
Datum: 19.12.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 41/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:1219.11U41.02.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 12 O 317/01

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 27. November 2001 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufungsinstanz einschließlich der durch die Streithilfe verursachten Kosten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Zwangsvoll-streckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte und die Streithelferin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

1

Die Klägerin betreibt in L ein Abfallentsorgungszentrum mit einer Müllverbrennungsanlage. Die bei der Müllverbrennung erzeugte Energie wird teilweise in Form von Wärme in das Fernwärmenetz der Städte L und O und teilweise in Form von Strom in das Stromnetz eingespeist. Letzteres geschah zunächst auf Grund eines Stromlieferungsvertrags zwischen der Klägerin und der S3 Aktiengesellschaft (i.F. S3 AG) vom 19.12./30.12.1994 (Anlage K 4 im Anlagenband zur Klageschrift). Die Rechtsnachfolgerin der S3 AG ist die Beklagte zu 1 (bis zum 15.10.2003 firmierend: S4 Aktiengesellschaft). Der erwähnte Vertrag wurde

2

einvernehmlich zum 30.06.2000 beendet. Die Einspeisung wurde gleichwohl fortgesetzt. Die Klägerin und die Beklagte zu 2 (bis zum 30.09.2003 firmierend: S5 Aktiengesellschaft) haben über einen neuen Vertrag für die Einspeisung und Vergütung des Stroms mit Wirkung ab 01.10.2000 verhandelt. Die Beklagte zu 2 führt nach zwischenzeitlichen Umstrukturierungen der S3 AG die früher von dieser wahrgenommene Rolle als Träger der allgemeinen Versorgung gem. § 10 Energiewirtschaftsgesetz fort. Die Vertreter der Beklagten zu 2 haben diesen neuen Vertrag für die Zeit ab 01.10.2000 am 06.04.2001 unterzeichnet (Anlage K 6 im Anlagenband zur Klageschrift). Für die Klägerin haben deren Vertreter die Unterzeichnung und Übergabe des Vertragsexemplars an die Beklagte zu 2 in dem Begleitschreiben vom 26.04.2001 (Anlage K 7 aaO) mit dem Vorbehalt zu Ziffer 1.3 des Vertrags und der Anlage 1 hierzu (betr. die Höhe der Vergütung für eingespeisten Strom) verbunden, "dass die vereinbarte Vergütung nach den Grundsätzen des § 4 KWKG zu bemessen" sei. Dieser Vorbehalt erledige sich, wenn die von der Klägerin eingeleitete gerichtliche Klärung des Streites rechtskräftig zu Lasten der Klägerin ausgehe.

Mit der Klage macht die Klägerin primär gestützt auf die Bestimmungen des KWKG zusätzliche Vergütungsansprüche - über unstreitig bereits gezahlte Beträge hinaus - für den von ihr eingespeisten Strom geltend. Dabei unterscheidet sie 3

- die in der Zeit vom 18.05.2000 (Inkrafttreten des KWKG) bis 30.6.2000 (Auslaufen des Vertrags von 1994) - Zeitraum I -, 4
- die vom 01.07. bis 30.09.2000 (vertragsloser Zustand) - Zeitraum II -
- und die im Oktober 2000 - Zeitraum III - eingespeisten Strommengen.

Über die Strommengen und die Höhe der Vergütung, die sich im Falle der Geltung des KWKG ergeben würde, sind die Parteien einig (Anlage K 8 aaO). 5

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr stehe für den eingespeisten Strom eine Vergütung zu, die nach § 4 KWKG zu berechnen sei. 6

Sie hat beantragt, 7

1. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, an sie für den in den Zeiträumen I und II gelieferten Strom an sie 493.228 DM zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von jährlich 5% über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskont-Überleitungsgesetzes seit dem 17.07.2001 zu zahlen, 8
2. die Beklagten als Gesamtschuldnerinnen zu verurteilen, an sie für den im Zeitraum III gelieferten Strom 427.489,70 DM zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von jährlich 5% über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskont-Überleitungsgesetzes seit dem 17.07.2001 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, 9

