BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 280/05

Verkündet am:
13. Februar 2008
Ring,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

KWKG (2000) § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2, § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2, § 4

Zu der Frage, wer bei der Finanzierung einer Kraft-Wärme-Kopplungsanlage mittels einer Fondslösung der Betreiber der Anlage ist, dem im Falle des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG (2000) die Vergütung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2, § 4 KWKG (2000) zusteht.

BGH, Urteil vom 13. Februar 2008 - VIII ZR 280/05 - OLG Jena
LG Erfurt

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Februar 2008 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richter Wiechers und Dr. Wolst sowie die Richterinnen Hermanns und Dr. Milger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 22. November 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin und die Energieversorgung G. GmbH (im Folgenden E.) sind Tochtergesellschaften der Stadtwerke G. AG. Die E. hat die Aufgabe der örtlichen Stromversorgung, die Klägerin unter anderem die der Stromerzeugung. Am 30. März 1994 schlossen die Klägerin und die E. mit dem regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen, der O. AG (im Folgenden O.), die später mit zwei weiteren Unternehmen auf die Beklagte verschmolzen wurde, einen Elektrizitätslieferungsvertrag. Darin verpflichtet sich die Klägerin, den Strom, der über den von ihr selbst durch Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) erzeugten Strom hinaus für die

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Stadt G. benötigt wird, von der O. zu beziehen (Nr. 1.2). Zugleich verpflichtet sich die O. , von der Klägerin überschüssigen KWK-Strom abzunehmen (Nr. 1.2.3).

2 Den Ersatz ihrer veralteten Braunkohlekraftwerke durch moderne Kraftwerke mit KWK-Anlagen auf der Basis von Erdgas verwirklichte die Klägerin mit Hilfe einer Fondslösung. Dazu schloss sie am 20. Dezember 1995 mehrere Verträge mit der K. GmbH & Co. KG (früher Gr. mbH & Co. KG; im Folgenden GD), einer steuerlichen Fondsgesellschaft. Zunächst übertrug die Klägerin der GD das Erbbaurecht an zwei Grundstücken, auf denen die GD gemäß einem Generalübernehmervertrag von der Klägerin die beiden Kraftwerke G. N. und S. errichten ließ. Weiter schlossen die Klägerin und die GD einen Betriebsführungsvertrag. Darin wird die Klägerin von der GD mit der "vollumfänglichen Betriebsführung" der beiden Kraftwerke beauftragt; diese umfasst namentlich die Einholung der erforderlichen Genehmigungen, den Abschluss der erforderlichen Versicherungen sowie der Verträge über die Lieferung der Brenn- und sonstigen Betriebsstoffe im Namen und auf Rechnung von GD und die Stellung des Personals auf eigene Rechnung der Klägerin (§ 1). Als Vergütung erhält die Klägerin eine Pauschale von 5 Mio. DM pro Jahr, mit der grundsätzlich alle Sach- und Personalaufwendungen sowie sonstigen Aufwendungen abgegolten sind (§ 2 Nr. 1 und Nr. 3.1). Erneuerungsmaßnahmen an wesentlichen Anlagenteilen mit Kosten von mehr als 1 Mio. DM sowie Großreparaturen an Betriebsgebäuden mit Kosten von mehr als 50.000 DM sind von der GD zu erstatten (§ 2 Nr. 3.2). Schließlich schlossen die Klägerin, die E. und die GD noch einen Energielieferungsvertrag. Darin verpflichtet sich die Klägerin, "nach ihren Bedürfnissen" die elektrische und thermische Energie aus den beiden Kraftwerken abzunehmen (§ 1 Nr. 1 und 2). Die GD verpflichtet sich, die gesamte erzeugte Elektrizität und Wärme an die Klägerin zu liefern (§ 1 Nr. 4). Die von der Klägerin zu zahlende

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

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

Vergütung besteht aus der Basisvergütung, die unabhängig von der Lieferung und Abnahme von Strom und Wärme zu erbringen ist, und aus der Betriebsvergütung, die zu erbringen ist, solange die GD zumindest teilweise Strom und Wärme liefert (§ 4 Nr. 2.1). Die Basisvergütung gliedert sich in Kapitalkosten (für die Errichtung der Kraftwerke), Betriebsführungskosten sowie Kosten für Brennstoffe und sonstige Betriebsmittel, soweit sie auch bei Nichterbringung von Strom- und Wärmeleistungen anfallen (§ 4 Nr. 2.2). Die Betriebsvergütung besteht aus Betriebsführungskosten, Kosten für Brennstoffe und sonstige Betriebsmittel sowie sonstigen Kosten, soweit sie nur bei Erbringung von Strom- und Wärmeleistungen anfallen (§ 4 Nr. 2.3). Die einzelnen Kostenarten sind jeweils näher geregelt (§§ 5 bis 8). Zu den Betriebsführungskosten gehören mit Ausnahme bestimmter Erneuerungs- und Reparaturkosten alle Kosten, die nach dem Betriebsführungsvertrag von der GD an die Klägerin zu zahlen sind (§ 6). Weitere Regelungen betreffen unter anderem zusätzliche Investitionskosten der GD, die zu einer Anpassung der Kapitalkosten führen (§ 9), die Störung und Unterbrechung (§ 10), die Haftung (§ 13) und ein Andienungsrecht der GD zum Ablauf der Vertragszeit von 13,5 Jahren zu einem bestimmten Kaufpreis, der sich jedoch unter anderem um Aufwendungen der GD für Erneuerungs- und Reparaturkosten erhöht (§ 16).

