



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 13/10

Verkündet am:
18. Oktober 2011
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

PVU Energienetze GmbH

ARegV § 34 Abs. 3

Bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 34 Abs. 3 ARegV ist die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Auslegung und Anwendung der Stromnetzentgeltverordnung zu berücksichtigen.

ARegV § 25

Die Vorschrift des § 25 ARegV findet im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV keine Anwendung.

BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011 - EnVR 13/10 - OLG Brandenburg

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 2011 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerden der Betroffenen und der Bundesnetzagentur gegen den Beschluss des Kartellsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 12. Januar 2010 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 4. März 2010 werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Bundesnetzagentur die Betroffene auch unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden hat.

Die Kosten und Auslagen des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der Auslagen der Bundesnetzagentur werden gegeneinander aufgehoben.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 700.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz, das sie zum 1. Januar 2007 von ihrer Muttergesellschaft übernommen hat. Mit Bescheid vom 28. Juli 2006 erhielt diese 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 beantragte die Betroffene am 13. Dezember 2007 die Teilnahme am vereinfachten Verfahren der Anreizregulierung gemäß § 24 ARegV; dem Antrag gab die Landesregulierungsbehörde am 20. Dezember 2007 statt. Die Betroffene beantragte ferner die Einbeziehung eines pauschalierten Investitionszuschlags und - wegen einer Erhöhung der Zahl der Anschlusspunkte und der Jahreshöchstlast - eines Erweiterungsfaktors in die zu bestimmenden Erlösobergrenzen sowie die Anerkennung eines Härtefalls nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV wegen gestiegener Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie.
- 2 Mit Bescheid vom 9. Dezember 2008 legte die Landesregulierungsbehörde 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 der kalkulatorischen Gewerbesteuer und mit der Einrechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 ARegV. Die Anträge auf Berücksichtigung des pauschalierten Investitionszuschlags und eines Erweiterungsfaktors sowie den Härtefallantrag lehnte die Landesregulierungsbehörde ab.
- 3 Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegerecht den Bescheid der Landesregulierungsbehörde aufgehoben und diese verpflichtet, die Erlösobergrenzen unter Berücksichtigung seiner Rechtsauffassung neu

zu bestimmen. Die weitergehende Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen.

4 Hiergegen richten sich die - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerden der Betroffenen, der Landesregulierungsbehörde und der Bundesnetzagentur. Seit dem 11. Juni 2011 sind nach dem Verwaltungsabkommen über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Brandenburg (GVBl. Brdbg. I 2011 Nummer 8) unter anderem die Aufgaben der Landesregulierungsbehörde im Rahmen der Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang im Wege der Anreizregulierung nach § 21a EnWG auf die Bundesnetzagentur übertragen worden.

II.

5 Die Rechtsbeschwerden der Betroffenen (siehe hierzu 1 bis 4) sowie der Landesregulierungsbehörde und der Bundesnetzagentur (siehe hierzu 5) haben teilweise Erfolg.

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

6 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Landesregulierungsbehörde für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten - bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung vom 28. Juli 2006 zugrunde legen durfte. Dies ergebe sich aus § 34 Abs. 3 ARegV, wonach als Ausgangsniveau das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG vor Beginn der Anreizregulierung, angepasst um einen in der Verordnung festgelegten Inflationsfaktor von jeweils 1,7% für die Jahre 2005 bzw. 2006, heranzuziehen sei. Sinn und Zweck des vereinfachten Verfahrens nach § 24 ARegV im Allgemeinen und der

Übergangsregelung des § 34 Abs. 3 ARegV im Besonderen sei es ersichtlich, eine erneute Kostenprüfung zu vermeiden. Aufgrund dessen sei für die von der Betroffenen begehrte Anpassung des Ergebnisses der in der letzten Entgeltgenehmigung von der Landesregulierungsbehörde vorgenommenen Kostenprüfung nur insoweit Raum, als es die Kosten der vorgelagerten Netze betreffe; dies ergebe sich aus § 4 Abs. 3 Nr. 2, § 11 Abs. 2 Nr. 4 ARegV. Im Übrigen scheidet eine Anpassung aus; dies gelte auch für solche Kostenpositionen, die nach der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an sich korrekturbedürftig seien. Dementsprechend sei bei der Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer nach § 8 StromNEV die auf der Grundlage der Festlegung vom 6. Oktober 2008 anerkannte Anhebung des Zinssatzes für die Verzinsung des Eigenkapitals gemäß § 7 Abs. 6 StromNEV nicht zu berücksichtigen.

