

## Oberlandesgericht Hamm, 29 U 12/03

---

**Datum:** 12.03.2004  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 29. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 29 U 12/03

---

**Vorinstanz:** Landgericht Dortmund, 6 O 493/01

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund vom 29. November 2002 wird zurückgewiesen mit der Maßgabe, daß Zinsen auf 645.650,85 EUR (statt auf 645.50,85 EUR) zu zahlen sind.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die durch die Nebenintervention verursachten Kosten trägt die Streithelferin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

---

### Gründe

A.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Belastungsausgleich in Höhe von 2.286.583,36 EUR nebst Zinsen nach dem Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (KWKG) in Anspruch, und zwar für die Zeit vom 18.5.2000 bis zum 31.3.2002.

Auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils, durch das das Landgericht der Klage in vollem Umfang stattgegeben hat, wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Zi. 1 ZPO Bezug genommen. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt und diese ordnungsgemäß begründet. Die Streithelferin der Beklagten hat gegen dieses Urteil ebenfalls Berufung eingelegt.

Mit der Berufung verfolgen die Beklagte und die Streithelferin ihre Klageabweisungsanträge weiter. Sie sind der Ansicht, die Klägerin könne für den von der B mbH (B) bezogenen Strom keinen Belastungsausgleich beanspruchen, da sie nicht verpflichtet sei, diesen Strom gemäß § 3 KWKG zu vergüten. Ansprüche nach dieser Vorschrift stünden ausschließlich Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung zu, nicht aber industriellen Stromerzeugern wie der B. Zudem erfüllten weder die Klägerin noch die B die Voraussetzungen des hier analog anzuwendenden § 2 Abs. 2 KWKG. Der Klageforderung stehe auch

1

2

3

4

5

entgegen, daß der Strombezugspreis, den die Klägerin mit der B vereinbart habe, die in § 4 Abs. 1 KWKG vorgesehene Mindestvergütung unterschreite. Für den von der B bezogenen Strom stehe der Klägerin auch deshalb kein Belastungsausgleich zu, weil der Strombezugspreis am 2. 2. 2001, d. h. nach dem gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG maßgeblichen Stichtag, geändert worden sei.

Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,

6

das am 29. November 2002 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund

7

abzuändern und die Klage abzuweisen.

8

Die Klägerin beantragt,

9

die Berufung zurückzuweisen.

10

Sie ist der Ansicht, weder dem Wortlaut der §§ 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2, 3 KWKG noch der Gesetzesbegründung sei zu entnehmen, daß diese Vorschriften ausschließlich Ansprüche von Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung begründeten. Den Strombezugsvertrag mit der B habe sie bereits am 29.12.1981 geschlossen. Die Änderung dieses Vertrages nach dem Stichtag stehe der Geltung des § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG nicht entgegen, denn diese Vorschrift setze nicht voraus, daß der Stromliefervertrag über diesen Stichtag hinaus **unverändert** fortbestehe.

11

Für die weiteren Einzelheiten wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen.

12

B.

13

I.

14

Die Berufung ist zulässig.

15

Bei der Berufung, die die Beklagte und die Streithelferin eingelegt haben, handelt es sich um ein einheitliches Rechtsmittel, über das der Senat einheitlich zu entscheiden hat. Die Streithelferin war lediglich befugt, Berufung namens der Beklagten, nicht aber im eigenen Namen einzulegen. Sie ist einfache, nicht aber streitgenössische Nebenintervenientin i. S. des § 69 ZPO, denn die Rechtskraft des Urteils erfaßt das Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Klägerin nicht. Als einfache Nebenintervenientin konnte die Streithelferin Berufung lediglich namens der Beklagten einlegen (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., § 67 Rz. 5). Legen - wie hier - Hauptpartei und Streithelferin Berufung ein, handelt es sich um ein einheitliches Rechtsmittel, über das das Berufungsgericht einheitlich zu entscheiden hat (Zöller-Gummer-Heßler, a. a. O., Vor § 511 Rz. 24).

16

II.

17

Die Berufung ist unbegründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte Anspruch auf Belastungsausgleich in Höhe von 2.286.583,36 EUR gemäß § 5 Abs. 1 KWKG nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 645.650,85 EUR seit dem 20.12.2001 und aus weiteren 1.640.932,51 EUR seit dem 25.10.2002 nach den §§ 91, 288 Abs. 1 S. 1 BGB.

