BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 35/04

Verkündet am:
16. März 2005
P o t s c h ,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Dezember 2004 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Ball, Dr. Leimert, Wiechers und Dr. Wolst

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 16. Dezember 2003 aufgehoben und das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 4. Februar 2003 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 7. April 2003 abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 190.918 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25. Mai 2001 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Widerklage der Beklagten wird abgewiesen.

Im übrigen werden die Rechtsmittel der Klägerin zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten ihrer Streithelferin, die diese selbst zu tragen hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist seit 1993 eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, die für das Land Berlin die Abfallentsorgung durchführt. Sie betreibt am nördlichen Stadtrand von Berlin in S. eine Deponie für Siedlungsabfälle. Auf dieser Deponie errichtete die Klägerin ein Blockheizkraftwerk (BHKW), in dem die frei werdenden Deponiegase nach dem Prinzip der Kraft-Wärme-Kopplung zur Erzeugung von thermischer und elektrischer Energie genutzt werden. Die Anlage hat seit Juli 2000 eine installierte elektrische Leistung von 4.986 Kilowatt. Am 7. Dezember 1998/28. Januar 1999 schloß die Klägerin mit der O. AG (O.), dem damaligen regionalen Energieversorgungsunternehmen, einen Einspeisevertrag über die Lieferung elektrischer Energie mit einer Leistung von bis 5.000 kW aus dem BHKW. In dem Vertrag heißt es unter anderem:

> "§ 4 Preisregelung
>
> 1. Die Abrechnung der Lieferung der elektrischen Energie erfolgt nach dem Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Stromeinspeisungsgesetz) gültig ab 01.01.1991.
>
> ...
>
> § 7 Laufzeit und Kündigung des Vertrages
>
> Dieser Vertrag tritt nach Abschluß des Probebetriebes und mit Inbetriebnahme des BHKWs in Kraft.
>
> Der Vertrag läuft zunächst bis zum 31.12.2000.
>
> Er verlängert sich jeweils um ein Jahr, wenn er nicht jeweils 3 Monate vor Ablauf schriftlich gekündigt wird.
>
> ...

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

§ 8 Besondere Vereinbarungen

...

4. Wir weisen darauf hin, daß die Zahlung der Einspeisevergütung unter dem Vorbehalt steht, daß das dem Vertrag zugrundeliegende Stromeinspeisungsgesetz vom 07. Dezember 1990 verfassungsgemäß ist.

Sollte dieses Gesetz hier [richtig: für] ordnungswidrig erklärt oder außer Kraft gesetzt werden, so erfolgt die Bezahlung der Einspeisevergütung zu marktüblichen Preisen. Hierfür bietet die O. dann einen neuen Vertrag an.

..."

Im Juni 1999 schloß sich die O. mit anderen regionalen Energieversorgungsunternehmen zu der Beklagten zusammen. Mit Wirkung vom 1. April 2000 ist das Stromeinspeisungsgesetz außer Kraft getreten und durch das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) ersetzt worden. Von diesem Zeitpunkt an zahlte die Beklagte der Klägerin gemäß der telefonischen Ankündigung eines ihrer Mitarbeiter vom 27. März 2000 für den gelieferten Strom die sich aus § 4 EEG ergebende Vergütung. Die monatlichen Abrechnungen der Beklagten enthielten seither den Zusatz:

"Die Vergütung erfolgt vorläufig, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht entsprechend den Regelungen im EEG, insbesondere unter Vorbehalt der formellen materiellen Rechtmäßigkeit hinsichtlich nationalen und internationalen Rechts (z.B. Verfassungsmäßigkeit, EU-Beihilferecht).

Eine Rückforderung zuviel gezahlter Beiträge schließt e. [=Beklagte] nicht aus. Insoweit behält sich e. vor, die Vergütung zu kürzen bzw. anzupassen."

