BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 356/03

Verkündet am:
14. Juli 2004
P o t s c h ,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

KWKG § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2, § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, § 4 (Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz) vom 12. Mai 2000 (BGBl. I 2000 S. 703)).

a) Im Falle des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG steht die nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, § 4 KWKG geschuldete Vergütung demjenigen zu, der Betreiber der KWK-Anlage und zugleich in dem Liefervertrag Vertragspartner des den Strom beziehenden Energieversorgungsunternehmens ist (im Anschluß an Senatsurteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 236/02, ZNER 2004, 178).

b) Zum Begriff des Anlagenbetreibers im vorgenannten Sinne.

BGH, Urteil vom 14. Juli 2004 - VIII ZR 356/03 - KG Berlin
LG Berlin

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 2004 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Beyer, Wiechers und Dr. Wolst sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Kammergerichts vom 4. August 2003 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die K. mbH A. (K. ; nachstehend einheitlich: die Klägerin), und die ursprüngliche Beklagte, die V. AG (V.), die im Jahr 2002 auf die jetzige Beklagte verschmolzen worden ist (nachstehend einheitlich: die Beklagte), schlossen am 19. Januar 1994 einen langjährigen "Stromliefervertrag betreffend Industriekraftwerk am Standort S. ". Danach liefert die Klägerin und bezieht die Beklagte die "gesamte elektrische Arbeit, die im Wege der Kraft-Wärme-Kopplung bei der Bereitstellung von Prozeßdampf und Heizwärme erzeugt wird, abzüglich des für die Produktion von Soda benötigten Eigenbedarfes an elektrischer Arbeit sowie abzüglich des elektrischen Bedarfs für die Ver-

sorgung Dritter", die in einer Anlage zum Vertrag aufgeführt sind. Weiter heißt es in dem Vertrag unter anderem:

> "6.2 Sollten sich die diesem Vertrag zugrunde liegenden technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Verhältnisse so wesentlich ändern, daß die Durchführung dieses Vertrages unter den bisherigen Bedingungen für einen der Vertragspartner eine unbillige Härte bedeuten würde, so steht diesem Vertragspartner das Recht zu, eine entsprechende Anpassung dieses Vertrages soweit zu fordern, als dadurch ein vernünftiger und billiger Interessenausgleich herbeigeführt wird."

Der im Kraftwerk S. erzeugte Strom wird, soweit er nicht für den erwähnten Eigenbedarf oder für die Versorgung Dritter bestimmt ist, über das Umspannwerk S. -Nord in das regionale Netz der A. AG, Netzbereich S. , eingespeist, das wiederum über das Umspannwerk F. mit dem überregionalen Übertragungsnetz der Beklagten verbunden ist. Zwischen der Beklagten und der A. AG besteht ebenfalls ein Stromliefervertrag. Unter den Parteien ist streitig, wie hoch der Leistungsbedarf des Netzes der A. AG im Bereich S. ist. Nach der Behauptung der Klägerin beträgt er rund 12% des aus dem Kraftwerk S. eingespeisten Stroms, nach der Darstellung der Beklagten dagegen 100%.

Im Jahr 1998 räumte die Klägerin der V. GmbH & Co. KG (im folgenden: V.) ein Erbbaurecht an dem Betriebsgrundstück für das Kraftwerk S. ein. Seit dem 1. September 1999 führt die Klägerin das in das Eigentum der V. übergegangene Kraftwerk "für deren Rechnung". Im März 2000 vereinbarten die Klägerin und die Beklagte in Ergänzung ihres Stromliefervertrages vom 19. Januar 1994 bestimmte unterschiedliche Festpreise für die Zeit vom 1. Januar bis zum 30. Juni 2000 und für die Zeit vom 1. Juli bis zum 31. Dezember 2000.

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

Am 18. Mai 2000 trat das Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz; KWKG) vom 12. Mai 2000 (BGBl. I 2000 S. 703) in Kraft. Daraufhin verlangte die Klägerin für den von ihr gelieferten Strom die Zahlung der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Vergütung. Sie erhielt jedoch lediglich die niedrigere vertraglich vereinbarte Vergütung. Mit Schreiben vom 1. November 2000 erbat die Beklagte von der Klägerin eine "Saldenbestätigung zum 30.09.2000". Der in dem Schreiben aufgelistete "Einzelnachweis der offenen Posten" schließt mit einem Gesamtsaldo zu Gunsten der Klägerin in Höhe von 17.888.395,33 DM.

