

G 2569 F

RdE Recht der Energiewirtschaft

Prof. Dr. Gunther Kühne, Gemeinschaftsrechtlicher Ordnungsrahmen der Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl

Marc L. Holtorf und Dr. Karl-Peter Horstmann, Aktuelle Entscheidungspraxis über prozessuale und materielle Aspekte des Netzzugangs in der Energiewirtschaft

Ilkin Karakaya und Henner Apfel, Die unterlassene Selbstablesung als Grundlage für eine Verbraucherschätzung nach § 20 Abs. 2 AVB?

EuGH, Urteil vom 4. 6. 2002 - C-483/99 - (»Elf Aquitaine«) Zur Vereinbarkeit staatlicher Sonderaktien (»golden shares«) mit dem freien Kapitalverkehr; mit Anmerkung von Dr. Jörg Gundel

BGH, Urteil vom 25. 4. 2002 - I ZR 250/00 - Zur wettbewerblichen Relevanz eines Verstoßes gegen gemeinderechtliche Vorschriften

OLG Naumburg, Urteil vom 20. 6. 2002 - 7 U (Hs) 59/01 - Zum personellen Anwendungsbereich und zur Anspruchsberechtigung nach dem 3. Förderweg des KWKG; mit Anmerkung von Dr. Maria Kasche und Annika von La Chevallerie, Berlin



10-11/02

Carl Heymanns Verlag

hat der Senat – zu niedersächsischen Vorschriften zur Beschränkung der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit kommunaler Gebietskörperschaften – dargelegt, daß sich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nur auf die Art und Weise der Beteiligung der öffentlichen Hand am Wettbewerb beziehen kann. Davon ist – wie in der Entscheidung weiter ausgeführt ist – die allgemeinpolitische und wirtschaftspolitische Frage zu unterscheiden, ob sich die öffentliche Hand überhaupt erwerbswirtschaftlich betätigen darf und welche Grenzen ihr insoweit gesetzt sind oder gesetzt werden sollen. Die Lösung dieser Frage ist Aufgabe der Gesetzgebung und Verwaltung sowie der parlamentarischen Kontrolle und für die Gemeinden und Landkreise gegebenenfalls der Kommunalaufsicht, nicht aber der ordentlichen Gerichte bei der ihnen zustehenden Beurteilung von Wettbewerbshandlungen nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Dies gilt auch dann, wenn besondere Vorschriften zur Einschränkung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand erlassen worden sind. Denn auch diese regeln nur den Zugang zum Wettbewerb und sagen nichts darüber aus, wie er auszuüben ist (vgl. dazu weiter BGH, GRUR 1987, 116, 118 – Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I; BGH, GRUR 1991, 53, 56 – Kreishandwerkerschaft I; BGH, Urt. v. 1. 12. 1994 – I ZR 128/92, GRUR 1995, 127, 128 = WRP 1995, 304 – Schornsteinaufsätze; BGH GRUR 1996, 213, 216 – Sterbegeldversicherung; vgl. auch Piper, GRUR 1986, 574, 578; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 184 f.).

Aus der Entscheidung »Sterbegeldversicherung« (BGH GRUR 1996, 213, 216) ergibt sich nichts anderes. Diese betraf einen Fall, in dem der Marktzutritt einer öffentlich-rechtlichen Krankenkasse gegen ein Gesetz verstieß, das im Interesse der privaten Versicherungen ein ganz bestimmtes Handeln auf dem Markt (den Abschluß von Sterbegeldversicherungsverträgen) untersagte und ein Zuwiderhandeln nach seinem Normzweck zugleich als unlauteres Wettbewerbsverhalten kennzeichnete.

2. Der Klageantrag ist auch nicht als quasinegativer Unterlassungsanspruch wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 1004 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 11. 10. 1996 – V ZR 3/96, NJW-RR 1997, 16, 17) begründet, da Art. 87 BayGO, gegen den die Bekl. nach Ansicht der Klägerin verstößt, kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist (ebenso Bauer/Böhle/Masson/Samper, Bayer. Kommunalgesetze, 4. Aufl., Art. 87 GO Rn. 7; Hölzl/Hien, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, 1999, Art. 87 GO Anm. 4; Köhler, WRP 1999, 1205, 1208; vgl. auch Widmann/Grasser/Glaser aa O. Art. 87 GO Rn. 3; Tomerius, LKV 2000, 41, 46 m.w.N.; vgl. weiter BGH, Urt. v. 26. 5. 1961 – I ZR 177/60, GRUR 1962, 159, 162 – Blockeis I).

Eine Vorschrift ist nicht schon dann ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, wenn sie nach ihrem Inhalt und Zweck die Belange eines anderen fördert. Erforderlich ist vielmehr, daß sie in der Weise einem gezielten Individualschutz gegen eine näher bestimmte Art der Schädigung dienen soll, daß an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des Verletzers geknüpft wird (vgl. BGHZ 66, 388, 390; 84, 312, 314; 100, 13, 14; 122, 1, 3). Bei Art. 87 BayGO läßt sich weder dem Wortlaut der Vorschrift noch der für sie im Gesetzgebungsverfahren gegebenen Be-

gründung (vgl. dazu vorstehend unter II. 1. c)) ein Anhaltspunkt für einen solchen Schutzzweck entnehmen. Die Vorschrift beschränkt zwar die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden auch deshalb, weil sich diese zu Lasten der Privatwirtschaft auswirken kann. Sie hat aber nicht den Zweck, die einzelnen Unternehmen dadurch vor einem Wettbewerb durch gemeindliche Unternehmen zu schützen, daß ein Verstoß Individualansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung begründen kann.

