



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF
BESCHLUSS

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Richter am Oberlandesgericht L., den Richter am Oberlandesgericht Dr. E. und die Richterin am Oberlandesgericht A. auf die mündliche Verhandlung vom 29.05.2013

b e s c h l o s s e n :

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 01.02.2013, BK 4-09-129, aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, über den Antrag der Antragstellerin vom 30.06.2009 in der geänderten Fassung vom 30.06.2010 auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme für das Projekt „110 kv-Leitung B.-C.-D.“ unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt die Bundesnetzagentur.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

Die Antragstellerin betreibt ein etwa 1.500 km langes 110 kV-Hochspannungsnetz in der Stadt Magdeburg sowie im Norden Sachsen-Anhalts. Das Stromnetz der Antragstellerin dient nicht nur der Versorgung von Letztverbrauchern, die an ihrem bzw. dem nachgelagerten Netzen angeschlossen sind, sondern transportiert vermehrt Strom, der in nachgelagerte Netze oder im eigenen Netz von dezentralen Erzeugungsanlagen eingespeist wird, in das vorgelagerte Übertragungsnetz zurück. So betrug im Jahr 2010 die Jahreshöchstlast aller Entnahmen aus dem Netz der Antragstellerin ... und die maximale Einspeiselast Im Jahr 2011 erhöhte sich dann die maximale Einspeiselast auf Im Jahr 2010 erfolgte in ca. 99 % aller Viertelstunden eine Rückspeisung aus dem Netz der Antragstellerin in das vorgelagerte Übertragungsnetz. Etwa 20 % des abzuleitenden Stroms stammen aus EEG-Anlagen, die unmittelbar an das Netz der Antragstellerin angeschlossen sind, 80 % des abzuleitenden Stroms aus EEG- und KWKG-Anlagen, die an nachgelagerte Fremdnetze angebunden sind.

Durch die zunehmende Rückspeisung von dezentral erzeugter Energie hat auch das Erzeugungsmanagement deutlich zugenommen. Vermehrt müssen EEG-Anlagen abgeregelt werden, um die Netzsicherheit zu gewährleisten. Durch diese Entwicklung, die durch die Netzintegration von EEG- und KWKG-Anlagen bedingt ist, ist ein Ausbau des Netzes der Antragstellerin erforderlich. Um die Netzstabilität zu verbessern, plante die Antragstellerin bereits ab dem Jahr 2008 den Bau einer erweiterten 110-

kV-Freileitung auf einem 22 km langen Teilstück zwischen B. und D.. Die Transportleistung sollte auf diesem Teilstück durch die neue Leitung nahezu verdoppelt werden. Mit dem Bau der Leitung wurde Anfang 2010 begonnen und die Leitung wurde im September 2011 in Betrieb genommen.

Die Antragstellerin hatte für dieses Projekt am 30.06.2009 ein Investitionsbudget gem. § 23 Abs. 6 ARegV a. F. beantragt und diesen Antrag dann am 30.06.2010 erweitert. Sie hatte für die Maßnahme als Anschaffungs- und Herstellungskosten ... angegeben. Es folgten mehrere Nachfragen der Bundesnetzagentur und Stellungnahmen der Antragstellerin. Die Regulierungsbehörde des Landes Sachsen-Anhalt hatte zu dem Genehmigungsantrag mit Schreiben vom 12.06.2012 Stellung genommen und war davon ausgegangen, dass die beantragte Investition nach § 23 Abs. 6 ARegV genehmigungsfähig sei. Mit Schreiben vom 23.11.2010 teilte die Bundesnetzagentur der Antragstellerin mit, dass kein Investitionsbudget genehmigt werden könne, weil der Erweiterungsfaktor im Sinne des § 10 ARegV vorrangig sei und die geplante Maßnahme abdecke. Nachdem die Antragstellerin zuletzt mit Schreiben vom 01.12.2012 ihre Rechtsauffassung erläutert hatte, reagierte die Bundesnetzagentur zunächst nicht, so dass die Antragstellerin am 08.11.2012 Untätigkeitsverpflichtungsbeschwerde erhob. Am 01.02.2013 lehnte die Bundesnetzagentur dann den Antrag durch Beschluss ab.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass das Vorhaben als Investitionsmaßnahme gem. § 23 Abs. 6 ARegV n. F. zu genehmigen sei. Es handele sich um eine Erweiterungsinvestition, weil auf dem betroffenen Teilstück die Transportkapazität aufgrund der Transportaufgabe „Rückspeisung“ erheblich erhöht worden sei. Für die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme sei es nicht erforderlich, dass die EEG- oder KWKG-Anlagen unmittelbar auf der Netzebene des Netzbetreibers angeschlossen werden müssten.

