

Oberlandesgericht Hamm, 21 U 57/05

Datum: 29.11.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 57/05

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 6 O 197/02

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 21. Januar 2005 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen. Unter Berücksichtigung des zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien stellt sich der Sachverhalt wie folgt dar:

Der Kläger, der in X einen Geflügelhof betreibt, errichtete im Jahre 2001 auf seinem Gelände eine Stromerzeugungsanlage, die er mit Biomasse betreibt (s. Genehmigung des staatlichen Umweltamtes C2 vom 20.08.01, Anlage K 10 = K 11). Die Anlage besteht aus einem 110 kW und aus einem 250 kW Aggregat. Das bei der Vergärung der Biomasse entstehende Biogas enthält als Energieträger Methan, dessen Anteil je nach der Zusammensetzung der Biomasse schwankt. Bei den Motoren, die die Generatoren antreiben, handelt es sich um Zündstrahlmotoren der E2 AG, die von der Konstruktion her Dieselmotoren entsprechen. Zum Starten derartiger Motoren und zu ihrem störungsfreien Betrieb ist die Zugabe von Heizöl als Zünd- und Stützfeuerung erforderlich. Nach einer Bescheinigung des Anlagenherstellers L GmbH (Anlage K 10 a) beträgt der Heizölanteil am Energieeinsatz weniger als 10 %.

Die Beklagte (früher O AG) machte die von dem Kläger zu den Vergütungssätzen des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes (EEG) gewünschte Einspeisung des erzeugten Stroms in das Stromnetz von einem Vertragsschluss abhängig. Der Kläger weigerte sich, auf den 30.11.2001 datierte Vertragsentwürfe der Beklagten über die Netznutzung und die Stromlieferung (s. Anlagen zu K 8) zu unterschreiben, da er verschiedene Passagen für benachteiligend hielt. Er erzwang im Wege einer vom Landgericht Dortmund in erster Instanz erlassenen einstweiligen Verfügung (Az.: 6 O 550/01) den Anschluss seiner Anlage an das Stromnetz. In zweiter Instanz schlossen die Parteien beim OLG Hamm am 25.10.2002 unter dem Az.: 29 U 40/02 folgenden Vergleich:

1

2

3

4

5

1.

6

Der Verfügungskläger verpflichtet sich, folgende von der Verfügungsbeklagten vorgelegte Verträge unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Überprüfung des Vertragswerkes zu unterzeichnen:

7

Stromlieferungsvertrag vom 30.11.2001 in der unveränderten Fassung,

8

Netznutzungsvertrag vom 30.11.2001 nebst Anlagen.

9

Die Beklagte verpflichtet sich, den Zünd- und Stützfeuerungsanteil bis zum Abschluss des Rechtsstreits in der Hauptsache im tatsächlichen Umfang nach den Vergütungssätzen des EEG mitzuvergüten.

10

2.

11

Die Kostenentscheidung für dieses Verfahren und für den Vergleich soll der Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren folgen.

12

Der Kläger unterzeichnete die Verträge trotz des geschlossenen Vergleichs nicht. Gleichwohl nimmt die Beklagte den in seiner Anlage produzierten Strom ab und vergütet ihn nach dem EEG, wobei sie allerdings zunächst monatlich 92,00 € netto (106,72 € brutto) für Messkosten und Blindarbeit abzog.

13

Im hiesigen Rechtsstreit hat der Kläger zunächst die Verurteilung der Beklagten zur Abnahme des produzierten Stroms (ohne Vertragschluss) und die Vergütung nach dem EEG sowie die Feststellung beantragt, dass die Beklagte auch den durch die Zünd- und Stützfeuerung mittels Fremdenergie erzeugten Strom nach dem EEG zu vergüten habe und Messkosten nicht erheben dürfe. Nachdem die Kammer darauf hingewiesen hatte, nach dem im einstweiligen Verfügungsverfahren geschlossenen Vergleich sei der Kläger grundsätzlich zur Unterzeichnung der Verträge vom 30.11.2001 verpflichtet und könne nur noch einzelne Vertragsklauseln überprüfen lassen,

14

hat der Kläger zuletzt beantragt,

15

1.

