



Oberlandesgericht Karlsruhe  
ZIVILSENATE IN FREIBURG  
4. ZIVILSENAT

## Im Namen des Volkes

### Urteil

In dem Rechtsstreit

...

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte ...

gegen

...

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte ...

wegen Forderung

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - 4. Zivilsenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und die Richterin am Oberlandesgericht ... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 01.10.2020 für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Waldshut-Tiengen vom 19.12.2019, Az. 1 O 259/18, im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen abgeändert wie folgt:  
Die Beklagte wird unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 109.432,40 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.12.2018 zu zahlen.

2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Zwangsvollstreckung kann durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn die Gegenseite nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

## Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 109.432,40 € festgesetzt.

### Gründe:

#### I.

Die Klägerin verlangt als örtlicher Verteilnetzbetreiber von der Beklagten, die eine Wasserkraftanlage betreibt, die Rückzahlung von erhöhten Vergütungen für Stromlieferungen nach dem EEG für die Jahre 2016 und 2017.

Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen wird auf das Urteil des Landgerichts Waldshut-Tiengen vom 19.12.2019 Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zwar lägen die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Rückzahlung der erhöhten Vergütung nach § 57 Abs. 5 S. 1, S. 3 EEG 2014 für das Jahr 2016 und nach § 57 Abs. 5 S. 1, S. 4 EEG 2017 für das Jahr 2017 vor. Denn die von dem Umweltgutachter ... ausgestellte Bescheinigung genüge den Anforderungen des § 23 Abs. 5 Ziff. 2 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 inhaltlich in keinem Fall, unabhängig davon, in welchem Umfang die Bescheinigung einer inhaltlichen Überprüfung durch das Gericht unterliege. Die Ansprüche der Klägerin seien jedoch nach § 242 BGB verwirkt.

Für das im Rahmen des Verwirkungstatbestandes erforderliche Zeitmoment sei der Zeitpunkt der Vorlage der Bescheinigung des Umweltgutachtens ... im April 2010 an die ... GmbH maßgeblich, von der die Klägerin das Verteilnetz zum 01.01.2013 übernommen hatte. Auch das erforderliche Umstandsmoment liege vor, da die Beklagte dem Verhalten der Klägerin und der ... GmbH bei objektiver Betrachtung habe entnehmen dürfen, dass diese ihre Einwendungen gegen die Bescheinigung des Sachverständigen ... und die sich daraus ergebende Zahlungsverpflichtung nach § 23 EEG 2009 nicht mehr geltend machen würden. Im Vertrauen darauf, dass die streitgegenständliche Bescheinigung nicht mehr angezweifelt werde, habe die Beklagte es unterlassen, die Bescheinigung einer Nachprüfung zu unterziehen oder eine neue Bescheinigung einzuholen.

Mit ihrer Berufung, mit der sie die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt, verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche in vollem Umfang weiter. Der Anspruch der Klägerin sei nicht verwirkt.

Zeitmoment:

Zutreffend gehe das Landgericht davon aus, dass es für die Beurteilung des Zeitmoments auf Umstände ankomme, die nach Entstehen des Rückzahlungsanspruchs entstanden seien, und das Zeitmoment grundsätzlich zu verneinen sei, wenn, wie hier, die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen sei. Danach meine das Landgericht jedoch ohne überzeugende Begründung, hiervon sei im Fall eines Dauerschuldverhältnisses abzuweichen, wenn die Umstände, die einer Zahlung entgegenstünden, bereits seit längerer Zeit bekannt seien.

Das Landgericht begehe einen dogmatischen Fehler, indem es nicht mehr auf den Rückforderungsanspruch, sondern auf die Umstände des von der Beklagten geltend gemachten Zahlungsbegehrens und dessen Beurteilung durch die ... GmbH in 2010 abstelle.

Die fehlerhafte Rechtsauffassung des Landgerichts setze sich bei der Frage fort, ob sich die Klägerin das Handeln der ... GmbH von 2010 zurechnen lassen müsse.

