

Landgericht Dortmund, 4 O 343/14

Datum: 10.03.2016
Gericht: Landgericht Dortmund
Spruchkörper: 4. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 O 343/14
ECLI: ECLI:DE:LGDO:2016:0310.4O343.14.00

Normen: §§ 37 Abs. 2 EEG 2012, 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014, § 3 Nr. 22, 3 Nr. 25 EnWG

Tenor: Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 3.686.264,65 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozent p. a. 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.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung der sogenannten EEG-Umlage, die nach § 37 Abs. 2 EEG 2012 bzw. § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 von demjenigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Letztverbraucher mit Strom beliefern, an die Übertragungsnetzbetreiber abzuführen ist. 1 2

Die Klägerin gehört der Unternehmensgruppe „D“ an und firmierte vormals unter „n GmbH & Co. KG“. Von der Unternehmensgruppe werden im Rahmen eines sogenannten Energy Contracting Endkunden mit Energie versorgt, wobei streitig ist, in welcher Form und durch welches Konzernunternehmen dies erfolgt. 3

Die Beklagte ist eine von vier in Deutschland ansässigen Übertragungsnetzbetreibern und betreibt in ihrer Regelzone im Westen und Süden von Deutschland das Übertragungsnetz für Strom der höchsten Spannungsstufe. Als solche ist sie in den vertikalen und horizontalen Belastungsausgleich nach dem EEG, dessen Ziel und Zweck die Förderung der Stromerzeugung aus regenerativen Energien ist, eingebunden. Zur Erreichung dieses Zwecks sind die örtlichen Verteilnetzbetreiber auf erster Stufe verpflichtet, den in förderungswürdigen Anlagen erzeugten Strom von den Anlagenbetreibern abzunehmen und über den marktüblichen Konditionen zu vergüten. Sie leiten den eingespeisten Strom an die Übertragungsnetzbetreiber – u.a. die Beklagte - weiter, die auf einer zweiten Stufe ihrerseits zur Zahlung (Erstattung) der gesetzlichen Vergütung an die örtlichen Verteilnetzbetreiber verpflichtet sind. Auf einer dritten Stufe vermarkten die vier Übertragungsnetzbetreiber den eingespeisten Strom am Spotmarkt der Strombörse. Da der von den Marktbedingungen abhängige, schwankende Spotmarktpreis für Strom, den die Übertragungsnetzbetreiber an der Strombörse erzielen können, die gesetzlich garantierte Pflichtvergütung in der Regel jedoch nicht erreicht, bleibt zwischen den Vermarktungserlösen und den an die Verteilnetzbetreiber auszukehrenden Fördermitteln eine finanzielle Differenz zulasten der Übertragungsnetzbetreiber. Die sich aus der Vermarktung ergebenden Vollkosten werden zwischen den Übertragungsnetzbetreibern im sogenannten horizontalen Belastungsausgleich zu etwa gleichen Teilen aufgeteilt und auf die Letztverbraucher umgelegt, indem für jede Kilowattstunde Strom, die ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen an Letztverbraucher liefert, die Zahlung eines Umlagebetrags in Cent je kWh nach dem Satz der EEG-Umlage verlangt wird. Diese EEG Umlage betrug für 2012 3,592 Cent je kWh, für 2013 5,277 Cent je kWh und für 2014 6,240 Cent je kWh. 4

Um die Umlage zu ermöglichen, sind die Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet, ihre Liefermengen an Letztverbraucher mitzuteilen. Zudem müssen sie nach den Bestimmungen des EEG auf die EEG-Umlage im monatlichen Turnus angemessene Abschläge entrichten. 5

Die V GmbH & Co. KG (nachfolgend V) ist ein mit dem Konzern „D“ verbundenes Unternehmen und beliefert die D GmbH & Co. KG, Streitverkündete in diesem Verfahren, mit Strom. Sie, die V, unterhält mit der Beklagten einen Bilanzkreisvertrag vom 05.08./27.09.2011 (Anlage B8) und erhielt im Zuge dessen für den eigenen Bilanzkreis die Kennung 11XMK-Energy---B. Dieser Vertrag dient dazu, die Zuordnung der durch das Leitungssystem übertragenen Gesamtstrommengen an die einzelnen Stromlieferanten zu ermöglichen und so die in Anspruch genommene Netznutzung einem bestimmten Marktakteur zuzuordnen. Eine Mitteilung gem. Ziffer 5.4 des Vertrages über eine Mitbenutzung ihres Bilanzkreises durch andere Händler bzw. Lieferanten erfolgte seitens der V nicht. Auch laufende Mitteilungen über die an die Letztverbraucher gelieferten Energiemengen oder Endabrechnungen für das jeweilige Vorjahr gem. § 49 EEG 2012 bzw. § 74 EEG 2014 übermittelten weder die V noch die Klägerin an die Beklagte. 6