16

festzustellen, dass

17

die Beklagte zum Anschluss der auf dem Grundstück des Klägers S-Straße, X befindlichen Biomasseenergie-Erzeugungsanlage (Verbrennungsmotor Biogas-Blockheizwerk 110 + 250 kW des Herstellers L AG in H) an ihr Netz, zur Abnahme des durch die Anlage erzeugten Stromes und zur vollständigen Vergütung des abgenommenen Stromes nach den im EEG festgelegten Vergütungssätzen ohne Abzug eines Anteiles für Zünd- und Stützbefuerung verpflichtet ist

18

und

19

die Beklagte nicht berechtigt ist, den Anschluss der Anlage und die Abnahme und Vergütung des erzeugten Stromes von der Unterzeichnung des Netznutzungs- und Stromlieferungsvertrages in der unveränderten Fassung vom 30.11.2001 abhängig zu machen;

20

21

2.

festzustellen, dass die Beklagte keinen Anspruch auf Abschluss folgender Vertragsklauseln hat:

a)

im Stromlieferungsvertrag EP-Nr. 407 01 in Fassung der Beklagten vom 30.11.2001 der

(1) Punkt 4 Absatz 3 ab ", wobei der Anteil des EEG" und

(2) Punkt 4 Absätze 4 bis 6

b)

und im Netznutzungsvertrag EP-Nr. 407 01 in der Fassung der Beklagten vom 30.11.2001 die folgende Regelungen:

(1) Punkt 1.1 (Gegenstand des Vertrages) mit Anlage 4 "Ergänzende vertrag-

liche Regelung für den Anschluss einer Biomasse-Erzeugungsanlage"

Punkt 2.2 (Zähleinrichtung) und Punkt 3 Abs. 3 (Blindstrom) und 4 (Be-

triebsführung).

(2) Punkt 2.5 und 2.6 (Zähleinrichtung mit

(3) Anlage 1 Punkt 1.2.2 (Zähleinrichtung)

(4) Anlage 1 Punkt 1.2.3 ab "O stellt..."

(5) Anlage 1 Punkt 1.2.7 Absatz 2 (Lastprofil Daten)

(6) Punkt 3 (Entgelt) mit Anlage 3.1 bis 3.10 (Entgeltregelung)

(7) Anlage 2 Punkt 2.2 und 2.4 (unentgeltliche Grundstücksnutzung für

Kabel und Anlagen);

3.

die Beklagte zu verpflichten, an den Kläger einbehaltene Messkosten in Höhe von 1.920,96 € zu erstatten.

Die Beklagte hat beantragt,

42

die Klage abzuweisen.

43

Sie hat bestritten, dass es sich bei der Anlage des Klägers um eine dem EEG unterfallende Biomasseanlage handele. Zunächst hat sie dies mit der technischen Möglichkeit begründet, der Kläger könne dem EEG nicht unterfallende Stoffe verbrennen und die Anlage damit EEG-widrig betreiben. Später hat sie behauptet, der Zünd- und Stützfeuerungsanteil liege bei 15 % bis 16 % und hat gemeint, ab 10 % liege eine nach dem EEG unzulässige Mischbefeuerung vor.

44

Die Kammer hat gemäß Beweisbeschluss vom 28.05.2003 (Bl. 74 GA) ein schriftliches Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. C vom 27.01.2004 eingeholt, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird.

45

Mit am 21.02.2005 verkündetem Urteil, wegen dessen näheren Inhaltes auf Bl. 136 ff. GA verwiesen wird, hat das Landgericht der Klage im folgenden Umfang stattgegeben:

46

1.

47

Es wird festgestellt, dass die Beklagte zum Anschluss der auf dem Grundstück des Klägers S-Straße, X befindlichen Biomasseenergie-Erzeugungsanlage (Verbrennungsmotor Biogas-Blockheizwerk 110 + 250 kW des Herstellers L AG in H) an ihr Netz, zur Abnahme des durch die Anlage erzeugten Stromes und zur vollständigen Vergütung des abgenommenen Stromes nach den im EEG festgelegten Vergütungssätzen ohne Abzug eines Anteiles für Zünd- und Stützbefeuerung verpflichtet ist.

48

2.

