

Leitsätze:

Netzsicherheit

1. Nach § 16 Abs. 6 EEG 2009 entfällt der Vergütungsanspruch des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber endgültig für den Zeitraum, in dem die technischen Vorgaben i.S. von § 6 Nr. 1 EEG 2009 nicht erfüllt waren.

2. Grundsätzlich obliegt es dem Anlagenbetreiber eines Wasserkraftwerks, sowohl seinen energierechtlich als auch seinen wasserrechtlich veranlassten Betreiberpflichten angemessenen Rechnung zu tragen und diese miteinander in Einklang zu bringen.

3. Die Pflicht zur Teilnahme am Netzsicherheitsmanagement ist nicht abhängig von der Art des erneuerbaren Energieträgers oder von der Art der Betriebsführung der Anlage oder vom Ausmaß der Gefahr einer Netzüberlastung in der konkreten Standortregion.

OLG Naumburg, Urt vom 21.11.2013, 2 U 19/13 (Kart);
vorgehend LG Magdeburg, Urt vom 28.11.2012, 36 O 58/12

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 U 19/13 (Kart) OLG Naumburg

36 O 58/12 Landgericht Magdeburg

Verkündet am 21. November 2013
gez. Weiland, JFAng.,
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Kartellsache

...

hat der Kartellsenat 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 6. November 2013 für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 28. November 2012 verkündete Urteil der 36. Zivilkammer – 4. Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Magdeburg wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil des Senats und das Urteil des Landgerichts sind jeweils ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe geleistet hat.

Gründe

A.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten eine Zahlung in Höhe von 87.412,11 €; dabei handelt es sich um die Vergütung für den von ihr im Zeitraum vom 01.01. bis zum 30.04.2011 erzeugten und in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom, deren Bezahlung die Beklagte verweigert. Die Parteien streiten insbesondere darum, ob die Beklagte berechtigt war, ab dem 01.01.2011 die Fortzahlung der EEG-Einspeisevergütung von der Teilnahme der Klägerin am Netzsicherheitsmanagement der Beklagten abhängig zu machen, hilfsweise, ob der Vergütungsanspruch wegen der Nichtteilnahme endgültig erloschen ist, und äußerst hilfsweise, ob die Klägerin aus anderen rechtlichen Gründen Zahlungsansprüche gegen die Beklagte erworben hat.

Die Klägerin ist ein Unternehmen, welches Baubedarfsstoffe aus Kunststoff herstellt. Sie betreibt an ihrem Unternehmenssitz in E. (Sachsen) drei Wasserkraftanlagen (C. , B. und St.) mit einer installierten Leistung von insgesamt 778 kWh. Jede Wasserkraftanlage ist mit je zwei Turbinen ausgestattet, die jeweils einen Generator antreiben. Die Turbinen werden über künstlich angelegte Mühlengräben mit Fließwasser betrieben, welches ganz überwiegend aus dem Fluss S.

abgeleitet wird. Die Mühlengräben haben jeweils ca. zwei Kilometer Länge und verlaufen überwiegend oberhalb der Höhenlinie des Flusses mit einem gleichmäßigen und

geringeren Gefälle. Die Seitenwände der Mühlengräben überragen die Wasserlinie teilweise nur ca. dreißig Zentimeter. Der in den Anlagen der Klägerin erzeugte Strom wird in der Wasserkraftanlage C. zusammengefasst, gemessen und in das Verteilnetz der Beklagten eingespeist. Die Messung erfolgt dabei durch Fernauslesung durch die Beklagte, die dadurch jederzeit Kenntnis über die Ist-Einspeisung hat.

Die drei Wasserkraftanlagen wurden nach schrittweiser Sanierung der Mühlengräben an den ehemaligen Standorten von Wassermühlen in den Jahren 1992 bis 1998 errichtet und in Betrieb genommen. Seit Inkrafttreten des EEG 2000 erhielt die Klägerin von der Beklagten eine gesetzliche Mehrvergütung für die Stromeinspeisung.

Am 01.01.2009 trat das EEG 2009 in Kraft, welches in § 6 eine Regelung über technische Vorgaben für den Netzanschluss enthielt, die nach § 66 Abs. 1 EEG 2009 z.T. auch auf Bestandsanlagen Anwendung finden sollte und eine Verpflichtung zur Umsetzung bis zum 31.12.2010 begründete.

Mit Formularschreiben vom 17.05.2010 und vom 11.10.2010 wies die Beklagte die Klägerin auf die neue Rechtslage hin und forderte sie auf, bis zum 01.01.2011 die technischen Voraussetzungen für die Teilnahme an ihrem Netzsicherheitsmanagementsystem zu schaffen. Sie wies auch darauf hin, dass die Nichtteilnahme der Klägerin zum Wegfall der Pflicht der Beklagten zur Zahlung der besonderen Einspeisevergütung führe. In der Funktionsbeschreibung zum Netzsicherheitsmanagement (NSM) hieß es dazu, dass jede Stromerzeugungsanlage mit einer Leistung über 100 kW mit einer technischen Einrichtung zur Reduzierung der Einspeiseleistung ausgerüstet werde. Die Aufforderung zur Leistungsreduzierung erfolge durch die Beklagte über ein Funksignal. Der Betreiber der Stromerzeugungsanlage habe sicherzustellen, dass das an ihn gesendete Signal zur Leistungsbeeinflussung durch einen geeigneten und durch die Beklagte parametrisierten Funkrundsteuerempfänger empfangen und in der Stromerzeugungsanlage unverzüglich umgesetzt werde. Die Reduzierung der Einspeiseleistung müsse technologisch spätestens nach fünf Minuten abgeschlossen sein. Die angeschlossenen Stromerzeugungsanlagen sollten in Gruppierungen gesteuert werden, u.a. auch nach regionaler Zuordnung, um eine zielgenaue, technisch minimale und ausreichend schnelle Reaktion zur Gewährleistung der Netz- und Systemicherheit zu erreichen.