3. Der sehr weit gefasste Klageantrag kann auch nicht darauf gestützt werden, daß die beanstandete Tätigkeit der Bekl. aus anderen Gründen wettbewerbsrechtlich unlauter sei.

Es ist weder mit konkretem Tatsachenvorbringen dargetan noch sonst ersichtlich, daß die angegriffene erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Bekl. stets oder auch nur im Regelfall mit einer mißbräuchlichen Ausnutzung ihrer Stellung als Unternehmen der Landeshauptstadt M. verbunden ist. Eine so weitgehende Annahme ist auch nicht insoweit gerechtfertigt, als es um Aufträge von Kunden geht, die an Messen, Dulken oder ähnlichen Veranstaltungen teilnehmen wollen und dazu Genehmigungen der Stadt benötigen.

Das Berufungsgericht hat die Frage, ob die Bekl. bei ihrer Tätigkeit gegenwärtig amtlich erlangte Informationen ausnutzt, offengelassen und dargelegt, daß dies jedenfalls zukünftig nicht der Fall sein werde. Die Revisionserwiderung hat demgegenüber nicht auf hinreichend substantiierten Sachvortrag in den Tatsacheninstanzen Bezug nehmen können.

Sollte die Bekl. im Einzelfall ihre Stellung als Unternehmen der Landeshauptstadt M. in wettbewerbswidriger Weise ausnutzen, könnte die Klägerin dagegen mit entsprechendem konkret gefaßten wettbewerbsrechtlichen Ansprüche vorgehen.

III. Auf die Revision der Bekl. war danach das Berufungsurteil aufzuheben. Auf ihre Berufung war das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. (...)

§§ 2 Abs. 1 S. 3, 4, 5 KWKG

Dem Anwendungsbereich des KWKG unterfallen auch im Rahmen des 3. Förderweges nur Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung im Sinne von § 10 EnWG.

(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Naumburg, Urteil vom 20. 6. 2002 – 7 U (Hs) 59/01 – (nicht rechtskräftig)

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten um Zahlung eines Belastungsausgleichs nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG).

Die Klägerin ist Eigentümerin und Betreiberin der Infrastruktureinrichtungen des ... Sie bezieht über die A und die B Strom, der in Kraftwerken mit Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (KWK-Anlagen) erzeugt wird. Bei diesen KWK-Anlagen handelt es sich um 1994 bzw. 1998 in Betrieb genommene Gas- und Dampf-Turbinen-Anlagen, in denen auf der Basis von Erdgas Strom und Dampf erzeugt werden. Die Verträge zum Bezug des Stromes aus den KWK-Anlagen wurden am 15. 5. 1996 mit der A und am 13. 3. 1997 mit der B abgeschlossen. Der letztgenannte Vertrag wurde durch Überleitungsvertrag vom 16. 12./28. 12. 1998/18. 1. 1999 auf die 100 %ige Tochter C übertragen. Ein zwischen der Klägerin und der Bekl. 1996 geschlossener »Vertrag über energiewirtschaftliche Zusammenarbeit, der u.a. auch die Ausspeisung von Strom aus dem Netz der Klägerin in das Netz der Bekl. regelte, wurde zum 31. 12. 1999 gekündigt.

Auf Antrag v. 26. 7. 2001 wurde der Klägerin unter dem 9. 10. 2001 durch das Ministerium für Wirtschaft und Technologie des Landes S

... die Genehmigung zur Aufnahme der Versorgung anderer mit Elektrizität gem. § 3 Abs. 1 EnWG erteilt. Die Genehmigung von Allgemeinen Tarifen über die Versorgung mit elektrischer Energie in Niederspannung wurde unter dem 10.12.2001 mit Wirkung zum 1.1.2002 erteilt.

Mit Schreiben v. 9.6.2000 erteilte die Klägerin der Bekl. eine Rechnung über die Vergütung von Strom nach dem KWKG-Gesetz. Hierauf antwortete die Bekl. mit Schreiben v. 19.6.2000, mit dem sie der Klägerin einen Fragebogen zur Nachweisführung bezüglich der Einstufung der Anlagen als KWKG-Anlagen nach dem KWKG übersandte. Zugleich erklärte sie, die Rechnungsposition 1 sei unstrittig und die Position 2 zu korrigieren; hinsichtlich der Position 3 bedürfte es einer gesonderten Nachweisführung. Die Rechnung wurde sodann hinsichtlich der Rechnungsposition 2 unter dem 12.7.2000 korrigiert. Nach weiterem Schriftverkehr brachte die Bekl. sodann die Rechnungsposition 1 in Höhe von netto xx DM zum Ausgleich und erklärte, wegen unterschiedlicher Ansichten zur Auslegung des KWKG die weiteren Positionen zunächst zurückstellen zu müssen.

Unter dem 7.9.2000 erteilte die Klägerin der Bekl. sodann eine weitere Rechnung für die Lieferung von Strom. Diese Rechnung sowie die Position 1 der Rechnung v. 9.6.2000 waren Gegenstand des Verfahrens vor dem LG.

Zwischenzeitlich hat die Klägerin unter dem 6.3.2002 eine weitere Rechnung an die Bekl. erteilt, aus der sie die Position 1 i.H.v. xx DM als Vergütung für Strom aus der Anlage ... im Wege der Klageerweiterung geltend macht.