Die Antragstellerin meint, dass sie nicht darauf verwiesen werden könne, die Investitionskosten nur im Rahmen des Erweiterungsfaktors im Sinne des § 10 ARegV geltend zu machen. Werde die Maßnahme nur im Rahmen des Erweiterungsfaktors berücksichtigt, führe dies in der ersten Regulierungsperiode nur zu einer Erhöhung von insgesamt ... Euro. Die Antragstellerin verweist darauf, dass der pauschalierte Investitionszuschlag gem. § 25 ARegV bei ihr lediglich ... € betrage, so dass auch dieser Betrag angesichts des dargestellten Umfangs des Investitionsprojekts nicht zur Refinanzierung genüge.

So schließe die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 08.09.2010 (Aktenzeichen BK 8-10/004, im folgenden „Festlegung“) eine Genehmigung im Rahmen des § 23 Abs. 6 ARegV nicht aus. Die Antragstellerin räumt zwar ein, dass der in der Festlegung genannte Parameter „Anzahl der Einspeisepunkte dezentraler Erzeugungsanlagen“ auch auf Hochspannungsnetze anwendbar sei. Als Einspeisepunkt gelte dabei aber nur der Punkt, der an das eigene Netz angeschlossen sei. Der Parameter „Einspeisestellen dezentraler Erzeugungsanlagen“ greife nur für den eigentlichen *Anschluss* von EEG-Anlagen. Solche Kosten seien jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Investitionsprojektes. Die Festlegung erfasse nicht jede Investition, die in einem Zusammenhang mit der Integration von EEG-Anlagen stehe. Auch in der mündlichen Verhandlung im Beschwerdeverfahren VI-3 Kart 51/12 (V) am 05.12.2012 (Bl. 130 GA) habe der Senat die Auffassung vertreten, dass die Festlegung eng auszulegen sei.

So erfasse die Festlegung auch nicht die Hochspannungsebene. Der in der Festlegung bestimmte Äquivalenzfaktor wirke sich bei der Antragstellerin als Hochspannungs-Verteilernetzbetreiberin nicht aus, weil der Faktor nach der Festlegung „1“ betrage und damit rechnerisch neutralisiert werde. Mit dem Äquivalenzfaktor werde aber gerade anerkannt, dass ab einer bestimmten Netzbelastungsgrenze erhebliche Zusatzkosten für die Sicherstellung der Rückspeisung in vorgelagerte Netze entstünden und diese Zusatzkosten durch den neuen Parameter „Einspeisepunkte dezent-

raler Einspeisestellen“ alleine nicht abgedeckt werden könnten. Hintergrund sei, dass sich aufgrund der zahlreichen einzelfallbezogenen Besonderheiten in der Hochspannungsebene eine Pauschalierung im Rahmen des Erweiterungsfaktors verbiete. So habe auch das zur Vorbereitung der Festlegung eingeholte Gutachten (Consentec Consulting für Energiewirtschaft und -technik GmbH vom 10.06.2009, „Consentec“) darauf hingewiesen, dass es aufgrund der einzelfallbezogenen Analogie zu Höchstspannungsnetzen sachgerecht sei, im Hochspannungsnetz Mehrkosten für Netzverstärkungsmaßnahmen im Rahmen von Investitionsbudgets nach § 23 Abs. 6 ARegV zu behandeln. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Bundesnetzagentur sich dieser Ansicht verschließe. Von der Neudefinition des Begriffs der „Jahreshöchstlast“ in der Festlegung sei die Antragstellerin im Übrigen nicht betroffen, weil sie keine Umspannebenen betreibe.

Nachdem die Antragstellerin zunächst Untätigkeitsverpflichtungsbeschwerde erhoben hatte und die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 01.02.2013 (Aktenzeichen BK 4-09-129) den Antrag auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme abgelehnt hat, beantragt die Antragstellerin nunmehr,

