
Datum: 26.09.2018
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 30 U 4/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2018:0926.30U4.18.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 11 O 15/15

Schlagworte: Umweltgutachter, Modernisierung, Wasserkraftanlage, Nachweis der wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustandes, Fisch-Bypässe

Normen: EEG 2009 § 23 Abs. 2, Abs. 5

Leitsätze:

1.) Zu den Anforderungen an die Bescheinigung eines Umweltgutachters nach § 23 Abs. 5

Satz 3 Nr. 2 EEG 2009

2.) Der Nachweis der Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 EEG

2009 kann im Falle einer unzureichenden Bescheinigung eines Umweltgutachters

nicht im Verfahren mit den Beweismitteln der Zivilprozessordnung nachgeholt werden.

Tenor:

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung einstimmig im Beschlusswege nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

2. Die Klägerin erhält binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses Gelegenheit zur Stellungnahme und zur

<u>Gründe:</u>	1
I. Die Klägerin, die eine Wasserkraftanlage betreibt, begehrt die Feststellung, dass die Beklagte als Stromnetzbetreiberin ihr gegenüber seit dem 15.08.2013 und ab dem 01.01.2014 für die Dauer von 20 Jahren zur Zahlung der Vergütung für Strom aus Wasserkraft nach § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 EEG in der ab dem 01.01.2009 gültigen Fassung vom 25.10.2008 (im Folgenden: EEG 2009) verpflichtet ist.	2
Die Wasserkraftanlage ist nach den unbestrittenen Ausführungen in der Bescheinigung aus dem Jahr 2018 seit mehreren Jahrzehnten in Betrieb; es ist daher davon auszugehen, dass sie vor dem 01.08.2004 in Betrieb genommen wurde. Die Jahresstromerzeugung liegt bei circa 900.000 kWh. Die von der Beklagten gezahlte Vergütung beträgt 7,67 ct/kWh. Mit der Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, dass die Vergütung wegen zwischen 2010 und 2013 durchgeführter Modernisierungsarbeiten an der Anlage (2010: Aufgabe des Aalfang und Rückbau der Fanganlage; 2013: Errichtung von Bypässen) für den im Antrag genannten Zeitraum auf 11,67 ct/kWh zu erhöhen ist.	3
Die Klägerin hat behauptet, durch die Modernisierung der Anlage sei vor allem ein verbesserter Fischabstieg geschaffen worden. Die errichteten Bypässe hätten den ökologischen Zustand, insbesondere für die Aalpopulation, erheblich verbessert. Die Klägerin beruft sich insoweit auf die Bescheinigungen des Umweltgutachters S aus August 2010 (Bl. 43 ff.) und vom 06.11.2013 (Bl. 69 ff.) sowie auf gutachterliche Stellungnahmen des Dipl.-Biologen T2 vom 23.11.2012 (Bl. 30 ff.) und vom 30.09.2013 (Bl. 41 f.). Sie hat die Ansicht vertreten, die ökologische Verbesserung sei mit dem Gutachten des Herrn S hinreichend belegt. Im Übrigen könne, so die Auffassung der Klägerin, der Nachweis im Sinne des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 auch noch im Rahmen des Zivilprozesses erbracht werden.	4
Sie hat beantragt,	5
1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an sie ab dem 15.08.2013 für 2013 und ab dem 01.01.2014 für die Dauer von 20 Jahren gemäß EEG 2009 i.V.m. § 66 Abs. 14 „Übergangsbestimmung“ EEG 2012 eine Vergütung von 11,67 ct/kWh zu entrichten,	6
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1,3 einer Geschäftsgebühr bei einem Wert von 120.000,00 € (ca. Erhöhungswert für 3 Jahre) zu zahlen.	7
Die Beklagte hat beantragt,	8
die Klage abzuweisen.	9
Sie hat die Ansicht vertreten, die Klage sei mangels eines Feststellungsinteresses unzulässig. In der Sache stehe dem Erhöhungsverlangen insbesondere entgegen, dass die Bescheinigungen des Umweltgutachters S nicht geeignet seien, eine wesentliche ökologische Verbesserung gemäß § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 nachzuweisen. Im Klageverfahren könne ein solcher Nachweis auch durch ein Sachverständigengutachten nicht mehr nachgeholt werden.	10

Mit einer vom Landgericht eingeholten Stellungnahme hat die Clearingstelle EEG ausgeführt und begründet, dass und warum die Bescheinigungen des Umweltgutachters S für die Anlage der Klägerin aus August 2010 und vom 06.11.2013 den Anforderungen des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 nicht genügen (Bl. 193 ff.).

