BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 74/04

Verkündet am:
15. Juni 2005
Kirchgeßner
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

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

a) Die Ausschlußregelung des § 2 Abs. 2 KWKG findet im Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG keine Anwendung.

b) Eine bereits bestehende vertragliche Abnahmeverpflichtung im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG liegt nicht vor, wenn im Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG der Strombezug nach der Beendigung des vor dem 1. Januar 2000 geschlossenen Liefervertrages im vertragslosen Zustand fortgesetzt wird.

BGH, Urteil vom 15. Juni 2005 - VIII ZR 74/04 - OLG Hamm
LG Essen

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 2005 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Ball, Dr. Leimert, Wiechers und Dr. Wolst

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 19. Dezember 2003 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 27. November 2001 wegen eines Betrages von 142.560,79 DM = 72.890,17 € nebst Zinsen zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt in K. ein Abfallentsorgungszentrum mit einer Müllverbrennungsanlage. Die bei der Müllverbrennung erzeugte Energie wird teilweise in Form von Wärme in das Fernwärmenetz der Städte K. und N. und teilweise in Form von Strom in das Stromnetz der Beklagten zu 1 eingespeist. Die Stromeinspeisung erfolgte zunächst aufgrund eines Vertrages vom 19./30. Dezember 1994 zwischen der Klägerin und der R. AG, als deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte zu 1 das

Stromnetz betreibt. Der Vertrag wurde einvernehmlich zum 30. Juni 2000 beendet. Die Stromeinspeisung wurde anschließend fortgesetzt. Die Klägerin und die Beklagte zu 2, die die Rechtsnachfolgerin der R. AG als Trägerin der allgemeinen Versorgung im Sinne von § 10 Energiewirtschaftsgesetz ist, verhandelten über den Abschluß eines neuen Stromeinspeisungsvertrages. Dabei verlangte die Klägerin eine Vergütung nach dem am 18. Mai 2000 in Kraft getretenen Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz; KWKG) vom 12. Mai 2000 (BGBl. I 2000 S. 703). Einen Vertragsentwurf der Beklagten zu 2 unterzeichnete die Klägerin unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, daß "die vereinbarte Vergütung nach den Grundsätzen des § 4 KWKG zu bemessen" sei. Damit war die Beklagte zu 2 nicht einverstanden.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin von den Beklagten für den in der Zeit vom 18. Mai bis zum 31. Oktober 2000 gelieferten Strom den Unterschiedsbetrag zwischen der gezahlten und der in § 4 KWKG bestimmten Vergütung. Im einzelnen verlangt die Klägerin von der Beklagten zu 1 für den in der Zeit vom 18. Mai bis zum 30. Juni 2000 gelieferten Strom Zahlung weiterer 142.560,79 DM = 72.890,17 € und für die Stromeinspeisung in den Monaten Juli bis September 2000 Zahlung weiterer 350.667,21 DM = 179.293,29 €, zusammen 493.228 DM = 252.183,47 € nebst Zinsen; ferner fordert sie von beiden Beklagten als Gesamtschuldnern für den im Monat Oktober 2000 gelieferten Strom Zahlung weiterer 427.489,70 DM = 218.572,01 € nebst Zinsen. Die Beklagten haben unter anderem der B. AG den Streit verkündet. Diese ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten.

Das Landgericht, dessen Entscheidung in RdE 2002, 155 abgedruckt ist, hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung hat die Klägerin über die weiter verfolgten Zahlungsansprüche für die Zeit vom 18. Mai