Die Parteien haben übereinstimmend, jedoch ohne Einzelheiten angegeben, dass es zwischen ihnen zu mehreren telefonischen Gesprächen im Hinblick auf die geforderte Teilnahme am Netzsicherheitsmanagement gekommen sei; in ihnen seien jedoch keine Fortschritte im Meinungs austausch erzielt worden.

Erstmals mit anwaltlichem Schriftsatz vom 13.12.2010 äußerte sich die Klägerin schriftlich zu der Aufforderung und bat die Beklagte um Erarbeitung einer individuellen technischen

Lösungsmöglichkeit, mit der die gesetzlichen Verpflichtungen aus § 6 Nr. 1 lit. b) EEG 2009 eingehalten werden könnten, ohne dass das Netzsicherheitsmanagement installiert werden müsse. Sie wies darauf hin, dass ihres Erachtens eine ferngesteuerte Reduzierung der Stromeinspeisung das Risiko der Verursachung von Hochwasser durch den Rückstau des Wassers an den Turbinen berge. Mit Schriftsatz vom 13.01.2011 wiederholte die Klägerin die Bitte um das Anbieten einer individuellen technischen Lösung.

Die Beklagte sandte der Klägerin auch für den Monat Januar 2011 eine Abrechnung über eine Gutschrift der Einspeisevergütung nach dem EEG, zahlte den Betrag jedoch nicht aus. Mit Schriftsatz vom 10.03.2011 mahnte die Klägerin die Auszahlung an. Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 15.03.2011 und erläuterte ihren Rechtsstandpunkt, wonach die Klägerin trotz der örtlichen Besonderheiten zur Teilnahme am Netzsicherheitsmanagement der Beklagten verpflichtet sei und im Falle der Nichtteilnahme den Anspruch auf eine gesetzliche Einspeisevergütung verliere.

Am 15.04.2011 bestellte die Klägerin bei der Beklagten die Lieferung eines EFR- Empfängers (Funkrundsteuerempfänger); am 03.05.2011 installierte sie diesen an ihren Anlagen und am 05.05.2011 nahm die Beklagte diese Installation als ordnungsgemäß ab. Für die Zeit ab dem 01.05.2011 zahlte die Beklagte der Klägerin wieder die gesetzliche Einspeisevergütung.

Im Zeitraum vom 01.01. bis zum 30.04.2011 speiste die Klägerin insgesamt 1.222.222 kWh in das Netz der Beklagten ein. Die Beklagte zahlte der Klägerin jedoch nur 24.143,76 € statt der gesetzlichen EEG-Vergütung in Höhe von insgesamt 111.555,87 € (vgl. Anlage K 9). Die Vergütung berechnete die Beklagte – unter Rückgriff auf ihr Preisblatt – aus einem Arbeitspreis von 1,58 Ct./ kWh für Stromeinspeisung ohne gesetzlichen Anspruch (sog. ogA-Bilanzkreis), einem Arbeitspreis für vermiedene Netzentgelte von 0,08 Ct./ kWh und der hierauf entfallenden Mehrwertsteuer.

Die Klägerin hat mit ihrer Klage die Zahlung des Differenzbetrages in o.g. Höhe geltend gemacht und die Forderung vorrangig auf den Anspruch auf gesetzliche Einspeisevergütung gestützt, der jedenfalls nicht endgültig untergegangen sei. Sie hat daneben hilfsweise einen bereicherungsrechtlichen Anspruch wegen vermiedener Strombeschaffungskosten in Höhe von 63.818,31 € geltend gemacht, dessen Höhe auf einer Berechnung des Arbeitspreises nach Börsenpreisen beruht. Sie hat ihre Klageforderung zudem mit kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen begründet und schließlich – äußerst hilfsweise – eine Teilvergütung des eingespeisten Stroms begehrt.

Wegen der weiteren Einzelheiten, insbesondere wegen der widerstreitenden Rechtsauffassungen der Parteien des Rechtsstreits und wegen des Verlaufs des Verfahrens in erster

Instanz, nimmt der Senat auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und diese Entscheidung im Wesentlichen darauf gestützt, dass der Anspruch auf Einspeisevergütung nach § 16 Abs. 6 EEG 2009 entfallen sei. Diese Vorschrift sei eindeutig und belasse der Beklagten auch keinen Ermessensspielraum. Sie werde nicht durch wasserrechtliche Regelungen verdrängt. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung bestünden schon deshalb nicht, weil es der Klägerin nicht gelungen sei, eine Bereicherung der Beklagten darzulegen. Der Klägerin stehe schließlich auch kein Anspruch wegen einer unbilligen Behinderung durch die Beklagte zu.

Die Klägerin hat gegen das ihr am 03.12.2012 zugestellte Urteil mit einem am 02.01.2013 beim Oberlandesgericht vorab per Fax eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese Berufung innerhalb der gesetzlichen Berufungsbegründungsfrist auch begründet.

Die Klägerin meint, dass das Landgericht schon im Ansatz zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass es sich bei den Wasserkraftanlagen der Klägerin um eine Anlage i.S. von § 3 Abs. 1 EEG 2009 gehandelt habe, jede Turbine stelle eine gesonderte Anlage dar. Die vom Landgericht vorgenommene Auslegung des § 16 Abs. 6 EEG 2009 verstoße gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot, weil zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlagen im Jahr 2000 nicht vorherzusehen gewesen sei, dass künftig höhere technische Anforderungen an die Anlagen gestellt werden könnten. Deshalb sei eine einschränkende Auslegung geboten, die bei Altanlagen Ermessensentscheidungen der Netzbetreiberin zulasse. Im lokalen Netz der Beklagten bestehe aufgrund der geringen Zahl der Photovoltaik- und Windkraftanlagen keine Gefahr der Netzüberlastung, jedenfalls ginge eine solche Gefahr nicht von Wasserkraftanlagen aus, die als sog. Grundlastkraftwerke kontinuierlich dieselbe Strommenge lieferten. Die Auslegung des Landgerichts berücksichtige nicht die unions-, bundes- und landesrechtlichen Regelungen im Wasserrecht und insbesondere die durch eine Fernsteuerung entstehende Gefahr der Verursachung von Überschwemmungen. Die Klägerin sei nur mit besonderer wasserrechtlicher Genehmigung berechtigt, ihre Anlagen außer Betrieb zu stellen. Die Beklagte habe ihre Mitwirkungspflichten verletzt und der Klägerin keinen technisch akzeptablen Vorschlag unterbreitet, der insbesondere auch den Belangen des Hochwasserschutzes genügend Rechnung getragen habe. Schließlich habe die Beklagte den Anspruch der Klägerin auf Einspeisevergütung im Monat Januar 2009 anerkannt, wie sich aus der übermittelten Gutschrift ergeben habe.

