BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 15/10

Verkündet am:
6. Oktober 2010
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

KWKG § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 4

Wird ein vor dem 1. Januar 2000 abgeschlossener Vertrag über die Einspeisung von KWK-Strom beendet und von den Vertragsparteien später erneuert, handelt es sich, selbst wenn sie dabei eine Rückwirkung der Folgeregelung vereinbaren, um die Einspeisung und Vergütung des Stroms auch nach Vertragsende auf vertraglicher Grundlage fortzusetzen, nicht mehr um den ursprünglichen, in seinem förderfähigen Bestand geschützten Vertrag im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG, sondern um einen erst nach dem Stichtag neu entstandenen Vertrag (Abgrenzung zum Senatsurteil vom 6. Juli 2005 - VIII ZR 152/04, WM 2005, 1916).

BGH, Urteil vom 6. Oktober 2010 - VIII ZR 15/10 - OLG Düsseldorf
LG Dortmund

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 2010 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Hermanns sowie die Richter Dr. Achilles, Dr. Schneider und Dr. Bünger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. November 2009 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund vom 17. April 2008 abgeändert, soweit es den mit dem Hauptantrag geltend gemachten Zahlungsanspruch und den mit dem ersten Hilfsantrag geltend gemachten Anspruch auf Abschluss eines Einspeisevertrages betrifft. Insoweit wird die Klage abgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin betreibt in K. ein Abfallentsorgungszentrum mit einer Müllverbrennungsanlage. Der bei der Müllverbrennung erzeugte Überschussstrom wurde in das der Müllverbrennungsanlage am nächsten gelegene

Stromnetz der R. AG eingespeist, die nach einer zum 1. Oktober 2000 erfolgten Aufspaltung der früheren R. AG hinsichtlich des Netzbetriebes deren Rechtsnachfolgerin geworden war. Die Stromeinspeisung erfolgte dabei zunächst aufgrund eines Vertrages vom 19./30. Dezember 1994 zwischen der Klägerin und der R. AG, deren Rolle als Trägerin der allgemeinen Versorgung im Sinne von § 10 EnWG 1998 die Rechtsvorgängerin der Beklagten (bis zum 30. September 2003 als R. P. AG firmierend) im Zuge der zum 1. Oktober 2000 durchgeführten Entflechtung von Netzbetrieb und Stromversorgung wahrnahm. Der Vertrag wurde durch mündliche Vereinbarung vom 27. April 1999 einvernehmlich zum 30. Juni 2000 beendet. Mit Schreiben vom 2. und 30. Juni 2000 bestätigte die Klägerin der R. AG die Vertragsbeendigung zum Ende des Monats Juni 2000 und erklärte ihre Bereitschaft zur Fortsetzung der Zusammenarbeit unter der Voraussetzung, dass die R. AG eine Vergütung nach dem am 18. Mai 2000 in Kraft getretenen Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz) vom 12. Mai 2000 (BGBl. I S. 703; im Folgenden: KWKG) entrichte. Dies lehnte die R. AG mit Schreiben vom 3. und 5. Juli 2000 ab und bot für den Zeitraum vom 1. Juli bis 30. September 2000 den Abschluss einer Interimsvereinbarung an. Danach sollte der Klägerin der Strom für eine festgelegte Sollleistung mit 1,5 Cent/kWh, darüber hinaus mit 0,75 Cent/kWh und zusätzlich für die gesamte gelieferte elektrische Wirkarbeit mit einer Netzgutschrift von 0,15 Cent/kWh vergütet werden. Die Klägerin wies das Angebot der R. AG mit Schreiben vom 12. Juli 2000 zurück und schlug, da sie sich aus betriebstechnischen Gründen nicht zu einer Sollleistung verpflichten wollte, ihrerseits vor, bis zu einer juristischen Klärung der Vergütungspflicht nach dem KWKG den Überschussstrom, der aus ihrer Anlage in das Netz der R. AG eingespeist würde, vorläufig mit 0,75 Cent/kWh und einer Netzgutschrift von 0,15 Cent/kWh zu vergü-

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

ten. Die R. AG erklärte sich durch Schreiben vom 7. August 2000 mit dieser Vorgehensweise einverstanden. Die nach dem 30. Juni 2000 fortgesetzte Einspeisung des Überschussstroms wurde daraufhin nach Maßgabe der Schreiben vom 12. Juli/7. August 2000 vergütet. Am 6./26. April 2001 unterzeichneten die Klägerin und die Beklagte einen weiteren Einspeise- und Abnahmevertrag, der eine rückwirkende Geltung ab dem 1. Oktober 2000 unter Zugrundelegung der vormaligen Preisstellung vorsah. Auch hierbei erklärte die Klägerin einseitig den Vorbehalt, dass "die vereinbarte Vergütung nach den Grundsätzen des KWKG zu bemessen sei".

