

Gericht: OLG Frankfurt 24. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 09.06.2023
Aktenzeichen: 24 U 36/22
ECLI: ECLI:DE:OLGHE:2023:0609.24U36.22.00
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 
Norm: § 104 Abs 4 EEG 2017

Keine EEG-Umlagepflicht bei Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 104 Abs. 4 EEG 2017

Anmerkung

Zu dieser Entscheidung gibt es eine Pressemitteilung auf der Website des OLG (www.olg-frankfurt.justiz.hessen.de).

Ein Rechtsmittel ist nicht bekannt geworden

Verfahrensgang

vorgehend LG Darmstadt, 1. Dezember 2021, 9 O 18/21, Urteil

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Darmstadt vom 01.12.2021 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Dieses und das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % desjenigen Betrages leistet, dessen Vollstreckung sie betreibt.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, eine Sicherheitsleistung durch selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürgen zugelassenen Kreditinstituts zu erbringen.

Der Wert des Berufungsverfahrens beträgt 29.600.000.- EUR.

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Zahlung der EEG-Umlage und in Vorbereitung dieses Leistungsantrags im Wege der Stufenklage Auskunft über die von den Streitverkündeten verbrauchten Strommengen vom 05.06.2014 bis 31.12.2019.

Die Klägerin ist eine Übertragungsnetzbetreiberin (künftig: ÜNB), die die vom Endverbraucher bezahlte EEG-Umlage von Elektrizitätsunternehmen verlangen konnte. Die

EEG-Umlage bestand in einem variablen Aufschlag auf den Marktpreis für Strom als eine Vergütung, die Betreiber von Erneuerbare-Energien-Anlagen erhielten. Die Beklagte ist eine Tochtergesellschaft der W1 GmbH (der Streitverkündeten zu 1). Die Streitverkündete zu 2) ist das X-Institut (künftig: X). Die Beklagte und die Streitverkündeten betreiben ihre Geschäfte auf dem W Campus in Stadt1. Zur Deckung des Energiebedarfs betreibt die Beklagte auf dem Campus eine Energiezentrale, die eine redundante und autarke Energieversorgung (bestehend aus Strom, Wärme, Dampf und Kälte) sicherstellen soll. Die Energiezentrale besteht deshalb aus 4 Stromerzeugungsanlagen und 3 Netzersatzanlagen, (Schaubild auf GA 261).

Zur vertraglichen Regelung des Energiebezugs schloss die Beklagte mit den Streitverkündeten im Jahr 2011 sogenannte Medienverträge (künftig: MV) über die zu liefernden Medien ab. Die Verträge haben eine Laufzeit bis 31.12.2034 (GA 210 ff. und 254 ff.). Sie sehen eine Kostenüberwälzung der Energiezentrale auf die Streitverkündeten vor. Die auf deren Bedürfnisse zugeschnittene Energieerzeugungsanlage ging am 05.06.2014 in Betrieb.

Die Klägerin meint, die Streitverkündeten seien EEG-pflichtige Endverbraucher. Bei ihnen handele es sich mangels Betreibereigenschaft im Hinblick auf die Energiezentrale nicht um privilegierte Eigenversorger. Betreiberin sei vielmehr die Beklagte, die auch das wirtschaftliche Risiko trage.

Die Beklagte machte mit Schreiben vom 19.05.2017 (GA 101) geltend, bereits im Hinblick auf § 61 c EEG keine EEG-Umlage zu schulden. Jedenfalls stünde ihr ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 104 Abs. 4 EEG zu. Die Beklagte bezog sich dabei auf eine bestandsgeschützte Eigenerzeugung und die genannte Amnestieregelung. Mit gleichem Schreiben teilte die Beklagte der Klägerin sämtliche Erzeugungskapazitäten mit.

Die Beklagte meint, die Streitverkündeten seien als durch die Medienverträge gleichgestellte Eigenerzeuger mit einer Bestandsanlage nach §§ 61 c ff. EEG nicht EEG-pflichtig, hilfsweise stehe ihnen § 104 Abs. 4 EEG zur Seite.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivortrags und der dort gestellten Anträge wird auf die tatbestandlichen Feststellungen der landgerichtlichen Entscheidung Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Es hat dahinstehen lassen, ob die Streitverkündeten von der Umlagepflicht nach § 61c EEG befreit seien. Jedenfalls sei die Beklagte Eigenerzeugern durch § 104 Abs. 4 EEG gleichgestellt, weshalb weder der Auskunfts- noch der Zahlungsanspruch der Klägerin begründet sei. Für die Stromlieferungen vom 01.06.2014 bis 31.07.2014 gelte § 104 Abs. 4 Satz 1 EEG. Die Beklagte sei ihrer Mitteilungspflicht nach §§ 74, 74 a EEG nachgekommen. Aufgrund der Fiktion des § 104 Abs. 4 Satz 2 EEG gelte ein (wie hier vorliegend) anteiliges vertragliches Nutzungsrecht an einer bestimmten Erzeugungskapazität als eigenständige Stromerzeugungsanlage, wenn der Endverbraucher diese wie eine Stromerzeugungsanlage betrieben hat.

Dabei könne die herkömmliche Definition eines originären Anlagenbetreibers nur insoweit dienlich gemacht werden, als der Endverbraucher das wirtschaftliche Risiko trage.

