
Datum: 12.09.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 29. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 29 U 14/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0912.29U14.03.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 6 O 237/02

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 13. Dezember 2002 verkündete Urteil des der 6. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird mit der Maß-gabe zurückgewiesen, daß die Beklagte in Absatz 1 des Urteilstenors bezo-gen auf den Kläger zu 2) lediglich verurteilt bleibt, an diesen 407,17 EUR nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19. Juli 2002 zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Zwangsvollstrek-kung der Kläger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils zu vollstreckenden Betrags abwenden, sofern die Kläger nicht zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils von ihnen zu vollstreckenden Betrags leisten.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

Die Kläger betreiben Windkraftanlagen in O bzw. C. Sie speisen den von ihnen erzeugten Strom in das von der Beklagten betriebene Stromnetz ein. 3

Die Parteien streiten um die Bezahlung des im 1. Quartal 2002 aus den Windkraftanlagen der Kläger gelieferten Stroms, den die Beklagte wegen bei ihr anfallender Meßkosten und beim Kläger zu 1) auch wegen der eingespeisten Blindleistung nicht in voller Höhe vergüten will, sowie im Wege der negativen Feststellungsklage um die Frage, ob die Kläger die Meßkosten der Beklagten übernehmen müssen. 4

Die Windkraftanlagen der Kläger wurden 1995 an das Netz angeschlossen, das damals die W AG mit Sitz in E betrieb, deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte seit dem 1. Oktober 2000 ist. Die nach den Verträgen mit der W AG vorgesehenen Meßeinrichtungen, bestehend aus einem Drehstrommesser und einem Strom- und Spannungswandler wurden von dieser am Einspeiseort eingebaut und absprachegemäß mit 18,00 DM mtl. netto von den Klägern vergütet. An der Windkraftanlage des Klägers zu 2) ließ die W AG nach vorheriger schriftlicher Mitteilung vom 4. Juli 1996 (Anlage K 2 zur Klageschrift) Anfang 1997 statt des Drehstromzählers einen Vier-Quadranten-Lastgangzähler einbauen, ohne ihre Abrechnung zu ändern. An der Windkraftanlage des Klägers zu 1) nahm die Beklagte 2001 einen entsprechenden Zähleraustausch vor. Im Mai 2001 kündigte die Beklagte gegenüber den Klägern die mit ihrer Rechtsvorgängerin geschlossenen Energieverträge zum 31. Dezember 2001 und bot diesen unter dem 5. Juli 2001 für die Zeit ab Januar 2002 für die Stromeinspeisung den Abschluß zweier neuer Verträge an, erstens den eines Stromlieferungsvertrags und zweitens den eines Netznutzungsvertrags, der den Klägern einerseits wegen der inzwischen eingetretenen Liberalisierung des Strommarkts die Belieferung mit Strom eines anderen Stromlieferanten als des Schwesterunternehmens der Beklagten, der S2 AG, ermöglichen sollte, und der andererseits in den Anlagen 4 und 5 ergänzend für Betreiber von Windkraftanlagen u. a. vorsah, daß die Beklagte eine von diesen zu vergütende Mehrphasen-Zähleinrichtung für Wirk- und Blindarbeit zur Verfügung stelle. Die 5

Kläger lehnten den Abschluß dieser Verträge ab und kauften stattdessen der Beklagten die von der W AG eingebauten Strom- und Spannungswandler ab. Sie schlossen mit der Fa. M GmbH mit Sitz in I Verträge über die Belieferung mit Bezugsstrom - der Kläger zu 1) unter dem 19. September/22. November 2001 (vgl. Anlage K 6 zur Klageschrift) - und ferner mit der Fa. W2 GmbH Meßverträge- der Kläger zu 1) unter dem 10. Dezember 2001 (vgl. Anlage K 7 zur Klageschrift) -, in denen sich diese für je 1.000 DM/511,29 EUR jährlich verpflichtet, an den Windkraftanlagen der Kläger sowohl den Liefer- als auch den Bezugsstrom zu messen. 6