Die Klägerin habe erst Anfang 2018 überhaupt von dem Sachverhalt Kenntnis erlangt. Auch eine Kenntnis der ... GmbH, sollte man eine Zurechnung überhaupt bejahen, sei weder vorgetragen noch ersichtlich. Zweifel seien nicht gleichzusetzen mit einer positiven Kenntnis. Die Klägerin habe die Kenntnis der ... GmbH erstinstanzlich ausdrücklich bestritten. Das Landgericht hätte eine solche Kenntnis daher nicht ohne weitergehende Sachverhaltsaufklärung annehmen dürfen. Das Urteil leide insofern an einem formellen Fehler.

Umstandsmoment:

Auch hier begehe das Landgericht den systematischen Fehler, nicht auf die streitgegenständlichen Rückforderungsansprüche, sondern auf die Zahlungsansprüche der Beklagten abzustellen.

Bereits grundsätzlich scheidet eine Verwirkung aus, wenn der Berechtigte über das ihm zustehende Recht Unkenntnis habe. Eine solche Kenntnis nehme vorliegend noch nicht einmal das Landgericht an, das lediglich von Diskussionen zwischen der ... GmbH und der Beklagten und einem vermeintlich kontroversen Schriftwechsel ausgehe. Darüber hinaus werde auch nicht deutlich, woraus das Landgericht seine Kenntnis über den Schriftwechsel zwischen der Beklagten und der ... GmbH 2010 nehme, denn hierzu habe die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte weder vorgetragen noch entsprechende Schriftstücke vorgelegt. Die Frage der Kenntnis von der Rechtmäßigkeit der Bescheinigung und dem Inhalt der Diskussionen zwischen der ... GmbH und der Beklagten könne das Landgericht daher gar nicht beurteilen. Da sie von der Klägerin auch bestritten sei, hätte folglich Beweis erhoben werden müssen, woran sich zeige, dass das Urteil wiederum formell rechtsfehlerhaft sei.

Ebenso wenig vermöge die Auffassung des Landgerichts zur Frage der Zurechnung des Umstandsmoments an die Klägerin zu überzeugen. Der Verweis des Landgerichts auf den nach seiner Auffassung kontrovers geführten Schriftwechsel reiche nicht aus. Die Argumentation des Landgerichts hierzu sei zirkelschlüssig. Eine Zurechnung scheidet insbesondere deshalb aus, weil die Klägerin nicht Rechtsnachfolgerin der ... GmbH geworden sei.

Unabhängig davon, ob die Beklagte Kenntnis von § 57 EEG 2017 besessen habe, habe sie davon ausgehen müssen, dass sie zur Rückzahlung verpflichtet sei, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zahlung der erhöhten Vergütung nicht vorliegen. Dies folge bereits aus dem Umstand, dass es an der Beklagten als Anlagenbetreiberin sei, sich über die Tatbestandsvoraussetzungen einer Vergütung nach dem EEG Gewissheit zu verschaffen.

Wirtschaftliche Disposition:

Die Argumentation des Landgerichts, das Vertrauen sei schutzwürdig, weil die Beklagte darauf vertraut und es unterlassen habe, einen anderen Sachverständigen mit einer Überprüfung oder der Erstellung einer neuen Bescheinigung zu beauftragen, sei wiederum zirkelschlüssig. Auch sei nicht ersichtlich, weshalb ein solches Unterlassen eine schutzwürdige Vermögensdisposition darstellen solle. Inwiefern der Beklagten durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehe, habe das Landgericht nicht dargelegt. Insofern weist die Klägerin nochmals darauf hin, dass die Beklagte in Anbetracht der Tatsache, dass sie die niedrige Vergütung i.H.v. 7,67 Cent/kWh unbefristet erhalte, langfristig nicht schlechter gestellt werde.

Die Klägerin beantragt:

1. Das am 19.12.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Waldshut-Tiengen, Az.: 1 O 259/18, wird aufgehoben. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 109.432,40 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.12.2018 zu zahlen.
2. Hilfsweise: Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Waldshut-Tiengen zurückverwiesen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen

und hilfsweise, den Rechtsstreit an das Landgericht Waldshut-Tiengen zurückzuverweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es von der Verwirkung der klägerischen Ansprüche ausgegangen ist.

