

---

**Oberlandesgericht Hamm, 8 U 119/17**

---

**Datum:** 16.07.2018  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 8. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 8 U 119/17  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2018:0716.8U119.17.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Dortmund, 4 O 434/16  
**Schlagworte:** EEG-Umlage, Netzverluste, geschlossenes Verteilernetz  
**Normen:** EEG 2009 §§ 37 Abs. 1, Abs. 2; 38 EEG 2012 §§ 37 Abs. 2, 38; EEG 2014 § 60 Abs. 3 S. 3 EnWG § 110 Abs. 1, Abs. 4 ZPO § 66 Abs. 2  
**Leitsätze:** Unter Geltung der §§ 37 EEG 2009 und 37 EEG 2012 unterfielen Stromlieferungen an den Betreiber eines geschlossenen Verteilernetzes auch insoweit der EEG-Umlage, als der Strom infolge des Transports im geschlossenen Verteilernetz als sog. physikalisch bedingter Netzverlust nicht mehr anderweitig als Strom-energie zur Verfügung stand.

---

**Tenor:** Die Berufung der Nebenintervenientin gegen das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 12.10.2017 wird zurückgewiesen.

Die Nebenintervenientin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin und die Nebenintervenientin können die Zwangsvollstreckung aus dem jeweiligen Urteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von jeweils 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

<b><u>Gründe</u></b>	1
<b>A.</b>	2
Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Rückzahlung von zu viel gezahlter EEG-Umlage für den Zeitraum Januar 2011 bis Juli 2014 in Höhe von 1.287.109,09 €, soweit der von ihr gelieferte Strom im Rahmen von Netzverlusten von den angeschlossenen Letztverbrauchern nicht verbraucht worden ist.	3
Die Klägerin ist ein Energieversorgungsunternehmen mit Sitz in E. Sie lieferte im streitgegenständlichen Zeitraum Strom an die Nebenintervenientin, bei der es sich um eine Tochtergesellschaft der Flughafen E GmbH mit Sitz in E handelt. Ihr Geschäftszweck ist die Versorgung des Areals Flughafen E mit elektrischer Energie, Wärme und Wasser in einem sog. geschlossenen Verteilernetz, das die Flughafen E GmbH betreibt. Sofern die Flughafengesellschaft den Strom nicht vollständig selbst verbrauchte, wurde er an die auf dem Gelände des Flughafens E ansässigen Letztverbraucher weitergeliefert. Die Einspeisung erfolgte unmittelbar aus dem Netz der Klägerin in das Netz der Flughafen E GmbH.	4
Die Beklagte ist Betreiberin eines Übertragungsnetzes und nimmt am horizontalen und vertikalen Ausgleich der EEG-Umlage teil. Die EEGUmlage wird einmal jährlich für das Folgejahr nach Maßgabe des EEG und der Ausgleichsmechanismusverordnung (AusglMechV) berechnet und von den Übertragungsnetzbetreibern veröffentlicht. An die Beklagte führen die in Ihrem Bezirk ansässigen Energieversorgungsunternehmen die beim Letztverbraucher erhobene EEG-Umlage ab.	5
Die Klägerin leistete die nach dem EEG zu zahlende Umlage für die Nebenintervenientin an die Beklagte. Mit Vertrag vom 01.04.2010 hatte sie unter § 7 für die Nebenintervenientin die Abwicklung der EEG-Pflichtmengen und die Weiterberechnung der dabei anfallenden EEG-Umlagen übernommen.	6
Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Rückzahlung, hilfsweise auf Feststellung der Rückzahlungspflicht der EEG-Umlage in Anspruch, die sie für den streitgegenständlichen Zeitraum für die Nebenintervenientin bezogen auch auf Netzverluste abgeführt hat. Hintergrund ist, dass die Nebenintervenientin ihrerseits nicht mehr bereit ist, in dieser Höhe die EEG-Umlage zu zahlen, und eine Rückzahlung der Beträge begehrt, weil die EEG-Umlage auf sog. Netzverluste erhoben worden und nicht geschuldet sei. Mit einem angeblichen Rückforderungsanspruch in Höhe von 299.716,31 € erklärte sie bereits die Aufrechnung gegen Ansprüche der Klägerin.	7
Die Klägerin hat gemeint, dass für die im geschlossenen Verteilernetz der Flughafen E GmbH aufgetretenen Netzverluste nach § 37 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2009 i.V.m. § 3 AusglMechV; § 37 Abs. 2 EEG 2012 keine EEGUmlage abzuführen gewesen sei, weil insoweit die gelieferten Strommengen nicht von den Letztverbrauchern verbraucht worden seien. Sie hat behauptet, sie habe für diese Netzverluste in dem streitgegenständlichen Zeitraum 1.287.109,09 € bezahlt. Sog. Betriebsverbräuche seien hierin nicht enthalten.	8

