



zur Verfügung gestellt von  
**Dr. Reip & Köhler**  
Rechtsanwälte für Recht der  
Erneuerbaren Energien  
[www.NewEnergy-Law.de](http://www.NewEnergy-Law.de)

# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

EnVR 8/11

Verkündet am:  
27. März 2012  
Bürk  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

StromNEV § 17; EEG 2004 § 4 Abs. 5 (EEG § 8 Abs. 2)

Bei einer kaufmännisch-bilanziellen Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien in ein Netz der allgemeinen Versorgung im Sinne des § 3 Nr. 7 EEG stellt die Strommenge, die vom Erzeuger selbst oder in einem vorgelagerten Arealnetz verbraucht wird, eine netzentgeltspflichtige Entnahme dar.

BGH, Beschluss vom 27. März 2012 - EnVR 8/11 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. März 2012 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. Dezember 2010 wird auf Kosten der Antragstellerin zurückgewiesen. Die Antragstellerin trägt auch die außergerichtlichen Auslagen der Beteiligten.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 185.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Antragstellerin betreibt ein holzverarbeitendes Unternehmen und eine Biomasseanlage, die über eine von ihr errichtete Mittelspannungsleitung an das Umspannwerk Aichach der beteiligten Netzbetreiberin (der E.ON Bayern AG) angeschlossen ist.
- 2 Die Antragstellerin und die Beteiligte schlossen im Juni 2007 einen Netzan-schlussvertrag und drei Monate später daneben einen Netznutzungsvertrag. Da-nach sind sowohl der Holzverarbeitungsbetrieb der Antragstellerin als auch ihre Bio-masseanlage an das Netz der Beteiligten angeschlossen, wobei Netzentgelte nach

der Vorgabe des § 17 Abs. 2 StromNEV zu entrichten sind. Im weiteren Verlauf kam es zwischen den Vertragsparteien zum Streit über die Abrechnung der Netznutzungsentgelte, da die Beteiligte nicht lediglich die tatsächlich entnommene (physikalische) Strommenge, sondern die "kaufmännisch-bilanzielle Leistung" in Ansatz brachte. Die Beteiligte ermittelte dabei den Verbrauch nach der Formel: Einspeiseleistung plus Bezug minus Rücklieferung. Als Einspeiseleistung sieht sie die Gesamtmenge des von der Antragstellerin selbst erzeugten Stroms an, den diese nach den Grundsätzen des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien vergütet erhielt. Hiervon bringt die Beteiligte die Rücklieferung in Abzug, das heißt die Strommenge, die von der Antragstellerin tatsächlich in das Netz angeboten wurde. Unter Bezug versteht die Beteiligte den weitergehenden (physikalischen) Strombedarf, den die Antragstellerin durch Entnahmen gedeckt hat.

- 3 Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass der Netzentgeltabrechnung lediglich die jeweilige physikalische Entnahme zugrunde gelegt werden dürfe. Dieser Ansicht hat die Beteiligte widersprochen. Sie hält an ihrer Auffassung fest, wonach das Ergebnis um den fiktiven Bezug der Menge korrigiert werden müsse, die im Industrienetz der Antragstellerin verblieben sei.
- 4 Die Antragstellerin hat bei der Bundesnetzagentur beantragt, die Entgeltabrechnung der Beteiligten im Wege der Missbrauchsaufsicht zu überprüfen. Mit Beschluss vom 11. Januar 2010 hat die Bundesnetzagentur diesen Antrag abgelehnt und festgestellt, dass die von der Antragstellerin beanstandete Abrechnung der Beteiligten nicht missbräuchlich sei. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen (OLG Düsseldorf, RdE 2011, 155). Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist unbegründet.

