



Berichtigt durch Beschluss  
vom 5. Mai 2020  
Anderer  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

**BUNDESGERICHTSHOF**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

XIII ZR 15/19

Verkündet am:  
3. März 2020  
Zöller  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Bacher und Dr. Schoppmeyer sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 5. Juli 2016 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung gegen die Abweisung der gegen die UPG United Power & Gas GmbH & Co. KG gerichteten Klage zurückgewiesen worden ist.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der Zivilkammer 4 des Landgerichts Hamburg vom 13. November 2015 teilweise abgeändert und im Insolvenzverfahren über das Vermögen der UPG United Power & Gas GmbH & Co. KG eine Forderung der Klägerin in Höhe von 39.277.200,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9.289.515,96 Euro sowie Kosten in Höhe von 1.788.899,35 Euro zur Tabelle festgestellt.

Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten der Klägerin haben die Beklagten 95 % als Gesamtschuldner, die Beklagte zu 1 allein 5 % zu tragen. Ihre außergerichtlichen Kosten tragen die Beklagten und die Streithelferin jeweils selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist einer von vier in Deutschland tätigen Übertragungsnetzbetreibern. Sie streitet mit den Beklagten über deren Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage.
- 2 Die Beklagte zu 1, die frühere Beklagte zu 2, über deren Vermögen im Oktober 2018 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (im Folgenden: Schuldnerin), sowie die Streithelferin waren drei rechtlich selbständige Unternehmen einer zuletzt unter der Bezeichnung "Care-Energy" agierenden Gruppe, die verschiedene Leistungen im Energiebereich anbot. Die Beklagte zu 1 schloss mit ihren Kunden, überwiegend Privathaushalten, keine üblichen Stromlieferungsverträge, sondern Verträge über die Versorgung mit Licht, Kraft, Wärme und Kälte, welche sie zusammenfassend als Nutzenergie bezeichnete. Danach hatten die Kunden die bei ihnen vorhandenen elektrischen Geräte der Beklagten zu 1 "beizustellen", mit der Folge, dass das Betreiben der Geräte als der Beklagten zu 1 zuzurechnende Maßnahmen zur Umwandlung von Strom in Nutzenergie einzuordnen sein sollte. Zusätzlich hatten die Kunden die Möglichkeit, entgeltlich Dienstleistungen der Beklagten zu 1 wie Energieeffizienzberatung und Energiecontrolling in Anspruch zu nehmen. Die Abrechnung der Leistungen der Beklagten zu 1 erfolgte abgesehen von einer Grundgebühr nach Kilowattstunden aufgrund der tatsächlich bezogenen elektrischen Energie. Im Gegenzug sollte der Kunde für die Beistellung seiner Geräte und seines Netzes von der Beklagten zu 1 eine Vergütung von 1 Cent pro Kilowattstunde erhalten. In der Präambel der Verträge wurde darauf hingewiesen, dass die Streithelferin Erfüllungsgehilfe der Beklagten zu 1 sei.
- 3 Zwischen der Streithelferin und der Beklagten zu 1 als Kunde bestand seit dem Jahr 2011 ebenfalls ein als Energiedienstleistungsvertrag bezeichnetes Vertragsverhältnis, das die Versorgung der Beklagten zu 1 mit "Nutzener-

gie" zum Zwecke des Betriebs der "in der Immobilie" der Beklagten zu 1 vorhandenen Anlagen und Geräte zum Gegenstand hatte. Auch hier erfolgte die Vergütung der Vertragsleistung auf der Grundlage des tatsächlich bezogenen Stroms.

4 Vertraglich miteinander verbunden waren des Weiteren die Streithelferin und die Schuldnerin, ein Energieversorgungsunternehmen. In dem zwischen ihnen mit Wirkung vom 1. August 2011 geschlossenen "Rahmenvertrag über die Lieferung und Abnahme von Strom" sowie den darauf bezogenen Einzelverträgen war geregelt, dass die Schuldnerin der Streithelferin an der jeweiligen Übergabestelle - dieses waren die Anschlusspunkte und Zähler der "Nutzenergie-Kunden" der Beklagten zu 1 - die jeweilige Vertragsmenge "in den Fahrplan einstellt, verkauft und liefert" oder deren Lieferung veranlasst und die Streithelferin der Schuldnerin den jeweiligen Vertragspreis bezahlt.

5 Die Klägerin stellte der Schuldnerin ab Januar 2012 monatliche Abschlagsrechnungen über die EEG-Umlage für die innerhalb ihrer Regelzone aus deren Bilanzkreis an die Kunden der Beklagten zu 1 abgegebenen Strommengen, welche die Schuldnerin zunächst auch bezahlte. Nachdem sie jedoch die Abschlagsrechnungen der Klägerin nicht mehr beglich und die bereits erbrachten Zahlungen zurückforderte, nahm die Klägerin die Schuldnerin gerichtlich auf Zahlung von Abschlägen auf die EEG-Umlage für den Zeitraum bis einschließlich Dezember 2012 in Anspruch. Ihre Klage wurde in der Berufungsinstanz rechtskräftig abgewiesen, der auf Rückzahlung erbrachter Abschlagszahlungen gerichteten Widerklage der Schuldnerin wurde hingegen stattgegeben.