Denn das bloße Nutzungsrecht schließe die tatsächliche Sachherrschaft über und die Bestimmung der Arbeitsweise der Energieerzeugungsanlage als solcher aus. Nur dieses Verständnis werde dem Zweck des § 104 Abs. 4 EEG gerecht, Betreibern von Altanlagen

eine Bestandsgarantie unter Befreiung von der EEG-Umlagenpflicht zu gewähren. Nach den vorliegenden Medienverträgen trügen allein die Streitverkündeten das wirtschaftliche Risiko, indem ihnen sämtliche Kosten auferlegt würden. Soweit dies im Wege einer Pauschalisierung erfolge, liege dieser eine zuvor erfolgte Detailberechnung und Aufschlüsselung zugrunde. Hinzu komme die über 20-jährige Bindung der Streitverkündeten in den Medienverträgen. Weiterhin seien die Streitverkündeten bei einem vereinzelt Verkauf von überschüssiger Energie gleichermaßen beteiligt. Schließlich sei die ganze Energiezentrale nach und für die Bedürfnisse der Streitverkündeten geplant und von diesen bezahlt worden. Soweit die Nutzungsrechte der Streitverkündeten nicht von vorneherein einer bestimmten Stromerzeugungsanlage zugeordnet werden, sei dies vor dem Hintergrund des Gesetzeszweckes unschädlich. Der enge Anlagebegriff des § 3 Nr. 43 b EEG sei auf vor dem 01.08.2014 errichtete Bestandsanlagen nicht übertragbar. Überdies handele es sich vorliegend um eine Gesamteinheit einer Kraft-Wärme-Koppelungsanlage, die vor allem eine autarke Redundanz habe sicherstellen sollen. Derart stünde der Klägerin weder der Auskunfts-, noch der Testatsanspruch und auch kein daraus folgender Zahlungsanspruch zu, weshalb die Klage insgesamt abzuweisen sei.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren weiter.

Sie stützt sich auf § 60 Abs. 1 Satz 1 EEG und macht geltend, dass die Voraussetzungen eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 104 Abs. 4 EEG nicht vorlägen. Denn die Streitverkündeten hätten kein anteiliges vertragliches Nutzungsrecht an einer bestimmten Stromerzeugungskapazität gehabt. Nutzungsrechte an einem Anlagenpool seien kein Nutzungsrecht i.S.d. § 104 Abs. 4 EEG. Erforderlich sei vielmehr eine vertragliche Zuordnung eines bestimmten Anteils an der Stromerzeugungsleistung für einen bestimmten Zeitraum. Dem entspreche die in den Medienverträgen geregelte Stromerzeugung nach dem jeweiligen Bedarf bis zu einer maximalen Vorhalteleistung nicht. Auch fehle es an einer bestimmten Stromerzeugungskapazität. Wie sich die Vorhalteleistungen von 6,5 Mwei bzw. 2,5 Mwei der verschiedenen Anlagen auf die Gesamtleistung verteilen, sei unklar. Schließlich wichen die Vorhalteleistungen von den „Leistungsanteilen“ von 8,45 Mwei bzw. 3,25 Mwei ab. Es sei der Anlagenbegriff des § 3 Nr. 43 b EEG zugrunde zu legen, der nur klarstellend auch die bisherige Rechtslage definiere. Daraus folge aber eine enge Auslegung des Anlagenbegriffes. Es bestehe vorliegend hingegen lediglich ein Nutzungsrecht an einem „Kraftwerks-Pool“ mit insgesamt 7 Generatoren.

Des Weiteren seien die Streitverkündeten auch nicht als fiktive Betreiber der Stromerzeugungsanlagen anzusehen. Dafür komme es auch auf die uneingeschränkte Sachherrschaft daran sowie die eigenverantwortliche Bestimmung der Anlagenfahrweise an. Demgegenüber habe das Landgericht ausschließlich auf die Tragung des wirtschaftlichen Risikos abgestellt. Den Streitverkündeten stehe jedoch keinerlei Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Anlagenfahrweise zu. Allein entscheidend bei der Beurteilung zur Beurteilung der vorgenannten Fragen seien die vertraglichen Regelungen, nicht hingegen der Wille der Parteien oder die gelebte Praxis. Auch Besonderheiten des Campus Stadt1 seien für die rechtliche Würdigung ohne Belang.

Weiterhin trügen die Streitverkündeten nicht das volle wirtschaftliche Risiko der Anlage. Selbst die -vom Landgericht angenommene -Tragung nur der „maßgeblichen“ wirtschaftlichen Risiken reiche nicht aus. Zur Prüfung der tatsächlichen Kostentragung sei auch die Vorlage des Konzernumlagevertrages erforderlich. Angesichts der pauschalisierten Per-

sonalkosten verbleibe ein Mehrkostenrisiko bei der Beklagten. Der eventuelle Verkauf von Überkapazitäten begründe ein Absatz- und Vermarktungsrisiko.

Gleichermaßen außer Acht gelassen habe das Landgericht etwaige Kosten für Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen, das Anlagenausfallrisiko und die Frage eines Versicherungsschutzes. Gleiches gelte im Hinblick darauf, dass die Beklagte Inhaberin der öffentlich-rechtlichen Genehmigungen ist. Schließlich liege - bei Nichtannahme eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 104 Abs. 4 EEG - keine Befreiung von der EEG-Umlage aufgrund einer bestandsgeschützten Eigenversorgung vor (§§ 37 Abs. 3 S. 2 EEG 2012, 61 Abs. 3 EEG 2014, 61 c Abs. 3 EEG 2017, 61 e Abs. 3 EEG 2021). Eine solche scheidet bereits deshalb aus, weil vorliegend mehrere Nutzungsberechtigte vorhanden seien. Bei einer Eigenversorgung könne es jedoch nur einen Betreiber geben, der dann den erzeugten Strom selbst verbrauche. Mangels Eigenversorgung liege daher eine (EEG-pflichtige) Stromlieferung vor.

Die Klägerin beantragt:

Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Darmstadt vom 1.12.2021 - Az. 9 O 18/21

1. der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, welche Strommengen (Angabe in Kilowattstunden) pro Kalenderjahr die W1 GmbH und das X-Institut in der Zeit vom 05.06.2014 bis zum 31.12.2019 von der Beklagten aus den 2 gasbetriebenen Gasturbinen (mit einer elektrischen Leistung von jeweils 4,6 Megawatt), den 2 gasbetriebenen Blockheizkraftwerken (mit einer elektrischen Leistung von jeweils 2 Megawatt) und den 3 Netzersatzanlagen (mit einer elektrischen Leistung von jeweils 2 Megawatt), die die von der Beklagten in Stadt1 auf dem W Campus betriebene Energiezentrale bilden, bezogen haben;

