

verkündet am: 16.04.2019

...
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Brandenburgisches Oberlandesgericht

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

...

Klägerin und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte: ...

g e g e n

...

Beklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: ..

...

Streithelferin der Beklagten,

- Prozessbevollmächtigte: ...

hat der 6. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts durch

die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Eberhard,
die Richterin am Oberlandesgericht Kretschmann und
den Richter am Oberlandesgericht Dr. Hein

im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO, in dem den Parteien nachgelassen war, Schriftsätze einzureichen bis zum **01.03.2019**

für R e c h t e r k a n n t:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 25.09.2014 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt (Oder) - 31 O 85/13 - wird, soweit nicht Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache eingetreten ist, zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen die Klägerin 95 %, die Beklagte 5%. Die Klägerin trägt zudem 95 % der Kosten der Nebenintervenientin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung des Gegners jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e:

I.

Die Klägerin begehrt, soweit zweitinstanzlich noch streitig, auf Grundlage der §§ 16, 29 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung (EEG 2009) von der Beklagten als Netzbetreiberin restliche Vergütung für die Einspeisung elektrischer Energie sowie restliche Entschädigung für Maßnahmen des Einspeisemanagements betreffend den Windpark G....

Dieser Windpark ist, wie auch der Windpark K...-B... der Streitverkündeten, an dem Umspannwerk G... an das Netz der Beklagten angeschlossen, wobei die Messung der von beiden Windparks eingespeisten Strommengen im streitgegenständlichen Zeitraum vom 25.02.2010 bis zum 15.10.2012 auf Grundlage einer einheitlichen Messeinrichtung erfolgte, die den im Umspannwerk erzeugten Hochspannungsstrom maß. Die Beklagte errechnete die der Klägerin ausgezahlte Vergütung nach Maßgabe von § 19 Abs. 3 EEG 2009 nach dem Referenzertrag der Anlage unter Abzug eines prozentualen Anteils für den vom Umspannwerk verbrauchten Strom sowie anteiligen Energieverlusten. Die Klägerin hat geltend ge-

macht, ihr stehe eine höhere Vergütung auf Grundlage der von dem Windpark G... tatsächlich produzierten, mittels eines Unterzählers ermittelten und die Referenzwerte übersteigenden Strommenge zu. Im Verfahren erster Instanz hat die Klägerin betreffend den Windpark G... die Zahlung einer Vergütung von 1.223.527,60 € gefordert.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen und - soweit für die Berufung von Bedeutung - zur Begründung ausgeführt, die Klägerin sei zwar aktivlegitimiert, ihr stehe der geltend gemachte weitere Vergütungsanspruch für die im Windpark G... bis Oktober 2012 erzeugte elektrische Energie nach §§ 16, 29 EEG 2009 aber nicht zu. Die Beklagte sei zu einer Abrechnung des von der Klägerin eingespeisten Stroms nach § 19 Abs. 3 EEG verpflichtet gewesen, die entsprechend vorgenommene Abrechnung sei unstreitig richtig. Die Klägerin habe im streitgegenständlichen Zeitraum nicht einseitig bestimmen können, dass der aus dem Windpark G... eingespeiste Strom statt über die gemeinsame Messeinrichtung durch einen auf Mittelspannungsebene installierten Einzelzähler abgerechnet werde. Ihr stehe auch kein vertraglicher Anspruch auf Abrechnung des von ihr erzeugten Stroms abweichend von den Vorgaben des § 19 Abs. 3 EEG zu, denn es fehle an einer dahingehenden bindenden Willensübereinstimmung der Parteien. Die Klägerin könne auch keinen Schadensersatz in Höhe der begehrten Vergütung verlangen, weil nicht festzustellen sei, dass die Beklagte den Abschluss einer Vereinbarung über eine von § 19 Abs. 3 EEG abweichende Abrechnung des in den Windparks G... und K...-B... erzeugten Stroms pflichtwidrig verzögert habe. Schließlich habe die Klägerin keinen Anspruch auf Entschädigung für Einspeisemanagementmaßnahmen betreffend den Windpark G..., weil auch insoweit die Abrechnung nach Maßgabe von § 19 Abs. 3 EEG vorzunehmen gewesen sei; dem sei die Beklagte nachgekommen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlich hinsichtlich des Windparks G... geltend gemachten Ansprüche weiter.

Soweit die Klägerin daneben erstinstanzlich Zahlungsansprüche in Höhe von 75.609 € betreffend den an das Umspannwerk H... angeschlossenen Windpark L... erhoben hatte, haben die Parteien, nachdem die Klägerin ihre Klage in zweiter Instanz mit Schriftsatz vom 30.12.2016 (Bl. 893) um 22.010,18 € erweitert hatte, den Teilvergleich vom 13.08.2018 geschlossen, auf Grundlage dessen sich die Beklagte zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 81.558,23 € auf diese Hauptforderung verpflichtet hat. Die Parteien haben sodann den

Rechtsstreit teilweise betreffend die Ansprüche in Bezug auf den Windpark L... übereinstimmend für erledigt erklärt.

Bezüglich des Windparks G... vertritt die Klägerin die Auffassung, das landgerichtliche Urteil habe zu Unrecht weitergehende Vergütungsansprüche mit der Begründung verneint, die Abrechnung des von ihr am Umspannwerk G... eingespeisten Stroms nach Maßgabe des § 19 Abs. 3 EEG 2009 sei nicht zu beanstanden. Vielmehr ergebe sich die ihr zustehende Vergütung nach Maßgabe der durch den von ihr auf Mittelspannungsebene installierten Zähler ermittelten Strommenge, welche die durch die Beklagte nach dem Referenzertrag ihrer Anlage berechnete Menge übersteige.