2 Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten, gestützt auf deren nach ihrer Auffassung bestehende Verpflichtungen nach dem KWKG, für die im Zeitraum vom 1. November 2000 bis zum 31. März 2002 eingespeiste Strommenge die Zahlung des Differenzbetrages zwischen einer Vergütung nach dem KWKG und der tatsächlich geleisteten Vergütung in Höhe von insgesamt 2.552.547 €. Hilfsweise begehrt die Klägerin, die Beklagte zum Abschluss eines Einspeisevertrages über den vom 1. November 2000 bis 31. März 2002 eingespeisten Strom und zur Zustimmung zu einer darin enthaltenen Vergütung nach dem KWKG zu verurteilen. Weiter hilfsweise beantragt sie - gestützt auf Auskunfts- und Vergütungspflichten der Beklagten nach §§ 20, 33 GWB - im Wege der Stufenklage, die Beklagte zu verurteilen, Auskunft über die Energie- und Netzkosten zu erteilen, die durch den von ihr im genannten Zeitraum eingespeisten Strom vermieden wurden.

3 Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 2.549.173 € nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg.

I.

5 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Der Klägerin stehe gegen die Beklagte ein entgegen deren Auffassung unverjährter Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen der vertraglich vereinbarten Vergütung und der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Vergütung für den im Zeitraum November 2000 bis März 2002 gelieferten Strom nebst Zinsen zu. Bei der von der Klägerin betriebenen Anlage handele es sich um eine förderfähige Anlage nach § 2 Abs. 3 KWKG. § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 KWKG verpflichte den Netzbetreiber, Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen im Sinne des § 2 KWKG an sein Netz anzuschließen, den eingespeisten Strom abzunehmen und nach § 4 KWKG zu vergüten. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 KWKG blieben allerdings bereits "bestehende" vertragliche Abnahmeverpflichtungen auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG, das heißt auf Grund eines vor dem 1. Januar 2000 geschlossenen Liefervertrages, unberührt. Der Vergütungsanspruch richte sich in diesem Fall gegen den Vertragspartner, wenn er - wie die Beklagte - ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG sei. § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG setze dazu einen Vertrag voraus, der vor dem genannten Stichtag geschlossen worden sei und zum Zeitpunkt des Strombezugs fortbestanden habe. Eine nachträgliche Änderung der Höhe der Vergütung sei insoweit unschädlich, da sie § 4 Abs. 2 KWKG entspreche, wonach die Vergütung für Strom nach § 2 Abs. 1 Satz 3 KWKG - ausgehend von der insoweit grundsätzlich geltenden

Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG - auf der Grundlage von Lieferverträgen geregelt werde.

7 Die Voraussetzung eines vor dem Stichtag geschlossenen Liefervertrages sei auch dann gegeben, wenn er nach diesem Stichtag übergangslos durch einen neuen Vertrag mit einem im Wesentlichen unveränderten Inhalt ersetzt und damit über den 31. Dezember 1999 hinaus fortgesetzt worden sei. Das sei hier der Fall. Zwar habe der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 15. Juni 2005 (VIII ZR 74/04) auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz angenommen, dass die Klägerin und die R. AG den zwischen ihnen bestehenden Liefervertrag vom 19./30. Dezember 1994 einvernehmlich zum 30. Juni 2000 "beendet" und nicht durch einen neuen Vertrag mit im Wesentlichen unverändertem Inhalt ersetzt hätten, so dass die ab dem 1. Juli 2000 bis zum 30. September 2000 erfolgte Stromeinspeisung in einem "vertragslosen" Zustand fortgesetzt worden sei. In einem weiteren Urteil vom 6. Juli 2005 habe der Bundesgerichtshof (VIII ZR 152/04) jedoch auch ausgeführt, dass ein vor dem 1. Januar 2000 geschlossener Liefervertrag dann noch bestehe, wenn er nach diesem Stichtag übergangslos durch einen neuen Vertrag mit im Wesentlichen unverändertem Inhalt ersetzt und damit über den 31. Dezember 1999 hinaus fortgesetzt werde. Denn dies rechtfertige anders als die Beendigung des Liefervertrages mit anschließender Fortsetzung des Strombezugs im vertragslosen Zustand keine unterschiedliche Behandlung.

