



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

EnVR 14/20

Verkündet am:  
4. Mai 2021  
Pawlik  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

### Berichtigter Leitsatz

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Erweiterungsfaktor III

ARegV (Fassung vom 22. August 2013) § 10 Abs. 4, § 23 Abs. 7

- a) Auf bis zum 30. Juni 2013 gestellte Anträge auf Anpassung der Erlösobergrenze für die zweite Regulierungsperiode, mit der eine bereits eingetretene nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe auf der Hochspannungsebene im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 1 ARegV geltend gemacht wird, findet der Ausschluss des Erweiterungsfaktors nach § 10 Abs. 4 ARegV keine Anwendung.

- b) Parameteränderungen in der Hochspannungsebene, die bereits Gegenstand eines bis zum 30. Juni 2013 gestellten Antrags auf Anpassung der Erlösobergrenze waren, sind auch bei der Anpassung der Erlösobergrenze für die zweite Regulierungsperiode aufgrund weiterer, in den Folgejahren gestellter Anträge beim Erweiterungsfaktor zu berücksichtigen.
- c) Auf nach dem 30. Juni 2013 eingetretene Parameteränderungen in der Hochspannungsebene, die zu einer nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe geführt haben, findet § 10 ARegV keine Anwendung. In solchen Fällen gilt § 23 Abs. 7 ARegV entsprechend für 2013 erstmals aktivierte Kosten.

BGH, Beschluss vom 4. Mai 2021 - EnVR 14/20 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Mai 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, den Richter Prof. Dr. Kirchhoff sowie die Richterinnen Dr. Roloff, Dr. Picker und Dr. Rombach beschlossen:

Die Rechtsbeschwerden gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. Dezember 2019 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Gegenseite tragen die Antragstellerin zu 15 % und die Bundesnetzagentur zu 85 %.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 6.660.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

1. I. Die Antragstellerin betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz. Am 28. Juni 2013 beantragte sie bei der Bundesnetzagentur die Anpassung der Erlösobergrenze für die zweite Regulierungsperiode. Dabei begehrte sie die Anerkennung eines Erweiterungsfaktors nach § 10 ARegV, mit dem u.a. eine Änderung der Versorgungsaufgabe durch Parameteränderungen auf der Hochspannungsebene im Zeitraum von 1. Januar 2012 bis 30. Juni 2013 berücksichtigt werden sollte. Die Bundesnetzagentur erkannte im Hinblick auf eine Entscheidung des Beschwerdegerichts in einem Parallelverfahren (OLG Düsseldorf, RdE 2018, 87) mit bestandskräftigem Beschluss vom 1. Juni 2018 den beantragten Erweiterungsfaktor an.

2 Die Antragstellerin beantragte am 30. Juni 2017 eine weitere Anpassung der Erlösobergrenze. Mit Beschluss vom 24. Oktober 2018 genehmigte die Bundesnetzagentur eine Anpassung der Erlösobergrenze zum 1. Januar 2018, wobei sie die im Beschluss vom 1. Juni 2018 berücksichtigten Parameteränderungen in der Hochspannungsebene ebenso unberücksichtigt ließ wie von der Antragstellerin geltend gemachte weitere, im zweiten Halbjahr 2013 eingetretene Parameteränderungen in der Hochspannungsebene.

3 Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht den Beschluss insoweit aufgehoben, als die Bundesnetzagentur die Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund eines Erweiterungsfaktors für das Jahr 2018 hinsichtlich der Investitionen und Kosten in der Hochspannungsebene, die vom 1. Januar 2012 bis zum 30. Juni 2013 zu einer Parameteränderung geführt haben, abgelehnt hat, und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Antragstellerin unter Beachtung seiner Rechtsauffassung erneut zu bescheiden. Im Hinblick auf die Nichtberücksichtigung von im zweiten Halbjahr 2013 eingetretenen Parameteränderungen in der Hochspannungsebene hatte die Beschwerde keinen Erfolg. Dagegen wenden sich die vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Bundesnetzagentur.