7 b) Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist 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. Dies hat der Senat mit Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 7 ff. - EnBW Regional AG) für die Parallelregelung des § 6 ARegV entschieden. Es gilt für § 34 Abs. 3 ARegV gleichermaßen. Die unveränderte Übernahme des Ergebnisses der Kostenprüfung der letzten - bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung vom 28. Juli 2006 durch die Landesregulierungsbehörde ist rechtsfehlerhaft.

8 aa) Die Frage, ob das Ergebnis der letzten Kostenprüfung auch dann unverändert zu übernehmen ist, wenn es mit der hierzu in der Zwischenzeit ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht in Einklang steht, wird durch den Wortlaut des § 34 Abs. 3 ARegV nicht eindeutig beantwortet. Nach dieser Vorschrift ergibt sich das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen aus den Kosten, die im Rahmen der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG anerkannt worden sind. Unter den Begriff "sich ergeben aus" könnte durchaus eine strik-

te, auch durch entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung nicht zu durchbrechende Bindung an das Ergebnis der letzten Kostenprüfung subsumiert werden. Er umfasst aber auch einen abweichenden Bedeutungsgehalt, etwa im Sinne von "berücksichtigen", "nutzen" oder "zur Grundlage machen". Ein eindeutiger Hinweis auf einen bestimmten Bedeutungsgehalt ergibt sich aus dem Wortlaut selbst nicht.

9 bb) Die Berücksichtigung von Korrekturen, die nach der Rechtsprechung des Senats an dem Ergebnis der maßgeblichen Kostenprüfung vorzunehmen gewesen wären, ist im Hinblick auf das Erfordernis einer angemessenen Festlegung der Obergrenzen für die Anreizregulierung geboten.

10 § 34 Abs. 3 ARegV konkretisiert - ebenso wie § 6 Abs. 2 ARegV (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 10 - EnBW Regional AG) - das Angemessenheitserfordernis des § 21 Abs. 1 EnWG, das auch für die Ermittlung der Obergrenzen nach der Anreizregulierung gilt, und die insoweit vom Gesetzgeber in § 21a Abs. 4 EnWG bestimmten Vorgaben. Die regulatorische Kostenprüfung würde nicht mehr zu angemessenen Ergebnissen führen und den Netzbetreiber ohne sachlichen Grund benachteiligen, wenn die Regulierungsbehörde von Kalkulationsgrundlagen ausgehen dürfte, die auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unzutreffend sind (vgl. hierzu auch Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 36/07, RdE 2008, 337 Rn. 13 - Stadtwerke Trier).

11 cc) Die in § 34 Abs. 3 ARegV angeordnete Bezugnahme auf die Datengrundlage der letzten Genehmigung der Netzentgelte - hier des Geschäftsjahres 2004 - führt nicht zu einer abweichenden Auslegung. Mit dieser Bezugnahme sollte im Interesse der kleinen Netzbetreiber eine erneute Kostenprüfung vermieden werden, um sie von den umfassenden Datenlieferungspflichten zu entlasten (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 74). Maßgeblich sollten hier die Daten aus dem Geschäftsjahr 2004 bleiben, angepasst um einen jährlichen Inflationsausgleich für die Jahre 2005 und 2006 in Höhe von jeweils 1,7%. Durch diesen Regelungsmechanismus wurde auch für kleine Netzbetreiber - wie in § 6 Abs. 1 Satz 5 ARegV für die anderen Netzbetreiber

