
Datum: 07.11.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 29. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 29 U 61/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:1107.29U61.03.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 6 O 237/02

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 13. Dezember 2002 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, folgende Beträge zu zahlen:

an den Kläger zu 3) 17,41 EUR,

an die Kläger zu 4) 535,92 EUR,

an den Kläger zu 5) 695,42 EUR und

an die Kläger zu 6) 695,70 EUR,

jeweils nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19. Juli 2002,

sowie

an die Kläger zu 3) und 4) je 316,68 EUR,

an die Kläger zu 5) und 6) je 229,68 EUR,

Zug um Zug gegen die Erklärung der jeweiligen Kläger, in dem Stromeinspeisungsvertrag mit der Beklagten die Meßkosten wie folgt zu regeln:

Der Anlagenbetreiber ist berechtigt und verpflichtet, die eingespeiste Strommenge (Wirkarbeit) in eigener Verantwortung und auf eigene Kosten zu zählen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, darf die Netzbetreiberin die Messung durchführen und von dem Anlagenbetreiber die für eine Wirkstromerfassung notwendige und übliche Vergütung verlangen.

Es wird festgestellt, daß die Kläger zu 5) und 6) nicht verpflichtet sind, Kosten für die Lastprofilmessung für ihre Windkraftanlagen an die Beklagte zu zahlen.

Im übrigen werden die Klagen abgewiesen.

Die Anschlußberufung der Kläger wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der aufgrund dieses Urteils zu vollstreckenden Beträge abwenden, sofern die Gegenseite nicht zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils von ihr zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Kläger betreiben Windkraftanlagen in Westfalen: in B, I2 und in F2. Sie speisen den von ihnen erzeugten Strom in das von der Beklagten betriebene Stromnetz ein.

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 bei den Klägern zu 3) und 6) (X und W2 GbR) auch wegen der eingespeisten Blindleistung nicht in voller Höhe vergüten will, sowie im Wege der negativen Feststellungsklage im Hauptantrag um die Frage, ob die Kläger überhaupt Meßkosten der Beklagten zu übernehmen haben, und im Fall der Kläger zu 5) und 6) (X3 und W2 GbR) im Hilfsantrag auch darüber, ob zu den Meßkosten auch die Kosten einer Lastprofilmessung gehören.

Die Windkraftanlagen der Kläger wurden in den 90er Jahren an das Netz angeschlossen, das damals die F AG mit Sitz in E betrieb, deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte seit dem 1. Oktober 2000 ist. Die nach den Verträgen mit der F AG vorgesehenen Meßeinrichtungen, bestehend aus einem Drehstrommesser und einem Strom- und Spannungswandler, wurden von dieser am Einspeiseort eingebaut und absprachegemäß pauschal mit 18,00 DM mtl. netto von den Klägern vergütet [vgl. Vertrag mit dem Kläger zu 3) (X) Anlage K 1 zur Klageschrift; Vertrag vom 3./8. November 1999 mit den Klägern zu 4) (Wulf GbR) Bl. 75 ff; Vertrag vom 15./26. Mai 2000 mit dem Kläger zu 5) (X3) Bl. 92ff]. Etwa seit 2000 ließ die Beklagte an den Windkraftanlagen der Kläger statt der Drehstromzähler Vier-Quadranten-Lastgangzähler einbauen, bei dem Kläger zu 3) (X) ohne für 2001 ihre Abrechnung zu ändern.

Von den Klägern zu 4) und 5) (X GbR, X3) verlangte sie mit Schreiben vom 23. Mai 2001 (Anlage K 3 zur Klageschrift) bzw. vom 12. April 2001 (Bl. 90) unter Bezugnahme auf ihre geänderten Netznutzungsentgelte für die Messung rückwirkend zum 1. Mai bzw. 1. April 2001 monatlich statt der genannten 18,00 DM/9,20 EUR netto 117,00 EUR bzw. 123,50 EUR netto (jährlich 1.092 EUR für den Vier-Quadranten-Lastgangzähler, 312 EUR für den Strom- und Spannungswandler und - einschlägig für den Kläger zu 5) (X3) - 78 EUR für ein GSM-Modem). Die zwischen der F AG und den Klägern zu 4) und 5) abgeschlossenen Verträge enthalten unter 2.2. eine Anpassungsklausel mit folgendem Wortlaut:

"Für die Bereitstellung, Überwachung und Unterhaltung der Meßeinrichtungen, welche für die Stromlieferungen der F nach 1.2 benötigt werden, bezahlt der Lieferer der F monatlich einen Pauschalbetrag in Höhe von 18,00 DM. F behält sich vor, dem Lieferer zukünftig die gesamten Kosten der für die Zählung der beiderseitigen Stromlieferungen notwendigen Meßeinrichtungen einschließlich der zugehörigen Strom- und Spannungswandler anstelle des vorgenannten Pauschalbetrages monatlich in Rechnung zu stellen."