18

19

Die Rechtsbeziehungen der Parteien sind nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 12.5.2000 zu beurteilen. Auf die zutreffenden Ausführungen im landgerichtlichen Urteil wird verwiesen. Ergänzend ist unter Berücksichtigung des ergänzenden Vorbringens der Parteien und der Streithelferin in der Berufungsinstanz folgendes auszuführen:

1. Die Klägerin ist Netzbetreiberin i. S. des § 5 Abs. 1 S. 1 KWKG. Sie betreibt im Gebiet der Stadt I ein Stromnetz, über das sie private Haushalte und gewerbliche Unternehmen mit Strom versorgt. Sie ist deshalb grundsätzlich Inhaberin des sich aus § 5 Abs. 1 KWKG ergebenden Belastungsausgleichsanspruchs.

20

2. Die Klägerin war im hier maßgeblichen Zeitraum vom 18.5.2000 bis zum 31.3.2002 verpflichtet, Zahlungen gemäß § 3 Abs. 1 KWKG an die B zu leisten. Nach dieser Vorschrift sind Netzbetreiber verpflichtet, KWK-Anlagen nach § 2 Abs. 1 KWKG an ihr Netz anzuschließen, den Strom aus Anlagen nach § 2 KWKG abzunehmen und den eingespeisten Strom nach § 4 KWKG zu vergüten. Diese Voraussetzungen sind in bezug auf den Strom, den die Klägerin in diesem Zeitraum von der B bezogen hat, erfüllt.

21

a) Der Strom, den die Klägerin im genannten Zeitraum von der B bezogen hat, unterfällt § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG ("dritter Förderweg"). Bei dem Kraftwerk der B handelt es sich unstreitig um eine KWK-Anlage, die mittels Abfalls betrieben wird. Die Klägerin bezieht den Strom von der B aufgrund eines Liefervertrages, den beide am 29.12.1981 und damit vor dem nach § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG maßgeblichen Stichtag, dem 1. 1. 2000, geschlossen haben.

22

b) Die Klägerin ist verpflichtet, den Strom, den sie von der B bezogen hat, nach den §§ 3, 4 KWKG zu vergüten, obwohl es sich bei diesem Stromerzeuger nicht um ein Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung gemäß § 9 Energiewirtschaftsgesetz i. d. F. v. 24.4.1998 (EnWG) handelt. Der Geltungsbereich des § Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG ist nicht auf Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung beschränkt, sondern erfaßt auch andere Betreiber von KWK-Anlagen, sofern der von ihnen erzeugte Strom für die allgemeine Versorgung bestimmt ist. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG, dem Zweck und der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift (vgl. BGH, Urteile v. 10.3.2004, Az. VIII ZR 213/02, u. v. 11. 2. 2004, Az. VIII ZR 236/02; Bräutigam/Reichert-Clauß RdE 2003, 210; Salje, KWKG, 2. Aufl. 2003, Einführung Rz. 40 ff.; Herrmann RdE 2000, 184, 187).

23

Nach § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG ist Strom aus KWK-Anlagen, der auf der Grundlage von Lieferverträgen, die vor dem 1. 1. 2000 geschlossen wurden, **von einem Energieversorgungsunternehmen** bezogen wird, dem von § 2 Abs. 1 S. 1 KWKG erfaßten Strom gleichgestellt. Nach seinem Wortlaut erfaßt § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG alle Energieversorgungsunternehmen i. S. des § 2 Abs. 3 EnWG i. d. F. v. 24.4.1998 und nicht nur solche der allgemeinen Versorgung.

24

Die Einbeziehung aller Energieversorgungsunternehmen, die KWK-Strom erzeugen, der für die allgemeine Versorgung bestimmt ist, in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG entspricht dem Zweck des KWKG. Dieser besteht nach § 1 KWKG im befristeten Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung in der allgemeinen Versorgung im Interesse von Energieeinsparung und Klimaschutz. Dem entspricht, die Stromerzeugung in KWK-Anlagen stets dann in den Geltungsbereich dieses Gesetzes einzubeziehen, wenn der erzeugte Strom für die allgemeine Versorgung bestimmt ist, und nicht nur dann, wenn es sich bei dem jeweiligen Anlagenbetreiber um ein Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung handelt.

