
Datum: 14.03.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 56/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0314.2U56.18.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 3 O 28/17

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 12.03.2018 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die weitergehende Widerklage der Beklagten wird abgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist, ebenso wie das angefochtene Urteil des Landgerichts, vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerinnen vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages leisten.

Gründe

I.

Die Klägerinnen begehren die Feststellung eines Fortbestandes zweier Verträge aus den Jahren 2005 und 2006 über die langfristige Bereitstellung von Energiekapazität aus dem noch nicht in Betrieb genommenen Steinkohlekraftwerk „E2 4“. Die Beklagte hält die Verträge für beendet und verlangt hilfsweise deren Anpassung an die Börsenstrompreise bzw. an die Dauer der bislang eingetretenen Betriebsverzögerung.

1

2

3

4

Die mit der Errichtung von Kraftwerken und der Erzeugung elektrischer Energie befasste Klägerin zu 1) gehört dem V-Konzern an und führt das operative Geschäft der früheren F Kraftwerke GmbH fort. Diese Gesellschaft gehörte dem F-Konzern an, der im Jahr 2000 aus einer Fusion der L AG und W3 AG entstanden war. Die Klägerin zu 2) wurde im Jahr 1998 als Vertriebsgesellschaft im Zuge einer Fusion der H AG (W2) und Q2 AG gegründet (Anlage K3). Sie war zunächst eine 100-prozentige Tochter der F Kraftwerke GmbH und mit dieser über einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag verbunden. Die F Kraftwerke GmbH war in gleicher Weise mit ihren Mutter- und Großmuttergesellschaften des F-Konzerns verbunden. Im September 2015 übertrug die F Kraftwerke GmbH ihr operatives Geschäft im Wege einer Ausgliederung und Übernahme gem. § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG zunächst auf eine V GmbH, die es weiter auf die Klägerin zu 1) übertrug. Hierdurch wurde die Klägerin zu 2) eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Klägerin zu 1). Im November 2015 firmierte die F Kraftwerke GmbH in die V AG und diese im März 2016 in die V SE um. Nach einer Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags zwischen der damaligen V AG und einer F Beteiligung AG im Dezember 2015 erfolgte 2016 die Auslösung des V-Konzerns aus dem F-Konzern. Seither wurden 53,35 % der V-Anteile von den Aktionären der Holdinggesellschaft F SE und 46,65 % von einer F Beteiligungen GmbH als Tochter der F SE gehalten. Im Dezember 2017 wurden die von F gehaltenen Anteile (46,65 %) an die finnische G SE verkauft, die derzeit 49,9 % der Anteile hält.

Die Rechtsvorgänger der Parteien sind seit Jahrzehnten über verschiedene Verträge miteinander verbunden. Insbesondere schlossen die damalige W3 und die W2 AG als Rechtsvorgängerin der Beklagten im August 1998 einen Vertrag mit einer 14-jährigen Mindestlaufzeit über die Bereitstellung von elektrischer Leistung aus mehreren Kraftwerken in Höhe von insgesamt 1087 MW (Anlage K5). Die diesem Vertrag als Anlage 3 beigefügte Erklärung der W3 über die Eigentümerschaft und Struktur der Klägerin zu 2), welche die energiewirtschaftlichen Aktivitäten der W3 im Ruhegebiet übernehmen sollte, wurde mit Schreiben der damaligen Q2 AG vom 11.04.2000 bestätigt (Anlage K7). Zuletzt wurde sie mit Schreiben der F Kraftwerke GmbH vom 21.12.2000 erneuert (fortan: Unabhängigkeitserklärung III, Anlage K8).

Unter dem 23.08./17.09.2004 verständigten sich die F Kraftwerke GmbH und eine S2 AG als weitere Rechtsvorgängerin der Beklagten wegen des durch die Richtlinie 2003/87/EG eingeführten Emissionshandelssystems auf ein "CO2-Eckpunkte-Papier" für die laufenden Verträge über einen Energiebezug aus den Kraftwerken T und L in der ersten Handelsperiode von 2005 bis 2007 (Anlage 6 zur Anlage K11).

Ende des Jahres 2004 nahmen die besagten Gesellschaften Verhandlungen über einen Energiebezug der S2 AG aus dem vom F-Konzern geplanten Steinkohlekraftwerk E2 4 auf. Dieses Kraftwerk, das die ursprünglich an diesem Standort vorhandenen Elektrizitätswerke ablösen soll, war seinerzeit noch nicht errichtet und ist bis heute nicht in Betrieb. Ein Angebot der S2 AG über eine Beteiligung an dem Projekt lehnte die Klägerin zu 2) mit Schreiben vom 13.10.2005 (Anlage K10) mit der Bemerkung ab, ein Vertrag komme – wie bisher - nur als sog. „Scheibenmodell“ („als ob“-Eigenerzeugung) in Frage.

Nach einer weiteren Vereinbarung über den Umgang mit CO2 - Berechtigungen in der 1. Handelsperiode am 26.04.2005 und der Änderung eines Vertragsentwurfs vom 06.06.2005 (Anlage K44) schlossen die Rechtsvorgänger der Parteien am 22.12.2005 und am 24.11.2006 zwei Verträge „über eine Stromlieferung aus dem Kraftwerk E2“ (Anlagen K11 und K13). Laut der Vertragspräambeln avisierten sie eine Inbetriebnahme des Kraftwerks für Ende 2010 als Beginn der Bereitstellung von variabel abrufbarer elektrischer Leistung von

insgesamt 450 MW (340 MW + 110 MW) für die Dauer von 25 Jahren, die auf Wunsch der Beklagten um 15 Jahre verlängert werden konnte. Der ab Bezugsbeginn zu zahlende Preis setzt sich aus drei Komponenten zusammen, nämlich aus einem Leistungspreis 1 zur anteiligen Abdeckung der Anlage- und Kapitalkosten, einem mittels verschiedener Indizes teilweise gleitenden Leistungspreis 2 zur Erfassung der betriebsabhängigen Kosten sowie einem ebenfalls indexierten Arbeitspreis. Ziff. 2.2.4.4 räumt der Beklagten ein Recht zur Andienung günstigeren Brennstoffs in einer bestimmten Menge ein.

Unter Ziff. 6 beider Verträge heißt es:

„Den Preisen und Bedingungen dieses Vertrages liegen die am 01.12.2004 bestehenden Gesetze, die dazu ergangenen Richtlinien sowie die behördlichen Auflagen zugrunde. (...)

(...)

Bezüglich der CO₂-Berechtigungen für die Lieferungen an S aus diesem Vertrag finden die in dem CO₂-Eckpunktepapier vom 17.09./23.08.2004 und in der Vereinbarung vom 26.04.2005 getroffenen Regelungen (Anlage 6) analoge Anwendung.

Sollten sich in Folge von neuen gesetzlichen und/oder behördlichen Maßnahmen die Kosten für die Stromerzeugung aus vergleichbaren Steinkohlekraftwerken an der Ruhr und auch für den Betrieb des Kraftwerks E oder für die aus dem Kraftwerk an S gelieferte elektrische Energie für S2E verändern, so ändern sich die Strompreise entsprechend.

Sollten neue gesetzliche und/oder behördliche Maßnahmen zu einer wesentlichen Strompreisänderung bzw. wesentlichen Änderung der Strombezugskosten führen und einem Partner ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden können, so kann der Vertrag binnen einer Frist von 6 Monaten nach Feststellung/Inkrafttreten der neuen gesetzlichen und/oder behördlichen Maßnahme schriftlich gekündigt werden und endet dann 2 Jahre nach dieser Kündigung.

Unter Ziff. 7 ist Folgendes geregelt:

„(...)

Ziff. 7.2: Ebenso werden sie im freundschaftlichen Einvernehmen unklare oder verschiedener Auslegung fähige Bestimmungen dieses Vertrages oder solche, die sich später als im Widerspruch zu diesem Vertrag stehend erweisen sollten, oder solche, die fehlen sollte, berichtigen oder ergänzen.

(...)

Ziff. 7.4: Die Erklärung der F Kraftwerke GmbH über die Eigentümerschaft und Struktur der S GmbH vom 21.12.2000 gilt über die Laufzeit dieses Vertrages.“

Unter Ziff. 8 heißt es:

„(...)

Ziff. 8.4: Im Fall einer Störung der Geschäftsgrundlage gilt § 313 BGB. Eine Verzögerung der beabsichtigten Inbetriebnahme wird nach dieser Regelung beurteilt.

(...)

Ziff. 8.6: Jeder Vertragspartner ist nur mit Zustimmung des anderen Partners berechtigt, seine Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen anderen Dritten zu übertragen. Die Zustimmung ist zu erteilen, wenn der Rechtsnachfolger die Gewähr für die Erfüllung der vertraglichen Bestimmungen bietet. (...)“	24
Ziff. 9 Abs. 3 lautet schließlich:	25
„Rücktritt und Kündigung des Vertrages sind, soweit gesetzlich zulässig und in diesem Vertrag nicht anders geregelt, ausgeschlossen.“	26
Während die Strompreise an der Großhandelsbörse bei Verhandlungsbeginn bei 32,00 Euro/MWh lagen, stiegen sie bis November 2005 auf einen Höchstwert von 81,00 Euro/MWh und sanken bis Anfang 2018 wieder auf 37,00 Euro/MWh ab.	27
Der Bau des Kraftwerks E2 4 begann im Jahr 2007 nach Erlass des Bebauungsplans Nr. 105 und der Erteilung verschiedener öffentlich-rechtlicher Genehmigungen noch vor deren Bestandskraft. Nachdem das OVG Münster unter dem 03.09.2009 den Bebauungsplan für unwirksam erklärt und unter dem 12.06.2012 einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid aufgehoben hatte, mussten sämtliche Genehmigungsverfahren erneut durchlaufen werden. Inzwischen liegen ein neuer Bebauungsplan Nr. 105a sowie sofort vollziehbare immissionsschutzrechtliche Genehmigungen vor, die anders als drei wasserrechtliche Genehmigungen allerdings nach wie vor nicht bestandskräftig sind.	28
Nachdem die S2 AG einen aus ihrer Sicht unzureichenden Informationsfluss moniert hatte, zeigte sie der Klägerin zu 2) mit Schreiben vom 14.12.2012 eine konzerninterne Umstrukturierung an, wonach ab 2013 die Beklagte Ansprechpartner der Klägerinnen war (Anlage K28).	29
Unter dem 25.02.2013 erneuerten die Klägerin zu 2) und die Beklagte ihre Vereinbarung über die Handhabung von CO2-Berechtigungen für die dritte Handelsperiode von 2013 bis 2020, nachdem im Zuge innereuropäischer sowie innerstaatlicher Gesetzesänderungen die bislang vorgesehene freie Zuteilung für CO2-Zertifikate auch für neu errichtete Anlagen entfallen war. Hiernach sollte die Beklagte der Klägerin zu 2) die benötigten Berechtigungen zu einem marktüblichen Preis verkaufen und der Kaufpreis rückwirkend auf den Leistungspreis in den „Stromlieferverträgen“ aufgeschlagen werden (Anlage K72, Bl. 1407, 1408 d.A.).	30
Nachdem die Klägerin zu 2) die Beklagte, teilweise erst auf Nachfrage, mehrfach schriftlich sowie mündlich über den Gang der Genehmigungsverfahren in Kenntnis gesetzt hatte, forderte die Beklagte mit Schreiben vom 05.08.2013 und vom 13.06.2014 erneut Informationen ein und erwähnte erstmals die Möglichkeit einer Vertragsanpassung gem. § 313 BGB (Anlagen K31 + K32). Dieses Verlangen präzisierte sie mit Schreiben vom 21.12.2015 und hielt eine Vertragsbeendigung für gerechtfertigt (Anlage K33). Hintergrund war zum einen ein erhebliches Absinken der Stromgroßhandelspreise auf angeblich unter 30,00 Euro/MWh infolge eines signifikanten Ausbaus der erneuerbaren Energien sowie der besagte Wegfall einer freien Allokation von CO2-Zertifikaten. Zum anderen rügte die Beklagte die zwischenzeitlich mehrjährige Verzögerung der Inbetriebnahme des Kraftwerks, die sie insbesondere unter Berücksichtigung handelsüblicher Vorabvermarktungen an der Strombörse als nachteilig empfand. Schließlich beklagte sie erneut einen schleppenden Informationsfluss.	31
Mit Schreiben vom 08.04.2016 teilte die Klägerin zu 1) der Beklagten eine Übertragung des operativen Geschäfts von der F Kraftwerke GmbH auf sie mit (Anlage K35), welche die	32

Beklagte mit Schreiben vom 09.05.2016 als vertragswidrig kritisierte (Anlage K36).

Mit Schreiben vom 22.07.2016 erklärte die Beklagte erstmals die Kündigung der streitbefangenen Verträge und stützte sie in erster Linie auf die umwandlungsrechtlichen Vorgänge, die ihrer Meinung nach ihrer Zustimmung bedurft hätten. Ferner nahm sie Bezug auf ihr Schreiben vom 21.12.2015 (Anlage K39).

33

Nach einem persönlichen Gespräch der Parteien am 07.12.2016 und einem Angebot der Beklagten vom 15.08.2017 über einen Strombezug nach der Inbetriebnahme des Kraftwerks außerhalb der aus ihrer Sicht beendeten Verträge (Anlage K41) informierte die Klägerin zu 2) die Beklagte mit Schreiben vom 07.12.2017 über „zusätzliche technische Maßnahmen“, die eine weitere Verzögerung bis ins Jahr 2018 besorgen ließen (Anlage B103). Tatsächlich waren erhebliche Umbauten an den Kesselwänden notwendig geworden, nachdem sich herausgestellt hatte, dass der verbaute T24-Stahl einem Probetrieb des Kraftwerks nicht standhielt.

34

Die Klägerinnen haben die Auffassung vertreten, die Kündigung der Beklagten vom 22.07.2016 sei unwirksam und eine Vertragsanpassung bislang nicht erforderlich. Insbesondere seien derzeitige Niedrigstrompreise ausschließlich dem unternehmerischen Risiko der Beklagten zuzuordnen, die sich bewusst für das traditionelle „Scheibenmodell“ und gegen eine marktpreisindexierte Ausgestaltung entschieden habe, um aus erhofften günstigen Wirtschaftsentwicklungen Profit zu erzielen. Denn wenngleich die Beklagte das Kraftwerk nicht tatsächlich betreibe, sei sie aufgrund der Vertragsnatur als Eigenerzeugerin mit den damit verbundenen Risiken und Vorteilen zu behandeln. Im Übrigen seien die Strompreise stets volatil und der Zuwachs erneuerbarer Energien ebenso voraussehbar gewesen wie ein Rückgang der kostenlosen Zuteilungen von CO₂-Zertifikaten. Eine Kündigung gem. Ziff. 6.4 der Verträge sei nach Ablauf der vereinbarten sechsmonatigen Frist ab Kenntnis der entsprechenden Gesetzesänderungen ohnehin nicht mehr zulässig gewesen. Gleichwenig rechtfertige die Bauverzögerung eine Beendigung oder Anpassung der Verträge, zumal die Klägerinnen – unstreitig – das Errichtungs- und Betriebsrisiko trügen und damit vorleistungspflichtig seien. Ziff. 8.4 sei auf Vorschlag der Beklagten nach der Verwerfung einer sog. Wirtschaftsklausel während der Verhandlungen als Rechtsgrundverweisung auf § 313 BGB in die Verträge integriert und nicht auf verhältnismäßig kurze Verzögerungen von bis zu 2 Jahren beschränkt worden. Ein Verstoß gegen Ziff. 8.6 i.V.m. Ziff. 7.4 der Verträge scheide schon deswegen aus, weil sich die Unabhängigkeitserklärung III nur auf eine strukturelle Eigenständigkeit der Klägerin zu 2) bezogen habe, die nach wie vor bestehe; eine Kontinuität ihrer Konzernzugehörigkeit sei damit nicht verbunden gewesen. Schließlich handele es sich trotz der Eigenerzeugerstellung der Beklagten um keinen beim Bundeskartellamt anmeldepflichtigen Zusammenschluss nach § 39 Abs. 1 Satz 1 GWB.

35

Wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge einschließlich der Hilfswiderklage der Beklagten wird auf das landgerichtliche Urteil vom 12.03.2018 Bezug genommen.

36

Die Beklagte ist der Meinung gewesen, ihre Vertragskündigung vom 22.07.2016 sei wirksam oder zumindest eine Anpassung der Verträge an die stündlichen Großhandelsmarktpreise gerechtfertigt. Außerdem bedürfe es eines Wegfalls der Regelungen über die Kosten für CO₂-Zertifikate, wenngleich nicht sie, sondern die Klägerinnen diese Aufwendungen zu tragen hätten. Ihr Kündigungsrecht ergäbe sich bereits aus einer ergänzenden Vertragsauslegung, die erforderlich sei, da die Parteien mit ihrer Bezugnahme in Ziff. 8.4 auf § 313 BGB als Rechtsfolgenverweisung lediglich Verzögerungen von 2 Jahren bedacht hätten. Hätten sie eine längere Verschiebung der Inbetriebnahme in Betracht gezogen, wäre

37

hingegen ein Sonderkündigungsrecht vereinbart worden. Hierzu hat die Beklagte behauptet, sie sei stets davon ausgegangen, dass die erforderlichen Baugenehmigungen erteilt worden seien. Überdies führten die schwerwiegenden wirtschaftlichen sowie rechtlichen Änderungen seit Vertragsschluss aus ihrer Sicht zu einer Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses, das sie nicht hinnehmen müsse. Namentlich habe man weder mit einem derart rasanten Zuwachs an erneuerbaren Energien und den damit einhergehenden Marktverwerfungen noch mit einem Wegfall kostenfreier CO₂-Zuteilungen gerechnet. Während die Verträge in den Jahren 2005 und 2006 insbesondere unter Berücksichtigung des sog. clean dark spread (Erlöse abzüglich Kohlepreis und Kosten für CO₂-Zuteilungen) auskömmlich gewesen seien, würde heutzutage kein Unternehmer mehr in Steinkohlekraftwerke investieren. Dass ihr nicht allein das Vermarktungsrisiko zufiele, zeige sich vor allem dadurch, dass die "Marktgängigkeit" der Verträge sehr wohl Vertragsgrundlage gewesen sei, zumal von einer "als ob"-Eigenerzeugung keine Rede sein könne. Vielmehr handele es sich um herkömmliche Stromlieferungsverträge mit einer „gewissen Flexibilität“. Sofern die Klägerinnen sie stattdessen weiterhin als Eigenerzeugerin behandelt wissen wollten, seien die Verträge nach den kartellrechtlichen Vorschriften unwirksam, da es – unstreitig – an einer Zustimmung des Bundeskartellamtes für einen Zusammenschluss fehle. Ferner habe der sechsmonatige Fristenlauf gem. Ziff. 6 Abs. 5 der Verträge frühestens mit der Mitteilung über den ersten Probelauf des Kraftwerks begonnen, die ihr - wiederum unstreitig - erst am 26.01.2016 zugegangen sei. Schließlich sei die Kündigung gem. § 314 Abs. 1 BGB i.V.m. Ziff. 8.6 und Ziff. 7.4 der Verträge berechtigt, da eine Herauslösung der Klägerin zu 2), die überdies ihre vertraglichen Informationspflichten erheblich verletzt habe, aus dem F-Konzern ihrer (der Beklagten) Zustimmung bedurft hätte. Hilfsweise führe eine Unwirksamkeit der in Ziff. 2 und 6 enthaltenen Preisbestimmungen wegen eines Verstoßes gegen das Preisklauselgesetz (PrKIG) zur Notwendigkeit einer Vertragsanpassung in der begehrten Form.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Hilfswiderklage abgewiesen. Es ist im Wesentlichen der Argumentation der Klägerinnen gefolgt und hat sowohl ein Kündigungsrecht als auch einen Anspruch der Beklagten auf Vertragsanpassung aberkannt. Eine Kündigung der Verträge gem. § 314 Abs. 1 BGB wegen der konzernrechtlichen Umstrukturierung des F- und des V-Konzerns komme schon deshalb nicht in Betracht, weil das in Ziff. 8.6 bestimmte Zustimmungserfordernis eine umwandlungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge nicht erfasse. Eine Kündigung gem. Ziff. 6.4 scheide aus, da jedenfalls die vorgesehene Frist nicht eingehalten worden sei. Gleichermaßen scheitere eine Kündigung gem. Ziff. 8.4 der Verträge i.V.m. § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB. Die Wirtschaftlichkeit der Verträge sei nicht Geschäftsgrundlage der Verträge geworden und die Bauverzögerung noch nicht derart gravierend, dass der Beklagten ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar sei, zumal deren Vergütungspflicht erst mit der Inbetriebnahme des Kraftwerks beginne. Ebenso wenig wie der Zusammenschluss der Parteien kartellrechtswidrig sei, begründeten die Ziff. 2 und 6 der Verträge einen Verstoß gegen das Preisklauselgesetz.

