

Aktenzeichen:
4 U 219/20
6 O 190/19 LG Freiburg im Breisgau



Oberlandesgericht Karlsruhe
ZIVILSENATE IN FREIBURG
4. ZIVILSENAT

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

...

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

gegen

1) ...
- Beklagte und Berufungsbeklagte -

2) ...
- Beklagter und Berufungsbeklagter -

3) ...
- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte zu 1 - 3:
Rechtsanwälte ...

Streithelfer zu 1:
...

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

wegen ungerechtfertigter Bereicherung

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - 4. Zivilsenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht ..., die Richterin am Oberlandesgericht ... und den Richter am Oberlandesgericht ... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.06.2021 für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Freiburg vom 30. Oktober 2020, Az. 6 O 190/19, im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen abgeändert:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 219.705 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3. Januar 2019 zu zahlen.

2. Die Beklagten haben die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe des 1,2-fachen des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor Vollstreckung Sicherheit in Höhe des 1,2-fachen des zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.
- 5.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 219.705 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die Rückforderung einer für den Zeitraum vom 01.01.2016 bis 31.12.2017 bezahlten erhöhten Einspeisevergütung. Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Der geltend gemachte Anspruch sei nach § 242 BGB verwirkt. Bei der zeitlichen Komponente seien die seit der Vorlage der Bescheinigung des Umweltgutachters Dipl.-Ing. ... im April 2011 erfolgten Zahlungen der erhöhten Einspeisevergütung von 11,67 Cent/Kilowattstunde seit 2011 bis ins Jahr 2018 zu berücksichtigen. Die Beklagten hätten sich aufgrund dieses Verhaltens der Klägerin darauf verlassen können, dass eine Rückzahlung nicht gefordert werde, und im Vertrauen hierauf weitere Investitionen getätigt, so dass ihnen durch die verspätete Geltendmachung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde. Den Beklagten sei nicht erkennbar gewesen, dass eine nachträgliche Prüfung der Bescheinigung ergeben könne, dass diese für den Nachweis der Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 EEG nicht geeignet wäre, weshalb sie mit einer möglichen Rückforderung durch die Klägerin nicht zu rechnen

hatten. Der durch eine Rückzahlung bei den Beklagten eintretende Nachteil wäre angesichts der Umstände des Einzelfalls unzumutbar.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr Klagebegehren in vollem Umfang weiter verfolgt. Das Landgericht habe unzutreffend die Voraussetzungen der Verwirkung als gegeben erachtet. Es habe einen falschen zeitlichen Anknüpfungspunkt gewählt. Der Zeitraum, der dem Zeitpunkt zugrunde zu legen sei, könne nicht beginnen, bevor das Recht, das Gegenstand der Verwirkung sein solle, überhaupt entstanden sei. Es fehle auch am Umstandsmoment. Eine außerordentliche Schutzbedürftigkeit der Beklagten sei nicht gegeben. Die Klägerin habe sich nicht widersprüchlich verhalten. Sie habe von den tatsächlichen und fachlichen Punkten, die ihren Rückforderungsanspruch begründen, bis zumindest Ende September 2018 keine Kenntnis gehabt. Außerdem habe das Landgericht im Rahmen der anzustellenden Gesamtbetrachtung die Verantwortungs- und Risikosphäre der Beklagten Ziff. 1 fehlerhaft unberücksichtigt gelassen. Auf Seiten der Beklagten habe auch kein Vertrauen darauf bestanden, dass die Klägerin die Bescheinigung nicht in Frage stellen und die erhöhte EEG-Vergütung zurückfordern werde. Die Rückforderung stelle keine unzumutbare Härte für die Beklagten dar. Selbst wenn man mit dem Landgericht unterstelle, die Beklagte Ziff. 1 habe im Vertrauen auf den Erhalt der erhöhten EEG-Vergütung zur Ertüchtigung der Anlage und für den Bau eines Fischpasses mit Dotieranlage etwa 2,1 Millionen € finanziert, ergebe sich allein hieraus keine unzumutbare Härte. Außerdem habe das Landgericht unberücksichtigt gelassen, dass die Klägerin im öffentlichen Interesse zurückfordere. Dieses Interesse überwiege das Privatinteresse der Beklagten. Im Übrigen habe das Landgericht übergangen, dass die Klägerin bestritten hatte, dass sich die Beklagten auf die Bescheinigung und auf die Zahlungen der Klägerin verlassen und darauf vertraut hätten, die Klägerin werde die streitgegenständliche Bescheinigung nicht (mehr) angreifen und Rückforderungsansprüche geltend machen. Außerdem habe es nicht berücksichtigt, dass die beklagtenseits behaupteten Investitionen dem Grunde und der Höhe nach bestritten waren.

