



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 89/03

Verkündet am:
26. November 2003
P o t s c h ,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ja

BGB § 448 a.F.

Stromeinspeisungsgesetz (StrEG) § 2

Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) §§ 3 Abs. 1, 10 Abs. 1

Dem nach § 2 StrEG oder § 3 Abs. 1 EEG zur Abnahme und Vergütung des Stroms aus erneuerbaren Energien verpflichteten Energieversorgungsunternehmen bzw. Netzbetreiber steht gegen den Anlagenbetreiber ein Anspruch aus § 448 BGB a.F. bzw. § 10 Abs. 1 EEG auf Erstattung der Netzanschlußkosten lediglich dann zu, wenn er den Anschluß auf Verlangen des Anlagenbetreibers und nicht aufgrund eines Rechtsverhältnisses mit einem Dritten vorgenommen hat.

BGH, Urteil vom 26. November 2003 - VIII ZR 89/03 - OLG Brandenburg
LG Potsdam

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. November 2003 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Hübsch, Dr. Leimert, Wiechers und Dr. Wolst

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 14. Februar 2003 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 20. Mai 2003 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Betreiberin eines Windparks mit insgesamt 19 Windkraftanlagen. Sie verlangt von der Beklagten, einem regionalen Stromversorgungsunternehmen, die Vergütung des in das Netz der Beklagten eingespeisten Stroms. Die Beklagte verweigert die Bezahlung unter Berufung auf eine Aufrechnung mit einem Anspruch auf Erstattung von Kosten für den Anschluß der Windkraftanlagen an ihr Netz. Die Streithelferin der Klägerin ist eine Gesellschaft, die sich mit der Projektplanung von Windparks beschäftigt.

Die Klägerin schloß am 22. Oktober 1998 mit der Streithelferin einen Nutzungsvertrag über den teilweise noch zu errichtenden Windpark J. .

Danach verpflichtete sich die Streithelferin, der Klägerin die Infrastruktur des Windparks, bestehend aus Mittel- und Niederspannungsleitungen, Transformatoren, eingemessenen Wegen, Fundamenten sowie einem Netzanschluß an das Netz der Beklagten gegen ein jährliches Entgelt zur Nutzung zur Verfügung zu stellen. Die Windkraftanlagen selbst sollten von der Klägerin errichtet werden und in ihrem Eigentum verbleiben.

Am 17. Juni 1999 fand eine Besprechung zwischen der Klägerin, der Streithelferin und der Beklagten über den Anschluß der Windkraftanlagen an das Netz der Beklagten statt. Dabei wurde der Beklagten mitgeteilt, daß der Netzanschlußvertrag mit der Streithelferin und der Einspeisevertrag mit der Klägerin zu schließen seien. Unter dem 25. September/1. November 1999 schlossen die Beklagte und die Streithelferin einen Netzanschlußvertrag. Darin vereinbarten sie eine "Anschlußgebühr" von 2.895.767 DM netto. Die Streithelferin zahlte darauf 400.000 DM. Weitere Zahlungen erfolgten nicht, weil die Streithelferin in der Folgezeit den Standpunkt vertrat, die Vergütung sei in der geltend gemachten Höhe nicht wirksam vereinbart worden.

Die Streithelferin nahm die Beklagte mit Antrag vom 9. März 2000 in einem einstweiligen Verfügungsverfahren beim Landgericht Potsdam auf Anschluß der Windkraftanlagen an deren Netz in Anspruch. Mit Beschluß des Landgerichts Potsdam vom 17. März 2000 wurde die Beklagte zum Anschluß der Windkraftanlagen und zur Abnahme des in diesen erzeugten Stroms gegen angemessene Vergütung verpflichtet. Die Beklagte stellte in der Folgezeit den Anschluß her. Seit Mai 2000 speisen die Windkraftanlagen Strom in das Netz der Beklagten ein.

Mit der Klage hat die Klägerin in erster Instanz die Vergütung für die erfolgte Stromeinspeisung in dem Zeitraum vom 4. Mai 2000 bis zum 31. Oktober

2000 in Höhe von 975.855,85 DM verlangt. Die Parteien schlossen während des Rechtsstreits unter dem 21. Mai/1. Juni 2001 einen Einspeisevertrag, in dem sie den Beginn der Inbetriebnahme der Windkraftanlagen auf den 12. Mai 2000 festlegten und eine Vergütung von 17,8 Pf je Kilowattstunde eingespeisten Stroms vereinbarten.