38

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten.

39

Sie stützt die angestrebte Vertragsbeendigung neben der Kündigungserklärung vom 22.07.2016 nunmehr auf drei weitere Kündigungserklärungen vom 06.04.2018 (Anlage B149), vom 18.05.2018 und vom 26.02.2019, wobei die beiden letztgenannten Schreiben zugleich Rücktrittserklärungen enthielten (Anlagen B141 und B159). Während das Schreiben vom 06.04.2018 ausschließlich den Erwerb der F-Anteile an der V SE durch die finnische G SE betraf, folgte das Schreiben vom 18.05.2018 auf eine Mitteilung der Klägerin zu 2) vom 08.05.2018, wonach sich die Inbetriebnahme des Kraftwerks wegen des Austauschs des T24-Stahls gegen T12-Stahl bis zum Sommer 2020 verzögern soll (Anlage B139). Die

40

Beklagte meint, durch diese weitere Verschiebung sei die Vertragsdurchführung unmöglich geworden, da Stromlieferverträge absolute Fixgeschäfte darstellten. Hierzu behauptet sie, der Stahlaustausch verringere den Wirkungsgrad des Kraftwerks um mindestens 1 % und lasse die Anlage nicht mehr als neuwertig gelten. Im Übrigen sei womöglich eine öffentlich-rechtliche Änderungsgenehmigung erforderlich, die von den Klägerinnen nicht mehr angestrebt werde. § 9 Abs. 3 der Verträge stünde dem Vertragsrücktritt nicht entgegen, da es sich um eine von den Klägerinnen gestellte allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) handle, die nicht wirksam in die Verträge einbezogen worden sei. Ferner sei diese Klausel ebenso wie Ziff. 8.4 Satz 2 vor dem Hintergrund einer maximal zweijährigen Verzögerung implementiert worden. Ferner verknappe die am 14.03.2018 erlassene Richtlinie (EU) 2018/410 – unstreitig - sukzessive die Anzahl der zuteilungsfähigen CO2-Zertifikate und führe zu erheblichen Verteuerungen der Strompreise.

Die letzte Rücktritts-/Kündigungserklärung der Beklagten vom 26.02.2019 verhält sich über die Vorschläge der sog. Strukturkommission vom 26.01.2019 und deren mögliche Auswirkungen auf den Einsatz des Kraftwerks E2 4. In diesem Zusammenhang meint die Beklagte, spätestens die aktuellen energiepolitischen Entwicklungen machten eine Vertragsdurchführung für sie unzumutbar, wenn nicht gar unmöglich. 41

Darüber hinaus wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie meint, das Landgericht habe sowohl die erforderliche ergänzende Vertragsauslegung als auch eine Gesamtbetrachtung der kündigungsrelevanten Umstände unterlassen und die Risikoverteilung unzutreffend beurteilt. Marktverwerfungen, die vor der Inbetriebnahme des Kraftwerks ohnehin dem von den Klägerinnen zu tragenden Errichtungsrisiko zuzuordnen seien, dürften nicht von den vereinbarten Strompreisen "abgekoppelt" werden, zumal sie deutlich über die bislang bekannte Preisvolatilität hinausgingen. Dass sie die wirtschaftliche und rechtliche Entwicklung der Energiewelt nicht habe vorhersehen können, belege das von ihr eingeholte Gutachten der Kanzlei F2 & Z, das vom Landgericht nicht hinreichend zur Kenntnis genommen worden sei. Ferner sei übersehen worden, dass die Klägerinnen die massive Bauverzögerung zu vertreten und zudem eine Vertragsanpassung in treuwidriger Weise vereitelt hätten. Schließlich führten die konzernrechtlichen Umstrukturierungen sowie der Erwerb der F-Anteile an der V SE zu einem Erlöschen der höchstpersönlich zu erfüllenden Verträge analog § 673 Satz 1 BGB. Jedenfalls rechtfertigten sie eine Kündigung beider Verträge gem. § 314 Abs. 1 BGB, zumal der V-Konzern in seinem Geschäftsbericht für das Jahr 2018 – unstreitig - Risiken hinsichtlich der künftigen Beziehungen zur G SE aufgezeigt habe. Überdies sei nach den Vorschlägen der „Struktur-Kommission“ vom 26.01.2019 mit einer Inbetriebnahme des Kraftwerks nicht mehr zu rechnen und ihre (der Beklagten) Inanspruchnahme wegen der durch eine vorzeitige Stilllegung verbundenen Kosten zu befürchten, die bei einem vertragsgerechten Anlauf nicht angefallen wären. 42

Schließlich hält die Beklagte in modifizierter Form an ihren Hilfsbegehren fest und verlangt verschiedene Vertragsanpassungen. 43

Nach einer Erweiterung ihrer Hilfswiderklage, die sie im Senatstermin am 14.03.2019 erneut umgestellt hat, beantragt sie nunmehr, 44

1. das Urteil des LG Essen vom 12.03.2018, Az. 3 O 28/17 aufzuheben und die Klage abzuweisen; 45

2. hilfsweise widerklagend: 46

I. Antrag zu 1) (CO2 – Kostentragung) 47

Es wird festgestellt, dass die Beklagte nach dem am 22. Dezember 2005 zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrag über eine Stromlieferung aus dem Kraftwerk E2 sowie dem zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrag vom 15./24. November 2006 über eine Stromlieferung (110 MW) aus dem Kraftwerk E2 4 keine Verpflichtung zur Zahlung von Kosten für CO ₂ -Zertifikate an die Klägerinnen trifft.	48
<u>II. Hilfsantrag zu 2) (Preisregelung)</u>	49
Hilfsweise für den Fall, dass dem vorstehenden Antrag zu 1) nicht stattgegeben wird:	50
2a) Die unter Ziff. 2 und Ziff. 6.3 i.V.m. der Anlage 6 des am 22. Dezember 2005 zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrags über eine Stromlieferung aus dem Kraftwerk E2 4 enthaltenen Preisbestimmungen werden wie folgt angepasst:	51
aa) Ziffer 2 wird um folgende Ziffer 2.3 ergänzt:	52
<i>„Von dem nach den Ziffern 2.1 und 2.2 des Stromlieferungsvertrags ermittelten Vertragspreis hat die Beklagte ausschließlich den Anteil des Vertragspreises zu bezahlen, der dem jeweiligen von der EPEX-SPOT veröffentlichten Marktpreis der Stunde (stündlicher Großhandelspreis day ahead), täglich für jede einzelne Stunde des Folgetages ermitteltem Stundenpreis der EPEX-Spotmarktauktion für Deutschland entspricht, in der Strom bezogen wird.“</i>	53
bb) Ziff. 6 Abs. 3 sowie Anlage 6 entfallen.	54
2b) Die unter Ziff. 2 und Ziff. 6.3 i.V.m. der Anlage 6 des am 15./24. November 2006 zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrags über eine Stromlieferung (110 MW) aus dem Kraftwerk E2 4 enthaltenen Preisbestimmungen werden angepasst und lauten wie folgt:	55
aa) Ziffer 2 wird um folgende Ziffer 2.3 ergänzt:	56
<i>„Von dem nach den Ziffern 2.1 und 2.2 des Stromlieferungsvertrags ermittelten Vertragspreis hat die Beklagte ausschließlich den Anteil des Vertragspreises zu bezahlen, der dem jeweiligen von der EPEX-SPOT veröffentlichten Marktpreis der Stunde (stündlicher Großhandelspreis day ahead), täglich für jede einzelne Stunde des Folgetages ermitteltem Stundenpreis der EPEX-Spotmarktauktion für Deutschland entspricht, in der Strom bezogen wird.“</i>	57
bb) Ziff. 6 Abs. 3 sowie Anlage 6 entfallen.	58
<u>III. Hilfsantrag zu 3) (PreisklauselG)</u>	59
Weiter hilfsweise für den Fall, dass auch dem vorstehenden Hilfsantrag zu 2) nicht stattgegeben wird:	60
3. Es wird festgestellt, dass die Preisvereinbarungen gem. Ziff. 2.1 bis einschließlich 2.2.5 sowie Ziff. 6.3 i.V.m. der Anlage 6 des zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke	61

GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrags vom 22. Dezember 2005 über eine Stromlieferung aus dem Kraftwerk E2 sowie des zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrags vom 15./24. November 2006 über eine Stromlieferung (110 MW) aus dem Kraftwerk E2 4 unwirksam sind und diese Preisregelungen durch den jeweiligen von der EPEX-SPOT veröffentlichten Marktpreis der Stunde (stündlicher Großhandelspreis day ahead), täglich für jede einzelne Stunde des Folgetages, in der der Strom bezogen wird, ermitteltem Stundenpreis der EPEX-Spotmarktauktion für Deutschland zu ersetzen sind.

IV. Hilfsantrag zu 4) (Leistung) 62

Weiter hilfsweise für den Fall, dass auch dem vorstehenden Hilfsantrag zu 3) nicht stattgegeben wird: 63

4a) Die in Ziff. 1.1 Satz 1 des zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrags vom 22. Dezember 2005 über eine Stromlieferung aus dem Kraftwerk E2 enthaltene Regelung wird um folgende Regelung ersetzt: 64

„S2E stellt S beginnend 3 Kalenderjahre ab Beginn der kommerziellen Inbetriebnahme des Kraftwerks E2 eine elektrische Nettoleistung, deren Höhe sich nach der Formel 65

340 MW x (verbleibende Vertragslaufzeit – x Jahre Verzögerung) / verbleibende Vertragslaufzeit 66

errechnet, nach Maßgabe dieses Vertrages zur Verfügung. 67

Dabei ist 68

- *Die „verbleibende Vertragslaufzeit“ die Laufzeit, die sich aus der Differenz des Jahres 2035 und dem Jahr der Aufnahme der Lieferung aus dem Kraftwerk ergibt, sowie* 69
- *„x“ der Zeitraum der Verzögerung (Jahr der tatsächlichen Inbetriebnahme minus Jahr der vertraglich vorgesehenen Inbetriebnahme 2010).“*

4b) Die in Ziff. 1.1 Satz 1 des zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrags vom 15./24. November 2006 über eine Stromlieferung (110 MW) aus dem Kraftwerk E2 4 enthaltene Regelung wird um folgende Regelung ersetzt: 70

„S2E stellt S beginnend 3 Kalenderjahre ab Beginn der kommerziellen Inbetriebnahme des Kraftwerks E2 eine elektrische Nettoleistung, deren Höhe sich nach der Formel 71

110 MW x (verbleibende Vertragslaufzeit – x Jahre Verzögerung) / verbleibende Vertragslaufzeit 72

errechnet, nach Maßgabe dieses Vertrages zur Verfügung. 73

Dabei ist 74

- *Die „verbleibende Vertragslaufzeit“ die Laufzeit, die sich aus der Differenz des Jahres 2035 und dem Jahr der Aufnahme der Lieferung aus dem Kraftwerk ergibt, sowie* 75

- „x“ der Zeitraum der Verzögerung (Jahr der tatsächlichen Inbetriebnahme minus Jahr der vertraglich vorgesehenen Inbetriebnahme 2010).“

V. Hilfsantrag zu 5) (Laufzeit)	76
Weiter hilfsweise für den Fall, dass dem Hilfsantrag zu 4) nicht stattgegeben wird:	77
5a) Die in Ziff. 1.1 Satz 1 des zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrags vom 22. Dezember 2005 über eine Stromlieferung aus dem Kraftwerk E2 enthaltene Regelung wird um folgende Regelung ersetzt:	78
„S2E stellt S <u>beginnend 3 Kalenderjahre ab Beginn der kommerziellen Inbetriebnahme des Kraftwerks E2 eine elektrische Nettoleistung von 340 MW nach Maßgabe dieses Vertrags zur Verfügung.</u> “	79
bb) Die in Ziff. 1.1 Satz 1 des zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrags vom 15./24. November 2006 über eine Stromlieferung (110 MW) aus dem Kraftwerk E2 4 enthaltene Regelung wird um folgende Regelung ersetzt:	80
„S2E stellt S <u>beginnend 3 Kalenderjahre ab Beginn der kommerziellen Inbetriebnahme des Kraftwerks E2 eine elektrische Nettoleistung von 110 MW nach Maßgabe dieses Vertrags zur Verfügung.</u> “	81
5c) Die in Ziff. 1.3 Satz 1 des zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrags vom 22. Dezember 2005 über eine Stromlieferung aus dem Kraftwerk E2 sowie des zwischen der Klägerin zu 1) (vormals: F Kraftwerke GmbH) und der Klägerin zu 2) einerseits sowie der Beklagten (vormals: S2 AG) andererseits geschlossenen Vertrags vom 15./24. November 2006 über eine Stromlieferung (110 MW) aus dem Kraftwerk E2 4 enthaltenen Regelungen werden durch folgende Regelungen ersetzt:	82
„ die Bereitstellung der Leistung nach diesem Vertrag endet am <u>31.Dezember 2029.</u> “	83
VI. Hilfsantrag zu 6) (Richterliches Gestaltungsermessen)	84
Höchst hilfsweise für den Fall, dass der erkennende Senat den zuvor gestellten (Hilfs)Anträgen nicht stattgibt, soll der Senat in Anwendung des ihm nach den §§ 315 Abs. 3, 319 BGB analog zustehenden Gestaltungsermessens eine Anpassung der streitgegenständlichen Stromlieferungsverträge feststellen.	85
Die Klägerinnen beantragen,	86
die Berufung zurückzuweisen und die Hilfswiderklage abzuweisen.	87
Sie verteidigen das für sie günstige Urteil des Landgerichts und halten die Hilfswiderklage in ihrer geänderten Fassung gem. § 533 ZPO für unzulässig. Insbesondere halten sie an ihrer Auffassung fest, nach derzeitiger Sachlage sei weder eine Vertragsanpassung noch – erst recht nicht - eine Vertragsbeendigung geboten.	88
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Erklärungen zu Protokoll erster und zweiter Instanz	89

Bezug genommen.

II.	90
Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.	91
1. Die Berufung ist zulässig. Insbesondere ist der hiesige Senat funktionell zuständig, da es sich nicht um eine Kartellsache i.S.d. §§ 37 ff. GWB (i.d.F. vom 01.07.2005 bis zum 29.06.2013) handelt, die gem. §§ 95, 93, 92 Abs. 1, 91, 87 GWB i.V.m. § 2 der KartellGBildVO vom 30.08.2011 eine funktionelle Spezialzuständigkeit des Kartellsenats beim OLG Düsseldorf begründete.	92
a) Einer Überprüfung der funktionellen Zuständigkeit des Senats steht weder § 513 Abs. 2 ZPO noch der Rechtsgedanke des § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG entgegen. Denn wenngleich das Landgericht nicht als Kartellkammer entschieden hat, hat das Berufungsgericht zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens seine Zuständigkeit erneut zu bewerten und damit dem Zweck der Zuständigkeitskonzentration Rechnung zu tragen, der darin besteht, eine einheitliche und qualitativ hochwertige Rechtsprechung durch kartellrechtlich besonders sachkundige Spruchkörper zu sichern (vgl. Immenga/Mestmäcker-Schmidt, GWB, 3. Aufl., § 91, Rn. 9 ff. m.w.N.).	93
b) Ob ein Rechtsstreit eine Kartellsache ist, beurteilt sich ausschließlich nach materiellen Gesichtspunkten. Die Zuständigkeit des Kartellsenats ist dabei nicht erst dann gegeben, wenn es um eine kartellrechtliche Hauptfrage geht. Vielmehr ist der Spezialsenat in allen Fällen anzurufen, denen eine entscheidungserhebliche Vorfrage kartellrechtlicher Natur i.S.d. § 87 Satz 2 GWB zugrunde liegt. Dies hat das Nicht-Kartellgericht im Wege einer umfassenden Rechtsprüfung zu eruieren und vor allem über Sachverhalte selbst zu entscheiden, in denen von den Parteien thematisierte kartellrechtliche Aspekte ohne Einfluss auf die Spruchreife der Sache sind. Ferner genügt das bloße Aufwerfen kartellrechtlicher Fragen nicht zur Begründung einer Zuständigkeit der Spezialgerichte. Diese sollen nämlich nur mit solchen Fällen belastet werden, die greifbare einschlägige Berührungspunkte aufweisen, andernfalls eine Überfrachtung mit sachfremden Materien zu besorgen ist (vgl. BAG, Urteil v. 29.06.2017, 8 AZR, 189/15).	94
c) Nach Maßgabe dieser Grundsätze fehlt es selbst bei summarischer Prüfung (vgl. hierzu: Meyer-Lindemann in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 91. Aufl., § 87 GWB, Rn. 55 ff. m.w.N.) an einem hinreichend substantiierten Vorbringen der Beklagten zu einem Verstoß gegen die kartellrechtliche Anzeigepflicht gem. § 39 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F., der zur Unwirksamkeit der streitbefangenen Verträge gem. § 41 Abs. 1 Satz 2 GWB a.F. führen könnte. Zwar bedürfen Zusammenschlüsse bestimmter umsatzstarker Unternehmen i.S.d. § 35 GWB a.F., denen die Parteien im Streitfall angehören, einer Freigabe durch das Bundeskartellamt. Der Streitfall betrifft jedoch keinen Zusammenschluss i.S.d. § 37 Abs. 1, 2 GWB a.F..	95
aa) Während sich nach Ansicht der Beklagten, wonach es sich um herkömmliche Stromlieferungsverträge handeln soll, kartellrechtliche Fragen von vornherein nicht stellen, bedurfte auch das von der Klägerin angenommene "Scheibenmodell", das der Beklagten die wirtschaftliche Stellung einer Eigenerzeugerin verliehe, keiner kartellamtlichen Erlaubnis. Da die Beklagte durch die Verträge vom 22.12.2005 und vom 24.11.2006 nämlich lediglich ein Nutzungsrecht an dem Kraftwerk E2 4 erworben hat, scheidet ein vollständiger oder teilweiser Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens gem. § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F., der stets einen Erwerb des Vollrechts voraussetzt, begrifflich aus (vgl. BGH, Beschluss	96

v. 10.10.2006, KVR 32/05 "National Geographic I"; Röhling in: Hölter, Handbuch Unternehmenskauf, 9. Aufl., Ziff. IV, Rn. 7.52 m.w.N.). Diese Einschätzung bekräftigt § 104 Abs. 4 EEG (2017), der zugunsten der Kraftwerksbetreiber eine "Amnestieregelung" für zurückliegende Ansprüche auf Zahlung der EEG-Umlage normiert. Diese Regelung beruht darauf, dass die Nutzer einer "Kraftwerksscheibe" keine Betreiber der Stromerzeugungsanlage und damit keine EEG-rechtlichen Eigenerzeuger sind.