bestimmt - das Jahr 2006 zum Basisjahr für die erste Regulierungsperiode. Im Hinblick auf den für die Kostenprüfung erforderlichen Aufwand hat der Verordnungsgeber damit zugleich in Kauf genommen, dass die als Grundlage für die Bestimmung der Erlösobergrenzen herangezogenen Kosten aufgrund des relativ langen zeitlichen Abstandes nicht in allen Einzelheiten mit der tatsächlichen Kostensituation in der Regulierungsperiode übereinstimmen. Hieraus kann aber - wie der Senat zu § 6 Abs. 2 ARegV entschieden hat (Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 11 - EnBW Regional AG) - nicht auf einen Willen des Verordnungsgebers geschlossen werden, bei der Verwertung dieser Daten die hierzu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung beiseite zu lassen und damit im Ergebnis eine nach Maßgabe dieser Rechtsprechung rechtswidrige Regulierungspraxis bei der Umstellung der Netzentgeltregulierung auf die Methode der Anreizregulierung fortzuschreiben. Auch im Übrigen lässt sich den Materialien für eine solche Auslegung nichts entnehmen (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 74).

12 Entgegen der Auffassung der Regulierungsbehörde hat die Korrektur der Ergebnisse der maßgeblichen Kostenprüfung auch nicht einen Aufwand zur Folge, der sich mit der Vereinfachung des Verfahrens, die der Verordnungsgeber mit Blick auf die Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit durch die Regelung des § 34 Abs. 3 ARegV angestrebt hat, nicht verträgt. Die Berücksichtigung der Rechtsprechung des Senats führt lediglich zu wenigen Einzelkorrekturen. Eine umfassende (erneute) Kostenprüfung, deren Vermeidung der Verordnungsgeber mit § 34 Abs. 3 ARegV durchaus mit im Sinn gehabt hat, hat sie nicht zur Folge.

13 Schließlich stehen solche Einzelkorrekturen auch nicht mit dem Sinn und Zweck des vereinfachten Verfahrens nach § 24 ARegV oder dessen Maßgaben in Widerspruch. Die Möglichkeit zur Wahl des vereinfachten Verfahrens dient in erster Linie der bürokratischen Entlastung der sogenannten kleinen Netzbetreiber und lediglich - als Reflex - auch einer gewissen Verwaltungsvereinfachung auf Seiten der Regulierungsbehörden. Das vereinfachte Verfahren soll eine mit dem regulatorischen Aufwand im Rahmen eines umfassenden Anreizregulierungssystems verbundene

überproportionale Belastung der kleinen Netzbetreiber vermeiden (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 68). Durch die Bildung eines gemittelten Effizienzwertes sollen sie zudem von der Lieferung der erforderlichen Strukturdaten nach § 13 Abs. 3 und 4 ARegV und der - unter Umständen ihnen nur schwer möglichen - Nachprüfung der regulatorischen Entscheidung der Regulierungsbehörde entbunden werden (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 68 f.).

14 dd) Aufgrund dessen hätte die Landesregulierungsbehörde bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen gemäß § 34 Abs. 3 ARegV auch die kalkulatorische Gewerbesteuer anpassen müssen. Dies wird die Regulierungsbehörde nachzuholen haben.

15 Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist dagegen die Vorgehensweise der Landesregulierungsbehörde, bei der Neubestimmung der Erlösobergrenzen die Anpassung des Zinssatzes für die Verzinsung des Eigenkapitals gemäß § 7 Abs. 6 StromNEV anhand der Festlegung vom 6. Oktober 2008 zu berücksichtigen, nicht zu beanstanden. Der Eigenkapitalzinssatz bestimmt sich nach der zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheids der Landesregulierungsbehörde geltenden Rechtslage, mithin nach der Festlegung vom 6. Oktober 2008 (vgl. hierzu auch Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 27 ff. - EnBW Regional AG).

2. Pauschalierter Investitionszuschlag (§ 25 ARegV)

16 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die vom Beschwerdegericht aus Rechtsgründen verneinte Einbeziehung des pauschalierten Investitionszuschlags nach § 25 ARegV wendet.

