

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 U 89/11 OLG Naumburg
9 O 40/07 LG Halle

Verkündet am 22. Dezember 2011
gez. Seidler, JHS
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Engel, den Richter am Oberlandesgericht Wiedemann und die Richterin am Oberlandesgericht Joost auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 2011 für Recht erkannt:

I. Die Berufung der Beklagten gegen das am 19. Mai 2011 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 9. Zivilkammer des Landgerichts Halle wird zurückgewiesen.

II. Der Urteilsausspruch wird, wie folgt berichtigt:

1. in Ziffer 1) im Hinblick auf die Höhe des Zinssatzes:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 415.413,88 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten (*statt: Prozent*) über dem Basiszinssatz ... zu zahlen.

2. in Ziffer 2) im Hinblick auf die Höhe des Zinssatzes:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten (*statt: Prozent*) über dem Basiszinssatz ... zu zahlen.

III. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe geleistet hat.

V. Das Urteil des Landgerichts Halle vom 19. Mai 2011 ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A.

Die Klägerin ist ein landwirtschaftliches Unternehmen; sie erzeugt zudem Strom in einem Biogas-Blockheizkraftwerk (*künftig: BHKW*) mit einer installierten Leistung von 180 kW. Sie hat von der Beklagten die Zahlung der nach dem EEG vorgesehenen Vergütung für den in der Zeit vom 11. Mai 2005 bis zum 31. August 2008 im BHKW erzeugten und in das Verteilnetz der Beklagten eingespeisten Strom begehrt. Im Berufungsrechtszug streiten die Prozessparteien lediglich noch über die Berechtigung der Nebenforderungen der Klägerin.

Die Klägerin und die Rechtsvorgängerin der Beklagten als Verteilnetzbetreiberin schlossen am 20. / 27. Dezember 2004 einen Vertrag über den Anschluss des BHKW der Klägerin an

das Verteilnetz sowie über die Einspeisung des dort erzeugten Stroms ins Netz und dessen Vergütung. Gemäß Ziffer 3.3 des Vertrages sicherte die Klägerin zu, dass sie die Energie ausschließlich durch Nutzung von Biomasse i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2004 als Energieträger erzeugen werde. Die Beklagte verpflichtete sich zur Zahlung der nach dem EEG vorgesehenen Mindestvergütung zuzüglich der Sondervergütungen für die Nutzung nachwachsender Rohstoffe (NaWaRo-Bonus) sowie für den Einsatz einer Kraft-Wärme-Kopplungsanlage (KWK-Bonus). Als Abrechnungszeitraum wurde das Kalenderjahr festgelegt; die Schlusszahlungen sollten zum 31. März des Folgejahres fällig werden. Im Übrigen wurden monatlich fixe Abschlagszahlungen auf die EEG-Vergütung vereinbart, die jeweils zum 15. des nachfolgenden Monats fällig werden sollten.

Die Biogasanlage der Klägerin wurde am 29. Dezember 2004 in Betrieb genommen. Bis zum 10. Mai 2005 – in der sog. Anfahrphase – erfolgte die Wärme- und Stromerzeugung aus technologischen Gründen unter Verwendung von fossilem Heizöl. Die Beklagte vergütete diesen Strom in üblicher Höhe für Einspeiser ohne gesetzlichen Vergütungsanspruch. Seit dem 11. Mai 2005 setzte die Klägerin für die Wärme- und Stromerzeugung ein auf der Grundlage der Vergärung von Gülle, Maissilage und Getreide gewonnenes Biogas ein. Die Beklagte zahlte zunächst die vertraglich vereinbarten Abschläge auf die EEG-Vergütung, deren Höhe nicht von der tatsächlichen Einspeisemenge abhängig war.

Am 10. Januar 2006 erstellte die Klägerin auf einem Formblatt der Beklagten einen sog. Jahresnachweis für das Kalenderjahr 2005 zur Bestätigung des gesetzlichen Vergütungsanspruchs nach dem EEG. Dieser Jahresnachweis enthielt Angaben zu den eingesetzten Brennstoffen, darunter auch zu einem Anteil an fossilem Heizöl zur Zünd- und Stützfeuerung in Höhe von 16,67 %, und wurde am 16. Januar 2006 von einem Steuerberater testiert. Mit Schreiben vom 29. Juni 2006 wies die Beklagte die Klägerin darauf hin, dass der Nachweis des gesetzlichen Vergütungsanspruchs nicht erbracht worden sei. Fossile Brennstoffe dürften „... nur dann und in dem Umfang eingesetzt werden, wenn bzw. soweit es für den Betrieb der Anlage erforderlich ...“ sei. Bei einer Zufeuerung aus fossilen Brennstoffen über eine bloße Zünd- und Stützfeuerung hinaus sei der gesetzliche Vergütungsanspruch wegen des Ausschließlichkeitsprinzips in §§ 5 Abs. 1, 8 Abs. 2 EEG 2004 vollständig ausgeschlossen. Die Beklagte vertrat insoweit die Ansicht, dass von einer sog. Mischfeuerung stets dann auszugehen sei, wenn der Anteil fossiler Brennstoffe mehr als 10 % betrage. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2006 bekräftigte sie ihre Ansicht, wonach das technisch notwendige Maß einer Zünd- und Stützfeuerung stets unter einem Brennstoffanteil von 10 % liege. Dies werde bestätigt durch das Produktblatt des Herstellers des von der Klägerin verwendeten Zündstrahlmotors, das einen Zündölverbrauch bei Volllast von unter 9 % ausweise. Die Klägerin nahm darauf hin Kontakt zum Hersteller des BHKW auf und tauschte am 27. Oktober 2006 den vorhandenen Zündstrahlmotor des BHKW gegen einen neuen