3 In einem Nachtrag vom 26. August/17. September 1997 zu dem Elektrizitätslieferungsvertrag vom 30. März 1994 vereinbarten die Klägerin, die E. und die Beklagte für den von der Beklagten abzunehmenden KWK-Überschussstrom der Klägerin einen Preis in Höhe von 4,69 Pf/kWh.

4 In dem vorliegenden Rechtsstreit begehrt die Klägerin von der Beklagten für den KWK-Überschussstrom, den diese in der Zeit vom 18. Mai 2000, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz) vom 12. Mai 2000

(BGBl. I S. 703; im Folgenden KWKG 2000), bis zum 30. September 2001 über das Netz der E. aus dem Kraftwerk G. N. bezogen hat, den Unterschiedsbetrag zwischen der vertraglich vereinbarten Vergütung und der Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 KWKG 2000 von 9 Pf/kWh, insgesamt 2.363.936,54 € nebst Prozesszinsen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist begründet.

I.

6 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die Klägerin sei für die Geltendmachung des gesetzlichen Vergütungsanspruches aus § 4 Abs. 1 KWKG nicht aktivlegitimiert. Eine Förderungsberechtigung der Klägerin könne vorliegend allenfalls nach der Vertragslieferungsvariante des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG bestehen. Dafür müsse die Klägerin Betreiberin der Anlage sein. Das sei nur derjenige, der, ohne notwendigerweise Eigentümer zu sein, die tatsächliche Herrschaft über die Anlage ausübe, ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimme und sie auf eigene Rechnung nutze, mithin das wirtschaftliche Risiko trage. Da die Klägerin den Betrieb der KWK-Anlage für die GD führe, welche deren Eigentümerin sei, komme es für die Frage, wer von ihnen das wirtschaftliche Risiko der Anlage trage, maßgeblich auf die getroffenen Vereinbarungen an. Auch eine verknüpfende Gesamtbetrachtung der in dem Energielieferungsvertrag einerseits und dem

Betriebsführungsvertrag andererseits getroffenen Regelungen lasse indes keine Feststellung zu, dass die Klägerin das wirtschaftliche Risiko trage.

8 Es könne bereits nicht festgestellt werden, dass die Klägerin das Mengenabsatzrisiko trage. So sehe § 1 des Energielieferungsvertrages ausdrücklich eine Abnahme durch die Klägerin "nach ihren Bedürfnissen" vor, so dass für sie keine vollumfängliche Abnahmeverpflichtung bestehe. Da andererseits die GD nach § 4 des Energielieferungsvertrages keine Betriebsvergütung erhalte, wenn sie ihrerseits nicht in der Lage sei, ihre Lieferverpflichtung gegenüber der Klägerin zu erfüllen, obliege der GD das Leistungs- und Preisrisiko wie auch das Mengenabsatzrisiko. Denn wenn die Klägerin mangels eigenen Bedarfes nicht den gesamten produzierten Strom abnehme, verblieben die Erzeugungskosten insoweit bei der GD. Soweit die Klägerin das Personal gemäß § 1 Ziff. 3 des Betriebsführungsvertrages auf eigene Rechnung einstelle sowie Genehmigungen zu beantragen und Versicherungen abzuschließen habe, könne hieraus nichts für eine Übernahme des wirtschaftlichen Risikos abgeleitet werden. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die Klägerin gemäß § 2 Ziff. 1.2.2 des Betriebsführungsvertrages für die Stellung des Personals eine kostendeckende Vergütung erhalte und auch die Versicherungen wie im Übrigen auch die Liefer- und Versorgungsverträge gemäß § 2 Ziff. 2.4 des Vertrages im Namen und auf Rechnung der GD abgeschlossen würden. Soweit die Klägerin darauf verweise, dass die an sie pauschal zu zahlenden Betriebsführungskosten über die Preisregelung an die GD zurückflössen, gelte dies nur eingeschränkt. So räume die Klägerin selbst ein, dass die in der sogenannten Nichterbringungsphase angefallenen Versicherungskosten wie auch teilweise Kosten für Reparaturen und Neuerungsmaßnahmen endgültig bei der GD verblieben. Darüber hinaus sei zu sehen, dass der Zahlungspflicht der Klägerin nach § 4 des Energielieferungsvertrages wiederum eine Gegenleistung, nämlich die Erbringung der elektrischen Energie und deren Vorhaltung, gegenüberstehe. Hierauf komme es aber

nicht maßgeblich an, da bereits entscheidend gegen die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos durch die Klägerin das der GD verbleibende Mengenabsatzrisiko spreche. Auch aus dem in § 16 des Energielieferungsvertrages vereinbarten Andienungsrecht ergebe sich nichts anderes. Zum einen habe die GD nur ein Andienungsrecht, aber keine Pflicht und zum anderen bestehe dieses erst nach 13,5 Jahren, so dass es nicht dazu führen könne, dass die Klägerin schon zuvor - bevor die GD davon Gebrauch mache - die wirtschaftlichen Risiken der Anlage trage.