49

Es wird festgestellt, dass die Beklagte keinen Anspruch auf Abschluss folgender Vertragsklauseln hat:

50

a)

51

im Stromlieferungsvertrag EP-Nr. 407 01 in der Fassung der Beklagten vom 30.11.2001 der

52

(1) Punkt 4 Absatz 3 ab ", wobei der Anteil des EEG" und

53

(2) Punkt 4 Absätze 4 bis 6

54

b)

55

und im Netznutzungsvertrag EP-Nr. 407 01 in der Fassung der Beklagten vom 30.11.2001 die folgende Regelungen:

56

(1) Punkt 1.1 (Gegenstand des Vertrages) mit Anlage 4 "Ergänzende vertrag-

57

liche Regelung für den Anschluss einer Biomasse-Erzeugungsanlage"

58

Punkt 2.2 (Zähleinrichtung) und Punkt 3 Abs. 3 (Blindstrom) und 4 (Be-

59

triebsführung).	60
(2) Punkt 2.5 und 2.6 (Zähleinrichtung) mit	61
(3) Anlage 1 Punkt 1.2.2 (Zähleinrichtung)	62
(4) Anlage 1 Punkt 1.2.3 ab "O stellt..."	63
(5) Anlage 1 Punkt 1.2.7 Absatz 2 (Lastprofil daten)	64
(6) Punkt 3 (Entgelt) mit Anlage 3.3 und 3.4 (Entgeltregelung)	65
(7) Anlage 2 Punkt 2.2 und 2.4 (unentgeltliche Grundstücksnutzung für Kabel und Anlagen).	66 67
3.	68
Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einbehaltene Messkosten in Höhe von 1.755,36 € (i. B. eintausendsiebenhundertfünfundfünfzig 36/100 EURO) zu zahlen.	69
Die weitergehende Klage hat die Kammer abgewiesen.	70
Zur Begründung hat sie im wesentlichen ausgeführt, die Beklagte schulde nach dem EEG den Anschluss der Anlage des Klägers an ihr Stromnetz, weil der Sachverständige Dipl.-Ing. C überzeugend dargelegt habe, die Anlage werde mit Biogas betrieben. Der in der Praxis zur Zünd- und Stützfeuerung eingesetzte Anteil fossiler Brennstoffe von 13,2 % sei nicht so weit vom idealen Wert entfernt, dass gegen § 4 Abs. 2 BiomasseV verstoßen werde. Einen festen Grenzwert habe der Gesetzgeber insoweit anders als in § 4 Abs. 3 BiomasseV mit 10 % für Klärgas nicht vorgesehen. Die Beklagte sei nicht berechtigt, die Vergütung für den eingespeisten Strom um den Anteil der Zünd- und Stützfeuerung zu kürzen, weil das EEG eine solche Beschränkung nicht vorsehe.	71
Die von dem Kläger beanstandeten Klauseln der Vertragsentwürfe vom 30.11.2001 seien überwiegend gem. § 9 AGB-Gesetz unwirksam, weil sie ihn unangemessen benachteiligten.	72
Soweit die Beklagte für 18 Monate insgesamt 1.920,96 € Messkosten von der Vergütung abgezogen habe, sei dies bis auf Kosten von $18 \times 9,20 \text{ €} = 165,60 \text{ €}$, die für einen reinen Drehstromzähler angefallen wären, unberechtigt, so dass der Kläger die Differenz von 1.755,36 € beanspruchen könne.	73
Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie die Verurteilung zur Zahlung von 1.755,36 € allerdings nicht angreift. Die Parteien haben den vom Landgericht stattgegebenen 2. Feststellungsantrag des Klägers (kein Anspruch der Beklagten auf Vereinbarung bestimmter Vertragsklauseln) im Senatstermin vom 29.11.2005 übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.	74
Die Beklagte meint weiterhin, der Kläger habe keinen Anspruch auf Netzanschluss, Abnahme und Vergütung des Stroms, weil seine Anlage nach dem EEG nicht förderfähig sei. Da der Einsatz fossiler Brennstoffe über 10 % - dem nach der übereinstimmenden Meinung der beteiligten Verkehrskreise maßgeblichen Grenzwert - liege, handele es sich um einen nach dem EEG unzulässigen Mischeinsatz.	75