4 II. Die Rechtsbeschwerden haben keinen Erfolg.

5 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung (OLG Düsseldorf, RdE 2020, 197) im Wesentlichen wie folgt begründet:

6 Die von der Antragstellerin in den Jahren 2012 und 2013 aufgewandten Kosten, die bis zum 30. Juni 2013 zu einer Parameteränderung in der Hochspannungsebene geführt hätten, fielen bei wortlautgetreuer Anwendung des § 10 Abs. 4 ARegV in der seit dem 22. August 2013 geltenden Fassung (im Folgenden: § 10 Abs. 4 ARegV nF) aus dem Anwendungsbereich des § 10 ARegV heraus, sobald die Antragstellerin einen Folgeantrag stelle. Sie könnten auch nicht

durch das Instrument der genehmigten Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV erfasst werden.

7 Dass solche Investitionskosten sowohl aus dem Regime des Erweiterungsfaktors als auch dem der Investitionsmaßnahme herausfielen, stelle sich als eine planwidrige Regelungslücke dar, die über eine verfassungskonforme Anwendung des Erweiterungsfaktors gemäß § 10 ARegV für alle bis zum 30. Juni 2013 gestellten Erstanträge und für alle Folgeanträge bis zum 30. Juni 2017 von Verteilnetzbetreibern wegen Erweiterungsinvestitionen zu schließen sei.

8 Hingegen komme eine Berücksichtigung von im zweiten Halbjahr 2013 eingetretenen Parameteränderungen in der Hochspannungsebene nicht in Betracht. Zwar bestehe auch insoweit eine planwidrige Regelungslücke. Diese sei aber durch die Öffnung des Instruments der genehmigten Investitionsmaßnahme für in diesem Zeitraum aktivierte Kosten zu schließen.

9 2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung stand.

10 a) Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hat keinen Erfolg. Zutreffend hat das Beschwerdegericht angenommen, dass der Antragstellerin ein Anspruch auf Neubescheidung unter Berücksichtigung des für die Hochspannungsebene geltend gemachten Erweiterungsfaktors hinsichtlich solcher Parameteränderungen zusteht, die bis zum 30. Juni 2013 eingetreten und bereits Gegenstand des Antrags der Antragstellerin auf Anpassung der Erlösobergrenze vom 28. Juni 2013 waren.

11 aa) Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 ARegV wird eine während der Regulierungsperiode eingetretene nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe durch einen Erweiterungsfaktor berücksichtigt. Durch diesen Faktor kann auf Antrag des Netzbetreibers (§ 4 Abs. 4 Nr. 1 ARegV) die von der Bundesnetzagentur zu

Beginn der Regulierungsperiode festgelegte Erlösobergrenze angepasst werden. § 10 Abs. 2 Satz 2 ARegV definiert eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe dahingehend, dass sich die dort genannten Parameter, nämlich die Fläche des versorgten Gebietes (Nr. 1), die Anzahl der Anschlusspunkte (Nr. 2), die Jahreshöchstlast (Nr. 3) sowie sonstige von der Regulierungsbehörde nach § 32 Abs. 1 Nr. 3 ARegV festgelegte Parameter (Nr. 4) im Antragszeitpunkt dauerhaft und in erheblichem Umfang geändert haben.

12           bb) Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die Annahme des Beschwerdegerichts, die hier in Rede stehenden Parameteränderungen in der Hochspannungsebene, die bis zum 30. Juni 2013 eingetreten und Gegenstand eines bis zu diesem Zeitpunkt gestellten Antrags der Antragstellerin auf Anpassung der Erlösobergrenze waren, müssten beim Erweiterungsfaktor weiterhin Berücksichtigung finden.

13           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 allerdings § 10 Abs. 4 ARegV dahingehend geändert, dass die Regelungen über den Erweiterungsfaktor bei Hochspannungsnetzen von Verteilernetzbetreibern keine Anwendung (mehr) finden. Das Beschwerdegericht hat jedoch zutreffend den mangels entsprechender Übergangsvorschriften zu weit geratenen Anwendungsbereich der Vorschrift wegen einer planwidrigen Regelungslücke eingeschränkt. Auf bis zum 30. Juni 2013 gestellte Anträge auf Anpassung der Erlösobergrenze für die zweite Regulierungsperiode wegen einer Veränderung der Versorgungsaufgabe auf der Hochspannungsebene findet die Regelung danach keine Anwendung. Parameteränderungen in der Hochspannungsebene, die bereits Gegenstand eines bis zum 30. Juni 2013 gestellten Antrags auf Anpassung der Erlösobergrenze waren, sind auch bei der Anpassung des Erweiterungsfaktors aufgrund weiterer, in den Folgejahren gestellter Anträge in der zweiten Regulierungsperiode zu berücksichtigen.

