

Datum: 08.12.2010
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-3 Kart 18/10 (V)

Leitsätze: § 31 EnWG; § 17 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, Abs. 8 StromNEV; § 4 Abs. 5 EEG 2004,
§ 8 Abs. 2 EEG 2009

Speist der Anlagenbetreiber den von ihm erzeugten EEG-Strom gem. § 8 Abs. 2 EEG 2009 (=§ 4 Abs. 5 EEG) mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in das Netz der allgemeinen Versorgung ein, hat dies zwangsläufig eine entsprechende Entnahme zur Folge, so dass er insoweit netzentgeltpflichtig i.S.d. § 17 StromNEV ist.

Tenor: Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 11. Januar 2010 - BK 8-09/001 - wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der gegnerischen Bundesnetzagentur zu tragen. Die weitere Beteiligte trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe 1

A. 2

Die Antragstellerin betreibt am Standort X. einen holzverarbeitenden Betrieb und eine Biomasseanlage, die über eine von ihr errichtete Mittelspannungsdirektion an das Umspannwerk Y. der Beteiligten zu 2) - der Netzbetreiberin Z. - angeschlossen ist. 3

In dem zwischen ihnen im Juni 2007 geschlossenen Netzanschlussvertrag hat sich diese verpflichtet, für die Stromeinspeise-/Stromabnahmestelle des Holzverarbeitungsbetriebs der Antragstellerin eine elektrische Anschlussanlage mit einer Nennspannung von 20 kV und einer Nennfrequenz von 50 Hertz im Umspannwerk Y. vorzuhalten. Für die Biomasseanlage wurde ein Anschluss an das Netz der Antragstellerin entsprechend § 4 Abs. 5 EEG 2004 (nunmehr § 8 Abs. 2 EEG 2009) vereinbart und für die Anschlussanlagen die Übertragung einer Leistung bis zu maximal 12.200 kW (Generatornennleistung) für die Lieferung und die einer Leistung bis zu maximal 6.300 kW für den Bezug. In Ziffer 3 des 4

Vertrages verpflichtete sich die Antragstellerin zur Zahlung der Netzanschlusskosten in Höhe von € netto.

Daneben haben sie im Oktober 2007 einen Netznutzungsvertrag geschlossen. Nach Ziffer 1 des Vertrages vermittelt dieser der Antragstellerin den Zugang zum gesamten Elektrizitätsversorgungsnetz und regelt die diesbezüglichen Rechte und Pflichten zum Zwecke der Entnahme elektrischer Energie; die Netznutzung bei Einspeisungen von an das Netz des Netzbetreibers angeschlossenen Erzeugungsanlagen (z.B. KWK-Anlagen, EEG-Anlagen, Brennstoffzellen) ist nach Ziffer 1.2 nicht Gegenstand des Vertrags. Die Netzentgelte sind nach der Vorgabe des § 17 Abs. 2 StromNEV zu zahlen. 5

Die Abrechnung der Netznutzungsentgelte hat die Netzbetreiberin im Jahre 2008 dergestalt vorgenommen, dass sie nicht nur die physikalische Entnahme der Antragstellerin, sondern auch die kaufmännisch-bilanziell gelieferte Leistung und Arbeit zugrunde gelegt hat. So hat sie für die einzelnen Monate eine Strombilanz erstellt, in der sie den "Verbrauch" der Antragstellerin nach folgender Rechnung ermittelt hat: 6

Einspeiseleistung + Bezug - Rücklieferung = Verbrauch 7

Für Januar 2008 ergibt sich etwa ein Verbrauch von **4.831.034 kWh** bei einer 8

Einspeiseleistung von **5.263.106 kWh** 9

zzgl. Bezug von + **530.392 kWh** 10

abzgl. Rücklieferung von - **962.465 kWh**. 11

Dabei ist die "**Einspeiseleistung**" die gesamte Strommenge, welche die Antragstellerin selbst erzeugt und entsprechend EEG angeboten und vergütet bekommen hat, die in Abzug gebrachte "**Rücklieferung**" ist die - von ihr selbst nicht benötigte - Strommenge, die sie physikalisch in das Netz der Netzbetreiberin angeboten hat und der "**Bezug**" ihr weitergehender physikalischer Strombedarf, den sie durch Entnahme gedeckt hat. 12