Die Beklagte rechnete den gelieferten Strom monatlich mit 0,091 EUR/kWh zzgl. MWSt ab und kürzte die so errechneten Guthaben beim Kläger zu 1) um 59,19 EUR im Januar bzw. je 59,17 EUR im Februar und März 2002 wegen Blindarbeit (0,0092032 EUR/kvarh) und bei beiden Klägern um 91,00 EUR monatlich wegen Meß- und 26,00 EUR monatlich wegen Wandlerkosten - jeweils zzgl. MWSt - (vgl. Gutschriftenanzeigen /Berech- 7

nungsnachweise für den Kläger zu 1) vom 15. Februar/11. März/15. April 2002 - Anlage B 9 zum Schriftsatz der Beklagten vom 7. Juli 2003 - und für den Kläger zu 2) vom 24. Mai 2002 - Anlage B 11 zum selben Schriftsatz). Die Kläger verlangen mit der Klage diese einbehaltenen Beträge, der Kläger zu 1) 613,09 EUR und der Kläger zu 2), nachdem er in zweiter Instanz die Klage in Höhe von 20,70 EUR wegen einer erstinstanzlich übersehenen Gutschrift nebst Zinsen zurückgenommen hat, noch 407,17 EUR. 8

Die Kläger haben die Auffassung vertreten, die von der Beklagten vorgenommenen Kürzungen seien unberechtigt, da sie - wie unstreitig ist - den von ihnen gelieferten Strom selbst messen.

Sie haben beantragt, 10
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger zu 1) 613,09 EUR und an 11
den Kläger zu 2) 427,87 EUR nebst jeweils 5 % Zinsen über dem 12
jeweiligen Basiszins seit dem 19. 7. 2002 zu zahlen, 13
festzustellen, daß sie nicht verpflichtet sind, Kosten an die Be- 14
klagte für die Bereitstellung, Überwachung und Unterhaltung der 15
Zähleinrichtung sowie Bereitstellung der Zählzeiten für ihre Wind- 16
kraftanlagen zu bezahlen. 17

Die Beklagte hat beantragt, 18
die Klage abzuweisen. 19

Sie hat gemeint, schon wegen des vertragslosen Zustands sei sie zu den vorgenommenen Abzügen berechtigt. Wegen der Zuführung von Blindstrom, der in ihrem Netz zu Übertragungsverlusten führe, müsse sie die genannten Beträge als Pönale berechnen. 20

Das Landgericht hat die Beklagte in dem angefochtenen Urteil, das sich auch über die in dieser Instanz abgetrennten und jetzt unter dem Aktenzeichen 29 U 61/03 geführten Klagen von vier weiteren Windkraftanlagenbetreibern verhält, antragsgemäß verurteilt. Wegen der Begründung wird auf das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen. 21

Mit ihrer fristgerecht eingereichten und begründeten Berufung rügt die Beklagte, die angefochtene Entscheidung beruhe auf einer Rechtsverletzung. Sie ist der Auffassung, sie sei nicht zur Vergütung des von den Klägern gelieferten Stroms verpflichtet, da sie mit diesen keinen Stromeinspeisevertrag abgeschlossen habe. Jedenfalls dürfe sie die Leistung solange zurückbehalten, bis sich die Kläger auf den Abschluß der von ihr vorgeschlagenen Verträge einließen, auch dürfe sie die berechneten Abzüge vornehmen. Zur Berechtigung der Abrechnung von Meßkosten verweist sie auf die erstinstanzlichen Ausführungen, um Wiederholungen zu vermeiden. Bezogen auf zwei weitere Kläger, die ehemaligen Kläger zu 5) und 6) aus dem abgetrennten Rechtsstreit, führt die Beklagte zu den Meßkosten aus, die Messung mit einem Lastprofilzähler sei technisch zum störungsfreien Netzbetrieb erforderlich, u. a. um die Netzbelastung und die Blindstromeinspeisung zu erfassen. Da die Anlagen der Kläger nicht den technischen Anforderungen von §§ 10 EEG und 16 EnWG am Niederspannungsnetz entsprächen, sei die Erhebung einer Pönale im Vergleich zur Schließung der Windkraftanlagen das kleinere Übel. 22

