# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VIII ZR 161/02

Verkündet am:
11. Juni 2003
Kirchgeßner,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Mai 2003 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Hübsch, Wiechers, Dr. Wolst und Dr. Frellesen

für Recht erkannt:

Auf die Anschlußrevision des Klägers wird unter Zurückweisung der Revision der Beklagten das Urteil des 1. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 17. Mai 2002 in vollem Umfang aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Kammer für Handelssachen I des Landgerichts Itzehoe vom 3. Februar 1998 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Windkraftanlage der W. A. GbR an das Versorgungsnetz anzuschließen, der erzeugte Strom abzunehmen und nach dem Stromeinspeisungsgesetz beziehungsweise ab dem 1. April 2000 nach dem Gesetz über den Vorrang Erneuerbarer Energien zu vergüten ist.

Die Beklagte hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten, einem regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen, eine auf seinem Grundstück errichtete Windkraftanlage an ihr Versorgungsnetz anzuschließen, den in der Anlage erzeugten Strom abzunehmen und nach dem Stromeinspeisungsgesetz (BGBl. I 1990 S. 2633, in der Fassung der Änderung durch Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Energiewirtschaft vom 24. April 1998, BGBl. I 1998 S. 730, 734; im folgenden: StrEG 1998) bzw. ab dem 1. April 2000 nach dem Gesetz über den Vorrang Erneuerbarer Energien (BGBl. I 2000 S. 305; im folgenden: EEG) zu vergüten.

Dem Kläger wurde am 12. Februar 1996 vom Landrat des Kreises D.
eine Genehmigung zum Bau einer Windkraftanlage erteilt. Er bat daraufhin die Beklagte um den Anschluß der zu errichtenden Windkraftanlagen an ihr Netz, das zu deren Standort die kürzeste Entfernung hat. Die Beklagte lehnte mit der Begründung ab, die Aufnahmekapazität der öffentlichen Netze und der Umspannwerke sei in dem betreffenden Bereich erschöpft.

Mit der im November 1997 erhobenen Klage hat der Kläger von der Beklagten verlangt, die noch zu errichtende Windkraftanlage an ihr Versorgungsnetz anzuschließen, den erzeugten Strom abzunehmen und nach dem StrEG zu vergüten. Weiter hat er beantragt, der Beklagten zu gestatten, eine "prioritätengesteuerte Abschaltautomatik" zwischenzuschalten, um der von der Beklagten behaupteten Gefahr einer Überlastung der übergeordneten Spannungsleitung bei Weitergabe des Stroms vorzubeugen. Die Beklagte hat insbesondere die Auffassung vertreten, das StrEG 1998 sei verfassungswidrig und verstoße darüber hinaus gegen den EG-Vertrag.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 3. Februar 1998 antragsgemäß stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Während des Berufungsverfahrens hat der Kläger im Dezember 1998 mit seinem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, Rechtsanwalt W. , mündlich vereinbart, dieser solle die Windkraftanlage in Ausnutzung der erteilten Baugenehmigung errichten und betreiben. Zu diesem Zweck schloß der Kläger mit Rechtsanwalt W. einen "Nutzungs-/Pachtvertrag". Ferner bewilligte er diesem eine entsprechende beschränkte persönliche Dienstbarkeit an seinem Grundstück. Rechtsanwalt W. brachte seine Rechte aus der Vereinbarung mit dem Kläger mit dessen Zustimmung in die mit einem weiteren Gesellschafter bestehende W. A. GbR ein. Diese errichtete die Windkraftanlage auf dem Grundstück des Klägers.

Im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens hat die Beklagte dem Kläger zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil angeboten, die Anlage an ihr Netz anzuschließen; gleichzeitig hat sie darauf hingewiesen, daß der Kläger die Kosten für den Anschluß einschließlich der für die Abschaltautomatik zu tragen habe und daß sie ihm diese Kosten nach der Herstellung in Rechnung stellen werde. Der Kläger hat erklärt, er nehme das Angebot an; nach seiner Auffassung seien die Hinweise zur Kostentragung jedoch "ohne jede Rechtswirkung". Die Beklagte hat die Windkraftanlage nach deren Fertigstellung ohne eine Abschaltvorrichtung an ihr Netz angeschlossen. Seit dem 4. Oktober 1999 speist sie Strom in das Netz der Beklagten ein.

Während des Berufungsverfahrens ist mit Wirkung zum 1. April 2000 das StrEG 1998 durch das EEG ersetzt worden. Nach Ansicht der Beklagten verstößt das EEG wie zuvor schon das StrEG 1998 gegen das Grundgesetz und den EG-Vertrag. Auf Hinweis des Berufungsgerichts hat der Kläger im Wege der Anschlußberufung hilfsweise beantragt, die Beklagte zum Abschluß eines

von ihm vorgelegten "Vertrag(es) über die Einspeisung elektrischer Energie" (im folgenden: Stromeinspeisungsvertrag) mit der W. A. GbR zu verurteilen. Der Vertrag sieht unter anderem die Verpflichtung der Beklagten vor, die in der Windkraftanlage erzeugte Energie "nach den Bestimmungen des EEG" abzunehmen (§ 1) und zu vergüten (§ 4); er soll "mit der Inbetriebnahme der Anschlußanlage, die bereits erfolgt ist, in Kraft" treten (§ 6). Mit Schreiben vom 10. Januar 2002 bot die Beklagte ihrerseits der W. A. GbR eine Vereinbarung über den Anschluß der Windkraftanlage zu bestimmten Bedingungen und zu einem Festpreis von 71.823,73 € zuzüglich Umsatzsteuer an. Dieses Angebot lehnte die W. A. GbR ab.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte unter Abweisung des Hauptantrages des Klägers gemäß dessen Hilfsantrag verurteilt und die Berufung der Beklagten im übrigen zurückgewiesen. Mit ihrer - zugelassenen - Revision erstrebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage. Der Kläger begehrt mit seiner Anschlußrevision die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils mit der Maßgabe, daß die auf seinem Grundstück errichtete Windkraftanlage der W. A. GbR an das Versorgungsnetz der Beklagten anzuschließen, der erzeugte Strom abzunehmen und nach dem StrEG bzw. ab dem 1. April 2000 nach dem EEG zu vergüten sei.

Entscheidungsgründe:

A. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die W. A. GbR könne von der Beklagten den Abschluß des von dem Kläger vorgelegten Stromeinspeisungsvertrages, soweit es um die Zukunft gehe, aus § 3 Abs. 1 EEG und, soweit der Vertrag auf den 4. Oktober 1999 zurückwirken solle, aus § 2 StrEG 1998 beanspruchen.

Diesen Anspruch könne der Kläger, obwohl er wegen der im Dezember 1998 mit Rechtsanwalt W. getroffenen Vereinbarung nicht mehr aktivlegitimiert sei, nach § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO im eigenen Namen mit der Maßgabe verfolgen, daß die Leistung an die W. A. GbR zu erbringen sei. Der Kläger habe bei Klageerhebung eine Position innegehabt, die sich als "angebahnter Strombetrieb" bezeichnen lasse. Bei der Übertragung dieser Position auf Rechtsanwalt W. und dann auf die W. A. GbR handele es sich um die Veräußerung einer streitbefangenen Sache im Sinne von § 265 Abs. 1 ZPO.

Sowohl das StrEG 1998 als auch das EEG seien wirksam. Die den Elektrizitätsversorgungsunternehmen auferlegte Pflicht, den Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen und mit Preisen zu vergüten, die über seinem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert lägen, stelle weder eine unzulässige mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 28 EGV (= Art. 30 EGV a.F.) noch eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV (= Art. 92 Abs. 1 EGV a.F.) dar. Die Abnahme- und Vergütungspflicht sei auch verfassungsmäßig. Die erhöhte Vergütung sei keine gegen die Finanzverfassung des Grundgesetzes verstoßende Sonderabgabe, weil ihre Mittel nicht in einem staatlichen oder staatlich kontrollierten Fonds gesammelt würden. Die Abnahme- und Vergütungspflicht verletze auch nicht die Berufsfreiheit der Versorgungsunterneh-

men, denn die Belastung erfolge zugunsten eines dem Gemeinwohl dienenden Zieles und belaste die Unternehmen nicht unverhältnismäßig.