Unter dem 8. September 2009 forderte die Antragstellerin die beteiligte Netzbetreiberin auf, bei der Abrechnung der Netznutzungsentgelte lediglich die jeweilige physikalische Entnahme zugrunde zu legen. Dies lehnte die beteiligte Netzbetreiberin mit Schreiben vom 16.10.2008 unter Hinweis darauf ab, dass sie das Messergebnis an der Übergabe um den eingesparten, folglich fiktiven Bezug korrigiert habe, indem sie denjenigen Strom, der im Industrienetz des Anlagenbetreibers oder eines Dritten verbleibe, auf die an den Übergabestellen messtechnisch festgestellten Bezugsmengen aufgeschlagen habe. 13

Daraufhin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 5. März 2009 bei der Bundesnetzagentur beantragt, die Netzentgeltabrechnung der beteiligten Netzbetreiberin Z. ihr gegenüber im Wege des Missbrauchsverfahrens zu überprüfen. Die kaufmännisch-bilanzielle Abrechnung führe zu einer überhöhten Abrechnung der Netznutzungsentgelte, weil bei dieser nur die tatsächliche Entnahme zugrunde zu legen sei. 14

Die beteiligte Netzbetreiberin hat ihre Berechnung verteidigt und geltend gemacht, das Messergebnis an der Übergabestelle sei um den fiktiven Bezug zu korrigieren, da es sich bei der Einspeisung nach § 4 Abs. 5 EEG 2004 (jetzt: § 8 Abs. 2 EEG 2009) um eine fiktive Einspeisung handle und der betreffende Strom wegen gegenläufiger Lastrichtung regelmäßig gar nicht physikalisch in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist werden könne. 15

Mit Beschluss vom 11. Januar 2010 hat die Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur den Missbrauchsantrag abgelehnt. Zur Begründung hat sie im wesentlichen ausgeführt, das von der Antragstellerin gerügte Verhalten - die Abrechnung der Entnahme der Netznutzungsentgelte -, insbesondere die dabei zugrunde gelegte 16

kaufmännisch-bilanzielle Entnahme sei nicht missbräuchlich. Gemäß § 17 Abs. 2 StromNEV richte sich der zu zahlende Leistungs- und Arbeitspreis nach der jeweiligen Entnahme im Abrechnungsjahr. Eine Entnahme finde grundsätzlich nur dann statt, wenn Strom aus dem Netz der allgemeinen Versorgung tatsächlich bezogen und das Netz in Anspruch genommen werde. Dagegen könnten dezentrale Erzeugungsanlagen in das Netz der allgemeinen Versorgung einspeisen und erhielten hierfür eine Vergütung, wobei vom Netzbetreiber grundsätzlich auch nur die tatsächliche physikalische Einspeisung zu vergüten sei.

Eine Ausnahme davon stelle die kaufmännisch-bilanzielle Durchleitung nach § 8 Abs. 2 EEG 2009 dar. In diesem Fall sei nicht der tatsächlich eingespeiste Strom, sondern der kaufmännisch-bilanzielle Strom vom Netzbetreiber zu vergüten. Eine tatsächlich vollständige Entnahme von Strom aus dem Netz der allgemeinen Versorgung finde in diesem Fall somit auch nicht statt. Dies könne jedoch nicht zur Folge haben, dass Anlagenbetreiber, die ihren Strom kaufmännisch-bilanziell in das Netz der allgemeinen Versorgung anbieten, hierfür eine Vergütung nach EEG erhalten, von der Netzentgeltspflicht aber befreit seien. Müssten Anlagenbetreiber mit einem mittelbaren Anschluss kein Netzentgelt für den fiktiven Strombezug entrichten, so hätten diese Anlagenbetreiber gegenüber den Anlagenbetreibern mit einem unmittelbaren Anschluss einen Vorteil. Ein über den eigentlichen Zweck der Vorschrift, volkswirtschaftlich unnötige Kosten zu vermeiden, hinausgehender Zweck sei indessen nicht ersichtlich.

