

## Verwaltungsgericht Köln, 13 K 6520/16

**Datum:** 18.10.2018  
**Gericht:** Verwaltungsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 13. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 13 K 6520/16  
**ECLI:** ECLI:DE:VGK:2018:1018.13K6520.16.00

**Nachinstanz:** Oberverwaltungsgericht NRW, 4 A 4325/18

**Tenor:** Das Verfahren wird eingestellt, soweit der Kläger die Klage zurückgenommen hat.

Der Aufsichtsbescheid (Beanstandung) der Beklagten betreffend die Wasserkraftanlage „Säge U. -Glashütte“ (Verfahrensnummer DAU 000-00/0000/00) vom 11. November 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids des Bundesverwaltungsamtes vom 5. Juli 2016 wird aufgehoben.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Beteiligten jeweils zur Hälfte; die Zuziehung eines Rechtsanwalts für das Widerspruchsverfahren wird für notwendig erklärt.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch den jeweiligen Vollstreckungsgläubiger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

<b>Tatbestand</b>	1
Der Kläger ist seit dem April 2009 zugelassener Umweltgutachter nach § 9 UAG für den Zulassungsbereich NACE[1]-Code Rev. 2 (WZ 2008) Unterklasse 35.11.7 (Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft mit und ohne Fremdbezug zur Verteilung). Gemäß § 3 Nr. 12 EEG 2009 berechnete diese Zulassung auch zur Begutachtung von Wasserkraftanlagen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009. Umweltgutachter unterliegen gemäß § 15 Abs. 9 UAG der Aufsicht nach dem Umweltauditgesetz auch, soweit sie aufgrund ihrer Zulassung als Umweltgutachter befugt sind, Tätigkeiten auf Grund anderer rechtlicher Regelungen auszuüben.	2

Die nach § 23 EEG 2009 erteilte Bescheinigung war nach der damaligen Gesetzeslage Voraussetzung für die Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung durch den Netzbetreiber an den Anlagenbetreiber der Wasserkraftanlage. Für die Erteilung der Bescheinigung war unter anderem erforderlich, dass insbesondere nach der Modernisierung der Anlage nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert worden ist, § 23 Abs. 5 Satz 1 EEG 2009. Nach Satz 2 der Norm lag eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes in der Regel vor, wenn die Stauraumbewirtschaftung, die biologische Durchgängigkeit, der Mindestwasserabfluss, die Feststoffbewirtschaftung oder 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. Dieser Nachweis konnte nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 durch die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde oder eines Umweltgutachters geführt werden; machte die Modernisierung eine neue Zulassung der Wasserkraftnutzung erforderlich, galt diese als Nachweis.

3

In der ab dem 1. Januar 2012 bis zum 31. Juli 2014 geltenden Fassung des § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG (sog. EEG 2012), wurde dieser dahingehend gefasst, dass der Nachweis durch ein Gutachten eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft geführt werden konnte, das der Bestätigung durch die zuständige Wasserbehörde bedurfte. Äußerte sich die Behörde innerhalb von zwei Monaten nach Vorlage des Gutachtens nicht, galt die Bestätigung als erteilt. Diese Bestätigung durfte nur versagt werden, wenn die Behörde erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens hatte. Für sog. Altanlagen (Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012) verblieb es nach der Übergangsvorschrift des § 66 EEG 2012 bei der Bescheinigungsbefugnis der Umweltgutachter ohne Bestätigung der Behörde.

4

Die Übergangsregelung des § 66 Abs. 1 EEG 2012 für die Altanlagen wurde durch das ab dem 1. Januar 2017 geltende EEG 2016 in dessen § 100 Abs. 10 im Wesentlichen fortgeschrieben. Im Übrigen sind seitdem Umweltgutachter von der Berechtigung zur Erteilung der Bescheinigung ausgeschlossen.

5

Bei den hier sowie in den Verfahren gleichen Rubrums 13 K 6516/16, 13 K 6521/16, 13 K 7282/16 betroffenen Wasserkraftanlagen handelt es sich um solche, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen und für die nach dem 31. Dezember 2008 Modernisierungsmaßnahmen durchgeführt worden sind. Sie haben als sog. kleine Wasserkraftanlagen eine Leistung bis höchstens 5 Megawatt. Die Funktionsweise ist im Groben derart, dass das betroffene Gewässer oberhalb der Anlage ganz oder überwiegend gestaut wird, was auf teilweise alten Wasserrechten beruht. Dann wird das gestaute Wasser durch die Turbinen der Wasserkraftanlage geleitet und erzeugt dort Strom. Anschließend wird das zur Stromerzeugung genutzte Wasser wieder dem Gewässer zugeführt (sog. Ausleitungsstrecke). Aus gewässerökologischer Sicht ist es demgegenüber erstrebenswert, so viel Wasser eine möglich im eigentlichen Gewässer zu belassen; insofern sind die zuständigen Behörden bestrebt, eine sog. Mindestwasserabgabe zu schaffen oder diese relevant zu erhöhen. Für den Anlagenbetreiber bedeutet eine Erhöhung der Mindestwasserabgabe einen Verlust, da er dadurch weniger Energie erzeugen und einspeisen kann.

6

7

Im Herbst 2010 wandte sich das Ministerium für Umwelt, Naturschutz und Verkehr Baden-Württemberg an die Beklagte (vgl. im Einzelnen Beiakte III zum Verfahren 13 K 7282/16) und bemängelte eine Reihe von Bescheinigungen nach § 23 EEG 2009, in denen der Kläger eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes attestiert hatte, die aber nach Ansicht der Fachbehörden nicht gegeben war. Dies betraf unter anderem auch die hier in Rede stehende Wasserkraftanlage Säge U. -Glashütte. Nach mündlicher Erörterung der Fälle mit dem Kläger im November 2010 erging unter dem 11. Januar 2011 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung ein von der Beklagten sog. „Zwischenbescheid“, in dem der Kläger	
in Ziffer 1 aufsichtlich darauf hingewiesen wurde,	8
a) die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 23 EEG 2009 müssten im Gutachten dokumentiert werden	9
b) die Wesentlichkeit einer Verbesserung könne nicht schon bei jeder Modernisierungsmaßnahme angenommen werden, sondern erst dann, wenn die Modernisierungsmaßnahme in einem möglichst umfänglichen Maße ausgeschöpft würden.	10
Unter Ziffer 2 erging die Anordnung,	11
a) Die Gutachten des Klägers zur Erteilung der Bescheinigung nach § 23 EEG 2009 haben folgende Bestandteile zu enthalten	12
aa) Beschreibung des Ist-Zustands des Gewässers vor der Modernisierung bezogen auf die Parameter in § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 a) bis e) EEG 2009	13
bb) konkrete Darstellung der Bewirtschaftungsziele für den Gewässerkörper	14
cc) eine Beschreibung des guten ökologischen Zustandes (Potenzials), der im Einwirkungsbereich der Anlage erreicht werden kann	15
dd) eine fundierte Analyse des gewässerökologischen Zustandes nach der Modernisierung sowie	16
ee) eine anlagenbezogene Begründung der Wesentlichkeit der Verbesserung unter Berücksichtigung der Bewirtschaftungsziele,	17
sowie die	18
b) Verpflichtung, bis auf Weiteres alle Gutachten, in denen der Kläger nach § 23 EEG 2009 tätig werde, der DAU vorzulegen.	19
Zur Begründung führte die Beklagte aus, die Gutachten des Klägers seien schematisch und inhaltsgleich bzw. inhaltsleer. Gegen Ziffer 2 a und b dieses Zwischenbescheids legte der Kläger Widerspruch ein, den er nach Erörterung bei der Widerspruchsbehörde am 17. Februar 2012 zurücknahm. Ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung blieb im Verwaltungsverfahren ohne Erfolg.	20
Im Januar 2010 erstellte der Kläger für die 1897 im wasserrechtlichen Kern genehmigte, seit 1939 als Wasserkraftanlage betriebene „Säge in U. -Glashütte an der X.“ zum Stichtag 5. Dezember 2009 ein „Gutachten zur Prüfung der Voraussetzungen zur Stromvergütung“ gemäß § 23 EEG 2009 (Beiakte II Bl. 18 ff.). Er bescheinigte dem Betreiber eine die Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 EEG 2009	21

