

OLG Hamburg, Urteil vom 12.08.2014 - 9 U 119/13

Tenor:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 31.07.2013, Az. 304 O 49/13, wie folgt abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte € 387.954,97 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 10. April 2013 zu zahlen.

2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits einschließlich des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Beschluss:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 10.535.461,80 € bis zum 8. Juli 2014, danach beträgt der Streitwert 841.001,80 €.

Sachverhalt:

I. Die Parteien streiten um die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung von Abschlagszahlungen auf die sogenannte EEG-Umlage gemäß § 37 EEG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien vom 23. August 2012 (BGBl. I 2012, S 1754; nachfolgend: EEG 2012).

Die Klägerin ist einer von vier in Deutschland ansässigen und tätigen Übertragungsnetzbetreibern und betreibt in ihrer Regelzone, die große Gebiete im Westen und Süden von Deutschland umfasst, das Übertragungsnetz für Strom der höchsten Spannungsstufe.

Ziel und Zweck des EEG ist die Förderung der Stromerzeugung aus regenerativen Energiequellen. Zur Erreichung dieses Zwecks sind die örtlichen Verteilnetzbetreiber verpflichtet, den in förderungswürdigen Anlagen erzeugten Strom von den Anlagenbetreibern abzunehmen und über den marktüblichen Konditionen zu vergüten.

Im EEG ist ein mehrstufiger Belastungsausgleich vorgesehen. In der ersten Stufe nehmen die aufnahme- und vergütungspflichtigen Verteilnetzbetreiber den durch förderungswürdige Anlagen erzeugten Strom in ihr Netz auf und entrichten hierfür die gesetzliche Pflichtvergütung gemäß EEG. In der 2. Stufe erhalten die Klägerin sowie die weiteren Übertragungsnetzbetreiber diese Strommengen von den Verteilnetzbetreibern und entrichten hierfür ihrerseits die gesetzlich vorgeschriebene Vergütung. In der 3. Stufe findet sodann ein sogenannter horizontaler Belastungsausgleich unter

Berücksichtigung der finanziellen Belastungen sowie des Strombedarfs in den jeweiligen Regelzonen zwischen den Übertragungsnetzbetreibern statt, d.h. die Strommengen sowie die finanziellen Belastungen werden unter den Übertragungsnetzbetreibern aufgeteilt.

Die Klägerin sowie die weiteren Übertragungsnetzbetreiber haben dann die Möglichkeit, die so aufgeteilten Strommengen an der Strombörse zu vermarkten; im Übrigen gehen die Strommengen in den Gesamtstrom innerhalb des Übertragungsnetzes auf. Dem Ausgleich der Differenzen zwischen der von der Klägerin gezahlten Pflichtvergütung sowie der durch die Vermarktung des Stroms erzielten Erlöse dient die sog. EEG-Umlage, die die Übertragungsnetzbetreiber von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucher liefern, verlangen können, § 37 Abs. 2 EEG 2012.

Für das streitgegenständliche Kalenderjahr 2012 beträgt die EEG-Umlage 3,592 Cent je Kilowattstunde Strom (Anlage K1), die ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen innerhalb der jeweiligen Regelzone an Letztverbraucher liefert.

Die Beklagte ist eines von drei rechtlich selbständigen Unternehmen der sogenannten m.-Unternehmensgruppe, die unter der Marke „C.“ verschiedene Leistungen und Dienstleistungen im Energiebereich anbietet. Komplementärin aller Unternehmen ist die m. Holding GmbH.

Die Beklagte ist ein Versorger für Primärenergie wie z.B. Strom und bietet u.a. die Belieferung mit elektrischer Energie an. Die Beklagte verkauft und liefert über einen Rahmenvertrag Strom an die m.-g., die Streitverkündete zu 1. (nachfolgend: m-g). Ob die Beklagte darüber hinaus weitere Kunden mit Strom beliefert, ist zwischen den Parteien streitig. Die Beklagte leitet von ihr erworbenen Strom durch das Netz der Klägerin bis zum Anschlusspunkt und dem Zähler.

Die m.-p., die Streitverkündete zu 2. (nachfolgend: m.-p.) bietet die Belieferung von Kunden mit Licht, Kraft, Wärme und Kälte an, die die m.-p. (1.3. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der m.-p., Anlage B 3) wie auch die Beklagte als Nutzenergie bezeichnen. Das Auftragsformular erfragt Angaben zur Zählernummer, zum Vorversorger, zum Ende des aktuellen Vertrages und zum bisherigen Verbrauch an Strom in kWh pro Jahr. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage B 2 Bezug genommen. Außerdem bietet die m.-p. kostenpflichtige Energiedienstleistungen wie eine Energieberatung sowie die Bewirtschaftung des Kundennetzes an, die auch unabhängig von der Belieferung mit Nutzenenergie in Anspruch genommen werden können. Bei einer kombinierten Bestellung von Nutzenergie und Energiedienstleistungen sehen die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der m.-p. und der m.-g. eine Verpflichtung der m.-g. – die die Beklagte selbst als Erfüllungsgehilfin der m.-p. bezeichnet - gegenüber der m.-p. vor, die von der Klägerin bis zum Anschlusspunkt und Zähler gelieferte Primärenergie, hier Strom, in Nutzenergie umzuwandeln. In diesem Zusammenhang wird die m.-g. von der m.-p. bei dem zuständigen Verteilnetzbetreiber als neuer Anschlussnutzer an- und der bisherige (Haushalts)Kunde abgemeldet.

Die den Aufträgen zwischen den Kunden und der m.-p. (Anlage B2) zugrunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Energiedienstleistungen (Anlage B3, nachfolgend: AGB) sehen vor, dass sich die Kunden zu einer entgeltlichen „Beistellung“ ihres Verbrauchsnetzes sowie ihrer Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie (Ziffer 2.1.1 AGB) verpflichten. Das Risiko des Anlagenbetriebs einschließlich Wartung und Reparaturen sowie die Verpflichtung zur Instandhaltung der Anlagen sollen beim Kunden verbleiben (Ziffer 2.1.1 und 2.1.2 AGB). Bei Bedarf soll den Kunden ein entgeltpflichtiger technischer Kundendienst für die Störungsbehebung sowie eine Störmeldezentrale seitens der m.-p. zur Verfügung stehen (Ziffer 2.1.1 und 4.1 AGB). Die Abrechnung der gelieferten Energiemengen erfolgt durch die m.-p. gegenüber dem Kunden auf der Basis einer Grundgebühr sowie eines Arbeitspreises pro Kilowattstunde (Anlagen B2, B4) auf der Grundlage der von dem zuständigen Netzbetreiber übermittelten Verbrauchs- bzw. Ablesedaten, wobei die Ablesung der

Messeinrichtungen zum Zwecke der Verbrauchsabrechnung auf Verlangen der m.-p. durch den Kunden durchzuführen ist (Ziffer 4.3.1 und 9 ABG).

Die m.-g. soll als Erfüllungsgehilfin der m.-p. für den Betrieb und die Bewirtschaftung des Versorgungsnetzes zuständig sein (Präambel der AGB) sowie im Rahmen eines Energiedienstleistungsvertrages die an der Anschlussstelle bezogene elektrische Energie in Nutzenergie umwandeln.