6 Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin die Beklagte zu 1 auf Zahlung von Abschlägen auf die EEG-Umlage in Höhe von 2.079.152,83 Euro für die im Zeitraum Oktober bis Dezember 2012 innerhalb ihrer Regelzone an deren Kunden abgegebenen Strommengen in Anspruch genommen. Für den Zeit-

raum Januar 2013 bis Juli 2014 hat sie die Zahlung der Abschläge auf die EEG-Umlage in Höhe von 39.277.200,00 Euro von der Beklagten zu 1 und der Schuldnerin als Gesamtschuldner beansprucht.

7 Die Vorinstanzen haben der gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klage stattgegeben, die Klage gegen die Schuldnerin hingegen abgewiesen. Gegen diese Entscheidung haben sich sowohl die Klägerin als auch die Beklagte zu 1 mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision gewendet.

8 Das Rechtsmittel der Beklagten zu 1 hat der Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 30. Mai 2017 (VIII ZR 154/16) verworfen. Nachdem die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde und der Beklagten zu 1 keine Vermögenswerte mehr zustanden, wurde diese zwischenzeitlich im Handelsregister gelöscht.

9 Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Feststellung der mit der Klage gegen die Schuldnerin geltend gemachten Forderung nebst Zinsen und Kosten zur Insolvenztabelle; der Beklagte zu 2 tritt dem Rechtsmittel entgegen.

#### Entscheidungsgründe:

10 Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit die gegen die Schuldnerin gerichtete Klage abgewiesen worden ist, und in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur antragsgemäßen Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle.

11 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

- 12 Die Klägerin könne von der Beklagten zu 1 Zahlung der EEG-Umlage verlangen. Diese sei ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das Strom an Letztverbraucher liefere. Die Auslegung der zwischen der Beklagten zu 1 und dem jeweiligen Endkunden geschlossenen Vereinbarungen ergebe, dass entgegen der dort gewählten Bezeichnung kein Energiecontracting und keine Lieferung von umgewandelter Nutzenergie vereinbart worden sei, sondern vielmehr die Lieferung von Strom. Da der Kunde durch die Leistung der Beklagten zu 1 offensichtlich in die Lage versetzt werden solle, sämtliche in seinem Haushalt vorhandenen elektrischen Geräte zu betreiben und da dies bei einer Belieferung lediglich mit Licht, Kraft, Wärme und Kälte nicht der Fall sei, seien die Verträge dahingehend auszulegen, dass die Beklagte zu 1 die Belieferung mit Strom schulde. Der zwischen der Beklagten zu 1 und der Streithelferin geschlossene Energiedienstleistungsvertrag, nach welchem die Streithelferin verpflichtet sei, die von der Schuldnerin bis zum Anschlusspunkt und Zähler des jeweiligen Kunden gelieferte Primärenergie in Nutzenergie umzuwandeln, sei ein nichtiges Scheingeschäft. Weder lägen die in dem Vertrag vorausgesetzten tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere die tatsächliche Sachherrschaft der Beklagten zu 1 über die kundenseitig vorhandenen Anlagen und Geräte, vor, noch sei nachvollziehbar, welche Tätigkeiten die Streithelferin zum Zwecke der Umwandlung von Strom in Nutzenergie ausführe, da die Umwandlung durch denjenigen veranlasst werde, der das jeweilige Gerät bediene; dies sei aber der jeweilige Kunde der Beklagten zu 1.
- 13 Die Beklagte zu 1 liefere den Strom auch an ihre Kunden als Letztverbraucher. Da als Lieferung die Handlung zu verstehen sei, die für die Erfüllung der Pflichten des Lieferanten aus einem Stromlieferungsvertrag erforderlich sei, sei für die Einordnung die Übernahme der Versorgungspflicht aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung maßgeblich. Etwas Anderes folge auch nicht aus dem Umstand, dass nur die Schuldnerin, nicht auch die Beklagte zu 1 bei der Kläge-

rin einen Bilanzkreis unterhalte. Dessen vorrangiger Sinn bestehe darin, Abweichungen zwischen den in das Netz eingespeisten und den aus dem Netz entnommenen Strommengen zu reduzieren, um eine höhere Systemstabilität zu erreichen, nicht aber darin, den Schuldner der EEG-Umlage zu ermitteln.

14           Gegen die Schuldnerin stehe der Klägerin hingegen kein Anspruch auf Zahlung der EEG-Umlage zu, da sie keinen Strom an Letztverbraucher geliefert habe. Eine solche Lieferung setze eine vertragliche Beziehung zwischen Lieferanten und Letztverbraucher voraus; eine solche vertragliche Beziehung bestehe aber nur zwischen der Beklagten zu 1 und ihren Kunden. Die rein faktische Stromlieferung durch die Schuldnerin an die Haushaltskunden der Beklagten zu 1 könne zudem schon deshalb kein taugliches Anknüpfungsmerkmal für die Frage der Letztverbraucherbelieferung sein, weil die "Übergabe" des Stroms nicht von der Schuldnerin, sondern unmittelbar von den örtlichen Netzbetreibern bewirkt werde. Unerheblich sei, dass die Beklagte zu 1 sich nicht als Stromlieferantin dem Bilanzkreissystem habe zuordnen lassen.