6 1. Das Beschwerdegericht führt zur Begründung seiner Entscheidung aus, dass zwar für die Berechnung der Stromnetzentgelte gemäß § 17 StromNEV grundsätzlich die physikalische Entnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung an der Entnahmestelle maßgeblich sei. Der Entnahmebegriff beschränke sich jedoch darauf nicht, sondern müsse auch solche Entnahmen erfassen, die als Folge der mittelbaren Einspeisung im Sinne des § 4 Abs. 5 EEG 2004 (jetzt: § 8 Abs. 2 EEG) tatsächlich nicht in ein Netz der allgemeinen Versorgung gelangt seien. Dies ergebe sich aus dem Zweck dieser Norm, auch diejenigen Strommengen als Strom aus Erneuerbaren Energien nach §§ 16 ff. EEG zu vergüten, die nicht in die Stromnetze der allgemeinen Versorgung eingespeist, sondern unmittelbar im Betrieb der Anlage verbraucht würden. Dadurch solle verhindert werden, dass der Anlagenbetreiber volkswirtschaftlich unsinnige Kosten aufwende, indem er durch die Herstellung einer Direktleitung in vollem Umfang in ein Netz der allgemeinen Versorgung einleite, nur um hierdurch in den Genuss der Vergütung seines Stroms aus Erneuerbaren Energien zu gelangen. Eine weitergehende Besserstellung, die dazu führe, dass ein Anlagenbetreiber, dessen EEG-Strom mittelbar in das vorgelagerte Netz eingespeist werde, gegenüber dem unmittelbar Einspeisenden und dann wieder Entnehmenden privilegiert würde, sei aber nicht beabsichtigt.

7 Nur ein solches Begriffsverständnis ermögliche es einem Netzbetreiber, den Bilanzkreis seiner Stromlieferanten ausgeglichen zu gestalten. Die Antragstellerin hätte abrechnungstechnisch auch den Weg wählen können, auf den kaufmännisch-bilanziellen Ansatz zu verzichten und nur die tatsächlich in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Mengen ihrer Berechnung zugrunde zu legen. Dann wäre hinsichtlich der im eigenen Netz verbrauchten Elektrizität auch kein Anspruch auf Vergütung nach § 4 Abs. 5 EEG 2004 (§ 8 Abs. 2 EEG) entstanden. Die kauf-

männlich-bilanzielle Einspeisung stelle sich deshalb insoweit als eine Kompensation für die nicht erfolgte Inanspruchnahme des Netzes der allgemeinen Versorgung dar. Würde man hingegen - wie die Antragstellerin - diesen im eigenen Netz selbst verbrauchten Strom nicht in Ansatz bringen, liefe das im Ergebnis auf eine vom Gesetzgeber nur für bestimmte Solaranlagen (§ 33 EEG) vorgesehene Vergütung des Selbstverbrauchs hinaus.

8 Die Antragstellerin könne auch aus dem Grundsatz der Abgeltung vermiedener Netzentgelte (§ 35 Abs. 2 EEG, § 18 Abs. 2 und 3 StromNEV) kein Argument für ihr Abrechnungsmodell herleiten. Mit der für den Strom aus Erneuerbaren Energien zu bezahlenden Vergütung sei nämlich die volkswirtschaftliche Leistung, die der Betreiber entsprechender Anlagen erbringe, insgesamt abgegolten.

9 2. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Antragstellerin bleiben erfolglos. Das Beschwerdegericht hat zu Recht die Differenz zwischen der kaufmännisch-bilanziellen und der physikalischen Einspeisung als netzentgeltspflichtige Entnahme angesehen.

