



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., den Richter am Oberlandesgericht Dr. E. und die Richterin am Oberlandesgericht K. R.

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

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin vom 22.06.2015 wird der Beschluss der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 17.06.2015, BK8-15/M3071 aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt die Bundesnetzagentur. Die weitere Beteiligte trägt ihre Kosten selbst.
3. Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... € festgesetzt.
4. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Parteien streiten im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens um die richtige Berechnung des Entgelts für die dezentrale, auf der Netzebene 3 gemäß Anlage 3 zur StromNEV erfolgte Einspeisung nach § 18 StromNEV.

Die Antragstellerin, ein Unternehmen der A. Gruppe (...), betreibt ein Heizkraftwerk in ..., das über zwei Gas- und Dampfturbinenblöcke (GuD) mit einer elektrischen Leistung von zusammen ... MW brutto verfügt. Es wurde als systemrelevante Anlage eingestuft. Die Erzeugungsanlagen des Heizkraftwerks sind als dezentrale Erzeugungsanlagen an mehreren Anschlusspunkten an das Elektrizitätsverteilernetz der Antragsgegnerin, ebenfalls ein Unternehmen der A. Gruppe, angeschlossen. Die Einspeisung erfolgt sowohl auf der 110 kV Netzebene (Netzebene 3 im Sinne der Anlage 3 zur StromNEV) als auch auf der 20 kV Netzebene (Netzebene 5 im Sinne der Anlage 3 zur StromNEV). Das Elektrizitätsverteilernetz der Antragsgegnerin ist mit dem Elektrizitätsverteilernetz des vorgelagerten Netzbetreibers C. AG auf der Hochspannungsebene (Netzebene 3) verbunden. Die C. AG betreibt außerdem die Umspannebene Höchst-/Hochspannung (Netzebene 2). Grundlage für die Einspeisung ist der Netzanschlussvertrag zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin vom 14./15.04.2011. Die Antragstellerin erhält für die in das Netz der Antragsgegnerin eingespeisten Strommengen ein Entgelt für die dezentrale Einspeisung nach § 18 StromNEV („vermiedene Netzentgelte“). Die zu zahlenden Netzentgelte für die Entnahme von Elektrizität richteten sich bis einschließlich des Betriebsjahres 2014 nach dem Preisblatt der C. AG für den Netzbereich 3.

Die Antragsgegnerin zahlt für die Entnahme von Elektrizität am Netzverknüpfungspunkt auf 110 kV Ebene an die C. AG die für den Netzbereich 3 ausgewiesenen Netzentgelte.

Am 02.10.2014 veröffentlichte die Bundesnetzagentur Hinweise für Verteilernetzbetreiber zur Anpassung der Erlösbergrenze für das Jahr 2015. Unter Punkt 2.4 der Anlage 1 heißt es:

„Maßgebliche Netz- oder Umspannebene für die Berechnung der Entgelte für dezentrale Einspeisung:

„Klarstellend weist die Beschlusskammer darauf hin, dass die Beantwortung dieser Frage in Anschlusssituationen bedeutsam ist, bei denen der betroffene Netzbetreiber die gleiche Spannungs- oder Umspannebene wie der vorgelagerte Netzbetreiber betreibt. In dieser Spannungs- bzw. Umspannebene sind beide Netze verbunden und gleichzeitig erfolgt die dezentrale Einspeisung in dieser Ebene.

Die vorgelagerte Netz- oder Umspannebene ist netzübergreifend zu verstehen, d.h. sind zwei Netzbetreiber auf der gleichen Spannungsebene einander vor- bzw. nachgelagert, so handelt es sich nicht um verschiedene Netzebenen im Sinne von § 18 StromNEV.

Die Ermittlung der Entgelte für dezentrale Einspeisung erfolgt anhand derjenigen Netzentgelte, die für die vorgelagerte Netz- oder Umspannebene oberhalb der tatsächlichen Anschlusssituation entrichtet werden müssen.“

Daraufhin kündigte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18.12.2014 an, künftig entsprechend dieser Hinweise die vermiedenen Netzentgelte für die Antragstellerin auf Grundlage des Preisblatts des Netzbereichs 2 (Umspannung Höchst- auf Hochspannung) der C. AG zu berechnen. Ab Januar 2015 setzte sie die Abrechnung auch dementsprechend um, was für die Antragstellerin für die ersten vier Monate des Jahres 2015 einen Mindererlös von ... € zur Folge hatte.

Die Antragstellerin stellte daraufhin am 19.02.2015 bei der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Einleitung eines Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG, mit dem Ziel, die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei der Berechnung der Entgelte für die dezentrale Einspeisung nach § 18 StromNEV das Preisblatt der C. AG für die Netzebene 3 anzusetzen. Mit Entscheidung vom 17.06.2015, Az.: BK8-15/M3071-01, wies die Bundesnetzagentur diesen Antrag zurück. Zur Begründung führt die Bundesnetzagentur im Wesentlichen aus, ein missbräuchliches Verhalten der Antragstellerin liege nicht vor. Dem Wortlaut des § 18 Abs. 2 S. 2

StromNEV folgend sei für die Ermittlung des vermiedenen Netzentgeltes das Entgelt der vorgelagerten Netz- oder Umspannebene maßgeblich. Das Netz der Antragstellerin sei in derselben Netzebene (Hochspannung) an das Netz des vorgelagerten Netzbetreibers (C.) angeschlossen. Es sei daher nicht das Netzentgelt von C. in der Hochspannung anzuwenden, sondern das ebenfalls von der C. AG veröffentlichte Netzentgelt der vorgelagerten Umspannebene Höchst-/Hochspannung. Auch die Definition des Begriffs „Netzebene“ in § 2 Nr. 10 StromNEV als „Bereiche von Elektrizitätsverteilernetzen“ mache durch die Verwendung des Plurals deutlich, dass es bei der Bestimmung der Netzebene nicht auf die Zuordnung der relevanten Verteilungsanlagen zu einem bestimmten Netzbetreiber ankomme, sondern diese sich gerade auch über mehrere Netzbetreiber erstrecken könne. Dementsprechend werde in § 2 Nr. 6 StromNEV auch zwischen den Begriffen „Weiterverteiler“ und „nachgelagerte Netzebene“ differenziert.

Dieses Auslegungsergebnis werde auch durch die Verordnungsbegründung zu § 18 StromNEV gestützt. Der Verordnungsgeber gehe davon aus, dass tatsächlich nur die Kosten der vorgelagerten Netz- oder Umspannebene vermieden würden. Im Umkehrschluss sei daraus zu schließen, dass die Kosten der Netzebene, in die der Anlagenbetreiber einspeise, bei der Ermittlung der vermiedenen Netzentgelte gerade nicht heranzuziehen seien, sondern es auf die Kosten der höheren „Netzebene“ ankomme. Die Netzebene, in der die Einspeisung erfolge, sei erforderlich, um den eingespeisten Strom zu den Letztverbrauchern zu transportieren. In der eigenen Netzebene würden daher gerade keine Kosten vermieden.