aus. Mit Schreiben vom 23. November 2006 legte die Klägerin ihre Jahresrechnung 2005 über 22.420,51 €. Da die Beklagte keine Zahlung auf die Jahresrechnung leistete, hat die Klägerin am 2. Februar 2007 Klage u.a. auf Zahlung des Rechnungsendbetrages erhoben. Für diese Teilforderung hat sie Prozesszinsen in gesetzlicher Höhe ab dem 2. Februar 2007 geltend gemacht.

Am 16. Januar 2007 erstellte die Klägerin den Jahresnachweis für das Kalenderjahr 2006 auf dem Formblatt der Beklagten. Danach betrug der Anteil des fossilen Heizöls an den eingesetzten Brennstoffen 11,9 %. Diese Erklärung wurde am 19. Januar 2007 testiert. Die Klägerin legte am 18. April 2007 die Jahresabrechnung 2006 über 95.238,52 €. Im Termin der mündlichen Verhandlung vom 5. Juli 2007 hat sie die bereits rechtshängige Zahlungsklage u.a. um diesen Betrag erweitert. Für die vorgenannte Teilforderung hat sie Prozesszinsen in gesetzlicher Höhe ab dem 5. Juli 2007 begehrt.

Nachdem das Landgericht die Klage zunächst mit seinem Urteil vom 16. August 2007 abgewiesen und diese Entscheidung auf den Rechtsstandpunkt gestützt hatte, dass eine mit fossilen Brennstoffen betriebene Zünd- und Stützfeuerung einen Anteil von 10 % der eingesetzten Energieträger nicht überschreiten dürfe, stellte die Beklagte die Abschlagszahlungen im September 2007, betreffend den Abschlag für August 2007, sowie für alle Folgemonate ein.

In ihrem Jahresnachweis für das Kalenderjahr 2007 gab die Klägerin den Anteil des fossilen Heizöls an den eingesetzten Brennstoffen mit 10,7 % an. Mit Schriftsatz vom 15. April 2008 rechnete die Klägerin ihre Vergütungsansprüche für 2007 in Höhe von 192.107,70 € ab. Insoweit hat die Klägerin Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe ab vertraglich vereinbarter Fälligkeit zum 31. März 2008 verlangt und sich auf die Entbehrlichkeit einer Zahlungsaufforderung mit Fristsetzung im Hinblick auf eine konkludente endgültige Zahlungsverweigerung berufen.

Am 8. Januar 2009 erstellte die Klägerin den Jahresnachweis für das Kalenderjahr 2008 auf dem Formblatt der Beklagten. Danach betrug der Anteil des fossilen Heizöls an den eingesetzten Brennstoffen 9,96 %. Die Erklärung wurde am 14. Januar 2009 testiert. Die Beklagte berechnete den Vergütungsanspruch der Klägerin für das Jahr 2008 und zahlte im Mai 2009 zu dessen Abgeltung einen Betrag in Höhe von 207.011,20 €. Mit Schriftsatz vom 7. Januar 2010 berechnete die Klägerin die ihrer Ansicht nach noch ausstehende Jahresvergütung 2008 in Höhe von 105.647,16 €. Im Rechtsstreit hat die Klägerin Verzugszinsen aus diesem Betrag in gesetzlicher Höhe seit dem 1. Juni 2009 geltend gemacht und sich auf endgültige Zahlungsverweigerung hinsichtlich jedes über 207.011,20 € hinausgehenden Betrages berufen.

Weiter hat die Klägerin für die nicht geleisteten Abschlagszahlungen für die Monate August bis Dezember 2007 jeweils bis zur Fälligkeit der Jahresabrechnung 2007 zum 31. März 2008 Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe geltend gemacht (fünf Einzelforderungen) sowie Gleiches für die nicht geleisteten Abschlagszahlungen für die Monate Januar bis Dezember 2008 bis zum 31. Dezember 2008 (elf Einzelforderungen; die Abschlagszahlung für Dezember 2008 wurde erst zum 15. Januar 2009 fällig).

Im Verlaufe des Rechtsstreits hat zunächst die Rechtsfrage im Vordergrund gestanden, ob sich aus den gesetzlichen Regelungen bzw. den ergänzenden Regelungen der BiomasseV eine starre Höchstgrenze für den zulässigen Anteil fossiler Brennstoffe zur Gewährleistung der Zünd- und Stützfeuerung ergebe. Nachdem diese Rechtsfrage durch Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg vom 9. Oktober 2008, 4 U 43/07, verneint worden ist, ist Beweis erhoben worden über die Behauptung der Klägerin, dass der Anteil der von ihr in den Jahren 2005 bis 2008 eingesetzten fossilen Brennstoffe jeweils betriebsnotwendig gewesen sei, durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens vom 2. Dezember 2009, eines schriftlichen Ergänzungsgutachtens vom 25. Oktober 2010 sowie durch Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen Dipl.-Ing. T. F. der K. & F. Ingenieure GmbH in G.

