



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 16/14

vom

14. April 2015

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 14. April 2015 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg sowie die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Grüneberg, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur wird der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. Januar 2014 in der Fassung der Beschlüsse vom 24. Februar 2014 und 21. März 2014 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens übertragen wird.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf bis zu 2.400.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz in Leipzig. Mit Bescheid vom 20. März 2008 erhielt sie eine auf den Daten des Geschäftsjahres 2006 beruhende, bis zum 31. Dezember 2008 geltende Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang gemäß § 23a EnWG. Mit Beschluss vom 4. Februar 2009 setzte die Bundesnetzagentur die einzelnen Erlösobergrenzen für die Jahre 2009 bis 2013 niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Zudem lehnte sie die von der Betroffenen beehrte Bereinigung des Effizienzwerts nach § 15 Abs. 1 ARegV ab.
- 2 Mit ihrer Beschwerde hat die Betroffene, soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Interesse, geltend gemacht, der Effizienzwert sei wegen der in ihrem Netz im Verhältnis zu den Anschlusspunkten überdurchschnittlich hohen Zahl von Zählpunkten zu bereinigen. Außerdem hat sie sich im weiteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens darauf berufen, dass die Bundesnetzagentur infolge der Anpassung der Eigenkapitalverzinsung auch die kalkulatorische Gewerbesteuer anpassen müsse.
- 3 Das Beschwerdegericht hat den Beschluss der Bundesnetzagentur aufgehoben und diese verpflichtet, den Festlegungsbeschluss mit der Maßgabe neu zu erlassen, dass die Betroffene eine Bereinigung des Effizienzwerts wegen des Verhältnisses der Anzahl der Zählpunkte zur Anzahl der Anschlusspunkte und eine Anpassung der kalkulatorischen Gewerbesteuer verlangen könne.
- 4 Hiergegen richtet sich die - vom Oberlandesgericht zugelassene - Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde hat teilweise Erfolg.

6 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung (OLG Düsseldorf, EnWZ
2014, 172) im Wesentlichen wie folgt begründet:

7 Die Betroffene könne eine Anpassung der kalkulatorischen Gewerbesteuer
beanspruchen, weil dies eine - zwingende - rechnerische Folge der Neuberechnung
der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung sei. Das - erst im Laufe des Beschwer-
deverfahrens vorgebrachte - Begehren sei auch nicht als verspätet zurückzuweisen.
Der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sei nicht auf einzelne Feststellungen
beschränkt, sondern umfasse die angefochtene Entscheidung als solche. Die Be-
troffene habe auch nicht nachträglich - nämlich in Anbetracht des zwischen ihr und
der Bundesnetzagentur über andere Streitpunkte geschlossenen Vergleichsvertrags
- den Beschwerdegegenstand beschränkt. Sie habe insoweit die begehrte Anpas-
sung der kalkulatorischen Gewerbesteuer erkennbar nicht im Blick gehabt. Dieser
Gesichtspunkt sei weder im Vergleichsvertrag geregelt worden noch bis dahin in das
Beschwerdeverfahren eingeführt gewesen.

8 Des Weiteren könne die Betroffene auch eine Bereinigung des Effizienzwerts
im Hinblick auf das Verhältnis der Anzahl der Zählpunkte zur Anzahl der Anschluss-
punkte verlangen. Die im Netz der Betroffenen über dem Durchschnitt liegende An-
zahl von acht Zählpunkten pro Anschlusspunkt stelle eine Besonderheit ihrer Versor-
gungsaufgabe im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV in der bis zum 21. August
2013 geltenden Fassung dar, weil dieses Verhältnis durchschnittlich nur 2,8 betrage.

9 Die Betroffene habe auch dargelegt, dass sich die nach § 14 Abs. 1 Nr. 1
und 2 ARegV ermittelten Kosten infolge dieser Besonderheit um mehr als drei Pro-
zent erhöhten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei insoweit ein
Nachweis der Mehrkosten erforderlich, die gerade dadurch entstünden, dass die An-