Die Beklagte beantragt, 23
abändernd die Klage abzuweisen. 24

Unter Berücksichtigung der teilweisen Klagerücknahme in Höhe von 20,70 EUR nebst Zinsen durch den Kläger zu 2) beantragen die Kläger, 25

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	26
Auf der Grundlage eines am 4. August 2003 eingegangenen Schriftsatzes beantragen die Kläger ergänzend hilfsweise,	27
die Beklagte zu verurteilen, die von ihr im Januar 2002 angebotenen Stromeinspeisungs- und Netzanschlußverträge mit folgender Maßgabe in Bezug auf Messung und Blindstrom zu akzeptieren:	28
Die Kläger sind berechtigt, den eingespeisten und bezogenen	29
Strom aus den Windkraftanlagen durch einen fachkundigen Dritten messen zu lassen. Sie müssen kein Entgelt an die Beklagte für die Messung bezahlen.	30
Die Kläger haben Vorkehrungen zu treffen, daß der Leistungs-	31
faktor (cos phi) in der Übergabestation zwischen 0,9 induktiv und	32
1,0 sowie zwischen 1,0 und 0,9 kapazitiv liegt (Nr. 1.5.8 der Anlage 1 zum Netznutzungsvertrag).	33
Übersteigt die induktive und kapazitive Blindarbeit (kvarh) jeweils	34
für sich betrachtet jeweils 50 % der eingespeisten Wirkarbeit	35
(kWh), so beträgt der Preis für die mehr benötigte Blindarbeit	36
0,92 Cent/kvarh.	37
Die Beklagte beantragt,	38
die Anschlußberufung zurückzuweisen.	39
Die Kläger verteidigen das angefochtene Urteil und meinen, durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. Juni 2003 - AZ VIII 161/02 - sei geklärt, daß ihnen auch ohne Vertragsabschluß ein Vergütungsanspruch für den eingespeisten Strom zustehe. Die Beklagte erbringe ihnen keine Meßleistung, so daß unverständlich sei, warum sie deren Vergütung verlange. Auch sei es insoweit unzulässig, pauschal auf den erstinstanzlichen Vortrag zu verweisen. Gemäß § 448 BGB sei es ihre Aufgabe als Verkäufer, den eingespeisten Strom zu messen. Die von der Beklagten herangezogenen Grenzwerte bei der Blindstromeinspeisung betreffen das Niederspannungsnetz und seien nicht für das hier maßgebliche Mittelspannungsnetz einschlägig, für das es keine bestimmten Leistungsfaktoren gebe.	40
Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen umfangreichen Sachvortrags wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen und auf die in der nachstehenden Begründung zusätzlich mitgeteilten Tatsachen verwiesen.	41
Der Senat hat die Parteien bzw. deren Vertreter angehört. Wegen des Ergebnisses dieser Anhörung wird auf den Berichterstattevermerk vom 19. August 2003 Bezug genommen.	42
II.	43
	44
	45

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere ist sie hinreichend begründet. Auch bei den Meßkosten genügt sie den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. Zwar enthält die Berufungsbegründung in diesem Punkt - bezogen auf die hiesigen Kläger - ausdrücklich nur einen pauschalen Hinweis auf das erstinstanzliche Vorbringen, jedoch setzt sich die Beklagte bei den Meßkosten der vormaligen Kläger zu 5) und 6) hinreichend mit der nach ihrer Auffassung falschen Rechtsanwendung des Landgerichts auseinander. Diese Ausführungen beziehen sich bei verständiger Auslegung auch auf die den Klägern zu 1) und 2) abgezogenen Meßkosten. Der Akteninhalt ist durch die von den Klägern vorgenommene Verbindung ihrer Klagen unübersichtlich geworden, so daß sich die genannte pauschale Bezugnahme, insbesondere in Verbindung mit dem mit der Berufung weiterverfolgten Klagabweisungsantrag, als bloßes Versehen darstellt.