In dem vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Klägerin die Beklagte auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen der vertraglich vereinbarten Vergütung und der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Vergütung in Anspruch. In der ersten Instanz hat die Klägerin nach zwei Klageerhöhungen von der Beklagten zuletzt für die Lieferung von Strom in der Zeit vom 18. Mai 2000 bis zum 31. Januar 2001 Zahlung von insgesamt 29.598.272,77 DM nebst Zinsen begehrt. Die Beklagte hat unter anderem der B. (B.) AG den Streit verkündet. Diese ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten. Die Parteien haben insbesondere darüber gestritten, ob die Klägerin nach § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG anspruchsberechtigt und die Beklagte nach § 3 Abs. 1 KWKG verpflichtet ist, ob gegebenenfalls die vertraglich vereinbarte oder die in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmte Vergütung zu zahlen ist, ob das Schreiben der Beklagten vom 1. November 2000 ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis enthält und ob sich die Klageforderung auf Nr. 6.2 des Vertrages stützen läßt.

Während des Rechtsstreits trat die V. durch Erklärung vom 18. April 2001 vorsorglich alle etwaigen Ansprüche, die ihr für Stromlieferungen aus dem

Kraftwerk S. gegen die Beklagte zustehen, an die Klägerin ab. Diese nahm die Abtretung am gleichen Tag an.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (RdE 2001, 233). Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin, mit der sie nach einer Berichtigung ihres erstinstanzlichen Klageantrags von der Beklagten nunmehr Zahlung von 15.148.695,53 € nebst Zinsen verlangt hat, hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Klägerin gehöre nicht zu den nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz Anspruchsberechtigten. Vergeblich berufe sie sich auf § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG. Zusammengefaßt mit § 2 Abs.1 Satz 1 KWKG regele das Gesetz insoweit "die Abnahme und Vergütung von Strom aus KWK-Anlagen ..., der auf der Grundlage von Lieferverträgen, die vor dem 1. Januar 2000 abgeschlossen wurden, von einem Energieversorgungsunternehmen bezogen wird". Auf diesen von einem Energieversorgungsunternehmen bezogenen Strom beziehe sich die im Gesetz festgelegte Pflicht zur Stromabnahme und zur festgesetzten Vergütung des abzunehmenden Stroms. Das sei sprachlich ganz eindeutig. Es sei also im Falle des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG nicht das Strom aus KWK-Anlagen beziehende Energieversorgungsunternehmen abnahme- und vergütungspflichtig. Andernfalls müsse es auch widersinniger Weise so sein, daß durch den Strombezug die Verpflichtung zur Abnahme des

bezogenen Stroms entstehe. Das Energieversorgungsunternehmen komme vielmehr nur als Berechtigter einer Abnahmeverpflichtung und als Vergütungsberechtigter in Betracht. Aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich nichts anderes.

In dem Schreiben der Beklagten vom 2. (richtig: 1.) November 2000 liege schon deswegen kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis, weil der Begriff "offene Posten" neutral sei. Er sage nichts darüber aus, ob der betreffende Posten eine berechtigte oder nur eine rechnerisch offene Forderung darstelle. Daß die Beklagte erkennbar letzteres gemeint habe, ergebe sich daraus, daß sie den Anspruch der Klägerin auf eine Vergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG zuvor bereits in mehreren Schreiben zurückgewiesen habe.

Auf Nr. 6.2 des Stromliefervertrages lasse sich der Klageanspruch nicht stützen, weil sich daraus nichts für ein Recht auf rückwirkende Vertragsanpassung ergebe. Die Klage erfasse nur den Zeitraum bis zum 31. Januar 2001. Auf Nr. 6.2 des Stromliefervertrages habe sich die Klägerin aber erstmals in der Berufungsbegründung vom September (richtig: 5. November) 2001 berufen.

II.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

1. Ohne Erfolg beanstandet die Revision allerdings, daß das Berufungsgericht in dem Schreiben der Beklagten vom 1. November 2000 nicht ein deklaratorisches Anerkenntnis eines Teils der von der Klägerin geltend gemachten Forderung gesehen hat. Diese tatrichterliche Auslegung einer Individualerklärung ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs revisionsrechtlich nur beschränkt darauf überprüfbar, ob gesetzliche Auslegungsregeln,

anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind (BGHZ 131, 136, 138; 135, 269, 273, jew. m.w.Nachw.). Derartige Fehler zeigt die Revision nicht auf.