Die Beklagte stellte der Klägerin für die Jahre 2012 und 2013 sowie für die Monate Januar bis Oktober 2014 Abschläge auf die EEG-Umlage in Höhe von insgesamt 21.909.556,11 € in Rechnung. Bzgl. der Einzelheiten wird auf die in Anlage K1 vorgelegten Rechnungen, Bl. 10 ff. d. A., verwiesen. 7

Dieser Zeitraum war Gegenstand der von der Klägerin erhobenen negativen Feststellungsklage auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderungen. Mit ihrer Widerklage begehrt die Beklagte die Entrichtung der EEG-Umlage für die von der Klage umfassten Monate August bis Oktober 2014 sowie zusätzlich für die Monate November und Dezember 2014, insgesamt einen Betrag in Höhe von 3.686.264,65 €. Bzgl. der Einzelheiten wird auf das in Anlage B14 vorgelegte Rechnungskonvolut verwiesen. Sämtliche Rechnungen betreffen Stromlieferungen innerhalb des vorbenannten Bilanzkreises. 8

Unter dem Aktenzeichen #### O ###/### nahm die hiesige Beklagte u. a. die Klägerin zudem vor dem Landgericht Hamburg auf Zahlung der EEG – Umlage für die ebenfalls von der Klage umfassten Monate Januar 2012 bis Juli 2014 in Anspruch. Mit Urteil vom 13.11.2015, Az. #### O ###/###, (zitiert nach juris) verurteilte das Landgericht Hamburg die hiesige Klägerin antragsgemäß zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 19.771.008,97 € nebst Zinsen. 9

Die Klägerin behauptet, sie sei kein Stromanbieter, sondern biete Energiedienstleistungen an und fungiere als Energiecontractor und Facilitymanager. Sie unterhalte gesonderte Lieferverträge mit Anbietern von Primärenergie (Strom, Gas, Öl, Kohle). Diese Primärenergie würde dann von einem Vertragspartner als Erfüllungsgehilfen, der D GmbH & Co. KG, in Nutzenergie umgewandelt. Sie liefere daher keine Elektrizität an Letztverbraucher, sondern stelle diesen lediglich Nutzenergie (Licht, Kraft und Wärme) zur Verfügung. Sie ist daher der Ansicht, dass sie kein Elektrizitätsversorgungsunternehmen i. S. d. § 5 Nr. 13 EEG 2014 (bzw. § 3 Nr. 2 d EEG 2012) und daher nicht zur Zahlung der EEG-Umlage verpflichtet sei. Die gesetzliche Vermutung aus § 60 Abs. 1 S. 3 EEG 2014 greife für sie nicht ein, da sie keinen Bilanzkreis unterhalte. 10

Die Klägerin beanstandet im Übrigen, dass für die Jahre 2012 und 2013 mit Ablauf des 30.09. des jeweiligen Folgejahres Abrechnungsreife eingetreten sei, so dass keine Abschlagszahlungen mehr begehrt werden dürften. Ein Versäumnis nach § 49 EEG 2012 bzw. § 74 EEG 2014 treffe sie bereits nicht, da sie kein Elektrizitätsversorgungsunternehmen sei. Ferner habe sie keine tatsächlichen Verbrauchsmengen mitteilen können, weil die Meldungen der Verteilnetzbetreiber über den Verbrauch der Endkunden zu 70 % auf Schätzungen und nur zu 30 % auf den Angaben der Endkunden über eigene Ablesungen beruhten. Diese Mitteilungen widersprächen schon steuerrechtlich den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Datenerhebung. Im Übrigen beruhten die Schätzungen auf Jahrzehnte alten Grundlagewerten, die den sinkenden Energieverbrauch durch technische Weiterentwicklung der Endgeräte ebenso wenig berücksichtigten wie das geänderte Verbrauchsbewusstsein der Endkunden. Davon abgesehen ist die Klägerin der Ansicht, dass die Beklagte nach Ablauf der Frist aus § 49 EEG 2012 bzw. § 74 EEG 2014, spätestens jedoch nach Eintritt der Abrechnungsreife auf die Erhebung einer Stufenklage zu verweisen sei. 11

