

Leitsatz:

Zur Auslegung einer individuell vereinbarten Klausel im Stromlieferungsvertrag eines Arealnetzbetreibers mit einem Unternehmen im Hinblick auf die Umlagefähigkeit von Kosten des EEG-Belastungsausgleichs für die Jahre 2005 bis 2008.

OLG Naumburg, Urt vom 11.10.2012, 2 U 53/12 (Hs);
vorgehend LG Halle, Urt vom 06.03.2012, 8 O 1945/10

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 U 53/12 (Hs) OLG Naumburg
8 O 1945/10 LG Halle

Verkündet am 11. Oktober 2012
gez. Weiland, JFAnge.,
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

...

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg durch den Richter am Oberlandesgericht Manshausen, den Richter am Oberlandesgericht Wiedemann und die Richterin am Oberlandesgericht Joost auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 2012 für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 6. März 2012 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer – 2. Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Halle wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe geleistet hat.

Gründe

A.

Die Klägerin begehrt nach teilweiser übereinstimmender Erledigungserklärung hinsichtlich eines erstinstanzlich rechtshängigen Auskunftsanspruchs die Feststellung, dass die Beklagte zur Erstattung der Kosten der Klägerin für Vergütungen im EEG-Belastungsausgleich für den Zeitraum vom 01.09.2005 bis zum 31.12.2008 verpflichtet ist.

Die Klägerin, ein Unternehmen der chemischen Industrie, betreibt in S. einen Industriepark, auf dessen Gelände sich nicht nur ihre eigenen Produktionsstätten befinden, sondern auch diejenigen von anderen Unternehmungen, darunter von der Beklagten. Die Klägerin versorgt die Unternehmen im Industriepark über ein Objektnetz i.S. von § 110 Abs. 2 Nr. 1 EnWG a.F. mit Strom.

Zwischen der Klägerin und der Beklagten wurde am 17.08.2005 ein schriftlicher Stromliefervertrag abgeschlossen. Danach erfolgte die Belieferung mit Elektroenergie lediglich für eigene Zwecke der Beklagten; ihr war die Weiterleitung des Stroms an Dritte nicht gestattet (vgl. § 2 Nr. 1 des Vertrages.) In § 5 dieses Vertrages wurden Preisregelungen getroffen. Die Vertragsparteien vereinbarten einen Nettopreis entsprechend des Tarifs L 125 der Klägerin mit einem festgelegten Arbeits- und Leistungspreis. Insoweit trafen sie eine Günstigkeitsabrede (d.h. eine Vereinbarung zur automatischen Abrechnung nach dem je nach Abnahmemenge günstigsten Tarif). Die Preisregelung sah eine gesonderte Ausweisung und Berechnung der Umsatzsteuer vor. Sodann hieß es:

„¹Alle vorgenannten Preise für Elektroenergie beinhalten keine öffentlichen Elektroenergieabgaben. ²Sollten solche öffentlichen Elektroenergieabgaben in Zukunft eingeführt werden, werden diese von ... (der Klägerin) gesondert ausgewiesen und dem Abnehmer zusätzlich in Rechnung gestellt.“

Die Preisregelung enthielt schließlich eine Preisanpassungsklausel, welche der Klägerin u.a. ein Preisanpassungsrecht für den Fall einräumte, dass die an den Vorlieferanten zu zahlenden Elektroenergiepreise die Vertragsentgelte überstiegen.

Auf der Grundlage dieses Vertrags belieferte die Klägerin die Beklagte seit dem 01.09.2005 mit Elektroenergie.

Am 20.07.2009 unterzeichneten die Vertragsparteien einen „1. Nachtrag zum Liefervertrag ... vom 17.08.2005“, um den ursprünglichen Vertrag im § 5 zu ändern; die vertragliche Preisregelung wurde vollständig neu gefasst. Der Jahresleistungspreis und der Arbeitspreis wurden als Nettopreise neu beziffert. Der Klägerin war eine Abrechnung nach einem für die Beklagte günstigeren Tarif bei Änderungen des Abnahmeverhaltens vorbehalten. Die Klägerin war berechtigt, zusätzlich die gesetzliche Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen. Es wurde klargestellt, dass die Nettopreise „die CO₂-Kosten“ nicht enthielten. Insoweit trafen die Vertragsparteien die Absprache, dass die Beklagte als Abnehmerin alle Kosten für CO₂-Zertifikate der an sie erfolgten Stromlieferungen zu tragen habe. Sodann hieß es:

„¹Alle vorgenannten Preise für Elektroenergie beinhalten nicht EEG, KWK und die Konzessionsabgabe. ²Sollten diese in Zukunft von den Vorlieferanten in Rechnung gestellt werden, werden diese von ... (der Klägerin) gesondert ausgewiesen und dem Abnehmer zusätzlich in Rechnung gestellt. ³Weiterhin ist ... (die Klägerin) berechtigt, sämtliche Ausgaben, Abgaben, Gebühren oder sonstige Kosten, welche direkt oder indirekt erhoben oder ... (der Klägerin) von seinen Lieferanten oder anderweitig auferlegt werden, dem Abnehmer in Rechnung zu stellen, soweit sie die unter diesem Vertrag zu liefernde oder vorzuhaltende Elektroenergie betreffen.“

Abschließend folgte eine neu formulierte Preisanpassungsklausel, die u.a. eine Preisanpassung an Veränderungen der Bezugskosten vorsah. Der 1. Nachtrag endete mit einer Schlussbestimmung, wie folgt:

„Dieser Nachtrag tritt zum 01.01.2010 in Kraft. Alle anderen Bestimmungen des Liefervertrages ... vom 17.08.2005 bleiben unverändert gültig.“

Im Jahre 2010 wurde die Klägerin von ihrer vorgelagerten regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiberin aufgefordert, die an Letztverbraucher gelieferten Strommengen u.a. auch in den Jahren 2005 bis 2008 zu beziffern, um ihr – der Übertragungsnetzbetreiberin – eine Abrechnung der Vergütungen nach § 14 Abs. 3 EEG 2004 im Rahmen des bundeswei-

ten EEG-Belastungsausgleichs zu ermöglichen. Eine Abrechnung der für die Jahre 2005 bis 2008 angefallenen Vergütungen ist bislang nicht erfolgt.

Mit ihrer am 30.12.2010 beim Landgericht Halle eingegangenen Klage, die der Beklagten aufgrund von Verzögerungen in der gerichtlichen Bearbeitung am 09.02.2011 zugestellt worden ist, hat die Klägerin u.a. die gerichtliche Feststellung der Zahlungspflicht der Beklagten hinsichtlich aller Kosten beantragt, die der Klägerin im Zusammenhang mit der Stromlieferung an die Beklagte in der Zeit vom 01.09.2005 bis zum 31.12.2010 durch den EEG-Belastungsausgleich und / oder durch die EEG-Umlage entstehen. Gegen die Beklagte ist am 08.08.2011 antragsgemäß ein Versäumnisurteil ergangen. Hiergegen hat die Beklagte Einspruch erhoben und mit dem Einspruch in der Sache auf die Klage erwidert.

Wegen der weiteren Einzelheiten, insbesondere wegen der widerstreitenden Rechtsauffassungen der Parteien des Rechtsstreits und wegen des Verlaufs des Verfahrens in erster Instanz, nimmt der Senat auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Das Landgericht Halle hat das Versäumnisurteil hinsichtlich der getroffenen Feststellung aufrechterhalten und diese Entscheidung im Wesentlichen darauf gestützt, dass die Klägerin nach § 5 des Vertrages in der Fassung des 1. Nachtrages (*künftig: § 5 n.F.*) berechtigt sei, der Beklagten auch ihre Mehraufwendungen im Rahmen des EEG-Belastungsausgleichs für die Jahre 2005 bis 2008 in Rechnung zu stellen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe Bezug genommen.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 15.03.2012 zugestellte Urteil mit einem am 10.04.2012 beim Oberlandesgericht vorab per Fax eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese Berufung innerhalb der ihr bis zum 15.06.2012 verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet.

Mit ihrer Berufung wendet sich die Beklagte gegen die vom Landgericht vorgenommene Anwendung des § 5 n.F. auf Stromlieferungen, die vor dem 01.01.2010 erfolgt sind. Sie meint, dass sich die Neuregelung lediglich auf künftige Stromlieferungen beziehe. Dem gegenüber erfasse die Regelung des § 5 a.F. eine Berechtigung der Klägerin zur Umlage der Kosten des EEG-Belastungsausgleichs auf den Abnehmer nicht. Die Beklagte erhält die bereits erstinstanzlich erhobene Einrede der Verjährung etwaiger Zahlungsansprüche aufrecht. Hilfsweise beanstandet sie eine unzureichende Sachaufklärung des Landgerichts hinsichtlich der näheren Umstände des Zustandekommens des Stromlieferungsvertrages bzw. des 1. Nachtrags vor abschließender Auslegung der Vertragsklausel.

Die Beklagte beantragt,

unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils sowie unter Aufhebung des Versäumnisurteils des Landgerichts Halle vom 08.08.2011 die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und wiederholt insbesondere die Rüge der Verspätung sämtlichen Parteivorbringens der Beklagten im Hinblick darauf, dass die Erwiderung auf das Klagevorbringen erst mit der Einspruchsbegründung erfolgt sei. Sie hat unwidersprochen vorgetragen, dass der Anlass für die Vereinbarung des 1. Nachtrags zum Stromlieferungsvertrag vor allem darin gelegen habe, eine Regelung über die Verteilung der Kosten von CO₂-Zertifikaten zu treffen.

Der Senat hat am 26.09.2012 mündlich zur Sache verhandelt; wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Sitzungsprotokolls des Senats vom selben Tage Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig; insbesondere ist sie form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass sich ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Erstattung der anteilig auf den gelieferten bzw. vorgehaltenen Strom für die Beklagte entfallenden Vergütungen für den EEG-Belastungsausgleich für den Zeitraum vom 01.09.2005 – dem Zeitpunkt des Beginns der Belieferung der Beklagten – bis zum 31.12.2008 aus der Regelung des § 5 n.F. des Stromlieferungsvertrages ergibt. Hilfsweise ist die Klage begründet im Hinblick auf eine ergänzende Vertragsauslegung des ursprünglichen Stromlieferungsvertrages.

I. Der Antrag der Klägerin auf Feststellung der Zahlungspflicht der Beklagten ist zulässig, insbesondere besitzt die Klägerin an der begehrten Feststellung ein rechtlich schutzwürdiges Interesse i.S. von § 256 ZPO.