Im Mai 2001 kündigte die Beklagte gegenüber den Klägern die mit ihrer Rechtsvorgängerin geschlossenen Energieverträge zum 31. Dezember 2001 (vgl. hinsichtlich der Kläger zu 4) das bereits genannte Schreiben vom 23. Mai 2001, Anlage K 3 zur Klageschrift).

Unter dem 5. Juli 2001 bot die Beklagte den Klägern 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 Q 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 Kläger lehnten den Abschluß dieser Verträge ab. Die Kläger zu 3) und 4) (X und X2 GbR) boten der Beklagten an, die von deren Rechtsvorgängerin eingebauten Strom- und Spannungswandler zu kaufen, worauf diese nicht einging.

Die Kläger zu 3) und 4) (X und X2 GbR) schlossen mit der Fa. M - die Zukunft der F GmbH mit Sitz in I Verträge über die Belieferung mit Bezugsstrom und ferner mit der Fa. T GmbH Meßverträge, in denen sich diese für je 1.000 DM/511,29 EUR jährlich verpflichtete, an den Windkraftanlagen dieser Kläger sowohl den Liefer- als auch den Bezugsstrom zu messen. Die Kläger zu 5) und 6) (X3 und W2 GbR) schlossen mit dem Schwesterunternehmen der Beklagten, der Q AG, Verträge über die Belieferung mit Bezugsstrom, ohne ein weiteres Unternehmen mit der Strommessung zu beauftragen, da die insoweit erforderlichen Messungen gemäß Ziff. 5 der Verträge von der Stromlieferantin durchgeführt werden (vgl.

Die Beklagte rechnete den gelieferten Strom monatlich mit 0,091 EUR/kWh zzgl. MWSt ab und kürzte die so errechneten Guthaben bei den Klägern um 91,00 EUR monatlich wegen Meß- und 26,00 EUR monatlich wegen Wandlerkosten - jeweils zzgl. MWSt (vgl. Gutschriftenanzeigen/Berechnungsnachweise für den Kläger zu 3) vom 15. Februar/ 11. März/15. April 2002 - Anlage B 15 zum Schriftsatz der Beklagten vom 7. Juli 2003 - und für die Kläger zu 4) vom 13. Januar 2003 - Anlage B 17 zum selben Schriftsatz) und bei dem Kläger zu 5) (X3) zusätzlich um 6,50 EUR monatlich netto wegen Modemkosten. 11

Ferner behielt die Beklagte über den nach den VEW-Verträgen monatlich geschuldeten Meßkosten von 9,20 EUR netto bei den Klägern zu 4) (X GbR) für die Monate Juni - Dezember 2001 insgesamt 754,60 EUR und bei dem Kläger zu 5) (X3) für die Monate Mai bis Dezember 2001 insgesamt 914,40 EUR, jeweils nebst MWSt ein. Den ursprünglich aus demselben Grund auch gegenüber den Klägern zu 6) (W2 GbR) einbehaltenen Betrag von 862,40 EUR netto zahlte die Beklagte diesen vorprozessual aus, nachdem sie festgestellt hatte, daß der Vertrag mit ihrer Rechtsvorgängerin die oben dargestellte Anpassungsklausel nicht enthielt. Die Kläger zu 6) haben deshalb erstinstanzlich in diesem Umfang die versehentlich erhobene Klage zurückgenommen. 12

Schließlich zog die Beklagte wegen Blindarbeit auf der Berechnungsgrundlage 0,0092 EUR/kvarh folgende Nettobeträge ab: beim Kläger zu 3) (X) im Februar 7,65 EUR und im März 2002 7,36 EUR (vgl. Anlage B 15 zum Schriftsatz der Beklagten vom 7. Juli 03) und bei den Klägern zu 6) (W2 GbR) im Januar 2002 189,85 EUR, im Februar 2002 248,10 EUR und im März 2002 161,72 EUR (vgl. Anlage B 17 zu dem genannten Schriftsatz), fälschlich addiert zu 695,70 EUR brutto. 13