Da die gesamte Netzebene von der dezentralen Einspeisung profitiere und der Nutzenbeitrag frühestens in der vorgelagerten Netzebene tatsächlich ermittelt werden könne, sei es auch aus sachlichen Gründen zwingend geboten, das Netzentgelt der nächsthöheren Ebene zur Berechnung der vermiedenen Netzkosten heranzuziehen. Die Auslegung der Antragstellerin führe zudem zu Missbrauchsmöglichkeiten. Durch die „Zwischenschaltung“ eines Netzbetreibers auf derselben Ebene könnte das vermiedene Netzentgelt erheblich erhöht werden, da die Entgelte in der Netzebene der Einspeisung stets höher seien als die Entgelte der vorgelagerten Netzebene.

Auch unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten (Art. 3 Abs. 1 GG) erscheine die von ihr vertretene Auffassung vorzugswürdig. Der zu zahlende Vergütungssatz dürfe bei ansonsten technisch vergleichbarer Anschlusssituation nicht davon

abhängen, ob in dem einen Fall ein weiterer Netzbetreiber zwischengelagert sei oder nicht.

Die Entscheidung des BGH vom 03.06.2014, EnVR 72/12, stehe dem Auslegungsergebnis nicht entgegen, da sich der BGH ersichtlich nicht mit der Frage auseinandergesetzt habe, wie das vermiedene Netzentgelt gem. § 18 StromNEV zu berechnen sei. Auf die von der Antragstellerin dargestellte Praxis unter der Geltung der Verbändevereinbarung „VV II Plus“ komme es vorliegend nicht an. Es sei nicht ersichtlich, dass der Ordnungsgeber die Fortgeltung einer unsachgemäßen Entgeltbildung beabsichtigte. Eine unter Geltung der Verbändevereinbarung unwidersprochen gebliebene Praxis bei der Behandlung bestimmter Sonderkonstellationen wie der vorliegenden könne nicht dazu führen, dass die später als rechtswidrig erkannte Praxis unter der Geltung der StromNEV weitergeführt werden dürfe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin.

Die Antragstellerin meint:

Eine Ermächtigungsgrundlage für das Vorgehen der Bundesnetzagentur mittels eines Hinweises liege nicht vor.

Die Antragsgegnerin verstoße mit ihrem Verhalten gegen § 21 Abs. 2 EnWG i.V.m. § 18 StromNEV, indem sie bei der Berechnung der vermiedenen Netzentgelte nach § 18 StromNEV das Preisblatt der Netzebene 2 anstelle des Preisblatts der Netzebene 3 der C. AG zugrunde lege. Der Begriff „Netz- und Umspannebene“ in § 18 Abs. 1 S. 2 StromNEV sei entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nicht netzübergreifend im Sinne von „Spannungsebene“ zu verstehen. Die Spannungsebene bezeichne netzübergreifend alle Netzebenen mit gleicher elektrischer Spannung. Die Netzebene sei die jeweilige Spannungsebene innerhalb eines Netzes. Die „vorgelagerte Netzebene“ liege zwar in aller Regel auch auf einer höheren Spannungsebene. Etwas anders gelte indes bei der sogenannten „Pancaking-Situation“, bei der ein Netz an ein anderes Netz gleicher Spannungsebene angeschlossen sei. Hier liege die vorgelagerte Netzebene des anderen Netzes auf derselben Spannungsebene wie die Netzebene des nachgelagerten Netzes.

Der Wortlaut des § 18 StromNEV spreche für die von ihr vertretene „netzbezogene Auslegung“ des Begriffs der „vorgelagerten Netz- oder Umspannebene“ als die

jeweilige Ebene des vorgelagerten Netzes, unabhängig davon, ob die Netzebene dieses Netzes dieselbe oder eine andere Spannung halte. Zwar werde der Begriff der „vorgelagerten Netz- oder Umspannebene“ weder in der StromNEV noch im EnWG definiert. Für die hier vertretene Auffassung sprächen indes § 2 Nr. 10 und 12 StromNEV, die deutlich machten, dass die Netzebene einen Teil des Netzes eines Netzbetreibers darstelle. Nach § 2 Nr. 10 bzw. Nr. 12 StromNEV seien Netz- bzw. Umspannebenen „Bereiche von Elektrizitätsversorgungsnetzen,[...]“. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur könne zur Begründung der von ihr vertretenen Auffassung auch nicht mit Erfolg auf die Verwendung des Plurals in der Definition des § 2 Nr. 10 StromNEV abgestellt werden. Denn auch in § 2 Nr. 12 StromNEV werde bei der Definition der Umspannebenen der Plural verwendet, obwohl es praktisch keine einander nachgelagerten Umspanneinrichtungen verschiedener Netzbetreiber gebe. Das netzübergreifende Begriffsverständnis der Bundesnetzagentur führe auch in der Anwendung der §§ 2 Nr. 7, 14 Abs. 1 Nr. 1 und § 16 StromNEV zu absurden Ergebnissen.

Auch der Begriff „tatsächlich“ in § 18 Abs. 2 S. 1 StromNEV stelle klar, dass es im Rahmen der Ermittlung der Entgelte nur auf das konkret, dank der dezentralen Einspeisung eingesparte Netzentgelt des Netzbetreibers und nicht auf ein abstraktes Netzentgelt ankomme.

Die Gesetzessystematik der StromNEV spreche ebenfalls für die hier vertretene Auslegung. § 18 StromNEV sei systematisch nach einem durchgehenden Strukturprinzip aufgebaut, dessen Grundgedanke die Kostenneutralität der dezentralen Einspeisung für den Einspeisenetzbetreiber sei. Der Netzbetreiber habe daher nur diejenigen Kosten, die er durch die dezentrale Einspeisung erspare, als Entgelt für die dezentrale Einspeisung weiterzugeben. Auch der BGH bestätige in seinem Beschluss vom 03.06.2014 (EnVR 72/12, Rn. 25) den Grundsatz der Kostenneutralität für die Einspeiseebene. Nur so könne sichergestellt werden, dass im Rahmen des Strukturvergleichs von Netzentgelten Netzbetreiber mit dezentralen Einspeisungen denjenigen gleichgestellt seien, die keine dezentrale Einspeisung in ihr Netz hätten.

Für ihre Auslegung spreche auch die Einordnung der Begrifflichkeit der „Netz- und Umspannebene“ in der StromNEV. Auch in § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ARegV umfassten die Kosten aus der erforderlichen Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen diejenigen derselben Spannungsebene.

Die Ermittlung der Entgelte für die dezentrale Einspeisung nach den Vorgaben der Bundesnetzagentur führe zudem zu einem systematischen Bruch bei der Berechnung von Netzentgelten stets an der Entnahmestelle.