bb) Gleichwenig begründeten die besagten Verträge einen Kontrollerwerb i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 2a) GWB a.F.. Es ist bereits nicht schlüssig dargetan, dass die Rechtsvorgängerin der Klägerin zu 1), die Klägerin zu 2) als reine Vertriebsgesellschaft oder der damals involvierte F-Konzern eine marktbeherrschende Stellung als Anbieter auf dem Markt für reale Kraftwerksbeteiligungen hatte. Insoweit fehlt es an konkretem Vortrag zu den damaligen Marktanteilen, der einen Rückschluss auf eine marktbeherrschende Stellung zuließe, in welche die Beklagte durch den Erwerb der Nutzungsrechte an einer Scheibe des Kraftwerks E2 4 eingerückt sein könnte (vgl. OLG München, Urteil v. 27.04.2017, U 3922/15 Kart "ENTEGA"). 97

cc) Schließlich kommt hinzu, dass das Kraftwerk beim Vertragsschluss erst in Planung gewesen war, während sein Bau bis heute nicht abgeschlossen ist. Eine auf potenziellen Wettbewerb gerichtete Marktstellung eines Unternehmens reicht für einen kontrollpflichtigen Zusammenschluss i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 2a) GWB a.F. jedoch nicht aus, zumal eine Abgrenzung zu Beschaffungsverträgen, die lediglich dem internen Wachstum des Erwerbers zuzurechnen sind, kaum möglich wäre (vgl. BGH, a.a.O.). 98

2. Die Berufung ist unbegründet. Die Beklagte war weder berechtigt, die streitgegenständlichen Verträge zu beenden, noch erfordert die derzeitige Sach- und Rechtslage eine Vertragsanpassung. 99

Klage der Klägerinnen 100

Die Klage ist zulässig und begründet. 101

a) Die Zulässigkeit beider Feststellungsanträge, die mit der Berufung nicht mehr in Frage gestellt wird, folgt aus § 256 Abs. 1 ZPO. Das Begehren der Klägerinnen betrifft zwei gegenwärtige Rechtsverhältnisse der Parteien, nämlich die Bezugsverträge vom 22.12.2005 und vom 24.11.2006, deren gerichtliche Klärung die derzeitige Unsicherheit über ihren Bestand umfassend beseitigen wird. Dass die Verträge bislang wegen der Bauverzögerungen nicht in Vollzug gesetzt worden sind, steht dem Feststellungsinteresse der Klägerinnen nicht entgegen. Ferner umfasst die Klage nach ihrer Modifizierung vor Beginn der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung sämtliche Beendigungstatbestände, auf die sich die Beklagte beruft. 102

b) Die Feststellungsanträge haben auch in der Sache Erfolg. Denn die Bezugsverträge sind weder durch die Kündigungserklärungen der Beklagten vom 22.06.2016, vom 06.04.2018 vom 18.05.2018 oder vom 26.02.2019 noch durch die Rücktrittserklärungen vom 18.05.2018 und vom 26.02.2019 beendet worden. 103

aa) Kündigungserklärung der Beklagten vom 22.07.2016 (Anlage K39) 104

Die Beklagte hat die Bezugsverträge mit ihrem Schreiben vom 22.07.2016 unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt wirksam gekündigt. 105

106

(1) Zunächst lassen die Umstände des Streitfalls eine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne eines Sonderkündigungsrechts der Beklagten nicht zu.

(a) Zwar sind schuldrechtliche Verträge gem. §§ 133, 157 BGB grundsätzlich einer Auslegung zugänglich, die ein vorhandenes Regelwerk komplettiert. Dies setzt aber eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit voraus, die entstanden ist, weil die Vertragspartner einen Punkt übersehen oder ihn mangels eines Regelungsbedürfnisses beim Vertragsschlusses offen gelassen haben. Hierfür reicht es nicht aus, dass eine bestimmte Fallgestaltung ungeregelt geblieben ist. Vielmehr kann von einer Planwidrigkeit nur die Rede sein, wenn ohne eine Vervollständigung des Vertrags eine angemessene und interessengerechte Lösung nicht zu erzielen, d.h. der Regelungsplan der Parteien nicht zu verwirklichen ist. Eine Ergänzung ist mithin erst angezeigt, wenn das Ergebnis ansonsten in einem offenen Widerspruch zu den tatsächlichen Vereinbarungen stehen würde (vgl. zum Ganzen: BGH, Urteil v. 17.05.2018, VII ZR 157/17; BGH, Urteil v. 15.10.2014, XII ZR 111/12; Palandt - Ellenberger, BGB, 78. Aufl., § 157, Rn. 3 m.w.N.). Enthält der Vertrag eine objektiv eindeutige Abrede, ist sie einer ergänzenden Auslegung nur insoweit zugänglich, als sich aus konkreten Tatsachen ergibt, dass trotz ihres Wortlauts, der grundsätzlich den Willen der Parteien abbildet, eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke besteht. Dies bedeutet, dass Umstände außerhalb der Urkunde gegeben sein müssten, welche die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit ihres Inhalts entkräften könnten (vgl. BGH, Urteil v. 17.04.2002, VIII ZR 297/01). Ein Eingriff in das Vertragsgefüge ist hingegen von vornherein ausgeschlossen, wenn die Vertragspartner über einen (scheinbar) regelungsbedürftigen Punkt bewusst eine abschließende Bestimmung getroffen haben (vgl. BGH, Urteil v. 24.04.1984, IVb ZR 17/84).

107

(b) Nach Maßgabe dieser Grundsätze weist keiner der beiden Bezugsverträge eine planwidrige Regelungslücke auf, die eine ergänzende Vertragsauslegung erfordern könnte. Denn die Parteien haben die Möglichkeit einer Verzögerung der Inbetriebnahme des Kraftwerks erkannt und unter Ziff. 8.4 Satz 2 eine Regelung getroffen, wonach sich deren Rechtsfolgen nach den in § 313 BGB normierten Grundsätzen einer Störung oder eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage richten sollten. Hinweise auf eine beschränkte Geltung dieser Bestimmung für maximal zweijährige Verzögerungen lassen sich weder dem Vertragstext noch den sonstigen Gegebenheiten des Falles entnehmen. Insbesondere hätte es ausgesprochen nahe gelegen, eine übereinstimmend gewollte zeitliche Grenze, deren Überschreitung ein sofortiges Kündigungsrecht der Beklagten begründen sollte, in das Vertragswerk aufzunehmen. Ob die Parteien bei den Vertragsschlüssen im Dezember 2005 und im November 2006 eine mehrjährige Verschiebung der Inbetriebnahme des Kraftwerks E2 4 für realistisch gehalten haben, bedarf keiner abschließenden Feststellung. Denn wenngleich eine Verzögerung von inzwischen mehr als acht Jahren im deutschen Kraftwerksbau bislang einmalig ist, war ihnen als größten Energieunternehmen der Bundesrepublik jedenfalls bekannt, dass die Errichtung eines Steinkohlekraftwerks in der angestrebten Dimension und Machart mit ernstzunehmenden Unsicherheitsfaktoren rechtlicher und technischer Art behaftet war. Dass sie trotz tiefgreifender Kenntnisse im Bau und Betrieb von Kraftwerken und einer langjährigen Geschäftserfahrung von einer zeitlichen Differenzierung abgesehen haben, lässt sich mangels objektivierbarer gegenläufiger Anhaltspunkte nur damit erklären, dass der Verweis auf § 313 BGB abschließend sein sollte. Dies gilt umso mehr, als die Vorschrift den Parteien selbst für langfristige Verzögerungen eine flexible Handhabung ermöglicht, die den Rückgriff auf ein Sonderkündigungsrecht entbehrlich macht.

108

109

(c) Gegen ein Sonderkündigungsrecht der Beklagten spricht überdies die unter Ziff. 9 Abs. 3 beider Verträge getroffene Regelung, wonach Kündigungen sowie ein Vertragsrücktritt in den rechtlich zulässigen und vertraglich bestimmten Grenzen ausgeschlossen sein sollen. Denn unabhängig von ihrer Wirksamkeit, die an dieser Stelle keiner Klärung bedarf, manifestiert die Klausel einen Parteiwillen, wonach eine Beendigung der Verträge nur als letzte Möglichkeit unter den gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Voraussetzungen bestehen sollte. Anderweitige Lösungsrechte wollten die Parteien ersichtlich nicht begründen.

(d) Dem Einwand der Beklagten, Ziff. 8.4 halte als allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) einer Inhaltskontrolle nicht stand, vermag der Senat schon deshalb nicht beizutreten, weil nicht substantiiert dargetan ist, dass es sich um eine von den Klägerinnen verwendete formularvertragliche Klausel handelt. Dass die Regelung in beide Verträge aufgenommen worden ist, erfüllt weder die Voraussetzungen einer Mehrfachverwendung i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB noch einer entsprechenden Absicht. Wird nämlich eine Klausel für einen konkreten Einzelvertrag entworfen und später in weitere Verträge aufgenommen, hat eine Inhaltskontrolle zu unterbleiben (vgl. BGH, Urteil v. 26.09.1996, VII ZR 318/95). Dass Ziff. 8.4 aus anderen Verträgen übernommen worden ist und damit eine Vorformulierung für eine Vielzahl von Fällen vermutet werden könnte, behauptet die Beklagte nicht. Im Übrigen hatte sie Ziff. 8.4 Satz 2 unstreitig selbst ins Gespräch gebracht, nachdem die Klägerinnen ein zunächst angedachtes Sonderkündigungsrecht für Verzögerungsfälle abgelehnt hatten. 110

(e) Aber selbst bei einer für die Beklagte günstigeren Bewertung fehlte es an belastbaren Anhaltspunkte dafür, welche Gestaltung die Vertragspartner bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben gewählt hätten, wenn ihnen eine mehrjährige Verzögerung der Inbetriebnahme des Kraftwerks beim Vertragsschluss bewusst gewesen wäre. Gibt es nämlich verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten, ohne dass erkennbar ist, für welche sich die Parteien entschieden hätten, scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung trotz einer vorhandenen Regelungslücke aus (vgl. BGH, Urteil v. 01.10.2014, VII ZR 344/13). Im Streitfall ist nicht ersichtlich, dass ein Sonderkündigungsrecht der Beklagten die einzige oder von beiden Parteien bevorzugte Gestaltungsmöglichkeit im Fall einer unbewussten Regelungslücke darstellte. Dass die Beklagte die Verträge andernfalls nicht geschlossen haben wollte, reicht zur Darlegung eines hypothetischen übereinstimmenden Parteiwillens nicht aus, da eine ergänzende Vertragsauslegung einen gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen erfordert. Stattdessen belegen die mit der Hilfswiderklage aufgezeigten Anpassungsoptionen, dass es selbst aus Sicht der Beklagten weniger einschneidende Reaktionsmöglichkeiten gibt, die sie für praktikabel hält. Ebenso wenig rechtfertigt die vor dem ersten Vertragsschluss übersandte Mitteilung der Klägerin zu 2), sie werde den Strom für den Fall, dass die S2 AG nicht mit ihr kontrahieren wolle, anderweitig vermarkten, die Annahme, sie wäre ohne Weiteres mit einem Sonderkündigungsrecht bei unvorhergesehenen Entwicklungen einverstanden gewesen. Eine solche Interpretation ließe vor allem unberücksichtigt, dass die Beklagte bis zur Aufnahme des kommerziellen Kraftwerksbetriebs keine Zahlungspflicht trifft, die im Fall einer dauerhaften Unmöglichkeit der zu erbringenden Leistung gem. § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB sogar vollständig entfiele. 111

(f) Schließlich gebietet Ziff. 7.2 der Bezugsverträge keine abweichende Beurteilung. Denn abgesehen davon, dass die Verträge nach den obigen Erwägungen keine klarstellungsbedürftigen Unklarheiten, Lücken oder Widersprüche aufweisen, ist die Klausel, mit der die Parteien ihren Willen zu einer gedeihlichen Zusammenarbeit kommunizieren wollten, rein deklaratorischer Natur. 112

(2) Gleichwenig folgt ein Kündigungsrecht der Beklagten aus § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB. Es fehlt sowohl isoliert betrachtet als auch im Wege einer Gesamtschau an einem wichtigen Grund i.S.d. § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB, welcher der Beklagten unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ein Festhalten am Vertrag unzumutbar machen könnte.

(a) Die wiederholte Verschiebung der Inbetriebnahme des Kraftwerks E2 4, die im Zeitpunkt 114 der ersten Kündigungserklärung am 22.07.2016 rund 6 1/2 Jahre betrug, scheidet als Kündigungsgrund gem. § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB aus. Denn die Parteien hatten sich unter Ziff. 8.4 beider Verträge - wie zuvor dargelegt - bewusst dafür entschieden, Verzögerungen ausschließlich nach den Grundsätzen einer Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB zu beurteilen. Dass § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB "im Kern" zwingendes Recht ist und selbst individualvertraglich nicht vollständig abbedungen werden kann (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, a.a.O., § 314, Rn. 3 m.w.N.), steht dieser Vereinbarung nicht entgegen. Denn das Kündigungsrechts gem. § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB kann wegen eines bestimmten Grundes ausgeschlossen werden, sofern nicht besondere Schutzbedürfnisse einer Partei eine andere Bewertung gebieten (vgl. Gaier in: MüKo zum BGB, 8. Aufl., § 314, Rn. 5 m.w.N.). So liegt der Fall hier. Es stand den strukturell gleichrangigen Parteien, die beiderseits eine flexible Konfliktlösung im Rahmen der außergewöhnlich kostenintensiven Verträge anstrebten, frei, eine Verzögerung der Inbetriebnahme den strengeren Voraussetzungen des § 313 BGB zu unterwerfen und damit einer Vertragsanpassung den Vorrang vor einer Vertragsbeendigung zu geben. Dies begegnet umso weniger rechtlichen Bedenken, als eine Kündigung gem. § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB gleichermaßen ausschiede, wenn die streitbefangene Störung durch weniger einschneidende Maßnahmen wie eine Vertragsanpassung aufgefangen werden kann (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, a.a.O., § 314, Rn. 9).

(b) Dieselben Erwägungen gelten für eine fristlose Kündigung gem. § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB 115 wegen wirtschaftlicher und/oder rechtlicher Änderungen im Energiesektor. Denn wenngleich eine wesentliche Änderung der Vertragsverhältnisse einen wichtigen Grund i.S.d. § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellen kann, haben die Parteien auch diesen Aspekt bedacht und ihn in Ziff. 8.4 Satz 1 der Bezugsverträge im privatautonom zulässigen Rahmen den in § 313 BGB statuierten Regeln unterworfen. Ferner haben sie für den Fall einer wesentlichen Änderung der Strombezugskosten infolge gesetzlicher oder behördlicher Neuregelungen unter Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 ein fristgebundenes Kündigungsrecht vereinbart. Dass diese Bestimmungen abschließend sein sollten, entspricht nicht zuletzt dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien, die ihre unterschiedlichen Auffassungen zu dieser Thematik ausschließlich anhand von § 313 BGB i.V.m. Ziff. 8.4 bzw. Ziff. 6 Abs. 4 Satz 4 der Verträge vertreten haben.

(c) Die Beklagte war ferner nicht wegen der Übertragung des operativen Geschäfts von der F 116 Kraftwerke GmbH auf die Klägerin zu 1) im Wege der Kettenausgliederung nach § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG zur fristlosen Kündigung der Bezugsverträge gem. § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB berechtigt. Weder berührte die Umwandlung den Bestand der Bezugsverträge, noch stellte sie als solche oder unter Berücksichtigung von Ziff. 8.6 und/oder Ziff. 7.4 einen fristlosen Kündigungsgrund dar.

(aa) Zunächst sind die Bezugsverträge nicht analog § 673 Satz 1 BGB erloschen. Denn 117 anders als bei der Liquidation einer Kapital- oder Personengesellschaft findet § 673 Satz 1 BGB auf Umwandlungen grundsätzlich keine entsprechende Anwendung. Stattdessen bewirkt deren Eintragung in das Handelsregister gem. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG eine Gesamtrechtsnachfolge (vgl. Palandt - Sprau, BGB, a.a.O., § 673, Rn. 4 m.w.N.). Unter dieser Prämisse hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vom 21.02.2014 (V ZR

164/13) ein Erlöschen gem. § 673 Satz 1 BGB für den Fall der Verschmelzung einer zur WEG-Verwalterin bestellten juristischen Person verneint. Erst Recht gelten diese Grundsätze für eine Abspaltung in Form einer Ausgliederung gem. § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG, die dazu führt, dass der übertragende Rechtsträger den ausgegliederten Vermögenswert gegen Anteile am aufnehmenden Rechtsträger tauscht. Anders liegt der Fall nur bei höchstpersönlichen Geschäften, die so eng an bestimmte Personen gebunden sind, dass sie von niemand Anderem ausgeführt werden können (vgl. BGH, Urteil v. 13.08.2015, VII ZR 90/14). Die erstmals mit der Berufungsbegründung aufgestellte streitige Behauptung der Beklagten über eine Höchstpersönlichkeit der eingegangenen Rechte und Pflichten (Bl. 1229 ff. d.A.) war als neues Verteidigungsmittel gem. § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Überdies enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte, die den Vortrag der Beklagten bestätigen könnten. Eine Höchstpersönlichkeit liegt nicht nur wegen der Art der vereinbarten Leistung, sondern vor allem deshalb fern, weil der Mutterkonzern der Beklagten zum 01.01.2013 selbst Umstrukturierungen vorgenommen hatte, die zu einer Übertragung der Verträge geführt haben. Es ist auch unter Beachtung von Ziff. 8.6 und Ziff. 7.4 der Bezugsverträge nicht ersichtlich, dass für die Beklagte andere Maßstäbe gelten sollten als für ihren Vertragspartner.

