



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 31/17

Verkündet am:
12. Juni 2018
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

DB Energie GmbH

ARegV § 23 Abs. 7

Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in die Hochspannungsebene im Sinne des am 22. August 2013 in Kraft getretenen § 23 Abs. 7 ARegV, die vor dem 1. Januar 2014 getätigt worden sind und weder über das Instrument der Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 7 ARegV noch durch den Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV in der bis zum 21. August 2013 geltenden Fassung erfasst werden, sind bei der Ermittlung der Kapital- und Betriebskosten ab dem Jahr 2014 nicht zu berücksichtigen. Für eine entsprechende Anwendung des § 23 Abs. 7 ARegV fehlt es an einer Regelungslücke.

BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018 - EnVR 31/17 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 2018 durch die Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Raum sowie die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. März 2017 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 87.500 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragstellerin betreibt unter anderem das 110-kV/16,7-Hertz-Bahnstromfernleitungsnetz. Zu dem Netz gehört die Bahnstromlinie BL 439 von Karlsruhe zum Unterwerk Wiesental, die Bestandteil der Rheintalstrecke Karlsruhe-Basel ist. Aufgrund künftig erwarteter hoher Verkehrsströme im Personen- und Güterverkehr entsteht ein zusätzlicher Leistungsbedarf, der eine Erhöhung der zulässigen Leiterseiltemperatur der BL 439 von derzeit 40°C auf 80°C notwendig macht. Aus diesem Grund führt die Antragstellerin unter dem Projektnamen "Unterhaltungsmaßnahmen Generalüberholung Bahnstromleitung BL 439 Karlsruhe - Abzweigung Wiesental" eine Investitionsmaßnahme auf der 110-kV-Hochspannungsebene durch. Das Projekt umfasst eine Generalüberholung der vorhandenen Trasse sowie den Neubau einer Bahnstromleitung auf bestehender Trasse der Antragstellerin einschließlich der Errichtung neuer Masten und Fundamente, neuer Erdseile, Isolatoren und Leiterseile. Der Abschluss des Projekts ist für das Jahr 2019 geplant. Eine Aktivierung von Anlagen im Bau erfolgte bereits in den Jahren 2012 und 2013. Für das Jahr 2013 wurde aufgrund anderer Maßnahmen ein Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV beantragt und von der Bundesnetzagentur genehmigt. Die von der Antragstellerin geplanten Anschaffungs- und Herstellungskosten der Investitionsmaßnahme aus Eigenmitteln belaufen sich von 2012 bis 2019 auf insgesamt 5,026 Mio. Euro. Die in den Jahren 2012 und 2013 tatsächlich aufgelaufenen Investitionen betragen gemäß SAP-Anlagenbuchhaltung 12.617,34 € und 287.934,66 €.

- 2 Am 4. September 2013 stellte die Antragstellerin bei der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Genehmigung der Investitionsmaßnahme "Bahnstromleitung Karlsruhe - Abzweig Wiesental" gemäß dem am 22. August 2013 in Kraft getretenen § 23 Abs. 7 ARegV und zugleich im Hinblick auf die versäumte Antragsfrist nach § 23 Abs. 3 Satz 1 ARegV einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ge-

mäß § 32 VwVfG. Darin vertrat sie unter anderem die Auffassung, einen Anspruch auf Berücksichtigung auch der Kapital- und Betriebskosten der Investitionen der Jahre 2012 und 2013 in der Erlösobergrenze ab dem Jahr 2014 gemäß § 23 Abs. 7 i.V.m. Abs. 3 ARegV analog zu haben.

3 Mit Beschluss vom 4. September 2015 gab die Bundesnetzagentur dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum 31. März 2013 statt und genehmigte die Investitionsmaßnahme nur mit der Einschränkung, dass die Investitionen aus den Jahren 2012 und 2013 in den Kapital- und Betriebskosten der Jahre ab 2014 nicht berücksichtigungsfähig seien; insoweit lehnte sie den Antrag ab. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

II.

