


<b>Gericht:</b>	KG Berlin 2. Zivilsenat	<b>Quelle:</b>	
<b>Entscheidungsdatum:</b>	31.10.2016	<b>Norm:</b>	§ 37 Abs 1 S 1 EEG 2009
<b>Aktenzeichen:</b>	2 U 78/14 .EnWG, 2 U 78/14 EnWG		
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil		

**Dampflieferungsvertrag: Vorliegen von Personenidentität bei  
Eigenstromerzeugung des Betreibers einer  
Abfallverwertungsanlage**

### Leitsatz

1. § 37 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009, in der bis zum 30. April 2011 geltenden Fassung, knüpft - ebenso wie die Vorgängervorschriften - an die Lieferung, nicht aber an die Erzeugung oder den Verbrauch von Strom an. Das Eigenstromprivileg greift danach schon dann nicht, wenn der Strom aus einem Netz für die allgemeine Versorgung bezogen wurde und mithin eine Stromlieferung vorlag.

2. Die für eine Eigenstromerzeugung notwendige Personenidentität zwischen Stromerzeuger und Verbraucher liegt nur dann vor, wenn der Verbraucher zugleich Betreiber der Stromerzeugungsanlage ist. Anlagenbetreiber ist, wer die tatsächliche Herrschaft über die Anlage ausübt, ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt und sie auf eigene Rechnung nutzt, mithin im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung das wirtschaftliche Risiko trägt (Anschluss an BGH, Urteil vom 13. Februar 2008 - VIII ZR 280/05 - NVwZ 2008, 1154).

### Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 25. März 2014 - 16 O 38/13 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens - einschließlich der Kosten der Streithelferin - hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% der aufgrund der Urteile vollstreckbaren Beträge abwenden, wenn nicht die Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### Gründe

#### I.

- 1 Die Klägerin betreibt eine Abfallverwertungsanlage in B...-R..., in der durch die Verbrennung von Abfall Hochdruckdampf erzeugt wird. Die Beklagte betreibt seit 2003 als Rechtsnachfolgerin der ... .. das Heizkraftwerk R... . Die Grundstücke, auf denen sich die jeweiligen Anlagen befinden, sind durch die Spree getrennt (Anlage B 2). Im Heizkraftwerk R... befinden sich zwei Turbinensätze, die von der Beklagten zur Wärme- und Stromerzeugung genutzt werden. Auf die Turbinen wird jeweils Dampf geleitet, wodurch die Turbinen in Rotation versetzt werden. Die von den Turbinen ausgehende Rotationsenergie wird zur Erzeugung von Strom in nachgelagerten Generatoren genutzt. Eine der Dampfturbinen verfügt über eine installierte elektrische Leistung von 132 MW. Den für diese Turbine benötigten Dampf erzeugt die Beklagte mittels Kohle selbst. Die zweite Dampfturbine verfügt über eine installierte elektrische Leistung von 36 MW und nutzt den von der Klägerin erzeugten Hochdruck-Dampf; sie wurde hierfür im Jahr 1998 errichtet. Über die Dampflieferungen der Klägerin werden mit der hier maßgeblichen Dampfturbine und dem nachgelagerten Generator im Jahr bis zu 170 Gigawattstunden (GWh) Strom erzeugt. Der Eigenbedarf der Klägerin davon beträgt jährlich ca. 30-35 GWh.
- 2 Zwischen den Hauptparteien des Rechtsstreits besteht ein am 18. Juni 1996 geschlossener Dampflieferungsvertrag (Anlage B 3). Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 dieses Vertrages wird der von der Klägerin gelieferte Dampf von der Beklagten (bzw. ihrer Rechtsvorgängerin) vergütet, wobei die Höhe der Vergütung im in Ablichtung eingereichten Vertragsexemplar geschwärzt ist. Gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 des

Vertrages ist eine Stromerzeugung durch die Klägerin, auch nur für den Eigenbedarf, nur mit Zustimmung der Rechtsvorgängerin der Beklagten zulässig.