Dass Landgericht hat zu dieser Frage Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dr. I. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf dessen schriftliches Gutachten vom 24.03.2017 (Bl. 361 ff.) verwiesen. 12

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Der Klägerin stehe der geltend gemachte Anspruch aus § 100 Abs. 2 Nr. 10 EEG 2017 i.V.m. § 66 Nr. 14 EEG 2012 i.V.m. § 23 Abs. 2 und Abs. 5 EEG 2009 nicht zu, weil die Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 nicht erfüllt seien. Unabhängig von der Beweislastverteilung, so das Landgericht, sei es aufgrund der Stellungnahme der Clearingstelle EEG und des Gutachtens des Sachverständigen Dr. I positiv davon überzeugt, dass die Bescheinigungen des Umweltgutachters S den an sie zu stellenden Anforderungen nicht genügten. Nach den Ausführungen des Sachverständigen, die sich das Landgericht unter Berücksichtigung des gesamten Parteivorbringens nach eigener Überzeugungsbildung zu Eigen mache, sei der Umweltgutachter auf den ursprünglichen ökologischen Zustand nur ungenügend eingegangen. Zudem würden die Wirkungen der Maßnahmen weder quantifiziert noch nachgewiesen. Eine konkrete Aussage zu den Bewirtschaftungszielen fehle, wie auch die Clearingstelle beanstandet habe. Die Bewirtschaftungsziele seien danach offenkundig nicht in die Bewertung eingeflossen, was jedoch nach dem EEG erforderlich gewesen wäre. Auch berücksichtigten die vom Umweltgutachter überprüften Maßnahmen des Verschlusses des Aalfangs und der Installation von Aalbypässen nur einen Teilkomplex der biologischen Durchgängigkeit, zu der das gesamte Fischartenspektrum gehöre. Darüber hinaus enthalte das Gutachten keine Aussage zu den Anströmungsgeschwindigkeiten, die nötig wäre, um beurteilen zu können, ob Aale sich aus eigener Kraft im Nahfeld des Rechens entgegen der Strömung entfernen und überhaupt in die Bypässe gelangen könnten. Eine Funktionskontrolle sei offenbar auch nicht durchgeführt worden, jedenfalls sei eine solche nicht dokumentiert. Die Maßstäbe, anhand derer der Umweltgutachter zu dem Ergebnis der wesentlichen Verbesserung gelangt sei, seien den Stellungnahmen ebenfalls nicht zu entnehmen. 13

Den Anträgen der Klägerin, die wesentliche Verbesserung mit sonstigen Beweismitteln (sachverständiges Zeugnis Dr. T2, Sachverständigengutachten, Monitoring/Wirksamkeitsprüfung durch die zuständige Wasserbehörde) nachzuweisen, sei – so das Landgericht weiter – nicht nachzugehen gewesen. Der Nachweis könne in einem laufenden Verfahren nämlich nicht mit anderen Beweismitteln geführt werden, wenn sich das zur Begründung des Erhöhungsverlangens herangezogene Gutachten als untauglich erweise. Zur Begründung hat das Landgericht auf die Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 16.11.2015 (Bl. 234 ff.) verwiesen und sich ihnen angeschlossen. 14

Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihr Klagebegehren im Hinblick auf die Hauptforderung vollumfänglich weiterverfolgt. Die Auffassung des Landgerichts, die Bescheinigung des Umweltgutachters genüge den Anforderungen des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 nicht, sei rechtsfehlerhaft. Dem Umweltgutachter sei durch das Gesetz ein eigener Beurteilungsspielraum eingeräumt, weshalb die gerichtliche Überprüfung auf eine reine Fehlerkontrolle beschränkt sei. Ein solcher Beurteilungsfehler durch den Umweltgutachter liege hier nicht vor (Bl. 466). Das Landgericht habe insoweit schon einen falschen Maßstab angelegt, indem es geprüft habe, ob das Gutachten die Anforderungen an 15

ein objektives, in sich schlüssiges Umweltgutachten erfülle. Zu Unrecht und ohne weitere Begründung sei das Landgericht hierbei davon ausgegangen, dass die Bescheinigung wegen der Knappheit der Darstellung des ursprünglichen ökologischen Zustandes nicht mehr nachvollziehbar sei. Ein Fehler liege auch nicht darin, dass der Gutachter die Verbesserung nur mit Blick auf den Aal bejaht habe. § 23 Abs. 5 EEG 2009 fordere nur die Verbesserung in einem der genannten Aspekte, weshalb nicht gefordert werden könne, dass die Bescheinigung alle Aspekte in den Blick nehme. Im Hinblick auf die Verbesserung der biologischen Durchgängigkeit fordere das Gesetz nicht, dass die Durchgängigkeit für jedes einzelne Lebewesen im betreffenden Flussabschnitt verbessert werde. Da der Aalschutz zu den Bewirtschaftungszielen im betreffenden Flussabschnitt gehöre, sei die Maßnahme gerade unter dem Gesichtspunkt des verbesserten Aalschutzes erforderlich gewesen. Eine wesentliche Verbesserung der biologischen Durchgängigkeit könne daher nicht mit der Begründung abgelehnt werden, das übrige Fischspektrum sei außer Acht gelassen worden. Soweit das Landgericht Ausführungen zu einer Funktionskontrolle vermisst habe, folge daraus nicht zwingend, dass eine solche durch den Umweltgutachter nicht durchgeführt worden sei. Auch die Clearingstelle EEG lege einen falschen Maßstab an, soweit sie die Bescheinigung schon deshalb für offensichtlich unbrauchbar halte, weil sie den Vorgaben der DAU nicht genüge.

