



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 31/10

Verkündet am:
31. Januar 2012
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Stadtwerke Freudenstadt

ARegV § 34 Abs. 3 Satz 3

Die Anpassung um einen jährlichen Inflationsfaktor für die Jahre 2005 und 2006 scheidet insoweit aus, als bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus für die Bestimmung der Erlösobergrenzen Plankosten berücksichtigt worden sind.

GasNEV § 10

Die Kosten für die Nutzung vorgelagerter Netze sind in die periodenübergreifende Saldierung nach § 10 GasNEV einzubeziehen.

BGH, Beschluss vom 31. Januar 2012 - EnVR 31/10 - OLG Stuttgart

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird der Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 4. März 2010 aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird der Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 25. November 2008 aufgehoben und diese verpflichtet, die Betroffene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

Die weitergehende Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird zurückgewiesen.

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

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 336.370 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Betroffene betreibt ein Gasverteilernetz. Mit Bescheid vom 12. September 2007 erhielt diese eine im Wesentlichen auf den Daten des Geschäftsjahres 2004 beruhende und bis zum 31. Dezember 2008 befristete 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.
- 2 Mit Bescheid vom 25. November 2008 legte die Landesregulierungsbehörde die einzelnen Erlösobergrenzen für die Jahre 2009 bis 2012 niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Sie begründete dies im Rahmen der Ermittlung des Ausgangsniveaus nach § 34 Abs. 3 ARegV unter anderem mit einer Nichtanwendung des Inflationsfaktors auf einen Teil der anerkannten Plankosten, mit der Einrechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 ARegV und mit der Nichtberücksichtigung von Mindererlösen aus Kosten des vorgelagerten Netzes. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen.
- 3 Hiergegen richtet sich die - vom Beschwerdegericht zugelassene - Rechtsbeschwerde der Betroffenen.

II.

4 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat teilweise Erfolg. Sie führt zur Auf-
hebung der angefochtenen Entscheidung und zur Verpflichtung der Landesregulie-
rungsbehörde zur Neubescheidung der Betroffenen.

5 1. Inflationfaktor (§ 34 Abs. 3 Satz 3 ARegV)

6 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat keinen Erfolg, soweit sie sich ge-
gen die vom Beschwerdegericht verneinte Berücksichtigung des Inflationfaktors
nach § 34 Abs. 3 Satz 3 ARegV wendet.

7 a) Der von der Rechtsbeschwerde geltend gemachte absolute Revisionsgrund
nach § 88 Abs. 2 EnWG in Verbindung mit § 547 Nr. 6 ZPO ist nicht gegeben. Der
angefochtenen Entscheidung des Beschwerdegerichts lässt sich mit hinreichender
Deutlichkeit eine Begründung dafür entnehmen, dass es die Berechnungsweise der
Landesregulierungsbehörde bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus der Erlösober-
grenzen auch in Bezug auf die Nichtanwendung des Inflationfaktors nach § 34
Abs. 3 Satz 3 ARegV auf einzelne Plankostenpositionen für rechtsfehlerfrei gehalten
hat.

8 b) Auch in der Sache hält die Beurteilung des Beschwerdegerichts der rechtli-
chen Nachprüfung stand.

9 aa) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Landesregulierungs-
behörde bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen für die
erste Regulierungsperiode die nicht auf der Datengrundlage des Jahres 2004 beru-
henden Plankosten nicht pauschal für die Jahre 2005 und 2006 um einen jährlichen
Inflationfaktor von jeweils 1,7 Prozent nach § 34 Abs. 3 Satz 3 ARegV habe anpas-
sen müssen; vielmehr seien eine Anpassung der Plankosten 2005 nur um den Infla-

tionsfaktor für das Jahr 2006 und eine zur Gänze verneinte Anpassung der Plankosten 2006 nicht zu beanstanden. Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut des § 34 Abs. 3 ARegV, der keine Inflationierung von Kosten für Zeiträume habe statuieren wollen, in denen diese noch nicht angefallen seien, und stehe auch mit dem Ziel des Energiewirtschaftsgesetzes, eine preiswerte Energieversorgung sicherzustellen, in Übereinstimmung.

