


juris

Langtext

<b>Gericht:</b>	Brandenburgisches Oberlandesgericht 6. Zivilsenat	<b>Quelle:</b>	
<b>Entscheidungsdatum:</b>	03.03.2015	<b>Normen:</b>	§ 6 Nr 1a EEG 2009, § 16 Abs 1 EEG 2009, § 16 Abs 6 EEG 2009, § 22 Abs 1 EEG 2009, § 66 Abs 1 Nr 1 EEG 2009, § 387 BGB, § 389 BGB, § 812 Abs 1 S 1 BGB, § 814 BGB
<b>Aktenzeichen:</b>	6 U 55/13		
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil		

**Erneuerbare Energien: Anspruch eines Anlagebetreibers auf  
Einspeisevergütung; Rückzahlungsanspruch des  
Netzbetreibers wegen nicht vorhandener technischer  
Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der  
Einspeiseleistung**

### Tenor

Auf die Berufungen der Beklagten und der Klägerin wird das am 20. Februar 2013 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt/Oder – 13 O 332/12 – teilweise abgeändert und unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Beklagten insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 218.338,56 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 167.139,69 € ab dem 16. August 2012 und aus weiteren 51.198,87 € seit dem 4. Januar 2013 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Auf die Hilfswiderklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 94.004,16 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31. Januar 2013 zu zahlen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin 22 % und die Beklagte 78 % zu tragen.

Die Kosten der Berufung werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei darf die gegen sie gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

### Gründe

#### I.

- 1 Die Klägerin betreibt einen Windpark mit drei vor dem 01.01.2009 errichteten Windkraftanlagen in W..., N..., welche die Leistungsgrenze von 100 kWh überschreiten.
- 2 Mit der Klage verlangt sie die Einspeisevergütung für in das Netz der Beklagten in dem Zeitraum Januar 2012 bis September 2012 unstrittig eingespeisten Strom. Die

Parteien streiten über die Vergütungspflicht der Beklagten für den von der Klägerin eingespeisten Strom für den Zeitraum Januar 2011 bis einschließlich August 2011. Für diesen Zeitraum macht die Beklagte die Rückzahlung von ihr rechtsgrundlos geleisteter Vergütung geltend.

- 3 Der Rechtsvorgänger der Klägerin und die Beklagte schlossen unter dem 31.01./10.02.2005 einen Einspeisevertrag (Anlage B 7), auf den wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird. Nach Ziffer 8.1 des Einspeisevertrages verpflichtete sich die Beklagte, für den von dem Anlagenbetreiber in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom die Mindestvergütung gemäß dem EEG in der jeweils geltenden Fassung zu zahlen.
- 4 Unter Ziffer 8.3 des Vertrages heißt es:
- 5 „Die Vergütung erfolgt vorläufig, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht entsprechend den Regelungen im EEG insbesondere unter dem Vorbehalt der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit hinsichtlich nationalen und internationalen Rechts (z. B. Verfassungsmäßigkeit, EU-Beihilferecht). Eine Rückforderung zuviel gezahlter Beträge bleibt insofern vorbehalten.“
- 6 Unter Ziffer 9.2 heißt es:
- 7 „Der Anlagenbetreiber sichert E... zu, Betreiber der Erzeugungsanlage und Anspruchsberechtigter hinsichtlich des von ihm beanspruchten Vergütungssatzes gemäß EEG zu sein. Dem Anlagenbetreiber ist bekannt, dass ihm anderenfalls keine Ansprüche auf Einspeisung und Vergütung bzw. auf den beanspruchten Vergütungssatz aus diesem Vertrag zustehen. Sollte sich nachträglich herausstellen, dass die in den Sätzen 1 und 2 genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, stehen E... Rückzahlungsansprüche im Umfang der nach diesem Vertrag geleisteten EEG-Vergütungen zu, die von dem Anlagenbetreiber mit 8 % über dem Basiszinssatz ab dem Zeitpunkt der Auszahlung der Vergütung an den Anlagenbetreiber zu verzinsen sind.“
- 8 In diesen Vertrag ist die Klägerin durch dreiseitige Vereinbarung vom April 2005 (Anlage B 8) eingetreten.
- 9 Mit Schreiben vom 28.07.2010 (Anlage B 1) und vom 15.12.2010 (Anlage B 2) informierte die Beklagte die Klägerin darüber, dass sie ab dem 01.01.2011 die Vorgaben des § 6 EEG 2009 zu erfüllen habe und ihre Anlagen über eine technische oder betriebliche Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung verfügen müssten, andernfalls gemäß § 16 Abs. 6 EEG 2009 kein Anspruch auf Vergütung bestünde. Mit Schreiben vom 15.12.2010 bot die Beklagte ferner an, bis zur Ausrüstung der Anlage mit einem sogenannten Funkrundsteuerempfänger als technischer Einrichtung im Sinne des § 6 EEG 2009 für eine „Übergangsphase“ die Vorgaben des § 6 EEG 2009 durch eine betriebliche Lösung umzusetzen, bei der ihr eine Telefaxnummer oder eine E-Mailadresse zur Verfügung gestellt werde, über die jederzeit eine Regelung der Anlagen ermöglicht werde.
- 10 Der Einbau eines Funkrundsteuerempfängers erfolgte bis zum 01.01.2011 nicht. Die Klägerin entschied sich aus diesem Grunde dafür, für die Übergangszeit eine Handschaltung durch den von ihr beauftragten Anlagenbetreuer, Herrn F..., zur Verfügung zu stellen. Sie trug die E-Mailadresse und die Faxnummer des Herrn F... auf einem von der Beklagten zur Verfügung gestellten Formularschreiben vom 30.12.2010 (Anlage K 6) ein. Der Zugang dieses Schreibens bei der Beklagten ist streitig.
- 11 Mit Schreiben vom 06.01.2011 (Anlage K 7) bat die Klägerin die Beklagte um Übersendung eines Funkrundsteuerempfängers und wies darauf hin, dass Herr F... bis zum Einbau bei Bedarf die Anlagen von Hand abschalten werde und notfalls die Anlagen über den vorhandenen Rundsteuerempfänger in der Übergabestation abgeschaltet werden könnten. Mit Kaufvertrag vom 09.02./15.02.2011 (Anlage K 8)

