



## Landgericht Duisburg, 7 O 107/19

**Datum:** 22.01.2021  
**Gericht:** Landgericht Duisburg  
**Spruchkörper:** 7. Zivilkammer  
**Entscheidungsart:** Teilurteil  
**Aktenzeichen:** 7 O 107/19  
**ECLI:** ECLI:DE:LGDU:2021:0122.7O107.19.00

**Tenor:** Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, welche Strommengen (Angabe in Kilowattstunden) pro Kalenderjahr die D GmbH & Co. OHG, ##### M2 in der Zeit vom 1. März 2014 bis 31. Dezember 2018 aus dem Kraftwerk I, F-Strasse, ##### E2, EEG-Anlagenschlüssel: ##### bzw. #####, bezogen hat.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, 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 D GmbH & Co. OHG bestätigt wird.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Das Urteil ist für die Klägerin vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,00 EUR.

<b>Tatbestand</b>	1
Die Klägerin als Übertragungsnetzbetreiberin nimmt die Beklagte im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Testierung der von der D GmbH & Co. OHG (im Folgenden: Streitverkündete) aus dem Kraftwerk der Beklagten bezogenen Strommengen für die Zeit vom 1. März 2014 bis zum 31. Dezember 2018 in Anspruch. Auf der zweiten Stufe begehrt die Klägerin die Zahlung der entsprechenden EEG-Umlage.	2
Die Klägerin ist eine von vier Übertragungsnetzbetreiberinnen, die in Deutschland	3

das Hoch- und Höchstspannungsnetz betreiben. Sie ist als Treuhänderin vom Gesetzgeber mit der Abwicklung des bundesweiten Mechanismus nach dem EEG betraut. Insbesondere ist sie gesetzlich verpflichtet, den nach dem EEG vergüteten Strom zu vermarkten sowie die von allen Letztverbrauchern und Eigenversorgern zu zahlende sog. EEG-Umlage gemäß den gesetzlichen Vorgaben zu ermitteln, festzulegen, zu veröffentlichen und zu vereinnahmen. Ihr Netzgebiet umfasst auch den von der Beklagten in E2-I betriebenen Produktionsstandort. Das Werknetz der Beklagten ist unmittelbar an das Übertragungsnetz der Klägerin anschließen, so dass die Klägerin den Netzanschluss der Beklagten selbst abrechnet.

Die Beklagte betreibt in E2-I ein integriertes Kuppel-/Hüttenwerk (im Folgenden: Kraftwerk), das sich auf die Produktion von Stahl und Vorprodukten für die verarbeitende Industrie spezialisiert hat. Die Streitverkündete ist Betreiberin des sog. D2, einem der größten Chemieparks in Europa an den Standorten M2, E3 und L. Die Entfernung zwischen dem Werkzaun des Betriebsgeländes der Beklagten und dem D2-Standort L der Streitverkündeten beträgt 2,3 km; zwischen dem Kraftwerk E2-I und dem D2-Standort V besteht eine Entfernung von 3 km. Die Standorte M2 und E3 sind 44 km und 32 km (Luftlinie) vom Kraftwerk in E2-I entfernt. 4

Die Beklagte ist seit dem 1. Januar 2014 Eigentümerin des Kraftwerks. Zuvor stand das Kraftwerk im Eigentum einer Schwestergesellschaft der Klägerin, die im Jahr 2003 mit der Beklagten eine Lohnverstromungsvereinbarung getroffen hatte. Das in den Jahren ##### errichtete Kraftwerk besteht aus zwei gasbefeuelten Blöcken mit jeweils 300 MW elektrischer Leistung und arbeitet im Verbund mit dem Hüttenwerk. Als Brennstoff wird Kuppelgas aus der Hochofenstahlerzeugung eingesetzt. Das Kuppelgas entsteht als Abfallprodukt der Produktion im Hüttenwerk. Soweit die Beklagte den im Kraftwerk erzeugten Strom nicht für die Eigenversorgung nutzt, hat sie die Leistung des Kraftwerks im Wege sog. Scheibenpachtmodelle an insgesamt sechs Scheibenpächter, darunter die Streitverkündete, verpachtet. 5

Die Beklagte und die Streitverkündete schlossen am 28. Februar 2014 zwei sog. Kraftwerkscheiben-Pachtverträge mit Wirkung zum 1. März 2014 über eine Kapazität von 60 bzw. 90 MW (Anlagen B3 und B4). Ergänzt werden die Pachtverträge durch zwei sog. Betriebsführungsverträge, durch welche die Streitverkündete die Beklagte mit der technisch-operativen Betriebsführung beauftragt (Anlagen B5 und B6). Darüber hinaus wurden zwei Hüttengaslieferungsverträge geschlossen, auf deren Grundlage die Beklagte der Streitverkündeten das zur Bewirtschaftung der von der Streitverkündeten gepachteten Leistungsscheiben erforderliche Hüttengas bereitstellt (Anlage B7 und B8). Wegen der Einzelheiten der vertraglichen Regelungen zwischen der Beklagten und der Streitverkündeten wird auf die Anlagen B3 bis B8 Bezug genommen. 6

Die Streitverkündete nutzt 20 MW für ihren eigenen Verbrauch, während sie 130 MW an Dritte weiter verpachtet. 7

Am 1. Januar 2017 trat das EEG 2017 in Kraft, welches eine Meldepflicht auch für Eigenversorger und Scheibenpachtsachverhalte einfuhrte. Daraufhin erklärte die Beklagte in einem Schreiben an die Klägerin vom 31. Mai 2017, dass die 8

Streitverkündete aus ihrer Sicht eine Eigenversorgung betreibe. Sie übermittelte der Klägerin unter anderem im eigenen Namen die Formulare „Angaben von Elektrizitätsversorgungsunternehmen, welche sich auf das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 104 Abs. 4 EEG 2017 berufen wollen“ und „Angaben von Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach § 74 EEG 2017 ggf. i.V.m. § 61d EEG 2017“ sowie im eigenen Namen und im Namen der Streitverkündeten die Formulare „Angaben Letztverbraucher und Eigenversorger nach § 74a EEG ggf. i.V.m. 61f oder 104 Abs. 6 EEG“. Ebenso übersandte sie die Pacht-, Betriebsführungs- und Hüttengaslieferungsverträge.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2018 (Anlage B9) teilte sodann eine von der Klägerin mandatierte externe Rechtsanwaltskanzlei der Beklagten mit, dass sie damit beauftragt sei, eine etwaige Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der EEG-Umlage zu prüfen. Sie bat darum, gegebenenfalls weitere Unterlagen vorzulegen und bis zum 21. Dezember 2018 eine anliegende Verjährungsverzichtserklärung zu unterschreiben. Noch unter dem 18. Dezember 2018 unterzeichnete die Beklagte die Verjährungsverzichtsvereinbarung bis zum 31. Dezember 2019 (Anlage K 10). 9

Mit Schreiben vom 21. August 2019 und 9. September 2019 bat die Klägerin die Beklagte sodann erfolglos um Übermittlung der an die Streitverkündeten gelieferten Strommengen. Zudem teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 12. September 2019 mit, dass aus ihrer Sicht hinsichtlich des durch die Streitverkündete bezogenen Stroms weder eine umlagebefreite Eigenerzeugung/-versorgung vorliege, noch die Beklagte sich wirksam auf das Leistungsverweigerungsrecht nach § 104 Abs. 4 EEG 2017 berufen könne (Anlage K11). Sie forderte die Beklagte auf, ihr bis zum 24. September 2019 die nach den §§ 74, 74a EEG 2017 erforderlichen Daten, insbesondere die im Zeitraum vom 1. März 2014 bis zum 31. Dezember 2018 umlagepflichtigen Strommengen, zu benennen und kündigte an, die entsprechenden Zahlungsansprüche samt Zinsen geltend machen zu wollen. Mit Schreiben vom 24. September 2019 teilte die Beklagte der Klägerin daraufhin mit, dass ihr keine Informationen über die Nutzung der Leistung des Kraftwerks durch die Streitverkündete und in Bezug auf die aus dem Kraftwerk seitens der Streitverkündeten bezogenen Strommengen vorlägen (Anlage K8). 10

Die Generatoren des Kraftwerks wurden im streitgegenständlichen Zeitraum weder ausgetauscht noch wurden ihnen ein oder mehrere Generatoren hinzugefügt. Auch die sich als Summe der zwei Kraftwerksblöcke ergebende installierte Gesamt-Kraftwerksleistung blieb unverändert. 11

Die Höhe der EEG-Umlage betrug: 12

- 6,24 Cent/KWh für das Kalenderjahr 2014, 13
- 6,17 Cent/KWh für das Kalenderjahr 2015, 14
- 6,354 Cent/KWh für das Kalenderjahr 2016, 15
- 6,88 Cent/KWh für das Kalenderjahr 2017, 16

17

- 6,792 Cent/KWh für das Kalenderjahr 2018.