Wegen der weiteren Einzelheiten, insbesondere wegen der widerstreitenden Rechtsauffassungen der Parteien des Rechtsstreits und wegen des Verlaufs des Rechtsstreits bis zu dem am 19. Mai 2011 verkündeten Urteil, nimmt der Senat auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Das Landgericht hat mit seinem am 19. Mai 2011 verkündeten Urteil die Beklagte zur Zahlung der als Hauptforderungen geltend gemachten Beträge sowie der als Nebenforderungen geltend gemachten Zinsbeträge – mit (wohl versehentlicher) Ausnahme der Verzugszinsen auf die Abschlagszahlung für den Monat November 2008, also aus 15.525,04 € vom 15. Dezember 2008 bis 31. Dezember 2008 – verurteilt; wegen der Einzelheiten wird auf den Urteilsausspruch Bezug genommen. Es hat die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz vollständig der Beklagten auferlegt. Mit Beschluss vom 6. Juli 2011 hat das Landgericht u.a. den Urteilsausspruch in Ziffer 2) hinsichtlich des Zinsausspruchs, dort des Datums des Beginns des in Zeile 7 angegebenen Zeitraums – vom 15. Januar 2008 (*statt 2007*) bis 31. März 2008 – berichtigt.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 24. Mai 2011 zugestellte Urteil mit einem am 23. Juni 2011 beim Oberlandesgericht Naumburg vorab per Fax eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese Berufung innerhalb der ihr bis zum 25. August 2011 verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet.

Die Berufung ist beschränkt auf Angriffe gegen die im Urteilsausspruch zu Ziffern 1) und 2) zugesprochenen Zinszahlungen sowie gegen die Kostengrundscheidungen. Die Beklagte meint, dass die gesetzlichen Vergütungsansprüche der Klägerin nach dem EEG jeweils erst fällig geworden seien, nachdem ihr – der Beklagten gegenüber – der Nachweis der Berechtigung der Vergütungsansprüche geführt worden sei. Dies sei erst im Verlaufe des Rechtsstreits durch das Ergebnis der gerichtlichen Beweisaufnahme geschehen, insbesondere durch Zugang des schriftlichen Ergänzungsgutachtens vom 25. Oktober 2010 bei ihr am 8. November 2010. Eine Verpflichtung der Klägerin zu einer entsprechenden Nachweisführung ergebe sich als vertragliche Nebenpflicht aus dem Vertrag vom 20. / 27. Dezember 2004 sowie hilfsweise aus § 14a Abs. 2 EEG 2004 bzw. § 46 Nr. 3 EEG 2009. Die in den genannten Vorschriften vorgesehene Frist zur Mitteilung sei eine Ausschlussfrist, bei deren Versäumung der gesetzliche Vergütungsanspruch endgültig weg falle. Selbst wenn die gesetzlichen Vergütungsansprüche der Klägerin entstanden und fällig geworden wären und nicht ausgeschlossen seien, so stehe einem Verzug der Beklagten entgegen, dass sie sich mindestens bis zum 8. November 2010 erfolgreich auf die Einrede nach §§ 273 bzw. 320 BGB berufen könne. Im Falle einer erfolgreichen Berufung sei auch die Kostenlastentscheidung I. Instanz zu ändern. Die Hauptforderung werde nicht mehr angegriffen, weil für die Beklagte die Möglichkeit bestehe, die hierauf entfallenden Zahlungen in den bundesweiten Belastungsausgleich nach dem EEG einzustellen.

Die Beklagte, die ihren ursprünglich angekündigten Antrag auf Hinweis des Gerichts berichtigt hat, beantragt,

unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils

1. die Klage auch abzuweisen, soweit sie verurteilt worden ist, an die Klägerin Zinsen in Höhe von acht Prozent(*punkten*) über dem Basiszinssatz zu zahlen

a) im Tenor zu Ziffer 1)

| | |
|------------------|---------------------------|
| aus 22.420,51 € | seit dem 2. Februar 2007, |
| aus 95.238,52 € | seit dem 5. Juli 2007, |
| aus 192.107,70 € | seit dem 1. April 2008, |
| aus 105.647,16 € | seit dem 1. Juni 2009; |

b) im Tenor zu Ziffer 2)

| | |
|-------------------------|------------------------|
| jeweils aus 15.525,04 € | |
| vom 15. September 2007 | bis zum 31. März 2008, |
| vom 15. Oktober 2007 | bis zum 31. März 2008, |
| vom 15. November 2007 | bis zum 31. März 2008, |

| | |
|------------------------|----------------------------|
| vom 15. Dezember 2007 | bis zum 31. März 2008, |
| vom 15. Januar 2008 | bis zum 31. März 2008 |
| vom 15. Februar 2008 | bis zum 31. Dezember 2008, |
| vom 15. März 2008 | bis zum 31. Dezember 2008, |
| vom 15. April 2008 | bis zum 31. Dezember 2008, |
| vom 15. Mai 2008 | bis zum 31. Dezember 2008, |
| vom 15. Juni 2008 | bis zum 31. Dezember 2008, |
| vom 15. Juli 2008 | bis zum 31. Dezember 2008, |
| vom 15. August 2008 | bis zum 31. Dezember 2008, |
| vom 15. September 2008 | bis zum 31. Dezember 2008, |
| vom 15. Oktober 2008 | bis zum 31. Dezember 2008, |
| vom 15. November 2008 | bis zum 31. Dezember 2008; |