Der Rückforderungsanspruch bestehe, weil die Anspruchsvoraussetzungen für eine erhöhte Vergütung nicht vorgelegen hätten. Die streitgegenständlichen Bescheinigungen des Gutachters ... erfüllten die Anforderungen nicht, denen Bescheinigungen der Umweltgutachter unterliegen.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 30. Oktober 2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Freiburg im Breisgau, Az. 6 O 190/19, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 219.705 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3. Januar 2019 zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Das widersprüchliche Verhalten der Klägerin sei schon darin zu sehen, dass sie einerseits ausführe, ihre Unkenntnis in Bezug auf die Bescheinigung sei ihr nicht vorwerfbar, weil sie nicht über die nötige Fachkenntnis verfügen würde, um Bescheinigungen von Umweltgutachtern vertieft zu prüfen, und deshalb Bescheinigungen allenfalls auf „Punkte, die für einen Laien auf den ersten Blick nicht nachvollziehbar sind“ durchsehen könne. Andererseits moniere sie aber eine Vielzahl von Unzulänglichkeiten des Gutachtens des Streithelfers, die auch einem Laien und damit auch ihr 2011 hätten auffallen müssen. Im Übrigen habe die Klägerin schon vor September 2018 Kenntnis von den von ihr behaupteten Unzulänglichkeiten des Gutachtens gehabt. Die Klägerin bzw. Konzerngesellschaften deren Muttergesellschaft, der ..., befänden sich seit vielen Jahren in Auseinandersetzungen um die erhöhte Vergütung aufgrund von Bescheinigungen nach dem EEG 2009, die u.a. durch den Streithelfer ausgestellt worden seien. Die Klägerin habe in einem parallel gelagerten Verfahren vor dem LG Freiburg, Az.: 5 O 461/18, vorgetragen, noch einmal alle Unterlagen, die ihr seit dem Jahr 2009 vorlegen hätten, kontrolliert zu haben. Dabei sei sie auf ein Schreiben des Ministeriums für Umwelt, Naturschutz und Verkehr Baden-Württemberg vom 1. September 2010 gestoßen, in dem es heiße, aus behördlicher Sicht sei in einer Reihe von Fällen, in denen als Umweltgutachter ein Herr ... tätig geworden war, eine wesentliche ökologische Verbesserung nicht gegeben. Eine Schutzwürdigkeit könne den Beklagten nicht abgesprochen werden. Bei der Förderung handele es sich entgegen der Auffassung der Klägerin um keine Subvention. Ein übergeordnetes öffentliches Interesse sei ebenfalls nicht gegeben.

Die Beklagte und der Streithelfer meinen, die Klage sei unabhängig von der Frage der Verwirkung abzuweisen, da der Rückforderungsanspruch schon gar nicht entstanden sei. Denn die Beklagte zu 1) habe in den Jahren 2016 und 2017 Anspruch auf die erhöhte Vergütung gehabt. Die Klägerin habe den Anspruch der Beklagten konkludent anerkannt. Unabhängig davon sei in diesem Zusammenhang schon die Annahme fehlerhaft, dass es überhaupt auf einen Nachweis ankomme. Durch die erfolgte Einrichtung des Fischabstieges greife für die Beklagte die Regelvermutung des § 23 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 EEG 2009, weil das in § 23 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 b) genannte Regelbeispiel umgesetzt worden sei. Bzgl. der Bescheinigung des Streithelfers bestehe kein Überprüfungsrecht der Gerichte. Die Bescheinigung von 2011 erfülle im Übrigen die maßgeblichen Anforderungen; sie sei plausibel und nachvollziehbar, vollständig und überzeugend. Im Übrigen sei auch die aktualisierte Bescheinigung von 2020 rückwirkend zu berücksichtigen. Auch sei die Führung des erforderlichen Nachweises mit den Beweismitteln der ZPO zuzulassen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien und des Streithelfers wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Die Berufung ist zulässig und hat in der Sache Erfolg. Die Klägerin hat gegenüber den Beklagten einen Anspruch auf Rückzahlung der für die Jahre 2016 und 2017 zu viel gezahlten Einspeisevergütung.

1. Der Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der gemäß § 23 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 1 EEG 2009 an die Beklagte Ziff. 1 gezahlten erhöhten Vergütung ergibt sich aus den zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Zahlungen geltenden Vorschriften, für das Jahr 2016 damit aus § 57 Abs. 5 S. 1, S. 3 EEG 2014 und für das Jahr 2017 aus § 57 Abs. 5 S. 1, Satz 4 EEG 2017. Diese Vorschriften enthalten eine spezielle Anspruchsgrundlage für die Zurückforderung zu viel gezahlter EEG-Vergütung (BGH, Urteil vom 5. Juli 2017 - VIII ZR 147/16 -, juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 15. Mai 2019 - VIII ZR 134/18 -, juris Rn. 25). Sie gelten auch für die aufgrund der Übergangsvorschrift des § 100 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1, Abs. 2 Ziff. 10, 11 EEG i.V.m. § 23 Abs. 2, Abs. 5 EEG 2009 erfolgten Zahlungen.