Sie vertritt die Ansicht, das Landgericht habe unrichtigerweise angenommen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 19 Abs. 3 EEG 2009 erfüllt seien. Die Vorschrift komme bereits nicht zur Anwendung, weil beide an das Umspannwerk angeschlossenen Windparks im streitgegenständlichen Zeitraum über eigene, voneinander getrennte Messeinrichtungen verfügt hätten, so dass es an einer gemeinsamen Messeinrichtung im Sinne des Gesetzes gefehlt habe. Die Messung auf 110 kV-Ebene sei nicht maßgeblich gewesen, weil diese Messstelle nicht auf Grundlage einer Vereinbarung der Streithelferin und der Klägerin, sondern einseitig durch die Beklagte bestimmt worden sei, ohne dass dieser ein Bestimmungsrecht zugekommen sei.

Es bestehe auch kein Grund dafür, pauschal nach Referenzerträgen (§ 19 Abs. 3 EEG 2009) abzurechnen, wenn, wie hier, jeweils Strommengenähler für die einzelnen Windparks der unterschiedlichen Betreiber installiert seien. Zudem begründe das Vorgehen der Klägerin, trotz Installation getrennter Strommengenähler pauschal abzurechnen, einen nicht zu rechtfertigenden Haftungsverband zwischen den Anlagenbetreibern, die - wie hier - ein Umspannwerk gemeinsam nutzten. Denn ein guter Energieertrag sei auch vom technischen Zustand der Windenergieanlagen abhängig. Die Festlegung, dass nach § 19 Abs. 3 EEG 2009 pauschal abgerechnet werden solle, sei zudem als zu Lasten des Anlagenbetreibers von der gesetzlichen Regelung abweichende Festlegung nach § 4 Abs. 2 EEG 2009 unwirksam. Die Abrechnung nach tatsächlich gemessenen Mengen begründe hingegen für die Beklagte keine Nachteile und verursache keine zusätzlichen Kosten. Auch eine Umsetzung der sich aus § 33 c EEG 2012 ergebenden Pflichten bei der Direktvermarktung sei nur möglich, wenn Anlagenbetreibern trotz Nutzung eines gemeinsamen Umspannwerks ein Anspruch auf getrennte Abrechnung unter Berücksichtigung individueller Leitungs- und Umspannverluste zustehe.

Eine Abrechnung nach Maßgabe von § 19 Abs. 3 EEG 2009 sei zudem bereits deshalb unzulässig, weil sie sich als Anlagenbetreiberin nicht positiv für eine Abrechnung über eine gemeinsame Messeinrichtung entschieden habe. § 19 Abs. 3 EEG 2009 sei als *lex specialis* zu Abs. 2 mit diesem zusammen zu prüfen und seine Anwendbarkeit setze ein subjektives Element voraus. Es komme deshalb dem Anlagenbetreiber zu, festzulegen, ob auf Grundlage einer gemeinsamen Messeinrichtung abgerechnet werden solle. Zudem stehe ihr als Anlagenbetreiber nach § 7 EEG 2009 die Mess- bzw. Abrechnungshoheit und damit ein Wahlrecht über die Abrechnungsmodalitäten zu. Auch der Rechtsgedanke des § 448 Abs. 1 BGB belege einen Anspruch des Anlagenbetreibers, über die Modalitäten der Abrechnung zu bestimmen. § 19 Abs. 3 EEG 2009 lege hingegen nicht fest, wer die Abrechnung vorzunehmen habe, sondern bestimme nur die Art und Weise der Abrechnung für den Fall, dass der Anlagenbetreiber von seinem ihm zustehenden Wahlrecht zur Nutzung einer gemeinsamen Messeinrichtung Gebrauch mache.

Das Landgericht habe weiter übersehen, dass zwischen den Beteiligten von Beginn an mündlich verbindlich vereinbart gewesen sei, dass die Abrechnungen auf Mittelspannungsebene unter Zuhilfenahme von Untermesseinrichtungen erfolgen sollten und gerade nicht auf Hochspannungsebene. Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe für diese Vereinbarung kein Schriftformerfordernis bestanden; es sei auch nicht die Zustimmung der Streithelferin (Betreiberin des Windparks K...-B...) oder der Betreiberin des Umspannwerkes erforderlich gewesen. Jedenfalls könne sich die Beklagte auf ein Schriftformerfordernis nicht berufen, denn sie habe den Vertragsschluss zumindest treuwidrig verhindert, nachdem sie trotz Paraphierung den Vertragsentwurf letztlich nicht unterzeichnet habe.

Insgesamt führe die Rechtsansicht des Landgerichts dazu, dass die Streithelferin, die erheblich weniger Strom produziert habe als die Klägerin, im Umfang eines siebenstelligen Betrages Vergütungen für Strommengen erhalte, die von ihr nicht produziert und nicht eingespeist worden seien. Sie, die Klägerin, habe deshalb auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Anspruch auf Vergütung der von ihr unstreitig eingespeisten Strommengen.

Aus den vorgenannten Gründen habe die Beklagte ihr auch die im Rahmen der Einspeisemanagementmaßnahmen entstandenen Ertragsausfallverluste zu erstatten.

Nachdem die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der im Zusammenhang mit dem Windpark L... geltend gemachten Anträge auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 75.609 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. September 2013 sowie auf Zahlung weiterer 22.010,18 € nebst Zinsen in Höhe von acht

Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (23.03.2017) teilweise übereinstimmend für erledigt erklärt haben,

beantragt die Klägerin noch,

unter Abänderung des am 25.09.2014 verkündeten Urteils der Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Frankfurt (Oder) - 31 O 85/13 - die Beklagte zu verurteilen, an sie

a) 1.223.527,60 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 243.698,85 € sowie weitere Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag in Höhe von 1.223.527,60 € seit dem 1. September 2013 zu zahlen;

b) außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 7.121,90 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3. März 2012 zu zahlen.

Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte ist, wie bereits erstinstanzlich vorgetragen, der Ansicht, der Klägerin fehle nach Ausgliederung der Windparks G... und L... auf die X1- GmbH (Anlage K 22, Bd II) die Aktivlegitimation in Bezug auf die geltend gemachten Ansprüche.

Im Übrigen verteidigt sie das landgerichtliche Urteil und führt aus, die Abrechnung der Einspeisungen im streitgegenständlichen Zeitraum habe zwingend nach den gesetzlichen Vorgaben des § 19 Abs. 3 EEG 2009 erfolgen müssen. Die Voraussetzungen dieser Norm hätten vorgelegen, die Abrechnung der Strommengen sei auf Grundlage einer gemeinsamen Messeinrichtung durchgeführt worden, Untermesseinrichtungen seien erst nach dem 25.04.2012 installiert worden. Entgegen der Auffassung der Klägerin setze § 19 Abs. 3 EEG nicht voraus, dass der Anlagenbetreiber positiv bestimme, den Strom tatsächlich über eine gemeinsame Messeinrichtung abzurechnen, dem Anlagenbetreiber stehe kein Wahlrecht zu. Tatsächlich liege eine solche Entscheidung des ursprünglichen Anlagenbetreibers sogar vor, nämlich aufgrund des Nutzungs- und Dienstleistungsvertrags für das Umspannwerk G... vom 04.01.2010, an den die Klägerin gebunden sei. Eine Umstellung von der Abrechnung nach § 19 Abs. 3 EEG 2009 auf eine windparkgenaue Messung setze eine Zustimmung aller über das Umspannwerk einspeisenden Anlagenbetreiber und des Umspannwerkbetreibers voraus, die für den streitgegenständlichen Zeitraum nicht erzielt worden sei. § 7 Abs. 1 EEG

2009 lasse sich nicht zur Begründung der Rechtsauffassung der Klägerin heranziehen, ihr stehe im Hinblick auf die Abrechnungsmodalitäten ein einseitiges Bestimmungsrecht zu, denn die Vorschrift beziehe sich allein auf die Messhöhe, nicht auf die Frage, wie der eingespeiste Strom abzurechnen sei.

Richtigerweise habe das Landgericht für den streitgegenständlichen Zeitraum auch das Zustandekommen eines Vertrages zur Abrechnung nach gemessenen Werten verneint. Auch Schadensersatzansprüche stünden der Klägerin nicht zu, weil sie, die Beklagte, sich vor Zustimmung der Streithelferin und der Umspannwerkbetreiberin nicht zu einer Abrechnung auf Basis der mittelspannungsseitig ermittelten Werte habe verpflichten müssen.

Die Streithelferin verteidigt ebenfalls das landgerichtliche Urteil und nimmt auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug. Sie führt aus, das Landgericht habe zu Recht die Voraussetzungen des § 19 Abs. 3 EEG bejaht. Dieser Vorschrift komme kein subjektives Element zu, maßgeblich seien nicht die Wünsche des Anlagenbetreibers, sondern, ob objektiv über eine gemeinsame Messeinrichtung abgelesen werde. Hingegen sei nicht relevant, ob neben der gemeinsamen Messeinrichtung noch einzelne Untermesseinrichtungen existierten.

§ 19 Abs. 3 EEG 2009 bezwecke, volkswirtschaftlich unsinnige Kosten zu vermeiden, indem bei dem Anschluss- und Abrechnungskosten Einsparpotentiale eröffnet würden, was allerdings die Abrechnung nach Referenzerträgen voraussetze. Die Klägerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin habe den Netzanschluss über das Umspannwerk G... aus freien Stücken gewählt und damit gegenüber dem unmittelbaren Anschluss an das Netz der Beklagten Kosten erspart. Deren Rechtsvorgängerin habe zudem mit dem Nachtrag vom 04.03.2010 zum Netzanschlussvertrag vom 05./13.12.2001 der Messung der elektrischen Energie im 110 kV-Schaltfeld des Umspannwerks G... zugestimmt und damit ein ihr etwaig zustehendes Wahlrecht nach § 19 Abs. 3 EEG 2009 ausgeübt. Daran müsse sich die Klägerin festhalten lassen. Eine Umstellung der Abrechnung nach mittelspannungsseitiger Messung hätte ihrer (der Streitverkündeten) Zustimmung bedurft; diese sei aber für den streitgegenständlichen Zeitraum nicht eingeholt worden.

§ 7 EEG 2009 sei für die Frage der Vergütung eingespeisten Stromes ohne Relevanz. Der Anlagenbetreiber könne zwar die Art und Weise der Abrechnung bestimmen, aber nicht immer wieder neu den Ort der Abrechnung relevanten Messung. Der einmal einvernehmlich festgelegte Messort könne nicht nach Belieben des Anlagenbetreibers verändert werden; dies brächte rechtliche Unsicherheiten mit sich, die der Gesetzgeber nicht intendiert habe.

Richtigerweise habe das Landgericht auch eine vertragliche Vereinbarung der Parteien mangels schriftlicher Fixierung verneint.

Mit Wirkung zum 03.07.2017 hat die Beklagte ihren Netzbetrieb auf die Y1-GmbH ausgegliedert, wobei zu dem ausgegliederten Vermögen sämtliche dem Teilbetrieb Netz zugeordneten Verträge und Rechtspositionen aus Vertragsangeboten, Vertragsverhandlungen und aus sonstigen Schuldverhältnissen zählen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten und zu den Akten gereichten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die nach §§ 511, 517, 519, 520 ZPO zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten kein Anspruch auf weitere Vergütung für den von ihr in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom und auch kein Anspruch auf weitere Entschädigung wegen durchgeführter Einspeisemanagementmaßnahmen zu.

