

klärung vom 18. April 2001 vorsorglich alle etwaigen Ansprüche, die ihr für Stromlieferungen aus dem Kraftwerk S. gegen die Beklagte zustehen, an die Klägerin abgetreten hat. Die V. hat der Klägerin den streitigen Vergütungsanspruch nicht abtreten können. Sollte die V. Betreiberin des Kraftwerkes S. sein, stünde ihr dieser Anspruch nicht zu. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG setzt er einen Liefervertrag des Anlagenbetreibers mit dem Energieversorgungsunternehmen nach § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG voraus. Ein solcher besteht in Gestalt des Stromlieferungsvertrages vom 19. Januar 1994 nur zwischen der Klägerin und der Beklagten, hingegen nicht zwischen der V. und der Beklagten. Die V. ist auch nicht anstelle der Klägerin in deren Stromliefervertrag mit der Beklagten eingetreten. Dafür, dass die Beklagte dies unter Verstoß gegen § 242 BGB treuwidrig verhindert hat, hat die Revision keinen erheblichen Vortrag der Klägerin in den Vorinstanzen aufgezeigt.

d) Der Vergütungsanspruch richtet sich gegen die Beklagte. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG bleiben bereits bestehende vertragliche Abnahmeverpflichtungen auf Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 3 unberührt. Danach ist die Beklagte auch weiterhin gemäß dem Stromliefervertrag vom 19. Januar 1994 zur Stromabnahme verpflichtet. Demgemäß muss sie den bezogenen Strom auch vergüten. Dies beruht, wie der Senat bereits entschieden hat, darauf, dass die Vergütungspflicht mit der Abnahmepflicht insofern in einem untrennbaren Zusammenhang steht, als die Vergütung die synallagmatische Gegenleistung für den gelieferten Strom ist. Dagegen hat es der Senat als ausgeschlossen angesehen, dass der Netzbetreiber nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG zur Vergütung desjenigen Stroms verpflichtet ist, den das – mit ihm nicht notwendigerweise identische – Energieversorgungsunternehmen aufgrund seiner nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG unberührten vertraglichen Abnahmeverpflichtung von dem Anlagenbetreiber bezieht (Senatsurteil vom 11. Februar 2004 aaO, unter II 4; Senatsurteil vom 10. März 2004 aaO, unter B I 2 b).

Aus dem Umstand, dass der von der Beklagten bezogene Strom in das regionale Netz der A. AG, Netzbereich S., eingespeist wird, zu dem vom Standort des Kraftwerks S. aus die kürzeste Entfernung besteht, ergibt sich entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung wie zuvor schon des Landgerichts nichts anderes. Zwar trifft die Verpflichtung aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 KWKG, den Strom aus KWK-Anlagen abzunehmen und zu vergüten, nach § 3 Abs. 1 Satz 2 KWKG den Netzbetreiber, zu dessen Netz die kürzeste Entfernung besteht. Dies gilt jedoch nicht in dem hier gegebenen Fall des § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG. Danach bleiben bereits bestehende vertragliche Abnahmeverpflichtungen unberührt. Deswegen fehlt es in diesem Fall an der in § 3 Abs. 1 Satz 2 KWKG vorausgesetzten Abnahmepflicht des Netzbetreibers. Trifft den Netzbetreiber aber keine Pflicht zur Abnahme des Stroms, kann er, wie vorstehend erwähnt, auch nicht zu dessen Vergütung verpflichtet sein. Damit ist auch allen weiteren Überlegungen der Revisionserwiderung, die auf einer Abnahme- und Vergütungspflicht der A. AG beruhen, die Grundlage entzogen.