zahl der Zählpunkte pro Anschlusspunkt über dem Durchschnitt liege. Diese Mehrkosten beliefen sich hier auf 2.173.834 €. Die Betroffene habe zutreffend zwischen mengenabhängigen (variablen) und mengenunabhängigen (fixen) Kosten unterschieden und die Mehrkosten ausschließlich auf der Basis der mengenabhängigen Kosten unter Zugrundelegung des konkreten Mengengerüsts berechnet. Den Unterschieden zwischen verschiedenen Zählergruppen habe sie in ausreichender Weise dadurch Rechnung getragen, dass sie ausschließlich die Zählpunkte der Haushalts- und kleinen Gewerbekunden berücksichtigt habe. Eine darüber hinaus gehende weitere Unterscheidung zwischen den Zählpunkten in Einfamilien- und Mehrfamilienhäusern sei - entgegen dem Einwand der Bundesnetzagentur im Hinblick auf angebliche Synergieeffekte - nicht geboten, weil die Betroffene nachvollziehbar dargelegt habe, dass derartige Synergieeffekte wegen des bei ihr überwiegend gebräuchlichen Selbstableseverfahrens nicht in einem relevanten Umfang auftreten würden.

10 Im Hinblick auf die Kosten des Messstellenbetriebs habe die Betroffene zu Recht sämtliche Kapitalkosten, d.h. kalkulatorische Abschreibungen, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Gewerbesteuer, sowie die Personal- und Sachkosten für Zählerwechsel, Instandhaltung, Nacheichung, Reparatur und Demontage als mengenabhängig bewertet, weil diese Kostenpositionen erkennbar stückbezogen anfallen würden. Bei den Abrechnungs- und Messdienstleistungen habe die Betroffene einen Verteilschlüssel für das Stromnetz ermittelt und der Mehrkostenberechnung wiederum nur die mengenabhängigen Kostenpositionen zugrunde gelegt.

11 Die konkrete Berechnung der Mehrkosten auf Basis des variablen Kostenanteils sei nicht zu beanstanden. Die Betroffene habe in einem ersten Schritt die tatsächliche Höhe der variablen Kostenanteile - bezogen auf die Zählpunkte der Haushalts- und kleinen Gewerbekunden - sowohl nach absoluten Beträgen als auch pro Zählpunkt ermittelt. In einem zweiten Schritt habe sie ausgehend von den variablen Gesamtkosten je Messstelle die sich aus der Anzahl von acht Zählpunkten pro Anschlusspunkt ergebenden konkreten Mehrkosten ermittelt, indem sie zunächst die variablen Kosten für die durchschnittlich anzutreffenden 2,8 Zählpunkte und sodann

die Kosten für acht Zählpunkte pro Anschlusspunkt errechnet habe. Die Differenzwerte habe die Betroffene schließlich mit der Anzahl der Anschlusspunkte multipliziert und dadurch methodisch wie inhaltlich korrekt den Schwellenwert übersteigende Mehrkosten in Höhe von 2.173.834 € identifiziert.

- 12 2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nur teilweise stand.
- 13 a) Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Annahme des Beschwerdegerichts wendet, dass die Betroffene eine Anpassung der kalkulatorischen Gewerbesteuer beanspruchen könne.
- 14 aa) Wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat, ist im Hinblick auf die von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Änderungen bei der Eigenkapitalverzinsung wegen der Neufestlegung der Zinssätze vom 7. Juli 2008 auch die kalkulatorische Gewerbesteuer anzupassen. Dies folgt aus der in § 8 StromNEV vorgeschriebenen Anbindung der kalkulatorischen Gewerbesteuer an die Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung. Aus § 7 Abs. 6 StromNEV ergibt sich nichts anderes. Ob die Betroffene eine entsprechende Anpassung bereits im - vor der Neufestlegung der Zinssätze abgeschlossenen - Entgeltgenehmigungsverfahren beantragt hat, ist unerheblich. Die Anpassung der kalkulatorischen Gewerbesteuer ergibt sich als rechnerische Folge aus der Änderung der Bemessungsgrundlage und bedarf keines zusätzlichen tatsächlichen Vorbringens seitens des Netzbetreibers (vgl. Senatsbeschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 19 ff. - SWM Infrastruktur GmbH). Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde auch nicht mehr.
- 15 bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht das Begehren der Betroffenen zu Recht berücksichtigt.
- 16 (1) Nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsprozessrechts ist das Gericht nur an das Ziel einer Klage oder eines Rechtsmittels gebunden, nicht aber an die rechtliche Begründung, die der Kläger bzw. Rechtsmittelführer dafür anführt. Für