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, der Antragstellerin unter Aufhebung des Beschlusses vom 01.02.2013 (BK 4-09-129) gem. § 23 Abs. 6 ARegV eine Genehmigung für die Investitionsmaßnahme „110 – kV-Freileitung B.-C.-D.“ zu erteilen,

hilfsweise

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter Aufhebung des Beschlusses vom 01.02.2013 (BK 4-09-129) über die Anträge der Antragstellerin vom 30.06.2009 sowie vom 30.06.2010 auf Genehmigung eines Investitionsbudgets im Verfahren BK 4-09-129 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verweist auf die Gründe ihres Beschlusses und darauf, dass das Projekt schon nicht vom Anwendungsbereich des § 23 Abs. 6 Satz 1 ARegV erfasst sei, weil die Investitionsmaßnahme im Wesentlichen durch in nachgelagerten Netzen angeschlossene EEG-Anlagen bedingt sei. Der Verordnungsgeber habe mit § 23 Abs. 6 ARegV lediglich solche Investitionsmaßnahmen begünstigen wollen, die der unmittelbaren Integration in das Netz des jeweiligen Verteilernetzbetreibers dienten. So sei § 23 Abs. 6 Satz 1 ARegV als Ausnahmvorschrift eng auszulegen. Verteilernetzbetreiber könnten entsprechende Investitionsmaßnahmen im Rahmen des Erweiterungsfaktors gem. § 10 ARegV oder als pauschalisierten Investitionszuschlag nach § 25 ARegV geltend machen. Ab dem Jahr 2011 scheidet eine Genehmigung auch deshalb aus, weil die Maßnahme bereits im Rahmen des Erweiterungsfaktors nach § 10 ARegV berücksichtigt werde. Da Investitionsmaßnahmen seit der Änderung der ARegV nicht mehr der Höhe nach, sondern nur noch dem Grunde nach genehmigt würden, sei für die Genehmigungsfähigkeit der Schwerpunkt der Maßnahme entscheidend und eine prozentuale Aufteilung der Investitionskosten nicht möglich.

Auch der Wortlaut des § 23 Abs. 6 Satz 1 ARegV verdeutliche den Vorrang des Erweiterungsfaktors. Mit der Festlegung sei der Parameter „Anzahl der Einspeisepunkte dezentraler Erzeugungsanlagen“ in den Erweiterungsfaktor aufgenommen worden und könne seither zum Nachweis der nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe genutzt werden. So seien auch im Netz der Antragstellerin Einspeisepunkte hinzugekommen. Einwände gegen die Ausgestaltung des Erweiterungsfaktors hätte die Antragstellerin in einem Verfahren gegen die Festlegung geltend machen müssen. Für die Hochspannungsebene werde zwar kein individueller Äquivalenzfaktor berücksichtigt. Jedoch würden die einzelnen Einrichtungen zur Erzeugung von Strom gem. § 3 Nr. 1 EEG als Einspeisepunkte

dezentraler Erzeugungsanlagen bei EEG-Anlagen gezählt und so die Hochspannungsebene erfasst. Der Zuwachs dezentraler Erzeugungsanlagen in der Hochspannungsebene werde daher durch die relative Zunahme der hinter den Einspeisepunkten befindlichen einzelnen Erzeugungsanlagen gemessen. Da es sich hier um die typische Einspeisekonstellation eines Verteilernetzbetreibers handele, führe auch die Entscheidung des Senats vom 05.09.2012 zu keiner anderen Bewertung (Beschluss vom 05.09.2012, Aktenzeichen VI – 3 Kart 58/11 (V): Der Parameter „Anzahl der Einspeisepunkte dezentraler Erzeugungsanlagen“ gilt nur für solche Erzeugungsanlagen, die üblicherweise an das Verteilernetz angeschlossen werden).

B.

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

I.

Die Bundesnetzagentur hat den Antrag auf Gewährung eines Investitionsbudgets (ab 22.03.2010 „Investitionsmaßnahme“) gemäß § 23 Abs. 6 ARegV erneut zu prüfen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

1.

Das Vorhaben der Antragstellerin ist grundsätzlich gemäß § 23 Abs. 6 ARegV genehmigungsfähig.

Nach § 23 Abs. 6 ARegV können auch Verteilernetzbetreibern Investitionsmaßnahmen genehmigt werden, und zwar für solche Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen, die durch die Integration von Anlagen nach dem Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (EEG) oder dem Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Koppelung (KWKG) zur Durchführung von Maßnahmen im Sinne

des Abs. 1, die dem Anschluss von Stromerzeugungsanlagen nach § 17 Abs. 1 EnWG dienen, notwendig werden und die nicht durch den Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV berücksichtigt werden.

Hintergrund der Vorschrift ist, dass Verteilernetzbetreiber ähnliche Investitionsaufgaben wie Übertragungsnetzbetreiber erfüllen müssen, wenn EEG- oder KWKG-Anlagen nach § 17 Abs. 1 EnWG anzuschließen sind. Die durch die Neustrukturierung der Energienetze notwendigen Investitionen sollen dann nicht über den Erweiterungsfaktor refinanziert werden, sondern durch eine unmittelbare Aktivierung der Kosten nach § 11 Abs. 2 Nr. 6 ARegV.