Aus § 2 StrEG und § 3 Abs. 1 EEG ergebe sich jedoch kein unmittelbarer Anspruch auf Netzanschluß sowie Abnahme und Vergütung des Stroms, sondern lediglich ein Anspruch auf Abschluß eines Stromeinspeisungsvertrages. Anders als bei der Wandelung, bei welcher der Verkäufer sofort auf Zahlung verklagt werden könne, bestünden bei dem abzuschließenden Stromeinspeisungsvertrag Spielräume, die auszufüllen seien. Die Beklagte könne den Abschluß des vom Kläger vorgelegten Stromeinspeisungsvertrages nicht deshalb verweigern, weil ihre Netzkapazitäten und die des vorgelagerten Netzbetreibers erschöpft seien. Daraus, daß die in Rede stehende Anlage mittlerweile ohne prioritätengesteuerte Abschaltautomatik angeschlossen sei und Strom einspeise, ergebe sich, daß die vorhandenen Netzkapazitäten ausreichten. Zu Unrecht beanstande die Beklagte, daß der von dem Kläger vorgelegte Stromeinspeisungsvertrag keine Regelung enthalte, wer die Kosten des Anschlusses der Windkraftanlage zu tragen habe. Die Verteilung der Kosten ergebe sich aus dem Gesetz. Das StrEG sei dahin auszulegen, daß der Energieerzeuger die Kosten für den Anschluß und die Anbringung der Meßeinrichtungen, das Elektrizitätsversorgungsunternehmen hingegen die Kosten für einen allgemeinen Netzausbau zu tragen habe. Unschädlich sei, daß der eingespeiste Strom gemäß § 4 des Vertrages nach dem EEG zu vergüten sei, obwohl dieses Gesetz erst am 1. April 2000 und damit nach dem Netzanschluß der Windkraftanlagen der Klägerin am 4. Oktober 1999, dem Zeitpunkt, auf den der Vertrag gemäß § 6 zurückwirke, in Kraft getreten sei. § 4 sei so auszulegen, daß der eingespeiste Strom nach dem jeweils geltenden Gesetz, mithin vor dem 1. April 2000 nach dem StrEG 1998 zu vergüten sei.

B. Durch die zulässigen Rechtsmittel der Parteien (Revision und unselbständige Anschlußrevision) unterliegen Haupt- und Hilfsantrag des Klägers der revisionsrechtlichen Beurteilung. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind nur insofern zu beanstanden, als es dem Kläger lediglich einen Anspruch auf Abschluß eines Stromeinspeisungsvertrags gemäß seinem Hilfsantrag zugesprochen hat. Demgegenüber ist schon der Hauptantrag des Klägers begründet, so daß seine Anschlußrevision bei Zurückweisung der Revision der Beklagten zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils mit der Maßgabe führt, daß die auf seinem Grundstück errichtete Windkraftanlage der W. A. GbR an das Versorgungsnetz der Beklagten anzuschließen, der erzeugte Strom abzunehmen und nach dem StrEG beziehungsweise ab dem 1. April 2000 nach dem EEG zu vergüten ist. Dieser Anspruch, den der Kläger im ersten Rechtszug allein, im Berufungsverfahren mit seinem Hauptantrag weiterhin geltend gemacht hat und nunmehr mit seiner Anschlußrevision verfolgt, ergibt sich aus § 2 StrEG 1998 und § 3 Abs. 1 EEG. Die Rügen der Revision, die sich in gleicher Weise gegen die Zulässigkeit und Begründetheit des Hauptantrags wie des Hilfsantrags richten und die sie daher auch der Anschlußrevision entgegensetzt, greifen nicht durch.

I. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß der Kläger, nachdem er im Verlauf des Berufungsverfahrens die zur Errichtung und zum Betrieb der Windkraftanlage notwendigen rechtlichen Befugnisse auf Rechtsanwalt W. übertragen hat, nach § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO zur Geltendmachung der sich im Bezug auf die Anlage aus § 2 StrEG 1998 und § 3 Abs. 1 EEG ergebenden Ansprüche im eigenen Namen befugt geblieben ist.

1. Eine Veräußerung der streitbefangenen Sache oder Abtretung des geltend gemachten Anspruchs im Sinne von § 265 Abs. 1 ZPO ist jede nicht unter die §§ 239 ff. ZPO fallende Rechtsübertragung, die zu einem Verlust der

Sachlegitimation führt (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 2002 - V ZR 97/01, MDR 2002, 1185 unter II. 1.; MünchKomm-ZPO/Lüke, 2. Aufl., § 265 Rdnr. 34; Thomas/Putzo/ Reichold, ZPO, 24. Aufl., § 265 Rdnr. 6). Im StrEG 1998 ist allerdings nicht ausdrücklich geregelt, wer Inhaber der Ansprüche ist, die sich spiegelbildlich aus den in § 2 StrEG 1998 genannten Verpflichtungen der Elektrizitätsversorgunsunternehmen ergeben. Aus dem Zweck und den Regelungsinstrumenten des StrEG, nämlich die Erzeugung von Strom aus regenerativen Energiequellen mittels eines privatrechtlichen Kontrahierungszwanges zu fördern, ist jedoch ohne weiteres zu schließen, daß der Anspruch auf Abnahme und Vergütung des Stroms dem Stromerzeuger, also dem Betreiber der in § 1 StrEG genannten Anlagen zustehen soll. Betreiber einer Stromerzeugungsanlage ist nicht notwendig der Eigentümer der Anlage oder der Eigentümer des Grundstücks, auf dem sich die Anlage befindet, sondern derjenige, dem das Recht zusteht, die Anlage auf eigene Rechnung zu nutzen und der ihre Kosten und Risiken trägt (vgl. Jarass, Bundesimmissionsschutzgesetz, 5. Aufl., § 3 Rdnr. 81 zum Begriff des Anlagenbetreibers nach dem BImmSchG; ferner BGHZ 32, 331, 333 zum Begriff des Halters im Sinne von § 7 StVG). Künftiger Anlagenbetreiber der zu errichtenden Windkraftanlage sollte bei Klageerhebung der Kläger sein. Er beabsichtigte, die Anlage auf eigene Rechnung zu errichten; er hatte auch die rechtliche Möglichkeit dazu, weil ihm die öffentlich-rechtliche Genehmigung zum Bau der Windkraftanlage erteilt und er Eigentümer des betreffenden Grundstücks war. Der Kläger hat diese für die Errichtung und den Betrieb der Windkraftanlage erforderlichen rechtlichen Befugnisse an Rechtsanwalt W. übertragen, indem er ihm die Rechte aus der erteilten Baugenehmigung abgetreten und das Recht zur Errichtung und Nutzung der Windkraftanlage auf seinem Grundstück eingeräumt hat. Darin liegt eine Abtretung der sich aus § 2 StrEG ergebenden Ansprüche. Denn infolge dieser Rechtsübertragungen ist künftiger Betreiber der noch zu errichtenden Anlage und da-

mit zugleich Inhaber der vorgenannten Ansprüche Rechtsanwalt W. geworden, an dessen Stelle später wiederum die W. A. GbR getreten ist.

2. Zu Unrecht meint die Revision, ein Übergang der Sachlegitimation habe im Dezember 1998 nicht erfolgen können, weil die Windkraftanlage zu diesem Zeitpunkt noch nicht errichtet gewesen sei und deshalb Ansprüche des Klägers auf Anschluß der Anlage sowie Abnahme und Vergütung des Stroms nach § 2 StrEG 1998 noch nicht bestanden hätten. Zutreffend ist zwar, daß ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Anschluß voraussetzt, daß die betreffende Anlage anschlußfertig errichtet ist. Auch muß eine Anschlußverbindung zum Netz des zur Abnahme verpflichteten Elektrizitätsversorgungsunternehmen hergestellt sein, bevor der Betreiber der Anlage Abnahme und Vergütung des erzeugten Stroms verlangen kann. Gleichwohl stand der Umstand, daß die Windkraftanlage bei der Rechtsübertragung noch nicht errichtet war, einer Abtretung nicht entgegen. Denn zur Abtretung des geltend gemachten Anspruchs im Sinne von § 265 ZPO ist es nicht erforderlich, daß die Klage im Zeitpunkt des Übergangs der Sachlegitimation begründet war.