In der Sache hat die Berufung der Beklagten allerdings keinen Erfolg.

46

47

1. Leistungsklage

48

a) Das Landgericht hat die der Höhe nach unstreitigen Vergütungsansprüche der Kläger als Anlagenbetreiber gegen die Beklagte als Netzbetreiberin im Ergebnis zu Recht auf der Grundlage der §§ 3 Abs. 1, 7 - versehentlich zitiert ist § 5 - EEG zuerkannt, ohne diese von dem Abschluß eines Stromeinspeisevertrags abhängig zu machen. Die Frage, ob sich der Vergütungsanspruch bereits aus dem Gesetz ergibt oder ob zu seiner Begründung ein Vertrag abgeschlossen werden muß, stellt sich auf der Grundlage der überzeugenden höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH-Urteil vom 11. Juni 2003 - VIII ZR 160/02) als nicht entscheidungserheblich dar. Denn danach kann der Anlagenbetreiber wegen des Kontrahierungszwangs seinen Vergütungsanspruch unmittelbar im Klageweg durchsetzen, ohne daß er zunächst auf Annahme seines Vertragsangebots klagen muß. Die Frage, welche Rechtsnatur der Anspruch aus § 3 EEG hat, kann bei der vorliegenden Konstellation offen bleiben, weil die Möglichkeit, unmittelbar auf Leistung zu klagen, sich auf praktische Erwägungen stützen kann. Da die Hauptleistungspflichten des eventuell noch abzuschließenden Stromeinspeisevertrags durch das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) festgeschrieben sind, hätten die Vertragsparteien in diesem Punkt keinen Gestaltungsspielraum. Um unnötigen formalen und prozessualen Aufwand zu vermeiden, kann deshalb der Anlagenbetreiber direkt auf Erfüllung seiner Vergütungsansprüche klagen.

49

b) Die Vergütungsansprüche der Kläger sind weder durch Aufrechnung erloschen noch ist die Beklagte berechtigt, die eingeklagten Beträge gemäß § 273 Abs. 1 BGB solange zurückzubehalten, bis sich die Kläger auf die von ihr gewünschte Regelung zur Übernahme der Meßkosten und zum Abzug von 0,0092032 EUR/kvarh für die Blindstromeinspeisung einlassen. Denn der Beklagten stehen in den hier abgerechneten Monaten von Januar bis März 2002 keine Gegenansprüche gegenüber beiden Klägern wegen der von ihr durchgeführten Messungen, und auch keine weiteren gegenüber dem Kläger zu 1) wegen der Blindleistung zu. Ferner gibt es in diesem Zusammenhang keine offene Fragen, d. h. keine in einer vertraglichen Absprache gestaltungsbedürftige Punkte, über deren Angemessenheit der Senat - folgt man auch in diesem Punkt dem bereits angesprochen Urteil des Bundesgerichtshofs vom

50

11. Juni 2003 - im Rahmen der vorliegenden Leistungsklage, d. h. bei Frage, in welcher Form ein Zurückbehaltungsrecht besteht, zu befinden hätte.

51

52

- Meßkosten

Die Kläger führen die Messungen, zu denen sie als Verkäufer des eingespeisten Stroms verpflichtet sind, selbst durch, indem sie diesen mit Hilfe ihrer eigenen von der Beklagten erworbenen Wandlern auf die für die Zählung erforderliche Spannungsebene bringen und die Menge des an die Beklagte gelieferten Stroms durch die von ihnen beauftragte Fa. W2 GmbH (im folgenden: Fa. W2) ermitteln lassen. Einerseits sind sie zu diesen Messungen in Eigenregie berechtigt. Andererseits reichen diese aus, d. h. die Kläger sind zu weitergehenden Messungen nicht verpflichtet. 53

