
Datum: 07.06.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 14. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 14 U 5/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0607.14U5.16.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 4 O 343/14

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund vom 10.03.2016 – 4 O 343/14 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Klägerin.

Das Urteil ist wie das angegriffene Urteil vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht zuvor die Beklagte Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

1

A.

2

Die Klägerin, die zunächst unter „Y GmbH & Co. KG“ firmierte, unterhält Verträge mit Endkunden, in deren Rahmen sie „Energiedienstleistungen“ erbringt. Die Beklagte ist eine von vier Übertragungsnetzbetreiberinnen in Deutschland und hat ihre Regelzone im Westen und Süden Deutschlands. Die Parteien streiten um den Belastungsausgleich nach dem EEG 2012 und – ab dem 01.08.2014 – EEG 2014. Die EEG-Umlage wird bei den Unternehmen erhoben, die den Strom an den Letztverbraucher liefern. Die Stromlieferung an die

3

Endkunden erfolgt dabei über sog. Bilanzkreisverträge, die mit den Übertragungsnetzbetreiberinnen abgeschlossen werden. Den Bilanzkreisvertrag mit der Beklagten unterhielt hier die A GmbH & Co. KG (im Folgenden: A), vormals Z GmbH & Co. KG.

Auf die EEG-Umlage sind bereits unterjährig Abschläge zu entrichten, die auf der Grundlage einer Prognose ermittelt werden. Ab Januar 2012 stellte die Beklagte der A Abschlagsrechnungen (Anlagenkonvolut B 12), die diese bis einschließlich August 2012 auch bezahlte. Die A stellte danach die Zahlungen ein. Im Hinblick auf eine in einem Parallelverfahren getroffene Entscheidung des Hanseatischen OLG, nach der die Klägerin Schuldnerin der EEG-Umlage sei und die A einen Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Umlage habe, stellte die Beklagte unter dem 26.9./16.10./23.10.2014 die Rechnungen für den Zeitraum Januar 2012 bis Juli 2014 an die Klägerin und ab August 2014 gesamtschuldnerisch mit der A (Forderungsaufstellung Bl. 42 f. d.A.) über einen Gesamtbetrag von 21.909.556,11 € (vgl. Aufstellung Bl. 5 d.A.).

Die Klägerin hat erstinstanzlich unter Verweis auf ihre AGB (Anlage K 2, Bl. 22 f. d.A.) die Auffassung vertreten, sie beliefere keine Letztverbraucher mit Strom und sei daher nicht verpflichtet, an die Beklagte die EEG-Umlage zu zahlen.

Sie hat ihr Geschäftsmodell wie folgt dargestellt (Bl. 6 d.A.): Sie liefere den Kunden Nutzenergie in Form von Licht, Kraft, Wärme und Kälte. Zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen unterhalte sie Lieferverträge mit Anbietern von Primärenergie (Strom, Gas, Öl, Kohle). Die Primärenergie werde von einer weiteren Vertragspartnerin, der X1 GmbH & Co. KG (vormals: B GmbH & Co. KG), als Erfüllungsgehilfin der Klägerin in Nutzenergie umgewandelt und den Kunden zur Verfügung gestellt. Im Hinblick auf die Anspruchsnorm zur Zahlung der EEG-Umlage nach EEG 2012 bzw. EEG 2014 hat die Klägerin im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:

- - Sie sei kein Elektrizitätsversorgungsunternehmen, denn sie liefere Nutzenergie statt Strom; Nutzenergie sei ein anerkannter Begriff (Hinweis auf OLG Frankfurt, Beschluss v. 25.04.2012 – 21 U 41/11, juris);
 - die Klägerin unterhalte keinen Bilanzkreis; damit sei die gesetzliche Vermutung des § 60 Abs. 1 S. 3 (so Bl. 8 d.A., gemeint aber S. 2) EEG 2014 nicht einschlägig;
- der von der A an die Klägerin gelieferte Strom stamme vollständig aus dem Ausland, so dass der Anwendungsbereich des EEG nicht eröffnet sei (vgl. Anlage K 3, Bl. 84 d.A.; Anlage K 5, Bl. 174 d.A.);
- Abschlagsrechnungen seien nicht mehr zulässig, da zum 30.09. jeweils Abrechnungsreife für das Vorjahr eintrete; die Beklagte müsse die EEG-Umlage abschließend abrechnen (§ 3 Abs. 6 AusglMechV; Hinweis auf BGH, Urteil vom 16.06.2010 – VIII ZR 258/09, juris Rn. 22);
- die Klägerin schulde sowieso keine Auskunft über die gelieferte Strommenge, da sie nicht an Letztverbraucher liefere, jedenfalls müsse die Beklagte eine Stufenklage erheben (Hinweis auf Salje, EEG 2014 § 60 Rn. 38; OLG Naumburg, Urt. vom 6.2.2014 – 2 U 50/13);
-

Mitteilungen über Stromverbrauch beruhten zu 70 % auf Schätzungen; die von der Beklagten dargelegten Strommengen würden bestritten;

- die Beklagte wolle die Klägerin und die A als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen. Dass beide als Elektrizitätsunternehmen Letztverbraucher mit Strom belieferten, sei aber ausgeschlossen; 15
- die Klägerin genieße schützenswertes Vertrauen, da sie keine Preisaufschläge auf ihre Leistung im Hinblick auf die abzuführende EEG-Umlage erhoben habe; 16
- die Rechtsauffassung der Beklagten führe zu einer unzulässigen Doppelbelastung beim Stromimport aus Norwegen; 17
- es gebe keine gesicherte Rechtsprechung des EuGH zur letzten Stufe des bundesweiten Belastungsausgleichs, daher liege kein *acte clair* vor; die Entscheidung des EuGH zu „Alands Vindkraft“ betreffe nur die Frage, ob ausländische Stromerzeuger von inländischen Förderungen ausgeschlossen werden dürften; dabei habe der EuGH die diskriminierende Wirkung der Stromförderung in Schweden festgestellt, wenn er diese - zu Unrecht - auch für gerechtfertigt gehalten habe; 18
- der nationale Gesetzgeber habe Importstrom nicht erfassen wollen. 19

Schließlich hat die Klägerin behauptet, die Beklagte habe im Einvernehmen mit der Bundesnetzagentur versucht, Einfluss auf Stromlieferanten der Klägerin zu nehmen, um diese zum Abbruch der Geschäftsbeziehung zur Klägerin zu bewegen (Schriftsatz v. 05.11.2015, Bl. 185 ff. d.A.). Anfang 2012 habe die Rechtsvorgängerin der A die EEG-Umlage gezahlt. Nach diversen Rechtsstreitigkeiten habe die Zahlung eingestellt werden müssen, da die Grundlage der Belieferung von Letztverbrauchern entzogen worden sei (so Bl. 187 d.A.). 20

Zur Prozessgeschichte: 21

Die Klägerin hat im hier zu entscheidenden Rechtsstreit am 30.11.2014 eine negative Feststellungsklage erhoben, nach deren Antrag die Beklagte von ihr für den Zeitraum Januar 2012 bis Oktober 2014 keine EEG-Umlage in Höhe von knapp 22 Mio. Euro verlangen könne. Die Klage ist der Beklagten am 15.01.2015 zugestellt worden (Bl. 30 d.A.). Parallel hat die A eine negative Feststellungsklage mit dem gleichen Antrag erhoben (LG Dortmund 4 O 342/14). Dieses Verfahren ist zur Zeit ausgesetzt. 22

Im hiesigen Verfahren hat die Beklagte Widerklage erhoben und zwar über die EEG-Umlage für den Zeitraum August 2014 bis Dezember 2014 (Bl. 35 d.A.). Die Widerklage ist am 20.02.2015 zugestellt worden (Bl. 55 d.A.). 23