1. Das Landgericht ist zu Recht und mit zutreffender Begründung davon ausgegangen, dass der Klägerin die Erhebung einer Leistungsklage nicht möglich gewesen ist, weil die regelverantwortliche Übertragungsnetzbetreiberin bislang eine Abrechnung von Ansprüchen aus dem EEG-Belastungsausgleich für den o.g. Zeitraum noch nicht vorgenommen hat. Da die Klägerin festgestellt wissen möchte, dass sie gegen die Beklagte einen Anspruch auf Umlage der ihr selbst bereits entstandenen Kosten hat, setzt eine Zahlungsklage notwendig

voraus, dass zumindest eine Rechnung der Übertragungsnetzbetreiberin gegenüber der Klägerin vorliegt. Hieran fehlt es. An dieser Situation hat sich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz nichts geändert.

2. Soweit die Beklagte im Verlaufe des Rechtsstreits darauf verwiesen hat, dass inzwischen die regelverantwortliche Übertragungsnetzbetreiberin Ansprüche aus dem Belastungsausgleich nach dem EEG 2004 für die Zeit bis zum 31.12.2008 nicht mehr durchsetzen könne, so wäre dies ggf. geeignet, ein Feststellungsinteresse der Klägerin entfallen zu lassen. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten sind Vergütungsansprüche nach § 14 Abs. 3 EEG 2004 jedoch nicht ausgeschlossen. Die Meldefristen nach § 14 Abs. 3 S. 6 EEG 2004 bzw. nachfolgend nach § 37 Abs. 4 S. 1 EEG 2009 sind keine materiellen Ausschlussfristen (vgl. OLG Naumburg, Urteil v. 22.12.2011, 2 U 89/11, REE 2012, 34).

II. Die Feststellungsklage ist begründet; die Verpflichtung der Beklagten gegenüber der Klägerin, anteilig deren Kosten des EEG-Belastungsausgleichs für die Zeit vom 01.09.2005 bis zum 31.12.2008 zu tragen, ergibt sich aus dem Stromliefervertrag der Parteien in der Fassung des 1. Nachtrags. Die hiergegen im Berufungsverfahren von der Beklagten erhobenen Einwendungen bleiben ohne Erfolg.

1. Allerdings haben die Parteien des Rechtsstreits und das Landgericht jeweils zutreffend herausgestellt, dass der Regelungsgehalt des § 5 n.F. auslegungsbedürftig ist. Die Klausel ist sprachlich schon nicht eindeutig hinsichtlich der Bestimmung in Satz 1, dass die Nettopreise nicht „EEG, KWK und die Konzessionsabgabe“ enthielten, so dass durch Auslegung zu klären ist, welche Kostenelemente von der Regelung erfasst werden sollen. Aus der Aufklärung dieser Frage ergibt sich, dass auch der Begriff des „Vorlieferanten“ in Satz 2 zur Bezeichnung des Kostenauslösers ungenau gewählt worden ist, wobei dieser Begriff durch die Regelung in Satz 3, dort durch die Formulierung „von seinem Lieferanten oder anderweitig auferlegt“, ausgeweitet worden ist. Schließlich ist das Verhältnis von § 5 n.F. und der Schlussbestimmung hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereichs klärungsbedürftig.

2. Maßstab der Auslegung ist nach §§ 133, 157 BGB das subjektive Verständnis der beiden Vertragsparteien. Die Regelung ist nicht als eine von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen, so dass insbesondere die Vorschrift des § 305c Abs. 2 BGB nicht eingreift.

a) Die Klägerin hat vorgetragen, dass der Stromliefervertrag mit der Beklagten und der 1. Nachtrag hierzu individuell ausgehandelt worden sei. Sie hat sich ausdrücklich auf das subjektive Verständnis der Vertragsklausel berufen. Soweit sie z.T. ausgeführt hat, dass die Klausel inhaltlich den in der Branche üblichen Vertragsklauseln entspreche, ist hieraus nicht auf den AGB-Charakter der Regelung zu schließen. Die Klägerin selbst ist kein Branchen-

unternehmen. Ihr Tätigkeitsschwerpunkt liegt in der chemischen Produktion, nicht beim Betreiben eines Elektrizitätsnetzes. Die in der Rechtsprechung behandelten sog. „Abgabenklauseln“ haben einen von der hier gegenständlichen Klausel deutlich unterscheidbaren Wortlaut.

b) Die Beklagte hat erstinstanzlich den Charakter der Klausel als Individualabrede nicht bestritten. Sie hat sich lediglich in ihren rechtlichen Ausführungen auf Entscheidungen des Bundesgerichtshofes bezogen, in denen es um die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ging. Dem ist die Klägerin unter Verweis auf deren fehlende Einschlägigkeit entgegen getreten. Danach war der Rechtscharakter der Klausel als Individualvereinbarung in erster Instanz als unstrittig zu behandeln – hiervon ist das Landgericht auch ausgegangen.

c) Die Beklagte hat Abweichendes auch in der Berufungsbegründung nicht vorgetragen. Sie hat erstmals mit Schriftsatz vom 30.08.2012, dort S. 2 (vgl. GA Bl. 196), bestritten, dass es sich bei den Vertragsregelungen nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen handele. Ungeachtet des Umstands, dass nach den Ausführungen der Beklagten auch widersprüchlich geblieben ist, ob dieses Bestreiten als eine Erklärung mit Nichtwissen i.S. von § 138 Abs. 4 ZPO abgegeben worden ist (*„Mit Nichtwissen wird bestritten, dass die Klägerin den ursprünglichen Stromlieferungsvertrag sowie den Nachtrag zu dem Stromlieferungsvertrag lediglich bei der Beklagten verwandte.“*) oder ob die Mehrfachverwendung des Textes behauptet werden sollte (*„Die Beklagte hat Kenntnisse davon, dass die Klägerin auch andere Firmen im Gewerbepark mit Strom beliefert und auch bei diesen Unternehmen die hier gegenständlichen Verträge und Nachträge verwandte.“*), ist dieses Vorbringen nach §§ 529, 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Die Beklagte hat einen Grund dafür, dass ein eindeutiger und widerspruchsfreier Sachvortrag zu diesem Aspekt nicht bereits in erster Instanz erfolgt ist, nicht benannt, und zwar auch nicht auf entsprechende Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat.