Auch die Ablehnung der Beweisanträge der Klägerin, die in der Berufungsinstanz ausdrücklich aufrecht erhalten würden, sei rechtsfehlerhaft. Der Wortlaut des § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 sei nämlich nicht derart zu verstehen, dass er die Möglichkeiten des Darlegens und Beweisens aufhebe (so auch die Stellungnahme der Clearingstelle vom 04.08.2015 Rn. 21). Ein solches Verständnis stünde mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht in Einklang. Wenn festgestellt werde, dass das vorgelegte Gutachten nicht den Anforderungen des § 23 Abs. 5 EEG 2009 entspricht, müsse es dem Anlagenbetreiber möglich sein, durch ein nachgebessertes oder neues Gutachten den Nachweis der wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustandes zu führen. Anderenfalls wäre er, so meint die Klägerin, mit Blick auf die angefallenen Investitionskosten schutzlos gestellt. Dies gelte umso mehr deshalb, weil der Anlagenbetreiber die Verantwortung für die Ordnungsgemäßheit des Gutachtens mit der Beauftragung des Umweltgutachters letztlich rein tatsächlich aus der Hand gebe.

Im Übrigen erfülle das Gutachten (gemeint: die Bescheinigung) aus dem Jahr 2010 die mittlerweile geltenden Voraussetzungen des Rundschreibens 01/2012 der DAU. Dies gelte, wie die Berufung im Einzelnen weiter ausführt, erst recht für die mit der Berufungsbegründung vorgelegte Bescheinigung aus Januar 2018. Insbesondere seien die von der Clearingstelle EEG und vom angefochtenen Urteil bei der ursprünglichen Bescheinigung vermissten Angaben nunmehr enthalten.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ab dem 15.08.2013 für 2013 und ab dem 01.01.2014 für die Dauer von 20 Jahren gemäß § 23 Abs. 2 und 5 EEG 2009 i.V.m. §§ 66 Abs. 14 EEG 2012, 100 Abs. 2 Nr. 10 EEG 2017 eine Vergütung in Höhe von 11,67 ct/kWh zu entrichten.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Der vom Landgericht angelegte Prüfungsmaßstab sei der

richtige gewesen. Eine alternative Beweisaufnahme, die hier im Übrigen schon mangels erheblichen Vortrags der Klägerin nicht in Betracht gekommen sei, scheide – wie das Landgericht richtig ausgeführt habe – bereits aus materiell-rechtlichen Gründen aus. Der Anlagenbetreiber könnte anderenfalls die Kosten des erstmaligen Nachweises und das Kostenrisiko des Rechtsstreits auf den Netzbetreiber überantworten, was gegen den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit verstieße.

Die von der Klägerin mit der Berufungsbegründung vorgelegte Bescheinigung des Umweltgutachters S hält die Beklagte für unzulässig, weil die Klägerin damit den Streitgegenstand austausche. Zudem sei die Klägerin mit dem neuen Gutachten als neuem Vortrag präkludiert. Die dem Gutachten zugrundeliegenden Feststellungen und Beschreibungen des Gutachters hat die Beklagte im Einzelnen bestritten (Bl. 534 ff.). 23

Im Übrigen genüge auch die neue Bescheinigung den Anforderungen des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 nicht. Dies gelte sowohl in methodischer und in inhaltlicher Hinsicht als auch im Hinblick darauf, dass der Umweltgutachter S parteiisch sei. Der Gutachter bzw. dessen Ing.-Büro sei nämlich seit mehreren Jahren im Rahmen der Maßnahmen beratend tätig gewesen, was u.a. ein Gesprächsvermerk der Bezirksregierung N belege. Dies schließe eine spätere unparteiische Erstellung der Bescheinigung aus. 24

Im Hinblick auf das weitere Parteivorbringen wird auf die zwischen ihnen in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 25

II. Der Senat ist einstimmig davon überzeugt, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. 26

1. Zwar ist die Klage – entgegen der Auffassung der Beklagten – zulässig. 27

Das erhobene Feststellungsbegehren ist ein gemäß § 256 Abs. 1 ZPO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis, an dessen Feststellung die Klägerin ein rechtliches Interesse hat. Die Rüge der Beklagten, die Zulässigkeit der Feststellungsklage müsse verneint werden, weil sie nicht geeignet sei, den zwischen den Parteien bestehenden Vergütungsstreit abschließend zu klären, greift nicht durch. Die Feststellungsklage lässt vielmehr - was für die Bejahung des erforderlichen Feststellungsinteresses ausreicht - unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit eine sinnvolle und sachgemäße Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte erwarten (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 2013 – VIII ZR 194/12, juris Rn. 11 zum Vergütungsanspruch nach § 16 Abs. 1 EEG 2009). 28

