

#### **4. Zum Anspruch eines Energieversorgungsunternehmens ohne Stromnetz auf Belastungsausgleich nach § 5 Abs. 1 KWKG**

KWKG §§ 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2, Abs. 2; 3 Abs. 1 S. 1; 4; 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1

**1. Nach seinem ausdrücklichen Wortlaut und seiner Entstehungsgeschichte gilt § 2 Abs. 2 KWKG nicht für die Fälle des zweiten und dritten Förderwegs nach § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 und Nr. 2 KWKG.**

**2. Sofern die für die Berechnung nach § 5 KWKG erforderlichen Daten im Gerichtsverfahren dargelegt und bewiesen werden, bedarf es keiner zusätzlichen Testierung durch einen bestellten Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchhalter.**

**3. Das KWKG verstößt nicht gegen Europäisches Recht oder das Grundgesetz.**

**4. Der Begriff des "Erhebens" in der gesetzlichen Ausschlussfrist in § 12 Abs. 2 KWKG ist im Sinne einer substantiierten Geltendmachung gegenüber dem jeweiligen Netzbetreiber als Anspruchsschuldner zu verstehen.**

*(Leitsätze der Redaktion)*

OLG Naumburg, U. v. 15.03.2005 – 4 U 135/04 (vorgehend: LG Halle, RdE 2001, 195; OLG Naumburg, RdE 2002, 286; BGH, ZNER 2004, 182)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin betreibt am Chemiestandort L. ein Energieversorgungsnetz, durch das aufgrund einzelvertraglicher Regelungen Abnehmer mit Strom versorgt werden. Dem Stromnetz der Klägerin ist das Stromnetz der Beklagten vorgelagert. Im Jahre 1996 erteilte das Umweltministerium des Landes Sachsen-Anhalt der Klägerin die Genehmigung zur Aufnahme der Versorgung anderer mit Energie und Gas gemäß § 5 EnWG. Die Klägerin bezieht den Strom für ihr Netz zum einen gemäß Vertrag vom 15.05.1996 von der D. (vormals W.), die den Strom wiederum gemäß Vertrag vom 11.05.1992 von der S. geliefert bekommt, an der die Beklagte zu 49% beteiligt ist. Zum anderen bezieht die Klägerin den Strom gemäß Vertrag vom 13.03.1997 von der K., einer 100%igen Tochtergesellschaft der Beklagten. Der unmittelbar in das Netz der Klägerin eingespeiste Strom wird von der S. und der K. in KWKG-Anlagen erzeugt. Soweit der Strombedarf der Klägerin durch die K. und die D. nicht gedeckt werden kann, bezieht die Klägerin auch Strom von der Beklagten. Zwischen der Klägerin und der Beklagten bestand ein am 26.08./29.09.1996 geschlossener "Vertrag über energiewirtschaftliche Zusammenarbeit", der unter anderem auch die Ausspeisung von Strom aus dem Netz der Klägerin in das vorgelagerte Netz der Beklagten vorsah. Dieser Vertrag wurde von der Beklagten zum 31.12.1999 gekündigt.

Am 18.05.2000 trat das Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (KWKG) in Kraft.

Mit Schreiben vom 09.06.2000 erteilte die Klägerin der Beklagten eine Rechnung, in der sie unter anderem einen Belastungsausgleich gemäß § 5 KWKG für den Strom begehrte, den sie in der Zeit vom 18. bis zum 31.05.2000 aus dem Kraftwerk der S. (Position 1) und dem der K. (Position 2) bezogen hatte. Während die erste Position von der Beklagten ausdrücklich unstrittig gestellt und beglichen wurde, verlangte sie bezüglich der zweiten Position eine Neuberechnung. Mit korrigierter Rechnung vom 12.07.2000 verlangte die Klägerin für den von der K. bezogenen Strom nunmehr die Zahlung von 263.829,39 DM netto. Unter dem 07.09.2000 erteilte die Klägerin der Beklagten eine weitere Rechnung, in der sie für die Lieferung von Strom im August 2000 eine Vergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG in Höhe von 200.609,09 DM brutto begehrte. Beiden Forderungen kam die Beklagte nicht nach.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, dass der Klägerin ein Belastungsausgleich nach § 5 KWKG nicht zustehen könne, weil ein solcher Anspruch voraussetze, dass die Klägerin die allgemeine Ver-

sorgung von Letztverbrauchern gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 EnWG sicherstelle und selber eine KWKG-Anlage betreibe.

Das LG Halle hat die Klage durch das am 31.05.2001 verkündete Urteil abgewiesen, weil die Klägerin nicht unter den Schutzzweck des KWKG falle. Das KWKG diene ausschließlich dem Schutz der Energieversorgungsunternehmen in der allgemeinen Versorgung von Letztverbrauchern. Die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern entspreche im Rahmen des KWKG dem Terminus des § 10 EnWG i.V.m. § 11 EnWG, wonach es sich um die Versorgung von Tarifkunden im Rahmen allgemeiner Versorgungsbedingungen und Tarife, die behördlich genehmigt wurden, handeln müsse.

Gegen das Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt.

Während des Berufungsverfahrens erteilte das Ministerium für Wirtschaft und Technologie des Landes Sachsen-Anhalt der Klägerin durch Bescheid vom 09.10.2001 die Genehmigung zur Aufnahme der Versorgung anderer mit Elektrizität gemäß § 3 Abs. 1 EnWG. Die Genehmigung von Allgemeinen Tarifen über die Versorgung mit elektrischer Energie in Niederspannung wurde unter dem 10.12.2001 mit Wirkung zum 01.01.2002 erteilt.

Unter dem 06.05.2002 erteilte die Klägerin der Beklagten eine weitere Rechnung, in der sie einen Belastungsausgleich gemäß § 5 KWKG in Höhe von 175.444,41 EUR netto für den im Februar 2002 über D. von S. bezogenen Strom geltend macht. Um diesen Betrag erweiterte die Klägerin ihre Klage. Im Hinblick auf die Klageerweiterung hat die Klägerin die Auffassung vertreten, dass ihr ein Anspruch auf Belastungsausgleich in der geltend gemachten Höhe gegen die Beklagte aus § 5 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 3 Ziff. 2 KWKG zustehe, weil der gesamte in der S.-Anlage erzeugte Strom aufgrund des Liefervertrages vom 15.05.1996 in ihr Netz eingespeist werde.