Darüber, daß die Kläger als Verkäufer des Stroms analog § 448 BGB (alter und neuer Fassung) verpflichtet sind, die Meßkosten zu tragen, die anfallen, um festzustellen, wieviel Strom diese der Beklagten liefern, herrscht zwischen den Parteien auch kein Streit. Dieser entzündet sich nicht an der Kostentragungspflicht als solcher, sondern an der Frage, wer die Messung durchführen darf und wie umfangreich diese ausfallen muß. 54

(a) Soweit die Beklagte meint, ihr stehe insoweit als Netzbetreiberin die "Meßhoheit" zu und sie sei deshalb berechtigt, die Messungen selbst durchzuführen und sie sodann den Klägern in Rechnung zu stellen, trifft dies auf die Zählung der eingespeisten Strommenge nicht zu. Dabei muß man folgende tatsächlichen Gegebenheiten berücksichtigen: Technisch gesehen liegt der Zähler an der Schnittstelle zwischen der jeweiligen Windkraftanlage und dem Netz der Beklagten. An dieser Stelle wird sowohl der von den Klägern gelieferte als auch der von diesen bezogene Strom gemessen. Im Verhältnis zur Beklagten geht es allerdings nur um den gelieferten Strom, was diese bei ihrer Argumentation teilweise aus dem Auge verliert. Die von ihr herangezogenen Vorschriften aus dem EnWG und den Allgemeinen Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV) betreffen den bezogenen Strom bzw. die durch die Liberalisierung des Strommarkts entstandene Problematik, daß Netzbetreiber und Stromlieferant nicht mehr identisch zu sein brauchen. Der Umstand, daß die Kläger ihren Strom von der Fa. M GmbH beziehen, und die Frage, wie im Verhältnis zu diesen der Strom gemessen wird, hat mit der hier zu beantwortenden Frage, wer den von den Klägern produzierten Strom zu messen hat, nichts tun. Diese Frage entscheidet sich vielmehr auf der Grundlage der Verpflichtung des Verkäufers aus § 433 Abs. 1 BGB zur Übergabe der Sache. Praktisch führt diese Pflicht dazu, daß der Verkäufer die verkauften Waren aus seinem Sortiment herausnimmt und dabei zwangsläufig auch deren Menge feststellt, also zu dem tatsächlichen Vorgang, den die Regelung des § 448 BGB voraussetzt, indem sie nur die Kostenfrage anspricht. Daß der Käufer bei der Übergabe das Recht hat, sich von der Richtigkeit des Zähl- oder Wägevorgangs zu überzeugen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Diese Prüfungsmöglichkeit durch den Käufer enthebt den Verkäufer nicht von seiner Pflicht oder seinem Recht, die Zählung selbst vorzunehmen. Diese allgemeinen kaufrechtlichen Erwägungen treffen auch auf die hier in Rede stehende Stromlieferungen zu, weil diese, obwohl sie sich nicht auf eine Sache iSd § 90 BGB, also nicht auf einen körperlichen Gegenstand beziehen, wie Warenlieferungen zu behandeln sind (vgl. Palandt-Putzo, BGB, 32. Aufl. § 433 Rn. 4). Dies zeigt auch die aus Privathaushalten bekannte Praxis, daß bei Tarifkunden der gelieferte und verbrauchte Strom von den Energieunternehmen mit Hilfe der von diesen installierten Zählern gemessen wird. Es sind keine Gesichtspunkte ersichtlich, warum bei Energieunternehmen, wenn sie wie hier im Rollentausch nicht Stromverkäufer, sondern -käufer sind, von der dargestellten Regel abgewichen werden sollte (vgl. dazu auch Salje, Der Stromeinspeisevertrag, Versorgungswirtschaft 2002, S. 77, 81). Der Netzbetreiber muß einerseits die Messung durch den Einspeiser hinnehmen, andererseits ist es ihm unbenommen, die von diesem ermittelten Werte - in eigener Regie und auf eigene Kosten - zu überprüfen. Im übrigen spricht dafür, daß die Messung in den Verantwortungsbereich des 55

Betreibers der Windkraftanlage fällt, auch der Umstand, daß zu den Netzanschlußkosten, die der Anlagenbetreiber gemäß § 10 Abs. 1 EEG tragen muß, nach der Kommentierung (vgl. Salje, EEG, 2. Aufl. § 10 Rn. 8) auch die Kosten der Meßeinrichtung gehören.