- erwarb die Klägerin von der Beklagten den für die technische Einrichtung erforderlichen Funkrundsteuerempfänger.
- 12 Mit E-Mail vom 25.03.2011 übersandte Herr F.. im Auftrag der Klägerin „ein Abnahmeprotokoll für die Betriebsbereitschaft ... des FRSE“ (Anlage K 10). Die Beklagte teilte daraufhin mit, dass ein Abnahmetest in 2011 erfolgen werde (Anlage K 11).
  - 13 Mit Schreiben vom 29.04.2011 (Anlage B 5) kündigte die Beklagte an, die Vergütungszahlung rückwirkend zum 01.01.2011 einzustellen. Die Einspeisevergütung für den in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom wurde durch die Beklagte jedoch auch in der Folgezeit in voller Höhe weitergezahlt. Insgesamt zahlte die Beklagte an die Klägerin für den Zeitraum Januar 2011 bis August 2011 den Betrag von 224.840,73 €.
  - 14 Am 01.09.2011 fand eine technische Abnahme des Funkrundsteuerempfängers durch die Beklagte statt. Mit Schreiben vom 05.09.2011 teilte die Beklagte mit, dass sie die Zahlung der Einspeisevergütung für die Zeit ab dem 01.09.2011 wieder aufnehme.
  - 15 Im Februar 2012 korrigierte die Beklagte ihre Abrechnungen und schrieb der Klägerin für den Zeitraum Januar 2011 bis August 2011 nur noch die vermiedenen Netzentgelte nach § 18 StromNEV in Höhe von 6.110,15 € gut. Die Differenz von 218.730,58 € verrechnete sie mit der Einspeisevergütung für die Klägerin für den Zeitraum Februar 2012 bis September 2012.
  - 16 Im Übrigen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen.
  - 17 Die Klägerin hat geltend gemacht, ein schnelles Abschalten der Anlagen für den Fall der Netzüberlastung sei für den Zeitraum ab dem 01.01.2011 durch den von ihr beauftragten Anlagenbetreuer F.. gewährleistet gewesen. Dieser sei 24 Stunden am Tag und 7 Tage in der Woche jederzeit erreichbar gewesen und hätte bei Bedarf die Anlage per Hand abschalten können.
  - 18 Die Klägerin hat beantragt,
    - 19 die Beklagte zu verurteilen, an sie 218.338,56 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 16.08.2012 zu zahlen.
  - 20 Die Beklagte hat beantragt,
    - 21 die Klage abzuweisen.
  - 22 Sie hat geltend gemacht, die Klageforderung sei im Wege der Aufrechnung mit Gegenforderungen wegen rechtsgrundloser Leistung gemäß § 398 BGB erloschen. Die Anlagen der Klägerin hätten im Zeitraum von Januar 2011 bis August 2011 nicht über eine betriebliche Einrichtung im Sinne des § 6 Nr. 1 EEG 2009 verfügt. Der Anlagenbetreuer Herr F.. sei einer solchen betrieblichen Einrichtung nicht gleichzusetzen. Durch dessen Einsatz habe eine jederzeitige Regelung der Anlage nicht sichergestellt werden können. Dessen Büro sei – unstrittig – ca. 3 km vom Anlagenstandort entfernt, ferner könne von dessen ständiger Einsatzbereitschaft insbesondere nachts und an Wochenenden nicht ausgegangen werden. Im Übrigen habe sie das Schreiben der Klägerin vom 30.12.2010, mit dem die Telefaxnummer und E-Mailadresse des Büros F.. mitgeteilt worden sei, nicht erhalten.
  - 23 Für den Fall unzulässiger Aufrechnung im Hinblick auf § 22 EEG 2009 hat die Beklagte Hilfswiderklage erhoben mit dem Antrag,
    - 24 die Klägerin zu verurteilen, an sie 218.730,58 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