Ein solches besonderes Investitionsvorhaben ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die von der Antragstellerin durchgeführte Ausbaumaßnahme in Form der Errichtung einer neuen Hochspannungsleitung ist als Erweiterungsinvestition technisch erforderlich, um den zuverlässigen Abtransport von dezentral eingespeistem Strom sicherzustellen.

2.

Der Anwendbarkeit des § 23 Abs. 6 ARegV steht nicht entgegen, dass mit der Maßnahme nicht nur EEG-Anlagen integriert werden, die unmittelbar an das Netz der Antragstellerin angeschlossen sind. Investitionsbudgetfähig ist nicht nur der konkrete Anschluss einer solchen Anlage, sondern auch diejenige Investition, die durch den Anschluss einer oder mehrerer Erzeugungsanlagen in anderen Netzebenen verursacht werden. Ein typischer Anwendungsfall ist etwa die Kapazitätserweiterung zum Abtransport erzeugter Energie aufgrund des Anschlusses zusätzlicher Erzeugeranlagen (vgl. Hansen, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band I, 2. Aufl., Anhang zu § 21a, § 23 ARegV, Rdnr. 30).

Es ist daher unerheblich, ob die EEG- oder KWKG-Anlagen im Netz des jeweiligen Betreibers angeschlossen und auf welcher Netzebene die Anlagen errichtet worden sind. Im Rahmen des § 23 Abs. 6 Satz 1 ARegV

kommt es nicht darauf an, dass eine EEG-Anlage unmittelbar in das Netz des Verteilernetzbetreibers integriert wird (vgl. die Rechtsprechung des Senats: Umstrukturierung durch Integration von Anlagen in das vorgelagerte Höchstspannungsnetz: Beschluss des Senats vom 28.03.2012, VI-3 Kart 7/11 (V); Umstrukturierung durch Integration von Anlagen in das nachgelagerte Netz: Beschluss vom 20.02.2013, VI-3 Kart 123/12 (V)).

Die von § 23 ARegV berücksichtigungsfähigen Umstrukturierungs- und Erweiterungsmaßnahmen stellen auf Neuinvestitionen ab, die durch eine Veränderung der Versorgungs- und Transportaufgabe veranlasst werden. Es handelt sich damit schon durchweg um grundlegende und mit erheblichen Kosten verbundene Maßnahmen. Dies wird auch aus den Regelbeispielen und der Begründung des Verordnungsgebers deutlich (dazu und zum folgenden, Beschluss des Senats vom 28.03.2012, VI-3 Kart 7/11 (V); Walther, Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte nach der ARegV, 2009, Seite 65 ff.; Berndt, Die Anreizregulierung in den Netzwirtschaften, 2011, Seite 190 ff.). Grund für die Veränderung der Transport- und Versorgungsaufgabe und damit für Erweiterungs- oder auch Umstrukturierungsmaßnahmen kann die Anpassung des Netzes an einen veränderten Bedarf, also an eine steigende Nachfrage nach Transportkapazitäten, aber auch die Integration von Anlagen oder Maßnahmen zur Netzoptimierung sein. Sie knüpfen daran, dass der Netzbetreiber nach § 11 Abs. 1 EnWG nicht nur verpflichtet ist, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben und zu warten, sondern es auch bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen hat (vgl. auch Beschluss des Senats vom 15.03.2012, VI-3 Kart 124/10 (V)).

Schon der Wortlaut des § 23 Abs. 6 ARegV ist netzebenenneutral formuliert und stellt allein darauf ab, dass die Umstrukturierungs- oder Erweiterungsmaßnahmen „durch die Integration von EEG-Anlagen ... notwendig werden“. Die Einbeziehung von EEG-Anlagen kann nicht nur in den unmittelbar betroffenen Netzen, sondern auch in anderen Netzen zu einer Veränderung der Versorgungsaufgabe führen.