Hilfsweise stehe ihr, der Klägerin, gegen die Beklagte ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zu, weil die Beklagte um den objektiven Verkehrswert des von der Klägerin eingespeisten Stroms bereichert worden sei. Für die Klägerin habe keine Alternative zur Einspeisung des von ihr erzeugten Stroms in das Netz der Beklagten bestanden; zudem habe

sie anfangs davon ausgehen dürfen, dass die Beklagte auf die Teilnahme der Klägerin am Netzsicherheitsmanagement verzichten werde.

Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte durch die dezentrale Einspeisung des in ihren Wasserkraftanlagen im Zeitraum vom 01.01. bis 30.04.2011 erzeugten Stroms in ihr Verteilernetz auf der Mittelspannungsebene höhere Aufwendungen erspart habe als die von der Beklagten abgerechneten Positionen (Beweis: Sachverständigengutachten).

Schließlich beruft sich die Klägerin auf einen Schadenersatzanspruch nach § 33 Abs. 1 i.V. mit § 19 f. GWB, weil die Beklagte den Strom der Klägerin abgenommen habe, ohne ihn angemessen zu bezahlen. Dies sei ihr nur aufgrund ihrer Alleinstellung als Netzbetreiberin möglich gewesen.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils

die Beklagte zu verurteilen, an sie 87.412,11 € sowie weitere 850,00 € nebst Zinsen aus dem Gesamtbetrag in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.05.2011 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt im Wesentlichen das erstinstanzliche Urteil und bekräftigt, dass die monatliche Gutschriftenanzeige, so auch diejenige für den Januar 2011, lediglich eine vorläufige Abrechnung darstellte, während die endgültige Abrechnung in der Jahresschlussrechnung erfolge. Gegen den bereicherungsrechtlichen Anspruch hat sie sich unter Verweis auf den Charakter als aufgedrängte Bereicherung verteidigt und ausgeführt, dass ein Verkauf zu Börsenpreisen schon deshalb nicht habe vorgenommen werden können, weil die zur Verfügung stehenden Strommengen für sie nicht planbar gewesen seien. Im Hinblick auf die geltend gemachten kartellrechtlichen Ansprüche meint die Beklagte, dass sie im Bereich des Stromvertriebs gerade keine marktbeherrschende Stellung inne habe. Eine Pflicht des Netzbetreibers zur Vermarktung des bei ihm eingespeisten Stroms bestehe nicht und könne auch nicht aus kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätzen abgeleitet werden.

Der Senat hat aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19.06.2013, in der die Sach- und Rechtslage ausführlich unter Darstellung der vorläufigen Rechtsauffassung des Senats erörtert worden ist, am 27.06.2013 einen Hinweis-, Auflagen- und Beweisbeschluss erlassen. Danach sollte Beweis erhoben werden über die Behauptung der Klägerin zu höheren, von der Beklagten ersparten Aufwendungen als abgerechnet, durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Die Durchführung der Beweisaufnahme hat der Senat von der

Einzahlung eines Auslagenvorschusses durch die Klägerin bis zum 25.07.2013 abhängig gemacht. Innerhalb der gesetzten Frist ist eine Vorschusszahlung nicht eingegangen. Auf Nachfrage hat die Klägerin erklärt, dass sie einen Auslagenvorschuss nicht einzahlen wird. Der Senat hat von der Beauftragung des bereits ausgewählten Sachverständigen abgesehen. Im Termin der mündlichen Verhandlung vom 06.11.2013 haben die Parteien erneut mit den bereits gestellten Anträgen verhandelt.

B.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Den von ihr im Berufungsverfahren verfolgten Sachantrag hat die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung zwar nicht ausdrücklich gestellt; ihrer Begründung ist jedoch im Wege der Auslegung eindeutig zu entnehmen, dass sie den Antrag aus der Klageschrift in vollem Umfang weiter verfolgt hat. Die Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte aus keinem rechtlichen Grund einen (weiteren) Zahlungsanspruch betreffend den im Zeitraum vom 01.01. bis zum 30.04.2011 in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom aus ihren Wasserkraftanlagen.

I. Für den o.g. Zeitraum hat die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der Einspeisevergütung nach § 4 EEG 2000 i.V.m. § 66 Abs. 1 EEG 2012, § 66 Abs. 1 EEG 2009 und § 21 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2004, weil der Anspruch nach §§ 16 Abs. 6 i.V. mit 66 Abs. 1 Nr. 1, 6 Nr. 1 EEG 2009 entfallen ist.