Auch die Historie des § 18 StromNEV spreche für die hier vorgenommene Auslegung. Da die StromNEV den Begriff des Netzbereichs selbst nicht definiere, sei auf das bisherige Verständnis der „Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung“ (VV II Plus) abzustellen. Dort werde der Begriff „Netzbereich“ als „Teil des Gesamtnetzes je Netzbetreiber, der insbesondere nach Spannungsebenen [...] abgegrenzt wird“, verstanden. Dies zeige, dass der Begriff der vorgelagerten Netzebene netzbetreiberbezogen auszulegen sei. Die Praxis zur Berechnung der vermiedenen Netzentgelte habe sich durch das Inkrafttreten der StromNEV nicht verändert. Der Gesetzesentwurf zur Netzentgeltverordnung Strom mit Stand vom 13.09.2004, wonach nach § 18 Abs. 1 S. 2 StromNEV „die Bestimmungen des Entgeltes auf der Grundlage der Anlage 6 der Verbändevereinbarung (...)“ erfolgen solle, bestätige ebenfalls, dass an der bis dahin gültigen Praxis zur Ermittlung der Netzentgelte festgehalten werden sollte. Auch der Gesetzgeber habe auf die Kosten des vorgelagerten Netzes abgestellt. So heiße es in der Gesetzesbegründung zu den Auswirkungen des § 18 StromNEV, „die dezentrale Einspeisung elektrischer Energie verursache unmittelbar eine Reduzierung der Entnahme elektrischer Energie aus der vorgelagerten Netz- oder Umspannebene“.

In Pancakingsituationen betreffe eine unmittelbare Reduzierung der Entnahme stets dieselbe Spannungsebene, wohingegen in der höheren Spannungsebene nur eine mittelbare Reduktion erfolge.

Dass Kraftwerksbetreiber, die in unterschiedlichen Anschlusssituationen angeschlossen seien, unterschiedlich hohe Entgelte für die dezentrale Einspeisung erhielten, nehme das Gesetz ausdrücklich in Kauf. Sie liege im System der vermiedenen Netzentgelte begründet und spiegele zudem die Ungleichbehandlung auf der Seite der Netznutzer wieder: Netzkunden eines Mittelspannungsnetzes, das mit vorgelagerten Netzen derselben Spannungsebene verbunden sei (Pancaking), zahlten auch ein höheres Netzentgelt als Netzkunden eines Mittelspannungsnetzes, das ausschließlich mit vorgelagerten Netzen höherer Spannungsebene verbunden sei.

Schließlich sprächen auch Sinn und Zweck des § 18 StromNEV für eine netzbezogene Auslegung. § 18 StromNEV stelle einen Fördertatbestand für Anlagen dar, die Elektrizität dezentral produzierten und diesen Strom in die regulierten Netze einspeisten. Sie reduzierten die Entnahme von Strom aus den vorgelagerten Netzen und verringerten die Gesamtkosten des nachgelagerten Netzes. Die netzbezogene Auslegung führe in Pancaking-Situationen zu höheren vermiedenen Netzentgelten und sei daher vom Förderansatz des § 18 StromNEV her vorzugswürdig.

Die Gefahr eines Missbrauchs werde ausdrücklich bestritten.

Aufgrund der missbräuchlichen Verwendung des falschen Preisblattes bei der Ermittlung der dezentralen Einspeiseentgelte sei das Ermessen der Bundesnetzagentur auf Null reduziert. Wirksame Abhilfe sei allein von einer Verfügung zu erwarten, das korrekte Preisblatt zur Berechnung der Einspeiseentgelte zu verwenden.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 17.06.2015, Az.: BK8-15/M3071-01), aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die Mainfranken Netze GmbH zu verpflichten, bei der Berechnung der Entgelte für die dezentrale Einspeisung nach § 18 StromNEV der Antragstellerin das Preisblatt der C. AG (Netzebene 3) anzusetzen;

hilfsweise

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur verweist auf ihre Ausführungen im angegriffenen Bescheid und trägt vertiefend vor:

Sie habe mit ihren Hinweisen für Verteilernetzbetreiber zur Anpassung der Erlös-obergrenze, wie das Wort „Hinweise“ zeige, keine Regelung getroffen, sondern lediglich ihr Gesetzesverständnis aufgezeigt. Einer Ermächtigungsgrundlage bedürfe sie hierfür nicht. Die Hinweise dienten der Rechtssicherheit und beeinträchtigten in keiner Weise den Rechtsschutz.

Bei der Bestimmung der vermiedenen Netzentgelte nach § 18 Abs. 2 S. 2 Strom-NEV sei stets auf das Entgelt der vorgelagerten Netzebene abzustellen und nicht auf das Entgelt des auf der gleichen Netzebene gelegenen vorgelagerten Netzbetreibers.

Hierfür spreche der Wortlaut des § 18 StromNEV, denn dort werde in Abs. 2 S. 3 der Begriff der Ebene verwendet, was nicht mit der Auffassung in Einklang zu bringen sei, es seien die Entgelte des vorgelagerten Netzbetreibers maßgeblich. Auch die in § 2 Nr. 10 StromNEV vorgenommene Unterteilung von Elektrizitätsversorgungsnetzen in Bereiche zeige, dass eine Netzebene sich über mehrere Netzbetreiber erstrecken könne.

Die Ausführungen der Antragstellerin zur systematischen Auslegung des § 18 StromNEV überzeugten nicht. Der in diesem Zusammenhang zitierte Beschluss des Bundesgerichtshofs setze sich nicht mit der Ermittlung der vermiedenen Netzentgelte nach § 18 StromNEV auseinander, sondern nehme nur Stellung zu der Frage, ob Kosten für vermiedene Netzentgelte im Rahmen der Anreizregulierung den vorgelagerten Netzkosten gleichzusetzen seien.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin könne der Begriff der Netzebene auch nicht nur innerhalb eines Netzes angewendet werden. Insbesondere gebe die hierfür zitierte Ausnahmvorschrift des § 14 Abs. 2 S. 3 StromNEV nichts her. Bei § 14 Abs. 2 gehe es um die Kostenwälzung im Rahmen der Kostenstellenrechnung, bei § 18 um das Entgelt für die dezentrale Einspeisung im Rahmen der Kostenträgerrechnung. Beide Normen seien aufgrund ihrer systematischen Stellung daher nicht miteinander vergleichbar. Überdies zeige die Existenz der Sonderregelung des § 14 Abs. 2 S. 3 StromNEV gerade, dass der Sonderfall von Netzen gleicher Spannungsebene spezifisch geregelt werden könne, wenn dies sachlich geboten sei. Eine entsprechende Regelung sehe § 18 StromNEV indes nicht vor.