Auch der von der Revisionserwiderung weiter angeführte Umstand, dass nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 KWKG nur der Netzbetreiber Anspruch auf Belastungsausgleich hat, rechtfertigt es nicht, im Falle des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG den Betreiber des nächstgelegenen Netzes und nicht das den Strom beziehende Energieversorgungsunternehmen als vergütungspflichtig anzusehen. Richtig ist zwar, dass kein Grund ersichtlich ist, dem betreffenden Energieversorgungsunternehmen anders als dem Netzbetreiber, der nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 KWKG zur Abnahme und Vergütung von Strom verpflichtet ist, den Belastungsausgleich zu versagen. Dies kann jedoch nicht dazu führen, die

Vergütungspflicht entgegen den oben genannten Gründen dem Netzbetreiber aufzuerlegen. Vielmehr ist § 5 Abs. 1 KWKG gegebenenfalls im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verfassungskonform dahin auszulegen, dass auch dem Energieversorgungsunternehmen, das im Fall des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG für den von ihm bezogenen Strom die Vergütung nach § 4 KWKG zu zahlen hat, der Anspruch auf Belastungsausgleich zusteht.

e) In Bezug auf die Höhe der von der Beklagten zu zahlenden Vergütung ist gemäß dem Senatsurteil vom 11. Februar 2004 (aaO, unter II 5 a) nach Wortlaut, Systematik und Zweck des Gesetzes von der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Mindestvergütung auszugehen. Wie der Senat weiter entschieden hat (aaO, unter II 5 b), gilt die Mindestvergütung allerdings nicht unbeschränkt, weil ihre Einführung in die bestehenden Lieferverträge wegen besonderer Umstände im Einzelfall zu einer erheblichen Störung des Vertragsgefüges führen kann, die gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Herabsetzung erforderlich macht. Die Revisionserwiderung beruft sich darauf, dass hier derartige Umstände vorlägen. Dies entzieht sich schon deswegen einer Beurteilung in der Revisionsinstanz, weil es hierzu wiederum sowohl an tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts als auch an Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen fehlt, wozu allerdings bislang auch keine Veranlassung bestand.

III. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, da es gemäß den vorstehenden Ausführungen (unter II 3 b cc, c bb (2) und e) – gegebenenfalls nach ergänzendem Vortrag der Parteien – noch in mehrfacher Hinsicht tatsächlicher Feststellungen bedarf. Daher ist das Berufungsurteil aufzuheben, und die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

5. Schadensersatz wegen unterlassener Leistungsmessung

BGB § 280; BTOElt § 5; AVBEltV § 21 Abs. 2

Der Anspruch des Stromkunden auf Ersatz des Schadens, den er dadurch erleidet, dass das Energieversorgungsunternehmen unter Verletzung des Stromlieferungsvertrages die gebotene 96-Stunden-Leistungsmessung unterlässt, unterliegt nicht der zweijährigen Ausschlussfrist des § 21 Abs. 2 AVBEltV.

(Leitsatz der Redaktion)

BGH, U. v. 16.06.2004 – I VIII ZR 248/03

Zum Sachverhalt: Die Beklagte beliefert den Kläger, der einen Lebensmittelmarkt betreibt, mit elektrischem Strom. Dem Stromlieferungsvertrag liegt der genehmigte Allgemeine Tarif der Beklagten für die Versorgung mit elektrischer Energie aus dem Niederspannungsnetz zugrunde. Dieser Tarif sieht unter Ziffer 1.2. bei einem Strombezug von mehr als 10.000 kWh/Jahr die Berechnung des verbrauchsabhängigen Anteils des Leistungsentgelts auf der Grundlage einer 96-Stunden-Leistungsmessung vor. Diese Tarifbestimmung setzt § 5 der Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt) um, der für die Ermittlung des Leistungspreises durch Messung für Haushaltskunden einen Zeitraum von 96 Stunden, ansonsten je nach Abnahmeverhalten von 96 Stunden oder einer Viertelstunde vorschreibt (§ 5 Abs. 3 Satz 2 BTOElt). Eine 96-Stunden-Leistungsmessung erfordert eine spezielle Messeinrichtung. Für den Gewerbebetrieb des

Klägers, dessen Stromabnahme den Grenzwert von 10.000 kWh/Jahr überstieg, installierte die Beklagte diese Messeinrichtung am 4. November 1997. Bis zu diesem Zeitpunkt stellte sie dem Kläger den gelieferten Strom nach dem für einen Jahresbezug von nicht mehr als 10.000 kWh geltenden Tarif in Rechnung. Der Kläger behauptet, aufgrund dieser Berechnungsweise seien ihm für den Abrechnungszeitraum vom 17. August 1996 bis 4. November 1997 insgesamt 5.882,85 DM (3.007,85 €) zuviel in Rechnung gestellt worden. Der auf Erstattung dieses Betrages gerichteten Klage hat das Amtsgericht in Höhe von 2.564,95 € stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: [...]

II. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Frei von Rechtsfehlern ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe den Stromlieferungsvertrag der Parteien dadurch verletzt, dass sie den an den Kläger gelieferten Strom entgegen § 5 BTOElt und abweichend von dem genehmigten Tarif nicht auf der Grundlage einer 96-Stunden-Leistungsmessung, sondern nach einem anderen, für den Kläger ungünstigeren Tarif berechnet hat.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren die Voraussetzungen für die Anwendung des 96-Stunden-Meßverfahrens, nämlich eine jährliche Abnahmemenge von mehr als 10.000 kWh, für den hier interessierenden Zeitraum in der Person des Klägers erfüllt. Auch die Revision zieht dies nicht in Zweifel.

Rechtlich bedenkenfrei ist auch die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht darzulegen vermocht, dass es ihr nicht möglich gewesen sein sollte, das Geschäftslokal des Klägers vor dem 4. November 1997 mit der für eine 96-Stunden-Leistungsmessung erforderlichen Messeinrichtung auszustatten.

Vergeblich beruft sich die Revision dem gegenüber auf die Übergangsregelung in Ziffer 9 des Allgemeinen Tarifs der Beklagten. Nach dieser Bestimmung ist die Beklagte von der Verpflichtung, den verbrauchsabhängigen Anteil des Leistungsentgelts durch Leistungsmessung zu ermitteln, entbunden, wenn bei der Beschaffung und beim Einbau von Leistungszählern mit den dazugehörigen Steuereinrichtungen „Engpässe auftreten“. Denn einen Engpass in der Beschaffung der Messeinrichtungen hat die Beklagte nicht nachvollziehbar dargetan. Substantiierten Sachvortrag hierzu, den das Berufungsgericht vermisst hat, vermag auch die Revision nicht aufzuzeigen.

Das erstinstanzliche Vorbringen der Beklagten, die speziellen 96-Stunden-Zähler hätten nicht kurzfristig beschafft werden können, da sie zu-nächst nur von wenigen Herstellern angeboten worden seien, ist ganz allgemein gehalten und lässt nicht erkennen, ob, wann und bei welchen Herstellern die Beklagte sich um die Beschaffung der erforderlichen Messeinrichtungen bemüht hat und woran diese gegebenenfalls gescheitert ist. Dass die Beklagte, wie sie in erster Instanz weiter vorgetragen hat, vorrangig diejenigen Abnehmer mit den benötigten Zählern versorgt hat, die darauf Wert legten, besagt nichts darüber, ob die Beklagte nicht auch andere Kunden wie den Kläger bereits im Sommer 1995 oder jedenfalls bis zum Beginn der hier in Rede stehenden Abrechnungsperiode mit einem 96-Stunden-Zähler hätte ausstatten können.

Ein Engpass bei der Beschaffung und beim Einbau der benötigten Messeinrichtungen lässt sich für die Jahre 1995/1996 auch nicht mit dem weiteren erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten begründen, von der Tarifumstellung seien

rund 600 Kunden betroffen gewesen, so dass es, wenn die Umstellung bei den Kunden mit dem höchsten Jahresverbrauch angesetzt hätte, ebenfalls „längere Zeit“ gedauert hätte, bis auch bei dem Kläger, dessen Verbrauch im unteren Mittelfeld gelegen habe, eine Umstellung erfolgt wäre. Die Beklagte hat keine Angaben dazu gemacht, welcher Zeit- und Kostenaufwand für die Ausstattung dieser rund 600 Kunden insgesamt erforderlich gewesen wäre und welche Zeitspanne sie im Falle einer zügigen Beschaffung und Installation der Messeinrichtungen benötigt hätte, um eine solche Einrichtung auch im Geschäftslokal des Klägers zu installieren.