Der 7. Zivilsenat hat die Berufung der Klägerin durch das am 20.06.2002 verkündete Urteil zurückgewiesen und die Revision wegen rechtsgrundsätzlicher Bedeutung zugelassen. Zur Begründung seiner Zurückweisung hat der Senat ausgeführt, dass das Landgericht zu Recht die Anwendbarkeit des KWKG auf die Klägerin verneint habe. Die Klägerin fielen nicht unter den Anwendungsbereich des KWKG, da sie kein Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung im Sinne von § 10 EnWG sei. Die zwischenzeitlich erteilte Genehmigung zur Versorgung anderer mit Elektrizität vom 09.10.2001 könne allenfalls Wirkung für die Zukunft haben. Nach dem Zweck des KWKG könne es jedoch nicht darauf ankommen, ob eine Genehmigung vorliege, sondern allein darauf, ob tatsächlich eine allgemeine Versorgung im Unterschied zu einer gezielten Versorgung stattfinde. Von einer allgemeinen Versorgung der Allgemeinheit könne wegen der räumlichen Eingrenzung des Netzes der Klägerin auf den Chemiestandort L. und dem begrenzten Abnehmerkreis jedoch keine Rede sein.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin am 25.07.2002 Revision beim Bundesgerichtshof eingelegt. Der BGH hat das Urteil des OLG Naumburg durch das am 10.03.2004 verkündete Urteil insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin wegen eines Betrages von mehr als 102.569,79 EUR (200.609,09 DM) nebst 5% Zinsen seit dem 28.09.2000 zurückgewiesen worden ist und die Sache im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der BGH hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, dass der von der Klägerin gegen die Beklagte geltend gemachte Anspruch aus § 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 KWKG auf Belastungsausgleich in Höhe von 263.829,39 DM für den in der Zeit vom 18. bis zum 31.05.2000 von der K. bezogenen Strom nach den bisher getroffenen Feststellungen vom Berufungsgericht zu Unrecht verneint worden sei.

Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 KWKG könne ein Netzbetreiber, soweit er Zahlungen nach § 3 KWKG zu zahlen habe, von dem vorgelagerten Netzbetreiber einen Ausgleich für seine Zahlungen verlangen. Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 KWKG seien bei der Klägerin erfüllt, da die Klägerin in L. ein Stromnetz betreibe, dem das Netz der Beklagten vorgelagert sei. Die Klägerin sei gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 KWKG in Verbindung mit

dem Vertrag vom 13.03.1997 verpflichtet, der K. den Strom, den sie von dieser in der Zeit vom 18. bis zum 31.05.2000 bezogen habe, nach § 4 KWKG zu vergüten.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts handele es sich bei der Klägerin um ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG. Anders als im Falle des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 KWKG komme hierfür nämlich jedes Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 3 EnWG a. F. in Betracht. Im EnWG fehle zwar eine Definition des Begriffes der allgemeinen Versorgung, doch werde in § 2 Abs. 3 EnWG a. F. die allgemeine Versorgung der Versorgung anderer gegenübergestellt. Unter besonderer Berücksichtigung des Sprachgebrauchs folge daraus, dass die allgemeine Versorgung nicht von vornherein auf bestimmte Abnehmer begrenzt sein dürfe, sondern grundsätzlich für jeden Abnehmer offen sein müsse. Dies sei bei der Klägerin schon deswegen gegeben, weil sie die Beklagte auch nach der Kündigung des Vertrages über energiewirtschaftliche Zusammenarbeit zum 31.12.1999 weiterhin mit Strom versorgt habe. Da die Beklagte unstreitig ein Netz der allgemeinen Versorgung betreibe, diene der von der Klägerin bezogene Strom selbst dann der allgemeinen Versorgung, wenn die Klägerin entgegen ihren Ausführungen am Chemiestandort L. nicht alle Abnehmer, die dies wünschten, mit Strom versorgt haben würde.

Der BGH hat weiter ausgeführt, dass das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch aus § 3 Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 1 KWKG auf Vergütung des im August gelieferten Stroms in Höhe von 102.569,79 EUR (200.609,09 DM) verneint habe. Der Vergütungsanspruch aus § 3 Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 1 KWKG stehe nicht dem Energieversorgungsunternehmen, das den Strom aus den KWK-Anlagen (hier: Klägerin) beziehe, sondern dem Anlagenbetreiber (hier: S. und K.) zu.

Schließlich hat der BGH ausgeführt, dass das Berufungsgericht den von der Klägerin gegen die Beklagte geltend gemachten Anspruch aus § 5 Abs. 1 KWKG auf Belastungsausgleich in Höhe von 175.444,41 EUR für den im Februar 2002 von der L. aus der KWK-Anlage der S. bezogenen Strom zu Unrecht verneint habe.

Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 KWKG könne ein Netzbetreiber, soweit er Zahlungen nach den Absätzen 1 bis 3 (des § 5 KWKG) zu leisten habe, von dem vorgelagerten Netzbetreiber Ausgleich für seine Zahlungen verlangen. Der Anspruch auf Belastungsausgleich stehe daher auch dem Netzbetreiber zu, der seinerseits nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 KWKG zum Belastungsausgleich verpflichtet sei. Die Klägerin sei vorliegend der D. gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 KWKG zum Belastungsausgleich verpflichtet, denn die D. müsse den von der S. bezogenen und an die Klägerin gelieferten Strom gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 KWKG in Verbindung mit dem Vertrag vom 11. Mai 1992 nach § 4 KWKG vergüten. Dieser Strom sei auch für die allgemeine Versorgung bestimmt gewesen.

#### Aus den Gründen:

II. Die Berufung hat nur zum Teil Erfolg.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch in Höhe von 134.893,83 EUR (263.829,39 DM) gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 KWKG nebst 5% Zinsen seit dem 04. August 2000 gemäß §§ 284 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB, § 352 HGB zu. Darüber hinaus ist die Klage unbegründet.