Dieses Verständnis ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck des § 23 Abs. 6 ARegV. Der Ordnungsgeber hat gesehen, dass sich Verteilernetzbetreiber im Falle der Integration von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien in einer vergleichbaren Rolle wie Übertragungsnetzbetreiber befinden. Auch auf sie kommen, etwa durch den Ausbau des Netzes aufgrund gesteigerter Einspeisung von Windenergie zusätzlich Aufgaben zu, die erhöhte Kosten verursachen (s. a. Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG vom 30.06.2006, Seite 130, Rdnr. 598). Sie sind nach § 11 Abs. 1 EnWG verpflichtet, ihr Netz bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen. Die Vergleichbarkeit der Aufgaben und die weite Fassung des § 23 Abs. 1 ARegV, die Betonung des „Gesamtsystems“ und der „Netzicherheit“ in § 23 Abs. 1 und 6 ARegV, stützen diese „netzübergreifende“ Auslegung (vgl. z. B. § 23 Abs. 1 Satz 1: ...„Investitionen zur Stabilität des Gesamtsystems..“ und siehe den Verweis in § 23 Abs. 6 auf Maßnahmen nach § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 – 8 „grundlegende, mit erheblichen Kosten verbundene Umstrukturierungsmaßnahmen um technische Standards zur Gewährleistung der technischen Sicherheit des Netzes umzusetzen...“).

II.

Der Genehmigung einer Investitionsmaßnahme steht im vorliegenden Fall auch die Festlegung nicht entgegen. Die Antragstellerin kann daher Ihre Investitionskosten gemäß § 23 ARegV geltend machen.

Eine Investitionsmaßnahme kann für Verteilernetzbetreiber nach § 23 Abs. 6 Satz 1 ARegV nur genehmigt werden, wenn die Investition nicht bereits durch den Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV berücksichtigt wird. Die Bundesnetzagentur hat mit der Festlegung gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 4, § 32 Abs. 1 Nr. 3 ARegV weitere Parameter, insbesondere den Parameter „Anzahl der Einspeisepunkte dezentraler Erzeugungsanlagen“,

bestimmt, um eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 1 ARegV abzubilden.

1.

Die Bundesnetzagentur ist zur Festlegung weiterer Parameter gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4, § 32 Abs. 1 Nr. 3 ARegV berechtigt. § 32 Abs. 1 Nr. 3 ARegV ermächtigt die Regulierungsbehörde, eine Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG zur Verwendung anderer Parameter zur Ermittlung des Erweiterungsfaktors nach § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 ARegV zu treffen. So soll die Bundesnetzagentur die Möglichkeit erhalten, weitere denkbare Veränderungen der Versorgungsaufgabe zu erfassen und im Rahmen des Erweiterungsfaktors zu normieren.

Durch die Schaffung zusätzlicher Parameter wird der Anwendungsbereich des § 23 Abs. 6 ARegV eingeschränkt. Investitionsmaßnahme und Erweiterungsfaktor sind unterschiedliche Berechnungsmodelle, mit denen Veränderungen der Versorgungsaufgabe berücksichtigt werden können. Das Investitionsbudget erkennt die mit der konkreten Investitionsmaßnahme verbundenen Kosten auch schon in der Planungsphase als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten an, die zur Erhöhung der Erlösobergrenze führen. Der Erweiterungsfaktor knüpft allein an die Veränderung von Struktur- und Rahmendaten an und löst sich damit von den mit der Veränderung der Versorgungsaufgabe konkret verbundenen Kosten. Die pauschalisierte Betrachtungsweise kann dazu führen, dass die tatsächlichen Kosten, die durch die Veränderung der Versorgungsaufgabe auf den Netzbetreiber zukommen, nicht vollständig abgebildet werden.

2.

Mit der Festlegung vom 08.09.2010 hat die Bundesnetzagentur ihre Festlegungskompetenz genutzt und weitere Parameter bestimmt, die bei der Ermittlung des Erweiterungsfaktors zu berücksichtigen sind.

Für Stromverteilernetzbetreiber ist der Erweiterungsfaktor danach um den Parameter „Anzahl der Einspeisepunkte dezentraler Erzeugungsanlagen“ erweitert worden. Die Festlegung vom 08.09.2010 will mit der Ergänzung des Parameters „Anzahl der Einspeisepunkte dezentraler Erzeugungsanlagen“ gem. § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 ARegV erfassen, dass durch die Integration von dezentralen Erzeugungsanlagen ein Ausbau des Stromnetzes erforderlich ist und dadurch höhere Kosten entstehen können (Gründe der Festlegung Nr. II. 3.2). In dem Gutachten „Consentec“ (Seite 33 f.) wird darauf verwiesen, dass eine Netzverstärkung bereits dann erforderlich sei, wenn dezentrale Erzeugungsanlagen nur in einem eher geringen Umfang an ein vorhandenes Netz angeschlossen werden.

