftanlage *erreicht* wurde, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, weil sich aus dem Vortrag der Parteien keine Anzeichen dafür ergeben, dass die [F. . .] in der Umgebung der Anlage bereits einen guten ökologischen Zustand erreicht hat. Vielmehr betont der Umweltgutachter im Gutachten ausdrücklich, dass es in diesem Fall nicht um die Erreichung eines guten ökologischen Zustands, sondern allein um eine wesentliche ökologische Verbesserung gehe (s. o. Rn. 6). Die Äußerungen des Umweltgutachters im Nachtragsgutachten (s. o. Rn. 7), wonach der gute ökologische Zustand bereits erreicht sei, sind nicht hinreichend substantiiert, um dies tatsächlich anzunehmen, zumal nach Aussage des Umweltgutachters die zuständige wasserrechtliche Fachbehörde den ökologischen Zustand des betroffenen Gewässerabschnittes nicht als „gut“ einstuft.

2.2.3 Nachweis einer wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands, § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009

- 41 Die Anspruchstellerin hat den nach § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 erforderlichen Nachweis, dass durch die Modernisierungsmaßnahmen (Rn. 33 ff.) der ökologische Zustand der [F. . .] am Standort der Anlage gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert wurde, nicht erbracht. Insbesondere ist der Nachweis gem. § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 nicht durch die Vorlage des Gutachtens vom 20. April 2009 sowie des Nachtragsgutachtens vom 22. März 2011 durch die Anspruchstellerin erbracht worden. Die vorgelegten Gutachten entsprechen nicht den Anforderungen an eine nachweisführende Bescheinigung i. S. d. § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009, weil die-

¹²Vgl. dazu auch *OLG Naumburg*, Urt. v. 02.09.2010 – 1 U 37/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/1401>, S. 10.

¹³Ebenso *OLG Naumburg*, Urt. v. 02.09.2010 – 1 U 37/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/1401>, S. 8 ff.

se weder schlüssig noch objektiv nachvollziehbar die Umstände darlegen, aus denen sich eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands ergibt.

- 42 **Die rechtliche Wirkung des Nachweises** nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 ist umstritten. Einerseits wird vertreten, dass bei Vorlage einer Bescheinigung oder der wasserrechtlichen Zulassung der Netzbetreiber und/oder ein Gericht kein eigenständiges Prüfungsrecht habe.¹⁴ Andererseits wird argumentiert, dass derartige Bescheinigungen der vollen Nachprüfbarkeit unterlägen und insbesondere vom Netzbetreiber zurückgewiesen werden könnten; § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 bringe lediglich eine „Befugnis“ zur Nachweisführung durch Bescheinigung einer Umweltgutachterin bzw. eines Umweltgutachters zum Ausdruck.¹⁵
- 43 Vorzugswürdig ist eine differenzierte Lösung, wonach die Vorlage einer Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters oder die Vorlage der Zulassung durch die Wasserbehörde die widerlegliche Vermutung begründet, dass nach der Modernisierung der gute ökologische Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist.
- 44 Bei einer widerleglichen Vermutung hat die begünstigte Seite – hier also die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber – (nur) die Tatsachen darzulegen und ggf. zu beweisen, die die gesetzliche Vermutung begründen.¹⁶ Werden diese Tatsachen dargelegt und – für den Fall, dass der Netzbetreiber sie wirksam bestreitet – auch bewiesen, ergibt sich die vom Gesetz vermutete Folge, ohne dass es hierzu weiterer Darlegungen oder des Beweises durch die begünstigte Seite bedarf.¹⁷ Die andere Seite kann jedoch den Beweis des Gegenteils antreten, sofern es sich nicht um eine unwiderlegliche Vermutung handelt. Dabei ist nicht erforderlich, dass das Gesetz ausdrücklich die

¹⁴OLG Naumburg, Urt. v. 02.09.2010 – 1 U 37/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/1401>, S. 13 f.: kein Prüfungsrecht des Netzbetreibers „in Ansehung der Bewirtschaftungsziele“, aber Prüfung und Würdigung des Gutachtens auf „Plausibilität, Vollständigkeit und Überzeugungskraft“ durch das erkennende Gericht; *Niedermeier*, wassertriebwerk 1/2011, 16 f.: kein Prüfungsrecht; *LG Konstanz*, Urt. v. 25.09.2006 – 5 O 253/06 (zu § 6 Abs. 3 EEG 2004), abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/788>.

¹⁵*Weißborn*, Vortrag beim 8. Fachgespräch der Clearingstelle EEG am 13.05.2011, Folie 7, Vortragsfolien abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/fachgespraeche/8>.

¹⁶BGH, Urt. v. 09.10.2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363, 364; *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 292 Rn. 20.

¹⁷BGH, Urt. v. 09.10.2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363, 364; *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 292 Rn. 5.

Begriffe „Vermutung“ oder „wird vermutet“ enthält.¹⁸ Die gesetzliche Vermutung führt somit zu einer Beweislastleichterung,¹⁹ hier zugunsten der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber.