1. Auf das Vertragsverhältnis der Parteien findet das Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (KWKG) in der Fassung vom 12. Mai 2000 (BGBl. I 2000 S. 703) Anwendung. 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 vom 19. März 2002 (BGBl. I 2002 S. 1092) erst am 01. April 2002 und damit nach dem hier in Rede stehenden Zeitraum geschehen.

2. Der Klägerin steht ein Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung eines Belastungsausgleichs in Höhe von 134.893,83 EUR (263.829,39 DM) nach der ersten Alternative des § 5 Abs. 1 Satz 1 KWKG für den von der Klägerin im Zeitraum

vom 18. bis zum 31. Mai 2000 von der K. bezogenen Strom (Rechnung vom 09. Juni 2000 in der korrigierten Fassung vom 12. Juli 2000) zu.

a) Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 KWKG kann ein Netzbetreiber, soweit er Zahlungen nach § 3 KWKG zu leisten hat, von dem vorgelagerten Netzbetreiber einen Ausgleich für seine Zahlungen verlangen.

aa) Die Klägerin ist Netzbetreiberin i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 KWKG. Sie betreibt in L. ein Stromnetz, dem das Netz der Beklagten vorgelagert ist. Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 1. Halbs. KWKG ist sie verpflichtet, den Strom aus KWK-Anlagen nach § 2 KWKG abzunehmen und den eingespeisten Strom nach § 4 KWKG zu vergüten. Soweit sich eine diesbezügliche Abnahmeverpflichtung bereits aus Vertrag ergibt, bleibt diese allerdings gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 2. Halbs. KWKG unberührt.

bb) Der Strom, den die Klägerin in der Zeit vom 18. bis zum 31. Mai 2000 von der K. bezogen hat, unterfällt § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG ("dritter Förderweg").

(1) Bei dem Kraftwerk der K. handelt es sich unstreitig um eine KWK-Anlage. Die Klägerin bezieht den Strom von der K. aufgrund eines Liefervertrages, den beide am 13. März 1997 und damit vor dem nach § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG maßgeblichen Stichtag, den 01. Januar 2000, geschlossen haben. Dies hat der Zeuge Dr. Sch. in seiner Vernehmung glaubwürdig bestätigt. Soweit die Streitverkündete zu 2. von der Nichtigkeit des Liefervertrages nach § 1 GWB ausgeht, weil dieser eine Gesamtbedarfsdeckungsklausel und eine Demarkationsabsprache enthalte, kann dieses dahingestellt bleiben. Unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Intention kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Unwirksamkeit des Lieferverhältnisses in jedem Fall auch den Wegfall der Förderung zur Folge hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier – die Belieferung tatsächlich durchgeführt wurde (vgl. Salje, KWKG Kommentar, § 2, RN 99). Auch der BGH (Urt. v. 10. März 2004, VIII ZR 213/02, RdE 2004, 167, 169) hat in seiner Revisionsentscheidung inzidenter bestätigt, dass aufgrund des bestehenden Liefervertrages nicht von einem Wegfall der Förderung auszugehen ist.

(2) Bei dem Strom, den die Klägerin in der Zeit vom 18. bis 31. Mai 2000 von der K. geliefert bekommen hat, handelt es sich um KWK-Strom. [...]

cc) Die Klägerin ist auch ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG. Sie versorgt gemäß der ihr durch Bescheid vom 11. März 1996 erteilten Genehmigung andere mit Strom, wobei es insoweit nicht darauf ankommt, ob es sich um gewerbliche oder private Abnehmer handelt. Anders als in den Fällen des § 2 Abs. 1 Satz 1 KWKG und des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 KWKG ist nicht erforderlich, dass sie die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstellt und als Energieversorger bereits am 31. Dezember 1999 tätig war (BGH, Urt. v. 10. März 2004, VIII ZR 213/02, RdE 2004, 167, 169; Hermann, RdE 2000, 184, 187). Vielmehr unterfällt jedes Energieversorgungsunternehmen im Sinne von § 2 Abs. 3 EnWG a. F. potentiell dem Anwendungsbereich von § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG (Gründel, ET 2001, 67, 69).

dd) Gemäß § 1 KWKG ist der befristete Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung in der allgemeinen Versorgung im Interesse von Energieeinsparung und Klimaschutz Zweck des Gesetzes. Danach ist auch im Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG erforderlich, dass der Strom für die allgemeine Versorgung bestimmt ist (BGH, Urt. v. 10. März 2004, VIII ZR 213/02, RdE 2004, 167, 169; BGH, Urt. v. 11. Februar 2002, RdE 2004, VIII ZR 236/02, 164, 165; Bräutigam/Reichert – Clauß, RdE 2003, 210, 211).

Eine allgemeine Versorgung im Sinne des § 1 KWKG liegt unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 3 EnWG a. F. (in

der seinerzeit geltenden Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998, BGBl. I S. 730) dann vor, wenn die Versorgung nicht von vornherein auf bestimmte Abnehmer begrenzt, sondern grundsätzlich für jeden Abnehmer offen ist (BGH, Urt. v. 10. März 2004, VIII ZR 213/02, RdE 2004, 167, 170). Danach wäre hier der Strom nicht für die allgemeine Versorgung bestimmt, wenn er gemäß der Behauptung der Beklagten und den Streitverkündeten ausschließlich der industriellen Versorgung in dem regionalen Netz der Klägerin dienen würde. Unerheblich ist hingegen, ob es sich bei den Abnehmern der Klägerin überwiegend um Industrieunternehmen handelt. Entscheidend und ausreichend ist, dass die von der Klägerin vorgenommene Stromversorgung grundsätzlich für jeden Abnehmer offen ist, der sich in der Reichweite ihres Netzes befindet.

Aufgrund des erkennbaren Willens des Gesetzgebers, den nach § 1 KWKG bezweckten Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung in der allgemeinen Versorgung auf den Bestand vor dem 01. Januar 2000 zu begrenzen, ist weiter erforderlich, dass eine allgemeine Versorgung bereits vor dem 01. Januar 2000 vorlag (BGH, Urt. v. 10. März 2004, VIII ZR 213/02, RdE 2004, 167, 170).