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

bis zum 30. Juni 2000 und für die Monate Juli bis September 2000 (Antrag zu I 1) sowie für den Monat Oktober 2000 (Antrag zu II 1) hinaus jeweils hilfsweise im Wege der Stufenklage kartellrechtliche Schadensersatzansprüche aus §§ 20, 33 GWB auf Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für den in den vorgenannten Zeiträumen gelieferten Strom unter Berücksichtigung der sogenannten vermiedenen Kosten geltend gemacht (Anträge zu I 2 sowie zu II 3 und 4, jeweils a und b). Ferner hat die Klägerin hilfsweise zu dem Anspruch auf Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für den im Oktober 2000 gelieferten Strom von beiden Beklagten als Gesamtschuldnern, weiter hilfsweise nur von der Beklagten zu 1, den Abschluß eines Einspeisevertrages für diesen Monat mit einer Vergütung von 4,6 Eurocent je Kilowattstunde begehrt (Anträge zu II 2 a und b). Wiederum hilfsweise dazu hat sie von der Beklagten zu 1 Zahlung einer zusätzlichen Vergütung von 1,5 Eurocent je Kilowattstunde für die Stromeinspeisung im Oktober 2000 verlangt (Antrag zu II 2 c). Die Klägerin hat die Berufung sowohl beim Oberlandesgericht Hamm als auch beim Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf eingelegt. Auf übereinstimmenden Antrag der Parteien ist das Ruhen des letztgenannten Berufungsverfahrens angeordnet worden. Das Oberlandesgericht Hamm (im folgenden: Berufungsgericht) hat die Berufung zurückgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zweitinstanzlichen Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat nur teilweise Erfolg, überwiegend ist sie nicht begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Senat sei zuständig zur Entscheidung über die Berufung. Das gelte auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Klägerin in zweiter Instanz hilfsweise zusätzliche prozessuale Ansprüche auf kartellrechtlicher Grundlage geltend mache. Eine Verweisung des Rechtsstreits an den Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf komme nicht in Betracht. Die Zuständigkeit des Senats könne nicht wegen eines Klagebegehrens entfallen, das erst im Falle einer abweisenden Entscheidung über den in die Zuständigkeit des Senats fallenden Gegenstand des Hauptbegehrens zur Entscheidung gestellt werde. Aus §§ 88, 91 GWB ergebe sich nichts anderes.

Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Vergütung nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz für den im Zeitraum vom 18. Mai bis zum 30. Juni 2000 eingespeisten Strom. Ob die Annahme des Landgerichts zutreffe, daß die Klägerin nicht zum Kreis der nach diesem Gesetz Förderungsberechtigten gehöre, sei zweifelhaft, könne jedoch dahinstehen. Ein Vergütungsanspruch der Klägerin nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz scheide jedenfalls wegen des in § 4 Abs. 2 KWKG bestimmten Vorrangs der vertraglichen Vergütungsregelung aus. Daher könne offen bleiben, ob es sich bei der von der Klägerin betriebenen Anlage um eine solche im Sinne des § 2 Abs. 3 KWKG handele und ob zum Netz der Beklagten zu 1 die kürzeste Entfernung bestehe.

Ein Vergütungsanspruch der Klägerin aus §§ 3, 4 KWKG für den in der Zeit vom 1. Juli bis zum 30. September 2000 und im Oktober 2000 eingespeisten Strom scheitere daran, daß dieser Strom nicht mehr gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG auf der Grundlage eines vor dem 1. Januar 2000 abgeschlossenen Vertrages geliefert worden sei. Der Kontrahierungszwang des Netzbetreibers aus § 3 Abs. 1 Satz 1 KWKG, auf den sich die Klägerin berufe, erfasse nur KWK-Anlagen nach § 2 Abs. 1 KWKG. Die Beklagte zu 2, die von der Klägerin neben der Beklagten zu 1 gesamtschuldnerisch für den im Oktober 2000 gelieferten Strom in Anspruch genommen werde, schulde darüber hinaus schon deswegen keine Vergütung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 KWKG, weil sie nicht Netzbetreiberin sei.

Die in der Berufungsinstanz erstmals gestellten Hilfsanträge hätten eine nachträgliche Klagehäufung zur Folge, auf die die für die Klageänderung geltende Vorschrift des § 263 ZPO entsprechend anwendbar sei. Eine Bescheidung der Hilfsanträge zu II 2 a und b und zu II 2 c erübrige sich, weil die von der Klägerin insoweit ausdrücklich aufgestellten Bedingungen nicht eingetreten seien. Die mit den Hilfsanträgen zu I 2 sowie zu II 3 und 4 beabsichtigte Änderung der Klage, der die Beklagten widersprochen hätten, sei nicht zuzulassen. Sie sei nicht sachdienlich, weil der Senat über den zusätzlich eingeführten Streitgegenstand, der zur ausschließlichen Zuständigkeit der Kartellgerichte gehöre, nicht entscheiden könne und weil dadurch in zweiter Instanz die Befassung eines weiteren Gerichts mit der ansonsten entscheidungsreifen Sache notwendig werde. Gegen die Sachdienlichkeit spreche auch, daß der neue Streitgegenstand die Anwendung von Normen mit im wesentlichen anderen entscheidungserheblichen Tatbestandsmerkmalen und deswegen eine deutliche Ausweitung des Tatsachenvortrags erfordere.