3 Unter dem 15. Juni/26. Juli 2010 schlossen die Klägerin und die Beklagte eine 2. Änderungsvereinbarung (Anlage K 3). Dort heißt es in der Präambel u. a.:

4 "Auf der Grundlage dieser 2. Änderungsvereinbarung [2.ÄndV] erhält die B... [Klägerin] nunmehr von V... Wärme [Beklagte] das Recht, dass ein Teil der am Entsorgungsstandort R... von der B... erzeugten und bisher nach dem Dampfliefervertrag zu liefernden bzw. gelieferten Dampfmenge zur Eigenstromerzeugung für die B... der V... Wärme beigestellt (Dampfumwandlung) wird. Die Dampfumwandlung und Bereitstellung des Eigenstroms erfolgt zur Bedarfsdeckung der B... am Standort R... . . . Ferner erhält die B... nach Realisierung eines stromtechnischen Direktanschlusses des Standortes R... der B... an das Kraftwerk R... das Recht, dass die Eigenstrombereitstellung für die B... über diesen Direktanschluss erfolgen kann. Bis zu dessen Realisierung erfolgt die Eigenstrombereitstellung über das Netz der öffentlichen Versorgung."

5 Teil I § 1 der 2. ÄndV lautet:

6 "B... stellt der V... Wärme einen Teil des gemäß § 1 des Dampfliefervertrages zu liefernden Dampfes für die Umwandlung in Eigenstrom, der der B... bereitgestellt wird, bei (Dampfumwandlung). V... Wärme verpflichtet sich gemäß den Regelungen dieser Vereinbarung, den von der B... beigestellten Dampf für die B... in Eigenstrom umzuwandeln. Der beigestellte Dampf geht während der Dampfumwandlung nicht in das Eigentum der V... Wärme über. ..."

7 In Teil I § 2 Abs. 1 Satz 1 2. ÄndV heißt es:

8 "Für die Dampfumwandlung zahlt die B... eine Vergütung (nachfolgend: "Gebühr")."

9 Die Angaben zur Höhe der Gebühr sind im Folgenden geschwärzt.

10 Teil I § 3 Abs. 6 Satz 1 2. ÄndV lautet:

11 "B... stellt V... Wärme von etwaigen Ansprüchen Dritter frei, die daraus resultieren, dass Dritte aufgrund der Eigenstrombereitstellung Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) bzw. der auf dessen Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen geltend machen."

12 Die Dampfumwandlung und Eigenstrombereitstellung für die Klägerin begann nach Teil I § 4 Abs. 1 Satz 1 2. ÄndV am 1. Oktober 2010.

13 In Teil I § 6 Abs. 7 2. ÄndV heißt es wörtlich:

14 "Die von der B... zu zahlende EEG-Umlage wird nach dem Ablauf des Kalenderjahres für dieses Kalenderjahr, ggf. anteilig, in Rechnung gestellt. Während des Kalenderjahres erhebt die V... Wärme monatliche Abschlagsbeträge in der Höhe, wie sie V... Wärme vom Übertragungsnetzbetreiber bzw. übergeordneten Bilanzkreisverantwortlichen für die Belieferung der B... in Rechnung gestellt werden. B... ist gegenüber V... Wärme von der Zahlungspflicht befreit, soweit einvernehmlich oder rechtskräftig festgestellt worden ist, dass keine Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) bzw. der auf dessen Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen bestehen."

15 Soweit im 2. ÄndV nicht anderweitig geregelt, gelten "für die Dampfbeistellung und für die Dampfumwandlung zur Eigenstrombereitstellung" für die Klägerin die Regelungen des Dampfliefervertrages zwischen den Vertragspartnern (Teil I § 13 2. ÄndV).

16 Die Klägerin leistete unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Rückforderung EEG-Umlagezahlungen an die Beklagte in Höhe von 205.823,75 EUR für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2010 und in Höhe von 161.997,10 EUR für den Zeitraum Januar bis März 2011. Die Beklagte zahlte diese Beträge wiederum an die Streithelferin, die als Übertragungsnetzbetreiberin fungiert.