- Die Nebenintervenientin ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin beigetreten. 9
- Sie hat in gleicher Weise die Auffassung vertreten, die zum streitgegenständlichen Zeitpunkt geltenden Normen hätten sämtlich an den Letztverbrauch angeknüpft. Unter Letztverbrauch verstehe man keine Netzverluste, sondern jede willentliche Entnahme von Strom. Bei Netzverlusten verbrauche ein Netzbetreiber die Energie gerade nicht im Sinne einer zweckmäßigen Stromentnahme für eine bestimmte Funktion, sondern es handele sich um funktionsunfähige, unvermeidbare Verluste durch den Betrieb des Netzes als solches, so dass hier die Umlagepflicht nicht ausgelöst werde. Dabei könne keine Unterscheidung zwischen geschlossenen und allgemeinen Verteilernetzen erfolgen. Geschlossene Verteilernetze nach § 110 EnWG seien ein Unterfall der allgemeinen Verteilernetze und dürften nicht abweichend behandelt werden. Eine Differenzierung verstoße gegen das Diskriminierungsverbot. 10
- Die Klägerin hat beantragt, 11
- die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.287.109,09 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem Betrag von 299.716,31 € seit dem 05.01.2016 und aus einem Betrag von 987.392,78 € seit Eintritt der Rechtshängigkeit zu zahlen. 12
- Hilfsweise hat sie beantragt, 13
- festzustellen, dass die im Zahlungsantrag genannten Beträge bei der nächsten Jahresabrechnung zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen sind. 14
- Die Nebenintervenientin hat sich den Anträgen der Klägerin angeschlossen. 15
- Die Beklagte hat beantragt, 16
- die Klage abzuweisen. 17
- Sie hat behauptet, die Ermittlung der Netzverluste sei falsch erfolgt, da in der Berechnung Betriebsverbräuche enthalten und solche messtechnisch nicht erfasst worden seien. Sie hat gemeint, dass die EEG-Umlage auch auf sog. Netzverluste geschuldet sei. Die Pflicht zur Entrichtung der EEG-Umlage knüpfe nicht an den Stromverbrauch an, sondern an die Lieferung von Strom an die Letztverbraucher. Maßgeblich für den Verbrauch sei ohnehin nicht jede Umwandlung von Energie, sondern das Aufzehren der Energie, so dass diese fortan nicht mehr für andere Verwendungen zur Verfügung stehe, was auch bei der Verlustenergie der Fall sei. Es sei zu berücksichtigen, dass hier kein allgemeines, sondern ein geschlossenes Verteilersystem vorliege. Soweit mittlerweile gesetzlich geregelt sei, dass auf Netzverluste keine EEG-Umlage entfalle, gelte dies nur für allgemeine Verteilersysteme und nicht für geschlossene Verteilersysteme. 18
- Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. 19
- 20

Zur Begründung hat es ausgeführt, der Hauptantrag (Zahlungsantrag) sei unbegründet, weil nach § 38 EEG 2009 sowie inhaltsgleich § 38 EEG 2012 Änderungen der abzurechnenden Strommenge oder Vergütungszahlungen nicht ausgezahlt werden könnten, sondern bei der jeweils nächsten Abrechnung zu berücksichtigen seien.

Auch der Feststellungsantrag sei unbegründet. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Rückzahlung aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB, denn die Zahlungen seien mit Rechtsgrund erfolgt. Die EEG-Umlage habe auch auf die Lieferung von Verlustenergie abgeführt und so auch von der Klägerin gegenüber der Nebenintervenientin in Rechnung gestellt werden müssen. Es sei schon unzutreffend, dass Verlustenergie automatisch - weil sie nicht verbraucht werde - nicht zu bezahlen sei. Sowohl der Wortlaut des § 37 Abs. 1 EEG 2009 als auch des § 37 Abs. 2 EEG 2012 stelle gerade nicht auf den Verbrauch, sondern auf die Lieferung von Strom ab. Auch in der Kommentierung zum Energierecht und in dem Urteil des KG vom 31.10.2016 (2 U 78/14) befände sich lediglich eine Anknüpfung an die Lieferung von Strom. Soweit Netzbetreiber in allgemeinen Versorgungsnetzen schon zuvor keine Zahlungen der EEG-Umlage auf ihre Netzverluste erbracht hätten, hätte diese Praxis mittlerweile ihre Normierung in § 60 Abs. 3 S. 3 EEG 2014 gefunden. Diese Regelung beziehe sich ausweislich der Definition in § 5 Nr. 27 EEG 2014 nur auf die Netzbetreiber der allgemeinen Versorgung. Auch die alten Regelungen des EEG hätten als Netzbetreiber gemäß § 3 Nr. 8 EEG nur Netzbetreiber der allgemeinen Versorgungsnetze eingestuft. Eine Übertragung dieser Regelung auf die geschlossenen Verteilernetze könne nicht erfolgen. Ein wesentlicher Unterschied bestehe schon darin, dass geschlossene Verteilernetze verschiedene Erleichterungen gegenüber den allgemeinen Verteilernetzen für sich beanspruchten und insoweit privilegiert seien. So nähmen geschlossene Verteilernetze nicht am Umwälzmechanismus teil, indem sie keine erneuerbaren Energien einspeisten, diese nicht gegenüber Kunden abrechnen müssten, keinerlei Meldepflichten unterlägen und zudem auch von der Anreizregulierung der Netzentgelte im Vorhinein befreit seien. Zur Organisation in einem geschlossenen Verteilernetz könne sich das jeweilige Energieversorgungsunternehmen jeweils selbst entschließen und die entsprechenden Vorteile für sich beanspruchen (§ 110 Abs. 3 S. 1 EnWG). In Konsequenz hierzu müssten die geschlossenen Verteilernetze dann aber auch mögliche Nachteile gegen sich gelten lassen. Ein anderes ergebe sich auch nicht aus dem Urteil des EuGH vom 22.05.2008 (C-439/06). Würde man eine solche Gleichbehandlung annehmen, müsste man in Konsequenz auf jedem größeren Betriebsgelände oder gar in jedem privaten Haushalt (welchen man dann ebenfalls als geschlossenes Verteilernetz qualifizieren könne) überprüfen, ob Energie auf dem Weg zu den einzelnen technischen Haushaltsgeräten verloren gehe. Dies könne keine sachgerechte Lösung darstellen, insbesondere auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit.