2. der Klägerin den Prüfbericht eines Wirtschaftsprüfers, einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eines vereidigten Buchprüfers oder einer Buchprüfungsgesellschaft vorzulegen, in dem der Umfang der gemäß vorstehendem Antrag zu 1. mitgeteilten Lieferungen von Strom durch die Beklagte an die W1 GmbH und das X-Institut bestätigt wird;

3. für das Jahr 2014 einen Geldbetrag zu bezahlen, welcher der gemäß vorstehendem Antrag zu 1. für das Kalenderjahr 2014 mitgeteilten und gemäß vorstehendem Antrag zu 2. testierten Verbrauchsmenge in Kilowattstunden multipliziert mit 6,24 Cent entspricht, zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozent p. a. seit dem 01.01.2015 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit;

4. für das Jahr 2015 einen Geldbetrag zu bezahlen, welcher der gemäß vorstehendem Antrag zu 1. für das Kalenderjahr 2015 mitgeteilten und gemäß vorstehendem Antrag zu 2. testierten Verbrauchsmenge in Kilowattstunden multipliziert mit 6,17 Cent entspricht, zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozent p. a. seit dem 01.01.2016 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit;

5. für das Jahr 2016 einen Geldbetrag zu bezahlen, welcher der gemäß vorstehendem Antrag zu 1. für das Kalenderjahr 2016 mitgeteilten und gemäß vorstehendem Antrag zu 2. testierten Verbrauchsmenge in Kilowattstunden multipliziert mit 6,354 Cent entspricht, zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozent p. a. seit dem 01.01.2017 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit;

6. für das Jahr 2017 einen Geldbetrag zu bezahlen, welcher der gemäß vorstehendem Antrag zu 1. für das Kalenderjahr 2017 mitgeteilten und gemäß vorstehendem Antrag zu 2. testierten Verbrauchsmenge in Kilowattstunden multipliziert mit 6,88 Cent entspricht, zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozent über dem jeweiligen Basiszinssatz auf das Jahr seit dem 01.01.2018 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit;

7. für das Jahr 2018 einen Geldbetrag zu bezahlen, welcher der gemäß vorstehendem Antrag zu 1. für das Kalenderjahr 2018 mitgeteilten und gemäß vorstehendem Antrag zu 2. testierten Verbrauchsmenge in Kilowattstunden multipliziert mit 6,792 Cent entspricht, zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozent p. a. seit dem 01.01.2019 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit;

8. für das Jahr 2019 einen Geldbetrag zu bezahlen, welcher der gemäß vorstehendem Antrag zu 1. für das Kalenderjahr 2019 mitgeteilten und gemäß vorstehendem Antrag zu 2. testierten Verbrauchsmenge in Kilowattstunden multipliziert mit 6,405 Cent entspricht, zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozent p. a. seit dem 01.01.2020 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit;

9. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von EUR 58.853,45 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung. Sie verweist auf die herausragende Bedeutung einer autarken und sicheren Energieversorgung für die auf dem Campus Stadt1 beheimateten Bundeseinrichtungen. Die Energiezentrale sei auf den spezifischen Energiebedarf der W und X zugeschnitten und entsprechend dem verbindlich angemeldeten Leistungsbedarf dimensioniert worden. Dabei habe insbesondere eine Redundanz der Systeme im Vordergrund gestanden, um jederzeit eine unterbrechungsfreie Stromversorgung garantieren zu können. Die Erzeugungskapazitäten würden nur für die Nutzer am Campus Stadt1 bereitgestellt. Ziel sei eine maximale Netzstabilität, weshalb

zur Sicherheit verschiedene Stromerzeugungsanlagen errichtet wurden. Die bestimmten anteiligen Nutzungsrechte der Streitverkündeten ergäben sich aus den Medienverträgen.

Die in Ziffer 6.2 bzw. 7.2 der Medienverträge vereinbarten Vorhalteleistungen entsprächen dem Maximalbedarf im Normalbetrieb und dem Minimalbedarf im Inselbetrieb. Entsprechend der angemeldeten Bedarfsanteile seien den Streitverkündeten auch die verbrauchs- und nichtverbrauchsabhängigen Kosten auferlegt worden. Die jeweiligen Anteile seien jederzeit eindeutig im Sinne des § 104 Abs. 4 EEG definiert und abgrenzbar.

Demgegenüber sei der - erst 2017 eingeführte - enge Stromerzeugungsanlagenbegriff nach § 3 Nr. 43 b EEG auf die bereits 2011 begründete Eigenerzeugung im Campus Stadt1 nicht anwendbar. Dieser Begriff sei bis 2017 umstritten gewesen und eine entsprechende Rückwirkung nicht geregelt worden. Eine solche widerspräche auch dem Sinn und Zweck des § 104 Abs. 4 EEG und verstieße gegen den verfassungsrechtlich abgesicherten Vertrauensschutz. Die (neue) Begriffsdefinition der Stromerzeugungsanlage sei im Hinblick auf die neu eingeführten Regelungen zur Eigenversorgung nach § 3 Nr. 19 EEG geschaffen worden. Sie gelte aber nicht für bestandsgeschützte Eigenerzeugungen, auf die sich nur Eigenerzeuger berufen könnten, die ihre Eigenerzeugung im Jahre 2014 begründet haben. Vorliegend hätten W und X die gemeinsame Kraftwerksnutzung bereits im Jahre 2011 begründet und damit vor den Stichtagen des § 61 e Abs. 2 EEG. Sinn und Zweck des § 104 Abs. 4 EEG sei es gewesen, bestehende Eigenerzeugungen vor wirtschaftlichen Risiken zu schützen. Für deren Betreiber sei seinerzeit nicht absehbar gewesen, dass sich ein Nutzungsrecht etwa nur auf einen Generator beziehen dürften. Gerade zur Ausräumung dieser Rechtsunsicherheiten habe der Gesetzgeber § 104 Abs. 4 EEG geschaffen. Dieser Zweck würde durch eine enge Auslegung vereitelt. Auch aus der Gesetzgebungshistorie ergebe sich mit der Verwendung des Begriffes „Kraftwerk“, dass der Gesetzgeber darunter auch eine Mehrzahl von Generatoren verstanden habe. Entsprechendes ergebe sich auch aus dem Hinweispapier der Bundesnetzagentur zur Scheibenpacht, in dem lediglich rein virtuelle Nutzungsrechte vom Anwendungsbereich des § 104 Abs. 4 EEG ausgeschlossen würden. Überdies wäre eine rückwirkende Anwendung von § 3 Nr. 43 b EEG verfassungsrechtlich aus Bestandsschutzgründen unzulässig. Denn die eigenerzeugenden Unternehmen hätten ihre Eigenversorgung im Vertrauen auf eine fortbestehende EEG-Umlagefreiheit aufgebaut. Eine Rückwirkung stelle demgegenüber einen Eingriff in das Eigentum und die Berufsfreiheit dar.