II.

Diese Entscheidung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur in einem Punkt nicht stand.

1. Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen und des revisionsrechtlich zu unterstellenden Vorbringens der Klägerin hat das Berufungsgericht zu Unrecht den von der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 geltend gemachten Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen der vertraglich vereinbarten Vergütung und der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Vergütung für den in der Zeit vom 18. Mai bis 30. Juni 2000 unstreitig gelieferten Strom in Höhe von 142.560,79 DM = 72.890,17 € verneint. Nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt kann die Klägerin von der Beklagten zu 1 für den von ihr in der vorbezeichneten Zeit gelieferten Strom gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG in Verbindung mit dem Vertrag vom 19./30. Dezember 1994 die Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG verlangen. Die insoweit maßgeblichen Rechtsfragen sind weitgehend durch die nach Erlaß des angefochtenen Berufungsurteils ergangene Senatsrechtsprechung geklärt (insbesondere Urteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 236/02, WM 2004, 2256; ferner Urteil vom 10. März 2004 - VIII ZR 213/02, WM 2004, 2264; Urteil vom 14. Juli 2004 - VIII ZR 356/03, RdE 2004, 300; Urteil vom 14. Juli 2004 - VIII ZR 345/03, VersorgW 2004, 276).

a) Der streitige Vergütungsanspruch 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) 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, 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 dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt für den Strom zu, den die Beklagte zu 1 in der Zeit vom 18. Mai bis zum 30. Juni 2000 von der Klägerin bezogen hat.

aa) Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob es sich bei der von der Klägerin betriebenen Müllverbrennungsanlage, in der der in Rede stehende Strom bei der Verbrennung von Abfall erzeugt worden ist, in technischer Hinsicht um eine KWK-Anlage im Sinne der gesetzlichen Definition in § 2 Abs. 3 KWKG handelt. Daher ist in der Revisionsinstanz hiervon zugunsten der Klägerin gemäß der von ihr unter Beweis gestellten Behauptung auszugehen.

bb) Die Beklagte zu 1 hat den Strom von der Klägerin aufgrund eines Liefervertrages bezogen, der am 19./30. Dezember 1994 und damit vor dem 1. Januar 2000 geschlossen worden ist.

cc) Die Beklagte zu 1 ist auch ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG. Dazu gehören gemäß § 2 Abs. 3

EnWG (in der seinerzeit geltenden Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998, BGBl. I 1998 S. 730; 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 (Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO unter II 2 c; Senatsurteil vom 10. März 2004, aaO unter B I 2 a bb). Ein solches Unternehmen ist die Beklagte zu 1, weil sie ein Netz für die allgemeine Versorgung betreibt.

dd) Die sich aus dem Zweck des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes nach § 1 KWKG ergebende Voraussetzung, daß der Strom für die allgemeine Versorgung bestimmt ist (Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO unter II 2 c; Senatsurteil vom 10. März 2004, aaO unter B I 2 a cc), ist ebenfalls erfüllt, da der in Rede stehende Strom in das von der Beklagten zu 1 betriebene Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist worden ist.

ee) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung findet § 2 Abs. 2 KWKG, wonach vom Anwendungsbereich des Gesetzes "Strom von Energieversorgungsunternehmen gemäß Absatz 1 Satz 1" unter bestimmten Voraussetzungen nicht erfaßt wird, in dem hier gegebenen Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG keine Anwendung (Herrmann, RdE 2000, 184, 188; vgl. auch Salje, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz, § 2 Rdnr. 129). Daher ist es unerheblich, daß es insoweit an Feststellungen des Berufungsgerichts fehlt.