Da die Klägerin selbst vorgetragen habe, dass es „zu einigen Diskussionen zwischen dem damaligen Netzbetreiber und der Beklagten kam“, in deren Folge „diese die erhöhte Vergütung zahlte“, sei die positive Kenntnis der ... GmbH von der von ihr angenommenen Fehlerhaftigkeit der Bescheinigung im Jahr 2010 und ihre Einwendungen gegen die Bescheinigung des Gutachters unstrittig. Ergänzend legt die Klägerin den Schriftwechsel zwischen der Beklagten und der ... GmbH vom 26.04.2010 bis 27.08.2010 vor (Anl. B 6).

Die Verpflichtung zur Überprüfung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Zahlung einer erhöhten Vergütung habe die ... GmbH mit Zurechnungswirkung für die Klägerin mindestens genauso getroffen wie die Beklagte als Anlagenbetreiberin, die sich hier jedoch sowohl auf den Anschein der Richtigkeit des Gutachtens „aus sich heraus“ (§ 23 Abs. 5 EEG 2009) als auch auf die trotz positiver Kenntnis nachhaltige Zahlung der Netzbetreiberin (zunächst die ... GmbH, seit 2013 die Klägerin) habe verlassen dürfen.

Die Überlegung der Klägerin, die Beklagte erhalte die geringere Vergütung von 7,67 Cent/kWh nunmehr unbefristet und sei deshalb langfristig nicht schlechter gestellt als in dem Fall einer auf die Laufzeit von 20 Jahren beschränkten höheren Vergütung von 11,67 Cent/kWh, sei nicht tragfähig, da gegenwärtig nicht abzusehen sei, wie sich die Vergütung nach dem EEG in der Zukunft entwickeln werde. Die derzeit und bis auf weiteres geltende Reduktion der Vergütung der Beklagten von 11,67 Cent/kWh auf 7,67 Cent/kWh begründe durch ihre Größenordnung einen unzumutbaren Nachteil für die Beklagte.

Nach Auffassung der Beklagten hat das Landgericht im Übrigen die Sach- und Rechtslage im Hinblick auf das von ihm bejahte Vorliegen der Voraussetzungen für einen klägerischen Anspruch auf Rückzahlung der erhöhten Vergütung nach § 57 Abs. 5 S. 1 und 3 EEG 2014 für das Jahr 2016 und nach § 57 Abs. 5 S. 1 und 4 EEG 2017 für das Jahr 2017 nicht in zutreffender Weise beurteilt.

Die Begründung des Gerichts, wonach die von dem Umweltgutachter ... ausgestellte Bescheinigung den Anforderungen des § 23 Abs. 5 S. 1 EEG 2009 nicht entspreche, sei nicht tragfähig, weil sie im Hinblick auf die streitgegenständliche Bescheinigung des Gutachters ... „freihändige“ Beurteilungskriterien entwickle anstatt sich an den zu dem Zeitpunkt der Begutachtung im April 2010 maßgeblichen Kriterien, die zu dieser Zeit im Wesentlichen in dem Wortlaut des Gesetzes enthalten gewesen seien, zu orientieren, gegebenenfalls noch an den von der Clearingstelle am 12.09.2011 (Anl. K 5) entwickelten Kriterien. Das Landgericht habe auch die Beweisangebote der Einvernahme des sachverständigen Zeugen ... und der Einholung eines Sachverständigengutachtens übergangen. Das Sachverständigengutachten diene hier nicht dazu, die Bescheinigung des Gutachters ... zu ersetzen, sondern dazu, klägerseits bestrittene bzw. vom Gericht fehlerhaft als unzureichend bewertete Aspekte der fachlichen Plausibilität und Schlüssigkeit zu belegen, und zusätzlich dazu, die tatsächliche Eignung der durchgeführten Modernisierungsmaßnahme als wesentliche ökologische Verbesserung am Anlagenstandort nachzuweisen.