erfüllende Modernisierung, die in der Hauptsache im abgeschlossenen Einbau einer Restwasseröffnung in Form eines Restwasserrohrs in den vorhandenen Grundablass bestand (Bild Beiakte II 32). Daneben wurde laut Gutachten eine oberwasserstandsabhängige Modernisierung in Form der Änderung der Anlagensteuerung zur Gewährleistung des Mindestabflusses vorgenommen. Die Restwasserabgabe sei durch das Restwasserrohr in Verbindung mit der Oberwassersteuerung nunmehr dauerhaft gesichert. Verstopfungen des Restwasserrohrs würde durch regelmäßige wöchentliche Kontrollen verhindert. Beide Maßnahmen stellten nach dem Gutachten eine wesentliche ökologische Verbesserung des vorherigen Zustands dar (Beiakte II Bl. 27 f.).

Nach Bemängelung der Begutachtung durch das Ministerium für Umwelt, Naturschutz und Verkehr Baden-Württemberg teilte die Beklagte dem Kläger die Einwände mit. Im Dezember 2010 übermittelte das Regierungspräsidium Freiburg - Staatliche Fischereiaufsicht - Fotografien der vom Kläger attestierten Modernisierungsmaßnahmen und meldete Zweifel an, dass ein Mindestwasserrohr von 8 cm Durchmesser die Ausleitungsstrecke mit einem ausreichenden Mindestabfluss beschicken könne (Bilder Beiakte II 9 ff.). In einer Stellungnahme vom 12. November 2010 hielt der Kläger an seiner Bewertung fest. 22

Die Beklagte beauftragte den Diplom-Biologen und Limnologen H. mit einer Bewertung des Gutachtens, der nach Ortsbesichtigung in seiner Stellungnahme vom 3. November 2011 (Beiakte II 54 ff., Bewertung II 83 ff.) sowohl handwerkliche Mängel des Gutachtens für die Säge U. -Glashütte feststellte als auch den Einbau des Rohrs als untaugliche, weil funktionsuntüchtige Maßnahme (Beiakte II 57 - geringer Rohrdurchmesser und im 90 °-Winkel abknickend) bezeichnete (Bild Beiakte II 62). 23

Mit Schreiben vom 17. April 2012 leitete die Beklagte ein sog. Anlassaufsichtsverfahren nach § 15 Abs. 9 i.V.m. Abs. 4 UAG ein und bat den Kläger um die Beantwortung offener Fragen zu Mängeln des Gutachtens, insbesondere zur fehlende Eignung des Rohres. Mit Schreiben vom 26. Mai 2012 lehnte der Kläger den Gutachter H. wegen Befangenheit ab, weil dieser in einem zivilgerichtlichen Verfahren, in welchem der Kläger Streitverkündeter sei, für die Gegenseite gegutachtet habe; auch dort habe er den Gutachter abgelehnt. Im Übrigen verteidigte er sein Gutachten für die Säge U. -Glashütte. In seiner Stellungnahme vom 25. Juni 2012 hielt der Limnologe an den festgestellten Mängeln fest. Die Beklagte beteiligte den Netzbetreiber und den Betreiber der Wasserkraftanlage am Verwaltungsverfahren und gab diesen Gelegenheit zur Stellungnahme. 24

Mit Bescheid vom 11. November 2013 sprach die Beklagte gegenüber dem Kläger in Ziffer 1 eine aufsichtliche Beanstandung aus, weil eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands der Anlage bescheinigt worden sei, obwohl die Modernisierungsmaßnahme im Hinblick auf die angestrebte ökologische Verbesserung nicht dauerhaft funktionsfähig sei. Ziffer 2 lautete dahingehend, dass das Gutachten nicht zum Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen einer Mehrvergütung nach § 23 EEG 2009 geeignet sei. Als Rechtsgrundlage gab die Beklagte § 16 Abs. 1, § 15 Abs. 9 i.V.m. Abs. 4 UAG an. Das erstellte Gutachten genüge nicht den nach den maßgeblichen Rechtsgrundlagen zu stellenden Anforderungen. Zwar spreche § 23 Abs. 5 EEG 2009 nur von einer Bescheinigung, nach Sinn und Zweck sei aber eine über ein reines Attest hinausgehende Stellungnahme des Umweltgutachters im Hinblick auf die Erhöhung der Einspeisevergütung zu fordern. Diese müsse den bereits im Zwischenbescheid vom 11. Januar 2011 aufgezeigten Mindestanforderungen genügen, was bei dem vom 25

Kläger erstellten Gutachten für die Säge U. -Glashütte nicht der Fall sei. Auch sei die bescheinigte Modernisierungsmaßnahme nicht funktionsfähig. Deswegen könnten nach § 16 Abs. 1 UAG die notwendigen Maßnahmen getroffen werden. Die Maßnahme der schriftlichen Beanstandung sei verhältnismäßig, die Schwere der Falschbegutachtung mache eine Einwirkung auf das Begutachtungsverhalten des Klägers erforderlich. Die von ihm bestätigten Maßnahmen seien nicht funktionsfähig und verstießen gegen den Stand der Technik. Mildere Mittel, wie ein aufsichtlicher Hinweis, seien nicht erfolversprechend, weil der Kläger in der Anhörung an seinen gutachtlichen Feststellungen festgehalten habe. Zu Ziffer 2 wurde ausgeführt, dass das Gutachten schon wegen seiner formalen Mängel nicht zum Nachweis der Voraussetzungen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 geeignet sei. Die im Zwischenbescheid vom 11. Januar 2011 festgeschriebenen Mindestanforderungen seien nicht erfüllt. Derartige inhaltliche Anforderungen seien auch im Votum 2013/21 der Clearingstelle vom 10. Juni 2013 als Grundlage für die Eignung des Gutachtens zum Nachweis der Anforderungen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 gestellt worden.