21

Die Nebenintervenientin wehrt sich hiergegen mit ihrer Berufung, mit der sie die erstinstanzlichen Anträge der Klägerin weiterverfolgt. Sie macht geltend:

22

Rechtsirrig habe das Landgericht den Zahlungsantrag als unzulässig abgewiesen. Dieser sei zulässig, da nach § 38 EEG 2009 und § 38 EEG 2012 eine vollstreckbare Entscheidung vorliegen müsse. Bei einem bloßen

23

Feststellungsurteil handele es sich nicht um einen vollstreckbaren Titel im Sinne dieser Normen.

Rechtsirrig habe das Landgericht den Feststellungsantrag als unbegründet abgewiesen. Die Zahlung der EEG-Umlage durch die Klägerin sei ohne Rechtsgrund erfolgt. Eine EEG-Umlage auf Verlustenergie werde nicht geschuldet. Hierfür werde nicht nur an das Tatbestandsmerkmal der Lieferung, sondern gerade auch an einen Letztverbrauch des gelieferten Stroms angeknüpft. Bei Netzverlusten handele es sich gerade nicht um einen solchen Letztverbrauch. Grundlage für die Beurteilung seien die EEG-Regelungen (§ 37 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 bzw. 37 Abs. 2 S. 1 EEG 2012), die zum Zeitpunkt der Verwirklichung des Sachverhalts gegolten hätten. Sowohl der Wortlaut als auch die Kommentierungen in der Literatur knüpften dabei an das Tatbestandsmerkmal des Letztverbrauchers an. Auch das KG habe in seinem Urteil vom 31.10.2016 (2 U 78/14) das Tatbestandsmerkmal der Lieferung nicht zum ausschließlichen Anknüpfungspunkt der EEG-Umlagepflicht gemacht. Die Nichteinstufung der Netzverluste als willentlicher Akt sei von Beginn an Grundlage des EEG-Umlagemechanismus gewesen. Bei den eingetretenen Netzverlusten im geschlossenen Verteilernetz der Flughafen E GmbH handele es sich nicht um einen Letztverbrauch von Strom. Der Begriff des Letztverbrauchers im Energiewirtschaftsrecht sei einheitlich zu verwenden und ergebe sich aus der Legaldefinition des § 3 Nr. 25 EnWG. Ein maßgeblicher Letztverbrauch von Strom liege bei Verlustenergie nicht vor. Dass Netzverluste keinen Letztverbrauch darstellten, sei auch vom BFH (Beschl. v. 24.02.2016, VII R 7/15) zur Stromsteuer nach Stromsteuergesetz (StromStG) bestätigt worden. Die Anknüpfungen seien eng miteinander verwandt. Es gebe keinen sachlichen Grund, Netzverluste nach dem EEG anders zu behandeln. Eine Rückwirkung des § 60 EEG 2014 könne nicht erfolgen. Die landgerichtliche Entscheidung verstoße gegen § 110 Abs. 4 EnWG, da die Norm auch auf geschlossene Verteilernetze anzuwenden sei. Zwischen Netzen der allgemeinen Versorgung und geschlossenen Verteilernetzen bestehe kein rechtlicher und technischer Unterschied, der eine Ungleichbehandlung beider Netzkategorien rechtfertige. Die geschlossenen Verteilernetze hätten im streitgegenständlichen Zeitraum vollumfänglich am EEG-Ausgleichsmechanismus teilgenommen und würden daran auch weiterhin teilhaben. Sie seien so zu behandeln wie Verteilernetze der allgemeinen Versorgung, soweit es keine Ausnahmen gebe, die mit den europäischen Vorgaben übereinstimmten. Mit dem Urteil des EuGH vom 22.05.2008, C 439/06, seien solche Objektnetzausnahmen für europarechtswidrig erklärt worden, da es sich auch bei einem Flughafennetz um ein für den Wettbewerb unter fairen und gleichen Bedingungen zu nutzendes Verteilernetz im Sinne der Elektrizitätsbinnenmarktlinie 2003/54/EG handele. Die gesetzlichen Ausnahmen seien in § 110 EnWG abschließend festgeschrieben. Eine negative gesetzliche Ausnahme für geschlossene Verteilernetze ergebe sich hieraus nicht.