(b) Die Daten, die die Kläger mit Hilfe der Fa. W2 und den von diesen gestellten Zählern ermitteln, reichen für die Abrechnung des eingespeisten Stroms aus. Als Abrechnungsbasis für § 7 Abs. 1 EGG ist es lediglich erforderlich, die eingespeiste Kilowattstundenzahl festzuhalten. Dies leisten unstreitig auch (einfache) Drehstromzähler, die die Fa. W2 möglicherweise für die Messung einsetzt, so daß die Frage nicht weiter aufgeklärt werden muß, in welcher Weise die Messung tatsächlich von statten geht und was unter der aufwendigen Meßtechnik diese Firma zu verstehen ist, die der von den Klägern beauftragte Rechtsanwalt T im Senatstermin vom 19. August 2003 angesprochen hat. 56

Die weiteren Daten, die die von der Beklagten installierten Vier-Quadranten-Lastgang-Zähler erbringen, mögen zwar für die ordnungsgemäße Betreibung ihres Netzes und zur Erfassung der Blindleistung erforderlich sein. Die dafür durchgeführten Messungen haben jedoch mit dem Stromverkauf an die Beklagte keinen direkten Zusammenhang und gehören deshalb nicht unter dem Gesichtspunkt des § 448 BGB zu den erstattungsfähigen Kosten. In erster Instanz hat die Beklagte folglich auch freimütig eingeräumt, daß sie sich zur Ausrüstung mit den aufwendigeren Zählern und der dadurch ermöglichten umfangreicheren Arbeitsmengenmessung wegen des Anstiegs der Windkraftanlagen und der Liberalisierung des Strommarkts entschlossen habe, der sie nötige, ihr Netz auch anderen Stromlieferanten zur Verfügung zu stellen, also nicht etwa zur einfacheren Erfassung der von den Klägern gelieferten Strommenge. 57

Die Beklagte kann die Kläger auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Netznutzung zur Bezahlung der erhöhten Meßkosten heranziehen. Für ihr Argument, die qualifizierte Meßtechnik sei unerläßlich zur Aufrechterhaltung ihres Netzes, weshalb sich die Anlagenbetreiber auch auf den von ihr 2001 vorgeschlagenen Netznutzungsvertrag einlassen müßten, findet sich rechtlich kein Ansatz. Die Anlagenbetreiber sind im Verhältnis zu der beklagten Netzbetreiberin bloße Stromverkäufer und nicht Netznutzer. Mit der Aufnahme des Stroms in ihr Netz ist diese allein für die dadurch ausgelösten Auswirkungen auf das Netz verantwortlich. Deshalb wird zum Beispiel auch von der Kommentarliteratur zu Recht ein zusätzliches Netznutzungsentgelt abgelehnt (vgl. Salje, aaO, § 10 Rn. 33). 58

• Blindstrom 59

Auch muß die Beklagte die Kosten, die im Zusammenhang mit der Stromeinspeisung der Windkraftanlagenbetreiber aufgrund der dabei auftretenden Blindleistung verursacht werden, selbst tragen. Es gibt keine gesetzliche Grundlage, die dadurch im Netz auftretenden Verluste - wie gegenüber dem Kläger zu 1) geschehen - auf den Stromeinspeiser abzuwälzen. Denn technisch gesehen handelt es um ein unvermeidbares Phänomen, d. h. um den Vorgang, daß die Windkraftanlagenbetreiber neben der vergütungsfähigen Wirkleistung auch Blindleistung in das Netz einspeisen, also denjenigen Anteil an der elektrischen Leistung, der in einem Wechsel- oder Drehstromkreis zum Aufbau elektrischer und magnetischer Felder verbraucht wird und daher nicht zur tatsächlichen Arbeitsleistung im Verbraucher beiträgt, aber beim zeitlichen Zerfall dieser Felder zurückgewonnen wird (vgl. Brockhaus, Wissenschaft und Technik, 2002). 60