Die Beklagte habe auch die nach §§ 74, 74 a EEG erforderlichen Informationen zur Energieerzeugungsanlage fristgerecht an die Klägerin gemeldet. Im Hinblick auf diese müssten die Streitverkündeten keine tatsächliche Sachherrschaft ausüben und die konkrete Fahrweise bestimmen können. Diese Merkmale könnten nämlich bei einer wirtschaftlichen Risikoübernahme zurücktreten.

Allein auf letztere sei bei den hier in Frage stehenden Nutzungsrechten abzustellen, wie sich bereits aus der Gesetzesbegründung ergebe. Entgegen der Auffassung der Klägerin komme neben den vertraglichen Vereinbarungen auch dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien die Bedeutung zu, dass sie jeder anderen Vertragsauslegung vorgehe. Derart bestimme der übereinstimmende Parteiwille den konkreten Vertragsinhalt. Danach seien sowohl die W wie auch das X Betreiber der Stromerzeugungsanlage. Denn nach einer wertenden Gesamtbetrachtung trügen diese das wirtschaftliche Risiko derselben. Angesichts der vielfältigen energiewirtschaftlichen Erzeugungsformen sei eine andere als eine wertende Gesamtbetrachtung auch nicht praktikabel. Demgegenüber sei

die Übernahme des Anlagenrisikos keine notwendige Voraussetzung einer Betreiberstellung, zumal dies auch mit pachtrechtlichen Gewährleistungspflichten kollidiere. Entscheidend sei allein das Stromproduktionsrisiko. Für die derart entscheidende wirtschaftliche Risikoverteilung sei die vorliegend teilweise erfolgte pauschale Kostenbemessung geeignet. Eine solche diene lediglich der Vereinfachung von Rechenflüssen. Die Kosten der Energiezentrale würden danach entsprechend den Berechnungen anteilig von W und X getragen, nämlich im Verhältnis 52,8 zu 47,2 Prozent. Soweit im W-Medienvertrag dieses Verhältnis geringfügig anders benannt worden sei, liege dies am späteren Abschluss des X-Medienvertrages mit etwas geänderten Bedarfswerten. In der Folge sei zwar versäumt worden, den W-Medienvertrag anzupassen, gleichwohl aber der neue Verteilungsschlüssel einvernehmlich praktiziert worden. Mit dieser auf 24 Jahre festgeschriebenen Regelung zahlten die Streitverkündeten die gesamten nichtverbrauchsabhängigen Fixkosten inklusive Investitions-, Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten sowie die Nutzungs- und Primärenergiekosten. Schließlich würden die Streitverkündeten die gleichen wirtschaftlichen Risiken tragen, wenn sie je eine eigene Energiezentrale gebaut hätten bei allerdings höheren Kosten.

Hinsichtlich weiteren zweitinstanzlichen Parteivortrags wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die zunächst geltend gemachten Ansprüche auf Auskunft und auf Testat der Angaben der Beklagten, denn der Klägerin steht kein Anspruch auf Zahlung einer EEG-Umlage gegenüber der Beklagten zu, weil diese sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen kann.

1. Das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) hat seit seinem Inkrafttreten im Jahre 2000 eine Reihe von inhaltlichen und rechtlichen Änderungen erfahren, die auch die auch die Ausnahmen und Befreiungen von einer Umlagepflicht betreffen.

Neben stromkostenintensiven Unternehmen waren auch Eigenversorger, denen in den Bezug auf eine Stromerzeugungsanlage eine Betreiberstellung zukommt, von der Umlagepflicht mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen grundsätzlich befreit. Während noch in dem EEG 2012 diesbezüglich keine ausdrücklichen Regelungen enthalten waren, wurde mit dem EEG 2014 eine grundsätzliche EEG-Umlagepflicht für gelieferten oder selbst erzeugten Strom eingeführt (§ 61 Abs. 1 EEG 2014). Gleichzeitig wurden Ausnahmetatbestände für Bestandsanlagen eingeführt, die bislang zur Eigenerzeugung genutzt wurden (§ 61 Abs. 3, Abs. 4 EEG 2014).

Wegen danach weiterhin bestehender Unklarheiten hinsichtlich der Voraussetzungen und des Umfangs einer Umlagenbefreiung hat der Gesetzgeber mit § 104 Abs. 4 EEG 2017 durch Einführung eines Leistungsverweigerungsrechts für bestimmte Unternehmen eine amnestierende Regelung eingeführt. Aufgrund weiterhin bestehender Unsicherheiten hat er mit dem § 104 Abs. 5 EEG 2020 eine weiter gehende Regelung eingeführt, die ÜNB und den Betreibern von Stromerzeugungsanlagen die Möglichkeit einer vergleichweisen Regelung eröffnet.

Das Gericht legt seiner Entscheidung die für den hier maßgeblichen Zeitpunkt des Entstehens des durch die Klägerin verfolgten Anspruch auf Zahlung einer EEG-Umlage sowie in Auslegung der Norm des § 104 Abs. 4 EEG die insoweit bestandsschützend fortgeltenden Begrifflichkeiten vorheriger Rechtsregelungen zu Grunde.

2. Für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits braucht nicht entschieden zu werden, ob die Beklagte sich auf eine umlagenbefreite Eigenversorgung gemäß § 61a EEG 2017 berufen kann.