1. Die Wasserkraftanlagen der Klägerin unterfallen dem sachlichen Anwendungsbereich der sog. technischen Vorgaben des § 6 Nr. 1 EEG 2009.

a) Die Vorschrift ist vollständig auf Altanlagen anwendbar, denn in den Übergangsbestimmungen in § 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 ist lediglich der Zeitpunkt der Vollendung der Nachrüstung gegenüber dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des EEG 2009 am 01.01.2009 um zwei Jahre bis zum 01.01.2011 hinausgeschoben worden. Eine Ausnahme der Altanlagen ist nicht erfolgt, ebenso keine inhaltliche Einschränkung oder Modifizierung.

b) Die installierte Leistung der Wasserkraftanlagen der Klägerin übersteigt den Grenzwert von 100 kW in jedem Fall, und zwar unabhängig davon, ob man die Wasserkraftanlagen als eine Anlage i.S. von § 3 Abs. 1 EEG 2009 ansieht, wie offenbar das Landgericht, oder als drei Anlagen (nach der Anzahl der zur Stromerzeugung eingesetzten Generatoren) oder gar als sechs Anlagen, wie es die Klägerin zuletzt geltend gemacht hat. Denn selbst im letztgenannten Fall ergibt sich rechnerisch jeweils eine installierte Leistung von 129,67 kW. Eine Aufteilung jeder Anlage in einen Anlagenteil, dessen Leistung 100 kW nicht über-

steigt, und einen Anlagenanteil, für den ggf. eine Nachrüstverpflichtung besteht, findet im Gesetz keine Grundlage.

2. Danach oblag der Klägerin die – energierechtliche – Verpflichtung zur Ausstattung ihrer Wasserkraftanlagen mit zwei technischen oder betrieblichen Einrichtungen, auf welche der Beklagten ein Zugriff einzuräumen war, nämlich nach Nr. 1 lit. b) eine Einrichtung zum Abruf der jeweiligen Ist-Einspeisung – diese Verpflichtung hatte die Klägerin unstreitig erfüllt – und nach Nr. 1 lit. a) eine Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung bei Netzüberlastung. Die letztgenannte Verpflichtung erfüllte die Klägerin im o.g. Zeitraum auch nach eigenen Angaben nicht.

3. Das Landgericht hat die in § 16 Abs. 6 EEG 2009 angeordnete Rechtsfolge zu Recht dahin ausgelegt, dass bei Nichterfüllung der technischen Anforderungen nach § 6 Nr. 1 lit. a) EEG 2009 der Vergütungsanspruch für die Zeit der Nichterfüllung endgültig entfällt (vgl. KG Berlin, Beschluss v. 09.07.2012, 23 U 71/12 – zitiert nach juris, dort Tz. 4 m.w.N.).

a) Der Wortlaut der Rechtsfolgenregelung in § 16 Abs. 6 Hs. 2 EEG 2009 ist – für sich genommen – eindeutig, denn danach wird bestimmt, dass „... kein Anspruch auf Vergütung ... besteht ...“. Das *Nichtbestehen* eines Anspruchs hat rechtsvernichtenden Charakter und ist nicht etwa vorübergehend rechtshindernd, wie z. Bsp. eine aufgeschobene Fälligkeit. Der eine zeitliche Dimension ansprechende Begriff „solange“ in § 16 Abs. 6 Hs. 1 EEG 2009 gehört zum Tatbestand der Norm und nicht, wie die Klägerin in ihrer Argumentation unterstellt, zur Rechtsfolgenregelung; hieraus ergibt sich nur, dass die Nichteinhaltung der Umsetzungsfrist des § 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 nicht zu einem irreversiblen Verlust des Vergütungsanspruchs für die gesamte Vergütungsdauer nach § 21 Abs. 2 EEG 2009 führt, sondern dass durch die (nachträgliche) Erfüllung der Voraussetzungen des § 6 Nr. 1 EEG 2009 der Tatbestand des § 16 Abs. 6 EEG 2009 nicht mehr erfüllt ist und ab diesem Zeitpunkt der Vergütungsanspruch besteht.

b) Diese semantische Auslegung korrespondiert mit der systematischen Stellung der Norm. Die Vorschrift des § 16 EEG 2009 regelt in Absätzen 1 und 3, wann die Vergütungspflichtung des Netzbetreibers gegenüber dem Anlagenbetreiber besteht, und in Absätzen 2 und 5, wann sie nur teilweise besteht. In diesen Regelungszusammenhang fügt sich Absatz 6 ein, in dem dasselbe Begriffspaar „Anspruch besteht“ bzw. „kein Anspruch besteht“ verwendet wird. Die Vorschrift des § 16 Abs. 4 EEG 2009 hat die – zur Vergütungspflicht des Netzbetreibers synallagmatische – grundsätzliche Verpflichtung des Anlagenbetreibers zur Andienung des gesamten in der Anlage erzeugten Stroms zum Gegenstand; keine der Regelungen bezieht sich auf Zahlungsmodalitäten, wie die Fälligkeit der Vergütung.

c) Das Landgericht hat auch zu Recht darauf abgestellt, dass die unbedingte Verpflichtung der Betreiber größerer Stromerzeugungsanlagen zur Erfüllung der technischen bzw. be-

trieblichen Vorgaben über § 16 Abs. 6 EEG 2009 fristgerecht durchgesetzt werden sollte. Die Sanktionierung der nicht fristgerechten Umsetzung wäre jedoch nicht effektiv wirksam, wenn für den Anlagenbetreiber einerseits nicht das Risiko einer endgültigen finanziellen Einbuße bestehen würde und andererseits für den Anlagenbetreiber nicht ein wirtschaftlicher Anreiz gesetzt würde, die Vorgaben nachträglich so rasch als möglich zu erfüllen.

4. Die Regelung des § 16 Abs. 6 EEG 2009 in der vorgenannten Auslegung verstößt nicht gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot.

a) Es kann hier offen bleiben, ob der gesetzliche Mehrvergütungsanspruch nach dem EEG ein absolutes Recht i.S. von Art. 14 GG ist oder ob er nur in Verbindung mit dem Eigentum an einer aus erneuerbaren Energieträgern Strom erzeugenden Anlage geschützt wird. Diese Unterscheidung könnte zunehmende Bedeutung erlangen, weil eine wirtschaftliche Verwertung dieses Eigentums inzwischen auch in anderer Weise – z. Bsp. durch Eigenverbrauch oder Direktvermarktung – möglich sein mag.