Die Nebenintervenientin beantragt, 25

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 1.287.109,09 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem Betrag von 299.716,31 € seit dem 05.01.2016 und aus einem Betrag von 987.392,78 € seit Eintritt der 26

Rechtshängigkeit zu zahlen;hilfsweise unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils festzustellen, dass die im Zahlungsantrag genannten Beträge bei der nächsten Jahresabrechnung zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen sind.

Die Beklagte beantragt, 27

die Berufung zurückzuweisen. 28

Sie hält die Berufung für unzulässig und verteidigt das Urteil in der Sache mit näheren Ausführungen. 29

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 30

**B.** 31

Die Berufung der Nebenintervenientin ist zulässig, aber unbegründet. 32

**I. Zulässigkeit der Berufung** 33

Die Berufung der Nebenintervenientin scheidet nicht an einer fehlenden Beschwer, weil sich ihre Berufung vermeintlich nur auf das eigene Kosteninteresse beschränkt. Denn sie kann für die Hauptpartei, also hier die Klägerin, Rechtsmittel einlegen und begründen (§ 66 Abs. 2 ZPO; BGH NJW 1985, 2480; WM 2016, 1955 f.; Zöller-Althammer, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 67 Rn. 5). Soweit die Berufung „im eigenen Namen“ (und zudem mit der Angabe eines Beschwerdewerts von 14.052,50 €) eingelegt worden ist, kann ein Rechtsmittel im eigenen Namen zwar grundsätzlich nur zulässig erfolgen, wenn eine Entscheidung gegen die Nebenintervenientin selbst ergangen ist, ihr z.B. die Kosten auferlegt worden sind (OLG Oldenburg NJW-RR 1995, 829; Zöller-Althammer, a.a.O., § 67 Rn. 10). Das Berufungsbegehren der Nebenintervenientin ist indes im Streitfall seinem ersichtlichen Sinn entsprechend dahin auszulegen, dass das landgerichtliche Urteil gerade auch in der Sache angegriffen werden sollte. Ein Angriff allein gegen die Kostenbeschwer war, ohne dass das Recht der Klägerin in der Hauptsache weiterverfolgt würde, offensichtlich unzulässig und für die Rechtsverfolgung der Nebenintervenientin untauglich, wobei zudem zu berücksichtigen ist, dass der Umfang der Anfechtung mit der Einlegung der Berufung noch nicht festliegen muss (OLG Zweibrücken FamRZ 2007, 1573; Zöller-Heßler, a.a.O., § 519 Rn. 36). So ergab sich dann konform aus der Berufungsbegründungsschrift, dass die Nebenintervenientin aus eigenem wirtschaftlichen Interesse in der Hauptsache eine Rückzahlung der über die Klägerin abgeführte EEG-Umlage fordert, soweit diese sich auch auf Netzverluste erstreckt. Eine Beschränkung auf eine eventuelle Kostenbeschwer lag insgesamt nicht vor. 34

**II. Begründetheit der Berufung** 35

**1. Hauptantrag: Zahlung i.H.v. 1.287.109,09 €** 36

a) 37

38

Dem Zahlungsantrag steht nicht, wie vom Landgericht angenommen, § 38 EEG entgegen, weil vermeintlich nicht eine Auszahlung, sondern nur eine Berücksichtigung bei der jeweils nächsten Abrechnung in Betracht kommt. Aus der genannten Vorschrift geht selbst ein Ausschluss eines Zahlungsverlangens oder eine aufgeschobene Fälligkeit o.ä. nicht hervor. Dort heißt es:

*„Ergeben sich durch eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung im Hauptsacheverfahren oder einen anderen vollstreckbaren Titel, der erst nach der Abrechnung nach § 36 Abs. 1 oder § 37 Abs. 4 ergangen ist, Änderungen der abzurechnenden Strommenge oder Vergütungszahlungen, sind diese Änderungen bei der jeweils nächsten Abrechnung zu berücksichtigen.“* 39

Soweit ein Anspruch auf eine Erstattung besteht, kann dieser, auch wenn eine Zahlung tituliert wird, ebenfalls bei der nächsten Abrechnung berücksichtigt werden. Überdies ist – anders als bei einem Feststellungsurteil – gerade ein vollstreckbarer Titel erforderlich, wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt („... oder einen anderen vollstreckbaren Titel“; vgl. Altrock, in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 38 Rn. 8 f.). Der Zahlungsantrag ist insofern nicht durch die Regelung des § 38 EEG ausgeschlossen. 40

b) 41

In der Sache ist die Klage mit dem Landgericht unbegründet. 42

Es besteht kein Anspruch der Klägerin aus § 812 Abs. 1 Alt. 1 BGB auf Herausgabe überzahlter 1.287.109,09 €. Die Zahlungen der EEG-Umlage bezogen auch auf die hier fraglichen Netzverluste sind nicht ohne Rechtsgrund erfolgt. 43