8 Der Liefervertrag vom 19./30. September 1994 habe im genannten Sinne fortbestanden. Denn er sei durch den Interimsvertrag vom 12. Juli/7. August 2000 und den Vertrag vom 6./26. April 2001 im Wesentlichen unverändert und wegen der jeweils vereinbarten Rückwirkung der nachfolgenden Verträge übergangslos fortgesetzt worden. Zwar hätten sich die Klägerin und die R. AG ausweislich des zwischen ihnen geführten Schriftwechsels nicht über

die zu zahlende Vergütung für die gelieferte Energie einigen können. Entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB habe aber auch ohne eine solche Einigung nach dem Willen der damaligen Vertragsparteien wenigstens im Übrigen ein Vertrag zustande kommen können, wobei die dabei verbleibende Lücke nach den gesetzlichen Bestimmungen, also entweder nach § 315 BGB oder aber - wie hier - nach § 4 Abs. 1 KWKG, ausgefüllt worden sei. Es entspreche der Lebenswirklichkeit und habe hier ersichtlich auch dem Willen und den Vorstellungen der Vertragsparteien entsprochen, angesichts des bestehenden Kontrahierungszwangs und des dadurch bedingten Zwangs, zueinander in dauernde Beziehungen treten zu müssen, ihre Beziehungen als (kauf-)vertragliche Abreden auszugestalten und nicht in einem vertragslosen Zustand zu handeln. Sie hätten zwar davon gesprochen, dass der ursprüngliche Liefervertrag zum 30. Juni 2000 "enden" sollte. Von einer Beendigung der Lieferbeziehungen könne aber keine Rede sein. Vielmehr seien die damaligen Vertragsparteien im Juli 2000 übereinstimmend davon ausgegangen, dass sich an der Einspeisung von Energie in das der Stromerzeugungsanlage nächstgelegene und für eine Stromeinspeisung allein in Betracht kommende Netz der R. AG durch die Klägerin auf Dauer nichts ändern sollte. Nur die Vergütungsvereinbarung im ursprünglichen Liefervertrag sollte nach dem Willen der damaligen Vertragsparteien nicht länger die Berechnungsbasis für die Höhe der von der Beklagten zu zahlenden Vergütung für die eingespeiste Energie bilden. Ansonsten sei der Ursprungsvertrag inhaltlich im Wesentlichen unverändert fortgeführt worden, da die vorgenommenen Änderungen lediglich den eigenen Strombezug der Klägerin betroffen hätten oder nicht ins Gewicht fielen. Dementsprechend habe die R. AG in ihrem Schreiben vom 5. Juli 2000 erklärt, schon ein Angebot für die Zusammenarbeit mit der Klägerin ab dem 1. Oktober 2000 vorzubereiten; auch habe man sich nach Maßgabe des Schriftwechsels vom 12. Juli/7. August 2000 auf eine "vorläufige" Vergütungsregelung geeinigt.

II.

9 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

10 Der Klägerin stehen gegen die Beklagte weder der in erster Linie geltend gemachte vertragliche Anspruch auf eine erhöhte Einspeisevergütung zu noch kann sie mit ihrem hilfsweise erhobenen Anspruch auf dahin gehenden Abschluss eines Einspeisevertrages durchdringen.

11 1. Der streitige Vergütungsanspruch ist, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, noch nach den Bestimmungen des KWKG 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 S. 1092) erst am 1. April 2002 und damit nach dem hier in Rede stehenden Zeitpunkt geschehen (Senatsurteile vom 13. Februar 2008 - VIII ZR 280/05, WM 2008, 1081 Rn. 11; vom 9. Januar 2008 - VIII ZR 50/07, WM 2008, 1078 Rn. 15). Die Voraussetzungen für eine (erhöhte) Vergütung nach Maßgabe von § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, § 4 KWKG liegen jedoch nicht vor.