17 Die Klägerin begehrt die Rückzahlung dieser Beträge von der Beklagten. Sie ist der Auffassung, die Beklagte sei zur Zahlung der EEG-Umlage im streitgegenständlichen Zeitraum nicht verpflichtet gewesen, weil es sich bei dem von ihr verbrauchten Strom um eine Eigenerzeugung bzw. Eigenversorgung als Letztverbraucherin und nicht um eine Stromlieferung durch die Beklagte gehandelt habe.

18 Wegen der tatsächlichen Feststellungen und der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

19 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Rechtsgrund für die Zahlung der Klägerin bestehe unabhängig von der Frage einer materiell-rechtlichen Verpflichtung der Beklagten zur Leistung an die Streithelferin, weil die Klägerin als Freistellungsschuldnerin nach Teil I § 3 Abs. 6 der ÄndV es versäumt habe, ihrerseits Abwehrrpflichten gegenüber der Streithelferin

wahrzunehmen. Zudem sei der geltend gemachte Rückforderungsanspruch nach § 814 BGB ausgeschlossen, weil sich das Herausgabeverlangen der Klägerin als widersprüchliches Verhalten darstelle. Schließlich sei der Rückforderungsanspruch auch in der Sache unbegründet. Ein Rechtsgrund für die unmittelbare Leistung an die Beklagte bestehe jedenfalls deshalb, weil auch der zu Grunde liegende Anspruch der Streithelferin gegen die Beklagte auf Zahlung der EEG-Umlage gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 gegeben sei. Die Klägerin habe den verbrauchten Strom nicht selbst erzeugt.

20 Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr Begehren unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens in vollem Umfang weiter verfolgt.

21 Die Klägerin beantragt,

22 unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Berlin vom 25. März 2014 - 16 O 38/13 - die Beklagte zu verurteilen, an sie 367.820,85 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2013 zu zahlen.

23 Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,

24 die Berufung zurückzuweisen.

25 Sie verteidigen das erstinstanzliche Urteil soweit dort das Vorliegen einer Stromlieferung durch die Beklagte an die Klägerin bejaht worden ist.

26 Hinsichtlich der Einzelheiten des zweitinstanzlichen Parteivortrags wird auf die vorbereitenden Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

27 1. Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht erkannt, dass der Klägerin ein Anspruch auf Rückzahlung des an die Beklagte geleisteten Betrages in Höhe von insgesamt 367.820,85 EUR aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht zur Seite steht.

28 a) Die Beklagte hat zwar etwas erlangt. Mit der unstreitig erfolgten Zahlung des Betrages von 367.820,85 EUR durch die Klägerin hat die Beklagte ihr wirtschaftliches Vermögen vermehrt. Dass die Klägerin die Beklagte nicht von der Forderung der EEG-Umlage durch die Streithelferin freigestellt hat, sondern der Beklagten den Betrag erstattet hat, ist insbesondere im Hinblick auf die Regelungen in Teil I § 6 Abs. 7 der 2. ÄndV unerheblich und steht einem Herausgabeanspruch nicht entgegen.

29 b) Ein Anspruch der Klägerin ist auch nicht bereits nach § 814 Fall 1 BGB ausgeschlossen. Die Vorschrift erfordert positive Kenntnis von der fehlenden Verpflichtung zur Leistung im Zeitpunkt der Leistung. Dabei reicht die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen der rechtlichen Verpflichtung ergibt, allein nicht aus, vielmehr muss der Leistende daraus auch die zutreffende rechtliche Folgerung ziehen (Sprau, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 814 Rn. 4). Dies war hier nicht der Fall. Die Klägerin hat gerade nicht gewusst, dass sie zur Leistung nicht verpflichtet war. Vielmehr liegt ein streitiges Rechtsverhältnis vor. Die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse daran, dass eine offene und zwischen den Parteien streitige Rechtsfrage geklärt wird. Ein widersprüchliches Verhalten der Klägerin, dass einen Anspruch nach § 242 BGB ausschließen könnte, liegt darin - auch im Hinblick auf die vertragliche Freistellungsverpflichtung - nicht.