17

Hiergegen richtet die form- und fristgerechte Beschwerde der Antragstellerin. Mit ihr verfolgt sie ihr ursprüngliches Begehren weiter. Sie meint, die sog. kaufmännisch-bilanzielle Durchleitung nach § 8 Abs. 2 EEG 2009 stelle keine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass sich der zu zahlende Leistungs- und Arbeitspreis nach der jeweiligen Entnahme im Abrechnungsjahr richte. Zwar sei es richtig, dass § 8 Abs. 2 EEG 2009, wie schon die hier anwendbare Vorgängervorschrift des § 4 Abs. 5 EEG a.F., den Zweck habe, volkswirtschaftlich unnötige Kosten für zusätzliche Netzanschlüsse zu vermeiden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs solle eine Begünstigung des Anlagenbetreibers, der auf diesem Wege an ein Drittnetz bzw. an sein eigenes Netz angeschlossen ist, nicht verbunden sein, er solle vielmehr so gestellt werden, als wenn die Anlage direkt an das Netz angeschlossen wäre. Eine Erstreckung der Rechtsprechung auf den Bereich der Netznutzungsentgelte mit der Folge, dass eine fiktive Netzentgeltspflicht für fiktive Lieferungen von Strom entstehe, lasse sich aber weder aus dem Urteil selbst noch aus den gesetzlichen Vorschriften entnehmen. Wie die Beschlusskammer richtig festgestellt habe, finde eine Entnahme grundsätzlich nur dann statt, wenn Strom aus dem Netz der allgemeinen Versorgung tatsächlich bezogen und das Netz in Anspruch genommen werde. Von dieser gesetzlichen Vorgabe könne nur abgewichen werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage bestehe. Schon nach diesem Grundsatz verbiete sich eine Auslegung des § 8 Abs. 2 EEG 2009, die dieser Vorschrift entgegen dem Wortlaut eine Bedeutung nicht nur für die Vergütungspflicht nach dem EEG, sondern darüber hinaus eine anspruchsbegründende Wirkung für Netzentgelte im Bereich der StromNEV zuspreche. Die Beschlusskammer stütze ihre Entscheidung zudem darauf, dass Anlagenbetreiber, die nicht direkt an das Netz der allgemeinen Versorgung angeschlossen seien, eine Direktleitung bauen müssten, wenn sie keinen Anspruch auf eine Vergütung nach § 8 Abs. 2 EEG 2009 hätten. Dabei übersehe sie, dass der sachgerechte Vergleichsmaßstab nicht der Anlagenbetreiber sei, der eine Direktleitung für die Stromeinspeisung baue, sondern derjenige, der an ein Drittnetz angeschlossen sei, aber keine Vergütung nach § 8 Abs. 2 EEG 2009 beanspruche, sondern den Strom direkt an die an das Drittnetz angeschlossenen Netzverbraucher liefere bzw. den Strom nicht nur physikalisch, sondern auch wirtschaftlich selbst verbrauche. Ihre weitere Annahme, dem Netzbetreiber entstünden auch hinsichtlich der Netzentgelte berücksichtigungsfähige Kosten, wenn das Netz physikalisch nicht in Anspruch genommen werde, weil keine Entnahme stattfinde, halte einer rechtlichen Überprüfung, insbesondere am Maßstab des § 17 StromNEV nicht stand. Ihr Netzanschluss sei entgegen der Annahme der Beschlusskammer ersichtlich nicht für die Entnahme, sondern nur für die Einspeisung ausgelegt, denn als Strombezug sei nur eine Leistung von etwas über 6 MW vereinbart. Auch habe die Auslegung des Netzanschlusses

