



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 92/10

vom

26. Februar 2013

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Februar 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerden der Betroffenen und der Bundesnetzagentur wird der Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 19. August 2010 aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 11. Dezember 2008 aufgehoben.

Die Bundesnetzagentur wird verpflichtet, die Betroffene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

Im Übrigen werden die Beschwerde und die Rechtsbeschwerde der Betroffenen zurückgewiesen.

Die im Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren angefallenen Kosten und Auslagen werden der Betroffenen zu 75% und der Bundesnetzagentur zu 25% auferlegt.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 1.248.859 €. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird unter Abänderung der Entscheidung des Beschwerdegerichts auf 1.298.859 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz. Mit Bescheid vom 11. Dezember 2006 erhielt sie eine auf den Daten des Geschäftsjahres 2004 beruhende und später bis zum 31. Dezember 2008 verlängerte Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang gemäß § 23a EnWG. Für die Folgezeit wurde der Betroffenen die Teilnahme am vereinfachten Verfahren der Anreizregulierung gemäß § 24 ARegV genehmigt.
- 2 Mit Beschluss vom 11. Dezember 2008 legte die Bundesnetzagentur die einzelnen Erlösobergrenzen für die Jahre 2009 bis 2013 niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Sie begründete dies im Rahmen der Ermittlung des Ausgangsniveaus nach § 34 Abs. 3 ARegV unter anderem mit Kürzungen bei den Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie, bei der Eigenkapitalverzinsung, bei geleisteten Anzahlungen und Anlagen im Bau im Anlagevermögen und bei der kalkulatorischen Gewerbesteuer sowie mit der Einrechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 ARegV. Den Antrag auf Anerkennung eines Härtefalles nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV wegen gestiegener Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie lehnte die Bundesnetzagentur ab. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht den Beschluss mit Ausnahme der Ablehnung des Härtefallantrags aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Erlösobergrenzen unter Berücksichtigung seiner Rechtsauffassung neu zu bestimmen. Die weitergehende Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen.
- 3 Hiergegen richten sich die - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerden der Betroffenen und der Bundesnetzagentur. Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

II.

4 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat teilweise Erfolg, die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur ist in vollem Umfang begründet.

1. Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen (§ 34 Abs. 3 ARegV)

5 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat insoweit im Wesentlichen Erfolg.

6 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Bundesnetzagentur für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten - bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung zugrunde legen durfte. Dies ergebe sich aus § 34 Abs. 3 Satz 2 ARegV, wonach sich das Ausgangsniveau aus den im Rahmen der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG anerkannten Kosten ergebe. Sinn und Zweck dieser Übergangsregelung sei es, eine einheitliche Datenbasis sicherzustellen und eine erneute Kostenprüfung mit dem damit verbundenen Aufwand nach dem Inkrafttreten der Anreizregulierungsverordnung zu vermeiden. Aufgrund dessen sei für die von der Betroffenen begehrte Anpassung des Ergebnisses der in der letzten Entgeltgenehmigung vorgenommenen Kostenprüfung kein Raum. Dies gelte insbesondere auch für solche Kostenpositionen, die nach der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an sich korrekturbedürftig seien. Dementsprechend seien weder Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie noch im Rahmen der Bestimmung des Anlagevermögens geleistete Anzahlungen und Anlagen im Bau zu berücksichtigen noch ein Risikozuschlag bei den Fremdkapitalzinsen vorzunehmen oder die kalkulatorische Gewerbesteuer anzupassen.

7 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

8

Wie der Senat nach Erlass des angefochtenen Beschlusses entschieden hat (vgl. nur Beschluss vom 18. Oktober 2011 - EnVR 13/10, RdE 2012, 389 Rn. 7 f. - PVU Energienetze GmbH), ist - entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts - bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 34 Abs. 3 ARegV die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Auslegung und Anwendung der Stromnetzentgeltverordnung zu berücksichtigen. Die unveränderte Übernahme des Ergebnisses der Kostenprüfung der letzten - bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung ist rechtsfehlerhaft, soweit diese zu jener Rechtsprechung in Widerspruch steht.

