



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 76/18

Verkündet am:
9. Juli 2019
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Effizienzvergleich

ARegV § 12 Abs. 1, EnWG § 3 Nr. 3, 37

- a) In den Effizienzvergleich sind grundsätzlich alle Betreiber von Verteilernetzen einzubeziehen.
- b) Für die Frage, ob ein in Hochspannung betriebenes Elektrizitätsnetz als Verteilernetz oder als Übertragungsnetz einzuordnen ist, kommt der Versorgungsaufgabe, der das Netz dient, ausschlaggebende Bedeutung zu.

BGH, Urteil vom 9. Juli 2019 - EnVR 76/18 - OLG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2019:090719BENVR76.18.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juli 2019 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher, Sunder und Dr. Schoppmeyer

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Juli 2018 wird zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 1,9 Millionen Euro festgesetzt.

Gründe:

1 A. Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz.

2 Mit Bescheid vom 7. Mai 2015 hat die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenze für die zweite Regulierungsperiode niedriger als von der Betroffenen begehrt festgesetzt. Hierbei hat sie einen Effizienzwert von 94,76% zugrunde gelegt.

3 Die Betroffene wendet sich dagegen, dass die DB Energie GmbH, die das Bahnstromfernleitungsnetz betreibt, in den Effizienzvergleich einbezogen worden ist. Ihre auf Neubescheidung gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben.

4 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Betroffene ihren Antrag auf Neubescheidung weiter. Die Bundesnetzagentur tritt dem Rechtsmittel entgegen.

5 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

6 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

7 Die Einbeziehung der DB Energie GmbH in den Effizienzvergleich für die zweite Regulierungsperiode sei nicht zu beanstanden.

8 Dabei könne dahingestellt bleiben, ob die Einbeziehung eine strukturelle Vergleichbarkeit voraussetze. Diese Voraussetzung sei erfüllt, weil die DB Energie GmbH ein Verteilernetz betreibe. Der Bundesgerichtshof habe bereits entschieden, dass das Bahnstromnetz ein Versorgungsnetz im Sinne von § 3

Nr. 16 EnWG sei. Dieses Netz unterscheide sich in mehrfacher Hinsicht von einem Übertragungsnetz. Es sei nicht Teil eines Verbundnetzes und verteile nicht landesweit über Umspannwerke Energie an die Verteilernetzebene. Es diene allein der Versorgung des nachgelagerten überregionalen Netzes der D. AG und diene damit der Belieferung von Kunden im Sinne von § 3 Nr. 37 EnWG. Der Einordnung als Verteilernetzbetreiber stehe nicht entgegen, dass die DB Energie GmbH kein eigenes Konzessionsgebiet habe. Ein solches sei nicht erforderlich.

9 Den Besonderheiten des von der DB Energie GmbH betriebenen Netzes habe die Bundesnetzagentur durch die Ausreißeranalyse hinreichend Rechnung getragen.

10 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung stand.

11 1. Zu Recht ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die DB Energie GmbH ein Verteilernetz betreibt und deshalb gemäß § 12 Abs. 1 ARegV in den Effizienzvergleich einzubeziehen ist.

12 a) Der Senat hat im Zusammenhang mit Gasnetzen bereits entschieden, dass gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 ARegV grundsätzlich alle Betreiber von Verteilernetzen in den Effizienzvergleich einzubeziehen sind und dass sich die Abgrenzung nach den Begriffsbestimmungen in § 3 EnWG richtet (BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018 - EnVR 53/16, RdE 2018, 424 Rn. 12 ff. - Stadtwerke Essen AG).

13 Für Stromnetze gilt, wie auch die Rechtsbeschwerde im Ansatz nicht in Zweifel zieht, Entsprechendes.

14

b) Wie der Senat ebenfalls bereits entschieden hat, ist die DB Energie GmbH Betreiberin eines Elektrizitätsversorgungsnetzes im Sinne von § 3 Nr. 2 EnWG (BGH, Beschluss vom 9. November 2010 - EnVR 1/10, WuW/E DE-R 3157 Rn. 12 - Bahnstromfernleitungen).

15 c) Zu Recht hat das Beschwerdegericht das von der DB Energie GmbH betriebene Netz als Verteilernetz angesehen.

16 Nach § 3 Nr. 3 EnWG sind Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen Personen oder Organisationseinheiten, die die Aufgabe der Verteilung von Elektrizität wahrnehmen und verantwortlich sind für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Verteilernetzes in einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen.