Die Beklagte unterhält bei der Klägerin einen sogenannten Bilanzkreis auf der Grundlage des Bilanzkreisvertrages vom 5. August/ 27. September 2011 (Anlage K6). Das Bilanzkreissystem dient innerhalb einer Regelzone der Zuordnung des in das Leitungssystem eingespeisten Stroms zu dem von dem Endkunden entnommenen Strom. Die Führung der Bilanzkreise obliegt den jeweiligen Übertragungsnetzbetreibern. Die Klägerin hat für die Beklagte den Bilanzkreis „11XMK-ENERGY—B“ eingerichtet.

Die Klägerin stellte der Beklagten für das Kalenderjahr 2012 monatlich anteilige Beträge auf die EEG-Umlage in Rechnung. Die Beklagte glich die berechnete EEG-Umlage für die Monate Januar bis August 2012 vorbehaltlos aus, für die folgenden Monate leistete die Beklagte keine Zahlung mehr.

Mit der Klage begehrt die Klägerin von der Beklagten die Zahlung monatlicher Abschläge auf die EEG-Umlage gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012 für den Monat September 2012 in Höhe von € 115.672,39 sowie für die Monate Oktober und November 2012 in Höhe von jeweils € 168.687,22 (Anlagen K2 bis K4).

Die Klägerin hat vorgetragen, die Beklagte sei als alleinige Nutzerin des Bilanzkreises Lieferantin im Sinne des § 37 Abs. 2 EEG 2012. Die Beklagte habe auch Letztverbraucher im Sinne der Vorschrift beliefert. Hierfür spreche bereits der Anschein, der durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (Anlage K5), die die Belieferung mit Strom zum Gegenstand haben, gesetzt werde sowie die vorbehaltlose Zahlung der Umlage durch die Beklagte für einen Zeitraum von acht Monaten. Es sei unerheblich, ob die Lieferung an die m.-g. oder an die jeweiligen Wohnungsinhaber erfolgt sei. In beiden Fällen läge ein Verbrauch des gelieferten Stroms vor, entweder durch Umwandlung in Nutzenergie durch die m.-g. oder die faktische Stromabnahme durch die Kunden. Die Klägerin trägt weiter vor, dass maßgeblich für das Vorliegen einer Lieferung allein die faktische Stromentnahme sein könne und nicht eine etwaige vertragliche Beziehung zwischen der Beklagten und den Kunden, da ansonsten eine Umgehung des EEG drohe.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie € 453.046,83 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozent p.a. aus € 115.672,39 seit dem 15. Oktober 2012, aus weiteren € 168.687,22 seit dem 15. November 2012 und aus weiteren € 168.687,22 seit dem 17. Dezember 2012 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, dass sie keine Letztverbraucher im Sinne des EEG bzw. § 3 Nr. 25 EnWG beliefere. Eine Lieferung im Sinne der Vorschrift setze stets das Bestehen eines Vertrages zwischen dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen und dem Letztverbraucher voraus, daran fehle es hier. Die Endkunden würden auch keine Elektrizität kaufen, sondern Nutzenergie. Auch sei die EEG-Umlage anders zu berechnen, da sie, die Beklagte, ausschließlich Ökostrom liefere.

Mit der der Klägerin am 9. April 2013 zugestellten Widerklage begehrt die Beklagte Rückzahlung geleisteter Zahlungen auf die EEG-Umlage für die Monate Januar bis August 2012 in Höhe von insgesamt € 387.954,97 (Anlage B1). Insoweit hat die Beklagte vorgetragen, dass die Zahlung auf einem Versehen beruhe.

Die Beklagte hat widerklagend beantragt,

die Klägerin zu verurteilen, an sie € 387.954,97 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen

Die Klägerin meint, dass einer Rückforderung durch die Beklagte die Vorschrift des § 814 BGB entgegen stehe.

Das Landgericht hat mit der angefochtenen Entscheidung die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung der EEG-Umlage verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

Das Landgericht hat ausgeführt, dass die m.-g. kein Letztverbraucher sei, da schon nicht erkennbar sei, dass überhaupt ein Verbrauch von Strom durch diese statfinde. Tatsächlich erfolge der Verbrauch, der ein tatsächlicher physikalischer Vorgang sei, durch die Betätigung von elektrischen Geräten, über die weiterhin allein der Kunde die Sachherrschaft ausübe. Jedenfalls aber läge kein Eigenverbrauch der m.-g. vor, da diese die Nutzenergie gerade nicht selbst nutze, sondern gegen Entgelt an Dritte weiter gebe.

Maßgeblich sei, dass die Beklagte faktisch Letztverbraucher mit Strom beliefert habe, eine vertragliche Beziehung zwischen diesen sei nicht erforderlich. Der von der Beklagten behauptete Betrieb der Hausnetze durch die m.-g. sei eine rein fiktive vertragliche Konstruktion, Betreiber des Hausnetzes und Empfänger der Stromlieferung sei allein der Endkunde. Der Kunde habe auch elektrische Energie und keine Nutzenergie gekauft, die vorgesehene Umwandlung durch die m.-g. fingiere eine Einwirkung, die tatsächlich nicht statfinde und die im Ergebnis die Erhebung der EEG-Umlage unterlaufen würde; die entsprechenden vertraglichen Regelungen seien wirkungslos. Es liefe der gesetzlich bezweckten solidarischen Aufbringung der Einspeisevergütung zuwider, wenn der Letztverbrauch durch vertragliche Absprachen aufgehoben werden könne.

Dem Rückforderungsanspruch hinsichtlich der geleisteten Zahlungen stehe entgegen, dass diese mit Rechtsgrund erfolgt seien.

Gegen das ihr am 31. Juli 2013 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit am 14. August 2013 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit am 2. Dezember 2013, einem Montag, eingegangenen Schriftsatz und somit innerhalb der bis zum 30. November 2013, einem Samstag, verlängerten Frist, begründet.

Zur Begründung trägt die Beklagte im Wesentlichen vor, dass das Landgericht rechtsfehlerhaft auf die faktische Stromlieferung an Letztverbraucher abgestellt habe und wiederholt und vertieft ihr bisheriges Vorbringen, dass es für die Frage der Letztverbrauchereigenschaft auf die vertraglichen Beziehungen ankomme; die Endkunden hätten den Strom jedoch nicht von der Beklagten gekauft bzw. entgeltlich erworben. Eine entgeltliche Stromlieferung finde allein im Verhältnis der Beklagten zur m.-g. statt, die den Strom jedoch nicht verbräuche, sondern als Erfüllungsgehilfin der m.-p. in Nutzenergie umwandle und damit weiterleite. Darüber hinaus liege auch eine unvollständige

Tatsachenfeststellung vor, da das Landgericht seiner Wertung zugrunde gelegt habe, dass die Endkunden Energie bei der Beklagten gekauft hätten, ohne den von der Beklagten angebotenen Beweis für die Behauptung, dass sämtliche Kunden ausschließlich vertragliche Beziehungen zur m.-p. unterhielten, nachzugehen.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 25. Juli 2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Hamburg, Az 304 O 49/13, die Klage abzuweisen sowie die Klägerin und Berufungsbeklagte auf die Widerklage zu verurteilen, € 387.954,97 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit Klagezustellung an die Klägerin und Berufungsbeklagte zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Die Klagerweiterung mit Schriftsatz vom 23.01.2014 – in zweiter Instanz – hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 08.07.2014 vor der mündlichen Verhandlung zurückgenommen.