ein Beschwerdeverfahren nach §§ 75 ff. EnWG gilt im Grundsatz nichts anderes. Zwar ist das Beschwerdegericht nicht gehalten, Feststellungen der Regulierungsbehörde, die im Beschwerdeverfahren nicht angegriffen worden sind, von Amts wegen zu überprüfen. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens auf einzelne Feststellungen beschränkt ist, die der angefochtenen Entscheidung der Regulierungsbehörde zugrunde liegen. Streitgegenstand ist vielmehr der prozessuale Anspruch. Dieser ist gekennzeichnet durch die erstrebte, im Rechtsmittelantrag zum Ausdruck gebrachte Rechtsfolge sowie durch den Sachverhalt, aus dem sich die Rechtsfolge ergeben soll (vgl. Senatsbeschluss vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, RdE 2013, 174 Rn. 27 f. mwN - E.ON Hanse AG).

17 Bei einer Beschwerde gegen die Bestimmung von Erlösobergrenzen gemäß § 4 ARegV ist der Streitgegenstand gekennzeichnet durch das Begehren des Beschwerdeführers, die angefochtene Verwaltungsentscheidung aufzuheben und eine ihm günstigere Entscheidung zu veranlassen, und durch den Sachverhalt, der dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegt. Einzelne Elemente dieses Sachverhalts bilden grundsätzlich keinen selbständigen Streitgegenstand. Das Beschwerdegericht hat dem Rechtsschutzbegehren deshalb auch dann stattzugeben, wenn es die vom Beschwerdeführer angeführte Begründung für unzutreffend, das Rechtsmittel aber aus anderen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für zulässig und begründet hält. Es hat mithin auch solche Elemente des dem Beschwerdebegehren zugrundeliegenden Sachverhalts zu berücksichtigen, auf die sich der Beschwerdeführer erst nach Ablauf der Frist zur Begründung des Rechtsmittels gestützt hat (vgl. Senatsbeschluss vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, RdE 2013, 174 Rn. 29 - E.ON Hanse AG).

18 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde führt § 78 Abs. 4 Nr. 1 und 2 EnWG, wonach der Beschwerdeführer innerhalb der Begründungsfrist erklären muss, inwieweit die Entscheidung angefochten wird, und des Weiteren die Tatsachen und Beweismittel angeben muss, auf die sich die Beschwerde stützt, nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Zweck dieser Vorschrift ist die Festlegung des

Streitgegenstands. Ihr ist darüber hinaus der bereits erwähnte Grundsatz zu entnehmen, dass das Gericht nicht gehalten ist, nicht angegriffene Feststellungen der Regulierungsbehörde von Amts wegen zu überprüfen. Eine Präklusionswirkung des Inhalts, dass der Beschwerdeführer gehindert wäre, nach Ablauf der Begründungsfrist weitere Tatsachen und Beweismittel anzuführen, kann hingegen - was der Senat ebenfalls bereits entschieden hat - weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch aus deren Sinn und Zweck oder aus sonstigen für die Auslegung relevanten Umständen abgeleitet werden (vgl. Senatsbeschluss vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, RdE 2013, 174 Rn. 30 - E.ON Hanse AG).

19 (2) Entgegen den Angriffen der Rechtsbeschwerde ist auch die Annahme des Beschwerdegerichts, der Betroffene habe im Hinblick auf den mit der Bundesnetzagentur geschlossenen Vergleichsvertrag den Streitgegenstand nicht auf die in der Beschwerdebegründung genannten und noch offenen Streitpunkte beschränkt, nicht zu beanstanden.

20 Die Betroffene hat in ihren Schriftsätzen vom 20. Januar 2012 und vom 14. Februar 2012 ausdrücklich nur auf die in der Beschwerdebegründung angegriffenen Punkte, zu denen die Anpassung der kalkulatorischen Gewerbesteuer nicht gehörte, Bezug genommen. Des Weiteren hat sie zwar erklärt, dass nur die noch offenen Punkte einer Entscheidung durch das Beschwerdegericht zugeführt werden sollen. Damit war aber eine (konkludente) echte Beschränkung des Streitgegenstandes nicht verbunden. Insoweit ist das Beschwerdegericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Betroffene bei ihren Prozessklärungen die Problematik der Anpassung der kalkulatorischen Gewerbesteuer nicht im Blick gehabt hat. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Betroffene konkludent die das Ausgangsniveau betreffenden Rechtsfragen vollumfänglich durch den Vergleich für erledigt angesehen hat. Aufgrund dessen war sie aus den oben genannten Gründen nicht gehindert, ihr Begehren nachträglich auf andere tatsächliche Gesichtspunkte zu stützen (vgl. Senatsbeschluss vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, RdE 2013, 174 Rn. 33 - E.ON Hanse AG).