Nichts anderes folge aus einer historischen Auslegung der streitgegenständlichen Norm. Die im Rahmen der Verbändevereinbarung gelebte Praxis könne weder den Gesetzgeber binden, noch zur Auslegung der Gesetzgebung herangezogen werden. Die frühere Herangehensweise, lediglich auf die Reduzierung der Entnahme elektrischer Energie aus dem Netz des vorgelagerten Netzbetreibers abzustellen, stehe in Widerspruch zur aktuellen Rechtslage. Die Auffassung der Antragstellerin würde zu einer Ungleichbehandlung führen, je nachdem, an wessen Netz ein Einspeiser bei ansonsten technisch vergleichbarer Anschlusssituation angeschlossen sei. Die Auffassung der Antragstellerin spiegele eine veraltete Sichtweise wider. Aus der von der Antragstellerin zitierten Begründung des Bundesrates (BR-Drs. 245/05, S. 39 zu § 18 StromNEV) folge zudem, dass nach Auffassung des Verordnungsgebers eben nur die Kosten der vorgelagerten Netz- oder Umspannebene vermieden werden sollten, so dass nur diese Kosten - und nicht die Kosten der Netzebene, in die der Anlagenbetreiber einspeise – zur Ermittlung der vermiedenen Netzentgelte herangezogen werden könnten.

Auch die teleologische Auslegung führe zu keinem anderen Ergebnis. Die Auffassung der Antragstellerin könne zu Manipulationen bei der Berechnung der vermiedenen Netzentgelte führen, indem der Netzbetreiber einen Teil des Netzes veräußern und so die höheren Entgelte der Einspeiseebene ansetzen könne. Eine Ermessensreduzierung auf Null trete ebenso wenig ein wie die hilfsweise beantragte Aufhebung und Neubescheidung.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Antragsgegnerin gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

B.

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist mit dem Hilfsantrag begründet und die Bundesnetzagentur verpflichtet, den Antrag der Antragstellerin auf Einleitung eines Missbrauchsverfahrens neu zu bescheiden.

I. Der Antrag auf Einleitung eines Verfahrens nach § 31 EnWG ist zulässig.

Nach § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG können Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen erheblich berührt werden, bei der Regulierungsbehörde einen Antrag auf Überprüfung dieses Verhaltens stellen. Für das Kriterium der Interessenberührung wird als ausreichend erachtet, dass durch das Verhalten des Netzbetreibers wirtschaftliche Interessen berührt sind; eine Berührung rechtlicher Interessen ist nicht gefordert (BGH, Beschluss vom 11.11.2008, EnVR 1/08 – citiworks, Rn. 17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.04.2006, VI-3 Kart 161/06). Wann die Schwelle zur Erheblichkeit überschritten ist, muss im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden. Im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben, die ein Beschwerderecht verlangen, ist eine zu enge und einschränkende Auslegung des Merkmals der „Erheblichkeit“ nicht geboten (Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 31 Rn. 1-23, beck-online). Eine erhebliche Interessenberührung liegt demnach vor, wenn zumindest mit einer mittelbaren Auswirkung des Verhaltens des Netzbetreibers zu rechnen ist und die Interessen spürbar, also nicht bloß entfernt oder nur geringfügig, berührt werden (Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 31 Rn. 1-26, beck-online; Schütte in Baur, Salje, Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Auflage, Kapitel 109 Rn. 71).

Die Interessenberührung muss auch gegenwärtig sein, mithin andauern oder unmittelbar bevorstehen.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Die Antragsgegnerin betreibt ein Energieverteilernetz und die Antragstellerin wendet sich gegen deren Praxis bei der Berechnung von vermiedenen Netzentgelten. Sie ist durch das von der Antragsgegnerin durchgeführte Abrechnungsverhalten auch in ihren wirtschaftlichen Interessen erheblich berührt. Sie hat erläutert, dass die Entgelte der dezentralen Einspeisung für sie wesentliche Ein-

nahmepositionen darstellen und bei Berechnung der vermiedenen Netzentgelte auf Grundlage der Preisblätter der Netzebene 2 der C. AG gegenüber der Berechnung auf Grundlage der Preisblätter der Netzebene 3 mit Mindererlösen in Höhe von jährlich ... € bis ... € zu rechnen sei.

Die Interessenberührung ist auch gegenwärtig. Seit Beginn des Jahres 2015 rechnet die Antragsgegnerin – anders als noch bis 2014 - die vermiedenen Netzentgelte auf Grundlage des Preisblatts 2 der C. AG gegenüber der Antragstellerin ab. Da die Bundesnetzagentur auch in ihren Hinweisen für Verteilernetzbetreiber zur Anpassung der Erlösobergrenze für 2016 ihre Auffassung wiederholt hat, die vorgelagerte Netz- oder Umspannebene sei netzübergreifend zu verstehen, ist auch für 2016 damit zu rechnen, dass die Antragsgegnerin entsprechend der Hinweise der Bundesnetzagentur in der nunmehr angegriffenen Art und Weise abrechnet.

II. Das Verhalten der Antragsgegnerin, die vermiedenen Netzentgelte gegenüber der Antragstellerin auf Grundlage des Preisblatts der Netzebene 2 des C. anzurechnen, verstößt gegen § 18 StromNEV und ist damit missbräuchlich. Dies hat die Bundesnetzagentur rechtsfehlerhaft im Rahmen des Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG nicht berücksichtigt.

1. Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 31 EnWG befugt, ein Missbrauchsverfahren durchzuführen, und muss dann prüfen, inwieweit das Verhalten des Betreibers von Energieversorgungsnetzen mit den energierechtlichen Bestimmungen übereinstimmt (§ 31 Abs. 1 S. 1 und 2 EnWG).

Gegenstand des Verfahrens ist vorliegend ein Verhalten eines Netzbetreibers, nicht die Kundgabe der Auffassung der Bundesnetzagentur in den erwähnten Hinweisen. Die Hinweise, die die Antragstellerin hier inzident angreifen will, befassen sich vielmehr (nur) mit der Frage, wie ein Netzbetreiber Entgelte für die dezentrale Einspeisung abrechnen soll. Mit den Hinweisen hat die Bundesnetzagentur lediglich ihre Rechtsauffassung kundgetan. Die von der Bundesnetzagentur gewollte Abrechnungsmodalität ändert nicht oder füllt nicht § 18 StromNEV aus. Ein regelnder, über den Gesetzeswortlaut des § 18 StromNEV hinausgehender Eingriff liegt nicht vor. Unmittelbare Konsequenzen, schon gar nicht für die Antragstellerin, ergeben

sich aus den Hinweisen nicht. Eine besondere Ermächtigungsgrundlage ist daher nicht erforderlich.

2. Rechtsfehlerhaft hat die Antragsgegnerin zur Ermittlung des vermiedenen Netzentgelts gemäß § 18 StromNEV das Preisblatt der C. AG für die Ebene 2 zugrunde gelegt.