Die Klägerin behauptet, dass die V den streitgegenständlichen Strom vollumfänglich aus erneuerbaren Energien aus dem europäischen Ausland bezogen habe. Sie meint, das EEG sei jedoch auf im Ausland produzierten Strom nicht anwendbar, da derartiger Strom nicht Bestandteil des kostentechnischen Umwälzmechanismus des EEG sei. Darüber hinaus erhielten ausländische Anlagenbetreiber im Vergleich zu nationalen Anlagenbetreibern keine Rückvergütung nach dem EEG. Damit würde jedoch ein Aufschlag der EEG-Umlage zu einer faktischen Verteuerung des im ausländischen Binnenmarkt produzierten Stroms führen. Hiermit wäre ein offenkundiger Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 3 Abs. 1, Art. 28 AEUV verbunden. Ferner wäre damit ein Verstoß gegen Art. 30, 34, 35, 107 und 110 AEUV begründet. 12

Schließlich verstoße eine Erhebung der EEG-Umlage gegen Treu und Glauben. Sie habe in Ermangelung einer rechtlichen Befugnis keine Preisaufschläge für die Umwälzung der EEG-Umlage gegenüber ihren Endkunden erhoben. 13

Die Klägerin hat ursprünglich mit der am 04.12.2014 bei Gericht eingegangenen Klage, Bl. 2 ff. d. A., beantragt, 14

festzustellen, dass die Beklagte von der Klägerin Abschlagszahlungen auf die EEG-Umlage in Höhe von 21.909.556,11 € für den Zeitraum Januar 2012 bis Oktober 2014 nicht verlangen kann. 15

Nach Erhebung der Widerklage durch die Beklagte hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 17.04.2015, Bl. 60 d. A., ihre negative Feststellungsklage zunächst für den Monat August 2014 für erledigt erklärt. Nachdem zur Leistungsklage im Parallelverfahren umgekehrten Rubrums vor dem Landgericht Hamburg (Az. #### O ####) bereits mündlich verhandelt wurde, hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 30.10.2015, Bl. 159 ff. d. A., den Rechtsstreit hinsichtlich der mit der Klage begehrten negativen Feststellung vollumfänglich für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung der Klägerin nicht angeschlossen. 16

Die Klägerin beantragt nunmehr, 17

festzustellen, dass sich der Rechtsstreit hinsichtlich der Klage erledigt hat. 18

Die Beklagte beantragt, 19

die Klage abzuweisen. 20

Widerklagend beantragt sie, 21

die Klägerin zu verurteilen, als Gesamtschuldner neben der V GmbH & Co. KG 3.686.264,65 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent 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 an die Beklagte zu zahlen. 22

Die Klägerin beantragt, 23

die Widerklage abzuweisen. 24

Die Beklagte behauptet, sie habe in Ermangelung der geschuldeten Daten den Umfang der Stromlieferung der Klägerin an Letztverbraucher nur anhand der über den Bilanzkreis dargestellten Ausbuchungen an den Entnahmestellen schätzen können und auf Basis der so ermittelten Werte ihre Abrechnungen erstellen müssen. Die Abrechnungen für die Jahre 2012 und 2013 seien daher notgedrungen vorläufig und unter ausdrücklichem Vorbehalt vorgenommen worden. Die darin zugrunde gelegten Strommengen seien aber nicht über den tatsächlichen Umfang der von der Klägerin gelieferten Strommengen hinausgegangen. Sie ist der Auffassung, dass – soweit die Abrechnungen der Höhe nach angezweifelt würden – die Ermittlung des Umfangs der Stromlieferung an Letztverbraucher allein in den Verantwortungsbereich der Klägerin falle. Es sei rechtsmissbräuchlich, wenn die Klägerin einerseits pflichtwidrig die Übermittlung von Daten zu den gelieferten Strommengen verweigere, andererseits aber ungenaue Abschläge beziehungsweise Abrechnungen bemängele. Die Klägerin liefere auch Strom an Letztverbraucher und sei damit als Elektrizitätsversorgungsunternehmen einzustufen. So sei bereits der Umstand, die Grundgebühr und den Arbeitspreis in Cent pro Kilowattstunde zu berechnen, vom äußeren Erscheinungsbild als Stromliefervertrag zu qualifizieren. Ob der Strom im In- oder Ausland erzeugt würde, sei unerheblich, da die Umlage auch anfele, wenn der Letztverbraucher Strom direkt aus dem Ausland beziehe. Im Übrigen sei das EEG auch mit Europarecht vereinbar. 25

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 26

Entscheidungsgründe 27

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Die Widerklage ist zulässig und vollumfänglich begründet. 28

A. 29

Der Antrag auf Feststellung, dass sich die Klage in der Hauptsache erledigt hat, ist zulässig, aber unbegründet. Da sich die Beklagte der Erledigungserklärung der Klägerin nicht angeschlossen hat, war diese als einseitige Erledigungserklärung zu bewerten, die als Feststellungsantrag dahingehend zu verstehen ist, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt hat. Dementsprechend hat die Klägerin ihren Klageantrag ausweislich des Protokolls vom 12.11.2015, Bl. 198 d. A., auch in nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässiger Weise umgestellt. Eine solche Feststellungsklage ist jedoch nur dann begründet, wenn der ursprüngliche Klageantrag zulässig und begründet war und durch ein Ereignis nach Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet wurde. 30