Mit Gebührenbescheid ebenfalls vom 11. November 2013 setzte die Beklagte eine Gebühr von 2.975,00 EUR fest. Die Höhe der Gebühr wurde mit dem hohen Prüfungsaufwand und der Hinzuziehung eines externen Beauftragten begründet. 26

Am 25. November 2013 legte der Kläger vertreten durch seinen späteren Prozessbevollmächtigten/Beistand Widerspruch gegen beide Bescheide vom 11. November 2013 ein. Er machte geltend, die Begutachtung liege im Zeitpunkt des aufsichtlichen Bescheides schon vier Jahre zurück, die Hinweise im Zwischenbescheid seien erst nach Erstellung des Gutachtens erfolgt. Auch verlange § 23 Abs. 5 EEG 2009 nur eine Bescheinigung, kein Gutachten. § 16 Abs. 1 UAG stelle keine ausreichende Rechtsgrundlage für die ausgesprochene Beanstandung dar. Des Weiteren sei ein eventuelles Fehlverhalten im Fall Säge U. -Glashütte schon durch den Zwischenbescheid vom 11. Januar 2011 „sanktioniert“ worden; die erneute Anordnung verstoße gegen den Grundsatz „ne bis in idem“. Auch sei ein etwaiger Verstoß schon verjährt. In der Sache könne der Umweltgutachter nicht für ein Fehlverhalten des Anlagenbetreibers - hier mangelnde Kontrolle der Verstopfung des Mindestwasserrohrs - verantwortlich gemacht werden. Die Bedeutung der Regelung in Ziffer 2 des Bescheides für die vom Netzbetreiber bereits an den Anlagenbetreiber gezahlte und noch zu zahlende Höhervergütung sei nicht klar. 27

Im Laufe des vor dem Bundesverwaltungsamt geführten Widerspruchsverfahrens regte der Bevollmächtigte an, alle in den vorliegenden Klageverfahren angegriffenen sowie weitere Aufsichtsverfahren in anderer Weise zu erledigen, als sie durch das Widerspruchsverfahren und anschließende Klageverfahren zu treiben: Als die maßgeblichen Gutachten seitens des Klägers erstellt worden seien, seien die Vorstellungen selbst von Experten zu den Anforderungen der Maßnahmen nach § 23 EEG 2009 noch kontrovers gewesen. Darüber hinaus habe sich durch die Novellen, das EEG 2012 und das EEG 2014, das rechtliche Umfeld sowohl zu den tatbestandlichen Voraussetzungen als auch zu den Befugnissen eines Umweltgutachters entscheidend geändert. Ein Umweltgutachter könne jetzt nicht mehr Bescheinigungen nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 selbstständig ausstellen. Die Verfahren hätten sich erledigt. Diesem Vorschlag folgte das Bundesverwaltungsamt nicht. Maßgeblich sei die Rechts- und Sachlage zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens. Auch sei das Gutachten Grundlage für die Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung für einen Zeitraum von 20 Jahren. 28

Mit Widerspruchsbescheiden vom 5. Juli 2016 wies das Bundesverwaltungsamt den Widerspruch des Klägers sowohl in der Sache als auch gegen den Gebührenbescheid 29

zurück, was im Wesentlichen mit den Argumenten aus dem Ausgangsbescheid begründet wurde. Der Zwischenbescheid vom 11. Januar 2011 stehe einer Entscheidung nicht entgegen; er habe die Begutachtungen durch den Kläger für die Zukunft, nicht die Vergangenheit regeln sollen. Auch eine Verjährung sei nicht anzunehmen, wie sich schon aus der 20 Jahre währenden, auf den Gutachten basierenden Pflicht zur Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung ergebe. Eine Verwirkung der aufsichtlichen Befugnisse sei schon nach allgemeinen Grundsätzen des Polizei- und Ordnungsrechts nicht anzunehmen. Ziffer 1 sei gerechtfertigt, weil keine taugliche Modernisierungsmaßnahme vorgelegen habe. Ziffer 2 könne auf die Befugnis der Beklagten gestützt werden, auch die Qualität der Gutachten zu prüfen. Nach der Rechtsprechung der Zivilgerichte müssten die Gutachten nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 gewissen Mindestanforderungen genügen. Die Bescheide wurden am 9. Juli 2016 zugestellt.

Am 27. Juli 2016 hat der damalige Prozessbevollmächtigte und nunmehrige Beistand des Klägers Klage erhoben, wörtlich gegen 30

„1. 31

Verwarnung im Anlassaufsichtsverfahren DAU - 000/00/0000/00 (WKA Säge U1. -Glashütte 07.03.2013 in Form des Widerspruchsbescheids des Bundesverwaltungsamtes Köln vom 29.06.2016 32

2. 33

sowie gegen den Widerspruchsbescheid v. 05.07.2016 wegen der Kosten.“ 34

Mit am 31. August 2016 eingegangenem Schriftsatz wurde die Klagebegründung vorgelegt mit der Anregung, sämtliche Verfahren zu verbinden und mittels übereinstimmenden gemeinsamen Vorschlag für erledigt erklären und über die Kosten das Gericht durch Beschluss entscheiden zu lassen, sowie mit dem wörtlichen Antrag, 35

„Den Aufsichtsbescheid DAU 000-00-0000-00 [gemeint ist wohl ...-29 - S. ] vom 04.12.2013 in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Bundesverwaltungsamtes Köln vom 07.07.2016 kostenpflichtig aufzuheben, 36

die Zuziehung eines Rechtsanwalts für das Widerrufsverfahren für notwendig zu erklären sowie hierfür eine Geschäftsgebühr von 2.5 gem. Nr. 2300 VVRVG wegen umfangreicher schwieriger Tätigkeit als berechtigt anzusehen.“ 37

Das Gericht hat den Kläger/Prozessbevollmächtigten/Beistand mit Schreiben vom 12. und 22. September 2016 in allen Verfahren darauf hingewiesen, dass eine übereinstimmende Hauptsachenerledigungserklärung zur Bestandskraft der Bescheide führen würde. 38

Mit am 13. Dezember 2017 im Verfahren 13 K 7282/16 eingegangenem, sich auf alle Klageverfahren beziehendem Schriftsatz hat der Kläger hilfsweise einen einseitigen Erledigungsfeststellungsantrag gestellt und zur Begründung ausgeführt, dass die Verfahren wegen der völlig geänderten Rechtslage keinerlei grundsätzliche Bedeutung mehr hätten und daher auch keine Möglichkeit bestehe, eine Zulassung der Berufung zu erreichen. 39

Am 3. September 2018 hat der Kläger in allen Verfahren erneut die „Erledigung der Hauptsachen“ erklärt sowie an seinem einseitigen Erledigungsfeststellungsantrag 40

festgehalten. Der Erledigungserklärung hat sich die Beklagte für das vorliegende Verfahren Säge U. -Glashütte nicht angeschlossen.

