BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 31/09

Verkündet am:
6. April 2011
Ring,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 307 (Cf), § 310, § 437; EEG 2000 § 3, § 7, § 10; EEG 2004 § 5, § 12 Abs. 4, § 21; AVBEltV § 22; NAV § 16

a) Das in einem Formularvertrag über die Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien zugunsten des Netzbetreibers vereinbarte Blindarbeitsentgelt verstößt weder gegen dessen Verpflichtung, die im EEG vorgeschriebene Mindestvergütung zu zahlen noch ist die Vereinbarung eines solchen Entgelts gemäß § 307 BGB unwirksam.

b) Bestreitet der Anlagenbetreiber den Anspruch des Netzbetreibers auf Zahlung eines Blindarbeitsentgelts, steht einer hiermit vom Netzbetreiber erklärten Aufrechnung gegen die von ihm nach § 5 EEG 2004 zu zahlende Einspeisevergütung das in § 12 Abs. 4 Satz 1 EEG 2004 geregelte Aufrechnungsverbot auch dann entgegen, wenn der Anspruch auf Zahlung eines Blindarbeitsentgelts an sich entscheidungsreif ist.

BGH, Urteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 31/09 - OLG Brandenburg
LG Frankfurt (Oder)

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. April 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Hessel, den Richter Dr. Achilles und die Richterin Dr. Fetzer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 13. Januar 2009 unter Zurückweisung der weitergehenden Revision - auch im Kostenpunkt - teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 27. März 2008 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung dahin abgeändert, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 12.930,18 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 514,80 € seit dem 22. Oktober 2004, auf 303,60 € seit dem 20. November 2004, auf 356,40 € seit dem 22. Dezember 2004, auf 284,06 € seit dem 22. Januar 2005, auf 1.036,46 € seit dem 22. März 2005, auf 422,40 € seit dem 21. Mai 2005, auf 396 € seit dem 22. Juni 2005, auf 528 € seit dem 22. Juli 2005, auf 356,40 € seit dem 20. August 2005, auf 528 € seit dem 22. September 2005, auf 501,60 € seit dem 25. Oktober 2005, auf 514,80 € seit dem 22. November 2005, auf 435,60 € seit dem 22. Dezember 2005, auf 330 € seit dem 21. Januar 2006, auf 297,26 € seit dem 22. Februar 2006, auf 462 € seit dem 22. März 2006, auf 448,80 € seit dem 22. April 2006, auf 422,40 € seit dem 23. Mai 2006, auf 369,60 € seit dem 21. Juni 2006, auf 184,80 € seit dem 22. Juli

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

2006, auf 514,80 € seit dem 22. August 2006, auf 541,20 € seit dem 22. September 2006, auf 488,40 € seit dem 24. Oktober 2006, auf 52,80 € seit dem 22. November 2006, auf 937,20 € seit dem 23. Januar 2007, auf 1.544,40 € seit dem 22. März 2007, auf 13,20 € seit dem 23. Mai 2007 und auf 145,20 € seit dem 22. Juni 2007 zu zahlen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 4/9 und die Beklagte 5/9.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin betreibt in H. einen Windpark mit neun Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Windenergie und speist den hierbei gewonnenen Strom in das den Anlagen am nächsten gelegene Netz der Beklagten ein. Die Parteien streiten um Restzahlungen für den im Zeitraum von September 2002 bis Juni 2007 von der Klägerin gelieferten Strom, die daraus resultieren, dass die Beklagte von der Vergütung für den eingespeisten Strom jeweils Blindarbeitsentgelte abgezogen hat. Dazu heißt es in § 1 Abs. 2 des zwischen den Parteien unter dem 24. September/12. Oktober 2001 geschlossenen, von der Beklagten formularmäßig verwendeten Einspeisevertrages:

> "Der Einspeiser verpflichtet sich, mit seiner Energieerzeugungsanlage erzeugte elektrische Energie am Verknüpfungspunkt bis zu einer Leistung gemäß § 1, Ziff. 1 als Dreiphasenwechselstrom mit einer Spannung von etwa 110 kV und einer Frequenz von etwa 50 Hz zu liefern und dabei einen Leistungsfaktor von mindestens cos Φ ≥ 0,96 induktiv einzuhalten. Andernfalls ist die e. (= Beklagte) berechtigt, für Einspeisung und/oder den Bezug zusätzlicher Blindarbeit ein Entgelt gemäß § 6, Ziff. 3 dem Einspeiser in Rechnung zu stellen."

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

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS

2 § 6 Abs. 3 Satz 1 des Einspeisevertrages besagt dazu ergänzend Folgendes:

> "Für die HT-Verrechnungsblindarbeit und die NT-Verrechnungsblindarbeit wird dem Einspeiser ein Blindarbeitsentgelt in Rechnung gestellt..."

3 Die Berechnungsdetails sind im Anschluss wiedergegeben. Außerdem bestimmt § 6 Abs. 5 des Einspeisevertrages:

> "Die Entgelte gemäß ... § 6 Ziff. 3 werden mit der monatlichen Einspeisevergütung verrechnet."