die Klage abzuweisen. 10

Die Streithelferin der Beklagten hat beantragt, 11

die Klage abzuweisen. 12

Die Beklagten und ihre Streithelferin haben die Auffassung vertreten, die Klägerin könne für den eingespeisten Strom aus mehreren Gründen keine Vergütung nach Maßgabe des KWKG verlangen. Dazu haben sie umfangreich vorgetragen. Die Beklagten haben bestritten, dass die Müllverbrennungsanlage der Klägerin eine Anlage der Kraft-Wärme-Koppelung im Sinne 13

des KWKG und der aus ihr stammende Strom förderungsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist. Sie haben die Auffassung vertreten, nur Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung seien legitimiert, die Förderung des Stroms nach dem KWKG geltend zu machen. Die Klägerin zähle nicht zu diesen Energieversorgungsunternehmen. Schließlich sei auch ein über die bereits geleistete Vergütung hinausgehender Vergütungsanspruch ausgeschlossen, weil im Falle einer vertraglichen Vereinbarung über die Vergütungshöhe die im Gesetz vorgesehene Mindestvergütung keine Anwendung finde. Das KWKG verstoße ohnehin gegen höherrangige Vorschriften des Europa- und des deutschen Verfassungsrechts, deshalb seien seine Vorschriften nicht anzuwenden. Die Stromeinspeisungen ab 01.07.2000 seien nicht auf der Grundlage eines vor dem 01.01.2000 abgeschlossenen Liefervertrags erfolgt, so dass ein Anspruch nach Vorstellung der Klägerin insoweit schon an § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG scheitere.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Einzelheiten des weiteren tatsächlichen Vorbringens der Parteien und wegen der Begründung der Entscheidung wird auf das angefochtene Urteil verwiesen. 14

Gegen dieses Urteil wendet sich die Berufung der Klägerin mit näheren, ergänzenden Ausführungen. Die Klägerin macht jetzt hilfsweise auch geltend, wenn ihr ein Anspruch gemäß § 4 KWKG nicht zustehe, habe sie Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung für den eingespeisten Strom jedenfalls nach den auch unter Geltung des KWKG weiter anzuwendenden Regelungen des Kartellrechts, nach denen ihr eine Vergütung in Höhe der sog. "vermiedenen Kosten" zustehe. Im Hinblick darauf verlangt sie hilfsweise im Wege der Stufenklage zunächst Auskunft und sodann - noch unbeziffert - Zahlung sich aus der Auskunft ergebenden Beträge. 15

Eine gleichzeitig mit der vorliegenden Berufung eingelegte Berufung beim Kartellsenat des OLG Düsseldorf wird zur Zeit nicht weiterbetrieben, nachdem die Parteien auf Vorschlag des dortigen Senats am 06.11.2002 einen Beschluß erwirkt haben, mit dem das dortige Verfahren zum Ruhen gebracht worden ist (565 ff, 568). 16

Die Klägerin hat schriftsätzlich gebeten, ohne mündliche Verhandlung die Klageerweiterung zuzulassen und den Rechtsstreit an das OLG Düsseldorf, Kartellsenat, zu verweisen. 17

Die Klägerin beantragt in der Sache, 18

abändernd 19

a. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, an sie 252.183,47 Euro nebst Zinsen zu zahlen (Zeiträume I + II) 20

b. hilfsweise im Wege der Stufenklage

a. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, Auskunft über die durch die Einspeisung vermiedenen Energie- und Netzkosten zu erteilen, 21

b. die Beklagte zu 1 zur Zahlung entsprechend der zu erteilenden Auskunft zu verurteilen,

a. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 218.572,01 Euro nebst Zinsen zu zahlen (Zeitraum III), 22

II.2.a) hilfsweise die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, mit ihr einen Einspeisevertrag über den im Oktober 2000 in das Netz der Beklagten zu 1 eingespeisten Strom abzuschließen mit einer Vergütung von 4,6 ct./kWh, 23