10 bb) Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde der Betroffenen ohne Erfolg. Das Beschwerdegericht hat zu Recht die Berechnungsweise der Landesregulierungsbehörde für rechtmäßig erachtet.

11 (1) Dafür sprechen bereits der Wortlaut und die Systematik des § 34 Abs. 3 ARegV.

12 Nach dessen Sätzen 1 und 2 ergibt sich das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen in der ersten Regulierungsperiode aus den Kosten, die im Rahmen der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG anerkannt worden sind. Die maßgebliche Datengrundlage stammt regelmäßig aus dem Jahr 2004 (§ 3 Abs. 1 Satz 4 GasNEV). Um insoweit eine Gleichbehandlung des vereinfachten Verfahrens mit dem Regelverfahren, für das gemäß § 6 Abs. 1 Satz 5 ARegV als Basisjahr das Jahr 2006 gilt und gemäß § 6 Abs. 2 ARegV die Datengrundlage des Geschäftsjahres 2006 maßgeblich ist, zu erreichen, sieht § 34 Abs. 3 Satz 3 ARegV eine Anpassung der Kosten um einen jährlichen Inflationsfaktor in Höhe von 1,7 Prozent für die Jahre 2005 und 2006 vor. Davon macht allerdings § 34 Abs. 3 Satz 4 ARegV dann eine Ausnahme, wenn die letzte Genehmigung auf der Datengrundlage des Jahres 2005 erteilt wurde; in diesem Fall erfolgt eine Anpassung um den Inflationsfaktor nur für das Jahr 2006. Soweit die Datengrundlage aus dem Jahr 2006 stammt, bedarf es einer entsprechenden Regelung nicht, weil dann bereits nach § 34 Abs. 3 Satz 1 ARegV über die Vorschrift des § 6 ARegV auf diese Daten-

grundlage abzustellen ist und eine Anpassung der Kosten um einen jährlichen Inflationsfaktor nach § 34 Abs. 3 Satz 3 ARegV von vornherein ausscheidet.

- 13 Die Vorschrift des § 34 Abs. 3 ARegV stellt zwar nur pauschal auf die Datengrundlage eines bestimmten Jahres ab und regelt daher unmittelbar nicht den Fall, dass die Daten - wie hier - aus verschiedenen Jahren stammen. Dies besagt aber nicht, dass in diesem Fall auch die anerkannten Kosten gleich zu behandeln und ohne Unterscheidung nach dem zugrunde liegenden Datenjahr um einen jährlichen Inflationsfaktor für die Jahre 2005 und 2006 anzupassen sind. Hiergegen spricht bereits die Regelung des § 34 Abs. 3 Satz 4 ARegV.
- 14 (2) Diese Auslegung wird durch den Sinn und Zweck des § 34 Abs. 3 ARegV bestätigt. Der Ordnungsgeber hat vor allem durch die Regelung des § 34 Abs. 3 Satz 4 ARegV deutlich zum Ausdruck gebracht, dass Inflationseffekte nur dann berücksichtigt werden sollen, wenn sie tatsächlich eingetreten sein können (vgl. BR-Drucks. 417/07 (Beschluss), S. 17). Etwas anderes stünde auch mit den Zielen des Energiewirtschaftsgesetzes, unter anderem eine möglichst preisgünstige und verbraucherfreundliche Energieversorgung zu erreichen, nicht in Einklang, weil eine Anpassung der Kosten um einen jährlichen Inflationsfaktor ohne Ansehung des Jahres der Datengrundlage zu sachwidrig überhöhten Erlösbergrenzen führen würde.
- 15 Bei dem Ansatz von Plankosten sind die Inflationseffekte, die im Planjahr aufgetreten sind, bereits berücksichtigt. Die für den Ansatz von Plankosten einschlägige Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 GasNEV beruht auf der Erwägung, dass der Netzentgeltermittlung grundsätzlich aktuelle Daten zugrunde zu legen sind. Insofern konkretisiert diese Regelung das Angemessenheitserfordernis des § 21 Abs. 1 EnWG (vgl. Senatsbeschluss vom 14. August 2008 - KVR 36/07, RdE 2008, 337 Rn. 13 - Stadtwerke Trier). Einer weiteren - doppelten - Anpassung der entsprechenden Kosten um einen Inflationsfaktor fehlt es dann an einem sachlichen Grund.

2. Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor (§ 9 ARegV)

16

Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat auch insoweit keinen Erfolg.

17

18

a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Landesregulierungsbehörde habe bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach § 9 ARegV berücksichtigen dürfen. Dieser sei keine Effizienzvorgabe im Sinne des § 21a Abs. 5 EnWG (aF), sondern eine (anderweitige) Vorgabe für die Erlösobergrenzen nach § 21a Abs. 4 EnWG (aF). Aufgrund dessen beinhalte § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die Einführung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors. Auch dessen Höhe sei nicht zu beanstanden. Insoweit kämen dem Verordnungsgeber ein Ermessen und überdies eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der zugrunde liegenden komplexen Wirtschaftsverhältnisse und der hierauf anwendbaren Regulierungsmethoden zu. Deren Grenzen habe der Verordnungsgeber nicht überschritten.

19

b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

20

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 in Verbindung mit § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG aF nicht dazu ermächtigt hat, einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor - wie in § 9 Abs. 1 ARegV aF vorgegeben - unter Berücksichtigung der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt zu ermitteln. Diese Rechtsprechung ist aber 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 nF 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 konkrete Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in § 9 Abs. 2 ARegV und dessen konkrete Berechnung durch die Landesregulierungsbehörde für die einzelnen Jahre der Regulierungsperiode sind - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - ebenfalls nicht zu beanstanden. Im Einzelnen:

- 21 bb) Der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit des § 9 ARegV steht nicht entgegen, dass die Norm in der geltenden Fassung vom parlamentarischen Gesetzgeber verabschiedet worden ist. An der einheitlichen Einordnung des Normengefüges als Verordnung ändert dies nichts. Weder die Wahl des zutreffenden Rechtsweges noch die Prüfungskompetenz des angerufenen Gerichts oder der anzuwendende Prüfungsmaßstab hängen davon ab, ob Änderungen im parlamentarischen Verfahren vorgenommen wurden. Vielmehr ist auch der parlamentarische Gesetzgeber bei der Änderung einer Verordnung an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gebunden. Die Verordnung ist umfassend auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu überprüfen (vgl. BVerfGE 114, 196, 239).
- 22 cc) § 9 Abs. 2 ARegV ist nicht bereits deswegen rechtswidrig, weil § 9 Abs. 1 ARegV nicht in der vom parlamentarischen Gesetzgeber beschlossenen Fassung (BT-Drucks. 17/7984, S. 2 und BT-Plenarprotokoll 17/146, S. 17361B) verkündet worden ist, indem nach den Wörtern "aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts" die Wörter "vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt" fehlen. Hierbei handelt es sich um ein offensichtliches Redaktionsversehen, das bereits im Regierungsentwurf (BT-Drucks. 17/7632, S. 3) enthalten war und im Wege der Berichtigung behoben werden kann (vgl. nunmehr BGBl. I 2012 S. 131). Aufgrund dessen ist § 9 Abs. 1 ARegV in diesem Sinne auszulegen. Zudem ist für die erste und zweite Regulierungsperiode als speziellere Regelung ohnehin § 9 Abs. 2 ARegV maßgeblich, der mit zutreffendem Inhalt verkündet worden ist und für dessen Regelungsinhalt ein Rückgriff auf § 9 Abs. 1 ARegV nicht erforderlich ist.

dd) Die Rechtsbeschwerde wendet sich auch ohne Erfolg gegen die Berücksichtigung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen nach § 9 ARegV nF in der Ausgestaltung durch den Verordnungsgeber. Dies ist durch die Ermächtigungsgrundlage des § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG in Verbindung mit § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG nF gedeckt.

24 (1) Nach der Regulierungsformel in Anlage 1 zu § 7 ARegV nF modifiziert der generelle sektorale Produktivitätsfaktor den nach Maßgabe des § 8 ARegV berechneten Wert für die allgemeine Geldwertentwicklung. Er wird gemäß § 9 Abs. 1 ARegV (in der berichtigten Fassung) aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung ermittelt. Für die ersten beiden Regulierungsperioden hat der Verordnungsgeber die Höhe des Produktivitätsfaktors in § 9 Abs. 2 ARegV selbst festgelegt.