9

aa) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde führt dies allerdings nicht dazu, dass Kostensteigerungen für die Beschaffung von Verlustenergie ohne Rücksicht auf die Angaben der Betroffenen in den vorangegangenen Entgeltgenehmigungsverfahren berücksichtigt werden können. Im Grundsatz ist von der Datengrundlage des Jahres 2006 oder - wie hier - eines früheren Geschäftsjahres (2004) auszugehen (§ 6 Abs. 2, § 34 Abs. 3 Satz 1 ARegV). Nach der Rechtsprechung des Senats sind bei der Genehmigung der Netzentgelte auf der Grundlage von § 23a EnWG die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie im Fall gesicherter Erkenntnisse auch mit Planwerten im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 StromNEV in Ansatz zu bringen (vgl. Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 36/07, RdE 2008, 337 Rn. 9 ff. - Stadtwerke Trier). Hat die Regulierungsbehörde im Rahmen der Kostenprüfung der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG die Berücksichtigung solcher Plankosten - zu Unrecht - mit der Begründung abgelehnt, dass § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 StromNEV von § 10 StromNEV verdrängt werde, darf sie das Ergebnis dieser Kostenprüfung nicht unverändert übernehmen, sondern muss bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 34 Abs. 3 ARegV die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 StromNEV prüfen (vgl. Senatsbeschluss vom 31. Januar 2012 - EnVR 16/10, RdE 2012, 203 Rn. 12 - Gemeindewerke Schutterwald).

10

(1) Aufgrund dessen hätte die Bundesnetzagentur die von der Betroffenen geltend gemachten Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie im Jahr 2006 auf ihre sachliche Berechtigung prüfen müssen. Dies hat sie bislang nicht getan. In dem Bescheid vom 11. Dezember 2006 hat die Bundesnetzagentur die Berücksichtigung von Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie mit dem Hinweis auf die Unanwendbarkeit des § 3 StromNEV abgelehnt (S. 7, 25 des Bescheids). In dem angefochtenen Beschluss vom 11. Dezember 2008 hat die Bundesnetzagentur eine Berücksichtigung der von der Betroffenen angemeldeten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie wegen der Bestandskraft des Bescheids vom 11. Dezember 2006 verneint und deshalb die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 StromNEV, insbesondere das Vorliegen gesicherter Erkenntnisse, nicht geprüft.

11 Ausgehend davon ist für die Rechtsbeschwerdeinstanz das Vorbringen der Betroffenen zugrunde zu legen, die von ihr geltend gemachten Plankosten für das Jahr 2006 entsprächen sicheren Erkenntnissen im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 StromNEV (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 7. April 2009 - EnVR 6/08, RdE 2010, 25 Rn. 8 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar). Soweit die Bundesnetzagentur das Vorliegen gesicherter Erkenntnisse in ihrer Rechtsbeschwerdeerwidernung in Abrede stellt, kann sie damit im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht gehört werden, sondern muss dies im weiteren Verfahren prüfen.

12 (2) Dagegen sind die Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie des Jahres 2009 nicht nachträglich bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösbergrenzen gemäß § 34 Abs. 3 ARegV zu berücksichtigen.

13 Dies käme - wie oben dargelegt - auf der Grundlage des Senatsbeschlusses vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 7 ff. - EnBW Regional AG) nur dann in Betracht, wenn die Regulierungsbehörde im Rahmen der Kostenprüfung der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG die Berücksichtigung von solchen Plankosten mit der Begründung abgelehnt hätte, dass § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 StromNEV von § 10 StromNEV verdrängt werde. Ein solcher Fall liegt

hier aber nicht vor. Die Betroffene hat - worauf die Rechtsbeschwerdeerwiderung zu Recht hinweist - Plankosten für das Jahr 2009 nicht in dem letzten kostenbasierten Entgeltgenehmigungsverfahren, sondern erstmals im Beschwerdeverfahren geltend gemacht. Für die - von der Betroffenen begehrte - nachträgliche Anwendung des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 StromNEV bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen im Rahmen der Anreizregulierung fehlt es aber an einer rechtlichen Grundlage.