25

Diese Auslegung des § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Nach dem ursprünglichen Entwurf dieser Bestimmung war "Strom aus KWK-Anlagen, der auf der Grundlage von Lieferverträgen, die vor dem 1. 1. 2000 abgeschlossen wurden, **von dem Energieversorgungsunternehmen** bezogen wird", dem in § 2 Abs. 1 S. 1 KWKG erfaßten Strom gleichgestellt (BT-Drucksache 14/2765 S. 2). Mit der Formulierung "**von dem Energieversorgungsunternehmen**" hatte der Gesetzgeber in diesem Entwurf unmißverständlich auf das in § 2 Abs. 1 S. 1 KWKG genannte Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung Bezug genommen. Im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde diese Formulierung aufgrund einer Beschlußempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Technologie in "**von einem Energieversorgungsunternehmen**" geändert (BT-Drucksache 14/3007 S. 2). Ausweislich der

26

Stellungnahme des Ausschuß-Berichterstatters hat der Ausschuß vorgesehen, Strom aus industriellen KWK-Anlagen einzubeziehen, die für die allgemeine Versorgung der Letztverbraucher Strom lieferten (BT-Drucksache 14/3007 S. 4).

27

c) Inhaber des Vergütungsanspruches gemäß den §§ 3 Abs. 1 S. 1, 4 KWKG gegen die Klägerin als Netzbetreiber ist hier die B als Betreiberin der KWK-Anlage. Allerdings enthält das KWKG in bezug auf die Anspruchsberechtigung nach den §§ 3,4 WKG keine ausdrückliche Regelung. Aus dem Zweck und der Entstehungsgeschichte des KWKG ergibt sich jedoch, daß insoweit die Anlagenbetreiber anspruchsberechtigt sind. Der Zweck dieses Gesetzes besteht ausweislich seines § 1 im befristeten Schutz der Kraft-Wärme-Kopplung in der allgemeinen Versorgung im Interesse von Energieeinsparung und Klimaschutz. In der Begründung des ersten Entwurfs des KWKG ist ausgeführt, dieses Gesetz habe das Ziel, die bestehenden KWK-Anlagen der öffentlichen Versorgung zu sichern, "stranded investments" im Bereich bestehender KWK-Anlagen der allgemeinen Versorgung zu vermeiden, Produktionsstandorte zu erhalten und Beschäftigung zu sichern (BT-Drucks. 14/2765 S. 4). Zur Realisierung dieser Ziele hat das KWKG eine Abnahme- und Vergütungspflicht für KWK-Strom begründet und einen Mindestpreis angeordnet. Die in § 1 KWKG genannten Ziele können nur dann erreicht werden, wenn die Betreiber der KWK-Anlagen Inhaber der Abnahme- und Vergütungsansprüche sind. Stünden diese Ansprüche nicht ihnen, sondern den den KWK-Strom beziehenden Energieversorgungsunternehmen zu, wäre nicht gewährleistet, daß die Anlagenbetreiber für den von ihnen produzierten Strom auskömmliche Preise erhielten und "stranded investments" im Bereich bestehender KWK-Anlagen vermieden würden. Der Fortbestand dieser Anlagen wäre nicht gesichert, sondern gefährdet (BGH, Urteil v. 11.2.2004, VIII ZR 236/02; Bräutigam/Reichert-Clauß RdE 2003, 212).

Bei der vergleichbaren Abnahme- und Vergütungspflicht für Strom aus erneuerbaren Energien gilt gemäß den §§ 2 Stromeinspeisegesetz, 3 Abs. 1 EEG ebenfalls, daß die jeweiligen Anlagenbetreiber Inhaber des Abnahme- und des Vergütungsanspruches sind. Dies ergibt sich aus dem Zweck und den Regelungsinstrumenten dieser Gesetze, die Erzeugung von Strom aus regenerativen Energien mittels eines privatrechtlichen Kontrahierungszwangs zu fördern (BGH ZNER 2003, 234). Zwischen dem Zweck des KWKG und seinen Regelungsinstrumenten besteht ein vergleichbarer Zusammenhang. Mit diesem Gesetz will der Gesetzgeber die Erzeugung von KWK-Strom ebenfalls mittels eines privatrechtlichen Kontrahierungszwanges sichern. Konsequenterweise müssen auch die Abnahme- und Vergütungsansprüche nach dem KWKG dem jeweiligen Stromerzeuger, d. h. dem Betreiber der KWK-Anlage, zustehen.