4 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

5 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung (OLG Düsseldorf, EnWZ 2017, 322) im Wesentlichen wie folgt begründet:

6 Die Bundesnetzagentur habe die in den Jahren 2012 und 2013 aktivierten Kosten im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme zu Recht unberücksichtigt gelassen. Bei wortlautgetreuer Anwendung der zum 22. August 2013 in Kraft getretenen Neuregelungen der Anreizregulierungsverordnung würden die in den Jahren 2012 und 2013 getätigten Investitionen weder über das Instrument der Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 7 ARegV erfasst noch durch den Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV berücksichtigt. Zwar handele es sich bei den streitgegenständlichen Investitionen um eine Erweiterungsinvestition in der Hochspannungsebene im Sinne des § 23 Abs. 7 ARegV. Mangels Übergangsvorschrift sei aber der zeitliche

Anwendungsbereich dieser Norm nicht eröffnet. Eine Berücksichtigung der Investitionen durch den Erweiterungsfaktor scheidet aus, weil die Antragstellerin einen entsprechenden Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze gemäß § 4 Abs. 4 Nr. 1 oder Nr. 2 ARegV nicht fristgerecht gestellt und außerdem eine Änderung der Versorgungsaufgabe noch nicht vorgelegen habe.

7 Ein Anspruch der Antragstellerin auf Berücksichtigung der in den Jahren 2012 und 2013 getätigten Investitionen in den Erlösobergrenzen ab dem Jahr 2014 lasse sich auch nicht aus einer analogen Anwendung des § 23 Abs. 7 ARegV herleiten. Dafür fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke. Zwar bestehe tatsächlich kein "nahtloser Übergang der beiden Regulierungssysteme". Eine Regelungslücke bestehe aber nur für die Investitionen in die Hochspannungsebene, die zwischen dem 1. Juli 2013 und dem 31. Dezember 2013 kostenwirksam geworden seien und die in diesem Zeitfenster auch zu einer Veränderung der Versorgungsaufgabe geführt hätten. Daran fehle es hier. Die Antragstellerin hätte bei Fortgeltung der bis zum 21. August 2013 geltenden Rechtslage keinen Anspruch auf Bewilligung eines Erweiterungsfaktors gehabt. Denn die in den Jahren 2012 und 2013 kostenwirksam gewordenen Anfangsinvestitionen hätten noch nicht zu einem Parameterzuwachs und damit einer Veränderung der Versorgungsaufgabe geführt. Vielmehr wäre es hierzu frühestens mit Fertigstellung der Erweiterungsmaßnahme im Jahr 2019 gekommen. Die Nichtberücksichtigung der in den Jahren 2012 und 2013 aktivierten Teilkosten in der Erlösobergrenze sei somit nicht darauf zurückzuführen, dass diese in das Zeitfenster fielen, in dem der Erweiterungsfaktor nicht mehr und das Instrument der Investitionsmaßnahme noch nicht angewendet werden könne. Dass rückwirkend sämtliche Investitionskosten einer Maßnahme in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden müssten, sei nach dem Willen des Verordnungsgebers auszuschließen.

8 Schließlich habe die Antragstellerin nicht dargelegt, inwieweit sie durch die Gesetzesänderung überhaupt schlechter gestellt sei. Die Anlagen im Bau, die in den Jahren 2012 und 2013 aktiviert worden seien, könnten nach der Fertigstellung im

Jahr 2019 als Fertiganlagen aktiviert und umbucht werden. Ab diesem Zeitpunkt könnten daher die Kosten dieser Anlagegüter angesetzt werden. Über den Erweiterungsfaktor wäre dies auch nicht früher möglich gewesen.