Die Ausschlußregelung des § 2 Abs. 2 KWKG gilt schon nach ihrem Wortlaut nur für Strom von Energieversorgungsunternehmen gemäß Absatz 1 Satz 1 (vgl. insoweit bereits Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO unter II 2 a). Das ist Strom, der in KWK-Anlagen von Energieversorgungsunternehmen

erzeugt wird, die die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstellen und als Energieversorger bereits am 31. Dezember 1999 tätig waren. Um solchen Strom geht es in dem hier gegebenen Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG nicht. Zum einen betrifft der von der Klägerin geltend gemachte Vergütungsanspruch nicht Strom, der von einem Energieversorgungsunternehmen erzeugt wird, sondern Strom, der von einem solchen Unternehmen bezogen wird. Zum anderen muß es sich bei dem Energieversorgungsunternehmen im Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG nicht um ein solches handeln, das die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstellt und als Energieversorger bereits am 31. Dezember 1999 tätig war; vielmehr kommt jedes Energieversorgungsunternehmen in Betracht (Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO unter II 2 c; Senatsurteil vom 10. März 2004, aaO unter B I 2 a bb; vgl. bereits oben unter II 1 b cc).

Eine entsprechende Anwendung des § 2 Abs. 2 KWKG ist im Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG ausgeschlossen. Es fehlt an der dafür erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Der ursprüngliche Gesetzentwurf der Regierungsfraktionen enthielt die Einschränkung "gemäß Absatz 1 Satz 1" nicht (BT-Drucks. 14/2765 S. 2). Diese ist erst im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt worden (BT-Drucks. 14/3007 S. 2). Die Begründung "Klarstellung des Gewollten" (BT-Drucks. aaO S. 6) zeigt, daß der Gesetzgeber die Ausnahmevorschrift des § 2 Abs. 2 KWKG mit Absicht auf den Fall des § 2 Abs. 1 Satz 1 KWKG beschränkt hat. Aus dem Umstand, daß in § 2 Abs. 1 Satz 3 KWKG der dort bezeichnete Strom dem Strom aus KWK-Anlagen gemäß Satz 1 gleichgestellt ist, ergibt sich nichts anderes. Daß sich diese Gleichstellung nicht auf die Anwendung des § 2 Abs. 2 KWKG erstrecken soll, folgt schon daraus, daß andernfalls die in § 2 Abs. 2 KWKG nachträglich eingefügte Einschränkung "gemäß Absatz 1 Satz 1" überflüssig wäre.

Darüber hinaus kommt eine entsprechende Anwendung auch nach Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 KWKG nicht in Betracht. Danach wird Strom von den dort bezeichneten Energieversorgungsunternehmen dann nicht erfaßt, wenn deren installierte elektrische Kraftwerksleistung in Kraft-Wärme-Kopplung bezogen auf ihre installierte Kraftwerksleistung insgesamt weniger als 25 vom Hundert und deren in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugte Strommenge bezogen auf ihre gesamte Stromerzeugung im Jahr weniger als 10 vom Hundert beträgt. Ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 14/2765 S. 4) soll damit dem Umstand Rechnung getragen werden, daß diejenigen KWK-Anlagen der öffentlichen Versorgung keiner Förderung bedürfen, deren Weiterbestand im betreffenden Energieversorgungsunternehmen nicht gefährdet ist, weil sie dort anteilsmäßig für die Stromversorgung nur von deutlich untergeordneter Bedeutung sind. Diesen Erwägungen kommt im Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG von vorneherein keine Bedeutung zu, weil es dabei, wie oben dargelegt, nicht um Strom geht, der von einem Energieversorgungsunternehmen erzeugt wird, sondern um Strom, der von einem solchen Unternehmen bezogen wird, und weil deswegen insoweit eine Förderung des Stroms aus KWK-Anlagen von Energieversorgungsunternehmen, deren Beschränkung § 2 Abs. 2 KWKG bezweckt, erst gar nicht stattfindet. Die von der Revisionserwiderung befürwortete entsprechende Anwendung des § 2 Abs. 2 KWKG auf andere Anlagenbetreiber als Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 KWKG scheidet vor diesem Hintergrund auch deswegen aus, weil deren wirtschaftliche Situation nicht vergleichbar ist. Anders als die oft großen Energieversorgungsunternehmen sind die Anlagenbetreiber im Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG in der Regel vergleichsweise kleine kommunale Betriebe, die meist nur ein einziges Kraftwerk mit geringerer Leistung und dementsprechend ungünstigeren Produktionskosten betreiben (vgl. BT-Drucks. aaO zu § 1). Dafür, daß hier für

die Klägerin ausnahmsweise etwas anderes gilt, ist weder etwas vorgetragen noch sonst ersichtlich.