17 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass § 25 ARegV im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV keine Anwendung finde. Dies folge daraus, dass der pauschalierte Investitionszuschlag gemäß § 25 Abs. 2 und 3 ARegV in Abhängigkeit von den nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 ARegV bestimmten Kapitalkosten zu ermitteln sei,

diese Vorschrift jedoch im vereinfachten Verfahren nicht anwendbar sei. Dies habe der Verordnungsgeber durch die am 12. April 2008 in Kraft getretene Neufassung des § 24 Abs. 3 ARegV (lediglich) klargestellt. Der Ausschluss von § 25 ARegV im vereinfachten Verfahren verstoße auch nicht gegen das aus Art. 3 GG fließende Willkürverbot. Das Regelverfahren, in dem § 25 ARegV gelte, und das vereinfachte Verfahren stellten unterschiedliche Regelungssysteme für die Bestimmung der Erlösobergrenzen dar. Während das Regelverfahren auf die individuellen Belange und Besonderheiten des einzelnen Netzbetreibers ausgelegt sei, enthebe das vereinfachte Verfahren nach § 24 ARegV die sogenannten kleinen Netzbetreiber unter anderem von zahlreichen Datenlieferungspflichten insbesondere im Zusammenhang mit dem an sich durchzuführenden Effizienzvergleich und sehe stattdessen Pauschalierungen zum Beispiel bei dem Effizienzwert und dem Anteil der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten an den Gesamtkosten vor. Aufgrund dessen sei es sachgerecht, dass der Verordnungsgeber bei Wahl des vereinfachten Verfahrens die Einbeziehung des pauschalierten Investitionszuschlags ausgeschlossen habe.

18 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand. Das Beschwerdegericht hat zu Recht die Anwendbarkeit des § 25 ARegV im Rahmen des vereinfachten Verfahrens nach § 24 ARegV verneint.

19 aa) § 24 Abs. 3 ARegV a.F. hat zwar - entgegen der Neuregelung (siehe hierzu unter bb) - die Vorschrift des § 25 ARegV nicht ausdrücklich von der Anwendung im vereinfachten Verfahren ausgenommen. Dessen bedurfte es aber auch nicht, weil sich die Nichtanwendbarkeit dieser Norm bereits aus § 24 Abs. 1 ARegV ergibt.

20 Die Ermittlung des pauschalierten Investitionszuschlags gemäß § 25 Abs. 1 ARegV knüpft nach dessen Absätzen 2 und 3 an die Vergleichbarkeitsrechnung gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 ARegV an. Ein Effizienzvergleich nach den §§ 12 bis 14 ARegV findet aber im vereinfachten Verfahren nicht statt. Vielmehr stellt das vereinfachte Verfahren nach § 24 Abs. 2 bis 4 ARegV die Alternative zum Effizienzvergleich nach den §§ 12 bis 14 ARegV dar. Aufgrund dessen fehlt im vereinfach-

ten Verfahren für die Ermittlung des pauschalierten Investitionszuschlags die Berechnungsgrundlage. Auch die Rechtsbeschwerde räumt insoweit ein, dass der pauschalierte Investitionszuschlag nicht aus dem für die Betroffene vorliegenden Zahlenwerk einfach abgeleitet werden kann, sondern es hierzu einer eigens anzustellenden Vergleichbarkeitsrechnung bedarf. Dies widerspricht aber dem Sinn und Zweck des vereinfachten Verfahrens, weil dieses von einer solchen Berechnung und einer hierfür erforderlichen umfassenden Datenlieferung durch die Netzbetreiber in deren Interesse absieht.

21 bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde gebietet auch die Entstehungsgeschichte der Anreizregulierungsverordnung kein anderes Verständnis des § 24 Abs. 3 ARegV a.F. Die Begründung des Regierungsentwurfs zu dieser Norm (BR-Drucks. 417/07, S. 68 f.) beschränkt sich auf eine abstrakte Darstellung des Regelungsinhalts. Die Verordnungsmaterialien geben insbesondere nichts dafür her, dass der Verordnungsgeber von einer Anwendung des § 25 ARegV im vereinfachten Verfahren ausgegangen ist. Im Gegenteil spricht gegen einen solchen Willen des Verordnungsgebers die mit der Verordnung zur Änderung der Gasnetzzugangsverordnung, der Gasnetzentgeltverordnung, der Anreizregulierungsverordnung und der Stromnetzentgeltverordnung vom 8. April 2008 (BGBl. I S. 693) erfolgte Änderung des § 24 Abs. 3 ARegV a.F., durch die als weitere im vereinfachten Verfahren nicht anzuwendende Vorschrift ausdrücklich auch § 25 ARegV aufgenommen wurde. Diese nach der Begründung des Bundesrates "redaktionelle Änderung" soll klarstellen, dass § 25 ARegV im vereinfachten Verfahren keine Anwendung findet, weil Grundlage zur Ermittlung des pauschalierten Investitionszuschlags eine Vergleichbarkeitsrechnung gemäß § 14 Abs. 3 ARegV ist, ein Effizienzvergleich im vereinfachten Verfahren aber nicht stattfindet und die Regelung des § 25 Abs. 1 ARegV damit insoweit leerläuft (BR-Drucks. 24/08 (Beschluss), S. 8).