b) Selbst wenn man – zugunsten der Klägerin – den Anspruch auf Einspeisevergütung als ein absolutes Eigentumsrecht ansähe, läge hier ein Fall der zulässigen sog. unechten Rückwirkung der Norm vor. Denn nur die Erstinvestition in die Errichtung und Inbetriebnahme der Wasserkraftanlagen stellt einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Vorgang dar. Hierauf beziehen sich die Regelungen zum Vergütungsbeginn und zur allgemeinen Vergütungsdauer. Das EEG 2000, auf das sich die Klägerin beruft, begründete mithin allenfalls ein Vertrauen darauf, dass zur Refinanzierung dieser Investition der Zugang zu einem Anspruch auf eine gesetzliche Einspeisevergütung für zwanzig Jahre besteht. Dem gegenüber ist die Festlegung der Rahmenbedingungen für die – nach wie vor eröffnete und auch gegenüber Marktpreisen höher vergütete – Stromeinspeisung ab dem 01.01.2011 ein z. Zt. des Inkrafttretens des EEG 2000 am 01.04.2000 oder des EEG 2009 am 01.01.2009 zukünftiger Vorgang.

c) Schließlich wäre nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sogar eine echte Rückwirkung ausnahmsweise zulässig, wenn sich kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte, etwa wenn die Betroffenen schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht mit dem Fortbestand der Regelungen rechnen konnten oder wenn überragende Belange des Gemeinwohls eine rückwirkende Beseitigung erfordern (vgl. BVerfG, Beschluss v. 18.02.2009, 11 BvR 3076/08, BVerfGE 122, 374). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

aa) Ein Vertrauen in einen Anschluss der eigenen Energieerzeugungsanlage an das Stromnetz ohne technische Vorgaben durch den Netzbetreiber konnte ein Anlagenbetreiber, wie die Klägerin, schon zum 01.04.2000 nicht erlangen. Denn bereits in § 10 Abs. 1 S. 2 EEG 2000 war geregelt, dass die Ausführung des Anschlusses der Anlage an das

Stromnetz den notwendigen technischen Anforderungen des Netzbetreibers und auch der Systemverantwortung des Netzbetreibers i.S. von § 16 EnWG entsprechen müsse. Gleichartige Regelungen enthielt § 4 Abs. 3 S. 1 EEG 2004, dort wurden technische Einrichtungen zur Reduzierung der Einspeiseleistung bereits ausdrücklich aufgeführt. Dem gegenüber stellte die Regelung des § 6 Nr. 1 lit. b) EEG 2009 teilweise sogar eine Rücknahme der Einbauverpflichtung dar (vgl. Salje, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, § 6 Rn. 1 f. m.w.N.).

bb) Das Interesse der Allgemeinheit und im Übrigen auch der Klägerin selbst an der Vermeidung störender Rückwirkungen des Anschlusses einer Strom erzeugenden Anlage an das Netz bzw. der Stromeinspeisung i.S. der Herstellung und Bewahrung eines ausgewogenen Nebeneinanders von nachhaltiger Energieversorgung und Versorgungssicherheit, dessen Befriedigung die Regelung des § 6 Nr. 1 EEG 2009 zu dienen bestimmt ist, ist ein legitimer, weil sachlicher und schwer wiegender Grund für einen Eingriff in die technischen Voraussetzungen des Netzzugangs bzw. der Stromeinspeisung. Nachdem der Gesetzgeber erkannt hatte, dass allein mit der Verpflichtung der Netzbetreiber zum Netzausbau die Netzsicherheitsprobleme, die aus dem raschen Anstieg der Zahl der aus erneuerbaren Energieträgern Strom erzeugenden Anlagen und der insgesamt von diesen erzeugten Strommengen erwachsen und weiter zunehmen, nicht sofort zu beseitigen waren, war es geeignet und sachlich gerechtfertigt, die Anlagenbetreiber in die Verantwortung für die Netzsicherheit konkreter einzubeziehen.

cc) Ginge man hierbei von einem Grundrechtseingriff aus, so wäre dieser jedenfalls auch verhältnismäßig. Vom einzelnen Anlagenbetreiber wird eine in der Regel geringe zusätzliche Investition verlangt, um den Anspruch auf gesetzliche Einspeisevergütung weiter geltend machen zu können. Unter Berücksichtigung der u.U. erheblichen Beeinträchtigungen der Netzstabilität und damit der Versorgungssicherheit ohne ausreichendes Netzsicherheitsmanagement ist der von jedem einzelnen Anlagenbetreiber geforderte Mitwirkungsbeitrag eher marginal. Um dem Anlagenbetreiber einer Bestandsanlage eine angemessene Zeit zur Einstellung auf die neuen technischen Vorgaben einzuräumen, ist das Inkrafttreten des § 6 Nr. 1 EEG 2009 für diese Anlagen um zwei Jahre hinausgeschoben worden. Die im Zusammenhang mit dem Aufbau eines wirkungsvollen Netzsicherheitsmanagements stehenden Belastungen der Netzbetreiber sind erheblich höher. Damit ist den schutzwürdigen Interessen des Anlagenbetreibers i.S. eines ausgewogenen Verhältnisses und eines gerechten Ausgleichs angemessen Rechnung getragen worden.

5. Die Vorschriften der §§ 16 Abs. 6 i.V.m. 6 Nr. 1 EEG 2009 werden weder durch wasserrechtliche Vorschriften verdrängt noch sind unauflösliche Wertungswidersprüche von der Klägerin schlüssig vorgetragen worden oder sonst ersichtlich.

a) Entgegen der Auffassung der Klägerin stellt das unions-, bundes- und landesrechtliche Wasserrecht kein dem Energiewirtschaftsrecht vorrangiges Recht dar. Insbesondere liegt kein Verhältnis im Sinne einer spezielleren zu einer allgemeinen Regelung vor, denn das Recht der erneuerbaren Energien und das Wasserrecht betreffen verschiedene Regelungsbereiche und unterschiedliche Schutzgüter. Auftretenden Interessenkollisionen ist im Einzelfall im Rahmen der Rechtsanwendung zu begegnen. Grundsätzlich besteht auch kein Widerspruch darin, dass der Klägerin als Betreiberin der Wasserkraftanlagen Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit dem Recht der erneuerbaren Energien obliegen und zugleich als Betreiberin von wasserrechtlich relevanten Anlagen spezifische wasserrechtliche Verhaltenspflichten; ihr obliegt es auch, beide Pflichtenkreise miteinander in Einklang zu bringen oder auf das Betreiben einer Anlage zu verzichten.