Denn gegenüber einem grundsätzlich gegebenen Anspruch der Klägerin auf Zahlung einer EEG-Umlage aus § 60 Abs. 1 EEG 2017 kann die Beklagte sich jedenfalls hinsichtlich der streitgegenständlichen Zeiträume auf ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 104 Abs. 4 EEG 2017 berufen.

Vor diesem Hintergrund erschöpft das Urteil des Landgerichts die Sach- und Rechtsfragen und wird der aufgezeigten Intention des Gesetzgebers gerecht.

Der Senat nimmt deshalb zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst Bezug auf die zutreffenden Erwägungen in den Entscheidungsgründen der angefochtenen Entscheidung. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung überzeugen nicht:

Die Berufung der Klägerin gewichtet verschiedene Aspekte der hiesigen Sachverhaltskonstellation falsch. Denn es handelt es sich um eine aus den 1980er Jahren stammende (2011 erneuerte) Bestandsanlage mit einer seinerzeit anderen Rechtslage.

Der Betrieb der streitgegenständlichen Stromerzeugungsanlagen der Beklagten erfolgt aufgrund der im Jahre 2011 geschlossenen Medienverträge, hat mithin lange vor dem 1.8.2014 begonnen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte die gemäß § 104 Abs. 4 S. 1 Ziff. 2 EEG 2017 erforderlichen Angaben rechtzeitig mitgeteilt hat.

Eine Erneuerung, Erweiterung oder Ersetzung der Anlage hat zwischenzeitlich nicht stattgefunden.

a) Die Beklagte ist kein Elektrizitätsversorgungsunternehmen und beliefert die Streitverkündeten mit Strom, sondern diese sind selbst Betreiber der Stromerzeugungsanlage in Stadt1 im Sinne des § 104 Abs. 4 EEG 2017.

Der Senat entnimmt dem Begriff des Betreibers im Sinne der genannten Vorschrift dabei einer Gesamtschau der Regelung der Umlagepflicht in den hier maßgeblichen Bereich des EEG 2017 und der Regelungsintention des Gesetzgebers.

Hintergrund der streitbefangenen Regelungen des EEG war das Bestreben der Industrie, Stromkosten (i.e. die EEG-Umlage) einzusparen. Zu diesem Zweck wurde die Erzeugungsleistung eines Kraftwerks virtuell in einzelne „Kraftwerksscheiben“ aufgeteilt und an Firmen verpachtet. Eine Kraftwerksscheibe ist eine anteilig genutzte Erzeugungskapazität an einer Stromerzeugungsanlage. Die derartige Verbindung von Stromerzeugung und Verbrauch bei derselben juristischen Person sollte diese zum Eigenversorger machen. Bis zum 31.07.2014 waren Eigenversorger nach §§ 61c ff. EEG von der EEG-Umlage nämlich gänzlich befreit und hatten nach dem 01.08.2014 nur eine anteilige EEG-Umlage zu entrichten (Eigenversorgungsprivileg).

In Bezug auf die Bestandskraft dieses Konstruktes bestanden allerdings jahrelang Rechtsunsicherheiten. Um diese zu beseitigen und (wie hier) Millionen-Nachforderungen an EEG-Umlage für bis zu 10 Jahren zulasten der Industrie auszuschließen, schuf der Gesetzgeber mit § 104 Abs. 4 EEG 2017 eine (erste) Amnestieregelung. Der Gedanke dahinter war, Energieerzeuger und Scheibenpächter vor Risiken in Gestalt von Ansprüchen der ÜNB zu schützen, mit denen jene vor Inkrafttreten des EEG 2014 nicht rechnen mussten. Nach § 104 Abs. 4 EEG 2017 gilt ein anteiliges vertragliches Nutzungsrecht an einer Erzeugungskapazität (Scheibenpacht) als eigenständige Stromerzeugungsanlage (Eigenerzeugung/-versorgung), wenn der Endverbraucher dieses Nutzungsrecht vor dem 01.08.2014 wie eine Stromerzeugungsanlage betrieben hat.

Wenn die derartige Fiktion zu einem Entfall der EEG-Umlage führen würde, hatte auch der Endverbraucher als Anlagenbetreiber bis zum 31.07.2014 ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich dieser Umlage, vorausgesetzt, dass er sich bis zum 31.12.2017 auf dieses Leistungsverweigerungsrecht berufen und die wesentlichen Informationen über die Scheibenpacht (§§ 74, 74 a EEG) bis 31.12.2017 mitgeteilt hat. Für den Zeitraum ab dem 01.08.2014 gilt das Leistungsverweigerungsrecht fort, wenn sowohl die Anlage, als auch das Nutzungskonzept unverändert geblieben ist.

Diese Tätigkeit des Gesetzgebers erhellt, dass dieser das Bestreben hatte, Altkonstellationen - wie vorliegend - zu privilegieren.

Deshalb kann der Stromlieferbegriff im Sinne des § 3 Nr. 43 b EEG 2017 insoweit nicht ohne weiteres übernommen werden. Diese (erstmalige) Definition erfolgte vor dem Hintergrund einer umfassenden Neuregelung und für diese. Insbesondere wurde die Eigenerzeugung neu geregelt (§ 3 Nr. 19 EEG).

b) Aufgrund der gewährten anteiligen vertraglichen Nutzungsrechte haben die Streitverkündeten die Stromerzeugungsanlage Stadt1 wie eine eigenständige Stromerzeugungsanlage betrieben.

Als Anlagenbetreiber ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich anzusehen, 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, Urt. v. 11.6.2003 - VIII ZR 161/02; Urt. v. 14.7.2004 - VIII ZR 356/03; Urt. v. 13.2.2008 - VIII ZR 280/05; vgl. KG, Urt. v. 31.10.2016 - 2 U 78/14).

Im Hinblick auf die Fiktion des § 104 Abs. 4 S. 2 EEG 2017 verbleibt für die aufgrund vertraglicher Berechtigung eine anteilige Stromerzeugungskapazität lediglich nutzenden Streitverkündeten für die Bestimmung ihrer Betreibereigenschaft nur das wirtschaftliche Risiko. Überdies stellt § 3 Nr. 2 EEG 2017 für die Betreiberdefinition nach dem EEG nur darauf ab, „wer unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom (...) nutzt.“.