Ab März 2001 stellte die Beklagte die Zahlung der Vergütung für den von der Klägerin in ihr Netz eingespeisten Strom ein. Mit Schreiben vom 20. April 2001 teilte sie der Klägerin mit, daß eine Vergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz nicht mehr erfolgen werde, da dieses gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG auf die Anlage der Klägerin nicht anwendbar sei. Zugleich bot die Beklagte rückwirkend zum 1. April 2000 den Abschluß eines neuen Vertrages über die Einspeisung von Strom zu marktüblichen Preisen an. Dieses Angebot lehnte die Klägerin ab.

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Beklagte für die unstreitige Lieferung von 2.872.332 kWh Strom im März 2001 zunächst auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen der marktüblichen Vergütung von 5,5 Pfennig pro Kilowattstunde und der sich aus § 4 EEG ergebenden Vergütung, die sie mit 13 Pfennig pro Kilowattstunde angesetzt hat, in Anspruch genommen und demgemäß insgesamt Zahlung von 215.424,90 DM = 110.145 € nebst Verzugszinsen begehrt. Die Beklagte, die der Klägerin für die Lieferung von 2.810.928 kWh Strom im Februar 2001 15 Pfennig pro Kilowattstunde, mithin insgesamt 421.639,20 DM = 215.580,69 € gezahlt hatte, hat ihrerseits von der Klägerin zunächst im Wege der Widerklage Rückzahlung des Unterschiedsbetrages zu der marktüblichen Vergütung von 5,5 Pfennig pro Kilowattstunde, mithin von insgesamt 267.038,16 DM = 136.534,44 € nebst Verzugszinsen verlangt. Daraufhin hat die Klägerin in Erweiterung ihrer Klage von der Beklagten für den im März 2001 gelieferten Strom Zahlung der vollen sich aus § 4 EEG ergebenden Vergütung, die sie unverändert mit 13 Pfennig pro Kilowattstunde angesetzt hat, mithin insgesamt Zahlung von 373.403,16 DM = 190.918 € nebst Verzugszinsen begehrt. Gegen diese erweiterte Klageforderung hat die Beklagte mit dem von ihr bislang im Wege der Widerklage geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung von 267.038,16 DM = 136.534,44 € nunmehr in Höhe des Erweiterungsbetrages von 157.978,26 DM = 80.773 €

aufgerechnet. Zugleich hat sie ihre Widerklage unter teilweiser Rücknahme auf die Zahlung des danach verbleibenden Restbetrages von 109.059,90 DM = 55.761,44 € nebst Verzugszinsen beschränkt. Weiter hat die Beklagte der V. AG (V.) den Streit verkündet, die ihrerseits der H. AG und der B. AG & Co. KG den Streit verkündet hat. Letztere ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten. Die Parteien haben insbesondere darüber gestritten, ob sich der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch aus dem - gegebenenfalls ausdrücklich oder stillschweigend geänderten - Vertrag vom 7. Dezember 1998/ 28. Januar 1999 oder unmittelbar aus §§ 3, 4 EEG beziehungsweise § 4 KWKG ergibt. Im Zusammenhang mit einem unmittelbaren Anspruch aus §§ 3, 4 EEG haben die Parteien namentlich darüber gestritten, ob der Strom aus dem BHKW S. gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG von diesem Gesetz nicht erfaßt wird, ob dies gegebenenfalls gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 GG verstößt und ob sich die Klägerin hierauf berufen kann.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin habe für den im März 2001 eingespeisten Strom nur Anspruch auf Zahlung der marktüblichen Vergütung von 5,5 Pfennig pro Kilowattstunde. Dieser Anspruch sei durch die Hauptaufrechnung der Beklagten unter-

gegangen. Demgegenüber habe die Beklagte wegen Überzahlung im Februar 2001 einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von restlichen 55.761,44 €.