Gemäß § 18 Abs. 1 StromNEV erhalten Betreiber von dezentralen Erzeugungsanlagen vom Betreiber des Elektrizitätsverteilernetzes, in dessen Netz sie einspeisen, ein Entgelt. Dieses Entgelt muss den gegenüber den vorgelagerten Netz- oder Umspannebenen durch die jeweilige Einspeisung vermiedenen Netzentgelten entsprechen. § 18 Abs. 2 StromNEV sieht vor, dass die dem Entgelt für dezentrale Einspeisung zu Grunde liegenden vermiedenen gewälzten Kosten der vorgelagerten Netz- oder Umspannebenen für jede Netz- und Umspannebene einzeln ermittelt werden. Maßgeblich sind die tatsächliche Vermeidungsarbeit in Kilowattstunden, die tatsächliche Vermeidungsleistung in Kilowatt und die Netzentgelte der vorgelagerten Netz- oder Umspannebene.

a) Der Wortlaut des § 18 StromNEV „vorgelagerte Netz- und Umspannebene“ legt nahe, die „vorgelagerte Netzebene“ nicht nur spannungsbezogen, sondern daneben auch netzbetreiberbezogen auszulegen.

In Anlage 3 zu § 14 Abs. 3 StromNEV werden die folgenden Netzebenen bzw. Umspannebenen unterschieden:

Ebene 1: Höchstspannungsnetz mit 380/220 kv

Ebene 2: Umspannung zwischen Höchst- und Hochspannungsebene

Ebene 3: Hochspannungsnetz mit 110 kV

Ebene 4: Umspannung zwischen Hoch- und Mittelspannung

Ebene 5: Mittelspannungsnetz bis üblicherweise 35 kV

Ebene 6: Umspannung zwischen Mittel- und Niederspannungsebene

Ebene 7: Niederspannungsebene.

Zwar existiert aus physikalischer Sicht keine Umspannebene, da elektrische Energie immer nur genau eine Spannung haben kann und sich auch innerhalb eines Umspannwerks die genaue Spannung und der Punkt der Umwandlung exakt definieren lassen. Die Umspannung wird jedoch rechtlich als gesonderte Ebene neben den Netzebenen behandelt, etwa bei der Netzentgeltberechnung nach der StromNEV. Die vier Netzebenen und die drei Umspannebenen ergeben in Deutschland die „Netzebenen 1 bis 7“ (Theobald/Theobald, Energiewirtschaftsrecht, 3. Teil. Marktöffnung und Wettbewerb in der Energiewirtschaft: Die Netznutzung, beck-online).

aa) Eine Definition der „vorgelagerten Netzebene“ existiert in der StromNEV nicht. Der Wortlaut spricht indes für eine spannungsbezogene Auslegung.

In § 2 Nr. 10 und Nr. 12 StromNEV werden lediglich die Begriffe der „Netzebene“ bzw. „Umspannebene“ legaldefiniert. Nach § 2 Nr. 10 StromNEV sind Netzebenen „Bereiche von Elektrizitätsversorgungsnetzen, in welchen elektrische Energie in Höchst-, Hoch-, Mittel- oder Niederspannung übertragen oder verteilt wird“. Eine „Netzebene“ ist danach ein Teil eines Energieversorgungsnetzes mit einer bestimmten Spannung, nämlich Höchst-, Hoch-, Mittel- oder Niederspannung. Hätte man Netzebenen allein als Bereiche von Energieversorgungsnetzen definieren wollen, ohne der Netzebene gleichzeitig auch eine bestimmte Spannungsebene/Spannungsstufe zuzuordnen zu wollen, hätte es der weiteren Ausführung „in welchen Energie in Höchst-, Hoch-, Mittel- oder Niederspannung transportiert wird“, nicht bedurft. Gerade auch durch die Verwendung des Wortes „oder“ wird klar, dass in einer Netzebene immer nur Energie einer Spannungsebene übertragen wird.

Der Begriff der „vorgelagerten Umspannebene“ ist eindeutig spannungsbezogen auszulegen, da keine hintereinandergeschalteten Umspannebenen mit gleicher Spannung existieren, so dass die an ein Netz angeschlossene Umspannebene immer eine höhere Spannung aufweist als die Spannung des vorgelagerten Netzes, an das sie angeschlossen ist. Es liegt daher nahe, die „vorgelagerte Netzebene“ ebenfalls im Sinne von „vorgelagerter Spannungsebene“ und damit spannungsbezogen zu verstehen.

Ganz eindeutig wären zwar allein Formulierungen gewesen wie „vorgelagerte höhere Netz- oder Umspannebene“ (im Sinne der Auslegung der Bundesnetza-

gentur) oder „vorgelagertes Netz“ (im Sinne der Auslegung der Antragstellerin). Die Zusammenschau der Begriff „vorgelagert“ und „Ebene“ spricht jedoch dafür, die „vorgelagerte Netzebene“ jedenfalls als Ebene mit einer anderen Spannung zu verstehen.

bb) Diese Auslegung des Wortlauts schließt es indes nicht aus, den Begriff der „Netzebene“ nicht nur spannungsbezogen, sondern daneben in bestimmten Situationen wie der vorliegenden auch netzbetreiberbezogen zu verstehen.

Hierfür spricht zunächst die Formulierung in § 18 Abs. 2 S. 1 StromNEV. Danach werden die dem Entgelt für dezentrale Einspeisung zu Grunde liegenden vermiedenen gewälzten Kosten der vorgelagerten Netz- oder Umspannebene für jede Netz- oder Umspannebene einzeln ermittelt. Maßgeblich sind die tatsächliche Vermeidungsarbeit in Kilowattstunden, die tatsächliche Vermeidungsleistung in Kilowatt und die Netzentgelte der vorgelagerten Netz- oder Umspannebene. Der hier verwendete Begriff der Netz- oder Umspannebene spricht für eine auch netzbezogene Auslegung. Denn auch bei nachgelagerten Netzen gleicher Spannungsebene folgt einer Kostenwälzung. Legte man die Begriffsdefinition der Bundesnetzagentur zu Grunde, würde eine Kostenwälzung an nachgelagerte Netze gleicher Spannungsebene nicht erfolgen. Auch der Begriff „tatsächlich“ verdeutlicht, dass es im Rahmen der Ermittlung der Entgelte für die dezentrale Einspeisung nur auf das konkrete Netzentgelt ankommen kann, welches der Netzbetreiber durch die dezentrale Einspeisung einspart.