- 14           (1)     Eine wortlautgetreue Anwendung des § 10 Abs. 4 ARegV hätte zur Folge, dass einem nach früherer Rechtslage an sich begründeten Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund einer bereits eingetretenen nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe auf der Hochspannungsebene im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 1 ARegV, welcher fristgemäß bis zum 30. Juni 2013 (§ 4 Abs. 4 Satz 2 ARegV) bei der Regulierungsbehörde gestellt wurde, bei einer Entscheidung der Regulierungsbehörde nach Inkrafttreten der Verordnung am 22. August 2013 der Erfolg versagt werden müsste. Antragsteller, über deren Antrag nicht bis zu diesem Zeitpunkt entschieden wurde, würden gegenüber den anderen Antragstellern benachteiligt. Dies war von dem Ordnungsgeber, der die Rechtsstellung der Betreiber von Verteilernetzen auf der Hochspannungsebene verbessern und gerade nicht verschlechtern wollte, offenkundig nicht bezweckt.
- 15           (a)     Der Nachteil des Ausschlusses eines Erweiterungsfaktors wird nicht durch den mit der Neuregelung geschaffenen § 23 Abs. 7 ARegV ausgeglichen. Danach können Betreibern von Verteilernetzen Investitionsmaßnahmen auch für Erweiterungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen in der Hochspannungsebene durch die Regulierungsbehörde genehmigt werden. Wie der Senat bereits entschieden hat, ist bei wortlautgetreuer Anwendung der hierfür vorgesehenen Antragsfristen der zeitliche Anwendungsbereich des § 23 Abs. 7 ARegV für Investitionen der Jahre 2012 und 2013 nicht eröffnet (BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018 - EnVR 31/17, RdE 2018, 483 Rn. 13 - DB Energie GmbH). Für im Jahr 2012 ganz oder teilweise kostenwirksam gewordene Investitionen hätte nach § 23 Abs. 3 Satz 1 ARegV in der bis zum 21. März 2012 geltenden Fassung der Antrag auf Genehmigung eines Investitionsbudgets spätestens sechs Monate vor Beginn des Kalenderjahres, in dem die Investitionskosten wirksam werden sollen, d.h. zum 30. Juni 2011, gestellt werden müssen. Für im Jahr 2013 erstmals ganz oder teilweise kostenwirksam gewordene Investitionen hätte gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 ARegV in der seit 23. März 2012 geltenden Fassung ein

Antrag neun Monate vor Beginn des Kalenderjahres, in dem die Investitionen erstmals kostenwirksam wurden, d.h. zum 31. März 2012, gestellt werden müssen. Eine Antragstellung für Investitionen im Sinne des Absatz 7 kam damit bei wortlautgetreuer Anwendung erstmals zum 31. März 2014 und damit für die im Jahr 2015 aktivierten Kosten in Betracht. Von dieser vom Wortlaut ausgehenden 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. Darüber hinaus hat sie nach den getroffenen Feststellungen im Rahmen von Anträgen auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme mit Wirkung zum 1. Januar 2014 auch bereits im Jahr 2013 aktivierte Anlagegüter berücksichtigt. Für eine darüber hinaus gehende Erstreckung des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 23 Abs. 7 ARegV gibt der Wortlaut dieser Norm aber nichts her (BGH, RdE 2018, 483 Rn. 13 - DB Energie GmbH). Nach dem klaren Willen des Verordnungsgebers sollte die Möglichkeit, Umstrukturierungsmaßnahmen auf der Hochspannungsebene des Verteilernetzes über Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV zu berücksichtigen, erst "zukünftig" (BT-Drucks. 447/13, S. 12) bestehen, d.h. ab Inkrafttreten der Neuregelung am 22. August 2013 (vgl. BGH, RdE 2018, 4). Eine entsprechende Anwendung des § 23 Abs. 7 ARegV auf einen vor Verkündung der Verordnung nach alter Rechtslage entscheidungsreifen Sachverhalt, wie er hier hinsichtlich der den Gegenstand des Antrags vom 28. Juni 2013 bildenden Parameteränderungen bis zum 30. Juni 2013 vorliegt, kommt daher nicht in Betracht.