Daneben hat die Beklagte gegen die hiesige Klägerin und die A Klage vor dem Landgericht Hamburg erhoben. Unter dem dortigen Aktenzeichen 304 O 20/15 hat die Beklagte die beiden Gesellschaften als Gesamtschuldner auf Zahlung der EEG-Umlage für den Zeitraum Dezember 2012 - Juli 2014 in Höhe von 18.930.007,17 € in Anspruch genommen. Das LG Hamburg hat die Klage für zulässig erachtet, da sie bereits am 12.01.2015 bei eingegangen sei, während die hiesigen Feststellungsklagen erst am 15.01.2015 an die Klägerin zugestellt worden seien. Angesichts dieses Ablaufs habe bei Klageeinreichung in Hamburg weder eine anderweitige Rechtshängigkeit des gleichen prozessualen Anspruchs vorgelegen, noch sei ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin erkennbar. Sodann hat das Landgericht 24

der Klage gegen die hiesige Klägerin stattgegeben, gegen die A hingegen mit der Begründung abgewiesen, diese sei nicht die Lieferantin an den Letztverbraucher (Urteil vom 13.11.2015, juris).

Das Hanseatische OLG hat das Urteil am 05.07.2016 bestätigt (9 U 156/15; Anlage BB 1 [die Bezeichnung BB 1 ist doppelt vergeben, vgl. Bl. 428], Bl. 514 ff. d.A.; auch in juris veröffentlicht); die zugelassene Revision ist anhängig unter VIII ZR 156/16. 25

Die Klägerin hat die hiesige negative Feststellungsklage zunächst bezüglich des Monats August 2014 für erledigt erklärt (Bl. 59 d.A.), nach der ersten mündlichen Verhandlung in dem Parallelverfahren in Hamburg insgesamt (Bl. 160 d.A., Schriftsatz vom 30.10.2015). Die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen. 26

Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt, 27

1. festzustellen, dass sich der Rechtsstreit hinsichtlich der Klage erledigt hat, 28

2. die Widerklage abzuweisen. 29

Die Beklagte hat beantragt, 30

1. die Klage abzuweisen, 31

2. widerklagend die Klägerin zu verurteilen, als Gesamtschuldner neben der A GmbH & Co. KG **3.686.264,65 €** nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten auf das Jahr aus 1.430.605,24 € seit dem 01.11.2014, aus weiteren 707.941,85 € seit dem 18.11.2014, aus weiteren 759.003,96 € seit dem 16.12.2014 und aus weiteren 788.713,60 € seit dem 16.01.2015 zu zahlen. 32

Die **Beklagte** hat bestritten, dass eine der drei an der Stromlieferung beteiligten Gesellschaften der X-Gruppe noch die EEG-Umlage zahle. Damit seien zwischen 2012 und Klageerhebung über 23,5 Mio. € Fehlbeträge aufgelaufen. Neben der Klägerin, deren Schuldner-eigenschaft schon das LG Hamburg zutreffend festgestellt habe, sei auch die A Umlageschuldnerin, da sie in ihrer Person die Tatbestandsvoraussetzungen erfülle. Bei den Bilanzkreisen handele es sich um die Zuordnung der in Anspruch genommenen Strommengen zu einem bestimmten Marktakteur. Jeder Stromlieferant müsse daher einen solchen Bilanzkreis (allein oder gemeinsam mit anderen) unterhalten. Die Beklagte habe mit der A unstreitig einen eigenen Bilanzkreisvertrag abgeschlossen, nämlich den Kreis mit der Kennung ##### (Anlage B 8, blauer Anlagenband). Alle von ihr beanspruchten Zahlungen in diesem Verfahren beruhten auf Lieferungen in diesem Bilanzkreis, also auf „Ausbuchungen“ der A. Die A sei vertraglich verpflichtet anzuzeigen, wenn andere Personen den Bilanzkreis mitnutzten. Eine solche Anzeige sei unstreitig nicht erfolgt, was die Beklagte zu der Annahme berechtigt habe, die A sei Schuldnerin der EEG-Umlage. Die A habe sowohl die Endabrechnung verweigert als auch keine aktualisierten Daten des Letztverbraucherabsatzes für die laufenden Monate übermittelt. Dies gelte ebenso für die Klägerin. Die Beklagte habe daher den Umfang der Stromlieferungen anhand der „Ausbuchungen“ der A aus dem Bilanzkreis schätzen müssen und dies zunächst der A in Rechnung gestellt (Anlagenkonvolut B 13). Erst nach der Entscheidung aus Hamburg habe die Beklagte die Klägerin in Anspruch genommen. 33

Das in den AGB beschriebene Geschäftsmodell der Klägerin (die Beklagte legt als Anlage B 9 zusätzlich den Vertrag zwischen der Klägerin und der X1 GmbH & Co. KG vor, der die 34

Beklagte den Streit verkündet hat, die nach dem Vortrag der Klägerin für sie den Strom in Nutzenergie umwandelt; blauer Anlagenband), wonach kein Strom geliefert werde, werde in allen Einzelheiten bestritten (vgl. Bl. 43 d.A.). Das gesamte Vorbringen der Klägerin gegen den Anspruch sei bereits im Rahmen des Prozesses aus Hamburg geprüft worden; für den hier neu hinzu gekommenen Zeitraum ab Dezember 2014 sei die Rechtslage identisch.

Letztverbraucher seien ohne Zweifel die Kunden der Klägerin; der Begriff sei wie in § 3 Nr. 25 EnWG zu verstehen. Der Verbrauch von Strom bestehe in der Umwandlung in andere Energieformen, und zwar durch die elektrischen Einrichtungen des Versorgungskunden. Der Verbrauch könne nur demjenigen zugerechnet werden, der die Sachherrschaft über diese Einrichtungen ausübe; dies seien allein die Versorgungskunden. Diese hätten den Strom auch im Rechtssinne gekauft. Etwas anderes sei mit dem Zweck der Willenserklärung trotz des abweichenden Wortlauts nicht vereinbar. Dafür spreche daneben auch die Abrechnung in Kilowattstunden und die Ermittlung des Verbrauchs durch Ablesung von Stromzählern. Alle von dieser Auslegung abweichenden AGB-Vereinbarungen seien unwirksam, weil sie überraschend seien. Der Vertrag bleibe aber gem. § 306 BGB wirksam. 35

Die Klägerin sei jedenfalls auch als Letztverbraucherlieferantin anzusehen. Sie habe den Strom - ggf. unter Einschaltung von Erfüllungsgehilfen in Gestalt eines Geheisserwerbs - übergeben, um eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen. Der Ort, an dem der gelieferte Strom produziert worden sei, sei unerheblich, da eine Inlandsproduktion keine Tatbestandsvoraussetzung sei. Das ergebe sich nicht zuletzt aus der Gesetzesbegründung. Der Gesetzgeber habe in § 37 Abs. 6 EEG 2009 die Umlagepflichtigkeit für Importstrom auch bei Direktimport eindeutig geregelt und die Norm unverändert in die Fassungen von 2012 und 2014 übernommen. Unter welchen Voraussetzungen die Stromerzeugung gefördert werde, sei für die Umlage nicht von Belang. 36

Ein EU-rechtswidriges Handelshemmnis scheide aus, da Strom aus dem Ausland nicht schlechter, sondern nur genauso behandelt werde. Dass nur die inländische Stromproduktion gefördert werde, könne zwar eine Diskriminierung sein; diese sei aber nach der Rechtsprechung des EuGH nicht zu beanstanden. 37