9 Da es bereits an einer Aktivlegitimation der Klägerin fehle, könnten die Fragen der Passivlegitimation der Beklagten und die von der Beklagten im Übrigen geltend gemachten Einwände offen bleiben.

II.

10 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach den bisher getroffenen Feststellungen hat das Berufungsgericht den von der Klägerin gegen die Beklagte geltend gemachten Anspruch aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG 2000 auf Zahlung des - rechnerisch nicht streitigen - Unterschiedsbetrages zwischen der vertraglich vereinbarten und der in § 4 Abs. 1 KWKG 2000 bestimmten Vergütung für den von der Beklagten in der Zeit vom 18. Mai 2000 bis zum 30. September 2001 über das Netz der E. aus dem Kraftwerk G. N. bezogenen Strom in Höhe von insgesamt 2.363.936,54 € zu Unrecht verneint.

11 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings stillschweigend davon ausgegangen, dass der streitige Vergütungsanspruch noch nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 12. Mai 2000 (aaO) zu beurteilen ist. Dieses Gesetz ist zwar inzwischen außer Kraft getreten. Das ist jedoch nach § 13 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der

Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz) vom 19. März 2002 (BGBl. I 2002 S. 1092; im Folgenden KWKG 2002) erst am 1. April 2002 und damit nach dem hier in Rede stehenden Zeitraum geschehen.

12 2. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 KWKG sind Netzbetreiber verpflichtet, KWK-Anlagen nach § 2 Abs. 1 an ihr Netz anzuschließen, den Strom aus Anlagen nach § 2 abzunehmen und den eingespeisten Strom nach § 4 zu vergüten. Diese Verpflichtung wird durch § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG dahin eingeschränkt, dass bereits bestehende vertragliche Abnahmeverpflichtungen auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 3 unberührt bleiben. Hier kommt nach der zutreffenden und von der Revision nicht angegriffenen Ansicht des Berufungsgerichts lediglich ein Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG in Betracht. Danach gilt das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz auch für Strom aus KWK-Anlagen auf der Basis von Steinkohle, Braunkohle, Erdgas, Öl oder Abfall, der auf der Grundlage von Lieferverträgen, die vor dem 1. Januar 2000 abgeschlossen wurden, von einem Energieversorgungsunternehmen bezogen wird (vgl. dazu grundlegend Senatsurteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 236/02, WM 2004, 2256, unter II 2 c; ferner Senatsurteil vom 10. März 2004 - VIII ZR 213/02, WM 2004, 2264, unter B I 2 a; Senatsurteil vom 14. Juli 2004 - VIII ZR 345/03, VersorgW 2004, 276, unter II 2; Senatsurteil vom 14. Juli 2004 - VIII ZR 356/03, RdE 2004, 300 = ZNER 2004, 272, unter II 3 b; Senatsurteil vom 15. Juni 2005 - VIII ZR 74/04, WM 2005, 2057, unter II 1 b; Senatsurteil vom 6. Juli 2005 - VIII ZR 152/04, WM 2005, 1916, unter II 2 a).

13 Nach dem sich aus dem Berufungsurteil ergebenden Sach- und Streitstand besteht zwischen den Parteien kein Streit darüber, dass der in Rede stehende Strom auf der Grundlage eines vor dem 1. Januar 2000 geschlossenen Liefervertrages, nämlich dem Energielieferungsvertrag vom 30. März 1994, von einem Energieversorgungsunternehmen, der Beklagten, bezogen worden

ist und dass dieser Strom, was nach der Senatsrechtsprechung (aaO) hinzukommen muss, für die von der Beklagten betriebene allgemeine Versorgung bestimmt gewesen ist. Streitig ist auch nicht, dass es sich bei dem Kraftwerk G. N. , aus dem der in Rede stehende Strom nach der Behauptung der Klägerin stammt, um eine KWK-Anlage auf der Basis von Erdgas handelt. Die Beklagte hat jedoch bestritten, dass es sich bei dem von ihr bezogenen Strom insgesamt um KWK-Strom handelt. Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist dies indessen in der Revisionsinstanz gemäß der Behauptung der Klägerin zu deren Gunsten zu unterstellen.