17 Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

18 aa) Wie auch die Rechtsbeschwerde nicht verkennt, bildet die für das Netz der DB Energie GmbH eingesetzte Spannung von 110 Kilovolt kein eindeutiges Abgrenzungskriterium.

19 Nach § 3 Nr. 32 EnWG setzt Übertragung den Transport von Elektrizität über ein Höchstspannungs- und Hochspannungsverbundnetz voraus. Der Transport von Elektrizität mit hoher Spannung kann nach § 3 Nr. 37 EnWG aber auch als Verteilung zu qualifizieren sein.

20 bb) Aus den beiden zuletzt genannten Vorschriften ergibt sich zugleich, dass auch das Kriterium des Transports von Elektrizität für sich gesehen keine eindeutige Abgrenzung ermöglicht.

21 Dieses Kriterium ist ebenfalls in beiden Vorschriften vorgesehen. Unterschiede bestehen nur hinsichtlich der Versorgungsaufgabe, der der Transport

dient, nämlich bei § 3 Nr. 32 EnWG der Übertragung und bei § 3 Nr. 37 EnWG der Verteilung.

22 cc) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde bildet der Bezug zu einem bestimmten Gebiet ebenfalls kein eindeutiges Abgrenzungskriterium.

23 (1) Die maßgeblichen Definitionen unterscheiden sich auch insoweit nicht wesentlich.

24 Nach § 3 Nr. 3 EnWG setzt die Einordnung als Betreiber eines Verteilernetzes die Verantwortlichkeit für Betrieb, Wartung und Ausbau des Netzes in einem bestimmten Gebiet voraus. Eine entsprechende Voraussetzung ist in § 3 Nr. 10 EnWG auch für die Einordnung als Betreiber eines Übertragungsnetzes vorgesehen. Dies steht in Einklang mit den Begriffsbestimmungen in Art. 2 Nr. 6 und Nr. 4 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (ABl. EU L 211 S. 55).

25 (2) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist als bestimmtes Gebiet im Sinne von § 3 Nr. 3 EnWG nicht zwingend ein Konzessionsgebiet anzusehen.

26 Der Senat hat in Zusammenhang mit Gasnetzen entschieden, dass Konzessionsgebiete nach § 3 Nr. 29c EnWG nur für die Abgrenzung der örtlichen Verteilernetze von den vorgelagerten Netzebenen von Bedeutung sind. Für die Betreiber solcher Netze stellt das Konzessionsgebiet in der Regel das bestimmte Gebiet im Sinne der Definition in § 3 Nr. 7 EnWG dar. Für regionale Leitungsnetze im Sinne von § 3 Nr. 37 EnWG stellt § 3 Nr. 7 EnWG hingegen keinen vergleichbaren Zusammenhang her (BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018 - EnVR 53/16, RdE 2018, 424 Rn. 26 f. - Stadtwerke Essen AG).

27 Für Elektrizitätsverteilernetze gilt nichts Abweichendes.

28 Anders als für die Verteilung von Gas knüpft die Definition in § 3 Nr. 37 EnWG für die Verteilung von Elektrizität allerdings nicht an örtliche oder regionale Leitungsnetze an, sondern lediglich an Elektrizitätsverteilernetze. Daraus kann indes nicht entnommen werden, dass ein Elektrizitätsverteilernetz auf den Bereich örtlicher Leitungen beschränkt ist. Aus der Unterscheidung zwischen örtlichen Verteilernetzen im Sinne von § 3 Nr. 29c EnWG und Verteilernetzen im Sinne von § 3 Nr. 37 EnWG ergibt sich vielmehr, dass die zuletzt genannte Definition auch überörtliche Netze erfasst, und zwar grundsätzlich ohne räumliche Beschränkung.

29 dd) Ausschlaggebende Bedeutung kommt der Versorgungsaufgabe zu, der das jeweilige Netz dient.

30 Für die Übertragung ist dabei neben der räumlichen Entfernung die Verbindung zwischen einzelnen Verteilernetzen oder zu anderen Übertragungsnetzen charakteristisch. Bei der Verteilung steht demgegenüber in der Regel der Zweck der flächendeckenden Belieferung von Verbrauchern in einem räumlich begrenzten Bereich im Vordergrund. Dem Bereich der Elektrizitätsverteilung ist angesichts der aufgezeigten Vorschriften aber auch der Zweck einer regionalen oder überregionalen Belieferung von Verbrauchern zuzuordnen, die von der Zuständigkeit der örtlichen Konzessionsinhaber nicht abgedeckt ist.