14 bb) Des Weiteren hätte die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen gemäß § 34 Abs. 3 ARegV in Bezug auf die Verzinsung des die zugelassene Eigenkapitalquote übersteigenden Anteils des Eigenkapitals (sog. EK II) bei den dafür maßgeblichen Fremdkapitalzinsen einen Risikozuschlag (siehe hierzu Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 42/07, WuW/E DE-R 2395 Rn. 54 ff. - Rheinhessische Energie) berücksichtigen müssen. Dies wird sie nachzuholen haben. Dem ist sie im Rechtsbeschwerdeverfahren auch nicht mehr entgegengetreten.

15 cc) Hinsichtlich der geleisteten Anzahlungen und Kosten für Anlagen im Bau (hierzu Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 32 ff. - Vattenfall) wird die Bundesnetzagentur nach der Zurückverweisung den Sachverhalt weiter aufzuklären haben. Auf der Grundlage der bisher getroffenen tatsächlichen Feststellungen kann nicht abschließend beurteilt werden, ob die Betroffene diese Kostenposition im Entgeltgenehmigungsverfahren in hinreichender Weise geltend gemacht hat.

16 Die Berücksichtigung solcher Kosten ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Betroffene im Entgeltgenehmigungsverfahren in der Aufstellung des kalkulatorischen Eigenkapitals entsprechend den damaligen Vorgaben der Bundesnetzagentur keine entsprechende Position ausgewiesen hat. Es würde vielmehr ausreichen, wenn die Betroffene in ihrer zusammen mit dem Antrag auf Genehmigung der Netzentgelte eingereichten Bilanz zum 31. Dezember 2004 für geleistete Anzahlun-

gen und Anlagen im Bau einen entsprechenden Betrag ausgewiesen hätte. Aus diesem Umstand hätte die Bundesnetzagentur bei zutreffender rechtlicher Beurteilung folgern können und müssen, dass diese Position auch beim kalkulatorischen Eigenkapital zu berücksichtigen ist. Die Betroffene war nicht gehalten, den Betrag in weitere Formulare, Aufstellungen oder sonstige Anlagen zum Entgeltgenehmigungsantrag zu übernehmen, weil dort ohnehin keine entsprechende Rubrik vorgesehen war (vgl. Senatsbeschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 17 - SWM Infrastruktur GmbH).

17 Ob die Betroffene die Kostenposition im Entgeltgenehmigungsverfahren in der genannten Weise geltend gemacht hat, ist weder den Feststellungen des Beschwerdegerichts noch den vorliegenden Verfahrensakten zu entnehmen. Die von der Rechtsbeschwerde vorgelegte E-Mail vom 17. März 2006, mit der die Betroffene nach ihrer Darstellung der Bundesnetzagentur den Jahresabschluss 2004 und die Aktivitäten-Bilanz Strom 2004 übersandt hat, legt dies allerdings nahe. Die Bundesnetzagentur hat nach der Zurückverweisung Gelegenheit, die erforderliche Aufklärung des Sachverhalts nachzuholen.

18 dd) Schließlich hätte die Bundesnetzagentur die kalkulatorische Gewerbesteuer anpassen müssen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 14 - EnBW Regional AG und vom 18. Oktober 2011 - EnVR 13/10, RdE 2012, 389 Rn. 14 - PVU Energienetze GmbH).

2. Härtefallregelung (§ 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV)

19 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat insoweit Erfolg. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts durfte die Bundesnetzagentur den Härtefallantrag der Betroffenen mit der von ihr gegebenen Begründung nicht ablehnen.

20 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Härtefallregelung des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV bereits in zeitlicher Hinsicht nicht anwendbar sei, weil

danach eine Anpassung der Erlösobergrenze nur während der laufenden Regulierungsperiode in Betracht komme, nicht dagegen für das erste Jahr der ersten Regulierungsperiode. Davon abgesehen liege auch kein unvorhersehbares Ereignis im Sinne dieser Vorschrift vor, weil nach der Gesetzesbegründung unter dieses Tatbestandsmerkmal nur Naturkatastrophen, Terroranschläge oder vergleichbare Ereignisse fielen. Schließlich habe die Betroffene auch die Voraussetzungen für das Vorliegen einer unzumutbaren Härte nicht hinreichend dargelegt. Insoweit sei nicht eine einzelne Kostenposition maßgebend; vielmehr müsse diese in Beziehung zum gesamten Unternehmen des Netzbetreibers gesetzt werden und eine Gesamtdarstellung der behaupteten Nachteile und der eingetretenen Vorteile erfolgen. Erst die Änderung der Gesamtbelastung könne eine Korrektur rechtfertigen. Eine derartige Änderung der Gesamtbelastung habe die Betroffene indes nicht vorgetragen.