II.2.b) hilfsweise (zu 2.a) nur die Beklagte zu 1 gemäß Antrag zu II.2.a) zu verurteilen,	24
II.2.c) hilfsweise (zu 2.b) die Beklagte zu 1 zu verurteilen, an sie eine zusätzliche Einspeisevergütung von 1,5 ct./kWh für den im Oktober 2000 von ihr eingespeisten Strom zu zahlen,	25
a. hilfsweise im Wege der Stufenklage zunächst	26
a. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, Auskunft wie zu I.2.a) betr. die im Oktober 2000 eingespeisten Strommengen zu erteilen,	27
b. hilfsweise (zu 3.a) die Beklagte zu 1 wie zu II.3.a) zu verurteilen,	
II.4.a) und sodann die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung entsprechend der erteilten Auskunft zu verurteilen,	28
II.4.b) hilfsweise (zu 4.a) die Beklagte zu 1 wie vorstehend zu verurteilen.	29
Die Beklagten und die Streithelferin beantragen,	30
die Berufung zurückzuweisen.	31
Sie stimmen der Klageerweiterung um die zusätzlichen Ansprüche und Anträge nicht zu und halten die Berufung mit näheren Ausführungen für unbegründet. Sie treten einer Verweisung des Rechtsstreits entgegen.	32
Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien und der Streithelferin wird auf die in zweiter Instanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	33
<u>Entscheidungsgründe</u>	34
Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.	35
1.	36
Es bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung.	37
Der Senat ist zuständig zur Entscheidung über diese Berufung. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Klägerin in zweiter Instanz zusätzliche prozessuale Ansprüche geltend machen will, die sie aus kartellrechtlichen Anspruchsgrundlagen meint herleiten zu können. Eine Verweisung des Rechtsstreits an den für Kartellsachen gemäß § 91 GWB zuständigen Kartellsenat beim Oberlandesgericht Düsseldorf kommt nicht in Betracht.	38
Der Senat teilt die Auffassung des Kartellsenats beim Oberlandesgericht Düsseldorf, die dieser in der Verhandlung über die von der Klägerin dort eingelegte Berufung zum Ausdruck gebracht hat, dass die erstmals in der Berufungsinstanz zusätzlich geltend gemachten Ansprüche neue und vom bisherigen Klagegegenstand zu unterscheidende Streitgegenstände sind. Sowohl die zusätzlich formulierten Anträge als auch der dazu neu vorgetragene Sachverhalt sprechen für diese Beurteilung. Die Parteien haben Einwände gegen diese Würdigung nicht erhoben. Die Klägerin macht die zusätzlichen Ansprüche nur hilfsweise für den Fall geltend, dass sie mit ihrem Hauptbegehren gerichtet auf eine Vergütung eingespeisten Stroms nach dem KWKG nicht durchdringt. Auf die Hilfsanträge kann es deshalb nicht ankommen, solange nicht das Hauptbegehren der Klägerin abschlägig	39

beschrieben ist. Insbesondere kann die Zuständigkeit des Senats nicht wegen eines (vor die Kartellgerichte gehörenden) Klagebegehrens entfallen, das erst im Falle einer abweisenden Entscheidung über den zweifelsfrei in die Zuständigkeit des Senats fallenden Gegenstand des Hauptbegehrens zur Entscheidung gestellt wird. Anderes kann auch nicht aus §§ 88, 91 GWB hergeleitet werden.

2. 40

In der Sache bleiben die Angriffe der Klägerin gegen die landgerichtliche Entscheidung ohne Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. 41

a) Antrag zu I.1.: Vergütung für den vom 18.05.2000 bis zum 30.09.2000 eingespeisten Strom 42

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf eine Vergütung nach dem KWKG für den in dieser Zeit eingespeisten Strom. Bei der Beurteilung sind wegen der für die rechtliche Würdigung wesentlichen Unterschiede der Zeitraum, während dessen die Einspeisung auf der Grundlage eines im Jahr 1994 abgeschlossenen Vertrags erfolgt ist - 18.05.2000 bis 30.06.2000 - und der Zeitraum der vertragslosen Einspeisung - 01.07.2000 bis 30.09.2000 - getrennt zu betrachten. 43

aa) Der Zeitraum vom 18.05.2000 bis zum 30.06.2000 44

(1) Es kann dahinstehen, ob dem Landgericht in der - die angefochtene Entscheidung tragenden - Annahme zu folgen ist, dass die Klägerin einen Anspruch auf Vergütung nach Maßgabe des KWKG nicht habe, weil sie nicht zum Kreis der nach diesem Gesetz Förderungsberechtigten gehöre. Gegen diese Annahme sind zumindest gewichtige Argumente vorzubringen. Der Gesetzeswortlaut äußert sich über den Empfänger der Förderung nicht. Das Landgericht leitet mit den Beklagten aus "Wortlaut und der Systematik des Gesetzes" her, dass stets die Energieversorgungsunternehmen allein förderungs- und anspruchsberechtigt seien. 45