Die Menge an Strom sei zutreffend ermittelt, da sie beschränkt sei auf die aus dem Bilanzkreis der A an den Abnahmestellen der Endverbraucher abgegebenen Mengen. Falsche Messdaten hätte die A zudem gem. § 4 Abs. 4 S. 2 StromNZV unverzüglich beanstanden müssen. Die Behauptungen der Klägerin zu einem Schätzanteil von 70 % würden bestritten. Die Beklagte habe für 2012 und 2013 Jahresendabrechnungen erteilt; selbst deren Ausstehen würde aber die Begründetheit der Widerklage nicht hindern. Zum einen seien die Ansprüche auch so fällig. Zum anderen sei es der Klägerin verwehrt, sich darauf zu berufen, da sie treuwidrig die Endabrechnung verhindere. 38

Die Klägerin habe Strom geliefert. Sie räume selbst ein, ihren Kunden die Beschaffung von Energieträgern wie Strom anzubieten. Energiedienstleister zu sein, schließe dies nicht aus. Den Vortrag der Klägerin zu ihren Aktivitäten bestreitet die Beklagte (vgl. Bl. 109 d.A.). Auch die Bundesnetzagentur habe die Klägerin als Energieversorgungsunternehmen in Anspruch genommen und Bußgelder verhängt wegen ausstehender Anzeige der Energielieferung. Das habe das OLG Düsseldorf bestätigt. § 60 EEG 2014 schließe die Gesamtschuldnerschaft nach seinem Gesetzeszweck nicht aus, da er die Aufkommenswirkung habe verbessern sollen. Bestritten werde die Behauptung, die Klägerin habe auf die fehlende Umlagepflicht vertraut. Sie habe vielmehr die Preise gegenüber den Kunden gerade im Hinblick auf erhöhte Umlagenaufwände erhöht (Anlage B 18, Bl. 147 d.A.). 39

Die Klägerin hat im Nachgang zum Termin vor dem Landgericht ein Privatgutachten von Prof. S überreicht (Anlage K 6, Bl. 247 ff d.A.). Dazu trägt sie vor:

Die EEG-Umlage sei eine verfassungswidrige Sonderabgabe und der Geltungsbereich zu unbestimmt, so dass die Vorlage gem. Art. 100 GG an das Bundesverfassungsgericht begehrt werde. Eine Aufkommenswirkung liege vor, da es der Staat sei, der über die Verwendung der eingenommenen Umlagezahlungen nach dem EEG 2012 und EEG 2014 entscheide. Auch die Höhe der Abgaben werde durch einen staatlichen Akteur, die Bundesnetzagentur festgelegt. Werde die vereinbarte Lieferung von Nutzenergie umgedeutet in eine Pflicht zur Stromlieferung, entfalte dies ein Berufsverbot für die Klägerin, die dadurch in ihren Rechten aus Artt. 12, 14 GG verletzt sei. Zugleich sei das EEG wegen Verstoßes gegen Artt. 119, 120 AEUV (freier Wettbewerb), Art. 107 AEUV (verbotene Beihilfe), Artt. 30, 110 (Verbot von Ein- und Ausfuhrzöllen) sowie Art. 34 AEUV (Warenverkehrsfreiheit) unionsrechtswidrig. 41

Die Beklagte hat der X1 GmbH & Co. KG (vormals: B GmbH & Co. KG) den Streit verkündet; diese ist nicht beigetreten. 42

Das **Landgericht** hat sodann den **Erledigungsfeststellungsantrag zurückgewiesen und der Widerklage** (betreffend die Monate August 2014 bis Dezember 2014) **stattgegeben**. 43

Die Feststellungsklage sei von Anfang an unbegründet gewesen. Der Auffassung des LG Hamburg, das der Leistungsklage umgekehrten Rubrums stattgegeben habe, sei zuzustimmen. Die Klägerin sei ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne von § 3 Nr. 2d EEG 2012 bzw. § 5 Nr. 13 EEG 2014. Die Klägerin liefere auch keine Nutzenergie, sondern Strom. Die Aufzählung „Licht, Kraft, Wärme und Kälte“ erfasse schon nicht alles. So seien alle täglich verwendeten Formen der Datenübertragung wie die Rechenleistung eines PC, Betrieb eines Fernsehers oder einer Heizungs- oder Alarmanlagensteuerung davon genau so wenig erfasst wie die Verwendung eines Ladegeräts für akkubetriebene Endgeräte. Die tatsächliche Herrschaft über die im Haushalt befindlichen Endgeräte übe allein der Kunde aus. Die vertraglich vorgesehene „Beistellung“ gehe an der Lebensrealität vorbei. Zudem wären die dazu formulierten AGB nicht wirksam einbezogen, da sie so ungewöhnlich seien, dass mit ihnen nicht zu rechnen sei. Der Vertrag mit der Schwestergesellschaft und Streitverkündeten sei als Scheingeschäft gem. § 117 BGB nichtig. Er diene nur zu Verschleierung der Stromlieferanteneigenschaft der Klägerin. Tatsächlich führe die Streitverkündete keinerlei Tätigkeit aus, die zu einer Umwandlung des Stroms in Nutzenergie führen würde. 44

Die Vermutungsregel des § 60 Abs. 1 S. 2 EEG stehe nicht entgegen. Zwar handle es sich um Strommengen aus dem Bilanzkreis der A; die Klägerin räume aber selbst ein, diesen Strom von der A bezogen zu haben, so dass die Vermutung widerlegt sei. 45

Ob der Strom aus dem Ausland bezogen sei, sei unerheblich. Aus § 2 Nr. 1 EEG 2012 bzw. § 4 EEG 2014 ergebe sich zwar, dass im Ausland bezogener Strom von der Subventionierung ausgeschlossen sei. Das deutsche Modell habe der EuGH in der Entscheidung Alands Vindkraft aber explizit gebilligt und einen Verstoß gegen Art. 107 AEUV ausgeschlossen. Daraus folge nicht, dass bei einem Stromimport aus dem Ausland die EEG-Umlage entfalle. Die Anspruchsnormen für die EEG-Umlage - § 37 Abs. 2 EEG 2012 bzw. § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 – knüpften allein an die Lieferung an Letztverbraucher unabhängig von der Herkunft des Stromes an. Die Abgabepflicht solle nicht durch Import von Ökostrom aus dem Ausland umgangen werden. Der Belastungsausgleich für hier produzierten Ökostrom solle solidarisch von allen Verbrauchern getragen werden. Einzelne Unschärfen seien im 46

Allgemeininteresse an der Förderung erneuerbarer Energien hinzunehmen. Die Letztverbraucher, die direkt Strom aus dem Ausland importierten, könne der Übertragungsnetzbetreiber im Übrigen unmittelbar in Anspruch nehmen gem. § 37 Abs. 3 EEG 2012 bzw. § 61 Abs. 1 EEG 2014, so dass ein Wertungswiderspruch entstünde, ließe man dies nicht ebenso für Stromlieferanten gelten.