(bb) Nach diesen Erwägungen führte die am 25.09.2015 wirksam gewordene Kettenausgliederung nicht per se zu einem Kündigungsrecht der Beklagten gem. § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB. Denn eine umwandlungsrechtliche (partielle) Gesamtrechtsnachfolge kann nur dann eine fristlose Vertragsbeendigung rechtfertigen, wenn besondere Umstände hinzukommen, die dem Partner eine Fortsetzung der Verträge durch den übernehmenden Rechtsträger - die Klägerin zu 1) - unzumutbar machen. Dies ist wiederum der Fall, wenn der Vertragspartner aufgrund der Umstrukturierung mit konkreten nachteiligen Änderungen in der Zusammenarbeit rechnen muss, die nicht unerheblich sind. Bleibt die sachliche Betreuung aus Kundensicht im Wesentlichen gleich, scheidet eine fristlose Kündigung regelmäßig aus, da das Erhaltungsinteresse des Übernehmers höher zu bewerten ist als das Beendigungsinteresse der Gegenseite (vgl. erneut BGH, Urteil v. 21.02.2014, V ZR 164/13). So liegt der Fall hier, da die Ausgliederung für die Beklagte keine greifbaren Nachteile herbeigeführt hat oder für die Zukunft besorgen lässt. 118

(aaa) Es ist weder dargetan noch aus den sonstigen Umständen ersichtlich, dass die Vertragserfüllung durch die Kettenausgliederung nachhaltig gefährdet sein könnte. Zwar hatte die Kredit-Rating-Agentur T2 & Q's Corporation dem F-Konzern zur Zeit der Kündigungserklärung vom 22.07.2016 offenbar ein positiveres Rating, nämlich ein "BBB+", eingeräumt als dem V-Konzern, der mit "BBB-" bewertet worden war. Gleichwohl konnte die Beklagte hieraus keine Rechtsvorteile für sich herleiten, zumal der V-Konzern mit der Bewertung ihres (der Beklagten) Mutterkonzerns gleichauf lag. Ihre Behauptung, sie habe Wert auf einen besonders finanzstarken Partner gelegt, ist unsubstantiiert. Spätestens mit der Anhebung der Bewertung des V-Konzerns auf "BBB flat" und einer Absenkung des F-Konzerns auf dasselbe Level im Jahr 2018 haben sich etwaige Bedenken gegen dessen Solvenz relativiert. Dass der - bei der ersten Kündigungserklärung im Juli 2016 naturgemäß noch nicht erstellte - Geschäftsbericht des V-Konzerns für das Jahr 2018 das Risiko einer erneuten Herabstufung anspricht (Seite 65), rechtfertigt schon deshalb keine abweichende Einschätzung, weil es sich bislang weder realisiert hat noch Anlass zu konkreten Befürchtungen aufgezeigt werden. 119

(bbb) Ebenso wenig machte der zwischenzeitliche Erwerb der F-Anteile an der V SE durch die G SE, einen börsennotierten Energieversorger mit Sitz in Finnland, eine Vertragsfortsetzung für die Beklagte unzumutbar. Rechtlich handelt es sich lediglich um einen 120

Wechsel innerhalb der Aktionärsstruktur, die bislang keine Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis der Klägerinnen und der Beklagten hatte. Vielmehr ist die Klägerin zu 2) nach deren gem. § 138 Abs. 3 ZPO unstreitigem Vorbringen nach wie vor Ansprechpartner der Beklagten und führt das operative Geschäft. Vage Befürchtungen, der V-Konzern könne zerschlagen werden, gehen über Spekulationen nicht hinaus und reichen nach Maßgabe der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung für eine fristlose Kündigung nicht aus. Ohnehin ist die G SE kein Mehrheitseigner, sondern hält derzeit 49,9 % der V-Anteile (Stand Ende 2018). Ob ein Zuerwerb in Betracht kommt, ist nach wie vor ungewiss, da er der Zustimmung einer russischen Regulierungsbehörde bedarf, die in der Vergangenheit versagt worden war. Aber selbst eine vollständige Übernahme der V SE durch die G SE besagte noch nichts über deren Einfluss auf die streitbefangenen Verträge, zumal das Portfolio der G SE auch Kohlekraftwerke umfasst. Der Geschäftsbericht des V-Konzerns für 2018 (Seite 64) enthält keine neuen Informationen, sondern erwähnt lediglich die bereits bekannten Unsicherheiten über die künftige Entwicklung der Geschäftsbeziehung zur G SE.

(cc) Die Ausgliederung begründete ferner keinen Verstoß gegen Ziff. 8.6 der Bezugsverträge, 121 wonach die Übertragung von Rechten und Pflichten aus dem jeweiligen Vertrag auf "einen anderen Dritten" nur mit Zustimmung des Vertragspartners erfolgen darf. Denn das Landgericht hat zu Recht eine umwandlungsrechtliche (partielle) Gesamtrechtsnachfolge von dieser Regelung ausgenommen und als zustimmungsfrei erachtet.

(aaa) Schon der Wortlaut der Klausel spricht gegen die Auffassung der Beklagten, wonach 122 ein Rechtsübergang gleich welcher Art ihre Zustimmung erfordern soll. Sofern die Beklagte den Begriff des „Dritten“ dahin verstanden wissen will, dass er unterschiedslos alle Rechtssubjekte außerhalb der Vertragsbeziehungen erfasst, darf nicht übersehen werden, dass die Parteien ihn um den Zusatz des "anderen" Dritten erweitert haben. Hierdurch kommt zum Ausdruck, dass nur rechtsgeschäftliche Übertragungen im Wege einer Einzelrechtsnachfolge, insbesondere durch eine Vertragsübernahme ("Rechte und Pflichten"), auf außenstehende juristische oder natürliche Personen oder Personengesellschaften eine Zustimmung der Beklagten benötigen, damit dieser kein fremder Schuldner aufgezwungen werden kann. Diese Intention wird dadurch bestätigt, dass sich das Zustimmungsbedürfnis auf eine Übertragung von Rechten und Pflichten aus den streitbefangenen Verträgen beschränkt, während eine Gesamtrechtsnachfolge wesentlich weiter reichte.

(bbb) Dass es sich lediglich um eine sprachliche Nuance ohne Regelungsgehalt handeln 123 könnte, ist nicht anzunehmen. Insbesondere enthalten die von der Beklagten zur Akte gereichten Referenzverträge (Anlagen B 93 – B95), die unstreitig nach November 2006 abgeschlossen worden sind, diese Ergänzung ("anderer" Dritter) nicht. Dass die Parteien eine explizite Ausnahme vom Zustimmungserfordernis für konzerninterne Vorgänge in die neueren Verträge eingebracht haben, lässt nicht darauf schließen, dass früher ein umfassendes Zustimmungserfordernis gelten sollte. Vielmehr liegt es nahe, dass die Parteien mit dieser Formulierung eine größtmögliche Klarheit über die Reichweite des Zustimmungsbedürfnisses erzielen wollten, indem sie das seit jeher herrschende Verständnis nunmehr fixiert haben.

(ccc) Darüber hinaus entspricht die Auslegung des Landgerichts der Gesetzeslage und der 124 herrschenden rechtswissenschaftlichen Auffassung, die der Senat teilt. Zivilrechtlich bestimmt ist ein Zustimmungserfordernis lediglich für die Einzelrechtsnachfolge in § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB, der analog auf Vertragsübernahmen anwendbar ist. Eine (partielle) Gesamtrechtsnachfolge, namentlich aufgrund einer Verschmelzung, Abspaltung oder

Ausgliederung, ist hingegen in aller Regel zustimmungsfrei, andernfalls Sinn und Zweck der umwandlungsrechtlichen Bestimmungen, die Erleichterungen für innerbetriebliche Umstrukturierungen bieten sollen, in sein Gegenteil verkehrt würden. Eine Ausgliederung gilt deswegen als bedeutender Vorteil gegenüber einer Einzelrechtsnachfolge (vgl. zum Ganzen: OLG Dresden, Urteil v. 28.04.2008, 8 U 65/08; Raible in: Maulbetsch/Klump/Rose, UmwG, 2. Aufl., § 123, Rn. 28). Gleichermäßen zutreffend hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass Ziff. 8.6 auf Übertragungen zugeschnitten ist, nach deren Vollzug der übertragende Rechtsträger noch existiert. Dies trifft zwar auf eine Ausgliederung zur Übernahme gem. § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG zu. Das Umwandlungsrecht sieht aber auch Umwandlungen wie Verschmelzungen vor, die gem. § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG zum Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers führen. Dass Ziff. 8.6 eine Differenzierung vermissen lässt, bekräftigt den Willen der Parteien, diese Klausel auf rechtsgeschäftliche Einzelrechtsnachfolgen zu beschränken. In diesem Sinne hatte offensichtlich auch die Beklagte die Regelung unter Ziff. 8.6 der Bezugsverträge verstanden, als sie das operative Geschäft der S2 AG als Vertragspartnerin der F Kraftwerke GmbH und der Klägerin zu 2) zum 01.01.2013 ebenfalls ohne Zustimmung der Gegenseite übertragen hatte (Anlage K28).

(ddd) Überdies machte die in Ziff. 7.4 der Bezugsverträge enthaltene Vereinbarung eines Fortbestands der "Erklärung der F Kraftwerke GmbH über die Eigentümerschaft und Struktur" der Klägerin zu 2) vom 21.12.2000, die wiederum auf ein Schreiben der ehemaligen Q2 AG vom 11.04.2000 (Anlage K7) Bezug nimmt, nur Sinn, wenn ansonsten die Möglichkeit einer eigenmächtigen Änderung durch den F-Konzern bestanden hätte. Hingen aber ohnehin jegliche Übertragungsvorgänge von einer Zustimmung des Vertragspartners ab, käme Ziff. 7.4 keine eigene Bedeutung mehr zu. 125

(eee) An dem eigenständigen Regelungsgehalt von Ziff. 7.4 scheitert zugleich eine Verknüpfung dieser Bestimmung mit Ziff. 8.6 im Sinne eines "qualifizierten Zustimmungsvorbehalts". Denn während Ziff. 8.6 verhindern soll, dass der Beklagten ohne deren Einwilligung oder Genehmigung ein neuer Schuldner präsentiert wird, bezieht sich Ziff. 7.4 ausschließlich auf den Fortbestand der Klägerin zu 2) als eigenständige Vertriebsgesellschaft. Diese unterschiedlichen Zielrichtungen schlagen sich vor allem in der Entstehungsgeschichte der Klägerin zu 2) nieder. Die Klägerin zu 2) wurde nämlich bereits 1998 im Zuge einer Fusion der W2 und der Q2 AG, die beide dem H-Konzern angehörten, auf Verlangen der Rechtsvorgängerin der Beklagten gegründet. Hierdurch wurde Bedenken der Beklagten Rechnung getragen, dass die Energielieferungen nach dem Zusammenschluss der einst selbstständigen Gesellschaften nicht mehr über die Vertragskraftwerke stattfinden, sondern nunmehr aus dem Gesamtbestand des Konzerns bedient werden könnten. Die Unabhängigkeit der Klägerin zu 2) vom übrigen Verbundgeschäft wurde daher erstmals mit der Anlage 3 zum Bezugsvertrag "1087 MW" vom 18.08.1998 fixiert und mit der Fusion der Q2 AG mit der C AG am 11.04.2000 erneuert. Zuletzt wurde sie inhaltsgleich durch die F Kraftwerke AG am 21.12.2000 fortgeführt. Die beizubehaltende Struktur hatten die Rechtsvorgänger der Parteien außerdem in Schaubildern illustriert (Anlagen K2 und K7). Diese Umstände verleihen Ziff. 7.4 die ausschließliche Bedeutung, dass eine kontinuierliche Unabhängigkeit der Klägerin zu 2) vom übrigen Konzerngeschäft und damit eine Belieferung der Beklagten aus den Vertragskraftwerken gewährleisten sollte. Mit dem Zustimmungsbedürfnis gem. Ziff. 8.6, das auch systematisch an ganz anderer Stelle der Verträge verortet ist, hatte diese Erklärung nichts zu tun. 126

(fff) Das Schreiben der F Kraftwerke GmbH vom 24.06.2015 (Anlage B96), mit dem sie die S2 AG um deren Zustimmung zur beabsichtigten Kettenausgliederung bezüglich der Gesellschaft Q GbR gebeten hatte, führt zu keiner abweichenden Einschätzung. Denn zum 127

einen hatte die Rechtsvorgängerin der Klägerin zu 1) bereits damals ihre Auffassung kommuniziert, dass es sich um eine zustimmungsfreie Maßnahme handle und das Einvernehmen des Vertragspartners, der in diesem Fall zugleich Mitgesellschafter war, nur vorsorglich eingeholt werde. Zum anderen durfte der F-Konzern nach einer positiven Reaktion der Beklagten davon ausgehen, dass diese die gesamte Umstrukturierung tolerierte und eine weitere Zustimmungsaufforderung entbehrlich war, zumal die mit besagtem Schreiben vom 24.06.2015 aufgezeigten Maßnahmen ankündigungsgemäß umgesetzt worden sind. Denn es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte mit einer Änderung des Gesellschaftsgefüges bei dem Q GbR uneingeschränkt einverstanden gewesen ist, während sie für die streitbefangenen Verträge eine entgegengesetzte Haltung einnimmt und nunmehr besonderen Wert auf eine Konzernzugehörigkeit ihrer Vertragspartner gelegt haben will.

(dd) Gleichwenig begründet die konzernrechtliche Umstrukturierung einen Verstoß gegen die bereits genannte Ziff. 7.4 der Bezugsverträge i.V.m. dem Schreiben der F Kraftwerke GmbH vom 21.12.2000 (Anlage K8). Insbesondere hat die zweigeteilte Struktur, wonach die Klägerin zu 2) das operative Geschäft unabhängig vom sonstigen Verbund führt, keine grundlegenden Änderungen erfahren. Die Klägerin zu 2) hat durch die Kettenausgliederung lediglich eine andere Muttergesellschaft, nämlich die Klägerin zu 1), erhalten, ohne dass ihr rechtliches oder tatsächliches Verhältnis zur Beklagten hiervon berührt wurde. Im Gegenteil bietet sie trotz der Anteilsveräußerung an die G SE unverändert die Gewähr für eine vom übrigen Konzerngeschäft unabhängige Energielieferung, die mit ihrer Gründung und der Ursprungserklärung vom 18.08.1998 angestrebt worden war. 128

(d) Schließlich scheiden von der Beklagten monierte Informationsdefizite als fristloser Kündigungsgrund i.S.d. § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB aus. Zwar gestaltete sich der Informationsfluss im Zusammenhang mit den Bauverzögerungen insofern zäh, als die Klägerin zu 2) die Beklagte bisweilen erst auf Nachfrage über wesentliche Geschehnisse in Kenntnis gesetzt hat, auf welche die Beklagte durch Pressemitteilungen aufmerksam geworden war. Ferner ist zu konzedieren, dass der Klägerin zu 2) als Ansprechpartnerin der Beklagten die nebenvertragliche Pflicht oblag, diese unaufgefordert über vertragswesentliche Aspekte wie den Gang des Genehmigungsverfahrens zu unterrichten und regelmäßig auf den neuesten Stand zu bringen. Etwaige Versäumnisse wogen aber nicht so schwer, dass sie eine sofortige Vertragsbeendigung rechtfertigten. Vor allem hat die Beklagte ihnen offenbar selbst keinen kündigungsrelevanten Vertrauensverlust zugeschrieben, der einem Festhalten an den Vertragsbeziehungen entgegengestanden hätte. Denn sie hatte sich nicht nur am 07.12.2016 auf ein klärendes Gespräch mit den Klägerinnen eingelassen, um Optionen für das weitere Vorgehen auszuloten. Zudem hat sie ihnen mit Schreiben vom 15.08.2017 (Anlage K41) einen Strombezug aus dem Kraftwerk E2 4 außerhalb der streitbefangenen Verträge angeboten und damit zu erkennen gegeben, dass sie die Klägerinnen als Energielieferantinnen nach wie vor schätzt und lediglich mit den Bedingungen der Verträge vom 22.12.2005 und vom 24.11.2006 nicht mehr einverstanden ist. 129

(3) Auch das in Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 normierte Kündigungsrecht hat die Beklagte nicht wirksam ausgeübt. Hiernach kann der Vertrag für den Fall, dass neue gesetzliche und/oder behördliche Maßnahmen zu einer wesentlichen Strompreisänderung bzw. zu einer wesentlichen Änderung der Strombezugskosten führen und einem Partner ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist, binnen einer Frist von 6 Monaten nach Feststellung/Inkrafttreten der Innovation schriftlich gekündigt werden und endet 2 Jahre nach (Zugang) der Kündigung. 130

(a) Es fehlt bereits an den tatbestandlichen Voraussetzungen einer außerordentlichen Vertragsbeendigung.

(aa) Mit der Berufung macht sich die Beklagte die Ansicht des Landgerichts zu eigen, wonach 132
der in Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 genannte "Strompreis" im Zusammenhang mit den
"Strombezugskosten" zu verstehen ist und nicht die Großhandelsmarktpreise erfasst, die für
eine Weiterveräußerung bedeutsam sind (Bl. 1220 d.A.). Dieses Verständnis stimmt mit dem
Kontext der gesamten Klausel überein, der sich ausschließlich auf die
Stromproduktionskosten der Klägerin und die damit korrespondierenden Bezugskosten der
Beklagten bezieht. Insbesondere knüpft Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 an den vorangehenden Satz 1
an, der explizit die "Kosten für die Stromerzeugung" und deren Auswirkung auf die von der
Beklagten zu zahlenden Strompreise nennt. Eine Änderung von wirtschaftlichen
Rahmenbedingungen, die zu einer Störung der Geschäftsgrundlage führen kann, haben die
Parteien hingegen gem. Ziff. 8.4 Satz 1 der gesetzlichen Regelung in § 313 BGB unterstellt.

(bb) Ferner ergab sich kein Kündigungsrecht der Beklagten gem. Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 aus 133
den Änderungen der europarechtlichen und innerstaatlichen Vorschriften über die Zuteilung
sog. CO₂-Zertifikate.

(aaa) Eine CO₂-Gutschrift ist der Oberbegriff für jede handelbare Bescheinigung oder 134
Genehmigung, die das Recht darstellt, eine Tonne Kohlendioxid oder die entsprechende
Menge eines anderen Treibhausgases abzugeben (Definition aus Wikipedia).
Europarechtliche Grundlage für den Emissionshandel ist die am 13.10.2003 erlassene
Richtlinie 2003/87/EG (Emissionshandelsrichtlinie), nachdem sich die Europäische Union im
Kyoto-Protokoll vom 11.12.1997 zu einer kontinuierlichen Senkung der
Treibhausgasemissionen verpflichtet hatte, um der globalen Erwärmung entgegenzuwirken.
Das Emissionshandelssystem beruht darauf, dass ein Anlagenbetreiber für jede Tonne
emittierten CO₂ ein gültiges Zertifikat vorlegen muss, von denen pro Jahr nur eine begrenzte
Anzahl ausgegeben wird. Die Option, überschüssige Zertifikate zu veräußern, soll den
Emittenten einen Anreiz für einen möglichst emissionsarmen Betrieb bieten. Der
Emissionshandel ist in 4 Perioden aufgeteilt, nämlich von 2005 bis 2007 (Pilotphase), von
2008 bis 2012, von 2013 bis 2020 (aktuelle Periode) und von 2021 bis 2030. Im Oktober
2004 wurden die europarechtlichen Vorgaben erstmals durch das Gesetz über den Handel
mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (TEHG) in nationales Recht
umgesetzt, dem ein erster nationaler Allokationsplan (NAP I) und das Zuteilungsgesetz 2007
(ZuG 2007) folgten. Letzteres sah für Anlagen, die ab Januar 2005 in Betrieb genommen
wurden ("Newcomer"), eine kostenfreie Zuteilung für 14 Jahre vor und wurde vom NAP II aus
November 2006 bestätigt. Da sich diese Regelungen als nicht zielführend erwiesen haben,
findet seit der dritten Handelsperiode, d.h. seit 2013, weder für vorhandene noch für neue
Emissionsbetriebe eine kostenfreie Zuteilung für Stromerzeugungsanlagen mit Ausnahme
von Fernwärme und KWK mehr statt. Der Erwerb erfolgt seither zu einem wesentlichen Teil
über Versteigerungen. Zusätzlich wurde 2014 durch die Verordnung (EU) Nr. 176/2014
wegen eines veritablen Preisverfalls das sog. Backloading etabliert, das zu einer künstlichen
Verknappung der handelbaren Zertifikate führte (vgl. Anlage B47, Seiten 25/26). Zuletzt ist
die Emissionshandelsrichtlinie für die 4. Handelsperiode ab 2021 durch die Richtlinie (EU)
2018/410 vom 08.04.2018 aktualisiert worden, mit der eine weitere Kürzung der verfügbaren
Zertifikate einhergehen wird. Da sich nämlich herausgestellt hatte, dass die emittierenden
Unternehmen wegen der nach wie vor geringen Preise von 7,00 Euro (Stand 2018) lieber
Zertifikate erwarben als ihren CO₂-Ausstoß herunterzufahren, wird ab der vierten
Handelsperiode im Jahr 2021 eine bestimmte Anzahl an Zertifikaten nicht mehr ausgegeben,
sondern in eine sog. Marktstabilisierungsreserve (MSR) überführt. Die Preise sind seither auf

rund 20,00 Euro gestiegen.