Die Beklagte hat gegenüber der Klageforderung hilfsweise die Aufrechnung mit einem Anspruch in Höhe von 2.495.767 DM (2.895.767 DM „Anschlußgebühr“ abzüglich 400.000 DM Zahlung der Streithelferin) erklärt. Sie hat behauptet, in dieser Höhe seien ihr Kosten für den Anschluß der Windkraftanlagen an ihr Netz entstanden, und diese näher aufgeschlüsselt. Hilfsweise für den Fall des Bestehens eines Aufrechnungsverbotes hat sie diesen Betrag mit einer Widerklage geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klage - unter Abzug der für die Zeit vom 4. Mai bis zum 12. Mai 2000 geltend gemachten Vergütung - in Höhe von 955.781,34 DM nebst Zinsen stattgegeben. Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt. Die Klägerin hat im Wege einer Anschlußberufung die Klageforderung um die Vergütung für weitere Monate bis einschließlich Juni 2001 in Höhe von 496.714,36 € (971.488,84 DM) auf insgesamt 985.397,60 € (= 1.927.270,18 DM) erweitert. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und sie auf die Anschlußberufung zur Zahlung weiterer 496.714,36 € nebst Zinsen verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision greift die Beklagte das Berufungsurteil insoweit an, als das Berufungsgericht das Bestehen ihrer Gegenforderung verneint hat. Diese verfolgt sie in Höhe von 986.847,19 € (1.930.105,33 DM) weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Aufrechnung der Beklagten gegenüber der Klageforderung mit einem Anspruch auf Erstattung von Netzanschlußkosten sei zulässig. Aus § 10 Nr. 5 des Einspeisevertrages der Parteien ergebe sich kein Aufrechnungsverbot. Die Aufrechnung sei auch nicht mit Treu und Glauben unvereinbar.

Die zulässige Aufrechnung sei jedoch unbegründet. Die Beklagte habe keinen vertraglichen Anspruch auf Erstattung von Netzanschlußkosten gegen die Klägerin, weil ein Netzanschlußvertrag nur mit der Streithelferin bestehe. Ein Erstattungsanspruch der Beklagten gegen die Klägerin ergebe sich aber auch nicht aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis. Dabei könne dahingestellt bleiben, ob für die Erstattung der Netzanschlußkosten das am 1. April 2000 in Kraft getretene Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) oder das bis zum 31. März 2000 geltende Stromeinspeisungsgesetz zu prüfen sei. Denn ein Kostenerstattungsanspruch der Beklagten ergebe sich auch nicht aus § 10 Abs. 1 EEG. Die Vorschrift enthalte keine Kostenerstattungsregelung, sondern nur eine Kostentragungsregelung.

Ein Kostenerstattungsanspruch aus § 10 Abs. 1 EEG sei auch nach dem Zweck der Regelung nicht geboten. Nehme der Anlagenbetreiber den Netzbetreiber aus § 3 Abs. 1 EEG auf Herstellung des Anschlusses in Anspruch, so könne der Netzbetreiber im Rahmen des dann bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses die notwendigen Netzanschlußkosten als Beauftragter oder Geschäftsführer des Anlagenbetreibers verlangen. Ein solcher Anspruch stehe der Beklagten hier aber nicht zu, weil sie die Leistung des Netzanschlusses

aufgrund des mit der Streithelferin bestehenden Vertrages an diese erbracht habe. Mit der Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 1 EEG habe der Gesetzgeber den von der Rechtsprechung zum Stromeinspeisungsgesetz befürworteten Rückgriff auf § 448 BGB nachvollzogen. Danach habe ein Anspruch auf Kostenerstattung nur bestanden, wenn der Anlagenbetreiber selbst den Netzbetreiber mit der Herstellung des Netzanschlusses beauftragt habe. Stelle der Netzbetreiber den Anschluß aufgrund anderweitiger vertraglicher Regelungen her, bestehe ein solcher Anspruch nicht. Dies werde durch die Regelung des § 10 Abs. 1 Satz 3 EEG gestützt, wonach der Anlagenbetreiber auch einen Dritten beauftragen könne. Beauftrage er einen Dritten, so bedürfe es keines Anspruchs zwischen Netzbetreiber und Anlagenbetreiber.

Ein Anspruch der Beklagten auf Erstattung der Netzanschlußkosten aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis ergebe sich auch nicht aus dem Umstand, daß die Streithelferin den Netzanschluß im einstweiligen Verfügungsverfahren gegen die Beklagte als fremdes Recht in gewillkürter Prozeßstandschaft durchgesetzt habe. Sie habe den Anspruch auch aus eigenem Recht aufgrund des mit der Beklagten geschlossenen Netzanschlußvertrages geltend gemacht. Es seien deshalb dadurch keine Leistungsbeziehungen zwischen der Beklagten und der Klägerin entstanden.