c) Fällt danach der in Rede stehende Strom gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG in den Anwendungsbereich des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes, steht die dafür nach § 3 Abs. 1 Satz 1, § 4 KWKG geschuldete Vergütung, wie auch vom Berufungsgericht befürwortet, der Klägerin als der Betreiberin der Anlage zu, 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 (vgl. Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO unter II 3; Senatsurteil vom 10. März 2004, aaO unter B I 2 b und II; Senatsurteile vom 14. Juli 2004, aaO unter II 3 c bzw. II 3).

d) Der Vergütungsanspruch richtet sich gegen die Beklagte zu 1 als das Energieversorgungsunternehmen, das den Strom aufgrund des mit der Klägerin geschlossenen Liefervertrages bezogen hat. 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 zu 1 in dem hier in Rede stehenden Zeitraum auch weiterhin gemäß dem seinerzeit ungekündigten Stromliefervertrag vom 19./30. Dezember 1994 zur Stromabnahme verpflichtet gewesen. Demgemäß muß sie den bezogenen Strom auch vergüten. Dies beruht darauf, daß die Vergütungspflicht mit der Abnahmepflicht insofern in einem untrennbaren Zusammenhang steht, als die Vergütung die synallagmatische Gegenleistung für den gelieferten Strom ist (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 3 d bzw. II 4).

Schuldet mithin die Beklagte zu 1 die Vergütung für den von der Klägerin bezogenen Strom nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG, kommt es entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung auf die vom Berufungsgericht offen gelassene Frage, ob gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 KWKG von der Anlage der Klägerin zum Netz der Beklagten zu 1 die kürzeste Entfernung besteht, nicht an. Die Frage, zu wessen Netz vom Standort der KWK-Anlage die kürzeste Entfernung besteht, ist nur für die – hier nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG nicht eingreifende – Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 KWKG von Bedeutung.

e) In Bezug auf die Höhe der von der Beklagten zu 1 zu zahlenden Vergütung ist nach der Senatsrechtsprechung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts von der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Mindestvergütung auszugehen. Das folgt aus Wortlaut ("Strom nach § 2"), Systematik (andernfalls Leerlauf des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG) und Zweck des Gesetzes (gemäß § 1 KWKG der Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung in der allgemeinen Versorgung). Aus der vom Berufungsgericht angeführten Bestimmung des § 4 Abs. 2 KWKG, wonach für Strom nach § 2 Abs. 1 Satz 3 KWKG 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 fortbestehenden Lieferverträgen. Vielmehr läßt diese Vorschrift die Vorstellung des Gesetzgebers erkennen, daß in den beiden Fällen des § 2 Abs. 1 Satz 3 KWKG die fortbestehenden Lieferverträge infolge des Inkrafttretens des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes hinsichtlich der Vergütung anzupassen sind, wobei von der auch insoweit gültigen Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG auszugehen ist (Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO unter II 5 a; ferner Senatsurteile

vom 14. Juli 2004, aaO unter II 3 e bzw. II 5). An dieser Rechtsprechung wird auch nach der von der Revisionserwiderung erbetenen Überprüfung festgehalten.

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). Derartige Umstände sind von der Beklagten zu 1 indessen nicht geltend gemacht worden und werden auch in der Revisionserwiderung nicht angeführt. Daher bleibt es hier bei der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Mindestvergütung und demgemäß nach der nicht streitigen Berechnung der Klägerin bei der von ihr geltend gemachten restlichen Vergütung für den in der Zeit vom 18. Mai bis zum 30. Juni 2000 gelieferten Strom in Höhe von 142.560,79 DM = 72.890,17 €.

f) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung verstoßen die Vorschriften des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes weder gegen das Grundgesetz noch gegen Bestimmungen des EG-Vertrages. Das trifft insbesondere auf die hier in Rede stehende Verpflichtung der Beklagten zu 1 aus § 4 Abs. 1 KWKG zur Zahlung einer Mindestvergütung zu. 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.Nachw.). Neue Gesichtspunkte zeigt die Revisionserwiderung, die lediglich auf vorinstanzlichen Vortrag der Beklagten verweist, nicht auf.