15           Schließlich lägen auch die Voraussetzungen für eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten zu 1 und der Schuldnerin nicht vor. Eine solche setze voraus, dass sowohl die Beklagte zu 1 als auch die Schuldnerin jeweils Elektrizitätsversorgungsunternehmen seien, die gleichzeitig Strom an Letztverbraucher lieferten, was jedoch nicht der Fall sei.

16           II.     Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidungserheblichen Punkt nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts konnte die Klägerin auch von der Schuldnerin Zahlung der EEG-Umlage verlangen.

17           1.     Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass als Anspruchsgrundlage für die von der Klägerin gegen die Schuldnerin geltend gemachten Zahlungsansprüche, welche die EEG-Umlage für die an

die Vertragskunden der Beklagten zu 1 gelieferten Strommengen für den Zeitraum von Januar 2013 bis einschließlich Juli 2014 betreffen, in sachlicher wie zeitlicher Hinsicht § 37 Abs. 2 EEG 2012 in Betracht kommt. Nach dieser Vorschrift kann der Übertragungsnetzbetreiber von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das Strom an Letztverbraucher liefert, anteilig zu dem gelieferten Strom die EEG-Umlage verlangen, wobei der Anteil so zu bestimmen ist, dass jedes Elektrizitätsversorgungsunternehmen für jede von ihm an einen Letztverbraucher gelieferte Kilowattstunde Strom dieselben Kosten trägt, und auf die Zahlung monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu entrichten sind.

18           2.       Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die Voraussetzungen des § 37 Abs. 2 EEG 2012 auch in Bezug auf die Schuldnerin erfüllt. Nach der Ausgestaltung des von der Schuldnerin, der Beklagten zu 1 und der Streithelferin ins Werk gesetzten Geschäftsmodells ist nicht nur, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, die Beklagte zu 1, sondern auch die Schuldnerin als Elektrizitätsversorgungsunternehmen einzuordnen, welches Strom an Letztverbraucher liefert, und schuldet daher gesamtschuldnerisch mit der Beklagten zu 1 die EEG-Umlage.

19           a)       Ein Liefern an einen Letztverbraucher im Sinne des § 37 Abs. 2 EEG 2012 setzt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zwingend ein Vertragsverhältnis in Form eines Kaufvertrags zwischen dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen und dem den Strom verbrauchenden Abnehmer voraus.

20           Im allgemeinen wie im juristischen Sprachgebrauch werden auch rein tatsächliche Transport- und Übergabevorgänge als Lieferung bezeichnet, wie sich etwa aus den von der Revision in Bezug genommenen Normen des § 478 BGB und der §§ 407 ff. HGB ergibt. Auch die Gesetzssystematik zwingt nicht zu der Interpretation, dass Lieferant im Sinne des § 37 Abs. 2 EEG 2012 aus-



schließlich ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen sein kann, welches mit dem Letztverbraucher einen entgeltlichen Stromlieferungsvertrag geschlossen hat. Eine entsprechende Definition des Begriffs des Lieferers enthält weder das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 noch das Energiewirtschaftsgesetz. Die Definition der Letztverbraucher in § 3 Nr. 25 EnWG in der bis zum 31. Juli 2014 geltenden Fassung als "natürliche oder juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen", welche der Definition der Endkunden in der Elektrizitätsrichtlinie (RL 2009/72/EG) entspricht, besagt ebenfalls nichts darüber, ob als Stromlieferant nur ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen in Betracht kommt, welches den Letztverbrauchern elektrische Energie verkauft.

21           b)     Allerdings erfüllt grundsätzlich bei mehreren auf der Lieferseite tätigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen nur dasjenige Unternehmen den Tatbestand des § 37 Abs. 2 EEG 2012, welches den Letztverbrauchern Strom aufgrund einer mit diesen geschlossenen vertraglichen Vereinbarung zur Verfügung stellt.

22           aa)    Die Frage, wer bei einer Stromlieferung an einen Letztverbraucher als Lieferant im Sinne des § 37 Abs. 2 EEG 2012 einzuordnen ist, wenn an diesem Liefervorgang mehrere Personen beteiligt sind, kann nicht durch eine abstrakte Definition des Begriffs des Lieferanten beantwortet werden. Vielmehr sind die tatsächlichen und rechtlichen Gesamtumstände des Liefervorgangs in den Blick zu nehmen und zu bewerten. Diese Bewertung führt regelmäßig zu dem Ergebnis, dass im Verhältnis zwischen dem mit den stromabnehmenden Letztverbrauchern vertraglich verbundenen Unternehmen und einem Unternehmen, das als Netzbetreiber den physikalischen Durchleitungsvorgang steuert und daher faktisch den Letztverbrauchern den Strom zur Verfügung stellt, grundsätzlich nur ersteres als Lieferant im Sinne des § 37 Abs. 2 EEG 2012 einzuordnen ist. Gleiches gilt für das Verhältnis des Vertragsunternehmens zu

einem Unternehmen, das als bloßer Zwischenhändler tätig ist und ersterem die an die Letztverbraucher gelieferten Strommengen seinerseits veräußert.

23           bb) Aus dem objektiven Empfängerhorizont des Kunden ist in der genannten Konstellation die Stromlieferung allein dem Unternehmen zuzurechnen, mit dem er einen entsprechenden Liefervertrag geschlossen hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Kunde - wie im Regelfall - keine Kenntnis davon hat, auf welcher tatsächlichen und rechtlichen Grundlage das mit ihm vertraglich verbundene Elektrizitätsversorgungsunternehmen seinerseits den Strom bezieht. Selbst wenn das Vertragsunternehmen offenlegt, dass es die Stromlieferungen an den Kunden seinerseits bei einem Dritten einkauft, hat dies für den Kunden keine Relevanz. Insofern verhält es sich bei Stromlieferverträgen nicht anders als bei anderen Lieferketten.