Bei der Würdigung der gesetzlichen Regelung in § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG ("dritter Förderweg") übernimmt das Landgericht die Interpretation der Beklagten. Für diese fehlt aber eine tragfähige Begründung. Die These, dass der Kreis der Anspruchs- und Förderungsberechtigten mit dieser gesetzlichen Regelung nicht erweitert werden sollte (und stattdessen nur die für die Berechnung der Förderung maßgeblichen Strommengen ausgeweitet werden sollte), ist eine petitio principii: Die Beklagten verwenden als Argument, was es zu beweisen gilt. 46

Wenn in § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG nur vom "Bezieher" des Stroms gesprochen wird (nicht vom Produzenten), so besagt das nur etwas darüber, dass das Gesetz den von seinen Regelungen betroffenen Strom u.a. dadurch eingrenzt, dass ein Energieversorgungsunternehmen, nicht jedoch auf direktem Weg ein anderer, ihn bezieht. Über die Frage, wer die in § 3 Abs. 1 Satz 1 und § 4 KWKG vorgesehene Vergütung erhalten soll, besagt dies nichts. 47

Die Begründung des Gesetzentwurfs und die weitere Gesetzgebungsgeschichte können das vom Landgericht gefundene Ergebnis nicht überzeugend stützen, weil unstreitig die Einbeziehung des in § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG beschriebenen Stroms in die Förderung erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens erfolgt ist. Die zuvor entstandenen Materialien konnten deshalb diesen Fall noch nicht berücksichtigen. Der nach dieser Ergänzung des 48

Gesetzesentwurfs entstandene Bericht des Abgeordneten K (Anlagenband zur Klage, dort Bl. 13 ff) ist für die hier interessierende Auslegung letztlich unergiebig. Auf die Frage, welches Gewicht einem solchen Bericht zukommen im Rahmen der Auslegung kann, braucht deshalb nicht eingegangen zu werden.

Schließlich ist der Verweis des Landgerichts auf die Begründung des KWK-Ausbaugesetzes nicht geeignet, seine Auslegung des KWKG zu stützen. Eine nachträglich erstellte Arbeitsunterlage aus einem späteren Gesetzgebungsverfahren kann allenfalls einen Hinweis darauf geben, was der oder die Autoren dieser Arbeitsunterlage für den Gesetzesinhalt halten. Mehr als eine Meinungsäußerung kann das nicht sein. 49

Der Senat hält den Standpunkt für naheliegend (der in der vorliegenden Judikatur bereits vertreten wurde, u.a. LG Berlin, Urteil vom 14.6.2001 ZNER 2001, 274 = RdE 2001, 233 - Anl. K 21 zur BB v. 5.4.02, Bl. 417, im Anlagenband zu diesem Schriftsatz; LG München I, Urteil vom 28.12.2001, RdE 2002, 106 - Anl. K 22 aaO), wonach jeder von § 3 Abs. 1 Satz 1 1.Hs. KWKG erfaßte Strom auch zu vergüten ist. Das kann bei normalem Sprachgebrauch nur bedeuten, dass der verpflichtete Netzbetreiber an den Einspeiser eine Vergütung zu entrichten hat. Die Ausklammerung der sog. industriellen Betreiber einer KWK-Anlage aus dem Kreis der Förderungsberechtigten durch das Landgericht ist bei einem solchen Verständnis der gesetzlichen Regelung nicht zu rechtfertigen. 50

Weil die vorliegende Entscheidung nicht von dieser Frage abhängt, lässt der Senat die Frage, wie das KWKG hinsichtlich des Kreises der Förderungsberechtigten zu verstehen ist, offen. 51