21 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

22 aa) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV auch im Rahmen der erstmaligen Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 6 Abs. 2 ARegV zumindest entsprechend anwendbar (Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 69 ff. - EnBW Regional AG). Für das vereinfachte Verfahren sehen § 24 Abs. 3, § 34 Abs. 3 ARegV insoweit nichts anderes vor (Senatsbeschluss vom 18. Oktober 2011 - EnVR 13/10, RdE 2012, 389 Rn. 31 - PVU Energienetze GmbH).

23 bb) Ebenfalls rechtsfehlerhaft hat das Beschwerdegericht das Tatbestandsmerkmal des unvorhergesehenen Ereignisses im Sinne des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV auf außergewöhnliche Ereignisse, wie zum Beispiel Naturkatastrophen oder Terroranschläge, begrenzt. Vielmehr kommt nach der Rechtsprechung des Senats als unvorhersehbares Ereignis auch ein Umstand in Betracht, der im Genehmigungsverfahren, ohne dass es auf die subjektiven Erkenntnismöglichkeiten der Regulierungsbehörde oder des betroffenen Netzbetreibers im Zeitpunkt der Behördenentscheidung ankäme, wegen des Zeitversatzes zu dem maßgeblichen Basisjahr

nach den hierfür maßgeblichen Vorschriften nicht berücksichtigungsfähig war (Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 74 - EnBW Regional AG). Bei Kostensteigerungen für die Beschaffung von Verlustenergie hat der Senat dies bei Preissteigerungen ab 50% bejaht (Senatsbeschluss aaO Rn. 75). Eine solche Kostensteigerung ist hier nach dem Vorbringen der Betroffenen, die diese mit 71% und 123% beziffert, gegeben.

24 cc) Schließlich hat die Rechtsbeschwerde auch Erfolg, soweit sie sich gegen die Feststellung des Beschwerdegerichts wendet, die Betroffene habe einen Härtefall nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV nicht dargelegt.

25 (1) Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. nur Beschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 83 f. - EnBW Regional AG) darf zur Beantwortung der Frage, ob für den Netzbetreiber durch den Eintritt des unvorhersehbaren Ereignisses eine nicht zumutbare Härte entstanden ist, nicht nur die gestiegene einzelne Kostenposition in den Blick genommen werden. Es ist vielmehr eine Gesamtbetrachtung der Kosten- und Vermögenssituation des Netzbetreibers anzustellen. Die Unzumutbarkeit setzt voraus, dass die Entgeltbildung nach den Maßgaben der Anreizregulierungsverordnung zu einem für den Netzbetreiber wirtschaftlich untragbaren Ergebnis führt. Insbesondere muss dem Netzbetreiber eine angemessene und wettbewerbsfähige Verzinsung seines Eigenkapitals verbleiben. Eine "gesetzlich garantierte" Eigenkapitalverzinsung in einer bestimmten Höhe wird damit nicht gefordert. Treten die Kostensteigerungen von vornherein nur für einen begrenzten Zeitraum auf, ist dem Netzbetreiber eher zuzumuten, vorübergehend eine geringere Verzinsung seines Eigenkapitals hinzunehmen, als dies bei dauerhaften, für einen erheblichen Teil der Regulierungsperiode zu erwartenden Kostensteigerungen der Fall ist. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Netzbetreiber die durch eine einzelne Kostensteigerung verursachte Gesamtbelastung seiner Kosten- und Vermögenssituation durch wirtschaftlich vertretbare Rationalisierungsmaßnahmen zumindest teilweise auffangen kann. Zu einer überpflichtgemäßen Ausschöpfung aller Rationalisierungsreserven ist er aber nicht gezwungen. Der Netzbetreiber hat daher - bezogen

auf das gesamte Netz - darzulegen, wie sich die gestiegenen Kosten - hier: für die Beschaffung von Verlustenergie - unter Berücksichtigung aller sonstiger Veränderungen in der Kosten- und Vermögenssituation auf die - kalkulatorische - Eigenkapitalverzinsung auswirken.

