

Oberlandesgericht München

Az.: 3 U 891/11
7 O 3404/10 LG Traunstein



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

_____ ; vertreten durch die Geschäftsführer _____ und

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte | _____ Gz.: 30/eu -
10/00085-

Nebenintervenient:
_____ n

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt _____

gegen

_____ treten durch den Geschäftsführer _____

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte | _____ lin, Gz.: 03719-10/AL

wegen Forderung

erlässt das Oberlandesgericht München - 3. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am
Oberlandesgericht _____ den Richter am Oberlandesgericht _____ und die Richterin am
Oberlandesgericht _____ auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25.04.2012 folgendes

Endurteil:

- I. Die Berufung der Klägerin/Widerbeklagten gegen das Endurteil des Landgerichts Traunstein vom 28.01.2011 wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin/Widerbeklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Die durch die Nebenintervention verursachten Kosten trägt der Nebenintervenient.
- III. Das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 28.01.2011 und das Berufungsurteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
Die Klägerin/Widerbeklagte kann die Vollstreckung abwenden gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die Zahlung einer erhöhten Einspeisevergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG).

Die Klägerin, die eine Wasserkraftanlage am Mangfallkanal betreibt, hat im Oktober 2009 eine Veränderung der Wasserkraftanlage dergestalt vorgenommen, dass Feinrechen mit einem geringeren Stababstand (20 mm anstatt 25 mm) eingebaut wurden. Die Klägerin legte der Beklagten das Gutachten des Sachverständigen S. R. (Nebenintervenient; von der D. GmbH zugelassener Umweltgutachter) vom 13.11.2009 vor, welches eine Modernisierung und eine wesentliche ökologische Verbesserung i.S. des § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG bescheinigte. Die Beklagte, die zunächst unter Vorbehalt eine erhöhte Vergütung für den eingespeisten Strom zahlte, berief sich dann auf ein Schreiben des Städtischen Umweltamtes R., das eine ökologische Verbesserung verneinte.

Die Grundbeträge für die Einspeisung sind nicht Streitgegenstand.

Die Klage bezieht sich auf eine erhöhte Einspeisevergütung von Juni 2010 bis August 2010 von insgesamt netto 42.304,56 €.

Mit der Widerklage wird der von der Beklagten für November 2009 bis Mai 2010 gezahlte Erhöhungsbetrag von netto 52.996,-- € zurückgefordert.

Mit Endurteil des Landgerichts Traunstein vom 28.01.2011 wurde die Klage abgewiesen und die Widerklageforderung einschließlich Zins zugesprochen,

Nach Ansicht des Landgerichts Traunstein kann sich die Klägerin nicht auf die Fiktionswirkung des § 23 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 EEG berufen, da das vorgelegte Gutachten des Sachverständigen R., das nicht nur auf Plausibilität und Vollständigkeit, sondern auch auf seine Überzeugungskraft hin durch das Gericht überprüft werden könne, das Gericht hinsichtlich des ökologischen Vorteils nicht überzeugt habe. Dem Antrag der Klägerin auf Sachverständigenbeweis bezüglich der ökologischen Verbesserung wurde mit der Begründung, dass das nach § 23 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 EEG vorgelegte Gutachten nicht durch ein "Obergutachten" ersetzt werden dürfe, nicht nachgegangen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren im vollen Umfang weiter. Sie meint, dass das Landgericht die Voraussetzungen für die erhöhte Einspeisevergütung nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 EEG fälschlich verneint habe. Unstreitig liege eine Modernisierung der Anlage vor. Die Klägerin habe eine Bescheinigung eines zertifizierten Umweltgutachters vorgelegt. Das Gutachten des Sachverständigen R. bescheinige entsprechend § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2