Ergänzend wird Bezug genommen auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen.

Aus den Gründen:

II. 1. Die zulässige Berufung der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Leistung monatlicher Abschläge auf die EEG-Umlage gemäß § 37 Abs. 2 EEG 2012 zu.

Gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 können die Übertragungsnetzbetreiber von Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher (nachfolgend: Letztverbraucher) liefern, anteilig zu dem jeweils von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen an ihre Letztverbraucher gelieferten Strom die Kosten für die erforderlichen Ausgaben nach Abzug der erzielten Einnahmen und nach Maßgabe der Ausgleichsmechanismusverordnung verlangen (EEG-Umlage). Gemäß § 37 Abs. 2 Satz 3 EEG 2012 sind auf die Zahlung der EEG-Umlage monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu entrichten.

a) Die Klägerin ist als regelverantwortliche Netzbetreiberin von Hoch- und Höchstspannungsnetzen, die der überregionalen Übertragung von Elektrizität zu nachgeordneten Netzen dienen, ein Übertragungsnetzbetreiber im Sinne der Vorschrift.

b) Die Beklagte ist jedoch kein Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das Strom an Letztverbraucher liefert.

aa) Gemäß § 3 Ziffer 2d EEG 2012 ist ein "Elektrizitätsversorgungsunternehmen" jede natürliche oder juristische Person, die Elektrizität an Letztverbraucherinnen oder Letztverbraucher liefert. Letztverbraucher ist hier der Haushaltskunde.

Nach der Vorschrift des § 3 Nr. 25 EnWG sind Letztverbraucher natürliche oder juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen. Die Vorschrift setzt Artikel 2 Nr. 9 der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt um (nachfolgend: Elektrizitätsrichtlinie, amtliche Begründung des Entwurfes des EnWG, BT-Drs. 15/3917, S. 49). In Art. 2 Nr. 9 der Elektrizitätsrichtlinie ist der Begriff des „Endkunden“ dahin gehend bestimmt, dass es sich dabei um Kunden handelt, die Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen.

Im EEG 2012 ist der Begriff des Letztverbrauchers dagegen nicht definiert. Es ist jedoch anerkannt, dass der Letztverbraucher-Begriff im Energiewirtschaftsrecht einheitlich zu verwenden und somit ein Rückgriff auf die Legaldefinition des § 3 Nr. 25 EnWG zulässig ist (OLG Hamm, Urteil vom 28. September 2010 – 19 U 30/10, – mwN; OLG Frankfurt, Beschluss vom 13. März 2012 - 21 U 41/11 -; die Definition für das EEG übernehmend auch BGH, Urteil vom 9. Dezember 2009 – VIII ZR 35/09; die Definition für die StromNEV übernehmend BGH, Beschluss vom 17.11.2009 – EnVR 56/08; jeweils zitiert nach juris).

Diese Auffassung findet eine Stütze auch in der aus dem Entwurf vom 11. April 2014 (BT-Drs. 157/14) zu dem am 21. Juli 2014 verkündeten und am 1. August 2014 in Kraft getretenen Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts (nachfolgend: EEG 2014) erkennbaren Intention des Gesetzgebers. Mit diesem Entwurf soll in § 5 Nr. 24 erstmalig der Begriff des Letztverbrauchers in das EEG aufgenommen und legaldefiniert werden. Danach soll Letztverbraucher sein: "jede natürliche oder juristische Person, die Strom verbraucht". Zur Begründung führt der Gesetzesentwurf aus:

"Die Begriffsdefinition wird aufgenommen, weil der Begriff des Letztverbrauchers für die Frage, wer nach § 57 Abs. 2 EEG 2014 die EEG-Umlage zu zahlen hat, eine entscheidende Rolle spielt. Der Begriff des Letztverbrauchers entspricht inhaltlich der Definition in § 3 Nr. 25 EnWG. Allerdings muss der Begriff leicht modifiziert werden, weil die Definition des § 57 EEG nicht zum Wortlaut des Energiewirtschaftsgesetzes passt. Letztlich kommt es im EEG nicht darauf an, ob der Strom geliefert oder selbst erzeugt wird. Strom verbraucht auch, wer diesen selbst erzeugt."

Diese Begründung korrespondiert mit dem ebenfalls neu in das EEG aufgenommenen Begriff „Eigenversorgung“ (§ 5 Nr. 12 EEG 2014), die definiert wird als "der Verbrauch von Strom, den eine natürliche oder juristische Person im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Stromerzeugungsanlage selbst verbraucht, wenn der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird und diese Person die Stromerzeugungsanlage selbst betreibt."

Die Beschlussempfehlung nebst Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 26. Juni 2014 (BT-Drs. 18/1891) führt hierzu aus (S. 171):

„An den Kosten des Ausbaus erneuerbarer Energien (EEG-Umlage) sollen alle Stromverbraucher in adäquater Weise beteiligt werden, ohne dass die internationale Wettbewerbsfähigkeit der stromintensiven Industrie gefährdet würde. Daher sieht der Entwurf eine Regelung für eigenerzeugten und selbst verbrauchten Strom vor. Laut Entwurf werden Eigenversorger grundsätzlich Elektrizitätsversorgungsunternehmen gleichgestellt und damit zur Zahlung der EEG-Umlage an die Übertragungsnetzbetreiber verpflichtet.“

Bereits im ursprünglichen Gesetzentwurf ist insoweit ausgeführt:

"Das Gesetz bezieht die Eigenversorgung mit Strom durch neue Stromerzeugungsanlagen stärker als bislang in die Finanzierung des Ausbaus der erneuerbaren Energien ein. Hierzu werden

Eigenversorger grundsätzlich den Elektrizitätsversorgungsunternehmen gleichgestellt. Sie sind damit den Übertragungsnetzbetreibern zur Zahlung der EEG-Umlage verpflichtet. (BT-Drs. 157/14, S. 157)."

Entsprechend dieser Intention ist in das EEG 2014 mit § 61 EEG 2014 die EEG-Umlagepflicht für die Eigenversorgung von Letztverbrauchern aufgenommen worden; die Regelung der EEG-Umlagepflicht für Elektrizitätsversorgungsunternehmen ist unverändert, nunmehr als § 60, in das EEG 2014 aufgenommen worden.

Die Modifikation der aus § 3 Nr. 25 EnWG folgenden Legaldefinition beschränkt sich somit darauf, den Begriff des Stromverbrauchs dahingehend klarzustellen, dass nicht nur von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen gelieferter, sondern auch selbst erzeugter Strom einem „Verbrauch“ unterliegt. Ebenso wird aus der Formulierung in § 61 EEG 2014, wonach die Übertragungsnetzbetreiber von Letztverbrauchern für die Eigenversorgung anteilig die EEG-Umlage verlangen können deutlich, dass es sich bei den Eigenversorgern um einen Unterfall der Letztverbraucher handelt.