Durch eine Klage auf Leistung kann die Klägerin keine rechtskräftige Entscheidung darüber herbeiführen, ob das zwischen den Parteien streitige, gemäß § 23 Abs. 2 Satz 2 EEG 2009 über 20 Kalenderjahre zuzüglich des Modernisierungsjahres gehende (gesetzliche) Rechtsverhältnis auf Vergütung des von der Klägerin in ihrer Anlage erzeugten Stroms in der dort vorgesehenen Höhe fortbesteht. Denn eine Leistungsklage auf Vergütung des Stroms ist nicht geeignet, eine rechtskräftige Entscheidung darüber herbeizuführen, ob eine solche Verpflichtung auch über die gesamte im Gesetz vorgesehene Laufzeit zu den dafür vorgesehenen Bedingungen besteht (vgl. BGH, Urteile vom 6. November 2013 – VIII ZR 194/12, juris Rn. 12; vom 3. Juli 2002 - XII ZR 234/99, NJW-RR 2002, 1377 unter 2 b). Der Streit der Parteien weist über den Regelungsgegenstand einer solchen Leistungsklage hinaus, da er darauf gerichtet ist, verbindlich zu klären, ob im Streitfall die Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 EEG 2009 vorliegen, die wiederum Voraussetzung für die Erhöhung der 29

Vergütung nach § 23 Abs. 2 EEG 2009 sind. Es kann dahinstehen, ob es der Klägerin möglich und zumutbar gewesen wäre, daneben zugleich eine Klage auf künftige Vergütung (§ 259 ZPO) zu erheben. Denn die Möglichkeit einer solchen Klage steht der Zulässigkeit einer Feststellungsklage und dem dafür nach § 256 Abs. 1 Satz 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse nicht entgegen (BGH, Urteil vom 21. Januar 2004 - VIII ZR 99/03, NJW-RR 2004, 586 unter II 1 a).	
2. Zu Recht hat das Landgericht aber verneint, dass im Streitfall die Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 EEG 2009 i.V.m. § 100 Abs. 2 Nr. 10 EEG 2017 i.V.m. § 66 Abs. 14 EEG 2012 vorliegen.	30
a) Die mit der Klage vorgelegten Bescheinigungen des Umweltgutachters S erfüllen, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, die Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 an die nachweisführende Bescheinigung nicht.	31
Ob sie – wie die Berufungserwiderung geltend macht – bereits wegen der Person des Gutachters im Hinblick auf eine beratende Tätigkeit während der Modernisierungsarbeiten Bedenken begegnen, kann im Hinblick auf die nachfolgenden inhaltlichen Betrachtungen dahinstehen. Bereits an dieser Stelle weist der Senat jedoch darauf hin, dass es – den Vortrag der Beklagten zur beratenden Tätigkeit des Umweltgutachters unterstellt – an der nach § 6 UAG erforderlichen Unabhängigkeit desselben im konkreten Fall fehlen dürfte.	32
Jedenfalls inhaltlich sind die Bescheinigungen des Umweltgutachters S nicht geeignet, den nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 erforderlichen Nachweis zu erbringen. Ihnen lassen sich weder schlüssig noch nachvollziehbar die Umstände entnehmen, aus denen sich eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands ergibt.	33
aa) Der vom Landgericht hierbei angelegte Maßstab ist ebenfalls zutreffend.	34
Unabhängig davon, ob die Vorlage der Bescheinigung eine widerlegbare Vermutung begründet, besteht Einigkeit darüber, dass nicht bereits die Vorlage irgendeiner Bescheinigung genügt. Vielmehr muss die Bescheinigung bestimmten Mindestanforderungen genügen, insbesondere muss sie objektiv nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und vollständig sein sowie gutachterlich die Umstände darlegen, aus denen sich eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes im Vergleich zum vorherigen Zustand ergibt (OLG Dresden REE 2012, 239, juris Rn. 17; OLG Naumburg REE 2011, 154, juris Rn. 52; OLG München REE 2012, 241, juris Rn. 23). Obgleich begrifflich eine Bescheinigung weniger anspruchsvoll zu sein scheint als ein Gutachten, sind die Anforderungen, die rechtlich an eine Bescheinigung zu stellen sind, im Fall des § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 gleichwohl denen eines Gutachtens angenähert (OLG Dresden aaO). Auch wenn dem Umweltgutachter dabei – worauf die Berufung im Ansatz zu Recht hinweist – ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt, bleibt es Sache des erkennenden Gerichts, die zum Zwecke des Nachweises vorgelegte Bescheinigung auf Plausibilität, Vollständigkeit und Überzeugungskraft hin zu überprüfen und zu würdigen. Erweist sich die vom Umweltgutachter getroffene Bewertung als fehlsam oder nicht nachvollziehbar, so ist der Nachweis durch das Umweltgutachten nicht geführt (OLG Naumburg aaO mwN).	35
bb) Diese Mindestanforderungen an eine nachweisführende Bescheinigung i.S.d. § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 erfüllen die mit der Klage vorgelegten Bescheinigungen nicht.	36
Die Bescheinigung aus 2010 beschränkt sich darauf, ohne weitere Begründung festzustellen, die Aufgabe des Aalfanges und der Rückbau der entsprechenden Vorrichtungen bewirkten	37

eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes.