Am 15. Oktober 2018 hat der Kläger die Klage zu Ziffer 2 (Widerspruchsbescheid zur Gebührenfestsetzung) sowie den einseitigen Erledigungsfeststellungsantrag zurückgenommen. 41

Zur Begründung trägt der Kläger unter Wiederholung des Sachvortrags aus dem Widerspruchsverfahren weiter vor, gegenüber den streitgegenständlichen Gutachten aus den Jahren 2009, 2010 und 2011 habe sich die Rechtslage entscheidend geändert. Auch sei bei Inkrafttreten des § 23 Abs. 5 EEG 2009 völlig unklar gewesen, welche Anforderungen an eine Modernisierung im Sinne der Norm und an die Begründungsdichte der „Bescheinigungen“ nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 zu stellen gewesen seien. Erst mit dem Bescheid vom 11. Januar 2011 habe die Beklagte dazu dezidierte Vorgaben gemacht. Die aufsichtlichen Maßnahmen seien im Hinblick auf die Ausgangsbescheide schon nicht mehr unter Geltung des § 23 Abs. 5 EEG 2009, sondern des EEG 2012 ausgesprochen worden. Die Widersprüche seien erst nach einer Dauer des gesamten Verwaltungsverfahrens von fast sieben Jahren ergangen. Deswegen sei von einer Erledigung auszugehen, die übereinstimmend von beiden Beteiligten erklärt werden solle. Die Maßnahme verstoße gegen den Grundsatz Ne bis in idem: Schon im Hinblick auf den Bescheid vom 11. Januar 2011, der auch die Säge U. -Glashütte betroffen habe und nicht nur als reiner „Zwischenbescheid“ anzusehen sei, seien der Ausgangsbescheid und der Gebührenbescheid als rechtlich unzulässig anzusehen. Die Beanstandung in Ziffer 1 des Bescheides der Beklagten beziehe sich weniger auf die Verbesserung der Durchgängigkeit als vielmehr auf die (mangelnde) Kontrolle durch den Betreiber. Dessen Fehlverhalten könne nicht dem Umweltgutachter angelastet werden. 42

Eine Zuständigkeit oder Rechtsgrundlage der Beklagten für die Feststellung nach Ziffer 2 sei nicht ersichtlich. Auch sei nicht erkennbar, welche Relevanz die Feststellung haben solle. Der zivilrechtliche Anspruch des Wasserkraftanlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber auf die höhere Einspeisevergütung werde allein in zivilgerichtlichen Verfahren festgestellt, nicht aber durch die Entscheidung einer Behörde oder der Beklagten. In diesen Verfahren werde dann auch die Eignung oder Nichteignung der Umweltgutachten gegebenenfalls durch Einholung eines Sachverständigengutachtens geklärt. Dies sei beispielsweise auch in einem Verfahren erfolgt, in dem die Beklagte dieselbe Feststellung getroffen habe, während der vom Landgericht Gera beauftragte Gutachten zum gegenteiligen Ergebnis gekommen sei. 43

Der Kläger beantragt nunmehr nur noch sinngemäß, 44

den Aufsichtsbescheid (Beanstandung) der Beklagten betreffend die Wasserkraftanlage „Säge U. -Glashütte“ (Verfahrensnummer DAU 000-00/0000/00) vom 11. November 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids des Bundesverwaltungsamtes vom 5. Juli 2016 aufzuheben, 45

sowie 46

die Zuziehung eines Rechtsanwalts für das Widerspruchsverfahren für notwendig zu erklären. 47

Die Beklagte beantragt, 48

die Klage abzuweisen.

49

Zur Begründung trägt sie in den vier Klageverfahren vor, eine Erledigung sei - auch angesichts der langen Zeitdauer - zu verneinen; ein erledigendes Ereignis sei nicht gegeben. Die Verfahren hätten solange gedauert, weil die Sachverhaltserforschung aufwendig gewesen sei und eine völlig neue Rechtsmaterie zu durchdringen gewesen sei. Darüber hinaus seien die Gutachten Grundlage für die Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung über 20 Jahre hinweg; erst nach Ablauf dieser Frist könne sich eine darauf bezogene Aufsichtsmaßnahme erledigen. Darüber hinaus betreffen die festgestellten Mängel auch Fragen der grundsätzlichen Eignung des Klägers als Umweltgutachter. Die ausgesprochenen Beanstandungen perpetuierten einen fachlichen Mangel bei Tätigkeiten des Klägers als Umweltgutachter. Auch wenn der Kläger künftig Verfahren nicht nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 durchführe, würde die Feststellung weitere Mängel dazu führen, dass seitens der Beklagten schärfere Maßnahmen ergriffen würden. Beispielsweise könne eine Intensivierung der Überwachung in Form von Verkürzung der Regelaufsichtszyklen, Erhöhung der Stichprobenquote oder Ähnliches vorgenommen werden. Für die Beklagte sei es zudem von „überragender Bedeutung“, ob die von ihr wahrgenommenen Aufgaben weiterhin in der vorgenommenen Art wahrgenommen werden dürften. Auch seien weitere Beteiligte zum Verwaltungsverfahren beigezogen worden. Die Gutachten des Klägers seien Gegenstand der Beanstandung durch diverse Kommunal- wie Landesbehörden, Verbänden und Netzbetreibern gewesen; von den seit Bestehen der Beklagten 208 geführten Aufsichtsverfahren betreffen 72 die Tätigkeit des Klägers. Eine Erledigung sei auch nicht wegen der gesetzlichen Veränderungen anzunehmen. Erst durch das EEG 2014 sei den Umweltgutachtern die Nachweiskompetenz im Bereich der Wasserkraftanlagen vollständig entzogen worden. Für Altanlagen habe aber angesichts der Übergangsvorschriften die Möglichkeit bestanden, die Vergütung nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 in Anspruch zu nehmen; in diesen Fällen sei auch weiterhin das Gutachten des Umweltgutachters allein Grundlage gewesen. So habe der Kläger im Jahr 2014 67 Verfahren gemeldet; die letzte Meldung sei im Juli 2015 eingegangen. Im Jahr 2014 habe der Kläger noch ein Gutachten nach dem EEG 2009 erstattet. Meldungen über danach erstellte Gutachten lägen nicht vor.

50

Die Klage sei als Anfechtungsklage unzulässig. Beide Ziffern der Verfügung hätten keinen vollziehbaren Inhalt, ein Handeln, Dulden oder Unterlassen werde dem Kläger nicht aufgegeben. Im Verhältnis zu Anlagen- und Netzbetreiber entfalteten die Entscheidungen der Beklagten grundsätzlich keine Wirkung; Aufsichtsmaßnahmen wirkten nach der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts nur zwischen Umweltgutachter und Aufsichtsstelle. Hinsichtlich Ziffer 2 fehle dem Kläger auch die Klagebefugnis.

51

Beide Maßnahmen seien rechtmäßig. Sie beruhen auf § 16 Abs. 1 UAG, der weite Befugnisse der Beklagten regelt. Unter die Prüfungsbefugnis der Beklagten falle auch die Qualität der Gutachten der zu beaufsichtigenden Umweltgutachter. Ziffer 1 sei rechtmäßig, weil der Kläger eine Modernisierungsmaßnahme bescheinigt habe, die tatsächlich nicht anzunehmen sei. Die Beanstandung sei auch verhältnismäßig erfolgt, ein milderer Mittel - wie der Hinweis - sei nicht in Betracht gekommen. Infolge der fehlerhaften Bescheinigung entstehe ein Schaden, das die erhöhte Einspeisevergütung zu Lasten der Allgemeinheit ausbezahlt werde. Auch werde das Ziel des § 23 EEG 2009, Förderung der Fließgewässerökologie, nicht erreicht.