Die Anspruchsgrundlagen seien verfassungsgemäß, und es liege insbesondere keine Sonderabgabe vor, wie es der Kohlepfennig gewesen sei, wie sich aus der Entscheidung des BGH vom 25.06.2014 – VIII ZR 169/13, juris ergebe. Es fehle schon an einer Aufkommenswirkung für die öffentliche Hand. Eine Verfassungsbeschwerde hierzu habe das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen. 47

Auch europarechtliche Bedenken bestünden nicht. Eine Ungleichbehandlung von in- und ausländischem Strom finde gerade nicht statt, so dass eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit ausscheide. Jedenfalls habe der EuGH in Alands Vindkraft gebilligt, dass es trotz fehlender unionsweiter Harmonisierung der Förderregeln nationale Förderung im Interesse des Allgemeinwohls gebe. Art. 267 AEUV zwingt das LG als nicht letztinstanzliches Gericht sowieso nicht zur Vorlage. 48

Dass mittlerweile Abrechnungsreife der EEG-Umlage eingetreten sei und die Beklagte die Widerklage gleichwohl auf Abschlagsforderungen stütze, hindere den Anspruch nicht. Die Klägerin verhindere treuwidrig die endgültige Abrechnung, da sie ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkomme. Sie hätte gem. § 49 EEG 2012 bzw. § 74 EEG 2014 unverzüglich die Liefermengen an Letztverbraucher der Beklagten mitteilen und bis Ende Mai eine Endabrechnung für das Vorjahr vorlegen müssen. Trotz Hinweises der Kammer in der mündlichen Verhandlung auf das unerhebliche Bestreiten habe die Klägerin nicht weiter vorgetragen. 49

Die Einwände zu überwiegend nur auf Schätzungen beruhenden Liefermengen an Letztverbraucher seien ebenfalls unbeachtlich, da die Klägerin jedenfalls die Mengen hätte mitteilen können, die sie selbst gegenüber den Kunden abrechne. Die Genauigkeit hätte sie zudem durch häufigere Eigenablesung erhöhen können. Beides habe sie unterlassen. Die Beklagte lege die Energiemengen zugrunde, die über den Bilanzkreis der A erfasst worden seien, so dass die Klägerin maximal mit den von der X-Gruppe bezogenen Mengen belastet werde. Die Berufung auf § 3 Abs. 6 AusglMechV sei wegen der fehlenden Mitwirkung treuwidrig. Einer Stufenklage habe es nicht bedurft; die Beklagte sei allenfalls Gefahr gelaufen, teilweise zu unterliegen, soweit die über den Bilanzkreis der A erfasste Menge nicht komplett an die Klägerin geliefert worden wäre. Die Klägerin habe gegenüber den Letztverbrauchern die EEG-Umlage berechnet, so dass ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, diese selbst nicht zahlen zu müssen, ausscheide. 50

Damit sei auch die Widerklage begründet. Ob die Klägerin gesamtschuldnerisch mit der A hafte, sei hier nicht relevant, da dies nur in dem noch nicht entscheidungsreifen Verfahren LG Dortmund, Az. 3 O 342/14 zu prüfen sei. 51

Die Zinsforderung beruhe auf § 352 Abs. 2 HGB iVm § 60 Abs. 4 EEG 2014. 52

Das nachträglich überreichte Privatgutachten von Prof. S habe keinen Anlass gegeben, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, da die begutachteten Fragen von Amts wegen zu berücksichtigen und zwischen den Parteien umfangreich diskutiert worden seien. 53

Dagegen wendet sich **die Klägerin** mit ihrer zulässig eingelegten **Berufung**, mit der sie die erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt. Sie trägt im Wesentlichen wie folgt vor:

Die Klägerin sei keine Energieversorgerin, auch nicht nach der Definition des § 3 Nr. 18 EnWG, auf die die Kammer zutreffend abgestellt habe. Die Klägerin liefere keinen Strom, zumal es keinen Stromlieferungsvertrag mit ihren Kunden gebe. Sie sei nur Energiedienstleisterin bzw. Vermittlerin. Sie habe weder einen Marktzugang noch einen Bilanzkreisvertrag, zudem keine Stromsteuermeldung oder ein Anerkenntnis als Lieferant im abgabenrechtlichen Sinn abgegeben. Sie schließe nur Verträge mit Kunden ab und Sorge dafür, dass eine Belieferung tatsächlich durchgeführt werde. Der Begriff der Nutzenergie sei in Wissenschaft und Technik anerkannt (Hinweis auf OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.04.2012 – 21 U 41/11). Die Klägerin vermittele Lieferverträge mit Anbietern von Primärenergie wie der A; die Primärenergie werde dann von einem weiteren Vertragspartner, einem Infrastrukturdienstleister, in Nutzenergie umgewandelt und den Kunden zur Verfügung gestellt. Die Klägerin biete ihren Kunden umfangreich Leistungen strikt nach dem Aufgabenkatalog des EDL-G an. Energiedienstleistung sei in Art. 3e der RL 2006/32/EG vom 05.04.2006 definiert. Daneben unterfalle sie dem Begriff des Energiecontractings = vertragliche Übertragung der letzten Energieumwandlungsstufe auf einen Energiedienstleister. Die Rolle der Klägerin werde vom EEG nicht erfasst.

55

Soweit das Landgericht meine, es handle sich um Scheingeschäfte, wären sie nichtig, so dass es in diesem Fall erst recht keine vertragliche Beziehung zu den Kunden gäbe. Die Auffassung, die Klägerin habe sich zur Lieferung von Strom statt Nutzenergie wirksam verpflichtet, sei unhaltbar. Eine Auslegung ohne Einbeziehung der Vertragsparteien – die Endkunden seien nicht Beteiligte des Rechtsstreits – verbiete sich. Es sei nicht einmal vorgetragen, dass die Kunden der Klägerin Strom anstelle von Nutzenergie gemeint hätten.

56

Die landgerichtliche Auffassung verwehre der Klägerin zudem die Ausübung des Gewerbes des Energiecontractors. Ihre Klassifizierung als Energieversorgungsunternehmen zwingt sie, ihr Gewerbe einzustellen, da sie Energie nicht liefern könne. Das verletze sie in ihrer Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 GG und enteigne sie, Art. 14 GG.

57

Die Frage der Energielieferung sei einzig danach zu beurteilen, wer tatsächlich Energie an die Abnahmestelle liefere. Das sei die A. Bei Zugrundelegung der Auffassung des Landgerichts sei die zwischengeschaltete Streitverkündete, die Care Energy Netzbetriebs- und Infrastruktur GmbH & Co. KG quasi funktionslos. Damit käme aber die von A gelieferte Energie ohne Umwandlungsprozess direkt beim Haushaltskunden an.

58

Das EEG erfasse nur in Deutschland erzeugten Strom. Der Strom stamme hier aber aus Norwegen. Der EuGH habe nicht entschieden, ob eine Refinanzierung der Produktion des inländischen Ökostroms zulässig sei und ob eine Doppelbelastung der gleichen Kilowattstunde Importstrom wegen unterschiedlicher Förderungsmodelle unionsrechtswidrig sei. Der EuGH habe aber in der Aland-Entscheidung einen grundsätzlichen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit festgestellt, die er zu Unrecht für gerechtfertigt gehalten habe. Es sei zudem widersprüchlich, ausländischen Strom nicht zu begünstigen, ihn aber in die EEG-Umlage einzubeziehen.