Ein Anspruch der Klägerin auf Vergütung des eingespeisten Stroms in Höhe der Mindestvergütung von 13 Pfennig pro Kilowattstunde nach § 4 Satz 3 EEG auf vertraglicher Grundlage bestehe nicht. Ein solcher Anspruch ergebe sich nicht aus dem Einspeisevertrag der Parteien vom 7. Dezember 1998/28. Januar 1999. Im Gegenteil hätten die Parteien in § 8 Nr. 4 ausdrücklich vereinbart, daß marktübliche Preise gezahlt werden sollten, wenn das Stromeinspeisungsgesetz außer Kraft trete. Die Parteien hätten den Einspeisevertrag nicht im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes ausdrücklich einvernehmlich dahingehend geändert, daß die Zahlung der Mindestvergütung nach diesem Gesetz geschuldet sein solle. Eine solche einvernehmliche Änderung könne in dem Telefonat der beiderseitigen Mitarbeiter vom 27. März 2000 nicht gesehen werden. Die Parteien hätten den Einspeisevertrag auch nicht stillschweigend dadurch geändert, daß die Beklagte den von der Klägerin gelieferten Strom für elf Monate von April 2000 bis Februar 2001 mit den Vergütungssätzen des § 4 EEG bezahlt habe. Dem stehe der Vorbehalt der Beklagten entgegen, mit dem sie ihre Vergütungsabrechnungen ab April 2000 versehen habe.

Die Klägerin habe auch keinen Anspruch in Höhe der Klageforderung unmittelbar aus §§ 3, 4 EEG. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG falle der von ihr erzeugte Strom nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes, weil er aus einer Anlage stamme, die zu über 25% einem Bundesland gehöre. Dieser Ausschlußtatbestand sei dahingehend zu verstehen, daß nicht nur unmittelbares Bruchteilseigentum, sondern wirtschaftliches Eigentum in Form von Beteiligungen des Bundes oder eines Landes zum Ausschluß der Anwendbarkeit des Erneuerbare-Energien-Gesetzes führe. Es könne nicht der Auffassung der Klägerin gefolgt

werden, der Gesetzgeber habe nur dem Bund oder den Ländern gehörende Wasserkraftwerke vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausnehmen wollen. Das sei schon im Vorgängergesetz, dem Stromeinspeisungsgesetz, sprachlich nicht zum Ausdruck gekommen. Es verstoße nicht gegen Art. 3 GG, daß die Klägerin, anders als Betreiber kommunaler Anlagen, von erhöhten Vergütungen ausgeschlossen werde. Die Grundrechte würden für Personen des öffentlichen Rechts ohnehin nicht gelten.

Offen bleiben könne, ob die auf Basis von Deponiegasen betriebene Anlage nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) gefördert werden könne. Jedenfalls sei die Klägerin kein Energieversorgungsunternehmen, das die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstelle. Nur solche Unternehmen könnten nach § 2 KWKG vom Netzbetreiber die über der marktüblichen Vergütung liegende Vergütung nach §§ 3, 4 KWKG beanspruchen.

II.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Zahlung der sich aus dem Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz - EEG) vom 29. März 2000 (BGBl. I S. 305) - in der hier noch anwendbaren ersten Fassung - ergebenden Vergütung für den im März 2001 aus dem BHKW S. gelieferten Strom in Höhe von 190.918 € (= 373.403,16 DM) zu Unrecht verneint.

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob sich dieser Anspruch aus dem Einspeisevertrag der Parteien vom 7. Dezember 1998/28. Januar 1999 ergibt. Er steht der Klägerin jedenfalls aus den §§ 3, 4 EEG zu. Der Anspruch aus §§ 3, 4

EEG kann unabhängig vom Abschluß eines Einspeisevertrages unmittelbar eingeklagt werden (Senatsurteil BGHZ 155, 141, 159 ff.).

aa) Die dafür erforderlichen Voraussetzungen sind hier gegeben. Als Betreiberin eines Netzes zur allgemeinen Versorgung ist die Beklagte nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EEG verpflichtet, Strom aus den in § 2 Abs. 1 Satz 1 EEG aufgeführten erneuerbaren Energien abzunehmen und nach §§ 4 ff. EEG zu vergüten. Um solchen Strom handelt es sich bei dem Strom aus dem BHKW S. . Nach dem unstreitigen Sachverhalt wird er aus Deponiegas gewonnen. Darüber, daß das Netz der Beklagten gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 EEG zur Aufnahme des Stroms technisch geeignet ist und die kürzeste Entfernung zum Standort des BHKW S. aufweist, besteht zwischen den Parteien kein Streit. Der Vergütungsanspruch aus § 3 EEG steht der Anlagenbetreiberin, mithin der Klägerin, zu (vgl. Senatsurteil vom 11. Juni 2003 - VIII ZR 161/02, ZNER 2003, 234 unter B I 1).