14 3. Ist danach jedenfalls zu unterstellen, dass der in Rede stehende Strom gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG 2000 in den Anwendungsbereich des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2000 fällt, steht die dafür gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2, § 4 KWKG 2000 geschuldete Vergütung nach der Rechtsprechung des Senats dem Betreiber der Anlage zu, aus der der Strom stammt. Das ist in den genannten Vorschriften zwar nicht ausdrücklich geregelt. Dafür sprechen jedoch der nach § 1 KWKG 2000 bezweckte Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung vor sinkenden Strompreisen im liberalisierten Strommarkt, der nur zu verwirklichen ist, wenn der Vergütungsanspruch dem Anlagenbetreiber zugute kommt, sowie die Regelungen in § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 und § 4 Abs. 2 KWKG, die sinnlos wären, wenn etwa das den Strom beziehende Energieversorgungsunternehmen anspruchsberechtigt wäre (grundlegend Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO, unter II 3 b; ferner Senatsurteil vom 10. März 2004, aaO, unter B I 2 b und B II; Senatsurteile vom 14. Juli 2004, aaO, unter II 3 bzw. unter II 3 c; Senatsurteil vom 15. Juni 2005, aaO, unter II 1 c; Senatsurteil vom 6. Juli 2005, aaO, unter II 2 b). Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Zu Unrecht hat es jedoch angenommen, dass bei der hier gegebenen Fondslösung nicht die Klägerin, sondern die GD Betreiberin des Kraftwerks G. N. sei.

15 a) Wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, ist nach der Senatsrechtsprechung unter dem Begriff des Anlagenbetreibers, der im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2000 nicht definiert ist, in Anlehnung an das Immissionsschutzrecht derjenige zu verstehen, der, ohne notwendigerweise Eigentümer zu sein, die tatsächliche Herrschaft über die Anlage ausübt, ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt und sie auf eigene Rechnung nutzt, mithin das wirtschaftliche Risiko trägt. In diesem Sinne wird allgemein auch die gesetzliche Definition des Anlagenbetreibers in § 3 Abs. 10 KWKG 2002 verstanden. Insbesondere ist Satz 1 der Vorschrift, wonach Betreiber von KWK-Anlagen diejenigen sind, die den Strom in ein Netz für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität einspeisen, nicht so zu verstehen, dass die bloße Einspeisung des von einem Dritten erzeugten Stroms ausreicht, um die Eigenschaft als Anlagenbetreiber zu erfüllen. Aus den Materialien zu dem erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in das Gesetz eingefügten § 3 Abs. 10 KWKG 2002 ergibt sich vielmehr, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers Anlagenbetreiber derjenige sein soll, der die Anlage tatsächlich unterhält und das wirtschaftliche Risiko trägt (vgl. Stellungnahme des Bundesrates in BR-Drs. 644/01 (Beschluss), S. 4/5 = BT-Drs. 14/7024, S. 17; Gegenäußerung der Bundesregierung in BT-Drs. 14/7086, S. 3; Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen in BT-Drs. 14/8059, S. 11, jeweils Begründung zu § 3 Abs. 10 neu). Dementsprechend heißt es auch in § 3 Abs. 10 Satz 2 KWKG 2002, dass die Betreibereigenschaft von der Eigentümerstellung des Anlagenbetreibers unabhängig ist (Urteil vom 14. Juli 2004 - VIII ZR 356/03, aaO, unter II 3 c bb (1) m.w.N.; vgl. auch bereits Urteil vom 11. Juni 2003 - VIII ZR 161/02, ZNER 2003, 234, unter B I 1 zum Begriff des Anlagenbetreibers im Sinne des StrEG und des EEG).

16 Zu einer anderen Beurteilung besteht auch bei einer Fondslösung, wie sie hier vorliegt, keine Veranlassung. So heißt es in der Gesetzesbegründung zu der Vorschrift des § 3 Abs. 10 KWKG 2002, die, wie vorstehend erwähnt,

den Begriff des Anlagenbetreibers gesetzlich definiert, die Zuschläge gemäß § 4 Abs. 3, § 5 KWKG 2002 zur vertraglich vereinbarten Vergütung beträfen den tatsächlichen Betreiber der KWK-Anlage unabhängig von der Eigentümerfrage. Soweit KWK-Anlagen im Wege eines Fonds- oder Leasingmodells finanziert würden, entspreche es dem Zweck des Gesetzes, wenn die darin vorgesehenen Zuschläge denjenigen träfen, der als Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung auf Basis der Erzeugungskosten, Mengenabsatz- und Erlösrisiken das wirtschaftliche Risiko der Stromproduktion in der KWK-Anlage trage (BT-Drs. 14/8059, S. 11). Daraus wird deutlich, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch bei Fondsmodellen derjenige Anlagenbetreiber ist, der das wirtschaftliche Risiko des Betriebs der Anlage trägt. Darüber besteht auch unter den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits kein Streit.

17 b) Dem Berufungsgericht kann aber nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht darin gefolgt werden, dass hier nicht die Klägerin, sondern die GD das wirtschaftliche Risiko des Betriebs des Kraftwerks G. N. wie das des Kraftwerks G. S. trage. Diese Annahme beruht zwar auch auf einer tatrichterlichen Auslegung von Individualvereinbarungen, nämlich des Betriebsführungsvertrages und des Energielieferungsvertrages vom 20. Dezember 1995, die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs revisionsrechtlich nur beschränkt auf Rechtsfehler hin überprüfbar ist (z.B. BGHZ 135, 269, 273; 137, 69, 72; 154, 132, 133; 160, 83, 90, 95 f.). Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht jedoch gemäß den nachstehenden Ausführungen unterlaufen. Insbesondere hat das Berufungsgericht die genannten Verträge nur unvollständig gewürdigt.