25 (2) Mit dieser Regelung hat der Verordnungsgeber die ihm in § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG eingeräumte Verordnungsbefugnis nicht überschritten. Diese Vorschrift räumt ihm ausdrücklich die Ermächtigung ein, die Methode der Anreizregulierung näher auszugestalten. Diese Ermächtigung wird in § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG nF dahin näher bestimmt, dass der Verordnungsgeber insbesondere Regelungen zum Verfahren bei der Berücksichtigung der Inflationsrate unter Einbeziehung der Besonderheiten der Einstandspreisentwicklung und des Produktivitätsfortschritts in der Netzwirtschaft treffen kann. Nichts anderes ist in § 9 Abs. 1 ARegV in Verbindung mit Anlage 1 zu § 7 ARegV nF erfolgt. Damit hat der Gesetzgeber zugleich - was auch § 21a Abs. 4 Satz 7 EnWG nF zeigt - den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor als Korrekturfaktor der allgemeinen Geldwertentwicklung und nicht als Effizienzvorgabe im Sinne des § 21a Abs. 5 EnWG eingeordnet (so auch BT-Drucks. 17/7632, S. 4). Aufgrund dessen ist es nur konsequent und begegnet keinen Beden-

ken, dass der generelle sektorale Produktivitätsfaktor in der Regulierungsformel auch auf andere als beeinflussbare Kosten bezogen wird.

26 ee) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, ist die Neuregelung rückwirkend zum 1. Januar 2009 anwendbar.

27 (1) Die Rückwirkung der Neuregelung ergibt sich aus dem Wortlaut des Änderungsgesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3034). Der in dessen Artikel 2 neu gefasste § 9 ARegV soll ersichtlich für die gesamte erste Regulierungsperiode und nicht erst ab dem Inkrafttreten des Gesetzes am 30. Dezember 2011 gelten. Dies folgt insbesondere aus § 9 Abs. 2 ARegV, wonach der generelle sektorale Produktivitätsfaktor in der ersten Regulierungsperiode jährlich 1,25% beträgt, aber auch aus § 9 Abs. 5 ARegV, der die Einbeziehung des Produktivitätsfaktors in die Erlösobergrenzen durch die "Potenzierung" des Wertes nach Absatz 2 mit dem jeweiligen Jahr der Regulierungsperiode vorschreibt. Eine Potenzierung setzt jedoch - anders als der Oberbegriff der Multiplikation - voraus, dass die einzelnen Multiplikatoren gleich hoch sind, mithin für die einzelnen Jahre der ersten Regulierungsperiode jeweils ein Wert von 1,25% zugrundegelegt werden soll. Diese vom Gesetzgeber gewollte rückwirkende Anwendung des § 9 ARegV nF hat auch Auswirkung auf den zeitlichen Anwendungsbereich der in Artikel 1 des Änderungsgesetzes neu gefassten Ermächtigungsgrundlage für diese Vorschrift in § 21a EnWG. Denn die Rückwirkung der Verordnungsänderung bedingt zwingend die Rückwirkung der Änderung ihrer Ermächtigungsgrundlage. Dass der Gesetzgeber beides gewollt hat, ergibt sich auch aus den Gesetzgebungsmaterialien. Danach soll der vom Bundesgerichtshof in dem Beschluss vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 36 ff. - EnBW Regional AG) festgestellte Mangel in der Verordnungsermächtigung für die Regelung des § 9 ARegV geheilt werden (BT-Drucks. 17/7632, S. 4). Dass diese Heilung nicht erst ab Inkrafttreten des Änderungsgesetzes, sondern rückwirkend erfolgen sollte, ergibt sich daraus, dass Ziel des Gesetzes die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die laufende

Regulierungsperiode ist (BT-Drucks. 17/7632, S. 1). Dass damit in zeitlicher Hinsicht nur einzelne Jahre der ersten Regulierungsperiode umfasst sein sollten, lässt sich den Materialien nicht entnehmen.