28

Für die Anspruchsberechtigung der Anlagenbetreiber sprechen auch die §§ 3 Abs. 1 S. 1 2. Halbs. und 4 Abs. 2 KWKG. Diese Vorschriften regeln das Konkurrenzverhältnis zwischen der gesetzlichen Abnahme- und Vergütungspflicht nach den §§ 3 Abs. 1 S. 1 1. Halbs., 4 Abs. 1 KWKG und entsprechenden vertraglich begründeten Pflichten. Wären die Betreiber von KWK-Anlagen nicht Inhaber der Abnahme- und Vergütungsansprüche nach den §§ 3 Abs. 1 S. 1 1. Halbs., 4 Abs. 1 KWKG, stünden diese vielmehr dem den Strom beziehenden Energieversorgungsunternehmen zu, bestünde zwischen den vertraglichen Abnahme- und Vergütungsansprüchen des Anlagenbetreibers und den gesetzlichen Ansprüchen nach den §§ 3 Abs. 1 S. 1 1. Halbs., 4 Abs. 1 KWKG kein Konkurrenzverhältnis, da letztgenannte Ansprüche nicht den Anlagenbetreibern zustünden. Die §§ 3 Abs. 1 S. 1 2. Halbs., 4 Abs. 2 KWKG wären bei dieser Auslegung gegenstandslos (BGH, Urteil v. 11.2.2004, Az. VIII ZR 236/02).

29

d) Der Vergütungsanspruch der B richtet sich gegen die Klägerin als Netzbetreiberin. Diese ist nach den §§ 3 Abs. 1 S. 1, 4 Abs. 2 KWKG i. V. mit dem mit der B geschlossenen Liefervertrag verpflichtet, den bezogenen Strom zu vergüten.

30

e) Daß die Klägerin und die B den vereinbarten Strombezugspreis aufgrund des Inkrafttretens des KWKG erhöht haben, steht der Geltung des § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG nicht entgegen und stellt sich auch nicht als Rechtsmißbrauch zu Lasten der Beklagten dar. § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG setzt nicht voraus, daß der Stromliefervertrag über den 1.1.2000 hinaus **unverändert** fortbesteht, insbesondere nicht, daß der Strombezugspreis nach diesem Stichtag nicht erhöht wird. Vielmehr begründet § 4 Abs. 2 KWKG für die von § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG erfaßten Lieferverträge einen Anspruch des KWK-Stromerzeugers auf Anpassung des vertraglich vereinbarten Strompreises auf die in § 4 Abs. 1 KWKG vorgesehene Mindestvergütung von 9 Pf/kWh, sofern nicht Treu und Glauben ausnahmsweise eine Anpassung auf eine

31

niedrigere Vergütung gebieten. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der Systematik und dem Zweck des KWKG (vgl. BGH, Urteil vom 11.2.2004, Az. VIII ZR 236/02).

§ 4 Abs. 1 KWKG erfaßt ohne jede Einschränkung auch die in § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG geregelten Stromlieferungen, denn nach § 4 Abs. 1 KWKG beträgt die Vergütung für Strom "nach § 2", d. h. auch für Strom nach § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG, mindestens 9 Pf/kWh. Würde die Vergütung für Strom gemäß § 4 Abs. 2 KWKG ausschließlich auf der Grundlage von Lieferverträgen geregelt, ließe § 4 Abs. 1 KWKG insoweit leer. Daß der Gesetzgeber dies beabsichtigt hat, hält der Senat für ausgeschlossen. Hätte der Gesetzgeber die Verpflichtung zur Zahlung der Mindestvergütung auf den ersten Förderweg beschränken wollen, hätte er dies entsprechend formuliert, etwa dadurch, daß er in § 4 Abs. 1 KWKG lediglich auf Strom gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 KWKG Bezug genommen hätte, oder dadurch, daß er in § 3 Abs. 1 S. 1 2. Halbs. KWKG formuliert hätte, daß vertragliche Abnahme- und Vergütungspflichten unberührt bleiben.