II.

Diese Ausführungen halten revisionsgerichtlicher Überprüfung stand, so daß die Revision der Beklagten zurückzuweisen ist.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der von der Beklagten erklärten Aufrechnung ein Aufrechnungsverbot nicht entgegen-

steht. Die von der Revisionserwiderung insoweit erhobene Gegenrüge greift nicht durch.

a) Die Annahme des Berufungsgerichts, aus § 10 Nr. 5 des Einspeisevertrages der Parteien ergebe sich kein Aufrechnungsverbot, beruht auf einer tatrichterlichen Auslegung, die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs revisionsrechtlich nur beschränkt überprüfbar ist (vgl. BGHZ 135, 269, 273 m.w.Nachw.). Einen danach erheblichen Fehler zeigt die Revisionserwiderung nicht auf.

b) Weiter ist zwar richtig, daß eine Aufrechnung über die gesetzlich oder vertraglich geregelten Fälle hinaus unter anderem dann ausgeschlossen ist, wenn der Zweck der geschuldeten Leistung eine Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbar erscheinen läßt (BGHZ 113, 90, 93 m.w.Nachw.). Ein solcher Fall ist hier jedoch nicht gegeben. Mit der Abnahme- und Vergütungspflicht der Energieversorgungsunternehmen nach § 2 des Stromeinspeisungsgesetzes (StrEG) bzw. der Netzbetreiber nach § 3 Abs. 1 des ab dem 1. April 2000 an die Stelle des Stromeinspeisungsgesetzes getretenen Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) soll die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien gefördert werden (vgl. BGHZ 134, 1, 14; Senatsurteil vom 11. Juni 2003 - VIII ZR 160/02, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, unter A I 2 b aa). Dieser Zweck vermag ein Aufrechnungsverbot für den streitigen Anspruch auf Erstattung von Anschlußkosten nicht zu rechtfertigen. Denn der Vergütungs- und der Erstattungsanspruch stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang, weil der Netzanschluß der Anlage zur Erzeugung des Stroms aus erneuerbaren Energien die Voraussetzung für dessen Abnahme und damit auch für dessen Vergütung ist.

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht den von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Anspruch auf Erstattung der für den Anschluß der Windkraftanlagen aufgewendeten Kosten verneint.

a) Ein solcher Anspruch steht dem Netzbetreiber gegen den Anlagenbetreiber sowohl für Energieerzeugungsanlagen, die in den Anwendungsbereich von § 2 StrEG fielen, als auch für solche, die nach § 3 Abs. 1 EEG anzuschließen sind, lediglich dann zu, wenn er die Herstellung des Anschlusses auf Verlangen des Anlagenbetreibers und nicht aufgrund eines Rechtsverhältnisses mit einem Dritten vorgenommen hat. Das Berufungsgericht konnte es daher entgegen der Meinung der Revision ohne Rechtsfehler offenlassen, ob für den von der Beklagten geltend gemachten Anspruch die Rechtslage nach dem StrEG oder nach dem EEG maßgebend ist.

aa) Unter der Geltung des Stromeinspeisungsgesetzes bestimmte sich mangels einer besonderen Regelung im StrEG die Frage der Kostentragung für die Herstellung des Anschlusses nach dem wegen des kaufähnlichen Charakters des Rechtsverhältnisses zumindest entsprechend anzuwendenden § 448 BGB a.F. (BGH, Urteil vom 29. September 1993 - VIII ZR 107/93, WM 1994, 76 = NJW-RR 1994, 175 = RdE 1994, 70 unter II 1 b bb). Danach hatte der Anlagenbetreiber die zu den Kosten der Abnahme im Sinne des § 448 Abs. 1 BGB a.F. zählenden Kosten für die Herstellung einer Leitungsverbindung zu tragen (BGH aaO). Allerdings stellt § 448 Abs. 1 BGB a.F. nur eine Vorschrift über die Kostentragung zwischen Verkäufer und Käufer im Innenverhältnis dar und sieht nicht ausdrücklich einen Erstattungsanspruch des Käufers gegen den Verkäufer vor, wenn er Kosten übernimmt, die der Verkäufer zu tragen hätte. Für den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 448 BGB a.F. ist allerdings anerkannt, daß eine Vertragspartei, die Aufwendungen tätigt, die von der anderen Partei zu tragen wären, von jener die Erstattung der entstandenen Kosten oder die Frei-