59

Damit liege auch ein Verstoß gegen das Verbot von Ein- und Ausfuhrzöllen gem. Art. 30 AEUV vor. Ausländischer Importstrom werde durch die EEG-Umlage faktisch verteuert. Dies widerspreche auch Art. 110 AEUV. Der Importstrom werde nicht rückfinanziert, so dass beim Inlandsstrom eine mit Art. 107 AEUV unvereinbare mittelbare staatliche Beihilfe entstehe. Bei der Kombination mit skandinavischen Zertifikatsmodellen komme es sogar zu einer

60

Doppelbelastung des Importstroms. Eine Rechtfertigung scheide bei einem Verstoß gegen Primärrecht aus. Anders als beim EEG 2014 sei eine partielle Marktöffnung beim EEG 2012 für ausländischen Grünstrom nicht vorgesehen; die Auffassung der Kommission, diese Marktöffnung vermeide den Verstoß gegen Artt. 30, 110 AEUV, sei zum einen falsch und zum anderen für den EuGH nicht bindend. Es liege auch ein Verstoß gegen Art. 34 AEUV – Warenverkehrsfreiheit vor. Die Klägerin verweist insoweit auf das Gutachten S.	
Das Gericht der Europäischen Union (erster Instanz; EuG) sei in der Entscheidung T-47/15 von der Entscheidung „Preussen/Elektra“ abgewichen und habe den staatlichen Charakter der EEG-Umlage festgestellt. Dass die Kommission das EEG 2014 nicht für unionsrechtswidrig halte, sei unerheblich, zumal die Kommission übersehen habe, dass das Umweltziel längst erreicht sei. Zudem liege ein Verstoß gegen das Grundgesetz in Form einer unzulässigen Sonderabgabe vor.	61
Schließlich hält die Klägerin an den Rügen zur Abrechnungsreife und dem Verweis auf eine Stufenklage fest.	62
Die Klägerin beantragt,	63
unter Abänderung des angefochtenen Urteils	64
1. der Klage stattzugeben und festzustellen, dass der Klageantrag zulässig und begründet war, sich aber erledigt hat,	65
2. die Widerklage abzuweisen.	66
Die Beklagte beantragt,	67
die Berufung zurückzuweisen.	68
Sie verteidigt das angegriffene Urteil u.a. wie folgt:	69
Ob die Klägerin ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen (nicht – wie die Klägerin meine – Energieversorgungsunternehmen) sei, sei unerheblich, da nur die Lieferung von Strom an Letztverbraucher die tatbestandsmäßig erforderliche Handlung sei. Das Liefern von Strom sei eine kaufvertragsähnliche Erfüllungshandlung (Hinweis auf Hans. OLG, Urteil vom 12.08.2014).	70
Eine vertraglich übernommene Verpflichtung, Strom zu liefern, bilde mindestens ein aussagekräftiges Indiz für die Bestimmung des Schuldners der EEG-Umlage. Hier habe sich die Klägerin gegenüber den einzelnen Wohnungs-/Betriebsinhabern verpflichtet, Energie zu liefern. Soweit die Klägerin jetzt behaupte, sie habe sich nur verpflichtet, Dienstleistungen zu erbringen, jedoch nicht zu Sachlieferungen, widerspreche dies ihrem eigenen Vortrag in erster Instanz. Die Klägerin habe mit der Klageschrift selbst behauptet, mit den Kunden Verträge mit den als Anlage K 2 überreichten AGB abgeschlossen zu haben. Diese sähen aber die Lieferung von Nutzenergie als Leistungsgegenstand vor, für die der Kunde ein Lieferentgelt in Cent pro Kilowattstunde entrichte. In den AGB spreche die Klägerin wiederholt selbst von Lieferung der Nutzenergie. So sehe es auch das OLG Düsseldorf, das in einem Verfahren zu § 5 EnWG zu entscheiden gehabt habe, ob die Klägerin Energie liefere (Beschluss vom 17.06.2015 – VI-3 Kart 190/14 (V); Anlage BB 2, Bl. 553 ff. d.A.; Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen mit Beschluss vom 07.06.2016 – EnVZ 30/15, Anlage BB 3, Bl. 585 ff.).	71

Ob die Klägerin mangels eigenen Bilanzkreises nicht zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung in der Lage gewesen sei, wie sie behaupte, sei irrelevant, da es an der Pflicht nichts ändere. Tatsächlich sei ihr die Vertragserfüllung mittels Erfüllungsgehilfen aber möglich gewesen. Die Vertragsauslegung richte sich dabei nach dem objektiven Empfängerhorizont, ohne am Buchstaben zu kleben. Allein schon die Bemessung des Entgelts in Cent pro Kilowattstunde und die Berücksichtigung von Ablesedaten, welche der Kunde vom Netzbetreiber, Grundversorger, vom Messstellenbetreiber oder von einem die Messung durchführenden Dritten erhalte, mache deutlich, dass es um Strom gehe. Dort seien nämlich nur die Ausspeisemengen aus dem Elektrizitätsversorgungsnetz erfasst, unabhängig davon, ob sie in Nutzenergie umgewandelt werde. Der Kunde müsse der Klägerin gegenüber also den bezogenen Strom vergüten. Ob die Klägerin darüber hinaus weitere Dienstleistungen schulde, sei nicht von Belang. So werde der Vertrag auch gelebt. Weder die Klägerin noch ihre Partnerunternehmen entfalteten irgendeine Tätigkeit, welche sich als Umwandlung in Nutzenergie klassifizieren lasse.

Der behauptete (und bestrittene) innere Wille der Klägerin, keinen Strom liefern zu wollen, sei 73
gem. § 116 BGB unbeachtlich, da er jedenfalls nicht erkennbar zum Ausdruck gekommen sei. Allenfalls hätte die Klägerin ihre Vertragserklärung anfechten können; dies habe sie indes nicht, insbesondere nicht fristgerecht getan. Eines Rückgriffs auf den Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ bedürfe es nicht. Der Kunde habe das objektive Angebot der Klägerin, jedenfalls auch Strom zu liefern, angenommen. Falls einem Kunden die beabsichtigte Umgehung der EEG-Umlage bewusst gewesen wäre, wäre sein innerer Wille, der vom objektiven Vertragsinhalt abweiche, ebenfalls unbeachtlich gewesen. Die Annahme eines Scheingeschäfts beinhalte auch nicht die Nichtigkeit des so verdeckten Stromlieferungsvertrages, vgl. § 117 Abs. 2 BGB.

Der BGH habe zwar entschieden, dass nicht der Vertragsschluss alleine reiche, sondern 74
auch das Merkmal „Liefern“ erfüllt werden müsse (vgl. Anlage BB3, Bl. 585 ff.). Dies sei der Klägerin unter Berücksichtigung von § 278 BGB auch gelungen. Die A sei Erfüllungsgehilfin der Klägerin im Verhältnis zu den Kunden. Denn als Bilanzkreisvertragspartnerin der Beklagten habe sie für die Übergabe der Strommengen an die Abnahmestellen der Kunden gesorgt. Die Klägerin habe dies - zuletzt in der Berufungsbegründung, dort S. 15 unten – selbst eingeräumt. In den AGB werde zwar nur die Streitverkündete genannt; der mit ihr geschlossene Vertrag (Anlage B 9) sei aber ebenfalls ein Stromlieferungsvertrag. Zur Erfüllung desselben habe sich die Streitverkündete ihrerseits der A bedient (Vertrag vom 01.08.2011, Anlage B 10). Aus dieser Kettenlieferbeziehung – die A habe eine Erfüllungshandlung in Bezug auf alle drei Verträge erbracht – resultiere die eigene Vertragserfüllung der Klägerin gegenüber den Kunden. Die A sei auch als Energieversorger in der Präambel der AGB genannt. Selbst wenn die Klägerin/Streitverkündete irgendeine Leistung im Bereich einer Umwandlung in Nutzenergie erbringe, werde der dafür benötigte Strom doch beim jeweiligen Kunden verbraucht. Denn die Steuerungsmacht über die Stromverbraucher (= Geräte) habe nur er; er habe allein die tatsächliche Herrschaft.

Der Gesetzeswortlaut sei in der Weise eindeutig, dass es auch nicht auf die Herkunft des 75
Stroms ankomme. Zwar gelte das Gesetz gem. § 4 EEG nur für inländische Anlagen; der Anlagenbegriff spiele aber gerade bei der EEG-Umlage keine Rolle. Das Gesetz müsse auch nicht klarstellen, dass es nur im Inland gelte; das sei selbstverständlich. Der Richtliniengesetzgeber habe es den EU-Mitgliedstaaten nur freigestellt, erneuerbare Energien auch durch grenzüberschreitende Kooperationen zu fördern. Daher verstehe sich der Hinweis in § 2 Nr. 1 und 2 EEG 2012 bzw. § 4 EEG 2014 so, dass dies nicht gewollt sei.