EEG das Erreichen eines guten ökologischen Zustands oder eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands. Die Richter könnten zwar fachspezifische Gutachten auf Vollständigkeit und Plausibilität überprüfen, jedoch nicht einer Überzeugungsprüfung unterziehen. Das Landgericht habe nicht die erforderliche Sachkunde zu beurteilen, ob bei einem Stababstand von jetzt 2 cm in Bezug auf die Unversehrtheit der Fische eine Verbesserung eintrete. Als Verfahrensfehler wird gerügt, dass ein gerichtliches Sachverständigengutachten nicht erholt wurde, welches selbstverständlich nicht an die Stelle der vom zertifizierten Umweltgutachter erteilten Bescheinigung trete, sondern letztlich eine Aussage über die objektive Richtigkeit der Bestätigung erbringen könne. Entgegen einer Vermutung des Erstgerichts handele es sich bei der erhöhten Einspeisevergütung nach den EEG nicht um ein "unerwünschtes" Geschenk des Gesetzgebers, sondern um eine sehr abgewogene Förderung des ökologischen Anspruchs. Welche Kosten einem Anlagebetreiber bei der von ihm vorgenommenen Modernisierung entstehen, sei völlig unerheblich. Die Auffassung des Landgerichts, dass der Gesetzgeber eine Bagatellgrenze hätte formulieren müssen, bei deren Überschreiten erst die Berechtigung zur erhöhten Einspeisevergütung begründet werde, sei durch die gesetzgeberischen Vorstellungen nicht belegt.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Endurteils des Landgerichts Traunstein vom 28.01.2011, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 42.304,56 € zzgl. 19 % MWSt. in Höhe von 8.037,87 €, mithin insgesamt 50.342,43 € nebst 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit (§ 288 BGB) zu zahlen,
die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das Ersturteil. Sie bestreitet, dass durch den Einbau der Feinrechen eine Modernisierung im Sinne des EEG durchgeführt worden sei, jedenfalls liege keine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes des Gewässers vor. Das Gutachten des Sachverständigen R. enthalte keine Fiktionswirkung, da sich daraus eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes nicht ergebe. Die Beklagte fordert zudem unter Bezugnahme auf ein Urteil des OLG Naumburg vom 02.09.2010 (B 7), dass als ungeschriebene Voraussetzung für eine Forderung der erhöhten Einspeisevergütung eine Bagatellgrenze für den Investitionsaufwand überschritten sein müsse, was vorliegend nicht gegeben sei.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils und die

gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen.

Der Senat hat am 04.05.2011 (Protokoll Bl. 116/118 d. A.) und am 25.04.2012 (Protokoll Bl. 203/205 d. A.) mündlich zur Sache verhandelt.

Mit Beweisbeschluss des Senats vom 29.06.2011 wurde die Erholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zu der Frage, ob das Gutachten des Dipl.-Ing. (TU) S. R. vom November 2009 den fachlichen Kriterien einer als Nachweis gemäß § 23 Abs. 5 EEG dienenden Bescheinigung eines Umweltgutachters genüge, angeordnet. Der mit Beschluss vom 01.09.2011 beauftragte Dipl.-Biol. N. G. (Lehrbeauftragter für Wasserrecht am hydrologischen Institut der Albrecht-Ludwigs-Universität Freiburg) erstattete sein schriftliches Gutachten unter dem 05.12.2011 (Bl. 158/167 d. A.). Dieses Gutachten wurde im Verhandlungstermin vom 25.04.2012 zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Mit Beschluss vom 05.03.2012 wurde das Ablehnungsgesuch der Klägerin gegen den Sachverständigen G. zurückgewiesen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

Ihr stehen erhöhte Einspeisevergütungen aufgrund des im Oktober 2009 vorgenommenen Einbaus von Feinrechen mit geringerem Stababstand nach § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG nicht zu, da das von der Klägerin der Beklagten vorgelegte Gutachten des Umweltgutachters R. vom November 2009 den Nachweis gemäß § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG nicht erbringen konnte.

Der Sachverständige Dipl.-Bauing. (TU) S. R. ist zwar ein zugelassener Umweltgutachter nach dem EEG, jedoch fehlt seinem Gutachten jegliche Plausibilität.

Bereits einem in ökologischen Gewässerfragen unerfahrenen Laien drängt sich bei kritischem Lesen des Gutachtens auf, dass es aufgrund dürftiger Begründung wenig Plausibilität hat. Die zentrale Frage, inwiefern eine Feinrechenabstandsveränderung von 25 mm auf 20 mm zum Erreichen eines guten ökologischen Zustands oder zur wesentlichen Verbesserung des ökologischen Zustandes führen könne, wird nur plakativ feststellend beantwortet, ohne dass Substantielles dargelegt würde.

Ausführungen genereller Art dazu, welchen Kriterien ein Nachweis-Gutachten i.S. von § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG genügen müsse, sind nicht veranlasst. Es genügt vorliegend das Ergebnis, dass jedenfalls das streitgegenständliche Gutachten des Sachverständigen R. für einen Nachweis ungenügend war und die Beklagte somit keine erhöhte Einspeisevergütung zahlen muss.