Die Bekl. hat mit Schriftsatz v. 6.12.2000 den Streit verkündet. Diese ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Bekl. beigetreten und hat ihrerseits der ... sowie der ... mit Schriftsatz v. 14.3.2001 den Streit verkündet. Die ... ist dem Rechtsstreit ebenfalls auf Seiten der Bekl. beigetreten.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, hinsichtlich der Rechnungsposition 2 aus der Rechnung v. 9.6.2000 in der korrigierten Fassung stehe ihr ein Anspruch auf Belastungsausgleich nach § 5 Abs. 1 KWKG i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG zu. Sie habe im Zeitraum v. 18. bis 31.5.2000 Strom von 9072 MWh aus der ... abgenommen, wofür die Bekl. als vorgelagerte Netzbetreiberin Belastungsausgleich i.H.v. 3 Pfg./KWh, mithin 30,- DM/MWh, zu zahlen habe.

Dazu hat sie behauptet, sie erfülle die Anspruchsvoraussetzungen, da sie als Netzbetreiberin Strom aus KWKG-Anlagen aufnehme und hierfür Zahlungen leistet. Sie versorge auf dem Gelände des Chemiestandorts gewerbliche und freiberuflich tätige Abnehmer sowie private Abnehmer mit Strom und sei daher als allgemeiner Versorger von Letztverbrauchern i.S.d. KWKG anzusehen. Dieser Begriff sei mit dem Begriff des § 10 EnWG nicht identisch, da nach dem Zweck des KWKG nicht nur kommunale Anlagen oder kommunale Energieversorger gefördert werden sollten, sondern auch die industrielle Kraft-Wärme-Kopplung. Zudem beziehe sich § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG, der eine eigene Anspruchsgrundlage darstelle, auf jedes Energieversorgungsunternehmen, welches auf Grund von Verträgen, die vor dem 1.1.2000 geschlossen sind, Strom aus KWKG-Anlagen beziehe. Da sie Zahlungen nach § 3 Abs. 1 S. 1 2. Alt. KWKG zu leisten habe, sei sie auch belastet und damit anspruchsberechtigt.

Weiter hat die Klägerin behauptet, ihr stehe für Stromeinspeisungen in das Netz der Bekl. im Umfang von xx MWh im August 2000 ein Anspruch von 90,- DM/MWh aus § 4 Abs. 1 S. 1 KWKG zu, wie sie ihn der Bekl. im Schreiben v. 7.9.2000 in Rechnung gestellt habe. Für die Anwendung des § 4 Abs. 2 KWKG sei insoweit kein Raum, als der Vertrag über energiewirtschaftliche Zusammenarbeit, den sie mit der Bekl. 1996 geschlossen habe und auf dessen Grundlage die Einspeisung von Strom in das Netz der Bekl. erfolgt sei, gekündigt sei.

Da die Einspeisung auch nach der Kündigung erfolgt sei, sei die Vorschrift des § 3 KWKG anwendbar gem. § 4 Abs. 1 S. 1 KWKG betrage die Vergütung mind. 9 Pfg. pro KWh. Soweit die Bekl. für die Einspeisung nur einen Betrag von 3 Pfg./KWh als Belastungsausgleich anerkannt habe, sei dies unzutreffend (...)

Das LG Halle - 1. Kammer für Handelsachen - hat die Klage mit Urteil v. 31.5.2001, welches in RdE 2001, 195 veröffentlicht worden ist, abgewiesen. (...)

Aus den Gründen:

(...)

2. Die Berufung ist in der Sache jedoch ohne Erfolg.

Das LG hat zurecht die Anwendbarkeit des KWKG auf die Klägerin verneint.

Soweit die Klägerin mit der Klage bzw. der Klageerweiterung in II. Instanz Ansprüche aus dem KWKG geltend macht, handelt es sich zum einen um Ansprüche auf Zahlung des sog. Belastungsausgleichs nach §§ 5 Abs. 1, 3 Abs. 1 3 KWKG (ursprüngliche Klageforderung und Klageerweiterung II. Instanz), zum anderen um Ansprüche auf Vergütung des in das Netz der Bekl. eingespeisten Stroms, § 4 KWKG (Klageerweiterung I. Instanz).

a) Um derartige Ansprüche geltend machen zu können, muss die Klägerin - bevor überhaupt auf die Tatbestandsmerkmale der einzelnen Anspruchsgrundlage einzugehen ist - dem persönlichen Anwendungsbereich des KWKG unterfallen.

Der Anwendungsbereich des KWKG ist in § 2 KWKG geregelt. Diese Vorschrift bestimmt, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um die mit dem KWKG letztlich bezweckte Förderung zu erhalten. Dabei werden in § 2 Abs. 1 KWKG insgesamt drei sog. »Förderwege« eröffnet.

aa) Den Grundfall (1. Förderweg) regelt dabei § 2 Abs. 1 S. 1 KWKG, wonach der Anwendungsbereich des Gesetzes dann eröffnet ist, wenn der maßgebliche Strom in den näher beschriebenen KWKG-Anlagen erzeugt wird und die Anlage von einem Energieversorgungsunternehmen betrieben wird, welches die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstellt und als Energieversorger bereits am 31.12.1999 tätig war.