10 a) Die Netzentgeltspflicht bestimmt sich nach der Regelung des § 17 StromNEV, die abschließend ist (§ 17 Abs. 8 StromNEV). Entgeltspflichtig ist nur die Entnahme von Elektrizität, nicht aber deren Einspeisung, für die gemäß § 15 Abs. 1 Satz 3 StromNEV keine Netzentgelte zu entrichten sind. Die Höhe der Entgelte richtet sich nach der Anschlussebene, den Messvorrichtungen an der Entnahmestelle sowie nach der jeweiligen Benutzungszahl der Entnahmeebene (§ 17 Abs. 1 Satz 2 StromNEV). Die Berechnung der Netzentgelte erfolgt dann - unter Beachtung des in § 17 Abs. 2 StromNEV festgelegten Rechenwegs - in Abhängigkeit von der gemessenen Entnahme und von der Anschlussebene der Entnahmestelle. Maßgeblich ist deshalb grundsätzlich die tatsächliche (physikalische) Entnahme von Strom aus dem Netz, wobei das Netzentgelt die Nutzung aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen einschließt (§ 3 Abs. 2 StromNEV).

- 11            b) Das Beschwerdegericht hat ohne Rechtsverstoß eine Ausnahme von dem Erfordernis der gemessenen physikalischen Entnahme dann bejaht, wenn der Netznutzer aus Erneuerbaren Energien gewonnenen Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung (§ 3 Abs. 6 EEG 2004, jetzt: § 3 Nr. 7 EEG) "einspeist" und gemäß § 4 Abs. 5 EEG 2004 (§ 8 Abs. 2 EEG) kaufmännisch-bilanziell abrechnet. In diesem Fall ist ein Eigenverbrauch des Erzeugers oder der Verbrauch in einem vorgelagerten Arealnetz, in das der aus Erneuerbaren Energien gewonnene Strom vor der Weitergabe an ein Netz im Sinne des § 3 Nr. 7 EEG zunächst eingespeist wurde, als Nutzung des Netzes im Sinne des § 3 Nr. 7 EEG anzusehen, an das er kaufmännisch-bilanziell abgegeben wird.
- 12            aa) Die Besonderheit dieses kaufmännisch-bilanziellen Abrechnungsverfahrens besteht darin, dass Grundlage für die Vergütung nicht allein die tatsächlich (physikalisch) in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeiste Strommenge ist. Vielmehr wird zu der tatsächlich in ein Netz nach § 3 Nr. 7 EEG eingespeisten Strommenge die vom Erzeuger selbst oder in einem vorgelagerten Arealnetz verbrauchte Elektrizität addiert (vgl. BT-Drucks. 16/8148 S. 44). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Einspeisung aufgrund physikalischer Gegebenheiten bei gleichzeitigem Stromverbrauch innerhalb des Kundennetzes vollständig oder teilweise nur virtuell, also lediglich bilanziell erfolgt. Der Strom, der produziert und eingespeist werden soll, wird unter Umständen nicht mehr vollständig tatsächlich eingespeist, sondern vom Anlagenbetreiber bzw. im Arealnetz ganz oder teilweise verbraucht (BGH, Urteil vom 28. März 2007 - VIII ZR 42/06 Rn. 27, RdE 2007, 310 ff.). Die Grundlage der Abrechnung bildet mithin die in das Netz des Erzeugers oder das Arealnetz eingespeiste Strommenge.
- 13            Mit der Regelung des § 4 Abs. 5 EEG 2004 (§ 8 Abs. 2 EEG) sollte zudem klargestellt werden, dass die Betreiber von Netzen im Sinne des § 3 Nr. 7 EEG auch dann zur Abnahme verpflichtet sind, wenn der Erzeuger von Elektrizität nicht unmittelbar in ein Netz im Sinne des § 3 Nr. 7 EEG liefert, sondern die gelieferte

Strommenge über ein Netz des Anlagenbetreibers oder ein Arealnetz geleitet wird (BT-Drucks. aaO; vgl. auch BT-Drucks. 15/2864 S. 35). Eine physikalische Einspeisung in das Netz gemäß § 3 Nr. 7 EEG muss dabei nicht oder jedenfalls nicht in vollem Umfang erfolgen (Altrock in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 81 Rn. 22).