- 45 Diese Vermutung tritt jedoch nur dann ein, wenn die Bescheinigung bzw. die Zulassung²⁰ bestimmte Mindestanforderungen einhält.
- 46 Dies ergibt sich nicht bereits aus dem **Wortlaut**, weil „Als Nachweis... gilt...“ letztlich offenlässt, welche Eigenschaften eine Bescheinigung i. S. v. § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 haben muss und welche Wirkung das Gesetz an die Vorlage der Bescheinigung knüpft. Das Wort „gilt“ bzw. „gelten“ kann eine bloße Verweisung auf andere Normen, eine Fiktion, eine widerlegliche oder eine unwiderlegliche Vermutung ausdrücken.²¹
- 47 Es ergibt sich jedoch im Wege der Auslegung, dass § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 die Wirkung einer widerleglichen Vermutung hat:
- 48 Die **systematische Auslegung** führt zunächst zu dem Ergebnis, dass die Vorlage der Bescheinigung nach § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 nicht eine *unwiderlegliche* Vermutung dafür begründet, dass infolge einer Modernisierungsmaßnahme der gute ökologische Zustand erreicht bzw. der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen wesentlich verbessert worden ist.²² Dagegen spricht bereits der systematische Aufbau von § 23 Abs. 5 EEG 2009. Um eine unwiderlegliche Vermutung zum Ausdruck zu bringen, hätte es des „Umweges“ über den „Nachweis“ nicht bedurft. Vielmehr hätte es nahegelegen, stattdessen zu formulieren:

„Die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 gelten... mit der Vorlage einer Bescheinigung... als erfüllt...“

¹⁸Vgl. zu § 292 ZPO: *Huber*, in: Musielak (Hrsg.), ZPO Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 292 Rn. 2; *Assmann*, in: Wieczorek/Schütze (Hrsg.), ZPO Kommentar, 3. Aufl. 1994, Zweiter Band, Teilband 2, § 292 Rn. 7.

¹⁹*Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 292 Rn. 26; *Assmann*, in: Wieczorek/Schütze (Hrsg.), ZPO Kommentar, 3. Aufl. 1994, Zweiter Band, Teilband 2, § 292 Rn. 11.

²⁰Auf die Zulassung wird im Folgenden nicht näher eingegangen, weil der Nachweis durch Vorlage einer behördlichen Zulassung für das vorliegende Votumsverfahren nicht entscheidungserheblich ist.

²¹*Bundesministerium der Justiz*, Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit v. 22.09.2008, BAnz. Nr. 160a v. 20.10.2008, Rn. 85.

²²So aber *Schomerus*, in: Frenz/Müggendorf (Hrsg.), EEG Kommentar, 1. Aufl. 2010, § 23 Rn. 58, für die Vorlage der wasserrechtlichen Zulassung; sowie *Wustlich*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 23 Rn. 88 f.; ähnlich *Loibl/Schulte-Middelich*, ZNER 2006, 229, 231, *Müller*, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungsflg. 2006, § 6 Rn. 53 (jeweils zu § 6 Abs. 3 EEG 2004).

- 49 Zudem sind unwiderlegliche Vermutungen aufgrund ihres Ausnahmecharakters nur bei eindeutiger gesetzlicher Anordnung anzunehmen:²³ Unwiderlegliche Vermutungen greifen in erheblicher Weise in das normale Wechselspiel von Darlegung und Beweis ein. Die Partei, die die unwiderlegliche Vermutung gegen sich gelten lassen muss, hat keinerlei Möglichkeit, durch eigene Darlegungen und ggf. (Gegen-)Beweis ein für sie günstiges Ergebnis herbeizuführen, wenn nur die durch die unwiderlegliche Vermutung begünstigte Partei die Vermutungsbasis dargelegt und ggf. bewiesen hat. Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber des EEG eine derart gravierende Regelung treffen wollte, ohne dies im Gesetzeswortlaut oder wenigstens in den Gesetzesmaterialien²⁴ zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen.²⁵
- 50 Der weitere systematische Vergleich mit gleichen oder ähnlichen Formulierungen im EEG oder in anderen Gesetzen führt zu keinem Ergebnis, weil „gilt“ in jeweils unterschiedlichen Zusammenhängen verwendet wird,²⁶ ohne dass sich daraus sichere Schlüsse auf die Auslegung von § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 ziehen ließen.
- 51 Die **historische Auslegung** – also der Vergleich mit vorherigen Gesetzesfassungen – führt zu dem Befund, dass an den Nachweis jedenfalls in zeitlicher Hinsicht formale Anforderungen zu stellen sind.

²³Umkehrschluss aus § 292 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO; s.a. *OVG Münster*, Urt. v. 14.09.1988 – 14 A 1053/85, zitiert nach juris, Rn. 5; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO Kommentar, 22. Aufl. 2008, § 292 Rn. 6.

²⁴Siehe dazu unten Rn. 54 ff.