aa) 44

Die Beklagte hat durch den Erhalt der EEG-Umlage etwas erlangt. 45

Die Zahlungen an die Beklagte durch die Klägerin für Stromlieferungen einschließlich der EEG-Beträge sind durch Leistung erfolgt. Zwar schuldete die EEG-Umlage die Nebenintervenientin, die Strom an die Flughafen E GmbH lieferte. Die Klägerin übernahm lediglich die Abrechnung im Rahmen einer Weiterleitung an die Nebenintervenientin (gemäß Stromvertrag § 7, Anl. S 17). Allerdings liegt eine Leistung auch vor bei Zahlung auf eine fremde (tatsächlich nicht bestehende) Schuld, wenn kein Anweisungsfall vorliegt (BGH, Urt. v. 28.11.1990, XII ZR 130/89, für Berufshaftpflichtversicherer). Insofern hat aus Empfängerhorizont der Beklagten die Klägerin geleistet. 46

bb) 47

Die Zahlungen der EEG-Umlage an die Beklagte auch die streitgegenständlichen Netzverluste betreffend, sind nicht ohne Rechtsgrund erfolgt. 48

Maßstab für die Frage der Rechtsgrundlosigkeit ist § 37 Abs. 1 EEG 2009 und für den Zeitraum ab Januar 2012 inhaltsgleich § 37 Abs. 2 EEG 2012. 49

(1) Danach können	50
<i>„die Übertragungsnetzbetreiber (...) von Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher liefern, anteilig zu dem jeweils von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen an ihre Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher gelieferten Strom die Kosten für die erforderlichen Ausgaben nach Abzug der erzielten Einnahmen und nach Maßgabe der Ausgleichsmechanismusverordnung verlangen (EEG-Umlage). Der Anteil ist so zu bestimmen, dass jedes Elektrizitätsversorgungsunternehmen für jede von ihm an eine Letztverbraucherin oder einen Letztverbraucher gelieferte Kilowattstunde Strom dieselben Kosten trägt (...).“</i>	51
Diese Regelung knüpft an die von der Nebenintervenientin erbrachten Stromlieferungen an. Es trifft entgegen der Auffassung der Nebenintervenientin nicht zu, dass die über die Klägerin über das geschlossene Verteilernetz an den Letztverbraucher gelieferten Strommengen durch den Letztverbraucher verbraucht werden müssen, um die Umlagepflicht zu begründen.	52
Das Vorliegen eines geschlossenen Netzes i.S.v. § 110 Abs. 2 EnWG ist insoweit unstrittig.	53
Ein <i>„Energieversorgungsnetz, mit dem Energie zum Zwecke der Ermöglichung der Versorgung von Kunden in einem geografisch begrenzten Industrie- oder Gewerbegebiet oder einem Gebiet verteilt wird, in dem Leistungen gemeinsam genutzt werden“</i> , kann nach dieser Regelung dann als geschlossenes Verteilernetz eingestuft werden, u.a. wenn	54
<i>„2. mit dem Netz in erster Linie Energie an den Netzeigentümer oder -betreiber oder an mit diesen verbundene Unternehmen verteilt wird (...).“</i>	55
wobei diese Einstufung nur erfolgt,	56
<i>„wenn keine Letztverbraucher, die Energie für den Eigenverbrauch im Haushalt kaufen, über das Netz versorgt werden oder nur eine geringe Zahl von solchen Letztverbrauchern, wenn diese ein Beschäftigungsverhältnis oder eine vergleichbare Beziehung zum Eigentümer oder Betreiber des Netzes unterhalten.“</i>	57
Die Flughafen E GmbH betreibt vorliegend das Stromnetz auf dem Areal des Flughafens in E, an welches auch die von ihr belieferten Letztverbraucher angeschlossen sind.	58
Der Letztverbrauch wird in diesem Zusammenhang definiert als ein Verbrauch, der nur zu einer Energieumwandlung führt. Entscheidend hierfür ist, dass der entnommene Strom für eine bestimmte energieabhängige Funktion verwendet und hierfür aufgezehrt wird (§ 3 Nr. 25 EnWG; BGH Urt. v. 17.12.2009, EnVR 56/08). Insoweit ist ebenfalls unstrittig, dass nach Lieferung in das geschlossene Verteilernetz der Flughafen E GmbH vor dem Letztverbrauch Netzverluste bestehen.	59

Bei Netzverlusten handelt es sich um physikalisch bedingte Verluste von Strom, die bei Transport, Umspannung oder Verteilung entstehen und in der Folge nicht mehr als elektrische Energie im Netz zur Verfügung stehen. 60

(2) 61

Bei der Gesetzesauslegung des § 37 Abs. 2 EEG 2012 stellt der Wortlaut – in Satz 1 - allein darauf ab, anteilig die Umlage auf den von den Elektrizitätsunternehmen an die Letztverbraucher *gelieferten* Strom zu erheben. Dabei regelt zudem Satz 2, dass der Anteil konkret zu bestimmen ist und dass die Kosten zu tragen sind für die an einen Letztverbraucher *gelieferten* Kilowattstunden. Der Gesetzeswortlaut ist insoweit eindeutig. Gerade auch der Ansatz für die Bestimmung des Anteils richtet sich nach der Lieferung. 62