12 a) Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 KWKG sind Netzbetreiber verpflichtet, KWK-Anlagen nach § 2 Abs. 1 KWKG an ihr Netz anzuschließen, den Strom aus Anlagen nach § 2 KWKG abzunehmen und den eingespeisten Strom nach § 4 KWKG zu vergüten. Diese Verpflichtung wird durch § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 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 KWKG 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. In solch einem Fall richtet sich der Vergütungsanspruch des Betreibers der KWK-Anlage gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1, § 4 KWKG gegen das Energieversorgungsunternehmen, das sich nach Maßgabe eines solchen, in den Anwendungsbereich des KWKG fallenden Vertrages zur Abnahme des in der KWK-Anlage erzeugten Stroms verpflichtet und ihn aufgrund dieser Verpflichtung bezogen hat (Senatsurteile vom 15. Juni 2005 - VIII ZR 74/04, WM 2005, 2057 unter II 1 c, d; vom 6. Juli 2005 - VIII ZR 152/04, WM 2005, 1916 unter II 2 a, b; vom 9. Januar 2008 - VIII ZR 50/07, aaO Rn. 17 ff.).

13 b) Bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten hat es sich, als diese im streitigen Zeitraum von November 2000 bis März 2002 den in der KWK-Anlage der Klägerin erzeugten Strom auf der Grundlage des Liefervertrages vom 6./24. April 2001 abgenommen hat, nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts angesichts der von ihr wahrgenommenen Rolle als Träger der allgemeinen Versorgung gemäß § 2 Abs. 3, § 10 des Energiewirtschaftsgesetzes in der seinerzeit geltenden Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998 (BGBl. I S. 730) um ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des KWKG gehandelt (vgl. Senatsurteil vom 11. Oktober 2006 - VIII ZR 148/05, WM 2007, 700 Rn. 13). Eine Abnahme- und Vergütungspflicht gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, § 4 KWKG hat entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts jedoch nicht bestanden, da der Strombezug nicht auf der Grundlage eines vor dem 1. Januar 2000 abgeschlossenen Liefervertrages erfolgt ist, wie dies von dem dabei in Bezug genommenen § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG vorausgesetzt wird.

14 aa) Dazu reicht es nach der Rechtsprechung des Senats nicht aus, dass der Strombezug nach der Beendigung des Liefervertrages vom 19./30. Dezember 1994 fortgesetzt worden ist. Denn gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2

KWKG bleiben nur bereits "bestehende" vertragliche Abnahmeverpflichtungen auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 3 KWKG unberührt. § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG setzt wiederum voraus, dass der Strom "auf der Grundlage eines vor dem 1. Januar 2000 geschlossenen Liefervertrages" bezogen wird. Demgemäß ist nur die Stromeinspeisung aufgrund eines Liefervertrages, der vor dem genannten Stichtag geschlossen worden ist und zum Zeitpunkt des Strombezugs fortbesteht, nach Maßgabe der Bestimmungen des KWKG förderfähig. Eine nachträgliche Änderung der Höhe der Vergütung ist dabei unschädlich; sie entspricht vielmehr § 4 Abs. 2 KWKG, wonach die Vergütung für Strom nach § 2 Abs. 1 Satz 3 KWKG - ausgehend von der auch insoweit grundsätzlich geltenden Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG - auf Grundlage von Lieferverträgen geregelt wird (Senatsurteil vom 15. Juni 2005 - VIII ZR 74/04, aaO unter II 2 a). Ebenso kann vom Fortbestand eines vor dem 1. Januar 2000 geschlossenen Liefervertrages ausgegangen werden, wenn er nach diesem Stichtag übergangslos durch einen neuen Vertrag mit im Wesentlichen unverändertem Inhalt ersetzt und damit im Ergebnis über den 31. Dezember 1999 hinaus fortgesetzt worden ist (Senatsurteil vom 6. Juli 2005 - VIII ZR 152/04, aaO unter II 2 a bb; noch offen gelassen im Senatsurteil vom 15. Juni 2005 - VIII ZR 74/04, aaO). Dagegen genügt es nicht, dass vor dem 1. Januar 2000 ein Liefervertrag bestanden hat, der vor dem Bezug des Stroms beendet worden ist, und zwar nach dem eindeutigen Wortlaut von § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG selbst dann nicht, wenn der Strombezug anschließend im vertragslosen Zustand fortgesetzt worden ist (Senatsurteil vom 15. Juni 2005 - VIII ZR 74/04, aaO).