3. die Kosten des Rechtsstreits I. Instanz anteilig der Beklagten aufzuerlegen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Sie verteidigt im Wesentlichen das erstinstanzliche Urteil und verweist darauf, dass die Klägerin stets alle ihr zur Verfügung stehenden Informationen an die Beklagte weitergeleitet und insbesondere die von der Beklagten geforderten Angaben gemacht habe.

Der Senat hat am 7. Dezember 2011 mündlich zur Sache verhandelt. Die Beklagte hat u.a. behauptet, dass sie bereits in dem im Rechtsstreit vorgelegten Schriftwechsel mit der Klägerin im Jahre 2006 deutlich zum Ausdruck gebracht habe, dass sie einen Nachweis der Betriebsnotwendigkeit des festgestellten Anteils fossiler Brennstoffe an den eingesetzten Brennstoffen als Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch ansehe und dass hierbei dem Wert von 10 % lediglich die Funktion einer Aufgreifschwelle zukomme. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Sitzungsprotokolls des Senats vom selben Tage Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Das angefochtene Urteil war von Amts wegen, wie geschehen, nach § 319 ZPO zu berichtigen. Die auf Abweisung der Klage hinsichtlich der Verurteilung zur Zahlung von Zinsen in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes gerichtete Berufung ist unbegründet. Daher hatte es auch bei der Kostenlastentscheidung I. Instanz zu verbleiben.

I. Allerdings war das Urteil des Landgerichts Halle hinsichtlich seines Urteilsausspruchs zu Ziffern 1) und 2) geringfügig zu berichtigen. Die Berichtigung beruht auf § 319 ZPO.

1. Nach dieser Vorschrift kann ein Urteilstenor von Amts wegen berichtigt werden, soweit er für jedermann offensichtliche Unrichtigkeiten beinhaltet. Die Berichtigung kann auch durch das mit der Sache befasste Rechtsmittelgericht vorgenommen werden, solange der Rechtsstreit in der Rechtsmittelinstanz schwebt (vgl. Vollkommer in: Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 319 Rn. 22 m.w.N.).

2. Der Urteilsausspruch enthält in beiden Ziffern einen evidenten Tenorierungsfehler, indem die Höhe des Zinssatzes jeweils mit „acht Prozent über dem Basiszinssatz“ angegeben ist.

a) Im Tatbestand des Urteils sind die Anträge der Klägerin zutreffend wiedergegeben worden; danach hat die Klägerin die Verurteilung zur Zahlung von Zinsen in Höhe von „acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz“ beantragt.

b) Das Landgericht hat auch antragsgemäß entscheiden wollen. Den Entscheidungsgründen ist im Hinblick auf die Höhe des Zinssatzes eine teilweise Klageabweisung nicht zu entnehmen.

c) Zudem hat das Landgericht in den Entscheidungsgründen des Urteils als rechtliche Grundlage für die Festsetzung der Höhe des Zinssatzes die Vorschrift des § 288 Abs. 2 BGB benannt. Der dort geregelte gesetzliche Zinssatz in Rechtsgeschäften, an denen Verbraucher nicht beteiligt sind, beträgt acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

II. Auf die streitgegenständlichen Vergütungsansprüche ist das EEG 2004 anzuwenden. Die Klägerin hat ausschließlich Vergütungsansprüche für Strom geltend gemacht, der in einer Anlage erzeugt worden ist, welche vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden ist, und der vor dem 1. Januar 2009 in das Netz der Beklagten eingespeist worden ist.

III. Das Landgericht hat zu Recht darauf erkannt, dass die Klägerin gegen die Beklagte neben den Hauptforderungen aus den Jahresabrechnungen für die Jahre 2005 bis 2008 auch jeweils Ansprüche auf Zinszahlungen im erkannten Umfange hat. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung sind unbegründet.

1. Der Senat hatte seiner Entscheidungsfindung zugrunde zu legen, dass die vom Landgericht zuerkannten Vergütungsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte nach §§ 5 Abs. 1, 8 EEG 2004 für die Jahre 2004 bis 2008 jeweils in Höhe der von der Klägerin vorgenommenen Jahresabrechnungen entstanden sind. Diese Erkenntnis ist in Rechtskraft erwachsen.

2. Die Vergütungsansprüche der Klägerin aus der Jahresabrechnung sind nach den vertraglichen Vereinbarungen der Prozessparteien jeweils am 31. März des dem Abrechnungs-

jahr folgenden Kalenderjahres fällig geworden. Für den Eintritt der Fälligkeit ist im Vertrag auch nicht etwa geregelt worden, dass ein durch die Klägerin zu führender Nachweis des Vorliegens aller Vergütungsvoraussetzungen erforderlich sei. Das im Vertrag vorgesehene Testat hat die Klägerin jeweils im Januar des auf das Abrechnungsjahr folgenden Kalenderjahres vorgelegt.