(1) Aufgrund des Vertrages über die energiewirtschaftliche Zusammenarbeit mit der Beklagten vom 26. August/29. September 1996 hat die Klägerin bis zur Kündigung des Vertrages zum 31. Dezember 1999 den überschüssigen KWK-Strom regelmäßig in das vorgelagerte Netz der Beklagten ausgespeist. Dies steht aufgrund der schriftlichen Ausführungen der Zeugen [...] fest. Da die Beklagte ein Netz der allgemeinen Versorgung betreibt, diene der von der Klägerin bezogene Strom mittelbar selbst dann der allgemeinen Versorgung, wenn die Klägerin entgegen ihrer Behauptung nicht alle Abnehmer am Standort L. mit Strom beliefert haben sollte, die dies wünschten.

(2) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats ferner fest, dass auch nach der Kündigung des Vertrages über energiewirtschaftliche Zusammenarbeit mit der Beklagten zum 31. Dezember 1999 die Klägerin weiter bis zum März 2001 regelmäßig KWK-Strom in das vorgelagerte Netz der Beklagten ausgespeist hat, allerdings ohne gesonderte vertragliche Grundlage.

[...]

Allerdings hat die Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum, dem 18. bis zum 31. Mai 2000, keinen KWK-Strom in das vorgelagerte Netz der Beklagten eingespeist. Der Senat sieht es für die Bejahung einer mittelbaren Versorgung der Allgemeinheit aber als ausreichend an, wenn der Ausspeisung eine Regelmäßigkeit über einen längeren Zeitraum zugrunde liegt, ohne sich hier auf starre Grenzen festlegen zu wollen. Vorliegend ist im Jahr 2000 bis auf 2 Monate eine Ausspeisung in das vorgelagerte Netz der Beklagten erfolgt, so dass insoweit eine Regelmäßigkeit zu bejahen ist. Der Strom, den die Klägerin bezieht, wird somit nicht ausschließlich in ihrem Netz kontrahiert und verbraucht. Vielmehr wird der Strom regelmäßig teilweise in das Netz der Beklagten ausgespeist und somit mittelbar eine Versorgung der Allgemeinheit betrieben.

(3) Letzten Endes kann die Frage der mittelbaren Versorgung der Allgemeinheit durch die Klägerin ab dem 01. Januar 2000 dahingestellt bleiben, da nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senats feststeht, dass die Klägerin die Nutzung ihres Netzes für Anschluss und Durchleitung öffentlich angeboten und damit selbst ein Netz für die allgemeine Versorgung betrieben hat.

Die Zeugen [...] haben übereinstimmend ausgesagt, dass die Klägerin neben industriellen Kunden auch gewerbliche, freiberufliche und sonstige Kunden versorgt habe und

grundsätzlich allen am Chemiestandort L. ansässigen und tätigen Stromabnehmern offen gestanden habe. [...]

Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme steht somit fest, dass die Klägerin neben den ortsansässigen Industrieunternehmen auch alle anderen gewerblichen, freiberuflichen und privaten Abnehmer, die dieses wünschten, mit Strom versorgt hat.

Soweit die Streitverkündete zu 1. die Auffassung vertreten hat, dass die Klägerin den Beweis erbringen müsse, dass sie neben gewerblichen und freiberuflichen kumulativ auch private Abnehmer tatsächlich versorgt habe, kann dem nicht gefolgt werden. Insbesondere diene die Aufzählung der "gewerblichen, freiberuflichen und privaten Abnehmer" in der Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH, Urt. v. 10. März 2004, VIII ZR 213/02, RdE 2004, 167, 169) allein dazu, diese von der rein industriellen Versorgung abzugrenzen. Nicht erforderlich ist, dass die Klägerin auch tatsächlich private Abnehmer versorgt, solange sie grundsätzlich auch für private Abnehmer offen ist.

ee) Da der in Rede stehende Strom in den Anwendungsbereich des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes fällt, steht der K. als Betreiberin der Anlage gegen die Klägerin ein Anspruch auf Vergütung nach §§ 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2, 4 KWKG zu. In den genannten Vorschriften ist zwar nicht ausdrücklich geregelt, ob dem Energieversorgungsunternehmen oder dem Anlagenbetreiber die nach § 3 Abs. 1 S. 1, § 4 KWKG geschuldete Vergütung zusteht. Doch lässt sich der nach § 1 KWKG bezweckte Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung vor sinkenden Strompreisen im liberalisierten Strommarkt nur verwirklichen, wenn der Vergütungsanspruch dem Anlagenbetreiber zugute kommt (BGH, Urt. v. 11. Februar 2004, VIII ZR 236/02, RdE 2004, 164, 165 f.; Urt. v. 10. März 2004, VIII ZR 213/02, RdE 2004, 167, 170).

Der Vergütungsanspruch richtet sich gegen die Klägerin. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 KWKG bleiben bereits bestehende vertragliche Abnahmeverpflichtungen unberührt. Danach ist die Klägerin auch weiterhin gemäß Stromliefervertrag vom 13. März 1997 zur Stromabnahme verpflichtet und muss dementsprechend auch den bezogenen Strom vergüten.

ff) Ob ein Anspruch nach § 5 Abs. 1 KWKG voraussetzt, dass die Klägerin aufgrund des Liefervertrages eine Vergütung zu zahlen hat, die der Höhe nach der Mindestvergütung des § 4 KWKG entspricht (hier: 9 Pf/kWh) oder ob ein entsprechendes Anpassungsverlangen gestellt worden sein muss, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Nach der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats nämlich fest, dass der Klägerin ein Preis von 9,08 Pf/kWh von K. in Rechnung gestellt worden ist und sie diesen Preis auch tatsächlich gezahlt hat. [...]