Wie die Klägerin selbst im Schriftsatz vom 30.03.2011 (Seite 6) ausführt, sind Gerichte jederzeit befugt, auch fachspezifische Gutachten auf Vollständigkeit und Plausibilität zu prüfen, was auch in einem Rechtsstreit über eine erhöhte Einspeisevergütung bezüglich des als

Anspruchsvoraussetzung fungierenden Nachweisgutachtens zu gelten hat.

Die fachliche Kompetenz und die Neutralität des gerichtlich beauftragten Sachverständigen G. ist durch die Ausführungen im Schriftsatz der Klägerin oder im Schriftsatz des Nebenintervenienten je vom 20.01.2012 aus Sicht des Senats nicht in Zweifel gezogen. Es wird hierzu auf die Zurückweisung des Ablehnungsgesuches mit Beschluss des Senats vom 05.03.2012 Bezug genommen.

Soweit die Ausführungen des Sachverständigen G. ausgesprochen deutlich zur fachlichen Kompetenz des Sachverständigen Richter und dessen Gutachten ausgefallen sind, hat dies den Vorteil der Eindeutigkeit und Unmissverständlichkeit. Die Kritikpunkte bezüglich des Gutachtens R. sind jeweils ausführlich durch den Sachverständigen G. begründet worden. Ein "Nachteil" für den Nebenintervenienten mag sich nur insofern ergeben haben, als dem Sachverständigen G. weitere - ebenfalls nicht den fachlichen Ansprüchen genügende - Gutachten des Sachverständigen R. bekannt waren und der Sachverständige G. dies mit Belegstellen offenlegte.

Durch das Gutachten des gerichtlich beauftragten Sachverständigen G., dessen fundierten und nachvollziehbaren Darlegungen sich das Gericht anschließt, ergibt sich zusammenfassend folgendes für die Kriterien nach § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EEG:

Das Gutachten erfüllt nicht die Mindestanforderungen der EEG-Clearing-Stelle. Die Bescheinigung des Umweltgutachters ist bezüglich der Kraftwerke der Klägerin nicht vollständig, da die Beschreibung der speziellen Verhältnisse vor Ort als völlig unzureichend oder gar als grob falsch einzustufen ist. Der Umweltgutachter hat die komplexen Verhältnisse am Kraftwerksstandort, in der Kanalstrecke und in der parallel verlaufenden Mangfall weder beschrieben noch gewässerökologisch bewertet. Es fehlt bereits im Ansatz an einer fundierten Auseinandersetzung mit den Bewirtschaftungszielen. Der Gutachter R. hat seine Betrachtungen einzig auf die Kanalstrecke (und nicht auch auf die Bewirtschaftungsziele der Mangfall) gerichtet.

Es liegt keine Modernisierung vor, mit der ein guter ökologischer Zustand erreicht worden wäre. Die beiden Kraftwerke der Klägerin sind die beiden untersten Kraftwerke im Mangfallkanal, der als "künstliches Gewässer" im Sinne der EG-Wasserrahmenrichtlinie weit oberhalb von Rosenheim aus der Mangfall an einem sogenannten "Walzenwehr" aus der Mangfall ausgeleitet wird. Die Durchwanderbarkeit der unteren Mangfall wird durch das Walzenwehr behindert, an dem der Mangfallkanal zugunsten der Wasserkraftgewinnung aus der Mangfall abgeleitet wird. Unterhalb des Walzenwehrs ist der Mangfallkanal auf eine Ausbauwassermenge von 28 m³/Sekunde dimensioniert. In der Mangfall verbleibt nur eine Restwassermenge von 1,3 m³/Sekunde, die in einer gewässerökologischen Bewertung als völlig unzureichend einzustufen ist. Der Mindestwasserabfluss wird über einen Fischpass in die Mangfall eingeleitet. Wegen seiner veralteten Bauweise kann dem Fischpass keine

Funktionsfähigkeit zugesprochen werden. Die Verringerung der Rechenstababstände an den beiden Kraftwerken der Klägerin trägt zu den Bewirtschaftungszielen in der Mangfall (höhere Mindestwasserführung + Dynamisierung sowie bessere Durchwanderbarkeit am Walzenwehr) nichts bei.