I. 31

Hieran fehlt es, da die ursprüngliche negative Feststellungsklage von vorne herein jedenfalls unbegründet war. Denn der Beklagten stand – entgegen der Auffassung der Klägerin – für den Zeitraum von Januar 2012 bis Oktober 2014 gem. § 37 Abs. 2 EEG 2012 bzw. § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 ein Anspruch auf Zahlung der EEG-Umlage in Höhe von insgesamt 21.909.556,11 € gegen die Klägerin zu. Nach diesen Vorschriften können die Übertragungsnetzbetreiber von Elektrizitäts-versorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucher liefern, die entsprechende EEG-Umlage verlangen. Dabei findet für den Zeitraum bis Juli 2014 einschließlich das EEG 2012, ab August 2014 das EEG 2014 Anwendung. Die Kammer teilt die Rechtsauffassung des Landgerichts Hamburg, die im Verfahren umgekehrten Rubrums (#### O ###/###) der Leistungsklage gegen die Klägerin für die Monate Januar 2012 bis Juli 2014 stattgegeben hat. 32

1. 33

Als regelverantwortliche überregionale Netzbetreiberin von Hoch- und Höchstspannungsnetzen, die zur überregionalen Übertragung von Elektrizität in nachgeordnete Netze dienen, ist die Beklagte unstreitig Übertragungsnetzbetreiberin im Sinne von § 37 Abs. 2 EEG 2012 sowie § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014. 34

Die Klägerin ist ihrerseits ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen i. S. v. § 3 Nr. 2 d EEG 2012 bzw. § 5 Nr. 13 EEG 2014. Danach ist dies jede natürliche oder juristische Person, die Elektrizität an Letztverbraucherinnen oder Letztverbraucher liefert. Zwar ist der Begriff des Letztverbrauchers weder im EEG 2012 noch im EEG 2014 selbst definiert; wegen der gebotenen Einheitlichkeit der Begriffsverwendung im Energierecht kann jedoch auf die Bestimmung in § 3 Nr. 25 EnwG zurückgegriffen werden (OLG Hamm, Urteil vom 28.09.2010 -19 U 30/10 mwN; OLG Frankfurt, Beschluss vom 13.03.2012 – 21 U 41/11; BGH, Urteil vom 09.12.2009 – VIII ZR 35/09). Nach dieser Legaldefinition sind Letztverbraucher diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen. Die von der Klägerin als Endverbraucher bezeichneten Kunden sind Haushaltskunden i. S. v. § 3 Nr. 22 EnwG, Privathaushalte oder kleine Gewerbetreibende, und somit Letztverbraucher im Sinne des EEG. 35

Entgegen der Bezeichnung in Ziffer 1.1 der Geschäftsbedingungen der Klägerin (Anlage K2, Bl. 22 ff. d. A.), wonach die Klägerin die Kunden mit „Licht, Kraft, Wärme und Kälte, nachfolgend insgesamt als Nutzenergie bezeichnet“ versorge, ist die Kammer davon überzeugt, dass die Klägerin den Letztverbrauchern vielmehr elektrische Energie zur Verfügung stellt. Dies ergibt sich zum einen aus dem erkennbaren Willen der Kunden der Klägerin, welcher darauf gerichtet ist, eine Energieform zu erhalten, die es ihnen ermöglicht, alle sich in ihrem Haushalt befindlichen elektronischen Endgeräte zu betreiben. Das von der Klägerin in ihren Geschäftsbedingungen niedergelegte „Energieprofil“ genügt diesen Anforderungen jedoch nicht. So werden alle täglich verwendeten Formen der Datenerfassung, Datenverarbeitung und Datenübertragung von den genannten vier Kategorien überhaupt nicht erfasst - die Rechenleistung eines PC ebenso wenig wie der Betrieb eines Fernsehers oder Telefons, die Steuerung einer Heizung oder Alarmanlage oder auch nur die Verwendung eines Ladegeräts für akkubetriebene Endgeräte. Eine solche Nutzung kann nur mit elektrischer Energie realisiert werden (vgl. LG Hamburg, Urteil vom 13. November 2015 – 304 O 20/15, Rn.37, zitiert nach juris). Auch das Hanseatische Oberlandesgericht hat in dem als Anlage B1 vorgelegten Urteil vom 12.08.2014, Az. 9 U 119/13, in aller Deutlichkeit entschieden, dass Strom und nicht Nutzenergie geliefert wird. 36