stellung von einer übernommenen Verpflichtung verlangen kann (so im Anschluß an OLG München, OLGE 28 (1914), 388, 389; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 448 Rdnr. 1; Staudinger/Köhler (1996) § 448 Rdnr. 1; Faust in: Bamberger/Roth, BGB, § 448 Rdnr. 1). Ob sich dieser Erstattungsanspruch unmittelbar aus dem Kauf selbst (vgl. OLG München, aaO, S. 390) oder aus einer besonderen vertraglichen Geschäftsbesorgung (§§ 670, 675 BGB) ergibt (vgl. OLG Düsseldorf, RdE 1993, 77, 78) oder ob der Erstattungsanspruch nur unter den weiteren Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 670, 683 Satz 1, 677 BGB) besteht, bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung. Ein vertraglicher Anspruch aus einem kaufähnlichen Schuldverhältnis oder einer Geschäftsbesorgung setzt eine entsprechende Einigung zwischen Anlagenbetreiber und Netzbetreiber voraus. An einer solchen fehlt es, wenn der Anlagenbetreiber von dem Netzbetreiber schon nicht die Herstellung des Anschlusses verlangt hat. Für einen Anspruch des Netzbetreibers gegen den Anlagenbetreiber aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 677 BGB ist erforderlich, daß die Herstellung des Anschlusses sich als ein Geschäft für den Anlagenbetreiber ("für einen anderen") darstellt. Ergibt sich aus den Gesamtumständen, daß der Netzbetreiber den nach außen erkennbaren Willen hatte, den Anschluß nicht auf Verlangen des Anlagenbetreibers, sondern aufgrund eines Rechtsverhältnisses mit einem Dritten, insbesondere aufgrund eines Vertrages mit diesem, herzustellen, fehlt es an einem Geschäftsführungswillen für den Anlagenbetreiber (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2001 - III ZR 294/00, WM 2002, 97 unter II 2 b; BGHZ 61, 359, 361 f.). Er kann sich in diesem Fall wegen der Erstattung für die aufgewendeten Kosten nur an den Dritten halten.

bb) Auch nach § 10 Abs. 1 Satz 1 und 3 EEG kann die Beklagte die Erstattung der für die Herstellung des Anschlusses aufgewendeten Kosten von

der Klägerin nur dann beanspruchen, wenn sie den Anschluß auf ein Verlangen der Klägerin und nicht aufgrund eines solchen der Streithelferin hergestellt hat.

Nach § 3 Abs. 1 EEG in Verbindung mit § 10 Abs. 1 Satz 3 EEG steht dem Anlagenbetreiber, anders als noch nach dem StrEG, gegen den Netzbetreiber ein Anspruch auf Herstellung des Anschlusses seiner Energieerzeugungsanlage an dessen Netz zu (BGH, Urteil vom 11. Juni 2003 - VIII ZR 160/02, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, unter B II 2 a). Im Gegensatz zu einem Tarifikunden, der nach § 10 Abs. 4 AVBEitV den Anschluß nur durch das örtliche Elektrizitätsversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung herstellen lassen darf, räumt § 10 Abs. 1 Satz 3 EEG dem Anlagenbetreiber aber das Recht ein, den Anschluß auch von einem fachkundigen Dritten vornehmen zu lassen. Der Anspruch des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber auf Herstellung des Anschlusses ist deshalb ein sogenannter verhaltener Anspruch, der erst zur Entstehung gelangt, wenn der Anlagenbetreiber vom Netzbetreiber die Erfüllung des Anspruchs verlangt (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 199 Rdnr. 8). Daraus ergibt sich, daß ein Anspruch des Netzbetreibers auf Zahlung der Kosten für die Herstellung voraussetzt, daß der Anlagenbetreiber von ihm die Herstellung des Anschlusses verlangt hat. Erst wenn sich der Netzbetreiber auf Verlangen des Anlagenbetreibers zur Herstellung des Anschlusses bereit erklärt, entsteht zwischen ihnen ein Schuldverhältnis, kraft dessen nicht nur der Netzbetreiber zur Vornahme des Anschlusses, sondern auch der Anlagenbetreiber zur Zahlung des üblichen Entgelts verpflichtet ist. Da nach § 10 Abs. 1 Satz 1 EEG der Anlagenbetreiber die notwendigen Kosten des Anschlusses zu tragen hat, ist dessen Verlangen, den Anschluß herzustellen, aus der Sicht des Netzbetreibers dahin zu verstehen, daß er zu dieser Leistung nur gegen Zahlung eines Entgeltes verpflichtet sein soll.