Sie habe inzwischen ihre Musterverträge überarbeitet. In den neuen Verträgen seien die vom Kläger beanstandeten Klauseln nicht mehr enthalten. Im Übrigen seien die streitigen Vertragsklauseln nicht unangemessen gewesen. 76

Die Beklagte beantragt, 77

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils den Feststellungsantrag zu Ziff. 1 abzuweisen. 78

Der Kläger beantragt, 79

die Berufung zurückzuweisen. 80

Er hält seine Anlage für förderfähig. Eine starre Höchstgrenze von 10 % für die Zünd- und Stützfeuerung mittels Heizöl gebe es nicht. Entscheidend sei, dass der Sachverständige festgestellt habe, dass der tatsächliche Anteil von 13,2 % technisch notwendig sei. 81

Wegen des Vortrags der Parteien im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle verwiesen. 82

Im Senatstermin vom 29.11.2005 hat der Sachverständige Dipl.-Ing. C sein schriftliches Gutachten erläutert und ergänzt. Wegen der Einzelheiten wird auf das Sitzungsprotokoll und den Berichterstattervermerk zu diesem Termin Bezug genommen. 83

II. 84

Die Berufung der Beklagten ist zwar zulässig, jedoch unbegründet. 85

Nachdem die Parteien im Senatstermin den sich auf einzelne Vertragsklauseln beziehenden zweiten Feststellungsantrag in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, geht es im Berufungsverfahren in der Hauptsache nur noch um die unter Ziffer 1) ergangene Feststellung des Landgerichts, die sich auf folgende Pflichten der Beklagten bezieht: 86

- Anschluss der Biomasseanlage des Klägers an das Netz der Beklagten 87

- Abnahme des erzeugten Stromes 88

- vollständige Vergütung des abgenommenen Stromes nach dem im EEG fest- 89

gelegten Sätzen ohne Abzug eines Anteils für Zünd- und Stützfeuerung 90

Die insoweit ergangene Feststellung, für die ein Interesse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO besteht, ist durch das EEG gedeckt. 91

Nach § 21 EEG ist das Erneuerbare Energien-Gesetz bis auf die in der Vorschrift genannten Ausnahmen in der Fassung des Gesetzes vom 21. Juli 2004 auch für Anlagen anwendbar, die – wie die Anlage des Klägers 92

– vor dem 31.07.2004 in Betrieb genommen worden sind. In der neuen Gesetzesfassung ist die Anschluss- und Abnahmepflicht in § 4 EEG und die Vergütungspflicht in §§ 5, 8 EEG geregelt.

93

1.

Die in den Vorschriften als Anspruchsvoraussetzungen genannten Umstände liegen unstreitig vor bis auf das in § 5 Abs. 1 S. 1 und § 8 Abs. 1 S. 1 EEG genannte Merkmal, dass in einer förderfähigen Anlage zur Stromerzeugung "ausschließlich" Biomasse eingesetzt werden muss. Auch diese Anforderung ist entgegen der Ansicht der Beklagten zu bejahen.

94

a)

Der Ausschließlichkeitsgrundsatz ist in § 4 Abs. 2 BiomasseV, die auf Grund der Ermächtigung in § 2 Abs. 1 S. 2 EEG in der Fassung vom 29.03.2000 erlassen worden ist und gem. § 21 Abs. 5 S. 1 EEG vorläufig eine nach § 8 Abs. 7 EEG n. F. zu erlassende Verordnung ersetzt, wie folgt konkretisiert worden:

95

96

Soweit eine Stromerzeugung aus Biomasse im Sinne dieser Verordnung mit einem Verfahren nach Abs. 1 nur durch eine Zünd- oder Stützfeuerung mit anderen Stoffen als Biomasse möglich ist, können auch solche Stoffe eingesetzt werden.

97

Im Umfang einer erforderlichen Zünd- und Stützfeuerung kann demnach u. a. Heizöl eingesetzt werden, ohne dass der Gesetz- und Verordnungsgeber eine starre Grenze gezogen hat. Eine Förderung nach dem EEG entfällt erst dann, wenn der Umfang des Heizöleinsatzes technisch nicht geboten ist und deshalb eine Mischfeuerung vorliegt.