21 (3) Keiner Entscheidung bedarf schließlich die Frage, ob die Betroffene den Streitgegenstand konkludent auf einen bestimmten Betrag beschränkt hat (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, RdE 2013, 174 Rn. 31 ff. - E.ON Hanse AG). Entsprechende Feststellungen hat das Beschwerdegericht nicht getroffen. Etwas anderes wird von der Rechtsbeschwerde nicht geltend gemacht.

22 b) Die Rechtsbeschwerde hat dagegen Erfolg, soweit das Beschwerdegericht die Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Anzahl der Zählpunkte pro Anschlusspunkt zu einer Bereinigung des Effizienzwerts verpflichtet hat. Dies lässt sich mit der gegebenen Begründung nicht bejahen.

23 aa) Das Beschwerdegericht hat allerdings im Ausgangspunkt zu Recht angenommen, dass insoweit eine Besonderheit der Versorgungsaufgabe im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV vorliegt.

24 Nach der Rechtsprechung des Senats gehören zur Versorgungsaufgabe im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV in der hier maßgeblichen, bis 21. August 2013 geltenden Fassung - die seit 22. August geltende neue Fassung (BGBl. I 2013, S. 3250) findet erst ab der zweiten Regulierungsperiode Anwendung (BR-Drucks. 447/13 (Beschluss), S. 31) - alle Anforderungen, die an den Netzbetreiber von außen herangetragen werden und denen er sich nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand entziehen kann. Dies sind, wie der Senat bereits wiederholt entschieden hat, nicht nur die in § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 ARegV ausdrücklich aufgeführten Parameter, also die Fläche des versorgten Gebiets, die Anzahl der Anschlusspunkte und die Jahreshöchstlast, sondern auch alle anderen Rahmenbedingungen, mit denen sich der Netzbetreiber beim Betrieb des Netzes konfrontiert sieht und auf die er keinen unmittelbaren Einfluss hat (BGH, Beschlüsse vom 9. Oktober 2012 - EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 59 - SWM Infrastruktur GmbH, vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 112 - Stadtwerke Konstanz GmbH und vom 16. Dezember 2014 - EnVR 54/13 Rn. 38 - Festlegung Tagesneuwerte II). Dazu kann, was der Senat ebenfalls bereits entschieden hat, auch eine über dem Durch-

schnitt der Netzbetreiber von Elektrizitätsverteilernetzen liegende Anzahl von Zählpunkten gehören. Dies hat er damit begründet, dass die Anzahl von Zählpunkten ähnlich wie die in § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ARegV ausdrücklich genannte Anzahl der Anschlusspunkte in der Regel durch Kundenanforderungen vorgegeben und vom Netzbetreiber allenfalls in begrenztem Umfang beeinflussbar ist (Senatsbeschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 70 ff. - SWM Infrastruktur GmbH; ebenso für die Anzahl der Zählpunkte eines Gasverteilernetzes Senatsbeschluss vom 16. Dezember 2014 - EnVR 54/13 Rn. 40 mwN - Festlegung Tagesneuwerte II).

25 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde führt der Umstand, dass die Anzahl der Zählpunkte und deren Verhältnis zur Anzahl der Anschlusspunkte bei der Entwicklung des Modells für den Effizienzvergleich als nicht signifikant eingestuft worden ist, nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Die Bereinigung des Effizienzwerts gemäß § 15 Abs. 1 ARegV dient gerade dazu, Umständen Rechnung zu tragen, die in die Berechnung des Effizienzwerts nicht eingeflossen sind. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV setzt eine Bereinigung unter anderem voraus, dass die Besonderheiten im Effizienzvergleich durch die Auswahl der Parameter nach § 13 Abs. 3 und 4 ARegV nicht hinreichend berücksichtigt wurden. Angesichts dessen darf eine Bereinigung des Effizienzwerts nicht deshalb abgelehnt werden, weil dem in Rede stehenden Umstand bei der dem Effizienzvergleich zugrundeliegenden generalisierenden Betrachtung keine signifikante Bedeutung zukommt (Senatsbeschluss vom 16. Dezember 2014 - EnVR 54/13 Rn. 41 mwN - Festlegung Tagesneuwerte II).