Bereits unter dem 1. März 2005 hatte die Klägerin ein Schreiben an die S AG – mit der die Beklagte einen Vertrag über eine energiewirtschaftliche Zusammenarbeit geschlossen hatte – übersandt, in dem sie darauf hinwies, zunächst feststellen zu müssen, ob die Elektrizitätsversorgung der Beklagten EEG-pflichtig sei (Anlage B11). Die entsprechenden Informationen einschließlich eines Gutachtens (Anlage B13) wurden der Klägerin mit Schreiben vom 18. März 2005 (Anlage B12) zur Verfügung stellt. Anschließend sah die Klägerin davon ab, von der Beklagten oder der S die EEG-Umlage zu fordern. 18

Nach dem vollzogenen Eigentümerwechsel zum Jahreswechsel ##### kam es zu 19 Gesprächen zwischen der Klägerin und der Beklagten - wobei streitig ist, ob eine Unterredung der Beklagten mit der kaufmännischen Abteilung oder dem Kundenbetreuer der Klägerin stattgefunden hat - in dessen Verlauf die Umlagefreiheit nicht grundsätzlich verneint worden ist. Die Verträge zwischen der Beklagten und der Streitverkündeten wurden der Klägerin, die diese auch nicht verlangte, zunächst jedenfalls nicht übermittelt.

Die Klägerin behauptet, ihr sei im Mai 2017 bekannt geworden, dass in der 20 Vergangenheit diverse Letztverbraucher Nutzungsverträge sowie damit verbundene Betriebsführungsverträge mit Kraftwerksinhabern geschlossen hätten, auf deren Grundlage sie Anteile an der Stromerzeugungskapazität des Kraftwerks nutzten (pachteten) und sodann Strom aus der kontrahierten Erzeugungsanlage bezogen hätten und zum überwiegenden Teil bis heute bezögen. Daraufhin habe sie auch das Modell der Beklagten untersuchen lassen.

Die Klägerin meint, die Beklagte habe der Streitverkündeten als Letztverbraucherin 21 im streitgegenständlichen Zeitraum Strom geliefert und deshalb sei sie EEG-umlagepflichtig. Eine Eigenerzeugung/-versorgung durch die Streitverkündete liege nicht vor. Da die Streitverkündete lediglich einen Anteil an der gesamten Erzeugungskapazität des Kraftwerks gepachtete habe, fehle ihr die uneingeschränkte tatsächliche Sachherrschaft sowie die eigenständige Bestimmungsweise des Kraftwerkes. Die Klägerin ist ferner der Ansicht, dass die Streitverkündete aufgrund des Kündigungsrechts nicht ausreichend lange an die Nutzung der Kraftwerksscheibe gebunden sei und daher auch nicht das wirtschaftliche Risiko der Stromerzeugung trage.

Die Klägerin beantragt auf der ersten Stufe mit der am 30. Dezember 2019 am 22 Landgericht Duisburg eingegangenen und der Beklagten am 13. Januar 2020 zugestellten Klage,

1) ihr Auskunft darüber zu erteilen, welche Strommengen (Angabe in 23 Kilowattstunden) pro Kalenderjahr die D GmbH & Co. OHG, ##### M2 in der Zeit vom 1. März 2014 bis 31. Dezember 2018 aus dem Kraftwerk I, F-Strasse, ##### E2, EEG-Anlagenschlüssel: ##### bzw. #####, bezogen hat;

2) ihr den Prüfbericht eines Wirtschaftsprüfers, einer 24 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 D GmbH & Co. OHG bestätigt wird.

Die Beklagte beantragt, 25

die Klage abzuweisen. 26

Widerklagend beantragt die Beklagte im Wege der Zwischenfeststellungsklage, 27

festzustellen, dass die Klägerin nicht berechtigt ist, von der Beklagten gemäß § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 die Zahlung der EEG-Umlage zu verlangen. 28

Die Klägerin beantragt, 29

die Zwischenfeststellungswiderklage abzuweisen. 30

Die Beklagte behauptet, die Klägerin sei schon im Jahr 2003 über die Eigenerzeugung in dem Kraftwerk E2-I informiert gewesen, da die Beklagte zu diesem Zeitpunkt mit dem seinerzeitigem Betreiber eine Lohnverstromungsvereinbarung geschlossen habe. Zudem verbrauche die Streitverkündete den Strom aus dem Kraftwerk E2-I an dem Standort L. 31

Die Beklagte meint, die Streitverkündete betreibe eine EEG-umlagebefreite Eigenerzeugung, jedenfalls habe sie eine betreiberähnliche Stellung inne, so dass sie – die Beklagte – sich zu Recht auf das Leistungsverweigerungsrecht nach § 104 Abs. 4 EEG 2017 berufen habe. Dies resultiere daraus, dass die Streitverkündete nach den vertraglichen Regelungen die mit der Stromerzeugung verbundenen Risiken, insbesondere das Preis- und Beschaffungsrisiko der Primärenergien sowie das Brennstoffqualitätsrisiko, das Risiko vollständiger oder teilweiser Nichtverfügbarkeit, das Besicherungsrisiko, das Vermarktungsrisiko sowie auch die Herstellungskosten trage. Die Beklagte sei zwar zur operativen Betriebsführung beauftragt, sie erhalte – was unstreitig ist – von der Streitverkündeten aber ein Betriebsentgelt und dies schließe auch die mit dem Anlagenbetrieb verbundenen Wartungs- und Instandhaltungs- sowie Versicherungskosten ein. 32

Weiter ist die Beklagte der Ansicht, die Klägerin hätte – da ihr die Strommengen, die die Beklagte vor Erwerb des Kraftwerkes zum Eigenbedarf genutzt habe, bekannt gewesen seien – bereits kurz nach dem Erwerb des Kraftwerkes durch die Beklagte Nachforschungen bzgl. einer etwaigen EEG-Umlagepflicht anstellen müssen. Da sie dies nicht getan habe, habe sie – die Beklagte – darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin auch zukünftig keine Ansprüche aus dem EEG gegen sie geltend machen werde. Etwaige Ansprüche der Klägerin seien verwirkt oder zumindest stelle diesen Geltendmachung eine unzulässige Rechtsausübung dar. Schließlich habe die Klägerin auch die von ihr getätigten Meldungen der durch sie an Dritte gelieferten Strommengen und EEG-Mengen abgenommen und entsprechend vergütet. Die Meldungen und Zahlungen habe die Klägerin als Erfüllung sämtlicher Auskunft- und Zahlungsansprüche nach dem EEG angenommen. 33

Die Klägerin hat der D GmbH & Co. OHG den Streit verkündet. Letztere ist dem Rechtsstreit nicht beigetreten. 34

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt 35

der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

36

Die Klage ist zulässig und begründet, die zulässige Widerklage hingegen unbegründet.

37

I. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Auskunft über die Strommenge, die die Streitverkündete im Zeitraum vom 1. März 2014 bis zum 31. Dezember 2018 aus dem Kraftwerk I, F-Strasse, ##### E2 (EEG-Anlagenschlüssel: ##### bzw. #####) bezogen hat, nach §§ 74 S. 1, 70 EEG 2014 (Zeitraum vom 1. März 2014 bis zum 31. Dezember 2016) bzw. nach § 74 Abs. 2 S. 1, 70 EEG 2017 (Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2018) zu.

38

1) Soweit vorliegend eine Stromlieferung im Zeitraum vom 1. März 2014 bis zum 31. Juli 2014 und damit vor Inkrafttreten des § 74 EEG 2014 streitig ist, beruht der Anspruch dennoch auf § 74 S. 1 EEG 2014. Denn soweit die Beklagte im Zeitraum vom 1. März 2014 bis zum 31. Juli 2014 Strom an die Streitverkündete als Letztverbraucherin geliefert hat, ohne dies der Klägerin als regelverantwortlicher Übertragungsnetzbetreiberin mitzuteilen, ist die ursprünglich nach § 49 EEG 2012 bestehende Meldepflicht mit dessen Aufhebung nicht erloschen, sondern besteht ab dem 1. August 2014 aufgrund des inhaltsgleichen § 74 S. 1 EEG 2014 fort (BGH, Urteil vom 18. Februar 2020 – XIII ZR 13/19, zitiert nach juris).