Es wird als Tatbestandsvoraussetzung wie auch zur Ermittlung des Anteils auf die Lieferung abgestellt und nicht auf den Verbrauch. Entsprechendes gilt nach § 3 Abs. 1, 6 der Ausgleichsmechanismusverordnung in der seit 25.07.2009 gültigen Fassung. Der Gesetzeswortlaut selbst lässt schon keine Reduktion auf den verbrauchten Strom zu. Ein Anhaltspunkt dafür, dass die zu berechnenden Strommengen willentlich verbraucht werden müssen, ergibt sich hieraus nicht. 63

Zutreffend ist insoweit zwar, dass Tatbestandsvoraussetzung für das Entstehen der EEG-Umlagepflicht ein Letztverbrauch ist. Ein solcher ist aber unstrittig. Ein Letztverbrauch erfolgt durch die Flughafen E GmbH und weitere Letztverbraucher. Diese Voraussetzung erstreckt sich indes nicht auch auf die Frage der Höhe der EEG-Umlage, die ihrerseits anknüpft an die Lieferung und nicht an einen anschließenden willentlichen Verbrauch im Rahmen eines Verzehrs des Stromes ohne die nach Lieferung auftretenden Energieverluste. Ob und wie der Letztverbraucher den Strom nach der Lieferung in das geschlossene Verteilernetz verbraucht, ist nach dem EEG tatbestandlich nicht relevant. Dies gilt auch für Stromlieferungen, die nicht von der Flughafen E GmbH verbraucht wurden, sondern von auf dem Flughafengelände ansässigen Unternehmen, die an das geschlossene Verteilernetz angeschlossen sind. Zwar ist anerkannt, dass die Lieferung von Strom dann nicht umlagepflichtig ist, wenn er an Dritte weitergeleitet wird, weil nur auf der letzten Stufe der Lieferkette die EEG-Umlage erhoben werden soll, um Doppelbelastungen zu vermeiden. Die Überlassung von Strom an die betreffenden Unternehmen auf dem Flughafengelände stellt jedoch keine Weiterlieferung an Dritte in diesem Sinne seitens der Flughafen E GmbH dar. Die Einspeisung des Stroms in das geschlossene Verteilernetz stellt vielmehr die letzte Stufe der Lieferkette dar, unabhängig davon, ob der in dieses Netz gelangte Strom von der Netzbetreiberin oder anderen angeschlossenen Unternehmen verbraucht wird. 64

Diese Betrachtung hat auch das KG Berlin in seinem Urteil vom 31.10.2016, 2 U 78/14 vorgenommen, wenn es ausführt, dass § 37 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 ebenso wie die Vorgängervorschriften an die Lieferung, nicht aber an die Erzeugung oder den Verbrauch von Strom anknüpfen. Diese Entscheidung ist in Bezug auf § 37 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 auch allgemein gehalten und betrifft keineswegs nur den dort entschiedenen Fall des Eigenstromprivilegs. 65

66

Entsprechend wird dies von der einschlägigen Kommentierung zu § 37 EEG gesehen. In Altrock, Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 37 Rn. 17, ist konkretisiert, dass Bezugsgröße des Anspruchs des Übertragungsnetzbetreibers die Strommenge ist, die das Energieversorgungsunternehmen in der Regelzone des Übertragungsnetzbetreibers an Letztverbraucher geliefert hat. Im Übrigen trifft es zwar zu, dass hinsichtlich des Adressaten der Verpflichtung an den Verbraucher angeknüpft wird (vgl. Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 37 Rn. 12; Cosack, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 3. Aufl. 2013, § 37 Rn. 37). Dieser Aspekt ist aber ersichtlich nicht gleichzusetzen mit der Anknüpfung der Bemessung der EEG-Umlage. In Bezug hierauf ist nach dem Gesetzeswortlaut Maßstab die Lieferung. Aus der betreffenden Kommentierung ergibt sich wiederum auch nicht, dass alsdann nur ein tatsächlicher oder willentlicher Stromverbrauch bedeutsam sein soll.

Keinesfalls kann, wie die Nebenintervenientin meint, unter Berücksichtigung des Beschlusses des BFH vom 24.02.2016, VII R 715, eine Parallelwertung zum Stromsteuerrecht vorgenommen werden, denn dort wird in § 5 Abs. 1 StromStG an eine Entnahme angeknüpft. Eine solche Entnahme verlangt § 37 EEG 2009 bzw. EEG 2012 tatbestandlich nicht. Es fehlt an einer Vergleichbarkeit, so wie der BFH in dem angefochtenen Beschluss selbst auch ausführt, dass aufgrund unterschiedlicher energiewirtschaftlicher und stromsteuerlicher Zielsetzungen eine Auslegung nur nach stromsteuerlichen Gesichtspunkten zu erfolgen hat. Dies muss konsequenterweise auch gelten in Bezug auf das EEG, zumal die EEG-Umlage nicht als eine öffentliche Abgabe qualifiziert wird (BGH Ur. v. 25.06.2014, VIII ZR 169/13). 67