98

Die gegenteilige Ansicht der Beklagten, auch eine notwendige Zünd- und Stützfeuerung dürfe nicht dazu führen, dass der Einsatz fossiler Brennstoffe 10 % übersteige, ist durch die Gesetzes- und Verordnungslage nicht gedeckt. Zwar wird eine starre 10 %-Grenze teilweise unter Hinweis auf die wie folgt lautende Bestimmung des § 4 Abs. 3 BiomasseV bejaht (Salje, EEG, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 59):

99

In Anlagen nach Abs. 1 und 2 darf bis zu einem Anteil von 10 von 100 des Energiegehaltes auch Klärgas oder durch thermische Prozesse unter Sauerstoffmangel erzeugtes Gas (Synthesegas) eingesetzt werden, wenn das Gas (Synthesegas) aus Klärschlamm i. S. der Klärschlammverordnung erzeugt worden ist.

100

Der auch von der Beklagten aus dieser Regelung gezogene Schluss, fossile Brennstoffe dürften erst recht nicht mit einem höheren Anteil als 10 % eingesetzt werden, wenn dies schon für Klärgas gelte, ist nicht gerechtfertigt. Die in § 4 Abs. 2 und Abs. 3 BiomasseV geregelten Beimischungen verfolgen nämlich gänzlich unterschiedliche Ziele. Während es in § 4 Abs. 3 BiomasseV um eine unabhängig von technischen Notwendigkeiten erfolgende Zuführung von Klärgas zwecks Mischfeuerung geht, regelt § 4 Abs. 2 BiomasseV den notwendigen Einsatz von Brennstoffen zwecks Zünd- und Stützfeuerung. § 4 Abs. 3 BiomasseV begrenzt den Einsatz von Klärgas, weil dessen Einsatz vom Verordnungsgeber als weniger förderungswürdig angesehen wird als der Einsatz von Biomasse. Da Heizöl anders als Klärgas gänzlich von der Förderung ausgenommen sein soll, ist seine Beimischung zwecks Mischfeuerung insgesamt unzulässig. Sein Einsatz ist gem. § 4 Abs. 2 BiomasseV deshalb nur zwecks Ermöglichung der als förderfähig angesehenen Verstromung von Biomasse vorgesehen. Um diesen Zweck des EEG nicht zu gefährden, nennt der Gesetz- und Verordnungsgeber keine bestimmte Anteilsgrenze, sondern knüpft flexibel an den technisch notwendigen Umfang einer fossilen Zünd- und Stützfeuerung an. Der Anteil kann deshalb förderungschädlich auch über 10 % liegen (so auch Reshöft in Reshöft/Steiner/Dreher, EEG, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 10; Klemm in Biogas Journal Nr. 2 – November 2001, 30, 32). Auch die amtliche Begründung zu § 4 Abs. 2 BiomasseV nennt dementsprechend keine feste Grenze und stellt allein auf die technische Notwendigkeit ab. Auf diese Weise soll gerade auch der förderfähige Einsatz von Zündstrahlmotoren ermöglicht werden.

101

b)

102

103

Der Heizölanteil, der nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. C in der von dem Kläger betriebenen Anlage bei 13,2 % bzw. 12,08 % für das kleinere bzw. das größere Aggregat liegt, ist unter Zugrundelegung der Wirkungsweise der Anlage und der Art der eingesetzten Biomasse technisch notwendig. Der Sachverständige hat, wie schon in seinem für das Landgericht erstatteten schriftlichen Gutachten vom 27.01.2004, im Senatstermin vom 29.11.2005 erläutert, dass die vom Hersteller L vorgegebenen Heizölanteile von 3,2 l pro Stunde bzw. 8,0 l pro Stunde erforderlich sind, um die Anlage nachhaltig und schadstoffarm zu betreiben. Zwar kann jeweils abhängig von der Biogasqualität in gewissen Betriebsphasen auch ein geringerer Heizölverbrauch reichen. Da der aus der Biomasse erzeugte Methananteil schwankt, muss Heizöl jedoch in einem Umfang zugeführt werden, der den Erfordernissen innerhalb der Schwankungsbreite der Biogasqualität gerecht wird. Würde man weniger Heizöl einsetzen, würde dies nach den überzeugenden Darlegungen des Sachverständigen im Dauerbetrieb innerhalb eines überschaubaren Zeitraums zum Verkoken und damit zu Schäden an der Anlage führen, weil der Schmier- und Kühleffekt einer geringeren Heizölmenge nicht reichen würde. Es mag zwar sein, dass durch den 10 % überschreitenden Heizölanteil auch die Stromerzeugung gesteigert wird. Dies ist aber ein die Förderfähigkeit nach dem EEG nicht tangierender Nebeneffekt einer Handhabung, die schon für den Biobetrieb an sich zwecks Verhinderung von Schäden an der Anlage technisch erforderlich ist.