Diese Voraussetzungen erfüllt die Klägerin unstrittig nicht. Sie betreibt die fraglichen Anlagen, aus denen sie den Strom bezieht, nicht selber, sondern kauft den Strom von den Betreibern der Anlagen.

bb) Der sog. 2. Förderweg ergibt sich aus § 2 Abs. 1 S. 3 Ziff. 1 KWKG. Danach ist dem Strom des 1. Förderwegs derjenige Strom gleichgestellt, der aus KWKG-Anlagen stammt, an deren Betreiberunternehmen das Energieversorgungsunternehmen am 31.12.1999 mit mind. 25 % beteiligt war oder mit dem es i.S.v. § 15 AktG verbunden war.

Auch diese Voraussetzungen sind bei der Klägerin nicht erfüllt.

cc) Als 3. Förderweg sieht das KWKG schließlich vor, dass Strom nach § 2 Abs. 1 S. 1 KWKG, der Strom aus KWKG-Anlagen gleichgestellt ist, der auf Grundlage von Lieferverträgen, die vor dem 1.1.2000 abgeschlossen wurden, von einem Energieversorgungsunternehmen bezogen wird, § 2 Abs. 1 S. 3 Ziff. 2 KWKG.

Hierauf beruft sich die Klägerin und trägt vor, § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 KWKG, der eine eigene Anspruchsgrundlage darstelle, beziehe sich auf jedes Energieversorgungsunternehmen, welches auf Grund von Verträgen, die vor dem 1.1.2000 geschlossen sind, Strom aus KWKG-Anlagen beziehe. Demgegenüber behauptet die Bekl. und die Streitverkündeten - mit teilweise unterschiedlichen Begründungen - die Vorschrift beinhalte keine eigenständige Anspruchsgrundlage, sondern sei nur eine Zurechnungsnorm, so dass nicht jedes Energieversorgungsunternehmen hiernach förderfähig sei, sondern nur ein solches, das auch § 2 Abs. 1 S. 1 KWKG unterfalle.

Das LG Halle hat in seiner Entscheidung darauf abgestellt, dass auch über § 2 Abs. 1 S. 3 Ziff. 2 KWKG nur Energie-

versorgungsunternehmen förderfähig sind, die die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern betreiben. Hinsichtlich des Begriffs der »allgemeinen Versorgung« hat es auf § 10 EnWG abgestellt und daran anknüpfend festgestellt, dass eine solche nur vorliegt, wenn das Energieversorgungsunternehmen auf Grund veröffentlichter Allgemeiner Bestimmungen und Tarife die Versorgung durchführt und verpflichtet ist, jedermann anzuschließen und zu versorgen. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat es dann in Bezug auf die Klägerin verneint.

Dieser Ansatz des LG ist zutreffend:

In der Literatur wird dabei zum Teil die Auffassung vertreten, der Gesetzgeber habe mit der Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 3 Ziff. 2 KWKG die Förderung nicht ohne weiteres auf alle industriellen Anlagen ausweiten wollen, sondern nur solchen Strom fördern wollen, der für die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern genutzt werde (Köster/Scholtka, Anm. zu LG Halle, Urt. v. 31.5.2001, in RdE 2001, 196 ff.).

Weiter wird die Auffassung vertreten, eine Förderung über den sog. 3. Förderweg könnten nur solche Energieversorgungsunternehmen in Anspruch nehmen, die zugleich die Voraussetzungen des sog. 1. Förderwegs erfüllten (Kaiser-Stockmann/Kasche, Anm. zu LG Berlin, Urt. v. 14.6.2001, RdE 2001, 235 ff.).

Dem stehen andere Stimmen der Literatur gegenüber, die die Vorschrift ohne weitere Einschränkungen auf alle Energieversorgungsunternehmen beziehen wollen, soweit diese Strom aus KWK-Anlagen beziehen und dafür zahlen (so i. E. Friedrich, RdE 2001, 9 ff.; Voswinkel, RdE 2001, 134 ff.; Salje, ET 2001, 601 ff.; Moraing in Ludwig/Odenhal, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, § 2 KWKG, Rn. 12).

In der Rechtsprechung haben sich neben dem LG Halle das LG Berlin (RdE 2001, 235 ff.) und das LG Essen (Urt. v. 27.11.2001, 12 O 317/01)* mit der Vorschrift auseinander setzen müssen, wobei allerdings die Ausgangskonstellation von der hier zu Grunde liegenden jeweils abweicht.

Die Fragestellung, ob die Klägerin dem persönlichen Anwendungsbereich des KWKG unterfällt, lässt sich nur nach dem Zweck des Gesetzes beantworten. Dieser ergibt sich zunächst aus dem Gesetzentwurf zum KWKG (BT-Drs. 14/2765): Danach sollten durch das KWKG sog. »stranded investments« im Bereich bestehender KWK-Anlagen der allgemeinen Versorgung vermieden werden. Bei diesen Anlagen standen die vergleichsweise hohen Stromerzeugungskosten den mit der Liberalisierung des Strommarktes einhergehenden sinkenden Strombezugspreisen gegenüber, was zu einer Unwirtschaftlichkeit des Betriebs von KWK-Anlagen führen konnte. Dies sollte durch die Regelungen des KWKG aufgefangen werden, wobei es in der Begründung des Entwurfs zugleich auch heißt, dass industrielle KWK im sog. KWK-Aufbaugesetz berücksichtigt werden sollen (BT-Drs. 14/2765, S. 4).