(3) 68

Ebenso wenig ergibt sich eine Anknüpfung der Bezugsgröße an den Letztverbrauch aus der Gesetzessystematik des EEG. 69

Die Flughafen E GmbH mit dem von ihr betriebenen geschlossenen Netz wird nach § 110 EnWG von diesem Mechanismus nicht ausgenommen. Sie betreibt im Sinne des EEG kein Netz und ist nicht Netzbetreiberin der allgemeinen Versorgung. Ihre Versorgung beschränkt sich auf die Versorgung bestimmter schon bei Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Netzverbraucher. Insofern ist es ihr verwehrt, sich auf eine Befreiung der allgemeinen Netzbetreiber von der EEG-Umlage zu berufen, die zuvor praktiziert worden ist und nunmehr in § 60 Abs. 3 S. 3 EEG 2014 geregelt ist. Auf den von der Streitverkündeten bewegten Gesichtspunkt einer Unzulässigkeit einer Rückwirkung dieser Neuregelung kommt es nicht an. Geschlossene Verteilernetze stehen im Rahmen von Belastungsausgleichen einem Letztverbraucher gleich und sind gerade nicht Netzbetreiber der allgemeinen Versorgung (BGH Ur. v. 16.12.2014, EnZR 81/13, zu § 9 KWKG). 70

(4) 71

Auch die Entstehungsgeschichte erlaubt nicht den Rückschluss auf eine andere Betrachtung. Weder europarechtliche Vorgaben sind hierfür vorgetragen und ersichtlich noch Anknüpfungen im Rahmen der deutschen Gesetzesentstehung. 72

Eine europarechtliche Vorgabe, die eine Anknüpfung bei geschlossenen Verteilernetzen, die nicht Übertragungsnetz sind, allein an den Letztverbrauch fordert, ist nicht dargetan und nicht ersichtlich. 73

Das Urteil des EuGH vom 22.05.2008, C-439/06, befasst sich im Hinblick auf § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG mit der Frage eines Rechts zur Verweigerung des freien Zugangs zu Energieversorgungsnetzen auf einem zusammengehörenden Betriebsgebiet und erlaubt keine Rückschlüsse auf die hier streitige Frage der Bestimmung der Bemessung der EEG-Umlage. Eine europarechtswidrige Diskriminierung durch die seinerzeitigen hier streitrelevanten EEG-Vorschriften oder durch eine beschränkte Belieferung von Kunden, die an das geschlossene Verteilernetz angeschlossen sind, ist nicht festzustellen. 74

Auch nach der Begründung der Vorgängervorschrift § 14 Abs. 3 EEG 2004 hat der Gesetzgeber an die Lieferung, nicht aber an die Erzeugung oder den Verbrauch von Strom angeknüpft, indem er die Verpflichtung zur Durchführung des Lastenausgleichs den Stromlieferanten als Verursacher einer klima- und umweltgefährdenden Energieversorgung auferlegt hat (BT-Drs. 15/2327, S. 37; BGH Urt. v. 21.12.2005, VIII ZR 108/04, NJW-RR 2006, 632; Urt. v. 09.12.2009, EnVR 56/08). Die Rechtsprechung zu § 14 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 kann zur Auslegung und Anwendung des § 37 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 herangezogen werden (s. KG a.a.O). Die Vorschriften sind in ihrem wesentlichen Wortlaut identisch. In der Gesetzesbegründung zu § 37 Abs. 1 EEG 2009 heißt es, die Vorschrift entspreche dem § 14 Abs. 3 EEG 2004. Sie normiere die vierte Stufe der bundesweiten Ausgleichsregelung (BT-Drs. 16/8148, S. 63). 75

Soweit von der Nebenintervenientin die Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzgebungsverfahren des EEG 2017 zur nach ihrer Ansicht erforderlichen Gleichbehandlung mit Netzbetreibern der allgemeinen Versorgung bemüht wird (BR-Drucks. 619/16 S. 25 f.), so geht daraus umgekehrt hervor, dass eine Befreiung geschlossener Netzbetreiber hinsichtlich der Verlustenergie bislang, also auch im hier streitgegenständlichen Zeitraum, nicht existierte. Weil eine Ungleichbehandlung gegenüber der allgemeinen Versorgung sachlich nicht gerechtfertigt sei, solle diese, nämlich zukünftig, beseitigt werden. Diese Erörterungen betreffen nur die Rechtslage de lege ferenda, berechtigen aber nicht zu einer anderen Betrachtung für die Vergangenheit. Das Vorhaben, die geltende Rechtslage zugunsten der Betreiber geschlossener Verteilernetze zu verändern, wurde zudem vom Bundestag ausdrücklich abgelehnt. Diese Ablehnung wurde damit begründet, dass geschlossene Verteilernetze anders als die allgemeine Versorgung nur der Versorgung eines eng begrenzten Personenkreises dienen, was es rechtfertige, nur die Betreiber der Netze der allgemeinen Versorgung für den Verlustenergiebezug zu befreien. Nur bei diesen komme die Befreiung der Allgemeinheit zugute (BT-Drucks. 18/10352, S. 23). 76

(5) 77

Auch eine Betrachtung des Gesetzeszwecks (teleologische Auslegung) rechtfertigt keine Ausnahme von der gesetzlichen Anknüpfung der EEG-Umlage an die Lieferung an das geschlossene Verteilernetz. Zwar könnte für eine 78

solche Ausnahme und eine Anknüpfung an den Letztverbrauch grundsätzlich sprechen, dass sich das EEG-Umlagesystem an den Ausspeisungen zum Zweck des Letztverbrauchs orientiert. Jedoch wird der Betreiber, wie ausgeführt, nach dem Gesetz gerade einem Letztverbraucher gleichgesetzt, in dessen Netz für einen eng begrenzten Personenkreis der Verbrauch stattfindet und in dem dann auch die ihm selbst zuzurechnenden Stromverluste auftreten.