24           Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof die Frage, wer als Energielieferant von Haushaltskunden im Sinne des § 3 Nr. 18 EnWG einzuordnen und daher gemäß § 5 Abs. 1 EnWG zur Anzeige seiner Tätigkeit an die Regulierungsbehörde verpflichtet ist, bereits dahingehend beantwortet, dass die Einordnung nicht von dem physikalischen Durchleitungsvorgang und damit von der tatsächlichen Leistungserbringung abhängt, sondern maßgeblich ist, wer aufgrund der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen aus Sicht des Kunden als Stromlieferant auftritt (BGH, Beschluss vom 7. Juni 2016 - EnVZ 30/15, ZNER 2016, 475 Rn. 15).

25           cc) Auch nach der Systematik des im Erneuerbare-Energien-Gesetz geregelten Belastungsausgleichs ist in einer Mehrpersonenkonstellation auf der Seite der Strom liefernden Elektrizitätsversorgungsunternehmen grundsätzlich dasjenige Unternehmen als Lieferant im Sinne des § 37 Abs. 2 EEG 2012 einzuordnen, welches mit den Endkunden vertraglich verbunden ist. Die in § 37 Abs. 2 EEG 2012 geregelte vierte Stufe des EEG-Belastungsausgleichs, auf

welcher die Belastung des Übertragungsnetzbetreibers durch einen diesem eingeräumten Zahlungsanspruch kompensiert werden soll, knüpft nämlich nicht an die vertragliche Beziehung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu den Bilanzkreisverantwortlichen an, sondern an deren Beziehung zu Letztverbrauchern. Der Gesetzgeber hat damit darauf verzichtet, die EEG-Umlage für jede einzelne vertragliche Transaktion in den - auch im Strommarkt bestehenden - Lieferketten zu erheben, und sich stattdessen für ihre Erhebung beim letzten Weitergabeakt vor dem Verbrauch des Stroms entschieden. Da die EEG-Umlage im Ergebnis durch eine Erhöhung des Strompreises finanziert wird, hat der Gesetzgeber also an das Verhältnis angeknüpft, in dem die EEG-Umlage typischerweise erwirtschaftet wird.

26           c)     Aus diesem Grund ist im Streitfall, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei erkannt hat, die Beklagte zu 1 ein zur Zahlung der EEG-Umlage nach § 37 Abs. 2 EEG 2012 verpflichtetes Elektrizitätsversorgungsunternehmen.

27           Dieser Einordnung steht nicht entgegen, dass sich die Beklagte zu 1 in den mit ihren Kunden abgeschlossenen Verträgen dem Wortlaut nach nicht zur Stromlieferung, sondern zu einer Versorgung mit Nutzenergie verpflichtet hat, was nach der Vorstellung der Beklagten zur Folge haben sollte, dass eine Lieferung von elektrischer Energie an Letztverbraucher nicht stattfindet und eine EEG-Umlage nicht zu entrichten ist. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die vertragliche Leistung der Beklagten zu 1 nach dem Willen der Vertragsparteien in der Zurverfügungstellung elektrischer Energie bestehen sollte, damit diese - dem Zweck einer Stromlieferung an Endverbraucher entsprechend - zur Energieversorgung elektrischer Anlagen und Geräte im Kundenhaushalt oder -unternehmen eingesetzt werden konnte. Hiernach wurde dementsprechend auch das nach Kilowattstunden berechnete Entgelt bemessen. Der Deklaration des Vertragsverhältnisses als Vertrag über die Umwand-

lung elektrischer Energie in Nutzenergie, bei dem der Betrieb "beigestellter" Kundengeräte gedanklich der Beklagten zu 1 als vertraglich geschuldeter Energieumwandlungsprozess zugerechnet wird, hat das Berufungsgericht als für den sachlichen Gehalt der beiderseitigen Leistungspflichten unerheblich zu Recht keine Bedeutung beigemessen. Maßgeblich sind die Vertragspflichten, nicht deren Bezeichnung.

28           d)     Neben der Beklagten zu 1 ist für den Anspruch des Übertragungsnetzbetreibers auf die EEG-Umlage im Streitfall aber auch die Schuldnerin als an den Letztverbraucher lieferndes Elektrizitätsversorgungsunternehmen anzusehen.

29           aa)    Die aus dem Verhältnis zum Endkunden entwickelte Bestimmung des Stromlieferanten ist im Regelfall auch für den Anspruch des Übertragungsnetzbetreibers nach § 37 Abs. 2 EEG 2012 maßgeblich und abschließend. Da die Umlage an die Letztverbraucherbelieferung anknüpft, ist sie von demjenigen zu verlangen, der sich zur Belieferung des Letztverbrauchers verpflichtet hat und diesem das vereinbarte Entgelt berechnet. Wegen dieser Anknüpfung an die vertraglich übernommene Lieferverpflichtung steht dieses Unternehmen auch ohne weiteres fest. Es ist damit sach- und interessengerecht, auch nur dieses Unternehmen als Stromlieferanten anzusehen.