4 Die Klägerin, die die Regelungen des Einspeisevertrages zur Inrechnungstellung eines Blindarbeitsentgelts und dessen Verrechnung mit der Einspeisevergütung sowohl wegen eines Verstoßes gegen zwingende Bestimmungen des EEG als auch gemäß § 307 BGB für unwirksam hält, beansprucht von der Beklagten die Zahlung von 23.444,49 € nebst Zinsen, welche die Beklagte aufgrund der von ihr vorgenommenen Verrechnungen einbehalten hat. Ihre Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Hiergegen wendet sie sich mit ihrer Revision, die der Senat insoweit zugelassen hat, als das Berufungsgericht die Aufrechnung der Beklagten mit den von ihr beanspruchten Entgelten für eingespeiste Blindarbeit für zulässig erachtet und dem Grunde nach bejaht hat.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat teilweise Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die Beklagte habe die eingespeiste Blindarbeit, deren Umfang zwischen den Parteien nicht im Streit stehe, nach Maßgabe der im Einspeisevertrag ge-

troffenen Regelungen zutreffend ermittelt und mit den Vergütungsforderungen der Klägerin aus der Einspeisung wirksam verrechnet. Die betreffenden Bestimmungen des Formularvertrages seien auch wirksam. Insbesondere liege in der Inrechnungstellung von Blindarbeit kein Verstoß gegen die im EEG vorgeschriebene Mindestvergütung, weil dieses Gesetz die Vergütung von in das Netz eingespeister Blindarbeit nicht regele. Genauso komme ein Verstoß gegen § 309 Nr. 6 BGB ungeachtet der Unternehmereigenschaft der Parteien schon deshalb nicht in Betracht, weil es sich bei der Vergütungsregelung für Blindarbeit nicht um eine Vertragsstrafe handele. Denn speise die Klägerin über die zulässige Freimenge hinaus Blindleistung in das Netz der Beklagten ein, seien kostenträchtige Stabilisierungsarbeiten erforderlich, welche sie der Beklagten zu einem pauschalen Kostensatz zu vergüten habe. Ebenso wenig seien die Bestimmungen über die Erstattung von Blindarbeitsleistung unklar. Aus ihnen ergebe sich eindeutig, dass sowohl der Fall der Einspeisung von Blindarbeit ins Netz als auch der Bezug von Blindarbeit aus dem Netz geregelt seien, weil in Fällen, in denen das eine oder das andere im Übermaß geschehe, eine Instabilität des Netzes drohe, welcher der Netzbetreiber durch kostenträchtige Ausgleichsmaßnahmen zur Netzstabilisierung entgegenwirken müsse.

8 Um die Stabilität der Einspeisung und Entnahme von Blindarbeit zu gewährleisten, hätten die Parteien vereinbart, dass die Klägerin bei Einspeisung am Verknüpfungspunkt einen Leistungsfaktor von mindestens $\cos \varphi \geq 0{,}96$ induktiv einzuhalten habe. Eine unangemessene Benachteiligung der Klägerin sei hierin nicht zu sehen. Zwar sei die Beklagte als Netzbetreiberin gesetzlich verpflichtet, den Strom in seiner Gesamtheit abzunehmen und für die Stabilität des Leitungsnetzes zu sorgen. Ebenso sei es unvermeidlich, dass bei der Erzeugung von Wirkleistung durch Windkraftanlagen wie auch sonst durch elektrische Anlagen Blindstrom anfalle. Dieser müsse jedoch nicht notwendig in das Versorgungsnetz eingeführt werden. Vielmehr habe nach dem Ergebnis des vom Landgericht erhobenen Sachverständigenbeweises schon bei Errichtung der

Anlagen im Jahre 2001 die technische Möglichkeit einer Reduzierung des Blindstroms bestanden. Hiervon habe auch die Klägerin auf zumutbare Weise Gebrauch machen können. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die über das vereinbarte Maß hinaus eingespeiste Blindarbeit das Netz der Beklagten unnötig belaste und den Zutritt weiterer Strommengen verhindere mit der Folge, dass bei der ungeregelten Zulassung einer Einspeisung von Blindleistung sich sogar die (vermeidbare) Notwendigkeit eines Netzausbaus durch den Netzbetreiber ergäbe, was seinerseits wiederum zu einer unnötigen Belastung der Gesamtheit der Stromverbraucher führe.

II.

9 Diese Beurteilung hält - soweit die Revision eröffnet ist - rechtlicher Nachprüfung nur teilweise stand.

10 Die Revision hat keinen Erfolg, soweit das Berufungsgericht die (Primär-) Aufrechnung der Beklagten mit den von ihr bis einschließlich Juli 2004 beanspruchten Entgelten für eingespeiste Blindarbeit in Höhe von 10.514,11 € gegenüber den der Klägerin für diesen Zeitraum unstreitig noch in gleicher Höhe zustehenden Einspeisevergütungen für zulässig und begründet erachtet hat. Dagegen scheitert - wie die Revision mit Recht geltend macht - eine darüber hinausgehende Aufrechnung mit den in der Zeit ab August 2004 beanspruchten Blindarbeitsentgelten an dem gemäß Art. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918) am 1. August 2004 in Kraft getretenen Aufrechnungsverbot des § 12 Abs. 4 Satz 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918; im Folgenden: EEG 2004).