Der ursprüngliche Entwurf ist dann nach Beratung im Ausschuss für Wirtschaft und Technologie auf Grund der Beschlussempfehlung (BT-Drs. 14/3007) unter Änderungen als KWKG verabschiedet worden. Im Bericht des Abgeordneten Jung heißt es dabei unter III., dass der Gesetzentwurf

den Anwendungsbereich auf bestehende KWK-Anlagen der allgemeine Versorgung beschränkt, während durch die Beschlussempfehlung auch Strom aus industriellen KWK-Anlagen einbezogen werden soll, die für die allgemeine Versorgung der Letztverbraucher Strom liefern (BT-Drs. 14/3007, S. 4, IV). Daraus folgern neben dem LG Halle auch das LG Berlin und das LG Essen, dass mit dem KWKG allein die Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung gefördert werden sollen.

Dieser Auffassung ist entgegen der Ansicht der Klägerin zu folgen:

Dass § 2 Abs. 1 S. 1 KWKG nur Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung im Auge hat, ist allgemein unstrittig (vgl. Friedrich, a.a.O.; Herrmann, a.a.O.**; Moraing, a.a.O., Rn. 4-7; Salje, KWKG, § 2, Rn. 2, ebenso LG Berlin, a.a.O.; LG Essen, Urt. v. 27.11.2001, 12 O 317/01 S. 8). Als Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung wird dabei nahezu einhellig das Energieversorgungsunternehmen angesehen, das zum Anschluss und zur Versorgung von jedermann auf Grund veröffentlichter Bestimmungen und Tarife verpflichtet ist (so etwa Moraing, a.a.O., Rn. 7). Dies entspricht dem Verständnis der allgemeinen Versorgung des § 10 EnWG, auf den das LG Halle hier abgestellt hat.

Auch das KWKG spricht selbst von allgemeiner Versorgung (so § 1, § 2 Abs. 1 S. 1). Das mit § 2 Abs. 1 S. 3 Ziff. 2 KWKG hier eine Erweiterung bezweckt ist, lässt sich der Beschlussempfehlung nicht entnehmen. Dort ist nämlich in der Begründung der Änderung des § 2 angeführt, dass Strom aus industriellen KWK-Anlagen einbezogen werden soll, die für die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern Strom liefern. Gestützt wird diese Auffassung auch durch den Gesetzentwurf zum sog. KWK-Ausbaugesetz (BT-Drs. 14/7024): Dort heißt es in der Begründung unter A. (BT-Drs. 14/7024, S. 9), dass nach dem KWKG ein Anspruch auf Vergütung für Strom aus KWK-Anlagen besteht, die von Energieversorgungsunternehmen betrieben werden, die die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstellen. Nach dem Ausbaugesetz sollen nun jetzt auch solche KWK-Anlagen in den Anwendungsbereich fallen, die nicht von Energieversorgungsunternehmen betrieben werden, die die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstellen.

Aus dieser Begründung kann aber nur der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass dem KWKG nur solche Energieversorgungsunternehmen unterfallen, die Energieversorgungsunternehmen i.S.d. § 10 EnWG darstellen. Ein solches Energieversorgungsunternehmen war die Klägerin aber nicht.

Die Klägerin liefert den Strom an Letztverbraucher nicht auf Grund allgemeiner Bedingungen und Tarife, sondern auf Grund einzelvertraglicher Vereinbarungen. Sie war zu-

* Hinweis der Schriftleitung: Urteil abgedruckt in RdE 5-6/2002, 155 ff.

** Hinweis der Schriftleitung: abgedruckt in RdE 2000, 184 ff.

dem 1. 1. 2000 als Energieversorger i.S.d. § 10 EnWG tätig gewesen sein. Denn der Gesetzgeber hat durch die gesetzliche Stichtagsregelung, wie auch im dritten Förderweg, der auf sog. Alverträge keine Anwendung findet, den Anwendungsbereich des KWKG klar beschränkt. Nicht gefördert werden sollen EVU, die sich erst nach In-Kraft-Treten des KWKG die für eine allgemeine Letztverbraucherversorgung erforderlichen Genehmigungen beschaffen, um in den Gemis des Belastungsausgleichs zu kommen.

2. Das OLG schränkt den Anwendungsbereich des 3. Förderweges zu Lasten der Industrienetzbetreiber aber noch weiter ein. Die Klägerin werde auch nicht ab Erteilung der Genehmigungen anspruchsberechtigt. Allein das Vorliegen solcher Genehmigungen reiche nicht, da ansonsten auch rein industrielle Versorger durch Erteilung solcher Genehmigungen förderfähig werden würden, ohne dass sie tatsächlich eine allgemeine Versorgung betreiben. Damit gibt das Urteil eine Richtlinie zur Beurteilung der Frage vor, wann allgemeine Versorgung vorliegt.

Mit dieser Feststellung ist das Urteil nicht nur im Hinblick auf das alte KWKG von Bedeutung. Denn es stellt sich auch für das neue KWKG vom 19.3. 2002 die Frage, wann eine allgemeine Versorgung gegeben ist. Voraussetzung für einen Anspruch nach dem neuen KWKG ist, dass KWK-Strom in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird. Nimmt man den Maßstab des OLG Nürnberg bei der Beurteilung der Frage zur Hilfe, wann ein Netz der allgemeinen Versorgung vorliegt, so ist nicht allein ausreichend, dass der Netzbetreiber im Besitz der Genehmigungen zur Allgemeinversorgung i.S.d. § 10 EnWG ist. Erforderlich ist darüber hinaus, dass über das Netz auch tatsächlich eine allgemeine Versorgung stattfindet.