2. Ein Anspruch der Beklagten Ziff. 1 auf die erhöhte Vergütung gemäß § 23 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 EEG 2009 i.H.v. 11,67 Cent/kWh für den Zeitraum Januar 2016 bis Dezember 2017 besteht nicht. Die Beklagte hat nur Anspruch auf eine Vergütung gemäß § 4 S. 1 EEG 2000 i.H.v. 7,67 Cent/kWh. Die Voraussetzungen von § 23 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 1 i.V.m. Abs. 5 S. 1 Nr. 2 EEG 2009 liegen nicht vor. Das Gutachten des Streithelfers erfüllt nicht die an eine Bescheinigung im Sinne von § 23 Abs. 5 Nr. 2 S. 3 Nr. 2 EEG 2009 zu stellenden Anforderungen. Der Anspruch ist auch unter keinem anderen rechtlichen Gesichtspunkt begründet.

a) In den wiederkehrenden Zahlungen der Klägerin ist kein kausales Schuldanerkenntnis der Klägerin zu sehen. Ein entsprechender Erklärungswert käme nur dann in Betracht, wenn zuvor Streit oder zumindest eine (subjektive) Ungewissheit über das Bestehen der Schuld oder einzelner rechtlicher Punkte geherrscht hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Juni 2008 - XI ZR 239/07 -, juris). Die Klägerin hatte gegen die von der Beklagten Ziff. 1 ihr gegenüber geltend gemachten Zahlungsansprüche keine Einwendungen erhoben, auch ansonsten keine Bedenken angemeldet. Die Parteien hatten die Frage, ob die Beklagten die Zahlung der erhöhten Einspeisevergütung zu Recht verlangen, schlicht nicht thematisiert. Somit bestand zum Zahlungszeitpunkt kein Streit und keine Ungewissheit über deren Berechtigung.

b) Der Senat teilt nicht die Auffassung der Berufung, es greife für die Beklagten eine Regelvermutung dergestalt, dass eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes nicht mehr nachgewiesen werden müsse, wenn eine Maßnahme im Bereich der in § 23 Abs. 5 Nr. 2 a) - e) S. 2 EEG 2009 genannten Regelbeispiel umgesetzt worden sei. § 23 Abs. 5 Nr. 2 S. 2 EEG 2009 besagt, dass eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes in der Regel vorliegt, wenn in einem der unter Ziff. a) - e) genannten Bereiche eine wesentliche Verbesserung erfolgt ist. Das heißt, dass die wesentliche Verbesserung bei einer der aufgezählten Gewässerbeschaffenheiten in der Regel auch eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustandes beinhaltet. Gemäß § 23 Abs. 5 S. 3 EEG 2009 sind indes die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2, also die Frage, ob eine wesentliche Verbesserung bezüglich eines der Regelbeispiele - hier

der Durchgängigkeit - eingetreten ist, durch eine Bescheinigung der Wasserbehörde oder einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters nachzuweisen, sie wird also gerade nicht vermutet. Der Umstand, dass die ergriffene Maßnahme „Fischabstieg“ auf die Verbesserung im Bereich eines der Regelbeispiele abzielte, ersetzt mithin nicht den Nachweis, dass die hier behauptete Verbesserung der Durchgängigkeit tatsächlich eingetreten ist. Hinzu kommt, dass die Verbesserung der Durchgängigkeit, also die Verbesserung im Bereich eines der „Regelbeispiele“ für sich allein nicht genügt. Vielmehr müssen die betreffenden Maßnahmen gemäß § 23 Abs. 5 Nr. 2 S. 2 a.E. EEG 2009 einzeln oder in Kombination unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele erforderlich gewesen sein, um einen guten ökologischen Zustand zu erreichen. Auch hierüber muss der Nachweis geführt werden.

c) Über das Ausmaß der ökologischen Verbesserungen nach § 23 Abs. 5 S. 2 EEG 2009 hat die Wasserbehörde oder aber der Umweltgutachter zu entscheiden. Die Bescheinigung ist gerichtlicherseits überprüfbar. Das zum Zwecke des Nachweises vorgelegte Gutachten des Streit Helfers ist vom Gericht auf Plausibilität, Vollständigkeit und Überzeugungskraft hin zu überprüfen und zu würdigen. Die Bescheinigung muss 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. Ein solches gerichtliches Prüfungsrecht ist obergerichtlich anerkannt (vgl. Senat, Urteil vom 11. November 2020 - 4 U 18/20 - dort II. 2.; OLG Hamm, Beschluss vom 26. September 2018 - I-30 U 4/18 -, juris Rn. 34; OLG Dresden, Urteil vom 3. Juli 2012 - 9 U 1568/11 -, juris Rn. 17; OLG München, Urteil vom 25. April 2012 - 3 U 891/11 -, juris Rn. 23; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 2. September 2010 - 1 U 37/10 -, juris Rn. 52).