15 bb) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Liefervertrag vom 19./30. Dezember 1994 sei nach dem 1. Januar 2000 übergangslos durch neue Verträge mit im Wesentlichen unverändertem Inhalt ersetzt und damit im Ergebnis über den 31. Dezember 1999 hinaus fortgesetzt worden, wird von den getroffe-

nen Feststellungen nicht getragen. Es hat dabei vielmehr die Anforderungen verkannt, die an die für eine Vertragsfortsetzung erforderliche Übergangslosigkeit der Ersetzung eines förderfähigen Altkontrakts durch einen neuen Liefervertrag zu stellen sind.

16 (1) Allerdings ist das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien im streitigen Zeitraum von November 2000 bis März 2002 überhaupt vertragliche Beziehungen bestanden haben. Dem steht nicht entgegen, dass die Parteien sich für den von ihnen am 6./26. April 2001 unterzeichneten Einspeise- und Abnahmevertrag nicht über die Höhe der Vergütung für den von der Klägerin gelieferten KWK-Strom einigen konnten. Grundsätzlich gehört es zwar zu den wesentlichen Erfordernissen eines Kaufvertrages, dass sich die Vertragspartner über den Kaufpreis einig sind (BGH, Urteil vom 2. April 1964 - KZR 10/62, BGHZ 41, 271, 274). Ein Vertrag kann aber auch dann wirksam zustande kommen, wenn die Parteien bei Vertragsabschluss die genaue Entgelthöhe mangels Einigung hierüber bewusst offen gelassen und gleichwohl eine Bindung gewollt haben, sofern - notfalls aufgrund gerichtlicher Klärung der bestehenden Vertragslage - das zu zahlende Entgelt über eine ergänzende Vertragsauslegung oder über die analoge Anwendung einer gesetzlichen Regelung bestimmbar ist und die bestehende Lücke auf diese Weise geschlossen werden kann (BGH, Urteile vom 2. April 1964 - KZR 10/62, aaO S. 275 f.; vom 25. November 1964 - V ZR 169/62, BB 1965, 103; vom 20. Juni 1997 - V ZR 39/96, NJW 1997, 2671 unter 2 a). Das ist - was auch die Revision nicht in Zweifel zieht - nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier der Fall.

17 Die Parteien waren sich einig, dass die Beklagte der Klägerin den eingespeisten Strom auf jeden Fall mit den in der Vertragsurkunde vom 6./26. April 2001 bezeichneten Beträgen vergüten sollte. Lediglich dann, wenn eine gericht-

liche Nachprüfung des Vertragsverhältnisses ergeben sollte, dass der Vertrag den Bestimmungen des KWKG unterliegt, sollte rückwirkend eine bestimmte andere Vergütung, nämlich die in § 4 KWKG bezeichnete Mindestvergütung geschuldet sein. Entsprechend dieser Einigung über die zu schließende Lücke haben die Parteien den Vertrag in der Folgezeit praktiziert.

18 Diese Feststellungen des Berufungsgerichts stehen zu dem Senatsurteil vom 15. Juni 2005 (VIII ZR 74/04, aaO) nicht im Widerspruch. Dort hatte der Senat in dem zwischen den gleichen Parteien über die Vergütungsdifferenz für die Monate Mai bis Oktober 2000 geführten Rechtsstreit entschieden, dass zumindest in den Monaten Juli bis September ein vertragsloser Zustand vorlag. Anders als im vorliegenden Rechtsstreit war jedoch zu dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt tatrichterlich nicht festgestellt, dass die Klägerin und die R. AG sich im Rahmen der Interimsvereinbarung vom 12. Juli/7. August 2000 über eine vorläufige Vergütung unter dem Vorbehalt einer späteren gerichtlichen Klärung der Vergütungshöhe geeinigt hatten (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 19.12.2003 - 11 U 41/02, juris Rn. 1).

19 (2) Der Einspeise- und Abnahmevertrag vom 6./26. April 2001 stellt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts aber nicht als Fortsetzung des ursprünglichen Vertrages vom 19./30. Dezember 1994 dar.