11 1. Die Beklagte kann mit den von ihr gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2, § 6 Abs. 3 des Einspeisevertrags beanspruchten Entgelten für eingespeiste Blindarbeit gegenüber den unstreitigen Ansprüchen der Klägerin auf Zahlung restlicher Ein-

speisevergütung von insgesamt noch 23.444,29 € nur insoweit aufrechnen, als es die vor dem 1. August 2004 gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1, § 7 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) vom 29. März 2000 (BGBl. I S. 305; im Folgenden: EEG 2000) entstandenen Vergütungsansprüche betrifft. Hinsichtlich der in der Folgezeit seit dem 1. August 2004 gemäß § 5 EEG 2004 in Verbindung mit § 21 EEG 2004, § 7 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 entstandenen Vergütungsansprüche in Höhe von 12.930,18 € ist die Aufrechnung dagegen unzulässig. Zwar sieht § 6 Abs. 5 des Einspeisevertrages ausdrücklich vor, dass die Entgelte gemäß § 6 Abs. 3 des Einspeisevertrags mit der monatlichen Einspeisevergütung verrechnet werden. Dieser Regelung, durch die die Parteien die in § 387 BGB vorgesehene Aufrechnungsmöglichkeit konkretisiert haben, steht jedoch für die seit dem 1. August 2004 entstandenen Vergütungsansprüche § 12 Abs. 4 Satz 1 EEG 2004 entgegen, der bestimmt, dass eine Aufrechnung von - wie hier - Vergütungsansprüchen der Anlagenbetreiber nach § 5 EEG 2004 mit einer Forderung des Netzbetreibers nur zulässig ist, soweit die Forderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist.

12 a) § 12 Abs. 4 Satz 1 EEG 2004 zielt nach der Gesetzesbegründung auf ein Verbot der Aufrechnung von bestrittenen oder nicht rechtskräftig festgestellten Forderungen des Netzbetreibers mit den Vergütungsansprüchen des Anlagenbetreibers ab, um zu verhindern, "dass die wirtschaftlich übermächtigen Netzbetreiber, die weiterhin ein natürliches Monopol besitzen, unbillig hohe Mess-, Abrechnungs-, Blindstrom- und Versorgungskosten von den Anlagenbetreibern durch Aufrechnung erlangen und das Prozessrisiko auf die Anlagenbetreiber abwälzen" (BT-Drucks. 15/2327, S. 35 f.). Dem liegt einmal der Gedanke zugrunde, dass dem Anlagenbetreiber ein wirtschaftlich tragbarer Betrieb seiner Stromerzeugungsanlage nur möglich ist, wenn ein zügiger Eingang der Vergütungen für den von ihm eingespeisten Strom gewährleistet ist und eine Zahlung dieser Vergütungen nicht bis zur rechtskräftigen Entscheidung oder

sonstigen Klärung von Gegenansprüchen hinausgezögert werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1954 - II ZR 206/53, BGHZ 16, 37, 49). Neben der auf diese Weise erstrebten Sicherung der Liquidität und Planbarkeit der Mittelzuflüsse aus den gesetzlichen Mindestvergütungen hat der Gesetzgeber dem Anlagenbetreiber bei streitiger Gegenforderung zugleich das hieraus resultierende Risiko eines Aktivprozesses gegen den als wirtschaftlich stärker eingeschätzten Netzbetreiber abnehmen wollen (vgl. Salje, EEG, 5. Aufl., § 22 Rn. 8, 10; Altrock/Theobald in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Aufl., § 12 Rn. 76).

13 b) Die Voraussetzungen dieses Aufrechnungsverbots sind für diejenigen Vergütungen gegeben, die nach Außerkrafttreten des EEG 2000 in der Zeit ab 1. August 2004 gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004, § 21 EEG 2004, § 7 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 angefallen sind. Denn das von der Beklagten beanspruchte Blindarbeitsentgelt war nicht unbestritten. Zwar steht nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Umfang der eingespeisten Blindarbeit nicht im Streit. Anders verhält es sich aber mit dem Grund des Anspruchs, den die Klägerin für nicht gegeben erachtet, weil nach ihrer Auffassung § 6 Abs. 3 des Einspeisevertrages sowohl gegen zwingende Bestimmungen des EEG, namentlich die in § 3 Abs. 1 Satz 1, § 7 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 (außer Kraft getreten mit Ablauf des 31. Juli 2004 gemäß Art. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich vom 21. Juli 2004 [BGBl. I S. 1918]) und für die Zeit ab 1. August 2004 in § 5 Abs. 1 Satz 1, § 21 EEG 2004, § 7 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 geregelte Pflicht zur Zahlung einer Mindestvergütung, verstößt als auch nach §§ 307 ff. BGB unwirksam ist. Dieser Einwand, den die Klägerin seit November 2003 fortlaufend gegen die von der Beklagten einbehaltenen Blindarbeitsentgelte erhoben hat, hat zur Folge, dass die Gegenforderungen der Beklagten nicht unbestritten waren, als sie diese gegen die ab August 2005 gemäß § 5 EEG 2004 angefallenen Einspeisevergütungen jeweils nach Maßgabe von § 6 Abs. 5 des Einspeisevertrages verrechnet hat.