39

2) Es besteht eine den Grundsatz des § 70 EEG 2014 bzw. § 70 EEG 2017 konkretisierende Auskunftspflicht nach § 74 S. 1 EEG 2014 bzw. § 74 Abs. 2 S. 1 EEG 2017, weil die Klägerin die regelverantwortliche Übertragungsnetzbetreiberin der Beklagten ist und die Beklagte als Elektrizitätsversorgungsunternehmen an die Streitverkündete als Letztverbraucherin Energie geliefert hat. Die Strommenge, die die Streitverkündete in dem Zeitraum vom 1. März 2014 bis zum 31. Dezember 2018 aus dem Kraftwerk bezogen hat, ist auch von der Auskunftspflicht umfasst, da diese Menge notwendig ist, um einen Zahlungsanspruch nach § 37 Abs. 2 S. 1 EEG 2012 bzw. § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 bzw. § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 berechnen zu können.

40

Die Klägerin ist – was unstrittig ist – die Übertragungsnetzbetreiberin, in deren Netzgebiet auch der von der Beklagten in E2-I betriebene Produktionsstandort liegt. Zudem stellt keine der Parteien in Frage, dass die Streitverkündete die in Streit stehende Energiemenge in Höhe von 20 MW selbst verbraucht hat.

41

Darüber hinaus ist festzustellen, dass die Beklagte hinsichtlich der streitgegenständlichen Strommenge als ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen Strom an die Streitverkündete geliefert hat. Eine Eigenerzeugung von Strom durch die Streitverkündete liegt nach einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände nicht vor.

42

Nach § 3 Nr. 2.d) EEG 2012 ist ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen jede natürliche oder juristische Person, die Elektrizität an Letztverbraucherinnen oder Letztverbraucher liefert. Hiervon abzugrenzen ist der Fall, dass ein Letztverbraucher

43

selbst Betreiber einer Stromerzeugungsanlage ist. Weder im EEG 2012 noch im EEG 2014 war der Begriff des Betreibers einer Stromerzeugungsanlage definiert. Einen ersten Anhaltspunkt kann man jedoch § 3 Nr. 2 EEG 2012 bzw. den gleichlautenden Vorschriften des § 5 Nr. 2 EEG 2014 bzw. § 3 Nr. 2 EEG 2017 entnehmen. Ein Anlagenbetreiber – bezogen auf eine Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2012 bzw. § 5 Nr. 1 EEG 2014 – ist danach, wer unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas nutzt. Maßgeblich ist, wem – unabhängig von der zivilrechtlichen Eigentumslage – die Stromerzeugung in einer Anlage zugerechnet wird. Gleiches muss auch für die Betreibereigenschaft gelten (Abdelghany, EnWZ 2019, 297; vgl. KG Berlin, Urteil vom 31. Oktober 2016 – 2 U 78/14, zitiert nach juris). Dabei ist nicht die Bezeichnung eines etwaigen Rechtsverhältnisses entscheidend, sondern der Inhalt der beiderseitigen Rechte und Pflichten. Jedenfalls erforderlich für die Annahme einer Betreibereigenschaft ist, dass der Betroffene das wirtschaftliche Risiko des Stromerzeugungsprozesses trägt und damit in einer wertenden Gesamtbetrachtung der Versorgungskonstellation als Betreiber und nicht als beliefert Stromkunde einzustufen ist (KG Berlin, Urteil vom 31. Oktober 2016 – 2 U 78/14, zitiert nach juris; vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 29. Juni 2016 – 15 U 20/16, zitiert nach juris).

Für eine Eigenerzeugung sprechen insbesondere die wirtschaftliche Verantwortung (nicht die bloße Zuständigkeit) des Letztverbrauchers für die Brennstoffbeschaffung, die Übernahme der Absatz- und Brennstoffqualität, 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 (KG Berlin, Urteil vom 31. Oktober 2016 – 2 U 78/14, zitiert nach juris). Entscheidend ist zudem, wem das Risiko der Stromproduktion zugewiesen ist. Dies ist anhand der zugrunde liegenden Verträge zu ermitteln (KG Berlin, Urteil vom 31. Oktober 2016 – 2 U 78/14, zitiert nach juris). 44

Da die entsprechenden Verträge vorgelegt worden sind, sie durch die Kammer ausgewertet werden können und es weiterer Darlegungen und Beweise zur Feststellung der Betreibereigenschaft aus Sicht der Kammer nicht bedarf, kann letztlich dahinstehen, ob – wie die Beklagte meint – eine Beweislastumkehr nach § 363 BGB anzunehmen ist. 45

Unter Zugrundelegung der dargestellten Maßstäbe liegt eine Eigenerzeugung durch die Streitverkündete nicht vor. 46

a) Zutreffend stellt die Beklagte zwar darauf ab, dass – da eine Eigentümerstellung nicht erforderlich ist – nicht allein maßgeblich sein kann, wer die Kosten für die Errichtung des Kraftwerkes oder seiner Neuherstellung nach einer Zerstörung trägt. Wäre dies der Fall, könnte bei Pachtmodellen nie eine Eigenerzeugung gegeben sein. Ausreichend ist aber auch nicht, dass der Betreiber lediglich solche Risiken trägt, die auch einen strombeziehender Endverbraucher treffen und er mithin allein tätigkeitsbezogene Risiken übernimmt. Um das Vorliegen einer Eigenerzeugung zu beurteilen ist vielmehr eine Gesamtschau aller im Einzelfall bestehenden Risiken vorzunehmen. 47

b) Hier haben die Beklagte und die Streitverkündete am 28. Februar 2014 48

zwei „Kraftwerksscheiben“-Pachtverträge mit Wirkung zum 1. März 2014 über eine Kapazität von 60 bzw. 90 MW geschossen. Danach verpachtet die Beklagte an die Streitverkündete jeweils eine „Kraftwerksscheibe“ am Kraftwerk mit einer elektrischen Leistungskapazität in Höhe von 60 MWel bzw. 90 MWel. (§ 1 Abs. 1 der Pachtverträge). Die Streitverkündete soll nach der Präambel der Pachtverträge zur „Eigenerzeugerin von Strom“ werden. Zudem heißt es in dem jeweiligen § 2 Abs. 2 der Pachtverträge unter der Überschrift „Rechte und Pflichten der Pächterin“, dass vorbehaltlich der technischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen mit der Pacht die alleinige Entscheidungsgewalt über den Betrieb zur Stromerzeugung bzw. über die Einsatzentscheidung des Pachtgegenstandes und die Pflicht zur Tragung des vollständigen wirtschaftlichen Risikos des Pachtgegenstandes, insbesondere alle Verfügbarkeitsrisiken, verbunden seien. Der Wortlaut der Regelung spricht daher für eine Stromerzeugung der Streitverkündeten als Pächterin.

Der Wille der Vertragsparteien, eine EEG-umlagefreie Eigenerzeugung umzusetzen, ist jedoch 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 Vereinbarungen (KG Berlin, Urteil vom 31. Oktober 2016 – 2 U 78/14, zitiert nach juris). Insoweit ist hier zu beachten, dass die beiden Pachtverträge durch zwei sog. Betriebsführungsverträge, durch die die Streitverkündete die Beklagte mit der technisch-operativen Betriebsführung beauftragt, sowie zwei Hüttengaslieferungsverträge, auf deren Grundlage die Beklagte der Streitverkündeten das zur Bewirtschaftung erforderliche Hüttengas bereitstellt, zu einem „Gesamtvertragswerk“ ergänzt werden. Die Verträge stehen ausweislich der Präambel der Verträge hinsichtlich einer „Kraftwerksscheibe“ jeweils in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Dies zeigt sich auch daran, dass die Kündigung eines Vertrages nach dem jeweiligen § 5 Abs. 5 der Pachtverträge automatisch zur Kündigung der beiden weiteren zu dem Gesamtvertragswerk gehörenden Verträge führt. Die Verträge sind mithin auch als ein Gesamtvertragswerk zu bewerten. 49

Nach dem Gesamtvertragswerk trägt die Streitverkündete jedoch nur ein sehr begrenztes wirtschaftliches Risiko, welches nicht ausreicht, um sie als Betreiberin der „Kraftwerksscheiben“ anzusehen. 50

c) So ist die Streitverkündete zwar nach dem jeweiligen § 2 Abs. 6 der Pachtverträge verpflichtet, die erforderlichen Einsatz-, Betriebsstoffe und Berechtigungen auf eigene Kosten zu beschaffen. Den Einkauf der Einsatz- und Betriebsstoffe übernimmt nach dem jeweiligen § 2 Abs. 1 g) und h) der Betriebsführungsverträge aber die Beklagte. Zudem ist die Streitverkündete nach dem jeweiligen § 9 der Betriebsführungsverträge zwar nach bestem Können und Vermögen verpflichtet, der Beklagten als Betriebsführerin das benötigte Hüttengas bereitzustellen. Jedenfalls nach Können und Vermögen ist jedoch zugleich auch die Beklagte nach dem jeweiligen § 1 Abs. 2 der Hüttengaslieferungsverträge gegenüber der Streitverkündeten verpflichtet, Hüttengas zu liefern. Nach dem Inkrafttreten eines geplanten, später aber nicht umgesetzten Dampflieferungsvertrages soll die Beklagte gemäß dem jeweiligen § 1 Abs. 3 der Hüttengaslieferungsverträge sogar ohne Einschränkung dazu verpflichtet sein, die jeweils zum Betrieb der „Kraftwerksscheibe“ erforderliche Menge an Hüttengas zu liefern. Das Risiko der Brennstoffverfügbarkeit und -qualität liegt damit letztlich nach 51



dem Gesamtvertragswerk bei der Beklagten und nicht bei der Streitverkündeten.