Die Beklagte ist schließlich der Auffassung, dass eine etwaige Forderung nur in einer Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verzinst werden könnte.

Wegen des weiteren Berufungsvorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

Die Berufung ist zulässig und hat bis auf einen Teil des geltend gemachten Zinsanspruchs in der Sache Erfolg.

Die Klägerin hat gegenüber der 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 gezahlten erhöhten Vergütung ergibt sich aus den zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Zahlungen geltenden Vorschriften, für das Jahr 2016 damit aus § 57 Abs. 5 Satz 1, Satz 3 EEG 2014 und für das Jahr 2017 aus § 57 Abs. 5 Satz 1, Satz 4 EEG 2017. Diese Vorschriften enthalten eine spezielle Anspruchsgrundlage für die Zurückforderung zu viel gezahlter EEG-Vergütung (BGH, Urteil vom 05. 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 Satz 1 Ziff. 1, Abs. 2 Ziff. 10, 11 EEG i.V.m. § 23 Abs. 2, Abs. 5 EEG 2009 erfolgten Zahlungen. Auf die zutreffende Begründung des Landgerichts wird insoweit verwiesen.

2. Ein Anspruch der Beklagten auf die erhöhte Vergütung gemäß § 23 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 1 EEG 2009 i.H.v. 11,67 Cent/kWh besteht nicht. Vielmehr hat die Beklagte nur Anspruch auf eine Vergütung gemäß § 4 Satz 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 Ziff. 2 EEG 2009 liegen nicht vor. Denn das Gutachten des Sachverständigen ... erfüllt nicht die an eine Bescheinigung im Sinne von § 23 Abs. 5 Ziff. 2 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 zu stellenden Anforderungen.

Zwar hat über das Ausmaß der ökologischen Verbesserungen nach § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 die Wasserbehörde oder aber der Umweltgutachter zu entscheiden. Das zum Zwecke des Nachweises vorgelegte Umweltgutachten ist allerdings 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 (OLG Hamm, Beschluss vom 26. September 2018 – I-30 U 4/18 –, juris Rn. 34; OLG Dresden, Urteil vom 03. 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 02. September 2010 – 1 U 37/10 –, juris Rn. 52).

Das streitgegenständliche Gutachten des Sachverständigen ... genügt diesen (Minimal-) Anforderungen nicht. Die Unzulänglichkeit des Gutachtens ist offensichtlich. Auf die zutreffende Begründung im angefochtenen Urteil, der sich der Senat nach eigener Prüfung anschließt, wird in vollem Umfang Bezug genommen.

Ergänzend gilt:

Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Landgericht im Hinblick auf die streitgegenständliche Bescheinigung des Gutachters ... nicht „freihändige“ Beurteilungskriterien entwickelt, sich vielmehr an den in der obergerichtlichen Rechtsprechung geltenden und vom Senat geteilten Maßstäben orientiert. Diesen Maßstäben wird das Gutachten nicht gerecht, denn es handelt sich im Kern um eine bloße Bescheinigung, die jegliche Begründung für das bescheinigte Ergebnis vermissen lässt.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch nach Auffassung der Beklagten zumindest die von der Clearingstelle am 12.09.2011 (Anlage K 5) entwickelten Kriterien zu berücksichtigen sind. Zu diesen Kriterien gehört auch die „Benennung der fachlichen Maßstäbe, anhand derer der Gutachter zu seiner Einschätzung der wesentlichen ökologischen Verbesserung des ökologischen Zustandes am Anlagenstandort gelangt“.