14 Dem steht nicht entgegen, dass bei der Beurteilung einer Wirksamkeit von § 1 Abs. 2 Satz 2, § 6 Abs. 3 des Einspeisevertrages im Wesentlichen nur über Rechtsfragen zu entscheiden ist. Zwar kann es bei vertraglichen Aufrechnungsverboten treuwidrig sein, sich auf dieses Verbot im Prozess zu berufen, wenn die einander gegenüber stehenden Forderungen, obwohl bestritten, entscheidungsreif sind (Senatsurteil vom 15. Februar 1978 - VIII ZR 242/76, WM 1978, 620 unter II 1; BGH, Urteil vom 17. Februar 1986 - II ZR 285/84, WM 1986, 477 unter 3; Beschluss vom 25. September 2003 - IX ZR 198/02, juris Rn. 4; jeweils mwN). Eine solche Treuwidrigkeit liegt hier aber nicht vor. Abgesehen davon, dass das Aufrechnungsverbot bereits in den Vorinstanzen von Amts wegen hätte berücksichtigt werden müssen (BGH, Urteil vom 18. Juni 2002 - XI ZR 160/01, WM 2002, 1654 unter II 1), besteht sein Zweck gerade darin zu verhindern, dass der Anlagenbetreiber sich wegen einer vom Netzbetreiber geltend gemachten Gegenforderung in eine Klägerrolle gedrängt sieht, um seine Einspeisevergütung realisieren zu können. Es ist deshalb nicht treuwidrig, wenn sich die Klägerin auf das ihr vom Gesetzgeber zu ihrem Schutz zugebilligte Aufrechnungsverbot beruft, nachdem die Beklagte sie durch ihre § 12 Abs. 4 Satz 1 EEG 2004 zuwiderlaufende Aufrechnung in die Lage gebracht hat, die Einspeisevergütung in einem Aktivprozess geltend machen zu müssen (ähnlich auch Altrock/Theobald, aaO, § 12 Rn. 78).

15 c) Entgegen der Auffassung der Revision erfasst das Aufrechnungsverbot jedoch nicht diejenigen Aufrechnungen, welche die vor Inkrafttreten des Aufrechnungsverbots gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1, § 7 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 entstandenen Einspeisevergütungen betreffen. Abgesehen davon, dass sich das in § 12 Abs. 4 Satz 1 EEG 2004 geregelte Aufrechnungsverbot bereits nach seinem Wortlaut nur auf Vergütungsansprüche der Anlagenbetreiber nach dem erst am 1. August 2004 in Kraft getretenen § 5 EEG 2004 und nicht auf solche nach dem zuvor geltenden § 3 EEG 2000 bezieht, können auch Verbotsgesetze wie das in § 12 Abs. 4 Satz 1 EEG 2004 geregelte Aufrechnungsverbot bereits

wirksam begründete Dauerschuldverhältnisse in der Regel nur für die Zukunft erfassen. Dem entsprechend werden zur Vermeidung einer unzulässigen Rückwirkung die dem Verbot entgegenstehenden vertraglichen Regelungen lediglich ex nunc unwirksam, wenn die Verbotsregelung - wie hier - nach ihrem Sinn und Zweck lediglich eine für die Zukunft eintretende Unwirksamkeit dieser Regelungen - hier der in § 6 Abs. 5 des Einspeisevertrages getroffenen Verrechnungsabrede - erfordert (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003 - KVR 24/01, BGHZ 154, 21, 27; MünchKommBGB/Armbrüster, 5. Aufl., § 134 Rn. 20).

16 Hiervon nicht betroffen sind indes die bereits vor dem 1. August 2004 entstandenen Vergütungsansprüche nach § 3 EEG 2000, für die im EEG 2000 noch kein Aufrechnungsverbot vorgesehen war. Auch die in § 21 EEG 2004 getroffenen Übergangsbestimmungen enthalten in dieser Hinsicht keine abweichenden Regelungen zur Geltung des zum 1. August 2004 neu eingeführten Aufrechnungsverbots für Altverträge.

17 2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Wirksamkeit der Aufrechnungen, welche die Beklagte gegen die bis einschließlich Juli 2004 angefallenen Einspeisevergütungen mit Blindarbeitsentgelten in Höhe von insgesamt 10.514,11 € erklärt hat. Denn die Parteien haben in § 1 Abs. 2 Satz 2, § 6 Abs. 3 Satz 1 des Einspeisevertrages wirksam vereinbart, dass die Beklagte der Klägerin ein solches Entgelt in Rechnung stellen kann, wenn die Klägerin bei Lieferung des von ihr erzeugten Stroms die in § 1 Abs. 2 Satz 1 des Einspeisevertrages beschriebenen Beschaffenheitsanforderungen nicht einhält. Das ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach der Umfang der eingespeisten Blindarbeit zwischen den Parteien nicht im Streit steht, der Fall, so dass ungeachtet der von der Revisionszulassung nicht erfassten Revisionsrügen gegen den Umfang der festgestellten Einspeisung und die daraus folgende Höhe der Einspeisevergütung die Aufrechnung der Beklagten dem Grunde nach gerechtfertigt ist.