- 25 Die Klägerin hat beantragt,
- 26 die Hilfswiderklage abzuweisen.
- 27 Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Beklagte zur Zahlung von 194.636,21€ nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen.
- 28 Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die unstreitige Klageforderung in Höhe von 218.338,56 € sei infolge der Aufrechnung der Beklagten in Höhe von 24.104,37 € erloschen, so dass ein Zahlungsanspruch von 194.626,21 € verbleibe. § 22 Abs. 1 EEG 2009 stehe der Aufrechnung nicht entgegen. Es liege eine unbestrittene Gegenforderung der Beklagten vor, da die für die rechtliche Bewertung des Rückforderungsanspruchs der Beklagten maßgeblichen Tatsachen feststünden. Der Rückforderungsanspruch resultiere aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB hinsichtlich der Vergütung ab Januar 2011. Die Anlagen der Klägerin hätten ab dem 01.01.2011 weder über eine technische noch über eine betriebliche Einrichtung zur Reduzierung der Einspeiseleistung verfügt. Die Möglichkeit einer telefonischen Anweisung zur Abschaltung der Einspeisung stehe hier einer betriebliche Einrichtung im Sinne von § 6 Ziff. 1 EEG 2009 nicht gleich. Für die Zeit ab dem 01.05.2011 sei eine Rückforderung jedoch nach § 814 BGB ausgeschlossen, denn die Beklagte habe, wie sich aus ihrem Schreiben vom 29.04.2011 ergebe, in Kenntnis der Nichtschuld geleistet. Der danach nicht gerechtfertigte Vergütungsanspruch von 49.697,41 € sei nicht in vollem Umfang als aufrechenbare Gegenforderung zu berücksichtigen, sondern nur abzüglich des marktüblichen Strompreises für den unstreitig eingespeisten Strom sowie der Messkosten. Es sei als aufrechenbare Gegenforderung der Beklagten nur ein Betrag von 24.104,37 € gerechtfertigt.
- 29 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.
- 30 Gegen das ihnen jeweils am 19.03.2013 zugestellte Urteil haben sowohl die Klägerin als auch die Beklagte Berufung eingelegt. Die Beklagte hat ihre am 25.03.2013 eingegangene Berufung nach entsprechender Fristverlängerung mit einem am 18.06.2013 eingegangenen Schriftsatz begründet. Die Klägerin hat ihrerseits mit einem am 17.04.2013 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit dem am 17.05.2013 eingegangenen Schriftsatz begründet.
- 31 Die Klägerin verfolgt die Klageforderung in vollem Umfang weiter und vertritt nach wie vor die Auffassung, mit der Bereitstellung des Anlagenbetreuers F.. habe eine zulässige betriebliche Einrichtung im Sinne des § 6 Ziff. 1 EEG 2009 vorgelegen. Das Erfordernis des freien Zugriffs des Netzbetreibers sei – anders als bei § 6 Nr. 1 b EEG 2009 – nicht zwingend erforderlich. Die Beklagte verhalte sich zudem treuwidrig, wenn sie einerseits ihr die Möglichkeit einer betrieblichen Einrichtung eröffne und andererseits sich im Nachhinein darauf berufe, die Voraussetzungen seien nicht eingehalten.
- 32 Die Beklagte greift das landgerichtliche Urteil nur insoweit an, als sie zu einer Zahlung von mehr als 124.334,40 € verurteilt worden ist. Ihr Rückforderungsanspruch sei nicht ab Mai 2011 gemäß § 814 BGB ausgeschlossen. Das Landgericht habe verkannt, dass ihr nach der Regelung in Ziffer 9.2 des Einspeisevertrages ein vertraglicher Rückforderungsanspruch zustehe, so dass § 814 BGB keine Anwendung finde. § 814 BGB sei ohnehin nicht anwendbar, wenn – wie hier – eine Zahlung unter Vorbehalt erbracht werde und der Empfänger nicht darauf habe vertrauen können, die Leistung behalten zu dürfen. Dies sei hier wegen des eindeutigen Wortlauts des Schreibens vom 29.04.2011 der Fall.
- 33 Dem Landgericht sei zuzugeben, dass auf den Rückforderungsanspruch neben den vermiedenen Netzentgelten auch der Wert des gelieferten Stromes anzurechnen sei. Die vom Landgericht vorgenommene Berechnung sei jedoch unzutreffend. Für die Berechnung des zu berücksichtigenden Vorteils seien nicht die Marktpreise zum Zeitpunkt der Einspeisung des Stroms entscheidend, sondern der im Rahmen der