²⁵Vgl. auch *BVerfG*, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, abrufbar unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110531_1bv085707.html, wonach im Verwaltungsrecht bindende Vorentscheidungen einer Behörde, die durch den Angriff gegen die Endentscheidung einer anderen Behörde nicht mehr oder nur eingeschränkt einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden können, nur mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar sind, „sofern – erstens – die Bindung einer Behörde an vorangehende Feststellungen oder Entscheidungen einer anderen Behörde sich hinreichend klar aus dem Gesetz ergibt, – zweitens – gegen die mit Bindungswirkung ausgestattete Teil- oder Vorentscheidung ihrerseits effektiver Rechtsschutz zur Verfügung steht und – drittens – die Aufspaltung des Rechtsschutzes mit einer etwaigen Anfechtungslast gegenüber der Vorentscheidung für den Bürger deutlich erkennbar und nicht mit unzumutbaren Risiken und Lasten verbunden ist.“ (Leitsatz 5 und Rn. 98–100). – Zwar betrifft Art. 19 Abs. 4 GG nur den Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt, so dass im Verhältnis Anlagenbetreiberinnen und -betreiber / Umweltgutachterinnen und -gutachter / Netzbetreiber der Beschluss nicht unmittelbar anwendbar ist. Jedoch liegt nahe, die grundsätzlichen Erwägungen der Entscheidung auch auf bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten, für die aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ein Justizgewährungsanspruch folgt, zu übertragen.

²⁶Beispielsweise in § 3 Nr. 9 Satz 2, § 5 Abs. 1 Satz 2, § 18 Abs. 2 Satz 1, §§ 24 Abs. 2 / 25 Abs. 2 / 26 Abs. 2 / 27 Abs. 2, § 27 Abs. 1 Satz 2, § 41 Abs. 2a Satz 4, § 66 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009.

52 Mit § 6 Abs. 3 EEG 2004 existierte eine ähnliche Vorschrift, die wie folgt lautete:

„Als Nachweis der Erreichung eines guten ökologischen Zustands oder der wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands gegenüber dem vorherigen Zustand im Sinne von Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 gilt die Vorlage der behördlichen wasserrechtlichen Zulassung der Anlage.“

53 Bereits zu dieser Vorschrift wurde in der juristischen Literatur vertreten, dass dem Netzbetreiber kein Nachprüfungsrecht zukomme, wenn Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber eine solche behördliche Zulassung vorlegen.²⁷ Eine abschließende Klärung durch den *BGH* oder die Clearingstelle EEG ist diesbezüglich nicht erfolgt, insbesondere blieb unklar, ob sich die Versagung eines Prüfungsrechtes nur auf die faktische Einhaltung der Vergütungsvoraussetzungen beziehen sollte oder aber weitergehend auch auf Form und Inhalt der wasserrechtlichen Zulassung. Die Clearingstelle EEG hat in ihrem Votum vom 27. November 2008 – 2008/27²⁸ allerdings festgestellt, dass jedenfalls in zeitlicher Hinsicht formale Anforderungen an die vorgelegte behördliche Zulassung zu stellen sind, damit diese als Nachweis i. S. v. § 6 Abs. 3 EEG 2004 gewertet werden kann.

54 Die **genetische Auslegung** – also die Betrachtung des Gesetzgebungsverfahrens und dabei insbesondere der Gesetzgebungsmaterialien – spricht dafür, dass das Gesetz nicht etwa nur den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern die „Befugnis“ einräumt, den Nachweis auf eine bestimmte Weise nämlich durch die Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters – zu erbringen.²⁹ Vielmehr sollen mit der Vorlage einer Bescheinigung zum Nachweis nach § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 zugunsten der Nachweisverpflichteten und zulasten der Netzbetreiber besondere rechtliche Wirkungen eintreten.

²⁷So – bezugnehmend auf BT-Drs. 15/2864, S. 38 („Dem Netzbetreiber kommt kein Prüfungsrecht hinsichtlich der Einhaltung dieser Voraussetzungen zu.“) – *Altrock/Wustlich*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 6 Rn. 42 f.; *Loibl*, in: *Germer/Loibl* (Hrsg.), Energierecht Handbuch, 2. Aufl. 2007, S. 554 f. Vermittelnd: *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007: Kein Nachprüfungsrecht, ob behördliche Feststellung der wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands zutrifft (§ 6 Rn. 36), aber Nachweiswirkung nur unter bestimmten, vom Netzbetreiber zu prüfenden Voraussetzungen (§ 6 Rn. 56).

²⁸*Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.11.2008 – 2008/27, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/27>.

²⁹So aber *Weißborn*, Vortrag beim 8. Fachgespräch der Clearingstelle EEG am 13.05.2011, Folie 7, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/fachgespraeche/8>.

55 Der Referentenentwurf zum EEG 2009 vom 9. Oktober 2007³⁰ enthielt zunächst in § 27 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 RefE eine teilweise ähnliche Vorschrift:

„Als Nachweis dafür, dass diese Anforderungen³¹ eingehalten sind, gilt die Vorlage der wasserrechtlichen Zulassung.“

56 In der Begründung zum RefE wurde hierzu nichts Näheres ausgeführt.

57 Die im Wesentlichen Gesetz gewordene Fassung von § 23 Abs. 5 EEG 2009 war erstmals im Regierungsentwurf vom 18. Februar 2008³² enthalten. Zur Begründung hieß es:

„Satz 2³³ legt sodann fest, wie diese Voraussetzung nachzuweisen ist. Wie im alten Recht ist dieser Nachweis grundsätzlich über die wasserrechtliche Zulassung der Wasserkraftnutzung zu führen. Bei Modernisierungen genügt hingegen auch eine Bescheinigung der zuständigen Behörde oder einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters. Sofern diese Modernisierungen auch zulassungspflichtig sind, kann die Zulassung als Nachweis genutzt werden; ...“

58 Der Bundesrat sowie die Fraktion der FDP schlugen vor, § 23 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 EEG 2009 wie folgt zu fassen:³⁴

(Als Nachweis der Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 gilt ...