18 a) Die Vereinbarung des von der Beklagten beanspruchten Blindarbeitsentgelts verstößt nicht gegen § 3 Abs. 1 Satz 1, § 7 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000, nach denen sich - wie auch aus der Übergangsvorschrift des § 21 Abs. 1 EEG 2004 hervorgeht - die Vergütungspflicht für den vor dem 1. August 2004 vom Anlagenbetreiber eingespeisten Strom bestimmt. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 ist der in § 3 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 näher beschriebene Netzbetreiber - hier die Beklagte - verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom nach § 2 EEG 2000 an sein Netz anzuschließen, den gesamten angebotenen Strom aus diesen Anlagen vorrangig abzunehmen und den eingespeisten Strom nach §§ 4 bis 8 EEG 2000 zu vergüten. § 7 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 wiederum sieht für den in Rede stehenden Vergütungszeitraum für Strom aus Windkraft eine Vergütung von mindestens 9,10 Cent pro Kilowattstunde vor.

19 aa) In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum ist allerdings umstritten, ob der Netzbetreiber mit dem Anlagenbetreiber für den Fall, dass dieser bei dem gelieferten Strom einen vereinbarten Leistungsfaktor nicht einhält, die Zahlung eines Entgelts für die Einspeisung und/oder den Bezug zusätzlicher Blindarbeit wirksam vereinbaren kann, wie dies in § 1 Abs. 2 Satz 2, § 6 Abs. 3 des Einspeisevertrages geschehen ist.

20 (1) Das Oberlandesgericht Hamm (ZNER 2003, 335, 336 f.; Urteil vom 29. November 2005 - 21 U 57/05, juris) vertritt die Auffassung, dass der Netzbetreiber die Kosten, die bei einer Stromeinspeisung der Windkraftanlagenbetreiber aufgrund der dabei auftretenden Blindleistung verursacht würden, selbst tragen müsse, weil es für eine Abwälzung auf den Stromeinspeiser an einer gesetzlichen Grundlage fehle. Vielmehr ergebe sich aus der Ausgestaltung der Einspeisevergütung als Mindestvergütung, dass der insoweit vorgesehene Betrag von 9,10 Cent pro Kilowattstunde in jedem Fall einzuhalten sei und jede Kürzung der Einspeisevergütung einen Eingriff in die Höhe des gesetzlich vorgeschriebenen Entgelts bedeute. Dem sind das Landgericht Frankfurt (Oder) (IR 2005, 14 f.) und die Kommentarliteratur (Salje, aaO, § 16 Rn. 28; Altrock/

Theobald in Altrock/Oschmann/Theobald, aaO, § 5 Rn. 14 a) gefolgt, wobei sie teilweise diese Kosten den nicht vom Anlagenbetreiber zu tragenden Kosten des Netzbetriebs zurechnen wollen.

21 (2) Die gegenteilige Auffassung wird vom Landgericht Potsdam (Urteil vom 1. August 2005 - 2 O 215/04, juris), das Blindstromentgelte als Teil der vom Anlagenbetreiber zu tragenden Netzanschlusskosten ansieht, vom Landgericht Chemnitz (RdE 2007, 206, 207) und vom Oberlandesgericht Dresden (Beschluss vom 15. April 2008 - 9 U 1790/07, abgedruckt unter www.clearingstelle-eeg.de/node/407) vertreten. Das Oberlandesgericht Dresden geht dabei von einer technischen Notwendigkeit aus, die Blindstrombelastung des Netzes möglichst gering zu halten, und sieht den Anlagenbetreiber als verpflichtet an, hierbei ein bestimmtes Maß einzuhalten und bei einer Überschreitung vereinbarter Vorgaben dem Netzbetreiber eine Ausgleichszahlung zu leisten, die der gesetzlichen Mindestvergütungspflicht nicht entgegenstehe.

22 bb) Der Senat beantwortet die aufgeworfene Frage dahin, dass das in § 1 Abs. 2 Satz 2, § 6 Abs. 3 des Einspeisevertrages vereinbarte Blindarbeitsentgelt nicht gegen die nach § 3 Abs. 1 Satz 1, § 7 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 bestehende Pflicht des Netzbetreibers verstößt, die dort bezeichnete Mindestvergütung zu zahlen. Denn durch die Festlegung einer Mindestvergütung hat der Gesetzgeber die Vereinbarung bestimmter technischer Anforderungen an den einzuspeisenden Strom und dabei einzuhaltende Leistungsfaktoren ebenso wenig ausschließen wollen wie die Vereinbarung eines Blindarbeitsentgelts. Er hat vielmehr das in § 12 Abs. 4 Satz 1 EEG 2004 eingeführte und in § 22 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074) beibehaltene Aufrechnungsverbot unter anderem damit begründet, durch diese Regelung solle verhindert werden, dass die Netzbetreiber unbillig hohe Blindstromkosten von den Anlagenbetreibern durch Aufrechnung erlangten (BT-Drucks. 15/2327, S. 35 f.; 16/8148, S. 53). Dadurch hat er zugleich zum Ausdruck gebracht, dass er einen Ansatz solcher Blindstrom-