*Rechtsanwältin Annika von La Chevallerie und
Rechtsanwältin Dr. Maria Kasche, Mannheimer Swartling, Berlin*

§ 940 ZPO; §§ 5, 6 EnWG

Kein Anspruch auf Erlass einer Leistungsverfügung wegen außergewöhnlicher Notlage, wenn die Durchleitung im Wege eines Vertragsmodells auf der Grundlage der VV II plus praktiziert und damit die Erfüllung der Bedingungen der guten fachlichen Praxis vermutet werden kann.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Hannover, Urteil vom 24. 6. 2002 – 21 O 35/02 – kart –

Aus dem Tatbestand:

Die Verfügungsklägerin (künftig Kl. genannt) verfügt über die bundesweite Genehmigung zur Versorgung mit elektrischer Energie nach § 3 EnWG.

Die Verfügungsbeklagte (künftig Bekl. genannt) betreibt das Verteilungsnetz für elektrische Energie in S. und verteilt dort gleichzeitig elektrische Energie an Haushaltskunden, hinsichtlich derer die Parteien Wettbewerber bei der Belieferung sind.

Am 27. 9. 2001 meldete die Kl. zwei Kunden zur Durchleitung an, um diese versorgen und damit ihren eigenen Geschäftszweck verwirklichen zu können. Mit Schreiben v. 18. 10. 2001 reagierte die Bekl. und übersandte einen Rahmenvertrag mit Anlagen.

Die Kl. beanstandete das Vertragswerk dahin, der Vertrag enthalte eine Vielzahl von unzulässigen Regelungselementen, und unterbreite einen Gegenvorschlag mit Schreiben vom 8. 11. 2001. Im Übrigen unterzeichnete sie die von der Bekl. geltend gemachten Vertragsbedingungen unter Vorbehalt. Mit Antwortschreiben v. 19. 12. 2001 ließ die Bekl. mitteilen, über den angemeldeten Durchleitungstermin per 1. 12. 2001 hinaus abgewartet zu haben, weil man die Ergebnisse eines Verfahrens der Interessenverbände und deren Verhandlungen abwarten wolle.

Im Wesentlichen unter Berufung auf die vorgesehene Neufassung der Verbändevereinbarung – VV II plus – verlangte die Bekl. für die

bereits per 1. 12. 2001 angemeldete Durchleitung durch ihr Netz die Beibringung von Verträgen mit dem Endkunden.

Die Kl. nahm mit Schreiben v. 27. 12. 2001 den Standpunkt ein, wegen der fehlenden rechtzeitigen schriftlichen Abblöhung in Form des § 6 EnWG finde eine Netznutzung schon ab dem 1. 12. 2001 statt. Mit Schreiben v. 21. 1. 2002 bat die Kl. nochmals um Bestätigung der Durchleitung und stellte mit Schreiben v. 24. 1. 2002 klar, dass wegen der fehlenden formalen Durchleitungsablehnung mit schriftlicher Begründung tatsächlich eine Durchleitung seit dem 1. 12. 2001 stattfinde, und damit umgekehrt belegt sei, dass diese unter diesen Voraussetzungen möglich und zumutbar sei. Die Kl. forderte die Bekl. auf, bis zum 28. 1. 2002 zu erklären, dass die Durchleitung auch tatsächlich stattfindet.

Daraufhin übersandte die Bekl. mit Schreiben v. 23. und 24. 1. 2002 die Verträge, deren Unterzeichnung sie nunmehr zur Bedingung für die per 1. 12. 2001 angemeldete Netznutzung machte. Gleichzeitig äußerte sie, die Netznutzung per 1. 12. 2001 nicht praktizieren zu können, weil die Bekl. die von der Kl. vorgesehene Ergänzung nicht habe akzeptieren können und daher die vermeintlich für die Netznutzung notwendigen Verträge nicht abgeschlossen worden seien.

Mit Schreiben v. 28. 1. 2002 ließ die Bekl. durch Anwaltsschreiben mitteilen, diese bestehe auf den Abschluss „eines Netzvertrages oder Netzanschlussnutzungsvertrages“ (auch Netznutzungsvertrag genannt, jedoch ohne Entgeltspflicht).

Durch Beschluss v. 7. 2. 2002 – 18 O 37/02 LG Hannover – ist eine einstweilige Verfügung gem. dem Antrag zu 1 erlassen, im Übrigen der Antrag zurückgewiesen worden. (...)

Gegen die Beschlussverfügung hat die Bekl. Widerspruch erhoben und die funktionelle Zuständigkeit der Zivilkammer gerügt. Nach Verweisung der Sache an die Kammer für Handelsachen als Kartellkammer ist auf Antrag der Bekl. durch Beschluss v. 23. 4. 2002 der Kl. für die Erhebung der Hauptsachenklage eine Frist von zwei Wochen gesetzt worden. Die Kl. hat inzwischen Hauptsachenklage erhoben, die unter dem Aktenzeichen 21 O 39/02 kart. geführt wird. (...)