1. ...)
2. „für Anlagen nach Abs. 2 und 4 die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde, wobei die Behörde auf ein Umweltgutachten Bezug nehmen kann; macht die Modernisierung eine neue Zulassung der Wasserkraftnutzung erforderlich, gilt diese als Nachweis.“

³⁰Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>. – Nachfolgend bezeichnet als RefE.

³¹Anm. d. Clearingstelle EEG: Gemeint sind die Anforderungen nach § 27 Abs. 1 WHG 2002, welche gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 des RefE eingehalten werden sollten.

³²BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>. – Nachfolgend bezeichnet als RegE.

³³Anm. d. Clearingstelle EEG: In der Gesetzesfassung Satz 3.

³⁴BR-Drs. 10/08 (B), S. 9, sowie Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 16. WP, Ausschussdr. 16(16)430 zu TOP 1 der TO am 04.06.2008, wiedergegeben in BT-Drs. 16/9477, S. 36, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

59 Dies begründeten Bundesrat und FDP-Fraktion damit, dass die

„Entscheidung, ob die Voraussetzungen des Absatzes 5 Satz 1 vorliegen, ... nicht allein einer Umweltgutachterin oder einem Umweltgutachter überlassen bleiben (kann), sondern ... abschließend von der zuständigen Behörde zu treffen (ist).“³⁵

60 Dem stimmte die Bundesregierung mit folgender Begründung nicht zu:³⁶

„Nicht jede Maßnahme zur Modernisierung einer Wasserkraftanlage bedarf einer behördlichen Zulassung. Für den Fall, dass für eine Modernisierung keine behördliche Zulassung erforderlich ist, muss das Vorliegen der Vergütungsvoraussetzungen anderweitig nachgewiesen werden. In diesem Fall eine behördliche Bescheinigung zu verlangen, schüfe jedoch unnötige Bürokratie. Das EEG ist ein Teil des Privatrechts und der Vollzug ist somit nicht Sache der Behörde. Deshalb wäre es systemfremd, zum Nachweis der Vergütungsvoraussetzungen eine neue behördliche Bescheinigung einzuführen.“

61 Aus der Auseinandersetzung zwischen Bundesregierung und Bundesrat bzw. FDP darüber, ob auch Umweltgutachterinnen und -gutachter in § 23 Abs. 5 EEG 2009 genannt sein sollen, ergibt sich, dass es sich bei Satz 3 nicht nur um eine bloße „Befugnis“ handelt.³⁷ Wenn § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 lediglich die Befugnis enthielte, den Nachweis (u. a.) durch Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters zu erbringen, so wäre die Besorgnis des Bundesrates und der FDP-Fraktion, dass „die Entscheidung ... allein einer Umweltgutachterin oder einem Umweltgutachter überlassen“ bliebe, von vornherein gegenstandslos gewesen und die Bundesregierung hätte die mit dem Änderungsantrag zum Ausdruck gebrachte Sorge allein dadurch zerstreuen können, dass sie auf die bloße „Befugnis“ verwiesen hätte. Die Bundesregierung hat sich indes auf gänzlich andere Erwägungen bezogen, nämlich auf Fälle, in denen eine Bescheinigung durch die Behörde nicht erbracht werden könne. Die Diskussion im Gesetzgebungsverfahren zeigt somit, dass

³⁵BR-Drs. 10/08 (B), S. 9, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

³⁶BT-Drs. 16/8393, S. 2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/material>.

³⁷Anderer Ansicht *Weißborn*, Vortrag beim 8. Fachgespräch der Clearingstelle EEG am 13.05.2011, Folie 7, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/fachgespraeche/8>.

der Gesetzgeber der behördlichen Zulassung und der Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters die gleiche Nachweiswirkung zubilligen wollte. Der Gesetzgeber geht dabei offenbar davon aus, dass eine solche Bescheinigung grundsätzlich die gleiche Gewähr für inhaltliche Richtigkeit und Qualität bietet wie eine nach rechtsstaatlichen Verfahren und unter Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG³⁸) zustandegekommene Zulassungsentscheidung.

- 62 Im Übrigen bedarf es generell keiner gesetzlichen Befugnis, Nachweise auf eine bestimmte Weise zu erbringen, weil der zu Darlegung und Beweis verpflichteten Partei aufgrund der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 GG) grundsätzlich alle Nachweismittel zur Verfügung stehen. Der Gesetzgeber darf nur ausnahmsweise eine bestimmte Nachweisführung ausdrücklich anordnen.³⁹
- 63 An einer imperativen Beschränkung der Nachweismittel und einer dazu spiegelbildlichen Befugnis, den Nachweis (nur) auf bestimmte Weise führen zu dürfen, fehlt es jedoch in § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009. Hätte der Gesetzgeber dies beabsichtigt, so hätte es nahegelegen, anstelle der Formulierung „Als Nachweis... gilt...“ zu formulieren: „Der Nachweis... ist durch... zu führen...“ oder „Als Nachweis... ist... vorzulegen...“
- 64 Die nach Sinn und Zweck der Vorschrift fragende **teleologische Auslegung** bestätigt den Befund, dass die Vorlage einer Bescheinigung nach § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 eine widerlegliche Vermutung begründet. Die Nachweisführung durch Umweltgutachten oder behördliche Zulassung soll es Anlagenbetreiberinnen und -betreibern sowie Netzbetreibern ermöglichen, rechtssicher darüber Gewissheit zu erlangen, ob nach einer Modernisierung der gute ökologische Zustand erreicht oder dieser wesentlich verbessert worden ist.⁴⁰ Hierbei handelt es sich um eine Frage, die von An-

³⁸Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.07.2010 (BGBl. I S. 944).