16            Dass danach das eine Instrument (Erweiterungsfaktor) auf die Hochspannungsebene nicht mehr und das neue Instrument (Investitionsmaßnahme) noch nicht anwendbar ist, führt zu einer Schlechterstellung der Verteilernetzbetreiber auf der Hochspannungsebene. Denn die Kosten für Investitionsmaßnahmen

könnten zwischenzeitlich mangels Anwendbarkeit beider Instrumentarien nicht mehr ohne zeitlichen Verzug in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden (vgl. BR-Drucks. 860/11, S. 5 und 8 zu § 23 ARegV).

- 17 (b) Dieses Ergebnis widerspricht dem Willen des Verordnungsgebers. Die durch das Entfallen des Erweiterungsfaktors bedingte Schlechterstellung stünde im Widerspruch zum erklärten Zweck der Neuregelung, die Investitionsbedingungen in der Hochspannungsebene zu verbessern und verlässliche Rahmenbedingungen hierfür zu schaffen. Anlass der Neuregelung war die Befürchtung, Netzinvestitionen zur Integration erneuerbarer Energien bei einzelnen Netzbetreibern auf der Hochspannungsebene könnten nicht adäquat über das vorhandene Instrument des Erweiterungsfaktors nach § 10 ARegV abgedeckt werden, was sich nachteilig auf die Investitionsbereitschaft einzelner Netzbetreiber und die Integrationsgeschwindigkeit erneuerbarer Energien auswirken könnte (BR-Drucks. 447/13, S. 11 f.). Nach Einschätzung des Verordnungsgebers wurde die bisherige eingeschränkte Genehmigungsfähigkeit für Investitionsmaßnahmen auf der Hochspannungsebene den aufgrund der Energiewende entstandenen und entstehenden geänderten Anforderungen an die Hochspannungsebene nicht mehr gerecht. Die Hochspannungsebene weise gegenüber anderen Spannungsebenen spezifische Eigenschaften auf, bei denen abhängig vom Einzelfall einmal die Transporteigenschaften und dann wieder die Verteilereigenschaften überwiegen könnten. Dies führe dazu, dass sich die Situation hinsichtlich des notwendigen Netzausbaus bei einzelnen Netzbetreibern in dieser Spannungsebene deutlich unterscheiden könne und daher individuell beurteilt werden sollte. Für eine individuelle Beurteilung sei das Instrument der Investitionsmaßnahme besser geeignet als der eher pauschale Ansatz des Erweiterungsfaktors (BR-Drucks. 447/13, S. 20). Es sollten verlässliche Rahmenbedingungen für Investitionen in die Hochspannungsebene geschaffen und damit die

Integration erneuerbarer Energien in das Energieversorgungssystem unterstützt werden (BR-Drucks. 447/13, S. 13).

18

Die Nichtanwendbarkeit des Erweiterungsfaktors auf der Hochspannungsebene war nach der Begründung der Verordnung "notwendige Folge" der Ausweitung des Anwendungsbereichs der Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV auf dieser Ebene. Es sollte lediglich eine Doppelberücksichtigung von Investitionskosten in der Erlösbergrenze sowohl über den Erweiterungsfaktor als auch die Genehmigung von Investitionsmaßnahmen vermieden werden (vgl. BR-Drucks. 447/13, S. 19). Für Investitionen, auf die § 23 Abs. 7 ARegV noch keine Anwendung findet, besteht eine solche Gefahr der Doppelberücksichtigung nicht. Es sind zwar Fälle denkbar, in denen eine bis zum 30. Juni 2013 eingetretene Parameteränderung zu Investitionsmaßnahmen im Jahr 2014 führt. So kann beispielsweise ein dauerhaft hoher Jahreshöchstlastwert die Gefahr einer zu geringen Kapazität indizieren und eine Erweiterung der Netzkapazität erforderlich machen. Auch in diesen Fällen besteht aber regelmäßig keine Gefahr der Doppelberücksichtigung. Denn insoweit kommt dem vor dem 30. Juni 2013 beantragten Erweiterungsfaktor entsprechend § 23 Abs. 6 Satz 1 ARegV grundsätzlich der Vorrang zu und ist für die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme kein Raum. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Kosten der geplanten Investitionsmaßnahme durch den Erweiterungsfaktor nicht einmal ansatzweise abgedeckt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Januar 2018 - EnVR 9/17, RdE 2018, 210 Rn. 27 - Erweiterungsfaktor). Investitionsmaßnahmen und Erweiterungsfaktor sind unterschiedliche Instrumente, mit denen Veränderungen der Versorgungsaufgabe berücksichtigt werden. Die Investitionsmaßnahme erkennt die mit der konkreten Investition verbundenen Kosten schon in der Planungsphase als dauerhaft nicht beeinflussbar an, während sich der Erweiterungsfaktor von den mit der Veränderung der Versorgungsaufgabe konkret verbundenen Kosten löst und stattdessen an die Veränderung von (exogenen) Strukturdaten anknüpft. Der