(bbb) Die Beklagte hat bereits nicht substantiiert dargetan, dass sie einer "wesentlichen Änderung der Strombezugskosten" ausgesetzt ist, die ihr ein Festhalten am Vertrag unzumutbar macht. Ob sie die Kosten für die Zertifikatszuteilungen überhaupt zu tragen hat, bedarf an dieser Stelle keiner Klärung. Denn abgesehen davon, dass die von ihr errechneten Preissteigerungen von 12,4 % (Bl. 1224 d.A.) erst jüngst eingetreten sind, während im Zeitpunkt der ersten Kündigungserklärung vom 22.07.2016 noch ein Preisverfall vorherrschte, hat sie eingeräumt, dass sie seit jeher die Kosten für eine Beschaffung von CO₂-Zertifikaten als "Opportunitätskosten" in ihre Verkaufspreise einbezogen hat. Opportunitätskosten sind jedoch keine Kosten im Sinne einer Kosten- und Leistungsrechnung, auf die sich Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 bezieht, sondern ein ökonomisches Konzept zur Quantifizierung des Nutzens entgangener Alternativen. Preissteigerungen führen demnach - sofern sie nicht ohnehin an die Abnehmer der Beklagten weitergereicht werden - zu einer reinen Gewinnabschöpfung und nicht zu einer "wesentlichen Änderung der Strombezugskosten" für die Beklagte. Denn wirtschaftlich betrachtet verliert die Beklagte nur die Summe, die sie im Fall kostenfreier Zuteilungen zusätzlich von ihren Kunden erhalten hätte. 135

(ccc) Dass die Beklagte bei planmäßigem Betriebsbeginn Anfang 2011 nach der damaligen Rechtslage in den Genuss der freien Zuteilung für die kommenden 14 Jahre gekommen wäre, mag einen - verschuldensabhängigen - Schadensersatzanspruch gegen die Klägerinnen begründen. Ein Kündigungsrecht nach Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 begründet dieser Umstand hingegen nicht. Ohnehin hat sich die Beklagte ihres Kündigungsrechts wegen des Wegfalls der freien Zuteilungen dadurch begeben, dass sie nach Beginn der dritten Handelsperiode unter dem 25.02.2013 ihre Vereinbarung mit der Klägerin zu 2) über die Kosten der CO₂-Berechtigungen vom 26.04.2005 (Anlage 6 zur Anlage K11) erneuert und den Änderungen im Emissionshandelssystem angepasst hat (Anlage K72, Bl. 1407, 1408 d.A.). Der Klägerin stand es auch unter Berücksichtigung der in § 531 Abs. 2 ZPO statuierten prozessualen Vorgaben frei, diese Anlage in das Berufungsverfahren einzuführen, da ihr Inhalt unstreitig ist. Dadurch dass sich die Beklagte in Kenntnis des Wegfalls der freien Zuteilungen, die in der besagten Zusatzvereinbarung unter Punkt 2. thematisiert worden war, bewusst für eine Vertragsfortsetzung entschieden hat, war es ihr verwehrt, denselben Aspekt ihrer Kündigungserklärung vom 22.07.2016 zugrunde zu legen. Ob man der Vereinbarung vom 25.02.2013 einen Verzicht auf die Ausübung einer etwaigen Kündigungsmöglichkeit gem. Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 entnimmt oder das Verhalten der Beklagten als treuwidrig i.S.d. § 242 BGB (venire contra factum proprium) bewertet, bedarf keiner abschließenden Klärung. 136

(ddd) Überdies war die Kündigungserklärung vom 22.07.2016 wegen einer Versäumung der in Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 bestimmten sechsmonatigen Ausschlussfrist ab Kenntnis bzw. Inkrafttreten der Gesetzesänderung(en) unwirksam. Diese Frist gilt nicht erst ab Vollzug der Verträge, der wegen der Bauverzögerungen noch nicht stattgefunden hat. Vielmehr kommt ihr bei sachgerechter Auslegung eine umfassende Wirkung zu. Denn obschon eine "Änderung" von Strombezugskosten begriffstechnisch erst ab der erstmaligen Zahlung eintreten kann, die wiederum mit der Inbetriebnahme des Kraftwerks anfällt, greift ein Festhalten am Wortlaut der Klausel zu kurz. Vielmehr sind Sinn und Zweck der Befristung zu berücksichtigen, die ein weites Regelungsverständnis gebieten. Vor allem haben die Parteien die verhältnismäßig kurze Kündigungsfrist in die Verträge aufgenommen, um dem Ausnahmecharakter dieser Lösungsmöglichkeit Rechnung zu tragen und möglichst schnell Klarheit darüber zu erzielen, ob einer der Vertragspartner eine gesetzliche und/oder behördliche Maßnahme zum Anlass nimmt, die Verträge zu beenden. Dass dieses Bedürfnis für beide Parteien bereits vor der Inbetriebnahme besteht, zeigt sich umso deutlicher, als die 137

Klägerinnen unstreitig mit einem Milliardenbetrag an Errichtungskosten in Vorleistung getreten sind. Es steht vor diesem Hintergrund außer Frage, dass sie nicht erst lange nach einer gesetzlichen Änderung mit einer Kündigung der Beklagten konfrontiert werden wollten, zumal die zweijährige Auslaufzeit nicht ansatzweise zum Ausgleich der geplanten Vollamortisation durch die Zahlungen der Kraftwerkskunden ausreichte. Nachdem die grundlegende Änderung des Emissionshandelssystems bereits mit der dritten Handelsperiode zum 01.01.2013 in Kraft getreten war, hätte eine Kündigung nach Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 der Klägerin zu 2) - unbeschadet der vorstehenden Überlegungen zur Wirkung der Vereinbarung vom 25.02.2013 – der Klägerin zu 2) spätestens am 30.06.2013 zugehen müssen. Ausgesprochen worden ist sie hingegen erst mit Schreiben vom 22.07.2016, nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 21.12.2015, d.h. ebenfalls mehr als 6 Monate zuvor, auf ihr vermeintliches Kündigungsrecht hingewiesen hatte.

(4) Ebenso wenig bestand ein Kündigungsrecht der Beklagten gem. Ziff. 8.4 der Bezugsverträge i.V.m. § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB. Die Beklagte stützt ihre Rechtsauffassung im Wesentlichen auf zwei Gesichtspunkte, die sie schon isoliert betrachtet als kündigungsrelevant ansieht, aber jedenfalls ihrem Zusammenspiel die Unzumutbarkeit einer Vertragsfortsetzung entnehmen will. Zum einen beschreibt sie angeblich signifikante Marktverwerfungen, d.h. eine schockartig eingetretene Phase extremen Ungleichgewichts von Angebot und Nachfrage. Zum anderen stellt sie auf eine erhebliche Verzögerung der Inbetriebnahme des Kraftwerks ab, die sich nach dem aktuellen Informationsstand auf mindestens 10 Jahre, nämlich bis Mitte 2020, ausdehnen wird. Insgesamt fürchtet sie um die Wirtschaftlichkeit der beiden Verträge wegen eines Absinkens der Großhandelsmarktpreise infolge eines Zubaus der erneuerbaren Energien und, falls sie die Kosten für die Zuteilung von CO₂-Zertifikaten tragen muss, wegen der bereits dargestellten Änderung des Emissionshandelssystems.

138

(a) § 313 BGB schränkt als gesetzliche Ausformung des Gedankens von Treu und Glauben den Grundsatz der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) dahin ein, dass unter bestimmten, im Zweifel eng auszulegenden Voraussetzungen bei Störungen der Geschäftsgrundlage eine Vertragsanpassung und als letzte Möglichkeit eine Vertragsbeendigung verlangt werden kann (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, a.a.O., § 313, Rn. 1). Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von gewissen gegenwärtigen oder künftigen Umständen, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut (vgl. BGH, 10.09.2009, VII ZR 82/08). Aber selbst eine Veränderung, die so gravierend ist, dass eine Partei oder sogar beide Parteien den Vertrag bei deren Kenntnis nicht oder nur mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten, begründet nicht zwangsläufig einen Anpassungs- oder Beendigungsanspruch. Insbesondere sind die vertragliche, gesetzliche oder normative Risikoverteilung, eine Vorhersehbarkeit der Störung(en) sowie Verschuldensaspekte in den Blick zu nehmen, die dazu führen können, dass § 313 BGB nicht anwendbar ist (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, a.a.O., § 313, Rn. 19 ff. m.w.N.). Diese Risikobetrachtung steht unter dem Grundsatz, dass jede Partei das von ihr übernommene "Risiko der Wirklichkeit" auch dann zu tragen hat, wenn sie der Vertrag aus nachvollziehbaren Gründen reut. Haben sich die Parteien über bestimmte Unwägbarkeiten Gedanken gemacht und das Vertragsgleichgewicht durch eine spezielle Klausel geregelt, ist für § 313 BGB von vornherein kein Raum, da es in diesem Fall um den Vertragsinhalt und nicht um dessen Grundlage geht. Fehlt eine - explizite oder durch eine ergänzende Auslegung zu ermittelnde - vertragliche Risikozuweisung, kommt es maßgeblich auf die geschäftstypische Risikoverteilung an. Einseitige Störungen in der Motivation oder den Erwartungen wie das Absatzrisiko hat die benachteiligte Partei in aller

139

Regel ebenso allein zu tragen wie die Verwirklichung eines spekulativen Elements, das vor allem langfristigen Verträgen innewohnt (vgl. Finkenauer in: MüKo zum BGB, § 313, Rn. 59 ff. m.w.N.). Insbesondere fällt die Vorstellung von einem gewinnbringenden Geschäft grundsätzlich in die Risikosphäre des Betroffenen, zumal sich kein Vertragspartner darauf einlassen würde, den Bestand oder Inhalt des Vertrags vom Erfolg des Anderen abhängig zu machen (vgl. BGH, Urteil v. 16.02.2000, XII ZR 279/97; BGH, Urteil v. 20.05.1970, VIII ZR 197/68). Gleiches gilt für ein Kalkulationsrisiko, das der Vertragsgegner ohne anderslautende Anhaltspunkte nicht in seinen Geschäftswillen einbezieht (vgl. erneut: BGH, Urteil v. 10.09.2009, VII ZR 82/08), sowie für die Vereinbarung eines Festpreises in einem Energielieferungsvertrag, mit der die Parteien das Risiko künftiger Veränderungen in beide Richtungen übernommen haben (vgl. BGH, Urteil v. 23.01.2013, VIII ZR 47/12 "AOS"). Allenfalls bei außergewöhnlichen Ereignissen außerhalb der Verantwortungssphäre der Beteiligten kann bei einer Überschreitung der Opfergrenze einer Partei eine Anpassung oder Beendigung des Vertrags angezeigt sein, wenn dies zur Vermeidung untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbarer und damit unzumutbarer Folgen unabweislich ist (vgl. BGH, Urteil v. 27.10.2004, XII ZR 175/02; BGH, Urteil v. 09.12.1970, VIII ZR 245/68). Ist eine Anpassung unmöglich, ist in diesem Fall eine Vertragsaufhebung erforderlich (vgl. Finkenauer in: MüKo zum BGB, a.a.O., § 313, Rn. 115).

(b) Im Streitfall haben sich die Klägerinnen verpflichtet, der Beklagten aus dem noch herzustellenden Kraftwerk E2 4 eine variabel abrufbare elektrische Nettoleistung von insgesamt 450 MW (pro Stunde) zur Verfügung zu stellen. Der Strombezugspreis orientiert sich wie bei den Verträgen zwischen den Rechtsvorgängern der Parteien nicht an den Großhandelsmarktpreisen, sondern an den Investitions- und Betriebskosten der Klägerinnen. Es handelt sich demnach nicht um herkömmliche Stromlieferungsverträge, wie sie vor allem im Haushaltskundebereich gebräuchlich sind, sondern um Bezugsverträge, welche die Beklagte an einem Teil des Kraftwerks gegen eine anteilige Übernahme der Amortisationskosten partizipieren lassen. Eine abweichende Auffassung rechtfertigen weder die von der Beklagten tabellarisch aufgelisteten Unterschiede zu einer Eigenerzeugung (Bl. 345, 346 d.A.) noch § 104 Abs. 4 EEG. Vielmehr bleibt es bei der vertragstypischen Risikoverteilung, wonach die Klägerinnen das Errichtungs- und Betriebsrisiko und die Beklagte das Vermarktungsrisiko tragen. Dieses Konzept entsprach nicht nur der bisherigen Handhabung wie in dem Vertrag "1087-MW" vom 18.08.1998 (Anlage K3), sondern war vor dem Vertragsschluss von der Klägerin zu 2) mit Schreiben vom 13.10.2005 wortgetreu zusammengefasst worden (Anlage K10). Zwar handelte es sich um eine einseitige Mitteilung, mit der die Klägerin zu 2) das Ansinnen der Beklagten, sich an dem Kraftwerk zu beteiligen, zurückgewiesen hatte (Anlage K9). Die Beklagte ist ihrem Inhalt jedoch nicht entgegengetreten und hat beide Verträge nach dem sog. Kostenmodell abgeschlossen. Dass es sich um eine bewusste unternehmerische Entscheidung handelt, wird umso deutlicher, als die Beklagte einräumt, sie habe sich von einer damals günstigen Vermarktungsprognose leiten lassen, die mit einer Marktpreisindexierung nicht zu realisieren gewesen wäre. Stattdessen hatte sie sich erhofft, bei fixen oder nur nach den vertraglich festgelegten Parametern anpassungsfähigen Bezugspreisen eine hohe Rendite wegen künftig steigender Großhandelsmarktpreise zu erzielen. Insbesondere hatte sich eine vorübergehend in den "1087-MW"-Vertrag implementierte Marktpreiselemente-Klausel (Anlage B63) als nicht zielführend erwiesen und war übereinstimmend nicht weiter verwendet worden. Ob das streitbefangene Vertragsmodell seinerzeit üblich war, ist ohne Belang, da den Parteien andere Gestaltungsmöglichkeiten wie ein Marktpreisindex sehr wohl geläufig waren. Von einem Informationsgefälle kann mit Blick auf die exponierte Stellung beider Parteien auf dem Energiesektor und die Vielzahl an von ihnen durchgeführten Kooperationen keine Rede sein.

140

(c) Nach diesen Erwägungen haben die Parteien grundsätzlich die wechselseitigen Risiken allein zu tragen, d.h. die Klägerinnen sind mit erhöhten Errichtungs- und Betriebskosten, die sich bereits verwirklicht haben, belastet, während die Beklagte ein Sinken der Strommarktpreise hinzunehmen hat. Zwar ist unbeschadet ausdrücklicher gegenteiliger Abreden im Regelfall davon auszugehen, dass bei gegenseitigen entgeltlichen Verträgen der Gedanke der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung auch dann zur Geschäftsgrundlage gehört, wenn dies bei den Vertragsverhandlungen nicht besonders besprochen worden ist (vgl. BGH, Urteil v. 23.05.2014, V ZR 208/12 "Erbbauzins"). Dies ändert aber nichts daran, dass eine Störung der Geschäftsgrundlage nur außerhalb der bewusst gewählten Risikoverteilung und des vorhersehbaren Laufs der Dinge in Betracht kommt (vgl. BGH, a.a.O., erneut: BGH, Urteil v. 09.12.1970, VIII ZR 245/68).

(d) Sofern die Beklagte einen massiven Preisverfall seit Vertragsschluss moniert, der nicht mit der bekannten Volatilität von Großhandelsstrompreisen vergleichbar sein soll, ist der Senat gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die unangegriffenen Feststellungen des Landgerichts gebunden, wonach die Börsenmarktpreise beim Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz mit ca. 37,00 Euro/MWh über denjenigen lagen, die bei Beginn der Verhandlungen im Dezember 2004 mit rund 32,00 Euro/MWh vorherrschten. Inzwischen hat sich der Durchschnittspreis am EPEX-Spotmarkt sogar auf 49,39 Euro/MWh (Stand Januar 2019) gesteigert und nähert sich den Preisen im November 2006 von ca. 57,00 Euro/MWh. Diese Entwicklung bestätigt eine für den Großhandelsmarkt typische und beiden Parteien bei den Vertragsabschlüssen bekannte Instabilität der Preislage, die bei einschneidenden energiewirtschaftlichen Änderungen wie der Liberalisierung des Strommarkts im Jahr 1998 deutlich absinkt und sich bislang stets wieder erholt hat. Wie die künftige Entwicklung ab der geplanten Inbetriebnahme des Kraftwerks im Jahr 2020 sein wird, ist ungewiss und hat keine Auswirkung auf den Bestand der streitbefangenen Verträge, solange Negativprognosen im spekulativen Bereich bleiben. 142

(e) Freilich führt der sog. Merit-Order-Effekt seit der 2010 eingeführten Börsenvermarktung von EEG-Strom in Zeiten hoher Einspeisungen, insbesondere bei sonnigem Wetter, zu einer Verringerung des Börsenpreises, da eine geringere Anzahl an teuren konventionellen Kraftwerken zugeschaltet werden muss, um die Stromnachfrage zu decken. Dies ist jedoch ein börsentypisches Phänomen, das der Beklagten ebenfalls seit jeher bekannt war. Ob die von der Beklagten erwähnten Marktverwerfungen überhaupt als solche bezeichnet werden können, kann letztlich dahinstehen, da sie jedenfalls nicht auf Umständen beruhen, die den Parteien bei den Vertragsschlüssen in den Jahren 2005 und 2006 fremd gewesen sind. Denn seit der Kyoto-Konferenz Ende 1997 und der Einführung des EEG im Jahr 2000, das seinerzeit in der Fassung vom 21.07.2004 galt, war allgemein und erst Recht in Fachkreisen bekannt, dass sich die EU mittel- bis langfristig zu einer nennenswerten Verringerung der Treibhausgasemissionen verpflichtet hatte und der Weg für den Zubau erneuerbarer Energien geebnet war. Dass diese nunmehr schneller voranschreitet als ursprünglich angenommen, fällt ebenso in den Risikobereich der Beklagten wie die Restriktionen im Emissionshandel. Denn anders als in den vom Bundesgerichtshof beurteilten Fällen haben sich keine grundlegend neuen wirtschaftlichen oder unvorhersehbaren gesetzlichen Änderungen wie die Neufassung eines Bebauungsplans in einer Entscheidung vom 23.05.2014 (V UR 208/12) oder ein Wegfall des Apothekenkonzessionierungssystems (vgl. BGH, Urteil v. 13.10.1959, VIII ZR 120/58) ergeben, die zu einer massiven, mit einer Entwertung der Sachleistung vergleichbaren Störung des Äquivalenzverhältnisses führten. Im Streitfall realisiert sich stattdessen ein vertragsimmanentes Risiko, dass das Preismodell derzeit für die Klägerinnen günstiger erscheinen lässt als für die Beklagte. Im Fall einer umgekehrten Entwicklung wäre es den Klägerinnen gleichermaßen versagt gewesen, eine 143

Änderung der Vertragsstruktur zu ihren Gunsten oder gar eine Lösung von den Bezugsverträgen zu verlangen.

(f) Der Senat verkennt nicht, dass der Entscheidung des BGH vom 23.01.2013 (VIII ZR 47/12 144 "AOS") insofern andere Parameter zugrunde lagen, als sie einen Erdgaslieferungsvertrag über die Dauer von nur drei Jahren betraf, der ohne signifikanten Vorlauf vollzogen werden konnte. Gleichwohl ist ihr die grundsätzliche Wertung zu entnehmen, dass bei nicht marktpreisindexierten Kostenregelungen wegen der mit ihnen verbundenen Risikoverteilung jedenfalls dann nicht von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage auszugehen ist, wenn die Großhandelspreise nicht langfristig deutlich unter das bei Beginn der Vertragsverhandlungen bestehende Niveau fallen. Diese Grundsätze greift eine Entscheidung des OLG München vom 27.04.2017 (U 3922/15 Kart - "ENTEGA") auf, die sich über die Risikoverteilung bei der Beteiligung an einem virtuellen Kraftwerk für die Dauer von 33 Jahren (2009 bis Ende 2031) verhält und mit Ausnahme der Ausführungen zu einem Verstoß gegen das PreisklauselG auf den Streitfall übertragbar ist.