9 Der Hilfsantrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand habe ebenfalls keinen Erfolg. Gemäß § 32 Abs. 3 VwVfG könne Wiedereinsetzung nach einem Jahr seit dem Ende der versäumten Frist nicht mehr beantragt oder die versäumte Handlung nicht mehr nachgeholt werden, so dass der Antrag vom 4. September 2013 verspätet gewesen sei. Ob die Antragstellung binnen Jahresfrist aufgrund höherer Gewalt unmöglich gewesen sei, könne offenbleiben. Denn eine Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 23 Abs. 7 ARegV auf die Investitionen der Jahre 2012 und 2013 komme, wie dargelegt, nicht in Betracht.

10 2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung stand.

11 a) Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass die von der Antragstellerin in den Jahren 2012 und 2013 aufgewandten Investitionskosten nach dem Wortlaut der Vorschriften weder über das Instrument der Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 7 ARegV noch durch den Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV erfasst werden. Dies wird von der Rechtsbeschwerde auch nicht in Abrede gestellt.

12 Mit der am 22. August 2013 in Kraft getretenen Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts vom 14. August 2013 (BGBl. I S. 3250) wurde der Vorschrift des § 23 ARegV der Absatz 7 angefügt, wonach Betreibern von Verteilernetzen Investitionsmaßnahmen auch für Erweiterungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen in der Hochspannungsebene durch die Regulierungsbehörde genehmigt werden können. Zugleich wurde § 10 Abs. 4 ARegV dahingehend geändert, dass der Erweiterungsfaktor bei Hochspannungsnetzen von Verteilernetzbetreibern nicht mehr anzuwenden ist.

- 13 Bei den streitgegenständlichen Investitionen handelt es sich zwar nach den unangefochtenen Feststellungen des Beschwerdegerichts um eine Erweiterungsinvestition in der Hochspannungsebene im Sinne des § 23 Abs. 7 ARegV, die für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig ist. Für die Investitionen der Jahre 2012 und 2013 ist aber der zeitliche Anwendungsbereich des § 23 Abs. 7 ARegV nicht eröffnet. Im Hinblick auf die in § 23 Abs. 3 Satz 1 ARegV bestimmte Antragsfrist wäre eine Antragstellung für Investitionen im Sinne des Absatzes 7 erstmals zum 31. März 2014 und damit für die im Jahr 2015 aktivierten Kosten in Betracht gekommen. Von dieser vom Wortlaut vorgegebenen Auslegung ist die Bundesnetzagentur zwar im Wege einer Erweiterung des zeitlichen Anwendungsbereichs insoweit abgewichen, als sie für erstmals im Jahr 2014 kostenwirksame Investitionen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum 31. März 2013 gewährt und damit eine Anpassung der Erlösobergrenze zum 1. Januar 2014 ermöglicht hat. Für eine darüber hinaus gehende Erstreckung des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 23 Abs. 7 ARegV gibt der Wortlaut dieser Norm aber nichts her.
- 14 Eine Anwendung des Erweiterungsfaktors nach § 10 ARegV in der bis zum 21. August 2013 geltenden Fassung (im Folgenden: aF) kommt ebenfalls nicht in Betracht. Dies setzt eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe während der Regulierungsperiode voraus, wobei eine solche vorliegt, wenn sich einer oder mehrere der in § 10 Abs. 2 Satz 2 ARegV genannten Parameter im Antragszeitpunkt dauerhaft und in erheblichem Umfang geändert haben. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben. Nach den unangefochtenen Feststellungen des Beschwerdegerichts wird eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe in diesem Sinne frühestens mit der für das Jahr 2019 geplanten Vollendung der streitgegenständlichen Maßnahme eintreten, so dass die in den Jahren 2012 und 2013 kostenwirksam gewordenen Anfangsinvestitionen nicht zu einer Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ARegV in der laufenden Regulierungsperiode berechtigt hätten.