Zwar ist die Klägerin aktivlegitimiert (1), ihr steht jedoch keine Vergütung auf Grundlage einer zählerbasierten Abrechnung zu, vielmehr hat die Beklagte die Vergütung des von der Klägerin eingespeisten Stroms beanstandungsfrei nach § 19 Abs. 3 EEG 2009 ermittelt und ausgezahlt (2).

1) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Klägerin, wie bereits das Landgericht ausgeführt hat, für die geltend gemachte Forderung aktivlegitimiert. Der Anspruch auf Vergütung für eingespeiste Energie steht von Gesetzes wegen grundsätzlich dem Anlagenbetreiber zu. In dem maßgeblichen Zeitraum 25.02.2010 bis 15.10.2012 war Betreiber des Windparks G... die X2-GmbH, welche zum 30.04.2012 verschmolzen worden ist auf die X2a-AG, die zugleich umfirmiert hat in die X2b-AG. Mit der Verschmelzung ist nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG das Vermögen der X2-GmbH als übertragenden Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger, die X2a-AG übergegangen (Lutter, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 20 UmwG Rn 7). Im Wege einer weiteren Verschmelzung ist in der Folge das Vermögen der X2b-AG zum 30.04.2014 auf die jetzige Klägerin, die X2c-AG übertragen worden.

Der Vermögensübergang umfasst auch die hier geltend gemachten Forderungen gegenüber der Beklagten, die ebenfalls zu dem übergegangenen Vermögen zählen.

Entgegen der Ansicht der Beklagten sind diese Forderungen nicht durch die Ausgliederung des Windparks G... mit Wirkung zum 31.10.2013 auf die X1-GmbH aus dem Vermögen der Klägerin ausgeschieden. Der Gegenstand einer Ausgliederung ist - anders als der Gegenstand einer Verschmelzung - nicht kraft Gesetzes festgelegt, vielmehr bestimmt § 126 Abs. 1 Ziffer 9 UmwG, dass insoweit die Regelungen des Spaltungs- und Aufnahmevertrages maßgeblich sind. Der Ausgliederungsvertrag vom 06.11.2013, geschlossen zwischen der Klägerin, der X2b-AG und der X1-GmbH (Anlage K 22, Bd. II) bestimmt dazu in § 6, dass von der Übertragung ausgenommen sind Forderungen und Verbindlichkeiten, mithin sind die gegenüber der Beklagten geltend gemachten Forderungen in dem nicht übertragenen und auf die Klägerin übergegangenen Vermögen verblieben. Dieses nach dem objektiven Empfängerhorizont vermittelte Verständnis lag dem Ausgliederungsvertrag auch tatsächlich zugrunde, dies wird insbesondere aus der undatierten, in der mündlichen Verhandlung am 08.11.2016 (Bl. 868) übergebenen Vereinbarung zwischen der X1-GmbH und der Klägerin (Bl. 870) deutlich. Auch aus der von der Klägerin vorgelegten Bezugsurkunde zum Ausgliederungsvertrag (Bl. 999) ergibt sich nichts Gegenteiliges, insbesondere enthält diese keine Vereinbarung betreffend die Ausgliederung bereits entstandener Forderungen. Allein der Umstand, dass der „Vertrag über den Anschluss von Erzeugungsanlagen an das Netz der Y2 vom 05.12./13.12.2001“ dort unter Anlage 7 als einer der von der Ausgliederung betroffenen Verträge aufgeführt ist (Bl. 1016), lässt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht darauf schließen, dass abweichend von der grundsätzlichen Regelung in § 6 des Ausgliederungsvertrages die aus dem genannten Vertrag bereits entstandenen Forderungen auf den übernehmenden Rechtsträger ausgegliedert werden. Dies ergibt sich entgegen der Ansicht der Beklagten auch weder aus der Ausgliederung zweier anderer Windparks (S... und D...) - hinsichtlich derer eine Ausgliederung von Altforderungen im Übrigen ebenfalls nicht erkennbar ist - noch daraus, dass die X1-GmbH die laufenden Einspeisevergütungen für den Windpark G... erhält. In Anbetracht der eindeutigen - grundsätzlichen - Regelung in dem Ausgliederungsvertrag, wonach (bereits entstandene) Forderungen nicht Gegenstand der Übertragung ist, stellt die Zuordnung laufender Einspeisevergütung zum Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers kein Indiz dafür dar, dass die bereits in der Vergangenheit, vor dem Stichtag der Ausgliederung am 31.10.2013 entstandenen Ansprüche auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen.

2) Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht allerdings den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf weitere Vergütung betreffend die Energiemengen, die im Zeitraum Februar

bis Oktober 2012 aus dem Windpark G... in das im damaligen Zeitraum im Eigentum der Beklagten stehende Netz eingespeist worden sind, verneint. Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten, die nach Ausgliederung des Teilbetriebs Netz für die streitigen Vergütungsforderungen noch nach Maßgabe des § 133 Abs. 1, 3 UmwG haftet, eine über die unstreitig nach Maßgabe von § 19 Abs. 3 EEG 2009 ermittelte und ausgezahlte Einspeisevergütung hinausgehende Vergütung nicht zu, insbesondere nicht auf Grundlage des von ihr selbst auf Mittelspannungsebene eingebauten Strommengen Zählers. Entsprechend kann die Klägerin von der Beklagten auch keine weitergehenden Entschädigungszahlungen wegen Maßnahmen des Einspeisemanagements verlangen.

a) Auf die von der Klägerin geltend gemachten Vergütungs- und Entschädigungsansprüche für den Zeitraum vom 25.02.2010 bis zum 15.10.2012 kommt das EEG in der am 31.12.2011 geltenden Fassung zur Anwendung, § 100 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017, § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit c) EEG 2014.

b) Die Klägerin kann über die an sie bereits ausgezahlte, nach Maßgabe des § 19 Abs. 3 EEG 2009 ermittelte Einspeisevergütung hinaus eine weitere Vergütung des von ihr in das Netz der Beklagten eingespeisten Stroms nicht verlangen.