Der Kläger verfügte im übrigen zur Zeit der Übertragung seiner Rechte an Rechtsanwalt W. , da er sich bereits im Besitz der entsprechenden Baugenehmigung befand, über einen hinreichend konkretisierten, durch die Errichtung der Anlage bedingten Anspruch. Ob damit schon die Voraussetzungen für eine Klage auf künftige Leistung (§ 259 ZPO) vorgelegen haben, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls bestand schon vor der Errichtung der Anlage ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das dem durch Eintritt in Vertragsverhandlungen begründeten vergleichbar ist und das eine ausreichende Grundlage für eine Feststellung der gegenseitigen Rechte und Pflichten bildete (vgl. BGH, Urteil vom 29. September 1993 - VIII ZR 107/93,

WM 1994, 76 = NJW-RR 1994, 175 unter II. 1. a) aa)). Der Klage hätte deshalb vor der Herstellung der Windkraftanlage ohne Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO jedenfalls im Wege der Feststellung des Bestehens dieser Verpflichtungen stattgegeben werden können (vgl. BGHZ 118, 70, 81 f. m.w.Nachw.).

II. Dem Berufungsgericht ist auch in seinen Erwägungen zu folgen, wonach die Beklagte nach § 2 StrEG 1998 und § 3 Abs. 1 EEG den in der betreffenden Windkraftanlage erzeugten Strom abzunehmen und zu vergüten hat.

1.a) Nach dem Berufungsurteil besteht zwischen den Parteien kein Streit darüber, daß die betreffende Windkraftanlage dem Anwendungsbereich des StrEG 1998 (§ 1) und des EEG (§ 2) unterfällt, daß die Beklagte ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen ist, das ein Netz für die allgemeine Versorgung betreibt, daß ferner die Windkraftanlage Strom im Versorgungsgebiet der Beklagten erzeugt (§ 2 StrEG 1998) beziehungsweise deren Netz die kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage hat (§ 3 Abs. 1 EEG) und daß schließlich die Beklagte deshalb bei technischer Eignung des Netzes für die Aufnahme des Stroms (vgl. dazu sogleich unter b)) grundsätzlich der Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 2 StrEG 1998 beziehungsweise § 3 Abs. 1 EEG unterliegt.

b) Die Annahme des Berufungsgerichts, die vorhandenen Netzkapazitäten der Beklagten und des vorgelagerten Netzbetreibers seien ungeachtet der verstärkten Einspeisung von Strom aus Windenergie für den Anschluß der in Rede stehenden Windkraftanlage ausreichend, ist frei von Rechtsfehlern. Das Berufungsgericht hat diese Feststellung darauf gestützt, daß die Anlage ohne vorherige Netzerweiterung und ohne Zwischenschalten einer "prioritätengesteuerten Abschaltautomatik" an das Netz der Beklagten angeschlossen worden sei und in dieses seit dem 4. Oktober 1999 Strom einspeise. Ob diese Schlußfolgerung gerechtfertigt ist, bedarf keiner Entscheidung. Unabhängig da-

von läßt sich dem von der Revision aufgezeigten Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen nicht entnehmen, daß die Netzkapazitäten der Beklagten nicht ausreichen. Danach hat sich die Beklagte darauf berufen, daß sie in ihrem 20 kV-Versorgungsnetz im Bereich M. zu Schwachlastzeiten lediglich eine bestimmte Stromleistung an ihre Kunden abgeben könne und den überschüssigen Strom über das inzwischen errichtete Umspannwerk M. in das 110-kV-Netz der P. E. AG (jetzt E. Netz GmbH) weitergebe. Die Kapazität der aufnehmenden 110-kV-Freileitung sei jedoch sicherheitstechnisch begrenzt. Wenn zu Schwachlastzeiten infolge gleichzeitigen Starkwindes erheblich mehr Strom erzeugt als gleichzeitig abgesetzt werde, werde die maximale Aufnahmekapazität bereits durch die früher an ihr Netz angeschlossenen Windkraftanlagen ausgeschöpft. Ob aufgrund dieser Umstände der Beklagten die Abnahme des Stroms aus der streitigen Windkraftanlage unmöglich ist (vgl. Pingel in Pingel/Pohlmann/Wehlmann, Stromeinspeisungsgesetz 1998, S. 53 f.), ob sich die Beklagte auf eine unbillige Härte im Sinne von § 4 Abs. 2 StrEG 1998 berufen kann oder ob das Versorgungsnetz der Beklagten zur Aufnahme des Stroms nicht als technisch geeignet im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 EEG anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben. Denn die Beklagte ist für ihre Behauptung, die höchstmögliche Einspeiseleistung werde im Versorgungsnetz M. schon durch die bislang angeschlossenen Anlagen und die vertraglich zugesagten Anschlüsse erreicht, beweisfällig geblieben.

Der Kläger hat zwar die Behauptung der Beklagten, die vorgenannte Einspeiseleistung liege bereits vor, zunächst nicht bestritten, sondern gerade im Hinblick darauf seinen Klageantrag dahin eingeschränkt, der Beklagten zu gestatten, eine prioritätengesteuerte Abschaltautomatik zwischenzuschalten, wie dies der Sachverständige in dem für einen Parallelprozeß erstellten Gutachten vorgeschlagen habe. Nachdem aber die streitige Windkraftanlage während des Berufungsverfahrens ohne eine solche Abschaltanlage angeschlossen worden

war und im Anschluß daran Störungen nicht auftraten, hat der Kläger bestritten, daß die bereits aus anderen Windkraftanlagen erfolgenden oder vertraglich zugesagten Einspeisungen in das Netz der Beklagten in M. die höchstmögliche Einspeiseleistung erreichen. Die dahingehende Behauptung der Beklagten ist dementsprechend im Berufungsurteil als streitig dargestellt. Die Beklagte, die die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände des § 275 Abs. 1 BGB a.F. und des § 4 Abs. 2 StrEG 1998 trifft und die auch die generelle Vermutung der technischen Eignung eines Versorgungsnetzes zur Aufnahme von Strom im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 2 EEG widerlegen muß (Salje, EEG, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 13 ff.), hat daraufhin die behauptete Einspeisungsleistung weder näher dargelegt noch unter Beweis gestellt. Jedenfalls hat die Revision Vortrag hierzu oder einen entsprechenden Beweisantritt nicht aufzuzeigen vermocht. Auch aus dem zwischen den Parteien unstreitigen Ergebnis des Sachverständigengutachtens ergibt sich insoweit nichts; denn der Sachverständige hat, soweit ersichtlich, lediglich die Angaben der Beklagten über die Einspeiseleistungen der genehmigten Windkraftanlagen zugrunde gelegt und von diesem Ausgangspunkt die Aufnahmefähigkeit der 110-kV-Freileitung beurteilt.

2. Gegen die den Elektrizitätsversorgungsunternehmen obliegende Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 2 StrEG 1998 und § 3 Abs. 1 EEG bestehen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Senat hat daher keine Veranlassung, nach Art. 100 Abs. 1 GG das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen.

a) Der Bundesgerichtshof hat sich bereits mit der Verfassungsmäßigkeit des StrEG in der ursprünglichen Fassung vom 7. Dezember 1990 (aaO; im folgenden: StrEG 1990) auseinandergesetzt und diese mit eingehender Begrün-

dung bejaht (BGHZ 134, 1, 13 ff.). In Anknüpfung hieran ist auch die Verfassungsmäßigkeit des StrEG 1998 zu bejahen.

aa) Das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG ist durch das StrEG 1998 nicht verletzt worden. Gemäß der vorbezeichneten Entscheidung stellt die Verpflichtung zur Abnahme und Vergütung von Strom aus erneuerbaren Energien, die den Elektrizitätsversorgungsunternehmen in § 2 StrEG 1990 auferlegt worden ist, zwar einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit dar. Dieser Eingriff in Form einer Berufsausübungsregelung (vgl. BVerfGE 7, 377) ist jedoch nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 81, 156, 188 m.w.Nachw.) durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt gewesen.

(1) Die getroffene Regelung diente in Übereinstimmung mit dem durch Art. 20a GG zum Staatsziel erhobenen Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen der Schonung der Ressourcen an endlichen Energieträgern sowie dem Umwelt- und Klimaschutz. Sie war im Hinblick auf die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien zu diesem Zweck geeignet und in Ermangelung weniger einschneidender Mittel auch erforderlich (BGHZ aaO). Dies gilt gleichermaßen für die im wesentlichen unveränderte Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 2 StrEG 1998.