Dass dort kein mehrjähriger Zeitraum zwischen dem Vertragsschluss und dem geplanten Vollzug lag, rechtfertigt schon deshalb keine abweichende Einschätzung, weil sich die Parteien auch über diesen Aspekt im Klaren gewesen sind und dennoch keinen Marktpreisindex in die Verträge aufgenommen haben. 145

(g) Ebenso wenig zählt das Vermarktungsrisiko vor der Inbetriebnahme des Kraftwerks zum Errichtungsrisiko der Klägerinnen, das sich - anders als der vermeintliche Preisverfall - durch die Bauverzögerungen bereits realisiert und zu einem erheblichen Mehraufwand geführt hat. Dass die Parteien von einem solchermaßen differenzierten Verständnis ausgegangen sein könnten, geht weder aus ihrem Vorbringen noch aus den sonstigen Umständen des Falles hervor. 146

(h) Eine Einbeziehung des sog. clean dark spread (CDS) in die Interessenabwägung führt zu keinem anderen Ergebnis. Dieser Begriff umschreibt die theoretische Bruttomarge eines Kohlekraftwerks aus dem Verkauf einer Einheit Strom und den zur Produktion erforderlichen variablen Kosten. Er entspricht im Wesentlichen dem spezifischen Deckungsbeitrag, durch den die Fixkosten eines Unternehmens gedeckt werden müssen. Je höher der CDS liegt, desto profitabler arbeitet das Kraftwerk. Inwieweit sich der CDS wegen zwischenzeitlichen Preissenkungen und einem jüngsten Anstieg der Kosten für die Zuteilung von CO₂-Zertifikaten reduziert hat, bedarf keiner abschließenden Klärung. Denn auch dessen Entwicklung beruht auf den bereits dargestellten Umständen, die dem Unternehmerrisiko der Beklagten zufallen. Im Übrigen haben die Parteien eine Berücksichtigung von Kostensteigerungen für die Zuteilung von CO₂-Zertifikaten, die auf Gesetzesänderungen nach 2006 zurückzuführen sind, ausschließlich unter den Voraussetzungen gem. Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 der Bezugsverträge vorgesehen. Eine Versäumung der dort bestimmten sechsmonatigen Frist darf nicht über einen Rückgriff auf den fristunabhängigen § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB unterlaufen werden. 147

(i) Hinzu kommt, dass die Parteien im Februar 2013 die besagte Vereinbarung über den Umgang mit grundlegenden Änderungen im Emissionshandel ab der dritten Handelsperiode getroffen hatten und die Verträge trotz der damals absehbaren Entwicklungen auf dem Energiesektor fortsetzen wollten (Anlage K72). Insbesondere datiert die von der Beklagten als besonders einschneidend bezeichnete Atom-Katastrophe in Fukushima aus März 2011 und lag damit rund 2 Jahre zurück. Unbeschadet des ohnehin von der Beklagten übernommenen Vermarktungsrisikos hatte sie sich spätestens seither eines Rechts auf Vertragsanpassung oder -beendigung wegen derjenigen Faktoren begeben, die Anfang 2013 148

bekannt oder absehbar waren. Dies betrifft neben der Versagung freier Zertifikatszuteilungen vor allem den weiteren Ausbau der erneuerbaren Energien und dessen Auswirkungen auf den Großhandelsmarktpreis.

(j) Ferner stellt die Beklagte bislang nur theoretische Berechnungen an, ohne ihre Absatzsituation konkret zu beschreiben. Denn wenngleich Vorabvermarktungen, die ab 2016 durchgeführt worden sein sollen, branchenüblich sein und eine gewisse Preissicherheit bieten mögen, rechtfertigten selbst hohe wirtschaftliche Nachteile ohne nähere Darlegungen zur finanziellen Gesamtlage des Unternehmens unter Berücksichtigung der vertraglichen Risikoverteilung keinen Eingriff in die Vertragswerke. Greifbare Anhaltspunkte für eine Überschreitung der Opfergrenze, die allenfalls bei einem existenzbedrohenden Umfang der Verluste erreicht wäre, lassen sich weder dem Vorbringen der Beklagten noch den sonstigen Umständen des Falles entnehmen. 149

(k) Darüber hinaus muss sich die Beklagte, die ein Anpassungsverlangen der Klägerinnen vom 16.02.2009 wegen gestiegener Investitionskosten (Anlage B10) zurückgewiesen und auf einer Einhaltung der vertraglichen Risikoverteilung bestanden hatte, den gleichen Einwand seitens der Klägerinnen gefallen lassen, wenn sich das von ihr übernommene Vermarktungsrisiko realisiert. Eine abweichende Bewertung ließe nahezu keinen Raum für ein unternehmerisches Risiko als prägendes Merkmal der freien Marktwirtschaft. 150

(l) Zweifellos ist nicht zu übersehen, dass sich der kommerzielle Betrieb des Kraftwerks bereits bei der ersten Kündigungserklärung der Beklagten am 22.07.2016 ungewöhnlich lange verzögert hatte. Dennoch ist eine Vertragsbeendigung derzeit nicht gerechtfertigt. 151

(aa) Zunächst ist Ziff. 8.4 Satz 2 der Bezugsverträge als Rechtsgrund- und nicht als Rechtsfolgenverweisung konzipiert. Letzteres würde bedeuten, dass jede noch so geringe Verzögerung eine Störung oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage mit den Rechten aus § 313 BGB darstellte. Dass dies, vor allem mit Blick auf verschiedene Unwägbarkeiten, die ein Projekt dieser Größenordnung mit sich bringt, nicht dem Willen der Parteien entsprach, belegt schon der Wortlaut der Klausel, wonach Verzögerungen nach § 313 BGB "beurteilt" werden sollen. Außerdem ist das Gesamtkonzept beider Verträge ersichtlich auf einen Fortbestand der Vertragsbeziehung ausgelegt und sieht Lösungsmöglichkeiten nur in engem Umfang vor. 152

(bb) Die bereits in der Präambel beider Verträge genannte Inbetriebnahme Ende 2010 ist zwar nicht Vertragsinhalt, aber - anders als die "Marktgängigkeit" der Verträge - Vertragsgrundlage gewesen. Denn beide Parteien gingen bei den Vertragsschlüssen im Dezember 2005 und im November 2006 davon aus, dass dieses Ziel ohne wesentliche Verzögerungen erreicht werden kann. Zwar birgt ein laufendes öffentlich-rechtliches Genehmigungsverfahren stets das Risiko von Beanstandungen in sich, die im ungünstigsten Fall - wie hier - zu erheblichen Verzögerungen führen können. Gleichwohl hatten beide Parteien mit einem reibungslosen Ablauf des Genehmigungsverfahrens und mit einer Errichtung des Kraftwerks bis Ende 2010 gerechnet und ihren Geschäftswillen hieran ausgerichtet. Dies belegt insbesondere eine unter Ziff. 1.3 der Verträge geregelte 15-jährige Vertragsverlängerungsoption, mit der die Beklagte an dem profitablen "goldenen Ende" des Kraftwerks nach vollständiger Abschreibung hätte teilhaben können. 153

(cc) Diese Vertragsgrundlage war bereits Mitte 2016 wesentlich gestört. Die Verschiebung der Inbetriebnahme beruhte damals auf massiven Problemen während des bauplanungsrechtlichen und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens, die eine mehrjährige Neuplanung erforderten. Wenngleich die notwendigen Genehmigungen 154

inzwischen vorläufig vollziehbar erteilt worden sind, sind sie nach wie vor, u.a. wegen einer eigenen Klage der Klägerinnen gegen Vorgaben über die Einhaltung bestimmter Quecksilberwerte, nicht bestandskräftig.

(dd) Eine Störung der Geschäftsgrundlage berechtigt jedoch nur dann zu einer Vertragsanpassung oder einer einseitigen Beendigung, wenn Faktoren hinzukommen, die unter Abwägung des Bestandsinteresses auf der einen Seite und des Lösungsinteresses auf der anderen Seite eine Durchbrechung des Grundsatzes vom vertragstreuen Verhalten rechtfertigen. 155

(aaa) Den Klägerinnen war im Zeitpunkt der ersten Kündigungserklärung eine Vertragserfüllung weder tatsächlich noch rechtlich unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB. Die streitbefangenen Verträge stellen keine absoluten Fixgeschäfte dar, die eine Nachholung der versprochenen Sachleistung objektiv unmöglich machten. Hiergegen spricht bereits, dass die Parteien keinen festen Vertragsbeginn vereinbart, sondern eine Inbetriebnahme des Kraftwerks, die den Beginn des Vollzugs markieren sollte, für Ende 2010 lediglich avisiert hatten. Eine zeitliche Grenze, deren Überschreitung eine Unmöglichkeit der versprochenen Energiebereitstellung begründen könnte, gibt es nicht. Vielmehr kann die Menge an elektrischer Energie, die bei annähernd pünktlichem Beginn schon damals geliefert worden wäre, nach der Inbetriebnahme des Kraftwerks ungeschmälert zur Verfügung gestellt werden (vgl. BGH, Urteil v. 06.05.2015, VIII ZR 56/14; OLG Hamm, Urteil v. 15.02.2017, 30 U 149/15). 156

(bbb) Ferner entwickeln sich die Großhandelsstrompreise unabhängig von dem Betrieb des Kraftwerks E2 4 und hätten die Beklagte bei planmäßigem Lieferbeginn gleichermaßen getroffen. Inwiefern die von ihr errechneten Verluste aus streitigen Vorabvermarktungen von der Verzögerung abhängen sollen, trägt die Beklagte nicht vor. Stattdessen räumt sie ein, dass es sich um ein übliches Vorgehen an der Strombörse handelt, das sie auch bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung angewandt hätte. Selbst wenn ihre Berechnungen zuträfen, hätte sie allenfalls "Sowieso-Verluste" erlitten. Ob die erneute Verschiebung des zwischenzeitlich für Ende 2018 angekündigten Vollzugsbeginns Schadensersatzansprüche der Beklagten gegen die Klägerinnen begründete, da diese bei rechtzeitiger Information von den ersten Vorabvermarktungen abgesehen hätte, bedarf keiner abschließenden Klärung. Solche Forderungen berühren den Bestand der Verträge nicht, zumal die Beklagte bei einem für sie günstigen Anstieg der Strompreise die Einsatzverschiebungen äußerstenfalls zum Anlass für die Anmeldung von Verzögerungsschäden genommen hätte, ohne die Geltung der Verträge in Frage zu stellen. 157

(ccc) Ohnehin besteht ein Kündigungsrecht nach § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB nur als "ultima ratio", wenn eine Vertragsanpassung nicht in Betracht kommt. Dass der Streitfall vertraglichen Modifikationen zugänglich ist, belegt die Hilfswiderklage, mit der die Beklagte verschiedene Anpassungsvarianten aufzeigt. Im Übrigen haben selbst unter Berücksichtigung der Verlustberechnung der Beklagten bislang vorwiegend die Klägerinnen wirtschaftliche Einbußen durch die Bauverzögerung erfahren. Wenngleich solche Belastungen in deren Risikosphäre fallen, sind sie dennoch in die Interessenabwägung einzubeziehen, um einseitige Betrachtungen zu vermeiden. Zugleich minimiert die Vorleistungspflicht der Klägerinnen die Verlustgefahr auf Seiten der Beklagten. 158

(ddd) Eine abweichende Bewertung ist weder aus Verschuldensgesichtspunkten noch wegen eines ansonsten treuwidrigen Verhaltens der Klägerinnen geboten. Ob die Klägerinnen den Bau des Kraftwerks bis zur Bestandskraft der öffentlich-rechtlichen Genehmigungen hätten zurückstellen sollen, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Denn selbst wenn hiervon 159

auszugehen wäre, hat sich die Beklagte gleichermaßen fahrlässig auf ein Geschäft eingelassen, dessen Durchführung von dem anstehenden Genehmigungsverfahren abhing. Sofern sie von bestandskräftigen Genehmigungen ausgegangen sein will, hätte es auf der Hand gelegen, entsprechende Erkundigungen einzuholen, zumal ein Baubeginn vor Bestandskraft von ihrem eigenen Mutterkonzern schon praktiziert worden war. Zwar kann eine Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung auch darauf beruhen, dass sich eine Partei einem Anpassungsanspruch in missbräuchlicher Weise verschließt und damit einen ernstzunehmenden Vertrauensbruch hervorruft (vgl. Finkenauer in: MüKo zum BGB, a.a.O., § 313, Rn. 119 m.w.N.). Die Beklagte trägt jedoch nicht vor, inwiefern die Klägerinnen eine einseitige Weigerungshaltung eingenommen haben könnten. Dass nicht uneingeschränkt ihrem Willen entsprochen worden ist, begründet keinen kündigungsrelevanten Vertrauensverlust. Welchen Inhalt verschiedene Gespräche, zu denen die Klägerinnen bereit gewesen sind, gehabt haben, legt die Beklagte nicht dar.

bb) Kündigungserklärung vom 06.04.2018 (Anlage B149) 160

Die Kündigungserklärung vom 06.04.2018 ist ebenfalls unwirksam. Da sie sich ausschließlich über die Veräußerung der F-Anteile an die G SE verhält, erlaubt sich der Senat, zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen Bezug zu nehmen. 161

cc) Rücktritts-/Kündigungserklärung vom 18.05.2018 (Anlage B 141) 162

Gleichwenig führte das Schreiben der Beklagten vom 18.05.2018 zur Beendigung der Verträge. 163

(1) Die Beklagte ist von keinem der beiden Verträge wirksam gem. §§ 323 Abs. 1, 326 Abs. 5, 346 Abs. 1 BGB zurückgetreten. 164

(a) Ein Vertragsrücktritt war bereits gem. Ziff. 9 Abs. 3 der Verträge ausgeschlossen. 165

(aa) Das gesetzlich in den §§ 323 ff. BGB geregelte Rücktrittsrecht kann außerhalb von Verbrauchergeschäften grundsätzlich, auch für den Fall einer Unmöglichkeit der Hauptleistung, abbedungen werden (vgl. Palandt – Grüneberg, BGB, a.a.O., § 323, Rn. 2 und § 326, Rn. 18 a. E.). Ziff. 9 Abs. 3 greift diese Option auf, indem ein Rücktritt und eine Kündigung ausgeschlossen sind, soweit dies gesetzlich zulässig und vertragsintern nicht anderweitig geregelt ist. Ob es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) handelt, bedarf keiner Klärung, da die Klausel einer Inhaltskontrolle standhielte. Einen vollständigen Ausschluss des Rücktrittsrechts, der gem. § 309 Nr. 8a BGB i.V.m. § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB auch im Unternehmerverkehr unzulässig wäre, sehen die Verträge nicht vor. Ferner ist die Regelung trotz des auslegungsbedürftigen Begriffs „soweit gesetzlich zulässig“ hinreichend transparent und verstößt nicht gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, zumal die Anforderungen an die Einhaltung des Transparenzgebots nicht überspannt werden dürfen (vgl. BGH, Urteil v. 05.11.2003, VIII ZR 10/03). Dass der Anspruch auf die Gegenleistung im Unmöglichkeitssfall gem. § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB entfällt, bleibt unberührt. Dieser Grundsatz betrifft aber die von den Klägerinnen zu tragende Vergütungsgefahr, die mangels Vollzugs der streitbefangenen Verträge derzeit nicht in Rede steht. 166

(bb) Sofern die Beklagte einwendet, Ziff. 9 Abs. 3 sei ebenso wie Ziff. 8.4 Satz 2 vor dem Hintergrund einer maximal zweijährigen Verzögerung implementiert worden, gelten die obigen Erwägungen entsprechend. Insbesondere hätte auch an dieser Stelle eine zeitliche Eingrenzung sehr nahegelegen. Denn selbst wenn die Parteien mit keinen gravierenden Verzögerungen gerechnet haben mögen, verfügten sie unter Berücksichtigung ihrer 167

erheblichen Branchenerfahrung zumindest über ein Begleitwissen, dass weitergehende Verschiebungen aus verschiedenen Gründen denkbar sind.

(b) Darüber hinaus ist die versprochene Leistung durch die erneute Verzögerung nicht unmöglich geworden. Der zeitliche Aspekt führt isoliert betrachtet schon deswegen nicht zur Unmöglichkeit der Leistung, weil sie - wie bereits dargelegt - nachgeholt werden kann. Den Parteien kam es im Gegensatz zu einem herkömmlichen Stromlieferungsvertrag nicht darauf an, die Energieleistung zu bestimmten Zeitpunkten abzurufen. Dass die Inbetriebnahme des Kraftwerks für Ende 2010 vorgesehen war, ändert daran nichts. Ebenso wenig ergibt sich eine Unmöglichkeit oder Mangelhaftigkeit der Leistung aus einem eventuell verringerten Wirkungsgrad oder dem Umstand, dass es sich um kein neuwertiges Kraftwerk mehr handeln soll. Letzteres trifft schon deswegen nicht zu, weil es bis auf den T24-Stahl nach vertragsgemäßem Konzept errichtet wird. Dass sich die Qualität der verfügbaren Energie ändern könnte oder der Vertrag bei einem ursprünglichen Verbau von T12-Stahl nicht zustande gekommen wäre, ist nicht vorgetragen. 168

(2) Ferner war die Beklagte auch in Ansehung der am 14.03.2018 in Kraft getretene Richtlinie (EU) 2018/410 nicht zur Kündigung gem. Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 der Bezugsverträge berechtigt. Diese europarechtliche Vorgaben knüpfen an die Richtlinie 2003/87/EG an und bezwecken im Wesentlichen eine weitere Verknappung der verfügbaren CO₂-Zertifikate, um durch einen Anstieg der bislang moderaten Zertifikatspreise mittelbar eine Verringerung der Treibhausgasemissionen zu erreichen. Es kann dahinstehen, ob die Richtlinie, die gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV keine unmittelbare Wirkung im Inland entfaltet, sondern von den Mitgliedstaaten erst in nationales Recht umgewandelt werden muss, eine gesetzliche Änderung i.S.d. Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 darstellt. Denn zum einen legt die Beklagte - wie bereits ausgeführt - nicht dar, inwieweit Neuregelungen im Emissionshandel zu einer wesentlichen Änderung der Strombezugspreise und nicht nur zu einer Gewinnabschöpfung führen, die von Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 nicht erfasst wird. Zum anderen hatten die Parteien die besagte Vereinbarung vom 25.02.2013 (Anlage K72) in Kenntnis einer grundlegenden Modifikation des Emissionshandelssystems getroffen, wonach eine freie Zuteilung von Zertifikaten mit Ausnahmen für besonders förderungswürdige Sparten zum 01.01.2013 abgeschafft worden war. Damit war die Direktion des Gesetzgebers vorgegeben, die Zertifikatspreise anzuheben, und weitere Restriktionen absehbar. Dadurch, dass sie nunmehr durch die Richtlinie (EU) 2018/410 kodifiziert worden sind, ist die Beklagte keiner neuen, für sie überraschenden Situation ausgesetzt und eine Vertragsdurchführung für sie nach wie vor zumutbar. Insbesondere sieht Ziff. 6 Abs. 4 Satz 2 der Bezugsverträge ein Kündigungsrecht nicht allein wegen einer gesetzlichen oder behördlichen Maßnahme, sondern erst dann vor, wenn deswegen - wie hier nicht - einem Vertragspartner ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. 169