18 aa) Bereits der Prospekt mit dem Beteiligungsangebot der GD spricht dafür, dass die Klägerin das wirtschaftliche Risiko des Betriebs der Kraftwerke

trägt. Darin heißt es im Zusammenhang mit der Darstellung der "umfassenden Vergütungsregelung" des Energielieferungsvertrages, diese resultiere "aus der Konzeption, nach der die Fondsgesellschaft keine wirtschaftlichen Risiken tragen soll, die mit dem Kraftwerksbetrieb verbunden sind". Dem Berufungsgericht ist zwar zuzugeben, dass diese Prospektangabe nichts darüber besagt, ob das den Anlegern gegenüber zum Ausdruck gebrachte Ziel auch tatsächlich rechtlich und wirtschaftlich mit Erfolg in den entsprechenden Vertragsbestimmungen umgesetzt worden ist. Sie belegt jedoch, dass die GD die Kraftwerke nach ihrem Verständnis der vertraglichen Konzeption und, wie der entsprechende Vortrag der Klägerin zeigt, damit nach dem übereinstimmenden Verständnis der Vertragsparteien, das jeder anderen Auslegung vorgeht (BGHZ 135, 269, 273), nicht betreiben, sondern lediglich finanzieren soll.

19 bb) Dass die Klägerin gemäß diesem Konzept das wirtschaftliche Risiko des Kraftwerksbetriebs trägt, ergibt die - vom Berufungsgericht entgegen seiner Ankündigung nicht vorgenommene - Gesamtschau der Regelungen des Energielieferungsvertrages und des Betriebsführungsvertrages. Das wirtschaftliche Risiko besteht darin, dass die Klägerin grundsätzlich alle Kosten für die Errichtung und den Betrieb der Kraftwerke zu tragen hat und diese Kosten durch den Verkauf der elektrischen und thermischen Energie, die in den Kraftwerken erzeugt und von ihr vollständig abgenommen wird, wieder hereinholen muss.

20 (1) Die Pflicht der Klägerin, grundsätzlich alle Kosten für die Errichtung und den Betrieb der beiden Kraftwerke (gemäß der Vorbemerkung zum Energielieferungsvertrag in diesem zusammen als "Kraftwerk" bezeichnet) zu tragen, ergibt sich in erster Linie aus §§ 4 ff. des Energielieferungsvertrages. Gemäß § 4 besteht die von der Klägerin für die Erbringung und Vorhaltung der elektrischen und thermischen Energie monatlich zu zahlende Vergütung (Nr. 1) aus der Basisvergütung, die unabhängig von der Lieferung und Abnahme von

Strom und Wärme zu erbringen ist, und aus der Betriebsvergütung, die zu zahlen ist, solange die GD zumindest teilweise Strom- und Wärmelieferungen erbringt (Nr. 2.1). Die Basisvergütung gliedert sich in Kapitalkosten und Betriebsführungskosten sowie "Kosten für Brennstoffe, Rohstoffe, Hilfsstoffe und sonstige Betriebsmittel sowie Verwertung bzw. Entsorgung von Reststoffen bzw. Abfällen", soweit die beiden letztgenannten Kostenarten auch bei Nichterbringung von Strom- und/oder Wärmeleistungen anfallen; die Betriebsvergütung besteht aus Betriebsführungskosten, Kosten für Brennstoffe usw. sowie sonstigen Kosten, soweit diese Kostenarten jeweils nur bei Erbringung von Strom- und/oder Wärmeleistungen anfallen (Nr. 2.2 und 2.3).

21 Die einzelnen Kostenarten sind in den §§ 5 bis 9 des Energielieferungsvertrages ausführlich geregelt. Die Kapitalkosten (§ 5) werden auf der Basis der Gesamtinvestitionen der GD für die Kraftwerke nach detaillierten Vorgaben, die insbesondere die Finanzierungskosten, die Vertragslaufzeit und den Verkaufspreis nach Vertragsablauf umfassen, berechnet und können bei bestimmten Veränderungen angepasst werden. Unter anderem führen zusätzliche Kosten für Investitionen, die während der Vertragslaufzeit aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Anordnungen oder betrieblichen Gründen notwendig werden, zu einer Anpassung der Kapitalkosten (§ 9). Zu den Betriebsführungskosten (§ 6) gehören mit Ausnahme bestimmter, betragsmäßig begrenzter Reparatur- und Erneuerungskosten (Nr. 2; vgl. dazu noch im Zusammenhang mit dem Andienungsrecht nach § 16) alle Kosten, die nach dem Betriebsführungsvertrag von der GD an die Klägerin zu zahlen sind, insbesondere auch die der Klägerin danach von der GD geschuldete pauschale Vergütung für die Betriebsführung in Höhe von 5 Mio. DM pro Jahr. Die sonstigen Kosten (§ 7) umfassen alle Kosten, die mit dem Betrieb der Kraftwerke in Zusammenhang stehen, soweit sie nicht durch die anderen Kostenpositionen abgedeckt oder nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind (Nr. 1). Zu ihnen gehören insbesondere die laufenden

Kosten für die Erbbaurechte einschließlich der Grundbesitzabgaben, die Kosten für die erforderlichen Versicherungen jeglicher Art sowie alle objektbezogenen öffentlichen Steuern, Abgaben, Beiträge, Gebühren und sonstigen Lasten (Nr. 1).