Zudem soll durch die geänderte Auslegung des Parameters „Jahreshöchstlast“ auch die aufgrund des Zubaus dezentraler Erzeugungsanlagen steigende Zahl von Ortsnetzstationen bzw. zusätzliche Umspannkapazität berücksichtigt werden, sobald das Verhältnis der installierten dezentralen Erzeugungsleistung zur Jahreshöchstlast in der Umspannebene einen gewissen Schwellenwert überschreitet.

Ob ein Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Festlegung fällt und von dem Parameter grundsätzlich abbildbar ist, ist nach dem Wortlaut unter Ziff. 3.4. der Festlegung davon abhängig, ob sich der Erweiterungsbedarf im Netz auf die Integration dezentraler Erzeugungsanlagen zurückführen lässt. Von einer genaueren Differenzierung und einer konkreten Zuordnung einzelner Ausbaumaßnahmen zu dem Anschluss weiterer dezentraler Erzeugungsanlagen hat die Bundesnetzagentur abgesehen. Eine derartige Zuordnung und damit einen konkreten Kausalzusammenhang hält sie ausweislich der Vorgaben in Ziffer 3.4. wegen der damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten nicht für erforderlich. Maßgeblich für die Aufnahme des neuen Parameters war demnach, dass die Bundesnetzagentur eine vereinfachte, pauschale Abbildung von Maßnahmen, die sich aufgrund des Zubaus dezentraler Erzeugungsanlagen als technisch erforderlich erweisen, über den Erweiterungsfaktor als geeignet ansieht, um Kosten für Erweiterungsinvestitionen infolge der Integration dezentra-

ler Erzeugungsanlagen bei der Bestimmung der Erlösobergrenze zu berücksichtigen. Auch bei der gebotenen restriktiven Auslegung folgt dieses Verständnis aus den eindeutigen Ausführungen der Bundesnetzagentur unter Ziff. 7 der Festlegung. Soweit es dort heißt, dass § 23 Abs. 6 ARegV als Auffangregelung lediglich auf Erweiterungsmaßnahmen anwendbar sei, die durch den Erweiterungsfaktor nicht „abbildbar“ seien, wird deutlich, dass es für das Eingreifen des Erweiterungsfaktors – und damit für die Verdrängung des Investitionsbudgets - nicht auf die konkrete Abbildung und Erfassung, sondern auf die abstrakte und grundsätzliche Abbildbarkeit ankommt.

Der Abbildbarkeit durch den Erweiterungsfaktor im Sinne der bestandskräftigen Festlegung steht nicht entgegen, dass die Investition durch den Erweiterungsfaktor möglicherweise nur teilweise finanziell abgedeckt wird, weil die Erstattungen aus dem Erweiterungsfaktor hinter den jährlichen Kapitalkosten zurückbleiben können. Eine pauschalierte Abrechnung über den Erweiterungsfaktor ist grundsätzlich möglich und vom Verordnungsgeber aus Vereinfachungsgründen angeordnet worden.

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Bundesnetzagentur in der Festlegung auch die Hochspannungsebene geregelt. So lässt sich entgegen der Ansicht der Antragstellerin aus der Festsetzung des Äquivalenzfaktors in der Hochspannung auf „1“ auch nicht schließen, dass Rückspeisefälle im Bereich der Hochspannung von der Festlegung nicht umfasst seien. Dass die Festlegung auch solche Maßnahmen einschließt, ergibt sich aus den eindeutigen Ausführungen der Bundesnetzagentur unter Ziffer 3.6. der Festlegung. Dort heißt es:

„Der Zubau dezentraler Erzeugungsanlagen in der Hochspannung wirkt sich auf den hierdurch verursachten Umfang der Netzverstärkungen unterschiedlich aus. Netzverstärkungen in der Hochspannung hängen dabei stärker von der Höhe der installierten Erzeugungsleistung und der Aufnahmefähigkeit eines Netzgebietes ab als in den unterlagerten Netzebenen. Es ist dennoch davon auszu-

gehen, dass der Zubau dezentraler Erzeugungsanlagen, insbesondere durch den Ausbau von EEG-Anlagen in der Hochspannung zu Netzstrukturveränderungen führt und somit auch zusätzliche Kosten zur Folge hat.“

Diese Ausführungen machen deutlich, dass der Erweiterungsfaktor sämtliche Netzausbaumaßnahmen in der Hochspannungsebene, die kausal darauf zurückzuführen sind, dass zusätzliche Erzeugungsanlagen an das Netz der antragstellenden Netzbetreiberin angeschlossen werden, umfasst. So berücksichtigt die Festlegung dann auch die Besonderheiten im Hochspannungsnetz dadurch, dass der Zubau dezentraler Erzeugungsanlagen in der Hochspannung nicht wie in den unterlagerten Netzebenen durch die relative Zunahme der Einspeisepunkte selbst, sondern durch die relative Zunahme der hinter den Einspeisepunkten befindlichen einzelnen Einrichtungen bestimmt wird.