Fachliche Maßstäbe in diesem Sinne werden in dem streitgegenständlichen Gutachten nicht dargelegt. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist das in § 35 WHG enthaltene gewässerökologische Ziel, die Fischpopulation zu schützen, nicht mit der von jeder gutachterlichen Stellungnahme zu fordernden Benennung von „fachlichen Maßstäben“ gleichzusetzen. Hierunter sind vielmehr die vom Gutachter angewandten Vorgaben und Kriterien zu verstehen, anhand derer er das Vorliegen einer ökologischen Verbesserung und damit das Erreichen des gewässerökologischen Ziels überprüft und bewertet. Das streitgegenständliche Gutachten ist zum Nachweis einer ökologischen Verbesserung des Zustands der Anlage durch Einbau eines neuen Feinrechens mit einem verringerten Stababstand offensichtlich ungeeignet, denn es enthält keine nachvollziehbare Begründung für das gefundene Ergebnis. Die ökologische Verbesserung wird schlicht behauptet, ohne sie in irgendeiner Weise inhaltlich zu begründen.

So findet sich in dem Gutachten auf Seite 10 unten die Aussage, dass durch die hydraulisch günstige Stabform des neuen Rechens die Verletzungsgefahr von Fischen minimiert wird. Dies reicht zur plausiblen Begründung einer wesentlichen ökologischen Verbesserung nicht aus. Ins-

besondere ergibt sich daraus mangels näherer Darlegungen auch nicht eine nennenswerte Verbesserung des Schutzes der Fischpopulation. Eine Verbesserung aufgrund der veränderten Stabform wird zudem auch von der Beklagten nicht mehr behauptet.

Auf Seite 11 oben des Gutachtens wird sodann ausgeführt, dass der neue Feinrechen den Fischschutz erheblich verbessert, da dieser eine gegenüber der früher vorhandenen lichten Stabweite von ca. 30 mm deutlich geringere lichte Stabweite von nunmehr 20 mm besitzt. Auch diesem Satz ist keine inhaltliche Begründung zu entnehmen. Vielmehr handelt es sich um einen inhaltsleeren Zirkelschluss, der die an eine gutachterliche Bewertung zu stellenden Mindestanforderungen vermissen lässt.

Weitere Aussagen, die einer „Benennung der fachlichen Maßstäbe“ und einer inhaltlichen Begründung nahekommen könnten, sind dem Gutachten nicht zu entnehmen. Das vorgelegte Gutachten erfüllt damit bereits nicht die grundlegenden Mindestanforderungen, die an eine Bescheinigung i.S.v. § 23 Abs. 5 Ziff. 2 Satz 3 Nr. 2 EEG 2009 zu stellen sind.

An dieser Bewertung könnte weder eine Vernehmung des Sachverständigen ... als Zeuge noch die Einholung eines Sachverständigengutachtens etwas ändern. Eine Beweisaufnahme zu der Frage, ob das Gutachten die Mindestvoraussetzungen erfüllt und damit zum Nachweis geeignet ist, war nicht geboten. Die Überprüfung des Gutachtens auf Plausibilität, Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit obliegt allein dem Gericht und ist dem Senat hier ohne fachliche Beratung möglich.

Genauso wenig ist eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht geboten. Die Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

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 Rückforderung 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 kann die Beklagte sich nicht mit Erfolg auf Verwirkung berufen.

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 ha-



ben, 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).

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 a.a.O.).

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).

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

a) 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 2010 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 Beurteilung der 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, 79. Aufl. 2020, § 199 Rn. 3 wiederkehrende Leistungen). Der streitgegenständliche Rückforderungsanspruch konnte damit auch jeweils erst mit Aus- und Überzahlung der Vergütung entstehen.

Aus dem vom Landgericht angeführten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20. Juli 2010 (EnZR 23/09, juris Rn. 22) ergibt sich für den Streitfall nichts Anderes. Denn dort wurde lediglich erörtert, ob Verwirkung eines Rückforderungsanspruchs möglicherweise vor Verjährungseintritt eintreten kann. Nicht in Frage gestellt wurde indes, dass für den Beginn des Zeitmoments auf den Zeitpunkt der Leistung abzustellen ist.