Soweit die Klägerin und der Streithelfer meinen, dem Urteil des OLG Stuttgart vom 5. Februar 2021 (5 U 183/20) sei zu entnehmen, dass die Bescheinigung einer gerichtlichen Überprüfung entzogen sei, trifft dieser Einwand nicht zu. Das OLG Stuttgart hat die Entscheidung zu dieser Frage dahin stehen lassen, weil die in jenem Verfahren vorgelegte Bescheinigung den erforderlichen Nachweis erbracht hatte (vgl. juris Rn. 59). Im Übrigen meint das OLG Stuttgart, bei Berücksichtigung eines Beurteilungsspielraums des Gutachters könne die gerichtliche Überprüfung der Bescheinigung lediglich im Sinne einer Plausibilitätsprüfung ausgestaltet sein (Rn. 61). Der Senat hält auch nach nochmaliger Überprüfung an seiner bereits im Urteil vom 11. November 2020 geäußerten Rechtsauffassung fest. Im Übrigen bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der Rechtsauffassung des OLG Stuttgart. Die streitgegenständliche Bescheinigung besteht selbst die Plausibilitätsprüfung nicht.

d) Das Gutachten des Streithelfers vom April 2011 genügt den in der obergerichtlichen Rechtsprechung geltenden und vom Senat geteilten inhaltlichen Anforderungen an eine Bescheinigung im Sinne von § 23 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 EEG 2009 nicht. Auf die zutreffende Begründung der Entscheidung des Landgerichts Freiburg im Parallelverfahren 6 O 135/19, die sich der Senat nach

Prüfung zu eigen macht, wird Bezug genommen. Was die Beklagten und der Streithelfer dagegen einwenden, geht fehl.

aa) Die Bescheinigung enthält keine Darstellung des Ist-Zustandes vor der Modernisierungsmaßnahme. Der bloße Hinweis darauf, dass weder ein Fischaufstieg noch ein Fischabstieg vorhanden seien, genügt diesem Erfordernis nicht. Da die ergriffene Maßnahme ökologische Auswirkungen auf die Fischpopulation haben sollte, bedurfte es der Darstellung der vorhandenen Fischpopulation und deren Ansprüche an den Lebensraum (Habitat). Der Umweltgutachter führt zwar aus, dass der Fluss Wiese ein potentielles Laichgewässer für Salmoniden und insbesondere den Lachs sei. Die gegebene Information wirkt allerdings stereotyp, als sei sie auf Wikipedia recherchiert. Angaben dazu, welchen ökologischen Rahmenbedingungen die vorhandene Fischpopulation vor dem Beginn der Maßnahme unterworfen war, insbesondere zum Wanderungsverhalten sowie den notwendigen Durchgängigkeitsansprüchen der Fischarten fehlen. Immerhin konzediert der Gutachter, dass der Fischschutz zwar nicht optimal sei, aber doch als ausreichend bestätigt werden könne (vgl. S. 14).

bb) Voraussetzung für einen auf § 23 Abs. 5 EEG 2009 gegründeten Nachweis ist es, dass die betreffenden Maßnahmen einzeln oder in Kombination unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele erforderlich sind, um einen guten ökologischen Zustand zu erreichen. Daraus folgt, dass die Frage, ob die zu beurteilende Maßnahme zur Erreichung eines guten ökologischen Zustandes erforderlich ist, unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele zu beantworten ist. Im Gutachten des Streithelfers vom April 2011 ist zu den Bewirtschaftungszielen auf S. 11 ausgeführt, die Bestandserfassung im Rahmen der Umsetzung der EWRRRL gehe nicht sehr detailliert auf den konkreten Standort ein und betrachte den gesamten Gewässerabschnitt eher in allgemeiner Form. Zum Zeitpunkt der Begutachtung lag indes ein Bewirtschaftungsplan Hochrhein (Baden-Württemberg) gemäß der EG-Wasserrahmenrichtlinie (2000/60/EG) des Regierungspräsidiums Freiburg vor. Die Erforderlichkeit der biologischen Durchgängigkeit im konkreten Gewässerabschnitt wird vom Streithelfer nicht anhand der dort angeführten Bewirtschaftungsziele dargelegt. Zwar wird das allgemeine gewässerökologische Ziel, die Fischpopulation zu schützen, benannt. Angaben, anhand derer das Vorliegen einer ökologischen Verbesserung und das Erreichen des gewässerökologischen Ziels unter Beachtung der jeweiligen Bewirtschaftungsziele überprüft und bewertet werden kann, fehlen. Gerade an dieser Stelle hätte der Gutachter sich insbesondere dazu äußern müssen, ob es nicht einer Fischaufstiegsanlage bedurfte, entweder anstelle oder zusätzlich zu der Errichtung der Fischabstiegsanlage. Denn der Fischabstieg ist im Bewirtschaftungsplan lediglich als weiteres Ziel genannt.