26 Anders als die Rechtsbeschwerde meint, ergibt sich aus dem in § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV normierten Tatbestandsmerkmal einer nicht hinreichenden Berücksichtigung der Besonderheit im Effizienzvergleich nichts anderes. Die Bedeutung dieses Kriteriums erschöpft sich nach der Rechtsprechung des Senats darin, dass es sich bei der von dem Netzbetreiber geltend gemachten Besonderheit der Versorgungsaufgabe um eine solche - untypische - Besonderheit handeln muss, die in den für den Effizienzvergleich herangezogenen Vergleichsparametern nicht berücksich-

tigt wird (Senatsbeschlüsse vom 9. Oktober 2012 - EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 62 - SWM Infrastruktur GmbH und vom 16. Dezember 2014 - EnVR 54/13 Rn. 42 mwN - Festlegung Tagesneuwerte II). Dies ist im Hinblick auf die Anzahl der Zählpunkte und deren Verhältnis zur Anzahl der Anschlusspunkte - was auch die Bundesnetzagentur nicht in Abrede stellt - der Fall.

27 bb) Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hat aber Erfolg, soweit sie sich gegen die Annahme des Beschwerdegerichts wendet, die Betroffene habe hinreichend nachgewiesen, dass die überdurchschnittliche Anzahl von Zählpunkten pro Anschlusspunkt die nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ARegV ermittelten Kosten um mindestens drei Prozent (§ 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV in der bis 21. August 2013 geltenden Fassung) erhöht.

28 (1) Nach der Rechtsprechung des Senats können Mehrkosten nur insoweit berücksichtigt werden, als sie durch die in Rede stehende Besonderheit der Versorgungsaufgabe verursacht werden. Besteht die Besonderheit darin, dass eine mit hohen Kosten verbundene Leistung überdurchschnittlich häufig erbracht werden muss, genügt es deshalb nicht, die Mehrkosten allein anhand der Zahl der Leistungseinheiten und der für eine Leistungseinheit durchschnittlich anfallenden Kosten zu berechnen. Vielmehr ist darzulegen und erforderlichenfalls unter Beweis zu stellen, in welchem Umfang die Kosten für diese Leistung - hier die Einrichtung und der Betrieb von Zählpunkten - gerade dadurch angestiegen sind, dass ihr Anteil an den insgesamt erbrachten Leistungen größer ist, als dies dem Durchschnitt entspricht (BGH, Beschlüsse vom 9. Oktober 2012 - EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 76 f. - SWM Infrastruktur GmbH und vom 16. Dezember 2014 - EnVR 54/13 Rn. 44 mwN - Festlegung Tagesneuwerte II). Erforderlich ist ein Nachweis der Mehrkosten, die gerade dadurch entstehen, dass die Anzahl der Zählpunkte pro Anschlusspunkt über dem Durchschnitt liegt. Maßgeblich ist insoweit die Kostensituation des betroffenen Netzbetreibers (Senatsbeschluss vom 16. Dezember 2014 - EnVR 54/13 Rn. 44 mwN - Festlegung Tagesneuwerte II).

- 29 (2) Von diesen Maßgaben ist das Beschwerdegericht im Kern ausgegangen. Seine Entscheidung kann in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur eingeschränkt überprüft werden. Lediglich wenn die ihr zugrunde liegende Würdigung unvollständig oder widersprüchlich ist oder wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt, darf das Rechtsbeschwerdegericht eine solche Wertung beanstanden (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Dezember 2014 - EnVR 54/13 Rn. 45 mwN - Festlegung Tagesneuwerte II). Dies ist hier der Fall.
- 30 (a) Das Beschwerdegericht hat zu Unrecht angenommen, dass das Vorbringen der Betroffenen zum Nachweis der in § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV normierten Voraussetzungen den Anforderungen der Senatsrechtsprechung genügt.
- 31 Die Betroffene hat nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts die Mehrkosten auf Basis des variablen Kostenanteils berechnet, indem sie in einem ersten Schritt die tatsächliche Höhe der variablen Kostenanteile pro Zählpunkt ermittelt und sodann in einem zweiten Schritt daraus durch schlichte Multiplikation die Differenz zwischen den Kosten für acht Zählpunkte pro Anschlusspunkt und 2,8 Zählpunkte pro Anschlusspunkt gebildet hat; diese Differenz (Mehrkosten pro Anschlusspunkt) hat sie schließlich mit der Anzahl der Anschlusspunkte multipliziert. Diese - auf einer pauschalen Grundlage beruhende und diesen Ansatz nicht verlassende - Berechnung eines anhand der variablen Kosten ermittelten Durchschnittswerts genügt zum Nachweis der in § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV normierten Voraussetzungen nicht. Die Betroffene hätte vielmehr darlegen und unter Beweis stellen müssen, in welchem Umfang die Kosten für die Zählpunkte gerade dadurch angestiegen sind, dass pro Anschlusspunkt mehr Zählpunkte vorhanden sind, als dies dem Durchschnitt entspricht. Der Ansatz der genehmigten Preise ist dafür selbst dann ungeeignet, wenn diese die durchschnittlichen Kosten einer Messstelle widerspiegeln. Aus dieser Berechnungsweise ergibt sich nämlich nicht, ob die Kosten einer Messstelle an einem Anschlusspunkt, dem weitere Zählpunkte zugeordnet sind, diesen durch-