³⁹Vgl. beispielhaft § 2356 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB: „Nachweis der Richtigkeit der Angaben

- (1) Der Antragsteller hat die Richtigkeit der... Angaben durch öffentliche Urkunden nachzuweisen... Sind die Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen, so genügt die Angabe anderer Beweismittel.
- (2) Zum Nachweis... hat der Antragsteller vor Gericht oder vor einem Notar an Eides Statt zu versichern, dass ihm nichts bekannt sei, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegensteht.“

⁴⁰Zwar spricht der Aspekt der Rechtssicherheit für die Annahme einer *unwiderleglichen* Vermutung, doch vermag dies allein nicht die in Rn. 48 ff. dargelegten Gründe, die gegen eine solche Annahme sprechen, zu verdrängen.

lagenbetreiberinnen, -betreibern und Netzbetreibern mangels Fachkunde zumeist nicht beantwortet werden kann. Stattdessen sieht das EEG 2009 vor, dass Umweltgutachterinnen und -gutachter, die nach dem UAG⁴¹ zuverlässig, unabhängig und fachkundig sein müssen (§§ 4 Abs. 1, 5 bis 7 UAG)⁴², dies bescheinigen. Würde § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 lediglich eine „Befugnis“ zum Ausdruck bringen, so würde dies nicht zu Rechtssicherheit führen, weil der Netzbetreiber bestreiten könnte, dass nach der Modernisierung der ökologische Zustand wesentlich verbessert worden ist. Dies aber würde es für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber letztlich sinnlos machen, die für sie mit Kosten verbundene Bescheinigung einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters einzuholen, weil sie im Falle des Bestreitens im anschließenden gerichtlichen Verfahren oder im Votumsverfahren bei der Clearingstelle EEG über dieselben Umstände, die bereits umweltgutachterlich geprüft und bescheinigt worden waren, erneut beweispflichtig wären, mit der wahrscheinlichen Folge, dass das zur Streitentscheidung angerufene Gericht oder die Clearingstelle EEG ein weiteres, entscheidendes (Sachverständigen-)Gutachten einholen müsste. Die Vorteile, die die Vorlage einer durch unabhängige und fachkundige Umweltgutachterinnen und -gutachter erstellten Bescheinigung für Anlagenbetreiberinnen, -betreiber und Netzbetreiber haben soll, wäre hiermit hinfällig, weil es für Anlagenbetreiberinnen und -betreiber betriebswirtschaftlich rational wäre, ihrer Nachweisbefugnis zunächst auf andere, möglicherweise kostengünstigere Art und Weise nachzukommen, wenn die Möglichkeit besteht, dass infolge des Bestreitens und einer streitigen Auseinandersetzung mit dem Netzbetreiber noch ein letztentscheidendes Gutachten einzuholen sein wird.

65 **Voraussetzung für den Eintritt der widerleglichen Vermutung** ist indes nicht bereits die Vorlage irgendeiner Bescheinigung oder irgendeiner Zulassung⁴³. Die Vor-

⁴¹ Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) (Umweltauditgesetz – UAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 04.09.2002 (BGBl. I S. 3490), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 11.08.2010 (BGBl. I S. 1163).

⁴² Siehe auch die weiteren Anforderungen an die Fachkunde nach der „Richtlinie des Umweltgutachterausschusses nach dem Umweltauditgesetz für die mündliche Prüfung zur Feststellung der Fachkunde von Umweltgutachtern und Inhabern von Fachkenntnisbescheinigungen (UAG-Fachkunderichtlinie – UAG-FkR) v. 28.01.2010 (BANz. Nr. 45 v.23.03.2010, S. 1093), abrufbar unter <http://www.uga.de/umweltgutachter/zulassung-und-aufsicht/>, zuletzt besucht am 08.08.2011.

⁴³ Zu den zeitlichen Anforderungen an die Zulassung als Nachweis im Sinne von § 6 Abs. 3 EEG 2004 siehe *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.11.2008 – 2008/27, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/27>.

aussetzung dafür, dass die Vorlage der Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde oder einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters⁴⁴ nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Halbsatz 1 EEG 2009 zur widerleglichen Vermutung führt, ist, dass die Bescheinigung bestimmte Mindestanforderungen erfüllt.⁴⁵ Die Mindestanforderungen ergeben sich aus dem Wortlaut sowie aus Sinn und Zweck der Norm, denn § 21 Abs. 5 EEG 2009 verlangt einen Vergleich („gegenüber dem vorherigen Zustand“), eine Bezugnahme auf die Bewirtschaftungsziele, die Nachweislichkeit und eine Wesentlichkeit. Allein die hieraus ableitbaren Mindestanforderungen sind vom Netzbetreiber voll überprüfbar und können nach den allgemeinen Darlegungs- und Beweisregeln bestritten werden. Liegt ein wirksames Bestreiten vor, so hat die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber zu beweisen, dass eine Bescheinigung vorgelegt wurde, die die Vermutungswirkung auslöst.