b) Das Vorbringen der Klägerin zur angeblichen Unmöglichkeit der Erfüllung der Anforderungen des § 6 Nr. 1 EEG 2009 im Hinblick auf wasserrechtliche Verhaltenspflichten ist nicht nachvollziehbar.

aa) Die Verpflichtung der Klägerin, für einen schadlosen Abfluss des Wassers in den Mühlgräben Sorge zu tragen (§ 6 Abs. 1 Nr. 6 WHG i.V.m. § 3 Abs. 2 Nr. 5 SächsWG), d.h. einen Anstieg des Pegels in den Mühlgräben zu vermeiden, der das Wasser über die Grabenkante steigen lässt, ist durch die Installation eines Funkrundsteuerempfängers (EFR) an den Wasserkraftanlagen nicht zwangsläufig beeinträchtigt. Die Klägerin hat auch auf ausdrückliche Nachfrage des Senats nicht darzulegen vermocht, weshalb eine gestufte Reduzierung der Stromerzeugung ohne einen vollständigen Stillstand der Turbinen technisch oder betrieblich nicht möglich sein soll. Ebenso ist die pauschale Behauptung, dass die Kraftübertragung von der jeweiligen Turbine auf den Generator nicht unterbrochen werden könne, nicht nachvollziehbar. Selbst wenn eine Reduzierung der Stromerzeugung nicht möglich wäre, hat die Klägerin nicht dargelegt, dass und aus welchen Gründen dann nicht etwa ein Verbrauch bzw. eine Speicherung des Stroms durch die Klägerin zur Reduzierung der Stromeinspeisung möglich sein soll. Die Klägerin hat schließlich auch nicht dargelegt, weshalb – unabhängig von der Stromerzeugung – ein schadfreier Abfluss von Wasser in den Mühlengräben an den Turbinen vorbei nicht herstellbar sein soll, insbesondere vor dem Hintergrund, dass über die Mühlengräben auch eine Entwässerung weiterer Bäche erfolgt und dass im Fall von Wartungsarbeiten an den Turbinen oder bei Havarien in einer Wasserkraftanlage ohnehin eine Alternative zur Entwässerung benötigt wurde und wird.

bb) Soweit die Klägerin auf die Genehmigungsbedürftigkeit eines Abschaltens der *Stauanlagen* (§ 41 SächsWG) verwiesen hat, ist schon nicht ersichtlich, dass die Wasserkraftanlagen als solche Stauanlagen zu charakterisieren sind. Jedenfalls wäre eine konkrete Dar-

legung dazu erforderlich gewesen, unter welchen Bedingungen ihr der Betrieb welcher wasserrechtlich relevanter Anlagen gestattet worden ist; hierzu hat der Senat die Klägerin erfolglos zur Vorlage der wasserrechtlichen Anlagebetriebsgenehmigung(en) aufgefordert. Einer solchen Genehmigung wären u.U. Auflagen zu entnehmen gewesen, ggf. auch Verpflichtungen zur Vorhaltung eines Notfallmanagements. Gleiches gilt für die Verpflichtung zur Gewährleistung der Durchgängigkeit des Wassers durch die Anlage (§ 34 WHG i.V.m. § 91b SächsWG).

cc) Die Klägerin hat sich insbesondere darauf gestützt, dass sie wasserrechtlich verpflichtet sei, Anlagen an Gewässern so zu bewirtschaften, dass Hochwasser von der Fläche zurückgehalten werde, und dass im Falle des Überlaufens der Mühlengräben erhebliche Schäden in den niedriger liegenden Arealen zu besorgen seien. Ihr Verweis auf wasserrechtliche Vorschriften geht insoweit fehl, denn § 67 Abs. 1 S. 1 WHG i.V.m. § 99 SächsWG regelt den *Ausbau* von Gewässern und schränkt ihn dahin ein, dass natürliche Rückhaltebecken erhalten bleiben sollen. Insoweit ist ein Zusammenhang mit dem Betrieb bestehender Wasserkraftanlagen nicht erkennbar und konnte von der Klägerin auf Nachfrage auch nicht erläutert werden. Im Übrigen gilt das Vorausgeführte: Die Klägerin hat weder substantiiert dargelegt, dass eine Reduzierung der *Stromeinspeisung* zwingend mit einer Behinderung des Durchlaufs des in den Mühlengräben abfließenden Wassers verbunden ist, noch dass für den Fall, dass eine ausreichende Entwässerung der Mühlengräben auf diesem Wege behindert wäre, keine alternative Entwässerung in Betracht kommt, deren Herstellung ihr im Rahmen ihrer wasserrechtlichen Verhaltenspflichten obläge, z. Bsp. durch Anlage eines parallel zum „Turbinenkanal“ verlaufenden weiteren, sonst gesperrten Kanals (sog. „bypass“). Ungeachtet dessen, dass mit der energierechtlichen Regelung kein Ausgleich für etwaige wasserrechtlich determinierte Belastungen der Klägerin geschaffen werden musste, ist die Klägerin darauf zu verweisen, dass die technischen Anforderungen nach § 6 Nr. 1 EEG 2009 der nachhaltigen Energieversorgung und der Versorgungssicherheit für ca. 2,7 Mill. Menschen im Versorgungsgebiet der Beklagten zu dienen bestimmt sind.