d) Soweit die Streitverkündete nach dem jeweiligen § 2 Abs. 6 der Pachtverträge verpflichtet ist, die erforderlichen Berechtigungen auf eigene Kosten zu beschaffen, wird ihre Pflicht in den Pachtverträgen weiter konkretisiert. So ist die Streitverkündete nach dem jeweiligen § 2 Abs. 11 der Pachtverträge im Innenverhältnis zur Beklagten verpflichtet, allen gesetzlichen und behördlichen Vorgaben und Verpflichtungen nachkommen, die mit dem Betrieb des Pachtgegenstandes zusammenhängen. Auch übernimmt die Streitverkündete nach dem jeweiligen § 2 Abs. 8 S. 1 der Pachtverträge im Innenverhältnis die dem Betreiber des Kraftwerks als eine genehmigungsbedürftige Anlage obliegenden Verpflichtungen im Sinne des BImSchG, des WHG und des TEHG. Im Außenverhältnis verfügt jedoch nach dem jeweiligen § 2 Abs. 8 S. 2 der Pachtverträge die Beklagte bereits über diese Genehmigungen und wird sie – wozu sie in dem jeweiligen § 3 Abs. 1 der Pachtverträge nochmals ausdrücklich verpflichtet wird – auch aufrechterhalten. Zudem wird die Streitverkündete nach dem jeweiligen § 13 Abs. 7 der Betriebsführungsverträge durch die Beklagte unbefristet und vollumfänglich von etwaigen Ansprüchen wegen schädlicher Boden-, Bodenluft- und Gewässerverunreinigungen sowie sonstigen Umweltschäden, insb. gem. § 2 Abs. 3 BBodSchG, freigestellt. Die Streitverkündete trägt insoweit also kaum ein wirtschaftliches Risiko. 52

e) Darüber hinaus übernimmt die Streitverkündete nach dem Gesamtvertragswerk auch nicht die volle Verantwortung für den Betrieb und die Aufrechterhaltung der Betriebsfähigkeit. Nach dem jeweiligen § 2 Abs. 4 der Pachtverträge obliegt der Streitverkündeten zwar die Verantwortung für den Betrieb und die zur Aufrechterhaltung der Betriebsfähigkeit des Pachtgegenstandes erforderlichen Maßnahmen (Inspektion und Wartung einschließlich Revisionen und Reparaturen) nach pflichtgemäßem Ermessen und auf eigene Kosten. Zudem sollen die Betriebsführungsleistungen der Beklagten gemäß dem jeweiligen § 3 Abs. 2 der Betriebsführungsverträge nach den Vorgaben der Streitverkündeten erbracht werden. Diesen Vorgaben kann die Beklagte jedoch widersprechen, wenn bei deren Befolgung negative Auswirkungen auf den Betrieb des übrigen Kraftwerks oder die Betriebssicherheit zu befürchten sind. Es soll dann eine gemeinsame Lösung angestrebt werden, so dass der Streitverkündeten jedenfalls nicht die Letztentscheidung hinsichtlich des Betriebs der Anlage zusteht. Zudem werden sämtliche Betriebsführungsleistungen – nach dem jeweiligen § 4 Abs. 2 der Betriebsführungsverträge insbesondere auch der Betrieb und die zur Aufrechterhaltung der Betriebsfähigkeit erforderlichen Maßnahmen – durch den jeweiligen Betriebsführungsvertrag auf die Beklagte übertragen. Die Betriebsführungsleistungen sollen sodann nach dem jeweiligen § 2 der Betriebsführungsverträge eigenverantwortlich und nach eigenem Ermessen durch die Beklagte erbracht werden. Gleichzeitig sollen grundsätzlich sämtliche mit der Betriebsführung verbundenen Kosten, insbesondere auch die der Instandhaltung, nach dem jeweiligen § 8 Abs. 1 S. 2 der Betriebsführungsverträge mit dem durch die Streitverkündete zu entrichtenden Betriebsführungsentgelt abgegolten sein. Das Kostenrisiko der Streitverkündeten ist insoweit – anders als bei einem Betreiber üblich – im Wesentlichen auf das Betriebsführungsentgelt begrenzt. Das Risiko wird zwar auch für die Beklagte begrenzt, da sie nach § 13 Abs. 2 der Betriebsführungsverträge insgesamt ihre Haftung – wohl für fahrlässiges Verhalten – 53

auf 20 % des jährlich zu entrichteten Betriebsführungsentgeltes beschränkt hat. Ein aus Sicht der Streitverkündeten relevantes Risiko ist insoweit aber – insbesondere unter Berücksichtigung des unten näher ausgeführten Kündigungsrechts – nicht gegeben.

f) Die Instandsetzung (Maßnahmen zur Rückführung in den funktionsfähigen Zustand) sowie alle erforderlichen Entscheidungen zu Erneuerungen und Erweiterungen des Pachtgegenstandes erfolgen nach dem jeweiligen § 2 Abs. 5 bzw. § 3 Abs. 4 der Pachtverträge von vornherein in der Verantwortung und auf Kosten der Beklagten. Ebenso unterhält die Beklagte – nicht die Streitverkündete – nach dem jeweiligen § 2 Abs. 3 der Betriebsführungsverträge für den Pachtgegenstand im angemessenen und erforderlichen Umfang Versicherungen. 54

g) Weiter trägt die Streitverkündete auch das Risiko der Nichtbeanspruchbarkeit der Anlage nur in begrenztem Umfang. Nach dem jeweiligen § 2 Abs. 3 der Pachtverträge und dem jeweiligen § 2 Abs. 4 der Betriebsführungsverträge soll die Streitverkündete zwar das Risiko der Nichtbeanspruchbarkeit entsprechend ihres Leistungsanteils am Kraftwerk tragen. Hierunter sollen beispielsweise technische Nichtverfügbarkeiten, insbesondere Revisionen, Stillstände und Leistungseinschränkungen mit technischen Ursachen, Außeneinflüsse, insbesondere behördliche Anordnungen, sowie regelnde Eingriffe des Netzbetreibers fallen. Zudem sollen nach den jeweiligen Sätzen 2 – sofern in dem Pachtvertrag nichts anderes vereinbart ist – die Regelungen zur Entgeltzahlung und Kostentragung hiervon unberührt bleiben. Ebenso ist in dem jeweiligen § 3 Abs. 3 der Pachtverträge geregelt, dass, wenn es aufgrund von betriebsnotwendigen Arbeiten, die grundsätzlich die Beklagte vorzunehmen hat, zu Stillstandszeiten bzw. der eingeschränkten Verfügbarkeit des Pachtgegenstandes kommt, die Möglichkeit der Energieerzeugung ersatzlos entfällt bzw. entsprechend reduziert wird. Gleichzeitig gewährleistet die Beklagte nach dem jeweiligen § 4 Abs. 1 S. 1 der Pachtverträge aber die Funktionsfähigkeit und vollumfängliche Nutzbarkeit des Pachtgegenstandes gemäß der geltenden gesetzlichen Vorschriften. Hat die Beklagte – die zugleich Betreiberin und damit einzig tätige Person in dem Kraftwerk ist – einen Stillstand verschuldet, steht der Streitverkündeten daher gegen sie ein Schadensersatzanspruch zu. Anders als die Haftung der Streitverkündeten, ist die Haftung der Beklagten in den jeweiligen Pachtverträgen auch nicht begrenzt und die Haftungsbeschränkung in dem jeweiligen Betriebsführungsvertrag ist für Pflichtverletzungen aus dem Pachtvertrag, der über eine eigene Haftungsklausel verfügt, nicht anwendbar. Darüber hinaus ist die Streitverkündete nach dem jeweiligen § 3 Abs. 4 der Pachtverträge auch dann finanziell zu entschädigen, wenn es aufgrund von Erneuerungen oder Erweiterungen des Pachtgegenstandes, die von der Beklagten durchzuführen sind, zu Stillstandszeiten oder Einschränkungen der Verfügbarkeit des Kraftwerkes kommt. 55

h) Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Streitverkündete das Risiko einer Nichtverfügbarkeit – anders als für einen Betreiber üblich – allenfalls für einen kurzen Zeitraum trägt. Die Pachtverträge können nach dem jeweiligen § 5 Abs. 2 und 3 der Pachtverträge von beiden Parteien gekündigt werden, was nach den jeweiligen Absätzen 5 zugleich zur Beendigung aller Verträge des Gesamtvertragswerks einer „Kraftwerksscheibe“ führt. Zutreffend führt die Beklagte 56

zwar aus, dass ein Kündigungsrecht einer Risikoübertragung auf die Streitverkündete nicht grundsätzlich entgegensteht. Hier steht der Streitverkündeten aber nicht nur ein Recht zur fristlosen Kündigung zu, wenn es zu Stillständen über einen zusammenhängenden Zeitraum von mehr als sechs Monaten kommt. Vielmehr steht ihr – jederzeit und ohne Grund – ein ordentliches Kündigungsrecht mit einer Frist von gerade einmal einem Monat zum Monatsende zu. Die Beklagte hätte bei einer Kündigung nach dem jeweiligen § 5 Abs. 6 S. 2 der Pachtverträge gegen die Streitverkündete nicht einmal einen Anspruch auf eine bestimmte Beschaffenheit, Funktionsfähigkeit oder weitere Nutzbarkeit des Pachtgegenstandes. Dementsprechend trägt die Streitverkündete das Risiko der Nichtverfügbarkeit – anders als ein Betreiber einer Anlage – nur in einem sehr begrenzten Umfang.

Unerheblich ist insoweit, ob das sehr kurze Kündigungsrecht allein im Interesse der Streitverkündeten oder auch im Interesse der Beklagten vereinbart wurde. Seine Ausgestaltung führt objektiv – und unabhängig davon, ob eine der Parteien jemals beabsichtigt (hat), es auszuüben – zu der dargelegten Risikoverteilung. Maßgeblich ist aus Sicht der Kammer auch nicht, ob die Streitverkündete bei wirtschaftlich-faktischer Betrachtung längerfristig gebunden war. Zutreffend ist zwar, dass die Streitverkündete vor einer etwaigen Kündigung wohl die wirtschaftlichen Risiken einer solchen Kündigung, insbesondere auch den Verlust des vermeintlichen EEG-Umlageprivilegs und mögliche alternative Bezugsquellen, berücksichtigen müsste. Dies führt aber nicht dazu, dass eine betreiberähnliche Stellung der Streitverkündeten in Bezug auf die streitgegenständlichen Kraftwerksscheiben anzunehmen ist. Eine wirtschaftliche Betrachtung ist vielmehr auch von jedem Privatkunden zu treffen, wenn er entscheidet, ob er seinen Stromlieferungsvertrag kündigen oder z.B. vertragliche Vergünstigungen weiter nutzen will. Es handelt sich insoweit mithin um ein allgemeines wirtschaftliches Risiko, welches die Streitverkündete als am Markt agierendes Unternehmen, nicht jedoch spezifisch als Betreiberin der streitgegenständlichen Kraftwerksscheiben trifft. Selbst wenn die Streitverkündete aus wirtschaftlichen Überlegungen von der kurzfristigen Kündigungsmöglichkeit in der Vergangenheit keinen Gebrauch gemacht hat und dies – wie die Beklagte behauptet – auch zukünftig nicht tun würde, trägt die Streitverkündete insoweit kein betreiberähnliches Risiko. Allein der Umstand, dass die Streitverkündete die Möglichkeit hat, die Verträge nach Belieben – z.B. auch, wenn sich herausstellen sollte, dass sie aufgrund des Gesamtvertragswerks nicht von der EEG-Umlage befreit ist – kurzfristig zu beenden, unterscheidet sie von dem Betreiber einer Anlage, der in der Regel zumindest irgendwelche längerfristigen Sach- und/oder Personalkosten zu tragen und in seine wirtschaftliche Kalkulation einzustellen hat.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus kartellrechtlichen Überlegungen. Das Kartellrecht zielt darauf ab, die marktbeherrschende Stellung von Unternehmen zu begrenzen und damit die Wettbewerbsfreiheit zu schützen. Dies ist mit dem vorliegenden Fall, in welchem die Streitverkündete ohne weiteres ihren Strom auch von anderen Anbietern beziehen kann – eine Marktbeherrschung der Beklagten ist weder ersichtlich noch dargetan –, nicht zu vergleichen.

i) Eine betreiberähnliche Stellung der Streitverkündeten lässt sich auch nicht unter Berücksichtigung des Vermarktungsrisikos begründen. Das Risiko der

Vermarktung des durch die „Kraftwerksscheiben“ produzierten Stroms trägt zwar grundsätzlich die Streitverkündete. Die Beklagte ist nach dem jeweiligen § 3 Abs. 2 der Pachtverträge nur berechtigt, von der Streitverkündeten nicht genutzte Kapazitätsanteile unentgeltlich bzw. unter Zahlung nur der variablen Kosten selbst zu nutzen oder zu vermarkten. Eine entsprechende Pflicht der Beklagten besteht insoweit nicht. Aufgrund des Umstandes, dass die Streitverkündete die einzelnen Pachtverträge nach dem jeweiligen § 5 Abs. 2 mit einer Frist von nur einem Monat ordentlich kündigen kann und dies nach dem jeweiligen § 5 Abs. 5 der Pachtverträge automatisch zur Beendigung der weiteren Verträge des jeweiligen Gesamtvertragswerkes führt, trägt die Streitverkündete das Vermarktungsrisiko jedoch – soweit sie dies wünscht – nur für eine sehr kurze Zeit. Zutreffend weist die Beklagte zwar darauf hin, dass der Streitverkündeten trotz dieser Regelung Nachteile entstehen können, weil sie z.B. den Strom am Markt zu einem höheren Preis erwerben muss. Es handelt sich insoweit aber erneut nur um ein Risiko, das jeder Stromkunde trägt, wenn er einen Vertrag kündigt, und nicht um ein für einen Anlagenbetreiber spezifisches Risiko.

j) Berücksichtigt man die sehr kurze Kündigungsfrist steht die Vertragslaufzeit – die nach dem jeweiligen § 5 Abs. 1 der Pachtverträge 20 Jahre betragen soll – auch nicht mit der Abschreibungsdauer der Anlage im Verhältnis. 60

k) Eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände führt danach insgesamt zu dem Ergebnis, dass die Streitverkündete nach dem Gesamtvertragswerk im Wesentlichen nur solche Risiken trägt, die jeden Stromkunden treffen. Die für den Betreiber einer Stromerzeugungsanlage typischen wirtschaftlichen Risiken – und nicht nur, wie die Beklagte meint, die einem Betriebsführer obliegende technische Steuerung der Anlage – verbleiben hingegen bei der Beklagten. 61

l) Etwas anderes ergibt sich erst recht nicht, wenn man zur Bestimmung der Betreiberstellung – jedenfalls bis zum Inkrafttreten des EEG 2014 – zusätzlich auf die Kriterien der tatsächlichen Sachherrschaft über die Anlage sowie der eigenverantwortlichen Bestimmung ihrer Arbeitsweise abstellt (vgl. BGH, Urteil vom 13.02.2008 - VIII ZR 280/05, Rn. 15, zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.06.2016 – 15 U 20/16, Rn. 25, zitiert nach juris; OLG Hamburg, Urteil vom 12.08.2014 – 9 U 119/13, Rn. 76, zitiert nach juris; Clearingstelle EEG/KWKG, EnWZ 2019, 136, 137). 62

Nach dem jeweiligen § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 der Pachtverträge werden die für den Betrieb des Pachtgegenstandes genutzten Grundstücke und Gebäude von der Pacht nicht umfasst. Die Streitverkündete als Pächterin erhält nur, soweit für die Nutzung des Pachtgegenstandes erforderlich, ein unentgeltliches Mitbenutzungsrecht. Gleiches gilt nach dem jeweiligen § 1 Abs. 4 der Pachtverträge soweit eine Zuordnung von Sachanlagen zum Pachtgegenstand nicht eindeutig erfolgen kann, diese Sachanlage jedoch für die Erfüllung der gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten für die Streitverkündete notwendig sind. 63

Zudem obliegt die „Einsatzentscheidung“ über die verpachteten „Kraftwerksscheiben“ entgegen der Regelung in dem jeweiligen § 2 Abs. 2 der Pachtverträge im Regelfall der Beklagten und nicht der Streitverkündeten. In dem 64

jeweiligen § 2 Abs. 10 der Pachtverträge wird der Streitverkündeten zwar das Recht eingeräumt, den Einsatz des Kraftwerkes und ihrer „Kraftwerksscheibe“ unter Beachtung der technischen Vorgaben gegen Kostenerstattung zu verlangen, wenn das Kraftwerk technisch verfügbar ist, seitens der Verpächterin aber aus wirtschaftlichen Gründen kein Einsatz geplant ist. Diese Regelung zeigt aber, dass die Einsatzplanung für das Kraftwerk und damit auch für die von der Streitverkündeten gepachteten „Kraftwerksscheiben“ grundsätzlich der Beklagten und nicht der Streitverkündeten obliegt. Gleiches ergibt sich auch aus dem jeweiligen § 6 der Betriebsführungsverträge. Insbesondere ist die Streitverkündete nach dem jeweiligen Absatz 7 verpflichtet, der Beklagten die Mehrkosten, die durch die von ihr – abweichend von der Planung der Beklagten – verlangte Differenznominierung entstehen, gesondert zu erstatten. Diese Regelung wäre nicht erforderlich, wenn die Streitverkündete die Einsatzplanung grundsätzlich selbst durchführen und deren Kosten stets selbst tragen würde.