30 c) Die Vermögensverschiebung erfolgte jedoch nicht ohne rechtlichen Grund.

31 aa) Rechtsgrund für die Zahlung der EEG-Umlage durch die Klägerin an die Beklagte ist Teil I § 6 Abs. 7 Satz 3 der 2. ÄndV. Danach ist die Klägerin nur dann gegenüber der Beklagten von der Zahlungspflicht befreit, wenn einvernehmlich oder rechtskräftig festgestellt ist, dass die Beklagte ihrerseits nicht zur Zahlung der Umlage an die Streithelferin nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz oder den auf dessen Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen verpflichtet ist.

32 bb) Ob solche gesetzlichen Ansprüche der Streithelferin als Übertragungsnetzbetreiberin gegen die Beklagte als Elektrizitätsversorgungsunternehmen bestehen, beurteilt sich im hier streitgegenständlichen Zeitraum - Oktober 2010 bis März 2011 - nach § 37 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien - Erneuerbare-Energien-Gesetz - EEG - vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074), im Folgenden: EEG 2009, in der bis zum 30. April 2011 geltenden Fassung in Verbindung mit § 3 der Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus - AusglMechV - in der Fassung vom 17. Juli 2009, die bis zum 31. Dezember 2011 galt.

33 (1) Danach greift das von der Klägerin beanspruchte Eigenstromprivileg, das im EEG 2009, ebenso wie in den Vorgängervorschriften, nicht ausdrücklich geregelt ist, im hier

maßgeblichen Zeitraum schon deshalb nicht, weil die Klägerin den Strom aus einem Netz für die allgemeine Versorgung bezogen hat und mithin eine Stromlieferung vorliegt.