Nach § 16 Abs. 1 EEG 2009 müssen Netzbetreiber Anlagenbetreibern Strom aus Anlagen, die ausschließlich Erneuerbare Energien einsetzen, mindestens nach Maßgabe der §§ 18 bis 33 EEG 2009 vergüten. § 19 Abs. 3 EEG 2009 bestimmt dabei, dass bei der Abrechnung von Strom aus mehreren Windenergieanlagen, für die sich unterschiedliche Vergütungshöhen errechnen, über eine gemeinsame Messeinrichtung die Zuordnung der Strommengen zu den einzelnen Windenergieanlagen im Verhältnis der jeweiligen Referenzerträge erfolgt. Unstreitig hat die Beklagte die von dem Windpark G... erzeugte und in das Umspannwerk G... eingespeiste Strommenge auf Grundlage dieser Vorschrift ermittelt und die entsprechende Vergütung an die Klägerin ausgezahlt. Einen Anspruch auf darüber hinausgehende Vergütung hat das Landgericht zu Recht verneint.

aa) Die Voraussetzungen des § 19 Abs. 3 EEG 2009 sind erfüllt: Mit dem Windpark G..., bestehend aus fünf Windenergieanlagen ... und dem Windpark K...-B..., bestehend aus 18 Anlagen des Typs ..., sind mehrere Anlagen im Sinne des § 19 Abs. 1 EEG 2009 an das Umspannwerk G... angeschlossen. Dort wird der jeweils erzeugte Strom von Mittel- auf Hochspannung umgespannt und sodann in die 110-kV-Freileitung der Beklagten eingespeist, wobei die Menge der eingespeisten Energie insgesamt im 110-kV Schaltfeld des Umspannwerkes G... gemessen wird. Für den Strom, der in dem im Jahr 2001 geplanten und auf-

grund des Netzanschlussvertrages vom 05.12./13.12.2001 an das Netz der Beklagten angeschlossenen Windpark K...-B... erzeugt wird, gelten andere Vergütungssätze als für den im Februar/März 2010 in Betrieb genommenen Windpark G....

bb) Weitere Voraussetzungen bestehen für die Abrechnung nach § 19 Abs. 3 EEG 2009 nicht. Insbesondere ist der Berufung nicht darin zu folgen, dass die Vorschrift nur zur Anwendung kommen kann, wenn ausschließlich eine einzige - gemeinsame - Messeinrichtung existiert, nicht jedoch, wenn, wie die Klägerin behauptet, auch für jeden angeschlossenen Windpark zusätzlich mittelspannungsseitig eigene Messeinrichtungen vorhanden sind. Ob der Windpark der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum tatsächlich über einen geeichten Unterzähler verfügte, was die Beklagte bestreitet, kann deshalb dahinstehen. Denn es ist zwar, wie bereits das Landgericht ausgeführt hat, Zweck der Vorschrift, im Falle gemeinsamer Messung die Möglichkeit einer Einzelabrechnung eigenständiger Anlagen zu schaffen und zugleich volkswirtschaftlich unsinnige Kosten, die bei der Errichtung jeweils separater Messeinrichtungen entstünden, zu vermeiden (Reshöft, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG, 4. Aufl. 2014, § 19 Rn 3; Hennig/von Bredow, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG), 5. Aufl. 2018, § 24 Rn 7). Gleichwohl schließt nach dem Gesetzeswortlaut das bloße Vorhandensein von Einzelzählern, die eine windparkgenaue Ermittlung der eingespeisten Strommengen ermöglichen würden, die Abrechnung auf der Grundlage von Referenzwerten nicht aus, sofern tatsächlich eine Abrechnung über einen gemeinsamen Zähler erfolgt, wie es hier der Fall ist.

Ob, wie die Berufung geltend macht, die Anwendbarkeit des § 19 Abs. 3 EEG 2009 ergänzend voraussetzt, dass die Betreiber der gemeinsam angeschlossenen Anlagen willentlich für die Abrechnung über einen gemeinsamen Zähler und damit nach Referenzwerten optiert haben, oder ob es zur Abrechnung über eine gemeinsame Messeinrichtung auch bereits im Rahmen einer einseitigen Zuweisung eines Netzverknüpfungspunktes durch den Netzbetreiber nach § 5 Abs. 1, 3 EEG 2009 kommen kann, kann dahinstehen. Denn jedenfalls liegt eine entsprechende, der Klägerin zuzurechnende Willensäußerung vor. Auf Wunsch der damaligen Betreiberin, der X3- GmbH & Co KG wurde der Windpark G... abweichend von dem nach § 5 Abs. 1 EEG 2009 gesetzlich vorgesehenen nächsten Verknüpfungspunkt an dem bereits existierenden Umspannwerk G... angeschlossen. Dadurch wurden die Kosten für einen separaten Anschluss erspart. Zugleich ist ein Nutzungs- und Dienstleistungsvertrag Umspannwerk G... (Beitrittsvertrag Umspannwerk) zwischen der Betreibergesellschaft des Umspannwerks, der X4-GmbH, und der X3-GmbH & Co KG vom 04.01.2010 (Bl. 41) geschlossen worden, der in § 1 die Bedingungen des zwischen der X4-GmbH (vormals firmierend unter X4a-GmbH) und der Beklagten als Netzbetreiber geschlossenen Netzanschluss-