22 cc) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, verstößt die Nichtanwendung des § 25 ARegV im vereinfachten Verfahren nicht gegen das Verfassungsrecht. Soweit sie eine Anwendung des § 24 Abs. 3 ARegV n.F. mit dem Rückwirkungsverbot

nicht in Einklang sieht, ist ein solcher Konflikt vorliegend nicht gegeben; die Nichtanwendung des § 25 ARegV ergibt sich - wie dargelegt - bereits aus § 24 ARegV a.F. Ebenso liegt auch ein Verstoß gegen das Willkürverbot oder den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz offensichtlich nicht vor.

3. Erweiterungsfaktor (§ 10 ARegV)

23 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat Erfolg, soweit sie sich gegen die auf Rechtsgründe gestützte Nichtberücksichtigung des Erweiterungsfaktors gemäß § 10 ARegV für das erste Jahr der Regulierungsperiode wendet.

24 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Landesregulierungsbehörde nicht dazu verpflichtet gewesen sei, die von der Betroffenen dargelegte nachhaltige Veränderung der Versorgungsaufgabe zwischen dem 31. Dezember 2004 und dem 31. Dezember 2007 bei der Bestimmung der Erlösobergrenze durch einen Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV zu berücksichtigen. Wie sich aus § 4 Abs. 4 Satz 2 ARegV ergebe, könne der Netzbetreiber eine solche Anpassung der Erlösobergrenze erstmals zum 1. Januar 2010 beantragen. Auf den Übergangszeitraum des Jahres 2009 finde § 10 ARegV keine Anwendung.

25 b) Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde der Betroffenen mit Erfolg. Wie der Senat mit Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 52 ff. - EnBW Regional AG) entschieden und im Einzelnen begründet hat, ist § 10 ARegV für das erste Jahr einer Regulierungsperiode bei Veränderungen, die zwischen dem maßgeblichen Ausgangsjahr und dem Beginn der Regulierungsperiode eingetreten sind, entsprechend anzuwenden.

26 Im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV ist das für § 10 ARegV maßgebliche Basisjahr das Jahr, aus dem die Datengrundlage für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenze nach § 34 Abs. 3 ARegV stammt, hier das Jahr 2004. Die Anpassung des Ausgangsniveaus nach § 34 Abs. 3 Satz 3 ARegV dient nur dem Inflationsausgleich und soll nicht die durch eine Änderung der Versorgungs-

aufgabe verursachte Kostenerhöhung abdecken. Würde dagegen - wie die Landesregulierungsbehörde unter Bezugnahme auf § 6 Abs. 1 Satz 5 ARegV meint - auch insoweit das Jahr 2006 als Basisjahr heranzuziehen sein, würde dies zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der sogenannten kleinen Netzbetreiber zu den anderen Netzbetreibern führen, weil bei diesen die mit einer Änderung der Versorgungsaufgabe verbundenen Kosten aus den Jahren 2005 und 2006 bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus nach § 6 ARegV berücksichtigt werden.

27 Im vorliegenden Fall sind nach dem Vorbringen der Betroffenen zwischen den Jahren 2004 und 2007 die Anzahl der Anschlusspunkte von 7.893 auf 8.143 und die Jahreshöchstlast von 6.992 kWh/h auf 7.227 kWh/h gestiegen, was zu einer Erhöhung der maßgeblichen Kosten um mehr als 0,5% geführt hat. Die Landesregulierungsbehörde hätte deshalb prüfen müssen, ob die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung von § 10 ARegV erfüllt sind. Dies wird die Regulierungsbehörde nachzuholen haben.