3. Die zitierte Klausel des § 5 n.F. des Stromlieferungsvertrages bezieht sich u.a. auf die Kosten der Klägerin im Zusammenhang mit dem bundesweiten Belastungsausgleich nach § 14 Abs. 3 EEG 2004.

a) Sowohl aus dem Wortlaut jedes einzelnen der drei Sätze der Klausel als auch aus der Systematik der vertraglichen Regelungen in § 5 n.F. als auch aus dem Vergleich mit der Vorgängerregelung des § 5 a.F. ergibt sich, dass die Wortgruppe „EEG, KWK und die Konzessionsabgabe“ in Satz 1 von § 5 n.F. verschiedene Einzelpositionen der Kosten der Klägerin für die Beschaffung des zu liefernden Stroms erfasst. Hierauf deutet hin, dass die Aufzählung in Satz 1 besondere Preisbestandteile benennt (*„... Preise ... beinhalten ...“*), dass Satz 2 eine Umlageregelung enthält, welche denknötwendig besondere eigene Kosten

der Klägerin voraussetzt und sich nur auf diese beziehen kann, und dass in Satz 3 ausdrücklich „Ausgaben, Abgaben, Gebühren oder sonstige Kosten“ aufgeführt werden, „welche direkt oder indirekt erhoben“ oder der Klägerin „von seinem Lieferanten oder anderweitig auferlegt werden“. In systematischer Hinsicht ist § 5 n.F. so strukturiert, dass zunächst Nettopreise vereinbart worden sind und sodann weitere Kostenbestandteile – Umsatzsteuer, Entgelte für die Berechtigung zur Emission von Treibhausgasen („CO₂-Kosten“), Kosten aus dem KWKG-Belastungsausgleich (vgl. § 9 Abs. 3 und 4 KWKG) und Entgelte für die Berechtigung zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege und Infrastruktureinrichtungen (vgl. § 48 EnWG, sog. „Konzessionsabgabe“) – benannt und deren Umlage auf den Stromlieferkunden geregelt worden sind. Insoweit ist auch offensichtlich, dass die Regelung in § 5 n.F. die Regelung des § 5 a.F. fortschreibt und dass an die Stelle des ungenauen Begriffs der „öffentlichen Elektroenergieabgaben“ die auslegungsbedürftige Wortgruppe „EEG, KWK und die Konzessionsabgabe“ getreten ist, ohne dass hierdurch die Funktion der Klausel geändert werden sollte, welche darin besteht, die Grundlage einer Kostenwälzung von der Klägerin als Stromlieferantin an die Beklagte als Stromabnehmerin zu sein.

b) Bei den Kosten „nach dem EEG“ und im Zusammenhang mit der an Letztverbraucher „zu liefernde(n) oder für sie vorzuhaltende(n) Elektroenergie“ (siehe Wortlaut des letzten Halbsatzes von Satz 3) kann es sich nur um die Vergütungen der Klägerin an die regelverantwortliche Übertragungsnetzbetreiberin für den bundesweiten EEG-Belastungsausgleich handeln. Dies sind die einzigen Kosten der Klägerin als Stromlieferantin und Netzbetreiberin, welche ihren Grund im EEG haben und für die das EEG gleichwohl keine ausdrückliche Refinanzierungsregelung enthält, so dass ein vertraglicher Regelungsbedarf besteht. Dies unterscheidet die Kosten des EEG-Belastungsausgleichs beispielsweise von etwaigen Kosten der Klägerin durch die Vergütung von eingespeistem Strom aus erneuerbaren Energien gegenüber den Erzeugern; diese Kosten rechnet die Klägerin als Netzbetreiberin nach § 5 Abs. 2 EEG 2004 bzw. nach § 35 EEG 2009 gegenüber der vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiberin ab.

c) Letztlich besteht hierüber zwischen den Prozessparteien kein Streit (mehr).

4. Die Klausel des § 5 n.F. des Stromliefervertrages erfasst, wovon das Landgericht zu Recht ausgegangen ist, auch die Kosten des Belastungsausgleichs für Stromlieferungen in den Jahren 2005 bis 2008.