Lieferung erzielte Nutzen. Es seien diejenigen Vorteile in Abzug zu bringen, die sie, die Beklagte, als ersparte Aufwendungen infolge der nicht vergütungsfähigen Stromlieferungen der Klägerin erzielt habe. Für die Berechnung sei zu unterscheiden zwischen dem Einspeisezeitraum Januar bis Juni 2011 und Juli und August 2011. Die Rücklieferung der Strommengen für den Einspeisezeitraum Januar bis Juni 2011 sei im September 2012 abgewickelt worden. Sie, die Beklagte, habe sich den Einkauf anderer Strommengen zum Marktpreis (Stand September 2012) von 4,58 Ct/kWh erspart. Bei einer unstreitig erfolgten Einspeisung von 1.635.185 kWh in diesem Zeitraum errechne sich ein Vorteil von brutto 89.120,85 €.

- 34 Hinsichtlich der Strommengen für Juli und August 2011 seien die PHELIX-Marktpreise zugrunde zu legen. Danach errechne sich bei einer unstreitig gegebenen Einspeisemenge von 599.010 kWh ein Vorteil von brutto 35.605,57 €.
- 35 Insgesamt ergebe sich damit ein Vorteil von 124.726,42 €, maximal aber von 143.006,43 €. Nach Aufrechnung der Beklagten verbleibe somit ein Anspruch der Klägerin nur noch in Höhe von 124.334,40 €, maximal aber in Höhe von 142.614,17 €.
- 36 (Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf die Berufungsbegründungsschrift der Beklagten Bezug genommen.)
- 37 Die Klägerin beantragt,
- 38 unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen,
- 39 an sie weitere 23.702,35 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß §§ 247 BGB seit dem 16.08.2012 zu zahlen,
- 40 Die Beklagte beantragt,
- 41 die Berufung der Klägerin zurückzuweisen,
- 42 das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit sie verurteilt worden ist, einen Betrag von mehr als 124.340,40 € zu zahlen;
- 43 hilfsweise für den Fall der Unwirksamkeit der Aufrechnung,
- 44 die Klägerin zu verurteilen, an sie 94.004,16 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 45 Die Klägerin beantragt,
- 46 die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.
- 47 Der Klägerin ist im Termin zur mündlichen Verhandlung nachgelassen worden, zum Zeitpunkt der Ausstattung ihrer Anlagen mit der in § 6 Nr. 1 a EEG 2009 genannten technischen Einrichtung ergänzend vorzutragen.
- 48 Mit Schriftsatz vom 09.02.2015 hat die Klägerin vorgetragen, entgegen bisherigen Vortrags sei Herr F.. imstande gewesen, die Anlage bei Bedarf jederzeit online herunterzufahren und vom Netz zu nehmen. Durch die ständige Rufbereitschaft des Herrn F.. und seiner Tochter sei eine 24 Stunden-Erreichbarkeit an allen Tagen der Woche sichergestellt.
- 49 Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze, die zu den Gerichtsakten eingereichten Unterlagen und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 20.01.2015 Bezug genommen.