14           bb) Dieser kaufmännisch-bilanzielle Ansatz bei der Berechnung und Vergütung der eingespeisten Strommenge erfordert, dass eine Korrektur auf der Entnahmeseite stattfindet. Der fiktiv in ein Netz nach § 3 Nr. 7 EEG eingespeiste Strom aus Erneuerbaren Energien muss auch von dort wieder fiktiv entnommen werden (Salje, EEG, 6. Aufl., § 8 Rn. 52; aA Altrock aaO EEG, 3. Aufl., § 8 Rn. 28). Dies ergibt sich schon daraus, dass - wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt - der Bilanzkreis ausgeglichen zu halten ist (§ 4 Abs. 2 StromNZV). Würde man nämlich dem nur abgerechneten, aber physikalisch nicht eingespeisten Strom keine entsprechende Entnahme gegenüberstellen, wäre der Bilanzkreis gestört.

15           Dieses Ergebnis wird durch den Zweck der Regelung des § 4 Abs. 5 EEG 2004 (§ 8 Abs. 2 EEG) gestützt. Mit dem kaufmännisch-bilanziellen Ansatz sollen volkswirtschaftlich unsinnige Aufwendungen vermieden werden, die dann entstünden, wenn der Erzeuger von Elektrizität aus Erneuerbaren Energien gezwungen wäre, eine Direktleitung in ein Netz nach § 3 Nr. 7 EEG herzustellen, um in den Genuss der (besonders geförderten) Vergütung für den Strom aus Erneuerbaren Energien zu gelangen (BT-Drucks. 16/8148 S. 44; 15/2864 S. 35). Dieser gesetzgeberischen Zielsetzung entspricht es, ihn deshalb so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er die von ihm erzeugte Elektrizität unmittelbar in ein Netz nach § 3 Nr. 7 EEG eingeleitet hätte. In diesem Fall würde er ebenfalls eine Vergütung für die gesamte Menge des von ihm erzeugten Stroms erhalten. Er hätte aber für seine gesamten Entnahmen auch Netzentgelte zu zahlen. Dass der Anlagenbetreiber in den Fällen des § 4 Abs. 5 EEG 2004 (§ 8 Abs. 2 EEG) darüber hinaus besser gestellt werden soll als ein direkt einspeisender und für den Eigenverbrauch zugleich

entnehmender Anlagenbetreiber, lässt sich, wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der Vorschrift entnehmen (ebenso BGH, RdE 2007, 310 Rn. 28).

16 Die vom Beschwerdegericht angenommene fiktive Entnahme setzt diesen Gesetzeszweck um. Nach dem Berechnungsansatz des Beschwerdegerichts wird nämlich der Anlagenbetreiber in jeder Beziehung so gestellt, wie wenn er die von ihm erzeugte Energie unmittelbar in ein Netz nach § 3 Nr. 7 EEG geleitet hätte. Unabhängig davon steht es ihm, wie das Beschwerdegericht ebenfalls zutreffend ausführt, frei, auf der Grundlage der tatsächlichen Verhältnisse abzurechnen und nur die Vergütung für die physikalisch eingespeisten Strommengen zu beanspruchen. Das von der Antragstellerin gewählte Abrechnungsverfahren mit einer (fiktiven) Einspeisung aufgrund der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe und der tatsächlichen Entnahme führte wirtschaftlich dazu, dass sie ihren Selbstverbrauch vergütet erhielt, ohne Netzentgelte entrichten zu müssen und damit bessergestellt würde als ein direkt einspeisender Anlagenbetreiber. Dies entspräche nicht der Zielsetzung des Gesetzes.