Zum anderen wird auch die tatsächliche wie faktische Herrschaft über die im Haushalt befindlichen Endgeräte allein durch die Kunden der Klägerin ausgeübt, denn diese allein verfügen über die Nutzung und Steuerung derselben. Insofern geht die vertraglich zu Gunsten der Klägerin vorgesehene sogenannte „Beistellung“ in Ziffer 1.3 der Geschäftsbedingungen, wonach die Anlagen zur Erzeugung der Nutzenergie der Klägerin vom Kunden zur Verfügung gestellt werden sollen, an der Lebensrealität vorbei. Es sind allein die Kunden der Klägerin, die beispielsweise darüber entscheiden, ob sie ein neues Endgerät anschaffen. 37

Darüber hinaus wären die auf Umwandlung von Strom in bzw. Lieferung von Nutzenergie abzielenden Klauseln in den allgemeinen Geschäftsbedingungen auch gemäß § 305 c Abs. 1 BGB nicht wirksam in das Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und der Klägerin einbezogen, weil die diesbezüglichen Bestimmungen nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner, hier der Kunde der Klägerin, mit ihnen nicht zu rechnen braucht. Insofern schließt sich die Kammer der detailliert dargelegten Rechtsauffassung des Hanseatischen Oberlandesgerichts im als Anlage B1 vorgelegten Urteil vom 12.08.2014, Az. 9 U 119/13, an. Auch die nach Ziffer 4 der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin vorgesehene Abrechnung, die je nach Leistungspaket unterschiedlich hoch ausfällt, bemisst sich aber in allen Fällen nach einem Preis in Cent pro kWh. Dies entspricht typischerweise dem Erscheinungsbild eines Stromlieferungsvertrages. 38

Darüber hinaus ist der zwischen der Klägerin und der D GmbH & Co. KG bestehende Vertrag, nach dem Letztere verpflichtet ist, den von der Beklagten gelieferten Strom in Nutzenergie umzuwandeln und die Klägerin hiermit zu versorgen, als Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 BGB unwirksam. Diese vertraglichen Pflichten wurden vorliegend einvernehmlich nur zum Schein übernommen. Sie sind ersichtlich darauf ausgelegt, die D GmbH & Co. KG allein deshalb zur Erfüllungsgehilfin der Klägerin zu machen, um den 39

Schein zu erwecken, dass die Klägerin nicht Stromlieferantin für die Kunden als Letztverbraucher sei. Tatsächlich führt die D GmbH & Co. KG jedoch keine Tätigkeiten aus, die zu einer Umwandlung des Stroms in Nutzenergie führen würden. Auch insofern schließt sich die Kammer der Rechtsauffassung des hanseatischen Oberlandesgerichtes in dem oben genannten Urteil an.

Der Überzeugung der Kammer, dass die Klägerin Strom an Letztverbraucher liefert, steht für die Monate August bis einschließlich Oktober 2014 auch nicht die Vermutungsregel aus § 60 Abs. 1 S. 2 EEG 2014 entgegen. Danach wird widerleglich vermutet, dass Energiemengen, die aus einem beim Übertragungsnetzbetreiber geführten Bilanzkreis an physikalische Entnahmestellen abgegeben werden und für die keine bilanzkreisscharfe Meldung eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens nach § 74 EEG 2014 vorliegt, von dem Inhaber des betreffenden Bilanzkreises an Letztverbraucher geliefert wurden. Zwar handelt es sich vorliegend um Strommengen aus dem Bilanzkreis der V, die Klägerin räumt jedoch selbst ein, dass die streitgegenständlichen Strommengen von der V an sie geliefert wurden. Die Vermutung ist damit widerlegt. 40

2. 41

Der Anwendungsbereich des EEG 2012 bzw. 2014 ist trotz der behaupteten Herkunft des streitgegenständlichen Stroms aus dem europäischen Ausland auch eröffnet. 42

Soweit sich § 2 Nr. 1 EEG 2012 bzw. ab dem 01.08.2014 § 4 EEG 2014 auf im Inland produzierte erneuerbare Energien beziehen, ist diese Begrenzung nur dahingehend zu verstehen, dass Strom, der in anderen Ländern erzeugt wird, von der Subventionierung ausgeschlossen ist (Salje EEG Kommentar, 7. Auflage 2015, § 2 Rz. 42). Ein Verstoß gegen das Beihilfeverbot aus Art. 107 AEUV ergibt sich hieraus im Übrigen nicht. Ziel der Richtlinie 2009/28 EG war es gerade, durch nationale Instrumentarien die Gewinnung erneuerbarer Energien zu fördern. Die Richtlinie und auch das deutsche Modell zur Umsetzung der Richtlinie wurden vom EuGH in der Ålands Vindkraft Entscheidung ausdrücklich gebilligt und eine Ungleichbehandlung verneint (EuGH, C-573/12, Urteil vom 01. Juli 2014). 43