kosten sowie die Festlegung von ihnen als Maßstab zugrunde zu legenden Beschaffenheitsanforderungen an den einzuspeisenden Strom für grundsätzlich zulässig erachtet und nicht durch die Regelungen über die Zahlung einer bestimmten Mindestvergütung als ausgeschlossen ansieht.

23 Das gilt umso mehr, als eine Berechnung derartiger Blindarbeitsentgelte auch sonst seit langem gängiger Praxis beim Netzbetrieb entspricht. So war - anknüpfend an eine lange bestehende Vorgängerregelung - etwa in § 22 Abs. 3 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV) vom 21. Juni 1979 (BGBl. I S. 684; aufgehoben durch Art. 4 der Verordnung zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck vom 1. November 2006, BGBl. I S. 2477) zur Vermeidung einer Belastung der Netze durch (zu) hohe Blindstromentnahme geregelt, dass die allgemeinen Tarife zur Voraussetzung haben, dass der Gebrauch der Elektrizität mit einem Leistungsfaktor zwischen cos $\varphi \geq 0{,}9$ kapazitiv und 0,8 induktiv erfolgt, andernfalls das Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach seiner Wahl den Einbau ausreichender Kompensationseinrichtungen verlangen oder die zusätzliche Blindleistung und den Verbrauch an zusätzlicher Blindarbeit in Rechnung stellen kann (vgl. dazu Amtliche Begründung zu § 22 Abs. 3 AVBEltV, BR-Drucks. 76/79, abgedruckt bei Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, 1984, S. 1214; Recknagel in Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, aaO, § 22 AVBV Rn. 22). Das hat seine Fortsetzung in § 16 Abs. 2 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung (NAV) vom 1. November 2006 (BGBl. I S. 2477) gefunden, wonach die Anschlussnutzung zur Voraussetzung hat, dass der Gebrauch der Elektrizität mit einem Verschiebungsfaktor zwischen cos $\varphi \geq 0{,}9$ kapazitiv und 0,9 induktiv erfolgt, andernfalls der Netzbetreiber den Ausbau ausreichender Kompensationseinrichtungen verlangen kann, was nach wie vor alternativ die Vereinbarung

eines entsprechenden Blindarbeitsentgelts einschließt (Danner/Theobald/Hartmann, Energierecht, Stand 2010, § 16 NAV Rn. 8).

24 Dass der Gesetzgeber bei der Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien mit dieser Praxis brechen und die Anlagenbetreiber für den von ihnen einzuspeisenden Strom von einer Beachtung derartiger Beschaffenheitsanforderungen an den im Netz zur Verfügung stehenden Strom freistellen wollte, ist nicht ersichtlich. Die Gesetzesbegründungen zu den genannten Aufrechnungsverboten (aaO) lassen vielmehr das Gegenteil erkennen. Die Bestimmungen des EEG 2000 stehen deshalb auch nicht einer vertraglichen Regelung über die Anforderungen an den einzuspeisenden Strom und die im Falle ihrer Nichteinhaltung zu leistenden Ausgleichszahlungen entgegen, um dadurch die bei dem Netzbetreiber anfallenden Kosten zur Durchführung erforderlich werdender Maßnahmen zur Blindstromkompensation abzugelten. Die Beklagte war folglich durch die Bestimmungen über die Zahlung einer Mindestvergütung nicht gehindert, der gängigen Praxis folgend eine vertragliche Regelung über die Zahlung eines Blindstromentgelts bei Nichteinhaltung der vereinbarten Beschaffenheitsanforderungen vorzusehen, zumal es hierbei lediglich um die Klärung technischer Einzelheiten der Einspeiseanforderungen sowie damit verbundene Nebenfragen des Leistungsverhältnisses geht, die auch im Rahmen der Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 3 EEG 2000 einer gesonderten vertraglichen Vereinbarung zugänglich sind (vgl. Senatsurteil vom 11. Juni 2003 - VIII ZR 160/02, BGHZ 155, 141, 162).

25 b) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das vereinbarte Blindarbeitsentgelt sei gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil es die Beklagte entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Im Umfang der eröffneten Revision beschränkt sich eine AGB-rechtliche Kontrolle allein auf die den Grund des zur Aufrechnung gestellten Blindarbeitsentgelts betreffende Bestimmung in § 1 Abs. 2 Satz 2, § 6 Abs. 3 Satz 1 des Einspeisevertrages, wonach die Beklagte berechtigt ist, bei Nichteinhaltung der in § 1

Abs. 2 Satz 1 des Einspeisevertrages bezeichneten Beschaffenheitsanforderungen der Klägerin für die Einspeisung und/oder den Bezug zusätzlicher Blindarbeit ein Entgelt gemäß § 6 Abs. 3 in Rechnung zu stellen.