c)

104

105

Einer Förderfähigkeit stünde allerdings entgegen, wenn der Kläger eine Anlage betriebe, die auf Grund einer veralteten Technik unnötig viel Zünd- und Stützfeuerungen benötigt. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Anlage entsprach im Jahre 2001, als der Kläger von der Beklagten erstmals den Anschluss verlangt hat, und entspricht auch noch heute hinsichtlich des Anteils von Heizöl für die Zünd- und Stützfeuerungen dem Stand der Technik. Zwar ist zu berücksichtigen, dass durch die Biomasseverordnung vom 21.06.2001, wie es in ihrer amtlichen Begründung heißt, Weiterentwicklungen angestoßen werden sollten und ein Rückfall der Anlagen hinter den damaligen Stand der Technik ausgeschlossen werden sollte. Die Anlage des Klägers ist jedoch trotz der Tatsache, dass den beiden Aggregaten unabhängig von den konkreten Gegebenheiten, insbesondere der jeweiligen schwankenden Gasqualität, stündlich fixe Heizölmengen von 8,0 l bzw. 3,2 l zugeführt werden, nicht überholt. Wie der Sachverständige Dipl.-Ing. C auf Seite 13 seines schriftlichen Gutachtens ausgeführt hat, ist es technisch zwar grundsätzlich möglich, einen Zündstrahlmotor mit einem modulierenden Zündölanteil zu betreiben, um den aktuellen Anteil den tatsächlichen verbrennungstechnischen Erfordernissen anzupassen und ihn damit tendenziell zu reduzieren. Eine solche Einrichtung entsprach zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung jedoch nicht dem Stand der Technik. Im Senatstermin hat der Sachverständige ergänzt, die Entwicklung sei inzwischen teilweise fortgeschritten. Zündstrahlmotoren ohne eine automatische Anpassung des Heizölanteils bewegen sich nach den Ausführungen des Sachverständigen jedoch auch heute noch im Rahmen des Standes der Technik.

106

107

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Anlage sonstige überholte Konstruktionsmerkmale aufweist, die den Heizölverbrauch unnötig erhöhen. Der Sachverständige hat auf Seite 14 seines schriftlichen Gutachtens eine Erhebung zitiert, nach der noch im Jahr 2003 der effektive Zünd- und Stützölanteil der Biogasanlagen in NRW zumeist zwischen 11 und 14 % lag. Dies entspricht den für die Anlage des Klägers festgestellten Werten.

Eine einige Tage vor dem Senatstermin vom Sachverständigen beim Anlagenhersteller L eingeholte Auskunft hat zwar ergeben, dass inzwischen für die E2-Zündstrahlmotoren technische Modifikationen entwickelt worden sind, die eine Senkung des Heizölverbrauches in gewissem Umfang zulassen. Ein nachträglicher Umbau der Aggregate des Klägers ist ihm jedoch, wie der Sachverständige ausgeführt hat, aus technischer und finanzieller Sicht nicht zumutbar. Nachdem eine Anlage in Betrieb genommen und als nach dem EEG förderfähig anerkannt worden ist, verlangt das EEG zudem keine ständige Anpassung an neueste technische Entwicklungen. Für die technische Bewertung der Anlage ist somit ohnehin auf den Stand der Technik im Jahre 2001 abzustellen, als der Kläger erstmals zu Recht von der Beklagten einen Anschluss nach den Regeln des EEG verlangt hat.