cc) Die Darstellung des Ist-Zustandes nach Durchführung der Modernisierungsmaßnahme ist ersichtlich unzureichend. Die bloße Feststellung, ein Fischabstieg sei nunmehr vorhanden, reicht insoweit nicht. Es ist nicht erkennbar, dass der Umweltgutachter den hergestellten Abstieg auf Nutzbarkeit für den Fischbestand geprüft hat. Das Gutachten vermittelt den Eindruck, dass dem Umweltgutachter keine Daten vorlagen, aufgrund derer er hätte feststellen können, ob die in

dem Fluss Wiese lebenden Wanderfische den geschaffenen Wanderdurchgang für den Fischabstieg überhaupt bzw. ob sie ihn in nennenswerter Zahl nutzen. Zumindest hat er nichts dazu angeführt, weshalb sein Gutachten weder plausibel noch vollständig bzw. überzeugend ist. Folglich war es schlichtweg nicht möglich, aufgrund des Gutachtens nachzuvollziehen, ob der hergestellte Fischabstieg zu einer wesentlichen Verbesserung der biologischen Durchgängigkeit geführt hatte. Es fehlt ferner an der Benennung der fachlichen Maßstäbe, etwa ab welchem Zielerreichungsgrad von einer wesentlichen Verbesserung auszugehen ist, anhand derer der Gutachter zu seiner Einschätzung der wesentlichen ökologischen Verbesserung des ökologischen Zustandes am Anlagenstandort gelangt ist.

dd) Die Bescheinigung vermittelt somit kein in sich schlüssiges Gesamtbild, aus dem auf den ökologischen Nutzen der ergriffenen Maßnahme geschlossen werden kann. Sie enthält auch keine nachvollziehbare Begründung für das gefundene Ergebnis einer eingetretenen wesentlichen ökologischen Verbesserung durch Einbau eines Fischabstiegs. Das gegenständliche Gutachten ist damit zum Nachweis einer ökologischen Verbesserung des Zustands der Anlage ungeeignet.

e) Das erstinstanzlich vorgelegte neue Gutachten des Streithelfers vom September 2020 führt zu keiner anderen Beurteilung.

aa) Es kann dahin stehen, ob dieses im September 2020 erstellte Gutachten rückwirkend den Vergütungsansprüchen für den Zeitraum 2016/2017 zugrunde gelegt werden kann (ablehnend: OLG Dresden, Urteil vom 3. Juli 2012 - 9 U 1568/11-, juris Rn. 22). Denn das Gutachten vom September 2020 genügt ebenfalls nicht den Anforderungen des § 23 Abs. 5 S. 3 EEG 2009, auch wenn der oben genannte Bewirtschaftungsplan Eingang in die Begutachtung gefunden hat.

bb) Der Streithelfer kommt in der überarbeiteten Fassung des Gutachtens zu der Feststellung, das Gewässer habe im betroffenen Abschnitt einen mäßigen bis akzeptablen chemischen Zustand und einen nur befriedigenden ökologischen und strukturellen Zustand (S. 19) bzw. nicht guten ökologischen und strukturellen Zustand (S. 24). 2011 war er noch von einem akzeptablen bis guten chemischen Zustand ausgegangen. Worauf diese abweichende Beurteilung neun Jahre nach der Erstbewertung beruht, wird nicht einmal ansatzweise erläutert. Entscheidend ist aber, dass immer noch Angaben zur Wirksamkeitskontrolle der durchgeführten Maßnahmen durch den Umweltgutachter fehlen, die gerade im Hinblick auf die Schlussfolgerung der wesentlichen Verbesserung unerlässlich sind und zu begründen gewesen wären. Eine tatsächliche Nutzbarkeit der neuen Fischabstiegseinrichtung für die Fische ist mithin immer noch nicht dargelegt.

f) Der Senat teilt nicht die Auffassung der Beklagten, sie könnten die wesentliche ökologische Verbesserung noch nachträglich im Verfahren mit den Beweismitteln der Zivilprozessordnung beweisen. Wenn sich das zur Begründung des Erhöhungsverlangens herangezogene Gutachten als untaugliche Bescheinigung erweist, fehlt eine der Anspruchsvoraussetzungen. Die mangelnde formale Tauglichkeit des Gutachtens zum Nachweis einer wesentlichen ökologischen Verbesserung durch die von der Beklagten ergriffenen Modernisierungsmaßnahmen kann nicht

nachträglich mittels Sachverständigengutachtens ersetzt werden. Der vorgeschriebene Nachweis muss vorliegen. Deshalb ist den Anträgen der Beklagten auf Einholung eines Gutachtens bzw. Vernehmung des Streithelfers nicht zu entsprechen.

3. Die Rückforderung der überzahlten Vergütung nach § 57 EEG ist nicht gemäß § 814 BGB ausgeschlossen. Dies gilt bereits deshalb, weil es sich bei § 57 EEG 2014 und 2017 um spezielle Anspruchsgrundlagen für die Zurückforderung zu viel gezahlter EEG-Vergütung handelt, neben denen das Bereicherungsrecht nicht anwendbar ist (BGH, Urteil vom 14. Januar 2020 - XIII ZR 5/19 -, juris Rn. 41; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Februar 2019 - I-27 U 8/17 -, juris Rn. 94).

4. Gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf Erstattung des Mehrbetrages für die Jahre 2016 und 2017 können die Beklagten sich nicht mit Erfolg auf Verwirkung berufen.

a) Ein Recht ist verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde. Allein der Ablauf einer gewissen Zeit nach Entstehung des Anspruchs vermag das notwendige Umstandsmoment nicht zu begründen (BGH, Urteil vom 23. Januar 2014 - VII ZR 177/13 -, juris Rn. 13 m.w.N.; BGH, Urteil vom 29. Januar 2013 - EnZR 16/12 -, juris Rn. 13). Die spätere Geltendmachung des Rechts muss sich vielmehr als mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Illoyalität des Berechtigten darstellen. Anhaltspunkte, auf die sich das Vertrauen stützt, können sich vor allem aus einer Handlung des Gläubigers ergeben, bloße Untätigkeit reicht grundsätzlich nicht aus. Eine Ausnahme kommt allenfalls dann in Betracht, wenn vom Berechtigten nach den sonstigen Umständen des Einzelfalls gerade die Wahrnehmung seines Rechtes erwartet werden kann (Staudinger/Looschelders/Olzen (2019) BGB § 242 Rn. 306, 307).

b) Unterliegt ein Rückforderungsanspruch der kurzen Regelverjährung, kann eine weitere Abkürzung dieser Verjährungsfrist durch Verwirkung nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden. Denn dem Gläubiger soll die Regelverjährung grundsätzlich ungekürzt erhalten bleiben, um ihm die Möglichkeit zur Prüfung und Überlegung zu geben, ob er einen Anspruch rechtlich geltend macht (BGH, Urteil vom 23. Januar 2014 - VII ZR 177/13 -, juris Rn. 13 m.w.N.; BGH, Urteil vom 29. Januar 2013 - EnZR 16/12 -, juris Rn. 13). Generell gilt für die Verwirkung, dass sie nur mit größter Zurückhaltung und nach sorgfältiger Prüfung der schutzwürdigen Interessen anzunehmen ist (MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2019, BGB § 242 Rn. 387).

c) Nach diesen Maßstäben kann eine Verwirkung des klägerischen Anspruchs nicht angenommen werden.

aa) Es fehlt bereits an dem Zeitmoment. Denn seit Entstehung der Möglichkeit der Geltendmachung der Rückzahlungsansprüche war noch nicht längere Zeit verstrichen. Der Rückforderungsanspruch der Klägerin wurde für beide Jahre Ende 2018, damit innerhalb der kurzen Verjährungsfrist des § 57 Abs. 5 EEG von zwei Jahren geltend gemacht. Der Senat verkennt nicht, dass Zeit- und Umstandsmoment nicht voneinander unabhängig betrachtet werden können, sondern in einer Wechselwirkung stehen. Für den Beginn des für das Zeitmoment maßgeblichen Zeitraums kann hier dennoch entgegen den Ausführungen des Landgerichts nicht auf die Vorlage des Umweltgutachtens im Jahr 2011 abgestellt werden. Denn zu diesem Zeitpunkt waren die Rückforderungsansprüche der Klägerin noch nicht entstanden (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 10. Mai 2019 - I-30 U 425/18 -, juris Rn. 57). Die für die Verwirkung von Forderungen maßgebliche Frist beginnt vielmehr mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung (Staudinger/Looschelders/Olzen (2019) BGB § 242 Rn. 305). Die - wiederkehrenden - Vergütungsansprüche der Beklagten waren hier erst in den Jahren 2016 und 2017 fällig (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2021, § 199 Rn. 3 wiederkehrende Leistungen). Der streitgegenständliche Rückforderungsanspruch konnte damit auch jeweils erst mit Aus- und Überzahlung der Vergütung entstehen.

bb) Auch das Umstandsmoment ist nicht gegeben. Die gesamten Umstände können hier angesichts des fehlenden Zeitmoments auch bei Berücksichtigung der Tatsache, dass die erhöhte Einspeisevergütung fortlaufend seit Dezember 2010 und jeweils ohne nochmalige Überprüfung des Nachweises gezahlt wurde, die Annahme der Verwirkung nicht rechtfertigen.

(1) Die bloße Untätigkeit der Klägerin seit der ersten Zahlung im Dezember 2010 bis zum Jahr 2018 reicht für die Annahme des Umstandsmoments nicht aus. Dass die Klägerin in dieser Zeit in irgendeiner Weise durch eigene Handlungen das Vertrauen der Beklagten, nicht mit Rückforderungsansprüchen konfrontiert zu werden, gestärkt hat, behaupten die Beklagten zwar. Umstände, die eine solche Würdigung rechtfertigen könnten, liegen aber nicht vor.