Soweit eine solche wesentliche Verbesserung mit der bloßen Einstellung des Aalfangs begründet werden sollte, steht dem schon entgegen, dass hierin schwerlich eine Modernisierung der Anlage gesehen werden kann. Soweit im Jahr 2010 mit der Aufgabe des Aalfangs auch bauliche Maßnahmen verbunden waren, ist zum einen bereits zweifelhaft, inwieweit diese einer Modernisierung der Anlage gedient haben können. Zum anderen ist in keiner Weise erkennbar, dass diese Arbeiten für die biologische Durchgängigkeit neben der Aufgabe des Aalfangs irgendeine Bedeutung von auch nur geringfügigem Gewicht gehabt hätten. Dass ihnen gar eine wesentliche Bedeutung beizumessen gewesen wäre, ist auch nach dem Vortrag der Klägerin auszuschließen. 38

Zu Recht haben das Landgericht, der Sachverständige Dr. I und auch die Clearingstelle EEG hierbei überdies Feststellungen zum ökologischen Zustand vor der Modernisierungsmaßnahme sowie zu den für diesen Gewässerabschnitt einschlägigen Bewirtschaftungszielen, zu den fachlichen Maßstäben des Gutachters und dazu, warum die Verbesserung wesentlich sein soll, vermisst. Dass die Bescheinigung für einen Nachweis nicht ausreicht, ist insoweit – anders als die Berufung meint – nicht Folge der Knappheit der Darstellung, sondern Folge des gänzlichen Fehlens dieser zur Nachvollziehbarkeit nötigen Angaben. Zwar mag es im Ansatz, wie auch die Clearingstelle EEG ausführt (Bl. 196R), einleuchten, dass es für den Bestand der Aale vorteilhaft ist, wenn die Fangvorrichtung außer Betrieb genommen wird. Hieraus folgt aber nicht ohne Weiteres, dass dieser Vorteil für die Aale eine *wesentliche* Verbesserung des ökologischen Zustands bewirkt. Im Ansatz zu Recht weist die Klägerin zwar darauf hin, dass nur eines der Kriterien des § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 erfüllt sein muss, da die einzelnen Punkte in der Aufzählung durch ein „oder“ verbunden sind. Eine wesentliche Verbesserung der biologischen Durchgängigkeit nach Buchst. b) reicht danach aus. Daraus folgt jedoch noch nicht, dass allein eine Verbesserung für die Aale schon eine solche wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes bewirkt. Hierzu hätte es Ausführungen dazu bedurft, wie sich die Fischfauna am Standort überhaupt zusammensetzt. Machen die Aale etwa nur einen sehr geringen Teil derselben aus, scheidet die Qualifikation der wesentlichen Verbesserung aus. Darüber hinaus fehlt, wie der Sachverständige Dr. I nachvollziehbar bemängelt hat, eine Wirksamkeitskontrolle der durchgeführten Maßnahmen durch den Umweltgutachter. Soweit die Beklagte meint, aus der mangelnden Dokumentation folge nicht zwangsläufig, dass die Kontrolle nicht durchgeführt worden sei, ändert dies nichts daran, dass eine solche zur Nachvollziehbarkeit der Bestätigung einer wesentlichen Verbesserung durch den Umweltgutachter schon denotwendig festzuhalten gewesen wäre. Es hätte an dieser Stelle, wie der gerichtlich bestellte Sachverständige Dr. I bemerkt, Ausführungen zum Bestand vor und nach der Maßnahme bedurft, um den Zielerreichungsgrad erkennen zu können. 39

Soweit der Umweltgutachter nach Errichtung der Bypässe seine Bescheinigung in Form des Nachtrages vom 06.11.2013 nachgebessert hat, sind die Anforderungen - auch unter Einbeziehung der der Bescheinigung beigefügten Stellungnahmen des Dipl.-Biologen T2 - gleichwohl nicht erfüllt. Der Umweltgutachter hat ausgeführt, die Bypässe stellten eine sichere Abwanderungsmöglichkeit für Aale und andere oberflächennah wandernde Fische dar (Bl. 72). Eine wesentliche Verbesserung der biologischen Durchgängigkeit kann dies jedoch nur dann darstellen, wenn Aale und andere oberflächennah wandernde Fische einen beträchtlichen Teil der Fischfauna ausmachen und wenn diese Fische die neue Möglichkeit auch nutzen. Ausführungen hierzu fehlen gänzlich. Zutreffend bemerkt der gerichtlich bestellte Sachverständige, dass allein die Bestätigung der baulichen Realisierung der Maßnahme nicht ausreicht. Angaben zum Bestand vor und nach der Maßnahme fehlen. Auch 40

fehlen, wie der gerichtlich bestellte Sachverständige bemängelt, Angaben zu den Anströmgeschwindigkeiten. Bypass-Lösungen funktionierten nämlich nur im Kontext mit geeigneten Leit- und Schutzeinrichtungen, die sicherstellen, dass die Tiere überhaupt in die Bypässe gelangen können. Im Streitfall könne ohne Angabe der Anströmgeschwindigkeit des Rechens nicht beurteilt werden, ob sich die Aale (und die anderen Fische) in dessen Nahfeld überhaupt noch mit eigener Kraft gegen diese Strömung entfernen könnten.