22 (2) Diese nahezu umfassende Abwälzung aller denkbaren Kosten für die Errichtung und den Betrieb der Kraftwerke G. N. und G. S. auf die Klägerin wird dadurch vervollständigt, dass die GD nach Ablauf der Vertragszeit von 13,5 Jahren (§ 14) ein Andienungsrecht zu einem festgelegten Kaufpreis hat, der sich um ihre Aufwendungen für zusätzliche Investitionen, Reparaturen und Erneuerungen sowie um alle ihre durch die Vergütung nach § 4 nicht gedeckten Aufwendungen für den Betrieb und die Unterhaltung der Kraftwerke nebst etwaigen Finanzierungskosten erhöhen kann (§ 16). Dadurch kann die GD alle etwa verbliebenen Belastungen auf die Klägerin abwälzen. Alle Verpflichtungen der Klägerin aus dem Energielieferungsvertrag einschließlich etwaiger Schadensersatzverpflichtungen sind zudem abgesichert durch eine Patronatserklärung der Stadtwerke G. AG.

23 (3) Soweit das Berufungsgericht, ohne dem entscheidende Bedeutung beizumessen, darauf hingewiesen hat, dass die GD nach § 4 des Energieliefe-rungsvertrages von der Klägerin keine Betriebsvergütung erhält, wenn sie ihre Lieferverpflichtung gegenüber der Klägerin nicht erfüllt, ist dies nach dem eindeutigen Wortlaut der genannten Vertragsbestimmung so nicht richtig. Nach deren Nr. 2.1 Buchst. b ist die Betriebsvergütung zu zahlen, "solange die GD zumindest teilweise Strom- und Wärmeleistungen erbringt". Sie entfällt somit erst dann, wenn die GD überhaupt keine elektrische und thermische Energie liefert. Das rechtfertigt jedoch keine andere Beurteilung, weil in diesem Ausnahmefall auch weder laufende Betriebsführungskosten (§ 4 Nr. 2.3.1) noch Kosten für Brennstoffe usw. (Nr. 2.3.2) anfallen, sondern allenfalls sonstige

Kosten (Nr. 2.3.3), die jedoch gemäß den vorstehenden Ausführungen bei Ausübung des Andienungsrechts nach Ablauf des Vertrages zu erstatten sind, und es im Übrigen bei der Basisvergütung verbleibt. Diese entfällt nach § 10 Nr. 1 des Energielieferungsvertrages nur in dem praktisch ausgeschlossenen Fall, dass die GD, die selbst mit der Betriebsführung nicht befasst ist, die Nichtlieferung zu vertreten hat und dies nicht zugleich auf die Tätigkeit der Klägerin für die GD nach dem Betriebsführungsvertrag zurückzuführen ist.

24 cc) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, nicht die Klägerin, sondern die GD trage das "Mengenabsatzrisiko", also das Risiko des Absatzes der in den Kraftwerken erzeugten elektrischen und thermischen Energie, weil die Klägerin nicht zu deren vollständiger Abnahme verpflichtet sei und deswegen die Erzeugungskosten insoweit bei der GD verblieben. Zwar heißt es in § 1 Nr. 1 und 2 des Energielieferungsvertrages, dass die Klägerin die elektrische und thermische Leistung der Kraftwerke "nach ihren Bedürfnissen" übernehmen wird. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Klägerin die in den Kraftwerken erzeugte Energie nicht vollständig abnimmt. Das Gegenteil ist der Fall. Das Berufungsgericht hat verkannt, dass die Klägerin nach § 4 des Energielieferungsvertrages die gesamten Kosten des Betriebs der Kraftwerke zu tragen hat, selbst wenn sie nur einen Teil der erzeugten Energie abnimmt. Wie vorstehend ausgeführt, besteht die von der Klägerin zu zahlende Vergütung aus der Basisvergütung, die unabhängig von der Lieferung und Abnahme von Strom und Wärme zu erbringen ist, und aus der alle Kosten des Betriebs der Kraftwerke umfassenden Betriebsvergütung, die zu zahlen ist, "solange die GD zumindest teilweise Strom- und Wärmelieferungen erbringt" (§ 4 Nr. 2.1). Angesichts dessen, dass die Klägerin die gesamten Kosten des Betriebs der Kraftwerke unabhängig davon zu tragen hat, wie viel der erzeugten Energie sie abnimmt, entspricht es schon dem Gebot der wirtschaftlichen Vernunft, dass sie im Rahmen der ihr übertragenen "vollumfänglichen Betriebsführung" (§ 1 des Betriebsfüh-

rungsvertrages) nur so viel Energie erzeugt, wie sie selbst abnimmt. Nach alledem bedeutet die Beschränkung der Abnahmeverpflichtung der Klägerin "nach ihren Bedürfnissen" lediglich, dass die Klägerin die Erzeugung von Strom und Wärme im Rahmen der Leistungsfähigkeit der Kraftwerke nach ihren Bedürfnissen steuern kann.