(2) 52

Ein Anspruch der Klägerin auf die begehrte Vergütung nach dem KWKG für den eingespeisten Strom scheidet jedenfalls aus, weil das Gesetz eine Vergütung, die über jene hinausgeht, die in dem der Lieferung zugrundeliegenden Vertrag vereinbart ist, nicht vorsieht. Vielmehr ist im KWKG der vertraglichen Regelung der Vorrang eingeräumt und der vertraglichen Regelung darüberhinaus abschliessender Charakter beigemessen. 53

Für die Fälle, in denen die Lieferung auf der Grundlage von abgeschlossenen Lieferverträgen erfolgt (das sind die beiden in § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 + 2 KWKG genannten Fälle = "zweiter und dritter Förderweg"), sieht das Gesetz in § 4 Abs. 2 KWKG vor, dass die zu zahlende Vergütung "auf der Grundlage von Lieferverträgen geregelt" wird. Das ist so auszulegen, dass dieser vertraglichen Regelung der Vorrang eingeräumt wird und ein gesetzlicher Anspruch auf Vergütung - über den vertraglichen Anspruch hinaus - nicht besteht. Dafür spricht der eindeutige Verweis des Gesetzestextes auf eine vertragliche Regelung der Vergütung. Eine inhaltliche Regelung der Vergütungshöhe im Gesetz ist für diese Fälle erkennbar nicht beabsichtigt. Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, in § 3 Abs. 1 Satz 1 2.Hs. KWKG sei lediglich angeordnet, dass "bereits bestehende vertragliche Abnahme verpflichtungen unberührt" bleiben sollten. Der auch andernorts im KWKG anzutreffende Mangel an begrifflicher Präzision läßt durchaus die Annahme zu, dass mit den hier genannten "Abnahmeverpflichtungen" die gesamten Pflichten des belieferten Energieversorgungsunternehmens aus den Einspeiseverträgen erfaßt sein sollten (nicht nur die Abnahme, sondern u.a. auch die in § 3 Abs. 1 Satz 1 1. Hs. KWKG genannte Anschließung und Vergütung). Wollte man dies wie die Klägerin anders deuten, würde es dazu kommen können, dass die Abnahmepflicht aus bestehenden Verträgen beim vertragsbeteiligten Energieversorgungsunternehmen verbleibt, die Anschließungs- und Vergütungspflicht aber nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 Sätze 1 + 2 KWKG den Netzbetreiber trifft, dessen Netz die nächste Entfernung zum Standort der Anlage hat. Dieses muß nicht 54

das vertragsbeteiligte Energieversorgungsunternehmen sein. Die Regelung wäre nicht praktikabel und kann sinnvollerweise nicht gewollt sein.

Der von der Klägerin für ihre Deutung noch angeführte Wortlaut des § 4 Abs. 2 KWKG ("... wird ... geregelt") ist nicht eindeutig. Er kann verstanden werden als "wird ... geregelt" (Passiv Präsens) oder als "wird geregelt werden" (Passiv Futur). Es liegt nicht nahe, angesichts dieser offenen Formulierung anzunehmen, die Vertragsparteien des vor dem 01.01.2000 geschlossenen Vertrags im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG sollten mit § 4 Abs. 2 KWKG verpflichtet werden, sich über einen zwingend vorgegebenen Mindestpreis zu einigen, wie dies die Klägerin annimmt. 55

Da schon aus diesen Gründen ein noch unbeglichener Anspruch der Klägerin auf Zahlung einer Vergütung für die im Zeitraum 18.5.-30.6.2000 eingespeiste Strommenge nach §§ 3, 4 KWKG ausscheidet, kommt es nicht auf die auch vom Landgericht offen gelassene Frage an, ob es sich bei der von der Klägerin betriebenen Anlage um eine solche i.S.v. § 2 Abs. 3 KWKG handelt, was die Beklagten bestreiten. Offen bleiben kann auch die Frage, ob die Beklagte zu 1 das Unternehmen ist, zu dessen Netz die kürzeste Entfernung zum Standort der von der Klägerin betriebenen Anlage besteht. Auch diese unter den Parteien umstrittene Frage bedarf deshalb keiner Klärung. 56