- 15 b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde folgt ein Anspruch der Antragstellerin auf Berücksichtigung der Kapital- und Betriebskosten der Investitionen der Jahre 2012 und 2013 in der Erlösobergrenze ab dem Jahr 2014 auch nicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 23 Abs. 7 i.V.m. Abs. 3 ARegV. Insofern fehlt es bereits an einer Regelungslücke. Die Antragstellerin kann die streitgegenständlichen Investitionen der Jahre 2012 und 2013 zwar weder als Erweiterungsinvestition gemäß § 23 Abs. 7 ARegV noch über den Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV aF geltend machen. Dies beruht aber nicht auf einer Regelungslücke.
- 16 aa) Die Vorschrift des § 23 Abs. 7 ARegV bezweckt, Investitionskosten aus Erweiterungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen auf der Hochspannungsebene des Verteilernetzes zukünftig ebenfalls über Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV berücksichtigen zu können (vgl. BR-Drucks. 447/13, S. 12). Dies begründete der Verordnungsgeber damit, es sei im Bereich der Hochspannungsebene denkbar, dass Netzinvestitionen zur Integration erneuerbarer Energien bei einzelnen Netzbetreibern nicht adäquat über das vorhandene Instrument des Erweiterungsfaktors nach § 10 ARegV abgedeckt würden (vgl. BR-Drucks. 447/13, S. 11 f.). Beide Instrumente dienen dazu, die Kosten aus solchen Investitionsmaßnahmen ohne zeitlichen Verzug in der Erlösobergrenze zu berücksichtigen (vgl. BR-Drucks. 860/11, S. 5 und 8 zu § 23 ARegV).
- 17 Nach dem klaren Willen des Verordnungsgebers sollte diese Möglichkeit allerdings erst "zukünftig" (BR-Drucks. 447/13, S. 12) bestehen, d.h. ab Inkrafttreten der Neuregelung am 22. August 2013. Dies bedeutet, dass die Neuregelung entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde im Grundsatz nur solche Investitionsmaßnahmen erfassen soll, die nach dem Inkrafttreten der Neuregelung begonnen worden sind. Für eine Rückwirkung fehlt es - anders als für die in § 34 ARegV geregelten Fälle - an einer entsprechenden (Übergangs-)Regelung durch den Verordnungsgeber. Der systematische Zusammenhang mit der Antragsfrist des § 23 Abs. 3 Satz 1 ARegV spricht ebenfalls gegen eine Rückwirkung. Danach müssen Antrag

und Genehmigung der Investitionsmaßnahme vor der Anpassung der Erlösobergrenze vorliegen, damit der Netzbetreiber die Anpassung gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 ARegV vornehmen darf (vgl. BR-Drucks. 860/11, S. 9). Aufgrund dessen wäre eine Antragstellung für Investitionen im Sinne des Absatzes 7 erstmals zum 31. März 2014 und damit für die im Jahr 2015 aktivierten Kosten in Betracht gekommen. Da ein solches Ergebnis möglicherweise zu dem Willen des Verordnungsgebers, das neue Instrument des § 23 Abs. 7 ARegV für Investitionsmaßnahmen ab dem nach Inkrafttreten der Neuregelung ersten vollen Kalenderjahr zur Geltung zu bringen, in Widerspruch gestanden hätte, hat die Bundesnetzagentur dem dadurch abgeholfen, dass sie für erstmals im Jahr 2014 kostenwirksame Investitionen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum 31. März 2013 gewährt und damit eine Anpassung der Erlösobergrenze zum 1. Januar 2014 ermöglicht hat.