17 cc) Diese Auslegung ist - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - auch mit dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 StromNEV vereinbar und verstößt mithin nicht gegen den in § 17 Abs. 8 StromNEV niedergelegten Ausschließlichkeitsgrundsatz bei der Netzentgeltbestimmung. Durch die Maßgeblichkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe - wobei mit der Ersetzung des Begriffs der Durchleitung (§ 4 Abs. 5 EEG 2004) durch den Begriff "Weitergabe" in § 8 Abs. 2 EEG keine inhaltliche Änderung verbunden sein sollte (BT-Drucks. 16/8148 S. 44) - ist bei wirtschaftlicher Betrachtung lediglich der Erfassungszeitpunkt vorverlegt. Erfasst wird nicht die in das Netz gemäß § 3 Nr. 7 EEG physikalisch eingespeiste Strommenge, sondern die physikalisch erzeugte Strommenge, die dann (teilweise) in dem Netz des Erzeugers oder in dem Arealnetz eines Dritten verbraucht wird. Dem entspricht es, auch für die Entnahmen den Berechnungszeitpunkt anzupassen und auch insoweit



den Verbrauch innerhalb des Anlagenbetreiber- oder Arealnetzes ausreichen zu lassen.

- 18           Damit kommt es - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - auch nicht zu einer doppelten Erhebung von Netznutzungsentgelten. Eine solche sieht die Antragstellerin darin, dass bereits an anderer Stelle ein Netznutzungsentgelt für die Entnahme des von ihr erzeugten und fiktiv eingespeisten Stroms erhoben werde. Dabei übersieht die Antragstellerin, dass die von ihr nur fiktiv eingespeiste Energie nicht an anderer Stelle physikalisch entnommen werden kann. Es findet vielmehr nur ein fiktiver Entnahmevorgang statt, nämlich dadurch, dass der Antragstellerin im Falle des Eigenverbrauchs eine entsprechende bilanzielle Entnahmemenge zugeordnet wird. Für diese Entnahme fällt nach dem Sinn und Zweck von § 4 Abs. 5 EEG 2004 (§ 8 Abs. 2 EEG) das gleiche Netznutzungsentgelt an wie im Falle eines direkten Anschlusses an ein Netz im Sinne von § 3 Nr. 7 EEG.
- 19           dd) Der weitere Einwand der Antragstellerin, es habe keine Beanspruchung des Netzes nach § 3 Nr. 7 EEG stattgefunden, weil von dort keine Elektrizität entnommen worden sei, führt ebenfalls nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Die in § 4 Abs. 5 EEG 2004 (§ 8 Abs. 2 EEG) vorgesehene Gleichbehandlung von Anlagenbetreibern, die in ein eigenes oder ein Arealnetz einspeisen, mit Anlagenbetreibern, die direkt in ein Netz nach § 3 Nr. 7 EEG einspeisen, hat zur Folge, dass sich jene Anlagenbetreiber auch bei der Berechnung der Netzentgelte so behandeln lassen müssen, als würden sie direkt einspeisen.
- 20           c) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die Vorschrift des § 35 EEG für den Umfang ihrer Netzentgeltspflicht ohne Belang. Sie regelt nur Ausgleichsansprüche zwischen dem Betreiber der Netze, in die Strom eingespeist wird, und den Betreibern vorgelagerter Netze. Diese lassen aber die Rechtsstellung der Antragstellerin als Erzeugerin von Strom aus Erneuerbaren Energien unberührt. Ansprüche des Anlagenbetreibers können deswegen aus § 35 EEG nicht - auch

nicht mittelbar - abgeleitet werden. Vielmehr schließt § 18 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 StromNEV für Anlagenbetreiber, die Strom aus Erneuerbaren Energien erzeugen und nach § 16 EEG vergütet werden, ein zusätzliches Entgelt nach § 18 Abs. 1 Satz 1 StromNEV aus. Mit der ihnen gewährten Vergütung gemäß § 16 EEG ist - wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt - die volkswirtschaftliche Leistung, die in der Erzeugung und Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien besteht, vollständig abgegolten.

III.

21 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG. Es entspricht der Billigkeit, der Antragstellerin die notwendigen Auslagen der Beteiligten aufzuerlegen (§ 90 Satz 1 EnWG).

Tolksdorf

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 08.12.2010 - VI-3 Kart 18/10 (V) -