26 aa) Die in § 1 Abs. 2 Satz 1 des Einspeisevertrages geregelten Anforderungen an die Beschaffenheit des zu liefernden Stroms, deren Nichteinhaltung die Pflicht zur Zahlung eines Blindarbeitsentgelts auslöst, unterliegen hingegen gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB keiner Inhaltskontrolle. Da die Vertragsparteien nach dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei regeln können, sind nach dieser Vorschrift formularmäßige Abreden, die Art und Umfang der Hauptleistung oder der hierfür zu erbringenden Vergütung unmittelbar bestimmen, von der gesetzlichen Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB ausgenommen. Ihre Festlegung ist vielmehr grundsätzlich Sache der Vertragsparteien. Denn es gibt vielfach keine gesetzliche Regelung, die bei Unwirksamkeit der vertraglichen Abrede gemäß § 306 Abs. 2 BGB an deren Stelle treten könnte (Senatsurteil vom 24. März 2010 - VIII ZR 304/08, WM 2010, 1050 Rn. 25 mwN). Hierzu gehören auch bloße Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung (Leistungsbeschreibung), also solche, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen. Sie unterliegen deshalb der gesetzlichen Inhaltskontrolle nicht (Senatsurteil vom 6. Februar 1985 - VIII ZR 61/84, BGHZ 93, 358, 360; BGH, Urteile vom 23. Juni 1993 - IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83, 84; vom 13. Juli 1994 - IV ZR 107/93, BGHZ 127, 35, 41; vom 17. März 1999 - IV ZR 137/98, NJW 1999, 3411 unter II 2 b; vom 29. April 2010 - Xa ZR 5/09, NJW 2010, 1958 Rn. 20 mwN).

27 Eine solche Leistungsbeschreibung stellt § 1 Abs. 2 Satz 1 des Einspeisevertrages dar. Darin ist festgelegt, welcher Beschaffenheit der von der Klägerin einzuspeisende Strom zu entsprechen hat, um vertragsgerecht zu sein, insbesondere welchen Leistungsfaktor die Klägerin dabei jeweils einzuhalten hat. Der Bereich der Inhaltskontrolle beginnt in diesem Fall erst bei hieran anknüp-

fenden Klauseln, wenn sie das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben geschuldeten Leistung verändern, ausgestalten oder modifizieren (BGH, Urteil vom 29. April 2010 - Xa ZR 5/09, aaO mwN). Denn anders als die unmittelbaren Leistungsbeschreibungen bestimmen solche Klauseln nicht Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung, sondern treten als ergänzende Regelungen, die lediglich die Art und Weise der zu erbringenden Hauptleistung und die Folgen einer hierbei auftretenden Leistungsstörung zum Inhalt haben, "neben" das bereits bestehende Hauptleistungsversprechen (vgl. Senatsurteil vom 24. März 2010 - VIII ZR 304/08, aaO Rn. 26; BGH, Urteil vom 26. Januar 2001 - V ZR 452/99, BGHZ 146, 331, 338). Das ist hier erst bei der in § 1 Abs. 2 Satz 2 des Einspeisevertrages getroffenen Abrede über die Berechnung eines Blindarbeitsentgelts der Fall, durch die die bei Nichteinhaltung der vereinbarten Beschaffenheitsanforderungen an sich gemäß §§ 437 ff. BGB bestehenden Gewährleistungsrechte dahin modifiziert werden, dass die Beklagte einen nicht den Anforderungen entsprechenden Strom nicht zurückweisen darf, sondern dessen Einspeisung zulassen muss und für das dadurch auf sie verlagerte Erfordernis einer etwaigen Blindleistungskompensation als Ausgleich ein entsprechendes Entgelt erhält.

28 bb) Die danach - zum Anspruchsgrund - der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1, 2 BGB lediglich unterliegende Abrede in § 1 Abs. 2 Satz 2 des Einspeisevertrages, wonach der Netzbetreiber dem Anlagenbetreiber für den Fall einer Nichteinhaltung der in § 1 Abs. 2 Satz 1 des Einspeisevertrages festgelegten Beschaffenheitsanforderungen die Zahlung eines Blindarbeitsentgelts in Rechnung stellen kann, hält dieser Kontrolle indes stand.

29 (1) Zu Unrecht macht die Revision geltend, die von der Beklagten ausbedungenen Bestimmungen über ein dem Einspeiser in Rechnung zu stellendes Blindarbeitsentgelt seien mit wesentlichen Grundgedanken der ihm nach den gesetzlichen Regelungen des EEG zustehenden (Mindest-)Vergütung nicht zu vereinbaren. Der Gesetzgeber hat vielmehr - wie vorstehend unter II 2 a bb

ausgeführt - durch die Vereinbarung eines Blindarbeitentgelts diese Bestimmungen als nicht berührt angesehen.