- 28 (2) Die rückwirkende Anwendbarkeit des § 9 ARegV nF begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Neuregelung hat nur die Rechtslage wiederhergestellt, die bis zu der Senatsentscheidung vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 - EnBW Regional AG) der allgemeinen Handhabung durch die Regulierungsbehörden und der Rechtsauffassung der meisten Oberlandesgerichte entsprach (vgl. nur OLG Düsseldorf; RdE 2011, 100, 106 f.; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 10. August 2010 - 11 W 4/09, juris, Rn. 42 ff.; OLG Jena, Beschluss vom 21. Juli 2010 - 2 Kart 11/09, juris, Rn. 50 ff.; OLG München, ZNER 2010, 604, 605 ff.; OLG Schleswig, Beschluss vom 25. März 2010 - 16 Kart 34/09, juris, Rn. 48 ff.; OLG Stuttgart, ZNER 2010, 296, 297 ff.; a.A. OLG Brandenburg, ZNER 2010, 80, 82 f.; OLG Celle, ZNER 2010, 389 ff.; OLG Naumburg, RdE 2010, 150, 154 f.). In der Zeit bis zum Erlass der Neuregelung konnte wegen deren unverzüglicher Ankündigung kein schutzwürdiges Vertrauen entstehen (vgl. BVerfGE 19, 187, 196; 81, 228, 239). Der Bundesrat hat bereits mit EntschlieÙung vom 8. Juli 2011 die Bundesregierung gebeten, baldmöglichst einen Gesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vorzulegen, in dem die Verordnungsermächtigung des § 21a EnWG um Regelungen zur Anwendung und Bestimmung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors erweitert wird (BR-Drucks. 395/11 (Beschluss)). Dem sind die Regierungsfractionen mit dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 8. November 2011 (BT-Drucks. 17/7632) nachgekommen, der in der Fassung der Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (BT-Drucks. 17/7984) vom Gesetzgeber verabschiedet worden ist. Das Gesetz wurde sodann am 29. Dezember 2011 im Bundesgesetzblatt verkündet.

29 ff) Entgegen der Rechtsbeschwerde ist auch die konkrete Festlegung des ge-
nerellen sektoralen Produktivitätsfaktors in § 9 Abs. 2 ARegV nF nicht zu beanstan-
den.

30 (1) Der Verordnungsgeber war im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage des
§ 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 Nr. 5 EnWG nF berechtigt, den
Produktivitätsfaktor für die erste Regulierungsperiode pauschal festzulegen. Der Vor-
schrift des § 9 Abs. 2 ARegV nF liegt eine Einschätzung des Verordnungsgebers
zugrunde, die ersichtlich prognostischen Charakter hat. Aufgrund dessen ist sie ge-
richtlich nur eingeschränkt überprüfbar. Hierbei kann auf normative Texte und amtli-
che Dokumente zurückgegriffen werden (vgl. BVerfGE 101, 1, 38 f.). Im Einzelnen
handelt es sich hierbei um den - vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst in Auf-
trag gegebenen - Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG und die Emp-
fehlung der OECD zur Verwendung des Törnquist-Index bei der Produktivitätsmes-
sung.

31 (2) Der Verordnungsgeber hat seiner Entscheidung - wie in § 112a Abs. 1
EnWG vorgesehen - den nach dieser Vorschrift zu erstellenden Bericht der Bundes-
netzagentur zugrunde gelegt (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 48 f.). Der Bericht der Bun-
desnetzagentur ist entsprechend § 112a Abs. 2 EnWG unter Beteiligung der Länder,
der Wissenschaft und der betroffenen Wirtschaftskreise und unter Berücksichtigung
der internationalen Erfahrungen erstellt worden. In dem Konsultationsverfahren zu
dem Bericht nach § 112a EnWG und in den beiden Berichten vom 26. Januar 2006
und 30. Juni 2006 hat sich die Bundesnetzagentur eingehend mit den einzelnen Kri-
tikpunkten an der wissenschaftlichen Ermittlung des sektoralen Produktivitätsfaktors
befasst. Letztendlich hat die Bundesnetzagentur in dem Bericht die Verwendung des
Törnquist-Index als wissenschaftlich anerkannten methodischen Ansatz für die erst-
malige Ermittlung des sektoralen Produktivitätsfaktors vorgeschlagen und - jedenfalls
für die ersten beiden Regulierungsperioden - die Verwendung des ebenfalls wissen-
schaftlich anerkannten und möglicherweise sogar genauere Ergebnisse liefernden

