



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

EnVR 12/20

vom

28. Juni 2022

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. Juni 2022 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Vogt-Beheim

beschlossen:

Die Anhörungsrüge gegen den Beschluss des Senats vom 26. Oktober 2021 wird auf Kosten der Betroffenen zurückgewiesen.

Gründe:

- 1 I. Die Betroffene macht geltend, die Aufhebung des Beschlusses des Beschwerdegerichts und die Zurückweisung der Beschwerde beruhe auf einer Verletzung rechtlichen Gehörs. Der Senat habe den Vortrag der Betroffenen im Rechtsbeschwerdeverfahren übergangen, warum der vom Senat entwickelte Prüfungsmaßstab nicht mit dem Grundgesetz und Unionsrecht vereinbar sei (S. 16 bis 23 der Anhörungsrüge), habe zu Unrecht bindende Feststellungen in Bezug auf den Deflator angenommen und Tatsachenvortrag übergangen (S. 14, S. 23 bis 33 der Anhörungsrüge), habe sich ohne nachvollziehbare Begründung über die Argumente der Betroffenen zum Jahr 2006 hinweggesetzt, die Rügen zur formellen Rechtswidrigkeit zum Jahr 2006 mit einer Leerformel abgehandelt, unzutreffend unterstellt, dass die Betroffene im Rechtsbeschwerdeverfahren neuen Sachvortrag zur Validität der Datengrundlage beigebracht habe, offensichtlich nicht den Einwand berücksichtigt, dass es vom materiell-rechtlichen Standpunkt des Beschwerdegerichts nicht auf weitere Ermittlungen zum Jahr 2006 angekommen sei, sowie offensichtlich die Anforderungen an den Vortrag zur Erschütterung der Validität der Datengrundlage überspannt (S. 14 f., S. 33 bis 47 der Anhörungsrüge). Ferner habe der Senat in Bezug auf die Geeignetheit

der handelsrechtlichen Vorgehensweise bei den Abschreibungen den Tatbestand der Beschwerdeentscheidung fehlerhaft interpretiert oder den Inhalt des Verhandlungsprotokolls offensichtlich unzutreffend erfasst (S. 15, S. 47 bis 50 der Anhörungsrüge), sich mit Leerformeln über den Vortrag zu einer qualifizierten Begründungspflicht hinweggesetzt und wesentliches unionsrechtliches Vorbringen übergangen (S. 15, S. 50 bis 55 der Anhörungsrüge) sowie in Bezug auf die Malmquist-Methode den Vortrag zur Bestabrechnung übergangen beziehungsweise die Darlegungsanforderungen überspannt (S. 55, 56 der Anhörungsrüge).

2           II.       Die gemäß § 83a Abs. 2 EnWG zulässige Anhörungsrüge ist nicht begründet. Der Senat hat bei seiner Entscheidung über die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung und die Zurückweisung der Beschwerde den Vortrag der Betroffenen vollumfänglich zur Kenntnis genommen, geprüft und erwogen, aber nicht für durchgreifend gehalten. Das Verfahren der Anhörungsrüge dient nicht dazu, die Senatsentscheidung nochmals inhaltlich zur Überprüfung zu stellen oder einer Partei die Möglichkeit zu eröffnen, mit dem Bundesgerichtshof nach dessen Entscheidung ihren gegenteiligen Rechtsstandpunkt zu diskutieren (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2014 - I ZR 228/12, juris Rn. 10). Es wird daher auf die Entscheidungen des Senats (BGH, Beschlüsse vom 26. Januar 2021 - EnVR 7/20, BGHZ 228, 286 Rn. 14 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; - EnVR 101/19, ZNER 2021, 392 Rn. 14 ff.; - EnVR 72/19, juris Rn. 14 ff.; vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 12 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; - EnVR 12/20, juris Rn. 12 ff.) verwiesen. Zusätzlich ist lediglich auf folgendes hinzuweisen:

3           1.       Die Betroffene lässt bei ihrer Rüge betreffend den Prüfungsmaßstab und zur Überprüfbarkeit von Tatsachenfragen außer Acht, dass es bei der Anwendung der hier in Rede stehenden komplexen ökonomischen Methoden nicht um eine Tatsachenfeststellung geht. Ein Produktivitätsfaktor kann von vornherein nicht dahin überprüft werden, ob er "richtig" oder "falsch" ist (BGHZ 228,

286 Rn. 18 f. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Je nach Wahl der verwendeten ökonometrischen Methode(n) und der im Rahmen ihrer Anwendung getroffenen zahlreichen weiteren Entscheidungen unter anderem über die betrachteten Zeiträume, die verwendeten Datengrundlagen und deren etwaige Bereinigung kann der Produktivitätsfaktor methodisch einwandfrei unterschiedlich bestimmt werden und verschiedene Werte annehmen. Vor diesem Hintergrund ist auch die Auswahl, Bewertung und Anwendung der Datengrundlagen eine methodische Frage, bei der der Bundesnetzagentur ein (weiter) Beurteilungs- und Ermessensspielraum zusteht (BGHZ 228, 286 Rn. 20 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

- 4                    2.        Auch der Rüge der Betroffenen zur fehlenden Geeignetheit des von der Bundesnetzagentur verwendeten Deflators und der Einbeziehung des Jahres 2006 liegt das nach Ansicht des Senats bereits im Ausgangspunkt unrichtige Verständnis zugrunde, dass jede Einzelentscheidung bei der Anwendung der Törnqvist-Methode nach den für eine Tatsachenfeststellung geltenden Grundsätzen zu überprüfen sei. Soweit sich starke Schwankungen des Produktivitätsfaktors für die betrachteten acht Stützintervalle ergeben haben, und der Sachverständige das auf den als Deflator verwendeten Index der durchschnittlichen Netzentgelte zurückgeführt hat, hat die Bundesnetzagentur angenommen, dass diese Volatilität die tatsächlichen regulatorisch bedingten Gegebenheiten widerspiegelt. Sie hat dazu zutreffend ausgeführt, es wäre mit der Funktion des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors unvereinbar, die Daten von solchen Effekten zu bereinigen, die für die regulierten Unternehmen typisch seien. Zu einer weiteren Prüfung war sie nach den geltenden Maßgaben (BGHZ 228, 286 Rn. 80 f. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) nicht verpflichtet.

5 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG.

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Picker

Vogt-Beheim

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.12.2019 - VI-3 Kart 762/18 [V] -