(2) Die Zahlung der erhöhten Vergütung in Kenntnis des Gutachtens des Streithelfers und der ggfs. damit zusammenhängenden Prüfung stellt ebenfalls keinen Umstand dar, der eine Verwirkung begründen könnte. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es grundsätzlich der Beklagten als Anlagenbetreiberin obliegt, sich über die geltende Rechtslage und die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer Förderung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz umfassend zu informieren (BGH, Urteil vom 5. Juli 2017 - VIII ZR 147/16 -, juris Rn. 70 f. m.w.N.; BGH, Urteil vom 15. Mai 2019 - VIII ZR 110/18 -, juris Rn. 65). Der Anlagenbetreiber hat, wenn er staatliche Fördermittel erhalten will, selbst für die Erfüllung der hierfür erforderlichen Voraussetzungen Sorge zu tragen und sich dementsprechend umfassend zu informieren (BGH, Urteil vom 5. Juli 2017 - VIII ZR 147/16 -, juris Rn. 71). Danach sind die Beklagten nicht schutzwürdig. Die Beklagten hätten nicht davon ausgehen dürfen, dass eine Rückforderung nicht in Betracht kommt bzw. die Klägerin von einer Rückforderung absehen würde. Mit der Eigenverantwortung des Anlagenbetreibers ist ferner nicht zu vereinbaren, wenn die Beklagten sich hier gegenüber der Klägerin

als Rückforderungsgläubigerin auf eine unterlassene oder fehlerhaft durchgeführte Prüfung der Fördervoraussetzungen berufen könnten. Die Beklagten hatten gegenüber der Klägerin aufgrund der vorausgegangenen Gespräche mit der Wasserbehörde und der von ihnen veranlassten Umsetzung des Fischabstiegs einen tieferen Einblick in den ökologischen Nutzen der Modernisierungsmaßnahme.

(3) Ein Vertrauen der Beklagten, dass zu Unrecht gezahlte Beträge nicht zurückgefordert würden, ist auch deshalb nicht schutzwürdig, weil die Klägerin zur Rückforderung gesetzlich verpflichtet ist (so auch OLG Hamm, Urteil vom 10. Mai 2019 – I-30 U 425/18 –, juris Rn. 59 bezüglich des Meldepflichtverstoßes bei einer Photovoltaikanlage). Denn nach den gesetzlichen Vorschriften muss der aufnehmende Netzbetreiber von dem Anlagenbetreiber, wenn er diesem eine höhere als die im EEG vorgesehene finanzielle Förderung gezahlt hat, den Mehrbetrag - zwingend - zurückfordern. Die Beklagten konnten nicht davon ausgehen, dass die Klägerin dennoch von einer Rückforderung absehen würde. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass dem Netzbetreiber der für den Fall der Zahlung einer höheren als der gesetzlich vorgesehenen Vergütung gegenüber dem Anlagenbetreiber vorgesehene Anspruch auf Rückforderung des Mehrbetrags nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse der Allgemeinheit zusteht. Durch den Rückforderungsanspruch und die damit korrespondierende Rückforderungspflicht soll vermieden werden, das System des EEG-Belastungsausgleichs mit gesetzlich nicht vorgesehenen Vergütungen zu belasten, damit die Kosten der Energiewende möglichst geringgehalten werden (BGH, Urteil vom 5. Juli 2017 - VIII ZR 147/16 -, juris Rn. 56).

(4) Auch unter Berücksichtigung des Tatsachenvortrages der Beklagten und des Streithelfers kann nicht festgestellt werden, dass die Mitarbeiter der Klägerin von einer gesetzwidrigen Auszahlung der erhöhten Vergütung positive Kenntnis hatten. Dafür gibt es keine verlässlichen Anhaltspunkte. Zwar hatte die Klägerin, wie sie selbst einräumt, das Schreiben des Ministeriums für Umwelt, Naturschutz und Verkehr Baden-Württemberg vom 1. September 2010 zur Kenntnis erhalten. Darin wird ihr mitgeteilt, Wasserbehörden hätten angezeigt, dass in einer Reihe von Fällen aus behördlicher Sicht eine wesentliche ökologische Verbesserung nicht gegeben sei, wobei in sämtlichen dem Ministerium bisher bekannten Fällen als Umweltgutachter ein Herr ... tätig geworden sei. Nach jetzigem Kenntnisstand würden die in den Gutachten des Herrn ... getroffenen Feststellungen zum Vorliegen einer wesentlichen ökologischen Verbesserung teilweise in deutlichem Gegensatz zu der im Vorfeld der Modernisierungen getroffenen fachlichen Bewertung durch die zuständigen Behörden stehen. Das Ministerium sei um Aufklärung in dieser Sache bemüht. Um unerwünschte und rechtlich problematische Mitnahmeeffekte künftig zu vermeiden, beabsichtige es, in dieser Frage u.a. zeitnah an die DAU (Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mbH) heranzutreten.

Aus dem Schreiben lässt sich indes nicht ableiten, dass die Klägerin wissentlich zu Unrecht Fördermittel ausbezahlt hat. Schon vom zeitlichen Ablauf her kann sich das Schreiben vom 1. September 2010 nicht auf das vorliegende Gutachten vom April 2011 beziehen, da dieses mehr als

sechs Monate später gefertigt wurde. Dem Antrag der Beklagten im Schriftsatz vom 02.07.2021, der Klägerin aufzugeben, das vollständige Schreiben vom 1. September 2010 vorzulegen, ist folglich schon von daher nicht nachzugehen.