31 ee) Vor diesem Hintergrund hat das Beschwerdegericht das von der DB Energie GmbH betriebene Netz zu Recht dem Bereich der Verteilung zugeordnet.

32 Den insoweit von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts ist zu entnehmen, dass das von der DB Energie GmbH betriebene Netz nicht der Verbindung zwischen einzelnen Verteiler-

oder Übertragungsnetzen dient, sondern dem Transport von Elektrizität in ein nachgelagertes Netz, das seinerseits einer einheitlichen Versorgungsaufgabe dient, nämlich der Belieferung mit Bahnstrom.

33 Die hieraus gezogene Schlussfolgerung, dass das Netz der DB Energie GmbH ebenfalls dieser Versorgungsaufgabe dient und deshalb ebenfalls ein Verteilernetz bildet, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie orientiert sich an den oben aufgezeigten Abgrenzungskriterien und trägt insbesondere dem Umstand Rechnung, dass der Versorgungsaufgabe, der das Netz dient, zentrale Bedeutung zukommt. Diese Aufgabe hat das Beschwerdegericht zu Recht dem Bereich der Verteilung zugeordnet, weil nicht die Verbindung von einzelnen räumlich begrenzten Netzen im Vordergrund steht, sondern die bundesweite Belieferung von Bahnstromkunden, und weil die für ein Verteilernetz eher untypische räumliche und strukturelle Ausgestaltung des Netzes dieser besonderen Versorgungsaufgabe geschuldet ist.

34 2. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde steht § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG der Einbeziehung der DB Energie GmbH nicht entgegen.

35 a) Gemäß § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG müssen bei der Bestimmung von Effizienzvorgaben unter anderem auch objektive strukturelle Unterschiede berücksichtigt werden.

36 Diese Anforderung gilt grundsätzlich auch für die Durchführung des Effizienzvergleichs, auf dessen Grundlage die Vorgaben erfolgen. Die Anreizregulierungsverordnung trägt ihr unter anderem dadurch Rechnung, dass sie in § 12 und § 22 ARegV jeweils gesonderte Regelungen über den Effizienzvergleich für Betreiber von Verteilernetzen und für Betreiber von Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzen enthält.

37 b) Eine weitergehende Differenzierung dahingehend, dass für die Betreiber bestimmter Arten von Verteilernetzen ebenfalls ein gesonderter Effizienzvergleich durchzuführen ist, wird durch die gesetzlichen Vorgaben zwar nicht ausgeschlossen. Sie ist in der im Streitfall zu beurteilenden Konstellation aber nicht geboten.

- 38 Wie der Senat im Zusammenhang mit Gasverteilernetzen bereits entschieden hat, wäre das Gebot der Berücksichtigung objektiver struktureller Unterschiede allerdings verletzt, wenn Netze miteinander verglichen würden, die sich wegen grundlegend unterschiedlicher Eigenschaften oder Rahmenbedingungen schlechterdings nicht miteinander vergleichen lassen. Diese Voraussetzungen sind indes nicht schon dann erfüllt, wenn einzelne der in den Vergleich einbezogenen Netze aufgrund ihrer Versorgungsaufgabe oder anderer objektiver Umstände Besonderheiten aufweisen, die bei den übrigen Netzen nicht oder nicht in gleicher Ausprägung vorhanden sind. Ein gesonderter Effizienzvergleich für bestimmte Arten von Netzen ist vielmehr nur dann zwingend geboten, wenn solchen Besonderheiten durch geeignete Ausgestaltung eines gemeinsamen Effizienzvergleichs nicht angemessen Rechnung getragen werden kann (BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018 - EnVR 53/16, RdE 2018, 424 Rn. 45 - Stadtwerke Essen AG).
- 39 c) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht diese Grundsätze nicht verkannt. Es hat vielmehr gesehen, dass die Einordnung als Verteilernetz in Ausnahmefällen als alleiniges Kriterium für die Einbeziehung in den Effizienzvergleich nicht ausreicht, und sich - wenn auch knapp - mit der Frage befasst, ob die von der Bundesnetzagentur durchgeführte Ausreißeranalyse geeignet ist, den Besonderheiten des in Rede stehenden Netzes angemessen Rechnung zu tragen, und diese Frage bejaht.
- 40 d) Diese Beurteilung wird durch den von der Rechtsbeschwerde aufgezeigten Vortrag der Betroffenen in der Beschwerdeinstanz nicht in Frage gestellt und lässt auch sonst keinen Rechtsfehler erkennen.
- 41 aa) Aus dem aufgezeigten Vorbringen ergibt sich, dass das Netz der DB Energie GmbH hinsichtlich einiger für den Effizienzvergleich relevanter Vergleichsparameter auffällige Abweichungen gegenüber dem Netz der Betroffenen aufweist, insbesondere hinsichtlich der Stromkreislänge der Freileitungen