Es liegt mithin eine Erweiterung der bisherigen Definition des Letztverbrauchers vor, woraus zugleich folgt, dass im Anwendungsbereich des EEG 2012 eine gegenüber der Definition des § 3 Nr. 25 EnWG einschränkende Auslegung des Begriffs des Letztverbrauchers vom Gesetzgeber gerade nicht intendiert war, zumal auch die Definition des Elektrizitätsversorgungsunternehmens als "jede natürliche oder juristische Person, die Elektrizität an Letztverbraucher liefert" unverändert in das EEG 2014 übernommen worden ist (§ 5 Nr. 13 EEG 2014).

Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang die Auffassung vertritt, dass ein Verbrauch von elektrischer Energie durch die m.-g. vorliege, da diese aufgrund der vertraglichen Konstruktion verpflichtet sei, den ihr von der Beklagten aufgrund des Rahmenvertrages gelieferten Strom in Nutzenergie umzuwandeln und dass in der Umwandlung in Nutzenergie ein Verbrauch im Sinne des § 37 Abs. 2 EEG 2012 liege, trifft diese Auffassung nicht zu. Zum einen sind die auf die Umwandlung des an die m.-g. gelieferten Stroms in Nutzenergie gerichteten vertraglichen Vereinbarungen unwirksam. Zum anderen fehlt es der m.-g. an der tatsächlichen Sachherrschaft über die elektrischen Geräte.

Nach dem insoweit unstreitigen Vorbringen der Beklagten wird die m.-g. in diesem Zusammenhang als Erfüllungsgehilfin der m.-p. im Rahmen der zwischen der m.-p. und den jeweiligen Kunden geschlossenen Verträge tätig, eine entsprechende Regelung enthält die Präambel der in den jeweiligen Vertrag zwischen dem Kunden und der m.-p. einbezogenen "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Energiedienstleistung" (Anlage B3).

Bereits die Auslegung der zwischen dem jeweiligen Endkunden und der m.-p. geschlossenen Vereinbarung ergibt, dass die m.-p. tatsächlich Strom und nicht von der m.-g. umgewandelte Nutzenergie an die Kunden liefert.

Zwar haben die jeweiligen Endkunden und die m.-p. nach dem Wortlaut der geschlossenen Vereinbarung neben der jeweiligen Energiedienstleistung die Lieferung von Nutzenergie, bestehend aus Licht, Kraft, Wärme und Kälte vereinbart (Ziffer 1.1 AGB, Anlage B3).

Dieser Wortlaut steht einer Auslegung der jeweiligen Willenserklärungen jedoch nicht entgegen, § 133 BGB. Die für die Auslegung erforderliche Auslegungsbedürftigkeit fehlt nur dann, wenn eine Willenserklärung nach Wortlaut und Zweck einen eindeutigen Inhalt hat. Daran fehlt es hier jedoch. Wortlaut und Zweck der Willenserklärung sind nicht miteinander in Einklang zu bringen mit der Folge, dass das übereinstimmend Gewollte Vorrang vor einer etwaigen versehentlichen oder bewussten Falschbezeichnung hat (Palandt-Ellenberger, BGB, aaO, § 133 Rn. 8). Der Gegenstand, der

nach dem Willen der Parteien Vertragsinhalt sein soll, kann nicht dadurch geändert werden, dass für ihn eine andere Bezeichnung gewählt wird.

Der erkennbare Wille des jeweiligen Endkunden ist hier darauf gerichtet, die Energieform zu erhalten, die es ihm ermöglicht, die in seinem Haushalt vorhandenen Endgeräte zu betreiben. Hierfür genügt eine etwaige von der m.-p. gelieferte „Nutzenergie“ nicht, da diese nach der vertraglichen Vereinbarung und dem Vorbringen der Beklagten lediglich „Licht“, „Kraft“, „Wärme“ und „Kälte“ umfasst. Damit fehlt die Energieform, die erforderlich ist, um z.B. einen PC oder einen Fernseher zu betreiben. Diesen Betrieb ermöglicht dem Endkunden allein elektrische Energie.

Auch findet tatsächlich die Nutzung und Steuerung der Endgeräte bzw. Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie im Sinne von Ziffer 1.3 und 2.1.2 AGB (Anlage B3) weiterhin allein durch die jeweiligen Endkunden statt. Allein diese üben die faktische und tatsächliche Herrschaft über die in ihrem Haushalt vorhandenen Küchengeräte, Waschmaschinen, Fernseher, Computer, Radios, Telefone etc. aus. Und auch der Wille des Kunden geht allein dahin, selbst diese faktische Herrschaft auszuüben. Keinem Kunden wäre damit gedient, wenn in seiner Abwesenheit eine für die m.-p. handelnde Person z.B. seinen Toaster bedient, den Fernseher ein- oder den Kühlschrank ausschaltet.

Hinzu tritt das äußere Erscheinungsbild des Vertrages, welches sich aus dem Auftragsformular (Anlage B2) ergibt. Danach bestellt der Kunde Energie zu einer monatlichen Grundgebühr nebst einem Arbeitspreis von Cent pro Kilowattstunde, was typischerweise dem Erscheinungsbild eines Stromlieferungsvertrages entspricht. Ebenso typisch ist die Angabe des bisherigen Bedarfs an Primärenergie (Strom, Gas, Öl oder Kohle) in der entsprechenden Arbeitsform (kWh, Liter oder to), die üblicherweise abgefragt wird, um anhand des bisherigen Verbrauchs die Abschlagszahlungen für die zukünftige Energielieferung ermitteln zu können. Hinzu tritt, dass gemäß Ziffer 4.3.1 und 9.1. der AGB die Abrechnung der gelieferten Energiemengen auf der Grundlage der von dem zuständigen Netzbetreiber übermittelten Verbrauchs- und Ablesedaten erfolgt und nicht etwa aufgrund von etwaigen Verbrauchsdaten der m.-g. als angemeldete Anschlussnutzerin und angebliche Verbraucherin des Stroms. Insbesondere findet auch keine Erfassung und damit auch keine Abrechnung des angeblichen Umwandlungsprodukts „Nutzenergie“ statt.

Nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages erwartet der Kunde somit eine Lieferung von Strom als Hauptleistungspflicht der m.-p.. Den sich aus Ziffer 1.1., 1.3ff und 2.1 der AGB folgenden Bestimmungen kann der Kunde hingegen nicht entnehmen, dass Gegenstand der Hauptleistungspflicht nunmehr etwas anderes, nämlich die Belieferung mit Nutzenergie unter Überlassung der tatsächlichen Sachherrschaft über seine Anlagen und Verbrauchsgeräte, sein soll.

Im Übrigen wären die auf die Umwandlung von Strom in bzw. Lieferung von Nutzenergie abzielenden Klauseln in den AGB der m.-p. auch gemäß § 305 c Abs. 1 BGB nicht wirksam in das Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und der m.-p. einbezogen, weil die diesbezüglichen Bestimmungen nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner, hier der Kunde, mit ihnen nicht zu rechnen brauchte.

Nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages liegt, wie bereits ausgeführt, ein Vertrag über die Lieferung von Strom vor. In diesem Zusammenhang ist die Verpflichtung des Kunden, der m.-p. und darüber hinaus auch der m.-g. als deren Erfüllungsgehilfin die Nutzung und Steuerung der in seinem Haushalt vorhandenen Küchengeräte, Waschmaschinen, Fernseher, Computer, Radios, Telefone etc. in deren alleiniger Verantwortlichkeit zu überlassen sowie der m.-p. und der m.-g. hierfür jederzeitigen Zugang zu seinen Geräten und den hierfür maßgeblichen Örtlichkeiten, mit anderen Worten: zu seiner Wohnung, zu ermöglichen, derart ungewöhnlich, dass der Kunde mit diesen Bestimmungen nicht zu rechnen braucht.

Die Klausel ist auch überraschend. Nach den Bestimmungen in den AGB wäre es denkbar, dass sich die m.-p. sowie die von ihr eingesetzten Erfüllungsgehilfen jederzeit, auch in Abwesenheit des Kunden, Zutritt zu dessen Wohnung verschaffen und dort, gegebenenfalls auch gegen den Willen des Kunden, z.B. seinen Toaster bedienen, den Fernseher ein- oder den Kühlschrank ausschalten. Dies stellt eine erhebliche Diskrepanz zu der Erwartung des Kunden dar, im Wesentlichen die Energieform zu erhalten, die es ihm ermöglicht, die in seinem Haushalt vorhandenen Endgeräte zu betreiben. Hinzu tritt, dass die entsprechenden Bestimmungen in den AGB auch nicht drucktechnisch besonders hervorgehoben sind, so dass eine Kenntnisnahme von einem typischerweise zu erwartenden Durchschnittskunden auch nicht zu erwarten ist.

Die von der m.-p. an den Kunden zu entrichtende Vergütung für die Beistellung seiner Anlagen in Höhe von einem Cent pro Kilowattstunde elektrischer Energie (Ziffer 4.6 AGB) stellt demgegenüber keinen angemessenen Ausgleich dar, der geeignet wäre, die Klausel als noch vereinbar mit dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages im Übrigen erscheinen zu lassen, zumal nach Ziffer 2.1.1 und 2.1.2 AGB die Wartungs- und Instandhaltungs- sowie Instandsetzungspflicht für seine Anlagen weiterhin bei dem Kunden verbleibt.

Gemäß § 306 Abs. 1 BGB bleibt der zwischen den Kunden und der m.-p. bestehende Vertrag im Übrigen wirksam, es besteht ein Stromliefervertrag zwischen der m.-p. und den Kunden.

Die zwischen der m.-p. und der m.-g. bestehende Vereinbarung, nach der die m.-g. verpflichtet ist, die von der Klägerin bis zum Anschlusspunkt und Zähler gelieferte Primärenergie, hier Strom, in Nutzenergie umzuwandeln und die m.-p. hiermit zu versorgen, ist als Scheingeschäft gemäß § 117 BGB unwirksam.

Ein Scheingeschäft im Sinne von § 117 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn Erklärender und Erklärungsempfänger einvernehmlich zwar den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts erzeugen wollen, die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Rechtsfolgen aber nicht eintreten sollen, mithin ein Rechtsbindungswille fehlt (BGH, Urteil vom 24.01.1980 - III ZR 169/78 - zitiert nach juris). Dies ist z.B. dann der Fall, wenn in einem Vertrag Pflichten nur zum Schein übernommen werden (Erman-Arnold, BGB, 13. Auflage 2011, § 117 Rn. 5). Das ist hier der Fall.

Nach den Bedingungen des zwischen der m.-g. und der m.-p. bestehenden Vertrages (Anlage B7 in dem Verfahren 9 U 198/13) ist die m.-p. verpflichtet, der m.-g. die Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie und das Verbrauchsnetz entgeltlich beizustellen, wobei die Steuerung der Anlagen in alleiniger Verantwortung der m.-g. erfolgen soll; die entsprechenden Regelungen in den in das Vertragsverhältnis mit den Endkunden einbezogenen AGB der m.-p. und in dem Energiedienstleistungsvertrag zwischen der m.-g. und der m.-p. sind insoweit wortgleich. Die m.-p. verfügt jedoch unstreitig weder über eigene Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie noch über ein Verbrauchsnetz, sie kann allenfalls ihrerseits Rechte an den kundenseitigen Anlagen und Netzen einräumen, wenn die entsprechenden Vereinbarungen mit den Kunden wirksam sind. Insofern passen die vorliegenden vertraglichen Bedingungen schon vom Wortlaut her nicht zu den tatsächlichen Umständen, schon dies spricht für das Vorliegen eines Scheingeschäftes.

Die vertraglichen Bestimmungen sind vielmehr ersichtlich darauf ausgelegt, die m.-g. allein deshalb zur Erfüllungsgehilfin der m.-p. zu machen, um den Schein zu erwecken, dass die m.-p. nicht Stromlieferantin für die Kunden als Letztverbraucher ist. Tatsächlich führt die m.-g. jedoch keine Tätigkeiten aus, die zu einer Umwandlung des Stroms in Nutzenergie führen würden. Physikalisch wird Strom in demselben Moment erzeugt, in dem er verbraucht wird. Die Erzeugung folgt dem Verbrauch elektrischer Energie (Danner/Theobald-Lüdtke-Handjery, Energierecht, Band 1, § 20 Abs. 1a EnWG Rn. 13), der in dem Moment erfolgt, in dem z.B. der Röstvorgang am Toaster gestartet oder eine Kaffeemaschine eingeschaltet wird. Der entsprechende Vorgang in den elektrischen Geräten –

beispielsweise die Wärmeerzeugung – zehrt die entnommene elektrische Energie auf; dies stellt den Letztverbrauch von Strom dar (vgl. BGH, Beschluss vom 17.11.2009 – EnVR 56/08 - zitiert nach juris). Dieser Letztverbrauch setzt voraus, dass derjenige, der den Verbrauchsvorgang startet, auch tatsächlich die Sachherrschaft über die Geräte ausübt. Wie das Landgericht somit zutreffend ausgeführt hat, handelt es sich bei dem Verbrauch von Strom primär um einen tatsächlichen physikalischen Vorgang durch die Betätigung von elektrischen Geräten durch denjenigen, der die tatsächliche Sachherrschaft über die Geräte ausübt. Dies ist hier, wie das Landgericht ebenfalls zutreffend ausgeführt hat, der jeweilige (End)Kunde.

Das Erfordernis der Sachherrschaft ergibt sich auch aus § 19 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung in der Fassung vom 1. November 2006 (nachfolgend: NAV). Gemäß § 19 NAV ist der Anschlussnutzer verpflichtet, Anlagen und Verbrauchsgeräte so zu betreiben, dass Störungen anderer Anschlussnehmer oder -nutzer und störende Rückwirkungen auf Einrichtungen des Netzbetreibers oder Dritter ausgeschlossen sind. Die Erfüllung dieser Pflicht setzt jedoch zwingend voraus, dass der jeweilige Anschlussnehmer oder -nutzer auch tatsächlich die Möglichkeit hat, dergestalt auf seine Anlagen und Verbrauchsgeräte einzuwirken, dass Störungen vermieden werden.