- 18 Für im Jahr des Inkrafttretens der Neuregelung oder bereits zuvor getätigte Investitionen lässt sich ein solcher Wille des Verordnungsgebers indes weder der Neuregelung noch den Gesetzesmaterialien entnehmen. Ganz im Gegenteil würde eine solche zeitlich rückwirkende Erstreckung den Grundsätzen der Anreizregulierungsverordnung widersprechen, wonach im Ausgangspunkt die Kostenprüfung im vorletzten Jahr vor Beginn der Regulierungsperiode auf der Grundlage der Daten des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres erfolgt (§ 6 Abs. 1 Satz 3 ARegV) und eine Anpassung der Erlösobergrenze während der laufenden Regulierungsperiode zum 1. Januar des folgenden Kalenderjahres nur aufgrund eines in dem vorangegangenen Jahr kostenwirksamen Ereignisses möglich ist (vgl. nur § 4 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2, § 23 Abs. 3 Satz 1 ARegV). Aufgrund dessen muss die Antragstellerin, anders als die Rechtsbeschwerde meint, eine zeitliche Aufspaltung einer Gesamtinvestitionsmaßnahme in Teilmaßnahmen hinnehmen. Soweit die Rechtsbeschwerde darin eine Schlechterstellung der Antragstellerin gegenüber Übertragungsnetzbetreibern sieht, kann sie daraus für sich nichts herleiten, weil es insoweit bereits an einer Vergleichbarkeit der beiden Gruppen von Netzbetreibern fehlt.

- 19 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist eine entsprechende Anwendung des § 23 Abs. 7 i.V.m. Abs. 3 ARegV auch nicht im Lichte des § 11 Abs. 1 EnWG geboten. Diese Vorschrift dient zwar einer sicheren leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas und damit einem der zentralen energiewirtschaftlichen Ziele (§ 1 EnWG). Sie setzt aber für die Gewährleistung einer nachhaltigen Investitionstätigkeit lediglich einen Rahmen, der durch die Anreizregulierungsverordnung näher ausgefüllt wird. Für die Beantwortung der Frage, ob § 23 Abs. 7 ARegV auch eine vor Inkrafttreten dieser Regelung getätigte Teilinvestition erfassen muss, lässt sich § 11 Abs. 1 EnWG nichts entnehmen.
- 20 bb) Eine entsprechende Anwendung des § 23 Abs. 7 ARegV auf die streitgegenständlichen Investitionskosten der Jahre 2012 und 2013 käme hier nur dann in Betracht, wenn aufgrund des mit der Neuregelung verbundenen Wechsels der Instrumentarien zur Förderung der Investitionsbereitschaft einzelner Netzbetreiber eine Lücke bei der Anerkennung von Investitionskosten entstünde, indem das eine Instrument nicht mehr und das andere Instrument noch nicht anwendbar wäre. Dies ist hier aber nicht der Fall. Nach den von der Rechtsbeschwerde nicht angefochtenen Feststellungen des Beschwerdegerichts hatte die Antragstellerin keinen Anspruch auf Berücksichtigung der Investitionskosten durch einen Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV aF, weil die Anfangsinvestitionen noch nicht zu einem Parameterzuwachs und damit einer Änderung der Versorgungsaufgabe geführt haben. Hierzu wäre es - wenn überhaupt - frühestens mit Fertigstellung der Investitionsmaßnahme im Jahr 2019 gekommen.
- 21 c) Der von der Antragstellerin verfolgte Hilfsantrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat ebenfalls keinen Erfolg. Gemäß § 32 Abs. 3 VwVfG kann Wiedereinsetzung nach einem Jahr seit dem Ende der versäumten Frist nicht mehr beantragt oder die versäumte Handlung nicht mehr nachgeholt werden. Mit ihrem Antrag vom 4. September 2013 konnte die Antragstellerin daher eine Wiedereinset-

zung zu den Antragsstichtagen 30. Juni 2011 und 31. März 2012 nicht mehr fristwahrend erreichen. Ein Fall höherer Gewalt liegt nicht vor. Eine Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 23 Abs. 7 ARegV auf die Investitionen der Jahre 2012 und 2013 kommt, wie dargelegt, nicht in Betracht.

III.

22 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Meier-Beck

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 08.03.2017 - VI-3 Kart 170/15 [V] -