Auch die Verwendung der Mehrzahl „Bereiche von Elektrizitätsversorgungsnetzen“ in § 2 Nr. 10 und 12 StromNEV legt eine spannungs- und netzbetreiberbezogene Auslegung nahe. Zwar kann der Plural „Bereiche“ in § 2 Nr. 10 StromNEV so verstanden werden, dass sich eine Ebene über Netze mehrerer Netzbetreiber erstrecken kann. Sie lässt aber auch die Auslegung zu, dass Elektrizitätsversorgungsnetze aus mehreren Bereichen bestehen. Da gemäß § 2 Nr. 12 StromNEV auch eine Umspannebene als „Bereiche von Elektrizitätsversorgungsnetzen, [...]“, definiert wird, es indes nicht hintereinandergeschaltete Umspannebenen mehrerer Netzbetreiber gibt, spricht die Verwendung des Plurals in § 2 Nr. 12 StromNEV „Bereiche“ dafür, dass sie sich auf den Begriff „Elektrizitätsversorgungsnetze“ bezieht, mithin die Umspannebene nur als Teil eines Energieversorgungsnetzes

definiert. Da Begrifflichkeiten innerhalb einer Verordnung wie vorliegend der Stromnetzentgeltverordnung einheitlich ausgelegt werden sollten, liegt es nahe den Begriff der „Bereiche“ in § 2 Nr. 10 StromNEV entsprechend zu verstehen.

b) Für diese nicht nur spannungsbezogene, sondern in Pancaking-Situationen auch netzbetreiberbezogene Auslegung sprechen auch die Begründung des Verordnungsentwurfs und die Entstehungsgeschichte der Norm.

aa) In der Verordnungsbegründung heißt es zu § 18 StromNEV:

Die dezentrale Einspeisung elektrischer Energie verursacht unmittelbar eine Reduzierung der Entnahme elektrischer Energie aus der vorgelagerten Netz- oder Umspannebene. Kurzfristig hat dies zur Folge, dass zum einen – aus Sicht des Netzbetreibers, in dessen Netz- oder Umspannebene dezentral eingespeist wird – der von ihm zu tragende Anteil der Kosten des vorgelagerten Netzes sinkt, da bei unveränderten Netzentgelten die Entnahmemenge niedriger ist als ohne dezentrale Einspeisung. Da die Gesamtkosten des vorgelagerten Netzes kurzfristig unverändert bleiben, ergibt sich zum anderen der Effekt, dass sich die Verteilung der Kosten auf die Entnahmen ändern. Entnimmt ein Weiterverteiler aufgrund dezentraler Einspeisung weniger, erhöht sich der von den übrigen entnehmenden Netzkunden zu tragende Anteil der Netzkosten. Mittel- bis langfristig kann die dezentrale Einspeisung tendenziell zu einer Reduzierung der erforderlichen Netzausbaumaßnahmen in den vorgelagerten Netzebenen und somit zu geringeren Gesamtnetzkosten führen. Zur Abgeltung dieses Beitrags zur Netzkostenverminderung wird Betreibern von dezentral einspeisenden Erzeugungsanlagen ein Entgelt gezahlt, soweit deren Einspeisung nicht nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz vergütet wird.“

Nach dem Willen des Ordnungsgebers soll das Entgelt für die dezentralen Erzeugungsanlagen damit die ersparten Netzausbaukosten in den vorgelagerten Netzebenen abgelden, da die dezentrale Einspeisung „mittel- bis langfristig tendenziell zu einer Reduzierung der erforderlichen Netzausbaumaßnahmen in den vorgelagerten Netzebenen und somit zu geringeren Gesamtnetzkosten führen. Die

Verordnungsbegründung erläutert hingegen nicht, wie die Erlöse für die dezentrale Einspeisung im Einzelnen berechnet werden sollen.

Die Verwendung des Wortes „unmittelbar“ spricht jedoch in Pancaking-Situationen für eine auch netzbetreiberbezogene Auslegung. Denn in der vorliegenden Sondersituation wird unmittelbar der Bezug der Strommenge aus dem vorgelagerten Netz der gleichen Spannungsstufe reduziert – hier des C. auf Netzebene 3 -. Dessen Betriebsmittel werden für die Verteilung der dezentral eingespeisten Strommengen gerade nicht genutzt, sondern vermieden.

Der Einwand der Bundesnetzagentur, in der eigenen Netzebene würden gerade keine Kosten vermieden, diese Wirkung trete stets nur auf der nächsthöheren Netzebene ein, trifft in Pancaking-Situationen gerade nicht zu. Zwar werden vorliegend in der eigenen Netzebene der Antragstellerin keine Kosten vermieden werden, in der spannungsgleichen vorgelagerten Netzebene 3 des C. indes schon.

Dass der Gesetzgeber in seiner Begründung auf den jeweiligen Netzbetreiber abstellt und ausführt, bei einer dezentralen Einspeisung reduziere sich der von dem Netzbetreiber zu tragende Anteil der Kosten des vorgelagerten Netzes, lässt ebenfalls vermuten, dass die vermiedenen Netzentgelte an den dezentralen Einspeiser die Kosten des aus seiner Sicht vorgelagerten Netzes neutralisieren sollen.

bb) Die Regelungen der Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung (VV II Plus) stellten vor Inkrafttreten der StromNEV die maßgebliche Grundlage zur Berechnung von Netzentgelten und vermiedenen Netzentgelten für dezentrale Einspeiser dar. In Ziffer 2.3.3 VV II Plus heißt es: Dezentrale Erzeugungsanlagen erhalten vom Netzbetreiber, in dessen Netz eingespeist wird, ein Entgelt. Dieses Entgelt entspricht den durch die jeweilige Einspeisung eingesparten Netznutzungsentgelten in den vorgelagerten Netzebenen. Näheres regelt Anlage 6“.

Zwar sollten in einem Gesetzesentwurf zur Netzentgeltverordnung Strom mit Stand vom 13.09.2004 nach § 18 Abs. 1 S. 2 StromNEV „die Bestimmungen des Entgeltes auf der Grundlage der Anlage 6 der Verbändevereinbarung“ erfolgen. Dieser Verweis ist indes nicht in die endgültig verabschiedete Fassung der StromNEV aufgenommen worden, ohne dass klar ist, warum die Streichung erfolgt ist.

Die Definition des Netzbereichs in Anlage 1 VV II Plus „als Teil des Gesamtnetzes je Netzbetreiber, der insbesondere nach Spannungsebenen und – sofern sachgerecht – zusätzlich nach Regionen (z.B. Stadt, Land) abgegrenzt wird“, lässt sich zur Begründung einer „netzbetreiberbezogenen“ Auslegung heranziehen. Wenn in § 2 Nr. 10 und 12 StromNEV Netz- bzw. Umspannebenen als „Bereiche“ von Elektrizitätsversorgungsnetzen bezeichnet werden, liegt eine Übernahme des „Begriffs „Netzbereich“, wie er in der VV II Plus definiert ist, nahe.

c) Die Systematik der StromNEV, insbesondere die Verwendung des Begriffs der Netz- und Umspannebene in weiteren Vorschriften der StromNEV, sprechen ebenfalls dafür, den Begriff der Netz- und Umspannebene nicht nur spannungsbezogen, sondern bei Hintereinanderschaltung gleicher Spannungsebenen daneben auch netzbetreiberbezogen auszulegen.