20 (a) Die Klägerin und die R. AG hatten sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bereits im April 1999 und damit lange vor Inkrafttreten des KWKG darauf geeinigt, den ursprünglichen Liefervertrag zum 30. Juni 2000 zu beenden. Diese Beendigung hatte die Klägerin mit Schreiben vom 2. Juni und 30. Juni 2000 noch einmal bestätigt. Angesichts unterschiedlicher Rechtsstandpunkte über eine Vergütungspflicht der R. AG für den eingespeisten Strom nach dem KWKG speiste die Klägerin den in ihrer KWK-Anlage erzeugten Strom in der Folgezeit ohne vertragliche Grundlage ein,

bis die R. AG unter dem 7. August 2000 der von der Klägerin vorgeschlagenen Interimsvereinbarung zugestimmt hatte. Ebenso speiste die Klägerin nach dem 30. September 2000 den in ihrer KWK-Anlage erzeugten Strom bis zur Vereinbarung der Parteien vom 6./26. April 2001 ohne vertragliche Grundlage in das nunmehr von der früheren Beklagten zu 1 betriebene Netz ein. Die dabei jeweils vereinbarte Rückwirkung auf den 1. Juli 2000 und den 1. Oktober 2000 war jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht geeignet, die erforderliche Vertragskontinuität herzustellen.

21 Das Berufungsgericht berücksichtigt hierbei nicht in ausreichendem Maße, dass der Vertrag vom 19./30. Dezember 1994 nach dem ausdrücklichen Willen der Vertragsparteien am 30. Juni 2000 sein Ende finden sollte und - wie die anschließende zunächst vertragslose Einspeisung zeigt - auch tatsächlich gefunden hat. Entsprechendes gilt für die ausdrücklich nur bis zum 30. September 2000 befristete Interimsvereinbarung und die anschließend über einen längeren Zeitraum zunächst wiederum vertragslos erfolgte Stromeinspeisung. Bereits insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von der vom Berufungsgericht herangezogenen Fallgestaltung, die dem Senatsurteil vom 6. Juli 2005 (VIII ZR 152/04, aaO) zugrunde lag und dadurch gekennzeichnet war, dass ein noch ununterbrochen laufender Vertrag übergangslos durch einen neuen Vertrag mit im Wesentlichen unverändertem Inhalt ersetzt worden war. Dabei hat der Senat jedoch zugleich hervorgehoben, dass der Sinn der in § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG getroffenen Stichtagsregelung, den gemäß § 1 KWKG bezweckten Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung in der allgemeinen Versorgung auf Altkontrakte nach dem Bestand vor dem 1. Januar 2000 zu begrenzen, seiner Sichtweise nicht entgegensteht, weil hierdurch die Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung nicht über den Bestand am 1. Januar 2000 hinaus ausgeweitet wird (Senatsurteil vom 6. Juli 2005 - VIII ZR 152/04, aaO mwN).

22 Diese Beschränkung der Förderfähigkeit auf bestimmte Altkontrakte greift jedoch ein, wenn - wie hier - der Vertrag endet, ohne zuvor durch einen neuen Vertrag ersetzt worden zu sein. Wird ein bereits beendeter Vertrag später erneuert, handelt es sich, selbst wenn die Vertragsparteien im Verhältnis zueinander eine Rückwirkung der Folgeregelung vereinbaren, um die Einspeisung und Vergütung des Stroms nach Vertragsende auf vertraglicher Grundlage fortzusetzen, nicht mehr um den ursprünglichen, in seinem förderfähigen Bestand geschützten Vertrag, sondern um einen erst nach dem Stichtag durch Parteivereinbarung wieder neu entstandenen Vertrag. Dieser gehört aber nicht mehr zu dem in § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG durch einen Stichtag begrenzten Bestand an Altkontrakten und unterfällt dadurch nicht mehr der Förderung. Die hier eingetretene Vertragsbeendigung begründet, worauf die Revision zutreffend hinweist, deshalb auch für die Förderfähigkeit des von der Klägerin eingespeisten Stroms, nämlich seine Lieferung "auf der Grundlage von Lieferverträgen, die vor dem 1. Januar 2000 geschlossen wurden", einen entscheidenden Einschnitt, so dass ein anschließend geschlossener Vertrag ungeachtet einer dabei vereinbarten Rückwirkung als nicht mehr förderfähiger Neuvertrag anzusehen ist (vgl. Herrmann, RdE 2000, 184, 194; Friedrich, RdE 2001, 9, 11). Andernfalls hätten die Vertragsparteien es in der Hand, allein durch Parteivereinbarung bereits beendete Altkontrakte wieder aufleben zu lassen und damit über die gesetzlichen Fördervoraussetzungen des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG hinaus einen neuen Fördertatbestand zu schaffen. Das gilt umso mehr, als dies über das Vertragsverhältnis hinaus auch zu Lasten Dritter ginge, die in solch einem Fall einem Belastungsausgleich nach § 5 KWKG ausgesetzt wären (vgl. Senatsurteil vom 22. Februar 2006 - VIII ZR 91/05, WM 2006, 1448 Rn. 13 mwN).