Die oben benannten Vorschriften beinhalten indes nicht die Aussage, dass bei einem Stromimport aus dem Ausland eine Belastung in Form der EEG-Umlage nicht anfällt. Diese Frage richtet sich vielmehr nach § 37 Abs. 2 EEG 2012 bzw. § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014. Beide Anspruchsnormen knüpfen jedoch allein an die Lieferung von Strom an Letztverbraucher an. Um die Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage auszulösen, muss daher nur die letzte Stufe der jeweiligen Lieferkette zum Letztverbraucher innerhalb des Geltungsbereichs der deutschen Rechtsordnung erfolgt sein. Eine Einschränkung der Anwendbarkeit hinsichtlich der Herkunft der jeweiligen Strommengen sehen die oben genannten Anspruchsnormen demgegenüber nicht vor. Dies entspricht auch der gesetzlichen Konzeption des EEG. Denn andernfalls entstünde die Gefahr, dass die Abgabepflicht durch den Import von Ökostrom aus dem Ausland umgangen werden könnte. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der mit der EEG-Umlage bezweckte Belastungsausgleich für die an deutsche „Ökostromerzeuger“ gewährte Einspeisevergütungen aber solidarisch von den Letztverbrauchern aufgewandt werden. Zwar kann es vorkommen, dass sich unter den jeweiligen Stromlieferungen Teilmengen aus nicht gefördertem Importstrom befinden, andererseits jedoch subventionierter Ökostrom ins Ausland exportiert wird, ohne dass sich ausländische Stromabnehmer an der Umlage beteiligen. Dies ist allerdings im Interesse der Allgemeinheit an der Förderung erneuerbarer Energien hinzunehmen. 44

Im Übrigen können Übertragungsnetzbetreiber bei Umgehung eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens beispielweise bei Direktimport des Stroms aus dem Ausland die Letztverbraucher gemäß § 37 Abs. 3 EEG 2012 beziehungsweise § 61 Abs. 1 EEG 2014 direkt in Anspruch nehmen, wenn der Strom durch ihr Netz geleitet wird. Gilt dies jedoch für einen Direktimport, muss es erst recht gelten, wenn ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen dazwischengeschaltet ist und dieses den Strom aus dem Ausland bezieht. 45

3. 46

Entgegen der Auffassung der Klägerin verstoßen die Regelungen aus § 37 Abs. 2 EEG 2012 und damit auch nach § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 nicht gegen deutsches Verfassungsrecht. Der Vorwurf, die Umlage stelle eine Sonderabgabe, eine Steuer, dar und die Situation stelle sich ähnlich wie bei dem „Kohlepfennig“ dar, ist nicht neu. Der Vorwurf wurde durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 25.06.2014 – VIII ZR 169/13 zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat dargelegt, dass die Umlage keine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion darstellt, weil es an einer Aufkommenswirkung für die öffentliche Hand fehlt. Auf die zuvor genannte Entscheidung wird verwiesen. Die von den damaligen Klägern angestrebte Verfassungsbeschwerde wurde seitens des Bundesverfassungsgerichts nicht angenommen. Eine Veranlassung, im vorliegenden Verfahren ein Normenkontrollverfahren nach Art. 100 GG einzuleiten besteht nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat offensichtlich einen Verstoß gegen Verfassungsrecht nicht gesehen. 47

4. 48

Entgegen der Auffassung der Klägerin verstoßen die Regelungen aus § 37 Abs. 2 EEG 2012 bzw. § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 auch nicht gegen europarechtliche Vorgaben. Eine Verletzung der freien Warenverkehrsfreiheit durch die Anwendung der EEG-Umlage auf Importstrom sieht die Kammer nicht. Es gelten insofern für den Absatz von Strommengen aus dem Ausland keine ungünstigeren Bedingungen als für jene, die im Inland erzeugt werden. Die EEG-Umlage erfasst alle Versorgungsunternehmen, die Letztverbraucher beliefern, gleichermaßen unabhängig vom Herkunftsland des Stroms, so dass eine Ungleichbehandlung zwischen Importstrom und nationalem Strom gerade nicht festgestellt werden kann. Da im Ergebnis auf der letzten Stufe der Lieferkette sogar eine Gleichbehandlung von Ökostrom unterschiedlicher Herkunft erfolgt, sind unter diesem Gesichtspunkt auch die behaupteten Verstöße gegen Art. 30, 34, 35, und 110 AEUV widerlegt. Selbst wenn man eine potentielle Handelsbeeinträchtigung und damit Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit sehen würde, hat diese der Europäische Gerichtshof in der bereits angeführten Åland Vindkraft Entscheidung gebilligt, weil es keine unionsweite Harmonisierung der Förderung erneuerbarer Energien gibt, die Förderung aber als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist. 49