Durch den Einbau der Feinrechen mit einem verkürzten Rechenstababstand wurde auch der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand nicht wesentlich verbessert, nicht einmal bei isolierter Betrachtung hinsichtlich der Kanalstrecke. Nach einer Faustformel gilt, dass durch einen "25-mm-Rechen" Fische bis zu einer Körperlänge von etwa 25 cm passen und dass ein "20-mm-Rechen" von Fischen bis zu 20 cm Körperlänge passiert werden kann. Lediglich unter Tierschutzaspekten ist eine positive Veränderung festzustellen, da durch die neuen Rechenanlagen weniger Fische in die Turbinen und in das Labyrinth des Stadtbach-Systems gelangen. Allerdings sind von der Verringerung des Rechenstababstandes nur Fische zwischen 20 und 25 cm betroffen. Für Fische kleiner als 20 cm Länge und für Fische größer als 25 cm Länge ändert sich im Vergleich zur Situation vor der Verringerung des Rechenstababstandes nichts. Eine wesentliche ökologische Verbesserung ist mit dieser Ausgestaltung der Feinrechen nicht verbunden. Den Effekt des "Eingesperrtseins" von Fischen mit einer Körperlänge von mehr als 25 cm auf Fische mit einer Körperlänge von mehr als 20 cm auszuweiten, ist weder im Sinne der EG-WRRL noch des Wasserhaushaltsgesetzes und auch nicht im Sinne des Bayerischen Wassergesetzes als eine ökologische Verbesserung, noch weniger als wesentliche ökologische Verbesserung, aufzufassen. Fische zwischen 20 und 25 cm Länge konnten vor der Verringerung des Rechenabstandes die Rechenanlagen passieren - allerdings mit ungewissen Überlebenschancen, die der Sachverständige auf Seite 11 seines Gutachtens näher ausführt. Nach dem Umbau der Rechenanlage bleiben die Fische mit einer Länge zwischen 20 und 25 cm Länge zwischen den beiden Kraftwerken der Klägerin und dem oberhalb liegenden Kraftwerk "Oberwöhr" sozusagen "eingesperrt". Sie können dann nur zwischen den beiden Kraftwerken der Klägerin und dem Wasserkraftwerk "Oberwöhr" in einem abiotisch ausgebauten Kanalabschnitt hin- und herschwimmen. Die abiotischen Verhältnisse im Kanal führen dazu, dass sich dort gar keine "Mangfall-typischen" Fischpopulationen etablieren können. Die Wiederherstellung einer für die Mangfall typischen Fischpopulation kann nur in der Mangfall selbst gelingen, wozu jedoch die Verringerung der Rechenstababstände nicht beiträgt.

Es ergibt sich somit, dass die Klägerin den Nachweis dafür, dass das von ihr bei der Beklagten vorgelegte Gutachten R. [REDACTED] zumindest plausibel gewesen wäre, nicht führen konnte.

Soweit der Nebenintervenient versuchen wollte, durch nachträgliche Erläuterungen sein Gutachten "aufzubessern" bzw. "nachzubessern", war dem nicht nachzukommen, da hierdurch

die klägerische Anspruchslage nicht verbessert werden würde: Maßgeblich für die Prüfung des Anspruchs auf eine erhöhte Einspeisungsvergütung kann nur das von der Klägerin bei der Beklagten vorgelegte Umweltgutachten sein und nicht irgendwelche in einem Streitverfahren erfolgenden (etwaigen) Nachbesserungen.

Ob bei einem Anspruch auf eine erhöhte Einspeisungsvergütung nach § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 eine ungeschriebene Bagatellgrenze als tatbestandsimmanente Förderungsschranke gefordert werden könnte, kann hier offen gelassen werden, da vorliegend bereits das Gutachten des Sachverständigen R[REDACTED] - unabhängig von dem finanziellen Aufwand der Klägerin im Bereich der Feinrechenabstandsveränderungen - zur Anspruchsbegründung nicht ausreicht.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Der Anspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit erfolgt aus §§ 708 Nr. 10 S. 1 und 2, 711 ZPO.

Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, deren zentraler Punkt die beweiswürdige Einschätzung eines anspruchrelevanten Gutachtens war.


Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht


Richter
am Oberlandesgericht


Richterin
am Oberlandesgericht

Verkündet am 25.04.2012


Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