18

nichts mit den Netzentgelten zu tun, denn die Herstellungskosten für den Netzanschluss und dessen konkrete Auslegung seien durch sie finanziert worden. Richtig sei zwar, dass die beteiligte Netzbetreiberin für den Störfall der Eigenerzeugungsanlage die Kapazität zur Belieferung bereitstelle. Auch dies beziehe sich aber nicht auf den hier streitigen Teil der Netzentgelte, sondern auf denjenigen, der von ihr – der Beschwerdeführerin – nicht in Abrede gestellt werde. Die Netzentgelte für die tatsächliche Entnahme sei sie selbstverständlich zu zahlen bereit. Richtig sei zwar der Gedanke, dass dem Netzbetreiber Kosten entstünden, die verursachungsgerecht zurechenbar seien. Maßstab der verursachungsgerechten Zurechnung stelle jedoch § 17 Abs. 2 StromNEV dar, nach dem sich das Netzentgelt pro Entnahmestelle aus einem Jahresleistungspreis in € pro kW und einem Arbeitspreis in Cent pro kW/h berechne. Die gesetzgeberische Grundentscheidung, dass eine verursachungsgerechte Zurechenbarkeit von Kosten des Netzbetriebs durch einen Jahresleistungspreis und einen Arbeitspreis für tatsächlich entnommenen Strom abgebildet werde, könne durch die Argumentation der Bundesnetzagentur nicht in Frage gestellt werden. Insofern sei die gesetzliche Regelung ihren Zweckmäßigkeitserwägungen vorrangig. Auf eine Auslegung der Vorschriften des EEG könne es nicht ankommen, weil für die Ermittlung der Netzentgelte nicht diese Vorschriften, sondern die Vorschriften der StromNEV ausschlaggebend seien.

Sie beantragt, 19

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 11. Januar 2010, AZ: BK 8-09/001, aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Missbrauchsantrag vom 5. März 2009 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. 20

Die Bundesnetzagentur bittet um Zurückweisung der Beschwerde, indem sie die angegriffene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe verteidigt. Sie meint, das Verhalten der Netzbetreiberin stimme mit den Vorgaben der in § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG genannten Bestimmungen überein und sei somit nicht missbräuchlich, insbesondere verstoße es nicht gegen § 17 Abs. 2 StromNEV. 21

Die weiter beteiligte Netzbetreiberin Z. bittet ebenfalls um Zurückweisung der Beschwerde. Sie meint, die sich aus § 8 Abs. 2 EEG 2009 ergebende Fiktion betreffe nicht nur die Einspeisung des EEG-Stroms in das Netz des Netzbetreibers, sondern auch die Entnahme des physikalisch im Kundennetz verbrauchten, infolge der Einspeisefiktion rechtlich jedoch aus dem Netz der allgemeinen Versorgung bezogenen Stroms (Entnahmefiktion). Insofern begründe § 8 Abs. 2 EEG 2009 keine "Ausnahme" von § 17 Abs. 2 StromNEV, sondern lediglich die Fiktion der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm. 22

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur und das Protokoll der Senatssitzung vom 10. November 2010 Bezug genommen. 23

B. 24

Die Beschwerde der Antragstellerin hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen keinen Erfolg. 25

Zu Recht hat die Beschlusskammer 8 ihren Antrag auf Durchführung eines Missbrauchsverfahrens abgelehnt. Ihre Rüge, die Abrechnungen der beteiligten Netzbetreiberin verstießen gegen § 17 Abs. 8 i.V.m. Abs. 2 StromNEV, weil sie Netznutzungsentgelte nicht nur für den von ihr physikalisch entnommenen Strom berechnet, sondern im Rahmen des Verbrauchs auch den von ihr kaufmännisch-bilanziell in das Netz der Netzbetreiberin eingespeisten Strom berücksichtigt habe, geht fehl. 26

