



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnZR 73/12

vom

12. Juli 2013

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Juli 2013 durch die Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Raum sowie die Richter Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

einstimmig beschlossen:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 26. Januar 2012 wird auf Kosten der Beklagten gemäß § 552a ZPO einstimmig zurückgewiesen.

Gründe:

I.

1 Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten hat keine Aussicht auf Erfolg. Die Vorinstanzen haben der Klage zu Recht stattgegeben.

2 1. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die - im Schreiben vom 6. Dezember 2005 zusammengefasste - Preisvereinbarung rechtsfehlerhaft gewürdigt, bleibt ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Preisvereinbarung ohne Rechtsverstoß sowohl auf die physikalisch abgenommene Elektrizität als auch auf den sogenannten EEG-Ersatzstrom bezogen. Es hat bei seiner Auslegung entscheidend darauf abgestellt, dass zum Zeitpunkt der Preisvereinbarung das Altholzwerk der Beklagten bereits in Betrieb genommen gewesen sei. Der dort produzierte Strom sei schon damals kaufmännisch-bilanziell abgerechnet worden, weil die Beklagte ihn in ihrem betriebseigenen Netz verbraucht habe. Das Preisangebot der Klägerin, das einen einheitlichen Preis ausgewiesen habe, erfasse deshalb gleichermaßen sowohl den Preis für den tatsächlich abgenommenen als auch für den EEG-Ersatzstrom. Hätte die Be-

klagte eine unterschiedliche Behandlung gewollt, hätte sie dem Angebot widersprechen müssen.

3 Diese Auslegung lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Allerdings greift die Revision nach dem Hinweisbeschluss des Senats die im Rahmen der Vertragsauslegung getroffene Feststellung des Berufungsgerichts an. Es treffe nicht zu, dass die Beklagte zu dem Zeitpunkt, zu dem die Preisvereinbarung getroffen worden sei, bereits EEG-Strom nach der Inbetriebnahme des Altholz-kraftwerks (Oktober 2005) geliefert habe. Das Altholz-kraftwerk sei vielmehr dann an das Netz der RWE angeschlossen worden. Abgesehen davon, dass insoweit weder eine Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO beantragt noch diese Beanstandung innerhalb der Revisionsbegründungsfrist (§ 551 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b ZPO) vorgetragen wurde, könnte auch dieser geänderte Sachverhalt nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Jedenfalls wurde - wie die Beklagte selbst vorträgt - ab Oktober 2005 von der Beklagten aus drei Pflanzenöl-Kraftwerken EEG-Strom in das Netz der Klägerin eingespeist.

4 Der ursprüngliche Vertrag aus dem Jahr 2000 enthielt keine Unterscheidung zwischen tatsächlich physikalisch und bilanziell-kaufmännisch entnommenem Strom, weil die Möglichkeit einer kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung erst durch das EEG 2004 geschaffen worden ist. Deshalb ist dem ursprünglichen Vertrag keine indizielle Bedeutung dafür zuzumessen, dass unter den veränderten Umständen nur der physikalisch entnommene Strom erfasst werden sollte. Vielmehr konnte das Berufungsgericht aus dem einheitlichen Strompreis schließen, dass die Parteien unter Strombezug sowohl den physikalisch entnommenen als auch den kaufmännisch-bilanziell der Beklagten als Entnahme zugerechneten Strom verstanden haben. Demnach bedurfte es - entgegen der Auffassung der Revision - keiner ausdrücklichen Erwähnung des kaufmännisch-bilanziell entnommenen Stroms. Dies entspricht im Übrigen dem Sinn ei-

ner kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung. Mit ihr wird dem Erzeuger Erneuerbarer Energien die Möglichkeit eingeräumt, den in seinem Arealnetz verbrauchten Strom so abzurechnen, als ob er in das Netz der allgemeinen Versorgung zunächst eingespeist und von dort sodann wieder entnommen worden wäre (vgl. auch BGH, Urteil vom 28. März 2007 - VIII ZR 42/06, WM 2007, 1230 Rn. 27). Der Zweck der kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung legt es daher nahe, die physikalische und die fingierte kaufmännisch-bilanzielle Stromentnahme preislich als eine Einheit anzusehen und gleichzubehandeln.