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der nachträglich am 17. Dezember 2001 zwischen K., der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Vereinbarung über die rückwirkende Ermäßigung der für den KWK-Strom zu entrichtenden Vergütung. Sinn und Zweck der Vereinbarung ist allein die Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien in Bezug auf den Energieliefervertrag vom 13. März 1997 bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung im vorliegenden Verfahren. Die Vertragsparteien haben ausdrücklich vereinbart, dass es bei dem ursprünglich vereinbarten Preis bleiben soll, wenn im anhängigen Rechtsstreit rechtskräftig ein Anspruch der Klägerin auf KWK-Förderung festgestellt wird.

b) Der Klägerin steht gemäß der ersten Alternative des § 5 Abs. 1 S. 1 KWKG ein Belastungsausgleich in Höhe von 134.893,83 EUR gegen die Beklagte als vorgelagerter Netzbetreiberin zu.

aa) Soweit die Klägerin behauptet hat, dass sie im Zeitraum vom 18. Mai bis zum 31. Mai 2000 von K. eine Menge von

8.794.313 kWh KWK-Strom bezogen habe, ist dies von der Beklagten und den Streitverkündeten bestritten worden. Unabhängig von der Frage, ob das Bestreiten der Beklagten erheblich ist, weil sie Alleingesellschafterin der Betreibergesellschaft der K. -Anlage ist und die der Rechnung der Klägerin vom 09. Juni 2000 (Anlage K 2) zugrunde gelegten Daten somit zumindest mittelbar von der Beklagten selbst stammen, steht zur Überzeugung des Senats nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass im Zeitraum vom 18. bis 31. Mai 2000 8.794.313 kWh von der K. -Anlage in das Netz der Klägerin eingespeist worden sind.

Der Zeuge H. S. hat in seiner schriftlichen Zeugenaussage bestätigt, dass 8.794.313 kWh direkt im Kraftwerk erzeugt und von der K. an die Klägerin geliefert worden seien. Soweit die Klägerin zur Bestätigung der Lieferung eine Rechnung über die Lieferung von 9.072.000 kWh vorgelegt hatte, hat der Zeuge H. S. nachvollziehbar erläutert, dass im Zeitraum vom 18. Mai 2000 bis 31. Mai 2000 tatsächlich 9.072.000 kWh von K. an die Klägerin geliefert worden seien, dass aber die Differenz von 277.687 kWh störungsbedingt nicht im Kraftwerk der K. erzeugt worden sei, sondern von einem übergeordneten Regionalversorger hinzugekauft worden sei.

bb) Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 KWKG beträgt der Belastungsausgleich in der hier maßgeblichen Zeit 3 Pf/kWh. Bei einer gelieferten Menge von 8.794.313 kWh steht der Klägerin ein Anspruch in Höhe von 134.893,83 EUR (263.829,39 DM) gegen die Beklagte zu.

[...]

d) Der Anspruch der Klägerin ist auch fällig, obwohl die Klägerin ihre Angaben nicht durch einen Wirtschaftsprüfer hat testieren lassen.

§ 5 Abs. 5 S. 1 KWKG ordnet an, dass sich die Netzbetreiber untereinander die für die Berechnung nach Abs. 1 und 3 erforderlichen Daten rechtzeitig zur Verfügung zu stellen haben. Wegen der Geheimhaltungsbedürftigkeit der Daten und mit Rücksicht auf die Nachweissicherheit kann gemäß § 5 Abs. 5 Satz 2 KWKG jeder Netzbetreiber verlangen, dass die anderen ihre Angaben durch einen Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchprüfer testieren lassen. Der vorgelegte Netzbetreiber (Beklagte) kann deshalb bei Inanspruchnahme auf KWK-Ausgleichsvergütung vom nachgelagerten Netzbetreiber (Klägerin) die Zuverfügungstellung der erforderlichen Daten sowie deren Testierung verlangen.

Vorliegend hat die Klägerin die für die Berechnung nach § 5 KWKG erforderlichen Daten, insbesondere die nach § 3 KWKG abzunehmende Menge an KWK-Strom und den vor dem Stichtag abgeschlossenen Liefervertrag dargelegt und bewiesen. Einer zusätzlichen Testierung durch einen bestellten Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchhalters bedarf es daher nicht mehr. Darüber hinaus ist vorliegend auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte zu 100% an K. beteiligt ist und insofern eigene Kenntnisse über Stromlieferungen und Zahlungsverpflichtungen hat.

e) Auch § 2 Abs. 2 KWKG steht dem Anspruch der Klägerin auf Belastungsausgleich nicht entgegen.

Nach § 2 Abs. 2 KWKG wird "Strom von Energieversorgungsunternehmen gemäß Abs. 1 S. 1" nicht erfasst, sofern deren elektrische Kraftwerksleistung in KWK bezogen auf ihre installierte Kraftwerksleistung insgesamt weniger als 25 vom Hundert und deren in KWK erzeugte Strommenge bezogen auf ihre gesamte Stromerzeugung im Jahr weniger als 10 vom Hundert beträgt. Nach seinem ausdrücklichen Wortlaut gilt § 2 Abs. 2 KWKG nur für Strom von Gemeinschaftsunternehmen nach § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 KWKG und nicht für Strom, den ein Energieversorgungsunternehmen nach § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 KWKG und nicht für Strom, den ein Energieversorgungsunternehmen aufgrund eines Liefervertrages gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG bezieht. Hätte

der Gesetzgeber die Fälle des zweiten und dritten Förderweges in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 KWKG einbeziehen wollen, hätte eine allgemeine Bezugnahme in § 2 Abs. 2 KWKG auf Abs. 1 dieser Vorschrift ausgereicht.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 2 Abs. 2 KWKG ergibt sich zudem zweifelsfrei, dass der Gesetzgeber Strom gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 KWKG nicht in den Geltungsbereich des § 2 Abs. 2 KWKG einbeziehen wollte. Der ursprüngliche Entwurf dieser Vorschrift enthielt die Einschränkung "gemäß Absatz 1 Satz 1" nicht (BT-Drucks.14/2765, 2). Diese wurde erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens mit der Begründung "Klarstellung des Gewollten" in § 2 Abs. 2 KWKG aufgenommen (BT-Drucks. 14/3007, 2, 6). In soweit ist vom konkreten Wortlaut auszugehen und für die Annahme eines Redaktionsversehens des Gesetzgebers kein Raum (vgl. Hermann, RdE 2000, 184, 188; Gründel, ET 2001, 67, 68).

f) Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Belastungsausgleich gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 KWKG ist auch nicht gemäß § 242 BGB ausgeschlossen, weil die Klägerin für den von ihr weiter verkauften KWK-Strom Preise erzielt hat, die über der Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG gelegen haben. Das Geschick der Klägerin, den von ihr bezogenen Strom zu einem Preis weiterzuverkaufen, der über der im KWKG geregelten Mindestvergütung liegt, kann der Klägerin nicht zum Nachteil gereichen. Im Übrigen ist nicht ausgeschlossen, dass der Gewinn, den die Klägerin erzielt hat, höher gewesen wäre, wenn die Klägerin nicht an den vor dem 01. Januar 2000 geschlossenen Liefervertrag gebunden wäre. Auch die alten KWK-Strombezugsverträge sind aufgrund der Liberalisierung unter Druck geraten. Es ist daher davon auszugehen, dass die vor der Liberalisierung geschlossenen Verträge für die KWK-Strom-Abnehmer nunmehr ungünstige Konstellationen enthalten. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass § 5 Abs. 1 S. 1 KWKG einen Anspruch nicht von dem Nachweis einer tatsächlich eingetretenen Belastung abhängig macht.

g) Das KWKG verstößt auch nicht gegen europäisches Recht.

aa) Das KWKG begründet insbesondere keine Verpflichtung zur Zahlung unzulässiger Beihilfen (Art. 87 und 88 EG-Vertrag). Hierunter sind ausschließlich Zahlungen des Staates oder aus staatlichen Mitteln zu verstehen. Die vom KWKG vorgesehenen Zahlungen sind hingegen von Privatunternehmen aufzubringen.

bb) Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob das KWKG gegen die in Art. 28 EG-Vertrag geschützte Freiheit des Warenverkehrs verstößt, denn die Abnahme- und Vergütungspflicht des KWKG ist jedenfalls als Maßnahme des Umweltschutzes gerechtfertigt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann der Umweltschutz Beschränkungen der Freiheit des Warenverkehrs rechtfertigen (EuGH v. 13. März 2001 – Rs. C-379/98, PreussenElektra AG gegen Schlesweg AG, Slg. 2001, 2099; v. 14. Juli 1998 – Rs. C-389/96, Aher-Waggon GmbH gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1998, 4473; v. 20. September 1988 – Rs. C-302/86, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Dänemark, Slg. 1988, 4607). Das KWKG bezweckt den Schutz der Umwelt und des Klimas und die darin vorgesehenen Maßnahmen sind auch verhältnismäßig.

h) Das KWKG verstößt auch nicht gegen das Grundgesetz. aa) Bei dem KWKG handelt es sich nämlich um eine gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zulässige Inhaltsbestimmung der Berufsausübung. Die Berufsausübung kann nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Die Belastungen, die das KWKG den Betreibern von Energieversorgungsunternehmen und Netzbetreibern auferlegt, erfolgen aus Gründen des Umweltschutzes, der gemäß Art. 20 a GG ebenfalls verfassungsrechtlichen

Schutz genießt. Auch ist die Abnahme- und Vergütungspflicht des KWKG verhältnismäßig.

bb) Das KWKG verstößt auch nicht gegen Grundsätze der grundgesetzlichen Finanzverfassung (Art. 105 ff. GG). Zahlungsverpflichtungen nach dem KWKG sind von Privatunternehmen aufzubringen und gelangen nicht in die staatliche Verfügungsbefugnis. Es liegen insoweit keine staatlichen Einnahmen vor, die der staatlichen Kontrolle entzogen wären.

i) Demgemäß hat auch der BGH (BGH, Urt. v. 10. März 2004, VIII ZR 213/02, RdE 2004, 167 ff.) inzidenter die Vereinbarkeit des KWKG sowohl mit dem Grundgesetz als auch mit europäischem Recht bejaht.

[...]

3. Darüber hinaus ist die Klage unbegründet. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Belastungsausgleich in Höhe von 175.444,41 EUR für den im Februar 2002 von der D. aus der KWK-Anlage der S. bezogenen Strom (Rechnung vom 06. März 2002) gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 KWKG zu.

a) Nach der zweiten Alternative des § 5 Abs. 1 S. 1 KWKG kann ein Netzbetreiber, soweit er Zahlungen nach den Absätzen 1 bis 3 (des § 5 KWKG) zu leisten hat, von dem vorgelagerten Netzbetreiber einen Ausgleich für seine Zahlungen verlangen. Der Anspruch auf Belastungsausgleich steht mithin auch einem Netzbetreiber zu, der seinerseits nach § 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 KWKG zum Belastungsausgleich verpflichtet ist (BGH, VIII ZR 213/02, RdE 2004, 167, 170; Salje, aaO, § 5 RN 8 f.). Die Verkopplung von § 5 und § 3 KWKG ist im Sinne einer strikten Akzessorietät zu verstehen. Nur soweit ein Netzbetreiber bzw. ein Energieversorgungsunternehmen Zahlungen zu leisten hat, kann er Ausgleich verlangen (Salje, aaO, § 5, RN 25).

aa) Der von der S. an die D. (ehemals W. und nachfolgend L.) gelieferte Strom fällt gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG in den Anwendungsbereich des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes. Der Liefervertrag zwischen der Rechtsvorgängerin der D. und der S. wurde am 11. Mai 1992 und damit vor dem 01. Januar 2000 geschlossen. Bei dem von der S. gelieferten Strom handelt es sich auch ausschließlich um KWK-Strom. Dies hat der Zeuge Dr. No. in seiner schriftlichen Zeugenaussage vom 03. Februar 2005 (Bl. X, 78, 79 d. A.) nachvollziehbar erläutert. Der von der S. gelieferte KWK-Strom ist auch für die allgemeine Versorgung bestimmt, da er in das Netz der Klägerin eingespeist wurde und nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senats feststeht, dass der von der Klägerin weitergelieferte Strom der Versorgung der Allgemeinheit dient (siehe Bl. 18, 19 des Urteils unter II 2 a) dd)(3)). Vor Kündigung des Vertrages über energiewirtschaftliche Zusammenarbeit zum 01. Januar 1999 hat die Klägerin zumindest die Beklagte, die unstreitig ein Netz der allgemeinen Versorgung betreibt, mit Strom beliefert. Der Strom, der von S. direkt in das Netz der Klägerin eingespeist wurde, diente somit vor und nach dem 01. Januar 2000 mittelbar der Versorgung der Allgemeinheit. Schließlich handelt es sich bei der D. um ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des KWKG, da sie einen anderen, nämlich die Klägerin, mit Strom beliefert.

bb) Die D., die den Strom ihrerseits aufgrund des am 11. Mai 1992 geschlossenen Liefervertrages von der S. bezieht, muss der S. den gelieferten Strom gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG in Verbindung mit dem Vertrag vom 11. Mai 1992 nach § 4 KWKG vergüten. Der Vergütungsanspruch aus § 3 Abs. 1 S. 1, § 4 Abs. 1 KWKG steht der S. als Anlagenbetreiberin zu.