(3) Schließlich scheidet eine Kündigung der Verträge gem. Ziff. 8.4 i.V.m. § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB aus. 170

(a) Zunächst erlaubt sich der Senat erneut, zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen Bezug zu nehmen, die in vollem Umfang sinngemäß gelten. Denn wenngleich sich die Verzögerung der Inbetriebnahme im Mai 2018 auf rund 7 1/2 Jahre ausgeweitet hatte, war der Beklagten ein Festhalten an den Verträgen vor allem wegen der vereinbarten Vorleistungspflicht der Klägerinnen nach wie vor zumutbar. Ob und in welchem Umfang die Beklagte seit 2016 Vorabvermarktungen durchgeführt hat, ist aus den genannten Gründen nicht relevant. 171

(b) Die zwischenzeitlich gewonnene Erkenntnis, dass der für den Dampfkessel verwendete T24-Stahl einem Betrieb nicht standhält und gegen T12-Stahl ausgetauscht werden muss, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Zwar waren technische Schwierigkeiten dieses Ausmaßes selbst für die Klägerinnen unvorhersehbar, die während des erstinstanzlichen Prozesses davon ausgingen, dass etwaigen, von anderen Kraftwerken bekannten Problemen hinreichend vorgebeugt worden sei. Ob sich durch den Stahlaustausch der Wirkungsgrad des Kraftwerks verringern wird, bedarf jedoch keiner abschließenden Feststellungen. Denn dem Vorbringen der Beklagten ist nicht zu entnehmen, inwiefern eine Reduzierung des Wirkungsgrades oder ein Verlust an Neuwertigkeit Einfluss auf die Möglichkeit einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung haben könnte. Ihre weiteren Bedenken, die Umbauten erforderten womöglich eine öffentlich-rechtliche Änderungsgenehmigung, gehen insbesondere unter Berücksichtigung eines auszugsweise vorgelegten Bescheides der Bezirksregierung Münster über eine Genehmigungsfreiheit der geplanten Umbauten (Anlage K71, Bl. 1400 - 1402 d.A.) nicht über Mutmaßungen hinaus.

dd) Kündigungs- und Rücktrittserklärung vom 26.02.2019 (Anlage B159) 173

Schließlich bestehen die streitbefangenen Verträge nach den letzten beiden Gestaltungserklärungen der Beklagten vom 26.02.2019 fort. 174

(1) Auch die erneute Rücktrittserklärung ist gem. §§ 323 Abs. 1, 326 Abs. 5, 346 Abs. 1 BGB unwirksam. Denn unbeschadet des unter Ziff. 9 Abs. 3 geregelten Rücktrittsausschlusses ist eine Bereitstellung der vertraglich vereinbarten Energie durch die Klägerinnen weder wegen der Empfehlungen der "Struktur-Kommission" vom 26.01.2019 noch wegen eines vermeintlich erhöhten Risikos einer verwaltungsgerichtlichen Aufhebung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheides unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB. 175

(a) 176

Nach den Vorschlägen der „Struktur-Kommission“ vom 26.01.2019 wird erwogen, sämtliche Kohlekraftwerke bis 2038 abzuschalten und im Bau befindliche Anlagen wie das Kraftwerk E2 4 nicht mehr anlaufen zu lassen. Zwar mögen die Parteien diese Entwicklung, die ein erster Referentenentwurf für ein Bundes-Klimaschutzgesetz (Auszug als Anlage B169) aufgreift, bei den Vertragsschlüssen nicht in Betracht gezogen haben. Verbindliche Regelungen sind bislang aber weder getroffen worden noch zuverlässig absehbar. Dass der V-Konzern Gesprächsbereitschaft darüber signalisiert hat, ob und inwiefern er sich eine vorzeitige Stilllegung „abkaufen“ lässt, führt ebenfalls nicht zur Unmöglichkeit der versprochenen Leistung. 177

(b) Selbst wenn das Kraftwerk nur bis 2038 betrieben werden könnte und eine Energielieferung für die letzten 7 Jahre der Vertragslaufzeit unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB wäre, fehlte es an einem Grund, vom gesamten Vertrag zurückzutreten. Denn ein Rücktritt vom ganzen Vertrag wäre gem. § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB nur gerechtfertigt, wenn die Beklagte an einer Teilleistung kein Interesse hätte. Entscheidend ist, ob eine solche Leistung noch einer Verwirklichung des mit dem Vertrag verfolgten Interesses entspräche oder das Interesse des Gläubigers durch die Teilung unverhältnismäßig beeinträchtigt wäre (vgl. Ernst in: MüKo zum BGB, a.a.O., § 323, Rn. 205 m.w.N.). Dass ein Energiebezug bis 2038 für die Beklagte aus objektiver Sicht ohne Interesse sein könnte, lässt sich weder ihrem Vortrag noch den sonstigen Umständen des Falles entnehmen. 178

(c) Gleiches gilt für die zuletzt aufgezeigten Bedenken der Beklagten gegen den Bestand der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Ob und welche Auswirkungen eine - bislang 179

ausstehende - für das Steinkohlekraftwerk U in M günstige Entscheidung des Bundesverwaltungsgericht auf die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsfähigkeit des hiesigen Kraftwerks haben wird, ist nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten ungewiss.

(2) Gleichwenig begründeten die aktuellen energiepolitischen Entwicklungen und die weiteren Bauverzögerungen ein Kündigungsrecht der Beklagten. 180

(a) Eine ergänzende Vertragsauslegung ist nach den dargelegten Grundsätzen, auf die erneut zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, nicht angezeigt. Insbesondere haben die Parteien unter Ziff. 8.4 Sätze 1 und 2 der Verträge hinreichend flexible Regelungen für den Fall unvorhergesehener Entwicklungen getroffen und damit eine Konfliktlösung ermöglicht, die keiner Ergänzung bedarf. 181

(b) Auch eine Kündigung gem. Ziff. 8.4 Sätze 1 und 2 i.V.m. § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB kommt nicht in Betracht. 182

(aa) Die seit Erlass des erstinstanzlichen Urteils eingetretene Verzögerung, die sich wegen der Umbauarbeiten nach derzeitigen Erkenntnissen auf Mitte 2019 erstrecken wird, führt isoliert betrachtet nicht zur Unzumutbarkeit einer Vertragsfortsetzung für die Beklagte. Insbesondere ist abermals zu berücksichtigen, dass die Beklagte bis zur kommerziellen Inbetriebnahme des Kraftwerks keine Zahlungen zu erbringen hat und die Klägerinnen vorleistungspflichtig sind. Ziff. 8.4 Satz 2 verliert durch dieses Verständnis nicht an eigenständiger Bedeutung. Denn vor einem Vollzug der Verträge wäre ein Schaden außerhalb von Vorabvermarktungsgeschäften vor allem bei einem Anstieg der Strompreise denkbar gewesen, von dem die Beklagte ohne die Verzögerungen profitiert hätte. 183

(bb) Etwaige Verluste der Beklagten aus Vorabvermarktungen seit dem Jahr 2016, die sie in ihrem eigenen finanziellen Interesse gleichermaßen bei planmäßigem Betrieb der Anlage vorgenommen hätte, beruhen nicht auf weiteren Bauerzögerungen, sondern auf dem von ihr übernommenen Vermarktungsrisiko. Dass sie hiervon womöglich im Jahr 2016 abgesehen hätte, wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass sich die Inbetriebnahme bis Mitte 2020 verschiebt, wirkt sich auf den Bestand der Verträge nicht aus. 184

(cc) Gleiche Erwägungen gelten hinsichtlich der Empfehlungen der "Struktur-Kommission" und des vorliegenden Referentenentwurfs. Denn wenngleich davon auszugehen ist, dass deren Kerngedanke, nämlich eine mittel- bis langfristige Umsetzung der avisierten Klimaschutzziele, durch eine Normierung der erforderlichen Maßnahmen fortgeführt werden wird, sind Art und Umfang solcher Neuregelungen bislang nicht absehbar. Eine Beendigung der Bezugsverträge wäre im derzeitigen Entwicklungsstadium verfrüht und belastete die Klägerinnen einseitig mit erheblichen Aufwendungen, die sich trotz einer - wenngleich später als geplanten - ungeschmäleren Leistungsfähigkeit nicht einmal teilweise amortisierten. 185

(dd) Ebenso wenig führen Erwägungen des V-Konzerns, ihre Vertragspartner an den Kosten einer Stilllegung des Kraftwerks, die bei planmäßiger Inbetriebnahme Ende 2010 nicht gedroht hätte, zu beteiligen, zur Unzumutbarkeit einer Vertragsfortsetzung. Abgesehen davon, dass bislang weder ein Bauabbruch noch ein finanzieller Rückgriff auf die Beklagte spruchreif ist, begründeten Versäumnisse der Klägerinnen allenfalls Schadensersatzansprüche der Beklagten in Form einer Freistellung von solchen Kosten. Gleiches gilt, sofern die Beklagte im Fall eines Kohleausstiegs 2038 nicht mehr in den Genuss des "goldenen Endes" des Kraftwerks kommen wird. Auch der Wegfall dieser Option mag bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen Schadensersatzansprüche begründen, ohne eine sofortige Vertragsbeendigung zu rechtfertigen. 186

Hilfswiderklage der Beklagten	187
Die Hilfswiderklage bleibt insgesamt ohne Erfolg.	188
a) <u>Hilfswiderklageantrag zu 1)</u>	189
Mit dem Antrag zu 1) begehrt die Beklagte die Feststellung, dass sie nicht zur Zahlung von Kosten für die CO ₂ -Zertifikate verpflichtet ist.	190
aa) Der negative Feststellungsantrag zu 1) ist unzulässig. Zwar ist es nicht zu beanstanden, dass die Beklagte ihre Widerklage für den Fall eines Obsiegens der Klägerinnen, d.h. unter einer innerprozessualen Bedingung, erhoben hat (vgl. BGH, Urteil v. 30.05.1956, IV ZR 30/56). Ebenso wenig scheitert die Eventualwiderklage an § 533 ZPO, da eine umfassende Klärung der Vertragsbeziehung sachdienlich ist und die Parteien ausschließlich um Rechtsfragen streiten. Der Antrag zu 1) betrifft jedoch kein i.S.d. § 256 Abs. 1 ZPO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis, sondern nur ein einzelnes Element, das einer Berechnung der Kostenlast der Beklagten dient (vgl. BGH, Urteil v. 03.05.1983, VI ZR 79/80; Zöller - Greger, ZPO, 32. Aufl., § 256, Rn. 4 ff. m.w.N.). Der Senat verkennt nicht, dass mitunter auch einzelne Folgen einer Rechtsbeziehung Gegenstand einer (negativen) Feststellungsklage sein können. Die allgemeine Zulassung von Klagen auf Klärung einzelner rechtlicher Umstände führte indes zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Verselbstständigung der Feststellungsklage und ließe besorgen, dass das Fehlen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses durch ein allgemeines Klärungsinteresses überspielt wird (vgl. Zöller - Greger, ZPO, a.a.O., § 256, Rn. 3 a.E., Rn. 7).	191
bb) Darüber hinaus ist der Hilfswiderklageantrag zu 1) unbegründet. Denn aus den zur Akte gereichten Unterlagen und dem vertraglichen Regelungskonzept geht hervor, dass die Beklagte im Ergebnis die Kosten für die CO ₂ -Zuteilungen allein zu tragen hat.	192
(a) Zwar hat das Landgericht dem Vertragstext in Verbindung mit dem Eckpunktepapier vom 23.08.2004 und der Vereinbarung vom 26.04.2005 (Anlage 6 zur Anlage K11) eine Kostenpflicht nicht unmittelbar entnommen. Insbesondere heißt es in dem Eckpunktepapier, das über Ziff. 6 Abs. 3 der Bezugsverträge Vertragsinhalt geworden ist, dass die F Kraftwerke GmbH der S2 AG die sich aus einem bestimmten Faktor ergebende Menge an Emissionsberechtigungen kostenlos überlassen und sie nach Schluss des Kalenderjahres zurückerhalten wird. Dass die Klägerin zu 2) aus der kostenfreien Überlassung keine Nachteile haben sollte, war nicht im Sinne einer Vergütungspflicht zu verstehen, andernfalls die Regelung einer kostenfreien Überlassung obsolet gewesen wäre. Allerdings wurde das Eckpunktepapier noch vor Beginn der ersten Handelsperiode erstellt, als die F Kraftwerke GmbH mit einer kostenfreien Zuteilung an sich selbst rechnete. Die Vereinbarung einer kostenlosen Weitergabe an die S2 AG sollte demnach nur bedeuten, dass die F Kraftwerke AG keinen Gewinn aus der Überlassung ziehen sollte. Da sich das Emissionshandelssystem inzwischen grundlegend geändert hat, sind das Eckpunktepapier und die Vereinbarung vom 26.04.2005 überholt.	193
(b) Die Parteien haben allerdings auf die Versagung der freien Zertifikatszuteilung ab der dritten Handelsperiode reagiert und ihre Vereinbarung unter dem 25.02.2013 erneuert (Anlage K72, Bl. 1407, 1408 d.A.). Unter Absatz 3 des Schriftstücks sind sich die Parteien darüber einig gewesen, dass nunmehr keine Emissionsberechtigungen zur Verfügung stehen. Dass die benötigten Zertifikate (EU Emission Allowances) nach Absatz 4 Satz 1 dieses Dokuments von der Beklagten an die Klägerin zu 2) veräußert werden sollen, steht einer Kostentragungspflicht der Beklagten nicht entgegen. Denn Satz 2 sieht eine	194

Rückbelastung durch einen entsprechenden Aufschlag auf den von der Beklagten zu zahlenden Leistungspreis vor und belastet sie endgültig mit den anfallenden Zertifikatskosten. Im Übrigen machte die Ermittlung eines CO₂-Faktors wenig Sinn, wenn die Klägerinnen ohnehin sämtliche Beschaffungskosten tragen müsste. Wälzt sie allerdings - wie hier - diese Kosten auf ihre Abnehmer ab, bedarf es einer Rechengröße zur Ermittlung des jeweiligen Anteils.

b) Hilfswiderklageanträge zu 2a) aa) und 2b) aa) 195

Mit diesen Anträgen macht die Beklagte eine Anpassung der Vertragspreise an die Börsenpreise für kurzfristigen Stromhandel (EPEX Spot) geltend. Sie sind zulässig, aber unbegründet, da ein Anpassungsanspruch der Beklagten gem. Ziff. 8.4 der Bezugsverträge i.V.m. § 313 Abs. 1 BGB nicht besteht. 196

aa) Die Beklagte stützt ihre Anpassungsansprüche auf vermeintliche Marktverwerfungen, die ihr zumindest ein Festhalten an dem ursprünglichen Vertragsinhalt unzumutbar machen sollen. Aus den zuvor aufgezeigten Gründen, auf die wiederum vollumfänglich Bezug genommen wird, unterfällt eine negative Preisentwicklung jedoch ausschließlich ihrem Unternehmerrisiko. Eine grundlegende Änderung der vertraglichen Risikoverteilung, die zu einer einseitigen Begünstigung der Beklagten führte, würde den Umständen des Falles umso weniger gerecht, als die Börsenpreise bislang nicht unter das bei Beginn der Vertragsverhandlungen herrschende Niveau gefallen sind (vgl. OLG München, a.a.O.). Ein Zusammenhang mit der eingetretenen Verzögerung der Inbetriebnahme des Kraftwerks besteht nicht, da die Beklagte bei einem planmäßigen Betriebsbeginn dieselben Bedenken gegen die Rentabilität der Verträge gehabt hätte. 197

bb) Darüber hinaus lässt das Änderungsverlangen der Beklagten unberücksichtigt, dass durch eine Vertragsanpassung eine möglichst interessengerechte Verteilung des verwirklichten Risikos bei geringstmöglichem Eingriff in die Vertragsstruktur hergestellt werden soll. Denn diese Rechtsfolge ist auf eine Wiederherstellung der äußersten Zumutbarkeit für die betroffenen Partei beschränkt und soll ihr keine ungerechtfertigten Vorteile verschaffen (vgl. Finkenauer in: MüKo zum BGB, a.a.O., § 313, Rn. 89 ff.; Palandt - Grüneberg, BGB, a.a.O., § 313, Rn. 40 m.w.N.). Die von der Beklagten begehrte Anpassung der Verträge an die EPEX Spot-Marktpreise würde das ursprüngliche Regelungskonzept allerdings in sein Gegenteil verkehren und einen Marktpreisindex implementieren, von dem die Parteien bewusst abgesehen hatten. Außerdem führte sie zu unbilligen Belastung der Klägerinnen, die in diesem Fall das Errichtungs- und Betriebsrisiko sowie das Marktrisiko zu tragen hätten. Die Beklagte könnte hingegen jegliche Börsenbewegungen an die Klägerinnen "durchreichen", obwohl sich die Parteien seit jeher darüber einig sind, dass Volatilitäten am Strommarkt die Regel und grundsätzlich von dem Abnehmer zu tragen sind. Eine Anpassung an die Börsenpreise wäre überdies nicht die einzige Möglichkeit eines Interessenausgleichs. Vielmehr böten sich für den Fall, dass eine Modifikation erforderlich ist, weniger invasive Optionen wie Ausgleichszahlungen ab einer bestimmten Preisuntergrenze an. 198

c) Hilfswiderklageanträge zu 2a) bb) und 2b) bb) 199

Mit diesen Anträgen, deren Zulässigkeit keinen Bedenken begegnet, möchte die Beklagte für den Fall, dass sie die Kosten für die Zuteilung der CO₂-Berechtigungen zu tragen hat, Ziff. 6 Abs. 3 i.V.m. der Anlage 6 der Verträge ersatzlos gestrichen wissen. Diese Forderung ist unberechtigt. Denn die Beklagte muss sich ungeachtet der vorstehend dargestellten Risikoverteilung aus dem einvernehmlich gewählten Kostenmodell an der besagten Vereinbarung vom 25.02.2013 (Anlage K72) festhalten lassen, mit der die Parteien auf die 200

Änderungen des Emissionshandelssystems zum 01.01.2013 reagiert hatten. Dadurch, dass die Beklagte einer Kostentragung in Kenntnis des Wegfalls freier Zuteilungen zugestimmt hat, fällt ihr ein Preisanstieg seit 2019 allein zur Last, zumal sie ab Beginn der dritten Handelsperiode nicht mehr mit einem fortwährend niedrigen Kostenniveau rechnen konnte. Denn die energierechtliche Entwicklung ließ unmissverständlich die Intention des Verordnungs- und des innerdeutschen Gesetzgebers erkennen, die Treibhausemissionen mittels einer künstlichen Verknappung der Zertifikate und der damit einhergehenden Preissteigerung langfristig zu senken. Eine Umverteilung der Kosten für die Zuteilung von CO₂-Zertifikaten ist umso weniger geboten, als die Beklagte nicht einmal die Einführung des sog. Backloadings Anfang 2014, das mit der Richtlinie (EU) 2018/410 fortgeführt worden ist, zum Anlass genommen hatte, die Vereinbarung vom 25.02.2013 in Frage zu stellen.

d) Hilfswiderklageantrag zu 3)

201

Mit diesem Antrag begehrt die Beklagte die Feststellung einer Unwirksamkeit der unter den Ziffern 2.1 bis 2.2.5 und der Ziff. 6 Abs. 3 i.V.m. der Anlage 6 getroffenen Preisvereinbarungen nach § 1 PrKG und deren Ersetzung nach Maßgabe der Anträge zu 2a) aa) und 2b) aa).