Der Senat stellt daher für die Bestimmung der Betreibereigenschaft im Rahmen des § 104 Abs. 4 EEG 2017 auf eine wertende Gesamtbetrachtung der gelebten vertraglichen Regelungen und der durch die Parteien vorgetragenen und inhaltlich unstrittigen Umstände des Einzelfalles ab. Maßgebliche, jedoch nicht alleinige Bewertungsgrundlage sind hierbei die bestehenden zivilrechtlichen Vereinbarungen zwischen den Akteu-

ren (vgl. KG, Urt. v. 31.10.2016 - 2 U 78/14; OLG München, Beschl. v. 13.3.2023 - 8 U 4291/22).

Dabei kommt sowohl dem übereinstimmend gelebten Vertragswillen der Parteien der Medienverträge (§§ 133, 157 BGB), als auch der besonderen Situation des Campus Stadt1 eine besondere Bedeutung zu. Denn die gesamte Stromerzeugungsanlage ist eine auf die Bedürfnisse der Streitverkündeten maßgeschneiderte Lösung, die von den Vertragsparteien in Erfüllung eines gemeinsamen Zwecks unter Ausschluss von Dritten gewählt wurde: „Die Höhe der angemeldeten Medienbedarfe bestimmt die technische und wirtschaftliche Ausgestaltung der EZ.“ (Medienvertrag Ziff. 4.2.). Diese erfüllt nicht nur exakt (und nur) die Erfordernisse an die den Streitverkündeten zu liefernden Strommengen, sondern insbesondere auch die Gewährleistung einer sicheren unterbrechungsfreien und autarken Stromversorgung. Zu diesem Zweck wurde die Stromversorgung auf verschiedene Stromerzeugungsarten gestützt, um bei Ausfall einer Versorgungsart auf die jeweils andere zugreifen zu können. Insofern ist die Stromerzeugungsanlage für den Zweck der Vertragsparteien nicht nur im Hinblick auf die Wärme-, Kälte- und Dampferzeugung, sondern auch was die reine Stromerzeugung angeht notwendig ein Verbundkraftwerk, das aus mehreren Generatoren besteht. Diese sind indes ebenso im Detail bekannt, wie ihre Arbeits- und Einsatzweise. Auch von daher geht das Argument der Klägerin fehl, es sei nicht klar, welche Stromerzeugungseinheit im Hinblick auf das anteilige Nutzungsrecht der Streitverkündeten zum Einsatz komme.

Soweit die Klägerin dabei in Frage stellt, dass den Streitverkündeten ein bestimmter Teil der Anlagenleistung zugewiesen worden sei, überzeugt dies nicht.

Die Klägerin begründet ihren Zweifel damit, dass die Nutzungsrechte der Streitverkündeten bedarfsorientiert ausgestaltet seien (Ziffer 3.1 MV). Die Klägerin lässt dabei außer Acht, dass nach Ziffer 4.2 MV „alle Medienverbraucher Art und Höhe ihres Medienbedarfes verbindlich festlegen“. Wenn dabei die entsprechenden Vorhalteleistungen der Beklagten (Ziffer 7.2 MV) nicht zu jeder Zeit bis auf die letzte Kilowattstunde in Anspruch genommen werden, ist dies aufgrund systemimmanenter Betriebsschwankungen unschädlich. Es ist normal, dass ein Verbraucher je nach Bedarf Strom entnimmt. Dem entspricht, dass den Streitverkündeten keine exakte Strommenge, sondern ein Anteil an der zur Verfügung gestellten Kapazität zugewiesen wurde, innerhalb deren sie Strom für Grundlast, Mittellast und Spitzenlast abnehmen konnten. Dass die seitens der Streitverkündeten angemeldeten Bedarfe gleichwohl dem Grunde nach verbindlich sind, ergibt sich aus Ziffer 7.3 MV, wonach absehbare, gravierende Veränderungen der Verbrauchsstruktur einer erneuten Vereinbarung bedürfen und „eine Mehrbedarfsdeckung grundsätzlich nicht möglich ist“. Von lediglich „variablen“ Nutzungsrechten der Streitverkündeten kann daher nicht die Rede sein.

Dass nicht zu jeder Zeit feststeht, aus welchen der vorhandenen Stromerzeugungsanlagen der Strom produziert wird, ist gleichfalls unschädlich. Denn die Regelerzeugung des den Streitverkündeten gelieferten Stroms erfolgt aus den Gasturbinen. Lediglich bei deren Ausfall erfolgt eine Inbetriebnahme der Ersatzgeneratoren. Derart ist bestimmbar, aus welcher Stromerzeugungsanlage der Strom stammt. Im Übrigen ist die Vorhaltung verschiedener Generatoren die Voraussetzung für das Konzept einer autarken und redundanten Quasi-Inselvesorgung, ohne die es den W Campus nicht gäbe. Aus diesem Grund wurden verschiedene Energieerzeugungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Brennstoffen vorgesehen.

Aufgrund der Redundanz der vorhandenen Stromerzeugungskapazitäten ist eine Reihenfolge der aufgezeigten Zugriffsmöglichkeiten (im Rahmen der vereinbarten Kontingente) jederzeit gegeben und gewährleistet. Anders als in den Fällen, in denen durch mehrere Stromerzeugungskapazitäten im Einzelnen nicht zuordbare Leistungen generiert werden, ist hier eine eindeutige Zuordnung der Kapazitäten aufgrund der Abnahmepräferenzen erfolgt. Auf die (spätere) Definition einer Stromerzeugungsanlage in § 3 Nr. 43 b EEG 2017 kommt es in diesem Zusammenhang daher nicht an.

Dem oben dargelegten Gesetzgebungszweck der Amnestieregelung für Bestandsanlagen würde es widersprechen, diese daran scheitern zu lassen, dass der Strom der Energiezentrale vorliegend (nur) bei Ausfall der im Normalbetrieb laufenden Gasturbine und eines Blockheizkraftwerks von einem entsprechenden Ersatzstromerzeuger geliefert wird.