## II.

- 50 Beide Berufungen sind zulässig, insbesondere form- und fristgerecht gemäß den §§ 517 ff. ZPO eingelegt und begründet worden.

- 51 Die Berufung der Klägerin ist in vollem Umfang begründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf Einspeisevergütung in der geltend gemachten Höhe von 218.338,56 € zu (dazu unter 1.).
- 52 Die Berufung der Beklagten ist unbegründet, soweit sie mit der Berufung die Abweisung der Klage über einen Betrag von 124.334,40 € hinaus begehrt. Hinsichtlich der mit der Hilfswiderklage verfolgten Rückzahlung geleisteter Vergütung hat die Berufung der Beklagten hingegen Erfolg (dazu unter 2.).

**1.**

- 53 Der Klägerin steht für den geltend gemachten Zeitraum Februar 2012 bis September 2012 ein Anspruch auf Einspeisevergütung in Höhe von 218.338,56 € aus §§ 16 Abs. 1, 66 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 in Verbindung mit dem Einspeisevertrag der Parteien zu.

**a)**

- 54 Der Vergütungsanspruch der Klägerin für den streitgegenständlichen Zeitraum ist zwischen den Parteien sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach unstrittig.
- 55 Der Anspruch ist nicht durch Aufrechnung teilweise erloschen (§§ 387, 389 BGB). Die Aufrechnung der Beklagten ist gemäß § 22 Abs. 1 EGG 2009 unzulässig.
- 56 Nach § 22 Abs. 1 EEG 2009 ist die Aufrechnung mit einer Forderung des Netzbetreibers nur zulässig, soweit die Forderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist. Im Streitfall ist die von der Beklagten geltend gemachte Forderung auf Rückzahlung zu Unrecht geleisteter Vergütung nicht unbestritten. Unbestritten ist eine Forderung, wenn sie entweder vom Anlagenbetreiber anerkannt ist oder innerhalb einer bestimmten Frist von sechs bis acht Wochen nach Geltendmachung Einwendungen nicht erhoben worden sind (vgl. Altrock/Oschmann/Theobald, EEG 3. Aufl., § 22 Rn. 9; Salje, EEG 5. Aufl., § 22 Rn. 15). Die Klägerin hat gegen den Rückforderungsanspruch der Beklagten bereits Einwendungen gegen den Grund der Forderung erhoben. Zwar ist zutreffend, dass die Klägerin zunächst dem Schreiben der Beklagten vom 29.04.2011, mit der diese die rückwirkende Einstellung der Vergütungszahlungen angekündigt hat, nicht widersprochen hat. Dazu bestand jedoch auch keine Veranlassung, weil die Beklagte entgegen ihrer Ankündigung in diesem Schreiben die Vergütungszahlungen weiter in voller Höhe geleistet hat. Erst nachdem die Beklagte im Februar 2012 mit der Stornierung der bisherigen Abrechnungen ihre Ankündigung in die Tat umgesetzt hat, hat die Klägerin alsbald mit Schreiben vom 20.03.2012 und vom 11.05.2012 (Anlage K 29, Bl. 44 GA) der Vorgehensweise der Beklagten widersprochen. Die Gegenforderung der Beklagten war somit zum Zeitpunkt der jeweiligen Vornahme der Verrechnungen mit den ab Februar 2012 anfallenden Einspeisevergütungen nicht unbestritten.
- 57 Da es sich bei § 22 Abs. 1 EGG 2009 um ein gesetzliches Aufrechnungsverbot handelt, kommt entgegen der Auffassung des Landgerichts eine Gleichsetzung mit entscheidungsreifen Gegenforderungen wie bei einem vertraglich vereinbarten Aufrechnungsverbot nicht in Betracht (vgl. Altrock/Oschmann/Theobald, a.a.O. Rn. 11). Hätte der Gesetzgeber die Ausnahme vom Aufrechnungsverbot auch auf entscheidungsreife Forderungen erstrecken wollen, hätte er dies in der Vorschrift ausdrücklich zum Ausdruck bringen müssen.
- 58 Es ist folglich die Klageforderung in voller Höhe zuzusprechen und über die von der Beklagten erhobene Hilfswiderklage zu entscheiden.