32

Dafür, daß § 4 Abs. 1 KWKG die Parteien eines Stromlieferungsvertrages regelmäßig verpflichtet, den Strombezugspreis auf die in § 4 Abs. 1 KWKG vorgesehene Vergütung anzuheben, spricht auch die Formulierung in § 4 Abs. 2 KWKG, wonach die Vergütung für Strom gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 KWKG aufgrund von Lieferverträgen "geregelt wird", nicht aber, daß sie bereits "geregelt ist" (BGH, Urteil v. 11.2.2004, Az. VIII ZR 236/02; Bräutigam/Reichert-Clauß RdE 2003, 213).

33

Zudem würde § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG insgesamt leerlaufen, wenn die gesetzliche Mindestvergütung gemäß § 4 Abs. 1 KWKG insoweit durch § 4 Abs. 2 KWKG ausgeschlossen wäre. Die Einbeziehung des Stroms gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG in den Geltungsbereich des KWKG wäre sinnlos, da es für die Abnahme und Vergütung dieses Stroms uneingeschränkt bei den liefervertraglichen Vereinbarungen bliebe (BGH, Urteil v. 11.2.2004, Az. VIII ZR 236/02; Bräutigam/Reichert-Clauß RdE 2003, 213).

34

3. Schuldnerin des Anspruchs der Klägerin auf Belastungsausgleich ist die Beklagte. Nach § 5 Abs. 1 S. 1 KWKG richtet sich der Anspruch auf Belastungsausgleich gegen den vorgelagerten Netzbetreiber. Betreiberin des Netzes, das dem der Klägerin vorgelagert ist, ist unstreitig die Beklagte.

35

4. Der Anspruch der Klägerin auf Belastungsausgleich beläuft sich auf 2.286.583,36 EUR.

36

a) Nach § 5 Abs. 1 S. 2 und 3 KWKG beträgt der Ausgleich im Zeitraum vom 18. 5. bis zum 31.12.2000 3 Pf., im Zeitraum vom 1.1. bis zum 31.12.2001 2,5 Pf. und ab dem 1.1.2002 2 Pf. je kWh der zu vergütenden Strommenge.

37

b) Der Klägerin steht Belastungsausgleich in der in § 5 Abs. 1 S. 2 und 3 KWKG vorgesehenen Höhe zu, obwohl der von ihr und der B vereinbarte Strombezugspreis im hier maßgeblichen Zeitraum die in § 4 Abs. 1 KWKG vorgesehene Mindestvergütung je kWh von 9 Pf. im Jahr 2000, 8,5 Pf. im Jahr 2001 und 8 Pf. im Jahr 2002 unterschritt. Der Anspruch auf Belastungsausgleich in der in § 5 Abs. 1 KWKG vorgesehenen Höhe setzt nicht voraus, daß das anspruchsberechtigte Energieversorgungsunternehmen mit dem Stromerzeuger einen Strombezugspreis in der in § 4 Abs. 1 KWKG vorgesehenen Höhe vereinbart hat. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 KWKG.

38

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 2, S. 3 KWKG beträgt der Ausgleichsbetrag generell 3 Pf./kWh und wird er jeweils zum 1.1. eines neuen Jahres um 0,5 Pf. gesenkt. Anhaltspunkte dafür, der Ausgleichsbetrag sei mit niedrigeren als den in § 5 Abs. 1 S. 2, S. 3 KWKG genannten Beträgen zu bemessen oder entfalle, wenn der anspruchsberechtigte Netzbetreiber mit dem Anlagenbetreiber einen Strombezugspreis vereinbart hat, der die in § 4 Abs. 1 KWKG vorgesehene Vergütung unterschreitet, sind dem KWKG und insbesondere § 5 KWKG nicht ansatzweise zu entnehmen. Ebenso wenig enthält die Gesetzesbegründung Anhaltspunkte, das anspruchsberechtigte Energieversorgungsunternehmen könne Belastungsausgleich in der in § 5 Abs. 1 KWKG vorgesehenen Höhe nur dann beanspruchen, wenn es mit dem Anlagenbetreiber eine Vergütung in der in § 4 Abs. 1 KWKG vorgesehenen Höhe vereinbart habe.