vertrages vom 05./13.12.2001 über den technischen Anschluss des Umspannwerkes an das Netz des Netzbetreibers (Netzanschlussvertrag Umspannwerk) zum Bestandteil des Beitrittsvertrags Umspannwerk erklärt. § 3 Ziffer 1 dieses Netzanschlussvertrages (Bl. 55) bestimmt, dass die Messung der elektrischen Energie als 110 kV-Messung in dem 110 kV-Schaltfeld des Umspannwerkes G... des Anschlussnehmers erfolgt. Da das Umspannwerk unstreitig nur über ein einziges 110 kV-Schaltfeld verfügt, hat die X3-GmbH & Co KG damit bestimmt, dass der Strom des Windparks G... zugleich mit dem in dem bereits an das Umspannwerk G... angeschlossenen Windpark K...-B... der Streitverkündeten über eine einheitliche Messeinrichtung abgerechnet wird. An dieser Bestimmung hat sich die Klägerin, auf die die X3-GmbH & Co KG mit Vertrag vom 17.12.2009 verschmolzen worden ist (Bl. 23), festhalten zu lassen. Dem steht auch entgegen der Ansicht der Klägerin nicht das Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 2 EEG 2009 entgegen, denn die Abrechnung nach Referenzwerten beruht auf § 19 Abs. 3 EEG 2009 und damit auf einer gesetzlichen Regelung des EEG.

cc) Entgegen der Ansicht der Berufung kann sich die Klägerin, wie ebenfalls bereits das Landgericht ausgeführt hat, nicht einseitig von dieser Festlegung des Abrechnungsmodus lösen. Dem Anlagenbetreiber steht kein dauerhaftes, einseitig auszuübendes Wahlrecht zu, statt über die gemeinsame Messeinrichtung über einen Einzelzähler abzurechnen. Denn die Vorschrift des § 19 Abs. 3 EEG 2009 setzt voraus, dass alle an eine gemeinsame Messeinrichtung angeschlossenen Anlagenbetreiber nach dem gleichen System abrechnen, entweder, wie gesetzlich vorgesehen, nach Referenzerträgen, oder - entsprechend gesonderter vertraglicher Vereinbarung - auf der Grundlage von Einzelzählern. Der Wechsel des Abrechnungssystems nur eines von mehreren Anlagenbetreibern führte dazu, dass die Kosten der Messung und des vom Umspannwerk selbst verbrauchten Stroms und der zu berücksichtigende Leistungs- bzw. Umspannverluste nicht proportional auf alle angeschlossenen Anlagenbetreiber aufgeteilt werden könnten, mit der Folge, dass diese entweder vom Netzbetreiber oder von den nicht am Systemwechsel teilnehmenden Anlagenbetreibern zu tragen wären. Dafür enthält das Gesetz allerdings keine Grundlage. Vielmehr kann - wie allgemein bei mehrpolaren Schuldverhältnissen - eine Änderung des Abrechnungssystems nur einvernehmlich unter Zusammenwirken aller an dem Betrieb der gemeinsamen Messstation Beteiligten herbeigeführt werden, nämlich den jeweiligen Anlagenbetreibern, dem Betreiber des Umspannwerkes und dem Netzbetreiber.

Der Klägerin ist nicht in ihrer Ansicht beizutreten, dies habe zur Folge, dass ein ungerechtfertigter Haftungsverband zwischen ihr und der Streitverkündeten entstehe, der die Gefahr begründe, dass Letztere im Falle eines technisch schlechteren Zustands ihres Windparks auf Grundlage der Abrechnung nach Referenzerträgen ungerechtfertigte Strommengen zuge-

sprochen bekäme. Vielmehr sind etwaig mit der pauschalen Abrechnung verbundene finanzielle Nachteile dadurch gerechtfertigt, dass die Klägerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin aufgrund autonomer Entscheidung durch die Wahl des Anschlusspunktes und die Zustimmung zu dem Beitrittsvertrag Umspannwerk auf den selbständigen Anschluss ihrer Stromerzeugungsanlagen an das Netz der Beklagten verzichtet und dadurch Kosten erspart hat.

Ein einseitiges, dauerhaftes Wahlrecht ergibt sich entgegen der Ansicht der Berufung auch nicht aus der dem Anlagenbetreiber nach § 7 Abs. 1 EEG 2009 zustehenden Messhoheit. Danach ist der Anlagenbetreiber berechtigt, den Betrieb der Messeinrichtung einschließlich der Messung vom Netzbetreiber oder einer fachkundigen dritten Person vornehmen zu lassen, was voraussetzt, dass er auch berechtigt ist, die Ablesung selbst vorzunehmen. Die Feststellung der von ihm eingespeisten Menge liegt damit grundsätzlich in seinem Verantwortungsbereich, allerdings erschöpft sich die Messung in einem Ablesen der Daten und ihrer Weitergabe an den Netzbetreiber (BGH, Beschluss vom 26.02.2013 - EnVR 10/12 - Photovoltaikanlage, Rn 10). § 7 EEG 2009 trifft damit zwar Regelungen in Bezug auf die technische Lösung der Messung, stellt aber - wie sich bereits aus der Verortung der Vorschrift im Allgemeinen Teil und nicht in dem Abschnitt betreffend die Vergütung ergibt - keine Vergütungsvorschrift dar und regelt mithin nicht, wie der eingespeiste Strom abzurechnen und zu vergüten ist. Ein darüber hinausgehender Regelungsgehalt kommt auch § 448 Abs. 1 BGB nicht zu, wonach der Verkäufer die Kosten der Übergabe, mithin der Lagerung, Messung und des Wiegens zwecks Bereitstellung zur Übergabe bzw. Lieferung zu tragen hat. Schließlich lässt auch die Vorschrift des § 33c EEG 2012 keinen Rückschluss darauf zu, dass der Anlagenbetreiber einseitig von einem einmal vereinbarten Abrechnungssystem Abstand nehmen kann. Selbst wenn - unter der Geltung des EEG 2012 - eine Umsetzung der Direktvermarktung nur bei Vorliegen einer eigenen Messeinrichtung je Anlage möglich wäre, lässt sich daraus nicht schließen, dass der Anlagenbetreiber eine entsprechende Abrechnung ohne Zustimmung der weiteren an dem Umspannwerk Angeschlossenen herbeiführen kann.

