



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

EnVR 62/15

vom

2. Mai 2016

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 2. Mai 2016 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Grüneberg, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

Die Kosten und Auslagen des Beschwerdeverfahrens werden der Betroffenen zu 70% und der Bundesnetzagentur zu 30% auferlegt. Die Kosten und Auslagen des Rechtsbeschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 495.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Betroffene betreibt ein Gasverteilernetz. Mit Beschluss vom 3. Dezember 2008 legte die Bundesnetzagentur im Rahmen des vereinfachten Verfahrens die einzelnen Erlösobergrenzen für die Jahre 2009 bis 2012 niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Sie begründete dies unter anderem mit Kürzungen bei der Eigenkapitalverzinsung und mit der Einrechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 ARegV. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen.

2 Hiergegen richtet sich die - vom Beschwerdegericht zugelassene - Rechtsbeschwerde der Betroffenen, mit der sie sich nur noch gegen die Einbeziehung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 ARegV gewandt hat. Im Hinblick auf die mit dem Zweiten Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3034) erfolgte Neufassung der § 21a Abs. 4 Satz 7, Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG, § 9 ARegV hat die Betroffene den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Dem ist die Bundesnetzagentur entgegengetreten.

II.

3 Das Feststellungsbegehren der Betroffenen ist begründet. Auf den geänderten Antrag der Betroffenen ist die Erledigung der Hauptsache festzustellen, weil das mit der Rechtsbeschwerde verfolgte Begehren ursprünglich zulässig und begründet gewesen ist und sich durch die im Dezember 2011 erfolgte Neufassung der § 21a Abs. 4 Satz 7, Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG, § 9 ARegV erledigt hat.

4 1. Wie der Senat mit Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 36 ff. - EnBW Regional AG) entschieden hat, hat - entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts - § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG i.V.m. § 21a Abs. 6

Satz 2 Nr. 5 EnWG a.F. nicht dazu ermächtigt, 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. Aufgrund dessen hätte die Rechtsbeschwerde Erfolg gehabt.

- 5            2. 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. Aufgrund dessen hat sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt (vgl. Senatsbeschluss vom 30. April 2013 - EnVR 17/11 Rn. 1).

III.

- 6 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Hierbei war insbesondere zu berücksichtigen, dass die Rechtsbeschwerde der Betroffenen ohne das erledigende Ereignis nur vorläufigen Erfolg gehabt hätte, während ihre Einwände gegen den methodischen Ansatz für die erstmalige Ermittlung des sektoralen Produktivitätsfaktors und die Berechnungsweise vom Beschwerdegericht zu Recht zurückgewiesen worden sind (vgl. Senatsbeschluss vom 30. April 2013 - EnVR 17/11 Rn. 1 mwN).

Limperg

Strohn

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 21.04.2010 - VI-3 Kart 1/09 (V) -