a) Allerdings verweist die Beklagte zutreffend darauf, dass die im 1. Nachtrag neu vereinbarten Nettopreise (Jahresleistungspreis und Arbeitspreis) erst für Lieferungen ab dem 01.01.2010 gelten sollen. Soweit in § 5 Satz 1 n.F. für die nachfolgende Regelung „alle vorgenannten Preise“ in Bezug genommen worden sind, bezieht sich diese Formulierung jedoch schon nach dem Wortlaut nicht zwingend nur auf die neuen Nettopreise in ihrer kon-

kreten, ab dem 01.01.2010 geltenden Höhe, sondern ihrem Sinn nach darauf, dass die als Nettopreise bezeichneten Vertragspreise kalkulatorisch keine Preisbestandteile enthalten, die auf zusätzliche Kosten der Klägerin nach dem EEG, dem KWKG bzw. dem EnWG zurückzuführen sind. Denn die Kernaussage von Satz 1 besteht in der Erläuterung des Prinzips der Preiskalkulation; hierfür kommt es allein auf den Charakter der vorgenannten Preise als Nettopreise an, während die konkrete Höhe der „vorgenannten Preise“ unerheblich ist. Diese Erläuterung dient der Begründung der Notwendigkeit der nachfolgenden Umlage-
regelung, welche ebenfalls ohne Bezugnahme auf konkrete Preishöhen getroffen werden kann und hier auch getroffen werden sollte. Das vorausgeführte Verständnis der Regelung in § 5 Satz 1 n.F. findet eine Stütze auch darin, dass die Vorgängerregelung in § 5 Satz 1 a.F. mit Ausnahme der Bezeichnung der nicht berücksichtigten Kostenpositionen denselben Wortlaut hatte, also ebenfalls auf „alle vorgenannten Preise“, dort jedoch mit anderen Beträgen, abgestellt hatte, was nahe legt, dass die konkrete Preishöhe insofern unerheblich ist.

b) Voraussetzung der Kostenumlage ist nach dem Wortlaut von Satz 2 und Satz 3, dass der Klägerin zuvor entsprechende Kosten von ihrem Lieferanten oder einem Dritten auferlegt werden, wobei die Formulierung „*in der Zukunft*“ (Satz 2 am Anfang) zeigt, dass z. Zt. des Vertragsabschlusses solche Kostenrechnungen noch nicht vorlagen. Das Landgericht hat diese Regelung zutreffend so ausgelegt, dass die umzulegenden Kosten den Vertragspartnern jedenfalls am 20.07.2009 noch nicht bekannt waren und dass nur Kosten erfasst sein sollten, die der Klägerin nach dem Inkrafttreten des 1. Nachtrags am 01.01.2010 erstmalig in Rechnung gestellt werden. Dies trifft jedoch auf die streitgegenständlichen Kosten zu; unstrittig ist insoweit sogar bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung am 26.09.2012 keine Abrechnung gegenüber der Klägerin erfolgt.

c) Eine Beschränkung auf Kosten, die im Zusammenhang mit Stromlieferungen nach dem 01.01.2010 stehen, ist der Klausel entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zu entnehmen.

aa) Nach dem Wortlaut der Klauselregelungen in Satz 3 geht es um die Strommenge, die aufgrund des vorliegenden Vertrags („*unter diesem Vertrag*“) geliefert wird. Hiervon werden auch Stromlieferungen in den Jahren 2005 bis 2008 erfasst, weil sie im Rahmen des seit 2005 bestehenden und nach 2009 fortbestehenden Vertragsverhältnisses erfolgten. Der Begriff „Vertrag“ umfasst das gesamte Vertragsverhältnis. Mit dem 1. Nachtrag ist die Kontinuität dieses Vertragsverhältnisses sprachlich mehrfach hervorgehoben worden. Die im Jahre 2009 geschlossene Vereinbarung ist ausdrücklich nicht als Neuverpflichtung, sondern lediglich als „1. Nachtrag“ zum Vertrag (in der Überschrift der Vereinbarung) sowie als Änderung des bestehenden Vertragsverhältnisses hinsichtlich einzelner Bestimmungen unter

Beibehaltung eines Großteils der Vertragsbedingungen (in seiner Präambel) bezeichnet worden. In § 1 des Nachtrags heißt es, dass § 5 a.F. gestrichen und durch einen § 5 n.F. ersetzt werde. Schließlich bestätigen die Schlussbestimmungen in § 2 des 1. Nachtrags, dass alle anderen Bestimmungen des ursprünglichen Liefervertrages unverändert gültig bleiben sollen. Wäre eine weiter gehende zeitliche Begrenzung der Neuregelung der streitgegenständlichen Klausel gewollt gewesen, hätte es nahe gelegen und wäre aus sprachlicher Sicht notwendig gewesen, hier – wie z. Bsp. in den Schlussbestimmungen nach § 2 Satz 1 – nur Lieferungen „unter den Bedingungen des 1. Nachtrags“ bzw. „unter dem geänderten Vertrag“ zu erfassen.

bb) Dem letzten Halbsatz von Satz 3 kommt auch ohne den von der Beklagten in Anspruch genommenen Aussagegehalt eine sinnvolle und notwendige Regelungsfunktion zu. Die Beschränkung auf die von der Klägerin an die Beklagte „unter diesem Vertrag“ gelieferte Strommenge hat den Zweck, die Umlage in sachlicher Hinsicht auf den Anteil der Beklagten an der von der Klägerin insgesamt an Letztverbraucher gelieferten Strommenge zu begrenzen, also klarzustellen, dass es sich um eine verbrauchsabhängige Kostenumlage handelt.