108

d)

109

Schließlich ist auch die konkrete Art des Biomasseeinsatzes durch den Kläger nicht förderschädlich. Er setzt, wie der Sachverständige auf Seite 15 seines schriftlichen Gutachtens ausgeführt hat, verschiedene Arten Biomasse ein, nämlich betriebseigenen Hühnerkot und Silomais, Apfeltrester, Darminhalte, Sirup aus der Schokoladenindustrie, Rübenspitzen, Flotationsschlamm aus der Nahrungsmittelindustrie, überlagerte Lebensmittel, Süßigkeiten, Getreideabfall, Frittierkrümel, Brot und andere mehr. Dies führt zu schwankenden Gasqualitäten und zu unterschiedlichen Heizwerten des Biogases mit der Folge, dass der Anteil der fossilen Zünd- und Stützfeuerung auch ungünstigeren Bedingungen gerecht werden muss. Ein derartiger Biomasseeinsatz ist dem Betreiber einer Biomasseanlage nach dem EEG jedoch nicht verwehrt. Er kann Biomasse verschiedener Herkunft einsetzen, soweit es sich um Energieträger im Sinne von § 2 BiomasseV handelt, ohne auf in sich homogene Biomasse oder Biomasse, deren gewonnener Methananteil günstig ist, beschränkt zu sein.

110

2.

111

Die nach dem EEG bestehende Vergütungspflicht der Beklagten bezieht sich auch auf den infolge der Zünd- und Stützfeuerung mittels Heizöl erzeugten Stromanteil. Dies ist in § 8 Abs. 6 S. 2 EEG n. F. inzwischen ausdrücklich geregelt.

112

3.

113

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 91 a Abs. 1 S. 1 ZPO.

114

Die Beklagte hat die Kosten auch insoweit zu tragen, wie die Parteien den Rechtsstreit im Senatstermin hinsichtlich des zweiten Feststellungsantrages in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben. Dies entspricht billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes. Die Beklagte hatte nämlich keinen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages mit den Vertragsklauseln, die das Landgericht unter Ziffer 2) seines Tenors aufgeführt hat. Der diesbezügliche Antrag des Klägers war bis zur Erklärung der Beklagten, einen Vertrag mit derartigen Klauseln nicht mehr verlangen zu wollen, begründet. Dies folgt teilweise schon daraus, dass § 12 Abs. 1 EEG in der neuen vom 21.07.2004 stammenden Fassung festlegt, dass der Netzbetreiber die Erfüllung seiner sich aus §§ 4, 5 EEG ergebenden Verpflichtungen nicht vom Abschluss eines Vertrages abhängig machen kann. Der BGH hat bereits vor der Neufassung des EEG ein Recht des Stromerzeugers anerkannt, den Netzbetreiber auch ohne vorherigen Vertragsabschluss auf Abnahme und Vergütung zu verklagen. Dabei hat er allerdings offengelassen, ob der Netzbetreiber die Eingehung eines Vertrages verlangen kann (BGHZ 155, 141, 159 ff.; BGH ZNER 2005, 155). Mit der Neuregelung in § 12 Abs. 1 EEG hat der Gesetzgeber darüber hinaus klargestellt, dass zwischen Stromerzeuger und Netzbetreiber ein unmittelbares gesetzliches Schuldverhältnis besteht, wobei der Abschluss eines Vertrages, etwa zur Regelung technischer Fragen und zwecks Rechtssicherheit, sinnvoll sein kann (Salje, a.a.O., § 12 Rdnr. 3 ff.). Es ist allenfalls daran zu denken, dass der Netzbetreiber, ohne dass er die Erfüllung der nach §§ 4, 5 EEG bestehenden Pflichten verweigern kann, im Einzelfall einen Anspruch auf vertragliche Festlegung unabdingbar regelungsbedürftiger Punkte hat, die sich weder aus dem Gesetz ergeben noch einseitig in zulässiger Weise vom Stromerzeuger festgelegt worden sind bzw. vom Netzbetreiber festgelegt werden könnten.

115

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hatte die Beklagte keinen Anspruch auf Durchsetzung der streitigen Regelungen. Dabei kommt es entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht darauf an, ob derartige Klauseln im Falle eines Vertragschlusses nach § 9 AGB-Gesetz unwirksam wären. Vielmehr ist schon auf die vorrangige Frage abzustellen, ob sich der Kläger auf Grund des bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses auf die Regelung hätte einlassen müssen.