30 Ebenso wenig kollidiert § 1 Abs. 2 Satz 2 des Einspeisevertrages mit § 10 Abs. 2 Satz 1 EEG 2000, wonach der Netzbetreiber die notwendigen Kosten eines infolge neu anzuschließender Anlagen erforderlichen Ausbaus des Netzes für die allgemeine Versorgung zur Aufnahme und Weiterleitung der eingespeisten Energie trägt. Denn darum geht es hier nicht. Insbesondere lässt sich der Pflicht zum Netzausbau nicht entnehmen, dass das Netz so ausgelegt werden muss, dass es nach seiner Kapazität in der Lage ist, neben der neu hinzukommenden Wirkleistung auch unbegrenzt Blindleistung aufzunehmen. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber - wie vorstehend unter II 2 a bb dargelegt - im Zusammenhang mit dem durch § 12 Abs. 4 Satz 1 EEG 2004 neu eingeführten Aufrechnungsverbot zu erkennen gegeben, dass er die herkömmlichen Anforderungen an die aus dem Netz entnommene oder in das Netz eingespeiste Blindleistung auch auf eine nach Maßgabe von § 3 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000, § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 erfolgende Einspeisung von Strom bezogen wissen wollte und die Anlagenbetreiber von den hierfür vom Netzbetreiber zum Ausgleich einer Blindleistungskompensation üblicherweise geforderten Entgelten grundsätzlich nicht freigestellt sein sollten.

31 (2) Ohne Erfolg rügt die Revision weiter, dass das in § 1 Abs. 2 Satz 2 des Einspeisevertrages vorgesehene Blindarbeitsentgelt nicht berücksichtige, ob die in das Netz eingespeiste Blindleistung der Beklagten überhaupt Mehrkosten verursache. Zwar gehen die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften in den §§ 437 ff. BGB grundsätzlich von der konkreten Zuordnung eines bestehenden Mangels zu einem daran anknüpfenden Gewährleistungsrecht aus. Das ist vorliegend aber schon deshalb nicht möglich, weil die Einspeisung von Blindleistung und der Verbrauch von Blindarbeit zwar bei einem Anlagenbetreiber oder Netznutzer gemessen werden können, im Falle einer erforderlich werdenden Blindleistungskompensation oder sonstigen Ausgleichsmaßnahme

eine aktuelle Zuordnung der Beiträge der einzelnen Anlagenbetreiber und Netznutzer jedoch nicht oder allenfalls unter Schwierigkeiten möglich ist. Dementsprechend sind, wie die Regelungen in § 22 Abs. 3 AVBEltV und § 16 Abs. 2 NAV zeigen, seit langem andere Wege gebräuchlich, um eine übermäßige Belastung des Netzes durch Blindleistung zu verhindern oder auszugleichen, nämlich die Verpflichtung des Netznutzers zum Einbau ausreichender Kompensationseinrichtungen oder alternativ zur Zahlung eines pauschalierten Blindarbeitsentgeltes (dazu vorstehend unter II 2 a bb). Abgesehen davon, dass bereits § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB im Verkehr der Parteien untereinander für die nach § 307 Abs. 1, 2 BGB vorzunehmende Inhaltskontrolle eine angemessene Rücksichtnahme auf derart in der Branche bestehende Gewohnheiten vorsieht, folgt die Beklagte mit dem von ihr in der verwendeten Klausel vorgesehenen Blindarbeitsentgelt gerade dem Lösungsweg, den der Verordnungsgeber selbst in § 22 Abs. 3 AVBEltV, § 16 Abs. 2 NAV eingeschlagen hat, um den Besonderheiten einer Netznutzung und einem dabei erforderlich werdenden Ausgleich der Belastungen zur Sicherstellung eines tragbaren Blindstromniveaus Rechnung zu tragen. Ein Blindarbeitsentgelt, das - wie hier - an die Nichteinhaltung bestimmter vereinbarter Beschaffenheitsanforderungen an den gelieferten Strom anknüpft, benachteiligt deshalb einen Anlagenbetreiber wie die Klägerin nicht unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB.

III.

32 Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts insoweit keinen Bestand haben, als es die Einspeisevergütung für die Zeit ab August 2004 anbelangt. In diesem Umfang ist das Berufungsurteil mithin aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, weil der Rechtsstreit auch insoweit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da die Beklagte gemäß § 12 Abs. 4 Satz 1 EEG 2004 nicht mehr befugt ist, das von ihr geltend gemachte Blindarbeitsentgelt gegen die ab 1. August 2004 entstandenen Ansprüche auf Zahlung einer Einspeisevergütung gemäß § 5 EEG 2004 aufzu-

rechnen, ist das erstinstanzliche Urteil entsprechend abzuändern und die Beklagte zur Zahlung der seither einbehaltenen Vergütungen nebst Zinsen zu verurteilen.

Ball Dr. Frellesen Dr. Hessel

Dr. Achilles Dr. Fetzer

Vorinstanzen:
LG Frankfurt (Oder), Entscheidung vom 27.03.2008 - 32 O 18/05 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 13.01.2009 - 6 U 29/08 -