39

Der Zweck des KWKG spricht ebenfalls für die Auslegung, derzufolge der Belastungsausgleich unabhängig von der Höhe der Vergütung zu zahlen ist, die der anspruchsberechtigte Netzbetreiber mit dem Anlagenbetreiber vereinbart hat. Der Gesetzgeber wollte mit dem KWKG den Erzeugern von KWK-Strom, die nach seiner Einschätzung "angesichts weitgehend fixer Stromgestehungskosten bei gegenwärtig stark sinkenden Preisen in akute wirtschaftliche Not geraten waren" (BT-Drucks. 14/3007 S. 7) und "umgehende Hilfe" benötigten (BT-Drucks. 14/2765 S. 4), eine "rasche Übergangshilfe" bzw. eine "befristete Überbrückungshilfe" verschaffen (BT-Drucks. 14/3007 S. 1, 7). Diesen Zwecken dient auch der Belastungsausgleich gemäß § 5 KWKG (BT-Drucks. 14/2765 S. 5). Die Erreichung dieser Ziele wäre gefährdet, wenn in jedem Verfahren auf Zahlung von Belastungsausgleich zu prüfen wäre, welche Vergütung im Verhältnis zwischen dem anspruchsberechtigten Netzbetreiber und dem Anlagenbetreiber gerechtfertigt ist. In diesem Fall würden Unsicherheiten aus dem Rechtsverhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber in das Verfahren über den Belastungsausgleich verlagert.

40

c) Die Klägerin hat von der B vom 18.5. bis zum 31.12.2000 56.717.439,5 kWh, vom 1.1. bis zum 31.12.2001 104.209.279 kWh und vom 1.1. bis zum 31.3.2002 28.402.163 kWh Strom bezogen. Ihr Anspruch auf Belastungsausgleich errechnet sich insoweit wie folgt:

41

56.717.439,5 kWh x 3 Pf. = 1.701.523,19 DM

42

104.209.279 kWh x 2,5 Pf. = 2.605.231,98 DM

43

28.402.163 kWh x 2 Pf. = 568.043,26 DM

44

4.874.798,43 DM

45

abzügl. bereits gezahlter 402.630,10 DM

46

4.472.168,33 DM/2.286.583,36 EUR.

47

5. § 2 Abs. 2 KWKG steht dem Anspruch der Klägerin auf Belastungsausgleich nicht entgegen.

48

a) § 2 Abs. 2 KWKG erfaßt Strom gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG, um den es hier geht, nicht. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift.

49

Nach seinem ausdrücklichen Wortlaut gilt § 2 Abs. 2 KWKG nur für Strom von **Energieversorgungsunternehmen gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 KWKG**, mithin nicht für Strom von Gemeinschaftsunternehmen 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.

50

Aus der Entstehungsgeschichte des § 2 Abs. 2 KWKG ergibt sich 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 S. 2). Diese wurde erst im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens mit der Begründung "Klarstellung des Gewollten" in § 2 Abs. 2 KWKG aufgenommen (BT-Drucks. 14/3007 S. 2, 6). Deshalb besteht kein Zweifel, daß der Gesetzgeber mit der Formulierung "Energieversorgungsunternehmen gemäß Absatz 1 Satz 1" in § 2 Abs. 2 KWKG ausschließlich auf die in § 2 Abs. 1 S. 1 KWKG genannten Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung Bezug nehmen wollte.

51

Aufgrund des eindeutigen Willens des Gesetzgebers, die Gemeinschaftsunternehmen nach § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 KWKG und die Parteien eines Stromlieferungsvertrages gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG nicht der "25/10-Klausel" des § 2 Abs. 2 KWKG zu unterwerfen, ist für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift in den Fällen des § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 und Nr. 2 KWKG kein Raum (Herrmann RdE 2000 184, 188).

52

b) Zudem sind in bezug auf die Klägerin die Voraussetzungen der Ausschlußgründe gemäß § 2 Abs. 2 KWKG nicht erfüllt. Sie hat mit Schriftsatz vom 14.10.2003 im einzelnen dargelegt, daß ihre installierte elektrische Kraftwerksleistung in Kraft-Wärme-Kopplung, bezogen auf ihre installierte Kraftwerksleistung, erheblich über 25 % liegt und die von ihr in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugte Strommenge, bezogen auf ihre gesamte Stromerzeugung, nahezu 100 % beträgt. Dem sind die Beklagte und die Streithelferin nicht entgegengetreten.