Weitere Tatbestandsmerkmale gebe es nicht; die weiteren Ausführungen der Klägerin zu ihren angeblich im Übrigen entfalteten Tätigkeiten seien nicht von Belang, seien aber zudem bestritten worden, woran die Beklagte festhalte (vgl. Aufzählung Bl. 495ff. d.A.).

Der Anspruch scheitere nicht an der fehlenden Abrechnungsreife. Voraussetzung für eine Endabrechnung der Übertragungsnetzbetreiber für die EEG-Umlage sei die Jahresendabrechnung des Elektrizitätsversorgungsunternehmens gegenüber dem Letztverbraucher. Solange diese nicht vorliege, könne hinsichtlich der Abrechnung der Übertragungsnetzbetreiber keine Abrechnungsreife eintreten, da die eine Rechnung auf der anderen aufbaue. Die Klägerin habe die ihr obliegende Pflicht zur Endabrechnung unstreitig noch nicht erfüllt, so dass keine Pflicht der Beklagten zur Endabrechnung denkbar sei. Jedenfalls könnten weiterhin Abschlagsrechnungen geltend gemacht werden. Die fehlende Endabrechnung könne die Rechtsposition des Gläubigers der Abschlagsforderungen nur dann nachteilig beeinflussen, wenn er an diesem Versäumnis schuld sei. Dies sei hier nicht gegeben. Schließlich verlange die Beklagte nur Abschlagszahlungen für den Strom, der tatsächlich von der Klägerin an die Letztverbraucher geliefert worden sei (Verweis auf Ss v. 12.02.2015, S. 18f. und 22.05.2015, S. 8-10).

77

Die Verfassungskonformität stehe außer Zweifel (Hinweis auf BGH, Urteil vom 25.06.2014 – VIII ZR 169/13, juris). Darin habe der BGH die Argumente aus dem Privatgutachten S verarbeitet und nicht für stichhaltig erachtet. Mangels Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand sei die EEG-Umlage keine Sonderabgabe. Dies sei auch nicht identisch mit der „Staatlichkeit“ zugewendeter Geldmittel iSv Art. 107 AEUV. Auch das Hanseatische OLG habe in den Parallelverfahren S's Auffassung eine Absage erteilt und gerügt, er setze sich mit dem BGH nicht auseinander. Die Verfassungsbeschwerde sei bekanntlich nicht zur Entscheidung angenommen worden.

78

Die EEG-Umlage sei europarechtskonform. Sie sei eine Belastung und könne schon von daher keine Beihilfe darstellen (Hinweis auf BGH, Urteil vom 06.05.2015 – VIII ZR 56/14, juris). Die Umverteilung der Belastung begründe für den Anlagenbetreiber als dem einzig möglichen Empfänger einer Beihilfe keinen Vorteil. Der BGH habe daher zu Recht keine Vorlage an den EuGH erwogen, obwohl er als letztinstanzliches Gericht dazu verpflichtet gewesen wäre. Auch die Europäische Kommission habe festgestellt, dass die EEG-Umlage mit Art. 107 AEUV vereinbar sei (Hinweis auf Entscheidungen der Kommission vom 23.07.2014 und 25.11.2014 zu EEG 2012 bzw. EEG 2014 (ABl. C325/2015 S. 1, 4; L250/2015 S. 122). Die Kommission stütze ihre Entscheidungen auf Art. 107 Abs. 3 lit. c) iVm Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen (ABl. C200/2014, S. 1). Diese Linie verfolge auch der EuGH in Aland (C-573/12).

79

Auch ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit scheide aus, da der EuGH die Rechtfertigung der Benachteiligung ausländischer Stromerzeuger unter Verweis auf die Vorschriften zum freien Warenverkehr gem. Art. 28 ff. AEUV begründet habe. Zudem seien die hier anzuwendenden Vorschriften unterschiedslos auf alle Stromlieferanten anzuwenden; die Inländergleichbehandlung werde durch die hier entscheidenden Anspruchsnormen gerade gewährleistet.

80

Die finanzielle Förderung komme zudem nicht dem die EEG-Umlage zahlenden Stromlieferanten zugute, sondern dem Anlagenbetreiber. Diese Personen seien üblicherweise nicht personenidentisch. Eine von der Klägerin behauptete Saldierung von Förderung und Belastung sei daher in der Regel nicht möglich. Praktisch falle die EEG-Umlage auch bei einem Import von Strom nicht an, da dieser auf der Ebene von Händlern erfolge und noch kein Strom an Letztverbraucher geliefert werde. Eine irgendwie geartete

81

Beschränkung für den Import gebe es bei einem Händlergeschäft daher nicht. Allenfalls bei einem Direktimport an den letztverbrauchenden Kunden sei dies denkbar, und nur hier könnten sich europarechtliche Bedenken ergeben (§ 37 Abs. 3 S. 1 EEG 2012/§ 61 Abs. 1 S. 3 EEG 2014). Dies sei hier aber wegen der Beteiligung der A als Zwischenhändlerin nicht der Fall. Unabhängig davon sei das EEG aber europarechtskonform.	
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.	82
B.	83
Die Berufung der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet.	84
Das Landgericht hat zutreffend den Erledigungsfeststellungsantrag bezüglich der negativen Feststellungsklage betreffend die Monate Januar 2012 bis Oktober 2014 zurückgewiesen und der Leistungswiderklage betreffend die Monate August 2014 bis Dezember 2014 stattgegeben. Die negative Feststellungsklage war von Anfang an unbegründet, da der Beklagten ein Anspruch auf Zahlung der EEG-Umlage iHv knapp 22 Mio. Euro gegen die Klägerin für diesen Zeitraum zusteht; ein Zahlungsanspruch besteht ebenso für den mit der Widerklage erfassten Zeitraum, so dass das Landgericht der Widerklage zu Recht in der beantragten Höhe stattgegeben hat.	85
Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst vollumfänglich auf das angegriffene Urteil des Landgerichts Bezug genommen. Im Hinblick auf die Angriffe der Berufung ist nur Folgendes zu ergänzen:	86
Die Anspruchsinhaberschaft der Beklagten als Übertragungsnetzbetreiberin ist unstreitig. Die weiteren insoweit identischen Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Anspruchsnorm des EEG 2012 (§ 37 Abs. 2 EEG 2012) bzw. EEG 2014 (§ 60 Abs. 1 EEG 2014) sind ebenfalls erfüllt (I.). Zweifel an der Abrechnung scheiden aus (II.). Europarechtliche Bedenken, die zur Vorlage an den EuGH Anlass geben, oder verfassungsrechtliche Fragen, die zur Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zwingen, bestehen nicht (III. und IV.).	87
<u>I. Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das Strom an Letztverbraucher liefert</u>	88
Die Klägerin ist ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das Strom an Letztverbraucher liefert. Ihre entgegenstehende Auffassung hat die Klägerin insbesondere in dem Bußgeldverfahren der Bundesnetzagentur schon vergeblich vertreten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.06.2015 – VI-3 Kart 190/14, juris, Anlage BB 2). Der Bußgeldtatbestand setzt nämlich voraus, dass die Klägerin ihrer Pflicht zur Anzeige der Belieferung von Haushaltskunden mit Strom und Gas nicht nachgekommen ist. Die Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH blieb erfolglos; der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde mit detaillierter Begründung u.a. gerade zu den Angriffen, die Klägerin habe keine Energie geliefert, zurückgewiesen (Beschluss vom 07.06.2016 – EnVZ 30/15, Anlage BB 3). Neuen Vortrag zu dieser Frage hat die Klägerin nicht gehalten, so dass insoweit auf die Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil verwiesen werden kann.	89
Die Argumentation, die Annahme eines Scheingeschäfts führe zwingend zur Nichtigkeit der vertraglichen Beziehung mit der Folge, dass es am Vertrag fehle, aufgrund dessen die Klägerin an Letztverbraucher liefere, verfängt ebenso wenig. Das Landgericht hat die Ausführungen zum Scheingeschäft auf den Vertrag der Klägerin mit der Streitverkündeten bezogen, die ausweislich des Vertrages die Primärenergie in Nutzenergie umwandelt. Das	90

hat mit dem hier in Rede stehenden Vertrag der Klägerin mit den Letztverbrauchern nichts zu tun.