116

a)

117

§ 4 Abs. 3 des von der Beklagten am 30.11.2001 vorgeschlagenen Stromlieferungsvertrages (SLV) entsprach nicht dem EEG, weil darin ein Biogasanteil von mindestens 90 % festgelegt und der anteilig mit fossiler

118

Zünd- und Stützfeuerung erzeugte Strom nicht nach dem EEG vergütet werden sollte. Wie bereits oben ausgeführt, sieht das EEG derartige Beschränkungen nicht vor.

b)

119

§ 4 Abs. 4 – 6 SLV waren als Folgeregelungen zu § 4 Abs. 3 SLV ebenfalls nicht EEG-konform.

120

c)

121

1.1 Satz 3 des Netznutzungsvertrages (NNV) in Verbindung mit 2.2 der Anlage 4 sieht zu Unrecht die Lieferung einer Mehrphasenzähleinrichtung für Wirk- und Blindarbeit vor. Zur Messung der eingespeisten Energie ist jedoch ein einfacher Drehstromzähler ausreichend. Die Blindleistung, die in einem Wechsel- und Drehstromkreis zum Aufbau elektrischer Energie verbraucht wird, muss nicht eigens erfasst werden, weil die Beklagte hierfür keine Abschläge oder Gegenansprüche geltend machen kann (so auch OLG Hamm, 29. Zivilsenat, ZNER 2003, 335; s. auch LG Frankfurt/Oder IR 2004, 206 und IR 2005, 14). Die Regelung unter Nr. 3 Abs. 3 der Anlage 4 konnte ebenfalls nicht verlangt werden, soweit der Kläger dennoch für gelieferte Blindarbeit zahlen sollte.

122

d)

123

Die Bestimmung unter Nr. 3 Abs. 4 der Anlage 4, nach der der Kläger einen Anlageverantwortlichen und eine betriebsführende Stelle benennen sollte, die jederzeit erreichbar sein sollte, entspricht keinem zwingenden Bedürfnis. Ein solches hat die Beklagte trotz des Hinweises im Urteil des Landgerichts auch zweitinstanzlich nicht dargelegt.

124

e)

125

Auf die Regelungen 2.5 und 2.6 NNV in Verbindung mit 1.2.2, 1.2.3 und 1.2.7 Abs. 2 der Anlage 1 hatte die Beklagte keinen Anspruch, weil – wie das Landgericht zu Recht angenommen hat – keine Vergütungspflicht für Zähleinrichtungen besteht, wenn der Kläger von seinem Recht zur Selbstmessung Gebrauch macht.

126

f)

127

3.1 NNV in Verbindung mit 3.3 der Anlage 3 enthält eine nicht geschuldete besondere Zahlungspflicht für den Fall, dass die Blindarbeit in einem Monat mehr als 50 % der Wirkarbeit erreicht.

128

g)

129

3.2 NNV in Verbindung mit 3.4 der Anlage 3 sieht eine nicht geschuldete Regelung zur Vergütung der unnötig aufwendigen Zähleinrichtung vor (1170,00 € pro Jahr).

130

h)

131

2.2 und 2.4 der Anlage 2 zum NNV sehen ein nicht geschuldetes Nutzungsrecht der Beklagten auf dem Grundstück des Klägers bis zu 3 Jahre nach Einstellung des Strombezuges vor.

132

Dass für die streitigen Klauseln keine unabwendbare Regelungsnotwendigkeit, aus der sich eventuell ein Anspruch der Beklagten auf einen Vertragsschluss herleiten ließe, bestand, folgt im Übrigen daraus, dass

133

die Beklagte nach ihren eigenen Angaben die beanstandeten Klauseln nicht in ihre neuen Musterverträge übernommen hat und entsprechende vertragliche Regelungen von dem Kläger auch nicht mehr fordert.

Die Vollstreckbarkeitsentscheidung folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

134

Der Senat hat gem. § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zugelassen. Die Frage, ob und inwieweit der Anteil der fossilen Zünd- und Stützfeuerungen nach dem EEG begrenzt ist, ist von grundsätzlicher Bedeutung. Insoweit bedarf es auch einer einheitlichen Rechtsprechung.

135