II. Die Auskunftsansprüche sind nicht mangels eines rechtlichen Interesses der Klägerin an der Erteilung der Auskünfte erloschen. Die nach § 74 EEG erhobenen Daten sind maßgeblich für die Ermittlung der EEG-Umlage und der monatlichen Abschläge (vgl. Posser/Altenschmidt in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 74, Rn. 10). 65

Zudem ist nicht festzustellen, dass etwaige Zahlungsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte von vornherein nicht bestehen oder nicht durchsetzbar sind (vgl. OLG Celle, Urteil vom 15.05.2014 – 13 U 153/13, Rn. 73 ff., zitiert nach juris). 66

Der Klägerin steht gegen die Beklagte dem Grunde nach für den geltend gemachten Zeitraum ein Anspruch auf Zahlung der EEG-Umlage nach § 37 Abs. 2 S. 1 EEG bzw. § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 bzw. § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 zu. 67

Die Klägerin als Übertragungsnetzbetreiberin kann von der Beklagten als einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen, welches die streitgegenständliche Menge an Strom an die Streitverkündete als Letztverbraucherin geliefert hat, die anteilige EEG-Umlage verlangen. Eine Eigenerzeugung der Streitverkündeten ist vorliegend – wie oben dargetan – nicht anzunehmen, weil die Streitverkündete nach dem zwischen ihr und der Beklagten geschlossenen Gesamtvertragswerk nicht das wirtschaftliche Risiko der Stromerzeugung trägt. 68

Der Anspruch ist auch durchsetzbar, insbesondere kann sich die Beklagte hinsichtlich eines etwaigen Zahlungsanspruchs weder auf das Leistungsverweigerungsrecht nach § 104 Abs. 4 EEG 2017 berufen noch steht dem Anspruch eine Verwirkung oder eine unzulässige Rechtsausübung der Klägerin entgegen. 69

1) Die Beklagte kann sich nicht wirksam auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 104 Abs. 4 S. 1 und 2 EEG 2017 (Zeitraum vom 1. März 2014 bis zum 31. Juli 2014) bzw. nach § 104 Abs. 4 S. 4 EEG 2017 (Zeitraum vom 1. August 2014 bis zum 31. Dezember 2018) berufen. 70

Nach § 104 Abs. 4 S. 1 EEG 2017 kann ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen für Strom, den es in einer Stromerzeugungsanlage erzeugt und vor dem 71

1. August 2014 an einen Letztverbraucher geliefert hat, die Erfüllung des Anspruchs eines Übertragungsnetzbetreibers auf Abnahme und Vergütung von Strom oder die Erfüllung des Anspruchs auf Zahlung der EEG-Umlage nach den vor dem 1. August 2014 geltenden Fassungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes verweigern, soweit

1. der Anspruch aufgrund der Fiktion nach Satz 2 nicht entstanden wäre und 72

2. die Angaben nach § 74 Absatz 1 Satz 1 und § 74a Absatz 1 bis zum 31. Dezember 2017 mitgeteilt worden sind. 73

Nach Satz 2 gilt ausschließlich zur Bestimmung des Betreibers und der von ihm erzeugten Strommengen im Rahmen von Satz 1 Nummer 1 ein anteiliges vertragliches Nutzungsrecht des Letztverbrauchers an einer bestimmten Erzeugungskapazität der Stromerzeugungsanlage als eigenständige Stromerzeugungsanlage, wenn und soweit der Letztverbraucher diese wie eine Stromerzeugungsanlage betrieben hat. 74

In der Gesetzesbegründung (BT-Drcks. 18/10668, S. 150) wird zur Intention des Leistungsverweigerungsrechtes Folgendes ausgeführt: 75

*„Da sich die mit dem EEG 2014 neu geregelten Bestimmungen zu den EEG-Umlagepflichten stets auf den Betrieb der realen Stromerzeugungsanlage und nicht auf vertragliche Nutzungsrechte beziehen, kann sich ein Letztverbraucher seit dem EEG 2014 nicht auf die Eigenversorgungs- bzw. Eigenerzeugungsprivilegien berufen, soweit er Strom aus einer „gepachteten Kraftwerksscheibe“ verbraucht. Zu der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des EEG 2014 bestanden bei den betroffenen Unternehmen allerdings häufig erhebliche Rechtsunklarheiten. Infolge dessen bestehen für die Betreiber der realen technischen Stromerzeugungsanlagen erhebliche Risiken. Das Leistungsverweigerungsrecht nach Absatz 4 Satz 1 beseitigt diese Risiken für Strommengen, die der Betreiber der Stromerzeugungsanlage vor dem Inkrafttreten des EEG 2014 an die einzelnen Scheibenpächter geliefert hat.“* 76

Weiter heißt es zur Bestimmung, wer Betreiber einer Stromerzeugungsanlage im Sinne des § 104 EEG 2017 sei, dass ein vertragliches Nutzungsrecht nicht „betrieben“ werden könne. Daher lasse sich von den Kriterien, wer Betreiber einer Stromerzeugungsanlage sei, allein das Kriterium der wirtschaftlichen Risikotragung unproblematisch auf eine betreiberähnliche Nutzung der Kraftwerksscheibe übertragen. Die Kriterien der tatsächlichen Herrschaft und der eigenverantwortlichen Bestimmung der Arbeitsweise passten für Nutzungsrechte allenfalls sehr eingeschränkt (BT-Drcks. 17/10668, S. 150). 77

Selbst unter diesen eingeschränkten Voraussetzungen kann – wie oben ausgeführt – eine betreiberähnliche Stellung der Streitverkündeten bei einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände jedoch nicht festgestellt werden. Vielmehr trägt die Streitverkündete – unabhängig von der tatsächlichen Herrschaft und der eigenverantwortlichen Bestimmung der Arbeitsweise – das wirtschaftliche Risiko der Stromerzeugung nicht. Folglich steht der Beklagten ein 78

Leistungsverweigerungsrecht weder nach § 104 Abs. 4 S. 1 und 2 EEG 2017 noch nach § 104 Abs. 4 S. 4 EEG 2017 zu.

2) Die Ansprüche der Klägerin sind auch nicht verwirkt. 79

Ein Recht ist verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Für die Beurteilung der Zeitspanne, die bis zum Eintritt der Verwirkung verstrichen sein muss, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Eine Abkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren durch das Rechtsinstitut der Verwirkung kann nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden (OLG Celle, Urteil vom 15. Mai 2014 – 13 U 153/13, Rn. 64 m.w.N., zitiert nach juris). 80

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sind die Auskunftsansprüche vorliegend nicht verwirkt. 81

Die Besonderheiten der gesetzlichen Schuldverhältnisse im Zusammenhang mit der Durchführung des EEG-Belastungsausgleichs sprechen zwar dafür, die Anforderungen betreffend das Zeitmoment nicht zu hoch anzusetzen. In diesem Bereich besteht ein besonderes Interesse, den Ausgleich zeitnah durchzuführen und die hierfür notwendigen Daten innerhalb kurzer Frist zu erlangen (OLG Celle, Urteil vom 15. Mai 2014 – 13 U 153/13, Rn. 66, zitiert nach juris). Diesem Beschleunigungsinteresse steht allerdings das ebenfalls vom Gesetzgeber berücksichtigte Interesse entgegen, die Kosten des Gesetzes möglichst verursachergerecht auf alle Stromabnehmer zu verteilen und damit Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes zu genügen, indem eine Ungleichbehandlung oder übermäßige Abwälzung vermieden wird. Deshalb sollten alle Strommengen in den Belastungsausgleich einbezogen werden, die von Elektrizitätsversorgungsunternehmen an Letztverbraucher geliefert werden (OLG Celle, Urteil vom 15. Mai 2014 – 13 U 153/13, Rn. 67 m.w.N., zitiert nach juris). Diese letztgenannten Interessen sprechen dafür, Auskünfte auch dann noch verlangen und berücksichtigen zu können, wenn diese nicht zeitnah erteilt werden, um einen sachlich richtigen Ausgleich durchführen zu können (OLG Celle, Urteil vom 15. Mai 2014 – 13 U 153/13, Rn. 68, zitiert nach juris). 82