3. Soweit die Beklagte mit ihrer Berufung eine rechtsvernichtende Einrede gegen die Vergütungsansprüche erhebt, ist diese unbegründet.

a) Der Annahme eines Wegfalls der Vergütungsansprüche steht bereits die Rechtskraft der erstinstanzlichen Entscheidung entgegen.

b) Der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf gesetzliche Vergütung nach dem EEG ist außerdem nicht im Hinblick auf eine behauptete Verletzung der Mitteilungspflichten nach § 14a Abs. 2 EEG 2004 (jetzt: § 46 Nr. 3 EEG 2009) erloschen.

aa) Die Klägerin hat die genannten Mitteilungspflichten schon objektiv nicht verletzt.

(1) Die Klägerin hat der Beklagten unstreitig jeweils im Januar des auf das Abrechnungsjahr folgenden Kalenderjahres die erforderlichen Daten für die Berechnung der gesetzlichen Vergütungsansprüche mitgeteilt und hierfür das von der Beklagten vorgegebene Muster-Formblatt verwendet. Diese – von einem Steuerberater testierte – Mitteilung entsprach inhaltlich nicht nur den von der Beklagten selbst gestellten Anforderungen, sondern auch dem Katalog der nach § 14a Abs. 2 EEG 2004 vom Anlagenbetreiber an den Netzbetreiber zu übermittelnden Daten. Die in § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004 aufgeführte Frist für die Datenübermittlung – bis zum 28. Februar des Folgejahres – wurde von der Klägerin für die Abrechnungsjahre 2005 bis 2008 jeweils gewahrt.

(2) Eine Pflicht zur Nachweisführung über die Richtigkeit der übermittelten Daten ist in § 14a Abs. 2 EEG 2004 (im Übrigen auch in § 46 Nr. 3 EEG 2009) nicht vorgesehen.

bb) Die Versäumung der Frist in § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004 zur Mitteilung von Abrechnungsdaten für den bundesweiten Belastungsausgleich durch die Anlagenbetreiberin gegenüber der Netzbetreiberin führt nicht zum Erlöschen der gesetzlichen Vergütungsansprüche der Anlagenbetreiberin.

(1) Allerdings ist in der Literatur umstritten, ob die im Rahmen der Verpflichtung des Anlagenbetreibers, dem Netzbetreiber die für die Endabrechnung eines Kalenderjahres erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen, genannte Frist bis zum 28. Februar des auf die Abrechnungsperiode folgenden Kalenderjahres rechtlich eine Ausschlussfrist darstellt mit der Folge, dass bei Versäumung der Frist der Vergütungsanspruch entfällt.

(a) Nach einer Auffassung ist die genannte Frist „wohl“ als eine Ausschlussfrist zu interpretieren (vgl. Tüngler, ET 2005, 101 <103>; ebenso Trebciak/ Goldbach in: Handbuch der Stromwirtschaft, 2. Aufl. 2008, S. 573 Rn. 121). Diese Rechtsansicht wird gestützt auf die Gesetzesbegründung anlässlich der Einführung des § 14 Abs. 6 EEG 2004 a.F. (vgl. BT-Drs. 15/2864, S. 49 linke Spalte), in der von „festen Fristen“ zur Verbesserung des Ablaufs des bundesweiten Belastungsausgleichs zwischen allen Netzbetreibern die Rede sei, auf einen Umkehrschluss aus der Regelung des § 14 Abs. 4 EEG 2004, wonach spätere Mitteilungen nur noch in enumerativ aufgezählten Ausnahmefällen berücksichtigungsfähig seien, sowie darauf, dass das Ziel der zeitlichen Straffung des Verfahrens des bundesweiten Belastungsausgleichs nicht erreichbar sei, wenn verspätete Mitteilungen der Anlagenbetreiber sanktionslos blieben.

(b) Nach anderer Ansicht kommt ein Untergang des gesetzlichen Vergütungsanspruchs als Folge der Versäumung der Frist zur Erfüllung der Mitteilungspflichten des Anlagenbetreibers gegenüber dem Netzbetreiber nicht in Betracht (vgl. Salje, EEG, 4. Aufl. 2007, § 14a Rn. 18 f.; Kachel in: Altrock/ Oschmann/ Theobald, 3. Aufl. 2011, § 46 EEG 2009 Rn. 13; ebenso: Clearingstelle EEG, Empfehlung Nr. 2008/15 vom 30. März 2011, S. 10 ff.). Ein Anspruchsverlust sei völlig unverhältnismäßig.

(2) Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Die Frist zur Erfüllung der Mitteilungspflicht nach § 14a Abs. 2 EEG 2004 ist keine Ausschlussfrist. Ihre Versäumung begründet keine rechtsvernichtende Einrede der Netzbetreiberin gegenüber der Anlagenbetreiberin im Hinblick auf deren gesetzliche Vergütungsansprüche.