66 Die Mindestanforderungen und damit die Voraussetzungen für das Eintreten der widerleglichen Vermutung i. S. v. § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 liegen vor, wenn die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber

1. ein Schriftstück vorlegt, welches
2. von einer Umweltgutachterin oder einem Umweltgutachter mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft (§ 3 Nr. 12 EEG 2009) erstellt wurde und
3. zum Nachweis, dass nach der Errichtung oder Modernisierung der Anlage nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist, geeignet ist.

67 Die Eignung zum Nachweis im vorgenannten Sinne liegt stets dann vor, wenn die Bescheinigung objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und schlüssig ist. Dies ist der Fall,

⁴⁴Jeweils mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft.

⁴⁵Ebenso *OLG Naumburg*, Urt. v. 02.09.2010 – 1 U 37/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/1401>, S. 8 f.

- *entweder*, wenn die Bescheinigung bei Umfang, Aufbau und Prüfungsmaßstäben für die Umweltgutachterinnen und -gutachter verbindlichen Vorgaben der DAU⁴⁶ folgt
- *oder* – solange es für Bescheinigungen nach § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 noch keine solche verbindlichen Vorgaben der DAU gibt – wenn die Bescheinigung mindestens
 - eine Beschreibung des Ist-Zustandes (Anlage; Gewässer gemäß Kriterien der WRRL, insbesondere des ökologischen Zustands und Potentials; für Gewässerabschnitt einschlägige Bewirtschaftungsziele) vor der Modernisierungsmaßnahme enthält,
 - die durchgeführte(n) Modernisierungsmaßnahme(n) darstellt *und*
 - die Prüfungsmaßstäbe 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.

68 Dabei hat – anders als von der Anspruchstellerin angenommen – die Umsetzung einer oder mehrerer der in § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 genannten Maßnahmen für sich genommen noch nicht zur Folge, dass die Vermutung eintritt. § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 regelt, dass eine „wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands ... in der Regel“ vorliege, wenn eine der im Katalog unter Buchstabe a) bis e) genannten gewässerökologischen Aspekte

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

69 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:

⁴⁶Derartige Vorgaben liegen gegenwärtig nicht vor, werden aber von der DAU geplant, s. *Racke*, Vortrag beim 8. Fachgespräch der Clearingstelle EEG am 13.05.2011, Folien abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/fachgespraeche/8>.

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*.

70 Das Gesetz privilegiert mithin Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, die eine (oder mehrere) Verbesserungsmaßnahme(n) nach Buchstabe a) bis e) durchführen oder Flachwasserzonen anlegen oder Gewässeralt- oder Seitenarme anbinden, indem in diesen Fällen nicht mehr die wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands nachgewiesen werden muss, sondern lediglich

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

71 Liegt eine in § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 genannte Maßnahme vor, so führt dies nicht zu einer Gleichsetzung von *Maßnahme = wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands*. Die Nachweispflicht der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber und ggf. die Prüfungspflicht der Umweltgutachterinnen und -gutachter wird nicht darauf reduziert, allein die Durchführung einer in Satz 2 genannten Maßnahme nachzuweisen. Satz 2 bewirkt vielmehr, dass die Nachweispflicht vereinfacht und auf die beiden in Rn. 70 genannten Punkte beschränkt wird.

72 Aufgrund des eindeutigen Wortlauts tritt diese Privilegierung bereits ein, wenn eine Anlagenbetreiberin oder ein Anlagenbetreiber auch nur *eine* in Satz 2 genannte Maßnahme umsetzt, sofern die weiteren vorgenannten Voraussetzungen (Rn. 70) vorliegen. Es ist nicht von vornherein zwingend, *alle* in Satz 2 genannten Maßnahmen umzusetzen. Anlagenbetreiberinnen und -betreibern steht es im Übrigen auch frei, gänzlich andere als die in Satz 2 genannten Modernisierungsmaßnahmen zu ergreifen; in diesen Fällen gilt jedoch nicht die vereinfachte Nachweisführung; vielmehr ist dann nach § 23 Abs. 5 Satz 1 EEG 2009 nachzuweisen, dass nach der Modernisierung ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist.