Auch das Urteil des OLG Düsseldorf vom 22. Februar 2012 (VI-2 U (Kart) 2/11, juris) zur Überprüfbarkeit von Netzdurchleitungsentgelten und deren Rückforderung führt zu keiner anderen Bewertung. Soweit dort die Verwirkung bejaht wurde, beruht dies darauf, dass durch die späte erstmalige Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen durch die Klägerin die dortige Beklagte an der Verfolgung eigener Rückzahlungsansprüche gegenüber der Klägerin bzw. deren Schwes-tergesellschaften gehindert wurde. Bei der Bestimmung des für das Zeitmoment maßgeblichen Zeitraums stellt indes auch das OLG Düsseldorf für dessen Beginn auf den Zeitpunkt der „Entstehung von Rückzahlungsansprüchen“ ab.

b) 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 dem Jahr 2010 und jeweils ohne nochmalige Überprüfung deren Voraussetzungen gezahlt wurde, die Annahme der Verwirkung nicht rechtfertigen.

aa) Die bloße Untätigkeit der Klägerin in den Jahren 2013 bis 2015 reicht nach den oben dargelegten Maßstäben zur Annahme des Umstandsmoments nicht aus. Dass die Klägerin selbst Kenntnis des Schriftwechsels aus dem Jahr 2010 zwischen der ... GmbH und der Beklagten hatte oder in irgendeiner Weise durch eigene Handlungen das Vertrauen der Beklagten gestärkt hat, nicht mit Rückforderungsansprüchen konfrontiert zu werden, behauptet die Beklagte nicht. Die Kenntnis der Klägerin von dem Gutachten des Sachverständigen ... reicht als solche nicht aus.

bb) Die Annahme des Umstandsmoments würde hier danach die Zurechnung des Verhaltens der ... GmbH voraussetzen. Eine solche scheidet indes aus.

Bei missbilligem Verhalten des Rechtsvorgängers ist zwischen Gesamt- und Einzelrechtsnachfolge zu unterscheiden. Im Falle der Gesamtrechtsnachfolge treffen die Wirkungen des Rechtsmissbrauchs den Rechtsnachfolger uneingeschränkt, da er in die Rechtsposition seines Vorgängers eintritt. Für die Einzelrechtsnachfolge existiert ein solcher Grundsatz nicht, sodass der Nachfolger die Rechtsfolgen der unzulässigen Rechtsausübung grundsätzlich nur dann gegen sich gelten lassen muss, wenn er die sie begründenden Umstände kannte. Etwas Anderes gilt nur bei der Forderungsabtretung wegen § 404 BGB (Staudinger/Looschelders/Olzen (2019) BGB § 242 Rn. 232; MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2019, BGB § 242 Rn. 235 BeckOK-BGB/Sutschet [01.08.2020] § 242 Rn. 55).

Zwischen den Parteien besteht ein, von dem Rechtsverhältnis zwischen der ... GmbH und der Beklagten unabhängiges, gesetzliches Schuldverhältnis (§ 4 EEG 2014, § 7 EEG 2017). Die Klägerin als neue Konzessionsinhaberin ist nicht Rechtsnachfolgerin der ... GmbH geworden. Ein der Gesamtrechtsnachfolge gleichzustellender Parteiwechsel, der ausnahmsweise eine Zurechnung erlauben würde, hat damit hier nicht stattgefunden. Der Umstand, dass die Beklagte keinen Einfluss auf den Wechsel des Netzbetreibers hatte, vermag daran nichts zu ändern.

Die beiden vom Landgericht zitierten Urteile (BGH, Urteil vom 19.10.2005, XII ZR 224/03; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.12.2016, 12 U 137/16) können die gegenteilige Auffassung des Landgerichts nicht stützen, denn zur hier maßgeblichen Frage der Zurechnung verhalten sie sich nicht.

cc) Selbst wenn man unterstellt, dass der Klägerin das Verhalten der ... GmbH zugerechnet werden könnte, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen. Auch dann wäre das Umstandsmoment im Streitfall zu verneinen, da nicht festgestellt werden kann, dass die Beklagte aus dem Verhalten der ... GmbH entnehmen durfte, dass diese einen Rückforderungsanspruch nicht geltend machen würde.