So definiert § 2 Nr. 6 den Begriff der „Entnahmestelle“ als den Ort der Entnahme einer Energie aus einer Netz- oder Umspannebene durch Letztverbraucher, Weiterverteiler oder die jeweils nachgelagerte Netz- oder Umspannebene“. Auch für die Antragsgegnerin muss sich vorliegend eine solche Entnahmestelle definieren lassen, obwohl sie aus der gleichen Spannungsebene (von Netzebene 3 zu Netzebene 3) und eben nicht aus einer höheren Spannungsebene von der C. AG ihren Strom bezieht.

Gemäß § 2 Nr. 7 StromNEV bedeutet „Jahreshöchstlast“ der höchste Leistungswert einer oder mehrerer Entnahmen aus einer Netz- oder Umspannebene oder einer oder mehrerer Einspeisungen im Verlauf eines Jahres. Obwohl von „Netz- oder Umspannebene“ die Rede ist, ist wohl unstrittig die Jahreshöchstlast innerhalb des jeweiligen Netzes gemeint.

Gemäß § 3 Abs. 1 StromNEV sind die Netzentgelte für jede Netz- und Umspannebene zu bestimmen und gemäß § 14 StromNEV werden die Kosten der Netz- und Umspannebenen beginnend bei der Höchstspannung, jeweils anteilig auf die nachgelagerte Netz- oder Umspannebene verteilt. Da jeder Netzbetreiber jeweils für sein Netz die Netzentgelte je Netzebene nach den Vorgaben der §§ 12 ff.

StromNEV ermittelt, muss der Begriff der Netzebene auch hier nicht nur spannungsbezogen, sondern in Pancaking-Situationen auch netzbetreiberbezogen verstanden werden.

Das Argument der Bundesnetzagentur, die Existenz der Sonderregelung des § 14 Abs. 2 S. 3 StromNEV zeige gerade, dass der Sonderfall von Netzen mit gleicher Spannungsebene spezifisch geregelt werden könne, was für eine allein spannungsbezogene Auslegung spreche, überzeugt nicht. Wenn der Begriff der „vorgelagerten Netz- und Umspannebene“ nicht nur spannungsbezogen, sondern auch netzbetreiberbezogen verstanden wird, bedarf es für die dezentralen Netzentgelte gemäß § 18 StromNEV – anders als bei der Kostenwälzung in Pancaking-Situationen - einer entsprechenden Sonderregelung gerade nicht.

Zwar betreffen § 14 und § 18 StromNEV – wie die Bundesnetzagentur zutreffend ausführt - unterschiedliche Regelungen. Aus Gründen der Systematik ist indes davon auszugehen, dass die vom Gesetz- und Verordnungsgeber jedenfalls innerhalb einer Verordnung gewählten Begrifflichkeiten die gleiche Bedeutung haben.

d) Schließlich stützt auch die Entscheidung des BGH mit Beschluss vom 03.06.2014 (EnVR 72/12) die von der Antragstellerin vorgenommene Auffassung. Der Entscheidung lag eine Beschwerde gegen die von der Bundesnetzagentur festgesetzten Erlösobergrenzen zugrunde, mit der sich die Betroffene unter anderem dagegen gewandt hatte, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der periodenübergreifenden Saldierung für die Kalenderjahre 2007 und 2008 hinsichtlich der gemäß § 18 StromNEV erbrachten Zahlungen an Betreiber von dezentralen Erzeugungsanlagen nicht nur mengenbedingte Differenzen berücksichtigt, sondern anstelle der in die Kalkulation eingeflossenen Zahlungen aus den Geschäftsjahren 2004/2005 bzw. 2006 die tatsächlichen Kosten aus den Jahren 2007 bzw. 2008 herangezogen hat.

So führt der BGH aus, dass die Kosten für die Nutzung vorgelagerter Netze – anders als sonstige in die Saldierung einzubeziehende Kosten – nach dem unter anderem in § 14 StromNEV zum Ausdruck gebrachten Prinzip der Kostenwälzung in vollem Umfang auf die jeweiligen Netznutzer abgewälzt werden dürften. Diesen

Rechtsgedanken hat der BGH auf die Kosten für die vermiedenen Netzentgelte übertragen. So heißt es in der Entscheidung: „Die auf Grund von § 18 StromNEV entstandenen Kosten für dezentrale Einspeisung stehen in engem Zusammenhang mit den Kosten für die Nutzung vorgelagerter Netze. Für die dezentrale Einspeisung von Energie bedarf es nicht der Nutzung vorgelagerter Netze. Die dezentrale Einspeisung führt mithin dazu, dass sich die Kosten für die Nutzung dieser Netze reduzieren. Auf die Kosten des Netzbetreibers hat dies im Ergebnis keine Auswirkungen, weil er den Betreibern dezentraler Erzeugungsanlagen gem. § 18 StromNEV ein Entgelt zahlen muss, das den durch die Einspeisung vermiedenen Netzentgelten entspricht. Aus Sicht des Netzbetreibers macht es folglich keinen Unterschied, ob er ein Entgelt für den Bezug aus vorgelagerten Netzen oder einen Erstattungsbetrag für die dezentrale Einspeisung bezahlt. Der Senat hat hieraus die Schlussfolgerung gezogen, dass beide Kostenarten bei einer Anpassung der Erlösobergrenzen gem. § 4 ARegV für die gesamte Regulierungsperiode gleich zu behandeln sind, obwohl der Wortlaut von § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV in der bis 08.09.2010 geltenden Fassung nur für die Kosten der Inanspruchnahme vorgelagerter Netze ausdrücklich vorsah, auf das Kalenderjahr abzustellen, für das die Erlösobergrenze Anwendung finden soll (BGH, RdE 2013, 321 = BeckRS 2013, 09926 Rn. 80 – Regionalwerk Bodensee GmbH & Co. KG).

Dieselbe Schlussfolgerung ist auch im vorliegenden Zusammenhang geboten. Wie auch die Betroffene nicht in Zweifel zieht, können Kosten, die auf Grund von § 18 StromNEV entstanden sind, in gleicher Weise auf den Netzkunden abgewälzt werden wie Kosten für die Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen. Der Netzbetreiber hat zudem in der Regel keinen Einfluss darauf, in welchem Umfang Entgelte für die Nutzung vorgelagerter Netze durch dezentrale Einspeisung vermieden werden und stattdessen Entgelte nach § 18 StromNEV anfallen. Angesichts dessen sind im Rahmen der Saldierung gem. § 11 StromNEV auch die auf § 18 StromNEV beruhenden Kosten in derjenigen Höhe anzusetzen, in der sie in der Kalkulationsperiode tatsächlich angefallen sind“ (NVwZ 2014, 1468, beck-online).