(2) Die mit der Abnahme- und Vergütungspflicht verbundenen Belastungen der Elektrizitätsversorgungsunternehmen waren bei einer Gesamtabwägung mit dem Gewicht der sie rechtfertigenden Umstände in den seinerzeit maßgeblichen Jahren 1991 bis 1993 auch zumutbar. Zwischen den belasteten Elektrizitätsversorgungsunternehmen und den ihnen übertragenen Aufgaben war namentlich eine besondere Verantwortungsbeziehung anzunehmen, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Indienstnahme

Privater für öffentliche Aufgaben zu rechtfertigen vermag (BVerfGE 75, 108, 159; 77, 308, 337; 81, 156, 197 f.; 85, 226, 236 f.). Diese ergab sich aus der durch § 103 GWB a.F. begründeten monopolartigen Stellung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen in ihrem Versorgungsgebiet, der eine besondere Verantwortung gegenüber anderen Stromerzeugern und darüber hinaus für eine ressourcenschonende und umweltgerechte Energieversorgung entsprach. Die finanziellen Belastungen waren aber auch deswegen zumutbar, weil sie damals im Vergleich zum Gesamtumsatz der betroffenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen gering waren, weitgehend an die Verbraucher weitergegeben werden konnten und zudem durch die Härteklausel des § 4 StrEG 1990 gemildert wurden. Eine ungleiche Belastung der einzelnen Versorgungsunternehmen aufgrund regionaler Unterschiede ließ sich seinerzeit ebenfalls nicht feststellen (BGHZ aaO, 19 ff.).

Auch während der zeitlichen Geltung des StrEG 1998 waren die Belastungen der Elektrizitätsversorgungsunternehmen noch zumutbar, soweit sie nicht ohnehin wie bisher auf die Verbraucher oder darüber hinaus durch die um einen neuen Abs. 1 ergänzte Härteklausel des § 4 StrEG 1998 auf den vorgelagerten Netzbetreiber abgewälzt werden konnten. Allerdings ist die gesetzliche Grundlage der monopolartigen Stellung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des StrEG 1998 durch Art. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998 (BGBl. I S. 730, 734) beseitigt worden. Trotzdem haben die Elektrizitätsversorgungsunternehmen auch während der zeitlichen Geltung des StrEG 1998 in tatsächlicher Hinsicht eine marktbeherrschende Position in ihrem jeweiligen Versorgungsgebiet behalten; jedenfalls als Netzbetreiber haben sie ein "natürliches" Monopol, das auch durch ihre Entflechtung und die Liberalisierung des Strommarktes in der Praxis nicht gefährdet worden ist (vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für

Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages zum Entwurf des EEG, BT-Drucks. 14/2776 S. 22 und S. 25). Unabhängig davon trifft die Elektrizitätsversorgungsunternehmen aufgrund ihrer spezifischen Tätigkeit auch nach Beseitigung ihrer monopolartigen Stellung weiterhin eine besondere Verantwortung für eine ressourcenschonende und umweltgerechte Stromerzeugung. Dem steht nicht entgegen, daß es sich bei der Ressourcenschonung und dem Klima- und Umweltschutz - gemäß Art. 20a GG - auch um eine Staatsaufgabe handelt (vgl. BVerfG, Beschluß vom 12. Mai 2002 - 2 BvL 6/02, unveröffentlicht, unter B 2. b), ferner BGHZ aaO, 28 f.). Die besondere Verantwortung besteht insoweit nicht nur für die Stromerzeuger, sondern gerade auch für die Versorgungsnetzbetreiber, die nach § 2 StrEG 1998 zur Abnahme und Vergütung des Stroms aus erneuerbaren Energien verpflichtet sind. Diese sind gleichsam das Bindeglied zwischen den Stromerzeugern und den Stromverbrauchern, das es den Stromerzeugern erst ermöglicht, den von ihnen produzierten Strom zu vermarkten. Aufgrund ihres weitverzweigten Netzes auf der unteren Spannungsebene sind die Versorgungsnetzbetreiber aus geographischen und technischen Gründen vorzugsweise in der Lage, den Strom aus erneuerbaren Energien aufzunehmen und mit möglichst geringen Verlusten an die Abnehmer weiterzuleiten. Wegen ihrer unmittelbaren Vertragsbeziehungen zu den Stromverbrauchern ist es ihnen auch am einfachsten möglich, die finanziellen Belastungen, die durch die Abnahme und Vergütung des Stroms aus erneuerbaren Energien entstehen, auf die Stromverbraucher zu verlagern.

Darüber hinaus ist einer unzumutbaren Belastung der nach § 2 StrEG 1998 abnahme- und vergütungspflichtigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen durch die um einen neuen Abs. 1 ergänzte Härteklausel des § 4 StrEG 1998 in verstärktem Maße begegnet worden. Damit ist insbesondere regionalen Unterschieden bei der Einspeisung von Windenergie (vgl. dazu Bericht zur Härteklausel nach § 4 Abs. 4 StrEG 1998, BT-Drucks. 14/2371; ferner BGHZ

aaO, 24) Rechnung getragen worden. Durch den neu eingeführten Erstattungsanspruch gegen vorgelagerte Netzbetreiber aus § 4 Abs. 1 Satz 1 StrEG 1998 sind die Mehrkosten für Strom aus erneuerbaren Energien, die von den betroffenen Energieversorgungsunternehmen zu tragen sind, auf einen Anteil von 5% der von ihnen im Kalenderjahr insgesamt abgesetzten Kilowattstunden begrenzt worden. Durch die Regelungen in den Sätzen 2 und 3 des § 4 Abs. 1 StrEG 1998 ist diese Obergrenze auf die Erstattungspflicht der vorgelagerten Netzbetreiber erstreckt worden. Für den Fall, daß die Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 2 StrEG 1998 auch bei Anwendung der Erstattungsregelung in § 4 Abs. 1 StrEG 1998 zu einer unbilligen Härte führt, hat § 4 Abs. 2 StrEG 1998 eingegriffen, gegen dessen hinreichende Bestimmtheit keine Bedenken bestehen (vgl. BGHZ aaO, 23 zum inhaltsgleichen § 4 Abs. 1 StrEG 1990). Nach dieser Regelung, die im übrigen auch bei einer Überforderung der technischen Aufnahmebereitschaft des aufnahmepflichtigen Elektrizitätsversorgungsunternehmens gegolten hat (vgl. die Begründung des - ursprünglichen - Gesetzentwurfs des Bundesrats, BT-Drucks. 13/5357 S. 6), ist die Abnahme- und Vergütungspflicht in diesem Fall auf den vorgelagerten Netzbetreiber übergegangen.

bb) Die Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 2 StrEG 1998 verstieß ebenso wie diese Pflicht nach der entsprechenden Bestimmung des StrEG 1990 (BGHZ aaO, 26 f.) auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. dazu BVerfGE 93, 319, 348 f.).

(1) Soweit während der zeitlichen Geltung des StrEG 1998 die vorstehend bereits erwähnten regionalen Unterschiede bei der Einspeisung von Windenergie aufgetreten sind, hat einer gleichheitswidrigen Belastung einzelner Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Härteklausel des § 4 StrEG 1998 insbesondere durch die neue Erstattungsregelung in Abs. 1, aber auch durch die

beibehaltene Regelung des Übergangs der Abnahme- und Vergütungspflicht auf den vorgelagerten Netzbetreiber in Abs. 2 und 3 entgegengewirkt. Dadurch sind die Belastungen aus der Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 2 StrEG 1998 weitgehend begrenzt und verteilt worden. Trotz Erreichens der 5%-Grenze hat die Erstattungsregelung des § 4 Abs. 1 Satz 1 StrEG 1998 allerdings dann nicht zum Zuge kommen können, wenn kein vorgelagerter Netzbetreiber vorhanden gewesen ist, was für die Verbundunternehmen auf der höchsten Spannungsebene zutrifft. Für diesen Fall hat § 4 Abs. 1 Satz 3 StrEG 1998 lediglich vorgesehen, daß mit Beginn des nächsten Kalenderjahres die Abnahme- und Vergütungspflicht für dann neu errichtete Anlagen endet.

(2) Ob die Härteklausel des § 4 StrEG 1998 damit ausgereicht hat, um eine gleichheitswidrige Belastung durch die Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 2 StrEG 1998 auszuschließen, kann hier letztlich dahingestellt bleiben. Bei den vorgenannten Bestimmungen hat es sich auch hinsichtlich der regionalen Unterschiede um eine generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelung gehandelt (BVerfG, Beschluß vom 12. Mai 2002 aaO, unter B 2. c)). Eine solche Regelung verstößt jedenfalls für einen gewissen Zeitraum, innerhalb dessen der Gesetzgeber Erfahrungen sammeln darf, nicht von vorneherein gegen den Gleichheitssatz (vgl. BVerfGE 70, 1, 34; 75, 108, 162; 100, 138, 174; 101, 297, 309). Hier liegt eine Verletzung des Gleichheitsgebots nicht vor.