Malmquist-Index zurückgestellt, weil dieser aufgrund seiner höheren Datenintensität für die erstmalige Ermittlung des sektoralen Produktivitätsfaktors nicht empfehlenswert sei. Zur Vermeidung von wirtschaftlichen Nachteilen für die Netzbetreiber und unter Berücksichtigung der in anderen europäischen Staaten erfolgten Festsetzung des Produktivitätsfaktors in einer Größenordnung von 1,5% bis 2% hat der Verordnungsgeber von dem von der Bundesnetzagentur ermittelten Wert von 2,54% und dem Vorschlag in deren Bericht, den Produktivitätsfaktor mit 1,5% bis 2% zu bemessen, einen deutlicheren Sicherheitsabschlag vorgenommen und den Produktivitätsfaktor für die erste Regulierungsperiode auf 1,25% festgesetzt.

32 (3) Die hiergegen von der Rechtsbeschwerde erhobenen Einwände haben keinen Erfolg.

33 Der Verordnungsgeber durfte bei seiner Festlegung von dem Törnquist-Index ausgehen. Er hat diesen wie auch den Malmquist-Index als eine international anerkannte Methode angesehen (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 48 f.). Hiergegen ist insbesondere unter Berücksichtigung der Empfehlung der OECD zur Verwendung des Törnquist-Index bei der Produktivitätsmessung (vgl. OECD (2001), Measuring Productivity: Measurement of Aggregate and Industry-level Productivity Growth, OECD Manual, S. 87) nichts zu erinnern. Auch die Rechtsbeschwerde legt nicht im Einzelnen dar, weshalb der Verordnungsgeber - insbesondere im Hinblick auf den vorgenommenen Sicherheitsabschlag - ausschließlich den Malmquist-Index hätte verwenden dürfen.

34 Soweit sich die Rechtsbeschwerde auch der Höhe nach gegen den von der Bundesnetzagentur nach dem Törnquist-Index ermittelten Produktivitätsfaktor von 2,54% wendet, hat sie auch insoweit eine Überschreitung der dem Verordnungsgeber einzuräumenden Einschätzungsprärogative nicht dargetan. Entsprechendes gilt in Bezug auf die von der Rechtsbeschwerde gerügte Gewichtung der historischen Daten und den Rückgriff auf Daten der gesamten Energiewirtschaft. Mit den von ihr

in Bezug genommenen Einwänden hat sich bereits der Bericht der Bundesnetzagentur im Einzelnen auseinandergesetzt. Den dort diskutierten Bedenken gegen die Verlässlichkeit des ermittelten Wertes von 2,54% hat der Verordnungsgeber durch den Sicherheitsabschlag in ausreichendem Maße Rechnung getragen.

- 35 gg) Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor ist bereits im ersten Jahr der ersten Regulierungsperiode zu berücksichtigen. Dies war bereits - auch auf der Grundlage der Senatsrechtsprechung vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 - EnBW Regional AG) - nach der vor dem 30. Dezember 2011 geltenden Fassung des § 9 ARegV der Fall und ist durch das Änderungsgesetz vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3034) bestätigt worden.
- 36 Die Einbeziehung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors im ersten Jahr der Regulierungsperiode ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 ARegV, wonach in der ersten Regulierungsperiode der Produktivitätsfaktor "jährlich" anzusetzen ist. Insoweit geht der Produktivitätsfaktor auch in die Regulierungsformel in Anlage 1 zu § 7 ARegV ein. Dieses Ergebnis wird durch die Begründung der Änderung der Anlage 1 zu § 7 ARegV durch die Verordnung zur Änderung der Gasnetzzugangsverordnung, der Gasnetzentgeltverordnung, der Anreizregulierungsverordnung und der Stromnetzentgeltverordnung vom 8. April 2008 (BGBl. I S. 693) bestätigt. Das darin enthaltene Berechnungsbeispiel für den Produktivitätsfaktor des Jahres 2011 schließt den Produktivitätsfaktor für das Jahr 2009 ein (BR-Drucks. 24/08 (Beschluss), S. 9). Entsprechendes ergibt sich aus der Begründung zur Einfügung von Absatz 5 in § 9 ARegV (BT-Drucks. 17/7632, S. 5).
- 37 Auch der Normzweck des § 9 ARegV spricht für dieses Auslegungsergebnis. Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor dient der genaueren Berechnung des Parameters der allgemeinen Geldentwertung für den Bereich der Netzwirtschaft (BR-Drucks. 24/08 (Beschluss), S. 9 und BT-Drucks. 17/7632, S. 4). Da der Inflationsausgleich nach der Regulierungsformel schon für das erste Jahr durchzuführen ist,