- 74 Es kommt für den Eintritt der Vermutungswirkung nicht auf die subjektive Nachvollziehbarkeit seitens des Netzbetreibers an, weil andernfalls der Netzbetreiber die widerlegliche Vermutung allein dadurch abwenden könnte, dass er die Vermutungsbasis als aus seiner Sicht nicht nachvollziehbar angreift. Das Ziel des Gesetzgebers, Rechtssicherheit zu ermöglichen, wäre damit hinfällig.
- 75 Kann der Netzbetreiber hingegen darlegen, dass die Bescheinigung eine oder mehrere der genannten Kriterien nicht erfüllt und daher nicht objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei oder schlüssig ist, so steht es der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber frei, die Darlegung der vorgenannten Voraussetzungen nachzubessern. Bleibt zwischen den Parteien gleichwohl streitig, ob die Bescheinigung die Voraussetzungen erfüllt, um als objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und schlüssig bewertet werden zu können, so hat die zur Streitentscheidung berufene Instanz (etwa ein Gericht oder die Clearingstelle EEG) zunächst (ggf. durch Beweisaufnahme) zu prüfen, ob die Bescheinigung die vorgenannten tatsächlichen Voraussetzungen erfüllt, um eine widerlegliche Vermutung zu begründen. Ist dies der Fall, so tritt die Vermutung nur dann *nicht* ein, wenn der Netzbetreiber erfolgreich den Beweis führt, dass nach der Modernisierung der gute ökologische Zustand *nicht* erreicht worden ist bzw. der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand *nicht* wesentlich verbessert worden ist. Im Zweifel wird hierzu ein Gegengutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters erforderlich sein.
- 76 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-NachV⁴⁷ 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 Erfordernisse knüpft, erkennen lassen muss, dass es aufgrund einer gutachterli-

⁴⁷Verordnung über die Anforderungen an eine nachhaltige Herstellung von flüssiger Biomasse zur Stromerzeugung (Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung – BioSt-NachV) v. 29.07.2009 (BGBl. I S. 2174), zuletzt geändert durch Gesetz v. 31.07.2010 (BGBl. I S. 1016), abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/biost-nachv>.

chen 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.

- 77 Unberührt hiervon bleibt das Recht der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, den Nachweis auf andere Weise zu führen, bspw. durch das Gutachten von sonstigen Sachverständigen.⁴⁸ 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 beweibelastet und die Beweislast würde nicht auf den Netzbetreiber verschoben.
- 78 **Im vorliegenden Fall** werden das Gutachten und das Nachtragsgutachten den vorgenannten Mindestanforderungen nicht gerecht, so dass hierdurch der Nachweis, dass nach der Modernisierung der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist, nicht erbracht ist.
- 79 In Bezug auf die veränderte Betriebsführung, welche Gegenstand des Gutachtens und des Nachtragsgutachtens ist, ergibt sich die Ungeeignetheit zur Nachweisführung aus folgenden Gesichtspunkten:
- 80 Zwar hat die Anspruchstellerin der Anspruchsgegnerin zwei Schriftstücke vorlegt, welche von einem Umweltgutachter mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft erstellt wurden. Diese sind jedoch nicht zum Nachweis geeignet, dass nach der Errichtung oder Modernisierung der Anlage nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber

⁴⁸LG Hagen, Urt. v. 26.11.2009 – 10 O 57/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/787>, Rn. 28 f.; Wustlich, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 23 Rn. 90; Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, Stand: 53. Ergänzungslfg. 2006, § 6 Rn. 52 (zum EEG 2004).

dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist. Denn der Umweltgutachter hat darin weder schlüssig noch objektiv nachvollziehbar dargelegt, inwiefern die Modernisierungsmaßnahmen zu einer wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands gegenüber dem vorherigen Zustand führen.

- 81 Das Gutachten enthält eine knappe Beschreibung des Ist-Zustandes der Anlage und des Gewässers. Die in Umsetzung der WRRL eingeführten Bewirtschaftungspläne und Maßnahmenprogramme werden zwar – erstmals – im Nachtragsgutachten erwähnt, es fehlt jedoch jede vertiefte Erörterung, inwiefern die Modernisierungsmaßnahmen an diesen ausgerichtet worden sind und welche Bedeutung diese für den verfahrensgegenständlichen Gewässerabschnitt haben. Die durchzuführenden Maßnahmen stellt das Gutachten dar. Es fehlt jedoch an einer objektiv schlüssigen Darlegung, anhand welcher Maßstäbe der Umweltgutachter die Prognose trifft, dass es durch die veränderte Betriebsweise zu einer *wesentlichen* Verbesserung des ökologischen Zustands kommen wird. Dies gilt insbesondere für die tabellarisch in „Kurzform“ vorgenommene Gegenüberstellung von „Ist- und Neu-Zustand“, welche nur apodiktische Feststellungen enthält, sowie für die Beschreibung des gewässerökologischen Zustands, die im Wesentlichen aus zwei kurzen Absätzen besteht. Dabei hätte der Umweltgutachter bereits nach seinen eigenen Ausführungen besondere Sorgfalt und Begründungsaufwand walten lassen müssen, weil er die Anlage als „bereits vorbildlich“ einstuft und einschätzt, dass sich das Gewässer bereits in einem guten ökologischen Zustand befinde. Es liegt aber auf der Hand, dass bei einem Gewässer und einer Anlage, welche nach gutachterlicher Einschätzung bereits hohe ökologische Standards einhalten, umso größere Anstrengungen erforderlich sind, um den ökologischen Zustand darüberhinausgehend wesentlich zu verbessern. Das Gutachten lässt jedoch nicht erkennen, inwiefern die veränderte Betriebsführung zu einer wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands führt, sondern stellt dies lediglich apodiktisch fest. Zwar ist in Gutachten und Nachtragsgutachten noch schlüssig dargelegt, dass sich die veränderte Bedienung des Grundablasses vorteilhaft auf die Fischfauna auswirken kann. Inwiefern die positiven Auswirkungen gerade auch unter Berücksichtigung der Bewirtschaftungspläne und Maßnahmenprogramme zu einer *wesentlichen* Verbesserung des ökologischen Zustands führen, ergibt sich aber weder aus dem Gutachten noch aus dem Nachtragsgutachten.
- 82 Vielmehr lassen Gutachten und Nachtragsgutachten erkennen, dass es dem Umweltgutachter vorrangig darauf ankam, die Alternativlosigkeit der ergriffenen Maßnahme zu betonen. Allein aus dem Umstand aber, dass in der Vergangenheit bereits