30           bb)    Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn nicht nur bei der physikalischen, sondern auch bei der vertraglichen Ausgestaltung der Belieferung des Letztverbrauchers mit Strom mehrere Unternehmen zusammenwirken und Inhalt sowie Handhabung der getroffenen Vereinbarungen für den Übertragungsnetzbetreiber nicht klar erkennen lassen, welches der beteiligten Unternehmen hiernach als an den Letztverbraucher lieferndes Elektrizitätsversorgungsunternehmen anzusehen ist.

31            Der Übertragungsnetzbetreiber hat typischerweise keinen Einblick in die Letztverbraucherverträge und kann diesen auch nicht ohne Weiteres beanspruchen. Er darf gleichwohl erwarten, dass das vertraglich an den Letztverbraucher liefernde Elektrizitätsversorgungsunternehmen und damit der Schuldner der EEG-Umlage feststeht. Schaffen bei der vertraglichen Belieferung des Letztverbrauchers zusammenwirkende Unternehmen zulasten des Übertragungsnetzbetreibers eine Sach- und Rechtslage, bei der unklar ist, welches Unternehmen als Stromlieferant anzusehen ist, ist dem Übertragungsnetzbetreiber das Recht zuzubilligen, jedes Unternehmen als Stromlieferanten in Anspruch zu nehmen, das an der vertraglichen Ausgestaltung der Belieferung des Letztverbrauchers beteiligt ist.

32            cc)    So verhält es sich nach den getroffenen Feststellungen im Streitfall.

33            Das Geschäftsmodell der Beklagten zu 1, der Schuldnerin und der Streithelferin als zur Care-Energy-Gruppe gehörenden Gesellschaften zielte darauf ab, die EEG-Umlage zu vermeiden. Da dies voraussetzte, dass keines der beteiligten Unternehmen der Gruppe Strom an Letztverbraucher lieferte, hat die Schuldnerin als dasjenige Unternehmen, das einen Bilanzkreis bei der Klägerin als zuständiger Übertragungsnetzbetreiberin unterhielt und zunächst erklärt hatte, es liefere Strom an Letztverbraucher, sowie die EEG-Umlage auch tatsächlich gezahlt hatte, eben dies noch im Jahr 2012 wieder in Abrede gestellt. Zugleich hat die Beklagte zu 1 zwar Versorgungsverträge mit Haushaltskunden und damit mit Letztverbrauchern abgeschlossen, dabei aber, wie ausgeführt, eine Vertragsgestaltung gewählt, mit der der Anschein erweckt wurde, die Vertragsleistung bestehe nicht in der Stromlieferung, sondern in einem Aliud, nämlich der Umwandlung von elektrischer Energie in Nutzenergie. Auf die "Mitnutzung" ihres Bilanzkreises durch die Beklagte zu 1 hat die Schuldnerin die Klägerin nicht hingewiesen. Noch unklarer wurde die Ausgestaltung der

Leistungsbeziehungen dadurch, dass vertraglich zwischen die Schuldnerin und die Beklagte zu 1 die Streithelferin geschaltet war, an welche die Schuldnerin Strom liefern sollte, die jedoch mit der gegenüber der Beklagten zu 1 übernommenen Verpflichtung, für diese und ihre Haushaltskunden den von der Schuldnerin gelieferten Strom in Nutzenergie umzuwandeln, ebenfalls nicht eindeutig als Letztverbraucherin zu erkennen war und von der Schuldnerin und den übrigen Mitgliedern der Care-Energy-Gruppe auch nicht als Letztverbraucherin angesehen und gegenüber der Klägerin offengelegt wurde.

34 e) Da im Streitfall sowohl die Beklagte zu 1 als auch die Schuldnerin aus demselben Rechtsgrund für dieselben Strommengen zur Zahlung der EEG-Umlage verpflichtet sind, die Klägerin diese Zahlung jedoch nur einmal verlangen kann, haften die Beklagte zu 1 und die Schuldnerin als Gesamtschuldner (§ 421 BGB).

35 3. Dem Klagebegehren stehen auch die von dem Revisionsbeklagten geltend gemachten Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage nicht entgegen. Dabei kann dahinstehen, ob sie den Klageanspruch zu Fall bringen könnten, wenn sie zuträfen.

36 a) Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass die EEG-Umlage nach § 37 Abs. 2 EEG 2012 nicht gegen die in Art. 105 ff. GG niedergelegten Grundsätze der Finanzverfassung verstößt, da sie keine unzulässige Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion, sondern eine gesetzliche Preisregelung darstellt, auf welche die für Sonderabgaben entwickelten Maßstäbe keine direkte oder entsprechende Anwendung finden, da weder ein "Formenmissbrauch" des Gesetzgebers ersichtlich ist noch eine Verletzung von Grundrechten der Netzbetreiber, Elektrizitätsversorgungsunternehmen oder Endkunden (BGH, Urteil vom 25. Juni 2014 - VIII ZR 169/13, BGHZ 201, 355 Rn. 12 ff.).

37

b) Von dieser rechtlichen Bewertung abzuweichen, besteht kein Anlass.