52

Auch Ziffer 2 könne rechtmäßig auf § 16 Abs. 1 UAG gestützt werden. Für den Nachweis nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 genüge nicht nur ein Attest, sondern es müsse ein nachvollziehbares Gutachten vorliegen. Dementsprechend seien auch die

53

Anforderungen an eine solche Bescheinigung in den Voten der Clearingstelle EEG (Votum 2010/18 - Modernisierung einer Wasserkraftanlage und Umweltgutachterbescheinigung <I> vom 12. September 2011; Votum 2013/21- Modernisierung einer Wasserkraftanlage und Umweltgutachterbescheinigung <II> vom 10. Juni 2013) festgeschrieben worden. Diesen Anforderungen an den Inhalt der Bescheinigung nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 habe sich auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte angeschlossen. In Ziffer 2 sei aber nur ein Hinweis geregelt, dass das Gutachten zum Nachweis nicht geeignet sei; Rechtswirkungen ergäben sich daraus nicht. Folge sei - auch nach Einschätzung der Clearingstelle - allein, dass sich der Kläger gegebenenfalls Nacherfüllungs- oder Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehe, wenn seine Bescheinigungen nicht den aufgezeigten Anforderungen genügen.

Die Beteiligten haben auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung verzichtet. 54

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte dieses und der Parallelverfahren 13 K 6516/16, 13 K 6521/16 und 13 K 7282/16 sowie die jeweils beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten und des Bundesverwaltungsamtes Bezug genommen. 55

**Entscheidungsgründe** 56

Im Einverständnis der Beteiligten konnte das Gericht ohne mündliche Verhandlung entscheiden (§ 101 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO). 57

Das Verfahren war einzustellen, soweit der Kläger die Klage in Ziffer 2 (Widerspruchsbescheid zur Gebührenfestsetzung) zurückgenommen hat, § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO; der Ausgangs-Gebührenbescheid war nicht Gegenstand der Anfechtungsklage. 58

Die Klage hat im Übrigen nur teilweise Erfolg. Der Klageantrag zu 1. ist hinsichtlich der Ziffer 1 (Beanstandung) des angefochtenen Bescheides der Beklagten vom 11. November 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides des Bundesverwaltungsamts vom 5. Juli 2016 zulässig und begründet, hinsichtlich Ziffer 2 (Geeignetheit des Gutachtens) jedenfalls unbegründet. 59

Entgegen der Ansicht der Beklagten im Gerichtsverfahren ist insgesamt die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO statthaft; bei den streitgegenständlichen Regelungen in Ziffer 1 und 2 des angefochtenen Bescheides handelt es sich um Verwaltungsakte, nicht nur um unverbindliche Meinungsäußerungen. Der Verwaltungsaktcharakter ergibt sich zunächst schon aus der Form; die Beklagte hat die „unverbindlichen Meinungsäußerungen“ oder „Einschätzungen“ ihrerseits in Form eines Verwaltungsakts mit Rechtsbehelfsbelehrung abgefasst. Auch inhaltlich handelt es sich um Verwaltungsakte. Die in Ziffer 1 geregelte aufsichtliche Beanstandung stellt eine im Aufsichtskatalog der UAG-AufsR 60

Richtlinie des Umweltgutachterausschusses nach dem Umweltauditgesetz für die Überprüfung von Umweltgutachtern, Umweltgutachterorganisationen und Inhabern von Fachkenntnisbescheinigungen im Rahmen der Aufsicht (UAG-Aufsichtsrichtlinie – UAG-AufsR) vom 10. Mai 2012, BAnz AT 17. August 2012 B4 S. 1 ff. 61

in Ziffer 2.4 - „schriftliche Beanstandung“ - ausdrücklich vorgesehene Aufsichtsmaßnahme dar, und zwar auf der zweiten Stufe nach dem „Hinweis“. Als Tadel wirkt die Beanstandung feststellend oder gegebenenfalls sogar regelnd auf den 62

Rechtskreis des Adressaten ein. Die Beklagte hat zudem auf Anfrage des Gerichts deutlich gemacht, dass sie nicht ausschließt, aufgrund der Maßnahme verschärfte Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen. Es handelt sich mithin um einen den Kläger belastenden Verwaltungsakt, für den er als Adressat auch klagebefugt nach § 42 Abs. 2 VwGO ist.

Auch Ziffer 2, die mit dem Anspruch der bindenden Feststellung daherkommende Anordnung der Ungeeignetheit des Gutachtens, kommt schon qua Form Verwaltungsaktcharakter zu. Zudem will die Beklagte der getroffenen Feststellung auch Bindungswirkung für die Vergütung, jedenfalls gegenüber Netz- und Wasserkraftanlagenbetreiber zu. Ob der Kläger insoweit klagebefugt ist, kann angesichts der Weite der Möglichkeitstheorie, die nur bei offensichtlicher und nach jeder Betrachtungsweise auszuschließenden Betroffenheit in eigenen Rechten die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO verneint, 63

vgl. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), stRspr, Urteil vom 24. Mai 2018 - 3 C 8.16 -, juris Rn. 9; Urteil vom 10. Oktober 2002 - 6 C 8.01 -, Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 117, 93 (95 f.), 64

hier noch offen bleiben. 65

Die in Ziffer 1 des Bescheides vom 11. November 2013 ausgesprochene aufsichtliche Beanstandung, weil eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands der Anlage bescheinigt worden sei, obwohl die Modernisierungsmaßnahme im Hinblick auf die angestrebte ökologische Verbesserung nicht dauerhaft funktionsfähig sei, ist rechtswidrig erfolgt und verletzt den Kläger in seinen Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. 66

Als Rechtsgrundlage hat die Beklagte sich insoweit auf § 16 Abs. 1 UAG, 67

Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001, sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681 EG und 2006/193/EG (Umweltauditgesetz - UAG) UAG vom 7. Dezember 1995 in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2002 (BGBl. I S. 3490), 68

gestützt, das hier in der Fassung der Änderung durch Artikel 2 Absatz 43 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) maßgeblich ist; allerdings ist durch die weitere Änderung durch Artikel 13 des Gesetzes vom 27. Juni 2017 (BGBl. I S. 1966) kein Wechsel in den maßgeblichen Vorschriften eingetreten. 69

Nach § 16 Abs. 1 UAG kann die Zulassungsstelle unter anderem zur Erfüllung der Anforderungen und Pflichten bei Tätigkeiten auf Grund anderer rechtlicher Regelungen im Sinne von § 15 Abs. 9 UAG die erforderlichen Maßnahmen gegenüber Umweltgutachtern treffen. Die als Generalklausel zu verstehende Norm betrifft sowohl die Regelaufsicht über die Umweltgutachter nach § 15 Abs. 1 UAG als auch die so genannte Anlassaufsicht nach § 15 Abs. 4 UAG. Die Aufsicht dient der Sicherung der Qualität zugelassener Umweltgutachter, Ziffer 1 UAG-AufsR. 70

Tatbestandlich setzt § 16 Abs. 1 UAG voraus, dass die Anforderungen der genannten Normen nicht eingehalten werden. Dies mag hier zwar hinsichtlich des Gutachtens nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 für die Wasserkraftanlage Säge U. -Glashütte unter 71

dem Aspekt des EEG 2009 und der Qualifizierung als wirksamer Modernisierungsmaßnahme der Fall sein. Jedoch ist diese inhaltlich Prüfung der Gutachten der Umweltgutachter in fachlicher (hier gewässerökologischer Hinsicht) nicht von der Kontrollbefugnis der Beklagten gedeckt (1). Unabhängig davon ist die Maßnahme jedenfalls unverhältnismäßig, weil schon zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Verwaltungsmaßnahme (des Widerspruchsbescheides) keine - alleinige - Befugnis mehr der Umweltgutachter zur Erstellung von Gutachten nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 bestand und auch nicht vom Kläger aufgrund von Übergangsvorschriften in relevantem Umfang vorgenommen wurde (2).