b) Zu Recht ist das Landgericht auch davon ausgegangen, dass der Nachweis nach § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 im Falle einer unzureichenden Bestätigung nicht im Verfahren mit den Beweismitteln der Zivilprozessordnung nachgeholt werden kann (OLG München REE 2012, 241, juris Rn. 31; wohl auch OLG Dresden REE 2012, 239, juris Rn. 22; aA Clearingstelle EEG, Votum 2010/18 Rn. 77). Dies ergibt die Auslegung der Norm. 41

aa) Der Wortlaut der Vorschrift, „als Nachweis [...] gilt für Anlagen nach den Absätzen 2 und 4 die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde oder einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters“, lässt sowohl eine Auslegung dergestalt, andere Nachweismöglichkeiten – denen dann nur nicht die Wirkung einer Vermutung zukäme – seien zulässig, als auch eine solche, nur diese beiden Nachweismöglichkeiten kämen in Betracht, zu. 42

bb) Der Vergleich mit anderen Fassungen der Regelung ergibt, dass der Gesetzgeber der Aufzählung der Nachweise in der Norm, die wiederholt verändert wurde, eine hohe Bedeutung beimisst. Während § 6 Abs. 3 EEG 2004 als Nachweis nur die Vorlage der wasserrechtlichen Zulassung vorsah, gilt als Nachweis nach dem hier anwendbaren § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 sowohl die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde als auch einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters. In § 23 Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 EEG 2012 (, der jedoch im Rahmen der Übergangsvorschrift des § 66 Abs. 14 EEG 2012 und damit auch hier nicht gilt,) ist die Bescheinigung des Umweltgutachters zur Eindämmung der Missbrauchsgefahr (vgl. Wustlich in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. § 23 Rn. 63) unter einen Bestätigungsvorbehalt durch die zuständige Wasserbehörde gestellt. 43

Die Begründung zu § 23 Abs. 5 EEG 2009 spricht sogar dafür, dass die Aufzählung der Nachweise abschließend sein soll. Dort heißt es: 44

„Satz 2 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.“ (BT-Druck. 16/8148 S. 54, Hervorhebungen durch den Senat) 45

Von anderen Nachweismöglichkeiten ist dort nicht die Rede; vielmehr deuten die Formulierung „wie nachzuweisen ist“ und die Ergänzung um (nur) eine weitere Nachweismöglichkeit darauf hin, dass mehr als die beiden genannten Nachweismöglichkeiten nicht bestehen sollen. 46

cc) Dem Sinn und Zweck der Regelung lässt sich ebenfalls entnehmen, dass der Nachweis nur durch Bescheinigung der zuständigen Behörde oder einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters geführt werden kann. Ob der ökologische Zustand wesentlich verbessert worden ist, kann schon vom Anlagenbetreiber selbst nicht beurteilt werden. Erst recht ist dies für den Netzbetreiber unmöglich, der nicht einmal über die dafür nötigen Angaben der Anlage verfügt. Zweck der Regelung zur Nachweisführung ist daher, dass der Netzbetreiber, der die 47

höhere Vergütung schuldet, in verlässlicher Form – nämlich von der zuständigen Behörde bzw. einem Umweltgutachter, der zuverlässig, unabhängig und fachkundig sein muss (vgl. §§ 4-7 UAG) – einen Nachweis über die von ihm, dem Netzbetreiber, nicht beurteilbaren ökologischen Voraussetzungen der Erhöhung erhält. Dieser soll gerade in die Lage versetzt werden, die ökologischen Fragen nicht prüfen (lassen) zu müssen und den Nachweis ohne Weiteres anerkennen zu können. Ließe man den erstmaligen Nachweis der Verbesserung im gerichtlichen Verfahren zu, würde im Falle des Gelingens des Nachweises der Netzbetreiber – und in der Folge die stromnutzende Allgemeinheit - mit den Kosten des Nachweises und den übrigen Kosten des Verfahrens, ggf. auch den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten, belastet. Risiko und Kosten trüge damit derjenige, der die Voraussetzungen der Vergütungserhöhung am wenigsten beurteilen kann und der im Ergebnis die höhere Vergütung schuldet. Im Übrigen verlangte man dann, dass der Netzbetreiber den Vortrag des Anlagenbetreibers zu den ökologischen Voraussetzungen in jedem Fall von Grund auf prüfen lässt, was die gesetzliche Regelung ja gerade vermeiden will.