**b)**

- 59 Der Zinsanspruch folgt aus den §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 2 BGB. Da die Vergütungsforderungen für den Zeitraum 1. Juli 2012 bis 30. September 2012 nicht Gegenstand des vorgerichtlichen Mahnschreibens der Klägerin vom 31.07.2012 (Anlage K 30, Bl. 45 ff. GA) waren, ist Verzug der Beklagten hinsichtlich dieser

Vergütungsforderung erst mit Rechtshängigkeit der Klage eingetreten.

**2.**

60 Die Hilfswiderklage der Beklagten ist begründet. Der Beklagten steht ein Rückzahlungsanspruch auf zu Unrecht geleistete Vergütung in der in der Berufungsinstanz noch geltend gemachten Höhe von 94.004,16 € sowohl nach den vertraglichen Regelungen des Einspeisevertrages als auch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB zu.

**a)**

61 Die Hilfswiderklage ist zulässig. Da die Beklagte bereits in erster Instanz für den Fall der Unzulässigkeit der Aufrechnung Hilfswiderklage erhoben hat, über die das Landgericht nach der von ihm vertretenen Rechtsansicht nicht zu entscheiden brauchte, liegt kein Fall des § 533 Satz 1 ZPO vor.

**b)**

62 Die Voraussetzungen eines vertraglichen Rückzahlungsanspruches der Beklagten aus Ziffer 9.2 des Einspeisevertrages vom 31.01./10.02.2005 liegen vor. Der Klägerin standen für den Zeitraum Januar bis August 2011 nach § 16 Abs. 6 EEG 2009 keine Vergütungsansprüche zu, da die Klägerin in diesem Zeitraum die Voraussetzungen des § 6 Nr.1 EEG 2009 nicht erfüllt hat.

63 Gemäß § 6 Nr. 1 EEG 2009 sind Anlagenbetreiber verpflichtet, Anlagen, deren Leistung 100 kWh übersteigt, mit einer technischen oder betrieblichen Einrichtung a) zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeisung bei Netzüberlastung und b) zur Abrufung der jeweiligen Ist-Einspeisung auszustatten, auf die der Netzbetreiber zugreifen darf. Gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 sind die genannten Anforderungen an den Netzanschluss ab dem 01.01.2011 auch für Altanlagen zu beachten. Als Rechtsfolge führt § 16 Abs. 6 EEG 2009 zu einem zeitlich begrenzten, aber endgültigen Entfall der Vergütung, bis die Pflichten aus § 6 Nr. 1 EEG 2009 erfüllt werden (vgl. Kammergericht, Beschluss vom 09.07.2012 – 23 U 71/12, zitiert nach juris Rn. 4 m.w.N.; OLG Naumburg, Urteil vom 21.11.2013 – 2 U 19/13 (KART), zitiert nach juris Rn. 33).

64 Die Klägerin hat im streitgegenständlichen Zeitraum Januar bis August 2011 ihre Verpflichtungen aus § 6 Nr. 1 a) EGG 2009 nicht erfüllt.

**aa)**

65 Die Anlagen der Klägerin verfügten in diesem Zeitraum nicht über eine technische Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung. Die Klägerin, die sowohl für die Voraussetzungen ihres geltend gemachten Vergütungsanspruches als auch die Einhaltung der Voraussetzungen des § 6 Nr. 1 EEG 2009 darlegungspflichtig ist, hat nicht hinreichend dargelegt, dass der Funkrundsteuerempfänger als technische Einrichtung im Sinne des § 6 Nr. 1 a) EEG 2009 vor der seitens der Beklagten erfolgten Abnahme (01.09.2011) funktionstüchtig war und somit eine technische Einrichtung vorlag.

66 Für den Zeitraum Januar bis März 2011 ist zwischen den Parteien unstreitig, dass eine funktionsfähige technische Einrichtung nicht vorlag, weil der Funkrundsteuerempfänger in diesem Zeitraum noch nicht eingebaut war.