1. Mit dem Entgelt für die Nutzung des Netzes durch Entnahme von Strom wird nach § 3 Abs. 2 StromNEV die Nutzung der Netz- oder Umspannebene des jeweiligen Betreibers des Elektrizitätsversorgungsnetzes, an die der Netznutzer angeschlossen ist, und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen abgegolten. Die Bestimmung der Netzentgelte für die Nutzung von Elektrizitätsnetzen erfolgt nach Maßgabe der §§ 15 ff. StromNEV. Nach dem Grundsatz des § 15 Abs. 1 Satz 2 StromNEV sollen die nach § 4 StromNEV ermittelten Netzkosten über ein jährliches Netzentgelt gedeckt werden; Satz 3 bestimmt weiter, dass für die Einspeisung elektrischer Energie keine Netzentgelte zu entrichten sind, so dass sie folglich nur an die Entnahme anknüpfen. Das vom Netznutzer zu entrichtende Netznutzungsentgelt richtet sich entsprechend § 17 Abs. 1 Satz 2 StromNEV nach der Anschlussnetzebene der Entnahmestelle, den jeweils vorhandenen Messeinrichtungen an der Entnahmestelle sowie der jeweiligen Benutzungszahl der Entnahmestelle. In § 17 Abs. 2 StromNEV ist weiter geregelt, dass das Netzentgelt pro Entnahmestelle aus einem Jahresleistungspreis in Euro pro Kilowatt und einem Arbeitspreis in Cent pro Kilowattstunde besteht. Dabei ist das Jahresleistungsentgelt das Produkt aus dem jeweiligen Jahresleistungspreis und der Jahreshöchstleistung in Kilowatt der jeweiligen Entnahme im Abrechnungsjahr, das Arbeitsentgelt das aus dem jeweiligen Arbeitspreis und der im Abrechnungsjahr jeweils entnommenen elektrischen Arbeit in Kilowattstunden. Die Erhebung anderer als in der Verordnung genannter Entgelte wird in § 17 Abs. 8 StromNEV ausdrücklich untersagt.

27

Damit knüpft der Ordnungsgeber mit den maßgeblichen Entgeltbestimmungen – wie die Beschlusskammer zutreffend festgehalten hat – an die Entnahme von Strom aus dem Netz der allgemeinen Versorgung und damit einhergehende Inanspruchnahme des Netzes an.

28

2. Zu Recht ist die Beschlusskammer zu der Annahme gelangt, dass der in § 17 Abs. 2 Satz 2 StromNEV verwandte Begriff der Entnahme nicht auf physikalische Entnahmen beschränkt ist, sondern auch solche erfassen muss, die als Folge der mittelbaren Einspeisung entsprechend § 4 Abs. 5 EEG 2004/ § 8 Abs. 2 EEG 2009 zwangsläufig ebenso kaufmännisch-bilanziell erfolgen müssen. Der Anlagenbetreiber, der die Fiktion des § 4 Abs. 5 EEG 2004/§ 8 Abs. 2 EEG 2009 und damit die Vergütung des (lediglich physikalisch nicht) in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Stroms für sich in Anspruch nimmt, muss die mittelbar eingespeiste Strommenge i.S.d. § 17 Abs. 2 StromNEV zwangsläufig auch wieder entnehmen, um sie verbrauchen zu können.