Zutreffend ist das Landgericht bei der Auslegung dieses Vertrages vom objektiven Empfängerhorizont ausgegangen. Ein Verstoß gegen Artt. 12, 14 GG scheidet insoweit aus. Die landgerichtliche Auffassung verwehrt der Klägerin nicht die Ausübung des Gewerbes des Energiecontractors. Sie muss es nur hinnehmen, auch nach den Berufsregeln für Energielieferanten behandelt zu werden, wenn sie – wie hier – Energie liefert. Ihr steht kein grundrechtlich geschütztes Recht zu, den Inhalt ihres ausgeübten Berufs selbst zu definieren und gerade so zu definieren, dass sie nicht als Energieversorgerin anzusehen wäre (vgl. BGH, 07.06.2016 – EnVZ 30/15, juris Rn. 30). 91

Wenn man dabei – wie die Klägerin fordert - die Frage der Energielieferung einzig danach beurteilt, wer tatsächlich Energie an die Abnahmestelle liefert, hindert dies nicht, die Klägerin als die Lieferantin anzusehen. Denn zwar mag es tatsächlich die A sein, die die Energie in das Netz bis zum Kunden einspeist, da nur sie über einen Bilanzkreisvertrag mit der Beklagten verfügt. Das spricht aber nicht dagegen, die A insoweit als Erfüllungsgehilfin der Klägerin zu behandeln. Denn die A ist gegenüber dem Letztverbraucher keine vertragliche Verpflichtung eingegangen, sondern liefert ihrerseits nur aufgrund des Vertrages mit der Klägerin. 92

Die Auffassung der Klägerin, das EEG erfasse nur in Deutschland erzeugten Strom, wird insbesondere nicht durch den Wortlaut der Norm bestätigt, der nur darauf abstellt, wo der Letztverbraucher sitzt, der den Strom geliefert bekommt. 93

II. Abrechnungsreife und Notwendigkeit einer Stufenklage 94

Soweit die Klägerin an den Rügen zur Abrechnungsreife festhält und eine Stufenklage für erforderlich hält, wird ebenfalls auf die Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen. Dem setzt die Berufung nichts Erhebliches entgegen. Der Vergleich mit Abschlagszahlungen bei Gasversorgungsverträgen und der Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 23.05.2012 – VIII ZR 201/11 gehen fehl. Es handelt es sich bei den hier in Rede stehenden Zahlungen nicht um im Voraus fällig werdende Vorauszahlungen, wie dies bei Gasversorgungsverträgen der Fall ist, sondern um Beträge, durch die bereits erbrachte Leistungen vergütet werden, bei denen nur die genaue Vergütungshöhe mangels Abrechnung oder Abrechenbarkeit noch nicht feststeht (vgl. Hans. OLG, Urteil vom 05.07.2016 - 9 U 156/15, juris Rn. 77 mwN). 95

III. Keine Vorlage an den EuGH 96

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass eine Vorlagepflicht gem. Art. 267 AEUV nur letztinstanzliche Gerichte trifft, d.h. wegen der Revisibilität der hiesigen Entscheidung nur den BGH. Zu einer Vorlage besteht unabhängig davon indes kein Anlass. 97

1. Unzulässige Beihilfe: Art. 107 AEUV 98

Die EEG-Umlage stellt keine unzulässige Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV dar. Das EEG 2012 war Gegenstand einer Beihilfeprüfung der EU-Kommission. Mit Beschluss der Europäischen Kommission vom 25.11.2014 (Beschluss 2015/1585/EU, ABl. v. 25.9.2015 L 250, 122 ff.) hat die Kommission zwar zwei Maßnahmen des EEG 2012 als staatliche Beihilfen eingestuft: zum einen die Förderung von Unternehmen, die Strom aus erneuerbaren Energiequellen erzeugen, also die EEG-Umlage in Form von höheren Preisen für die Stromerzeugung, und 99

zum anderen die Begrenzung der EEG-Umlage für bestimmte stromintensive Unternehmen, also die Besondere Ausgleichsregelung nach § 40 ff. EEG 2012 (BesAR). Nach Auffassung der Kommission stellt die EEG-Umlage zwar eine staatliche Beihilfe dar, ist aber mit Europarecht vereinbar. Nur hinsichtlich der BesAR ordnete die Kommission gegenüber der Bundesrepublik Deutschland an, zur Beseitigung dieser Wettbewerbsverzerrung die europarechtswidrigen Beihilfen zurückzufordern.

Das EuG als europäisches Gericht erster Instanz bestätigte mit Urteil vom 10.05.2016 die Auffassung der Kommission, dass die staatlichen Beihilfen im Rahmen des EEG 2012 für die Erzeuger von EEG-Strom als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können (T-47/15, juris). Anlass, an der Richtigkeit der Entscheidung insoweit zu zweifeln und deswegen eine Vorlage zu erwägen, zeigt die Klägerin nicht auf; ein Anlass ist auch sonst nicht ersichtlich. 100

Dies gilt ebenso für das hier ebenfalls in Rede stehende EEG 2014. Als Konsequenz des Streits über einen möglichen Beihilfecharakter der EEG-Umlage beim EEG 2012 hat der Gesetzgeber für das EEG 2014 die beihilferechtliche Genehmigung der Kommission beantragt und erhalten, so dass auch das EEG 2014 unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls aus Sicht der Kommission mit Unionsrecht vereinbar ist. Die Klägerin verweist zwar zutreffend darauf, dass diese Rechtsauffassung für den Senat nicht bindend ist. Grund zu der Annahme, dass die Auffassung der Kommission falsch ist und Anlass für eine Vorlage besteht, zeigt die Klägerin aber nicht auf. 101

2. Doppelte Belastung 102

Soweit die Klägerin des Weiteren rügt, der EuGH habe noch nicht entschieden, ob eine Refinanzierung der Produktion des inländischen Ökostroms zulässig und ob eine Doppelbelastung der gleichen Kilowattstunde Importstrom mit unterschiedlichen Förderungsmodellen unionsrechtswidrig sei, kommt es darauf aus mehreren Gründen nicht an. 103

Die Klägerin behauptet dazu, dass sie ihren Strom in Norwegen kaufe, für den sie dort Zertifikate erwerben und gleichwohl in Deutschland auf diesen Ökostrom die EEG-Umlage zahlen müsse. 104

Zwar hat die sog. Alands Vindkraft-Entscheidung des EuGH unmittelbar nur den Fall des schwedischen Ökostromförderungsmodells betroffen; Norwegen und Schweden haben ihre Förderregeln aufeinander abgestimmt. In der Alands-Entscheidung hat der EuGH betont, dass nach dem 25. Erwägungsgrund der RL 2009/28 (Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG) ein wichtiger Faktor für den Unionsgesetzgeber bei der Verwirklichung des Ziels der Richtlinie das ungestörte Funktionieren der nationalen Förderregeln sei. Er hat es daher ausdrücklich für zulässig erachtet, dass sich nationale Förderregeln ausschließlich auf den inländisch erzeugten Strom beziehen. 105