- 34 (a) Nach § 37 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 sind Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucher liefern, verpflichtet, den von dem für sie regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber nach § 35 EEG 2009 abgenommenen und vergüteten Strom anteilig abzunehmen und zu vergüten. Von diesem Belastungsausgleich zwischen den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und dem für sie regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber sind im Umkehrschluss als sogenannter "Eigenstrom" lediglich solche Strommengen ausgenommen, die von dem Letztverbraucher selbst erzeugt und verbraucht und nicht an andere abgegeben werden; in diesen Fällen fehlt es an einer Lieferung des Stroms im Sinne des Gesetzes (BGH, Urteile vom 6. Mai 2015 - VIII ZR 56/14 - BGHZ 205, 228, zitiert nach juris Rn. 18 f.; und vom 9. Dezember 2009 - VIII ZR 35/09 - NVwZ-RR 2010, 315, zitiert nach juris Rn. 24, 30 unter Hinweis auf BT-Drs. 15/2864, S. 49 - zu den im Wesentlichen wortgleichen Vorgängervorschriften § 14 Abs. 3 EEG 2004 und § 14 Abs. 3 EEG 2006). Nach der Begründung der Vorgängervorschrift § 14 Abs. 3 EEG 2004 hat der Gesetzgeber an die Lieferung, nicht aber an die Erzeugung oder den Verbrauch von Strom angeknüpft, indem er die Verpflichtung zur Durchführung des Belastungsausgleichs den Stromlieferanten als Verursacher einer klima- und umweltgefährdenden Energieversorgung auferlegt hat (BT-Drs. 15/2327, S. 37).
- 35 Der Bundesgerichtshof hat für die Vorgängervorschriften des § 37 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 entschieden, dass in den Ausgleichsmechanismus des Erneuerbare-Energien-Gesetzes einschließlich des Belastungsausgleichs zwischen den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und dem für die regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber jedenfalls der Strom einzubeziehen ist, der - wie hier - aus einem Netz für die allgemeine Versorgung bezogen wird (BGH, Urteile vom 9. Dezember 2009, a. a. O. Rn. 14; und vom 21. Dezember 2005 - VIII ZR 108/04 - NJW-RR 2006, 632, zitiert nach juris Rn. 37). Zur Begründung seiner weiten Auslegung der Stromlieferung hat der Bundesgerichtshof im Urteil vom 9. Dezember 2009 angeführt, Sinn und Zweck der Regelung sei es, die bei den Übertragungsnetzbetreibern angelangten, eingespeisten und vergüteten Strommengen gleichmäßig bezogen auf die von den Stromlieferanten im Gebiet des jeweils regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreibers gelieferten Strommengen weiterzuverteilen. Im Ergebnis sollen so alle Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom liefern, zu prozentual gleichen Anteilen zur Stromabnahme und -vergütung verpflichtet werden. Gesetzgeberische Absicht sei es, die dadurch entstehenden Kosten des Gesetzes möglichst verursachergerecht auf alle Stromabnehmer zu verteilen. Die gleichmäßige Verteilung diene auch dem Verbraucherschutz, da eine Ungleichbehandlung oder übermäßige Abwälzung vermieden werden solle (a. a. O. Rn. 16).
- 36 Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 14 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 kann zur Auslegung und Anwendung des § 37 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 herangezogen werden. Die Vorschriften sind in ihrem wesentlichen Wortlaut identisch. In der Gesetzesbegründung zu § 37 Abs. 1 EEG 2009 heißt es, die Vorschrift entspreche dem § 14 Abs. 3 EEG 2004; sie normiere die vierte Stufe der bundesweiten Ausgleichsregelung (BT-Drs. 16/8148, S. 63).
- 37 (b) Die Klägerin kann sich für die von ihr befürwortete weite Auslegung des Eigenstrom-Privilegs nach dem EEG 2009 nicht mit Erfolg auf die spätere Regelung in § 37 Abs. 3 Satz 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der Fassung vom 17. August 2012 (BGBl. I 1754; im Folgenden: EEG 2012) berufen. Danach entfällt, wenn Letztverbraucher die Stromerzeugungsanlage als Eigenerzeuger betreiben und den erzeugten Strom selbst verbrauchen, für diesen Strom der Anspruch der Übertragungsnetzbetreiber auf Zahlung der EEG-Umlage, sofern der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird oder im räumlichen Zusammenhang zu der Stromerzeugungsanlage verbraucht wird. Zum einen sind einer verbindlichen Auslegung des EEG 2009 durch den nachfolgenden Gesetzgeber Grenzen gezogen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. Dezember 2013 - 1 BvL 5/08 - BVerfGE 135, 1, zitiert nach juris Rn. 53). Zum anderen hat auch der Gesetzgeber des EEG 2012 an der formalen Betrachtungsweise festgehalten, dass der Strom durch dieselbe (juristische) Person erzeugt und verbraucht werden muss (BT-Drs. 17/6071, S. 83 linke Spalte; BGH, Urteil vom 6. Mai 2015, a. a. O. Rn. 21).
- 38 (2) Jedenfalls an der erforderlichen Personenidentität zwischen Stromerzeuger und Verbraucher fehlt es hier, so dass ein Fall der Eigenstromerzeugung durch die Klägerin nicht gegeben ist. Vielmehr ist die Beklagte Erzeugerin des mit der Anlage produzierten Stroms, den sie an die Klägerin als Letztverbraucherin liefert.
- 39 (a) Entscheidend ist hierbei nicht die Betrachtung der Eigentumsverhältnisse an der Stromerzeugungsanlage. Ein Fall der Eigenerzeugung kann auch dann vorliegen, wenn der Stromverbraucher - wie hier - nicht Eigentümer der Stromerzeugungsanlage ist (vgl. Altrock, in: Ders./Oschmann/Theobald, Erneuerbare-Energien-Gesetz, 4. Aufl. 2013, § 37 Rn. 28 m. w. N.) Einen Anhaltspunkt hierfür liefert bereits der - vorliegend nicht unmittelbar geltende - § 3 Nr. 2 EEG 2009. Danach ist Anlagenbetreiber, wer unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren

Energien nutzt. Ebenso wenig kann auf das Eigentum am zur Verfügung gestellten Brennstoff abgestellt werden, so dass der in Teil III § 1 der 2. ÄndV geregelte Eigentumsvorbehalt an dem gelieferten Dampf unerheblich ist.