muss hierbei auch der Produktivitätsfaktor einbezogen werden. Der für den Verbraucherpreisindex maßgebliche Grundwert VPI_0 ist auf das Basisjahr bezogen, für die erste Regulierungsperiode mithin gemäß § 6 Abs. 1 Satz 5 ARegV auf das Jahr 2006. Der für die einzelnen Jahre der Regulierungsperiode heranzuziehende Indexwert VPI_t ist nach § 8 Satz 2 ARegV anhand des vorletzten Kalenderjahres vor dem Jahr, für das die Erlösobergrenze gilt, zu bestimmen. Für das Jahr 2009 fließt mithin der Anstieg des Verbraucherpreisindex zwischen den Jahren 2006 und 2007 in die Berechnung ein. Konsequenterweise muss auch für diesen Zeitraum bereits die Korrektur anhand des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors erfolgen.

38 hh) Nach Anlage 1 zu § 7 ARegV ist der generelle sektorale Produktivitätsfaktor in Analogie zu dem Quotienten aus dem Verbraucherpreisgesamtindex für das jeweilige Jahr der Regulierungsperiode (VPI_t) und dem Verbraucherpreisgesamtindex für das Basisjahr (VPI_0) durch Multiplikation der einzelnen Jahreswerte einer Regulierungsperiode zu bilden. Dabei ist der Produktivitätsfaktor progressiv kumuliert auf einen jeweils konstanten Basiswert anzuwenden und nicht degressiv auf das jeweilige regulatorisch abgesenkte Vorjahresniveau zu beziehen. Auch dies war bereits - auch auf der Grundlage der Senatsrechtsprechung vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10, RdE 2011, 308 - EnBW Regional AG) - nach der vor dem 30. Dezember 2011 geltenden Fassung des § 9 ARegV bzw. der Anlage 1 zu § 7 ARegV der Fall und ist durch das Änderungsgesetz vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3034) mit der Einfügung von Absatz 5 in § 9 ARegV lediglich klargestellt worden (vgl. BT-Drucks. 17/7632, S. 5).

39 Diese Berechnungsweise ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Anlage 1 zu § 7 ARegV aF. Danach hat die Berechnung des Produktivitätsfaktors entsprechend dem Term VPI_t/VPI_0 zu erfolgen. Dieser Term wird jedoch auf der Grundlage eines Basisjahrs errechnet, so dass er progressiv kumuliert gebildet wird. Da der Produktivitätsfaktor der Anpassung dieses Terms an die Besonderheiten der Netzwirtschaft dient, muss auch er progressiv kumuliert gebildet werden. Diese Berechnungsweise

steht auch mit dem Willen des Ordnungsgebers in Einklang, wie das konkrete Rechenbeispiel in der Begründung des Bundesrates zu seinen im weiteren Gesetzgebungsverfahren umgesetzten Vorschlägen zur Änderung der Anlage 1 zu § 7 ARegV durch die Verordnung zur Änderung der Gasnetzzugangsverordnung, der Gasnetzentgeltverordnung, der Anreizregulierungsverordnung und der Stromnetzentgeltverordnung vom 8. April 2008 zeigt (BR-Drucks. 24/08 (Beschluss), S. 9; so auch BT-Drucks. 17/7632, S. 5).

40 3. Periodenübergreifende Saldierung (§ 34 ARegV in Verbindung mit § 10
41 GasNEV)

41 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat insoweit Erfolg.