29

30

2.1. Regelungszweck des § 4 Abs. 5 EEG 2004/§ 8 Abs. 2 EEG 2009 ist es allein, die Einspeisevergütung für Strom aus Erneuerbaren Energien auf die Fälle zu erstrecken, in denen der EEG-Strom nicht in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird, weil er schon dort, wo er erzeugt wird, auch verbraucht wird. Der Abnahme- und Vergütungsanspruch des EEG-Anlagenbetreibers gegen den nächstgelegenen Betreiber eines Netzes der allgemeinen Versorgung bezog sich ursprünglich nur auf eine physikalisch messbare Einspeisung von EEG-Strom in dieses Netz, § 4 Abs. 1 EEG 2004. Um EEG-Strom umfassend zu fördern, hat der Gesetzgeber die Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers mit der Regelung des § 4 Abs. 5 EEG 2004 auf die EEG-Strommengen ausgeweitet, die kaufmännisch-bilanziell, nicht aber physikalisch in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist werden. Mit dieser Gleichstellung sollte vermieden werden, dass der Anlagenbetreiber volkswirtschaftlich unnötige Kosten verursacht, indem er eine besondere Anschlussleitung nur errichtet, um den von ihm erzeugten Strom in das allgemeine Netz der Versorgung physikalisch einspeisen und so in den Genuss der Vergütung seines EEG-Stroms gelangen zu können (BT-Drs. 15/2864, S. 35, s.a. BGH, Urteil vom 28. März 2007, VIII ZR 42/06). § 4 Abs. 5 EEG 2004 – wie auch die Nachfolgeregelung des § 8 Abs. 2 EEG 2009 – ist somit allein als Ausprägung des das EEG beherrschenden Förder- und Vorrangprinzips zu sehen, auch hier hält der Verordnungsgeber an der Verknüpfung von Förderung und Einspeisung in ein Netz der allgemeinen Versorgung fest. Durch die mittelbare Einspeisung wird die Abnahme- und Übertragungspflicht des Netzbetreibers mit der Folge ausgelöst, dass der Anlagenbetreiber für den Eigenverbrauch eine entsprechende Strommenge, also anderen Strom von einem Lieferanten aus dem Netz zurückbeziehen muss (s.a. von Bredow, CuR 2008, 45, 46). Wie die betroffene Anlagenbetreiberin in der Senatssitzung eingeräumt hat, hat sie insoweit mit dem Stromlieferanten Q. einen Vertrag über die bloße Stromlieferung geschlossen, der also nicht – wie ein so gen. "all-inclusive-Vertrag" – auch die Netznutzung beinhaltet. Die so von ihr bezogene Strommenge wird – wie die beteiligte Netzbetreiberin in der Senatssitzung mit Hilfe zur Akte gereicher Bilanzierungsbelege erläutert hat – über ihren Zählpunkt, der ihrer Stromlieferantin Q. zugeordnet ist, als Entnahme erfasst und dem Übertragungsnetzbetreiber V. gemeldet. Die kaufmännisch-bilanziell entnommene Menge ist damit dem Bilanzkreis ihres Lieferanten zugeordnet, der nur durch die Entnahme seines Kunden – der Anlagenbetreiberin – entsprechend § 4 Abs. 2 StromNZV seinen Bilanzkreis ausgeglichen halten kann.

Die hierzu bestehende Alternative hat die betroffene Anlagenbetreiberin bewusst nicht gewählt. Sie könnte den von ihr erzeugten Strom auch selbst verbrauchen, ohne ihn in das Netz der allgemeinen Versorgung einzuspeisen. Dies hätte nicht nur zur Folge, dass sie eine entsprechende Menge nicht – zum Verbrauch – aus dem allgemeinen Netz zu entnehmen bräuchte, sondern auch, dass die Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers nicht entstände. Letztlich hängt die Entscheidung des Anlagenbetreibers, ob er den gesamten Strom als EEG-Strom unmittelbar oder mittelbar einspeist, oder aber nur den Anteil, der seinen Eigenverbrauch übersteigt, von den Strombezugskosten ab. Eine Vergütung des Selbstverbrauchs sieht das EEG grundsätzlich nicht vor, eine solche hat der Gesetzgeber mit § 33 EEG 2009 nur für Solaranlagen vorgesehen; streng genommen stellt sie keine Vergütung des nicht eingespeisten Stroms, sondern eine Kompensation für die in diesem Falle nicht stattfindende Inanspruchnahme des Netzes der allgemeinen Versorgung dar.