Der D. wurde von der S. für die Stromlieferung ein Preis in Rechnung gestellt, der oberhalb der vom KWKG geregelten Mindestvergütung gelegen hat. Ob ein Belastungsausgleichsanspruch nur besteht, wenn der nachgelagerte

Netzbetreiber aufgrund des bestehenden Liefervertrages einen Strompreis in Höhe der im KWKG vorgesehenen Mindestvergütung zu zahlen hat bzw. eine entsprechende Anpassung des Liefervertrages verlangt worden sein muss, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Die von der D. an die S. zu zahlende Vergütung lag nämlich oberhalb der durch das KWKG für den streitgegenständlichen Zeitraum geregelten Mindestvergütung von 8 Pf/kWh, so dass für eine Anpassung des vertraglich geschuldeten Lieferpreises auf die Höhe der Mindestvergütung ohnehin kein Raum war. Nach der Behauptung der Klägerin hat sie den ihr von D. in Rechnung gestellten Lieferpreis auch tatsächlich gezahlt.

cc) Der D. steht somit ein Ausgleichsanspruch gegen die Beklagte zu.

Nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 KWKG hat allerdings nur der Netzbetreiber einen Anspruch auf Belastungsausgleich. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, dem betreffenden Energieversorgungsunternehmen, anders als den Netzbetreiber, der nach § 3 Abs. 1 S. 1 KWKG zur Abnahme und Vergütung von Strom verpflichtet ist, den Belastungsausgleich zu versagen. Vielmehr ist § 5 Abs. 1 KWKG in Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verfassungskonform dahin auszulegen, dass auch dem Energieversorgungsunternehmen, das im Fall des § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG für den von ihm bezogenen Strom die Vergütung nach § 4 KWKG zu zahlen hat, der Anspruch auf Belastungsausgleich zusteht.

dd) Die Klägerin hat vorliegend allerdings nicht behauptet, dass ihr von der D. ein Belastungsausgleich in Rechnung gestellt worden ist.

Nach der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Klägerin aufgrund des bestehenden Liefervertrages Zahlungen an die D. geleistet hat, die oberhalb der nach § 4 Abs. 1 KWKG geregelten Mindestvergütung gelegen haben. Dies hat der Zeuge Dr. Sch. in seiner Vernehmung bestätigt.

Soweit die Klägerin nunmehr meint, dass sie zur Zahlung eines Belastungsausgleichs nicht verpflichtet sei, weil sie aufgrund des bestehenden Liefervertrages bereits zur Zahlung eines Preises an die D. verpflichtet gewesen ist, der oberhalb der in § 4 KWKG geregelten Mindestvergütung gelegen hat, kann dem nicht gefolgt werden. Der Anspruch auf Belastungsausgleich besteht unabhängig von vertraglichen Zahlungsverpflichtungen. Nach § 3 Abs. 4 KWKG können Netzbetreiber den aufgenommenen Strom verkaufen oder im Rahmen des eigenen Strombedarfs für den Netzbetrieb verwenden. Gleiches muss auch für Energiehändler wie die D. gelten, soweit sie in das Vergütungs- und Ausgleichssystem des KWKG einbezogen sind. Dementsprechend ist die D. berechtigt, den abgenommenen KWK-Strom zu Marktpreisen an jeden beliebigen Abnehmer zu veräußern und zusätzlich – bei Vorliegen der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen – den Belastungsausgleich von der Klägerin als vorgelagerter Netzbetreiberin zu verlangen. Auf die Frage, an wen der Strom auf Basis eines Liefervertrages veräußert wird, kommt es im Zusammenhang mit dem Belastungsausgleich auch dann nicht an, wenn es sich bei dem Abnehmer zufällig um den vorgelagerten Netzbetreiber handelt. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass § 5 Abs. 1 KWKG lediglich einen finanziellen Ausgleich regelt, jedoch keine Lieferbeziehungen zwischen dem nach § 5 Abs. 1 KWKG Verpflichteten und dem Inhaber des Anspruchs auf Belastungsausgleich erfordert. Die Zahlungen, die die Klägerin aufgrund des Liefervertrages geleistet hat, stellen somit keine Belastungsausgleichszahlungen dar.

Die vertraglichen Lieferbeziehungen zwischen der D. und der Klägerin sind auch nicht aufgrund des Inkrafttretens des KWKG zum 01. Januar 2000 dergestalt angepasst worden, dass bei der Vereinbarung zur Höhe des vertraglichen Lie-

ferpreises die Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung des Belastungsausgleichs vorweggenommen worden wäre. Dies hat die Klägerin selbst nicht behauptet. Der Zeuge Dr. Sch. hat in seiner Vernehmung ausgeführt, dass die Einführung des KWKG weder zu einer Änderung des vertraglichen Lieferpreises zwischen der S. und der D. noch zu einer Änderung des Lieferpreises zwischen der D. und der Klägerin geführt hat.

ee) Fraglich ist daher, ob der Klägerin ein Anspruch auf Belastungsausgleich gegen die Beklagte als vorgelagerter Netzbetreiberin zusteht, obwohl die D. ihr weder einen Belastungsausgleich in Rechnung gestellt hat noch ein Belastungsausgleich von der Klägerin an die D. bezahlt worden ist.

(1) Die Gesetzesmaterialien, die Begründung des Gesetzentwurfs der Koalitionsfraktionen (BT-Drucks. 14/2765) sowie die Beschlussempfehlung und der Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (BT-Drucks. 14/3007) schweigen hierzu.