Vorrang des einen Instruments vor dem anderen folgt damit nicht aus der Natur der Sache, sondern steht im Regelungsermessen des Gesetz- oder Verordnungsgebers (BGH, RdE 2018, 210 Rn. 22 - Erweiterungsfaktor). § 23 Abs. 6 Satz 1 ARegV sieht in seinem Anwendungsbereich, zu dem jedenfalls vor der Einfügung des Absatz 7 auch die Hochspannungsebene gehörte, die vorrangige Anwendbarkeit des Erweiterungsfaktors vor. Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Regelung des § 23 Abs. 7 ARegV als *lex specialis* die Anwendbarkeit des Absatz 6 auf die Hochspannungsebene ausschließt (Sandhaus, RdE 2014, 170, 173) oder daneben anwendbar bleibt (Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer in Holznapel/Schütz, Anreizregulierungsrecht, 2. Aufl. 2019, ARegV § 23 Rn. 185). Daraus, dass der in § 23 Abs. 7 Satz 2 ARegV enthaltene Katalog der entsprechend anwendbaren Regelungen Absatz 6 nicht enthält, lässt sich jedenfalls nicht entnehmen, dass der Verordnungsgeber für den Fall des Nebeneinanders von nach altem Recht zu gewährendem Erweiterungsfaktor und nach neuem Recht zu genehmigender Investitionsmaßnahme entgegen seinem ausdrücklich erklärten Willen eine Doppelberücksichtigung begründen wollte. Es spricht im Gegenteil alles dafür, dass der Verordnungsgeber ein Nebeneinander von Investitionsmaßnahme und Erweiterungsfaktor nicht bedacht hat und deshalb eine Vorrangregelung nicht für erforderlich hielt. Die sich daraus ergebende planwidrige Regelungslücke ist durch eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 6 Satz 1 ARegV zu schließen. Aus der Anreiz- bzw. Lenkungsfunction der Neuregelung ergibt sich nichts Gegenteiliges. Der vom Verordnungsgeber intendierten Förderung der Investitionsbereitschaft der Netzbetreiber bedarf es nur im Hinblick auf zukünftige noch nicht geplante Maßnahmen. Machen bereits eingetretene Parameteränderungen eine Investitionsmaßnahme erforderlich, bedarf es keiner weiteren Anreize zur Durchführung der Investitionsmaßnahme. Vor etwaigen Härten wird der Verteilernetzbetreiber - wie bisher - dadurch geschützt, dass der Vorrang dann nicht gilt, wenn die Kosten der geplanten Investitionsmaßnahme durch

den Erweiterungsfaktor nicht einmal ansatzweise abgedeckt werden (vgl. BGH, RdE 2018, 210 Rn. 27 - Erweiterungsfaktor).

19 (c) Aus dem Schweigen des Ordnungsgebers zu der Forderung des Verbands kommunaler Unternehmen nach einer Übergangsregelung ergibt sich nicht, dass die Anwendbarkeit des Erweiterungsfaktors auf bis zum 30. Juni 2013 gestellte Anträge betreffend die Hochspannungsebene dem klaren Willen des Ordnungsgebers widerspricht. Allerdings wurde dort die Notwendigkeit einer Übergangsregelung damit begründet, dass andernfalls Investitionen, die im Jahr 2012 erstmalig kostenwirksam werden, in der 2. Regulierungsperiode nicht mehr im Erweiterungsfaktor berücksichtigt werden könnten (Stellungnahme zum Entwurf der Änderungen von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsgesetzes [Strom- und GasNEV, ARegV, StromNZV] vom 18. April 2013, S. 13). Das Schweigen des Ordnungsgebers hierzu lässt jedoch die Deutung zu, dass er, sollte er das Anliegen der Stellungnahme erwogen haben, von einer Weitergeltung des Erweiterungsfaktors ausgegangen ist und keinen Anlass für eine entsprechende Klarstellung sah.