1. Der Umfang der Regelaufsicht erfasst zwar grundsätzlich auch die Qualität der Begutachtung. Dies folgt zum einen aus dem die Aufsicht normierenden § 15 UAG. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 UAG sind Umweltgutachter in regelmäßigen Abständen, mindestens alle 24 Monate nach Wirksamwerden der Zulassung dahin zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Zulassung nach §§ 9 und 10 UAG weiterhin vorliegen. Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 UAG ist die Zulassung zu erteilen, wenn der Antragsteller unter anderem die Anforderungen nach § 4 Abs. 1 UAG erfüllt. Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 UAG muss der Umweltgutachter den Nachweis erbringen, dass er über dokumentierte Prüfungsmethoden und -verfahren zur Erfüllung ihrer gutachterlichen Aufgaben erfüllen. § 4 Abs. 1 UAG betrifft aber nur das allgemeine „Know How“, erfasst jedoch nicht die konkreten Begutachtungen. 72

Bei der Regelaufsicht muss nach § 15 Abs. 1 Satz 2 auch eine Qualität der vorgenommenen Begutachtungen erfolgen. Nach § 15 Abs. 5 UAG sind von der Beklagten zudem Informationspflichten zu erfüllen, wenn sie als Zulassungsstelle im Rahmen der Aufsicht Mängel in der Qualität einer Begutachtung feststellt. Dahinstehen kann an dieser Stelle, ob diese Regelungen auch für die so genannte Anlassaufsicht nach § 15 Abs. 4 UAG gelten, wonach aus besonderem Anlass geeignete Aufsichtsmaßnahmen ergriffen werden können, wenn die Zulassungsstelle Anhaltspunkte dafür hat, dass der Umweltgutachter die Voraussetzungen der Zulassung usw. nicht mehr erfüllt. 73

Dafür spricht dass die genannten Regelungen der Umsetzung von Art. 23 der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009, 74

Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001, sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG, Abl. L 342/1 - sog. EMAS III-Verordnung 75

über die Aufsicht über die Umweltgutachter dienen. Nach Art. 23 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 vergewissert sich die Zulassungsstelle in regelmäßigen Zeitabständen und mindestens alle 24 Monate, ob der Umweltgutachter weiterhin die Akkreditierungs- oder Zulassungsanforderungen erfüllt, und kontrolliert die Qualität der vorgenommenen Begutachtungen und Validierungen. 76

Denn insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die hier getroffene Maßnahme schon nicht im Rahmen der Regelaufsicht nach § 15 Abs. 1 UAG, sondern im Rahmen des § 15 Abs. 9 UAG erfolgt ist: Hiernach unterliegen die Umweltgutachter zwar auch der Aufsicht, soweit sie aufgrund ihrer Zulassung als Umweltgutachter befugt sind, Tätigkeiten aufgrund anderer rechtlicher Regelungen auszuüben, § 15 Abs. 9 Satz 1 UAG. Diese „andere rechtliche Regelung“ ist/war hier § 23 Abs. 5 EEG 2009, wonach 77

als Nachweis für die Voraussetzungen des § 23 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 EEG 2009 (nach der Errichtung oder Modernisierung der Anlage nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand gegenüber dem vorherigen Zustand wesentlich verbessert) die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Wasserbehörde oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus Wasserkraft gilt.

Bei der Ausübung von Tätigkeiten durch Umweltgutachter auf Grund anderer Gesetze 78 finden nach der eindeutigen Regelung des § 15 Abs. 9 Satz 2 UAG jedoch nur die Absätze 4, 6 und 7 des § 15 UAG Anwendung, auf § 15 Abs. 1 (Satz 2) UAG wird schon nicht verwiesen. Eine Erstreckung der Aufsicht nach § 15 Abs. 9 UAG auch auf die Qualität der vorgenommenen Begutachtungen wäre nur zu bejahen, wenn man zu den Voraussetzungen der Zulassung nach § 4 Abs. 1 UAG auch die konkreten Begutachtungen in inhaltlicher Hinsicht zählt - was schon nach dem klaren Wortlaut („dokumentierte Prüfungsmethoden und -verfahren <einschließlich der Qualitätskontrolle und der Vorkehrungen zur Wahrung der Vertraulichkeit> zur Erfüllung ihrer gutachterlichen Aufgaben“) nicht anzunehmen ist: Der Umfang der Aufsicht ist als sich allein auf die Methodik der Gutachtenerstellung erstreckend anzusehen, umfasst aber nicht eine (gegebenenfalls bis ins letzte Detail gehende) inhaltliche Prüfung.

Anlassaufsicht wie Regelaufsicht betreffen zudem nur den Gutachter. Ergebnis der 79 Aufsichtsverfahren können aber nur stets Maßnahmen gegenüber dem Umweltgutachter sein. Aufgabe der Beklagten ist die Aufsicht über die Gutachter, nicht über die Gutachten.

So schon im Einzelnen Urteil des erkennenden Gerichts vom 30. Oktober 2014 - VG 80 Köln 13 K 4937/12 -, juris Rn. 22 ff.

Eine andere Sichtweise bedeutete auch eine Überforderung der Beklagten, wie 81 schon die hier in Rede betreffenden Aufsichtsverfahren betreffend den Kläger und den vergleichsweise überschaubaren Bereich der Gewässerökologie zeigen. Nur unter erheblichem personellen und zeitlichem Aufwand und unter Einschaltung externen Sachverständigen waren diese von der Beklagten zu bewältigen. Es entspricht nicht dem Telos des Gesetzgebers, die Beklagte in den vielfältigen Bereichen etwa des NACE-Codes Rev. 2 (2008), in denen Umweltgutachter und Umweltgutachterorganisationen tätig sein können, mit der Aufgabe der inhaltlichen Kontrolle zu betrauen.

Dies ergibt sich hier für den Bereich zudem auch aus dem Regelungsgefüge des 82 EEG 2009: Nach § 4 des EEG 2009 bestand zwischen den Betreibern der Wasserkraftanlagen und dem Netzbetreiber ein zivilrechtliches gesetzliches Schuldverhältnis; Anspruchsgrundlage war § 16 EEG 2009. Soweit es auf die inhaltlichen Voraussetzungen, mithin die Verpflichtung der Netzbetreiber zur Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung ankommt, und insoweit Streit zwischen den Parteien des gesetzlichen Schuldverhältnisses besteht, sind daher nach § 13 GVG die Zivilgerichte zur Entscheidung und gegebenenfalls inhaltlichen Prüfung der Gutachten nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 berufen. Dies zeigen auch deutlich die von der Beklagten benannten zivilgerichtlichen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, in denen auch Gutachten von Umweltgutachtern (auch des Klägers) nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 umstritten waren,

vgl. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Urteil vom 2. September 2010 - 1 83 U 37/10 -; OLG München, Urteil vom 22. Mai 2010 - 3 U 891/11 -, OLG Dresden, Urteil

vom 3. Juli 2012 - 9 U 1268/11 -, jeweils juris, sowie - plastisch - die jüngst von der Beklagten übersandte Entscheidung des OLG Hamm vom 26. September 2018 - I-30 U 4/18 -, S. 2 und 9.