Der Wortlaut des Gesetzes selber ist nicht eindeutig. Nach § 5 Abs. 1 S. 1 KWKG soll ein Anspruch bestehen, soweit ein Netzbetreiber „Zahlungen nach § 3 und den Absätzen 1 bis 3 zu leisten hat“. Hieraus könnte man ableiten, dass bereits das Bestehen einer bloßen rechtlichen Verpflichtung die Ausgleichspflicht des vorgelagerten Netzbetreibers auslösen soll. Andererseits soll nach § 5 Abs. 1 S. 1 KWKG der Netzbetreiber aber einen „Ausgleich für seine Zahlungen“ verlangen können. Dies spräche dafür, dass der Anspruch auf Belastungsausgleich voraussetzt, dass der Netzbetreiber (bzw. das ihm gleichgestellte Energieversorgungsunternehmen) bereits Zahlungen erbracht hat. Nach der amtlichen Paragrafenüberschrift ist eine „Belastung“ dessen erforderlich, der Belastungsausgleich begehrt. Auch dies beinhaltet keine Eindeutigkeit, denn eine solche Belastung liegt zwar im Falle der Zahlung zweifellos vor, jedoch kann auch eine Verbindlichkeit bereits eine solche darstellen.

Im konkreten Fall muß nicht entschieden werden, ob an die Erfüllung der Verpflichtung anzuknüpfen ist, weil nur dies sachgerecht wäre, weil der Beklagten Ausgleichszahlungen nur zumutbar sind, soweit die Klägerin als nachgelagerte Netzbetreiberin ihrerseits ihre Verpflichtungen erfüllt hat (so Salje, aaO, § 5, RN 29). Vorliegend kann die Klägerin mangels Belastung jedenfalls keinen Belastungsausgleich verlangen, da die D. ihr keinen solchen in Rechnung gestellt hat und bereits jetzt feststeht, dass sie dies nicht mehr wird tun können.

(2) Der D. steht gegen die Klägerin zukünftig kein Anspruch auf Belastungsausgleichszahlung mehr zu. Das KWKG wurde zum 01. April 2000 durch das Gesetz für die Erhaltung, Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung (KWK-AusbauG) ersetzt. Nach § 12 Abs. 2 KWK-AusbauG konnten Vergütungs- und Ausgleichsansprüche nach dem KWKG im Ergebnis noch bis zum 31. Dezember 2003 erhoben werden, wobei der gesetzlich nicht näher definierte Begriff des „Erhebens“ im Sinne einer substantiierten Geltendmachung gegenüber dem jeweiligen Netzbetreiber als Anspruchsschuldner zu verstehen ist (so auch Schöne/Becker, RdE 2002, 297, 300; offen gelassen von Salje, KWKG 2002, § 12, RN 41). Der D. waren vor dem 31. Dezember 2003 auch alle erforderlichen Daten bekannt, um gegenüber der Klägerin als vorgelagerter Netzbetreiberin einen Belastungsausgleichsanspruch geltend machen zu können. Da § 12 Abs. 2 KWK-AusbauG eine gesetzliche Ausschlussfrist darstellt, ist D. nunmehr mit ihrem Anspruch gegen die Klägerin auf Zahlung eines Belastungsausgleichs ausgeschlossen. Da die Klägerin insoweit nicht mehr belastet werden kann, kann sie von der Beklagten

auch keinen entsprechenden Ausgleichsanspruch geltend machen.

III. [...] 4. Die Revision wird zugelassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO hat. Die mit dem Belastungsausgleich gemäß § 5 Abs. 1 KWKG zusammenhängenden Rechtsfragen können für eine unbestimmte Zahl von weiteren Verfahren entscheidungserhebliche Bedeutung haben.

## 5. Unwirksamkeit einer Preisanpassungsklausel in einem Energielieferungsvertrag

BGB § 307 Abs. 1 S. 2

**Eine Preisanpassungsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Energielieferungsvertrages, die eine Preisanpassung in das Belieben des Lieferanten stellt und aus deren Formulierung der Kunde bei Vertragsschluss den Umfang der auf ihn zukommenden Preissteigerungen nicht erkennen kann, ist wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam.**

(Leitsatz der Redaktion)

OLG Stuttgart, U. v. 13.01.2005 – 2 U 134/04

**Zum Sachverhalt:** Die Beklagte ist ein bundesweit tätiges Unternehmen, das u.a. mit Flüssiggas handelt. Die Beklagte verwendet gegenüber Verbrauchern einen formularmäßigen "Flüssiggas-Belieferungs-Vertrag", der regelt, dass die Kunden verpflichtet sind, ihren gesamten Bedarf an Flüssiggas ausschließlich bei der Beklagten zu decken. Außerdem enthält der Vertrag folgende Bestimmung:

"4. Preisklausel für Flüssiggaslieferungen

Die Lieferung erfolgt frei Haus.

Wenn sich nach Abschluß des Vertrages die Gestehungspreise für Flüssiggas, die Material-, Lohn-, Transport- und Lagerkosten oder die Mineralöl- bzw. Mehrwertsteuersätze ändern, kann S im Umfang der Veränderung dieser Kostenfaktoren pro Liefereinheit den vorstehend angegebenen derzeitigen Gaspreis ändern.

Wenn sich die vorgenannten Kosten ermäßigen, kann der Kunde die Neufestsetzung des Preises im Rahmen der Veränderung der Kostenfaktoren verlangen. ..."

Der Kläger, ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragener Verein, hat vor dem Landgericht die Meinung vertreten, diese Preisklausel verstoße gegen das Transparenzgebot, weil die Abnehmer nicht in der Lage seien, bei Vertragsschluss den Umfang möglicher Preissteigerungen zu erkennen. Auch könne die Berechtigung in Rechnung gestellter Preiserhöhungen nicht überprüft werden.

Die Beklagte hat die Meinung vertreten, dass die von ihr verwendete Preisanpassungsklausel nicht beanstandet werden könne. In der Regelung seien alle preisbildenden Faktoren abschließend aufgeführt. Außerdem habe der Kunde ohnehin durch die Bestimmung des Belieferungszeitpunkts die Möglichkeit mitzubestimmen, welcher Lieferpreis gelte. Der Kunde frage regelmäßig vor einer Bestellung nach dem aktuellen Preis, er wisse daher, zu welchen Konditionen er das Flüssiggas geliefert bekomme.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt. Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung gegen das landgerichtliche Urteil.

### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.