31

2.2. Da die Stromeinspeisung mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe der physikalischen Direkteinspeisung gleichgestellt wird und zwangsläufig eine entsprechende Entnahme des einspeisenden Anlagebetreibers zur Folge hat, muss sein abrechnungsrelevanter Strombezug rechnerisch wie von der Netzbetreiberin vorgenommen ermittelt werden. Für eine andere Beurteilung ist kein Raum. Sie würde dazu führen, dass der Anlagenbetreiber, dessen EEG-Strom auf diese Weise mittelbar in das vorgelagerte Netz eingespeist und von dessen Betreiber abgenommen wird, gegenüber dem unmittelbar Einspeisenden privilegiert würde, der für die Entnahme des von ihm auch physikalisch eingespeisten EEG-Stroms Netznutzungsentgelte zahlen muss. Eine solche Besserstellung war indessen nicht beabsichtigt; mit § 4 Abs. 5 EEG 2004 – wie

32

auch der Nachfolgeregelung des § 8 Abs. 2 EEG 2009 - sollte dem Anlagenbetreiber, der sich für die Einspeisung seines EEG-Stroms in das allgemeine Netz entscheidet, allein die unsinnige Investition in eine Direktleitung erspart werden. Seine Freistellung von der Netzentgeltspflicht würde zudem dazu führen, dass sein Anteil von den übrigen Netznutzern in Form von höheren Netzentgelten getragen werden müsste. Letztlich käme dies einer Selbstverbrauchsvergütung gleich, die der Gesetzgeber indessen nicht allgemein hat einführen wollen.

Schließlich kann die Anlagenbetreiberin auch aus dem Umstand, dass § 35 Abs. 2 Satz 1 EEG 2009 – wie auch § 18 Abs. 2 und 3 StromNEV – den Abzug vermiedener Netzentgelte der vorgelagerten Netze und Umspannungen vorsieht, nichts für sich herleiten. § 35 Abs. 2 EEG 2009 ordnet lediglich an, dass dem Netzbetreiber beim Vergütungsausgleich diejenigen Netzentgelte in Abzug gebracht werden, die er infolge der dezentralen Einspeisung erspart. Dies gilt – wie die beteiligte Netzbetreiberin zutreffend ausführt - für die gesamte, vom Netzbetreiber nach § 16 EEG 2009 zu vergütende Strommenge, also auch für die nach § 8 Abs. 2 EEG 2009 mittelbar eingeleitete. Anders als in § 18 Abs. 1 StromNEV grundsätzlich für die dezentrale Einspeisung vorgesehen, schüttet das EEG die vermiedenen Netzentgelte nicht an die EEG-Anlagenbetreiber aus, sondern gewährt ihnen eine feste Vergütung, um die vermiedenen Netzentgelte nicht bei der Kalkulation der Vergütungssätze berücksichtigen zu müssen. Mit der Zahlung der EEG-Vergütung soll die volkswirtschaftliche Leistung, welche die EEG-Anlagenbetreiber erbringen, insgesamt abgegolten sein, ein weitergehender finanzieller Vorteil soll ihnen nicht verschafft werden. Von daher käme der finanzielle Vorteil der dezentralen Einspeisung den aufnehmenden Netzbetreibern zugute, die tatsächlich die Netzentgelte für Stromentnahmen aus der übergeordneten Ebene einsparen, ohne sie entsprechend § 18 Abs. 1 Satz 3 StromNEV an den EEG-Anlagenbetreiber als Vergütung zahlen zu müssen. Um diesen wirtschaftlichen Vorteil, der mit der dezentralen Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien einhergeht, wird das Gesamtvergütungsvolumen reduziert, so dass er auf diese Weise der Gesamtheit der Stromkunden zugute kommt (BT-Drs. 15/2864, S. 36 zu der Vorgängerregelung, § 5 Abs. 2 EEG 2004; Frenz/Müggenborg, EEG, Rdnr. 16 ff. zu § 35). Davon zu unterscheiden ist die Frage der Entgeltspflichtigkeit der bilanziellen Entnahme des Bezugsstroms, den der Anlagenbetreiber im Ausgleich für die Einspeisung zwingend beziehen muss.

C.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Da die Beschwerde keinen Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, dass die Antragstellerin die Gerichtskosten zu tragen und der gegnerischen Bundesnetzagentur die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten hat. Die weitere Beteiligte trägt ihre Kosten selbst.

2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Antragstellerin bemisst der Senat auf €, die Höhe der nach ihrer Auffassung im Jahre 2008 zuviel gezahlten Netzentgelte.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die Streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 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