23 (b) Dem steht die Erwägung des Berufungsgerichts nicht entgegen, die Beklagte habe einem Anschluss- und Kontrahierungszwang nach § 3 KWKG

unterlegen und hätte zwangsläufig zur Klägerin in dauernde (kauf-)vertragliche Beziehungen treten müssen. Die Beklagte hätte sich dabei nicht auf eine ihr nachteilige Vertragsgestaltung nach den Vorgaben des KWKG einlassen müssen. Sie war nicht Adressatin einer Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 KWKG, weil weder die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Satz 1 KWKG noch die des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 KWKG vorlagen. Insbesondere handelt es sich bei der Klägerin nicht um ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 KWKG, da sie kein Netz für die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern mit Energie betreibt, sondern nur den in ihrer KWK-Anlage erzeugten Strom in ein fremdes Netz einspeist (vgl. Senatsurteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 236/02, WM 2004, 2256 unter II 2 b).

24 2. Ohne Erfolg bleibt weiter der Hilfsantrag der Klägerin, die Beklagte zu verurteilen, mit der Klägerin einen Einspeisevertrag über den von ihr in das Netz der Beklagten zu 1 eingespeisten Strom abzuschließen und darin einer bestimmten Vergütung zuzustimmen. Zwar kann einem Anlagenbetreiber aus § 4 Abs. 2 KWKG grundsätzlich ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrages mit einer § 4 Abs. 1 KWKG entsprechenden Vergütung zustehen (Senatsurteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 236/02, aaO unter II 5 c). Dies setzt jedoch voraus, dass ein Vergütungsanspruch aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 KWKG in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG dem Grunde nach besteht. Dafür ist wiederum gemäß den vorstehenden Ausführungen ein vor dem 1. Januar 2000 abgeschlossener und zum Zeitpunkt des Strombezugs fortbestehender Liefervertrag erforderlich, an dem es vorliegend fehlt.

III.

25 Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Hinsichtlich des mit dem Hauptantrag geltend gemachten Anspruchs auf Zahlung des Differenzbetrages zwischen einer Vergütung nach dem KWKG und der tatsächlich geleisteten Vergütung sowie des auf dem gleichen Sachverhalt beruhenden ersten Hilfsantrages auf Abschluss eines Einspeisevertrages, der im Revisionsrechtszug ebenfalls angefallen ist (vgl. Senatsurteil vom 24. Januar 1990 - VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518 unter I 2 a; BGH, Urteil vom 20. September 2004 - II ZR 264/02, NJW-RR 2005, 220 unter II; jeweils mwN), entscheidet der Senat in der Sache selbst, da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind und der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Insoweit ist die Klage abzuweisen. Zu den Voraussetzungen des weiteren Hilfsantrages auf Auskunftserteilung über die vermiedenen Energie- und Netzkosten, dem eine von der Klägerin auf Grund von behaupteten Besonderheiten der Marktverhältnisse angenommene Verpflichtung der Beklagten nach §§ 20, 33 GWB zur Abnahme und zur angemessenen Vergütung des eingespeisten Überschussstroms zugrunde liegt, hat das Berufungsgericht - nach seinem Standpunkt folgerichtig - bislang keine Feststellungen getroffen. Insoweit ist der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit

dieses die erforderlichen Feststellungen zu den erhobenen kartellrechtlichen Ansprüchen treffen kann (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball Hermanns Dr. Achilles

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Bünger
Dr. Schneider ist arbeitsunfähig erkrankt und daher gehindert zu unterschreiben.

Ball

Vorinstanzen:
LG Dortmund, Entscheidung vom 17.04.2008 - 13 O 5/04 Kart -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.11.2009 - VI-2 U (Kart) 9/08 -