im Bereich der Hochspannung, der zeitgleichen Jahreshöchstlast und der dezentral installierten Leistung. Selbst wenn zugunsten der Betroffenen unterstellt wird, dass die für ihr Netz ermittelten Werte für ein Verteilernetz typisch sind, ergibt sich daraus nicht, dass die von der Bundesnetzagentur angewendete Methode ungeeignet ist, den aufgezeigten Besonderheiten angemessen Rechnung zu tragen.

42 bb) Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur hinsichtlich des Vergleichsparameters "versorgte Fläche" ist nicht zu beanstanden.

43 Der Senat hat es im Zusammenhang mit überregionalen Gasverteilernetzen als unzulässig angesehen, die versorgte Fläche anhand der Flächen der Gemeindegebiete zu bestimmen, durch die eine zum Netz gehörende Leitung verläuft. Er hat diese Berechnungsweise als strukturell ungeeignet angesehen, weil den auf diese Weise ermittelten Werten eine grundlegend unterschiedliche Bedeutung in Bezug auf die Versorgungsaufgabe zukommt als bei Verteilernetzen, die der Versorgung eines bestimmten Konzessionsgebiets dienen (BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018 - EnVR 53/16, RdE 2018, 424 Rn. 73 ff. - Stadtwerke Essen AG).

44 Im Streitfall hat die Bundesnetzagentur ausweislich des angefochtenen Bescheids für den Vergleichsparameter "versorgte Fläche" nur den Bereich der Niederspannung berücksichtigt. Für das Netz der DB Energie GmbH hat sie, wie auch die Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel zieht, hierfür den Wert Null angesetzt, weil das Netz nur aus Leitungen im Bereich der Mittel- und Hochspannung besteht. Hieraus kann sich für andere Netzbetreiber keine Beschwer ergeben, weil niedrige Werte bei Vergleichsparametern tendenziell zu einem niedrigeren Effizienzwert führen. Anhaltspunkte dafür, dass weitergehende Anpassungen bezüglich dieses Parameters erforderlich sein könnten, zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf.

45 cc) Hinsichtlich der übrigen Vergleichsparameter hat das Beschwerdegericht festgestellt, dass die Bundesnetzagentur bei beiden im Rahmen des Effizienzvergleichs herangezogenen Methoden (Data Envelopment Analysis [DEA] und Stochastic Frontier Analysis [SFA]) die in der Anreizregulierungsverordnung vorgesehene Ausreißeranalyse durchgeführt hat, dass der hierbei beschrittene Weg - bei DEA eine Dominanzanalyse und eine nachfolgende Supereffizienzanalyse, bei SFA eine Ausreißeranalyse anhand des Einflusses auf die Regressionsgrade - geeignet ist, den Besonderheiten des in Rede stehenden Netzes angemessen Rechnung zu tragen, und dass die Beschwerdeführerin keine Anhaltspunkte dafür aufgezeigt hat, dass die gewählte Methode aus wissenschaftlicher Sicht unvertretbar erscheint.

46 Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Rechtsbeschwerde zeigt kein Vorbringen der Betroffenen auf, das zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung führen könnte. Soweit sie geltend macht, die Ausreißeranalyse sei von vornherein nicht geeignet, den von ihr aufgezeigten Besonderheiten Rechnung zu tragen, setzt sie ihre eigene Sicht an die Stelle der rechtsfehlerfrei getroffenen trichterlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts.

47 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Limberg

Kirchhoff

Bacher

Sunder

Schoppmeyer

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 04.07.2018 - VI-3 Kart 108/15 [V] -