Vor der Neufassung des StrEG 1990 hatten sich zwar bereits regionale Unterschiede bei der Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien abgezeichnet (vgl. Bericht zum StrEG 1990, BT-Drucks. 13/2681, S. 4 und 12; Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates, BT-Drucks. 13/5357, S. 5 f; Stellungnahme der Bundesregierung, ebenda S.7 f.; ferner BGHZ aaO, 24). Der Gesetzgeber hatte jedoch keine sichere Erkenntnis darüber, wie sich der Um-

fang der Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien weiter entwickeln und ob demgemäß die Härteklausel des § 4 StrEG 1998 namentlich in Abs. 1 Satz 3 ausreichen würde, um eine unzumutbare Belastung der nach § 2 StrEG 1998 abnahme- und vergütungspflichtigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu verhindern. Deswegen - aber auch, um den weiteren Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien durch die Beschränkung der Abnahme- und Vergütungspflicht in § 4 Abs. 1 Satz 3 StrEG 1998 nicht zu blockieren - hat der Gesetzgeber in § 4 Abs. 4 StrEG 1998 eine Berichtspflicht des Bundesministeriums für Wirtschaft über die Auswirkungen der Härteklausel mit dem erklärten Ziel aufgenommen, vor Eintreten der Folgen nach Abs. 1 Satz 3 eine andere Ausgleichsregelung zu treffen (vgl. Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates, aaO, S. 6; Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drucks. 13/9211, S. 26). Tatsächlich ist dann auch nach Vorlage des Berichts (BT-Drucks. 14/2371) das Gesetz vorsorglich entsprechend den zwischenzeitlich gemachten Erfahrungen geändert worden (vgl. Begründung zum Entwurf des EEG, BT-Drucks. 14/2341, S. 10 zu § 10).

cc) Ein Verstoß gegen die in den Art. 105 ff. GG festgelegten Grundsätze der staatlichen Finanzverfassung ist nicht gegeben.

Gemäß der oben zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist die Vergütungspflicht der Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach §§ 2 und 3 StrEG 1990 nicht an den Zulässigkeitsvoraussetzungen zu messen, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 82, 159, 179 ff.; 91, 186, 201 ff., jeweils m.w.Nachw.) für Sonderabgaben gelten, weil es an der dafür erforderlichen Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand gefehlt hat. Auch eine entsprechende Heranziehung dieser Voraussetzungen kommt danach nicht in Betracht (vgl. BGHZ aaO, 27 ff.; vgl. ferner BVerfG,

Beschluß vom 9. Januar 1996 - 2 BvL 12/95, NJW 1997, 573 unter B.2. sowie Beschluß vom 12. Mai 2002 aaO unter B.2. a)).

Für die mit §§ 2 und 3 StrEG 1990 identische Vergütungspflicht der Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach §§ 2 und 3 StrEG 1998 gilt nichts anderes. Entgegen der Auffassung der Revision ist diese nicht gerade deswegen unwirksam gewesen, weil es sich dabei mangels Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand nicht um eine Sonderabgabe gehandelt hat. Da die Vergütungspflicht nicht als Sonderabgabe anzusehen ist, unterliegt sie nicht den Wirksamkeitsvoraussetzungen, die für eine Sonderabgabe erfüllt sein müssen.

b) Gegen die Verfassungsmäßigkeit des am 1. April 2000 in Kraft getretenen EEG bestehen gleichfalls keine durchgreifenden Bedenken.

aa) Dieses Gesetz hat die dem StrEG 1998 zugrunde liegende Grundkonzeption der Förderung regenerativer Energieerzeugung insoweit beibehalten, als den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energien danach unverändert ein gesetzlicher Anspruch auf Abnahme des Stroms zu einer bestimmten, über dem Marktpreis liegenden Vergütung zusteht (§ 3 Abs. 1, §§ 4 ff. EEG). Die unmittelbare Abnahme- und Vergütungspflicht trifft nunmehr nach § 3 Abs. 1 EEG den nächstgelegenen Netzbetreiber, wobei Netzbetreiber gemäß § 2 Abs. 1 EEG wiederum Elektrizitätsversorgungsunternehmen sind, die Netze für die allgemeine Versorgung unterhalten. Die im vorliegenden Zusammenhang wichtigste Änderung gegenüber dem StrEG 1998 besteht darin, daß das EEG in § 11 anstelle der Härteklausel nach § 4 StrEG 1998 eine bundesweite Ausgleichsregelung vorsieht, die eine ungleichmäßige Belastung der Netzbetreiber sowie der vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber aufgrund regionaler Unterschiede insbesondere bei der Einspeisung von Windenergie besei-

tigt. Zu diesem Zweck ist der vorgelagerte Übertragungsnetzbetreiber gemäß § 3 Abs. 2 EEG zur Abnahme und Vergütung der von dem Netzbetreiber nach Abs. 1 aufgenommenen Energiemenge entsprechend §§ 4 ff. EEG verpflichtet. Damit wird die wirtschaftliche Belastung zunächst vollständig auf ihn verlagert. Im Anschluß daran vollzieht sich der Belastungsausgleich selbst in zwei Stufen. Auf der ersten Stufe gleichen die Übertragungsnetzbetreiber eine unterschiedliche Belastung durch die Aufnahme von Strom aus erneuerbaren Energien aus. Hierzu gewährt § 11 Abs. 2 EEG den überdurchschnittlich belasteten Übertragungsnetzbetreibern einen Abnahme- und Vergütungsanspruch gegen die unterdurchschnittlich belasteten Unternehmen. Auf der zweiten Stufe sind die Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucher liefern, nach § 11 Abs. 4 EEG verpflichtet, den auf den für sie regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber nach Abs. 2 entfallenden Strom anteilig abzunehmen und zu vergüten. Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen haben wiederum die Möglichkeit, die mit der erhöhten Vergütung verbundenen Mehrkosten auf die Verbraucher abzuwälzen.

bb) Durch die vorstehend dargestellte bundesweite Ausgleichsregelung, die die unterschiedliche Belastung einzelner Netzbetreiber und vorgelagerter Übertragungsnetzbetreiber aufgrund regionaler Unterschiede insbesondere bei der Einspeisung von Windenergie gleichmäßig auf alle Letztverbraucher beliefernden Elektrizitätsversorgungsunternehmen verteilt, ist eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes durch die Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 3 Abs. 1 und 2 EEG ausgeschlossen (vgl. Salje, EEG, 2. Aufl., Einf. Rdnr. 109; Bartsch/Pohlmann, in Bartsch/Pohlmann/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, Kap. 39 Rdnr. 25; Büdenbender DVBl. 2001, 952, 957; Bürger/Senger, UPR 2000, 215, 217 f.). Die danach allenfalls verbleibende unterschiedliche Belastung einzelner Übertragungsnetzbetreiber, die sich allein schon aus der zeitlichen Verzögerung des Ausgleichs nach § 11 Abs. 2 EEG um 15 Monate

ergibt, liegt in der Natur des notwendigerweise nach Zeiträumen gestaffelten Verfahrens und wird zudem durch den Anspruch aus § 11 Abs. 3 EEG auf Leistung von Abschlägen auf die zu erwartenden Ausgleichsmengen und -vergütungen gemildert (vgl. Salje, RdE 2000, 125, 131). Davon abgesehen steht dem Gesetzgeber wie schon hinsichtlich der Härteklausel nach § 4 StrEG 1998 (vgl. dazu oben unter B. II. 2. a) bb) (2)) aber auch in Bezug auf die bundesweite Ausgleichsregelung nach § 11 EEG ein gewisser Zeitraum zu, innerhalb dessen er deren Wirksamkeit beobachten darf. Dem trägt die Berichtspflicht des § 12 EEG Rechnung.

cc) Auch das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht verletzt.