Schließlich ergibt sich auch aus dem Begriff des Betriebs einer Anlage das Erfordernis der tatsächlichen Sachherrschaft. Anlagenbetreiber ist, wer ohne notwendigerweise Eigentümer zu sein, die tatsächliche Herrschaft über die Anlage ausübt, ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt und sie auf eigene Rechnung nutzt, mithin das wirtschaftliche Risiko trägt (BGH, Urteil vom 14. Juli 2004 - VIII ZR 356/03; Urteil vom 13. Februar 2008 - VIII ZR 280/05 - zitiert nach juris). Auch dies setzt voraus, dass der Betreiber die Sachherrschaft über die maßgebliche Erzeugungs- oder Verbrauchsanlage und ihre Betriebsweise hat; darüber hinaus muss er das wesentliche wirtschaftliche Risiko der Anlage tragen.

Das wirtschaftliche Risiko der Anlage liegt schon nach den vertraglichen Vereinbarungen sowohl zwischen der m.-g. und der m.-p. als auch im Verhältnis der m.-p. zu den Endkunden allein weiterhin bei dem Kunden, der gemäß Ziffer 2.1.1. der AGB die Kosten für die Wartung sowie die Reparaturen übernimmt.

Auch im Übrigen kann nicht festgestellt werden, dass die m.-g. die Sachherrschaft über die ihr von der m.-p. beigestellten Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie, mit anderen Worten: die Verbrauchsgeräte, tatsächlich ausübt und so eine Tätigkeit ausführt, die zu einer Umwandlung des ihr gelieferten Stroms in Nutzenergie führen würde.

Der Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten sowie der m.-g. und der m.-p. hat in der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 2014 nicht nachvollziehbar erläutern können, wie die m.-g. die Umwandlung von Strom in Nutzenergie vollzieht, sondern sich auf die Erläuterung der angebotenen Energiedienstleistungen (Ziffer 4.1 der AGB) beschränkt.

Das Ziel der Energieeffizienz sowie der Energiedienstleistungen gemäß Ziffer 4.1 der AGB kann jedoch auch auf anderem Wege erreicht werden als durch die Lieferung von Nutzenergie. Für das Standardpaket EDL (Ziffer 4.1.1 AGB) liegt dies auf der Hand. Das Paket beinhaltet neben der Nutzenergielieferung allein die Übernahme des Energieeffizienzrisikos gemäß Ziffer 2.2. AGB, ohne Arbeits- und Materialaufwand; hierfür bedarf es weder der Übertragung des Verbrauchsnetzes noch der Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie. Entsprechendes gilt für das Effizienzpaket EDL (Ziffer 4.1.2 AGB); weder die hierin enthaltene Energieeffizienzberatung noch das Energiecontrolling sind davon abhängig, dass das Verbrauchsnetz oder die Anlagen der m.-p. übertragen werden. Dies gilt auch dann, wenn - wie im Komfortpaket EDL (Ziffer 4.1.3) - zusätzlich noch die „daraus resultierenden Kosten aus Arbeitsaufwand“ übernommen werden.

Die Tatsache, dass die Leistungen der Energieberatung und Energieeffizienz von der vereinbarten Nutzenergielieferung unabhängig sind, hat der Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten sowie der m.-g. und der m.-p. letztlich selbst bestätigt, in dem er ausgeführt hat, dass von den vorhandenen etwa 400.000 Kunden der m.-p. etwa 150.000 Kunden, mithin 37,5%, nur die Energiedienstleistungen in Anspruch nehmen und keine Energie von der m.-p. beziehen. Auch dies zeigt, dass die Leistungen der m.-p. es nicht bedingen, dass dieser seitens der Kunden stets das Verbrauchsnetz sowie die Verbrauchsgeräte zur Nutzung und Steuerung zwecks Erzeugung von Nutzenergie überlassen werden und dass insoweit die Übernahme der Pflicht zur Lieferung von Nutzenergie durch die m.-p. nur zum Schein stattfindet.

Die – unwirksamen – Vereinbarungen um die „Beistellung“ des Verbrauchsnetzes des Kunden haben auch keinen Einfluss auf die Energieeffizienz. Sie haben insbesondere keinen Energieeffizienzgewinn zur Folge. Der Kunde der m.-p. mag infolge vorgenommener Beratungsleistung sich entschließen, sparsamere Geräte einzusetzen oder sie sparsamer zu nutzen. Eine damit verbundene Energieeinsparung ist aber nicht Folge der „Beistellung“ und einer vermeintlichen Umwandlung von Strom in Nutzenergie, sondern eines sinnvolleren Strommanagements.

Die zwischen der m.-p. und der m.-g. bestehenden Verträge nehmen inhaltlich Bezug auf die zwischen der m.-p. und den Kunden bestehenden Verträge, die entsprechenden Regelungen in den AGB sind wortgleich. Steht jedoch fest, dass die Verträge zwischen den Kunden und der m.-p. nur den Schein einer Stromlieferung erwecken sollen, folgt hieraus zugleich, dass im Verhältnis zwischen der m.-g. und der m.-p. nichts anderes gelten kann. Mit der in diesem Verhältnis vereinbarten Pflicht zur Umwandlung von Strom in Nutzenergie ist offenbar ein Nullum gemeint und liegt ein Scheingeschäft vor.

Demgegenüber bleibt die durch die unwirksame Vereinbarung über die Verpflichtung zur Umwandlung von Strom in Nutzenergie verdeckte Verpflichtung der m.-g., die m.-p. mit elektrischer Energie in Form von Strom zu versorgen, gemäß § 117 Abs. 2 BGB wirksam; auch zwischen der m.-g. und der m.-p. besteht somit ein Stromliefervertrag.

Nach dem Gesamtbild der Verträge drängt sich unter diesen Umständen geradezu auf, dass die Beklagte und die Nebenintervenientinnen mit den Vertragsgestaltungen ein sogenanntes Schein-Contracting als echtes, steuerbegünstigtes Energie-Contracting darzustellen und zugleich zu erreichen versuchen, dass möglichst keines der drei Unternehmen die EEG-Umlage zu zahlen hat. Unter diesem Aspekt ist die Vertragsgestaltung, durch die „die Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie sowie das Verbrauchsnetz des Kunden entgeltlich C. m.-p. Ihr Energiedienstleister GmbH & Co. KG beigestellt werden“ (Ziffer 1.3 der AGB), insoweit auch gemäß § 134 BGB als unwirksam anzusehen. Auch insoweit ist anzunehmen, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre, § 139 BGB.