Der Anspruch besteht auch in der geltend gemachten Höhe von 373.403,16 DM = 190.918 €. Die Höhe der Vergütung für Strom aus Deponiegas beträgt nach § 4 Satz 3 EEG, wie von der Klägerin angesetzt, mindestens 13 Pfennig. Nach dem unstreitigen Sachverhalt hat die Klägerin der Beklagten im März 2001 2.872.332 kWh geliefert.

bb) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Anwendung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und damit auch dessen §§ 3 und 4 hier gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG ausgeschlossen ist. Nach dieser Vorschrift wird nicht erfaßt Strom aus Anlagen, die zu über 25% der Bundesrepublik Deutschland oder einem Land gehören. Das trifft auf das BHKW S. nicht zu. Dieses gehört entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht dem Land Berlin, sondern der Klägerin.

(1) Nach dem unstreitigen Sachverhalt des erstinstanzlichen Urteils steht das BHKW im Eigentum der Klägerin. Dies hat die Beklagte bereits in der Klageerwiderung ausdrücklich unstreitig gestellt. Aus dem Berufungsurteil ergibt sich nichts anderes. Danach hat zwar die Streithelferin der Beklagten das Eigentum der Klägerin an der Anlage in der zweiten Instanz in Zweifel gezogen. Hierauf ist sie jedoch nicht mehr zurückgekommen, nachdem die Klägerin einen Grundbuchauszug vorgelegt hat. Demgemäß ist auch das Berufungsgericht ersichtlich davon ausgegangen, daß das BHKW Eigentum der Klägerin ist. Es hat seine Annahme, die Anlage gehöre dem Land Berlin, nicht mit dessen zivilrechtlichem Eigentum, sondern damit begründet, nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG führe auch wirtschaftliches Eigentum in Form von Beteiligungen an einer juristischen Person zum Ausschluß des Gesetzes. Dementsprechend befassen sich auch die Revision und die Revisionserwiderung eingehend mit der Frage, ob die Beteiligung an der Gesellschaft, die Eigentümerin der Anlage ist, den Begriff "gehören" im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG erfüllt. Hierauf käme es nicht an, wenn das Land Berlin selbst zivilrechtlicher Eigentümer des BHKW wäre.

(2) Für die Beantwortung der vorgenannten Frage kann dahingestellt bleiben, ob der Begriff "gehören" in § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG im Hinblick darauf, daß es sich bei dieser Vorschrift um einen Ausnahmetatbestand von der Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 3 EEG handelt, eng oder, weil die Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 3 EEG einen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellt, weit auszulegen ist, wie einerseits die Revision und andererseits die Revisionserwiderung geltend machen. Ferner bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, ob der Begriff "gehören" neben der rechtlichen Zuordnung zu einem Rechtsträger auch ein Betreiben der Anlage durch diesen voraussetzt (vgl. Salje, Stromeinspeisungsgesetz, 1. Aufl., § 1 Rdnr. 88). Unabhängig davon gehört im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG eine Anlage nicht einem Land, wenn sie - wie hier - im Eigentum einer selbständigen juristischen Person steht, an

der das Land beteiligt ist. Das folgt aus der Entstehungsgeschichte des § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG.