38 aa) Dass die in § 37 Abs. 2 EEG 2012 geregelte Verpflichtung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, durch Entrichtung der EEG-Umlage den Übertragungsnetzbetreibern die Differenz zwischen den Kosten aufgrund der abzunehmenden EEG-Strommengen und den Einnahmen aus deren Vermarktung zu erstatten, keine Sonderabgabe darstellt, folgt bereits aus dem Umstand, dass es an der erforderlichen Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand fehlt (vgl. BGHZ 201, 355 Rn. 14 mwN).

39 (1) Das Bundesverfassungsgericht definiert die - verfassungsrechtlich nur unter engen Voraussetzungen zulässige - Sonderabgabe dahin, dass sie die Abgabenschuldner über die gemeine Steuerpflicht hinaus mit Abgaben belastet, ihre Kompetenzgrundlage in einer Sachgesetzgebungszuständigkeit sucht und das Abgabeaufkommen einem Sonderfonds vorbehalten ist (BVerfGE 145, 171 Rn. 102; BVerfGE 101, 141, 148). Die Beschreibung der Sonderabgabe dahingehend, dass das Aufkommen in einen Sonderfonds gelangt, dient der Abgrenzung von der Steuer, bei welcher die Einnahmen direkt in den Staatshaushalt fließen. Diese Abgrenzung ist erforderlich, um verfassungsrechtlich zulässige und verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässige Abgaben zu unterscheiden. Denn die Finanzverfassung des Grundgesetzes, die eine Finanzordnung sicherstellen will, die den Gesamtstaat und die Gliedstaaten am Gesamtertrag der Volkswirtschaft sachgerecht beteiligt, regelt die Gesetzgebungs-, Ertrags- und Verwaltungskompetenz im Wesentlichen nur für das Finanzierungsmittel der Steuer und versagt es daher dem Gesetzgeber grundsätzlich, unter Inanspruchnahme einer Sachkompetenz Sonderabgaben zur Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf eines öffentlichen Gemeinwesens zu erheben und das Aufkommen aus derartigen Abgaben zur Finanzie-

zung allgemeiner Staatsaufgaben zu verwenden (vgl. BVerfGE 101, 141, 147 mwN).



- 40 Dass das Bundesverfassungsgericht bei der Definition der Sonderabgabe die Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand nicht ausdrücklich erwähnt, beruht allein auf dem Umstand, dass es diese Wirkung gerade voraussetzt. Denn nur, wenn die in Frage stehende Abgabe direkt oder indirekt dem Staat zugutekommt, dieser also das Aufkommen verteilen bzw. die Verteilung beeinflussen kann, besteht eine Konkurrenz zu dem Instrument der Steuer und den sonstigen (zulässigen) Abgaben und damit eine finanzverfassungsrechtliche Problematik. Liegt hingegen eine reine Umverteilung unter Privatrechtssubjekten ohne Zwischenschaltung der öffentlichen Hand vor, kann ein Ertragsverteilungsproblem nicht entstehen (vgl. BVerfGE 77, 308, 339).
- 41 Aus der von der Revisionserwiderung in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. April 2017 (BVerfGE 145, 171 Rn. 102) folgt nichts Anderes. Soweit dort ausgeführt wird, das Abgabeaufkommen müsse in einen Sonderfonds gelangen, entspricht dies der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Auch in früheren Entscheidungen wird lediglich von einem Zufluss in einen Sonderfonds gesprochen und die erforderliche Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand nicht ausdrücklich erwähnt (vgl. BVerfGE 101, 141, 148; BVerfGE 91, 186, 201).
- 42 (2) Wie der Bundesgerichtshof bereits ausgeführt hat, fließt die EEG-Umlage, mit der die Förderung des Stroms aus erneuerbaren Energien finanziert wird, weder einem von der öffentlichen Hand verwalteten Sonderfonds noch einer anderen staatlichen Institution zu. Das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 regelt vielmehr - ebenso wie frühere Fassungen oder das Stromeinspeisungsgesetz (vgl. dazu BGH, Urteile vom 11. Juni 2003 - VIII ZR 160/02, BGHZ 155, 141, 148 ff.; vom 22. Dezember 2003 - VIII ZR 90/02, WM 2004, 748) - ausschließlich Leistungs-, Abnahme- und Zahlungspflichten zwischen Rechtssubjekten des Privatrechts. Die den Übertragungsnetzbetreibern zufließenden Gelder stehen ungeachtet der Tatsache, dass auf der in § 37

Abs. 2 EEG 2012 geregelten letzten Stufe des EEG-Belastungsausgleichs mit der EEG-Umlage nur noch eine Weitergabe der Weiterverkaufsverluste nebst Transaktionskosten erfolgt, der öffentlichen Hand weder unmittelbar noch mittelbar zur Verfügung, sondern verbleiben vielmehr in der Hand autonomer Privatrechtssubjekte (BGHZ 201, 355 Rn. 16).

43           (3)     Der Umstand, dass die Bundesnetzagentur als Aufsichtsbehörde in das System des EEG-Belastungsausgleichs eingeschaltet ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Als Aufsichtsbehörde überwacht sie lediglich die Einhaltung der gesetzlichen Regelungen zur Höhe der auf den jeweiligen Stufen des Abwälzungsmechanismus gezahlten Vergütungen beziehungsweise Kostenerstattungen, kann jedoch keinen Zugriff auf die Finanzströme nehmen (BGHZ 201, 355 Rn. 20). Diese Überwachung führt nicht dazu, dass im Rahmen der EEG-Umlage der Betrieb eines Sonderfonds von der öffentlichen Hand auf Private delegiert würde.