Steht jedoch fest, dass zwischen der m.-g. und der m.-p. tatsächlich ein Vertrag über die Lieferung von elektrischer Energie in Form von Strom besteht, dann ist die m.-g. nicht Letztverbraucher, weil diese den ihr gelieferten Strom an die m.-p. weiter liefert. Wer Energie lediglich bezieht, um sie an andere abzugeben, ist kein Letztverbraucher. Für die Abgrenzung ist maßgeblich, ob sich derjenige, der die Energie nicht zu eigenen Zwecken bezieht und derjenige, der sie nutzt, als wirtschaftlich selbständige Subjekte gegenüberstehen und entweder verschiedene Rechtssubjekte sind oder solchen angehören. (Danner/Theobald, Energierecht, Band 1, § 3 EnWG, Rn. 207). Das ist hier der Fall, bei der m.-g. und der m.-p. handelt es sich um selbstständige Rechtssubjekte.

bb) Es liegt auch keine Lieferung von Strom durch die Beklagte an die Kunden als Letztverbraucher im Sinne von § 37 Abs. 2 EEG 2012 vor. Lieferung ist die Handlung, die erforderlich ist, um die Pflichten

des Lieferanten aus einem Stromliefervertrag zu erfüllen; die bloße faktische Lieferung von Strom genügt hierfür nicht.

Hierfür spricht schon die bereits ausgeführte Definition des Letztverbrauchers als Person, die Energie für den eigenen Verbrauch "kauft". Der Begriff des Kaufens setzt denklogisch den Abschluss eines Kaufvertrages, mithin eine vertragliche Vereinbarung voraus.

Hieraus folgt, dass auch der Begriff der "Lieferung an einen Letztverbraucher" nicht isoliert als faktischer Vorgang betrachtet werden kann, sondern stets im Zusammenhang mit einer vertraglichen Vereinbarung gesehen werden muss. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 37 Abs. 2 EEG 2012, der eine Lieferung an einen Letztverbraucher voraussetzt, also eine Lieferung an eine Person, die Strom kauft.

Wie bereits ausgeführt, wird diese Auslegung weiter gestützt durch die aus dem EEG 2014 erkennbare Intention des Gesetzgebers; insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.

Schließlich entspricht es auch dem allgemeinen Verständnis des Begriffs der Lieferung, dass diese das Bestehen einer vertraglichen Beziehung mit dem Lieferanten voraussetzt.

Unter Lieferung wird die Handlung verstanden, die ein Verkäufer vornimmt, um seine Übergabepflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB zu erfüllen (Palandt-Weidenkaff, BGB, 73. Auflage, § 434 Rn. 53c). § 478 Abs. 1 Satz 2 BGB definiert den Begriff des Lieferanten als „Unternehmer, der ihm die Sache verkauft hatte“, d.h. diese Legaldefinition (MünchKomm-Lorenz, BGB, 6. Auflage, § 478 Rn. 9) setzt gleichfalls das Bestehen eines Kaufvertrages und somit einer vertraglichen Beziehung voraus. Entsprechendes gilt für den vergleichbaren Begriff der „Ablieferung“ (§ 438 Abs. 2 BGB, § 377 Abs. 2 HGB). Unter Ablieferung wird ein tatsächlicher Vorgang verstanden, der in Vollzug eines Vertrages erfolgt (Heymann, HGB, 2. Auflage, § 377 Rn. 37; MünchKomm-Grünwald, HGB, 3. Auflage, § 377 Rn. 18).

Ebenso definieren auch § 3 Nr. 22 bzw. § 3 Nr. 24 EnWG den (Haushalts-) Kunden als Letztverbraucher, der Energie "kauft". Dabei handelt es sich um die Definition eines Unterfalls des Letztverbrauchers (Danner/Theobald-Theobald, Energierecht, Band I, § 3 EnWG Rn. 208). Auch hieraus wird ersichtlich, dass der Erwerb von Energie durch einen Letztverbraucher stets das Bestehen einer vertraglichen Beziehung voraussetzt.

Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt in diesem Zusammenhang dem Umstand, dass allein die Beklagte und nicht auch ihre Schwesterngesellschaften m.-g. und m.-p. einen Bilanzkreisvertrag gemäß § 26 StromNZV abgeschlossen haben, keine entscheidende Bedeutung zu. Die Stellung als Bilanzkreisinhaber ist nicht geeignet, einen Rückschluss darauf zuzulassen, wer die EEG-Umlage schuldet.

Sinn und Zweck eines Bilanzkreises ist es, Abweichungen zwischen den Strommengen, die in das Netz eingespeist werden und den Strommengen, die aus dem Netz entnommen werden, zu reduzieren, um eine höhere Systemstabilität zu erreichen. Denn ein Elektrizitätsnetz muss eine ständig gleichbleibende Frequenz von etwa 50 Hertz aufweisen. Diese gleichbleibende Frequenz kann jedoch nur dann aufrecht erhalten werden, wenn die Summe der Einspeisemenge der Summe der Entnahmen aus diesem Netz entspricht, die Bilanz somit ausgeglichen ist (Danner/Theobald-Theobald, Energierecht, Band 1, § 3 EnWG Rn. 52). Zur Erreichung dieses Ziels werden in einem Fahrplan gemäß § 2 Nr. 1 der Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetz Zugangsverordnung, nachfolgend: StromNZV) die geplanten Einspeisemengen und voraussichtlichen Entnahmemengen zusammengefasst. Der Fahrplan enthält dabei die Angabe,

wieviel elektrische Leistung in jeder Zeiteinheit zwischen den Bilanzkreisen ausgetauscht wird oder an einer Einspeise- oder Entnahmestelle eingespeist oder entnommen wird, § 2 Nr. 1 StromNZV. Da es sich um Prognosen handelt, sind Abweichungen möglich, für deren Ausgleich der Bilanzkreisverantwortliche zuständig ist, § 4 Abs. 2 StromNZV.

Entsprechend wird der Bilanzkreis definiert als "im Elektrizitätsbereich innerhalb einer Regelzone die Zusammenfassung von Einspeise- und Entnahmestellen, die dem Zweck dient, Abweichungen zwischen Einspeisungen und Entnahmen durch ihre Durchmischung zu minimieren und die Abwicklung von Handelstransaktionen zu ermöglichen", § 3 Nr. 10a EnWG.

Mit dem Bilanzkreissystem wird somit primär ein technischer Zweck verfolgt, nämlich die Systemstabilität zu gewährleisten und nicht der Zweck, den Schuldner der Umlage nach dem EEG zu ermitteln. Auch kann der vorstehenden Definition nicht entnommen werden, wie derjenige, der einen Bilanzkreis innerhalb einer Regelzone unterhält, konkret in den Belastungs- und Ausgleichsmechanismus des EEG eingebunden werden soll, auch dies spricht gegen die Schlussfolgerung, dass der jeweilige Bilanzkreisinhaber ein Energieversorgungsunternehmen ist, dass Letztverbraucher mit Strom beliefert.

Hinzu tritt, dass in den Belastungsausgleich auch Unternehmen einbezogen werden können, die gar keiner Regelzone eines inländischen Übertragungsnetzbetreibers zuzuordnen sind, sondern beispielsweise der Regelzone eines ausländischen Netzbetreibers (BGH, Urteil vom 15. Juni 2011 – VIII ZR 308/09 – zitiert nach juris). Auch dies spricht gegen den Rückschluss, dass der Inhaber eines Bilanzkreises auch der Schuldner der EEG-Umlage sein muss.