(a) Das Erneuerbare-Energien-Gesetz ist gemäß Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes vom 29. März 2000 (aaO) mit Wirkung vom 1. April 2000 an die Stelle des Gesetzes über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Stromeinspeisungsgesetz - StrEG) vom 7. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2633), zuletzt geändert durch Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes vom 24. April 1998 (BGBl. I S. 730), getreten. Das Stromeinspeisungsgesetz enthält in § 1 Satz 2 Nr. 2 eine Ausnahmebestimmung, wonach nicht erfaßt wird "Strom aus Anlagen, die zu 25 vom Hundert der Bundesrepublik Deutschland, einem Bundesland, öffentlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen oder Unternehmen gehören, die mit ihnen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes verbunden sind, es sei denn, daß aus diesen Anlagen nicht in ein Versorgungsgebiet dieser Unternehmen eingespeist werden kann". Diese Vorschrift unterscheidet vier Fälle, nämlich daß die Anlage dem Bund, einem Land, einem öffentlichen Energieversorgungsunternehmen oder einem Unternehmen, das mit dem Bund, dem Land oder dem öffentlichen Energieversorgungsunternehmen ("ihnen") im Sinne des § 15 AktG verbunden ist, gehört. Danach ist die Beteiligung des Bundes, eines Landes oder eines öffentlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmens an dem Unternehmen, das Eigentümer der Stromerzeugungsanlage ist, in dem letzten Fall der Bestimmung besonders geregelt (Salje, aaO, § 1 Rdnr. 90 und Rdnr. 111; Herrmann, Anwendungsprobleme des Stromeinspeisungsgesetzes, S. 95 f.). Angesichts dessen ist es ausgeschlossen, daß derselbe Sachverhalt bereits von den ersten drei Fällen der Vorschrift erfaßt wird. Ansonsten hätte der letzte Fall keinen eigenständigen Regelungsgehalt. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Die ersten drei Fälle beschränken sich demgemäß darauf, daß die Anlage

dem Bund, einem Land oder einem öffentlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen unmittelbar gehört.

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich nichts anderes. Dort wird der letzte Fall des § 1 Satz 2 Nr. 2 StrEG nicht gesondert erwähnt (BT-Drucks. 11/7816 S. 4 und BT-Drucks. 11/7971, S. 5, jeweils Einzelbegründung zu § 1). Zutreffend wird der Gesetzeszweck darin gesehen, es zu verhindern, daß sich Bund, Länder und öffentliche Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die wegen ihrer finanziellen Leistungskraft beziehungsweise wegen der Möglichkeit zur Abwälzung der Kosten auf die Stromabnehmer einer Förderung nicht bedürfen, dem Ausschluß von der Förderung entziehen, indem sie ihre Tätigkeit auf ein rechtlich selbständiges Unternehmen verlagern (Salje, aaO, Rdnr. 91). Demgemäß wird auch nach dem Gesetzeszweck die Beteiligung des Bundes, eines Landes oder eines öffentlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmens an dem Unternehmen, das Eigentümer der Stromerzeugungsanlage ist, nicht bereits von den ersten drei Fällen, sondern erst von dem letzten Fall des § 1 Satz 2 Nr. 2 StrEG erfaßt.

Ein Unternehmen in diesem Sinne ist nicht nur ein privatrechtlicher Rechtsträger, sondern auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Das folgt aus dem vorgenannten Zweck der Vorschrift, es zu verhindern, daß sich Bund, Länder und öffentliche Elektrizitätsversorgungsunternehmen dem Ausschluß von der Förderung entziehen, indem sie ihre Tätigkeit auf ein rechtlich selbständiges Unternehmen verlagern. Insoweit kann es keinen Unterschied machen, ob es sich bei dem Unternehmen um einen privatrechtlichen Rechtsträger oder - wie hier bei der Klägerin als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts - um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt. Im Sinne des § 15 AktG verbunden sind unter anderem rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende und mit

Mehrheit beteiligte Unternehmen nach § 16 AktG sind. Mit Mehrheit beteiligte Unternehmen sind insoweit auch der Bund und ein Land. Das gilt nicht nur, wenn sie sich an einem Unternehmen privater Rechtsform beteiligen (vgl. dazu BGHZ 69, 334, 338 ff.; 135, 107, 113 f.). Im Rahmen des § 1 Satz 2 Nr. 2 StrEG muß das vielmehr auch dann gelten, wenn es sich bei dem in Mehrheits- oder - wie hier - im Alleinbesitz stehenden Unternehmen um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt.