(1) Die Abnahme- und Vergütungspflicht der Netzbetreiber nach § 3 EEG stellt zwar wie die nach § 2 StrEG 1998 einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar; dieser ist jedoch durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Insoweit kann auf die Ausführungen oben unter B. II. 2. a) aa)) verwiesen werden. Insbesondere ist auch unter der zeitlichen Geltung des EEG die besondere Verantwortung der Netzbetreiber als wesentlicher Teil der Stromwirtschaft für eine ressourcenschonende und umweltgerechte Stromerzeugung, die die Belastungen durch die Verpflichtung zur Abnahme und Vergütung des Stroms aus erneuerbaren Energien zumutbar macht, bestehen geblieben. Soweit diese Belastungen nicht an die Stromverbraucher weitergegeben werden können, sind sie durch die bundesweite Ausgleichsregelung nach § 11 EEG noch stärker begrenzt und im Hinblick auf regionale Unterschiede verteilt worden, als dies nach der Härteklausel des § 4 StrEG 1998 der Fall gewesen ist.

(2) Aus der gegenüber § 2 StrEG 1998 erweiterten Verpflichtung der Netzbetreiber aus § 3 Abs. 1 EEG, den "gesamten" angebotenen Strom aus erneuerbaren Energien "vorrangig" abzunehmen ist, ergibt sich kein unverhält-

nismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit. Die Revision meint dagegen, diese Verpflichtung könne bei Elektrizitätsversorgungsunternehmen wie der Beklagten, in deren Netz eine Vielzahl von Windkraftanlagen Strom einspeisen, eine vollständige Einschränkung der unternehmerischen Dispositionsfreiheit zur Folge haben. Da im EEG eine Härteregelung wie in § 4 Abs. 2 StrEG 1998 fehle, würden Elektrizitätsversorgungsunternehmen wie die Beklagte durch § 3 Abs. 1 EEG auf eine Existenz als bloßer Verteiler von Strom aus Windkraftanlagen verwiesen. Das ist nicht richtig.

Entgegen der Meinung der Revision wird durch § 3 Abs. 1 EEG die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eines Netzbetreibers, von wem er die zur Versorgung benötigte Energie bezieht, nicht übermäßig eingeschränkt. Denn nach § 3 Abs. 2 EEG ist der vorgelagerte Netzbetreiber zur vollständigen Abnahme und entsprechenden Vergütung der von dem Netzbetreiber nach Abs. 1 aufgenommenen Energiemenge verpflichtet. Der Netzbetreiber ist dann zwar im Rahmen des bundesweiten Belastungsausgleichs nach § 11 EEG gemäß dessen Abs. 4 Satz 1 mit einer zeitlichen Verschiebung von etwa 15 Monaten seinerseits wieder verpflichtet, eine aus regenerativen Energiequellen erzeugte Strommenge von dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber abzunehmen und zu vergüten. Diese Verpflichtung beschränkt sich jedoch auf den durchschnittlichen Anteil des bundesweit abgesetzten Stroms aus regenerativen Energiequellen gemäß der Berechnung nach § 11 Abs. 4 Satz 3 und 4 EEG. Damit können, jedenfalls solange dieser Strom nicht einen erheblich ins Gewicht fallenden Anteil am insgesamt abgesetzten Strom erreicht, auch die Netzbetreiber, die von der Abnahmepflicht nach § 3 Abs. 1 EEG besonders stark betroffen sind, für den überwiegenden Teil des von ihnen benötigten Stroms frei entscheiden, von wem sie ihn beziehen.

dd) Die Vergütungspflicht nach §§ 3 und 4 ff. EEG verstößt ebenso wie die nach §§ 2 und 3 StrEG 1998 nicht gegen die Finanzverfassung, da es auch insoweit an einer Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand und damit an einer Sonderabgabe fehlt (vgl. oben unter B. II. 2. a) cc)).

3. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verstößt die Abnahme- und Vergütungspflicht nach dem StrEG 1998 und dem EEG nicht gegen Vorschriften des EG-Vertrages. Der Senat ist daher nicht verpflichtet, das Verfahren auszusetzen und die Frage der Vereinbarkeit der genannten Vorschriften mit dem EG-Vertrag nach Art. 234 Abs. 3 EGV dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen.

a) Der Europäische Gerichtshof hat durch Urteil vom 13. März 2001 (Rs C-379/98, Slg. I 2001, 2159 = ZIP 2001, 535) entschieden, daß eine Regelung, durch die private Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet werden, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu Mindestpreisen abzunehmen, die über dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert liegen, und durch die die sich aus dieser Verpflichtung ergebenden finanziellen Belastungen zwischen den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und den privaten Betreibern der vorgelagerten Stromnetze aufgeteilt werden, keine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 92 Abs. 1 EGV (nach Änderung jetzt Art. 87 Abs. 1 EGV) darstellt (EuGH aaO unter Tz. 54-67). Diese Entscheidung ist zu §§ 2 bis 4 StrEG 1998 ergangen. Für die im wesentlichen Kern inhaltsgleichen §§ 3 und 4 ff. EEG kann nichts anderes gelten.

Zu Unrecht meint die Revision, auch auf der Grundlage der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ergebe sich ein Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 EGV daraus, daß die Beklagte zu einem Anteil von 34,7% in staatlichem Eigentum, nämlich von schleswig-holsteinischen Landkreisen, stehe und die

erhöhte Vergütung deswegen in ihrem Fall nicht einem "privaten" Elektrizitätsversorgungsunternehmen auferlegt sei. Der Gerichtshof hat in dem genannten Urteil, an dessen Ausgangsverfahren die Beklagte beteiligt war, nicht verkannt, daß die Anteile an der Beklagten zu 34,7% von schleswig-holsteinischen Landkreisen gehalten werden (EuGH, Urteil aaO unter Tz. 19); gleichwohl hat er die Beklagte als privates Versorgungsunternehmen eingestuft. Zu einer anderen Beurteilung sieht der Senat keinen Anlaß.

b) Der Europäische Gerichtshof hat durch Urteil vom 13. März 2001 des weiteren entschieden, daß eine Regelung mit dem vorstehend beschriebenen Inhalt beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Elektrizitätsmarkts nicht gegen Art. 30 EGV (nach Änderung jetzt Art. 28 EGV) verstößt, wonach mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedsstaaten verboten sind. Zur Begründung hat der Europäische Gerichtshof ausgeführt, die entsprechende Regelung in §§ 1 und 2 StrEG 1998 könne zwar potentiell den innergemeinschaftlichen Handel behindern, sei nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts aber unter anderem deshalb gerechtfertigt, weil nach Satz 3 des Art. 130r Abs. 2 Unterabs. 1 EGV (nach Änderung jetzt Art. 174 Abs. 2 Unterabs. 1 EGV) die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung anderer Ziele der Gemeinschaftspolitik zu berücksichtigen seien und in Art. 8 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 3 der EG (Strom)Richtlinie 96/92 (ABl. 1997 Nr. L 27/20) die Mitgliedsstaaten ausdrücklich ermächtigt würden, der Elektrizitätserzeugung auf der Grundlage erneuerbarer Energien Vorrang einzuräumen (vgl. EuGH, Urteil vom 13. März 2001 aaO unter Tz. 76, 77, 15 f.). Die beiden vorgenannten Bestimmungen sind nach wie vor Bestandteil des Gemeinschaftsrechts, so daß die Abnahmepflicht auch nach dem heutigen Stand des Gemeinschaftsrechts weiter gerechtfertigt ist.

III. Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht jedoch, wenn es meint, aus § 2 StrEG 1998 und § 3 Abs. 1 EEG könne der Kläger keinen unmittelbaren Anspruch auf Abnahme und Vergütung des Stroms aus erneuerbaren Energien herleiten, sondern nur einen Anspruch auf Abschluß eines Stromeinspeisungsvertrages.