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht dagegen den von der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 geltend gemachten Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen der tatsächlich geleisteten Vergütung und der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Vergütung für den in den Monaten Juli bis September 2000 unstreitig gelieferten Strom in Höhe von 350.667,21 DM = 179.293,29 € verneint.

Dieser Anspruch ergibt sich - anders als der vorstehend (unter II 1) behandelte Anspruch - nicht aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG, der allein in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage, da der betreffende Strom von der Beklagten zu 1 nicht auf der Grundlage eines vor dem 1. Januar 2000 abgeschlossenen Liefervertrages bezogen worden ist. Der Liefervertrag vom 19./30. Dezember 1994 ist einvernehmlich zum 30. Juni 2000 beendet worden. Der Strombezug ist anschließend zwar fortgesetzt worden. Es ist jedoch nicht festgestellt, daß dies auf der Grundlage einer vor dem 1. Januar 2000 getroffenen Absprache geschehen ist. Daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang Vortrag der Klägerin übergangen habe, macht die Revision nicht geltend.

a) Entgegen der Ansicht der Revision reicht es nicht aus, daß der Strombezug nach der Beendigung des Liefervertrages vom 19./30. Dezember 1994 fortgesetzt worden ist. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG bleiben bereits "bestehende" vertragliche Abnahmeverpflichtungen auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 3 unberührt. § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG setzt voraus, daß der Strom "auf der Grundlage eines vor dem 1. Januar 2000 geschlossenen Liefervertrages" bezogen wird. Demgemäß ist ein Vertrag erforderlich, der vor dem genannten Stichtag geschlossen worden ist und zum Zeitpunkt des Strombezugs fortbesteht. Eine nachträgliche Änderung der Höhe der Vergütung ist dabei unschädlich; sie entspricht vielmehr § 4 Abs. 2 KWKG, wonach die Vergü-

tung 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 (vgl. Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO unter II 5; ferner Senatsurteile vom 14. Juli 2004, aaO unter II 3 e bzw. unter II 5). Ein vor dem 1. Januar 2000 geschlossener Liefervertrag mag auch fortbestehen, 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 (vgl. Salje, aaO, § 2 Rdnrn. 102 und 114 ff.). Dagegen reicht es jedenfalls nicht aus, daß vor dem 1. Januar 2000 ein Liefervertrag bestanden hat, der vor dem Bezug des Stroms beendet worden ist (Friedrich, RdE 2001, 9, 11; Herrmann, aaO, 194). Das gilt nach dem eindeutigen Wortlaut der §§ 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2, 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG selbst dann, wenn der Strombezug anschließend – wie hier zumindest in den Monaten Juli bis September 2000 mangels Einigung über die Höhe der Vergütung – im vertragslosen Zustand fortgesetzt worden ist (insoweit unentschieden Salje, aaO, § 2 Rdnrn. 103 ff.). Aus dem Sinn der Stichtagsregelung, den gemäß § 1 KWKG bezweckten Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung in der allgemeinen Versorgung auf den Bestand vor dem 1. Januar 2000 zu begrenzen (Senatsurteil vom 10. März 2004, aaO unter B III 1), ergibt sich nichts anderes. Daraus folgt nicht, daß der Fortbestand eines am 1. Januar 2000 bestehenden Liefervertrages als Voraussetzung der Förderung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG entbehrlich ist. Die Verpflichtung zur Zahlung einer Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG stellt einen nicht unerheblichen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit der betroffenen Unternehmen dar. Dieser Eingriff ist zwar durch den vorgenannten Schutzzweck gerechtfertigt. Es ist jedoch nicht vertretbar, ihn über den Wortlaut des Gesetzes hinaus im Wege einer entsprechenden Anwendung auszudehnen.