Gesetzlich geregelt ist im EEG nur das Mindestentgelt für den von Windkraftanlagen eingespeisten Strom. Ein Abschlag oder ein Gegenanspruch des Stromkäufers wegen der bei 61

der Einspeisung regelmäßig anfallenden Blindleistung ist nicht vorgesehen. Aus diesem Schweigen des Gesetzes ist allerdings nicht auf eine lückenhafte Regelung zu schließen, die es ermöglicht, den von der Beklagten beanspruchten Abschlag im Wege der Gesetzesauslegung zu begründen. Vielmehr ergibt sich aus der Ausgestaltung als Mindestvergütung, daß der insoweit vorgesehene Betrag von 17,8 Pfennig/9,1 Cent pro Kilowattstunde in jedem Fall einzuhalten ist und jede Kürzung der Einspeisevergütung einen Eingriff in die Höhe des gesetzlich vorgeschriebenen Entgelts bedeuten würde. Dafür, die Höhe der gesetzlich festgeschriebenen Einspeisevergütung als unumstößlich anzusehen, spricht auch die in dem Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juni 2003 zutage getretene Wertung. Denn nur wenn man die Höhe der Vergütung als feststehend betrachtet, läßt sich begründen, warum die entsprechende Leistungsklage unabhängig von einem etwaigen Vertragsschluß möglich sein soll. Die Hauptleistungspflicht des Netzbetreibers, die gesetzlich vorgesehene Vergütung, entzieht sich bei der vom Bundesgerichtshof eingenommenen Sichtweise einer weiteren vertraglichen Modifizierung. Ein möglicherweise noch abzuschließender Vertrag erschöpft sich deshalb nach dessen Vorstellung (vgl. S. 25 und 26 des Urteils) in der Regelung einzelner nur bei der Durchführung des Leistungsaustauschs auftretender und deshalb als zweitrangig eingestufte Nebenfragen.

Da die Kläger - wie bereits ausgeführt - keine Netznutzer sind, verbietet sich auch auf diesem Weg eine Kürzung der Einspeisevergütung. 62

c) Da im Verhältnis der Parteien weder die Meßkosten noch die Blindleistung einer vertraglichen Nebenabrede bedürfen und der Beklagten deshalb auch nicht das Recht zusteht, die Einspeisevergütung für das 1. Quartal 2002 teilweise zurückzubehalten, kommt es nicht darauf an, ob die Kläger den erst mit Schriftsatz vom 31. Juli 2003 neu eingeführten Hilfsantrag zulässigerweise im Wege der Anschlußberufung geltend machen könnten. 63

d) Der erstinstanzliche Zinsauspruch wird mit der Berufung nicht angegriffen. Die Zinsforderung der Kläger ergibt sich aus den §§ 284 Abs. 1 S. 2, 288 Abs. 1 BGB a.F. (Rechtshängigkeitszinsen). 64

1. Feststellungsklage 65

Die Feststellung des Landgerichts, daß die Kläger nicht verpflichtet sind, Kosten für Bereitstellung, Überwachung und Unterhaltung der Zähleinrichtung sowie Bereitstellung der Zählraten für ihre Windkraftanlagen an die Beklagten zu zahlen, erweist sich vor dem Hintergrund der oben unter II. 1) b) (1) dargestellten Überlegungen ebenfalls als richtig. 66

3. 67

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die ursprüngliche Zuvielforderung des Klägers zu 2), die durch die teilweise Klagerücknahme in Höhe von 20,70 EUR korrigiert worden ist, ist kostenrechtlich zu vernachlässigen, weil sie geringfügig ist und keine zusätzlichen Kosten ausgelöst hat. 68

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit stützt sich auf §§ 708 Nr. 10, 711, S. 2, 709 S. 2 ZPO. 69

Der Senat hat gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Revision zugelassen, 70

weil die Sache für die Energiewirtschaft wegen der Vielzahl gleichgelagerter Fälle grundsätzliche Bedeutung hat.