67 Betreffend den Zeitraum ab April 2011 fehlt hinreichender Vortrag der Klägerin. Diese beruft sich lediglich darauf, dass mit dem Einbau des Funkrundsteuerempfängers und der entsprechenden Mitteilung an die Beklagte per E-Mail des Herrn F.. vom 25.03.2011 (Anlage K 10) sie allen ihr nach § 6 Nr. 1 EEG 2009 obliegenden Pflichten Genüge getan habe, also Abnahmereife vorgelegen habe und allein wegen schuldhaften Verstoßes der Beklagten gegen deren Mitwirkungspflichten die geforderte

technische Einrichtung erst zum 01.09.2011 funktionstüchtig gewesen sei. Das ist unzureichend. Die E-Mail vom 25.03.2011 bezieht sich lediglich auf eine Montage und damit verbundene Abnahme der Auftraggeberin (Klägerin) sowie auf ein Foto des Montageortes.

- 68 Damit lässt sich nicht feststellen, dass bereits zu diesem Zeitpunkt die Klägerin sämtliche ihr nach § 6 Nr. 1 a) EEG 2009 obliegenden Verpflichtungen erfüllt hat. Die Beklagte hatte bereits mit der Klageerwidlungsschrift vom 30.01.2013 geltend gemacht, der Funkrundsteuerempfänger sei erst zu Anfang September 2011 „scharf geschaltet“ gewesen, also unter Spannung gestanden bzw. betriebsbereit für die Einbindung in das Netz der Beklagten gewesen, dann sei die Abnahme durch die Beklagte erfolgt. Es obliegt der Klägerin im Einzelnen darzutun, welchen Voraussetzungen die Einbindung des installierten Empfängers in das Netzsicherheitssystem der Beklagten unterlegen hat und dass bzw. wann sie die in ihren Verantwortungsbereich fallenden Voraussetzungen erfüllt hat.
- 69 Die Klägerin ist im Termin zur mündlichen Verhandlung auf den bislang unzureichenden Vortrag hingewiesen und ihr ergänzender Vortrag zum Zeitpunkt der Ausstattung ihrer Anlagen mit der geforderten technischen Einrichtung nachgelassen worden. Innerhalb eingeräumter Frist zur Stellungnahme hat die Klägerin jedoch keinen weiteren Vortrag zur Fertigstellung der technischen Einrichtung gehalten. Ihr Vorbringen im Schriftsatz vom 09.02.2015 betrifft allein das Vorliegen einer betrieblichen, nicht jedoch einer technischen Einrichtung.

#### **bb)**

- 70 Die Anlagen der Klägerin verfügten im Zeitraum Januar bis August 2011 auch nicht über eine äquivalente betriebliche Einrichtung.
- 71 Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, stellt die Beauftragung des Herrn F..., die Anlagen bei Bedarf von Hand abzuschalten, keine funktionsäquivalente Einrichtung im Sinne des § 6 Nr. 1 a) EEG 2009 dar. Voraussetzung dafür ist, dass der Anlagenbetreiber und die von ihm beauftragte dritte Person zu jeder Zeit das Signal des Netzbetreibers entgegennehmen können, direkten Zugriff auf die zu regelnde Anlage haben und die Regelung der Anlage unmittelbar nach dem Signalempfang durchführen (vgl. Empfehlung der Clearingstelle vom 04.10.2010, Az. 2010/5, Ziffer 8). Diese Voraussetzungen sind in der Person des Herrn F.. nicht gegeben. Dessen Büro ist ca. 3 km vom Anlagenort entfernt und, wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat, erscheint es lebensfremd, dass Herr F..., wie von der Klägerin behauptet, 24 Stunden am Tag und sieben Tage in der Woche erreichbar war. Ein Mitarbeiter, der erst im Bedarfsfall aktiviert werden muss, um einige Kilometer zur Anlage zurückzulegen und manuelle Regulierungen vorzunehmen, stellt keine funktionsadäquate Alternative zur technischen Einrichtung dar.
- 72 Soweit die Klägerin nunmehr mit Schriftsatz vom 09.02.2015 erstmals vorgetragen hat, Herr F.. sei online jederzeit in der Lage gewesen, die Anlagen sofort herunterzufahren und vom Netz zu nehmen ohne sich zum Ort der Anlagen selbst begeben zu müssen, ferner, dass eine ständige Erreichbarkeit des Herrn F..., wie bei Leitstellen größerer Kraftwerke üblich, sichergestellt gewesen sei, ist dieser Vortrag gemäß den §§ 283, 296 a ZPO nicht mehr zu berücksichtigen. Der Klägerin war eine Frist zur Stellungnahme lediglich zu den Voraussetzungen einer technischen Einrichtung gewährt worden, nicht jedoch betreffend das Vorliegen einer betrieblichen Einrichtung. Eine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO besteht nicht.