(1) Dies gilt bereits deshalb, weil aus der Kenntnis des Gutachtens ... und der damit zusammenhängenden Prüfvorgänge nicht auf die positive Kenntnis der Mitarbeiter der ... GmbH von der Gesetzwidrigkeit der ausgezahlten Vergütung geschlossen werden kann. Zwar gab es offensichtlich zunächst erhebliche Zweifel am Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf die erhöhte Vergütung. Aus der Tatsache, dass die ... GmbH nach zunächst erfolgter Ablehnung letztlich nach - nochmaliger - Prüfung und hausinterner Absprache doch zur Zahlung der erhöhten Vergütung bereit war, ließe sich auch der Schluss ziehen, dass die Mitarbeiter der ... GmbH gerade nicht mehr von der Fehlerhaftigkeit des Gutachtens und dem Fehlen der Voraussetzungen überzeugt waren, sich vielmehr von den Argumenten der Beklagten im Schreiben vom 09.08.2010 sowie des Sachverständigen im Schreiben vom 11.08.2010 überzeugen ließen.

Ferner kann gerade bei Berücksichtigung des in zweiter Instanz von der Beklagten vorgelegten - unstreitigen und damit zu berücksichtigenden - Inhalts des Schriftwechsels nicht festgestellt werden, dass das Verhalten der ... GmbH das Vertrauen der Beklagten bestärkt hätte, zukünftig nicht mit Rückforderungsansprüchen konfrontiert zu werden. Der vorgelegte Schriftwechsel zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten und der ... GmbH konkretisiert den Vortrag der Beklagten zu den „Diskussionen über die Bescheinigung“. Aus diesem Schriftwechsel lässt sich kein berechtigtes Vertrauen darauf herleiten, dass die erhöhte Einspeisevergütung fortwährend und ohne erneute Prüfung bezogen werden kann. Ein solches Vertrauen war aufgrund des Verhaltens der ... GmbH gerade nicht gerechtfertigt. Denn die ... GmbH hat der Beklagten mit Schreiben vom 27.07.2010 lediglich mitgeteilt: „Nach dem intensiven Schriftwechsel mit Ihnen sowie Ihrem Umweltgutachter werden wir nach hausinterner Abstimmung ihrem Wunsch entsprechen und Ihnen

ab dem 14. Februar 2010 die erhöhte Einspeisevergütung nach dem EEG 2009 § 23 Abs. 2 auszahlen“. Hierdurch hat die Beklagte nicht zum Ausdruck gebracht, an ihrer geäußerten Rechtsauffassung nicht mehr festhalten und auf eine etwaige zukünftige erneute Überprüfung des Sachverhalts endgültig verzichten zu wollen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Schriftwechsel sich nur auf das materielle Prüfungsrecht bezog, nämlich auf die Frage, ob der Einbau eines neuen Feinrechens eine Maßnahme im Sinne von § 23 Abs. 5 Nr. 2 WEG ist, nicht dagegen auf die - im Streitfall fehlende - formelle Eignung der Bescheinigung des Gutachters .... Das Schreiben konnte der Beklagten deshalb auch keinen berechtigten Anlass bieten, von weiteren Maßnahmen, etwa der Einholung eines weiteren Gutachtens, abzusehen.

(2) Ein Vertrauen der Beklagten, dass zu Unrecht gezahlte Beträge nicht zurückgefordert werden, wäre, da die ... GmbH bzw. die Klägerin zur Rückforderung gesetzlich verpflichtet ist, im Übrigen auch nicht schutzwürdig (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 Beklagte konnte nicht davon ausgehen, dass die Klägerin dennoch von einer Rückforderung absehen würde.

Hinzu kommt, dass es grundsätzlich dem Anlagenbetreiber obliegt, sich über die geltende Rechtslage und die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Förderung nach dem EEG zu informieren (BGH, Urteil vom 05. Juli 2017 – VIII ZR 147/16 –, juris Rn. 70). Dieser 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, a.a.O., Rn. 71). Mit dieser Eigenverantwortung des Anlagenbetreibers wäre es nicht zu vereinbaren, wenn die Beklagte sich hier gegenüber dem Rückforderungsgläubiger auf eine unterlassene oder fehlerhaft durchgeführte Prüfung der Fördervoraussetzungen und daraufhin zu Unrecht gezahlte Fördermittel berufen könnte.