53

6. Das KWKG verstößt nicht gegen europäisches Recht.

54

a) Verpflichtungen zur Zahlung unzulässiger Beihilfen (Art. 87 und 88 EG-Vertrag) begründet das KWKG nicht. Der Begriff der Beihilfe i. S. dieser Bestimmungen erfaßt ausschließlich Zahlungen des Staates oder aus staatlichen Mitteln. Derartige Zahlungen sieht das KWKG nicht vor. Sämtliche Zahlungen, die nach diesem Gesetz zu leisten sind, sind von Privatunternehmen aufzubringen.

55

b) Das KWKG verstößt auch nicht gegen die in Art. 28 EG-Vertrag geschützte Freiheit des Warenverkehrs. Diese Vorschrift verbietet alle staatlichen Maßnahmen, die mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen oder Maßnahmen mit gleicher Wirkung vorsehen. Eine derartige Wirkung kommt dem KWKG nicht zu.

56

Selbst wenn das KWKG die Freiheit des Warenverkehrs beschränken sollte, wäre diese Beeinträchtigung aus Gründen des Umweltschutzes gerechtfertigt. Auch beim Umweltschutz handelt es sich, wie sich beispielsweise aus Art. 6 EG-Vertrag ergibt, um ein Ziel der Europäischen Union. Deshalb kann der Umweltschutz nach ständiger Rechtsprechung des EuGH Beschränkungen der Freiheit des Warenverkehrs rechtfertigen (EuGH Rs 379/98; EuGH Rs 389/96; EuGH Rs 302/86). So liegt es auch hier. Das KWKG bezweckt, wie sich aus seinem § 1 ergibt, den Schutz der Umwelt und des Klimas. Gegen die Verhältnismäßigkeit der darin vorgesehenen Maßnahmen bestehen keine Bedenken. Selbst wenn sie zu Einschränkungen der Freiheit des Warenverkehrs i. S. des Art. 28 EG-Vertrag führen sollten, sind diese deshalb aus Gründen des Umweltschutzes gerechtfertigt.

57

7. Das KWKG verstößt auch nicht gegen das Grundgesetz.

58

a) Das Grundrecht auf freie Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 GG wird durch das KWKG nicht verletzt. 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 Stromnetzen auferlegt, erfolgen aus Gründen des Umweltschutzes, der gemäß Art. 20 a GG ebenfalls verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot verstößt das KWKG nicht. Deshalb handelt es sich bei ihm um eine gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zulässige Inhaltsbestimmung der Berufsausübung.

59

b) Das KWKG verstößt auch nicht gegen Grundsätze der grundgesetzlichen Finanzverfassung (Art. 105 ff. GG). Die Zahlungen, zu denen es Energieversorgungsunternehmen und Netzbetreiber verpflichtet, werden **ausschließlich** von Privatleuten abgewickelt und gelangen nicht - auch nicht teilweise - in staatliche Verfügungsbefugnis. Staatliche Einnahmen, die der parlamentarischen Kontrolle entzogen wären, kann es unter keinen Umständen begründen.

60

Demgemäß haben sowohl das BVerfG in seinem Beschluß vom 27. 4. 2000, Az. 2 BvR 801/99, als auch der BGH in seinen Urteilen vom 10. 3. 2004, Az. VIII ZR 213/02, und vom 11.2.2004, Az. VIII ZR 236/02, inzidenter die Vereinbarkeit des KWKG sowohl mit dem Grundgesetz als auch mit europäischem Recht bejaht.

61

8. Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz aus 645.650,85 EUR seit dem 20. 12. 2001 und aus weiteren 1.640.932,51 EUR seit dem 25.10.2002 ergibt sich aus den §§ 284 Abs. 1 S. 2, 288 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung.

62

III.

63

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf die §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

64

IV.

65

Die Revision war zuzulassen.

66

Die Rechtsache hat grundsätzliche Bedeutung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die mit dem Belastungsausgleich gemäß § 5 Abs. 1 KWKG zusammenhängenden Rechtsfragen können für eine unbestimmte Zahl von weiteren Verfahren entscheidungserhebliche Bedeutung haben.

67

Zudem erfordern sowohl die Fortbildung des Rechts als auch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die Frage, ob der Anspruch auf Belastungsausgleich von der Höhe des Strompreises abhängt, den der anspruchsberechtigte Netzbetreiber dem KWK-Anlagenbetreiber schuldet, ist in der Rechtsprechung unterschiedlich entschieden worden. Eine Entscheidung des BGH zu dieser Frage ist bislang, soweit ersichtlich, noch nicht ergangen.

68