1. Die nach dem Wortlaut des § 2 StrEG 1998 und des § 3 Abs. 1 EEG auf Abnahme und Vergütung sowie im Fall des § 3 Abs. 1 EEG auch auf Anschluß gerichtete Verpflichtung der Beklagten konnte der Kläger mit einer unmittelbar auf Vornahme dieser Handlungen gerichteten Klage geltend machen.

a) Allerdings ist umstritten, ob dem Anlagenbetreiber aus den vorgenannten Vorschriften gegen den Netzbetreiber ein unmittelbarer Leistungsanspruch auf Anschluß, Abnahme und Vergütung zusteht. Teilweise wird die Ansicht vertreten, der Anlagenbetreiber könne von dem Netzbetreiber lediglich den Abschluß eines Stromeinspeisungsvertrages verlangen und erst auf dessen Grundlage Abnahme und Vergütung des Stroms beanspruchen (neben dem Berufungsgericht OLG Koblenz NJW 2000, 2031 = RdE 2000, 74; Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 511 ff.; Pingel in Pingel/Pohlmann/Wehlmann, StrEG 1998, S. 51 f.; Pohlmann, Rechtsprobleme der Stromeinspeisung, 1996, S. 39). Nach der Gegenmeinung begründen § 2 StrEG 1998 und § 3 EEG ein gesetzliches Schuldverhältnis, aufgrund dessen dem Anlagenbetreiber ein direkter Anspruch auf Abnahme und Vergütung zusteht (Brandt/Reshöft/Steiner, EEG, § 3 Rdnr. 33 f.; Gent ZNER 2001, 237; Salje, StrEG, § 2 Rdnr. 20 ff.; ders., EEG, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 29 ff.). Der Senat hat in seinem Urteil vom 29. September 1993 (VIII ZR 107/93, WM 1994, 76 = NJW-RR 1994, 175 = RdE 1994, 70 unter II. 1. a) bb)) zu dem insoweit inhaltsgleichen § 2 StrEG 1990 die Auffassung vertreten, daraus ergebe sich eine Ver-

pflichtung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, mit den begünstigten Stromerzeugern einen Stromabnahmevertrag abzuschließen. Zu der Frage, ob nach § 2 StrEG 1990 auch ein unmittelbarer Anspruch auf Abnahme und Vergütung besteht, hat er dagegen keine Stellung genommen. Das war auch nicht erforderlich, da in dem betreffenden Rechtsstreit ein solcher Anspruch nicht geltend gemacht war.

Rechtsnatur und Inhalt der sich aus § 2 StrEG 1998 oder § 3 Abs. 1 EEG ergebenden Ansprüche bedürfen hier indessen keiner abschließenden Klärung. Selbst wenn sich aus diesen Vorschriften nur ein Anspruch auf Abschluß eines Stromeinspeisungsvertrages ergeben sollte, kann der begünstigte Stromerzeuger den belasteten Netzbetreiber im Streitfall jedenfalls unmittelbar auf Anschluß, Abnahme und Vergütung verklagen (im Ergebnis ähnlich F. Bydlinski AcP 180 (1980) 2, 23 allgemein zum Kontrahierungszwang; Hermes ZHR 166 (2002), 431, 451 ff. zu § 6 EnWG). Dafür spricht ein praktisches Bedürfnis, dem durchgreifende dogmatische Bedenken nicht entgegen stehen.

aa) Stünde dem durch einen Kontrahierungszwang Begünstigten ausschließlich das Recht zu, den Verpflichteten zum Abschluß eines entsprechenden Vertrages anzuhalten, so müßte er im Streitfall zunächst auf Zustimmung zum Vertragsschluß klagen und könnte erst dann, wenn die dahingehende Verurteilung in Rechtskraft erwachsen ist (§ 894 ZPO), den Verpflichteten aufgrund des Vertrages auf die Leistung selbst in Anspruch nehmen. Hierin liegt eine Erschwerung bei der Rechtsdurchsetzung, die auch dann nicht vollständig beseitigt wird, wenn der Berechtigte die Klage auf den Vertragsabschluß mit der Klage auf Leistung aus dem künftigen Vertrag nach §§ 259, 260 ZPO verbinden kann (so Busche, aaO, S. 264 ff.; Staudinger/Bork, BGB, 13. Bearb. 1996, Vorbem. zu §§ 145 ff. Rdnr. 33 m.w.Nachw.; Pohlmann, aaO, S. 40; vgl. auch zum Anspruch aus einem Vorvertrag: BGH, Urteil vom 21. Dezember 2000 - V ZR

254/99, NJW 2001, 1285 unter III. 1. und BGHZ 98, 130, 134 f.). Denn in diesem Fall kann die Verurteilung zur Leistung nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, da der Vertrag wegen der Vorschrift des § 894 ZPO erst mit der Rechtskraft des Urteils durch Ersetzung der Willenserklärung der Beklagten zur Entstehung gelangen würde (Pingel in Pingel/Pohlmann/Wehlmann, aaO S. 49).

Demgegenüber begegnet eine unmittelbare Klage auf Leistung oder Feststellung dessen, was aufgrund eines erst abzuschließenden Vertrages geschuldet wird, jedenfalls dann keinen Bedenken, wenn die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptleistungspflichten - wie hier durch §§ 2 und 3 StrEG 1998 und §§ 3 und 4 ff. EEG - feststehen oder in der Verurteilung konkretisiert werden. Dann ergibt sich nämlich daraus, daß die Verpflichtung zum Vertragsschluß vom Gericht nur als Vorfrage ohne Rechtskraftwirkung zugrunde gelegt wird, keine Unsicherheit für die Parteien. Dasselbe gilt, wenn man in der Leistungsverurteilung eine verdeckte richterliche Gestaltung des Vertragsschlusses sehen würde (vgl. Larenz, Schuldrecht I, 13. Aufl., S. 49). Dementsprechend hat der Senat in einer Entscheidung zum Kontrahierungszwang nach § 6 Abs. 1 EnWG a.F. (jetzt § 10 Abs. 1 EnWG) die Klage eines Grundstückseigentümers gegen das Versorgungsunternehmen, "sein Haus... mit elektrischer Energie... zu versorgen", ohne weiteres als möglich erachtet (Urteil vom 5. Dezember 1990 - VIII ZR 64/90, WM 1991, 408 = NJW-RR 1991, 408; ebenso Hempel in Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, § 10 EnWG Rdnr. 214). Der Senat hat darin einen Leistungsantrag auf Versorgung mit elektrischer Energie "auf der Grundlage entsprechender... abzuschließender Versorgungsverträge" gesehen, deren Konditionen sich nach den allgemeinen Tarifen oder gegebenenfalls nach den allgemein üblichen Sonderabkommen bestimmen (Senatsurteil aaO unter II. 1.). Klagen auf Erfüllung der aus einem noch abzuschließenden Vertrag geschul-

deten Leistungen sind vom Bundesgerichtshof auch für den kartellrechtlichen Kontrahierungszwang aus § 20 Abs. 1, § 33 GWB (= § 26 Abs. 2, § 35 GWB a.F.) als möglich angesehen worden, wenn Art und Umfang der Leistung feststehen und die Gegenleistung anhand der anderen Wettbewerbern gewährten üblichen Konditionen bestimmt werden kann. So kann etwa der von einer unrechtmäßigen Lieferverweigerung Betroffene ein marktbeherrschendes Unternehmen unmittelbar auf Lieferung der bestellten Ware verklagen (vgl. BGHZ 49, 90, 92 und 98 f.).

bb) Gegen die Möglichkeit einer unmittelbaren Klage auf Abnahme und Vergütung des Stroms aus erneuerbaren Energien nach §§ 2, 3 StrEG 1998 oder § 3 Abs. 1, 4 ff. EEG spricht entgegen der Ansicht der Anschlußrevisionserwiderung nicht, daß vor der Stromeinspeisung noch technische Einzelheiten des Anschlusses und der Abnahme sowie andere Nebenfragen des Leistungsverhältnisses regelungsbedürftig sein können (so aber Busche, aaO S. 511; Pohlmann aaO, S. 38 f.). Die Regelung dieser Nebenfragen obliegt den Parteien, soweit nicht ohnehin zwingende gesetzliche Vorschriften bestehen (so insbesondere für den Anschluß in § 3 Abs. 1 Satz 2, § 10 Abs. 1 Satz 2 EEG; vgl. im übrigen Salje, EEG, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 38 und 42 ff.; Brandt/Reshöft/Steiner, EEG, § 10 Rdnr. 18 f.). In vielen Fällen werden sich die Parteien über die technischen Einzelheiten des Anschlusses und der Abnahme sowie über die sonstigen Nebenfragen einig sein und nur über das Bestehen der Abnahme- und Vergütungspflicht als solcher streiten. Die Notwendigkeit, auf Abschluß eines alle Einzelheiten regelnden Vertrages zu klagen, würde sich in diesem Fall als unnötig darstellen. Kommt eine Einigung über einzelne für die Durchführung des Leistungsaustausches regelungsbedürftige Fragen nicht zustande, so kann entweder der Anlagenbetreiber auf Annahme eines Vertragsangebots mit den von ihm angestrebten Nebenregelungen klagen oder der unmittelbar auf Abnahme und Vergütung des Stroms aus erneuerbaren Energien in Anspruch ge-