Die Kläger verlangen mit der Klage diese einbehaltenen Beträge, der Kläger zu 3) (X) 424,57 EUR (Meßkosten zzgl. Blindstrom 1. Quartal 2002), die Kläger zu 4) (X GbR) 1.282,50 EUR (Meßkosten 6 - 12/01 + Meßkosten zzgl. Blindstrom 1. Quartal 2002), der Kläger zu 5) (X3) 1.490,48 EUR (Meßkosten 5 - 12/01 + Meßkosten incl. Modem 1. Quartal 2002) und die Kläger zu 6) (W2 GbR) 1.102,86 EUR (Meßkosten zzgl. Blindstrom 1. Quartal 2002), wobei heute unstreitig ist, daß die Kosten je Windkraftanlage für eine Drehstrommessung monatlich nicht mehr als 25,00 EUR netto und für die Nutzung des in diesem Zusammenhang erforderlichen Strom- und Spannungwandlers nicht mehr als 26,00 EUR monatlich netto betragen. 14

Die Kläger haben die Auffassung vertreten, die von der Beklagten vorgenommenen Kürzungen seien unberechtigt. 15

Sie haben beantragt, 16

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger zu 3) 424,57 EUR, an die Kläger zu 4) 1.282,50 EUR, an den Kläger zu 5) 1.490,48 EUR und an die Kläger zu 6) 1.102,86 EUR nebst jeweils 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszins seit dem 19.7.2002 zu zahlen, 17

festzustellen, daß sie nicht verpflichtet sind, Kosten an die Beklagte für die Bereitstellung, Überwachung und Unterhaltung der Zähleinrichtung sowie Bereitstellung der Zählzeiten für ihre Windkraftanlagen zu bezahlen, hilfsweise, daß die Kläger zu 5) und 6) nicht verpflichtet sind, die Kosten einer Lastprofilmessung an die Beklagte zu zahlen. 18

Die Beklagte hat beantragt, 19

die Klage abzuweisen.	20
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.	21
Das Landgericht hat die Beklagte in dem angefochtenen Urteil, das sich auch über die in dieser Instanz abgetrennten und jetzt unter dem alten Aktenzeichen 29 U 14/03 geführten Klagen von zwei weiteren Windkraftanlagenbetreibern verhält, im wesentlichen stattgegeben. Von den Forderungen der Kläger hat es jeweils 90,48 EUR für die Nutzung der der Beklagten gehörenden Wandler im 1. Quartal 2002 (3 x 26,00 EUR zzgl. MWSt) abgezogen, bei den Klägern zu 5) und 6) zusätzlich 32,02 EUR für die Messung des eingespeisten Stroms (3 x 9,20 EUR zzgl. MWSt) und bei den Klägern zu 4) weitere 76,90 EUR aus nicht näher erläuterten Gründen. Dem Feststellungsantrag der Kläger zu 3) und 4) hat es in vollem Umfang, demjenigen der Kläger zu 5) und 6) im Umfang des Hilfsantrags stattgegeben. Wegen der Begründung wird auf das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen.	22
Mit ihrer 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 sei bei den Klägern zu 3) und 4) auf die erstinstanzlichen Ausführungen zu verweisen, um Wiederholungen zu vermeiden. Bezogen auf die beiden weiteren Kläger zu 5) und 6) 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.	23
Die Beklagte beantragt,	24
das am 13.12.2002 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund - AZ 6 O 237/02 - abzuändern und die Klage abzuweisen.	25
Die Kläger beantragen,	26
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	27
Nach Zustellung der Berufungsbegründung am 26. März 2003 beantragen die Kläger im Wege einer am Montag, dem 28. April 2003, beim hiesigen Oberlandesgericht eingegangenen Anschlußberufung,	28
das Urteil des Landgerichts Dortmund abzuändern	29
und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger zu 3) weitere 90,48 EUR, an die Kläger zu 4) weitere 167,38 EUR und an die Kläger zu 5) und 6) jeweils weitere 122,50 EUR nebst jeweils 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19.7.2002 zu zahlen,	30
sowie festzustellen, daß auch die Kläger zu 5) und 6) nicht verpflichtet sind, Kosten an die Beklagte für die Bereitstellung, Überwachung und Unterhaltung der Zähleinrichtung sowie Bereitstellung der Zählzeiten für ihre Windkraftanlagen zu bezahlen.	31