#### **cc)**

- 73 Der Rückforderungsanspruch der Beklagten ist auch nicht nach § 814 BGB ausgeschlossen.



74 § 814 BGB greift im Streitfall bereits deshalb nicht ein, weil sich die Beklagte in Ziffer 9.2 des Einspeisevertrages die Rückforderung zu Unrecht gezahlter Vergütung ausdrücklich für den Fall vorbehalten hat, dass der Anlagenbetreiber nicht Anspruchsberechtigter auf die Vergütung nach den Vorschriften des jeweils geltenden EEG ist. Darüber hinaus konnte bei der Klägerin im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut des Schreibens der Beklagten vom 29.04.2011 bereits von vornherein kein Vertrauen dahingehend entstehen, die gezahlte Vergütung trotz des Fehlens der Voraussetzungen des § 6 Nr. 1 a) EEG 2009 behalten zu dürfen. Schließlich ist auch nicht ersichtlich, dass der Mitarbeiter der von der Beklagten beauftragten Abrechnungsstelle, der die Auszahlung der Vergütungen veranlasst hat, Kenntnis von der fehlenden Vergütungsverpflichtung der Beklagten hatte. Abzustellen ist insoweit auf die Kenntnis desjenigen, der die Leistung entweder tatsächlich bewirkt oder zumindest angeordnet hat (vgl. OLG Köln, Teilurteil vom 03.04.2009 – 20 U 68/08, zitiert nach juris Rn. 5; OLG Hamm, Urteil vom 12.05.1995 – 20 U 37/95, zitiert nach juris Rn. 7; OLG Braunschweig, Urteil vom 16.10.2014 – 9 U 135/14 Seite 14 f.).

**c)**

75 Ob der Klägerin darüber hinaus Bereicherungsansprüche auf Wertersatz für den in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt., 818 Abs. 2 BGB zustehen, braucht nicht entschieden zu werden. Die Beklagte lässt sich in zweiter Instanz auf die geltend gemachten Rückforderungsansprüche den Wert der durch die Einspeisung der Klägerin erlangten Strommengen anrechnen. Für eine höhere Bereicherung obliegt der Klägerin die Darlegungs- und Beweislast, der sie nicht nachgekommen ist.

**d)**

76 Der Rückzahlungsanspruch der Beklagten besteht demnach in Höhe von 94.004,16 €.

77 Ausgehend von der im Zeitraum Januar 2011 bis einschließlich August 2011 von der Beklagten gezahlten Einspeisevergütung in Höhe von 224.840,73 € ergibt sich unter Berücksichtigung des von der Beklagten ermittelten Gegenwertes für den im Zeitraum bis Juni 2011 bezogenen Strom (1.635.185 kWh x 4,58 Ct/kWh zzgl. Umsatzsteuer) ein Betrag von 89.120,85 € brutto und für den Zeitraum Juli und August 2011 ein solcher von 35.605,57 € brutto, insgesamt also ein Betrag von 124.726,42 €. Dieser ist von der Vergütungsforderung ebenso wie die vermiedenen Netzentgelte nach § 18 StromNEV in Höhe von 6.110,15 € in Abzug zu bringen, so dass ein Restbetrag in Höhe von 94.004,16 € verbleibt.

78 Die Klägerin ist der Berechnungsweise der Beklagten nicht substantiiert entgegengetreten, für einen höheren Saldo zu ihren Gunsten im Rahmen eines etwaigen Bereicherungsausgleichs hat ihr die Darlegungslast obliegen, wie bereits ausgeführt.

79 Der Zinsanspruch rechtfertigt sich nach den §§ 288 Abs.1, 291 S. 1 BGB.

**III.**

80 Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

81 Die Revision war nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.