2. Die Revision wendet sich nicht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß nach Nr. 6.2 des Stromliefervertrages der Parteien kein Anspruch auf eine rückwirkende Vertragsanpassung bestehe. Sie beanstandet lediglich die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe erstmals in ihrer Berufungsbegründung eine Anpassung der vertraglichen Vergütung nach der genannten Klausel verlangt. Damit vermag sie jedoch nicht durchzudringen. Aus den von ihr angeführten Schreiben der Beklagten vom 19. Juni, 4. August und 1. September 2000 ergibt sich nicht, daß sich die Klägerin schon früher auf Nr. 6.2 des Stromliefervertrages berufen hat. In diesen Schreiben hat es die Beklagte nur abgelehnt, die von der Klägerin geforderte Vergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG zu zahlen.

3. Zu Recht rügt die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht den von der Klägerin für die Lieferung von Strom in der Zeit vom 18. Mai 2000 bis zum 31. Januar 2001 geltend gemachten Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen der vertraglich vereinbarten Vergütung und der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Vergütung in Höhe von 15.148.695,53 € nebst Zinsen verneint hat. Nach den bisher getroffenen Feststellungen und dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen Vortrag der Klägerin kann diese von der Beklagten für den aus dem Kraftwerk S. gelieferten Strom gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG in Verbindung mit dem Vertrag vom 19. Januar 1994 die Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG verlangen.

a) Der vorgenannte Anspruch ist noch nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 12. Mai 2000 (aaO) zu beurteilen. 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.

b) Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 KWKG sind Netzbetreiber verpflichtet, Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (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 KWKG unberührt bleiben. Nach § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG 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. Das trifft hier nach den bisherigen Feststellungen zu.

aa) Der Strom, den die Beklagte in der Zeit vom 18. Mai 2000 bis zum 31. Januar 2001 aufgrund des am 19. Januar 1994 und damit vor dem 1. Januar 2000 geschlossenen Stromliefervertrages bezogen hat, stammt aus einer der genannten KWK-Anlagen.

bb) Die Beklagte ist auch ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG. Das sind nach der auch für das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz als Teil des Energiewirtschaftsrechts einschlägigen Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 3 EnWG (in der seinerzeit geltenden Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April

1998, BGBl. I 1998 S. 730, nachfolgend: a. F.; jetzt gemäß Art. 1 Nr. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 20. Mai 2003, BGBl. I 2003 S. 686, wortgleich § 2 Abs. 4) alle Unternehmen und Betriebe, die andere mit Energie versorgen oder ein Netz für die allgemeine Versorgung betreiben. Anders als in den Fällen des § 2 Abs. 1 Satz 1 KWKG und des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 KWKG ist nicht erforderlich, daß sie die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstellen und als Energieversorger bereits am 31. Dezember 1999 tätig waren (Senatsurteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 236/02, ZNER 2004, 178, unter II 2 c; Senatsurteil vom 10. März 2004 - VIII ZR 213/02, ZNER 2004, 182, unter B I 2 a bb, jeweils mit zust. Anm. Riedel, ZNER 2004, 185). Die Beklagte ist ein Energieversorgungsunternehmen in dem genannten Sinne. Sie betreibt ein überregionales Übertragungsnetz. Auch ein solches Netz, durch das regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit Strom beliefert werden, dient der allgemeinen Versorgung (vgl. Senatsurteil vom 8. Oktober 2003 - VIII ZR 165/01, WM 2004, 742 unter II 2 a). Zugleich versorgt die Beklagte andere mit Strom.

cc) Nach dem Zweck des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes muß eine weitere Voraussetzung für die Anwendung des Gesetzes erfüllt sein. Dieser Zweck ist gemäß § 1 KWKG der befristete Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung in der allgemeinen Versorgung im Interesse von Energieeinsparung und Klimaschutz. Danach ist auch im Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG erforderlich, daß der Strom für die allgemeine Versorgung bestimmt ist (Senatsurteil vom 11. Februar 2004 aaO; Senatsurteil vom 10. März 2004 aaO, unter B I 2 a cc). Diese Voraussetzung ist hier nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt zu bejahen.