- 40 (b) Maßgebend ist vielmehr, wer als Betreiber der Stromerzeugungsanlage anzusehen ist. Die Stellung eines Eigenerzeugers muss einhergehen mit dem Betreiberstatus, wobei Betreiberstellung (Risikoträger) und Betriebsführerschaft (tatsächlicher Umsetzer) nicht zusammenfallen müssen (Altrock, a. a. O., § 37 Rn. 29). Wer eine Stromerzeugungsanlage nicht betreibt, kann sich aus dieser nicht mit Strom selbst versorgen. Die gesetzlichen Kriterien, die für die Annahme einer Betreiberstellung sprechen, können deshalb auch für die Herleitung der Eigenerzeugerstellung herangezogen werden.
- 41 (aa) Unter dem Begriff des Anlagenbetreibers ist in Anlehnung an das Immissionsschutzrecht derjenige zu verstehen, der die tatsächliche Herrschaft über die Anlage ausübt, ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt und sie auf eigene Rechnung nutzt, mithin das wirtschaftliche Risiko trägt (BGH, Urteil vom 13. Februar 2008 - VIII ZR 280/05 - NVwZ 2008, 1154, zitiert nach juris Rn. 15 - zum Anlagenbetreiber i. S. d. § 3 Abs. 10 Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz - KWKG -; vgl. auch Altrock, a. a. O. § 37 Rn. 29 m. w. N. zur Kommentarliteratur zu § 3 Nr. 2 EEG in Fußn. 51). Demnach ist Mindestvoraussetzung dafür, dass der Verbraucher von Strom aus einer Erzeugungsanlage auch Eigenerzeuger ist, dass er das wirtschaftliche Risiko des Stromerzeugungsprozesses trägt und damit in einer wertenden Gesamtbetrachtung der Versorgungskonstellation als Betreiber und nicht als beliefert Stromkunde einzustufen ist.
- 42 Im Rahmen dieser wertenden Gesamtbetrachtung greift die Literatur auf eine ganze Reihe von Kriterien zurück. Für eine Eigenerzeugung sollen insbesondere die wirtschaftliche Verantwortung (nicht die bloße Zuständigkeit) des Letztverbrauchers für die Brennstoffbeschaffung, die Übernahme der Absatz- und Brennstoffqualitätsrisiken, wie sie Ausdruck in der Preisformel des Vertrages gefunden hat, die Tragung des Ausfallrisikos der Anlage, die Vertragslaufzeit im Verhältnis zur Abschreibungsdauer sowie die Möglichkeit, die Fahrweise der Anlage zu bestimmen, sprechen. Maßgebend ist letztlich, wem das Risiko der Stromproduktion zugewiesen ist. Dies ist anhand der zugrunde liegenden Verträge zu ermitteln (Altrock, a. a. O., § 37 Rn. 30; Mikesic/Thieme/Strauch, Juristische Prüfung der Befreiung der Eigenerzeugung von der EEG-Umlage - Kurzgutachten für das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit - S. 17 ff. - Anlage K 20).
- 43 (bb) Unter Zugrundlegung dieser Maßstäbe fehlt es hier an einer Stromeigenerzeugung durch die Klägerin.
- 44 Der Wille der Vertragsparteien, eine EEG-umlagenfreie Eigenerzeugung umzusetzen, ist kein geeignetes Kriterium für die Beurteilung, ob eine Betreiberstellung vorliegt und Strom selbst erzeugt wird. Maßgebend ist vielmehr die Ausgestaltung der der Nutzung der Anlage zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarungen. Danach hat die Beklagte das Recht, die Anlage auf eigene Rechnung zur Stromerzeugung zu nutzen; sie trägt auch das Risiko des Anlagenbetriebs.
- 45 Dass die Klägerin den Brennstoff zur Verfügung stellt, macht sie nach den in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien allein noch nicht zur Anlagenbetreiberin.