6. Die Forderung der Beklagten gegenüber der Klägerin, die technischen oder betrieblichen Vorgaben des § 6 Nr. 1 lit. b) EEG 2009 ab dem 01.01.2009 zu erfüllen, war nicht rechtsmissbräuchlich.

a) Die Forderung beruhte auf einer gesetzlichen Anordnung, die innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der Norm keinerlei Ausnahmen oder Befreiungsmöglichkeiten vorsieht. Soweit sich die Klägerin auf typische Probleme der Umrüstung von Wasserkraftanlagen berufen hat, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese Probleme gekannt und bei seiner Entscheidung berücksichtigt hat. Er hat die Wasserkraftanlagen weder von

der Regelung ganz ausgenommen noch dem Netzbetreiber etwa einen Ermessensspielraum eingeräumt. Die Entscheidungsfreiheit der Netzbetreiber beschränkt sich auf die konkrete Ausgestaltung des eigenen Netzsicherheitsmanagements. Insoweit hat die Beklagte mit ihren Formularschreiben an die Klägerin nur auf die ohnehin geltende Rechtslage und auf die Konsequenzen einer Nichterfüllung der Vorgaben hingewiesen.

b) Die Beklagte hat die Klägerin auch nicht etwa in ihrer Dispositionsfreiheit eingeschränkt, die Steuerung der Einspeisereduzierung entweder durch die Installation einer technischen, die automatische Weiterleitung des Signals der Beklagten bewirkenden Einrichtung („Fernsteuerung“) oder durch effektive betriebliche Maßnahmen (Bereitschaftsdienst bei der Klägerin) zu ermöglichen. Die Beklagte hat in ihren Formularschreiben jeweils den Gesetzeswortlaut vollständig wiedergegeben; Gleiches war auch der Funktionsbeschreibung des Netzsicherheitsmanagements der Beklagten zu entnehmen, die der Klägerin zugänglich gemacht worden war.

c) Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt es nach dem eindeutigen Regelungsgehalt des § 6 Nr. 1 EEG 2009 nicht darauf an, ob die Anlage als Grundlastkraftwerk zu bewerten ist oder nicht. Die Pflicht zur Teilnahme am Netzsicherheitsmanagement ist nicht abhängig von der Art des erneuerbaren Energieträgers oder von der Art der Betriebsführung der Anlage oder vom Ausmaß der Gefahr einer Netzüberlastung in der konkreten Standortregion. Die Klägerin verkennt bei ihrer Argumentation, dass der lokale Netzbetreiber auch auf Netzüberlastungsanzeigen der (überregionalen) vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber reagieren können muss und dass die Effizienz des Systems der Netzsicherheit steigt, wenn alle bzw. nahezu alle Stromeinspeiser in das System integriert sind. Die Beklagte hat allenfalls im Rahmen ihres Einspeisemanagements nach § 11 EEG 2009 Veranlassung und Gelegenheit, durch Eingruppierungen auf die von der Klägerin benannten Aspekte angemessen Rücksicht zu nehmen.

d) Die Aufforderung der Beklagten an die Klägerin, die Vorgaben des § 6 Nr. 1 lit. b) EEG 2009 fristgerecht zu erfüllen, war schließlich auch nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil die Beklagte kein Konzept zur Vereinbarkeit der energie- und wasserrechtlichen Anforderungen an den Anlagenbetrieb entwickelte und bereitstellte. Hierzu war die Beklagte nicht verpflichtet und – mangels ausreichender Informationen – auch nicht in der Lage. Es war vielmehr originäre Aufgabe der Klägerin, der Beklagten ein entsprechendes Konzept zu unterbreiten, welches die Prognose einer Erfüllung der energierechtlichen Anforderungen rechtfertigte.

7. Die Beklagte hat auf die Erfüllung der technischen Vorgaben des § 6 Nr. 1 lit. b) EEG 2009 bzw. auf den Wegfall der Vergütungspflicht nach § 16 Abs. 6 EEG 2009 nicht verzichtet.

a) Die Beklagte hat zu Recht darauf verwiesen, dass sie keine Befugnis zum Verzicht auf den Wegfall der Vergütung hatte. Das Gesetz sah, wie ausgeführt, eine Abhängigkeit des Bestehens des Vergütungsanspruchs der Klägerin gegen die Beklagte von der Teilnahme der Klägerin am Netzsicherheitsmanagement der Beklagten zwingend vor. Von einem Rechtsverstoß der Beklagten durfte die Klägerin nicht ausgehen.

b) Angesichts der beiden Schreiben vom 17.05. und 11.10.2010 konnte die Klägerin im Übrigen auch nicht davon ausgehen, dass die Beklagte wegen des Schreibens der Klägerin vom 13.12.2010 von ihrer Forderung Abstand nehmen werde. Das erwartete die Klägerin ausweislich ihrer eigenen Schreiben vom 13.12.2010 und vom 13.01.2011 offensichtlich auch nicht.

c) Die im Januar 2011 erfolgte Gutschrift war auch aus objektiver Sicht der Klägerin eine vorläufige Abrechnung ohne Präjudiz für die Schlussrechnung.

d) Das Schweigen der Beklagten auf das Schreiben vom 13.12.2010 hatte ebenfalls keinen eigenständigen Erklärungswert. Die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens sind schon deshalb nicht anwendbar, weil sie – neben der fehlenden Dispositionsbefugnis der Beklagten – auch eine entsprechende vorherige mündliche Einigung voraussetzen, die selbst die Klägerin nicht behauptet hat.

II. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keine kartellrechtlichen Ansprüche, insbesondere nicht nach § 33 Abs. 3 GWB i.V.m. § 19 Abs. 4 GWB oder § 20 Abs. 1 GWB.

1. Im Rahmen der kartellrechtlichen Betrachtungen kommen als Verletzungshandlungen der Beklagten allenfalls Handlungen der Beklagten als Netzbetreiberin in Betracht. Eine – kartellrechtlich relevante – Monopolstellung hat die Beklagte lediglich als Netzbetreiberin inne, nicht jedoch im Hinblick auf den Stromvertrieb. Sie ist eine Netzbetriebsgesellschaft; der Stromvertrieb gehört – auch wegen des gesetzlich angeordneten Unbundlings – nicht zu ihren Geschäftsfeldern.