20 (d) Für eine Fortgeltung des Erweiterungsfaktors spricht auch Sinn und Zweck der von § 4 ARegV ermöglichten Anpassungen der jährlichen Erlösobergrenze. Diese sind ein zentraler Bestandteil des Anreizregulierungssystems. Die Norm zielt darauf ab, die für die Dauer der Regulierungsperiode festgelegte Erlösobergrenze hinreichend flexibel für Änderungen innerhalb der Regulierungsperiode zu halten (BGH, Beschluss vom 11. Februar 2020 - EnVR 122/18, RdE 2020, 419 Rn. 12 - Anpassung der Erlösobergrenze). Daraus folgt, dass die fortlaufende Anpassung der Erlösobergrenze an die tatsächlichen Veränderungen möglichst lückenlos zu gewährleisten ist (BGH, RdE 2020, 419 Rn. 21 - Anpassung der Erlösobergrenze). Hätte der Ordnungsgeber beabsichtigt,

tatsächlich eingetretene Veränderungen für eine Übergangszeit bei der Anpassung der Erlösobergrenze unberücksichtigt zu lassen, hätte er dies zum Ausdruck gebracht.

21           (2)     Zu Recht ist das Beschwerdegericht der Auffassung, dass Parameteränderungen in der Hochspannungsebene, die - wie hier - bereits Gegenstand eines bis zum 30. Juni 2013 gestellten Antrags auf Anpassung der Erlösobergrenze für die zweite Regulierungsperiode waren, auch bei der Anpassung des Erweiterungsfaktors aufgrund weiterer, in den Folgejahren gestellter Anträge betreffend die zweite Regulierungsperiode zu berücksichtigen sind.

22           (a)     Allerdings ist bei der Ermittlung des Erweiterungsfaktors bei den Parametern zur Erfassung einer nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers der im Antragszeitpunkt jeweils aktuelle Wert anzusetzen (BGH, Beschluss vom 3. März 2020 - EnVR 114/18, RdE 2020, 465 Rn. 11 - Jahreshöchstlast). Dies gilt insbesondere auch für Folgeanträge (vgl. BGH, RdE 2020, 465 Rn. 21 - Jahreshöchstlast). Bei wortlautgetreuer Anwendung des zum Zeitpunkt des Folgeantrags geltenden § 10 Abs. 4 ARegV wäre danach eine Berücksichtigung der Parameteränderungen auf der Hochspannungsebene bei dem hier in Rede stehenden Folgeantrag ausgeschlossen.

23           (b)     Auch insoweit ist der Anwendungsbereich der Norm allerdings zu weit gefasst und bedarf wegen des eindeutigen Willens des Verordnungsgebers, die Rechtsstellung der Betreiber der Verteilernetze auf der Hochspannungsebene zu verbessern, einer einschränkenden Auslegung. Hätte der Verordnungsgeber die durch die Regelung bewirkte Schlechterstellung erkannt, hätte er eine entsprechende Übergangsregelung vorgesehen. Dies zeigt § 23 Abs. 2b Satz 9 ARegV in der Fassung vom 17. September 2016. Danach bleibt im Fall von Änderungsanträgen zu Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen, für die eine Investitionsmaßnahme bereits vor Inkrafttreten der Neuregelung

durch die Regulierungsbehörde genehmigt worden ist, der in dieser Genehmigung festgesetzte Ersatzanteil unverändert und ist auf die beantragten Änderungen anzuwenden.

24           b) Auch die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Zutreffend hat das Beschwerdegericht angenommen, dass die im zweiten Halbjahr 2013 eingetretenen Parameteränderungen in der Hochspannungsebene wegen § 10 Abs. 4 ARegV beim Erweiterungsfaktor keine Berücksichtigung finden können.