26 Die zur Bestimmung der Erlösbergrenzen notwendigen Tatsachen hat die Regulierungsbehörde gemäß § 68 Abs. 1 EnWG, § 27 Abs. 1 Satz 1 ARegV von Amts wegen zu ermitteln. Dies gilt gemäß § 27 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 ARegV auch für das Antragsverfahren nach § 4 Abs. 4 ARegV. Dieser Pflicht der Behörde stehen Obliegenheiten der Beteiligten gegenüber, die bei der Ermittlung des Sachverhalts mit- helfen und insbesondere die ihnen bekannten Tatsachen und Beweismittel angeben sollen. Insoweit wird die Amtsaufklärungspflicht der Regulierungsbehörde (§ 68 Abs. 1 EnWG, § 27 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 ARegV) durch die Mitwirkungslast des Netzbetreibers begrenzt. Die Regulierungsbehörde braucht entscheidungserhebliche Tatsachen nicht zu ermitteln, die der Betroffene ihr zu unterbreiten hat. Soweit solche Angaben erforderlich oder zu vervollständigen sind, hat die Regulierungsbehörde den Netzbetreiber hierauf allerdings hinzuweisen und von ihm die Vorlage weiterer Angaben oder Unterlagen zu verlangen (vgl. Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 86 mwN - EnBW Regional AG).

27 (2) Nach diesen Maßgaben wird die Feststellung des Beschwerdegerichts, die Betroffene habe einen Härtefall nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV nicht dargelegt, von der Rechtsbeschwerde zu Recht als verfahrensfehlerhaft gerügt (§ 286 ZPO).

28 Das Beschwerdegericht ist zwar im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass für die Unzumutbarkeit der Hinnahme der Kostensteigerungen für die Betroffene nicht die einzelne Kostenposition für die Beschaffung der Verlustenergie maßgebend ist. Vielmehr muss eine Gesamtschau aller Kosten vorgenommen und insbesondere auch berücksichtigt werden, ob und inwieweit die Eigenkapitalverzinsung aufgezehrt wird. Die Rechtsbeschwerde macht aber zu Recht die Verletzung einer gerichtlichen Hinweis- und Aufklärungspflicht geltend, weil das Beschwerdege-

richt die Betroffene nicht auf ihren insoweit unzureichenden Vortrag hingewiesen und ihr keine Gelegenheit zu einer entsprechenden Ergänzung gegeben hat. Hierzu hätte Anlass bestanden, weil bereits die Bundesnetzagentur im Antragsverfahren ihre Amtsaufklärungspflicht verletzt hat. Die Betroffene hat ihren Antrag vom 20. Oktober 2008 auf Anerkennung eines Härtefalles nach § 4 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 ARegV zwar nur mit den gestiegenen Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie begründet, ohne ihre Gesamtkostensituation darzustellen, obwohl dies im Rahmen der Härtefallregelung geboten gewesen wäre. Hierzu hätte die Bundesnetzagentur die Betroffene aber auffordern müssen, zumal die Rechtslage hinsichtlich des Anwendungsbereichs und der Voraussetzungen der Härtefallregelung in der ersten Regulierungsperiode der Anreizregulierung noch nicht geklärt war. Soweit die Bundesnetzagentur die Betroffene in dem Anhörungsschreiben vom 5. Dezember 2008 mit einer gleichlautenden Begründung wie in dem endgültigen Bescheid vom 11. Dezember 2008 auf die fehlende Erfolgsaussicht des Antrags hinweist, genügt dies bereits in Anbetracht der kurzen Stellungnahmefrist und des nur pauschalen Inhalts nicht den Anforderungen, die an eine Erfüllung der ihr obliegenden Amtsaufklärungspflicht zu stellen sind. Insbesondere hat die Bundesnetzagentur nicht um die Darlegung gebeten, ob und inwieweit durch den Anstieg der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie die Eigenkapitalverzinsung aufgezehrt wird. Der Bescheid vom 11. Dezember 2008 spricht sogar eher dafür, dass die Bundesnetzagentur diesem Umstand - zu Unrecht - keine oder eine nur untergeordnete Bedeutung beigemessen hat, weil sie auf die diesbezüglichen Ausführungen der Betroffenen in deren Stellungnahme vom 9. Dezember 2008 nicht eingegangen ist.