(a) In systematischer Hinsicht ist die Mitteilungspflicht der Anlagenbetreiberin nach § 14a Abs. 2 EEG 2004 keine konstitutive Voraussetzung für deren gesetzlichen Vergütungsanspruch, sondern vorrangig eine Pflicht zur Mitwirkung der Anlagenbetreiberin an der Durchführung des bundesweiten Belastungsausgleichs zugunsten der Netzbetreiberin.

Die konstitutiven Voraussetzungen für die Entstehung des Vergütungsanspruchs der Anlagenbetreiberin sind in den §§ 5 Abs. 1 und 12 i.V.m. 6 bis 11 EEG 2004 abschließend geregelt. Nachweispflichten sind darin nicht geregelt. Erst das EEG 2009 hat für Ansprüche auf Sondervergütungen z. T. die Pflicht der Anlagenbetreiberin zur jährlichen Vorlage eines Gutachtens eingeführt, z. Bsp. in §§ 27 Abs. 4 Nr. 3, 66 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Anlage 3 Abschnitt II EEG 2009.

Dem gegenüber betreffen die §§ 14, 14a und 16 EEG 2004 den Belastungsausgleich zwischen den verschiedenen Netzbetreibern. Die Pflicht der Anlagenbetreiberin zur Mitwirkung an der Durchführung dieses Belastungsausgleichs besteht in einem eigenständigen Rechtsverhältnis neben dem Einspeise- und Vergütungsverhältnis (so auch Clearingstelle EEG, a.a.O., S. 19 f.) und ist notwendige Voraussetzung für die Abrechnung der Netzbetreiberin,

in deren Netz der von der Anlagenbetreiberin erzeugte Strom aus erneuerbaren Energien eingespeist wurde, gegenüber der Betreiberin des vorgelagerten Übertragungsnetzes. Auswirkungen einer Pflichtverletzung der Anlagenbetreiberin entstehen unmittelbar im Abrechnungsverhältnis der Netzbetreiberin zur Übertragungsnetzbetreiberin, wie auch § 14 Abs. 4 EEG 2004 zeigt.

(b) Aus der Regelung in § 14 Abs. 4 EEG 2004 (ebenso in § 38 EEG 2009) ergibt sich zudem, dass der Gesetzgeber eine Einbeziehung nachträglicher, d.h. nach Ablauf der Mitteilungsfristen vorgenommener Änderungen des Inhalts der Mitteilungen nach § 14a EEG 2004 in den Belastungsausgleich für zulässig und in Einzelfällen für geboten erachtet. Unabhängig davon, ob die in der genannten Vorschrift angeordnete Einbeziehung nachträglicher Änderungen auf solche Änderungen zu beschränken ist, die – wie der Wortlaut der Vorschrift vorgibt – durch rechtskräftige Gerichtsentscheidungen verbindlich geworden sind, oder ob ggf. in entsprechender Anwendung auch Änderungen in Form anderer vollstreckbarer Titel einzubeziehen sein könnten (vgl. Altrock in: Altrock/ Oschmann/ Theobald, a.a.O., § 38 Rn. 8), wäre jedenfalls schon die ausdrücklich geregelte Ausnahme mit dem Charakter einer Ausschlussfrist nicht vereinbar. Denn für den Fall der Annahme einer Ausschlussfrist könnte ein stattgebendes Urteil nie ergehen.

(c) Der Beklagten ist zwar zuzustimmen, dass der Zweck der Verhaltensaufforderung mit starrer Fristsetzung an die Anlagenbetreiber in § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004 darin besteht, eine zeitliche Straffung des Belastungsausgleichs zu erreichen, und dass jede Säumnis in der festen Terminkette der Mitwirkungspflichten aller Beteiligten am Belastungsausgleich zu einer empfindlichen Störung des gesetzlich aufeinander abgestimmten Systems von Abnahme-, Vergütungs- und Ausgleichspflichten führen und damit letztlich auch die Funktionsfähigkeit des Belastungsausgleichs in Frage stellen könnte. Gleichwohl stellte ein vollkommener Verlust der gesetzlichen Vergütungsansprüche bei jeder Fristüberschreitung unabhängig vom Umfang der Pflichtverletzung des Mitteilungsverpflichteten, also von der Zahl und vom Gewicht der fehlenden Daten, sowie unabhängig davon, ob die Fristversäumnis Auswirkungen auf die Rechtzeitigkeit der Mitteilungen in der nächsten Informationsebene hatte, also z. Bsp. auch dann, wenn eine verspätete Information durch die Anlagenbetreiberin noch so rechtzeitig erfolgt, dass die Netzbetreiberin die ihr obliegenden Mitteilungen hierzu bis zum 30. April an die Betreiberin des vorgelagerten Übertragungsnetzes weiterleiten kann, eine unverhältnismäßige Sanktion dar.

Zudem besteht ein weiterer Zweck der in § 14a EEG 2004 geregelten Mitteilungspflichten in einer hohen Transparenz der Höhe der EEG-Umlage und der Grundlagen ihrer Ermittlung. Diese Transparenz wäre eher gefährdet denn befördert, wenn die Versäumung der Mittei-

lungsfrist wegen ihres ausschließenden Charakters zugleich jeden Anreiz für eine unverzügliche Nachholung der Mitteilungen entfallen ließe.