cc) Soweit sich die Beklagte auf die objektive Interessenlage beruft, sind die wechselseitigen Interessen zu berücksichtigen; dies führt zu keiner anderen Auslegung. Zwar ist der Beklagten zuzustimmen, dass es auf den ersten Blick den Interessen der Beklagten widersprechen könnte, eine Vereinbarung zu schließen, die der Klägerin nachträglich u.U. einen Zahlungsanspruch in nicht unerheblicher Höhe für bereits vollzogene Stromlieferungen verschaffe. Dem steht jedoch bereits entgegen, dass die Klausel nach dem subjektiven Verständnis beider Vertragspartner im Jahre 2009 – unabhängig davon, ob dies zutraf oder nicht – gar keine Neuregelung sein sollte, sondern lediglich eine Klarstellung des in § 5 Satz 1 a.F. verwendeten Begriffs der „öffentlichen Elektroenergieabgaben“. Als Neuregelungen in § 5 n.F. wurden die neuen Beträge der Nettopreise sowie die erstmalige Regelung der Kostenwälzung im Zusammenhang mit der Einführung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen aufgefasst, wie sich aus dem insoweit unstrittig gebliebenen Vorbringen der Klägerin ergibt. Dieser Regelungsbedarf war Anlass für die Vereinbarung des 1. Nachtrags. Gleichwohl enthält die Klausel nach ihrem insoweit eindeutigen Wortlaut die Berechtigung der Klägerin, der Beklagten zusätzlich Kosten gesondert in Rechnung zu stellen, und hierauf hat sich die Beklagte ohne weitere Nachfrage eingelassen. Maßgeblich ist für den Senat, dass beide Vertragsparteien irrtümlich davon ausgingen, dass die streitgegenständliche Klausel lediglich eine – wirtschaftlich nahezu wertlose – Rückversicherung der Klägerin im Sinne einer salvatorischen Klausel sei, der zuzustimmen für die Beklagte nach ihrer internen Einschätzung zumutbar war, weil konkrete finanzielle Belastungen hieraus nicht besorgt wurden. Zur Zeit der Verhandlung und Unterzeichnung des 1. Nachtrags im Juli 2009 war beiden Vertragspartnern unstrittig nicht bewusst, dass Stromabnehmer in

einem Objektnetz, wie dem Stromversorgungsnetz der Klägerin, rechtlich ebenfalls als Letztverbraucher i.S.d. EEG-Belastungsausgleichs anzusehen waren und nach der Intention des Gesetzgebers die Kosten der Förderung der Erzeugung von Elektroenergie aus erneuerbaren Energieträgern tragen sollten. Insbesondere von den Branchenverbänden der Netzbetreiber, welche die öffentliche Meinung dominierten, war aus der rechtlichen Privilegierung der Objektnetze nach § 110 EnWG a.F. darauf geschlossen worden, dass Letztverbraucher lediglich Stromabnehmer in Netzen der allgemeinen Versorgung seien. Dieser Auffassung ist erst durch das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 09.12.2009 (VIII ZR 35/09, ZNER 2010, 67) der Boden entzogen worden (so allerdings zuvor bereits OLG Naumburg, Urteil v. 09.03.2004, 1 U 91/03, CuR 2004, 141; insoweit bestätigt durch BGH, Urteil v. 21.12.2005, VIII ZR 108/04, CuR 2006, 12).

d) Das Landgericht und – ihm folgend – der Senat haben bei ihrer Auslegung alle von den Prozessparteien vorgebrachten Umstände des Zustandekommens des 1. Nachtrags berücksichtigt. Eine weitere Sachaufklärung, insbesondere durch Vernehmung der an den Verhandlungen beteiligten Personen als Zeugen bzw. durch dem entsprechende Anhörung der Parteivertreter, ist weder in erster Instanz noch im Berufungsverfahren geboten gewesen. Die Beklagte hat konkrete Anhaltspunkte für weitere auslegungsrelevante Umstände, die einer Beweisaufnahme hätten zugänglich sein können, nicht dargelegt. Nach ihren eigenen Angaben sind ihr bzw. den sie vertretenden Personen die Problematik der streitgegenständlichen Klausel nicht bewusst gewesen, insbesondere habe es keine ausdrücklichen Gespräche über die streitgegenständliche Kostenumlage gegeben. Dies hat der Senat bei seiner tatsächlichen Würdigung zugrunde gelegt.

5. Durch die Vertragsregelung in § 5 Satz 2 n.F. haben die Vertragsparteien vereinbart, dass die Klägerin diese Kosten der Beklagten ggf. gesondert in Rechnung stellen wird und hierzu berechtigt sein soll. Aus der Beschränkung in § 5 Satz 3 letzter Halbsatz des Vertrages n.F. ergibt sich weiter, wie vorausgeführt, dass auf die Beklagte – natürlich – die zusätzlichen Kosten der Klägerin nur anteilig entsprechend der an sie gelieferten bzw. für sie vorgehaltenen Strommenge umgelagert werden dürfen. Dieser Beschränkung hat die Klägerin in ihrem Feststellungsantrag Rechnung getragen.

III. Selbst wenn man – entgegen der Auffassung des Senats – davon ausginge, dass die Klausel in § 5 n.F. lediglich auf Stromlieferungen ab dem 01.01.2010 anwendbar sei, so ergäbe sich der von der Klägerin gegen die Beklagte geltend gemachte Zahlungsanspruch jedenfalls aus ergänzender Vertragsauslegung des § 5 a.F. des Stromlieferungsvertrages.