bb) Der Zeitraum vom 01.07.2000 bis zum 30.09.2000 57

Die Vergütung für die in diesem Zeitraum eingespeiste Strommenge hat das Landgericht zu Recht versagt. Ein Anspruch der Klägerin scheidet insoweit aus, weil seit dem 01.07.2000 der Strom nicht mehr auf der Grundlage eines Liefervertrages, der vor dem 1.1.2000 abgeschlossen worden ist, geliefert worden ist, so dass der Strom nicht mehr von § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG erfaßt wird. Die Klägerin beruft sich auf einen Kontrahierungszwang, dem nach ihrer Auffassung der Netzbetreiber gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 KWKG unterliegt. Es kann offen bleiben, ob dem zu folgen ist. Davon wären jedenfalls nur die Betreiber der in § 3 Abs. 1 Satz 1 KWKG genannten "KWK-Anlagen nach § 2 Abs. 1" erfaßt. Zu diesen zählt nach der Vertragsbeendigung mit dem 30.6.2000 die Klägerin nicht mehr. Der von der Klägerin angenommene Kontrahierungszwang kann keinesfalls dazu führen, den Netzbetreibern eine Anschluß-, Abnahme- und Vergütungspflicht nach KWKG auch für die industriellen Anlagen über die zum Stichtag 01.01.2000 vertragsunterworfenen Strommengen gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG hinaus aufzuerlegen. Mit dem Auslaufen des Vertrags endet auch die insoweit bestehenden Pflichten der beteiligten Vertragsparteien. Eine Pflicht von Netzbetreibern, mit den Anlagenbetreibern solcher ehemals von § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG erfaßten Anlagen auch Folgeverträge nach Maßgabe des KWKG abzuschließen, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. 58

Soweit die Klägerin darauf hinweist, dadurch werde ein Druck auf Beteiligte ausgeübt, Verträge zu kündigen, mag das zutreffen. Das hat der Gesetzgeber sehen können und gewollt oder in Kauf genommen. Die durch Verträge gebundenen Betreiber von (industriellen) KWK-Anlagen mußten mit einer zulässigen Kündigung der laufenden Verträge ohnehin jederzeit rechnen. Das änderte sich durch das KWKG nicht. 59

b) Antrag zu II.1.: Vergütung für den im Oktober 2000 eingespeisten Strom 60

Eine Vergütung dieses Stroms nach §§ 3, 4 KWKG, wie sie die Klägerin geltend macht, scheitert ebenfalls daran, dass der Strom nicht auf der Grundlage eines Liefervertrages, der vor dem 1.1.2000 abgeschlossen worden ist, geliefert worden ist. Die vorstehend ausgeführten Gründe gelten hier gleichermaßen. 61

Die Beklagte zu 2, die die Klägerin neben der Beklagten zu 1 gesamtschuldnerisch in Anspruch nimmt, kann darüberhinaus als das für die allgemeine Versorgung zuständige Energieversorgungsunternehmen schon wegen der in § 3 Abs. 1 Satz 1 KWKG vorgesehenen Passivlegitimation allein des Netzbetreibers - das ist die Beklagte zu 1 - nicht eine Vergütung nach KWKG - über die vertraglich geschuldete und unstreitig bereits bezahlte Vergütung hinaus - schulden. 62

3. 63

Die Klägerin stellt in zweiter Instanz zusätzliche Hilfsanträge (Anträge zu I.2., zu II.2. und zu II.3. und 4.), die sie auf unterschiedliche Weise begründet. 64

a) 65

Die nachträgliche Geltendmachung eines weiteren Streitgegenstands neben dem bisherigen - auch eventualiter - ist ein Fall nachträglicher Klagehäufung, auf den die für die Klageänderung geltende Vorschrift des § 263 ZPO entsprechend anzuwenden ist (BGH NJW 1985, 1841/2; Zöller-Greger, ZPO, 24. Aufl., § 260, 3 und § 263, 2 m.w.N.). Da die Beklagten der hier erfolgten nachträglichen Einführung neuer Anträge nicht zustimmen, kommt es auf die Sachdienlichkeit an. Auf das vorliegende Berufungsverfahren ist gemäß § 26 Nr. 5 EGZPO die ZPO in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung anzuwenden, weil die erstinstanzliche mündliche Verhandlung, auf die das angefochtene Urteil erging, am 27.11.2001 geschlossen worden ist. Es gilt also § 263 ZPO. 66