Aus den Gründen:

A. Auf den Widerspruch der Bekl. war die Beschlussverfügung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu prüfen. Die mündliche Verhandlung hat ergeben, dass für den Erlass einer einstweiligen Verfügung es am Verfügungsgrund mangelt, deshalb war die Beschlussverfügung aufzuheben und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Kl. hat letztlich durch die Weigerung, die von der Bekl. im Januar 2002 angebotenen Verträge (Rahmenvertrag, Netzvertrag, Netzanschlussnutzungsvertrag) abzuschließen, sich selbst die Möglichkeit genommen, die in der Anlage aufgeführten zwei Kunden beliefern zu können. Die Kl. benutzt das einstweilige Verfügungsverfahren, um ihre Anspruchsposition zu optimieren, nicht aber dazu, sie erst einmal sicherzustellen, es geht ihr um die Klärung der Rechtsfrage, ob die Bekl. die Durchleitung in ihrem Netzgebiet vom Abschluss eines Netznutzungsvertrages mit dem Endkunden abhängig machen darf oder nicht. Dafür besteht im einstweiligen Verfügungsverfahren kein Rechtsschutzbedürfnis.

Es liegen die engen Voraussetzungen für eine Leistungsverfügung nicht vor, bei Nichtrealisierung der Stromdurchleitung zu den in der Anlage aufgeführten Kunden besteht für die Kl. keine existenzgefährdende oder existenzvernichtende Notlage. Die Kl. ist auf Grund der ihr von den Kunden erteilten Vollmacht in der Lage, die von der Bekl. geforderten Netzverträge, die sich im Einklang mit der Verbändevereinbarung II plus v. 13. 12. 2001 befinden, abzuschließen und damit die Voraussetzungen für die Netznutzung gem. § 5 EnWG zu erfüllen.

B. Im Einzelnen ist folgendes auszuführen:

1. Eine auf Befriedigung gerichtete einstweilige Verfügung ist im summarischen Verfahren der einstweiligen Verfügung nur in Ausnahmefällen und unter engen Voraussetzungen zulässig. Dass ohne die Verfügung die Verwirklichung des Rechts des Gläubigers verteuert oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 935 ZPO), genügt ebenso wenig wie das Anliegen, wesentliche Nachteile abzuwenden

dem nicht verpflichtet, Anschluss und Versorgung der Abnehmer durchzuführen.

Ob das Netz der Klägerin dabei »offen« in dem Sinne war, dass die Klägerin zur Versorgung auch privater und freiberuflicher oder sonstiger nichtindustrieller Abnehmer bereit war, ist dabei unbeachtlich.

Daraus folgt, dass die Klägerin im Zeitpunkt der landgerichtlichen Entscheidung nicht unter den persönlichen Anwendungsbereich des KWKG fiel und daher im Hinblick auf die ursprüngliche Klage nicht anspruchsberechtigt ist.

Auch die zwischenzeitlich erteilte Genehmigung zur Aufnahme der Versorgung anderer mit Elektrizität vom 9. 10. 2001 ändert an diesem Ergebnis nichts. Die Genehmigung kann allenfalls Wirkung für die Zukunft und damit für die klageerweiternd in der Berufungsinstanz geltend gemachte Forderung haben. Eine Rückwirkung kann ihr nicht zukommen.

Insoweit stellt sich aber die weitere Frage, ob allein das Vorliegen einer solchen Genehmigung zur Förderfähigkeit der Klägerin führen oder ob auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen ist. Ließe man allein das Vorliegen der Genehmigung ausreichen, so könnten auch rein industrielle Versorger dadurch förderfähig werden, dass ihnen eine entsprechende Genehmigung erteilt wird, ohne dass überhaupt eine allgemeine Versorgung betrieben wird. Auch dies ist mit dem Zweck des KWKG nicht vereinbar: Es kann nicht darauf ankommen, ob eine Genehmigung vorliegt, sondern allein darauf, ob tatsächlich eine allgemeine Versorgung im Unterschied zu einer gezielten Versorgung stattfindet. Hierfür wird man auf die tatsächlichen Verhältnisse abstellen müssen. Die Klägerin betreibt vorliegend die Stromversorgung auf dem Chemiestandort ..., wobei nach ihrem eigenen Vortrag ganz überwiegend nichtprivate Abnehmer versorgt werden. Zu diesem Zweck ist die Klägerin auch u. a. ins Leben gerufen worden. Auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse und der räumlichen Eingrenzung des Netzes der Klägerin auf den Chemiestandort ... kann aber dann von einer allgemeinen Versorgung nicht die Rede sein, da der Kreis der Abnehmer in jedem Fall begrenzt ist.

Damit unterfällt die Klägerin nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des KWKG, da sie kein Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung ist. Ist das KWKG aber nicht anwendbar, so kann die Klägerin auch keine Ansprüche nach diesem Gesetz gegen die Bekl. geltend machen.

Auf die Fragen, ob das KWKG europarechts- oder verfassungswidrig ist, kommt es damit nicht mehr an. (...)

Anmerkung:

A. Das Urteil des OLG Naumburg vom 20. 6. 2002 ist eine der ersten Berufungsentscheidungen zum KWKG vom 12. 5. 2000, das am 1. 4. 2002 vom Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung vom 19. 3. 2002 (BGBl. I, 1092) abgelöst wurde. Zu dem alten KWKG sind seit seinem In-Kraft-Treten am 18. 5. 2000 zahlreiche Entscheidungen ergangen, wobei die Verfahren zumeist eine der drei immer wieder anzutreffenden Streitfragen zum KWKG betreffen. Die viel diskutierte Frage, wer im 3. Förderweg anspruchsberechtigt ist (vgl. Anm. zu dem Ur. des LG Berlin, RdE 2001, 234 ff. m.w.N.), haben in jüngster Zeit das LG Leipzig (Ur. v. 16. 5. 2002, Az: 03HK O 7408/00) und das LG Essen (Ur. v. 27. 11. 2001, Az: 12 O 317/01, RdE 2002, 135) klar zu Gunsten des beziehenden EVU und nicht des Anlagenbetreibers entschieden. Das LG Leipzig und das LG Essen hatten sich in den