Auf der Grundlage eines am 4. August 2003 hier eingegangenen Schriftsatzes beantragen die Kläger hilfsweise,	32
die Beklagten zu verurteilen, die von ihr im Januar 2002 angebotenen Stromeinspeisungs- und Netzanschlußverträge mit folgender Maßgabe in Bezug auf Messung und Blindstrom zu akzeptieren:	33
Die Kläger sind berechtigt, den eingespeisten und bezogenen Strom aus den Windkraftanlagen durch einen fachkundigen Dritten messen zu lassen. Sie müssen kein Entgelt an die Beklagte für die Messung bezahlen.	34
Die Kläger haben Vorkehrungen zu treffen, daß der Leistungsfaktor (cos phi) in der Übergabestation zwischen 0,9 induktiv und 1,0 sowie zwischen 1,0 und 0,9 kapazitiv liegt (Nr. 1.5.8 der Anlage 1 zum Netznutzungsvertrag).	35
Übersteigt die induktive und kapazitive Blindarbeit (kvarh) jeweils für sich betrachtet jeweils 50 % der eingespeisten Wirkarbeit (kWh), so beträgt der Preis für die mehr benötigte Blindarbeit 0,92 Cent/kvarh.	36
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, den Klägern zu 3) und 4), 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.	37
Die Beklagte beantragt,	38
die Anschlußberufung zurückzuweisen.	39
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.	40
Der Senat hat die Parteien bzw. deren Vertreter angehört. Wegen des Ergebnisses dieser Anhörung wird auf den Berichterstattevermerk vom 19. August 2003 Bezug genommen.	41
II.	42
Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere ist sie auch für die Kläger zu 3) und 4) 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 genannten Kläger - ausdrücklich nur einen pauschalen Hinweis auf das erstinstanzliche Vorbringen, jedoch setzt sich die Beklagte bei den Meßkosten der 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 3) und 4) 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	43

weiterverfolgten Klagabweisungsantrag, als bloßes Versehen darstellt.	
Die Anschlußberufung der Kläger ist gemäß § 524 Abs. 2 ZPO statthaft.	44
In der Sache ist die Berufung der Beklagten teilweise begründet, während die Anschlußberufung der Kläger unbegründet ist.	45
1. Leistungsklage	46
Die Kläger können den überwiegenden Teil der einbehaltenen Vergütung von der Beklagten verlangen, müssen aber mehr Abstriche hinnehmen als vom Landgericht vorgenommen.	47
Einen gewissen Anteil der Vergütung können sie nur Zug um Zug gegen Zustimmung zu einer angemessenen Vergütungsregelung für die bei der Beklagten anfallenden Meßkosten erhalten.	48
Ferner schulden die Kläger zu 4) und 5) der Beklagten wegen der 2001 angefallenen, von dieser zur Aufrechnung gestellten Meßkosten höhere Beträge, als das Landgericht angenommen hat, mit der Folge, daß sich der von ihnen geltend gemachte Vergütungsanspruch weiter reduziert.	49
Schließlich schulden die Kläger zu 5) und 6) der Beklagten im ersten Quartal 2002 höhere Meßkosten, als das Landgericht berücksichtigt hat, so daß der Vergütungsanspruch dieser Kläger unter diesem Gesichtspunkt weiter zu kürzen ist.	50
Im einzelnen ergibt sich hinsichtlich der eingeklagten Forderungen folgendes Bild:	51
Der Kläger zu 3) (X), der insgesamt 424,57 EUR einklagt, kann unbedingte Zahlung von 17,41 EUR verlangen, weil die Beklagte den Vergütungsanspruch insoweit unberechtigt wegen Blindleistung gekürzt hat. Die erstinstanzliche Klagabweisung in Höhe von 90,48 EUR ist zutreffend, weil der Kläger zu 3) im 1. Quartal 2002 der Beklagten diesen Betrag als Meßkosten für die Benutzung des dieser gehörenden Strom- und Spannungswandlers schuldet. Die Zahlung des weiteren Betrags von 316,68 EUR darf die Beklagte bis zu der im Urteilstenor genannten vertraglichen Regelung für die Meßkosten zurückbehalten.	52
Die Kläger zu 4) (X2 GbR), die insgesamt 1.282,50 EUR beanspruchen, können derzeit nur 535,92 EUR verlangen; wegen der Meßkosten für 2001 müssen sie sich einen Abzug von 339,42 EUR gefallen lassen, so daß ihre Klage - zusammen mit den Wandlerkosten von 90,48 EUR für das 1. Quartal 2002 - in Höhe von 429,90 EUR abgewiesen werden muß. Wegen des weiteren Betrags von 316,68 EUR besteht wie bei dem Kläger zu 3) nur eine Zug-um-Zug-Verpflichtung.	53
Der Kläger zu 5) (X3), der insgesamt 1.490,48 EUR verlangt, hat einen unbedingten Anspruch in Höhe von lediglich 695,42 EUR. Einen Abzug von 387,90 EUR muß er wegen der berechtigterweise von der Beklagten abgerechneten Meßkosten für 2001 hinnehmen, dasselbe gilt hinsichtlich der Meßkosten im 1. Quartal 2002 in Höhe von 177,48 EUR. Den Restbetrag von 229,68 EUR kann er lediglich Zug um Zug gegen seine Zustimmung zu der genannten vertraglichen Meßkostenregelung erhalten.	54
Die Kläger zu 6) (W2 GbR), die 1.102,86 EUR einklagen, können 695,70 EUR ohne Einschränkung verlangen, weil dieser Betrag von der Beklagten unberechtigt wegen Blindleistung einbehalten worden ist. Wegen der Meßkosten für das 1. Quartal 2002 müssen	55