Ein Fall beliebig wechselnder oder von vorneherein zahlreich produzierender Einzelstromerzeuger liegt gerade nicht vor. Es handelt sich vielmehr um eine Gesamtanlage, die bestimmungsgemäß redundante Ersatzerzeuger für Notfälle im Netzersatzbetrieb vorsieht. Auch in diesem Fall bleibt die Entnahmemenge gleich und bestimmbar nämlich entsprechend der den Streitverkündeten zugedachten Anteile an der Erzeugungskapazität. Insofern handelt es sich nicht um einen „Kraftwerkspool“.

Die Streitverkündeten haben diese auch „wie eine Stromerzeugungsanlage betrieben“. Was die Tragung des wirtschaftlichen Risikos angeht, ist dieses vorliegend das entscheidende Kriterium zur Bestimmung des maßgeblichen Anlagenbetreibers. Dies folgt daraus, dass ein Nutzungsrecht selbst - wie das der Streitverkündeten - nicht betrieben werden kann, so dass § 104 Abs. 4 EEG 2017 vor dem Hintergrund gelesen werden muss, dass der dort durch den Gesetzgeber ins Auge gefasste Betrieb einer Anlage durch mehrere Beteiligte eine Betreiberstellung notwendigerweise nur im Rahmen einer umfassenden konzeptionellen Beteiligung unter Einschluss des wirtschaftlichen Risikos begründen kann. Auch die Zuordnung einer tatsächlichen Sachherrschaft oder einer eigenständigen Bestimmung der Anlagenfahrweise kann daher - wenn der Sinn der Regelung nicht durch ein enggefasstes Verständnis der Betreiber-eigenschaft vollständig ins Leere gegen soll - nur in diesem Sinne verstanden werden.

Ein entsprechendes Normverständnis lässt sich insoweit auch dem Hinweis 2017/1 der Bundesnetzagentur (Anl. BB 6) entnehmen. Dieser zeigt auf, dass „die Frage, ob der Letztverbraucher über ein Nutzungsrecht im Sinne der Fiktionsregelung verfügt und „wie“ ein Betreiber der Erzeugungskapazität anzusehen ist, anhand der objektiven, tatsächlich vorliegenden Umstände zu bestimmen sei. Wie auch in der Gesetzesbegründung zu § 104 Abs. 4 EEG klargestellt wird, lässt sich von den üblichen Kriterien für die Bestimmung des Betreibers einer Stromerzeugungsanlage allein das Kriterium der wirtschaftlichen Risikotragung unproblematisch auf eine betreiberähnliche Nutzung der Kraftwerks-scheibe übertragen. Da vertragliche Nutzungsrechte nicht „betrieben“ werden können, passen die Kriterien der tatsächlichen Herrschaft und der eigenverantwortlichen Bestimmung der Arbeitsweise für Nutzungsrechte allenfalls sehr eingeschränkt“

Eine entsprechende Zuordnung ist hier auch gegeben. Die Streitverkündeten haben vorliegend das wirtschaftliche Risiko qua Vollkostenerstattung vollständig übernommen, wie sich aus den ausführlichen und detaillierten Regelungen zum Grundsatz der Vollkostentragung in Ziff. 4.1f. der Medienverträge ergibt.

Im Einzelnen:

Die (vereinfachende) Pauschalisierung der Personalkosten beruht damit auf einer vorher im Detail ermittelten Kostenstruktur und dient lediglich der Abrechnungsvereinfachung. Die Abweichung des Verhältnis-Prozentsatzes der vertraglich vereinbarten Vorhalteleistungen und den nach der Meldung im Jahre 2017 genannten Leistungsanteilen hat die Beklagte überzeugend mit der unterlassenen Nichtanpassung der Vertragsbestimmungen für die W mit dem erst später unterzeichneten Vertrag für das X-Institut begründet. Danach ist die Verschiebung des Leistungsverhältnisses vor Beginn der Nutzung und seither unverändert durchgeführt worden, ohne dies in den Verträgen nachzeichnen. Dem ist die Klägerin inhaltlich nicht entgegengetreten. Die von der Klägerin thematisierten „Mehrkostenrisiken“ sind demgegenüber nicht belastbar dargelegt.

Hinsichtlich der Übernahme des wirtschaftlichen Risikos ist zu berücksichtigen, dass dieses lediglich eine Facette des Begriffs des Betreibers ist. Sie ist letztlich Folge des Umstands, dass die Anlage durch den Betreiber auf eigene Rechnung genutzt wird (vgl. BGH, Urt. v. 14.7.2004 - VIII ZR 356/03, Rn. 27). Die Stellung als Betreiber selbst im Sinne von § 104 Abs. 4 EEG 2017 ergibt sich vielmehr aus einer Gesamtschau der hierzu führenden Umstände und erfordert nicht zwingend, dass eine lückenlose vertragliche Regelung zu einer umfassenden Umwälzung sämtlicher denkbarer wirtschaftlicher Risiken getroffen wird.

Soweit die Klägerin demgegenüber betont, dass nicht die gelebte Vertragspraxis, sondern der konkrete Inhalt der zugrundeliegenden Verträge maßgeblich seien,

findet dies bei der Bestimmung der Betreibereigenschaft keine Stütze. Maßgeblich ist insoweit die tatsächliche Stellung als Betreiber in den jeweils maßgeblichen geltend gemachten Zeiträumen, wofür allerdings mangels konkreten Sachvortrags zu einer abweichenden Handhabung ausfüllend, jedoch nicht ausschließlich, auf den Inhalt der geschlossenen Vereinbarungen abgestellt werden kann.