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

28 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat insoweit keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat das Vorliegen eines Härtefalls rechts- und verfahrensfreier verneint.

29 a) Das Beschwerdegericht hat offengelassen, ob die Härtefallregelung des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV überhaupt für das erste Jahr der ersten Regulierungsperiode anwendbar sei. Die Betroffene habe jedoch die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht hinreichend dargelegt. Gestiegene Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie begründeten für sich allein noch keinen Härtefall, weil Kostensteigerungen bereits durch den Inflationsausgleich Rechnung getragen würde. Zwar könnten außergewöhnliche Preissteigerungen für den Netzbetreiber eine außergewöhnliche Härte begründen. Insoweit sei aber nicht eine einzelne Kostenposition maßgebend; vielmehr müsse diese in Beziehung zum gesamten Unternehmen des Netzbetreibers

gesetzt werden und eine Zusammenschau aller Kosten erfolgen. Nach diesen Maßgaben sei ein Härtefall nicht festzustellen. Die dargelegten Mehrkosten von ca. 70.000 € seien im Verhältnis zu den festgelegten Erlösobergrenzen von rund 2,3 Mio. € keine unzumutbare Belastung. Zudem würden sie auch nicht den durch die Eigenkapitalverzinsung garantierten Gewinn aufzehren. Ferner seien die von der Betroffenen in den Jahren 2007 und 2008 benötigten Mengen an Verlustenergie rückläufig, so dass hierdurch ein Teil der Kostensteigerungen aufgefangen werden könne. Der Betroffenen hätte es freigestanden, die Kostensteigerungen in den Jahren 2005 und 2006 zum Anlass für eine erneute Kostenprüfung auf der Datengrundlage des Jahres 2006 zu nehmen; dass sie davon abgesehen habe, begründe die Vermutung, dass die dadurch verursachte Belastung nicht unzumutbar gewesen sei.

30 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung stand.

31 aa) Wie der Senat mit Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 69 ff. - EnBW Regional AG) zu § 6 Abs. 2 ARegV entschieden hat, 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. Für das vereinfachte Verfahren sehen § 24 Abs. 3, § 34 Abs. 3 ARegV insoweit nichts anderes vor. Allerdings ist § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV als Ausnahmeregelung eng auszulegen.

32 Als unvorhergesehenes Ereignis i.S. des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV kommt 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 von 50% bzw. 100% hat der Senat dies bejaht (Senatsbeschluss aaO, Rn. 75).

33

Wie der Senat mit Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 83 f. - EnBW Regional AG) des Weiteren entschieden und im Einzelnen begründet hat, 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. Insoweit wird die Amtsaufklärungspflicht der Regulierungsbehörde (§ 68 Abs. 1 EnWG, § 27 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 ARegV) durch die Mitwirkungslast des Netzbetreibers begrenzt, der bei der Ermittlung des Sachverhalts mithelfen und insbesondere die ihm bekannten Tatsachen und Beweismittel angeben soll (vgl. Senatsbeschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 86 mwN - EnBW Regional AG).

- 34 bb) Nach diesen Maßgaben ist die Feststellung des Beschwerdegerichts, die Betroffene habe einen Härtefall nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV nicht dargelegt, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.
- 35 (1) Ein unvorhersehbares Ereignis liegt allerdings vor. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts betragen die Preissteigerungen für die Beschaffung von Verlustenergie bezogen auf das Jahr 2004 im Jahr 2007 mehr als 50%. Eine solche Preissteigerung kann nicht mehr der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vorhersehbaren Teuerung zugerechnet werden.
- 36 (2) Das Beschwerdegericht hat indes die Unzumutbarkeit der Hinnahme der Kostensteigerungen für die Betroffene rechtsfehlerfrei verneint. Es hat in Übereinstimmung mit den Maßgaben der Senatsrechtsprechung nicht die einzelne Kostenposition für die Beschaffung der Verlustenergie in den Blick genommen, sondern eine Gesamtschau aller Kosten vorgenommen und insbesondere auch berücksichtigt, dass die Eigenkapitalverzinsung nur teilweise - nach dem Vorbringen der Betroffenen nur um 36,17% - aufgezehrt wird. Anders als die Rechtsbeschwerde meint, hat das Beschwerdegericht insoweit auch nicht der Betroffenen zu Unrecht die Darlegungslast für das Vorliegen einer unzumutbaren Härte auferlegt; dies steht - wie oben dargestellt - mit der Rechtsprechung des Senats in Einklang. Auch im Übrigen bringt die Rechtsbeschwerde gegen die Feststellungen des Beschwerdegerichts nichts Erhebliches vor; die insoweit erhobenen Einwendungen hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet.
- 37 (3) Soweit das Vorbringen der Rechtsbeschwerde als Verfahrensrüge in Bezug auf die Verletzung einer gerichtlichen Hinweis- und Aufklärungspflicht zu verstehen ist, hat dies keinen Erfolg. Die Rechtsbeschwerdebegründung enthält keine in ordnungsgemäßer Form erhobene Verfahrensrüge, mit der eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch das Beschwerdegericht geltend gemacht und aufgezeigt wird, welche konkreten Ermittlungen das Beschwerdegericht unterlassen haben soll und zu welchem Ergebnis diese geführt hätten. Hierzu hätte es - auf Grundlage