gleichen Verfahren auch mit dem zweiten großen Fragenkomplex auseinander zu setzen, ob der vertraglich vereinbarte Strompreis gem. § 4 Abs. 2 KWKG der in § 4 Abs. 1 KWKG geregelten gesetzlichen Mindestvergütung vorgeht. Beide Gerichte haben sich dabei der bereits vom LG Berlin (RdE 2001, 234 ff.) und dem LG München I (RdE 2002, 106 f.) vertretenen Auffassung angeschlossen, dass aus Gründen der Privatautonomie der vertraglich vereinbarte Strompreis maßgeblich ist.

B. Diese Tendenz zu einer einheitlichen und am Gesetzeswortlaut orientierten Auslegung des KWKG setzt sich in dem Urteil des OLG Naumburg fort, das die dritte typische Streitfrage zum KWKG betrifft. Das OLG Naumburg hatte zunächst – wie in der ersten Instanz das LG Halle (Ur. v. 31. 5. 2001, RdE 2001, 195 ff.) – die Frage zu klären, ob im 3. Förderweg jedes EVU anspruchsberechtigt ist oder nur ein solches, das die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern i.S.d. § 10 EnWG sicherstellt. Im laufenden Berufungsverfahren wurde der Klägerin sodann die Genehmigung zur Aufnahme der Energieversorgung anderer gem. § 3 EnWG einschließlich der allgemeinen Versorgung von Letztverbrauchern i.S.d. § 10 EnWG erteilt sowie die Allgemeinen Tarife für die Energieversorgung genehmigt und zusammen mit den Allgemeinen Bedingungen veröffentlicht. Daraufhin erweiterte die Klägerin ihre Klage auf den Zeitraum nach Genehmigungserteilung, so dass sich für das OLG die Frage stellte, ob schon diese Genehmigungen ausreichen, um einen Anspruch der Klägerin zu begründen.

I. In einem ersten Schritt hat das OLG Naumburg das LG Halle vollumfänglich darin bestätigt, dass ein Unternehmen, das an einem Industriestandort Infrastruktureinrichtungen betreibt und auf dem Gelände ansässige Unternehmen über ein eigenes Netz mit Energie versorgt, nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des KWKG fällt. Dies ergebe sich aus dem Zweck des Gesetzes. Sodann folgert das Gericht zutreffend, dass in den Anwendungsbereich des KWKG nur Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung fallen. Allgemeine Versorgung sei dabei i.S.d. § 10 EnWG zu verstehen.

Zunächst geht das OLG also wie das LG Leipzig und das LG Essen inzidenter davon aus, dass im dritten Förderweg nur das beziehende EVU und nicht der Anlagenbetreiber anspruchsberechtigt sein kann. Um einen Anspruch aus dem 3. Förderweg herleiten zu können, reicht es zudem nicht aus, »irgend« ein EVU zu sein. Damit bestätigt das OLG die Auffassung, dass bei allen drei Förderwegen ausschließlich das EVU der allgemeinen Versorgung i.S.d. § 10 EnWG förderberechtigt ist und mit dem 3. Förderweg keine Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs des KWKG erfolgen sollte (vgl. zum Begriff der allgemeinen Versorgung Hempel, VWEW, EnWG-Kommentar, Rn. 2.2.2 zu Art. 1, § 10 sowie Schneider, Rn. 4.2.2 zu Art. 1, § 2; Danner in Oberholzer/Danner, EnWG-Kommentar, Bd. I, Rn. 7 zu § 10). Um eine allgemeine Versorgung zu gewährleisten, hätte die Klägerin den Strom an Letztverbraucher auf Grund Allgemeiner Bedingungen und Tarife liefern und verpflichtet sein müssen, Anschluss und Versorgung der Abnehmer durchzuführen.

II. Beachtung verdienen sodann die weiteren Feststellungen des OLG zu den im laufenden Berufungsverfahren erteilten Genehmigungen. Auch die zwischenzeitlich erteilten Genehmigungen führen nicht zu einer Anspruchsberichtigung der Klägerin.

1. Das OLG stellt dazu zutreffend fest, dass den Genehmigungen eine Rückwirkung auf keinen Fall zukomme. Obwohl dieses Ergebnis in keiner Weise erstaunt, finden sich in der Literatur auch andere Ansätze (Salje, KWKG-Kommentar, 2001, Rn. 76 zu § 2; nicht eindeutig Morawig in Ludwig/Odenthal, KWKG-Kommentar, Bd. 2, Rn. 3 zu § 2). Danach soll es ausreichen, dass das anspruchstellende EVU vor dem 1. 1. 2000 überhaupt als Energieversorger und nicht zwingend als Energieversorger i.S.d. § 10 EnWG tätig war. Diese Auffassung überzeugt nicht. Geht man mit dem OLG Naumburg richtigerweise davon aus, dass die Anforderungen an das EVU in den drei Förderwegen gleich sind, so muss das anspruchstellende EVU in allen Fällen nach Sinn und Zweck des Gesetzes sowie dem eindeutigen Wortlaut in § 2 Abs. 1 S. 1 KWKG (... die die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstellen und als Energieversorger bereits am 31. Dezember 1999 tätig waren...) bereits vor