Die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos durch die Streitverkündeten ergibt sich vorliegend im Wesentlichen daraus, dass es sich um eine im Jahre 1980 für bundeseigene Unternehmen mit speziellen Zwecken konzipierte Anlage handelt, die diesen Zwecken folgend eine redundante und stromnetzunabhängige Versorgung der beteiligten Unternehmen gewährleisten soll. Die im Jahr 2011 hierzu geschlossenen Medienverträge gelten unverändert seit dieser Zeit fort und können bis zum Auslaufen der Vereinbarungen 2034 auch nicht verändert werden. Auch ohne ausdrückliche Regelungen hinsichtlich künftiger Investitionen oder fundamentaler Risiken für den Bestand und den Fortbetrieb der Stromerzeugungsanlagen selbst ist damit das wirtschaftliche Risiko entsprechend dem geregelten Kosten aufkommen verteilt. Eine von den getroffenen Vereinbarungen abweichende Handhabung durch die Beteiligten ist nicht ersichtlich.

Der in diesem Zusammenhang bezweifelten Bezahlung der Versicherungskosten durch die Streitverkündeten ist die Beklagte durch den Verweis auf die geregelte jeweils anteilige Tragung von „sonstigen Nebenkosten“ (Ziffer 4.3.2.4 MV W) und „Verwaltungskosten“ (Ziffer 4.3.2.4 MV X) entgegengetreten.

Des Weiteren ginge nach der Auffassung der Klägerin ihr vorsorgliches Bestreiten mit Nichtwissen, dass die Streitverkündeten die Versicherungen bezahlt hätten, ins Leere. Denn dass die Versicherungskosten grundsätzlich in den o.g. Abrechnungsposten ent-

halten sein sollten, wird von der Klägerin nicht in Frage gestellt. Soweit die Klägerin die Frage aufwirft, welche Instandhaltungskosten eventuell nicht umlegbar wären, bleibt sie konkreten und belastbaren Vortrag schuldig, um welche Kosten es sich dabei handeln könnte.

Einer Vorlage der Konzernumlageverträge bedurfte es vor diesem Hintergrund nicht.

Dass sich in den Medienverträgen „keine Regelungen in Bezug auf Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen“ fänden, trifft nicht zu (Ziffer 4.2 MV). Im Übrigen wäre bei derartigen Investitionen das gesamte Konstrukt aufgrund mutmaßlichen Wegfalls des Bestandsprivilegs ohnehin neu zu bewerten.

Was die Haftung angeht, erfolgt eine sachgerechte Verteilung nach dem jeweiligen Verantwortungsbereich. Soweit in diesem Zusammenhang eine Haftung der W Energie beschränkt wird, bestätigt dies das wirtschaftliche Risiko der Streitverkündeten. Soweit dabei eine Haftung für Schäden Dritter bzw. eine Betreiberhaftung der Streitverkündeten ausgeschlossen wird (Ziffer 8.2 MV), bezieht sich dies nur auf solche Schäden, die ohne Verschulden der Streitverkündeten bzw. ausschließlich durch das Verschulden der Beklagten entstanden sind. Eine solche Regelung lässt die grundsätzliche Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch Streitverkündeten unberührt, da diese aufgrund des bloßen Nutzungsrechts ohnehin keine vollständige Sachherrschaft über die Anlage als solche haben. Eine solche wird jedoch durch die Regelung des § 104 Abs. 4 EEG fingiert, was notwendige Abstriche bei den Kriterien der Betreibereigenschaft mit sich bringt.

Gleiches gilt sinngemäß für die Tragung des Anlagenausfallrisikos (Ziffer 6.11.1 MV W und Ziffer 7.12.1 MV X), öffentlich-rechtlicher Genehmigungen (Präambel der MV) oder der Anlagenfahrweise. Im Übrigen tragen die Streitverkündeten das wirtschaftliche Risiko bei Anlagenstörungen immer, da sie ja auf die erzeugten Energiemengen für ihren Betrieb angewiesen sind. Dass die Streitverkündeten bei unverschuldetem Anlagenausfall von ihren (Gegen-) Leistungspflichten entbunden wären, ist nach Ziffer 7.12 MV X und Ziffer 6.11.1 MV W nicht der Fall. Die genannten Bestimmungen stellen vielmehr lediglich diejenige Partei von ihren eigenen Leistungspflichten frei, die diese aufgrund höherer Gewalt nicht erfüllen kann. D.h. bei auch unverschuldeter Nichtbelieferung mit Strom durch die Beklagte verbleibt das wirtschaftliche Risiko bei den Streitverkündeten.

Ein Absatz- oder Vermarktungsrisiko besteht nicht. Denn die Medienproduktion erfolgt nur im Hinblick auf den Bedarf der Streitverkündeten. Gleichfalls besteht keine Gewinnerzielungsabsicht oder dahingehende Notwendigkeit.

Nicht benötigte Stromerzeugungskapazitäten werden im Übrigen als Sicherheitsreserven vorgehalten und nicht an Dritte vermarktet. Es werden allenfalls theoretisch geringfügige Überschussmengen ins öffentliche Netz abgegeben, die dergestalt kostenreduzierend wirken. Im Übrigen erfolgt nur zu etwa 1 % ein Zukauf von Strom von den Stadtwerken Stadt1. Was eine tatsächliche Sachherrschaft über die Stromerzeugungsanlage und die Bestimmung der Anlagenfahrweise angeht, ist den Streitverkündeten ein (eingeschränktes) Betretungsrecht eingeräumt. Der Fahrbetrieb selbst steht aufgrund der Reihenfolge der Generatoreninbetriebnahme und der durch den Eigenverbrauch der Streitverkündeten vorgegebenen Erzeugungsmenge fest und ist der Anteil an der Erzeugungskapazität bestimmbar.

Nach einer wertenden Gesamtbetrachtung sind die Streitverkündeten daher als Anlagenbetreiber und nicht als beliefertes Stromkunde einzustufen.

Nach alledem liegt das wirtschaftliche Risiko der Energieerzeugung bei den Streitverkündeten, die deshalb als Anlagenbetreiber anzusehen sind, so dass die Beklagte in den Genuss der Amnestieregelung des § 104 Abs. 4 EEG gelangt.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die gesonderte beantragte Bestimmung zur prozessualen Sicherheit beruht auf § 108 Abs. 1 ZPO.

Die Zulassung der Revision ist nicht geboten, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und eine Entscheidung des Revisionsgerichts weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 3 ZPO, 63 Abs. 2 GKG.