dd) In zivilprozessualer Hinsicht ist die Auffassung der Klägerin, die Verbesserung könne auch erst im Verfahren mit den Beweismitteln der Zivilprozessordnung bewiesen werden, zirkelschlüssig. Der Anlagenbetreiber kann die Frage nach der wesentlichen Verbesserung mangels Fachkunde nicht selbst beurteilen (so auch Votum Clearingstelle EEG 2010/18 Rn. 64). Eine Beweisaufnahme setzt jedoch voraus, dass er die Voraussetzungen der Vergütungserhöhung schlüssig darlegt. Lässt sich – wie hier - der vorgelegten Bescheinigung die wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes nicht schlüssig entnehmen, fehlt es auch an schlüssigem Klägervortrag hierzu, weshalb eine Beweisaufnahme ausscheidet. 48

c) Die mit der Berufungsbegründung vorgelegte neue Bescheinigung des Umweltgutachters S kann der Klage ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen. 49

aa) Ungeachtet der Frage, ob damit eine Verbesserung auch für die Vergangenheit überhaupt nachgewiesen werden könnte (dagegen OLG Dresden REE 2012, 239, juris Rn. 22), ist die neue Bescheinigung aus dem Jahr 2018 verspätet und damit unbeachtlich. Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO nur zuzulassen, wenn sie im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht. Diese Voraussetzungen liegen hier im Bezug auf die neue Bescheinigung nicht vor. Es handelt sich dabei um ein neues Angriffsmittel, das auch bereits in erster Instanz hätte geltend gemacht werden können. Das Angriffsmittel ist auch nicht deswegen zuzulassen, weil es sich dabei unstreitig um eine den Anforderungen des § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 genügende Bescheinigung handelte. Dies hat die Beklagte in ihrer Berufungserwiderung in Abrede gestellt. Dasselbe gilt für die Umstände, die der Umweltgutachter seiner Einschätzung zugrunde gelegt hat. 50

bb) Im Übrigen genügt auch diese Bescheinigung den Anforderungen des § 23 Abs. 5 Satz 3 EEG 2009 nicht. Zwar wird nunmehr ausgeführt, vor Stilllegung des Aalfangs seien „nach vagen Angaben“ mehrere tausend Aale pro Jahr gefangen und getötet worden. Woher diese „vagen Angaben“ stammen, wird aber nicht einmal ansatzweise klargestellt. Dies ist umso auffälliger, als in der zur Akte gereichten gutachterlichen Stellungnahme des Dipl.-Biologen Dr. T2 vom 23.11.2012 nur eine – wegen der von dem Pächter zu zahlenden Pacht nach Auffassung Dr. T wohl zu erhöhenden - Anzahl von mindestens 500 bis 600 Aale pro Fangsaison erwähnt wird, die im Aalfang gefangen worden sein sollen. 51

Im Übrigen sind auch immer noch keine Angaben zum Zustand nach Installation der Bypässe vorhanden. Zur Anströmungsgeschwindigkeit von 0,5 m/s äußert der Umweltgutachter 52

lediglich, diese „sei akzeptabel“. Unklar ist nach wie vor, ob die Aale und ggf. anderen Fische sich nun aus dem zum Rechen führenden Strom befreien und zu den Bypässen gelangen können. Den Stababstand des Rechens hält der Gutachter selbst für nicht den heutigen Anforderungen entsprechend und sieht weiteren Handlungsbedarf (Bescheinigung 2018 Seite 29). Gerade im Hinblick darauf hätte die Schlussfolgerung der wesentlichen Verbesserung einer eingehenderen Begründung bedurft. Ein Monitoring für die Funktion der neuen Fischabstiegseinrichtungen hat der Gutachter nicht durchgeführt. Soweit er – mit allerdings sprachlich nicht verständlicher Begründung (Seite 41 unten) – ausführt, die Abstiegseinrichtungen seien dauerhaft installiert und funktionierten bzw. hätten eine gute Erfolgsprognose (Seite 42), ist damit eine tatsächliche Nutzbarkeit für die Fische immer noch nicht nachgewiesen.

cc) Unabhängig hiervon scheidet der Klageerfolg auch deshalb aus, weil nach der vorgelegten Bescheinigung des Gutachters S aus Januar 2018 sogar auszuschließen ist, dass die Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 Nr. 2 EEG 2009 vorlagen. Hiernach käme auch eine weitere Beweisaufnahme nicht in Betracht, selbst wenn man diese entgegen den obigen Ausführungen grundsätzlich für geboten hielte. 53

(1) Dass mit den nach der Einstellung des Aalfangs im Jahr 2010 erfolgten Arbeiten in 2013 eine wesentliche Verbesserung hinsichtlich der Mortalitätsquote der Aale einher gegangen sein solle, entspricht der Schlussfolgerung der im Januar 2018 angefertigten – als Gutachten bezeichneten – Bescheinigung. Wesentlicher Grund hierfür kann – wie es auch aus der Stellungnahme Dr. T ersichtlich wird - nach der Einstellung des Aalfangs letztlich wohl nur sein, dass eine Tötung derjenigen Aale vermieden wird, die sonst ihren Weg flussabwärts wohl durch die Turbinen nehmen müssten. Diese Turbinen sollen aber – so wird auf Seite 29 der im Januar 2018 ausgestellten Bescheinigung ausgeführt – für die sie durchschwimmenden Aale nicht zwingend todbringend sein. Vielmehr sei aufgrund anderweitiger Untersuchungen davon auszugehen, dass die durch Turbinen abwandernden Aale eine Überlebensrate von über 90 % aufweisen. 54