c) Nicht berechtigt ist schließlich der weitere Einwand der Beklagten, für das erste Jahr nach ihrem Eintritt in die Stromlieferungsverträge ihrer Kunden mit ihrer Rechtsvorgängerin könne keine Leistungsmessung gefordert werden, weil das Verbrauchsverhalten der Abnehmer erst nach Ablauf dieses Jahres feststellbar gewesen sei. Der Kläger hat diesem Einwand in erster Instanz unwidersprochen entgegengehalten, dass die Beklagte, die gemäß § 32 Abs. 6 AVBEltV anstelle des bisherigen Elektrizitätsversorgungsunternehmens in die sich aus den bestehenden Stromlieferungsverträgen ergebenden Rechte und Pflichten eingetreten sei, von ihrer Rechtsvorgängerin alle Daten übernommen habe und deswegen schon bei Vertragseintritt habe erkennen können, dass er, der Kläger, seit Jahren die Messgrenze deutlich überschritten habe (GA I 225).

2. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, dass der auf die vertragswidrig unterlassene Leistungsmessung gestützte Schadensersatzanspruch nicht der zweijährigen Ausschlussfrist des § 21 Abs. 2 AVBEltV unterliegt. Nach zutreffender, im Schrifttum herrschender Auffassung (Eckert in: Tegethoff/ Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, § 21 AVBGasV Rdnr. 3; Hempel in: Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, § 21 AVBEltV Rdnr. 26, 36), die auch in der Rechtsprechung der Instanzgerichte Zustimmung gefunden hat (OLG Karlsruhe, Urteil vom 23. Juni 2000 – 10 U 97/99 = GA I 113 ff.; LG Baden-Baden, Urteil vom 26. März 1999 – 1 O 196/97 = GA I 65 ff., Urteilsumdr. S. 20 ff. m.w.Nachw.), gilt die Zweijahresfrist nur für Berechnungsfehler, die auf fehlerhafte Messeinrichtungen, auf Ablesefehler oder auf eine falsche kaufmännische Berechnung des Strompreises (vgl. für eine unterlassene Nachberechnung Senatsurteil vom 29. Januar 2003 – VIII ZR 92/02, WM 2003, 1726) zurückzuführen sind (amtl. Begr. zu § 21 AVBEltV, abgedruckt bei Tegethoff/Büdenbender/Klinger aaO, Anm. zu § 21 AVBEltV). Nicht erfasst werden demgegenüber Fehler bei der Vertragsanwendung und der Vertragsauslegung (Eckert, Hempel, OLG Karlsruhe und LG Baden-Baden, jew. aaO; a.A. möglicherweise Recknagel in: Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen für Elektrizität, Gas, Fernwärme und Wasser, § 21 AVBV Rdnr. 7). § 21 Abs. 2 AVBEltV begrenzt unter Abwägung der Interessen einerseits der Stromkunden, andererseits der Energieversorgungsunternehmen den Zeitraum, für den die berechneten Strompreise rückwirkend korrigiert werden können, soweit sie aufgrund von Mess-, Ablese- oder Berechnungsfehlern fehlerhaft errechnet worden sind (vgl. die Beispiele bei Hempel aaO Rdnr. 33 ff.). Für den hier zu beurteilenden Fall, dass das Energieversorgungsunternehmen unter Verstoß gegen § 5 BTOElt und unter Verletzung des Stromlieferungsvertrages die gebotene Leistungsmessung unterlässt und dem Kunden statt dessen unter Zugrundelegung eines nicht anwendbaren Tarifs höhere als die geschuldeten Stromkosten in Rechnung stellt, besteht keine Veranlassung, dem Versorgungsunternehmen den Schutz der zeitlichen Schranke des § 21 Abs. 2 AVBEltV zuzugestehen.