44           bb)     Wie der Bundesgerichtshof ebenfalls bereits entschieden hat, stellt die in § 37 Abs. 2 EEG 2012 festgeschriebene EEG-Umlage eine - von der Sonderabgabe zu trennende - gesetzliche Preisregelung dar (BGHZ 201, 355 Rn. 20).

45           (1)     Reine Preisregelungen des Staates liegen vor, wenn die gesetzlich geregelten Belastungen der Bürger keine Geldleistungspflicht gegenüber dem Staat begründen und nicht die Bildung eines zweckgebundenen Sondervermögens zur Folge haben (vgl. BVerfGE 77, 308, 339), sondern Interventionen in den Marktmechanismus vorliegen, die sich nur im Bereich privatautonom vereinbarter Leistungsbeziehungen auswirken (BGHZ 201, 355 Rn. 21). Eben dies ist Gegenstand der EEG-Umlage nach § 37 Abs. 2 EEG 2012 und der übrigen Regelungen des Gesetzes zum Belastungsausgleich. Denn sowohl die Verpflichtung zunächst der Verteilernetzbetreiber und sodann der Übertra-

gungsnetzbetreiber, einen regulierten und damit staatlich vorgeschriebenen Preis für die Einspeisung von aus erneuerbaren Energien erzeugtem Strom zu bezahlen, als auch der vorgeschriebene Lastenausgleich unter den Übertragungsnetzbetreibern und die den Elektrizitätsversorgungsunternehmen auferlegte Pflicht zur Entrichtung der EEG-Umlage an die Übertragungsnetzbetreiber wirken ausschließlich unter diesen Privatrechtssubjekten, die auch die erzielten "Einkünfte" ausschließlich und unmittelbar erhalten.

46           (2)    Dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Sonderabgaben auf gesetzliche Preisregelungen für Rechtsbeziehungen zwischen Privaten weder direkte noch entsprechende Anwendung finden, weil sie weder die Budgethoheit des Parlaments noch die Kompetenzregelungen der Finanzverfassung berühren, ist höchstrichterlich geklärt (vgl. BVerfGE 114, 196, 249 f.; BGHZ 201, 355 Rn. 20 ff.) und wird von der Revisionserwiderung nicht in Frage gestellt.

47           cc)    Ein sonstiger Verstoß gegen das Grundgesetz, insbesondere ein Grundrechtsverstoß oder die fehlende Sachkompetenz des Gesetzgebers, welche der Bundesgerichtshof bereits in seiner zitierten Entscheidung verneint hat (vgl. BGHZ 201, 355 Rn. 23 ff.), ist auch im Streitfall weder geltend gemacht noch ersichtlich.

48           4.    Auch die Vereinbarkeit der gesetzlichen Regelungen über die EEG-Umlage mit dem Recht der Europäischen Union ist nicht zweifelhaft, so dass auch insoweit dahinstehen kann, welche Auswirkungen eine andere Beurteilung auf den Klageanspruch hätte.

49           a)    Der von der Revisionserwiderung erhobene Einwand, die EEG-Umlage stelle eine unzulässige staatliche Beihilfe dar, greift nicht durch.

50

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in Bezug gerade auf das Förder- und Ausgleichssystem des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2012 entschieden, dass dieses nicht gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstößt (EuGH, Urteil vom 28. März 2019 - C-405/16, juris - Kommission/Deutschland). Danach umfasst das Verbot in Art. 107 Abs. 1 AEUV sowohl unmittelbar vom Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen als auch jene Beihilfen, die von öffentlichen oder privaten Einrichtungen gewährt werden, die der Staat zur Verwaltung der Beihilfe errichtet oder benannt hat. Die in dieser Bestimmung getroffene Unterscheidung zwischen "staatlichen" und "aus staatlichen Mitteln gewährten" Beihilfen bedeutet nicht, dass alle von einem Staat gewährten Vorteile unabhängig davon Beihilfen darstellen, ob sie aus staatlichen Mitteln finanziert werden oder nicht; sie dient vielmehr nur dazu, in den Beihilfebegriff die unmittelbar vom Staat gewährten sowie diejenigen Vorteile einzubeziehen, die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden, damit Umgehungen verhindert werden (EuGH, C-405/16 Rn. 52 ff.). Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst somit sämtliche Geldmittel, die die öffentlichen Stellen tatsächlich zur Unterstützung der Unternehmen verwenden können, ohne dass es darauf ankommt, ob diese Mittel dauerhaft zum Vermögen des Staates gehören. Für ihre Einstufung als "staatliche Mittel" genügt der Umstand, dass die Mittel ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen (EuGH, C-405/16 Rn. 57).

51

Die Vorteile der Übertragungsnetzbetreiber aus den mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 eingeführten Mechanismen werden nach dem Urteil des Gerichtshofs jedoch nicht unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt, da der Staat aus den oben ausgeführten Gründen (Rn. 42 f.) weder eine Verfügungsgewalt über die mit der EEG-Umlage erwirtschafteten Gelder hat noch auch nur eine staatliche Kontrolle über die mit der Verwaltung dieser

Gelder betrauten Übertragungsnetzbetreiber ausübt (EuGH, C-405/16 Rn. 75 ff.).