25           aa) Gegen eine einschränkende Auslegung spricht, dass eine Anpassung des Erweiterungsfaktors gemäß § 4 Abs. 4 Satz 2 ARegV erst zum 1. Januar 2015, und damit zukünftig erfolgen könnte. Die Besserstellung sollte nach dem eindeutigen Willen des Verordnungsgebers "zukünftig" (BT-Drucks. 447/13, S. 12) aber allein durch die Anwendung des Instruments der genehmigten Investitionsmaßnahme erreicht werden. Falls der Verordnungsgeber dabei nur solche Investitionsmaßnahmen im Blick gehabt haben sollte, die nach dem 22. August 2013 begonnen worden sind (vgl. BGH, RdE 2018, 483 Rn. 17 - DB Energie GmbH), hätte er allerdings nicht bedacht, dass während des Zeitraums vom 1. Juli 2013 bis zum 31. Dezember 2013 eine Lücke hinsichtlich der Berücksichtigung von Investitionen entsteht. Nach dem Ausgeführten könnten weder die in 2013 entstandenen Investitionskosten, die vom 1. Juli bis zum 31. Dezember zu einer Parameteränderung führten, noch die durch im selben Zeitraum begonnene Investitionsmaßnahmen verursachten Investitionen ohne zeitlichen Verzug in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden. Denn darauf fänden weder das Instrument des Erweiterungsfaktors noch das Instrument der genehmigten Investitionsmaßnahme Anwendung. Diese Lücke ist indes durch eine entsprechende Anwendung von § 23 Abs. 7 ARegV zu schließen (vgl. BGH, RdE 2018, 483 Rn. 20 - DB-Energie GmbH). Dem entsprach nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts auch die Praxis der Bundesnetzagentur, die im

Rahmen von Anträgen auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme mit Wirkung zum 1. Januar 2014 auch bereits im Jahr 2013 aktivierte Anlagegüter berücksichtigt hat. Ein solcher Antrag hätte allerdings gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 ARegV in der seit 23. März 2012 geltenden Fassung neun Monate vor Beginn des Kalenderjahres, in dem die Investitionen erstmals kostenwirksam wurden, d.h. zum 31. März 2012, gestellt werden müssen. Da die Neuregelung zu diesem Zeitpunkt unvorhersehbar war, liegen aber die Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 32 Abs. 1 VwVfG vor. Dass die Jahresfrist gemäß § 32 Abs. 3 VwVfG abgelaufen war, ist unschädlich. Der Wiedereinsetzungsantrag war vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt nicht möglich. Unter "höherer Gewalt" wird ein Ereignis verstanden, das auch durch die größte den Umständen des konkreten Falles vernünftigerweise von dem Betroffenen unter Anlegung subjektiver Maßstäbe zu erwartende und zumutbare Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte (BVerwG, NVwZ 2014, 1237 Rn. 30). Da erst mit Zuleitung des Verordnungsentwurfs durch die Bundesregierung an den Bundesrat am 29. Mai 2013 (BR-Drs. 447/13, Begleitschreiben) die geplante Änderung öffentlich wurde (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. März 2021 - 2 BvL 1/11, juris Rn. 66), konnten die Betroffenen auch bei größter Sorgfalt die Notwendigkeit eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erkennen.

- 26           bb) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin erfordern auch Erwägungen des Vertrauensschutzes und die Grundsätze des Rückwirkungsverbotes keine fortgesetzte Anwendung des § 10 ARegV auf Investitionen, die nach dem 30. Juni 2013 zu Parameteränderungen geführt haben. Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Grundsätze des Rückwirkungsverbotes hier zumindest in analoger Anwendung gelten (vgl. BGH, RdE 2020, 419 Rn. 20 - Anpassung der Erlösobergrenze).