42 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass eine Einbeziehung der Kosten für die Nutzung der vorgelagerten Netze in die periodenübergreifende Saldierung nach § 10 GasNEV nicht in Betracht komme, weil diese Kosten im Rahmen der kostenbasierten Entgeltregulierung nicht Teil der Genehmigung nach § 23a EnWG gewesen seien und deshalb deren Berücksichtigung bereits nach dem Wortlaut des § 10 GasNEV nicht möglich sei. Aus dem Zweck der Vorschrift lasse sich kein anderes Ergebnis herleiten. Betriebswirtschaftlich handele es sich bei der - durch den im Vergleich zum Planansatz geringeren Gasabsatz verursachten - Kostenbelastung der Betroffenen nicht um Mehrkosten, sondern um ein auf das Netz bezogenes betriebswirtschaftliches Risiko des Vertriebs.

43 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

44 aa) Das Beschwerdegericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass nach dem Wortlaut des § 10 GasNEV eine Einbeziehung der Kosten der vorgelagerten Netze in die periodenübergreifende Saldierung nicht zwingend ist. Nach dessen Satz 1 Nr. 2 sind nur die "nach Abschnitt 1 des Teils 2 zu Grunde gelegten

Netzkosten" zu berücksichtigen, zu denen hier die Kosten der vorgelagerten Netze nicht gehören, weil diese - was zwischen den Beteiligten nicht im Streit ist - im Rahmen der kostenbasierten Entgeltregulierung nicht Teil der Genehmigung nach § 23a EnWG gewesen sind.

45 bb) Eine Berücksichtigung der Kosten für die Nutzung der vorgelagerten Netze ist jedoch nach dem Sinn und Zweck des § 10 GasNEV geboten. Der darin vorgeschriebene Ausgleich soll zwar in erster Linie sicherstellen, dass der Anreiz, die Prognosemenge systematisch zu unterschätzen, um Mehrerlöse erzielen zu können, ausgeschaltet wird (vgl. BR-Drucks. 247/05, S. 31). Die Vorschrift sieht einen Ausgleich aber auch dann vor, wenn die Prognosemenge zu hoch ist und die Erlöse deshalb geringer ausgefallen sind als erwartet. Der Zweck der Vorschrift geht deshalb insgesamt dahin, dem Netzbetreiber diejenigen Erlöse dauerhaft zu belassen, die er erzielt hätte, wenn er die tatsächlich angefallene Menge zutreffend prognostiziert hätte.

46 Von diesem Normzweck werden auch die Kosten für die Nutzung der vorgelagerten Netze erfasst. Diese gehören zwar nicht zu den bei der Entgeltgenehmigung zu Grunde gelegten Kosten. Dies hat aber lediglich zur Folge, dass diese Kosten nicht der Überprüfung im Rahmen der Entgeltgenehmigung unterliegen, sondern - wovon auch die Vorschriften der § 20 Abs. 1b Satz 6, § 71a EnWG ausgehen - ungeprüft auf die Netzkunden abgewälzt werden dürfen. Bei dieser Abwälzung hat es entgegen der Auffassung der Landesregulierungsbehörde auch dann zu verbleiben, wenn die prognostizierten Kosten der vorgelagerten Netze nicht mit den tatsächlichen Kosten übereinstimmen. Auch in diesem Fall müssen dem Netzbetreiber dauerhaft diejenigen Erlöse verbleiben, die er erzielt hätte, wenn er die tatsächlich angefallene Menge zutreffend prognostiziert hätte.

47 cc) Im vorliegenden Fall hätte die Betroffene bei zutreffender Prognose die angefallenen Kosten für die Nutzung der vorgelagerten Netze in vollem Umfang auf ihre Netzkunden überwälzen können. Die aufgrund ihrer unzutreffenden Prognose angefallenen Mindererlöse sind deshalb nach Sinn und Zweck von § 10 GasNEV bei der periodenübergreifenden Saldierung zu berücksichtigen.

III.

48 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

49 Der Streitwert beträgt 336.370 €. 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 in Verbindung mit § 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 Rechtsbeschwerdeverfahren vertretenen - Auffassung der Betroffenen anzusetzenden Erlösobergrenzen und den von der Regulierungsbehörde festgesetzten Erlösobergrenzen (vgl. Senatsbeschluss vom 18. Oktober 2011 - EnVR 13/10, Rn. 45 mwN - PVU Energienetze GmbH).

Meier-Beck

Raum

Strohn

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 04.03.2010 - 202 EnWG 22/08 -