Vorliegend wäre die Beklagte verpflichtet gewesen, der Klägerin bis zum 31. Mai des Folgejahres die Endabrechnung für das Vorjahr vorzulegen. Sie hätte mithin am 31. Mai 2015 erstmals die Endabrechnung für das Jahr 2014 vorlegen müssen. Mit Schreiben vom 31. Mai 2017 wollte die Beklagte erstmals der neu geschaffenen Meldepflicht nach den §§ 74, 74a EEG 2017 gegenüber der Klägerin nachkommen und vorsorglich auch die nach § 104 Abs. 4 EEG 2017 erforderlichen Tatsachen übermitteln. Die Klägerin kündigte der Beklagten sodann erst mit Schreiben vom 18. Dezember 2018 an, eine etwaige Verpflichtung zur Zahlung der EEG-Umlage zu prüfen, woraufhin die Beklagte einen Verjährungsverzicht bis zum 31. Dezember 2019 erklärte. Sodann bat die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 21. August 2019 erfolglos um Übermittlung der an die Streitverkündeten gelieferten Strommengen. Gleiches tat sie mit Schreiben vom 12. September 2019, in welchem sie der Beklagten eine Frist bis zum 24. September 2019 setzte. Mit 83

Schreiben vom 24. September 2019 teilte die Beklagte der Klägerin daraufhin mit, dass ihr keine Informationen über die Nutzung der Leistung des Kraftwerks durch die Streitverkündete und in Bezug auf die aus dem Kraftwerk seitens der Streitverkündeten bezogenen Strommengen vorlägen.

Bis Dezember 2018 mag danach die Beklagte darauf vertraut haben, nicht weiter auskunftspflichtig zu sein und hinsichtlich der streitgegenständlichen Stromerzeugung nicht EEG-umlagepflichtig zu sein. Ob der Zeitraum von dreieinhalb Jahren für sich genommen unter Berücksichtigung der vorgenannten Gesichtspunkte bereits ausreichend wäre, das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment zu erfüllen, kann allerdings dahinstehen. Auch wenn das zeitlich späte Auskunftsverlangen auf einem Verschulden der Klägerin beruhen sollte, die aufgrund der früheren Eigentumssituation an dem streitgegenständlichen Kraftwerk bereits seit Jahren (2003) über die Nutzung hätte informiert sein können oder gar informiert gewesen ist, ist zu beachten, dass die Mitteilungspflicht primär der Beklagten oblag. Die Beklagte hätte ungefragt Auskunft über die Lieferung der streitgegenständliche Strommenge an die Beklagte erteilen müssen. Da die rechtliche Einordnung sog. Scheibenpachtmodelle umstritten war, durfte sie auch nicht darauf vertrauen, dass die Klägerin schon nachfragen werde, wenn sie Zweifel habe. Bei der Geltendmachung der EEG-Umlage handelt es sich – wie auch der Beklagten bewusst war – in erster Linie nicht um einen im wirtschaftlichen Interesse der Klägerin stehenden Anspruch, sondern um eine Zahlung zur Finanzierung der im Allgemeininteresse stehenden Versorgung mit erneuerbaren Energien. Dies erkennt auch die Beklagte an, wenn sie im Rahmen etwaiger Zinsansprüche ausführt, dass die Zahlung der EEG-Umlage letztlich keine Gegenleistung für die Leistung der Klägerin darstelle. Die Schutzbedürftigkeit des Verpflichteten wird zudem wesentlich u. a. dadurch bestimmt, ob er vom Recht des anderen Teils wusste, wissen musste oder ob er gutgläubig war. Die Interessen der verpflichteten Partei sind weniger schutzwürdig, wenn sie selbst in der Lage war, die Sach- und Rechtslage zu überblicken, oder wenn ihr ein rechtswidrig-schuldhaftes Verhalten zur Last fällt (OLG Celle, Urteil vom 15.05.2014 – 13 U 153/13, Rn. 70, zitiert nach juris). Dies war hier der Fall. Von der Beklagten, die mehrere „Kraftwerksscheiben“ ihres Kraftwerkes verpachtet und sich spätestens seit der Einführung des EEG 2017, wie ihr Schreiben vom 31. Mai 2017 und das darin geltend gemachte Leistungsverweigerungsrecht nach § 104 Abs. 4 EEG 2017 zeigen, hinsichtlich der grundsätzlichen Problematik von Scheibenpachtmodellen bewusst war, wäre zumindest zu erwarten gewesen, die Rechtslage genau zu prüfen oder prüfen zu lassen. Ihr waren sowohl die vertraglichen Regelungen mit der Streitverkündeten als auch ihre mögliche Auskunfts- und Zahlungspflicht bekannt. Selbst wenn man unterstellt, dass – wie die Beklagte behauptet – eine Unterredung mit der kaufmännischen Abteilung oder dem Kundenbetreuer der Klägerin stattgefunden haben sollte, in der die Umlagefreiheit nicht grundsätzlich verneint worden sein sollte, und man berücksichtigt – was unstreitig ist – dass die Klägerin in der Folgezeit nicht tätig wurde, sind diese Umstände nicht ausreichend, um ein berechtigtes Vertrauen der Beklagten zu schaffen, dass die Klägerin wohl von einer Umlagefreiheit ausgehen werde. Dies gilt gerade auch deshalb, weil die Frage – wie die Beklagte selbst vorträgt – für sie wirtschaftlich von ganz erheblicher Bedeutung war. Ein mögliches Vertrauen der Beklagten war danach im Hinblick auf den hier zu berücksichtigenden Zeitraum jedenfalls noch nicht derart schutzwürdig, dass Ansprüche der Klägerin zum Nachteil aller übrigen

84



Elektrizitätsversorgungsunternehmen oder Letztverbraucher verwirkt wären. Insoweit ist bei der Bewertung der Schutzwürdigkeit und der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung erneut zu berücksichtigen, dass die Übertragungsnetzbetreiber kein unmittelbares eigenes wirtschaftliches Interesse bei der Durchführung des Ausgleichs verfolgen, sondern – gleich einer Verwaltungsstelle – nur die Durchführung des Ausgleichs zwischen Anlagenbetreibern und Stromversorgungsunternehmen regeln (vgl. OLG Celle, Urteil vom 15.05.2014 – 13 U 153/13, Rn. 71, zitiert nach juris). Insgesamt konnte und durfte die Beklagte danach nicht darauf vertrauen, dass die Klägerin gegen sie keine Ansprüche mehr geltend machen werde.

3) Die Geltendmachung der Ansprüche durch die Klägerin stellt schließlich auch keine unzulässige Rechtsausübung dar. Wie dargelegt, oblag es primär der Beklagten, ihre Auskunftspflicht ungefragt zu erfüllen, und nicht der Klägerin, den Sachverhalt zu erforschen. Bedenkt man zudem, dass die Klägerin mit der Geltendmachung der Ansprüche kein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt und die Beklagte – wie oben ausgeführt – nicht darauf vertrauen konnte und durfte, die Klägerin werde den Anspruch nicht mehr geltend machen, ist eine unzulässige Rechtsausübung nicht gegeben. 85

III. Der Klägerin steht des Weiteren gegen die Beklagte auch ein Anspruch auf Testierung der durch sie verlangten Auskunft gemäß § 75 S. 2 EEG 2014 bzw. § 75 S. 2 EEG 2017 zu. 86

Nach § 75 S. 2 EEG 2014 bzw. § 75 S. 2 EEG 2017 können Netzbetreiber verlangen, dass die Endabrechnungen nach den §§ 73 bis 74a EEG 2017 bei Vorlage durch einen Wirtschaftsprüfer, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, einen vereidigten Buchprüfer oder eine Buchprüfungsgesellschaft geprüft werden. 87