Eine allgemeine Versorgung im Sinne des § 1 KWKG liegt unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 3 EnWG a. F. dann vor, wenn die Versorgung nicht von

vorneherein auf bestimmte Abnehmer begrenzt, sondern grundsätzlich für jeden Abnehmer offen ist (Senatsurteil vom 10. März 2004 aaO). Danach wäre hier der Strom nicht für die allgemeine Versorgung bestimmt, wenn er gemäß der Behauptung der Beklagten ausschließlich der industriellen Versorgung in dem regionalen Netz der A. AG, Netzbereich S. , dienen und deswegen erst gar nicht in das Übertragungsnetz der Beklagten gelangen würde. Die Klägerin hat jedoch in den Vorinstanzen unter Beweisantritt vorgetragen, daß der Leistungsbedarf des Netzes der A. AG im Bereich S. nur rund 12% des aus dem Kraftwerk S. eingespeisten Stroms beträgt und dieser im übrigen in das Übertragungsnetz der Beklagten fließt. Hiervon ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts in der Revisionsinstanz zugunsten der Klägerin auszugehen.

dd) Für eine noch weitergehende Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG besteht keine Veranlassung. Vergeblich verweist die Revisionserwiderung insoweit auf die Begründung des Gesetzentwurfs für das spätere Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 19. März 2002, das das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 12. Mai 2000 abgelöst hat (vgl. oben unter II 3 a). Darin heißt es zwar, der dort vorgesehene Anspruch auf eine Zusatzvergütung sei betreiberneutral ausgestaltet; auch KWK-Anlagen, die nicht von Energieversorgungsunternehmen betrieben würden, die die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstellten, fielen in den Anwendungsbereich der Neuregelung, soweit sie Strom in die Netze für die allgemeine Versorgung einspeisten (BT-Drucks. 14/7024 S. 9). Aus dieser nicht unmittelbar auf das hier in Rede stehende Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 12. Mai 2000 bezogenen Bemerkung läßt sich jedoch entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht sicher schließen, § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG erfasse gemäß der eigenen Interpretation des Gesetzgebers - wie § 2 Abs. 1 Satz 1 KWKG - nur Strom aus KWK-Anlagen, die von Energieversorgungsunterneh-

men betrieben werden, die die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstellen. Träfe dies zu, verbliebe im übrigen neben § 2 Abs. 1 Satz 1 KWKG für § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG kein eigenständiger Anwendungsbereich; die Regelung wäre überflüssig. Davon kann indessen nicht ausgegangen werden, zumal § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens mit dem erklärten Ziel geändert worden ist (vgl. Senatsurteil vom 11. Februar 2004 aaO, unter II 2 c; Senatsurteil vom 10. März 2004 aaO, unter B I 2 a bb), den Anwendungsbereich des Gesetzes auszudehnen (vgl. den Bericht des Abgeordneten Jung in BT-Drucks. 14/3007 S. 4 unter IV).

c) Ist auf den gelieferten Strom gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz anzuwenden, steht die nach § 3 Abs. 1 Satz 1, § 4 KWKG geschuldete Vergütung entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht dem Energieversorgungsunternehmen zu, das den Strom bezogen hat. Wie der Senat nach Erlaß des Berufungsurteils entschieden hat, ist anspruchsberechtigt vielmehr der Betreiber der KWK-Anlage, aus der der Strom kommt. Das ist in den genannten Vorschriften zwar nicht ausdrücklich geregelt. Dafür sprechen jedoch der nach § 1 KWKG 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 das Energieversorgungsunternehmen anspruchsberechtigt wäre (Senatsurteil vom 11. Februar 2004 aaO, unter II 3; Senatsurteil vom 10. März 2004 aaO, unter B I 2 b und B II).

aa) Daran wird festgehalten. Entgegen der Ansicht der Revision steht im Falle des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG die nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2, § 4 KWKG geschuldete Vergütung nicht ohne weiteres dem Vertragspartner

des Energieversorgungsunternehmens aus dem Liefervertrag zu, auf dessen Grundlage dieses den Strom bezieht. Erforderlich ist vielmehr, daß der Vertragspartner zugleich Betreiber der KWK-Anlage ist. Wie bereits angeführt, kann der nach § 1 KWKG bezweckte Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung vor sinkenden Strompreisen im liberalisierten Strommarkt nur verwirklicht werden, wenn der Vergütungsanspruch dem Anlagenbetreiber zugute kommt. Dafür spricht des weiteren, daß auch in den Fällen des § 2 Abs. 1 Satz 1 KWKG und des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 KWKG in Gestalt des Energieversorgungsunternehmens beziehungsweise des Verbundunternehmens jeweils der Anlagenbetreiber anspruchsberechtigt ist.

bb) Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen ist davon auszugehen, daß die Klägerin Betreiberin des Kraftwerks S. ist.