- 46 Die Klägerin trägt nicht das wirtschaftliche Risiko der Strom-, sondern nur das der Dampferzeugung. Die Klägerin zahlt lediglich eine verbrauchsabhängige Gebühr für die Dampfumwandlung. Die Fixkosten der Stromerzeugung trägt demgegenüber im Wesentlichen die Beklagte. Die Klägerin ist weder an den Kosten für Wartung oder Instandhaltung der Stromerzeugungsanlage, noch an Aufwand und Kosten für die Vornahme von notwendigen Erneuerungs- oder Ersatzinvestitionen an der Anlage beteiligt. § 11 Abs. 4 des Dampflieferungsvertrages bezieht sich ausschließlich auf Investitionen in das Transportsystem für den Hochdruckdampf. Die Klägerin trägt auch nicht die wirtschaftlichen Risiken zur Erzeugung einer bestimmbaren Strommenge. Die Strommenge wird erst im Nachgang zum Verbrauch bestimmt. Insoweit trägt die Klägerin auch nur eingeschränkt die Risiken der Brennstoffpreisentwicklung. Eine längerfristige Vertragsbindung spricht für sich genommen noch nicht für eine Übernahme der wirtschaftlichen Risiken. Die Vertragsbindung orientiert sich an einem Gleichlauf mit dem Dampflieferungsvertrag allgemein. Auch hinsichtlich der Reservebesicherung trägt die Klägerin nur eingeschränkt das wirtschaftliche Risiko der Stromerzeugung. Nach Teil I § 3 Abs. 8 der 2. ÄndV übernimmt die Beklagte die Lieferung von Reservestrom.
- 47 Die Klägerin hat keinen bestimmenden Einfluss auf die Fahrweise der Stromerzeugungsanlage, also den Betrieb der Dampfturbine und des Stromgenerators der Beklagten. Dies folgt bereits daraus, dass nur ein Bruchteil der insgesamt von ihr gelieferten Dampfmenge von der Beklagten zur Stromerzeugung für die Klägerin genutzt wird. Wollte man dies anders sehen, wäre die Klägerin selbst als Elektrizitätsversorgungsunternehmen anzusehen. Die für den Eigenbedarf der Klägerin

erzeugte Strommenge wird rechnerisch im Nachgang zum tatsächlichen Verbrauch ermittelt. Die Klägerin hat schließlich keinen Einfluss auf die Kraftwerkseinsatzplanung.

- 48 2. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 49 3. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen nicht vor. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Grundsätzliche Bedeutung hat die Rechtssache dann, wenn sie eine klärungsbedürftige Rechtsfrage aufwirft. Die Klärungsbedürftigkeit entfällt, wenn die Rechtsfrage wegen einer Rechtsänderung für die Zukunft keine Bedeutung mehr hat (Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. 2016 § 543 Rn. 5a). Dies ist vorliegend der Fall. § 37 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 in der hier maßgeblichen Fassung vom 25. Oktober 2008 ist am 30. April 2011 außer Kraft getreten; die Nachfolgervorschriften weichen von der im hiesigen Fall entscheidungserheblichen Norm ab. Auch die Bestandsschutzregelung in § 66 Abs. 15 EEG 2012 bezieht sich auf eine spätere Fassung des § 37 EEG 2009. Demnach gibt der Einzelfall auch keine Veranlassung, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen aufzustellen (vgl. Ball, a. a. O., Rn. 7). Die hier demnach nur entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind in der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht umstritten.