Die Klägerin ist als eine Übertragungsnetzbetreiberin zugleich eine Netzbetreiberin im Sinne des § 3 Nr. 8 EEG 2012 bzw. § 5 Nr. 27 EEG 2014 bzw. § 3 Nr. 36 EEG 2017, weil sie zumindest mittelbar Aufgaben der allgemeinen Versorgung wahrnimmt (Hennig/von Bredow/Valentin in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 3, Rn. 246). Die Beklagte ist als ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet, der Klägerin gemäß § 74 S. 1 EEG 2014 bzw. § 74 Abs. 2 S. 1 EEG 2017 eine Endabrechnung vorzulegen und ihr insoweit insbesondere – wie oben dargetan – auch die Strommenge, die sie an die Streitverkündete geliefert hat, mitzuteilen. Demensprechend ist die Beklagte auch nach § 75 S. 2 EEG 2014 bzw. § 75 S. 2 EEG 2017 verpflichtet, die Mitteilung testieren zu lassen. Die Klägerin hat ein entsprechendes Testatsverlangen geäußert. Weitere materielle oder formelle Voraussetzungen bestehen für einen Anspruch nach § 75 S. 2 EEG 2014 bzw. § 75 S. 2 EEG 2017 nicht (vgl. Wolff, in: Greb/Boewe, BeckOK EEG, 9. Edition 01.03.2019, § 75, Rn. 7 ff.; Posser/Altenschmidt, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 75, Rn. 6). 88

Die zulässige Widerklage ist unbegründet. 89

Die Widerklage ist als Zwischenfeststellungsklage zulässig. Das Bestehen oder Nichtbestehen der Zahlungspflicht der Beklagten nach § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 90

ist – wie oben dargetan – bereits für die Entscheidung der Hauptsache auf erster Stufe – die Auskunftspflicht – vorgreiflich, so dass ohnehin darüber befunden werden muss, ob das streitige Rechtsverhältnis besteht (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2009 – XI ZR 110/09, Rn. 19, zitiert nach juris). Die Vorgreiflichkeit entfällt auch nicht, weil die Klage zur Hauptsache unabhängig davon abzuweisen ist, ob das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis besteht (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2009 – XI ZR 110/09, Rn. 19, zitiert nach juris). Insbesondere kann sich die Beklagte – wie ebenfalls bereits ausgeführt – nicht wirksam auf die Verwirkung der Ansprüche berufen.

Die Widerklage ist aber unbegründet, da die Klägerin – wie oben dargetan – dem Grunde nach berechtigt ist, von der Beklagten gemäß § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 die Zahlung der EEG-Umlage zu verlangen. 91

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO. Die durch die Klägerin zu leistende Sicherheit ist auf 10.000 € zu bemessen. Der Beklagten droht ein Schaden zunächst nur in Höhe des Aufwandes an Zeit und der Kosten für die zu erteilende Auskunft und deren Bescheinigung (vgl. BGH, Beschluss vom 1. März 2018 – I ZB 97/17, Rn. 18, zitiert nach juris; OLG Celle, Urteil vom 15. Mai 2014 – 13 U 153/13, Rn. 127, zitiert nach juris). Ein besonderes Geheimhaltungsinteresse der Beklagten an der zu erteilenden Auskunft ist nicht ersichtlich, zumal die Beklagte selbst vorträgt, die Klägerin könne mittels der Bilanzkreise eine grobe Abschätzung vornehmen. Insoweit ist auch nicht hinreichend dargetan, dass erhebliche Geschäftsgeheimnisse betroffen wären. 92

Aus den letztgenannten Gründen ist auch nicht ersichtlich, dass die Auskunftserteilung zu einem nicht zu ersetzenden Nachteil der Beklagten im Sinne des § 712 ZPO führt. Zwar kann eine einmal erteilte Auskunft nicht wieder rückgängig gemacht werden. Ein unersetzlicher Nachteil tritt jedoch nicht schon ein, wenn die Vollstreckung – wie bei der Auskunftserteilung stets – endgültige Verhältnisse schafft, die auch bei einem erfolgreichem Rechtsmittel bestehen bleiben. Erforderlich ist vielmehr, dass dem Schuldner ausnahmsweise ein unersetzlicher Nachteil im Sinne eines irreparablen Folgeschadens, wie z.B. dem Verlust der Existenzgrundlage, droht (vgl. Herget, in: Zöller, 33. Auflage 2020, § 712, Rn. 1, § 719, Rn. 6.). Letzteres ist weder ersichtlich noch dargetan. Soweit die Beklagte geltend macht, dies sei der Fall, weil die Klägerin auch für die weitergehenden Jahre ab 2019 die EEG-Umlage fordern könnte, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Auch wenn das erstinstanzliche Urteil nicht vollstreckbar wäre, könnte die Klägerin von der Beklagten die Zahlung der EEG-Umlage für das Jahr 2019 fordern. 93

Der Streitwert wird hinsichtlich der ersten Stufe der Klage (Auskunftsanspruch, Testat und Widerklage) auf bis zu 20 Mio. EUR festgesetzt. 94

Solange – wie hier – ein bezifferter Zahlungsanspruch noch nicht geltend gemacht worden ist, muss der Wert des Auskunftsanspruchs nach § 3 ZPO geschätzt werden (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12. Februar 2007 – 5 WF 23/07, zitiert nach juris). Der Anspruch auf Auskunft bezieht seinen wirtschaftlichen Wert typischerweise daraus, dass mit ihm die Durchsetzung eines Hauptanspruchs 95

vorbereitet werden soll (BGH, Beschluss vom 19. April 2018 – IX ZB 62/17, Rn. 10, zitiert nach juris). Diese enge Verknüpfung zwischen Auskunfts- und Hauptanspruch lässt es angebracht erscheinen, den Wert des Auskunftsanspruchs mit einem Bruchteil des Hauptanspruchs – abhängig vom Kenntnisstand des Anspruchstellers zwischen 1/10 und ¼ des Leistungsanspruchs – festzusetzen (BGH, Beschluss vom 19. April 2018 – IX ZB 62/17, Rn. 10, zitiert nach juris). Darüber hinaus ist vorliegend aber auch der Wert der Widerklage, § 45 GKG, zu berücksichtigen. Ihr Wert ist, da die Beklagte mit der Widerklage das Interesse verfolgt, den Zahlungsanspruch vollständig abzuwehren, mit dem Wert des Zahlungsanspruchs gleichzusetzen. Da zudem zwischen dem Auskunftsanspruch und der Widerklage eine Teilidentität besteht, erfolgt keine Addition, sondern es ist der höhere Wert der Widerklage in Höhe des Zahlungsanspruchs festzusetzen.

Die Klägerin hat hinsichtlich des Zahlungsanspruch mitgeteilt, dass sie – da das zum Betreiben des Kraftwerks erforderliche Gichtgas in der Regel kontinuierlich „rund um die Uhr“ produziert werde – davon ausgehe, dass das Kraftwerk mindestens 7.000 Benutzungsstunden im Jahr aufweise. Bei einer Leistung von 20.000 kW und einem durchschnittlichen Umlagesatz von 0,065 Cent/kWh im Zeitraum von etwa 4,5 Jahren schätze sie daher die Höhe der EEG-Umlageansprüche für den gesamten geltend gemachten Zeitraum auf rund 41 Mio. EUR. Der Streitwert wäre danach gemäß § 39 Abs. 2 GKG auf den Höchstwert von 30 Mio. EUR festzusetzen. Die Annahme der Klägerin erscheint bei überschlägiger Betrachtung jedoch überhöht. Die Beklagte hat vorgetragen, dass die von der Klägerin behauptete Jahresleistung von 140.000.000,00 kWh (20.000 kW x 7.000 Stunden) die Gesamtmenge des jährlich von dem Bilanzkreis der Beklagten in den Bilanzkreis der Streitverkündeten übertragenen Stroms in dem Zeitraum von 2014 bis 2018 weit überschreite. In den Jahren 2014 bis 2018 seien insgesamt lediglich 308.200.000 kWh von dem Bilanzkreis der Beklagten in den Bilanzkreis der Streitverkündeten übertragen worden (vgl. auch Bl. 213 GA). Dem ist die Klägerin entgegengetreten, indem sie – zutreffend – angegeben hat, aus den zwischen den Bilanzkreisen übertragenen Strommengen lasse sich nicht schließen, ob dieses EEG-umlagepflichtig seien. Die Strommenge, hinsichtlich der die Streitverkündete EEG-umlagepflichtig ist, kann zugleich aber auch nicht höher sein als die von dem Bilanzkreis der Beklagten in den Bilanzkreis der Streitverkündeten übertragene Strommenge. Dementsprechend kann der Wert von 308.200.000 kWh als Höchstmenge einer Schätzung zugrunde gelegt werden. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Streitverkündete mehrere Unterpächter hat und auch diese Strom aus den Kraftwerksscheiben bezogen haben (ca. 130 MW) – wobei allerdings nicht ersichtlich ist, ob die Beklagte auch hinsichtlich dieser Mengen EEG-umlagepflichtig ist – schätzt die Kammer den Gegenstandswert für die erste Stufe der Klage nach § 3 ZPO auf 20 Mio. EUR.

96