(1) Der Begriff des Anlagenbetreibers wird im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz nicht definiert. In Anlehnung an das Immissionsschutzrecht, in dem dieser Begriff schon länger Verwendung findet (vgl. insoweit Jarass, Bundesimmissionsschutzgesetz, 5. Aufl., § 3 Rdnrn. 81 ff. m.w.Nachw.), wird auch im Bereich des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes unter dem Anlagenbetreiber derjenige verstanden, 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 (vgl. Salje, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz, § 2 Rdnrn. 71 f.). In diesem Sinne wird allgemein auch die gesetzliche Definition des Anlagenbetreibers in § 3 Abs. 10 KWKG 2002 verstanden (vgl. Rosin/Burmeister in: Büdenbender/Rosin, KWK-AusbauG, § 3 Rdnrn. 182 ff., 183, 229; Salje, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2002, 2. Aufl., § 3 Rdnrn. 137 ff.; Schultz in: Obernolte/Danner, Energiewirtschaftsrecht, § 3 KWKG Rdnrn. 13 ff.). 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 (Rosin/Burmeister aaO, Rdnr. 191; Salje aaO, Rdnr. 143). 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-Drucks. 644/01 (Beschluß) S. 4/5 = BT-Drucks. 14/7024 S. 17; Gegenäußerung der Bundesregierung in BT-Drucks. 14/7086 S. 3; Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen in BT-Drucks. 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.

(2) Hier hat die Klägerin geltend gemacht, Betreiberin des Kraftwerks S. zu sein, auch nachdem dieses in das Eigentum der V. übergegangen ist. Daran ist nach den vorstehenden Ausführungen zwar richtig, daß der Betreiber der Anlage nicht deren Eigentümer sein muß. Gegen die Betreibereigenschaft der Klägerin könnte jedoch sprechen, daß sie das Kraftwerk "für Rechnung" der V. führt. Deswegen könnte es an der Voraussetzung fehlen, daß die Klägerin das wirtschaftliche Risiko des Betriebs der Anlage trägt. Letztlich läßt sich das indessen nur anhand der einschlägigen vertraglichen Abreden der Klägerin und der V. beurteilen. Hierzu hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine näheren Feststellungen getroffen. Insoweit fehlt es allerdings auch an Vortrag der Klägerin. Insbesondere hat sie nicht näher dargelegt, inwieweit sie nach den Vereinbarungen mit der V. über den Betrieb des Kraftwerks S. noch das wirtschaftliche Risiko trägt. Zu einem solchen Vortrag bestand aber bislang keine Veranlassung, da es

hierauf nach der Auffassung des Berufungsgerichts nicht ankam. Angesichts dessen ist in der Revisionsinstanz mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts zu Gunsten der Klägerin davon auszugehen, daß sie gemäß ihrer Behauptung Betreiberin des Kraftwerks S. ist.

(3) Die Frage, ob die Klägerin oder die V. Anlagenbetreiberin ist, ist nicht deswegen unerheblich, weil die V. durch Erklärung vom 18. April 2001 vorsorglich alle etwaigen Ansprüche, die ihr für Stromlieferungen aus dem Kraftwerk S. gegen die Beklagte zustehen, an die Klägerin abgetreten hat. Die V. hat der Klägerin den streitigen Vergütungsanspruch nicht abtreten können. Sollte die V. Betreiberin des Kraftwerkes S. sein, stünde ihr dieser Anspruch nicht zu. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG setzt er einen Liefervertrag des Anlagenbetreibers mit dem Energieversorgungsunternehmen nach § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG voraus. Ein solcher besteht in Gestalt des Stromliefervertrages vom 19. Januar 1994 nur zwischen der Klägerin und der Beklagten, hingegen nicht zwischen der V. und der Beklagten. Die V. ist auch nicht anstelle der Klägerin in deren Stromliefervertrag mit der Beklagten eingetreten. Dafür, daß die Beklagte dies unter Verstoß gegen § 242 BGB treuwidrig verhindert hat, hat die Revision keinen erheblichen Vortrag der Klägerin in den Vorinstanzen aufgezeigt.