3.

Die Bundesnetzagentur hat in der Festlegung mit dem Parameter „Einspeisepunkte dezentraler Erzeugungsanlagen“ den Anwendungsbereich jedoch auf solche Investitionen beschränkt, die darauf beruhen, dass EEG- und KWKG-Anlagen an das eigene Netz angeschlossen werden.

Ziffer 3.5 der Festlegung definiert die „Einspeisepunkte dezentraler Erzeugungsanlagen“ und bestimmt, dass dies

"grundsätzlich solche Einspeisungspunkte, bei denen dezentrale Einspeisungen in das eigene Netz erfolgen",

sind. Die Festlegung unterscheidet hierbei nicht nach den einzelnen Netzebenen. Daraus folgt, dass nur solche Netzausbaumaßnahmen von dem Parameter der Festlegung erfasst sind, die kausal darauf beruhen, dass zusätzliche Erzeugungsanlagen im eigenen Netz - unabhängig davon, in welcher Form und auf welcher Netzebene der Ausbau stattfindet – ange-

geschlossen werden. Die Bundesnetzagentur gibt mit der Definition unmissverständlich zu erkennen, dass die Festlegung nicht solche Einspeisepunkte erfassen soll, die über andere Netzbetreiber an das Stromnetz angeschlossen werden.

Aufgrund des eindeutigen Wortlauts und der Definition des „Einspeisungspunktes“ verbietet sich auch eine über diesen Wortsinn hinausgehende Auslegung. Es dürfte zwar – vor dem Hintergrund der Ziele des EnWG – grundsätzlich sinnvoll sein, gerade auch solche Investitionen und Erweiterungsmaßnahmen in Stromnetze zu fördern, die sich daraus ergeben, dass EEG- und KWKG-Anlagen über andere Netzbetreiber und andere Netzebenen angeschlossen werden. Auch der vorliegende Fall zeigt, dass der Investitionsbedarf häufig deshalb entstehen wird, weil die „weiterleitenden Netze“ nicht mehr den von dritter Seite über fremde Netze eingespeisten regenerativen Strom aufnehmen können. Die Bundesnetzagentur mag diese Entwicklung zwar zum Anlass genommen haben, die Festlegung zu erlassen, hat aber - wie der eindeutige Wortlaut zeigt - den Anwendungsbereich in der geschilderten Weise beschränkt.

Auch der Umstand, dass die Bundesnetzagentur bei dem Erlass der Festlegung anders als der Senat nur von einem sehr eingeschränkten Anwendungsbereich des § 23 Abs. 6 ARegV ausgegangen ist, überhaupt nur solche Erweiterungsmaßnahmen als investitionsbudgetfähig nach § 23 Abs. 6 ARegV angesehen hat, die der Integration von Anlagen in das eigene Netz dienen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Da die Bundesnetzagentur im Bereich der regulierten Märkte als Eingriffsverwaltung handelt, ist das Gebot der Normenklarheit in besonderer Weise zu beachten. Der Senat hat im Übrigen entschieden, dass die Festlegung eng auszulegen ist (vgl. Beschluss vom 05.09.2012, Az. VI-3 Kart 58/11 (V)).

Die Entscheidung des Senats vom 20.02.2013 (Beschluss vom 20.02.2013, VI-3 Kart 123/12 (V)), wonach der in der Festlegung genannte Parameter netzübergreifend auszulegen ist, steht diesem Verständnis nicht entgegen. In dem dort genannten Fall erfolgte die Netzeinspeisung

der EEG- und KWKG-Anlagen zwar auch über andere Netzebenen. Die anderen Netzebenen gehörten jedoch als eigenes Netz zum Netz des betroffenen Netzbetreibers. Damit waren auch die dort entschiedenen Rückspeisefälle noch von der Definition der Ziffer 3.5 der Festlegung und vom Vorrang des Erweiterungsfaktors erfasst.