(d) Entgegen der teilweise in der Literatur vertretenen Ansicht lassen sich aus der Gesetzgebungsgeschichte keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Mitteilungsfristen in § 14a EEG 2004 bzw. § 46 EEG 2009 Ausschlussfristen sein sollten. Der in der Gesetzesbegründung zu § 14 Abs. 6 EEG 2004 a.F. verwendete Begriff der „festen Fristen“ (vgl. BT-Drs. 15/2864, S. 49 linke Spalte) ist hinreichend dadurch erklärt, dass für jede Informationsebene feste, nach dem Kalender bestimmte Datumsangaben in das Gesetz aufgenommen worden sind. Die Gesetzesmaterialien zu dieser Regelung enthalten jedoch an keiner Stelle einen Hinweis auf eine gewollte Rechtsfolge bei Fristversäumung (vgl. auch BT-Drs. 16/2455, S. 10 linke Spalte zu Art. 1 Nr. 4 des 1. EEG-Änderungsgesetzes – *Einführung des § 14a EEG 2004*; BT-Drs. 16/8148, S. 68 rechte Spalte zu § 46 EEG 2009). Gegen den Willen zur Regelung einer Ausschlussfrist sprechen auch die Ausführungen in der Gesetzesbegründung, wonach die geforderten Mitteilungen u.U. vollständig entbehrlich sein können, nämlich soweit der Netzbetreiber über die notwendigen Informationen bereits verfügt. Diese der Entbürokratisierung verpflichteten Erwägungen legen es eher nahe, dass dem Netzbetreiber die Konkretisierung des notwendigen Inhalts gesonderter Mitteilungen obliege.

(e) Nach seinem Wortlaut enthält § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004 schließlich weder einen Anhaltspunkt für die Regelung einer Ausschlussfrist noch sieht die Vorschrift eine Rechtsfolge im Falle einer Pflichtverletzung vor. Angesichts der vorstehenden Erwägungen kann das Schweigen des Gesetzgebers nur dahin interpretiert werden, dass ein derartig gewichtiger Eingriff in Rechtspositionen der Anlagenbetreiberin, die an anderer Stelle des Gesetzes geregelt sind, nicht angeordnet werden sollte.

4. Die Beklagte kann schließlich auch nicht mit Erfolg ein Zurückbehaltungsrecht i.S. von § 273 BGB bzw. die Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrages nach § 320 BGB erheben.

a) Die Vorschrift des § 320 BGB ist nicht einschlägig, weil die Mitteilungspflicht der Klägerin nach § 14a Abs. 2 EEG 2004 nach dem Vorausgeführten nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zur Vergütungspflicht der Beklagten steht.

b) Ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten i.S. von § 273 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die gesetzliche Vergütung des von der Klägerin in das Netz eingespeisten Stroms bestand nicht.

aa) Allerdings geht der Senat davon aus, dass im Rahmen des Einspeise- und Vergütungsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten eine Nebenpflicht der Klägerin be-

gründet worden ist, wonach die Klägerin der Beklagten auf deren Verlangen Auskünfte über die eingesetzten Brennstoffe zu erteilen und grundsätzlich auch die ihr bereits vorliegenden Unterlagen, z. Bsp. Betriebsunterlagen des eingesetzten Zündstrahlmotors, zur Verfügung zu stellen hat. Diese Nebenpflicht bestand auch insoweit als sie nicht ausdrücklich im Vertrag geregelt war.

bb) Die Beklagte hat eine Verletzung dieser Pflicht nicht schlüssig dargelegt und jedenfalls nicht bewiesen. Sie hat insbesondere nicht vorgetragen, dass und ggf. wann sie die Klägerin zur Erteilung einer bestimmten Auskunft oder zur Herausgabe einer konkreten, der Klägerin vorliegenden Unterlage erfolglos aufgefordert hat. Soweit sich die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf den vorgelegten Schriftwechsel aus dem Jahre 2006 berufen hat, ergibt sich hieraus ein unerfülltes Auskunftsverlangen nicht. Denn in der Gesamtschau des Inhalts der Schreiben der Beklagten vom 29. Juni 2006 und vom 20. Oktober 2006 enthalten diese bereits den Rechtsstandpunkt der Beklagten, dass ein Anteil des Einsatzes fossiler Brennstoffe von über 10 % generell eine gesetzliche Vergütung ausschließt. Dem in dem dem Schreiben vom 29. Juni 2006 vorangestellten Eingangssatz über den fehlenden Nachweis der Betriebsnotwendigkeit eines höheren Anteils fossiler Brennstoffe an den insgesamt eingesetzten Energieträgern lässt sich allenfalls eine konkludente Aufforderung zur Führung eines Nachweises der Betriebsnotwendigkeit entnehmen. Auf die Nachweisführung hatte die Beklagte jedoch keinen durchsetzbaren fälligen Anspruch gegen die Klägerin.

cc) Der Beklagten ist zwar darin zu folgen, dass mit ihrer Ablehnung der Zahlung der Vergütung an die Klägerin ein Streit um die materiellrechtliche Berechtigung der Vergütungsansprüche der Klägerin entstanden war, in dem der Klägerin die Darlegung und nötigenfalls der Beweis der Anspruchsvoraussetzungen oblag. Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in der gerichtlichen Auseinandersetzung vermittelte der Beklagten jedoch keinen Gegenanspruch i.S. von § 273 Abs. 1 BGB.