202

aa) Der Feststellungsantrag ist gem. § 8 Satz 1 PrKG zulässig, wonach die Unwirksamkeit einer Preisklausel mit der rechtskräftigen Feststellung eines Verstoßes gegen § 1 PrKG eintritt. Eine Feststellung lediglich in den Entscheidungsgründen eines Urteils genügt nicht, da sie nicht in Rechtskraft erwuchse (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, a.a.O., Anh. zu § 245, § 8 PrKG, Rn. 1 m.w.N.).

203

bb) Der Feststellungsantrag ist jedoch unbegründet. Zwar sind die Vorschriften des PrKG in der Fassung vom 14.09.2009 gem. § 9 Abs. 2 PrKG anwendbar, da eine Genehmigung des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle nicht bis zum 13.09.2007 beantragt worden war. Die Bezugsverträge beinhalten aber keinen Verstoß gegen die spezialgesetzlichen Kontrollvorschriften.

204

(1) Lediglich die Ziffern 2.1.1, 2.1.2 und 2.2.2 enthalten kontrollpflichtige Gleitklauseln, während die übrigen Regelungen bloße Berechnungsgrundlagen aufstellen. Verboten sind nämlich nur solche Klauseln, die die Höhe einer Geldschuld an einen mit der vereinbarten Leistung nicht vergleichbaren Maßstab binden und bei Änderungen der Bezugsgröße eine unmittelbare und selbstständige Anpassung vorsehen. Ein schuldfremder Wertsicherungsmaßstab fehlt hingegen bei einer Abhängigkeit vom aktuellen Marktwert oder -preis der Leistung, für welche die Höhe der Geldschuld der Preis ist (vgl. Toussaint in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Werth/Würdinger, juris PK-BGB, 8. Aufl., § 1 PrKG, Rn. 26). Letzteres trifft namentlich auf die Klauseln 2.2.3 bis 2.2.4 zu, die sich über die Grundsätze der Arbeitspreisermittlung mittels eines Produkts aus dem Durchschnittswärmeverbrauch und dem sog. Wärmepreis frei Kraftwerk verhalten. Schuld fremde Parameter sind diesen Bestimmungen nicht zu entnehmen. Anders verhält es sich bei den Ziffern 2.1.1, 2.1.2 und 2.2.2, die eine automatische Anpassung eines Teils der zu zahlenden Vergütung an verschiedene andere Faktoren wie den Tariflohn und verschiedene Grundstoffe vorsehen.

205

(2) Dass das Kraftwerk noch nicht in Betrieb ist, steht einer Überprüfung nicht entgegen. Denn wenngleich nur bestehende Geldschulden im Gegensatz zu künftigen Forderungen einer Preiskontrolle zugänglich sind, schadet es nicht, wenn sie noch nicht fällig ist (vgl. Leidner in: BeckOGK, 2019, PrKG, Rn. 57 ff.). So liegt der Fall hier, da die Zahlungspflicht der Beklagten bereits vor dem Betrieb des Kraftwerks besteht, aber erst mit dessen Beginn fällig werden soll.

206

- (3) Auch die erforderliche Unmittelbarkeit und Selbsttätigkeit der Preisbestimmung sind gegeben. Erstere grenzt eine überprüfbare Klausel von solchen Preisvereinbarungen ab, deren Anpassung an einen schuldfremden Maßstab einer zwischengeschalteten Rechtshandlung wie einem entsprechenden Verlangen bedarf. Solche Vermittlungsschritte sehen die streitbefangenen Verträge nicht vor. Ähnlich verhält es sich mit der Selbsttätigkeit der Anpassung, die vorliegt, wenn es keiner freien Entscheidung eines Beteiligten mehr bedarf, um die Höhe der Geldschuld an Veränderungen ihres Maßstabs anzugleichen (vgl. Toussaint in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Werth/Würdinger, juris PK-BGB, a.a.O., § 1 PrKG, Rn. 29 ff.). Der Einwand der Klägerinnen, die Zahlungspflicht hänge von einem Abruf der elektrischen Energie ab, verfängt schon deswegen nicht, weil diese Entscheidung in keinem Zusammenhang mit der Preisanpassung steht, sondern die Fälligkeit der Gegenleistung betrifft. 207
- (4) Die streitbefangenen Gleitklauseln sind jedoch als Kostenelemente-Klauseln i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 3 PrKG von dem in § 1 Abs. 1 PrKG normierten Verbot ausgenommen. 208
- (a) § 1 Abs. 2 Nr. 3 PrKG nimmt solche Klauseln vom Verbot aus, nach denen der geschuldete Betrag insoweit von der Entwicklung der Preise oder Werte für Güter oder Leistungen abhängig gemacht wird, als diese die Selbstkosten des Gläubigers bei der Erbringung der Gegenleistung unmittelbar beeinflussen. Daher sind Vereinbarungen zulässig, nach denen sich bei der Änderung eines Kostenelements der Gesamtpreis proportional, d.h. entsprechend seinem Verhältnis am Gesamtentgelt, anpassen soll (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, a.a.O., Anh. zu § 245, Rn. 5). Hierfür besteht wegen des erhöhten Kalkulationsrisikos bei - wie hier - langfristigen Vertragslaufzeiten ein besonderes Bedürfnis, um das vertraglich austarierte Äquivalenzverhältnis ohne gerichtlichen Eingriff aufrecht zu erhalten. Neben diesem vertragsimmanenten Aspekt legitimiert sich eine an den Selbstkosten des Sachleistungsschuldners orientierte Gleitklausel zudem dadurch, dass sie dem überindividuellen Stabilitätsziel des Preisklauselgesetzes dient. Erfasst sind allerdings nur die effektiv durch die Erbringung der Gegenleistung entstehenden Kostenveränderungen, während transaktionsunabhängige Vorhaltekosten das Unmittelbarkeitskriterium nicht erfüllen (vgl. zum ganzen: Rieble in: Staudinger/Omlor, 2016, § 1 PrKG, Rn. 33 ff.). 209
- (b) Im Streitfall sind sämtliche Ziffern mit den vertraglich bestimmten Anteilen an konkrete Kostenfaktoren gebunden, die unmittelbar mit der versprochenen Bereitstellung von elektrischer Energie zusammenhängen. Dass Ziff. 2.1.1 Veränderungen während der Bauzeit betrifft, rechtfertigt keine abweichende Bewertung, da die Abdeckung von Investitionskosten gerade Gegenstand des Leistungspreises ist. Dass die Beklagte nicht sämtliche Selbstkosten der Klägerinnen trägt, ist darauf zurückzuführen, dass sie nicht deren einzige Vertragspartnerin ist, sondern vor allem die E2 AG ein weiterer wichtiger Energieabnehmer ist. Die anteilige Kostenbeteiligung steht einer Anwendung von § 1 Abs. 2 Nr. 3 PrKG nicht entgegen, zumal Sinn und Zweck der Kostenelemente-Klausel unverändert gewahrt sind. 210
- (c) Dem Einwand der Beklagten, die Preisgestaltung bilde nicht die Vollkosten der Errichtung und des Betriebs des Kraftwerks sowie der Stromerzeugung ab, war nicht nachzugehen. Insbesondere durfte sich die Beklagte nicht auf ein einfaches Bestreiten beschränken, sondern hätte ihren Vortrag anhand der aufgeführten Parameter konkretisieren müssen. Dies wäre ihr ohne Weiteres möglich gewesen, da sie bzw. ihre Rechtsvorgängerin die Einzelheiten über ein Jahr hinweg mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin zu 1) und der Klägerin zu 2) ausgehandelt hatte und über vertiefte Kenntnisse auf dem Gebiet der Preisbildung im Energiesektor verfügt. Im Übrigen haben die Parteien unter Ziff. 2.1.2 Abs. 2 der Verträge ausdrücklich bestätigt, dass die Gleitklausel "hilfsweise" einer Anpassung an die 211

tatsächliche Kostenentwicklung dient und regelmäßig überprüft werden kann.

(d) Ferner ist die hiesige Konstellation insoweit nicht mit dem vom OLG München am 27.04.2017 (U 3922/15 Kart) entschiedenen Sachverhalt zu vergleichen, als dort ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 PrKG festgestellt worden ist. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass es dort um die Beteiligung des Energieversorgers ENTEGA an einem virtuellen Kraftwerk, d.h. an mehreren zusammengeschalteten dezentralen Stromerzeugungseinheiten, ging. Die streitgegenständlichen Verträge betreffen hingegen Energielieferungen aus einem bestimmten Kraftwerk, nämlich dem Steinkohlekraftwerk E2 4. Der Bezug zu dieser Anlage ergibt sich unmittelbar aus Ziff. 4.1 der Verträge und ist Grundlage der gesamten Verzögerungs-Problematik, die sich nicht stellte, wenn es den Klägerinnen freistünde, ein Kraftwerk aus ihrem Bestand frei auszuwählen. Ziff. 1.2 der Verträge, wonach eine Verlagerung auf andere Kraftwerke zum Zwecke einer "Einsatzoptimierung" stattfinden kann, rechtfertigt keine abweichende Bewertung, da diese Option das Kraftwerk E2 4 nicht zu einem virtuellen Kraftwerk macht. Selbst wenn die vertraglich geschuldete Leistung ausnahmsweise aus anderen Kraftwerken generiert würde, handelte es sich dennoch um reale Elektrizitätswerke der Klägerinnen, die betriebsabhängige Kosten verursachten. Ob deren Investitionskosten inzwischen abgeschrieben sind, ist ohne Belang, da diese nur den auf die Errichtung des Kraftwerks E2 4 bezogenen Leistungspreis 1 betreffen. Dieser Preis ist aber nur in begrenztem Umfang nach Maßgabe der in der Anlage 2 enthaltenen Bauklausel einmal modifizierbar und steht anschließend bis zum ersten Laufzeitende fest. 212

(5) Schließlich wäre es der Beklagten für den Fall einer abweichenden rechtlichen Bewertung jedenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gem. § 242 BGB verwehrt, sich auf eine Unwirksamkeit der Gleitklauseln zu berufen. Insoweit nutzte sie eine formale Rechtsstellung wegen eines Verstoßes gegen § 1 PrKG aus, um ein sachfremdes Motiv, nämlich eine Anpassung des Entgelts an den Großhandelsstrompreis, durchzusetzen. Wenngleich es einer Vertragspartei grundsätzlich frei steht, sich auf für sie günstige Vorschriften zu berufen, ist eine Rechtsposition nicht schutzwürdig, wenn sie dem Inhaber in unangemessenem Umfang unverdiente Vorteile einbrächte (vgl. Schubert in: MüKo zum BGB, a.a.O., § 242, Rn. 495). So liegt der Fall hier, da die Beklagte wegen eines Rechtsverstoßes, der in keinem Zusammenhang mit ihrem eigentlichen Begehren steht, einen Anspruch geltend macht, der ihr nach den zuvor dargestellten Erwägungen nicht zusteht. Dies gilt umso mehr, als sich die Parteien bzw. ihre Rechtsvorgänger seit vielen Jahren, beispielsweise in dem "1087-MW" - Vertrag vom 18.08.1998, solcher Gleitklauseln bedienen, ohne ihre Wirksamkeit je in Frage gestellt zu haben. 213

(6) Ziff. 6 Abs. 3 i.V.m. der Anlage 6 enthält demgegenüber keine Preisklausel i.S.d. § 1 Abs. 1 PrKG, sondern betrifft ausschließlich das Prozedere im Zusammenhang mit dem Erhalt der benötigten Emissionsberechtigungen. Es handelt sich um grundlegende Überlegungen der Parteien zum Umgang mit den europarechtlichen sowie innerstaatlichen Vorgaben, die keiner Preiskontrolle unterliegen. 214

e) Hilfswiderklageantrag zu 4a) und 4b) 215

Mit diesen Anträgen verlangt die Beklagte eine Anpassung der Verträge an die verzögerte Inbetriebnahme mittels einer von ihr vorgegebenen Berechnungsformel sowie eine Verschiebung des Vollzugsbeginns um drei Jahre. Durch die Reduzierung der vertraglich vereinbarten Energieleistung will sie mittelbar eine Kostensenkung erreichen und zusätzlich ihre Vorabvermarktungen in die Vertragsänderung einbezogen wissen. Denn wenngleich sie die Fahrpläne, nach denen die Stromlieferungen erfolgen sollen, flexibel gestalten kann, enthält die Anlage 1 zu den Bezugsverträgen bestimmte Mindestvorgaben, die sie offenbar 216

nicht mehr einhalten möchte. Auch diese Anträge sind zulässig, aber unbegründet.

(1) Die Beklagte strebt erneut eine nicht gerechtfertigte Verknüpfung der Bauverzögerungen mit einem Absinken des Strompreinsniveaus an. Es ist aus objektiver Sicht nicht geboten, auf Verschiebungen der Inbetriebnahme mit einer Reduzierung der verfügbaren elektrischen Energie zu reagieren. Vielmehr wird den Klägerinnen eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung nach Aufnahme der kommerziellen Produktion nach derzeitigem Sachstand möglich sein. Dass die Beklagte eine Einbuße an Rentabilität befürchtet, fällt in ihren Verantwortungsbereich und ist Ausfluss ihres unternehmerischen Risikos. Die nunmehr begehrte Anpassung würde dieses Vermarktungsrisiko mittelbar auf die Klägerinnen verlagern, ohne dass diese einen Ausgleich für die geleisteten Investitionen erhielten, die sich durch die Verzögerungen erheblich vergrößert haben. 217

(2) Ebenso wenig erfordern die Besonderheiten des Falles eine Verschiebung des Vertragsbeginns um drei Jahre ab der kommerziellen Inbetriebnahme. Denn zum einen beruhen Vorabgeschäfte der Beklagten - selbst wenn sie branchenüblich sein mögen - auf deren Vermarktungsstrategie und dienen einer Verlustbegrenzung im Fall weiterer Preissenkungen. Zwingend erforderlich sind sie nicht. Zum anderen sieht das Gesetz ausreichende Rückgriffsmöglichkeiten für den Fall schuldhafter neuer Verzögerungen oder fehlerhafter Informationen durch die Klägerinnen vor, die eine Änderung des Vertragsbeginns entbehrlich machen. Hinzu kommt, dass die Beklagte keine konkreten Anhaltspunkte aufzeigt, die auf weitere signifikante Verzögerungen hindeuteten. Die erwähnten "Unsicherheiten" reichen für einen tiefgreifenden Eingriff in das Vertragsgefüge, der es den Klägerinnen abverlangte, für die Dauer von drei Jahren einen anderen Energieabnehmer zu finden, nicht aus. 218

f) Hilfswiderklageanträge zu 5a und 5b) 219

Mit diesen Anträgen verlangt die Beklagte eine dreijährige Laufzeitverschiebung ohne eine Absenkung der Energielieferung. Es gelten die obigen Ausführungen entsprechend. 220

g) Hilfswiderklageantrag zu 5c) 221

Dieser zulässige Antrag, der ein festes Laufzeitende zum 31.12.2029 vorsieht, ist ebenfalls unbegründet. Auf welchen Erwägungen der nunmehr gewählte Endzeitpunkt beruht, lässt sich weder dem Vorbringen der Beklagten noch den sonstigen Umständen des Falles entnehmen. Insbesondere hätte die Vertragslaufzeit selbst bei planmäßiger Inbetriebnahme Ende 2010 bis zum Schluss des Jahres 2035 gedauert. Eine Abkürzung um sechs Jahre, welche die Beklagte besser stellte, als sie bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung stünde, erscheint unter keinem Gesichtspunkt gerechtfertigt. Darüber hinaus besteht derzeit kein Bedarf für die Festlegung eines Vertragsendes. Denn entweder werden die Verträge ab der kommerziellen Inbetriebnahme des Kraftwerks E2 4 wie beabsichtigt in Vollzug gesetzt und die vereinbarte Energiemenge für den vorgesehenen Zeitraum von 25 Jahren an die Beklagte geliefert. Sollte das Kraftwerk nicht oder nur bis 2038 ans Netz gehen, entfielen die Vergütungspflicht der Beklagten von Gesetzes wegen gem. § 326 Abs. 1 BGB. Im Übrigen wäre es der Beklagten unbenommen, in diesen Fällen erneut eine Beendigung oder Anpassung der Verträge geltend zu machen. 222

h) Hilfswiderklageantrag zu 6) 223

Schließlich oblag dem Senat keine eigenständige Vertragsanpassung analog §§ 315 Abs. 3, 319 BGB. 224

(1) Eine gerichtliche Gestaltung der Vertragsbeziehung kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil die in den genannten Vorschriften vorgesehene Ersetzung einer (offenbar) unbilligen Leistungsbestimmung singulärer Natur und nicht auf andere Rechtsverhältnisse übertragbar ist. Denn eine gerichtliche Leistungsbestimmung erfolgt unter Aufrechterhaltung des Vertrags (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, a.a.O., § 319, Rn. 8), während die Beklagte einen für sie günstigen Eingriff in die vertraglichen Grundlagen nach freiem Ermessen des Senats anstrebt. Im Übrigen gewährt § 313 BGB dem Anpassungspetenten nur einen Anspruch auf eine bestimmte, von ihm konkret zu bezeichnende Vertragsänderung, der zuvor Gegenstand außergerichtlicher Verhandlungen gewesen sein muss (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, a.a.O., § 313, Rn. 41 m.w.N.). Es ist nicht die Aufgabe des erkennenden Gerichts, den Parteien solche Bemühungen abzunehmen.	225
(2) Darüber hinaus besteht derzeit kein Anlass für eine Änderung der streitbefangenen Verträge. Es wird erneut auf die obigen Ausführungen Bezug genommen, die wiederum sinngemäß gelten.	226
III.	227
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	228
IV.	229
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine höchstrichterliche Entscheidung erfordert, § 543 Abs. 2 ZPO	230
1. Von grundsätzlicher Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) ist eine Rechtssache nur dann, wenn eine klärungsbedürftige Frage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt. Ein typisches Beispiel sind Musterprozesse zu in der Rechtspraxis typischen Vereinbarungen (vgl. Zöller - Heßler, ZPO, a.a.O., § 11 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, da die Streitsache einen Einzelfall betrifft. Insbesondere erforderte die hiesige Entscheidung eine Auslegung und Bewertung des Inhalts und der Grundlagen der Bezugsverträge aus den Jahren 2005 und 2006, die nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten nicht mit anderen Verträgen vergleichbar sind. Dass der Rechtsstreit einen außergewöhnlich hohen Streitwert aufweist, verleiht ihm ebenso wenig eine grundlegende Bedeutung, wie ein niedriger Streitwert ihr entgegensteht.	231
2. Eine Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) durch eine Revisionsentscheidung ist erforderlich, wenn der Einzelfall Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder des Verfahrensrechts auszustellen oder Gesetzeslücken zu schließen. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) ist hingegen angezeigt, wenn wegen unterschiedlicher Entwicklungen der Rechtsprechung oder wegen Abweichung von der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Rechtsunsicherheit zu befürchten ist. Ferner werden Fälle erfasst, in denen das Vertrauen in die Rechtsprechung deshalb Schaden nehmen könnte, weil das angefochtene Urteil womöglich materielle oder formelle Fehler aufweist, von symptomatischer Bedeutung sind und im Interesse einer geordneten Rechtspflege nicht bestehen bleiben können (vgl. Zöller - Heßler, ZPO, a.a.O., § 543, Rn. 12 f. m.w.N.). Auch hieran fehlt es. Insbesondere hat der Senat die höchstrichterlich entwickelten	232

Rechtsgrundsätze beachtet und auf den Streitfall übertragen. Eine revisionsgerichtliche Überprüfung ist im Gesamtinteresse der Rechtsordnung nicht angezeigt und ein Vertrauensverlust in eine funktionierende Rechtspflege unter keinem Gesichtspunkt zu besorgen.

Auf das Urteil vom 14.03.2019 ist der Berichtigungsbeschluss vom 03.06.2019 ergangen.

233