



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

EnVR 24/22

vom

30. Januar 2024

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. Januar 2024 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Holzinger

beschlossen:

Die Anhörungsrüge gegen den Beschluss des Senats vom 27. Juni 2023 wird auf Kosten der Betroffenen zurückgewiesen.

Gründe:

- 1           A.       Mit Beschluss vom 28. November 2018 (BK4-18-056) hat die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für Betreiber von Stromversorgungsnetzen gemäß § 9 Abs. 3 ARegV (nachfolgend: Produktivitätsfaktor) für die dritte Regulierungsperiode auf 0,90 % festgelegt. Die Betroffene, die ein Stromversorgungsnetz betreibt, hat - wie auch zahlreiche weitere Netzbetreiber - die Festlegung mit der Beschwerde angegriffen. Das Beschwerdegericht hat den Beschluss der Bundesnetzagentur aufgehoben und die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung verpflichtet. Auf die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hat der Bundesgerichtshof - unter Zurückweisung der Anschlussrechtsbeschwerde der Betroffenen - die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufgehoben und die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Betroffene mit der Anhörungsrüge.
  
- 2           B.       Die gemäß § 83a Abs. 2 EnWG zulässige Anhörungsrüge ist nicht begründet. Der Senat hat bei seiner Entscheidung über die Aufhebung der Be-

schwerdeentscheidung und die Zurückweisung der Beschwerde sämtlichen Vortrag der Betroffenen zur Kenntnis genommen, geprüft und erwogen, aber nicht für durchgreifend gehalten. Zusätzlich ist lediglich auf folgendes hinzuweisen:

- 3           I.       Soweit die Betroffene meint, der Senat habe die Festlegung unzutreffend ausgelegt, zeigt sie keine Gehörsverletzung auf, sondern rügt lediglich eine ihrer Ansicht nach unrichtige Würdigung. Soweit die Betroffene einwendet, auch hier streuten die Werte stark, verkennt sie, dass der Senat auf mit dem Gassektor vergleichbare Schwankungen über das gesamte Stützintervall abstellt, die sich hier angesichts des ab 2010 einsetzenden anhaltenden Negativtrends nicht wie beim Produktivitätsfaktor Gas beobachten lassen (vgl. Beschluss vom 30. Januar 2024 - EnVR 32/22, z.Veröff.best., Rn. 46 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor IV), wobei auch im Gasbereich das Jahr 2006 - konsistent - in das Stützintervall einbezogen worden ist. Dass 2006 durch den Beginn der Regulierung geprägt war und zahlreiche Besonderheiten aufgewiesen hat, hat der Senat entgegen der Behauptung in der Anhörungsrüge ausdrücklich berücksichtigt (Beschluss, Rn. 31 f.). Die Anhörungsrüge zeigt keine Gehörsverletzung auf, sondern wendet sich lediglich gegen die Würdigung des Senats, die Bundesnetzagentur habe für die erforderliche Prognose darauf abstellen dürfen, dass auch im Prognosezeitraum möglicherweise erhebliche strukturelle (regulierungsbedingte) Veränderungen erwartet werden könnten.
  
- 4           II.       Der Anhörungsrüge ist auch kein Erfolg beschieden, soweit die Betroffene meint, der Senat habe ihren Vortrag in Bezug auf eine zu einer Reduzierung der Umsatzerlöse führende Rückstellungsbildung im längeren Zeitraum vom Jahresanfang 2006 bis zum Wirksamwerden der ersten Entgeltgenehmigung Mitte 2006 übergangen. Mit dem Vortrag zum Jahr 2006, insbesondere zur Mehrerlösabschöpfung, hat sich der Senat auseinandergesetzt und eine Bereinigung

der Umsätze aus diesem Grund nicht für erforderlich gehalten (vgl. BGH, Beschlüsse vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 33 bis 35 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; vom 30. Januar 2024 - EnVR 32/22, z.Veröff.best., Rn. 32 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor IV). Der Begriff der Mehrerlösabschöpfung bezeichnet den Umstand, dass die Bundesnetzagentur den Netzbetreibern anlässlich der Genehmigung der Preise gemäß § 23a EnWG 2005 aufgegeben hat, die von ihnen in der Zeit ab Antragstellung bis zur Genehmigung der beantragten Tarife im Vergleich zum genehmigten Entgelt erzielten Mehrerlöse zu berechnen und kostenmindernd in der nächsten Kalkulationsperiode zu berücksichtigen ("Mehrerlös-Auflage"; vgl. BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 19 f. - Vattenfall; BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 2009 - 1 BvR 2738/08, juris Rn. 5 ff.). Der Ausgleich des entstandenen (rechtsgrundlosen) Mehrerlöses hatte dabei nicht dadurch stattzufinden, dass der Netzbetreiber mit seinen Netznutzern auf Basis der niedrigeren Entgelte abrechnen und ihnen die gezahlten Entgelte teilweise rückerstatten musste; eine Rückabwicklung schied aus. Die Mehrerlöse waren vielmehr wie sonstige Erlöse zu behandeln und entsprechend § 9 StromNEV in der nächsten Genehmigungsperiode entgeltmindernd in Ansatz zu bringen (BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 20 bis 23 mwN - Vattenfall). Danach sind in den Umsatzerlösen keine Preisbestandteile enthalten, die im Monitoring-Index nicht abgebildet wären. Im Gegenteil hatten die Netznutzer 2006 die (überhöhten) Entgelte zu zahlen, ohne dafür einen Ausgleich zu erhalten. Der Monitoring-Index spiegelt insoweit folglich die reale Preisentwicklung wider. Dies sowie der Umstand, dass die Netzentgelte in den Jahren nach dem Übergang auf ein anreizbasiertes Regulierungsregime stark gesunken sind, stellt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde eine tatsächliche Entwicklung dar. Das dadurch abgebildete Sinken der Netzentgelte führt zu einer sektorspezifischen Produktivitätssteigerung, die nach dem Sinn und Zweck der Anreizregulierung an die Netzkunden weitergegeben werden soll (vgl. spiegelbildlich zur

nicht erforderlichen Bereinigung der Umsätze wegen der Mehrerlösabschöpfung BGH, Beschluss vom 30. Januar 2024 - EnVR 32/22, z.Veröff.best., Rn. 42 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor IV; sowie zur sachgerechten Abbildung der Verhältnisse auf dem Strommarkt durch Berücksichtigung der Preisentwicklung bei den Kundengruppen, die die Netzentgelte tatsächlich zahlen, ebenda Rn. 75 f.).

5 III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 90 Satz 2 EnWG.

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Picker

Holzinger

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.03.2022 - VI-3 Kart 294/19 (V) -