



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 73/10

vom

22. August 2012

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 22. August 2012 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss des Kartellsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 3. Juni 2010 wird zurückgewiesen. Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur gegen diesen Beschluss wird 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 werden der Bundesnetzagentur zu 25% und der Betroffenen zu 75% auferlegt.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird für die Zeit bis zum 19. Juli 2012 auf 963.789 € und für die Zeit danach auf 775.473 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz. Mit Bescheid vom 20. 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 13. Februar 2009 legte die Bundesnetzagentur die einzelnen Erlösbergrenzen 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 Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer und den Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie sowie mit der Einrechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 ARegV. Die Anträge auf Berücksichtigung des pauschalierten Investitionszuschlags, auf Gewährung eines Erweiterungsfaktors und auf Anerkennung eines Härtefalles wegen gestiegener Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie lehnte die Bundesnetzagentur ab. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht den Beschluss aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Erlösbergrenzen unter Berücksichtigung seiner Rechtsauffassung neu zu bestimmen.
- 3 Hiergegen richten sich die - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerden der Betroffenen und der Bundesnetzagentur. Im Laufe des

Rechtsbeschwerdeverfahrens hat die Bundesnetzagentur die Rechtsbeschwerde in Bezug auf die Positionen Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer sowie hinsichtlich des Antrags auf Gewährung eines Erweiterungsfaktors zurückgenommen. Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

II.

4 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen ist unbegründet; die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hat zum Teil Erfolg.

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

6 Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hat nur teilweise Erfolg.

7 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Bundesnetzagentur für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode nicht an das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten - bestandskräftigen - Entgeltgenehmigung gebunden war. Vielmehr hätte sie im Rahmen der § 6 Abs. 2, § 34 Abs. 3 ARegV Vorgaben, die überholt seien oder deren Unrichtigkeit zwischenzeitlich erkannt worden sei, ändern müssen. Dies gebiete unter anderem das Konzept der energiewirtschaftlichen Regulierung, wonach die Bedingungen und Entgelte wettbewerblich und angemessen sein müssten. Dementsprechend komme eine Berücksichtigung der gestiegenen Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie in Betracht, weil bei der Betroffenen von einer erheblichen, weit über der Inflationsrate liegenden Kostensteigerung für den Zeitraum von 2004 (3,70 ct/kWh) über 2007 (6,44 ct/kWh)

und 2008 (6,67 ct/kWh) bis 2009 (8,05 ct/kWh) auszugehen sei. Ob deshalb eine Anpassung des Ausgangsniveaus vorzunehmen sei, habe die Bundesnetzagentur nach näherer Sachverhaltsaufklärung neu zu entscheiden. Aufgrund dessen bedürfe es keiner Entscheidung über die Ablehnung des Härtefallantrags.

8 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in Ergebnis und Begründung nur zum Teil stand.

9 Wie der Senat mit Beschluss vom 18. Oktober 2011 (EnVR 13/10, N&R 2012, 94 Rn. 7 f. - PVU Energienetze GmbH) entschieden und im Einzelnen begründet hat, ist - was auch die Rechtsbeschwerde nicht mehr in Abrede stellt - 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.

10 Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts führt dies aber 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).

11

Aufgrund dessen hätte die Bundesnetzagentur von der Betroffenen geltend gemachte 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 20. Dezember 2006 hat die Bundesnetzagentur die Berücksichtigung von Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie mit dem Hinweis auf die Unanwendbarkeit des § 3 StromNEV abgelehnt und lediglich einen Mittelwert der Ist-Kosten des Jahres 2004 und der Beschaffungskosten des Jahres 2005 angesetzt (S. 7, 25 des Bescheids). In dem angefochtenen Beschluss vom 13. Februar 2009 hat die Bundesnetzagentur eine Berücksichtigung der von der Betroffenen angemeldeten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie wegen der Bestandskraft des Bescheids vom 20. Dezember 2006 verneint und deshalb die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 StromNEV, insbesondere das Vorliegen gesicherter Erkenntnisse, nicht geprüft. Hierzu hat auch das Beschwerdegericht keine Feststellungen getroffen.