(b) In das Erneuerbare-Energien-Gesetz sollten nach dem Gesetzentwurf der Regierungsfraktionen zunächst alle vier Ausnahmefälle des § 1 Satz 2 Nr. 2 StrEG übernommen werden; lediglich die Gegenausnahme ("es sei denn ...") sollte inhaltlich geändert werden (BT-Drucks. 14/2341 S. 3, § 1 Abs. 2 Nr. 2). Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens sind jedoch gemäß der Beschlußempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Technologie (BT-Drucks. 14/2776 S. 3) allein die ersten beiden Ausnahmefälle des § 1 Satz 2 Nr. 2 StrEG erhalten geblieben, so daß insoweit nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG nur noch Strom nicht erfaßt wird "aus Anlagen, die zu über 25% der Bundesrepublik Deutschland oder einem Bundesland gehören". In der Gesetzesbegründung (aaO S. 21) heißt es dazu, aus Gründen der Gleichbehandlung würden nunmehr auch Anlagen von Stromproduzenten, die bislang ausgeschlossen gewesen seien, in den Anwendungsbereich des Gesetzes aufgenommen. Danach ist es der erklärte Wille des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich des Gesetzes auf die letzten beiden Ausnahmefälle des § 1 Satz 2 Nr. 2 StrEG zu erweitern. Das schließt es aus, die hier in Rede stehende, bislang in dem letzten Fall des § 1 Satz 2 Nr. 2 StrEG geregelte Beteiligung eines Landes an dem Unternehmen, das Eigentümer der Stromerzeugungsanlage ist, nunmehr unter dem in § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG übernommenen zweiten Fall einzuordnen (vgl. Schönrock, Infrastruktur-Recht 2004, 64, 65; nicht eindeutig Salje, Erneuerbare-Energien-Gesetz, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 97-99).

(c) Das wird durch die weitere Entwicklung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes bestätigt. Nach dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren-Energien im Strombereich vom 18. November 2003 (veröffentlicht im Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge) sollten die bisherigen Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Gesetzes in § 2 vollständig entfallen. Gemäß § 21 Abs. 1 des Entwurfs sollten jedoch für Strom aus Anlagen, die bis zum Tag vor dem Inkrafttreten des Gesetzes in Betrieb genommen waren, unter anderem die "bisherigen Vorschriften über Anlagen, die zu über 25% der Bundesrepublik Deutschland oder einem Land gehören", mit bestimmten Maßgaben weiter anzuwenden sein. Dazu hieß es in der Einzelbegründung, wie bislang sei das Merkmal des "Gehörens" eng auszulegen und auf die unmittelbare zivilrechtliche Eigentümerstellung des Bundes oder eines Landes an der Anlage beschränkt. Dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprechend bestehe damit auch weiterhin für Strom, der in Anlagen von Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts erzeugt werde, ein Vergütungsanspruch nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2000. Gleiches gelte nach dem Willen des Gesetzgebers für Körperschaften des Privatrechts, selbst wenn die Anteile vollständig im Eigentum des Bundes oder eines Landes stünden. Insoweit ist der Entwurf zwar nicht in das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918) eingegangen. Die vorgeschlagene Begründung zu § 21 des Gesetzentwurfs zeigt jedoch, daß auch nach Ansicht der an der Entstehung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes maßgeblich beteiligten Bundesregierung der hier in Rede stehende Fall der Beteiligung eines Landes an dem Unternehmen, das Eigentümer der Stromerzeugungsanlage ist, von § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG nicht erfaßt wird.