2. Soweit sich die Klägerin auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil v. 06.10.1992, KZR 10/91 „Stromeinspeisung I“, BGHZ 119, 335; sowie Urteil v. 22.10.1996, KZR 19/95 „Stromeinspeisung II“, BGHZ 134, 1) bezogen hat, ist diese Rechtsprechung zur Bemessung einer Einspeisevergütung tatsächlich überholt. Beide Entscheidungen ergingen nicht nur zur Rechtslage nach dem GWB a.F., sondern vor allem zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten spezieller Regelungen für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien (dort: Stromeinspeisungsgesetz v. 07.12.1990). Sie betrafen zudem jeweils Elektrizitätsunternehmen, die zugleich Netzbetreiber und Stromvertrieber waren und in beiden Geschäftsfeldern eine Monopolstellung inne hatten, die sie dann nachweislich im Rahmen der Festlegung der Ankaufspreise ausnutzten. Ein solches Preisdiktat durch die

Beklagte war im Jahre 2011 allein deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagte verpflichtet war, jedem Stromhändler zu gleichen Bedingungen die Nutzung ihres Netzes zu eröffnen. Gleiches gilt auch für die von der Klägerin zitierte weitere Entscheidung (Urteil v. 04.04.1995, KZR 5/94, RdE 1995, 247).

3. Die Klägerin hat eine Missbrauchshandlung der Beklagten als Netzbetreiberin schon nicht benannt. Insoweit ist festzuhalten, dass eine Missbrauchshandlung jedenfalls nicht darin lag, dass die Beklagte die Einspeisung des im Zeitraum Januar bis April 2011 von der Klägerin erzeugten Stroms in ihr Netz nicht unterband. Denn zur Stromabnahme war sie nach § 8 Abs. 1 EEG 2009 ungeachtet der Vergütungspflichten gehalten. Ein Kartellrechtsverstoß lag auch nicht darin, dass die Beklagte die von der Klägerin im o.g. Zeitraum eingespeisten Strommengen nicht nach dem objektiven Verkehrswert von börsengehandelten Strom vergütete. Der von der Klägerin eingespeiste Strom hatte schon nicht dieselbe Warenqualität, weil die Beklagte weder Anspruch auf seine Einspeisung hatte noch gegenüber einem Handelspartner die Bereitstellung verbindlich hätte zusichern können. Die Klägerin hat auch nicht etwa substantiiert vorgetragen, dass sie mit dieser Vergütungsweise etwa schlechter behandelt worden sei, als ein zum Konzern der Beklagten zugehöriges Stromvertriebsunternehmen.

4. Schließlich hat die Klägerin auch eine unbillige Behinderung nicht dargelegt. Allein in der Durchsetzung einer gesetzlichen Verpflichtung für jeden Anlagenbetreiber auch gegenüber der Klägerin lag weder eine unbillige Zielsetzung noch sind die hierfür eingesetzten Mittel zu beanstanden.

III. Die Klägerin hat ggf. die Voraussetzungen für einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegen die Beklagte schon dem Grunde nach nicht schlüssig dargelegt; darüber hinaus ist sie mit dem für ihre Behauptungen zur Anspruchshöhe geeigneten Beweismittel des Sachverständigengutachtens inzwischen ausgeschlossen.

1. Es kann letztlich offen bleiben, ob einem bereicherungsrechtlichen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte schon entgegen steht, dass es sich bei der Bereicherung der Beklagten durch die erfolgte Stromeinspeisung um eine aufgedrängte Bereicherung handelt, d.h. eine ungebetene vermögenswirksame Einwirkung, hinsichtlich der das Schutzinteresse der Beklagten das Vergütungsinteresse der Klägerin von vornherein überwiegt. Insoweit kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, anhand derer ein angemessener Interessenausgleich zu suchen ist, die hier aber bisher nur unvollständig verifizierbar waren und sich ggf. durch das in Aussicht genommene Gutachten besser hätten beurteilen lassen.

2. Die Klägerin hat ihre Behauptungen zu einem höheren objektiven Wert ihrer Stromeinspeisungen im Zeitraum vom 01.01. bis 30.04.2011, als von der Beklagten im Rahmen

vermiedener Netzentgelte und Arbeitspreise im ogA-Bilanzkreis erstattet, nicht beweisen können.

a) Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Beklagte den von der Klägerin im o.g. Zeitraum eingespeisten Strom nicht an Dritte veräußert hat.

b) Allerdings hat die Klägerin schlüssig behauptet, dass dadurch, dass sie dezentral erzeugten Strom in das Netz der Beklagten eingespeist habe, diese Strommenge nicht über den Übertragungsnetzbetreiber an die Beklagte geliefert werden musste und daher zu Gunsten der Beklagten geringere Netzentgelte beim Übertragungsnetzbetreiber angefallen seien. Hinsichtlich der Möglichkeit der Realisierung eines Vermögenszuwachses durch ersparte Aufwendungen für die Beschaffung von Regelstrom bzw. durch eine verminderte Inanspruchnahme von Ausgleichsleistungen des Übertragungsnetzbetreibers hat der Senat ebenfalls eine ausreichende Darlegung durch die Klägerin angenommen. Der Senat hat daher diese Fragen für beweisheblich erachtet und die Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens angeordnet. Das Gutachten sollte auch Aufschluss darüber verschaffen, ob die Darlegungen der Beklagten im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast für eine Beurteilung der Beweisfragen genügten, weil der Senat zu dieser Beurteilung allein aufgrund eigener Sachkunde nicht in der Lage gewesen ist.

c) Die Klägerin hat jedoch den für die Durchführung der Beweisaufnahme erforderlichen Auslagenvorschuss nicht eingezahlt; sie hat die vom Senat hierfür nach §§ 402, 356 ZPO gesetzte Frist ohne Reaktion verstreichen lassen und sich sodann ausdrücklich geweigert, eine Vorschusszahlung zu erbringen. Nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz am 06.11.2013 kann dieses – einzig geeignete – Beweismittel nicht mehr genutzt werden.

C.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

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.

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.