Auch soweit man das Schreiben dahingehend verstehen wollte, dass in allgemeiner Form zu einer erhöhten Wachsamkeit bei Gutachten des Streithelfers geraten wird, lässt sich hieraus für den vorliegenden Fall nichts ableiten. In dem Schreiben wird angekündigt, dass man um Aufklärung der Sache bemüht sei. Das Ergebnis der Bemühungen war der Klägerin bei Erhalt des streitgegenständlichen Gutachtens nicht bekannt. Gegenteiliges behaupten die Beklagten nicht. Generalisierende Schlussfolgerungen zu Gutachten des Streithelfers waren nicht gerechtfertigt. Denn das Schreiben vom 1. September 2010 spricht lediglich von „einer Reihe von Fällen“, in denen sämtlich der Streithelfer beteiligt war. Es ist jedoch nicht davon die Rede, dass es bei sämtlichen Begutachtungen des Streithelfers zu Beanstandungen der Wasserbehörden gekommen ist. Auch besagt das Schreiben, dass die Beurteilungen des Streithelfers (nur) teilweise in deutlichem Gegensatz zu der im Vorfeld der Modernisierungen getroffenen fachlichen Bewertung durch die zuständigen Behörden stehen würde. Weder die Beklagten noch der Streithelfer behaupten, dass Gutachten des Streithelfers aus dieser Zeit generell unzutreffend gewesen seien, etwa weil dieser durchgehend wesentliche Verbesserungen entgegen der tatsächlichen Sachlage bescheinigt hätte. Weshalb die Klägerin gegenüber den Gutachten des Streithelfers die Grundhaltung durchgängiger Unbrauchbarkeit der Gutachten hätte einnehmen und deshalb die auf der Grundlage einer Bescheinigung des Streithelfers erhobenen Ansprüche auf die Mehrvergütung grundsätzlich hätte ablehnen sollen, erschließt sich dem Senat nicht.

Es mag zwar sein, dass die Klägerin in der Vergangenheit in Einzelfällen die Unzulänglichkeit der Bescheinigungen des Streithelfers ihm bzw. Anlagebetreibern gegenüber moniert hatte und es in der Folge auch zu gerichtlichen Auseinandersetzungen gekommen ist. Die Klägerin hat jedoch nicht gegenüber allen Gutachten des Streithelfers Einwendungen erhoben. Dass dies nicht durchgängig der Fall war, zeigt der hiesige Rechtsstreit. Die Klägerin hat die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens vom April 2011 nicht beanstandet, vielmehr bis Ende 2017 die erhöhte Einspeisevergütung klaglos gezahlt. Aus den Beanstandungen und den gerichtlichen Auseinandersetzungen in anderen Fällen lassen sich folglich keine zwingenden Schlüsse auf eine Kenntnis der Klägerin von der Unbrauchbarkeit des in dieser Sache vorgelegten Gutachtens ziehen. Dem Antrag auf Vernehmung des Zeugen ... ist demgemäß nicht zu entsprechen. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung hat nicht zu erfolgen.

(5) Ob die Behauptung der Beklagten zutreffend ist, die Rückforderung stelle eine unzumutbare Härte für sie dar, kann dahinstehen, da die Beklagte Ziff. 1 für sich kein schutzwürdiges Vertrauen beanspruchen kann.

5. Der Anspruch gegen die Beklagten Ziff. 2 und 3 beruht auf § 128 HGB.

6. Der Zinsanspruch ist §§ 286 Abs. 1 Satz 1, 288 Abs. 1 BGB begründet.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen, liegen nicht vor. Der Senat weicht, wie bereits ausgeführt, nicht von der genannten Entscheidung des OLG Stuttgart ab.

-

...
Vorsitzende Richterin
am Oberlandesgericht

...
Richterin
am Oberlandesgericht

...
Richter
am Oberlandesgericht

Leitsätze

Eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands ist durch eine Bescheinigung der Wasserbehörde oder eines Umweltgutachters nachzuweisen. Dies gilt auch dann, wenn eine Maßnahme im Bereich der in § 23 Abs. 5 Nr. 2 a) – e) EEG 2009 genannten Regelbeispiele umgesetzt wurde; eine Regelvermutung greift in diesem Falle nicht.

Die zum Zweckes des Ausmaßes der ökologischen Verbesserung nach § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 vorgelegte Bescheinigung nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 ist vom Gericht auf Plausibilität, Vollständigkeit und Überzeugungskraft hin zu überprüfen und zu würdigen.

Zu den Anforderungen an die Bescheinigung eines Umweltgutachters nach § 23 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009.

Zu den Voraussetzungen einer Verwirkung des Rückzahlungsanspruchs des örtlichen Verteilnetzbetreibers nach dem EEG bei überhöht ausgezahlter Einspeisevergütung.

Titelzeile

Vorschriften

§ 23 Abs. 5 EEG 2009, § 23 Abs. 2 EEG 2009, § 57 Abs. 5 EEG 2014 und 2017

Sachgebiet

Hauptschlagwörter

Verbesserung des ökologischen Zustandes
Regelvermutung
Umweltgutachten
Rückforderung der erhöhten Stromeinspeisevergütung