Der BGH argumentiert daher folgend mit der Austauschbarkeit der Kostenarten. Aus Sicht des Netzbetreibers wirke sich die dezentrale Einspeisung nicht auf seine Kosten aus, da er gegenüber dem Einspeiser zur Zahlung von Entgelten verpflichtet ist, die den vermiedenen Netzentgelten entsprechen. Darüber hinaus hat der Netzbetreiber keinen Einfluss darauf, in welchem Umfang die Nutzung der vorge-

lagerten Netze durch die dezentrale Einspeisung vermieden wird. Die Kostenpositionen sind insoweit als Komplementär zu betrachten. Entweder fallen sie als das eine oder das andere an. Aus dieser Erkenntnis leitet der BGH die Gleichstellung der beiden Positionen für die periodenübergreifende Saldierung ab (Missling in IR 2014, 252).

Zutreffend verweist die Bundesnetzagentur zwar darauf, dass der BGH nicht über die richtige Berechnung der vermiedenen Netzentgelte entschieden hat. Die Auffassung der Bundesnetzagentur ist gleichwohl nicht mit der vorzitierten Entscheidung vereinbar. Denn der BGH sieht das entscheidende Argument für die Gleichbehandlung der vermiedenen Netzentgelte in der Komplementarität dieser Kosten gegenüber den ansonsten gewälzten vorgelagerten Netzkosten und hat damit indirekt mit entschieden und auch ausgeführt, dass das an den dezentralen Einspeiser zu zahlende Entgelt dem Entgelt entspricht, das er anderenfalls für den Bezug aus dem vorgelagerten Netz hätte zahlen müssen.

Für die vorliegende Situation bedeutet dies, dass die Antragsgegnerin, die gegenüber der C. in Höhe der Kosten für die Netzebene 3 ersparten Netzentgelte auch in dieser Höhe an die Antragstellerin weiter zu geben hat.

e) Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen ebenfalls dafür, den Begriff der Netzebene nicht nur spannungsbezogen, sondern bei Aneinanderreihung von Netzen gleicher Spannungsebene auch netzbetreiberbezogen auszulegen.

aa) Gemäß § 18 Abs. 1 StromNEV soll das Entgelt, das Betreiber von dezentralen Erzeugungsanlagen erhalten, den gegenüber den vorgelagerten Netz- oder Umspannebenen durch die jeweilige Einspeisung vermiedenen Netzentgelten entsprechen. So wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt: „Mittel- bis langfristig kann die dezentrale Einspeisung tendenziell zu einer Reduzierung der erforderlichen Netzausbaumaßnahmen in den vorgelagerten Netzebenen und somit zu geringeren Gesamtnetzkosten führen. Zur Abgeltung dieses Beitrags zur Netz-kostenverminderung wird Betreibern von dezentral einspeisenden Erzeugungsanlagen ein Entgelt gezahlt, soweit deren Einspeisung nicht nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz vergütet wird.“

Die vermiedenen Netzentgelte sollen eigentlich die dauerhaft vermiedenen Netzausbaukosten in allen vorgelagerten Netz- und Umspannebenen abgelten. Diese vermiedenen Netzausbaukosten dürften, da sie zukunftsgerichtet sind, indes schwer zu berechnen sei.

Sinn und Zweck der Regelung sprechen daher für eine Kostenneutralität der dezentralen Einspeisung. Da jeder Netzbetreiber für die jeweilige Netzebene separat Netzentgelte ermittelt, ist auch bei der Berechnung der vermiedenen Netzentgelte eine netzbezogene Betrachtung geboten. Dem Netzbetreiber sollen durch die dezentrale Einspeisung keine Kostenvorteile entstehen. Es ist daher erforderlich, die Entgelte für die dezentrale Einspeisung so zu berechnen, dass sie denjenigen Netzentgelten entsprechen, die der Einspeisenetzbetreiber durch die dezentrale Einspeisung vermeidet.

bb) Der Einwand der Bundesnetzagentur, diese Auffassung führe zur Manipulierbarkeit der Berechnung der vermiedenen Netzentgelte, indem durch Zwischenschaltung eines Netzbetreibers auf derselben Netzebene das vermiedene Netzentgelt erhöht werden könne, überzeugt nicht. Der Netzbetreiber dürfte bereits kein Interesse daran haben, einen weiteren Netzbetreiber „zwischenzuschalten“, da er hierdurch keinen finanziellen Vorteil hätte. Denn nach der hier vertretenen Auffassung zahlt er dem dezentralen Einspeiser Entgelte genau in der Höhe, in der er sie durch den fehlenden Bezug aus der höheren Ebene erspart.

Lediglich der dezentrale Einspeiser dürfte hierdurch bevorteilt werden. Dieser hat aber keinen Einfluss darauf, ob ein Netzbetreiber einen weiteren Netzbetreiber zwischenschaltet oder nicht. Etwaigen Missbräuchen könnte zudem mit dem Institut der Missbrauchsaufsicht begegnet werden.

cc) Soweit die Bundesnetzagentur auf den Grundsatz der Gleichbehandlung gem. Art. 3 GG verweist und ausführt, bei der von der Antragstellerin vertretenen Auffassung würde Kraftwerksbetreibern, die sich ein- und derselben wettbewerbsrechtlichen Situation stellen müssten, unterschiedliche Vergütungen gezahlt, abhängig davon, ob auf gleicher Spannungsebene ein weiterer Netzbetreiber zwischengeschaltet sei oder nicht, mag dies zutreffen, überzeugt indes nicht. Denn die Bundesnetzagentur übersieht, dass auch Netzkunden, die in Pancaking-Situationen an ein nachgelagertes Netz auf gleicher Spannungsebene ange-

geschlossen sind, höhere Netzentgelte zahlen als Netzkunden, die an ein Netz gleicher Spannungsebene ohne Pancaking-Situation angeschlossen sind.

Die von der Bundesnetzagentur vertretene Auffassung führt zudem zu einer Ungleichbehandlung der Netzbetreiber. Derjenige Netzbetreiber, der einem Netzbetreiber auf gleicher Spannungsebene nachgelagert ist, hat einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber dem Netzbetreiber, der unmittelbar an ein Netz mit höherer Spannungsebene angeschlossen ist. Letztgenannter zahlt vermiedene Netzentgelte in genau der Höhe, in der er Netzentgelte gegenüber der vorgelagerten Netzebene erspart. Erstgenannter erspart demgegenüber auf einer höheren Ebene und damit mehr Kosten, als er an vermiedenen Netzentgelten an den dezentralen Einspeiser auszahlen muss.

3. Aus alledem folgt, dass die Bundesnetzagentur verpflichtet ist, den Antrag der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Eine Ermessensreduzierung auf Null ist nicht ersichtlich.

C.

Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war gem. § 90 S. 1 EnWG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Da die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde Erfolg hatte, ist es sachgerecht, der Bundesnetzagentur die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen bewertet der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung und nach übereinstimmenden Angaben der Beteiligten mit ... € (jährlicher Mindererlös).

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienen (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 und 2 EnWG).

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 Beschwerde 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.

K. R.