dd) Der Beklagten stand gegen die Klägerin auch aus anderen rechtlichen Gründen kein Gegenanspruch gegenüber dem Vergütungsanspruch der Klägerin zu. Soweit der Senat von einer Verpflichtung der Klägerin zur Mitteilung nach § 14a Abs. 2 EEG 2004 in einem eigenständigen Rechtsverhältnis ausgeht, war diese Verpflichtung rechtzeitig erfüllt worden. Zudem drohte der Beklagten hieraus kein Schaden. Für den – hier vorliegenden – Fall des Streits der Anlagenbetreiberin und der Netzbetreiberin über die Berechtigung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen sieht § 14 Abs. 4 EEG 2004 (ebenso wie § 38 EEG 2009) gerade die Möglichkeit einer nachträglichen Einstellung in den bundesweiten Belastungsausgleich gerade vor. Für die Beklagte ist diese Möglichkeit mit der – insoweit bereits rechtskräftigen – Entscheidung des Landgerichts vom 19. Mai 2011 entstanden. Die Be-

klagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch bestätigt, dass ihr eine Geltendmachung ihrer Zahlungen an die Klägerin im Rahmen des Belastungsausgleichs für das Jahr 2011 möglich sein wird.

5. Die Voraussetzungen für die Geltendmachung von Verzugszinsen der Klägerin im Hinblick auf die verspätete Zahlung der gesetzlichen Vergütung des eingespeisten Stroms durch die Beklagte liegen jeweils vor.

a) Für die Beträge der Jahresabrechnungen 2005 und 2006 hat die Klägerin Prozesszinsen i.S. von § 291 BGB geltend gemacht. Die Rechtshängigkeit der Forderung für 2005 ist am 2. Februar 2007 mit der Zustellung der Klageschrift an die Beklagte eingetreten. Die Rechtshängigkeit der Forderung für 2006 ist mit Antragstellung im Termin der mündlichen Verhandlung am 5. Juli 2007 eingetreten. Soweit das Landgericht als Zeitpunkt des Beginns der Verzinsung die genannten Daten angenommen hat, hat die Beklagte hiergegen mit ihrer Berufung keine Einwendungen erhoben.

b) Für den Betrag der Jahresabrechnung 2007 sowie den Restbetrag der Jahresabrechnung 2008 hat die Klägerin sich jeweils zu Recht auf § 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 BGB berufen. Auch hiergegen hat die Beklagte sich mit ihrer Berufung nicht mehr gewandt.

IV. 1. Das Landgericht hat auch zu Recht darauf erkannt, dass die Klägerin gegen die Beklagte Anspruch auf monatliche Abschlagszahlungen hatte und dass für die Zeiträume zwischen dem Termin der Fälligkeit des jeweiligen monatlichen Abschlagsbetrages nach dem Vertrag und dem Eintritt der Fälligkeit des Jahresabrechnungsbetrages die Voraussetzungen des Verzugs nach § 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB vorlagen.

Indem der Vertrag vom 20. / 27. Dezember 2004 ausdrücklich monatliche Abschlagszahlungen vorsieht, bestimmt er einen festen, nach dem Kalender bestimmten Zahlungstermin. Diesen Zahlungstermin hat die Beklagte hinsichtlich der monatlichen Abschläge im Zeitraum von August 2007 bis Dezember 2008 nicht eingehalten.

Der Annahme des Verzugs der Beklagten mit ihrer Pflicht zur Abschlagszahlung steht die Auseinandersetzung der Vertragsparteien über die materiellrechtliche Berechtigung der geltend gemachten Vergütungsansprüche nicht entgegen. Die Vereinbarung einer Abschlagszahlung erfolgt gerade als eine vorläufige Leistung ohne Anerkennungswirkung, d.h. sie schließt eine spätere Rückabwicklung für den Fall des Nichtbestehens der Vergütungsansprüche nicht aus.

2. Das angefochtene Urteil ist auch der Höhe nach nicht zu beanstanden.

Soweit das Landgericht für die monatlichen Abschlagsbeträge für das Jahr 2008 einen Verzögerungsschaden lediglich bis zum 31. Dezember 2008 zur Grundlage der Verurteilung gemacht hat, ist es dem Antrag der Klägerin gefolgt (§ 308 ZPO).

Durch die Nichtaufführung des Verzögerungsschadens infolge der Nichtzahlung des Abschlagsbetrages für den Monat Dezember 2007 ist die Beklagte nicht beschwert.

C.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Eine Abänderung der Kostenentscheidung für die erste Instanz ist nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens nicht geboten; die Klägerin hat ganz überwiegend obsiegt.

Die weiteren Nebenentscheidungen ergeben sich aus § 26 Nr. 8 EGZPO i.V. mit §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1 sowie 543, 544 Abs. 1 S. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils ohne Sicherheitsleistung beruht auf § 708 Nr. 10 S. 2 ZPO i.d. Fassung des Gesetzes vom 21.10.2011.

Die Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

Ri'inOLG Joost ist wegen Urlaubs
an der Unterschriftsleistung verhindert.

gez. Dr. Engel

gez. Dr. Engel

gez. Wiedemann