Beauftragt demgegenüber der Anlagenbetreiber einen Dritten mit der Vornahme des Anschlusses, schaltet dieser aber seinerseits den Netzbetreiber als Subunternehmer ein, der sodann den Anschluß herstellt, so kann der Netzbetreiber aus § 10 Abs. 1 EEG vom Anlagenbetreiber nicht die Erstattung der aufgewendeten Kosten beanspruchen.

b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe den Anschluß der Windkraftanlagen an ihr Netz nicht aufgrund eines Anschlußverlangens der Klägerin, sondern allein für die Streithelferin vorgenommen.

Die Beklagte hat den Anschluß der Windkraftanlagen in Erfüllung der ihr durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts Potsdam vom 17. März 2000 auferlegten Verpflichtungen hergestellt. Für die Frage, ob die Beklagte damit eine Leistung gegenüber der Streithelferin oder gegenüber der Klägerin erbracht hat, kommt es darauf an, ob sich das von der Streithelferin im einstweiligen Verfügungsverfahren verfolgte Begehren nach den Gesamtumständen aus der Sicht der Beklagten als die Geltendmachung eines eigenen Anspruchs der Streithelferin oder als die Verfolgung eines Anspruchs der Klägerin durch die Streithelferin darstellte. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe bei der Herstellung des Anschlusses aufgrund des Netzanschlußvertrages eine Leistung an die Streithelferin erbracht. Dem stehe nicht entgegen, daß die Streithelferin den Verfügungsanspruch in gewillkürter Prozeßstandschaft für die Klägerin geltend gemacht habe, denn sie habe den Anspruch auch aus eigenem Recht aufgrund des Netzanschlußvertrages verfolgt. Das ist zutreffend.

aa) Soweit die Revision meint, die Streithelferin habe das einstweilige Verfügungsverfahren ausschließlich als Prozeßstandschafterin für die Klägerin betrieben und deshalb sei das Anschlußverlangen von der Klägerin ausgegan-

gen, verkennt sie, daß die Streithelferin den Anspruch in diesem Verfahren auch aus eigenem Recht geltend gemacht hat. Aus der Antragsbegründung der Streithelferin in der beigezogenen Akte des einstweiligen Verfügungsverfahrens, auf welche die Revision verweist, ergibt sich, daß sich die Streithelferin in erster Linie auf einen Anspruch aus eigenem Recht gestützt hat. Sie hat lediglich "darüber hinaus" eine Ermächtigung der Klägerin zur Prozeßführung vorgelegt. Sie hat ferner die Auffassung vertreten, der Verfügungsanspruch stehe ihr selbst aus § 2 StrEG zu. Daneben hat die Streithelferin auch die Auffassung vertreten, die Beklagte sei aus dem Netzanschlußvertrag zur Herstellung des Anschlusses verpflichtet. Angesichts dieser Umstände begegnet die Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe das von der Streithelferin betriebene einstweilige Verfügungsverfahren als ein Anschlußverlangen nicht der Klägerin, sondern der Streithelferin verstehen müssen, keinen Bedenken.

bb) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Klägerin und die Streithelferin im vorliegenden Prozeß die Wirksamkeit des zwischen der Beklagten und der Streithelferin geschlossenen Netzanschlußvertrages bestritten hätten. Dieser Umstand vermag aber schon deshalb keine andere Beurteilung zu rechtfertigen, weil ein Verhalten, das erst nach der Herstellung des Netzanschlusses erfolgt ist, keinen unmittelbaren Schluß darauf ermöglicht, wessen Anschlußverlangen die Beklagte bei der Herstellung des Anschlusses nachgekommen ist. Aus der von der Revision in Bezug genommenen Akte des einstweiligen Verfügungsverfahrens ergibt sich darüber hinaus, daß die Streithelferin in der Begründung des Antrages von der Wirksamkeit des Netzanschlußvertrages ausgegangen ist und lediglich die Auffassung vertreten hat, die in diesem Vertrag getroffene Vergütungsvereinbarung sei unwirksam. Dies steht aber der Annahme des Berufungsgerichts, die

Beklagte habe die Herstellung des Anschlusses für die Streithelferin ausgeführt, nicht entgegen.

Dr. Deppert

Dr. Hübsch

Dr. Leimert

Wiechers

Dr. Wolst