schnittlichen Kosten entsprechen oder ob sie - zum Beispiel im Hinblick auf die mit der Zuordnung zu einem gemeinsamen Anschlusspunkt zu erwartende räumliche Nähe der Zählpunkte oder wegen anderer Besonderheiten - deutlich geringer sind. Erforderlich wäre ein Nachweis der Mehrkosten, die gerade dadurch entstehen, dass die Anzahl von Zählpunkten pro Anschlusspunkt über dem Durchschnitt liegt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 9. Oktober 2012 - EnVR 88/10, RdE 2013, 22 Rn. 77 - SWM Infrastruktur GmbH und EnVR 86/10, ZNER 2012, 609 Rn. 25 sowie vom 16. Dezember 2014 - EnVR 54/13 Rn. 47 - Festlegung Tagesneuwerte II). Dies hätte etwa dadurch geschehen können, dass die Kosten für Messstellen an Anschlusspunkten, denen keine weiteren Zählpunkte zugeordnet sind, den Kosten für Zählpunkte an den sonstigen Anschlusspunkten gegenübergestellt werden.

32 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung ergeben sich daraus - auch im Hinblick auf die Anzahl von über 40.000 Anschlusspunkten und über 325.000 Zählpunkten - keine unzumutbaren Anforderungen an die Darlegungslast des Netzbetreibers. Der Nachweis einer relevanten Kostensteigerung obliegt nach § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV dem Netzbetreiber. Er trägt deshalb das Risiko der Nichterweislichkeit (vgl. Senat, Beschlüsse vom 9. Oktober 2012 - EnVR 86/10, ZNER 2012, 609 Rn. 31 und vom 16. Dezember 2014 - EnVR 54/13 Rn. 48 - Festlegung Tagesneuwerte II). Der Aufwand, der mit dem Nachweis der Mehrkosten verbunden ist, kann im Grundsatz nicht zu einer Herabsetzung der Anforderungen an diesen Nachweis führen.

33 (b) Die Rechtsbeschwerde rügt ohne Erfolg, das Beschwerdegericht habe nicht ohne weitere Untersuchungen von dem Vortrag der Betroffenen ausgehen dürfen, dass keine Synergieeffekte bei mehreren Messstellen pro Anschlusspunkt entstünden. Das Beschwerdegericht hat seine Feststellung, die sich allerdings lediglich auf die Messstellenablesung bezieht, im Rahmen der freien Würdigung der ihm vorliegenden Beweise getroffen. Damit berührt die Rüge den Kernbereich der tatrichterlichen Würdigung, die in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur eingeschränkt überprüft werden kann. Diese Würdigung lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Rechtsbe-

schwerde verweist insbesondere auf kein Vorbringen der Bundesnetzagentur in der Tatsacheninstanz, das vom Beschwerdegericht übergangen worden ist. Vielmehr hat die Bundesnetzagentur zu den Synergieeffekten nur allgemeine Angaben zur Gesamtheit der von ihr untersuchten Netze vorgetragen, die die Feststellungen des Beschwerdegerichts zu dem konkreten Netz der Betroffenen nicht in Frage stellen können und einen Rechtsfehler der tatrichterlichen Würdigung nicht aufzuzeigen vermögen.

III.

- 34 Die Sache ist demnach an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens übertragen ist. Das Beschwerdegericht wird der Betroffenen Gelegenheit geben müssen, ihr Vorbringen zu den Mehrkosten zu ergänzen.

Limperg

Strohn

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.01.2014 - VI-3 Kart 181/09 (V) -