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, a.a.O., Rn. 56).

Insgesamt würde sich nach allem auch bei unterstellter Zurechnung der Kenntnis der ... GmbH die Geltendmachung des gesetzlichen Rückforderungsanspruchs hier nicht als mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Illoyalität darstellen.

dd) Schließlich ist darüber hinaus auch nicht feststellbar, dass sich die Beklagte im Vertrauen auf das Verhalten der Klägerin so eingerichtet hat, dass ihr durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde. „Einrichten“ bedeutet, dass der Verpflichtete etwa Vermögensdispositionen getroffen hat, gerade weil er nicht damit rechnete, noch in Anspruch genommen zu werden. Die beträchtliche Höhe eines verspätet geltend gemachten Anspruchs ist allein nicht ausreichend. Eine unzumutbare Härte setzt die Darlegung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Verpflichteten voraus (OLG Hamm, a.a.O., Rn. 60).

Ausreichender Vortrag der Beklagten dazu fehlt. Dass die Beklagte im Vertrauen darauf, die streitgegenständliche Bescheinigung werde nicht (mehr) angezweifelt, Vermögensdispositionen vorgenommen hätte, ist nicht vorgetragen. Genauso wenig wird behauptet, dass die Rückzahlung des Klagebetrages eine ihr im Hinblick auf ihre Vermögensverhältnisse nicht zumutbare Härte darstellen würde. Die derzeit und bis auf weiteres geltende Reduktion der Vergütung der Beklagten von 11,67 Cent/kWh auf 7,67 Cent/kWh ist allein durch ihre Größenordnung jedenfalls entgegen dem Vortrag der Beklagten nicht geeignet, einen unzumutbaren Nachteil zu begründen.

Hinzu kommt, dass die Zahlung der erhöhten Vergütung auf 20 Jahre befristet ist, während die Vergütung von 7,67 Cent/kWh nach dem EEG 2000, auf die die Beklagte in jedem Fall Anspruch hat, unbefristet ist. Eine wirtschaftliche Härte ist auch aus diesem Grund nicht ohne weiteres ersichtlich. Soweit die Beklagte dem lediglich entgegenhält, dass nicht abzusehen sei, wie sich die Vergütung nach dem EEG in Zukunft entwickeln werde, ist dies jedenfalls nicht geeignet, eine unzumutbare Härte darzutun.

Soweit das Landgericht davon ausgegangen ist, dass die Beklagte es im Vertrauen darauf, dass die streitgegenständliche Bescheinigung nicht (mehr) angezweifelt werde, unterlassen hat, diese Bescheinigung einer Nachprüfung zu unterziehen oder eine neue Bescheinigung einzuholen, ist in einem solchen Unterlassen eine schutzwürdige Vermögensdisposition nicht zu erkennen. Dies gilt bereits deshalb, weil die Beklagte Entsprechendes nicht behauptet hatte. Angesichts der Eigenverantwortung des Anlagenbetreibers und Subventionsempfängers wäre ein solches Unterlassen auch nicht schutzwürdig.

5. Der Zinsanspruch ist nur teilweise begründet.

Verzugszinsen aus der Klagesumme können seit Verzugseintritt am 08.12.2018 nur in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verlangt werden, §§ 286 Abs. 1 Satz 1, 288 Abs. 1 BGB. Der Rückforderungsanspruch stellt keine Entgeltforderung i.S.v. § 288 Abs. 2 BGB dar, denn er ist nicht auf die Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für eine Leistung gerichtet (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2017 – XI ZR 362/15 –, BGHZ 216, 274-288, juris Rn. 46 für den Bereicherungsanspruch; Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 286 Rn. 27, § 288 Rn. 8).

6. 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.

Verkündet am 11.11.2020

...  
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

...  
Vorsitzende Richterin  
am Oberlandesgericht

...  
Richter  
am Oberlandesgericht

...  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Leisatz

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.