sie die Klagabweisung in Höhe von 177,48 EUR hinnehmen. Der weitere Betrag von 229,68 EUR steht unter dem dargestellten Zug-um-Zug-Vorbehalt.

Das erklärt sich wie folgt:

56

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 ist zitiert § 5 - EEG bejaht, 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.

57

b) Die Vergütungsansprüche der Kläger sind teilweise durch Aufrechnung erloschen.

58

(1) Dies ist bei den Klägern zu 4) und 5) der Fall, soweit für 2001 über den monatlichen Pauschbetrag von 18 DM/9,20 EUR netto hinaus insgesamt 25 EUR für die Drehstromzählung und 26 EUR für den Strom- und Spannungswandler plus Mehrwertsteuer abgerechnet worden sind, also bei den Klägern zu 4) für sieben Monate 51 EUR - 9,20 EUR zzgl. MwSt, also in Höhe von **339,42 EUR** und bei dem Kläger zu 5) für acht Monate 51 EUR - 9,20 EUR, also in Höhe von **387,90 EUR**.

59

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die Anpassungsklausel in 2.2 der mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten abgeschlossenen Verträge, die es erlaubt, die vereinbarte Meßkostenpauschale von 18 DM durch die tatsächlich anfallenden Meßkosten zu ersetzen, nicht wegen Verstoßes gegen den damals geltenden § 9 AGBG unwirksam. Zwar ist es nicht zu beanstanden, die genannte vertragliche Regelung an dieser Generalklausel zu messen, obwohl die Kläger als Windkraftanlagenbetreiber Unternehmer im Sinn des § 14 Abs. 1 BGB sind und deshalb das AGBG nach dessen § 24 nur eingeschränkt Anwendung findet. Denn die Inhaltskontrolle nach § 9 hat auch in einem solchen Fall stattzufinden. Jedoch ist der Berufung darin recht zu geben, daß die in der Klausel vorgesehene Anpassung an die für die Messung notwendigen Kosten keine unangemessene Benachteiligung darstellt. Durch diese Begrenzung auf das objektiv Erforderliche ist der Vertragspartner nicht allein dem Willen des Verwenders ausgeliefert, sondern der Änderungsvorbehalt kann als zumutbar angesehen werden (vgl. dazu Palandt-Heinrichs, BGB, 61. Aufl. § 10 AGBG Rn. 23).

60

Daß die Erhöhungsverlangen der Beklagten vom 23. Mai bzw. 12. April 2001 nicht ausdrücklich auf die Anpassungsklausel Bezug nehmen, ist unschädlich, da diese durch den beigefügten Gebührenkatalog hinreichend verdeutlichen, welche Beträge nunmehr abgerechnet werden sollten. Es war den Klägern zu 4) und 5) folglich ohne weiteres möglich - wie auch ihr Vorbringen in diesem Rechtsstreit zeigt -, sich gegen das Erhöhungsverlangen mit dem Einwand zu wehren, die abgerechneten Beträge seien nicht notwendig.