1. Hierfür kann es offen bleiben, ob in § 5 a.F. eine Berechtigung zur Umlage der Kosten des EEG-Belastungsausgleichs auf die Beklagte bereits vereinbart worden ist. Dies zu klä-

ren, hinge von einer Beweisaufnahme ab. Denn nach dem Wortlaut bezieht sich § 5 a.F. lediglich auf „öffentliche Elektroenergieabgaben“, die in Zukunft eingeführt werden. Hierunter fallen die Subventionsregelungen in EEG und KWKG grundsätzlich, jedenfalls bei einer nach den Maßstäben des § 305c BGB orientierten Auslegung, nicht (vgl. nur BGH, Urteile v. 22.12.2003, VIII ZR 90/02, ZNER 2004, 67, und VIII ZR 310/02). Inwieweit die Vertragsparteien beim Zustandekommen der Vereinbarung übereinstimmend von einem vom Wortlaut abweichenden Aussagegehalt ausgegangen sind, wie die Klägerin behauptet hat, kann ohne Vernehmung der hierfür von der Klägerin benannten Zeugen und ohne Anhörung des Geschäftsführers B. der Beklagten, der gegenbeweislich benannt worden ist, nicht beurteilt werden. Im Rahmen der Beweiswürdigung wäre allerdings zu berücksichtigen, dass die Vertragsparteien im Jahre 2009 – noch bevor sie die Brisanz der Streitfrage erkannt haben – eine Vertragsänderung vereinbart haben, in der die Umlageberechtigung der Klägerin klargestellt oder konkretisiert worden ist. Auf eine Beweiserhebung kommt es jedoch nicht an, weil sich selbst dann, wenn der Senat einen aus Sicht der Klägerin negativen Ausgang der Beweisaufnahme unterstellte, der geltend gemachte Anspruch aus ergänzender Auslegung des ursprünglichen Stromlieferungsvertrages ergäbe.

2. Die Voraussetzungen für eine ergänzende Vertragsauslegung wären in diesem Falle gegeben.

a) Ergäbe sich im Rahmen der Beweisaufnahme, dass die Klägerin nicht davon ausgehen durfte, dass die Klausel von der Beklagten im Sinne einer pauschalen Umlageberechtigung für sämtliche staatlich veranlasste Kosten auf Stromlieferungen verstanden worden sei, und dass damit eine Regelung für die hier streitgegenständliche Frage, wer ggf. die Kosten eines EEG-Belastungsausgleichs zu tragen habe, fehlte, so bestünde im Vertrag eine Regelungslücke.

b) Diese Regelungslücke wäre auch planwidrig. Denn sie beruhte auch nach den Angaben der Beklagten nicht auf einer bewussten Nichtregelung, sondern auf einer versehentlichen Unkenntnis der Regelungsbedürftigkeit bzw. auf einem Verkennen der Nichtregelung. Der Annahme der Planwidrigkeit stünde die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Jahre 2003 nicht entgegen. Zwar verweist die Beklagte zutreffend darauf, dass die Gründe, aus denen der Bundesgerichtshof in den beiden o.g. Entscheidungen von einer Planwidrigkeit der Regelungslücke ausgegangen ist, auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar wären. Denn in den dort entschiedenen Fällen hatte sich die Planwidrigkeit der Regelungslücke bereits daraus ergeben, dass z.Zt. des Vertragsschlusses jeweils vor dem Jahre 2000 der EEG-Belastungsausgleich überhaupt noch nicht kodifiziert und die Art und Weise der späteren Regelung auch nicht vorhersehbar gewesen war. Der vorliegende Vertrag ist im Jahre 2005, d.h. nach Erlass und Inkrafttreten des EEG 2004, geschlossen worden. Die Planwid-

rigkeit der Regelungslücke ergäbe sich nicht aus dem Fehlen der gesetzlichen Regelung des EEG-Belastungsausgleichs, sondern aus der irrtümlichen Annahme der Nichtanwendbarkeit dieser Regelungen auf Stromlieferungen innerhalb von Objektnetzen.

c) Um die unterstellt planwidrige Regelungslücke im Stromliefervertrag der Prozessparteien zu schließen, käme ein Rückgriff auf gesetzliche Regelungen nicht in Betracht, insbesondere enthält das EEG 2004 keine entsprechende Regelung.

3. Hätten die Vertragsparteien fiktiv diese Regelungslücke erkannt, so hätten sie eine strommengenabhängige Umlageberechtigung für die Kosten des EEG- Belastungsausgleichs zu Lasten der Beklagten, vergleichbar mit der Klausel in § 5 n.F., in den ursprünglichen Stromliefervertrag aufgenommen.

a) Es entspricht den Vorstellungen des Gesetzgebers über die Funktionsweise des bundesweiten EEG-Belastungsausgleichs, dass die Kosten letztlich von den Verbrauchern des gelieferten Stroms getragen werden (vgl. BGH, Urteile v. 22.12.2003, a.a.O.; OLG Naumburg, Urteil v. 09.03.2004, a.a.O.; auch OLG Hamm, Urteil v. 28.09.2010, I-19 U 30/10, ZNER 2011, 82). Bei objektiver Betrachtung hätte für die Klägerin im Falle des Erkennens des Regelungsbedarfs kein Grund bestanden, diese Kosten selbst zu tragen und im Lieferverhältnis mit der Beklagten diese Kosten zu übernehmen; es scheint daher ausgeschlossen, dass sie nicht auf einer solchen Regelung bestanden hätte, wenn ihr bei Vertragschluss bewusst gewesen wäre, dass künftig eine Abwälzung von weiteren Kosten auf sie als Stromlieferantin stattfinden würde. Die Beklagte hätte für eine Verweigerung der Kostenübernahme kein sachliches Argument finden können; auch bei Abschluss eines Stromliefervertrages mit einem anderen Lieferanten hätte die Beklagte mit der Umlage dieser Kosten auf sich rechnen müssen.