Eine Verpflichtung für die diversen nationalen Gesetzgeber, die jeweiligen ausländischen Förderregeln zu berücksichtigen und damit diese Regeln insgesamt zu harmonisieren, besteht danach nicht. Denn dies würde die Effektivität der nationalen Förderregeln erheblich beeinträchtigen. Der EuGH hat nämlich – wie die Klägerin selbst hervorhebt - in der Alands-Entscheidung einen grundsätzlichen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit festgestellt, den er aber für gerechtfertigt gehalten hat. Rechtfertigungsgrund sind nach Ansicht des 106

EuGH zwingende Erfordernisse des Umweltschutzes, mit dem zugleich die Gesundheit und das Leben von Mensch, Tier und Pflanze geschützt werden soll. Die Nutzung erneuerbarer Energien soll vor diesem Hintergrund gefördert werden. Der EuGH betont auch, dass es in der Natur der Elektrizität liege, dass sich ihre Herkunft und insbesondere Energiequelle nach der Einspeisung in ein Übertragungs- oder Verteilernetz kaum noch bestimmen lasse, so dass die systematische Separation von Strom als grünem Strom in den Stadien der Verteilung und des Verbrauchs kaum durchführbar sei. Umgekehrt sei es für den Unionsgesetzgeber für die Gewährleistung des ungestörten Funktionierens der nationalen Förderregelungen von wesentlicher Bedeutung, dass die Mitgliedstaaten die Wirkung und die Kosten der nationalen Förderregelungen entsprechend ihrem jeweiligen Potenzial kontrollieren könnten. Die Auffassung der Klägerin, es sei widersprüchlich, ausländischen Strom nicht zu begünstigen, ihn aber in die EEG-Umlage einzubeziehen, trifft daher nicht zu, sondern ist schlicht der fehlenden Harmonisierung geschuldet, die die Bundesrepublik nicht im Alleingang vornehmen kann.

Was den Vorwurf der fehlenden Refinanzierung des ausländischen Stroms im Gegensatz zum inländischen Strom angeht, verkennt die Klägerin, dass die Stromlieferanten, die die EEG-Umlage zahlen müssen, nicht automatisch von ihr profitieren, wie die Beklagte zu Recht vorträgt. Denn dazu müssten sie selbst Ökostrom produzieren. Diejenigen, die die EEG-Umlage zahlen, erhalten nicht zugleich die Einnahmen aus ihr, sondern müssen dazu einen gänzlich anderen Tatbestand erfüllen. 107

3. Verstoß gegen Art. 30 AEUV 108

Auch der behauptete Verstoß gegen das Verbot von Ein- und Ausfuhrzöllen gem. Art. 30 AEUV besteht nicht. Nicht nur ausländischer Importstrom wird nämlich durch die EEG-Umlage faktisch verteuert, sondern schlicht jede Art von Stromlieferung. Wird die Umlage auf Einfuhren erhoben, die, selbst wenn sie in Deutschland erzeugt worden wären, nicht von der Förderung nach dem EEG profitiert hätten, so sieht die Kommission diese Umlage wegen der fehlenden Gleichartigkeit zwischen der inländischen Stromerzeugung und den Stromeinfuhren als mit den Artikeln 30 und 110 AEUV vereinbar an (Einleitungsbeschluss vom 18.12.2013 (C(2013) 4424 final); Rn. 248). Ob die Klägerin ausschließlich Ökostrom importiert hat, ist schon fraglich. Jedenfalls ist Norwegen nicht Mitglied der EU (vgl. Hanseatisches OLG, Urteil vom 05.07.2016 - 9 U 156/15, juris Rn. 87). Der Senat schließt sich auch ausdrücklich der Auffassung des Hanseatischen Oberlandesgerichts an, soweit dieses darauf verweist, die Kommission stelle in ihrem Beschluss zur Prüfung der Beihilfeproblematik des EEG 2012 ausdrücklich fest, dass ein in der Vergangenheit liegender Verstoß gegen Art. 30 und Art. 110 AEUV jedenfalls beseitigt worden ist (vgl. Hanseatisches OLG, Urteil vom 05.07.2016 - 9 U 156/15, juris, Rn. 87). 109

4. Verstoß gegen Art. 34 AEUV 110

Schließlich meint die Klägerin zu Unrecht, es liege ein Verstoß gegen Art. 34 AEUV – Warenverkehrsfreiheit vor. Die Beklagte verweist zu Recht darauf, dass der EuGH die Rechtfertigung der Benachteiligung ausländischer Stromerzeuger unter Verweis auf die Vorschriften zum freien Warenverkehr gem. Art. 28 ff. AEUV begründet hat. Zudem war Art. 34 AEUV auch Gegenstand der Alands Vindkraft-Entscheidung des EuGH, der zwar einen Verstoß der schwedischen, auch nur für inländische Produzenten vorgesehenen Förderung gegen Art. 34 AEUV erkennen konnte, diesen aber aus Gründen des Umweltschutzes für gerechtfertigt hielt. Darauf hat die Kommission bei der Würdigung des Verstoßes gegen Artt. 30, 110 AEUV in dem Beschluss vom 25.11.2014 hingewiesen. Prof. S, auf dessen Gutachten sich die Klägerin beruft, hält die Auffassung des EuGH zwar für falsch; das 111

veranlasst aber nicht zu einer Vorlage an eben jenes Gericht.

Hinzu kommt, dass – auch darauf weist die Beklagte zutreffend hin – die hier in Rede stehenden Vorschriften unterschiedslos auf alle Stromlieferanten anzuwenden sind, so dass die Inländergleichbehandlung durch die hier entscheidenden Anspruchsnormen gerade gewährleistet wird (vgl. auch Hans. OLG, Urteil vom 05.07.2016 - 9 U 156/15, juris Rn. 89). 112

IV. Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 GG 113

Auch ein Verstoß gegen das Grundgesetz in Form einer unzulässigen Sonderabgabe scheidet aus. Der Senat schließt sich den Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 25.06.2014 an, die sich auf § 37 Abs. 2 EEG 2012 bezogen haben, aber ebenso auf den insoweit identischen § 60 EEG 2014 übertragbar sind (Az. VIII ZR 169/13 – juris Rn. 12ff): 114

Die geltend gemachten Einwände gegen die Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage nach § 37 Abs. 2 EEG 2012 sind nicht begründet. Insbesondere liegt ein Verstoß gegen die in Art. 105 ff. GG niedergelegten Grundsätze der Finanzverfassung nicht vor. Die EEG-Umlage stellt keine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion dar. Vielmehr enthält § 37 Abs. 2 EEG 2012 eine gesetzliche Preisregelung. Hierauf sind die für Sonderabgaben entwickelten Maßstäbe nicht - auch nicht entsprechend - anzuwenden. Ein "Formenmissbrauch" des Gesetzgebers ist ebenso wenig ersichtlich wie eine Verletzung von Grundrechten der Netzbetreiber, Elektrizitätsversorgungsunternehmen oder Endkunden. 115

V. Zinsanspruch 116

Die Zinszeitpunkte ergeben sich aus der Fälligstellung der Rechnungsbeträge für die Monate August bis Dezember 2014 gegenüber der Klägerin, vgl. Anlagenkonvolut B 14, blauer Anlagenband. Das Landgericht hat diese zutreffend berücksichtigt; dagegen erhebt die Klägerin auch keine Einwendungen. 117

VI. Nebenentscheidungen 118

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 119

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. 120