dd) Wie das Landgericht weiter zutreffend ausgeführt hat, haben die Parteien für den streitgegenständlichen Zeitraum auch keine von § 19 Abs. 3 EEG 2009 abweichende Abrechnungsweise vereinbart. Zu einer Abänderung des Vertrags über den Beitritt zum Umspannwerk in Verbindung mit dem Netzanschlussvertrag vom 05./13.12.2001 ist es vielmehr erst mit der „Vereinbarung über die Erfassung und Abrechnung des von der Y3-AG abgenommenen Stromes - Abrechnungsvereinbarung“ vom 24.08.2011/25.05.2012 (Bl. 141) gekommen, der zu einer Umstellung der Abrechnung ab dem 15.10.2012 und damit erst nach dem streitgegenständlichen Zeitraum geführt hat.

Zuvor gab es zwar Bestrebungen der Anlagenbetreiber, auf eine windparkgenaue mittelspannungsseitige Messung umzustellen, es fehlt jedoch an einer verbindlichen Einigung über einen Wechsel des Abrechnungssystems. So bestimmt zwar bereits § 2 Nr. 1 S. 2 des Beitrittsvertrages zum Umspannwerk vom 04.01.2010, abgeschlossen zwischen der X4-GmbH und der Rechtsvorgängerin der Klägerin, der X3-GmbH & Co KG (Bl. 42), dass zum Zweck getrennter Erfassung der eingespeisten und bezogenen Energiemenge eigenständige, geeichte und fernauslesbare Mittelspannungsmesseinrichtungen in das technisch noch anzupassende Mittelspannungsfeld eingebaut werden. Nähere Ausführungen befassen sich mit den notwendigen Umbauten und der Kostenregelung. Es findet sich jedoch keine Regelung dahingehend, dass ab einem bestimmten Datum oder einem Stichtag nach Abschluss der Umbauarbeiten eine Umstellung der Abrechnung als vereinbart geltend soll. Stattdessen verweist der Vertrag in § 1 auf die Regelungen des Netzanschlussvertrages vom 05./13.12.2001, der als maßgeblich die Messung im 110 kV-Schaltfeld bestimmt. Aus der per E-Mail an die Beklagte versandten Nachricht der X5-AG vom 23.02.2010 (Bl. 117) ergibt sich zudem, dass auch die X5-AG, welche den streitgegenständlichen Windpark errichtet hat, noch zu diesem Zeitpunkt nicht von einer verbindlichen Vereinbarung einer Messung auf 20 kV-Eben ausging.

Vergleichbare Bestrebungen, eine Messung der am Anschlusspunkt eingespeisten elektrischen Energie an der 20-kV-Schaltzelle als Mittelspannungsmessung vorzunehmen, enthielt Ziffer 7 des Entwurfs eines „Vertrages über die Lieferung elektrischer Energie in das Netz der Y3-AG - Einspeisevertrag“ (Bl. 122, 128) zwischen der X3-GmbH & Co KG und der Beklagten, der am 29.04.2010 nur von Seiten des Anlagebetreibers unterzeichnet worden ist. Die Beklagte hat diesen Vertrag nicht unterzeichnet. Wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat, ist dieser Vertrag deshalb mangels Unterschrift der Beklagten als Netzbetreiberin nicht wirksam zustande gekommen, denn mit der schriftlichen Abfassung des Vertrages haben die Parteien auch für die Zustimmung der Beklagten ein entsprechendes Schriftformerfordernis begründet, § 154 Abs. 2 BGB. Der Umstand, dass jede Seite des Vertrages in der rechten unteren Ecke mit einer Paraphe eines Mitarbeiters der Beklagten versehen ist, ersetzt die auf der letzten Seite im dafür vorgesehenen Feld fehlende Unterschrift nicht (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 15.11.2006 - IV ZR 122/05).

Der Berufung ist auch nicht darin zu folgen, dass die Parteien bereits unter dem 04.03.2010 mündlich verbindlich die Umstellung der Abrechnung von der Referenzertragsberechnung auf Einzelzählermessung vereinbart haben. Der von den Parteien aus dem Zeitraum nach diesem Termin vorgelegte Schriftverkehr bietet Anlass zu erheblichen Zweifeln an der ent-

sprechenden Darstellung der Klägerin, denn in dem dem Gespräch unmittelbar nachfolgenden Schreiben der X4-GmbH an die Beklagte vom 17.03.2010 (Bl. 120) wird unter Bezugnahme auf das Gespräch am 04.03.2010 einleitend ausgeführt, mit dem Schreiben sollten die Rahmenbedingungen für ein Abrechnungskonzept festgelegt werden. Aus der E-Mail der X5-AG an die Beklagte vom 12.05.2010 (Bl. 134) wird zudem deutlich, dass bis zu diesem Zeitpunkt ein Einbau mittelspannungsseitiger Messeinrichtungen noch nicht realisiert, eine windparkgenaue Abrechnung somit noch nicht möglich war. Jedenfalls käme einer solchen Vereinbarung rechtliche Wirkung nicht zu, denn sie wäre allenfalls zwischen der Klägerseite und der Beklagten zustande gekommen, ohne die notwendige Beteiligung der Streitverkündeten als weiteren an dem Umspannwerk angeschlossenen Anlagenbetreiber und ohne Beteiligung des Betreibers des Umspannwerks selbst. Wie ausgeführt, kann eine Umstellung des Abrechnungssystems aber nur gegenüber allen Anlagenbetreibern und dem Umspannwerkbetreiber einheitlich erfolgen, denn die widerspruchsfreie Aufteilung der Vergütung unter proportionaler Verteilung der Kosten setzt die Verteilung der zu vergütenden Strommengen gegenüber allen Beteiligten nach derselben Methode voraus.