61

Dieser Einwand führt hier zur Herabsetzung der in Rechnung gestellten Beträge. Denn die Vertragsklausel spricht nur von den Kosten der für die Zählung der Stromlieferung notwendigen Meßeinrichtungen einschließlich der zugehörigen Strom- und Spannungswandler. Da die Zählung der eingespeisten Strommenge unstreitig auch mit den ursprünglich eingebauten Drehstromzählern erfolgen kann und die Vertragsklausel die von der Beklagten in ihren Gebührenkatalog aufgenommene aufwendigere Meßtechnik gerade nicht erwähnt, können nur die Kosten für den Drehstromzähler, die unstreitig höchstens 25 EUR netto betragen, und diejenigen für den Wandler mit 26 EUR netto als notwendig angesehen werden. Warum die Messung bei dem Kläger zu 5) zusätzlich mit Hilfe eines Modems erfolgt, hat die Beklagte nicht erläutert, so daß insoweit die Notwendigkeit der zusätzlich in Rechnung gestellten Kosten von monatlich 6,50 EUR netto nicht einleuchtet.	62
Die Beklagte hat mit ihren Gegenforderungen für die Meßkosten aus dem Jahr 2001 konkludent die Aufrechnung erklärt. Diese Erklärung ergibt sich aus den Saldierungen, die die Beklagte in den Gutschriftenanzeigen für die Einspeisevergütung vorgenommen hat.	63
(2) Die Beklagte ist ferner berechtigt, von sämtlichen Klägern für das 1. Quartal 2002 Meßkosten abzurechnen. Der Kostenumfang ist derselbe wie für das Jahr 2001 dargestellt, wobei allerdings bei den Klägern zu 3) und 4) keine Kosten für die Messung selbst, sondern nur für den Wandler anfallen.	64
Denn die Kläger führen die Messungen, zu denen sie als Verkäufer des eingespeisten Stroms verpflichtet sind, entweder nur teilweise oder gar nicht durch. Die Kläger zu 3) und 4) benutzen die Wandler der Beklagten, um den Strom auf die für die Zählung erforderliche Spannungsebene zu bringen und lassen sodann die Menge des an die Beklagte gelieferten Stroms durch die von ihnen beauftragte Fa. T GmbH (im folgenden: Fa. T) ermitteln. Die Kläger zu 5) und 6) nehmen keine eigenen Messungen für den von ihnen eingespeisten Strom vor. Daß sie die von ihnen gelieferte Strommenge an dem von der Q AG für den Strom <u>bezug</u> installierten Vier-Quadranten-Lastgangzählern ablesen können, ergibt sich zufällig, ohne daß darin die ordnungsgemäße Übernahme der ihnen obliegenden Messung zu sehen wäre.	65
Darüber, daß die Kläger als Verkäufer des Stroms analog § 448 BGB (alter und neuer Fassung) verpflichtet sind, diese Meßkosten zu tragen, d.h. diejenigen, die anfallen, um festzustellen, wieviel Strom diese der Beklagten liefern, herrscht zwischen den Parteien 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.	66
(a) Soweit die Beklagte meint, ihr stehe insoweit als Netzbetreiberin die "Meßhoheit" zu, 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:	67
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 -die Zukunft der F GmbH	68

bzw. von der Q AG 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 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, 62. Aufl. § 433 Rn. 4). Dies zeigt auch die aus Privathaushalten bekannte Praxis, daß bei Tarifkunden der 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 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.

Etwas anders stellt sich die Sache allerdings dar, wenn - wie hier - die Anlagenbetreiber im Einverständnis mit dem Netzbetreiber den eingespeisten Strom nicht oder nicht vollständig in Eigenregie mit Hilfe ihrer eigenen Meßeinrichtungen ermitteln. In diesem Fall müssen die Parteien in einer vertraglichen Nebenabrede über die Bezahlung und Abrechnung der Meßkosten eine Einigung erzielen. Kommt wie hier eine Einigung über diese Frage nicht zustande, kann der Netzbetreiber den auf die Meßkosten entfallenden Teil der Einspeisevergütung zurückbehalten, bis der Anlagenbetreiber insoweit einer sachgerechten Regelung über diese Frage zustimmt (vgl. BGH aaO, S. 26). Wie sich diese Regelung zu gestalten hat, hat der Senat in der aus dem Urteilstenor ersichtlichen Klausel unter Berücksichtigung der Meßpflichten der Anlagenbetreiber konkretisiert. Gegen diese den Parteien vorab bekannt gegebene Regelung haben diese keine wesentlichen Einwände erhoben. Soweit die Kläger zu 3) und 4) eine Ergänzung in der Weise wünschen (vgl. Schriftsatz vom 2.10.2003, Bl. 62), daß festgeschrieben wird, daß sie keine Kosten zu übernehmen haben, sofern sie ihren Meßpflichten nachkommen, ist diese überflüssig. Denn dies ergibt sich bereits aus dem ersten Satz der vom Senat formulierten Regelung, wonach die Anlagenbetreiber berechtigt sind, die eingespeiste Strommenge selbst zu zählen.