III.

25 Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

26 1. Da das Berufungsgericht entgegen den vorstehenden Ausführungen davon ausgegangen ist, dass die Klägerin nicht das wirtschaftliche Risiko des Betriebs der Kraftwerke G. N. und G. S. trägt, hatte es entgegen der Ansicht der Revision keine Veranlassung, sich mit der nach der oben (unter II 3 a) angeführten Senatsrechtsprechung zum Begriff des Anlagenbetreibers weiter erheblichen Frage zu befassen, ob die Klägerin die tatsächliche Herrschaft über die Kraftwerke ausübt und ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt. Daran kann indessen nach dem Betriebsführungsvertrag der Klägerin mit der GD kein Zweifel bestehen. Gemäß dessen § 1 ist die Klägerin von der GD mit der "vollumfänglichen Betriebsführung" beauftragt (Nr. 1). Diese umfasst namentlich die Beschaffung der erforderlichen Genehmigungen, den Abschluss der erforderlichen Versicherungen sowie der Verträge über die Lieferung der Brenn- und sonstigen Betriebsstoffe im Namen und auf Rechnung von GD und die Stellung des Personals auf eigene Rechnung der Klägerin (Nr. 2.2 bis Nr. 2.4). Beschränkungen der umfassenden Befugnisse der Klägerin bestehen nur hinsichtlich des Versicherungsumfangs. Nach der Prüfung des Umfangs des Versicherungsschutzes auf Vollständigkeit und Angemessenheit durch einen von der GD zu bestimmenden unabhängigen Sachverständigen kann die

GD "gegebenenfalls die Ergänzung des Versicherungsschutzes verlangen und KWG (= die Klägerin) sonstige Weisungen hierzu erteilen" (Nr. 2.3 Abs. 2). Soweit die Klägerin gemäß § 1 Nr. 4 die geschuldeten Dienste nach pflichtgemäßem Ermessen zu erbringen, dabei die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden und die Betriebsführung unter Beachtung der Gesetze und Verwaltungsvorschriften, der behördlichen Auflagen und Bedingungen sowie der anerkannten Regeln der Technik nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchzuführen hat, versteht sich dies von selbst. Sonstige Beschränkungen bestehen nicht. Insbesondere enthält der Vertrag - abgesehen von der zitierten Regelung des Versicherungsumfangs - keine Bestimmung, dass die Klägerin Weisungen der GD Folge zu leisten hat. Vielmehr muss die Klägerin der GD nach § 4 lediglich alle drei Monate zum Quartalsende einen Bericht über die wesentlichen Ereignisse liefern. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung besteht auch kein Weisungsrecht der GD gegenüber der Klägerin nach Maßgabe eines Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrages (§§ 611 ff., § 675 BGB). Die Revisionserwiderung verkennt insoweit die Verknüpfung des Betriebsführungsvertrages mit dem Energieversorgungsvertrag. Danach ist der GD schon deswegen jeder Einfluss auf den Betrieb der Anlage verwehrt, weil die Klägerin die Erzeugung von Strom und Wärme gemäß den vorstehenden Ausführungen (unter II 3 b cc) nach ihren eigenen Bedürfnissen steuern kann. Für einen Einfluss auf den Betrieb der Anlage besteht auf Seiten der GD auch kein Bedarf, da ihr die Klägerin, wie dargelegt, alle diesbezüglichen Kosten zu erstatten hat. Aus alledem ergibt sich, dass die Klägerin die Kraftwerke nicht nur technisch, sondern insgesamt eigenständig führt.

27 2. Der Vergütungsanspruch, der der Klägerin als Anlagenbetreiberin aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG 2000 zusteht, richtet sich gegen die Beklagte. Nach dieser Vorschrift bleiben bereits bestehende vertragliche Abnahmeverpflichtungen auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 3 unberührt. Danach ist die

Beklagte auch weiterhin gemäß dem Elektrizitätslieferungsvertrag vom 30. März 1994 zur Stromabnahme verpflichtet. Demgemäß muss sie den bezogenen Strom auch vergüten. Dies beruht nach der Rechtsprechung des Senats darauf, dass die Vergütungspflicht mit der Abnahmepflicht insofern in einem untrennbaren Zusammenhang steht, als die Vergütung die synallagmatische Gegenleistung für den gelieferten Strom ist. Dagegen hat es der Senat als ausgeschlossen angesehen, dass der Netzbetreiber nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 KWKG 2000 zur Vergütung desjenigen Stroms verpflichtet ist, den das - mit ihm nicht notwendigerweise identische - Energieversorgungsunternehmen aufgrund seiner nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG 2000 unberührten vertraglichen Abnahmeverpflichtung von dem Anlagenbetreiber bezieht (Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO, unter II 4; Senatsurteil vom 10. März 2004, aaO, unter B I 2 b; Senatsurteile vom 14. Juli 2004, aaO, unter II 4 bzw. II 3 d; Senatsurteil vom 15. Juni 2005, aaO, unter II 1 d).