ee) Schließlich muss sich die Beklagte auch nicht so behandeln lassen, als habe sie den Vertrag, wie von der Klägerin gewünscht, geschlossen. Soweit die Klägerin einwendet, es sei mit den allgemeinen Regeln der Rechtsordnung nicht vereinbar, dass die Streithelferin Vergütung für Strommengen erhält, die nicht sie, sondern die Klägerin eingespeist habe, lässt sie außer Acht, dass diese Folge der durch gesetzgeberisches Ermessen gedeckten Regelung in § 19 Abs. 3 EEG 2009 ist, mit der eine pauschale Abrechnung zugelassen wird, um an anderer Stelle, nämlich durch Verzicht auf individuellen Anschluss an das Stromnetz und Einbau individueller Zähler Kosten zu sparen. Dass die Klägerin tatsächlich eine eigene Messeinrichtung eingebaut hat und letztlich keine Kosten erspart hat, erfolgte im Vorgriff auf eine entsprechende Änderung der vertraglichen Regelungen und steht der Anwendung des § 19 Abs. 3 EEG 2009 bis zu einer verbindlichen Einigung über den Wechsel des Abrechnungssystems nicht entgegen. Denn zunächst ist die Klägerin in bestehende Verträge eingetreten, an deren Regelungen sie sich - bis zu ihrer wirksamen Abänderung - festhalten lassen muss. Um einer entsprechenden Bindungswirkung zu begegnen, hätte die Klägerin vor Anschluss ihrer Windenergieanlagen an das Netz der Beklagten zunächst eine entsprechende Vertragsänderung verhandeln müssen. Diesen Weg hat sie nicht bestritten, sondern den Vorteil des schnelleren Anschlusses mit dem Nachteil der pauschalen Abrechnung erkaufte.

ff) Schließlich steht der Klägerin gegenüber der Beklagten auch kein Anspruch auf Schadensersatz wegen entgangener Vergütung im Hinblick auf Verzögerungen bei der Vertragsumstellung zu. Wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, lässt sich nicht

feststellen, dass die Beklagten in pflichtwidriger Weise den Abschluss einer Vereinbarung über eine von § 19 Abs. 3 EEG 2009 abweichende Abrechnung des in den Windparks G... und K... erzeugten Stroms verzögert hätte. Vielmehr fehlte es, wie die Beklagte mit Schriftsatz vom 14.08.14 ausgeführt hat, an der für die Umstellung des Abrechnungssystems notwendigen Zustimmung der Streitverkündeten sowie dem für den Umbau des Umspannwerks erforderlichen Einverständnis des Umspannwerkbetreibers. Letzteres ist erst mit Schreiben vom 25.04.2012 erteilt worden (Bl. 470), kurz danach, am 25.05.2012 hat die Beklagte der Vertragsänderung zugestimmt (Bl. 145). Ob durch die zuvor erfolgte Paraphierung des Vertragsentwurfes vom 20.04.2010, wie die Klägerin behauptet, überhaupt ein Vertrauenstatbestand begründet worden ist, bedarf deshalb keiner Entscheidung.

3) Ein Anspruch auf Zahlung weiterer Entschädigung wegen Maßnahmen des Einspeisemanagements im streitgegenständlichen Zeitraum besteht ebenfalls nicht. Die Klägerin macht insoweit Ansprüche nach Maßgabe von § 12 EEG 2009 geltend wegen entgangener Vergütung, die sie erzielt hätte, wenn keine Einspeisemanagementmaßnahmen vorgenommen worden wären und die Vergütung auf Basis konkreter Abrechnung bei mittelspannungsseitiger Messung der eingespeisten Strommengen berechnet worden wäre. Unstreitig hat die Klägerin Entschädigung für aufgrund von Einspeisemanagementmaßnahmen entgangene Vergütung wegen der auf Grundlage von Referenzerträgen nach § 19 Abs. 3 EEG 2009 ermittelten Strommengen erhalten. Weitergehende Ansprüche stehen ihr nicht zu, denn aus den vorgenannten Gründen muss sich die Klägerin für den streitgegenständlichen Zeitraum an der pauschalen Abrechnung festhalten lassen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 91 a, 101 Abs. 1 ZPO.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit sie mit dem Zahlungsantrag betreffend Vergütung und Entschädigung aus Einspeisemanagement der aus dem Windpark G... eingespeisten Strommengen unterlegen ist.

Soweit die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der im Zusammenhang mit dem Windpark L... erhobenen Zahlungsanträge zu 2) und 4) in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, waren die Kosten von jeder Partei anteilig zu tragen. Erklären die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt, hat das Gericht nach § 91 a ZPO über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Dabei stellt der Senat maßgeblich auf das in dem am 28.08.2018 festgestellten Vergleich zum Ausdruck gekommene Maß des gegenseitigen Nachgebens der

Parteien in Bezug auf die streitige Forderung ab. In diesem Vergleich hat sich die Beklagte verpflichtet, auf den geforderten Betrag in Höhe von insgesamt 97.619,18 € eine Summe von 81.558,23 € zu zahlen, was in Bezug auf die im Zusammenhang mit dem Windpark L... erhobenen Forderungen einer Quote von 84 % zu Lasten der Beklagten entspricht.

Bezogen auf die gesamten Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin daher 95 %, die Beklagte 5 % zu tragen, wobei die Kostenentscheidung betreffend die Streithelferin der Vorschrift des § 101 Abs. 1 ZPO folgt.

IV.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit gründet sich auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 19 Abs. 3 EEG 2009 bzw. seiner Nachfolgevorschriften in einer Vielzahl weiterer Streitigkeiten zum Tragen kommen können.

Eberhard

Dr. Hein

Kretschmann