erfolgreich Maßnahmen durchgeführt worden waren, die zu einer wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands geführt haben, folgt nicht, dass jede weitere Maßnahme, die nachvollziehbarerweise ökologisch vorteilhaft ist, damit automatisch erneut zu einer *wesentlichen* ökologischen Verbesserung führt.

- 83 Gleiches gilt für die baulichen Veränderungen am Grundablassschütz, die erstmals in der mündlichen Erörterung dargelegt und anschließend am Rande im Nachtragsgutachten erwähnt worden sind.
- 84 Damit ist allein festgestellt, dass Gutachten und Nachtragsgutachten nicht hinreichend schlüssig, nachvollziehbar und widerspruchsfrei sind. Ob die fraglichen Modernisierungsmaßnahmen zu einer wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustands der [F. . .] am Anlagenstandort führen, ist damit offen. Es steht der Anspruchstellerin frei, dies erneut begutachten zu lassen. Gelingt der Nachweis durch ein den Mindestanforderungen gerecht werdendes Gutachten, so weist die Clearingstelle EEG darauf hin, dass im Zweifel der Anspruch seit dem Abschluss der Modernisierungsmaßnahme besteht und nicht erst mit Vorlage der hinreichenden neuerlichen Bescheinigung, denn das EEG 2009 knüpft an die Vorlage des Nachweises keine Frist und macht diese nicht zur Vergütungsvoraussetzung.⁴⁹

2.3 Unparteilichkeit des Umweltgutachters und Aufsichtsverfahren bei der DAU

- 85 Nicht von der Clearingstelle EEG zu entscheiden ist, ob der Umweltgutachter [...] die nach dem UAG erforderliche Unparteilichkeit besitzt oder nicht und ob sich die ggf. fehlende Unparteilichkeit auf die verfahrensgegenständliche Bescheinigung ausgewirkt haben könnte.
- 86 Hierbei handelt es sich um Fragen, zu deren Klärung die DAU (und ggf. die Verwaltungsgerichtsbarkeit) berufen ist. Wenn Netzbetreiber Zweifel an der Zuverlässigkeit, Unabhängigkeit oder Fachkunde einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters haben, so können sie unabhängig von den vorgenannten Möglichkeiten, die tatsächlichen Voraussetzungen der widerleglichen Vermutung zu bestreiten oder

⁴⁹Vergütungsansprüche können jedoch verjähren, s. zur Rechtslage unter dem EEG 2004: *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 24.11.2008 – 2008/7, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/7>.

die Vermutung durch den Beweis des Gegenteils zu widerlegen, ein Anlassaufsichtsverfahren bei der DAU anregen.⁵⁰

- 87 Das Anlassaufsichtsverfahren ist ein Verwaltungsverfahren, das gemäß § 15 Abs. 4, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UAG in Verbindung mit der „Richtlinie des Umweltgutachterausschusses nach dem Umweltauditgesetz für die Überprüfung von Umweltgutachtern, Umweltgutachterorganisationen und Inhabern von Fachkenntnisbescheinigungen im Rahmen der Aufsicht (UAG-Aufsichtsrichtlinie – UAG-AufsR)⁵¹ von jedermann angestoßen werden kann, indem bei der DAU substantiiert beanstandet wird, dass eine Umweltgutachterin oder ein Umweltgutachter regelwidrig tätig geworden sei. Stellt die DAU im Zuge eines solchen Aufsichtsverfahrens fest, dass eine Bescheinigung i. S. v. § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 regelwidrig ausgestellt worden ist, so kann dies dazu führen, dass der Nachweis durch die Vorlage dieser Bescheinigung nicht (mehr) als erbracht gilt.
- 88 Da die Anspruchsgegnerin nicht dargelegt hat, dass das gegen den Umweltgutachter [...] von der DAU eingeleitete Verwaltungsverfahren bereits abgeschlossen worden ist und zu einer Rücknahme der verfahrensgegenständlichen Bescheinigungen geführt hat, geht die Clearingstelle EEG für das vorliegende Votumsverfahren davon aus, dass das verfahrensgegenständliche Gutachten und Nachtragsgutachten formal Bestand haben.

Dr. Lovens

Reißenweber

Dr. Winkler

Reitter

Weißborn

⁵⁰Siehe *Racke*, Vortrag beim 8. Fachgespräch der Clearingstelle EEG am 13.05.2011, Folien abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/fachgespraeche/8>.

⁵¹Vom 22.06.2004 (BAnz. Nr. 155 v. 19.08.2004, S. 18570), abrufbar unter <http://www.uga.de/umweltgutachter/zulassung-und-aufsicht/>, zuletzt besucht am 08.08.2011.