52           b) Die gesetzliche Regelung der EEG-Umlage verstößt auch nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV. Ein etwaiger Verstoß wäre jedenfalls nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt.

53           Die in § 8 EEG 2012 geregelte Pflicht der Netzbetreiber, im Inland aus erneuerbaren Energien erzeugten Strom einzuspeisen und zu festgelegten Preisen zu vergüten, sowie die damit zusammenhängenden Ausgleichsregeln stehen im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Erneuerbare-Energien-Richtlinie). Diese bestimmt in Art. 3 Abs. 1 und 2, dass jeder Mitgliedstaat dafür zu sorgen hat, dass sein Anteil von Energie aus erneuerbaren Quellen am Bruttoendenergieverbrauch im Jahr 2020 mindestens seinem nationalen Gesamtziel für den Anteil von Energie aus erneuerbaren Quellen entspricht, und dass er effektive Maßnahmen zur Erreichung oder sogar zum Übertreffen dieses Ziels trifft. In Art. 3 Abs. 3 ist sodann geregelt, dass die Mitgliedstaaten zur Erfüllung dieser Ziele u.a. Förderregelungen schaffen können. Diese sekundärrechtlichen Vorgaben rechtfertigen das im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 enthaltene Fördersystem, zu welchem auch die EEG-Umlage nach § 37 Abs. 2 EEG 2012 zählt.

54           Der Gerichtshof der Europäischen Union hat bereits zum Stromeinspeisungsgesetz in der Fassung von 1998, welches in § 2 ebenfalls eine Pflicht der Elektrizitätsversorgungsunternehmen vorsah, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen und dafür gesetzlich festgelegte Preise zu zahlen, entschieden, dass diese Regelung nach dem damaligen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Elektrizitätsmarkts nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit verstößt (EuGH, Urteil vom 13. März

2001 - C-379/98, juris Rn. 81 - Preussen Elektra). Diese Beurteilung ist auf die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2012 unmittelbar zu übertragen, da bislang keine unionsweit einheitliche Regelung zur Förderung der erneuerbaren Energien in den Mitgliedstaaten geschaffen worden ist. Dementsprechend hat der Gerichtshof am 1. Juli 2014 judiziert, dass das mit einer nationalen Regelung verfolgte Ziel, die Nutzung erneuerbarer Energiequellen für die Stromerzeugung zu fördern, grundsätzlich geeignet ist, etwaige Behinderungen des freien Warenverkehrs zu rechtfertigen, da die Nutzung erneuerbarer Energiequellen zur Stromerzeugung sowohl dem Umweltschutz dient als auch zugleich dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen, der in Art. 36 AEUV unter den Gründen des Allgemeininteresses genannt ist (EuGH, Urteil vom 1. Juli 2014 - C-573/12, juris Rn. 77 ff. - Ålands Vindkraft AB/ Energimyndigheten).

55           Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung stellen die gesetzlichen Regelungen keine unverhältnismäßige Beschränkung des freien Warenverkehrs dar. Wie der Unionsgerichtshof in der vorgenannten Entscheidung ausgeführt hat, kann beim derzeitigen Stand des Unionsrechts eine territoriale Beschränkung einer nationalen Fördermaßnahme als erforderlich angesehen werden, um das verfolgte legitime Ziel der Förderung einer vermehrten Nutzung erneuerbarer Energiequellen zur Stromerzeugung zu erreichen (C-573/12 Rn. 92 ff.). Dies gilt speziell für die unmittelbare Begünstigung nicht erst des Verbrauchs von "grünem" Strom, sondern bereits seiner Erzeugung auf dem Territorium des Mitgliedstaats (C-573/12 Rn. 94 ff.), wie sie auch hier - samt der wirtschaftlichen Konsequenzen - normiert ist.

56           III.     Da sich die Entscheidung des Berufungsgerichts auch nicht aus anderen Gründen als richtig erweist, ist das Berufungsurteil aufzuheben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da das Berufungsgericht alle für die Bescheidung der Klageansprüche notwendigen Feststellungen getroffen hat

(§ 563 Abs. 3 ZPO). Für die Berechnung der von der Schuldnerin an die Klägerin zu entrichtenden EEG-Umlage sind die vom Berufungsgericht im Verhältnis zur Beklagten zu 1 rechtsfehlerfrei ermittelten Strommengen für den Zeitraum Januar

2013 bis Juli 2014 zugrunde zu legen, anhand deren die Klägerin ihren ursprünglichen Zahlungsantrag gegenüber der Schuldnerin berechnet hat. Daher ist dem infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin geänderten Klageantrag stattzugeben.

Meier-Beck

Bacher

Schoppmeyer

Picker

Linder

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 13.11.2015 - 304 O 51/15 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 05.07.2016 - 9 U 157/15 -





# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XIII ZR 15/19

vom

5. Mai 2020

in dem Rechtsstreit

Der XIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 5. Mai 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Bacher und Dr. Schoppmeyer sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

beschlossen:

Das Urteil des Senats vom 3. März 2020 wird wegen einer offensichtlichen Unrichtigkeit berichtigt.

Auf Seite 19 des Urteils, zweiter Absatz, vierte Zeile (Rn. 51) lautet der Klammerzusatz nicht "Rn. #", sondern "Rn. 42 f.".

Meier-Beck

Picker

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 13.11.2015 - 304 O 51/15 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 05.07.2016 - 9 U 157/15 -