Für das von der Klägerin insoweit angeregte Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV besteht keine Veranlassung; es musste im Übrigen nicht zwingend durchgeführt werden, weil die erkennende Kammer nicht in letzter Instanz entscheidet. 50

5. 51

Die Einwendungen der Klägerin gegen die Abschlagszahlungen und zur Abrechnungsreife der EEG-Umlage sind der Klägerin aufgrund ihres treuwidrigen Verhaltens gemäß § 242 BGB verwehrt. Zwar sieht die Kammer die in Anlage K1 vorgelegten Jahresabrechnungen 2012 und 2013 nicht als Endabrechnungen i. S. v. § 48 Abs. 2 EEG 2012 bzw. § 73 Abs. 2 EEG 2014 an, weil sie letztlich nicht auf endgültig festgestellten Liefermengen beruhen. Nach Auffassung der Kammer stellt die Berufung der Klägerin auf diesen Umstand jedoch eine unzulässige Rechtsausübung dar. Denn sie muss sich entgegenhalten lassen, dass sie ihren Mitwirkungspflichten nicht genügt und die notwendigen Daten der Beklagten nicht mitgeteilt hat. Die Klägerin war als Elektrizitätsversorgungsunternehmen ihrerseits der Beklagten als Übertragungsnetzbetreiber zur Mitwirkung dergestalt verpflichtet, dass sie gem. § 49 EEG 2012 bzw. § 74 EEG 2014 unverzüglich die an die Letztverbraucher gelieferte Energiemenge elektronisch hätte mitteilen und bis 31. Mai die Endabrechnung für das Vorjahr hätte vorlegen müssen. Dieser Verpflichtung ist die Klägerin vorliegend nicht nachgekommen, so dass es der Beklagten unmöglich war, die EEG-Umlage für die Jahre 2012 bis 2013 ordnungsgemäß abzurechnen. Gleiches gilt für die monatlichen Abrechnungen für das Jahr 2014. Auch insoweit sind Mitteilungen der Klägerin zu den gelieferten Strommengen nicht erfolgt. Die Kammer hatte die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 12.11.2015 auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass vor dem Hintergrund der vorbenannten Mitwirkungspflichten das Bestreiten der Strommengen nicht erheblich ist. Die Klägerin hat jedoch auch innerhalb der hierzu nachgelassenen Schriftsatzfrist zu den streitgegenständlichen Strommengen nicht weiter vorgetragen. 52

Auch der Einwand der Klägerin, man habe die Energiemengen nicht mitteilen können, da die an die Endkunden gelieferten Energiemengen nur zu ca. 30 % auf von den Endkunden abgelesenen Zählerständen und zu rund 70 % auf unpräzisen Schätzungen des jeweiligen Verteilernetzbetreibers beruhten, greift ebenfalls nicht durch. Die Klägerin hätte insoweit ohne Weiteres der Beklagten die Energiemengen mitteilen können, die sie ihrerseits gegenüber ihren Kunden abgerechnet und diesen in Rechnung gestellt hat. Im Übrigen hätte es ihr freigestanden, den Anteil der Zählerablesungen durch Fremddablesungen zu erhöhen. Desweiteren erscheinen die Schätzungen der Beklagten auch angemessen. Die Zugrundelegung der Energiemengen, die über den Bilanzkreis der V erfasst wurden, gewährleistet, dass maximal die von der D-Gruppe bezogenen Energiemengen berücksichtigt wurden. Der von der Beklagten in Ansatz gebrachte Umlagesatz wurde von der Klägerin nicht in Abrede gestellt. Auch die Berufung auf § 3 Abs. 6 AusglMechV ist mit Blick auf die pflichtwidrig unterlassene Mitwirkung der Klägerin unter Berücksichtigung von § 242 BGB unbeachtlich. 53

Die Beklagte war nach Auffassung der Kammer auch nicht verpflichtet, die Klägerin zunächst im Wege der Stufenklage auf Auskunft hinsichtlich der streitgegenständlichen Liefermengen in Anspruch zu nehmen. Vielmehr blieb es ihr unbenommen, anhand der Energiemengen, die über den Bilanzkreis der V erfasst wurde, die EEG-Umlage betragsmäßig zu beziffern. Sie wäre lediglich ggfs. Gefahr gelaufen, mit ihrer Klage teilweise zu unterliegen, wenn sich die Liefermengen im Verfahren als unzutreffend erwiesen hätten. 54