b) 67

Die Klägerin macht die Hilfsanträge zu Ziff. II.2.a und b nach ausdrücklicher Erläuterung in der Berufungsbegründung (dort S. 28, Bl. 755 d.A.) nur für den Fall geltend, dass "das Gericht einen unmittelbaren Anspruch auf Zahlung verneinen und lediglich einen Anspruch auf Abschluß eines Einspeisevertrages mit der gesetzlich geregelten Vergütung annehmen sollte". Diese Bedingung ist nicht eingetreten, weil ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung für die im Oktober 2000 eingespeiste Vergütung nach der vorstehend begründeten Entscheidung des Senats in jeglicher Gestalt (gleich ob als solcher auf Zahlung oder auf Vereinbarung einer Vergütung) nicht besteht. Eine Bescheidung der mit dieser Bedingung gestellten Anträge erübrigt sich deshalb. 68

c) 69

Der zu Ziff. II.2.c gestellte Hilfsantrag soll nach Erläuterung der Klägerin (aaO) für den Fall gestellt sein, dass das Gericht zwar nicht eine nach § 4 Abs. 1 KWKG bemessene Einspeisevergütung (9 Pfennig pro Kilowattstunde) für gerechtfertigt hält, sondern nur eine zusätzliche Zahlung in Höhe des Belastungsausgleichs gemäß § 5 Abs. 1 KWKG (3 Pfennig pro Kilowattstunde). Selbst wenn es sich bei dem so gestellten Antrag überhaupt um einen zusätzlichen Antrag handeln sollte, der noch nicht - als ein Minus - in dem Zahlungsantrag zu Ziff. II.1. enthalten ist, so bräuchte darauf an dieser Stelle nicht weiter eingegangen zu werden. Die Geltendmachung des Vergütungsanspruchs für die im Oktober 2000 eingespeisten Strommengen scheitert nämlich nicht nur deshalb, weil eine Bemessung der Vergütung nicht nach § 4 Abs. 1 KWKG erfolgen kann. Sie ist vielmehr, wie bereits oben ausgeführt wurde, dem Grunde nach unberechtigt, so dass die von der Klägerin formulierte Bedingung nicht eingetreten ist. 70

d) 71

Mit den weiteren zusätzlich eingeführten Hilfsanträge (jeweils als Stufenklagen unter Ziff. I.2.a und b, II.3.a und b, II.4.a und b) will die Klägerin Ansprüche zur Entscheidung stellen, die sie aus kartellrechtlichen Erwägungen, §§ 33, 20 GWB, glaubt herleiten zu können. Sie will diese für den Fall beschieden wissen, dass die primär verfolgten Ansprüche auf Vergütung nach dem KWKG scheitern. Dieser Fall ist wie dargelegt eingetreten. Die mit diesen Anträgen beabsichtigte Änderung der Klage kann nicht zugelassen werden, § 263 ZPO. 72

(1) 73

Es kommt nicht darauf an, ob die Zulässigkeit der Klagehäufung und damit der Klageänderung nicht prinzipiell an § 260 ZPO scheitern müßte, weil für die neuen, zusätzlichen Ansprüche der Senat nicht zuständig ist. Letzteres muß hier wegen § 91 GWB angenommen werden. Nach dieser Vorschrift entscheidet der Kartellsenat über die Berufung gegen Endurteile in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach § 87 Abs. 1 GWB. Es kommt auf die materielle Anknüpfung an, nicht auf die Frage, welches Gericht die anzufechtende Entscheidung erlassen hat. Zwar verhält sich das hier angegriffene Endurteil nicht über eine solche bürgerliche Rechtsstreitigkeit nach § 87 Abs. 1 GWB, weil ein kartellrechtlicher Anspruch in erster Instanz nicht zur Entscheidung gestellt war. Die nachträgliche Erweiterung des Streitgegenstands um einen solchen Anspruch müßte im Fall einer nachträglichen Klagehäufung, sofern sie zugelassen würde, zu einer in entsprechender Anwendung von §§ 91, 87 GWB anzunehmenden Zuständigkeit des Kartellsenats für den Rechtsstreit führen, so dass ggf. eine Verweisung an diesen in Betracht käme. 74