der ihr obliegenden Mitwirkungspflichten - insbesondere der substantiierten Darlegung der Gesamtkostensituation der Betroffenen und der Auswirkung der Kostensteigerungen bei der Beschaffung von Verlustenergie auf die Eigenkapitalverzinsung bedurft. Das Vorbringen der Betroffenen, die Kostenerhöhung für die Beschaffung von Verlustenergie führe bei der Eigenkapitalverzinsung zu einer Einbuße von 36,17%, genügt zur Darlegung einer unzumutbaren Härte nicht.

5. Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor (§ 9 ARegV)

38 Die Rechtsbeschwerden der Landesregulierungsbehörde und der Bundesnetzagentur haben insoweit nur teilweise Erfolg.

39 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Landesregulierungsbehörde 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.

40 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nur im Ausgangspunkt stand. Richtig ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde allerdings, dass eine Berücksichtigung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen nach § 9 ARegV in der Ausgestaltung durch den Verordnungsgeber mangels ausreichender Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig ist. Dagegen ist aber ein Ansatz der Abweichung der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung in der Regulierungsformel nach § 7 ARegV zulässig.

41 Wie der Senat mit Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 36 ff. - EnBW Regional AG) entschieden und im Einzelnen begründet hat, ermächtigt § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG i.V.m. § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG nicht dazu, einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor - wie in § 9 Abs. 1 ARegV vorgegeben - unter Berücksichtigung der Abweichung des netzwirtschaftli-

chen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt zu ermitteln. Allerdings erlaubt es die in Verbindung mit § 21a Abs. 4 und Abs. 5 EnWG nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Verordnungsermächtigung des § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 Nr. 5 EnWG, dass in die Regulierungsformel - wie in § 9 ARegV auch vorgesehen - die Abweichung der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung einfließt und so den nach Maßgabe des § 8 ARegV berechneten Wert für die allgemeine Geldwertentwicklung korrigiert.

- 42 Die Regulierungsbehörde wird im weiteren Verfahren - vorbehaltlich einer eventuellen Änderung von § 9 ARegV durch den Ordnungsgeber - gemäß § 9 Abs. 1 ARegV die Abweichung der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung zu ermitteln und diesen Wert anstelle des Terms PF_t in der Regulierungsformel nach Anlage 1 zu § 7 ARegV anzusetzen haben.

III.

- 43 Der Senat verweist die Sache nicht an das Beschwerdegericht zurück. Die noch offenen Fragen des angefochtenen Bescheids vom 9. 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.

- 44 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

45 Der Streitwert beträgt 700.000 €. Für eine Herabsetzung besteht entgegen der Auffassung der Betroffenen kein Anlass. 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. Senat, Beschlüsse vom 7. April 2009 - EnVR 6/08, RdE 2010, 25 Rn. 54 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar und vom 30. März 2011 - EnVR 51/10, juris, Rn. 2). Soweit die Betroffene insoweit nur einen Jahresbetrag ansetzen will, fehlt es hierfür an einer Grundlage.

Tolksdorf

Raum

Strohn

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 12.01.2010 - Kart W 2/09 -