5 2. Da das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei von einer auch den EEG-Ersatzstrom umfassenden Preisabrede ausgegangen ist, ist für eine Preisbestimmung gemäß § 315 Abs. 3 BGB kein Raum. Damit ist auch die von der Revision aufgeworfene Frage nicht entscheidungserheblich, ob der EEG-Ersatzstrom nach billigem Ermessen den Leistungspreis umfassen darf.

6 3. Die Revision hat ebenfalls keine Erfolgsaussicht, soweit sich die Beklagte dagegen wendet, dass aufgrund der kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung für den im Netz der Beklagten schon verbrauchten Strom Netznutzungsentgelte anfallen. Auch insoweit ist gegen das Berufungsurteil nichts zu erinnern. Mit Beschluss vom 27. März 2012 (EnVR 8/11, RdE 2012, 387) hat der Senat entschieden, dass bei einer kaufmännisch-bilanziellen Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien in ein Netz der allgemeinen Versorgung im Sinne des § 3 Nr. 7 EEG die Strommenge, die vom Erzeuger selbst oder in einem vorgelagerten Arealnetz verbraucht wird, eine netzentgeltspflichtige Entnahme darstellt. An dieser Entscheidung hält der Senat fest. Sie ist auch unabhängig davon, in welchem Umfang der Einspeiser ansonsten seinen Strombedarf aus dem Netz des Netzbetreibers deckt.

7 Die jetzt in der Revisionsbegründung vorgebrachten Einwände, die seinerzeit im Wesentlichen schon im Verfahren EnVR 8/11 vorgetragen worden sind, geben zu keiner abweichenden Betrachtung Anlass. Abgesehen davon, dass es der Beklagten freistünde, nach den tatsächlich physikalisch verbrauchten Strommengen abzurechnen, ist bei der kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung lediglich der Erfassungsort vorverlegt. Erfasst wird deshalb nicht die in das Netz gemäß § 3 Nr. 7 EEG eingespeiste, sondern die erzeugte Strommenge. Dem entspricht es, auch für die Entnahmen den Erfassungsort anzupassen und auch insoweit den Verbrauch innerhalb des Netzes des Anlagenbetreibers ausreichen zu lassen. Müsste der Erzeuger Erneuerbarer Energien in diesen Fällen keine Netznutzungsentgelte entrichten, stünde er besser als ein direkt in das Netz nach § 3 Nr. 7 EEG einspeisender Erzeuger, der von dort auch entnimmt. Ein solches Ergebnis entspräche nicht der Zielsetzung des Gesetzes (BGH, RdE 2012, 387 Rn. 16). Der Senat braucht in diesem Zusammenhang nicht zu entscheiden, ob die Möglichkeit einer Befreiung von Netznutzungsentgelten aufgrund des § 19 Abs. 2 StromNEV in der Fassung vom 26. Juli 2011 auch für Fälle kaufmännisch-bilanzieller Durchleitung in Betracht kommt. Abgesehen davon, dass insoweit eine genehmigte Individualvereinbarung nicht ersichtlich ist, sind Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits lediglich Netznutzungsentgelte bis September 2009.

8 Für die Konzessionsabgaben kann nichts anderes gelten. Diese knüpfen an die gelieferten Kilowattstunden an (§ 2 Abs. 1 KAV). Sie sind gleichfalls infolge der fingierten Vorverlagerung der Netznutzung geschuldet, weil auch insoweit der Erzeuger Erneuerbarer Energien, der kaufmännisch-bilanziell abrechnet, gegenüber dem direkt einspeisenden und aus dem Netz entnehmenden Erzeuger nicht bevorzugt werden darf.

II.

9

Die Voraussetzungen des § 552a ZPO liegen vor, weil die Sache nach der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27. März 2012 (RdE 2012, 387) keine grundsätzliche Bedeutung mehr aufweist und das Urteil des Berufungsgerichts mit dieser Entscheidung in Einklang steht. Hierbei kommt es auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung des Revisionsgerichts an (BGH, Beschluss vom 20. Januar 2005 - I ZR 255/02, NJW-RR 2005, 650 f. - SIM-Lock II). Im Übrigen betrifft das Revisionsverfahren Einzelbeanstandungen gegen die Vertragsauslegung durch das Berufungsgericht, für die gleichfalls keine Zulassungsgründe im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO ersichtlich sind.

III.

10 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Vorinstanzen:

LG Dortmund, Entscheidung vom 10.06.2011 - 25 O 236/11 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 26.01.2012 - I-2 U 133/11 -