- 27 (1) Eine echte Rückwirkung, die grundsätzlich unzulässig ist (Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. BVerfG, NVwZ 2016, 300 Rn. 56; Beschluss vom 25. März 2021 - 2 BvL 1/11, juris Rn. 51), liegt schon nicht vor, weil nicht nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingegriffen wird (vgl. BVerfG, NVwZ 2016, 300 Rn. 41; BVerwG, NVwZ-RR 2016, 467 Rn. 25).
- 28 (2) Es bedarf keiner Entscheidung, ob es sich hier um eine unechte Rückwirkung handelt, welche einen bereits vor der Verkündung ins Werk gesetzten Sachverhalt voraussetzt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. März 2021 - 2 BvL 1/11, juris Rn. 59). Eine unechte Rückwirkung begegnet hier nämlich keinen Bedenken im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz.
- 29 (a) Eine unechte Rückwirkung ist nicht grundsätzlich unzulässig (BVerfGE 127, 1, 16 f.; 131, 20, 39; 148, 217, 255 Rn. 135; Beschluss vom 25. März 2021 - 2 BvL 1/11, juris Rn. 53). Denn die Gewährung vollständigen Schutzes zugunsten des Fortbestehens der bisherigen Rechtslage würde den dem Gemeinwohl verpflichteten Gesetzgeber in wichtigen Bereichen lähmen und den Konflikt zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung im Hinblick auf einen Wandel zulasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen. Soweit nicht besondere Momente der Schutzwürdigkeit hinzutreten, genießt die bloß allgemeine Erwartung, das geltende Recht werde zukünftig unverändert fortbestehen, keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz (BVerfG, Beschluss vom 25. März 2021 - 2 BvL 1/11, juris Rn. 53). Der Gesetzgeber muss aber, soweit er künftige Rechtsfolgen an bereits ins Werk gesetzte Sachverhalte anknüpft, dem verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz in hinreichendem Maß Rechnung tragen. Die Interessen der Allgemeinheit, die mit der Regelung verfolgt werden, und das Vertrauen des Einzelnen auf die Fortgeltung der Rechtslage sind abzuwägen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss gewahrt werden. Eine unechte Rückwirkung ist mit den Grundsätzen grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes daher

nur vereinbar, wenn sie zur Förderung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt (BVerfGE 127, 1, 18; 131, 20, 40; Beschluss vom 25. März 2021 - 2 BvL 1/11, juris Rn. 54).

30           (b)    Nach diesen Grundsätzen ist die Vorschrift des § 10 Abs. 4 AReGV in der obigen Auslegung nicht zu beanstanden.

31           (aa)   Mit der Neuregelung wurde eine Verbesserung der Investitionsbedingungen auf der Hochspannungsebene bezweckt (oben Rn. 17). Da für die individuelle Beurteilung das Instrument der Investitionsmaßnahme besser geeignet ist als der eher pauschale Ansatz des Erweiterungsfaktors, ist die Berücksichtigung der Investitionen ausschließlich über das Instrument der Investitionsmaßnahme ein geeignetes und erforderliches Mittel.

32           (bb)   Bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des durch die Abschaffung des Erweiterungsfaktors auf der Hochspannungsebene enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe bleibt die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt. Hinsichtlich der hier in Rede stehenden, seit dem 1. Juli 2013 eingetretenen Parameteränderungen in der Hochspannungsebene konnten sich die Betroffenen auf eine mögliche Änderung der Rechtslage für die Zukunft einstellen, weshalb darauf beruhende Dispositionen weniger schutzwürdig sind. Der Verordnungsentwurf mit der hier in Rede stehenden Änderung des § 13 Abs. 4 ARegV und der Anfügung des Abs. 7 an § 23 ARegV wurde durch die Bundesregierung dem Bundesrat am 29. Mai 2013 zugeleitet (BR-Drucks. 447/13, Begleitschreiben). Dadurch wurde

die geplante Änderung öffentlich und die zukünftigen Änderungen der Verordnung vorhersehbar (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. März 2021 - 2 BvL 1/11, juris Rn. 66).

- 33 (cc) Aufgrund dessen muss die Antragstellerin hinnehmen, dass auf nach dem 30. Juni 2013 eingetretene Parameteränderungen in der Hochspannungsebene § 10 ARegV keine Anwendung mehr findet. Soweit die Rechtsbeschwerde darin eine Schlechterstellung der Antragstellerin gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern und den in der Nieder- und Mittelspannungsebene investierenden Verteilernetzbetreibern sieht, kann sie daraus für sich nichts herleiten, weil es insoweit bereits an einer Vergleichbarkeit der Gruppen von Netzbetreibern fehlt (vgl. BGH, RdE 2018, 483 Rn. 18).

Meier-Beck

Kirchhoff

Roloff

Picker

Rombach

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.12.2019 - VI-3 Kart 883/18 [V] -