Darauf, ob die Kläger zum Abschluß der von der Beklagten im Juli 2001 vorgeschlagenen Verträge verpflichtet sind, kommt es für die vorliegende Entscheidung nicht an. Denn über die Zurückbehaltung der für die Messung angefallenen Kosten kann die Beklagte lediglich eine Regelung über diese Kosten erzwingen. Deshalb erübrigt sich auch eine Entscheidung über den mit Schriftsatz vom 4. August 2003 formulierten Hilfsantrag der Kläger, der nur den Fall betrifft, daß diese zum Abschluß der von der Beklagten entworfenen Stromeinspeise- und Netzanschlußverträge verpflichtet würden.

69

70

(b) Daß die Anlagenbetreiber nur verpflichtet sind, die für die Wirkstromerfassung notwendige und übliche Vergütung zu entrichten und nicht - wie von der Beklagten gewünscht - die Kosten für die Messung mit einem Vier-Quadranten-Lastgang-Zähler, ergibt sich aus folgenden Erwägungen: 71

Die Daten, die die Kläger zu 3) und 4) mit Hilfe der Fa. T 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. T 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 dieser Firma zu verstehen ist, die der von den Klägern beauftragte Rechtsanwalt T2 im Senatstermin vom 19. August 2003 angesprochen hat. 72

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 hat, der sie nötigt, ihr Netz auch anderen Stromlieferanten zur Verfügung zu stellen, also nicht etwa zur einfacheren Erfassung der von den Klägern gelieferten Strommenge. 73

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 deren 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), 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. 74

c) Vielmehr muß die Beklagte die Kosten, die im Zusammenhang mit der Stromeinspeisung der Windkraftlagenbetreiber 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 Windkraftlagenbetreiber 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 (Brockhaus, Wissenschaft und Technik, 2002). 75

Gesetzlich geregelt ist im EEG nur das Mindestentgelt für den von Windkraftanlagen eingespeisten Strom. Ein Abschlag oder ein Gegenanspruch des Stromkäufers wegen der bei 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 Bundesgerichtshofs 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 einer solchen Sichtweise einer weiteren vertraglichen Modifizierung. Ein möglicherweise noch abzuschließender Vertrag wird sich deshalb nach der Vorstellung des Bundesgerichtshofs (vgl. S. 25, 26 des Urteils) in der Regelung einzelner nur bei der Durchführung des Leistungsaustauschs auftretender und deshalb als zweitrangig eingestufte Nebenfragen erschöpfen.

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

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

2. Feststellungsklage

Die Feststellung des Landgerichts, daß die Kläger nicht verpflichtet sind, Kosten für Bereitstellung, Überwachung und Unterhaltung der Zähleinrichtung sowie Bereitstellung der Zählzeiten für ihre Windkraftanlagen an die Beklagte zu zahlen, erweist sich vor dem Hintergrund der oben dargestellten Überlegungen nicht als richtig. Vielmehr haben sie diese Kosten in dem Umfang zu übernehmen, soweit sie für die Wirkstromerfassung notwendig und üblich sind.

Hingegen entspricht die von den Klägern zu 5) und 6) hilfsweise verfolgte Feststellung, die Kosten für die Lastprofilmessung nicht übernehmen zu müssen, der Rechtslage.

3.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO, für die erste Instanz bezüglich der Kläger zu 6) zusätzlich auf § 269 Abs. 3 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 709 ZPO.

Der Senat hat gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Revision zugelassen, weil die Sache für die Energiewirtschaft wegen der Vielzahl gleichgelagerter Fälle grundsätzliche Bedeutung hat.