Dies zeigt, dass der Gesetzgeber die Anforderungen an und die inhaltliche Kontrolle von Bescheinigungen/Gutachten im Sinne des § 23 Abs. 5 EEG 2009 den ordentlichen Gerichten übertragen hat, soweit diese durch Umweltgutachter erstellt worden sind. In derartigen Rechtsstreiten ist der Kläger als Umweltgutachter nicht einmal unmittelbar Partei, sondern Streitverkündeter. 84

Diese Rechtslage und Kompetenzzuweisung hat sich auch durch das EEG 2012 nicht maßgeblich geändert, wonach zusätzlich eine Bestätigung der zuständigen Wasserbehörde erforderlich war. Der dargestellten Kompetenzordnung widerspricht es, auch der Beklagten eine inhaltliche Prüfungsbefugnis zuzugestehen und - wie noch zu Ziffer 2 im Einzelnen darzulegen sein wird - gar eine Ermächtigung, dieses Bescheinigungen oder Gutachten als für nicht zur Erlangung der Einspeisevergütung tauglich zu erklären. Denn dies würde die Gefahr widerstreitender Entscheidungen bedeuten, was von der Rechtsordnung zu vermeiden ist. 85

Darüber hinaus sind „Fragen und Streitigkeiten“ bei der Anwendung der Vorschriften auch des EEG 2009 durch § 81 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 3 EEG auch schon seit dem August 2014 - und damit vor Erlass des hier angefochtenen Widerspruchsbescheides - der in der Norm eingerichteten Clearingstelle zugewiesen. Zu maßgeblichen Fragen sind Voten der Clearingstelle EEG ergangen (Votum 2010/18 - Modernisierung einer Wasserkraftanlage und Umweltgutachterbescheinigung <I> vom 12. September 2011; Votum 2013/21- Modernisierung einer Wasserkraftanlage und Umweltgutachterbescheinigung <II> vom 10. Juni 2013). Auch dies zeigt, dass keine daneben stehende gesonderte Befugnis der Beklagten im Bereich des EEG bestehen kann. 86

2. 87

Unabhängig davon ist die unter Ziffer 1 des angefochtenen Bescheides getroffene Beanstandung auch unverhältnismäßig und damit als Ermessensüberschreitung ermessensfehlerhaft, § 114 Satz 1 VwGO. 88

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht jegliches staatliche Handeln und hat verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darf eine staatliche Maßnahme auch dann, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet und erforderlich ist, nicht außer Verhältnis zum Zweck bzw. zum Ziel der Maßnahme stehen. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit erfordert eine Abwägung zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch diese herbeigeführten Belastungen und setzt den Belastungen hierdurch eine Grenze, 89

vgl. nur BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2018 - 7 C 26.16 -, juris Rn. 36 m. w. Nachw. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. 90

Die Beanstandung genügt angesichts der Rechtsänderungen und insbesondere der Veränderung der Befugnisse der Umweltgutachter im Bereich des EEG bereits im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung, dem Ergehen des 91

Widerspruchsbescheides im Jahr 2016, jedenfalls nicht dem Angemessenheitsgebot; offen bleiben kann, ob sie angesichts der Rechtsentwicklung schon nicht mehr geeignet ist.

Mit der Maßnahme der Beanstandung des Gutachtens ist die gutachterliche Tätigkeit des Klägers und damit seine durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit betroffen. Dies wird insbesondere auch dadurch deutlich, dass die Beklagte aufgrund der in diesem und in anderen Verfahren getroffenen Maßnahmen darauf aufbauende Folgemaßnahmen wie verschärfte Aufsichtsmaßnahmen in Form erhöhter Stichproben und Verkürzung der Regelaufsichtsmaßnahmen in Betracht zieht. Nach dem gestuften System der das Gericht zwar nicht bindenden, aber von der Beklagten als Beliehener regelmäßig in einer Art. 3 Abs. 1 GG genügenden Weise angewandten UAG-AufsR steht die hier ausgesprochene Beanstandung zwar nur an einer niedrigen Stufe, kann aber in einen Widerruf der Zulassung als Umweltgutachter münden. Sie stellt daher zumindest einen Eingriff auf der Ebene der Berufsausübungsfreiheit dar, ist aber auch eine Vorstufe zu einer subjektiven Zulassungsschranke. Gemessen daran muss sie zumindest vernünftigen Gründen des Gemeinwohls, wenn nicht gar wichtigen Rechtsgütern dienen und verhältnismäßig sein. 92

Diesen Anforderungen genügt die Maßnahme nicht. Zwar ist von Bedeutung, dass Stromkunden nicht für einen langen Zeitraum mittelbar aufgrund von fehlerhaften Gutachten zur Zahlung der entsprechenden höheren Umlage verpflichtet werden. Jedoch ist hier in den Blick zu nehmen, dass im Zeitpunkt des Ergehens des Widerspruchsbescheides, der am 9. Juli 2016 zugestellt wurde, die Vorschrift des § 23 Abs. 5 EEG 2009 bereits außer Kraft getreten war. Die Nachfolgeregelung machte die Eignung der Gutachten (auch des Klägers) zur Zahlung der Einspeisevergütung bereits von der Bestätigung der zuständigen Wasserbehörde abhängig (vgl. § 23 Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 EEG 2012). Seit dem EEG 2014 besteht diesbezüglich keine Befugnis der Umweltgutachter und auch des Klägers mehr, derartige Bescheinigungen für Anlagen auszustellen. Auch soweit aufgrund der Übergangsvorschriften noch eine Befugnis des Klägers zur Erstellung nach altem Recht, d. h. § 23 Abs. 5 EEG 2009, gegeben war, hat er nach dem Juli 2016 davon so gut wie keinen Gebrauch gemacht; die letzte Begutachtung stammt aus dem Juli 2014; die von der Beklagten jüngst übersandte Entscheidung des OLG Hamm bezieht sich auf Begutachtungen des Klägers aus dem Jahr 2010 und September 2013, die nur 2018 noch „nachgebessert“ werden sollten. 93

Darüber hinaus führt auch die Zuständigkeit der Clearingstelle für die hier in Rede stehenden Auslegungsfragen und die seitens der Clearingstelle in diesem Zusammenhang erlassenen Voten, dass unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten keine Veranlassung mehr zu aufsichtlichen Maßnahmen durch die Beklagte bestand. Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei der Beanstandung um eine bereits im Juli 2016 so gut wie ausnahmslos ins Leere gehende Sanktion nach § 16 Abs. 1 UAG bzw. der UAG-AufsR, weil der Kläger sein Verhalten gar nicht mehr danach ausrichten konnte. Ob sich die Unverhältnismäßigkeit darüber hinaus auch daraus ergibt, dass der Kläger die von der Beklagten als Zwischenbescheid bezeichnete Anordnung vom 11. Januar 2011 im Februar 2012 akzeptiert hat, kann dahinstehen. Auch der gegebenenfalls anzunehmende Verstoß gegen die vollziehbare Anordnung vom 11. Januar 2011 macht die Maßnahme nicht verhältnismäßig, auch wenn nach § 17 Abs. 4 Nr. 3 UAG die Zulassung als Umweltgutachter widerrufen werden kann, wenn vollziehbare Anordnungen der Beklagten im Rahmen der Aufsicht nicht befolgt werden. Denn nach dem oben zum zulässigen Prüfungsumfang der Beklagten im 94