12

Ausgehend davon ist für die Rechtsbeschwerdeinstanz das Vorbringen der Betroffenen zugrunde zu legen, die von ihr geltend gemachten Plankosten 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 ihrem Schriftsatz vom 19. Juli 2012 in Abrede stellt, kann sie damit im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht gehört werden, sondern muss dies - wie auch gegebenenfalls die Voraussetzungen des Härtefallantrags der Betroffenen, wozu das Beschwerdegericht ebenfalls keine Feststellungen getroffen hat - im weiteren Verfahren prüfen. Dazu gehört insbesondere die Frage, ob die Betroffene - was sich dem beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur nicht entnehmen lässt - bereits vor Erlass des Bescheids vom 20. Dezember 2006 Plankosten für die Beschaffung von Verlustenergie angemeldet hat.

13 2. Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor (§ 9 ARegV)

14 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat insoweit keinen Erfolg.

15 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Bundesnetzagentur habe bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen zu Recht den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach § 9 ARegV berücksichtigt. § 21a Abs. 6 Satz 2 bzw. § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG stellten insoweit eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage dar. Die Bundesnetzagentur habe den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor auch rechnerisch richtig umgesetzt.

16 b) Diese Beurteilung hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde im Ergebnis stand.

17 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 iVm § 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 - wie der Senat mit Beschluss vom 31. Januar 2012 (EnVR 16/10, RdE 2012, 203 Rn. 18 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 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 gefasst hat.

18

Die von der Rechtsbeschwerde gegen eine rückwirkende Anwendung vorgebrachten Argumente führen nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Der Senat verkennt nicht, dass einzelne Gesichtspunkte dafür sprechen könnten, die geänderten Regelungen erst für den Zeitraum nach Verkündung des Änderungsgesetzes anzuwenden. Auch vor diesem Hintergrund ist die Neuregelung jedoch aus den vom Senat in seiner Entscheidung vom 31. Januar 2012 (aaO) angeführten Gründen im Ergebnis dahin auszulegen, dass sie rückwirkend gilt.

19

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. - Gemeindewerke Schutterwald) im Einzelnen begründet hat - ebenfalls nicht zu beanstanden. Auch insoweit bringt die Rechtsbeschwerde keine Argumente vor, die dem Senat Anlass für eine Änderung seiner Rechtsprechung geben könnten.

20 3. Pauschalierter Investitionszuschlag (§ 25 ARegV)

21 Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat auch insoweit keinen Erfolg.

22 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, diese Vorschrift jedoch im vereinfachten Verfahren nicht anwendbar sei. Dies habe der Ordnungsgeber 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 Willkürverbot des Art. 3 GG. Das Regelverfahren, in dem § 25 ARegV gelte, und das vereinfachte Verfahren stellten unterschiedliche Regelungssysteme für die Bestimmung der Erlösobergrenzen dar.

23 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand. Das Beschwerdegericht hat - wie der Senat mit Beschluss vom 18. Oktober 2011 (EnVR 13/10, N&R 2012, 94 Rn. 16 ff. - PVU Energienetze GmbH) entschieden und im Einzelnen begründet hat - zu Recht die Anwendbarkeit des § 25 ARegV im Rahmen des vereinfachten Verfahrens nach § 24 ARegV verneint. Dagegen bringt die Rechtsbeschwerde nichts Erhebliches vor.

III.

24 Der Senat verweist die Sache nicht an das Beschwerdegericht zurück. Die noch offenen Fragen des angefochtenen Bescheids vom 13. Februar 2009

können durch die Bundesnetzagentur in dem neu eröffneten Verwaltungsverfahren entschieden werden. Für die Neubescheidung ist der rechtliche Rahmen durch die Entscheidungen des Beschwerdegerichts und des Senats vorgegeben.

IV.

25 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

26 Der Streitwert des Rechtsbeschwerdeverfahrens richtet sich gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG iVm § 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

Erlösberggrenzen für sämtliche Jahre der Regulierungsperiode (vgl. nur Senatsbeschluss vom 18. Oktober 2011 - EnVR 13/10, N&R 2012, 94 Rn. 45 - PVU Energienetze GmbH).

Tolksdorf

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Schleswig, Entscheidung vom 03.06.2010 - 16 Kart 59/09 -