b) Die Umlage der Kosten auf die Beklagte hätte der Vorgehensweise der Vertragsparteien bei anderen zusätzlichen Kostenpositionen entsprochen. Die Vertragsparteien haben zunächst Nettopreise vereinbart und sodann alle weiteren Kostenfaktoren, die ihnen bewusst waren, aufgeführt (insbesondere Umsatzsteuer und öffentliche Abgaben). Für alle von ihnen erkannten Zusatzkosten haben sie eine Kostentragung nach dem Verursacherprinzip vereinbart, hier also zu Lasten der Beklagten als Stromabnehmerin. Es ist nicht ersichtlich, wieso die Vertragsparteien von diesem Handlungsmuster für die EEG-Umlage hätten abweichen sollen.

c) Die Vertragsparteien haben weiter vereinbart, dass die Klägerin auch berechtigt sein soll, unerwartete Bezugskostensteigerungen auf die Beklagte umzulegen, wie sich aus der Preisanpassungsklausel ergibt, und finanzielle Lasten aus unvorhersehbaren Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auf die Beklagte abzuwälzen, wie in der sog. Wirtschaftlichkeitsklausel in § 10 des Stromliefervertrages vorgesehen ist. Das Zustande-

kommen dieser Regelungen spricht ebenfalls dafür, dass die Beklagte sich mit einer Umlageklausel hinsichtlich der Kosten des EEG-Belastungsausgleichs, wie in § 5 n.F. vorgesehen, auch im Jahre 2005 bereits einverstanden erklärt hätte.

d) Schließlich spricht ganz erheblich für eine fiktive Vereinbarung mit dem vorgenannten Regelungsgehalt die von den Parteien in den Vertrag aufgenommene Steuer- und Abgabenklausel. Hiermit haben die Vertragsparteien zumindest zum Ausdruck gebracht, dass der Stromabnehmer, hier also die Beklagte, für politisch motivierte finanzielle Lasten der Stromlieferung eintreten soll. Hinsichtlich der EEG-Umlage besteht eine Wirkungsgleichheit mit einer fiskalischen Abgabe (vgl. dazu insbesondere auch Bändenbender NVwZ 2004, 823, 825). Der Staat hat insoweit lediglich zur Vermeidung von Sonderabgaben auf ein privatrechtliches Subventionierungsmodell zurückgegriffen; aus Sicht des Verbrauchers ist es unerheblich, ob die Zahlungen als zusätzliches Entgelt im Rahmen einer Kostenumlage oder als Abgabe geschuldet werden (ebenso LG Kiel, Urteil v. 05.10.2004, 16 O 110/03, RdE 2005, 149; LG Münster, Urteil v. 09.02.2005, 21 O 221/04, RdE 2005, 204; LG Chemnitz, Urteil v. 14.04.2005, 1 HK O 1835/04, IR 2005, 158; LG Dortmund, Urteil v. 30.11.2006, 18 O 88/05 – alle zitiert nach juris).

IV. Der Feststellungsantrag der Klägerin ist auch nicht etwa deswegen unbegründet, wie die Beklagte meint, weil ein etwaiger Zahlungsanspruch der Klägerin gegen sie verjährt wäre. Die Regelverjährungsfrist des § 195 BGB ist noch nicht in Gang gesetzt worden. Hierfür fehlt es bereits an der nach § 199 Abs. 1 BGB erforderlichen Entstehung eines Zahlungsanspruchs.

1. Die Zahlungsansprüche der Klägerin, auf die sich ihr Feststellungsantrag der Klägerin bezieht, sind bislang nicht fällig geworden. Die Entstehung des Anspruchs ist nach dem Inhalt der Umlageklausel in § 5 n.F. bzw. hilfsweise nach dem fiktiven Inhalt bei ergänzender Vertragsauslegung des § 5 a.F. von der Erteilung einer Rechnung durch die regelverantwortliche Übertragungsnetzbetreiberin gegenüber der Klägerin abhängig. Eine solche Abrechnung ist bislang noch nicht vorgenommen worden.

2. Die Klägerin hat die Entstehung des Zahlungsanspruchs zu einem so frühen Zeitpunkt, dass dessen Verjährung bereits mit dem Ablauf des Jahres 2009 eingetreten wäre, auch nicht etwa treuwidrig verhindert, indem sie die zur Erteilung der Rechnung notwendigen Daten nicht rechtzeitig an die Übertragungsnetzbetreiberin übermittelt hat (arg. ex § 162 Abs. 1 BGB). Da vor dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 09.12.2009 aus Sicht der Klägerin ungeklärt war, ob die rechtliche Verpflichtung zur Informationsübermittlung aus § 14 Abs. 3 EEG 2004 gegenüber der Übertragungsnetzbetreiberin überhaupt bestand, und die Übertragungsnetzbetreiberin unstreitig eine entsprechende Forderung auch zuvor nicht

erhoben hat, hätte selbst eine unverzügliche Meldung der Klägerin im Jahre 2010 allenfalls zu einer Abrechnung in diesem Jahre und mithin zu einer Anspruchsentstehung im Jahre 2010 geführt; auch dann hätte die auf den 30.12.2010 zurückwirkende Klageerhebung den Eintritt der Verjährung verhindert.

C.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die weiteren Nebenentscheidungen ergeben sich aus § 26 Nr. 8 EGZPO i.V. mit §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1 sowie 543, 544 Abs. 1 S. 1 ZPO.

Die Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

gez. Manshausen

gez. Joost

gez. Wiedemann