6. 55

Schließlich ist die Erhebung der EEG-Umlage für die Klägerin auch nicht treuwidrig. Sie kann sich nicht darauf berufen, dass sie im Vertrauen darauf, keine Letztverbraucher beliefern zu haben und deshalb nicht zur Entrichtung der Umlage verpflichtet zu sein, ihrerseits die Umlage gegenüber ihren Kunden nicht berechnet habe. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Klägerin selbst unter Bezugnahme auf die EEG-Umlage ihre Preise gegenüber ihren Kunden erhöht hat, sodass ein solches Vertrauen schon gar nicht festgestellt werden 56

kann. Auch ein Vertrauen darauf, dass die Klägerin nicht als Letztverbraucherin anzusehen sei, ist bereits vor dem Hintergrund der Einordnung der Geschäftsidee als Scheingeschäft (s. o.) nicht schutzwürdig.

Im Ergebnis bestand daher für die Monate Januar 2012 bis Oktober 2014 ein Anspruch der Beklagten in Höhe von 21.909.556,11 €, so dass die ursprüngliche negative Feststellungsklage der Klägerin unbegründet war. 57

Die Klage unterlag daher der Abweisung. 58

II. 59

Auf die Widerklage steht der Beklagten gegen die Klägerin ein Anspruch auf Zahlung der EEG-Umlage für die Monate August bis Dezember 2014 in Höhe von 3.686.264,65 € gem. § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 zu. 60

1. 61

Die Anspruchsvoraussetzungen des § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 sind erfüllt. Die Beklagte ist Übertragungsnetzbetreiber, die Klägerin Elektrizitätsversorgungs-unternehmen, welches Strom und nicht Nutzenergie an Letztverbraucher liefert. 62

Der Anwendungsbereich des EEG 2014 ist vorliegend auch eröffnet, selbst wenn es sich um Importstrom handeln sollte. Die Vorschrift aus § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 verstößt auch nicht gegen Europarecht. 63

Die Einwendungen gegen die Abschlagszahlungen und zur Abrechnungsreife der in Anlage B14 vorgelegten Rechnungen für den Zeitraum von August bis Dezember 2014 greifen ebenfalls nicht durch, da die Klägerin ihrer Mitwirkung aus § 74 EEG 2014 pflichtwidrig nicht nachgekommen ist. Die abgerechneten Abschlagszahlungen sind auch nicht unangemessen. 64

Schließlich kann sich die Klägerin nicht auf einen Vertrauenstatbestand berufen. 65

Wegen der Einzelheiten wird auf die vorhergehenden Ausführungen zur Klage verwiesen. 66

Einer Beurteilung, ob die Klägerin neben der V gesamtschuldnerisch haftet, bedurfte es in diesem Verfahren nicht. Denn die hiesige Widerklage war lediglich gegen die Klägerin selbst gerichtet. Es ist daher in dem bislang noch nicht entscheidungsreifen Verfahren Landgericht Dortmund, Az. # O ####/###, zu prüfen, ob neben der hiesigen Klägerin die V als Gesamtschuldnerin haftet. Ein solcher Ausspruch wäre daher erst im Tenor einer dortigen Entscheidung zu treffen. 67

2. 68

Der Zinsanspruch rechtfertigt sich aus § 60 Abs. 4 EEG 2014 in Verbindung mit § 352 Abs. 2 HGB. Die Rechnungen für die Monate August und September 2014 waren bis 30.10.2014 zahlbar. Die Rechnung für den Monat Oktober 2014 war zahlbar bis 17.11.2014, die Rechnung für November 2014 bis 15.12.2014 und die Rechnung für Dezember 2014 bis 15.01.2014. Insoweit waren die Zinsen im tenorierten Umfang zuzusprechen. 69

B. 70

Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 04.02.2016, Bl. 236 ff. d. A., zur Unvereinbarkeit des EEG mit verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Grundsätzen ergänzend vorträgt und hierzu ein Privatgutachten des Herrn Prof. Dr. T vorlegt, bestand keine Veranlassung die mündliche Verhandlung gem. § 156 ZPO wiederzueröffnen. Sowohl die Frage der Verfassungsmäßigkeit des EEG als auch die Frage der Vereinbarkeit des Gesetzes mit europarechtlichen Vorgaben waren seitens der Kammer von Amts wegen zu berücksichtigen. Insbesondere die Frage der Vereinbarkeit des EEG's mit europarechtlichen Vorgaben wurde seit der Replik vom 17.04.2015 unter den Parteien diskutiert. 71

C. 72

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 S. 2 ZPO. 73