29 Nach dem im Rechtsbeschwerdeverfahren zugrundezulegenden Vorbringen der Betroffenen zu den Voraussetzungen einer unzumutbaren Härte erscheint deren Annahme nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings wird dies auch davon abhängen, wie sich die Gesamtkostensituation der Betroffenen unter Berücksichtigung der neu zu bescheidenden Kostenpositionen darstellt. Dies wird die Bundesnetzagentur in dem neu eröffneten Verwaltungsverfahren zu prüfen haben.

3. Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor (§ 9 ARegV)

30 Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hat Erfolg.

31 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Bundesnetzagentur habe bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen zu Unrecht den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach § 9 ARegV berücksichtigt, obwohl es hierfür an einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung fehle. Insbesondere sei § 9 ARegV nicht von § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 bzw. § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG gedeckt.

32 b) Auch diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts hat die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach § 9 ARegV zu Recht berücksichtigt.

33 aa) Der Senat hat zwar mit Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 36 ff. - EnBW Regional AG) entschieden, dass § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG i.V.m. § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG a.F. nicht dazu ermächtigt hat, einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor - wie in § 9 Abs. 1 ARegV a.F. vorgegeben - unter Berücksichtigung der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt zu ermitteln. Diese Rechtsprechung ist aber - wie der Senat mit Beschluss vom 31. Januar 2012 (EnVR 16/10, RdE 2012, 203 Rn. 17 ff. - Gemeindewerke Schutterwald) im Einzelnen begründet hat - durch das Zweite Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3034) gegenstandslos geworden, weil der Gesetzgeber darin mit § 21a Abs. 4 Satz 7, Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG n.F. mit Rückwirkung zum 1. Januar 2009 eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die Einbeziehung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in die Erlösobergrenzen geschaffen und § 9 ARegV neu erlassen hat. Die von der Rechtsbeschwerdeerwiderung insbesondere gegen die Rückwirkung angeführten Argumente hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet.

34 bb) Die konkrete Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in § 9 Abs. 2 ARegV und dessen konkrete Berechnung durch die Bundesnetzagentur für die einzelnen Jahre der Regulierungsperiode sind - wie der Senat ebenfalls mit Beschluss vom 31. Januar 2012 (EnVR 16/10, RdE 2012, 203 Rn. 26 ff. - Gemein-
dewerke Schutterwald) im Einzelnen begründet hat - ebenfalls nicht zu beanstanden. Auch insoweit bringt die Rechtsbeschwerdeerwiderung keine Argumente vor, die dem Senat Anlass für eine Änderung seiner Rechtsprechung geben könnten.

III.

35 Der Senat verweist die Sache nicht an das Beschwerdegericht zurück. Die noch offenen Fragen des angefochtenen Bescheids vom 11. Dezember 2008 können durch die Regulierungsbehörde in dem neu eröffneten Verwaltungsverfahren entschieden werden. Für die Neubescheidung ist der rechtliche Rahmen durch die Entscheidung des Senats vorgegeben.

IV.

36 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

37 Der Streitwert des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens richtet sich gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG i.V.m. § 3 ZPO nach dem wirtschaftlichen Interesse der Betroffenen an einer Abänderung der angefochtenen Entscheidung. Dies bemisst sich grundsätzlich nach der Differenz zwischen den nach der - im Beschwerde- bzw. Rechtsbeschwerdeverfahren vertretenen - Auffassung der Betroffenen anzusetzenden Erlösobergrenzen und den von der Regulierungsbehörde festgesetzten Erlösobergrenzen (vgl. nur Senatsbeschluss vom 18. Oktober 2011 - EnVR 13/10, RdE 2012, 389 Rn. 45 - PVU Energienetze GmbH). Soweit die Betroffene insoweit nur einen Jahresbetrag ansetzen will, fehlt es hierfür an einer Grundlage. Aufgrund dessen betragen der Wert des Beschwerdeverfahrens unter Berücksichtigung des nicht mehr weiterverfolgten Angriffs gegen den Auflagenvorbe-

halt zur Mehrerlössaldierung 1.298.859 € und der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens 1.248.859 €.

Bornkamm

Raum

Strohn

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Celle, Entscheidung vom 19.08.2010 - 13 VA 9/09 -