Anlassaufsichtsverfahren Dargelegten war eine solche Maßnahme wie die Anordnung vom 11. Januar 2011 unzulässig, wenn auch nicht nichtig. Art. 20 Abs. 3 GG verbietet jedoch, an diese rechtswidrige bestandskräftige Maßnahme weitere Anordnungen zu knüpfen,

vgl. für die parallele Konstellation des Widerrufs aufgrund eines rechtswidrigen, aber bestandskräftigen Widerrufsvorbehalts Sachs, Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 49 Rn. 39 ff. (jedenfalls ermessensfehlerhaft). 95

3. Soweit die Beklagte in Ziffer 2 des angefochtenen Bescheides vom 11. November 2013 geregelt hat, das Gutachten sei nicht zum Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen einer Mehrvergütung nach § 23 EEG 2009 geeignet, fehlt es nach den Ausführungen zur Kontrollbefugnis der Beklagten bei der Aufsicht über die Umweltgutachter schon an der inhaltlichen Berechtigung. Auch die „Vernichtung“ oder „Kraftloserklärung“ der Gutachten ist kein Gegenstand der Anlass- oder Regelaufsicht und erst recht nicht der Aufsicht nach § 15 Abs. 9 UAG. Die Frage der Eignung der Gutachten ist allein von den ordentlichen Gerichten im Rahmen der Verfahren zwischen Anlagenbetreiber und Netzbetreiber zu klären, in diese Verfahren wird der Kläger (wie auch vorgetragen) durch Streitverkündung hineingezogen, damit der Anlagenbetreiber bei Verlust des Zivilprozesses vom Kläger einfacher Schadensersatz fordern kann. 96

Darüber hinaus kann sich die Beklagte für Ziffer 2 auch nicht auf die Generalklausel des § 16 Abs. 1 UAG für die Feststellung der Nichteignung stützen; dies gibt die Norm nicht her. Bei der Regelung kann es sich bei verständiger Auslegung nur um eine regelnde Feststellung handeln. Die dafür erforderliche besondere Rechtsgrundlage ist nicht gegeben. 97

Für den Erlass eines feststellenden Verwaltungsakts bedarf es jedenfalls dann einer gesetzlichen Grundlage, wenn sein Inhalt etwas als Rechtens feststellt, was der Betroffene erklärtermaßen für nicht Rechtens hält. Eine Ermächtigungsgrundlage muss nicht ausdrücklich vorliegen, es genügt, wenn sie durch Auslegung des Gesetzes ermittelt werden kann, wofür allein ein Über-/Unterordnungsverhältnis nicht ausreichend ist, 98

BVerwG, stRspr, Urteil vom 29. November 1985 - 8 C 105.83 -, BVerwGE 72, 265 (266 ff.); Beschlüsse vom 10. Oktober 1990 - 1 B 131.90 – Buchholz 451.20 § 34c Nr. 4 und vom 2. Juli 1991 - 1 B 64.91 – Buchholz 451.44 Nr. 6; Urteile vom 9. Mai 2001 - 3 C 2.01 -, BVerwGE 114, 226 (227 f.); vom 22. Oktober 2003 - 6 C 23.02 -, BVerwGE 119, 123 Rn. 14 = juris Rn. 14; vom 14. Juni 2012 - 5 C 4.11 -, BVerwGE 143, 203 (204). Vgl. weiter Kopp/Ramsauer, VwVfG, 19. Aufl. 2018, § 35 Rn. 24 ff.; Ulrich Stelkens, in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 219 ff. 99

Allerdings vermag dies der Klage nicht zum Erfolg verhelfen, weil sie insoweit jedenfalls unbegründet ist; dem Kläger fehlt die nach § 42 Abs. 2 VwGO bzw. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO erforderliche Verletzung in eigenen Rechten. Das Gutachten nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 betrifft als Anspruchsvoraussetzung nach § 16 Abs. 1 EEG 2009 im Rahmen des nach § 4 EEG 2009 bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses allein die Beziehung zwischen Wasserkraftanlagenbetreiber und vergütungspflichtigem Netzbetreiber, regelt aber keine Rechtsbeziehungen zwischen Beklagter und Kläger. 100

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO; soweit die Klage zurückgenommen worden ist, auf § 155 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren folgt aus § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO; die Entscheidung war angesichts der sich stellenden Rechtsfragen betreffend § 23 EEG 2009 geboten. Über die Höhe der Gebühr ist im Rahmen dieser Kostengrundentscheidung nicht zu befinden.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11, § 711 ZPO. 102

Anlass, die Berufung zuzulassen, bestand nicht, § 124a Abs. 1 VwGO. 103

**Rechtsmittelbelehrung** 104

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen zu, wenn sie von diesem zugelassen wird. Die Berufung ist nur zuzulassen, wenn 105

- 1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen, 106  
107
- 2. die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist, 108
- 3. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, 109
- 4. das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder 110
- 5. ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann. 111

Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich zu beantragen. Der Antrag auf Zulassung der Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen. 112

Statt in Schriftform kann die Einlegung des Antrags auf Zulassung der Berufung auch als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) erfolgen. 113

Die Gründe, aus denen die Berufung zugelassen werden soll, sind innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils darzulegen. Die Begründung ist schriftlich oder als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a VwGO und der ERVV bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, einzureichen, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist. 114

115

Vor dem Oberverwaltungsgericht und bei Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird, muss sich jeder Beteiligte durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Als Prozessbevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts auch eigene Beschäftigte oder Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus sind die in § 67 Abs. 4 der Verwaltungsgerichtsordnung im Übrigen bezeichneten ihnen kraft Gesetzes gleichgestellten Personen zugelassen.

Die Antragschrift sollte zweifach eingereicht werden. Im Fall der Einreichung eines elektronischen Dokuments bedarf es keiner Abschriften. 116

**Beschluss** 117

Der Wert des Streitgegenstandes wird bis zum 15. Oktober 2018 auf 118

**7.975,00 EUR,** 119

für die Zeit danach auf 120

**5.000,00 EUR** 121

festgesetzt. 122

**Gründe** 123

Der festgesetzte Betrag entspricht dem Auffangwert (§ 52 Abs. 2 VwGO - Klageantrag zu 1.) bzw. der Höhe der streitigen Geldleistung (2.975,00 EUR - § 52 Abs. 3 GKG Klageantrag zu 2.). 124

**Rechtsmittelbelehrung** 125

Gegen diesen Beschluss kann schriftlich oder zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, Beschwerde bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln eingelegt werden. 126

Statt in Schriftform kann die Einlegung der Beschwerde auch als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) erfolgen. 127

Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, einzulegen. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. 128

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt. 129

Die Beschwerdeschrift sollte zweifach eingereicht werden. Im Fall der Einreichung eines elektronischen Dokuments bedarf es keiner Abschriften. 130

---

[1] Nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne. 131

---