§ 260 ZPO stünde einer solchen objektiven Klagehäufung gleichwohl nicht entgegen, weil die den § 260 ZPO modifizierende Regelung des § 88 GWB zu beachten wäre, die eine Verbindung der Klage wegen eines nicht von § 87 GWB erfaßten Gegenstands mit einer Klage vor dem Kartellgericht wegen eines kartellrechtlichen Anspruchs trotz der bei isolierter Betrachtung fehlenden Zuständigkeit des Kartellgerichts für den verbundenen Klagegegenstand zuläßt. Es ist bereits ausgeführt worden, dass aber diese Gesamtzuständigkeit des Kartellsenats nicht schon dann angenommen werden kann, wenn der die Zuständigkeit des Kartellsenats begründende Streitgegenstand nur im Rahmen eines Hilfsantrags eingeführt wird. 75

(2) 76

Die Zulässigkeit der erstmals in zweiter Instanz erfolgenden Einführung dieser neuen Anträge und Streitgegenstände, die wie dargelegt in analoger Anwendung von § 263 ZPO zu prüfen ist, scheitert daran, dass die nachträgliche hilfsweise Klagehäufung hier nicht sachdienlich ist. 77

Es ist zunächst bedeutsam für die Beurteilung der Sachdienlichkeit der hier beabsichtigten nachträglichen Klagehäufung, dass der Senat nicht über den zusätzlich eingeführten Streitgegenstand, der zur ausschließlichen Zuständigkeit der Kartellgerichte gehört, entscheiden könnte. Die typischerweise für die Sachdienlichkeit sprechende Erwägung, dass das Gericht mit einer Entscheidung auch über den neuen Gegenstand weiteren Streit der Parteien verhindern kann, trifft auf den vorliegenden Fall nicht zu. Es spricht ohnehin wenig dafür, die Zulassung einer Klageänderung durch Einführung eines zusätzlichen neuen Streitgegenstands, die eine Verweisung in zweiter Instanz und damit die Befassung eines weiteren Gerichts mit der ansonsten entscheidungsreifen Sache erfordern würde, sachdienlich zu nennen. 78

Gegen die Sachdienlichkeit spricht auch, dass der neue Prozeßgegenstand die Anwendung von Normen mit in wesentlichen Teilen anderen entscheidungserheblichen 79

Tatbestandsmerkmalen erfordern würde. Dem trägt auch die Klägerin mit ihrem Prozeßvortrag zu diesen Ansprüchen zumindest ansatzweise Rechnung, wenn sie sich z.B. zur marktbeherrschenden Stellung der Beklagten, zum Fehlen eines aufnahmebereiten Marktes, zur unbilligen Behinderung durch Versagung einer angemessenen Vergütung und zur Bemessung der "vermiedenen Kosten" äußert. Damit würde der bisherige Tatsachenvortrag deutlich ausgeweitet.

Diese gegen die Sachdienlichkeit sprechenden Gründe überwiegen den Vorteil, der sich für beide Seiten daraus ergeben mag, dass die Frage der Zahlungspflicht im Rahmen eines (allerdings nur formal) einzigen Rechtsstreits erledigt werden könnte. Ein erheblicher Unterschied zur Führung zweier selbständiger Prozesse würde sich im Falle einer Verweisung erst nach der Entscheidung des Senats über das Hauptbegehren nicht ergeben. 80

Die nachträgliche Einführung neuer Streitgegenstände in Gestalt der Hilfsanträge zu Ziff. I.2.a und b, II.3.a und b, II.4.a und b) kann deshalb nicht zugelassen werden. 81

4. 82

Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen, weil die mit der Einspeisevergütung nach §§ 3, 4 KWKG zusammenhängenden Rechtsfragen, die nach übereinstimmender Angabe der Parteien in der mündlichen Verhandlung für eine unbestimmte Zahl von weiteren Streitigkeiten von ausschlaggebender Bedeutung sind, obwohl das Gesetz inzwischen außer Kraft getreten ist, in der bisher veröffentlichten Rechtsprechung der Gerichte nicht einheitlich beurteilt werden, nicht als geklärt angesehen werden können und eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs - soweit ersichtlich - bisher hierzu nicht ergangen ist. 83

Die weiteren Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 101, 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO. 84