Die durch die enge Definition des Einspeisungspunktes in der Festlegung entstehenden Wertungswidersprüche sind hinzunehmen. Diese führen dazu, dass Netzbetreiber, die vertikal mehrere Netzebenen betreiben, bei einer Investition ggfs. auf den Erweiterungsfaktor verwiesen werden, wohingegen Netzbetreiber, die nur eine Netzebene betreiben und über fremde Netze eingespeisten Strom weiterleiten, eine Investitionsmaßnahme gemäß § 23 ARegV geltend machen können. Beide Sachverhalte sind - soweit man von den Netzanschlusskosten im engeren Sinne absieht - wirtschaftlich letztlich ähnlich, weil es für die Netzverstärkung unerheblich ist, woher der „Mehrstrom“ kommt. Allerdings können Netzbetreiber, die mehrere Netzebenen betreiben, ihren Investitionsbedarf im Rahmen des Erweiterungsfaktors - wenn auch möglicherweise nicht vollständig - einrechnen.

4.

Das Vorhaben wird hier jedoch nicht durch den Erweiterungsfaktor und den in der Festlegung genannten Parameter erfasst, weil die wesentliche Ursache für den Leitungsausbau darauf beruht, dass die zu integrierenden EEG- und KWKG-Anlagen nicht über das eigene Netz sondern über Fremdnetze angeschlossen werden. Die Antragstellerin kann die Maßnahme daher im Rahmen des § 23 Abs. 6 ARegV geltend machen.

Ist ein Netzausbau erforderlich, weil sowohl EEG- und KWKG-Anlagen aus dem eigenen als auch aus fremden Netzen in das Stromnetz integriert werden, ist für die Frage, ob die Festlegung greift und damit der Erweiterungsfaktor vorrangig ist, auf den Schwerpunkt der Ursache abzustellen.

Wie mit rückspeisebedingten „Mischfällen“ im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 23 Abs. 6 EnWG zu verfahren ist, wird in der Festlegung nicht geregelt. Die Bundesnetzagentur geht im Rahmen des neu festgelegten Parameters von der Einspeisung in das jeweils eigene Netz aus. Darüber hinaus fordert sie auch bei einer Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 6 ARegV die Integration in das eigene Netz. Damit kann sich auch die Regelung in Ziffer 7 der Festlegung zum Konkurrenzverhältnis zwischen Erweiterungsfaktor und Investitionsmaßnahme bei der gebotenen restriktiven Auslegung nur auf Einspeisefälle in das selbst betriebene Netz beziehen. Die Abgrenzung von Maßnahmen, die teils durch den Anschluss dezentraler Erzeugungsanlagen im eigenen Netz, teils durch die Integration von dezentralen Erzeugungsanlagen im vorgelagerten fremden Netz beziehen, hat die Bundesnetzagentur - von ihrem Standpunkt aus folgerichtig - nicht im Blick gehabt.

Dass für eine einheitliche Maßnahme aber entweder nur die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme oder der Erweiterungsfaktor greifen kann, ergibt sich schon aus § 23 Abs. 6 Satz 1 ARegV, wonach näher spezifizierte Investitionsmaßnahmen, *die nicht* durch den Erweiterungsfaktor nach § 10 berücksichtigt werden, genehmigt werden können. Dies impliziert ein Alternativverhältnis zwischen einer Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 6 ARegV und einem Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV. Ansonsten hätte es heißen müssen, „*soweit* diese nicht durch den Erweiterungsfaktor nach § 10 berücksichtigt werden“.

Eine Abgrenzung und Aufteilung, etwa nach Bruchteilen, ist auch mit erheblichen Unsicherheiten und Unwägbarkeiten verbunden. So wird sich im Einzelfall oft nur schwer feststellen lassen, worauf der Netzausbau im Einzelnen beruht, welche zusätzlichen Einspeisungen aus Fremd- und Eigennetze die Erweiterungsmaßnahme erforderlich gemacht haben. Dies gilt erst recht dann, wenn Ausbaumaßnahmen im Hinblick auf die künftige Entwicklung des EEG-Ausbaus erfolgen. Allerdings wird sich regelmäßig die wesentliche Ursache ermitteln lassen, so dass eine Abgrenzung nach dem Schwerpunkt der Ursache praktisch handhabbar ist.

So ist auch im vorliegenden Fall der Netzausbau deswegen erforderlich, weil rund 80 % der Netzlast darauf beruhen, dass EEG- und KWKG-Anlagen über nachgelagerte fremde Netze in das Stromnetz integriert worden sind. Dies führt dazu, dass der vorliegende Netzausbau nicht von der Festlegung erfasst ist („umgekehrter Einspeisefall“ in der Parallelsache (VI-3 Kart 263/12 (V): Dort stammten rund 26 % der Einspeisungen aus nachgelagerten Netzen).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren setzt der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung und nach übereinstimmenden Angaben der Beteiligten auf ... Euro fest (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO).

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Be-

schwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

L.

Dr. E.

A.