Geht man im Einklang mit der von der Klägerin vorgelegten und von dem Gutachter S in Bezug genommenen Stellungnahme des Dipl.- Biologen Dr. T2 vom 23.11.2012 (dort Seite 3 oben und Seite 6 unten, Bl. 32 und 35 der Gerichtsakte) davon aus, dass auch sehr große Aale noch in der Lage sind, durch die vorhandenen Rechen mit einem Stababstand von 30 mm zu gelangen und ist andererseits die Ausführung des Gutachters S zutreffend, dass 90 % dieser Aale die Turbinenanlagen lebend verlassen, kann mit den Maßnahmen im Jahr 2013 schon keine „wesentliche“ Verbesserung der biologischen Durchgängigkeit verbunden gewesen sein, selbst wenn man – wie es nicht geboten und auch nicht zulässig ist – diese Durchgängigkeit allein unter Berücksichtigung der Wanderung der Aale beurteilen wollte. 55

(2) Soweit eine solche wesentliche Verbesserung mit der bloßen Einstellung des Aalfangs und dem Rückbau der entsprechenden Anlagen begründet werden sollte, steht dem – wie bereits ausgeführt – schon entgegen, dass hierin schwerlich eine Modernisierung der Anlage im Sinne der zu beurteilenden Vorschrift gesehen werden kann. 56

3. Unabhängig davon ist die Erfüllung der Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 EEG 2009 am betreffenden Standort schon insgesamt nicht, insbesondere nicht durch Maßnahmen zur Verringerung der Mortalität der Aale an Wasserkraftanlagen, erzielbar. 57

a) Voraussetzung für die Geltung der Absätze 1 bis 4 ist nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 nämlich, dass die betreffenden Maßnahmen einzeln oder in Kombination unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele erforderlich sind, um einen *guten ökologischen Zustand* zu 58

erreichen.

Nach dem Inhalt der vorgelegten Bescheinigung des Umweltgutachters S aus Januar 2018 (dort Seite 23) kann für die Ems im Bereich Rheine ein solcher guter ökologischer Zustand gar nicht erreicht werden, so dass mit den zu beurteilenden Maßnahmen allenfalls ein „gutes ökologisches Potenzial“ zu erreichen wäre. Demnach können die hier interessierenden Maßnahmen schon nach dem Inhalt der vorgelegten Bescheinigung gar nicht erforderlich sein, um einen guten ökologischen Zustand zu erreichen, weil ein solcher nicht zu erzielen ist. 59

b) Zudem verlangt § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009, dass die Frage, ob die zu beurteilende Maßnahme zur Erreichung eines guten ökologischen Zustandes erforderlich ist, unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele beantwortet wird. 60

Wie der Gutachter ausführt (Seite 24 der Bescheinigung aus Januar 2018), sind die hier interessierenden Bewirtschaftungsziele für die Ems in dem Bewirtschaftungsplan 2009 (2010 – 2015) festgelegt. Auf der Seite 25 der Bescheinigung aus Januar 2018 nimmt der Gutachter S dementsprechend Bezug auf die dort aufgeführten Bewirtschaftungsziele zum Schutz des Aals (5.1.7./UP 1). In diesem Bewirtschaftungsplan (Seite 79) heißt es aber wörtlich: 61

„Die durch Wasserkraftanlagen bedingte Mortalität in dem deutschen Teil der Managementeinheit Ems liegt aktuell bei ca. 0,2 % des Aalbestands (ca. 1 % der Blankaale) und darf als vernachlässigbar angesehen werden.“ 62

Es liegt auf der Hand, dass Maßnahmen, die in dem einschlägigen Bewirtschaftungsplan ausdrücklich als vernachlässigbar bewertet werden, nicht die in § 23 Abs. 5 EEG 2009 angesprochene wesentliche Bedeutung für die Verbesserung des ökologischen Zustands gerade unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele beizumessen ist. 63

4. Der Senat kann danach die durch die Berufung aufgeworfenen Rechtsfragen zweifelsfrei beantworten. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verspricht keine neuen Erkenntnisse und ist auch nicht im Interesse der Parteien geboten. 64

5. Da weiterhin die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert, kommt gemäß § 522 Absatz 2 ZPO die Zurückweisung der Berufung im Beschlusswege in Betracht. 65

Hierzu erhält die Klägerin Gelegenheit zur Stellungnahme. 66

Hinweis:

Die Berufung ist auf den Hinweisbeschluss des Senats hin zurückgenommen worden.