b) Ohne Erfolg macht die Revision weiter geltend, das Fehlen eines Liefervertrages stehe dem Vergütungsanspruch der Klägerin aus § 4 Abs. 1 KWKG nicht entgegen, weil diese nach § 4 Abs. 2 KWKG einen Anspruch auf Abschluß einer entsprechenden Vereinbarung habe. Zu Unrecht beruft sich die Revision für einen solchen Anspruch auf die Senatsrechtsprechung. Richtig ist zwar, daß der Anlagenbetreiber danach von dem Energieversorgungsunternehmen gemäß § 4 Abs. 2 KWKG den Abschluß eines Vertrages über die Höhe der Vergütung verlangen kann (Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO unter II 5 c), zumal diese gegebenenfalls von der Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG abweichen kann (vgl. oben unter II 1 e). Das setzt jedoch voraus, daß ein Vergütungsanspruch aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG dem Grunde nach besteht, wofür wiederum gemäß den vorstehenden Ausführungen ein vor dem 1. Januar 2000 abgeschlossener und zum Zeitpunkt des Strombezugs fortbestehender Liefervertrag erforderlich ist.

3. Aus den vorgenannten Gründen hat das Berufungsgericht auch zu Recht den von der Klägerin gegen die beiden Beklagten als Gesamtschuldner geltend gemachten Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen der tatsächlich geleisteten Vergütung und der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Vergütung für den im Monat Oktober 2000 unstreitig gelieferten Strom in Höhe von 427.489,70 DM = 218.572,01 € verneint. Insoweit fehlt es für den allein in Betracht kommenden Anspruch aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG ebenfalls an einem vor dem 1. Januar 2000 abgeschlossenen und zum Zeitpunkt des Strombezugs fortbestehenden Liefervertrag. Das gilt für beide Beklagten. Auf den vom Berufungsgericht weiter angeführten Umstand, daß die Beklagte zu 2 keine Netzbetreiberin sei, kommt es

für den hier in Rede stehenden Anspruch aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG nicht an (vgl. oben unter II 1 d).

4. Soweit das Berufungsgericht für die Hilfsanträge zu II 2 den Eintritt der von der Klägerin hierfür gestellten Bedingung verneint hat, erhebt die Revision keine Einwendungen und bestehen auch sonst keine Bedenken. Da nach dem oben Ausgeführten die Zurückweisung des Klageantrags zu I hinsichtlich des Zeitraums vom 18. Mai bis zum 30. Juni 2000 den Rügen der Revision nicht standhält, stehen für diese Zeitspanne die Hilfsanträge zu I 2 derzeit ebenfalls nicht zur Entscheidung. Daher unterliegen die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es die Sachdienlichkeit der Einführung dieser neuen Anträge abgelehnt hat, insoweit nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

5. Nicht zu beanstanden ist schließlich, daß das Berufungsgericht die sonstigen von der Klägerin erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsanträge nicht zugelassen hat. Das betrifft die Hilfsanträge zu I 2 für die Monate Juli bis September 2000 sowie zu II 3 und 4, mit denen die Klägerin im Wege der Stufenklage kartellrechtliche Schadensersatzansprüche aus §§ 20, 33 GWB auf Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für den in der betreffenden Zeit gelieferten Strom unter Berücksichtigung der sogenannten vermiedenen Kosten (vgl. BGHZ 119, 335; 133, 177; 134, 1, 6, jeweils zu §§ 26 Abs. 2, 35 GWB a.F.) geltend macht.

Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsanträge wegen des damit in den Prozeß eingeführten neuen Streitgegenstandes eine nachträgliche Klagehäufung (§ 260 ZPO) zur Folge haben, die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wie eine Klageänderung (§ 263 ZPO) zu behandeln ist (Urteil vom 11. Juli 1996 - IX ZR 80/95, WM 1996, 1507 unter II 1; Urteil vom

19. März 2004 - V ZR 104/03, für BGHZ 158, 295 vorgesehen, WM 2004, 1147 unter II 2 a, jew. m.w.Nachw.). Dem stimmt die Revision ausdrücklich zu. § 533 ZPO in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung findet nach § 26 Nr. 5 EGZPO keine Anwendung, da die mündliche Verhandlung, auf die das erstinstanzliche Urteil ergangen ist, am 27. November 2001 stattgefunden hat. Nach der über § 523 ZPO a.F. anwendbaren Vorschrift des § 263 ZPO ist eine Änderung der Klage zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich erachtet. Da die Beklagten der Klageänderung widersprochen haben, kommt es hier auf die Sachdienlichkeit an. Diese hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision in rechtlich nicht zu beanstandender Weise verneint. In der Revisionsinstanz kann grundsätzlich nur geprüft werden, ob der Rechtsbegriff der Sachdienlichkeit verkannt oder die Grenzen des dem Gericht eingeräumten Beurteilungsspielraums überschritten worden sind (BGHZ 123, 132, 137; BGH, Urteil vom 11. Juli 1996, aaO unter II 3, jew. m.w.Nachw.). Einen derartigen Fehler zeigt die Revision nicht auf.