nommene Netzbetreiber ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, solange der Anlagenbetreiber die Zustimmung zu den von ihm als notwendig erachteten vertraglichen Nebenregelungen verweigert. In beiden Fällen entscheidet das Gericht, welche Regelungen, ausgehend von den zwingenden oder dispositiven allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte beansprucht werden können. Eine im Streitfall erforderlich werdende Konkretisierung einzelner Bedingungen des Leistungsaustausches zwischen Anlagen- und Netzbetreiber durch das Gericht rechtfertigt daher nicht die generelle Notwendigkeit eines Vertragsschlusses als Voraussetzung einer Verurteilung zu Abnahme und Vergütung. Kommt es erst nach einer rechtskräftigen Verurteilung des Netzbetreibers zum Streit über Einzelheiten des Anschlusses oder der Abnahme und Vergütung, so kann die notwendige gerichtliche Konkretisierung - wie auch sonst bei Verurteilungen zur Vornahme einer Handlung zur Herbeiführung eines Erfolges - im Vollstreckungsverfahren nach § 887 ZPO vom Prozeßgericht vorgenommen werden. Denn bei den Verpflichtungen zum Anschluß an das Netz und zur Abnahme des angebotenen Stroms handelt es sich um vertretbare Handlungen.

b) Hier war die Beklagte nicht berechtigt, den Anschluß der streitigen Windkraftanlage sowie die Abnahme und Vergütung des davon erzeugten Stroms mangels vertraglicher Regelung der Nebenbedingungen abzulehnen. Die Modalitäten des Anschlusses sowie der Abnahme und Vergütung waren zwischen den Parteien nicht umstritten. Das waren vielmehr nur die Anschlußkosten. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger den von der Beklagten mit Schreiben vom 18. November 1998 angebotenen "Anschlußvertrag" allein wegen der darin vorgesehenen vertraglichen Übernahme der pauschal bezifferten Anschlußkosten abgelehnt. Die Beklagte hat ihrerseits an dem von dem Kläger im Berufungsverfahren vorgelegten Einspeisevertrag lediglich das Fehlen einer Regelung über die Tragung der

Anschlußkosten bemängelt. Insoweit war jedoch wegen der sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden Regelung eine vertragliche Vereinbarung nicht erforderlich. Die Frage, wer die Kosten für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in die Netze der Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu tragen hat, beurteilte sich unter der Geltung des StrEG 1998 nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln der §§ 269, 448 BGB. Mangels anderweitiger Vereinbarung oblagen danach dem Stromerzeuger die Kosten zur Schaffung der für die Einspeisung erforderlichen technischen Voraussetzungen, insbesondere der Verlegung von Kabeln bis zum Einspeisungsort (Senatsurteil vom 29. September 1993 - VIII ZR 107/93, WM 1994, 76 = NJW-RR 1994, 175 unter II. 1. b) zum StrEG 1990). In Anknüpfung hieran bestimmt seit dem 1. April 2000 § 10 EEG ausdrücklich, daß die notwendigen Kosten des Anschlusses an den technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt der Anlagenbetreiber, die notwendigen Kosten eines nur infolge neu anzuschließender Anlagen erforderlichen Ausbaus des Netzes für die allgemeine Versorgung zur Aufnahme und Weiterleitung der eingespeisten Energie hingegen der Netzbetreiber trägt.

2. Der Kläger kann von der Beklagten auch die Herstellung des Anschlusses der Windkraftanlage an das Versorgungsnetz der Beklagten verlangen.

a) Dieser Anspruch besteht allerdings erst aufgrund des während des Berufungsverfahrens am 1. April 2000 in Kraft getretenen § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 10 Abs. 1 Satz 3 EEG. Auf der Grundlage der bis dahin geltenden §§ 2, 3 StrEG 1998 konnte der Kläger von der Beklagten lediglich die Abnahme und Vergütung des erzeugten Stromes beanspruchen, dagegen nicht die Herstellung des Anschlusses (vgl. Herrmann, Anwendungsprobleme des StrEG, S. 105 ff.; Pingel in Pingel/Pohlmann/Wehlmann, aaO S. 59; Schulz-Jander EW

1999, 64, 68). Weitergehende Pflichten als die nach dem Wortlaut angeordnete Abnahme und Vergütung sind den Elektrizitätsversorgern durch das Stromeinspeisungsgesetz nicht auferlegt worden (Senatsurteil vom 29. September 1993 aaO, unter II. 1. b) aa)). Eine Pflicht zur Herstellung des Anschlusses ergibt sich insoweit nicht bereits aus dem Begriff der Abnahme. Zwar setzt die Abnahme des Stroms durch den Netzbetreiber notwendigerweise einen Anschluß zwischen der Anlage zur Erzeugung des Stroms und dem Versorgungsnetz voraus. Daraus folgt jedoch nur, daß das Elektrizitätsversorgungsunternehmen den Anschluß der Anlage an sein Versorgungsnetz dulden muß, hingegen nicht die Verpflichtung, diesen Anschluß für den Anlagenbetreiber herzustellen.

b) Der Anspruch des Klägers ist aus den genannten Vorschriften des EEG herzuleiten, obwohl die Beklagte die in Rede stehende Anlage während des Berufungsverfahrens und damit noch während des zeitlichen Geltungsbereichs des StrEG 1998 an ihr Netz angeschlossen hat. Da sie dies ausdrücklich allein zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil getan hat, ist dadurch eine Erfüllung des von dem Kläger erhobenen Anspruchs nicht eingetreten (vgl. BGHZ 86, 267, 269).

c) Dem vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Anschluß der Windkraftanlagen steht ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten wegen der Kosten, die ihr für die Herstellung des Anschlusses entstanden sind, nicht entgegen. Dabei kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, daß sie im Berufungsverfahren die Herstellung des Anschlusses von der Zug um Zug zu erfüllenden Zahlung der Anschlußkosten abhängig gemacht und damit die Einrede aus § 273 BGB erhoben hat.

Dem Anspruch des Klägers auf Anschluß der Windkraftanlage konnte die Beklagte im Berufungsverfahren ein Zurückbehaltungsrecht schon deshalb

nicht mehr entgegensetzen, weil sie den Anschluß aufgrund des vorläufig vollstreckbaren erstinstanzlichen Urteils bei Erhebung der Einrede bereits hergestellt hatte. Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts setzt voraus, daß die Leistung noch zurückgehalten werden kann. Eine Zug-um-Zug-Verurteilung ist deshalb ausgeschlossen, wenn die Leistung aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Titels bereits bewirkt worden ist (RGZ 109, 104, 105; RG HRR 1926, Nr. 798; MünchKomm-BGB/Krüger, 4. Aufl., § 273 Rdnr. 90; Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 273 Rdnr. 19 und § 274 Rdnr. 3).

IV. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Da es weiterer Tatsachenfeststellungen nicht bedarf, ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung durch das Revisionsgericht reif (§ 563 Abs. 2 ZPO). Auf die begründete Anschlußrevision des Klägers ist das Berufungsurteil unter Zurückweisung der Revision der Beklagten aufzuheben. Das hat insgesamt und nicht nur insoweit zu erfolgen, als das Berufungsgericht den Hauptantrag des Klägers abgewiesen hat. Da der Hauptantrag Erfolg hat, ist dem Berufungsurteil auch insoweit, als das Berufungsgericht dem Hilfsantrag des Klägers stattgegeben hat, die Grundlage entzogen, und es ist von Amts wegen aufzuheben (BGHZ 146, 298, 309). Zugleich ist das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen. Das hat wegen der im Laufe des Berufungsverfahrens erfolgten Abtretung des geltend gemachten Anspruchs und der Gesetzesänderung mit der Maßgabe zu geschehen, daß die auf dem in dem Urteil näher bezeichneten Grundstück des Klägers errichtete Windkraftanlage der W. A. GbR an das Versorgungsnetz der Beklagten anzuschließen, der erzeugte Strom abzunehmen und nach dem StrEG beziehungsweise ab dem 1. April 2000 nach dem EEG zu vergüten ist. Mit der Aufhebung des Berufungsurteils und der Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils haben sich die Einwendungen der Revision gegen

die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts erledigt. Das gilt auch für den Berichtigungsantrag der Revision.

Dr. Deppert Dr. Hübsch Wiechers

Dr. Wolst Dr. Frellesen