d) Der Vergütungsanspruch richtet sich gegen die Beklagte. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG bleiben bereits bestehende vertragliche Abnahmeverpflichtungen auf Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 3 unberührt. Danach ist die Beklagte auch weiterhin gemäß dem Stromliefervertrag vom 19. Januar 1994 zur Stromabnahme verpflichtet. Demgemäß muß sie den bezogenen Strom auch vergüten. Dies beruht, wie der Senat bereits entschieden hat, darauf, daß die Vergütungspflicht mit der Abnahmepflicht insofern in einem untrennbaren Zusammenhang steht, als die Vergütung die synallagmatische Ge-

genleistung für den gelieferten Strom ist. Dagegen hat es der Senat als ausgeschlossen angesehen, daß der Netzbetreiber nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG 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 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).

Aus dem Umstand, daß der von der Beklagten bezogene Strom in das regionale Netz der A. AG, Netzbereich S. , eingespeist wird, zu dem vom Standort des Kraftwerks S. aus die kürzeste Entfernung besteht, ergibt sich entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung wie zuvor schon des Landgerichts nichts anderes. Zwar trifft die Verpflichtung aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 KWKG, den Strom aus KWK-Anlagen abzunehmen und zu vergüten, nach § 3 Abs. 1 Satz 2 KWKG 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. Danach bleiben bereits bestehende vertragliche Abnahmeverpflichtungen unberührt. Deswegen fehlt es in diesem Fall an der in § 3 Abs. 1 Satz 2 KWKG 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. Damit ist auch allen weiteren Überlegungen der Revisionserwiderung, die auf einer Abnahme- und Vergütungspflicht der A. AG beruhen, die Grundlage entzogen.

Auch der von der Revisionserwiderung weiter angeführte Umstand, daß nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 KWKG nur der Netzbetreiber Anspruch auf Belastungsausgleich hat, rechtfertigt es nicht, im Falle des § 2 Abs. 1 Satz 3

Nr. 2 KWKG den Betreiber des nächstgelegenen Netzes und nicht das den Strom beziehende Energieversorgungsunternehmen als vergütungspflichtig anzusehen. Richtig ist zwar, daß kein Grund ersichtlich ist, dem betreffenden Energieversorgungsunternehmen anders als dem Netzbetreiber, der nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 KWKG zur Abnahme und Vergütung von Strom verpflichtet ist, den Belastungsausgleich zu versagen. Dies kann jedoch nicht dazu führen, die Vergütungspflicht entgegen den oben genannten Gründen dem Netzbetreiber aufzuerlegen. Vielmehr ist § 5 Abs. 1 KWKG gegebenenfalls im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verfassungskonform dahin auszulegen, daß auch dem Energieversorgungsunternehmen, das im Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG für den von ihm bezogenen Strom die Vergütung nach § 4 KWKG zu zahlen hat, der Anspruch auf Belastungsausgleich zusteht.

e) In Bezug auf die Höhe der von der Beklagten zu zahlenden Vergütung ist gemäß dem Senatsurteil vom 11. Februar 2004 (aaO, unter II 5 a) nach Wortlaut, Systematik und Zweck des Gesetzes von der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Mindestvergütung auszugehen. Wie der Senat weiter entschieden hat (aaO, unter II 5 b), gilt die Mindestvergütung allerdings nicht unbeschränkt, weil ihre Einführung in die bestehenden 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. Die Revisionserwiderung beruft sich darauf, daß hier derartige Umstände vorlägen. Dies entzieht sich schon deswegen einer Beurteilung in der Revisionsinstanz, weil es hierzu wiederum sowohl an tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts als auch an Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen fehlt, wozu allerdings bislang auch keine Veranlassung bestand.

III.

Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, da es gemäß den vorstehenden Ausführungen (unter II 3 b cc, c bb (2) und e) - gegebenenfalls nach ergänzendem Vortrag der Parteien - noch in mehrfacher Hinsicht tatsächlicher Feststellungen bedarf. Daher ist das Berufungsurteil aufzuheben, und die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Deppert Dr. Beyer Wiechers

Dr. Wolst Hermanns