a) Zu Unrecht macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe den Begriff der Sachdienlichkeit verkannt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Frage der Sachdienlichkeit allein auf die objektive Beurteilung an, ob und inwieweit die Zulassung der Klageänderung den sachlichen Streitstoff im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt und einem andernfalls zu gewärtigenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt. Die Sachdienlichkeit kann unter diesem Blickpunkt im allgemeinen nur dann verneint werden, wenn ein völlig neuer Streitstoff in den Rechtsstreit eingeführt werden soll, bei dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozeßführung nicht verwertet werden kann (BGHZ 143, 189, 197 f. m.w.Nachw.). In Übereinstimmung mit dieser prozeßwirtschaftlichen Betrachtungsweise hat das Berufungsgericht die Sachdienlichkeit der nachträglichen Klageänderung hier mit der Begründung verneint, daß es über den zusätzlich eingeführten Streitgegenstand,

der zur ausschließlichen Zuständigkeit der Kartellgerichte gehöre, nicht entscheiden könne, daß dadurch die Befassung eines weiteren Gerichts mit der ansonsten entscheidungsreifen Sache notwendig werde und daß der neue Streitgegenstand die Anwendung von Normen mit im wesentlichen anderen Tatbestandsmerkmalen erfordere. Aus § 88 GWB ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision nichts anderes. Danach ist zwar eine Klageverbindung zwischen kartellrechtlichen und anderen Ansprüchen möglich. Daraus folgt jedoch nichts für die hier in Rede stehende Frage, ob die nachträgliche Klageverbindung im Sinne von § 263 ZPO sachdienlich ist.

b) Ohne Erfolg beruft sich die Revision weiter darauf, das Berufungsgericht hätte die Sachdienlichkeit wegen eines Verstoßes des Landgerichts gegen § 139 ZPO und Art. 103 Abs. 1 GG bejahen müssen. Dieses habe nämlich versäumt, die Klägerin rechtzeitig darauf hinzuweisen, daß sie nicht nach § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG förderungsberechtigt sei. Deswegen und mangels Einräumung einer Schriftsatzfrist habe die Klägerin die Hilfsanträge erst in der Berufungsinstanz stellen können. Der gerügte Verstoß des Landgerichts gegen die Hinweispflicht liegt nicht vor. Sowohl die Beklagten als auch deren Streithelferin haben eingehend geltend gemacht, die Klägerin sei nicht förderungsberechtigt. Dies war bereits in erster Instanz einer der wesentlichen Streitpunkte der Parteien. Angesichts dessen war ein gerichtlicher Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO entbehrlich.

III.

Nach alledem kann das Berufungsurteil insoweit keinen Bestand haben, als das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin gegen das erstinstanzliche Urteil wegen des von ihr gegen die Beklagte zu 1 geltend gemachten Anspruchs auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen der vertraglich ver-

einbarten Vergütung und der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Vergütung für den in der Zeit vom 18. Mai bis zum 30. Juni 2000 gelieferten Strom in Höhe von 142.560,79 DM = 72.890,17 € zurückgewiesen hat (oben unter II 1). Insoweit ist der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif, da es noch weiterer tatsächlicher Feststellungen zu der vom Berufungsgericht offen gelassenen Frage bedarf, ob es sich bei der von der Klägerin betriebenen Müllverbrennungsanlage, in der der in Rede stehende Strom bei der Verbrennung von Abfall erzeugt worden ist, in technischer Hinsicht um eine KWK-Anlage im Sinne der gesetzlichen Definition in § 2 Abs. 3 KWKG handelt (oben unter II 1 b aa). In dem vorbezeichneten Umfang ist daher das Berufungsurteil aufzuheben, und die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Im übrigen ist die Revision erfolglos und daher zurückzuweisen.

Dr. Deppert Ball Dr. Leimert

Wiechers Dr. Wolst