(6) 79

Eine dem Gesetzeszweck zuwiderlaufende Ungleichbehandlung der Verteilernetzbetreiber ist, auch wenn die allgemeinen Verteilernetze in der Vergangenheit auf ihre Netzverluste keine EEG-Umlage gezahlt haben, nicht anzunehmen. Denn die gesetzlichen Regelungen differenzieren zwischen den Netzen der allgemeinen Versorgung und geschlossenen Verteilernetzen auch hinsichtlich der Netzverluste vor dem Hintergrund, dass den Netzbetreibern der allgemeinen Versorgung maßgebliche Verpflichtungen (Verpflichtung zum Netzanschluss, zur Vergütung von entsprechenden Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien und zur Teilnahme am Wälzungsmechanismus) auferlegt werden, die die Betreiber der geschlossenen Verteilernetze nicht treffen. Insofern würde das Privileg der Befreiung von der EEG-Umlage auch im geschlossenen Verteilernetz umgekehrt gerade zu einer Ungleichbehandlung der allgemeinen Versorger führen, denen alleine zugunsten der Allgemeinheit auch die oben bezeichneten Verpflichtungen auferlegt sind. 80

Ebenso wenig verstößt die landgerichtliche Entscheidung gegen § 110 Abs. 4 EnWG (wonach eine gesetzliche Vermutung besteht, dass Entgelte in geschlossenem Netz den rechtlichen Vorgaben entsprechen, wenn sie nicht höher sind als im vorgelagerten Energieversorgungsnetz), denn eine Gleichbehandlung von Netzen der allgemeinen Versorgung sowie geschlossenen Verteilernetzen ist gerade nicht vorgesehen, zumal es dem Betreiber des geschlossenen Netzes nicht untersagt ist, höhere Entgelte als die umgebenden Netze der allgemeinen Versorgung auf gleicher Netz- und Umspannungsebene zu verlangen. 81

Eine gesetzes- und zweckwidrige Ungleichbehandlung lässt sich schließlich nicht daraus herleiten, dass die Flughafen E GmbH vermeintlich vollumfänglich auch am EEG-Ausgleichsmechanismus teilnehme. Denn die Verpflichtungen des Netzbetreibers nach dem EEG zum Anschluss von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien an das Netz, zur Einspeisung und zur Auszahlung von Einspeisevergütungen und Marktprämien an die Anlagenbetreiber treffen die Betreiber der geschlossenen Netze nicht. Diese richten sich lediglich an die Betreiber von Netzen der allgemeinen Versorgung. Soweit auch die Lieferungen an Letztverbraucher in einem geschlossenen Netz an der EEG-Umlage teilnehmen, betrifft dies nicht den Pflichtenkreis auch des Betreibers des geschlossenen Verteilernetzes. Die Erhebungspflicht trifft vielmehr nur die Betreiber von Verteilernetzen der allgemeinen Versorgung und die Übertragungsnetzbetreiber (§ 7 Abs. 2 AusglMechV; §§ 61, 61i Abs. 2 EEG 2017). 82

83

Eine Behandlung der Nebenintervenientin nach den Regeln für Netze der allgemeinen Versorgung ist nach den gesetzlichen Regelungen und ihren Zwecksetzungen nicht geboten.

c) 84

Auf einen Ausschluss der Rückzahlungsforderung nach § 814 BGB und auf die Berechtigung der Rückforderung der Höhe nach kommt es nicht mehr an. 85

**2. Hilfsantrag: Feststellung** 86

Auch auf den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag kommt es im Hinblick auf eine positive Bescheidung des Hauptantrags nicht mehr an. 87

**III. Nebenentscheidungen** 88

1. 89

Eine Vorlage der Sache an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV ist nicht geboten. Zum einen entscheidet der Senat nicht als letztinstanzliches Gericht. Zum anderen ist eine solche Vorlage in der Sache nicht gerechtfertigt. Ein diskriminierender, unfairer und europarechtswidriger Wettbewerb im Verhältnis zu den Netzbetreibern der allgemeinen Versorgung ist nicht zu konstatieren. Eine Entscheidung über die Auslegung der Verträge ist nicht erforderlich. 90

2. 91

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1, 708 Nr. 10 und 711 ZPO. 92

Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, § 543 Abs. 1 ZPO. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage anerkannter Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur getroffen hat. Die Rechtssache besitzt weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 93