28 Aus dem Umstand, dass der von der Beklagten bezogene Strom zunächst in das örtliche Netz der E. eingespeist wird, zu dem vom Standort des Kraftwerks G. N. aus die kürzeste Entfernung bestehen mag, ergibt sich entgegen der von der Beklagten in der Vorinstanz vertretenen Ansicht nichts anderes. Zwar trifft die Verpflichtung aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 KWKG 2000, den Strom aus KWK-Anlagen abzunehmen und zu vergüten, nach § 3 Abs. 1 Satz 2 KWKG 2000 den Netzbetreiber, zu dessen Netz die kürzeste Entfernung besteht. Dies gilt jedoch nicht in dem hier gegebenen Fall des § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG 2000. Danach bleiben bereits bestehende vertragliche Abnahmeverpflichtungen unberührt. Deswegen fehlt es in diesem Fall an der in § 3 Abs. 1 Satz 2 KWKG 2000 vorausgesetzten Abnahmepflicht des Netzbetreibers. Trifft den Netzbetreiber aber keine Pflicht zur Abnahme des Stroms, kann er, wie vorstehend erwähnt, auch nicht zu dessen Vergütung verpflichtet sein (Senatsurteile vom 14. Juli 2004, aaO; ferner Senatsurteil vom

15. Juni 2005, aaO). Der von der Beklagten in der Berufungsinstanz angeführte Umstand, dass auch die E. an dem Elektrizitätslieferungsvertrag vom 30. März 1994 beteiligt ist, rechtfertigt schon deswegen keine andere Beurteilung, weil nach Nr. 1.2.3 dieses Vertrages nicht die E. , sondern allein die Beklagte zur Abnahme des überschüssigen KWK-Stroms der Klägerin verpflichtet ist.

29 3. In Bezug auf die Höhe der von der Beklagten zu zahlenden Vergütung ist nach der Senatsrechtsprechung von der in § 4 Abs. 1 KWKG 2000 bestimmten Mindestvergütung auszugehen. Das folgt aus Wortlaut ("Strom nach § 2"), Systematik (andernfalls Leerlauf des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG 2000) und Zweck des Gesetzes (gemäß § 1 KWKG 2000 der Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung in der allgemeinen Versorgung). Aus § 4 Abs. 2 KWKG 2000, wonach für Strom nach § 2 Abs. 1 Satz 3 KWKG 2000 die Vergütung auf der Grundlage von Lieferverträgen geregelt "wird", ergibt sich kein Vorrang der Preisabsprache in den nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG 2000 fortbestehenden Lieferverträgen. Vielmehr lässt diese Vorschrift die Vorstellung des Gesetzgebers erkennen, dass in den beiden Fällen des § 2 Abs. 1 Satz 3 KWKG 2000 die fortbestehenden Lieferverträge infolge des Inkrafttretens des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2000 hinsichtlich der Vergütung anzupassen sind, wobei von der auch insoweit gültigen Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG 2000 auszugehen ist (Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO, unter II 5 a; ferner Senatsurteile vom 14. Juli 2004, aaO, unter II 5 bzw. II 3 e; Senatsurteil vom 15. Juni 2005, aaO, unter II 1 e).

30 Wie der Senat weiter entschieden hat, gilt die Mindestvergütung allerdings nicht unbeschränkt, weil ihre Einführung in die fortbestehenden Lieferverträge wegen besonderer Umstände im Einzelfall zu einer erheblichen Störung des Vertragsgefüges führen kann, die gegebenenfalls unter Berücksichtigung

von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Herabsetzung erforderlich macht (Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO, unter II 5 b; ferner Senatsurteile vom 14. Juli 2004, aaO; Senatsurteil vom 15. Juni 2005, aaO). Derartige Umstände hat die Beklagte in der Berufungsinstanz geltend gemacht. Dazu hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus verständlich - jedoch keine Feststellungen getroffen. Daher ist dem Senat insoweit eine abschließende Beurteilung nicht möglich.

31 4. Entgegen der von der Beklagten in der Berufungsinstanz vertretenen Auffassung verstoßen die Vorschriften des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2000 weder gegen das Grundgesetz noch gegen Bestimmungen des EG-Vertrages. Insoweit gilt nichts anderes als für die vergleichbaren Bestimmungen des Stromeinspeisungsgesetzes und des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 155, 141, 148 ff. und 157 ff. m.w.N.). Neue Gesichtspunkte sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

IV.

32 Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, da es gemäß den vorstehenden Ausführungen (unter II 2 und III 3) noch weiterer tatsächlicher Feststellungen

bedarf. Daher ist das Berufungsurteil aufzuheben, und die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Ball Wiechers Dr. Wolst

Hermanns Dr. Milger

Vorinstanzen:
LG Erfurt, Entscheidung vom 08.01.2003 - 4 O 2871/01 -
OLG Jena, Entscheidung vom 22.11.2005 - 5 U 130/03 -