Etwas anderes ergäbe sich auch nicht aus dem - hier ohnehin nicht anwendbaren - EEG 2014. Zwar ist in § 60 Abs. 1 EEG 2014 eine Vermutung dahingehend eingeführt worden, dass Energiemengen, die aus einem beim Übertragungsnetzbetreiber geführten Bilanzkreis an physikalische Entnahmestellen abgegeben werden und für die keine bilanzkreisscharfe Meldung eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens nach § 74 (EEG 2014) vorliegt, von dem Inhaber des betreffenden Bilanzkreises an Letztverbraucher geliefert wurden. Der Entwurf gestaltet die Vermutung jedoch ausdrücklich als widerleglich aus. Auch hieraus folgt, dass aus dem Umstand, dass (allein) die Beklagte bei der Klägerin einen Bilanzkreis unterhält, nicht darauf geschlossen werden kann, die Beklagte beliefere als Energieversorgungsunternehmen Letztverbraucher mit Strom.

Auch aus der Vorschrift des § 20 Abs. 1a EnWG kann nicht gefolgert werden, dass der Inhaber eines Bilanzkreises zugleich Schuldner der EEG-Umlage ist. Die Klägerin hat insoweit in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgetragen, dass Letztverbrauchern ein wirksamer Netzzugang nur dann gewährt werden könne, wenn der zu übertragende Strom innerhalb eines Bilanzkreises übertragen werde, eine wirksame schuldrechtliche Lieferung von Strom könne nur von demjenigen erfolgen, der Inhaber eines Bilanzkreises sei.

§ 20 Abs. 1a EnWG bestimmt insoweit: "Der Netzzugang durch die Letztverbraucher und Lieferanten setzt voraus, dass über einen Bilanzkreis, der in ein vertraglich begründetes Bilanzkreissystem nach Maßgabe einer Rechtsverordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen einbezogen ist, ein Ausgleich zwischen Einspeisung und Entnahme stattfindet."

Die Vorschrift normiert den gesetzlichen Anspruch auf Zugang zu einem Elektrizitätsnetz, sie vermittelt im Sinne eines gesetzlichen Schuldverhältnisses einen individualrechtlichen Zugangsanspruch des Durchleitungskunden - wobei es sich sowohl um einen Letztverbraucher als auch um einen Lieferanten handeln kann - gegenüber einem Netzbetreiber, und zwar unabhängig von einem noch abzuschließenden Netznutzungsvertrag gemäß § 24 StromNZV zwischen dem Lieferanten und dem Letztverbraucher, der lediglich der Konkretisierung des Anspruchs auf Zugang

zum Elektrizitätsnetz dient (Danner/Theobald-Lüdtke-Handjery, Energierecht, Band 1, § 20 Abs. 1a EnWG Rn. 1, 3). Das in §§ 4,5 StromNZV normierte Bilanzkreissystem bildet dabei die Grundlage für die technische Umsetzung des Netznutzungsvertrages (aao Rn. 17). Die Vorschrift verfolgt also primär den Zweck, den Netzzugang des Letztverbrauchers oder der Lieferanten sicherzustellen und nicht die Regelung der Frage, wer Schuldner der EEG- Umlage ist.

Hinzu tritt, dass gemäß § 4 Abs. 1 Satz 3 StromNZV Bilanzkreise auch für Geschäfte gebildet werden können, die nicht die Belieferung von Letztverbrauchern zum Gegenstand haben. Auch dies zeigt, dass die Inhaberschaft eines Bilanzkreises kein taugliches Kriterium dafür ist, ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne von § 37 Abs. 2 EEG 2012 zu ermitteln.

Die erforderliche vertragliche Beziehung als Grundlage für eine Stromlieferung im Sinne des § 37 Abs. 2 EEG 2012 besteht nach dem oben Ausgeführten somit nicht zwischen der Beklagten und den Endkunden oder der m.-p., sondern allein zwischen der Beklagten und der m.-g.. Diese ist jedoch nicht Letztverbraucherin im Sinne des § 37 Abs. 2 EEG 2012; insoweit wird ebenfalls auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.

Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang unter Berufung auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Belieferung mit Strom der Beklagten (Anlage K5) behauptet hat, die Beklagte habe auch Stromlieferverträge mit Endkunden abgeschlossen, ist die Beklagte dieser Behauptung substantiiert, zuletzt durch die Vorlage der „Bescheinigung für 2012 zur Verwendung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern für A. GmbH“ der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Taxon GmbH (Anlage B7) entgegen getreten. Hierin ist ausdrücklich ausgeführt, dass die Beklagte in 2012 Strom ausschließlich an die m.-g. verkauft und keine Stromlieferverträge mit Letztverbrauchern abgeschlossen hat. Die Klägerin hat ihr diesbezügliches Vorbringen hierauf weder substantiiert noch Beweis für ihre Behauptung angeboten.

2. Die Widerklage ist zulässig und begründet.

Der Beklagte steht gegen die Klägerin ein Anspruch auf Rückzahlung der im Zeitraum von Januar bis August 2012 geleisteten Abschläge auf die EEG-Umlage zu, § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Nach den obigen Ausführungen stand der Klägerin gegen die Beklagte kein Anspruch auf monatliche Abschlagszahlungen auf die EEG-Umlage gemäß § 37 Abs. 2 EEG 2012 zu, so dass die Zahlungen und somit Leistungen der Beklagten ohne Rechtsgrund erfolgt sind.

Der Rückforderungsanspruch der Beklagten ist nicht gemäß § 814 BGB ausgeschlossen. Gemäß § 814 BGB kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.

Die Vorschrift erfordert positive Kenntnis von der fehlenden Verpflichtung zur Leistung im Zeitpunkt der Leistung (Palandt-Sprau, BGB, 73. Auflage, § 814 Rn. 4). Dabei reicht die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen der rechtlichen Verpflichtung ergibt, allein nicht aus; vielmehr muss der Leistende daraus auch die zutreffende rechtliche Folgerung ziehen. Nimmt der Leistende aufgrund eines Tatsachen- oder Rechtsirrtums an, zur Leistung verpflichtet zu sein, kommt eine Anwendung von § 814 BGB nicht in Betracht. Die ursprüngliche Annahme der Beklagten, zur Leistung der EEG-Umlage aufgrund einer ebenfalls angenommenen Letztverbrauchereigenschaft der m.-g. verpflichtet gewesen zu sein, reicht nicht, um einen Ausschluss der Rückforderung gemäß § 814 BGB zu begründen.

Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Umstände, die die Kenntnis der Beklagten von der Nichtschuld begründen, obliegt der Klägerin (aaO, Rn. 10). Die Beklagte ist dem entsprechenden Vorbringen der Klägerin entgegen getreten und hat vorgetragen, dass ein nicht mehr für sie tätiger Mitarbeiter die Zahlungen versehentlich angewiesen habe. Die Klägerin hat diesen Vortrag lediglich mit Nichtwissen bestritten, zur positiven Kenntnis der Beklagten von der Nichtschuld jedoch keine weiteren Ausführungen gemacht und damit ihrer Darlegungs- und Beweislast nicht genügt.

Der Zinsanspruch hinsichtlich der Widerklagforderung folgt aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 Abs. 1, 269 Abs. 3, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf § 3 ZPO, §§ 45 Abs. 1, 48 Abs. 1 GKG.

Die Revision war zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.