(d) Angesichts dessen bedarf es keiner Entscheidung, ob der von der Revision vertretenen Auffassung gefolgt werden könnte, Anlagen im Sinne des

§ 1 Satz 2 Nr. 2 StrEG und des § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG seien ausschließlich Wasserkraftwerke, da nur diese in der Gesetzesbegründung zu § 1 StrEG (BT-Drucks. 11/7816 S. 4 und BT-Drucks. 11/7971 S. 5) aufgeführt seien. Weiter kann offen bleiben, ob entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 2 Nr. 2 EEG gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt und sich die Beklagte hierauf berufen kann.

b) Da sich der von der Klägerin geltend gemachte Vergütungsanspruch bereits unmittelbar aus §§ 3, 4 EEG ergibt, kann ebenfalls dahingestellt bleiben, ob er sich auch aus §§ 2, 3 und 4 des Gesetzes zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz) vom 12. Mai 2000 (BGBl. I S. 703) herleiten ließe (vgl. zu diesen Bestimmungen Senatsurteile vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 236/02, WM 2004, 2256 = ZNER 2004, 178 und vom 10. März 2004 - VIII ZR 213/02, WM 2004, 2264 = ZNER 2004, 182).

c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts greift die Aufrechnung der Beklagten gegen den Vergütungsanspruch der Klägerin nicht durch. Der Beklagten steht der in Höhe von 80.773 € (= 157.978,26 DM) zur Aufrechnung gestellte Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung des Unterschiedsbetrages zwischen der marktüblichen Vergütung und der Vergütung, die sie an die Klägerin für den von dieser im Februar 2001 gelieferten Strom geleistet hat, nicht zu. Die Klägerin hat diese Vergütung nicht ohne rechtlichen Grund erlangt. Vielmehr hat sie darauf nach den oben (unter II 1 a) gemachten Ausführungen gemäß §§ 3, 4 EEG Anspruch.

2. Aus dem gleichen Grund ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Widerklage, mit der die Beklagte einen restlichen Bereicherungsanspruch in Höhe von 55.761,44 € (= 109.059,90 DM) geltend macht, nicht begründet.

3. Der von der Klägerin eingeklagte Zinsanspruch ist in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25. Mai 2001 berechtigt. Er ergibt sich aus den §§ 284 Abs. 3, 288 Abs. 1 BGB, die gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB in der bis zum 1. Januar 2001 geltenden Fassung anzuwenden sind, da das Schuldverhältnis der Parteien vor diesem Zeitpunkt entstanden ist. Ein weitergehender Zinsanspruch in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2002 steht der Klägerin dagegen nicht zu. Entgegen deren Ansicht findet § 288 Abs. 2 BGB in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung hier keine Anwendung. Zu Unrecht beruft sich die Klägerin insoweit auf Art. 229 § 7 EGBGB. Diese Überleitungsvorschrift betrifft nur die Zinsvorschriften zur Höhe des Basiszinssatzes, dagegen nicht die zur Höhe des Aufschlages, um die es im vorliegenden Zusammenhang geht. Auch aus der von der Klägerin weiter herangezogenen Übergangsvorschrift für Dauerschuldverhältnisse in Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB ergibt sich seit dem 1. Januar 2003 nichts anderes. Diese Vorschrift soll nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 14/6040 S. 273) für Dauerschuldverhältnisse eine Fortgeltung des alten Rechts nach Satz 1 über den vorgenannten Zeitpunkt hinaus verhindern. Das rechtfertigt es jedoch nicht, daß ein bereits vorher nach altem Recht entstandener Verzugszinsanspruch danach hinsichtlich der Zinshöhe dem neuen Recht unterliegt. Vielmehr muß es auch insoweit bei dem alten Recht verbleiben.

III.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil, das die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende und der Widerklage stattgebende Urteil des Landgerichts zurückweist, keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif, da es keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen bedarf. Daher ist das Berufungsurteil aufzuheben, und unter Abänderung des erst-

instanzlichen Urteils sind der Klage mit geringfügigen Abstrichen an der Zinsforderung stattzugeben und die Widerklage abzuweisen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Dr. Deppert Ball Dr. Leimert

Wiechers Dr. Wolst